



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

**TIP CEZA
HUKUKUNUN
GÜNCEL
SORUNLARI**

AKTUELLE
FRAGEN DES
MEDIZINSTRAFRECHTS

V. TÜRK ALMAN TIP HUKUKU SEMPOZYUMU
28 ŞUBAT - 1 MART 2008 / DEDEMAN - ANKARA

V. TÜRK - ALMAN TIP HUKUKU
SEMPOZYUMU

V. TÜRKISCH - DEUTSCHES SYMPOSIUM
ZUM MEDIZINRECHT

“Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları”

28 Şubat - 1 Mart 2008
Ankara



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 142

*V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu
Tıp Hukukunun Güncel Sorunları*

ISBN: 978-9944-234-40-5
© Türkiye Barolar Birliği
Birinci Baskı: Nisan 2008, Ankara

Türkiye Barolar Birliği
Karanfil Sokağı 5/62
06650 Kızılay - ANKARA
Tel: (312) 425 30 11 Faks: 418 78 57
web: www.barobirlik.org.tr
e-posta: admin@barobirlik.org.tr
yayin@barobilik.org.tr

Sayfa Tasarımı ve Ofset Hazırlık
Düş Atelyesi (0312.215 70 37)

Baskı
Şen Matbaa
Özveren Sokağı 25/B Demirtepe-Ankara
(0312. 229 64 54 - 230 54 50)

**V. TÜRÖ - ALMAN TIP HUKUKU
SEMPOZYUMU**

**V. TÜKİSCH - DEUTSCHES SYMPOSIUM
ZUM MEDIZINRECHT**

“Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları”

**28 Şubat - 1 Mart 2008
Ankara**

İÇİNDEKİLER

AÇILIŞ KONUŞMALARİ

Özdemir ÖZOK Türkiye Barolar Birliği Başkanı	3
Martin GRAF Federal Almanya Büyükelçilik Temsilcisi-Müsteşar	9
Köksal BAYRAKTAR Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi	11
Henning ROSENAU Augsburg Üniversitesi Hukuk Fakültesi	13
Hakan HAKERİ Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi	14

BİRİNCİ GÜN

BİRİNCİ OTURUM

Oturum Başkanı: Hans LILIE

Köksal BAYRAKTAR / Tıp Etik Kurallarının Hukuka Etkisi	20
Ayşe NUHOĞLU/ Tıp Ceza Hukukunda Zaruret Halinin Sınırları.....	34
Andreas MOSENHEUER /Hekimlerin Cezalandırılabilirliğinin Sınırı Olarak Varsayımsal Rıza.....	69
Tartışma	81

BİRİNCİ GÜN

İKİNCİ OTURUM

Oturum Başkanı: Köksal BAYRAKTAR

Bahri ÖZTÜRK	104
Henning ROSENAU /Aktif Ötenazi.....	109
Tartışma	124

BİRİNCİ GÜN

ÜÇÜNCÜ OTURUM

Oturum Başkanı: Henning ROSENAU

Durmuş TEZCAN /İHAM Kararları Işığında İşkence Yasağı ve Hekim Raporları	156
Nur CENTEL /Kasten Yaralama Sonucunda Ölüm Meydana Gelmesi	181

Berrin AKBULUT / Tıp Ceza Hukukunda Nedensellik Bağı.....	209
Tartışma	297

BİRİNCİ GÜN
DÖRDÜNCÜ OTURUM

Oturum Başkanı: Durmuş TEZCAN

Ulrich SCHROTH / Almanya'da Organ Nakli'nin Hukuki Şartları	313
Doğan SOYASLAN / Organ Nakilleri	328
Hans LILIE / Organ Ticareti Suçu	359
Murat AYDIN / Tıp Ceza Hukukunda Organ Ticareti Suçu.....	367
Tartışma	400

İKİNCİ GÜN
BEŞİNCİ OTURUM

Oturum Başkanı: Henning ROSENAU

Emin ARTUK / Hekimler Açısından Görevi Kötüye Kullanma Suçu	427
Mustafa AVCI / Türk Hukukunda Hekimin İrtikap Suçu	464
Mahmut KOCA / Çocuğun Soybağını Değiştirme Suçu	501
Ali İhsan ERDAĞ / Tıp Ceza Hukukunda Belgede Sahtecilik Suçu (Sağlık Mesleği Mensupları Tarafından İşlenebilecek Olan Belgede Sahtecilik Suçu).....	534
Tartışma	569

İKİNCİ GÜN
ALTINCI OTURUM

Oturum Başkanı: Timur DEMİRTAŞ

Ersan ŞEN / İnsan Üzerinde Bilimsel Deney ve Deneme Suçları	588
Ali Rıza ÇINAR / Ceza Yasasında Alkollü Araç Kullanma Suçu.....	647
Mahmut KAŞIKÇI	706
Tartışma	712

İKİNCİ GÜN
YEDİNCİ OTURUM

Oturum Başkanı: Ulrich SCHROTH

Timur DEMİRTAŞ	743
Tartışma	776
Handan YOKUŞ SEVÜK / Tıp Ceza Hukukunda Kişisel Verilerin Açıklanması	782
Mustafa Ruhan ERDEM.....	812
İlhan ÜZÜLMEZ / Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu	823
Tartışma	845

ÜÇÜNCÜ GÜN
SEKİZİNCİ OTURUM

Oturum Başkanı: M. Emin ARTUK

Feridun YENİSEY / Tedavi Açısından İlgilinin Rızası	868
Yener ÜNVER / Tıp Ceza Hukukunda Güven İlkesi	881
Hakan HAKERİ / Tıp Ceza Hukukunda Yanılgı	917
Tartışma	932

ÜÇÜNCÜ GÜN
DOKUZUNCU OTURUM

Oturum Başkanı: Doğan SOYASLAN

Ahmet Nezih KÖK	961
Sunay AKYILDIZ / Hekimin Cezai Sorumluluğu Bakımından Uygulamada Sorunlar	974
Tartışma	1008

ÜÇÜNCÜ GÜN
ONUNCU OTURUM

Oturum Başkanı: Hakan KAKERİ

Faruk TURHAN / Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi ve Tıp Hukuku (Özellikle AİHM Kararları Işığında Şüpheli veya Sanığın Zorla Muayenesi Konusunun Değerlendirilmesi)	1025
--	------

Veli Özer ÖZBEK / Tıp Ceza Hukukunda DNA İncelemesi	1076
Özlem YENERER ÇAKMUT / Tıp Ceza Hukukunda Bilirkişilik.....	1133
Tartışma	1184

ÜÇÜNCÜ GÜN ONBİRİNCİ OTURUM

Oturum Başkanı: Yener ÜNVER

Recep GÜLŞEN / Suç Sonucu Oluşan Gebeliğin Sona Erdirilmesi	1209
Nihat KANBUR / Rahim Tahliyesine Yönelik Fiiller Bakımından Hekimin ve Diğer Sağlık Personelinin Çocuk Düşürtme Suçu Çerçevesinde Cezai Sorumluluğu	1229
İbrahim DÜLGER / Tıp Ceza Hukukunda Genital Muayene	1259
Cemil OZANSÜ / Kısırlaştırma Suçu	1284
Tartışma	1294
EKLER / ANHÄNGE	1315
AÇILIŞ KONUŞMALARI / ERÖFFNUNGSVORTRÄGE.....	
Andreas MOSENHEUER Fur Aerzte	1320
Henning ROSENAU / Aktive Sterbehilfe	1333
Ulrich SCHROTH / Rechtsprobleme Der Organtransplantation.....	1348
Hans LILIE / Zur Strafbarkeit Des Organhandels	1364

Türkiye Barolar Birliği
V. TÜRK- ALMAN TIP HUKUKU
SEMPOZYUMU
Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları

Birinci Gün
28 Şubat 2008

Açılış Konuşmaları

Av. Özdemir ÖZOK (TBB Başkanı): Sayın konuklar, değerli meslektaşlarım, basınımızın saygıdeğer temsilcileri; 5. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu'na hoş geldiniz. Sizleri saygı ve sevgilerimle selamlıyorum.

ÖZDEMİR
ÖZOK'UN
KONUŞMASI

Türkiye Barolar Birliği olarak demokrasi, insan hakları, hukukun üstünlüğü ve hukuk devleti gibi temel ilke ve kavramlar yanında, ülkemizin yaşamsal önemi olan ve asla ödün verilmemesi gereken laiklik ve ülkenin bölünmez bütünlüğüyle ilgili konularda yapılan bilimsel çalışmalar ve etkinliklere her türlü desteği vermeyi ilke edinmiş bulunmaktayız. Bu anlayış sonucu olarak beşincisi düzenlenen ve dalında son derece yararlı sonuçlar vereceğine inandığımız Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu'na da bu gerekçelerle, bu anlayışla destek verdik ve bugün burada bu anlamlı toplantıyı birlikte yapıyoruz. 28-29 Şubat-1 Mart 2008 günlerinde gerçekleştirilecek etkinliğin ülkemiz tıp hukuku alanına yeni açılımlar sağlayacağına olan inancımınla sempozyumla ilgili tüm çalışmaları yürüten Sayın Prof. Dr. Hakan Hakeri başta olmak üzere, gerçekten bu anlamlı toplantıya emeği geçenlere teşekkürlerimi sunuyorum. Yine aynı şekilde bu anlamlı toplantı için Almanya'dan gelip bize destek veren yabancı konuklarımıza da aynı içtenlikle teşekkürlerimi sunuyorum.

ÖZDEMİR
ÖZOK'UN
KONUŞMASI

Sayın konuklar, sevgili meslektaşlarım; hukuk ve tıp ayrı ayrı iki bilim dalı olmasına karşın, konularını insan olarak seçmiş olmaları nedeniyle daima bir iletişim içinde olmuşlardır. Bilindiği gibi hukuk, insanların sahip olduğu hak ve yetkileri düzenlerken, tıp da bu hakların en iyi şekilde kullanılması için insanların sağlıklı olmasına uğraşır, çabalar ve gerçekleştirir. Bu kadar iç içe ve birbirini etkileyen başka iki bilim dalı sanıyorum yoktur. Kişi, toplumda yaşayan bir değer olarak, başka bir anlatımla haklardan yararlanan ve hak sahibi bir varlık olarak yaşamını sürdürebilmesi için tıp biliminin koruyuculuğuna ve mutlak desteğine gereksinim duymaktadır. Sağlıklı bir yaşam ancak tıbbın gölgesinde ve güvencesinde mümkündür.

Sosyal ve canlı bir varlık olan insan için hukuk ve tıp bilimleri ilk çağlardan itibaren son derece önemli ve yaşamsal kavramlar olarak hep güncelliğini ve etkinliğini korumuşlardır. Her iki bilim dalı da insan varlığıyla birlikte doğmuş, gelişmiş ve bugünkü çağdaş yapısına kavuşmuşlardır. Ayrıca tıp, pek çok konuda hukuka yol göstermekte ve yardımcı olmaktadır. Hepimizin bildiği gibi uygulamada son derece önemli ve karmaşık hukuk sorunları, çoğu kez tıbbın uzmanlığına başvurularak çözülmektedir. Dolayısıyla böylesi iç içe ve birbirine yakın olan iki meslek gerçekten her zaman birbirleriyle iletişim içerisinde olmak durumundadır.

Günümüzde hasta-hekim ilişkilerinin toplumsal ve bilimsel alanda insan hakları bağlamında öne çıkmasıyla beraber, bu ilişkileri düzenlemek amacıyla tıp hukuku, sağlık hukuku gibi yeni kurum ve kavramlar ortaya atılmaya başlanmıştır. Tarihsel bir süreç içinde yaşanan bu gelişmeler, hasta-hekim ilişkisinin sözleşme boyutu yanında, teşhis ve tedaviye ilişkin tıbbi müdahalelerin haksız fiil ve ceza hukuku boyutu "*tıp hukuku*" adı altında anılan yeni bir hukuk dalının ortaya çıkmasına neden olmuştur. Teşhis ve tedavi amaçlı hasta-hekim ilişkisinden ortaya çıkan tazminat ve cezai sorumluluğu esas olarak konu edinen tıp hukuku yanında, tıp hukukunu da içi-

ne alan sağlık hizmeti sektörlerindeki sorunları ve çözüm yollarını konu edinen hukuk dalıysa bir genel üst kavram olarak sağlık hukukunu oluşturmaktadır. Tıp hukuku hasta-hekim ilişkilerini düzenlediği halde, sağlık hukuku devletin sağlık politikaları başta olmak üzere, tıp eğitimi, hekimlerin mecburi hizmeti, sağlık hizmetlerinin yaygın ve kaliteli olarak sunulması, vergilendirme ve benzeri hukuki politikaları konu edinir ve bunları içerir.

Kuşkusuz sempozyumun en önemli konusu, beden bütünlüğü, vücut dokunulmazlığı hakkının korunması noktasında olacaktır. Çünkü kişinin doğumundan ölümüne kadar geçecek süre içinde bedensel bütünlüğüne yönelik olarak bir başkasının, hatta kendisinin bile gerçekleştireceği saldırılardan korunmasını esas alan ve kısaca beden bütünlüğü ya da vücut dokunulmazlığı hakkı, ulusal ve uluslararası yasa ve belgelerle koruma altına alınmıştır. İnsan Hakları Evrensel Belgesi ve bunun yanında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde çok ciddi hükümler vardır.

Beden bütünlüğü, vücut dokunulmazlığı hakkı, gelişen teknoloji ve tıp karşısında daha özel koruma kurallarına ihtiyaç duymuştur. Bunun sonucu olarak 1997 yılında Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi, kısaca İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi imzalanmıştır.

Uluslararası belgeler yanında, hepimizin bildiği gibi anayasamız ve ulusal yasalarımızda da beden bütünlüğü, vücut dokunulmazlığı hakkı koruma altına alınmıştır. 1982 Anayasası'nın 17. maddesinde "*Herkes yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir, tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz, rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabii tutulamaz*" denilmekte. Ayrıca yine hepimizin bildiği, ama bir kez daha hatırlatmak durumunda olduğumuz Anayasa'nın 12, 13, 15, 20, 27, 40, 41, 56 ve 58. maddelerinde de sağlık ve tıpla ilgili değişik hükümlere yer verilmektedir.

ÖZDEMİR
ÖZOK'UN
KONUŞMASI

Anayasa'daki bu temel düzenleme yanında, çeşitli yasalarda da konuya ilişkin hükümlere yer verilmektedir. Hepinizin yine bildiği gibi, özellikle meslektaşlarımızın çok yakından bildiği gibi Medeni Kanun'un 23, 24. maddeleri, Borçlar Kanunu'nun 41, 45, 47. maddeleri yanında, Türk Ceza Kanunu'nda vücut dokunulmazlığı hakkını korumaya yönelik hükümler içermektedir. Özellikle 26.9.2004'te kabul edilerek 1.6.2005 günü yürürlüğe giren 5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu, tıp ve hekimlikle ilgili çok önemli hükümler getirmiştir.

Hekimlik ve tıpla ilgili olan ve ilk kez yeni Türk Ceza Kanunu'nda yer alan kavram ve kurumlarla ilgili maddeleri kısaca şöyle bilgilerinize sunmak isterim: 76. maddede soykırım, 77. maddede insanlığa karşı suçlar, 83. maddede kasten öldürmenin ihmali davranışlarla işlenmesi, 84. maddede intihara yönlendirme, 88. maddede kasten yaralamanın ihmali davranışla işlenmesi, 90. maddede insan üzerinde deney, 91. maddede organ ve doku ticareti, 122. maddede ayırimcılık, 172. maddede radyasyon yayma, 259. maddede kamu görevlisinin ticareti, 287. maddede genital muayene ile ilgili düzenlemeler vardır.

Eski Türk Ceza Kanunu'nda bulunan ve yeni Türk Ceza Kanunu'nda da korunan yine birtakım hükümler vardır. Bunları da kısaca bilgilerinize sunmak istiyorum: 85. maddede taksirle öldürme, 89. maddede taksirle yaralama, 99. maddede çocuk düşürtme, 101. maddede kısırlaştırma, 136. ve 137. maddeler arasında verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme, 195. maddede bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma, 204. maddede resmi belgede sahtecilik, 210. maddede sağlık mensubunun gerçeğe aykırı belge düzenlemesi ve 250, 257. maddelerde düzenlenen ve genel bir düzenleme olan irtikap, rüşvet, görevi ihmal ve 280. maddede sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi biçimindeki hükümler Türk ceza mevzuatında yer almıştır.

Tüm bu düzenlemeler, kişinin bedenine sahip olma hakkının hukuki metinlere yansımalarıdır. Böylece kişi, sahip ol-

duğu bu yasal haklarla kendi bedeni üzerindeki hakların korunmasını isteyebilmektedir. Ancak sahip olunan, yasalarla korunan bu haklar üzerinde bazı istisnai durumlarla tasarrufta bulunmak söz konusu olabilmektedir. Kişinin yaşamı üzerinde doğrudan tasarrufta bulunmasına temel olarak izin verilmezken, *“belli koşulların varlığı halinde beden bütünlüğü, vücut dokunulmazlığına yönelik olarak yapılan bazı müdahaleler kişilik haklarına aykırı kabul edilemez ve bunun sonucu olarak ceza hukuku tarafından da yaptırımla karşılanamaz”* deyip istisnalar getirilmiştir. Beden bütünlüğü, vücut dokunulmazlığı hakkının istisnasını oluşturan tıbbi müdahalelerle, hasta hakları kavramıyla sınırlandırılmakta ve disipline edilmeye çalışılmaktadır. Bu bağlamda hasta hakları, sağlık hizmetlerinin olması gereken çağdaş standartlarda ve bilimsel ilkeler ve deneyimler doğrultusunda sunulmasından ibarettir. Bir başka tanımlamayla hastaların ve hastalıkların belirlenmesinde yani tanı ve teşhis edilen hastalığa en uygun tedavinin uygulanmasında ve onu yaşayan hastanın sağlığına kavuşturulmasında tıp biliminin ortaya koyduğu normların uygulanması ve gerekli titizliğin gösterilmesidir. Bütün bunların tamamı hasta haklarını ortaya koymaktadır. Dolayısıyla beden bütünlüğü ve vücut dokunulmazlığı hak ve özgürlüğüyle, hasta hakları arasındaki bu dengeyi sağlıklı bir şekilde kurmak gereklidir diye düşünüyorum.

Saygıdeğer konuklar; kanımca 5. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu'nun temel konusu beden bütünlüğü, vücut dokunulmazlığı hakkının istisnası olan tıbbi müdahaleyle hasta hakları arasındaki çok ince ve hassas denge oluşturmaktır. İnanyorum ki dalının uzmanı yerli ve yabancı katılımcılar bu çok önemli ve yaşamsal konuda bizleri yeterli ölçüde aydınlatacaklardır. Kendilerine bir kez daha teşekkür eder, saygılar sunarım.

Değerli konuklar; ayrıca şunu da belirtmek istiyorum: Türkiye Barolar Birliği, bu ve benzeri yaptığı tüm etkinlikleri gördüğünüz gibi kayıt altına alıyor ve bunu çok kısa bir süre içerisinde kitap haline getiriyor. Çünkü söz uçuyor, buradaki

ÖZDEMİR
ÖZOK'UN
KONUŞMASI

çok sayın, çok değerli, çok saygın konuklar ancak bundan yararlanabiliyor. Ama kitap, kütüphanelerde sürekli bir kaynak olarak bizim zaman zaman başvurduğumuz bir kaynakça oluyor. O nedenle ben buradaki katılıma çok fazla önem vermiyorum. Tabii ki böylesi güzel bir Ankara gününde bizimle birlikte olan siz değerli salondaki konuklara sonsuz teşekkür ediyorum. Türkiye’de bu tür etkinliklerdeki alışkanlıklarımız hala yeterince istediğimiz boyutta ve duyarlılıkta değil. Ama bütün buna rağmen biz, ilgili insanlara bu bilgileri ulaştırma konusunda Türkiye Barolar Birliği olarak hiçbir umutsuzluğa kapılmadan, hiçbir moral bozukluğunu hissetmeden, çünkü inanıyorum ki bunca gelişmeden sonra insanlar belirli arayışlar içerisinde olacaklar, bilime, bilgiye kendi isteğiyle ulaşacaklardır. O nedenle buradaki çok saygıdeğer konukların kelimesi dahi boşa gitmeyecek, nefeslerini sağlıklı, güzel, iyi bir iş nedeniyle yormuş olacaklar. Biz bunların tamamını kitap haline getiriyoruz ve yakından izleyen değerli konuklarımız biliyorlar, Türkiye Barolar Birliği’nin gerçekten çok önemli, neredeyse kişisel bir kütüphane haline gelecek, bir kitaplık haline gelecek eserler oldu, bununla da iftihar ediyoruz.

Bizi destekleyen, salona gelen, bizi yüreklendiren, bu organizasyonun oluşmasında emeği geçen herkese tekrar içten ve en iyi dileklerle teşekkür ediyor ve saygılarımı sunuyorum. Beni sabırla dinlediğiniz için sizlere de ayrıca teşekkür ediyorum. Toplantının başarılı geçmesini diliyorum. Değerli yabancı konuklarımızı da Türkiye’de görmekten duyduğum mutluluğu ifade etmek istiyorum.

Martin GRAF (Almanya Federal Büyükelçiliği Hukuk ve Konsolosluk Bölümü Başkanı):* Sayın Özok, Sayın Prof. Bayraktar, Sayın Prof. Hakeri, Sayın Prof. Rosenau, sayın hanımefendiler ve beyefendiler; günaydın.

Alman Büyükelçiliği adına Ankara'daki bu sempozyuma hoş geldiniz demek benim için büyük bir onur ve zevktir. Önümüzdeki üç gün içerisinde sadece hukuki ve felsefi kısıtları zorlayan konuları değil, aynı zamanda gelecekte çok sayıda kişi için son derece önemli olacak konuları da ele alacaksınız. Tıp etiği kuralları, tıp ceza hukukunda zorunluluk hali, varsayımsal rıza, aktif ve pasif ötenazi, işkence yasağı ve organ nakli gibi konuları tartışacaksınız. Bu sayılan az sayıdaki konu bile tıp ve biyo-hukukun tıbbi ilerlemelerden ve yapılabileceğın sınırlarını zorlayan tıbbi gelişmelerin hızından nasıl etkilendiğini göstermeye yetiyor. Eskiden hakim olunamaz veya kader olarak nitelendirilenler, artık insanın karar gücüne tabidir. Başka bir deyişle, bir şeyin yapılıp yapılmayacağı insanlığın sorumluluk alanına girmiştir. Eskiden Tanrı'nın bize verdiklerini gözlemlemekle veya en azından ağrıyı dindirmekle yetinirken, bugün artık neyin yapılması gerektiğine veya neyin yapılmaması gerektiğine karar veriyor-

* Konuşmanın Almanca metni için bkz. Ekler bölümü EK 1.

MARTIN
GRAF'IN
KONUŞMASI

ruz. Geçmişte tıbbın gücü yetmemesi sebebiyle hiç bir yolun geçmediği diyarlar için kural ve yükümlülükler belirliyoruz.

Hans Jonas'ın 30-40 yıl önce bunlarla ilgili yazdıklarını okuduğumda, yorumlarının bugün daha da güçlü bir şekilde karşımıza çıktığını görüyorum. Uzman olmayanlar bilimsel tartışmanın geldiği en son noktayı çok nadiren bilir. Ancak işkence yasağı ve ötenazi tartışmaları gibi konular zaman zaman kamuoyunda güçlü bir yankı yapıyor. Uzman olmayan kişiler hasta, hastanın veya ölenin yakını veya soruşturma davasında şüpheli olmaları sebebiyle bu konuların kendilerini yakinen ilgilendirdiğini de içgüdüsel olarak hisseder. Hiç kimse kendisinin veya sevdiklerinin böyle varoluşsal meselelerin mutlak olarak dışında kalacağını düşünemez. Söz konusu konuların güncelliğinin farkında olan bir kişi altta yatan sorunların ne kadar karmaşık olduğunu kabul edecektir.

Sağlıklıyken hiç kimsenin tasavvur edemeyeceği çatışmalar, itirazlar ve tezatlar karşımıza çıkmaktadır. Bu konularla ilgili genel geçer veya uzlaşya dayalı çözümler olduğu da şüphe götürür. Bu sorulara yanıt ararken hangi kaynaklardan yardım isteyeceğiz? Bu soruyu ortaya atabilme ayrıcalığı bana aittir. Buna rağmen veya bundan dolayı Alman ve Türk hukukçularının bu buluşmasının yeni ivmeler kazanacağını ve söz konusu konuların etkileşimli bir şekilde tartışılacağını umuyorum. Bu sempozyum dizisinin işbirliklerine borçlu olduğumuz iki üniversiteye teşekkür etmek istiyorum. Buraya gelen diğer üniversite temsilcilerine ve Türkiye Barolar Birliği'ne bu etkinliği mümkün kıldığı için teşekkür ederim.

Hepinize başarılı ve verimli bir teati ve Ankara'da iyi vakit geçirmenizi diliyorum. Çok teşekkürler.

Prof. Dr. Köksal BAYRAKTAR: Türkiye Barolar Birliği tarafından düzenlenen V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu'nun Açılış konuşmalarından birini yapmamı değerli bilim adamı Doç. Dr. Yener Ünver benden istediğinde, bunun benim için büyük onur olacağını belirtmiştim. Bu güzide ve genç Türk bilim adamlarının çalışmalarının sergileneneceği, sunulacağı bir bilimsel toplantının açılışında kısa bir konuşma yapmanın sevincinin yanı sıra, yıllarca önce, 1960'lı yılların sonunda Türk Ceza Hukukunda, bu konuda, Tıp hukukunda, ilk çalışmayı yapan benim, böylesine geniş bir toplantıyı açmam gerçekten onur verici bir davranıştır.

1960'lı yılların sonlarında, dünyada ilk kalp naklinin olduğu yıllarda unutulmaz ceza hukukçusu, hocamız Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer'in yol göstermesi ile Hekimin Sorumluluğu üzerinde çalışmışım. O tarihlerde de, organ nakilleri, ötenazi, çocuk aldırma, estetik ameliyatlar tartışılıyordu. Ve o tarihlerde hekim, eylemlerinde kendini hep tıbbi veriler, kurallar içinde değerlendiriyordu.

Aradan geçen kırk yıl içinde hukukun tıp ile daha çok ilgilendiği görülmektedir. Hasta hakları, hastanelerin sorumluluğu, ölme hakkı, tedaviyi reddetme hakkı, vücut muayenesi, açıklık grevinin engellenmesi gibi konular, tartışmalarla gündeme gelmektedir. Bu gelişim içinde Türk insanı tıbbi olayları daha çok sorgulamakta ve hakkını yargıda daha çok aramaktadır.

V. TÜRK - ALMAN TIP HUKUKU SEMPOZYUMU

KÖKSAL
BAYRAKTAR'IN
KONUŞMASI

Bu sempozyum, önceki toplantılar gibi yararlı olacaktır. Çünkü bu toplantıda, iki ülkenin bilim adamları tıp hukuku alanında görüşlerini paylaşacaklardır. Uluslararası alandaki bilimsel işbirliğinin güzel bir örneği verilecektir. Aynı zamanda tıp hukukunun gelişmesine doktriner görüşlerle, yargı örnekleri ile katkıda bulunulacaktır.

Bu önemli toplantıyı düzenleyen, gerçekten çok zor bir organizasyonu başarı ile gerçekleştiren Prof. Dr. Hakan Hakeri, Doç. Dr. Yener Ünver'i ve genç asistanları Murat Aydın'ı huzurunuzda kutlar, hepinize saygılar sunarım.

Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Henning ROSENAU: Sayın hanımefendiler ve beyefendiler; 5. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu'nda açış konuşması yapmaktan dolayı çok mutluyum. Sayın Hakkeri, Lilie ve ben, 2005 yılında Konya'da bir araya geldiğimizde bu gelişmeyi öngöremezdik. Alman tarafı adına da bu çerçeveyi etkinliğimize sunması ve 5. sempozyumu hayata geçirmesi sebebiyle Türkiye Barolar Birliği'ne teşekkürlerimizi borç biliriz.

Tıp hukuku her zaman disiplinler arası düşünmek zorundadır. Önümüzdeki üç gün boyunca dinleyeceğimiz 36 sunuma baktığımda, bu etkinliğimizin tıp kongrelerine onur verdiğini söyleyebilirim. Kısaca disiplinler arası özelliğimiz ortadadır. Tıp hukuku her zaman kültürlerarası da düşünmek zorundadır. Geçen dört etkinlikten karşılıklı olarak çok şey öğrendik. Eminim bu defa da birbirimizden çok şey öğreneceğiz.

Çok teşekkürler. Hepimize verimli bir sempozyum diliyorum.

* Konuşmanın Almanca metni için bkz. Ekler bölümü EK 2.

Prof. Dr. Hakan HAKERİ: Değerli hanımefendi ve beyefendiler; hepinizi saygıyla selamlıyorum.

Prof. Dr. Rosenau'nun da söylediği gibi, 2005 yılının son aylarıydı, bundan sadece 2,5 yıl önce biz bir tıp ve hukuk sempozyumu yapalım dedik. Ben de şöyle bir öneride buldum biraz çekingen bir vaziyette: "*Acaba buna birinci desek mi?*" Fakat bunu yaparken ikincisi acaba olur mu, gerçekleşir mi, kesinlikle emin değildik ve sadece 2,5 yıl sonra beşincisini yapıyoruz. Prof. Dr. Rosenau'nun söylediği gibi bu kadar büyük bir kongre, neredeyse 36 tane ceza hukukçusu var, az değil. Türkiye'nin hemen hemen bütün ceza hukukçularını çağırmak istedik, ancak bu kadarı mümkün oldu. Bu kadar büyük bir toplantı Türkiye Barolar Birliği'nin destekleri sayesinde oldu, bunu bizim halletmemiz kesinlikle mümkün değildi. Bu vesileyle Sayın Başkana, organizasyonda emeği geçen Teoman beye, yine Adnan beye -gerçekten mükemmel bir organizatör- çok teşekkür ediyorum. Bütün katılımcılara çok teşekkür etmek istiyorum. Doç. Dr. Yener Ünver kardeşimin gerçekten büyük destekleri oldu, beraber düzenledik, bütün her şeyi beraber organize ettik, bu bakımdan çok teşekkür ediyorum.

Şöyle bir problemimiz var: 36 konuşmacı ve 3 gün, bu nedenle dikkat ederseniz süreleri çok kısıtlı tuttuk, 15 dakika. Bu sürelere sayın hocalarımızın uymalarını çok rica ediyorum. Tartışma kısmımız uzun, orada çok geniş tartışmalar yapabiliriz.

Hepinize teşekkür ediyorum, saygılar sunuyorum.

Türkiye Barolar Birliği
V. TÜRK- ALMAN TIP HUKUKU
SEMPOZYUMU
Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları

Birinci Gün
28 Şubat 2008

Birinci Oturum

Oturum Başkanı
Prof. Dr. Hans LILIE

Prof. Dr. Hans LILIE (Oturum Başkanı): Sayın Başkan, hanımefendiler ve beyefendiler; sözlerime başlamadan bunun olağan bir kurultay olduğunu fark ettim, zira daha ilk oturumun başında gecikme oldu. Bu uluslararası ve disiplinlerarası bir sorun ve bu özelliği nedeniyle bu toplantının arka planını oluşturuyor.

Birinci oturumu yönetme onurunun bana nasip olması beni çok mutlu etti. Şimdiden konulara girmeye ve konuşmacıların konuşma sürelerinden çalmaya karşı koymaya çalışıyorum.

Kürsüde Sayın Profesör Bayraktar'ı selamlamaktan çok mutluyum. Konusu, tıp etiği düzenlemelerinin ceza hukuku üstündeki etkisidir. Sayın Nuhoğlu, tıp ceza hukuku bağlamında zorunluluk halinden bahsedecek. Engisch'in Almanya'da geçmişte yaptığı tartışmaları hatırlıyorum. Bu tartışmanın çok eski bir geleneği var. Sayın Savcı Dr. Andreas Mosenheuer hekimler için cezalandırılabilirliğin kısıtlaması

olarak varsayımsal rıza konusunu aktaracak. Bu Almanya'da çok tartışılan bir konudur.

Sayın Profesör Hakeri, aslında işkence yasağına tabi olması gereken 15 dakikalık konuşma sürelerinin herkesin uyması gerektiği bir kural olduğu uyarısını yaptı. Kahvaltı masasında bir kart buldum. Rengi ne yeşil ne kırmızı, arada kalmış bir renktir. Sayın konuşmacılardan bir ricam olacak. Bu kartı gördüğünüzde konuşma süresinin yavaş yavaş sonuna yaklaştığını bileceksiniz. Trafik lambasıyla karşılaştıracak olursam bunu, yeşil-kırmızı olurdu, yani süreyi zorluyorsunuz demektir. Vaktinizi daha fazla almak istemiyorum.

Sayın Profesör; söz sizin.

Herr Präsident, meine sehr verehrten Damen und Herren. Zunächst kann ich feststellen, wir sind ein ordentlicher Kongress. Das ergibt sich schlicht und einfach aus der Tatsache, dass wir zu Beginn der ersten Sitzung eine Verspätung haben. Das ist ein Problem, das international und interdisziplinär ist und insofern mit einem gewissen Hintergrund in unserer Tagung steht. Ich freue mich, dass mir die grosse Ehre zuteil wird, den ersten Block zu leiten. Ich möchte jetzt nicht in die Versuchung geraten, zuviel über die Themen vorwegzunehmen und den Rednern nur die Redezeit stehlen. Ich freue mich, dass ich auf dem Podium Herrn Professor Bayraktar begrüßen darf, der uns über die Auswirkung der medizinethischen Regelung auf das Strafrecht referieren wird. Frau Nuhoğlu wird uns etwas über Notstand im Medizinstrafrecht berichten. Ich erinnere mich da an ganz frühe Debatten in Deutschland, die etwa Englisch geführt hat, die auch traditionell sehr weit zurückgehen.

Herr Staatsanwalt Dr. Andreas Mosenheuer wird uns dann mit der hypothetischen Einwilligung als Strafbarkeitsbegrenzung für Ärzte bekanntmachen, ein Thema, zu dem zumindest in Deutschland viel diskutiert wird. Herr Professor Hakeri hat nun gemahnt, dass diese satanisch kurzen Redezeiten von 15 Minuten, die eigentlich dem Folterverbot unterfallen müssen, als Regel für alle gelten. Auf dem Frühstückstisch habe ich einen Zettel gefunden,

der ist nicht grün, der nicht rot ist, aber irgendwo dazwischen. Ich würde meine Referentinnen und meine Herren Referrenten bitten, wenn dieser Zettel hoch geht, dass die Redezeit ziemlich dem Ende entgegengeht. Im Vergleich mit der Ampel würde ich sagen, es ist kirschgrün, also ganz am Ende der Möglichkeiten der Redezeit. Und ich will jetzt die Zeit nicht länger in Anspruch nehmen.

HANS
LILIE'NİN
KONUŞMASI

Herr Professor, bitte sehr.

Prof. Dr. Köksal BAYRAKTAR (Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Öğretim Üyesi):*

Son yıllarda Tıp Hukuku ile ilgili gerçekleştirilen bilimsel toplantılarda ve yayınlarda sık sık “etik” sözcüğünün kullanıldığı ve çeşitli tıp sorunları ya da konularının etik ile bağlantılı olarak ele alındığı görülmektedir. Tıpkı ilaç araştırmaları ve etik kurulların rolü, tıp etiği eğitimi, hekimlikte konsültasyon ve tıp etiği, organ aktarımı ve etik gibi... Sözcüğün bu kadar çok kullanılması, yıllardan buyana sık sık sözü geçen deontoloji kelimesini unutturmaya başlamıştır. Tıp deontolojisi artık kullanılmayan bir terim olmuştur. Acaba etik ile deontoloji arasındaki farklılık ya da benzerlik nedir?

Bunun yanı sıra, gene son yıllarda giderek yaygın ve etkin olan bilimsel tıp toplantılarında hasta hakları, hekim hakları, etik kurulların işlevleri gibi kavramlar daha çok ortaya atılmaya ve daha çok irdelenmeye başlamıştır. Bu kavramların etik ve deontoloji ile ilişkileri nedir?

* “Tıp Etik Kurallarının Hukuka Etkisi” başlıklı tebliğ.

Bu çalışmamızda söz konusu kavramlar arasındaki ilişkileri belirtmeye ve bunların yönergeler, yönetmelikler, tüzükler ve kanunlarla biçimlenen tıp hukuku ile etkilerinin neler olduğunu ortaya koymaya çalışarak, giderek yaygın ve çokça kullanılan "etik" kavramı üzerinde ayrıntılı olarak duracağız.

I. Kavram, Etik, Deontoloji, Tıp Ahlakı Kavramlarının Belirlenmesi ve Tarihsel Gelişimi

Etik, sözlüklerde, "iyi, kötü, yarar gibi sorunları inceleyen, töresel bir davranış yasası geliştiren, ahlak ve onun ilkeleri ile uğraşan felsefe kolu, ahlak bilim, töre bilim", "ahlak ilmi"¹ olarak nitelenirken, deontoloji ise, "herhangi bir meslek dalında bulunan kimselerin birbirleri ile ve başkaları ile olan işlerinde tutmaları gereken yolları ve yerine getirmek zorunda buldukları ödevleri konu alan bilim dalı, ödev bilgisi, ödev bilim", "yerine getirilmesi gereken ödevleri konu edinen bilgi dalı"² biçiminde tanımlanmaktadır. Deontolojinin, Yunanca *deon*, *ontos* ve *logos* sözcüklerinden kaynaklandığı ve bunun "olması gerektiği gibi" ile "bilim" sözcüklerinin karşılığını teşkil ettiği belirtilmektedir.³

Bu saptamalar karşısında etik ile deontoloji arasında büyük bir fark olmadığını, ancak etiğin daha geniş kapsama sahip bulunduğunu, buna karşılık deontolojinin daha dar bir alandaki kuralları ifade ettiğini söyleyebilmek çok yanlış olmayacaktır. Bununla birlikte, kavramlar üzerinde duran ve farklılıkları belirtmeye çalışan yazarların görüşlerine yer verildiğinde, şu hususlarla karşılaşılacaktır: "Tıbbi uygulamaların ve tutumların iyi ya da kötü, doğru ya da yanlış olarak değerlendirilmesi ve bu değerlendirmelerin belirli ilkelere oturtulması

¹ Püsküllüoğlu, Ali, *Türkçe'deki Yabancı Sözcükler Sözlüğü*, Ankara 2004, s. 131; *Meydan Larousse, Büyük Lügat ve Ansiklopedi*, c. IV, İstanbul 1971, s. 413.

² Bkz. Püsküllüoğlu, 100; *Meydan Larousse*, c. III, s. 563.

³ Bkz. *Meydan Larousse*, c. III, s. 563.

girişimi, tıp etiğinin çalışma alanıdır."⁴ Benzer bir açıklamayı Aydın, şu şekilde yapmaktadır: "Tıp etiği, tıp ve sağlık alanındaki tutum ve davranışların iyi ya da kötü yönden değerlendirilmesi etkinliğidir."⁵ Bunun yanı sıra, etiğin ahlakiliği vurgulayan ey-lemeler olduğu, etik ilkelerin de insan davranışlarının amaçla-rını oluşturduğu ileri sürülmüştür.⁶

Görüldüğü gibi, etik ve ahlak kavramları bu tanımlarda dahi birbirini içerisinde yer almaktadır. Bunların karşısında tıbbi deontolojinin de ahlak ve etik ile yakın bağlantısını Ülman, şu şekilde belirtmektedir: "Tıbbi deontoloji, kaynağını tıp ahlakı ve tıbbi etikten alır ve tıp ahlakının hukuk ile örtüşen kısmını oluş-turur."⁷

Etik ile deontolojinin hukuk biliminde çok fazla kullanılmadığı, buna karşılık ahlak teriminin hukuka giriş kitapla-rında yer aldığını görebilmekteyiz. "Haklara saygılı davranma, insanlar hakkında sürekli olarak iyi ve hayırlı şeyler düşünme gibi kurallar"⁸ ahlakı oluşturmaktadır. İmre, Medeni Hukuka Giriş başlıklı eserinde ahlakı şu şekilde açıklamaktadır: "Bazı fülle-rin iyi, bazılarının da kötü oldukları hakkında binlerce yıl öncesin-den gelen birtakım inanışlar vardır. İnsanlar çok eski zamanlardan beri kendilerini bazı görevlerle bağlı saymışlardır. Ahlak, bu görev hissinden hareket eder. Bunlar insanın kendi nefesine, kendi vicdanı-na karşı görevleridir... Ahlak kuralları aynı zamanda başkalarına ve topluma karşı bir görev gibi de görünürler... Bazı yazarlar başkala-rına karşı olan görevleri de ahlakın içine sokmaktadırlar..."⁹

⁴ Bkz. Ülman, Yeşim Işıl, Tıp Tarihinin Işığında Tıp Etiği, Tıp Deontolojisi ve Hukuk (İlaç Hukuku ve Etik Anlayışı - Sağlık Hukuku Sempozyumu Özel Sayısı 2), İstanbul 2007, s. 46.

⁵ Aydın, Erdem, *Tıp Etiğine Giriş*, Ankara 2001, s. 4.

⁶ Elçioğlu, Ömür - Kırmıhoğlu, Nurdan, *Etik İlkeleri (Çağdaş Tıp Etiği)*, İstanbul 2003, s. 27 - 28.

⁷ Ülman, 46.

⁸ Işıktaç, Yasemin, *Hukukun Kaynağı Olarak Örf ve Adet Hukuku*, İstanbul 1997, s. 7.

⁹ İmre, Zahit, *Medeni Hukuka Giriş*, 3. bs., İstanbul 1980, s. 17-18; Özsunay, ahlak kurallarının kişinin iç dünyası ile ilgili olduğunu, yaptırım baki-

Tıp deontolojisi ve etiği üzerinde duran yazarlar, tarihsel araştırmalarda konuyu hemen eski Yunanlı hekim Hipokrat'a getirirler. Gerçekten tarihte ilk defa hekim-hasta, hekim-toplum, hekim-hekim ilişkilerini irdeleyen düşünür Hipokrat olmuştur. Hipokrat, hasta merkezli tıp uygulamasını, hekimin öğrendiği sırları saklamasını ve zarar verici uygulamalardan kaçınmasını ilk defa ortaya koyması nedeniyle düşünce dünyasının bu alandaki dönüm noktasıdır.¹⁰ Hekim ve hasta ilişkilerinin ortaçağ ve yeniçağlarda İslam hukukunda Ali Bin Abbas, Razî ve İzhak Bin Ali Er Rihavî, İbn-i Sina gibi ünlü tıp bilimcileri tarafından işlendiği bilinmekle birlikte, etik kavramının deontolojiden ve tıp ahlakından ayrı olarak ilk defa 19. yüzyılın başında 1803'te Thomas Percival tarafından yazılmış "*Medical Ethics – A Code of Institutes and Preceptes*" adlı kitapta kullanıldığı tespit edilmiştir.¹¹ Bu kitapta hastanedeki hekimlerin uyacakları kurallar ayrı ayrı çağın düzeyi çerçevesinde ortaya konulmuştur. Percival'ın düşünceleri, Aksoy'un ileri sürdüğüne göre, İngiltere'den çok daha sonra Amerika'da taraftar toplamış ve 19. yüzyılın yarısından 20. yüzyılın ortalarına kadar Amerika'da Medical Association Percival, etik kuralları ayrı ayrı tespit etme çalışmasını yürütmüştü. Bu kurallar arasında hastaların haklarına saygı göstermek, sır saklamak, meslek disiplini içerisinde hareket etmek, diğer kişilerle danışmak gibi hususlar yer almıştı.¹² 20. yüzyılın ortalarında Amerika'da iki tıp düşünürü, J. Fletcher ve P. Ramsey tıp etiği ve hekim – hasta ilişkileri üzerine yoğun çalışmalar yapmıştı.¹³ Aynı tarihlerde Amerika'da tıp etiği yerine bioetik terimi kullanılmaya başlanmıştı.¹⁴

mundan iç huzursuzluğu yarattığını ileri sürmektedir. Bkz. Özsunay, Ergun, *Medeni Hukuka Giriş*, 5. bs., İstanbul 1986, s. 19.

¹⁰ Bkz. Aydın, s. 13; Aksoy, Şahin, *Tıp Etiğinin Ülkemizdeki ve Dünyadaki Tarihi (Çağdaş Tıp Etiği)*, İstanbul 2003, s. 4.

¹¹ Bkz. Aksoy, 5 – 6.

¹² Bkz. Aksoy, 6 – 7.

¹³ Bkz. Uzel, İter, *Yeni Bir Meslek Alanı: Tıp Etiği (Bioetikten Seçmeler)*, Ankara 1996, s. 3.

¹⁴ Aksoy, 12.

19. yüzyılın sonlarında hekim ve hasta ilişkilerinin ahlaki bir açıdan ele alındığı Osmanlı İmparatorluğu Mekteb-i Tıbbiye-i Şahanelerinde, "*İlm-i Edep ve Vazife-i Tıbbiye*" adı altında eğitim programına alınmıştı.

II. Başlıca Tıp Etiği Kuralları

Kısaca belirttiğimiz tıp etiği, dört temel ilkeye dayanmaktadır: Zarar vermeme, yararlı olma, özerklik ve adalet.¹⁵

1. Yararlılık İlkesi

Bu ilke, hastaya öncelikle ve her şeyin üzerinde yararlı olmayı öngörmektedir. Hekim bütün eylemlerini, hastalığın tanısını, tedaviyi hep yararlı olabilmek için yapacaktır. Davranışları içinde hekim, kendisine yapılmasını istemediğini başkasına yapmayacak, hastasına ve yakınlarına da zarar vermeyecektir.¹⁵

Yararlılık ilkesi, kendi içerisinde üç unsuru kapsamaktadır. Bunlar, zararın engellenmesi, ortadan kaldırılması ve iyiliğin arttırılması unsurlarıdır.¹⁷

Hekim, hastasına yararlı olabilmek için gerektiğinde başka hekimlerle ilişki kurabilecek, danışmada bulunacak ve uzman hekimlere başvurabilecektir. Hekim, bilgi ve donanımının yetersiz olduğunu gördüğünde, diğer hekimlere başvurabilecektir. Aynı şekilde hekim, bilgi ve donanımının yetersizliği halinde ya da hastalığın kendisi için tehlikeler ta-

¹⁵ Bkz. Ülman, 46.

¹⁶ Bkz. Aydın, 40; Elçioğlu - Kırımhoğlu, 30.

¹⁷ Gülmen, Mete K. - Çekin, Necmi - Hilal, Ahmet - Salaçin, Serpil, Adli Tıp Uygulamalarında Birlikliğin Etik İlkeler Açısından Sorgulanması (III. Tıbbi Etik Sempozyumu Bildirileri), Ankara 1998, s. 504.

şiddetini tespit ettiği durumlarda tedaviyi bırakma hakkına da sahip bulunmaktadır.¹⁸

2. Zarar Vermeme İlkesi

Etik kuralları içerisinde, hastaya yararlı olma ilkesi ile yakından bağlı olan zarar vermeme, hekimin hastasına zarar vermeden müdahale etmesini ifade etmektedir (primum non nocere).¹⁹ Hekim, hastasını sağlığına kavuşturmak için tıp biliminin kuralları içinde hareket ederken, davranış biçimi itibariyle de onun onurunu kırmayacak, şefkatli ve merhametli davranacak ve etik deyişi içinde hastanın mahremiyetine saygı gösterecektir.²⁰ Çeşitli deontoloji tüzüklerinde ve hasta hakları yönetmeliklerinde hekimin sır saklama hükümlülüğü olarak belirtilen kavram, işte hastanın mahremiyetinin ihlal edilmemesi olgusunda ifadesini bulmaktadır. Hekim ile hasta arasındaki ilişkinin, kişinin hastalığı ya da sağlık durumunun özelliklerinin gizli tutulacağı yönünde bir sözleşmenin varolduğu, konunun hastanın özel hayatı ile yakından ilişkili olduğu ve hastane yönetiminin hastanın bilgilerini gizli tutma zorunluluğu altında bulunduğu bu kavramdan hareketle ortaya atılmıştır.²¹

3. Özerkliğe Saygı İlkesi

Tıp bilminde özerklik olarak nitelenen bu ilke, hastanın bağımsız olması gerektiğini ifade etmektedir. Bununla hekim, hastaya, tüm haklarını kullanabilme olanağını verecektir. Kişi, hastalığına rağmen kendi başına düşünebilecek, değerlendir-

¹⁸ Erdemir, Ayşegül Demirhan, *Hekimlikte Konsültasyon ve Tıp Etiği (Çağdaş Tıp Etiği)*, İstanbul 2003, s. 238.

¹⁹ Aydın, 46.

²⁰ Elçioğlu Ömür - Erdemir, Ayşegül Demirhan, *Hasta Hakları (Çağdaş Tıp Etiği)*, İstanbul 2003, s. 100.

²¹ Aydın, 78; Elçioğlu - Kırımlıoğlu, 33; Elçioğlu - Erdemir, 96; Çobanoğlu, Nesrin, *Hasta Hakları Açısından Hastanelerde Yönetim Etiği (Çağdaş Tıp Etiği)*, İstanbul 2003, s. 181.

meler yapabilecek, özgür biçimde kendisi ile ilgili kararlar verebilecek ve nihayet eylemde bulunabilecektir.²² Hastalığının tedavisi içindeki kişinin değerlerine ve bağımsızlığına, çevresi de saygı göstermek zorunda bulunmakta ve hastane yönetiminin böyle bir ortamı sağlaması gerekmektedir.

Deontoloji tüzüklerinde yer alan hekimin reklamda bulunma yasağı, özerkliğe saygı ilkesinin devamını oluşturmaktadır.

Hekimin hastalık ile ilgili bilgi vermesi, kişinin sağlık durumu ile bağlantılı olarak açıklamalar yapması, girişeceği tedavinin yararlı ve zararlı sonuçlarını anlatması ve bu sürecin son aşamasında hastanın rızasını alması, kısaca aydınlanmış onamın ortaya çıkması, özerkliğe saygının devamı olarak belirtmektedir.

4. Adalet İlkesi

Bu ilke, hekimin hastalarına eşit davranmasını, tedavide hastalardan birini diğerinden daha önemli görmemesini sağlamaktadır. Tıbbi araç, gereç ve olanakların adil biçimde dağıtılması, paylaşılması, bu ilkenin temelini oluşturmaktadır.²³

5 Aydınlatılmış Onamın Varlığı İlkesi

Bu ilke, kişinin sağlık durumu ve hastalığı ile ilgili bilgi sahibi olmasını ifade etmektedir. Aydın'ın deyişi ile bu ilke, hekimin hastasının özerkliğine saygı gösterilmesinin en önemli boyutlarından biridir; hastanın bilgilendirilmesi ve tıbbi karara katılımının gerçekleştirilmesidir.²⁴

²² Aydın, 47; Elçioğlu - Kırmıoğlu, 34, 35; Çobanoğlu, 198.

²³ Aydın, 70; Elçioğlu - Kırmıoğlu, 38; Gülmen, 504.

²⁴ Aydın, 56.

Bu ilke dolayısıyla hekim hastasını bilgilendirecek, hastanın da bilgilene hakkına²⁵ sahip olduğu kabul edilecektir. Tıp bilimine olan güven bu şekilde sağlanmış olacaktır.²⁶ Hekimin gerçeği söyleyip söylememesi sorunu, aydınlatılmış onama yakından bağlıdır. Deontoloji tüzüklerinde sözü edilen gerçeğin söylenmesinin sınırlı olup olmayacağı sorunu, bu ilkenin işlerliğine yakından bağlıdır.²⁷

III. Tıp Etiği İlkelerinin Hak ve Özgürlüklerle İlişkisi

Başlıca dört tıp etiği ilkesinin giderek geliştiği ve hasta ile hekim yönünden hak ve özgürlükler kavramını genişlettiği görülebilmektedir. Bu süreç, hasta hakları ve hekim hakları kavramlarını ortaya çıkarmıştır. Hasta hakları, hastalıklar sırasındaki tanı, tedavi, rehabilitasyon ve izleme sürecindeki haklardır. Hekim seçme, tanıdan haberdar olma ve bilgilene gibi.²⁸ Bunun dışında hastanın bilgilerin gizliliğine saygı duyulması, onurunun korunmasını isteme hakkı²⁹ ve saygılı ve onurlu tedavi görme hakkı, olumlu bakım ve tedavinin devamlılığını isteme hakkı, nihayet tedaviyi reddetme hakkı,³⁰ hasta hakları olarak bugün önemle vurgulanmaktadır.

Hasta haklarının gelişmesine karşı hekim haklarının da ortaya çıktığı görülmektedir. Nitelikli bir tıp eğitimi alma, bilgiyi yenileme, yeterli ücret alma, baskı altında olmama, etik kuralları serbestçe uygulama, çağdaş, bilimsel olanaklardan yararlanma, mesleki risklerden korunma, hastayı reddetme ve ceza infazında bulunmayı reddetme, diğer hekimlere danı-

²⁵ Elçioğlu - Erdemir, 99.

²⁶ Aydın, 73.

²⁷ Aydın, 76.

²⁸ Arda, Berna, *Tıp Etiği Açısından İnsan Hakları (Çağdaş Tıp Etiği)*, İstanbul 2003, s. 43.

²⁹ Arda, 49.

³⁰ Elçioğlu - Erdemir, 92, 93.

şabilme, baskı altında kalmama gibi haller, birer hekim hakkı olarak öngörülmüştür.³¹

IV. Tartışılan Sorunlar

İçinde yaşadığımız yüzyılda hak ve özgürlükler kavramının hasta ve hekim yönünden gelişmesi ve genişlemesi, bazı tartışma konularını da kendisi ile birlikte getirmiştir. Bilimsel araştırmalarda, tıbbi denemelerde kişinin konu olması, AIDS gibi tehlikeli ve rizikolu bir hastalıkta hastanın ve hekimin konumu, organ aktarmalarında verici ve alıcının karşılıklı durumları, son yıllarda giderek gelişen klonlamada hekimin etkinliği ve nihayet yaşamın son aşamasında kişinin durumu, bu tartışmaların odak noktalarını teşkil etmiştir. Tıbbi denemelerde mutlaka bilinçli gönüllülüğün aranması, risk - yarar değerlendirmesinin yapılması, bireyin özerkliğinin sağlanması, denemelerde konu olan kişiye saygı gösterilmesi ve bu gibi faaliyetlerin toplum için ve başkaları için yararlı olması ilkelerine bağlı kalınması ortaya atılmıştır.³²

AIDS gibi rizikolu bir hastalığın tedavisinde kişiye mutlaka saygı gösterilmesi, mahremiyet kuralına riayet edilmesi, hekim yönünden tedaviyi reddetme imkanının sağlanması ve HIV taramasında hastanın bilgilendirilmesi, konunun gizli tutulması ve gelişmiş bir laboratuvar düzeninin kurulması, uyulması zorunlu unsurlar olarak ortaya çıkmıştır.³³

Her geçen gün yeni uygulamaları görülen organ aktarmalarında, insanların araç olarak değil, amaç olarak görülmesi, hastanın ailesi ile yakın işbirliğinin sağlanması ve hastanın

³¹ Arda, 44 - 46; Erdemir, Ayşegül Demirhan, *Hekim Hakları, (Çağdaş Tıp Etiği)*, İstanbul 2003, s. 117.

³² Bkz. Büken, Nüket, Örnek, *Tıp Etiği Açısından Klinik İlaç Araştırmaları (Çağdaş Tıp Etiği)*, İstanbul 2003, s. 441; Ersoy, Nermin, *Araştırma Etiği (Çağdaş Tıp Etiği)*, İstanbul 2003, s. 487 - 489.

³³ Bkz. Ersoy, Nermin, *AIDS ve Etik (Çağdaş Tıp Etiği)*, İstanbul, 2003, s. 506 - 507, 517, 526 - 527.

toplumsal dışlanmasının önlenmesi, göz önünde tutulan etik kurallar olarak ortaya çıkmıştır.³⁴

Son yıllarda klonlamanın tıp etiği içerisinde tartışıldığı ve hekimlerin bu etkinlik karşısında durumlarının irdelendiği görülmektedir. Hekim, böyle bir denemeye girişebilir mi? Kimi yazarlar sakat, bozulmuş ve harap olmuş organlar yerine yeni organların bu şekilde üretilebileceğini söyleyip bunu bir tedavi aracı olarak görmesine rağmen, kimi yazarlar da bunun insanlık aleminin sonu olabileceğini ifade etmişlerdir.³⁵

Önemli bir diğer sorunu yaşamın sonu ile ilgili eylem teşkil etmektedir. Kısaca ötenazi olarak adlandırılan bu eylem, etik açıdan da tartışılmaktadır. Bir yandan yaşamın kutsallığı ileri sürülürken, diğer yandan tıbbi yararsızlığın devam ettirilmemesi, asıl karar vericinin doğrudan doğruya insan olduğu, hastaya mümkün olduğu kadar az zarar verilmesinin özerklik ilkesinin bir devamını oluşturduğu, kişinin kendi kaderini belirleme ve seçimine saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu belirtilmektedir.³⁶

Bugün doğrudan doğruya ötenazi denilen hastanın hayatına kati bir müdahale ile son verilmesi, genel olarak kabul edilmemektedir. Buna karşılık, "mekanik ventilasyon, canlandırma, kemoterapi, antibiyotik ve yapay beslenme ya da sıvı verme" gibi tedavileri geri çekme ve esirgeme, etik açıdan kabul edilmektedir.³⁷

³⁴ Bkz. Elçioğlu, Ömür, Şaylıgil, *Organ Aktarımı ve Etik*, (Çağdaş Tıp Etiği), İstanbul 2003, s. 313 - 321.

³⁵ Bkz. Aksoy, Şahin, *Klonlama ve Kök Hücre Araştırmalarının Etik Boyutu* (Çağdaş Tıp Etiği), İstanbul 2003, s. 284.

³⁶ Bkz. Ersoy, Nermin, *Yaşamın Sonu ile İlgili Etik Konular, I*, (Çağdaş Tıp Etiği), İstanbul 2003, s. 333 - 342; Ersoy, Nermin, *Yaşamın Sonu ile İlgili Etik Konular, II*, (Çağdaş Tıp Etiği), İstanbul 2003, s. 367.

³⁷ Bkz. Ersoy, *Yaşamın Sonu ile İlgili Etik Konular, II*, 385.

V. Tıp Etiği Kurallarının Tıp Hukukunu Oluşturma Sürecindeki İşlevi

Bu çalışmamızın başlangıcında etik, ahlak ve deontoloji kavramlarının farklı ve benzer yönlerine değinmiş ve bunların birbirlerine çok yakın olduklarını belirtmiştik. Etik kavramı, toplum içerisinde varolan ya da zamanla oluşan yapmak, yapmamak biçiminde ortaya çıkan ve yaptırımı daha çok manevi alanda bulunan birtakım kuralları, ilkeleri içermektedir. Etik kurallarına ya da ahlak kurallarına aykırılığın yaptırımı manevidir, toplumsaldır ve bunlar belirli bir süreye bağlı değildir. Ahlaka aykırı hareket eden kişinin karşılaştığı yaptırımlar, biçimsel kurallara bağlanmamıştır. Buna karşılık hukuk kuralları daha çok biçimseldir, yazılıdır, uyulması genellikle zorunludur ve bunun yaptırımı maddidir, sürelidir.³⁸

1. Tıp etiği ilkelerinin hukuku oluşturması olgusunda çeşitli yönleri saptayabilme olanağı bulunmaktadır. Öncelikle şunu vurgulamakta yarar vardır ki, etik kurallar tarih içerisinde yazısız ve ahlaka uygun, insanlığın gerektirdiği davranış biçimleri olarak ortaya çıksa bile, bunlar, 19. yüzyıldan bu yana yazılı kurallar haline gelmişlerdir. Uluslararası hukukta çeşitli kongre kararları, tıpkı Helsinki Bildirisi gibi evrensel nitelik taşıyan bildiriler, bugün hukukun önem verdiği yazılı kurallar durumuna gelmiştir. Aynı şekilde iç hukukta Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi ve Hasta Hakları Yönetmeliği gibi yazılı hukuk kaynakları etik kurallarını içerebilmektedir. Bu açıklamamızın nedeni, etik kurallarının bugün tıp hukukunun önemli bir bölümünü oluşturmakta olduğudur.

2. Bu saptamadan çıkarılacak önemli bir sonuç da bulunmaktadır. Hekimin herhangi bir olayda kusurlu olup olmadığını, yargıç tespit etmeye çalıştığında artık yazılı hukuk kuralları haline gelmiş bulunan ve özellikle yönetmeliklerde, tüzüklerde ve hatta kanunlarda yer alan etik ilkelerine başvürebilecektir. Etik ilkeleri deontoloji kelimesinin açıklanmasın-

³⁸ Bkz. Aydın, 182 - 183; İmre, 21 - 23; Özsunay, 19 - 20.

da da belirtildiği gibi, bir çeşit uyulması gerekli meslek kurullarıdır ve bu kurullar çerçevesinde hekimin kusurlu olup olmadığını yargıç tespit edecektir.

Bu konu içerisinde etik kurulların işlevlerine ve verdikleri kararlara da değinmemiz gerekmektedir. Bugün genel etik kurulları, yerel etik kurulları, bilimsel araştırma inceleme kurulları, klinik araştırma etik kurulları, danışmanlık etik kurulları, hastane etik kurulları olarak çeşitli bölümlere ayrılmış olan kurulların³⁹ işlevleri, hastaların, araştırmacıların ve araştırma kurumlarının korunmasıdır.⁴⁰ Bu kurulların herhangi bir konudaki olumlu ya da olumsuz kararları, mahkemelerce göz önünde tutulmaktadır.⁴¹ Böylece etik kurullar, hukukun oluşturulmasına yardımcı oldukları gibi, kusur saptanmasında da yol gösterici bir işlev içinde bulunmaktadırlar.

3. Etik kurulları yalnız ve yalnız hukuku oluşturmakta ya da kusurun saptanmasında etkili olmamakta, aynı zamanda suçların meydana gelip gelmemesinde de etkili olabilmektedirler. Örneğin herhangi bir olayda bir etik kural ya da ilke, eylemi hukuka uygun hale de getirebilmektedir. Hekimin hastaya bakmaması, hastanın tedaviyi red hakkına saygı göstermesi veya tedavi hakkının üstünlüğünü dikkate alarak - mesleki sırrın her şeyin üstünde olduğuna inanarak suç ih-

³⁹ Bkz. Atıcı, Elif, *Etik Kurullar (Çağdaş Tıp Etiği)*, İstanbul 2003, s. 419 - 420.

⁴⁰ Bkz. Rosenau, Henning, *Etik Kurulları ve Hasta Haklarının Korunması (IV. Türk - Alman Tıp Hukuku Sempozyumu - Hasta Hakları)*, (Hasta Hakkı, s. 3, Kasım 2007), s. 97.

⁴¹ Bkz. Rosenau, 100; Kurulların çalışmalarının önemini Amato - Şemin - Civaner - Demiral şu şekilde ortaya koymaktadırlar: "Tıp araştırmalarının yapıldığı kurumlarda Etik Kurul bulunmalıdır. Hastane etik kurulları, yalnızca ilaç araştırmalarını denetleyen ve hekimlerarası ilişkileri düzelteren konumundan çıkartılmalıdır. Etik kurullar, araştırmaların ve sağlık hizmetlerinin etik kurullara ve mevzuata uygunluğunu kontrol etmeli ve gerektiğinde kurullar koymalıdır". Bkz. Amato, Zuhal - Şemin, Semih - Civaner, Murat - Demiral, Yücel, *Bilim Araştırma ve Etik*, III. Tıbbi Etik Sempozyumu Bildirileri, Ankara 1998, s. 12.

barında bulunmaması varsayımlarında incelenen ilkeler, hukuka uygunluk sebebi olarak ortaya çıkabilmektedirler.

4. Son olarak şu hususa da işaret etmemizde yarar bulunmaktadır. Tıp bilim ve sanatını uygulayan hekimin sorumluluğunda ve hareketlerinde hep tıp bilimi kurallarına uygun hareket edilip edilmemesi aranmıştır. Bugün de biz, hekimin kusurlu olup olmadığını, zararlı bir neticeden sorumlu tutulup tutulmayacağını, tıp biliminin verilerine göre tespit etmekteyiz. Örneğin, Adli Tıp Kurumu ile Yüksek Sağlık Şurası incelemelerinde hep tıp bilimi verileri göz önünde tutulmaktadır. Dikkat edilirse, hekimin hareketleri tıbbi verilere göre değerlendirilmekte ve bundan sonra hukuk harekete geçmektedir. Başka bir deyişle hukuk, tıbbın kendi önüne getirdiği verilerle yetinmektedir. Oysa etik kurallarla biz hekimin hareketlerine artık hukukun da karıştığını görmekteyiz. Başka bir deyişle, hekimin insan olarak davranışları değerlendirildiğinde, etik kurallar ve ilkeler ortaya çıkmaktadır. Bu alanı biraz daha genişlettiğimizde ve konuya hasta açısından baktığımızda, hak ve özgürlüklerle donanmaya başlayan hastanın konumu içerisine etik kurallarının ve hukukun katıldığını saptayabilmekteyiz. Bu çerçevede, etik ilkeleri ve kuralları, hekimin hasta karşısındaki davranışlarını ve hastanın hekim karşısındaki durumunu denetleyen, yargılayan, sorgulayan ilkeler durumuna gelmektedir.

Hepinize beni sabırla dinlediğiniz için teşekkür ederim.

Oturum Başkanı: Sevgili meslektaşım Bayraktar'a; sunumu için teşekkür ederiz.

İşiniz zordu, zira etik kuralların çoğu zaman muğlak ve belirsiz oluşu ve ceza yasasının belirliliği arasında bir köprü kurdunuz. Bu büyük tarihsel köprüyü kısa bir süre içinde kurmanızı sunumunuza borçluyuz. Çok teşekkürler.

Organizatörler bana tartışma için sorularınızı ve yorumlarınızı mümkünse yazılı olarak iletmenizi söylediler. Gerçi Türk meslektaşlarımın katkılarını nasıl okuyup aktaracağımı bilemiyorum, ama bunun için de belki bir kural buluruz.

Sözü tip ceza hukukunda zorunluluk halinden bahsedecek olan Sayın Nuhoğlu'na vermek istiyorum. Zaman konusunda iyi bir örneğiniz oldu.

Buyurun.

Sehr verehrter lieber Herr Hollege Bayraktar, herzlichen Dank für dieses Referat, das den schwierigen Weg gegangen ist, eine komplizierte Brücke zwischen der vielfachen Wagheit und Unbestimmtheit ethischer Regeln und der Bestimmtheit des Strafgesetzbuches zu schlagen.

Dass sie dabei auch in dieser kurzen Zeit diesen grossen historischen Bogen geschlagen haben, ist ein besonderes Verdienst ihres Referats. Herzlichen Dank. Ich bin von den Veranstaltern auch hingewiesen worden, dass sie bitte für die Diskussion nachher ihre Fragen und Beiträge möglichst schriftlich vorbereiten sollen. Ich weiss zwar nicht, wie ich die Beiträge der Türkischen Kollegen lesen und identifizieren soll, aber vielleicht finden wir dafür auch eine Regel.

Ich möchte dann Frau Nuhoğlu bitten über den Notstand im Medizinstrafrecht zu reden. Sie hatten ein grosses Vorbild, was die Zeit angeht.

Bitte schön.

Doç. Dr. Ayşe NUHOĞLU (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi):*

I. Genel Olarak

Tıp hukukunda zaruret halinin, ilgilinin rızası yanında en önemli hukuka uygunluk sebebi olduğu belirtilmektedir.¹

Doğal veya doğal olmayan bir tehlike ile karşılaşan kişi, kendisini korumak içgüdüleriyle hareket eder. Kişinin bu şekilde hareket ederek tehlikeye karşı koyma zorunluluğu içinde gerçekleştirdiği fiil bazen kanunda suç olarak belirtilen bir tanıma uygun olur. Kişinin kendini korumaya yönelik ve kanuni tanıma uyan hareketi her zaman tehlikenin sebebine yönelmiş olmaz. Bazen tehlikeyle hiç ilgisi bulunmayan üçüncü kişiye veya tehlikeye bilerek sebebiyet vermemiş olan kişiye de yönelik olabilir.²

Bazı hallerde bu tehlike bizzat kanuni tanıma uyan fiili gerçekleştiren kişiye değil de, üçüncü kişiye yönelik olabilir. Tehlikenin üçüncü kişiye yönelik olması halinde de, tehlikeyi bertaraf etmek amacıyla gerçekleştirilen hareketlerin zaruret

* "Tıp Ceza Hukukunda Zaruret Halinin Sınırları" başlıklı tebliğ.

¹ Oechsner, Christa, Unrechtsausschließungsgründe im Arztrecht, Diss., Würzburg 1968, s. 111.

² Toroslu, Nevzat, *Ceza Hukukunda Zaruret Hali*, Ankara 1968, s. 1.

hali kapsamında olduğu kabul edilmekte ve üçüncü kişi lehine zaruret hali olarak adlandırılmaktadır.

Zaruret hali hukukumuzda da 765 sayılı mülga Ceza Kanunu'nun 49. maddesinin 3. fıkrasında³ 5237 sayılı Ceza Kanunu'nun 25. maddesinin 2. fıkrasında⁴ düzenlenmiştir.

Hemen bütün ülkelerin ceza kanunlarında kabul edilen zaruret halinin tanımı ve koşulları farklı olmakla birlikte hukukumuzda zaruret hali şu şekilde tanımlanmaktadır. Ceza hukukunda zaruret hali bir kimsenin bilerek sebebiyet vermediği bir tehlikeden kendisini veya başkasını kurtarma zorunluluğu karşısında, kanuni suç tanımına uygun ve tehlikeyi uzaklaştırmaya yetecek ölçüde olan fiili işlemesi zorunluluğunu doğuran bir durumdur.⁵

Mukayeseli hukukta da zaruret halindeki kişinin cezalandırılmayacağı kabul edilmekte, bunun sebebi olarak ya hukuka uygunluk sebebi olduğu veya kusurluluğu kaldıran hal olduğu kabul edilmektedir.

II. Hukuki Esası

Zaruret halinin hukuki esasını açıklamak üzere esas olarak dört görüş ileri sürülmüştür:⁶ Bu görüşlerden ilki, "hukuk dışı

³ m. 49/3: "gerek nefsinin ve gerek başkasının vukuuna bilerek mahal vermediği ve başka türlü tahaffuz imkanı da olmadığı ağır ve muhakkak bir tehlikeden muhafaza etmek zaruretinin bays olduğu mecburiyetle" işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilemez.

⁴ m. 25/2: "gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelik olup, bilerek neden olmadığı ve başka suretle korunmak olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu ile ve tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasita arasında orantı bulunmak koşulu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilemez."

⁵ Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku C. II*, 12. Bası, İstanbul 1999, s. 120; Benzer tanım için bkz. Toroslu, s. 6.

⁶ Teoriler Konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Hafızoğulları, Zeki, *Türk Ceza Hukuku Sisteminde Zaruret Hali ve Üçüncü Kişiyi Kurtarma*, Ankara

hal teorisi” olarak isimlendirilmekte ve zaruret halinin hukuki ölçülerle çözümlenebilecek bir hal olmadığını savunmaktadır. Bu görüşe göre, zorunluluk hali nedeniyle hukuk kurallarının dışına çıkılmaktadır. Zira tabii hak olarak kendisini koruma hakkı hukuk düzeninin üstüne çıkmaktadır. Kendini korumak için bir başkasını feda etmek ahlaki olmamasına rağmen hukukidir⁷. Zaruret halinde kişiye ceza verilememesinin sebebi, maksada uygunluk düşüncelerinde bulunmaktadır.

Bu görüş, pozitif hukukun dışında veya üstünde tabii hukukun bulunamayacağı ve hukuki ölçülerle çözümlenemeyen bir olaya hukuki değer de verilemeyeceği şeklinde eleştirilmektedir.

İkinci görüş, *manevi cebir veya psikolojik teori* olarak adlandırılmakta ve zaruret halinde kişinin kusurlu davranamayacağı esasına dayanmaktadır. Bu görüşe göre, zaruret halinde olan kişi içinde bulunduğu korku sebebiyle irade serbestisi ortadan kalkar, kasıtlı bir şekilde davranmaya ehil olmadığından, yaptığı hareket kusurlu sayılmayacağından cezalandırılmaz. Görüş farklı olarak, tehlike ile karşılaşan kişinin başka türlü hareket etmek imkanından yoksun olması, seçim hakkının bulunmaması nedenleriyle suç işleme kasdıyla hareket etmeyeceği şeklinde de açıklanmıştır.⁸

Bu görüş uyarınca faile ceza verilmemesinin sebebi, zaruretle birlikte toplumun cezalandırma hakkının son bulduğudur. Toplum kişinin güvenliğini sağlayamadığı hallerde kişi kendi hakkını kullanmaya hak kazanır ve bunun sonucu olarak da kamu kişi üzerindeki hakkını kaybeder.⁹

1971, in: Birinci Türk Hukuk Kongresi'ne Sunulan Tebliğler, Ankara 1972, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 2; Toroslu, s. 25-26. Teorinin ayrıntılı eleştirisi için bkz Hafızoğulları, s. 7 vd., s. 6 vd.

⁷ Hafızoğulları, s. 8.

⁸ Dönmezer/Erman, C. II, s. 124; Soyaslan, Doğan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 3. Baskı, Ankara 2005, s. 379.

⁹ Hafızoğulları, s. 6.

19. yüzyılın son çeyreğinden itibaren etkisini kaybeden bu görüş, tehlikeye maruz kalan kişinin gerçekten kusur yeteneğinin kalkıp kalkmadığının araştırılması gerekeceği, şayet tehlike failin soğukkanlılığını kaybetmesine, kusurlu olarak hareket edememesine sebep olmuşsa, zaruret halinin mevcut olacağı, buna karşılık fail korkuya kapılmaksızın iradi bir şekilde tehlikeyi bertaraf etmişse zaruret halinin söz konusu olamayacağı gerekçesi ile eleştirilmiştir. Çünkü bu halin tespiti daima şüpheli kalacaktır. Teoriye yapılan diğer bir önemli eleştiri ise, teori ile üçüncü kişi lehine zaruret halinin açıklanamayacak olmasıdır.¹⁰

Saiklerin sosyalliği veya tehlikelilik teorisi olarak adlandırılan üçüncü görüşe göre, zaruret halinde hareket eden kimsenin saiki sadece kendisini korumaktan ibarettir, başkalarına zarar verme saiki yoktur. Bu nedenle mazur görülmesi ve cezalandırılmamasıdır. Bu görüş pozitivistlerce savunulmuştur.¹¹ İnsanın kendisini kurtarmak için başkasını feda etmesi ahlaki olmasa da hukukidir. Hukuk düzeni kendini koruma hakkını tanımamazlık yapamaz.¹² Bu görüş de üçüncü kişi lehine zaruret halini açıklayamamak şeklinde eleştirilmiştir.¹³

Dördüncü ve sonuncu görüş ise *hakların çatışması* olarak adlandırılmakta, Hegel felsefesine göre kurumu açıklamakta,¹⁴ zaruret halinde iki eşit hakkın çatıştığını, devletin bu haklardan üstün olanı koruduğunu, diğerinin feda edildiğini, üstün çıkan hakkın önemli olduğunu kabul etmektedir. Bu görüşün diğer bir açıklanmasına göre, zaruret halinde iki değer karşı karşıya gelir. Değerler sosyal bakımdan karşılaştırılır, tehlikeden kurtarılmak istenen değer sosyal bakımdan feda edilen değere üstünse bu hal hukuka uygundur.

¹⁰ Toroslu, s. 25-26; Teorinin ayrıntılı eleştirisi için bkz Hafizoğulları, s. 7 vd.

¹¹ Dönmezer/Erman, C. II, s. 125.

¹² Toroslu, s. 27.

¹³ Toroslu, s. 30.

¹⁴ Hafizoğulları, s. 16.

AYŞE
NUHOĞLU'NUN
TEBLİĞİ

Bu görüşün eşitsizlik fikrinden hareketle hakları değerlerine göre bir değerlendirmeye tabi tutmasının bizzat hukuk kavramını zedeleyeceğinden tümünden mantıksız olduğu belirtilmiştir. Bu görüş üçüncü kişi lehine zaruret halini iyi bir şekilde açıklamakla birlikte, herkesin herkesle savaşına yol açacak olması sebebiyle hukukun gereklerine uymadığı gerekçesiyle de eleştirilmiştir.¹⁵

Türk öğretisinde zaruret halinin hukuki niteliği konusunda farklı görüşler savunulmuştur.

Dönmezer/Erman zaruret halinin hukuki esasını failin kendini korumak içgüdüsünde bularak, tehlikeden kendisini veya başkasını kurtarmak için üçüncü kişiye zarar veren kimsenin hareketinin mevcut durumu daha kötü bir hale koymadığını, aksine tehlikede bulunan haklardan hiç olmazsa birini kurtarmak suretiyle hukukun amacına uygun bir şekilde hareket ettiğini, bu gibi hallerde cezalandırmada toplumsal fayda bulunmadığını, aksine cezalandırılmasının zararlı olduğunu belirterek karma bir görüşü savunmuştur.¹⁶

Toroslu'ya göre ise, 765 sayılı mülga Ceza Kanunu'na bakıldığında 49. maddenin 3. fıkrası ile korunacak menfaatin sadece nefsi olduğunu kabul edildiğinden, zaruret hali esas olarak nefsi koruma içgüdüsüne dayanmaktadır. Ancak zaruret halinin sınırlarının çizilmesi bakımından hakların çatışması teorisine de yer verilmelidir. Mülga 49. maddenin 3. fıkrası zaruret halini sadece failin kendi nefsinin kurtarması haline münhasır kılmamış, başkalarının kurtarılması halini de kapsamına almıştır. Tehlikede bulunan bir başkasını kurtarmak için yine üçüncü bir kişiye zarar vermeyi koruma içgüdüsü

¹⁵ Hafızoğulları, s. 19-20.

¹⁶ Dönmezer/Erman, C. II, s. 127; Aynı görüş için bkz. Önder, Ayhan, Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 1992, s. 250.

ile açıklamak imkansızdır. Burada ancak üstün bir değer koruması söz konusudur.¹⁷

III. Zaruret Halinin Suça Etkisi

Gerek mülga gerekse yeni Ceza Kanunu zaruret halinde işlenen fiilin cezalandırılmayacağını belirtmektedir. Bu halde zaruret hali suçun hukuka aykırılık unsuruna mı etki edeceği, yoksa suçun manevi unsuruna etki edeceğinin araştırılması gerekmektedir. Öğretide bazı yazarlar zaruret halinin kusurluluğa etkisi sebebiyle failin cezalandırılmayacağını savunmakta iken,¹⁸ suçun hukuka aykırılık unsurunu kaldıran hukuka uygunluk sebebi olduğu Türk öğretisinde baskın görüş olarak kabul edilmektedir.¹⁹ Ancak Toroslu'ya göre, zaruret halinin düzenlendiği mülga Ceza Kanunu'nun 49. maddesinin cezaya ehliyet ve bunu kaldıran veya hafifleten sebepler adlı bapta düzenlenmiş olduğundan (mülga) kanunumuza göre cezai ehliyete etki eden sebep olduğunu kabul etmek gerekir.²⁰

Benzer şekilde Erem de, zaruret halinin hukuki esasının kusurluluk kavramını açıklayan düşüncelerde aramak gerektiğini belirtmiş, zaruret halini "*kusurluluğu kaldıran sebep sayan*" düşüncelerin daha haklı olacağını belirtmiştir.²¹

Zaruret halinin kusurluluğa etki ettiğini savunan yazarlar, bunu çeşitli şekillerde açıklamaktadır. Bunlardan ilkinde

¹⁷ Toroslu, s. 47.

¹⁸ Toroslu, s. 148; Erem, Faruk, *Türk Ceza Hukuku*, C. II, Ankara 1971, s. 4; Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 2. Bası, Ankara 2007, s. 374.

¹⁹ Dönmezer/Erman, C. II, s. 127; Önder, s. 250; Özbek/Bacaksız/Doğan; *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2006, s. 132; Centel/Zafer/Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 4. bası, İstanbul 2006, s. 312.

²⁰ Toroslu s. 78. Zaruret halinin hukuka uygunluk sebebi olduğu konusunda bkz. Toroslu, Nevzat, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Ankara 2005, s. 148.

²¹ Erem, C. II, s. 4.

göre, "zaruret hali failin iradesine etki etmek suretiyle kusurluluğu ortadan kaldırmaktadır." Bu görüş uyarınca zaruret hali failin iradesi üzerinde zorlayıcı ve onu alt üst edici bir baskı meydana getirdiğinden kusurluluk unsurunun oluşmasına engel olur.²²

İkincisi, zaruret halinin, tehlikenin bizzat failin kendi kusurundan doğmuş olmasının haiz olduğu önem sebebiyle kusurluluğu ortadan kaldırdığını kabul etmektedir. Mezger, esas zaruret hali ile başkalarının tehdidinden doğan cebir halini birbirinden ayırmakta ve birinci halde, yani failin kusurlu hareketinden doğan tehlike halinde hukuka aykırılığa etki eden bir halin, ikinci halde ise kusurluluğun oluşmasına engel bir sebebin bulunduğunu kabul etmektedir.²³

Üçüncü görüş, zaruret halinin kusurluluğu ortadan kaldırdığını kabul etmektedir. Bu görüş taraftarları kusurluluk kavramına, isnat yeteneği ve kusur çeşitleri yanında görev normlarının ihlalinin meydana getirdiği normatif bir unsur da mevcuttur. Görev kuralları faile ait olup, hukuken tanınmış bulunan kendini koruma normları tarafından sınırlandırılabilir. Görev normlarını sınırlayan bu normlara zaruret hali normları da dahildir. Bu görüş, göreve aykırılığın isnadiyetten farklı ve ayrı bir unsur olarak ortaya çıkmadığını, bizzat isnadiyete ait olduğunu belirtmektedir.²⁴

Dördüncü görüş, zaruret halini zaruri kılınmış fiilin sosyal bakımdan takbih edilemez, kınanamaz olması sebebiyle kusurluluğu ortadan kaldırdığını savunmaktadır. Bu görüşü savunanlar kusurluluğun, takbih edilebilirlik olduğunu, takbih edilen hususun gerek hareket iradesinin tipik fiilin tahakkukuna kasıtlı yönelmesi, gerek neticeye kasıtsız sebebiyet

²² Bkz. Toroslu, s. 51; Görüşün eleştirisi için bkz aynı yazar s. 51 vd.

²³ Bkz. Toroslu, s. 53; Mezger daha sonra görüş değiştirerek her iki haldeki zaruret halinin de kusurluluğu kaldıran bir hal olduğunu kabul etmiştir, Bkz. Toroslu, s. 53.

²⁴ Bkz. Toroslu, s. 57.

vermekle beraber, hukuk tarafından talep edilen asgari gai kontrolün icra edilmemesi suretiyle hukuka aykırı bir iradenin teşekkülü olduğunu kabul etmekte, takbih edilebilirliğin konusunu kasıtlı ve ihtiyatsız hareket etmek iradesinde bulmaktadır.²⁵

5237 sayılı Ceza Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra bu kanunun 25. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen zaruret halinin kusurluluğu kaldıran bir hal olduğu yönündeki görüşler taraftar bulmaya başlamıştır.²⁶

5237 sayılı kanunun 25/2. fıkrasının gerekçesinde zaruret halinin kusurluluğu kaldıran bir hal olduğu belirtilmiş, ayrıca Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 223/3-b bendinde, "...yüklenen suçun... zorunluluk hali etkisiyle işlenmesi halinde... kusurun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararı verileceği" hükme bağlanmıştır. Ancak yukarıda belirtilen iki hüküm bir yana bırakılacak olursa, yeni kanun uyarınca da zorunluluk halinin kusurluluğu kaldıran bir nedenden çok, hukuka uygunluk nedenine yaklaştığı haklı olarak ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre, Ceza Kanunu'nun 25. maddesinin 2. fıkrasının düzenleniş biçimi ve tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan araç arasında orantının bulunması bir koşul olarak ileri sürüldüğünden hukuka uygunluk nedeni şeklinde düzenlendiği kabul edilmelidir.²⁷

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 223. maddesinin 1-d bendinde, "*yüklenen suçun sanık tarafından işlenmesine rağmen, olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması halinde*" beraat kararı verileceği belirtilmiştir. Ceza Muhakemesi

²⁵ Erem, C.II, s. 4; Erem/Danışman/Artuk, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Bası, Ankara 1997, s. 552. Ayrıca bkz. Toroslu, s. 56.

²⁶ Zaruret halinin kusurluluğu kaldıran bir mazeret sebebi olduğu konusunda bkz. Özgenç, s. 374.

²⁷ Demirbaş, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 5. Baskı, Ankara 2007, s. 268; Yıldız, Ali Kemal, *5237 sayılı Türk Ceza Kanunu*, İstanbul 2007, s. 51; Öztürk, Bahri/Erdem, M. Ruhan, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, 8. Baskı, Ankara 2005, s. 148.

AYŞE
NUHOĞLU'NUN
TEBLİĞİ

Kanunu'nun 223. maddesindeki bu ayırımdan, zaruret halinin kusurluluğu kaldıran bir hal olarak kabul edildiği, meşru müdafaa, ilgilinin rızası ve diğer sebeplerin hukuka uygunluk sebebi olduğunu kabul edildiği sonucu çıkmaktadır. Oysa Ceza Kanunu'nda böyle bir ayırım, farklılık bulunmadığı gibi 5237 sayılı Kabahatler Kanunu'nda bir ayırıma rastlanmaksızın 12. maddesinde Ceza Kanunu'ndaki hukuka uygunluk nedenleri ile kusurluluğu ortadan kaldıran nedenlere ilişkin hükümlerin kabahatler bakımından da uygulanacağı hüküm altına alınmıştır.

Öğretide zaruret halinde gerçekleştirilen eylemin objektif hukuk ile çelişki halinde olmaması sebebiyle hukuka uygun olduğunu kabul etmek gerektiği yönünde,²⁸ bir tehlikeden kendisini veya başkasını kurtarmak için üçüncü bir kişiye zarar veren kimsenin, tehlikede bulunan haklardan hiç olmazsa birini kurtarmak suretiyle hukukun amacına uygun bir şekilde hareket ettiğinden, eyleminin hukuka aykırı olmadığı yönünde görüşler de mevcuttur.²⁹

IV. Zaruret Halinin Koşulları

Zaruret halinin koşulları 6 başlık altında toplanabilir:

1. Tehlikenin Halen Var Olması

Zaruret halinin söz konusu olması için öncelikle tehlikenin mevcudiyeti gereklidir. Tehlike, hukuka aykırı bir neticeyi doğurmak imkan veya ihtimali veya kişi veya eşyaya ilişkin hukuki zarar hakkında objektif ihtimal olarak tanımlanmaktadır.³⁰ Tehlikenin filhal (halen) olması için zararın gerçekleşmesinin sadece muhtemel veya mümkün olması yeterli de-

²⁸ Önder, s. 251.

²⁹ İçel, Kayıhan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 4. Bası, İstanbul 2007, s. 132.

³⁰ Toroslu, s. 95.

ğildir. Zararın yakın bir gelecekte gerçekleşeceğini gösteren kuvvetli bir ihtimal mevcut olmalıdır. Ayrıca tehlike henüz gerçekleşmemiş olmakla birlikte meydana gelmesi büyük bir ihtimal dahilinde ise "filhal" koşulunun gerçekleştiği kabul edilmelidir.³¹ Tehlike doğal olaylardan, açlık, susuzluk gibi insanın biyolojik ve psikolojik gereksinimlerinden, hayvan ve insan hareketlerinden doğabilir.³²

2. Tehlikenin Herhangi Bir Hakka Yönelik Olması

Yeni Ceza Kanunu mülga Ceza Kanunu'ndan farklı olarak zaruret halinin sadece hayata ve vücut bütünlüğüne yönelik tehlikeleri defetmek için işlenen fiilleri değil, aynı zamanda kişiye ait diğer haklara karşı tehlikeleri def etmek için işlenen fiilleri meşru kılmasını kabul etmektedir. Yeni düzenleme uyarınca zaruret halinin söz konusu olabilmesi için kişinin hayatı ve vücut bütünlüğü, şerefi, cinsel özgürlüğü, malvarlığı gibi herhangi bir hakkına yönelik tehlikenin söz konusu olması gerekir.

3. Zarar veya Tehlikenin Ağırlığı Şartı

Zaruret halinde korunan menfaat ile zarar verilen menfaat arasında, eşitlik zorunlu olmayıp bir oran, denge olmalıdır.³³ Her türlü tehlike veya zarar zaruret halini meydana getirmeyip, ancak belli bir ağırlıktaki zarar veya tehlikenin zaruret halini doğuracağı kabul edilmektedir. Zira zaruret halinde zarar verilen kimse, zarar veya tehlike ile hiç ilgisi olmayan masum bir kimsedir. Tehlikenin ağırlığını, tehlikenin meydana

³¹ Dönmezer/Erman, C. II, s. 128; Toroslu, s. 97.

³² Demirbaş, s. 274.

³³ Soyaslan, s. 383.

na getireceği zararın ağırlığı şeklinde anlamak gerekmektedir, bu ağırlık hukuki ve sosyal değerlere göre belirlenmelidir.³⁴

Korunma hareketi ile tehlike arasındaki orantından kasıt feda edilen yararın korunmak istenen yarardan üstün olması veya en azından her ikisinin birbirine eşit olmasıdır, ancak bu takdirde zaruret hali söz konusu olacaktır.³⁵

4. Tehlikenin Meydana Gelmesine Bilerek Sebebiyet Vermemiş Olmak

Bir tehlikenin meydana gelmesine bilerek sebebiyet veren kimsenin bu tehlikeden kurtulmak için gerçekleştireceği fiilleri hukuka uygun saymaya imkan yoktur. Bu nedenle zaruret halini doğuran tehlike genellikle tabii kuvvetlerin veya 3. kişilerin sebebiyet verdiği tehlikedir.³⁶ Ayrıca tehlikeye sebebiyet verenin isnat yeteneği olmayan kimseler ve hayvanlar olması halinde de zaruret halinden söz edilir.³⁷ Tehlikeye bilerek sebebiyet vermek demek, kasten, olası kastla veya bilinçli taksirle neden olmak demektir.³⁸

Kurtarılan kişinin iradi olarak sebebiyet verdiği tehlikeden bu kişiyi kurtarmak için kanunu suç saydığı fiili işleyen kimsenin zaruret halinden yararlanıp yararlanamayacağı konusunda görüş birliği bulunmamaktadır. Ancak Ceza Kanunu uyarınca yararlanabileceğinin kabul edilmesi gerekir. Çünkü TCK'da sadece failin kusurlu veya iradi olarak tehlikeye sebebiyet vermemiş olmasından bahsetmektedir.³⁹

³⁴ Dönmezer/Erman, C. II, s. 131.

³⁵ Dönmezer/Erman, C. II, s. 135.

³⁶ Dönmezer/Erman, C. II, s. 133.

³⁷ Toroslu, s. 116 vd. Dönmezer/Erman'a göre, isnat yeteneği olmayan kişilerin saldırısı halinde zaruret halinden değil, meşru müdafaadan bahsetmek gerekir. (Dönmezer/Erman, C. II, s. 133).

³⁸ Toroslu, s. 153.

³⁹ Tartışmalar için bkz. Toroslu, s. 129 vd.

5. Tehlikenin Kaçınılmaz Olması

Ağır ve filhal mevcut bir tehlike karşısında bulunan kim-
senin, maddeten suç teşkil edecek bir harekete girişmeksizin
o tehlikeden kaçınmasında imkan olmaması, tehlike karşısın-
da kalan kişinin başka türlü hareket imkanının bulunmaması
gerekir.⁴⁰

6. Tehlikeye Karşı Koymak Hususunda Hukuki Bir Yükümlüğünün Bulunmaması

Kanun bazı hallerde kişinin kendisini feda etmesini ister,
bu gibi hallerde zaruret hali söz konusu olmaz. Tehlikeye gö-
ğüs germek yükümlülüğü kanundan, amirin emrinden, söz-
leşmeden veya bir durum veya hizmetin gereğinden doğabi-
lir. Örneğin hastalara yardım yükümlülüğü olan bir hekim
salgın hastalık halinde hastaneden kaçarsa zaruret halinden
yararlanamaz.⁴¹ Kamu görevlisinin görevi nedeniyle tehlikeye
göğüs germek yükümlülüğünün bulunması, dolayısıyla za-
ruret halinden yararlanamaması, yapmakla yükümlü kıldığı
görevlerin bir gereğidir.⁴²

V. Tıp Ceza Hukukunda Zaruret Halinin Söz Konusu Olabileceği Haller

Tıp Ceza hukukunda rıza ve varsayılan rızanın yanında
her şeyden önce hukuka uygunluk sebebi olan zaruret hali,
meşru müdafaa ve izin verilen riskin pratik bir anlamı bulun-
maktadır.⁴³ Tıp ceza hukukunda zaruret hali öncelikli olarak
hekimin tedavi yükümlüğünün sınırlarının tespitinde karşı-
mıza çıkmaktadır.

⁴⁰ Dönmezer/Erman, C. II, s. 135.

⁴¹ Toroslu, s. 139.

⁴² Hafızoğulları, s. 35.

⁴³ Ulsenheimer, s. 235.

1. Hekimin Tedavi Yükümlülüğünün Sınırları

a. Tıbbi Müdahalelerde

Hekimin tedavi yükümlülüğünün sınırları konusunda hem ulusal hem de uluslararası hukukta düzenlemeler bulunmaktadır. Ulusal hukukta temel kural Anayasanın 17. maddesinin 2. fıkrasında bulunmaktadır. Anayasa 17/2. fıkrasına göre, “*tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller haricinde kimse- nin vücut bütünlüğüne dokunulamaz*”. Bu hükmün tıbbi zorunluluk halinde, yani rızanın alınmasının olanaklı bulunmadığı acil durumlar ile tıbbi müdahale başladıktan sonra ortaya çıkan ve rızanın kapsamında bulunmayan durumlarda girilen müdahaleleri düzenlediği, bu halde varsayılan rıza hukuka uygunluk nedeni bulunduğundan hekimin müdahalesi hukuka uygun olacağı belirtilmekte, ancak hasta tedaviyi reddetmişse varsayılan rızanın tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hale getirmeyeceği kabul edilmektedir.⁴⁴ Diğer bir görüş ise Anayasanın 17/2. fıkrasındaki “*tıbbi zorunluluk*” kavramının varsayılan rıza durumunu belirtmediğini, endikasyon kavramını belirttiğini, tıbbi endikasyonun bulunduğu hallerde kişinin vücuduna müdahale edilebileceği şeklinde anlaşılması gerektiğini belirtmektedir.⁴⁵ Anayasa’nın 17/2. fıkrasındaki “*kanunda yazılı haller*” kavramı ile hastanın rızası hilafına tıbbi müdahale imkanın getirildiği, ancak bunu kanunda yazılan bir hal olması gerektiği belirtilmektedir. Örneğin Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu uyarınca akıl hastası, uyuşturucu veya alkol bağımlısı, bir serseri veya hastalık yayabilecek bir kişinin bir kurumda tedavi altına alınması halinde herhangi bir suç oluşmaz. Yine hekimin Umumi Hıfzıssıhha Kanunu’nda, Sıtmanın İmhası Hakkında Kanun’dan, Fuhuş Yüzünden Bulaşan Zührevi Hastalıklarla Mücadele Tüzüğü’nden kaynaklanan hakkını kullanarak zorla tedavi etmesi hali de herhangi bir suça vücut vermez. 5237 sayılı Ceza Kanunu’nun 227. maddesinin 8. fıkrası uyarınca fuhuşa sürüklenen kişi

⁴⁴ Erman, Barış, Ceza Hukuku’nda Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu, Ankara 2003, s. 154.

⁴⁵ Hakeri, Hakan; Tıp Hukuku, Ankara 2007, s. 218.

hakkında tedavi veya psikolojik terapiye tabi tutulma kararı verildiğinde, bu kararı yerine getiren hekim de sorumlu olmayacaktır.⁴⁶

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 22 ve 25. maddelerinde de hastanın tedaviyi reddetme hakkı düzenlenmiş, kanunda gösterilen istisnalar hariç, kimsenin rızası olmaksızın ve verdiği rızaya uygun olmayan bir şekilde tıbbi ameliyeye tabi tutulamayacağı, kanunen zorunlu haller dışında hasta kendisine uygulanması planlanan veya uygulanmakta olan tedaviyi reddetme veya durdurulmasını istemek hakkına sahip olduğu hüküm altına alınmıştır. 24. maddenin 6. fıkrasında ise, *"rızanın müdahale başladıktan sonra geri alınması, ancak tıbbi yönden sakınca bulunmaması şartına bağlıdır"* hükmü getirilerek, tedaviyi reddetme hakkı konusunda farklı bir kural getirmiştir. Görüleceği üzere tedaviyi ret ile rızanın geri alınması farklı koşullarda mümkün kılınmıştır.

Hekimin tedavi yükümlülüğünün sınırları uluslararası hukukta Biyo-Tıp Sözleşmesi'nin⁴⁷ 5. maddesinde şöyle düzenlenmiştir: *"sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde muvafakat etmesinden sonra yapılabilir. Bu kişiye, önceden, müdahalenin amacı ve niteliği ile sonuçları ve tehlikeleri hakkında uygun bilgiler verilecektir. İlgili kişi, muvafakatini her zaman serbestçe geri alabilir."*

Dünya Tabipler Birliği'nin 1992 tarihli bildirgesinde de, hastanın tedaviyi reddetmesinin temel bir hak olduğu ve hekimin hastanın bu arzusuna saygı göstermesi ile (ölümüne

⁴⁶ 5237 sayılı kanunda fuhuş yapmak veya fuhşa sürüklenmiş olmak suç olarak düzenlenmiş değildir. Kanunda sadece fuhuşa aracılık yapmak, fuhuş sevk, teşvik gibi fiiller suç olarak düzenlenmemiştir. Kanun sadece fuhuş yapan, yani suç işlememiş olan bir kişi hakkında tedavi ve terapinin uygulanabileceğini öngörmektedir. Belirtmek gerekir ki, suç işlememiş kişiler hakkında bir yaptırım uygulanması gerekiyorsa bunun düzenlenmesi gereken yerin ceza kanunu olmadığı kabul edilmelidir.

⁴⁷ 5013 sayılı kanunla kabul edilen sözleşme 09.12.2003 tarih ve 25311 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

neden olsa bile) etik olmayan bir davranış sayılamayacağı hüküm altına alınmıştır.

Lizbon Bildirgesi'nin 3. maddesine göre, *"hasta yeterli ölçüde bilgilendirildikten sonra önerilen tedaviyi kabul veya reddetme hakkına sahiptir."*

1994 tarihli Amsterdam Bildirgesi'nin 3.2 maddesine göre, *"hasta tıbbi girişimi reddetme veya durdurma hakkına sahiptir. Reddedilen veya durdurulan tıbbi girişimin getireceği sonuçlar hastaya dikkatli bir şekilde açıklanmalıdır."*⁴⁸

Görülebileceği üzere sağlık hukukunda çeşitli hükümlerle hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı olduğu kabul edilmektedir. Bu bakımdan hastanın rızası hekimin müdahalesini hem özel hukuk hem de ceza hukuku bakımından hukuka uygun kılar.⁴⁹ Ancak hastanın rızası bulunmaksızın tıbbi müdahalede bulunan hekimin hareketinin hukuki niteliğinin ne olacağıın araştırılması gerekmektedir.

Hekimin tedavi yükümlüğünün sınırı olarak kabul edilen hastanın rızasının bulunmaması halini ikiye ayırarak incelemek gerekir. Hastanın tedaviyi açıkça reddetmesi ve bilincini kapalı olması sebebiyle rıza göstermemesi hali.

aa. Hastanın Tedaviyi Açıkça Reddetmesi

Hastanın tedaviyi açıkça reddetmesine rağmen tıbbi müdahalede bulunan hekimin durumu konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür.

Bu görüşlerden ilkinde göre, hasta tedaviyi açıkça reddetmişse hekim müdahale etmemelidir, müdahale eden hekim suçludur. Bu görüşe göre, hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı hem ulusal hem de uluslararası hukuk bakımından

⁴⁸ Uluslararası bildirelerin Türkçe metinleri için bkz. Sert, Gürkan; Hasta Hakları, İstanbul 2004, s. 321 vd.

⁴⁹ Hakeri, s. 216.

mutlak bir haktır. Bu açıdan bu mutlak hakka saygı göstermek gerekmektedir. Hastanın tedaviyi reddetmesi hekimin elinin kolunun bağlar. Ayrıca zaruret halinin söz konusu olabilmesi için iki ayrı hukuki değer bulunması ve bunlar arasında yapılan tartı sonucunda üstün olanın seçilmiş olması gerekir. Burada ise aynı kişiye ait iki değer karşı karşıya kalmaktadır. Bir yanda kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı, diğer yanda yaşamı ve sağlığı söz konusudur.⁵⁰ Bu görüş uyarınca hekimin rıza hilafına müdahalesinin hukuka uygun olamayacağı kabul edilmektedir.

Alman hukukunda da hekime yetki veren yasal bir düzenleme olmadığı müddetçe, hastanın özgür iradesiyle açıkladığı tedaviyi ret talebine hekimin uymak zorunda olduğu, bunun yaşam tehlikesinin bulunduğu hallerde de geçerli olduğu, aksine davranışın hekimin yaralama suçundan sorumluluğunu doğuracağı kabul edilmektedir.⁵¹

Alman Yüksek Mahkemesi 1894 yılında verdiği bir kararda,⁵² babasının iradesine aykırı olarak, mutlak bir endikasyon tehlikesi mevcutken başarılı bir operasyonla 7 yaşındaki bir çocuğun ayağını kesen hekimin müessir fiil suçunu işlediğini kabul etmiştir. Alman Yüksek Mahkemesi o yıldan bu yana öncelikli olarak hastanın iradesinin ön plana alınması gerektiğini, iyileştirme amacını veya sonucun başarılı olmasının önemli olmadığı vurgulamıştır. Bu karardan bu yana 100 yılı aşkın bir süredir, hastanın beden dokunulmazlığına ilişkin iyileştirici tedaviler, sonucun başarılı olup olmadığına bakılmaksızın müessir fiili oluşturacağı kabul edilmekte ve hukuka uygun olması için hastanın rızasının bulunması gerektiği kabul edilmektedir.⁵³

⁵⁰ Erman, s. 157, 170; Hakeri, s. 216.

⁵¹ Ulsenheimer, Klaus; Arztstrafrecht in der Praxis, 3. bearbeitete und erweiterte auflage, Heidelberg 2003, s.72

⁵² RGSt, 25, 375 vd. aktaran Ulsenheimer, s. 73.

⁵³ Ulsenheimer, s. 73.

İkinci görüş, hekimin rıza hilafına müdahale etmesi halinin zaruret hali hukuka uygunluk sebebi kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktadır. Erem, hastanın rızasını açıklamış olup olmaması bakımından hiçbir ayırım yapmadan genel olarak kanunun vatandaşlara birbirine yardım ödevini teminat altına aldığını, bu nedenle kurtarılan kimsenin rıza göstermemesi halinde zaruret hali hükümlerinin uygulanacağını kabul etmektedir.⁵⁴

Örneğin kan nakli yapılması gereken bir küçük çocuğa inanç ve vicdani sebeplerle ebeveyni nakil yaptırmak istemez hayatının kurtarılması için kan nakli zorunlu ise hekim kan naklini yaparsa zaruret hali ve meşru müdafaa hukuka uygunluk sebebinden yararlanacağı kabul edilmektedir.⁵⁵ Hasta bilinçli olarak rıza göstermekten kaçınmış ise ve müdahale edilmediği takdirde ölüm tehlikesi ortaya çıkacaksa, bu halde müdahale eden hekimin hareketi zaruret hali veya hakkın icrası nedeniyle hukuka uygundur. Ancak doğrudan bir ölüm tehlikesi yoksa ve hasta tıbbi müdahaleye rıza göstermezse, bu halde yapılan tıbbi müdahale hukuka aykırıdır.⁵⁶

Üçüncü görüş, hekimin rıza hilafına müdahale etmesi halinin hakkın icrası hukuka uygunluk sebebi kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktadır. Bayraktar'a göre, hastanın tedaviyi reddetmesi durumunda, başka hak sahiplerinin korunan hukuksal yararlarına yönelik bir tehlike bulunmasa bile, bazı koşulların varlığı halinde müdahalede bulunan hekimin eylemi hukuka uygundur. Zira hekimin görevi insan yaşamını korumaktır. Bu görüşe göre, hastanın yaşamını ve sağlığını ileride düzeltilemeyecek derecede tehdit eden hastalıklar, fizyolojik rahatsızlıklar veya bozukluklar şeklinde ortaya çıkan yakın ve açık bir tehlikenin bulunması durumunda, hasta tedaviyi açık bir şekilde reddetse bile hekim müdahalede bulunabilecek ve hakkın icrası hukuka uygunluk

⁵⁴ Erem, C. II, s. 43; Erem/Danışman/Artuk, s. 586.

⁵⁵ Ulsenheimer, s. 236.

⁵⁶ Ünver, Yener, *Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk*, İstanbul 1998, s. 195.

nedeninden yararlanacaktır. Halen mevcut olan durum, gelecekte hastanın hayatını ve sağlığını, tıp biliminin önleyemeyeceği ve etkilerini silemeyeceği ölçüde tehdit edecekse ve bu varsayım tıp bilimi kurallarınca doğrulanıyorsa tehlike yakın olup bu haldeyken hastanın rızası aranmadan müdahalede bulunulması halinde eylemin hakkın icrası hukuka uygunluk sebebiyle hukuka uygun olduğu kabul edilmelidir. Hasta yaşama hakkını ve vücut bütünlüğünü önemli ölçüde zedeleyecek tasarrufta bulunamaz. Bu durumda hastanın hayatını, vücut bütünlüğünü tehdit eden tehlike karşısında, tıbbi bir müdahale için rızasını belirtmemesi, bunlar üzerinde tasarruf etmesi anlamını taşımaktadır. Hekim, hukuken muteber olmayan bir tasarrufa değer vermeyerek kanunların kendisine yüklediği insan sağlığını korumak görevini yerine getirmek için müdahalede bulunabilecektir.⁵⁷

Alman Yüksek Mahkemesi 1927 yılında verdiği bir kararla, hamile bir kadının intihar etme eğiliminin ortadan kaldırılmasının tek yolunun kürtaj olması sebebiyle yasal olmayan kürtajı gerçekleştirerek annenin hayatta kalmasını sağlayan hekimin bu hareketinin hukuka uygunluk sebebi olan zaruret hali olduğunu kabul etmiş ve bu görüşünü devam ettirmiştir.⁵⁸ Türk hukukunda da koşullarının gerçekleşmesi halinde yasal koşulları taşımayan kürtajda zaruret hali hukuka uygunluk sebebinin uygulanabileceği kabul edildiği⁵⁹ gibi hak-

⁵⁷ Bayraktar, Köksal, *Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu*, İstanbul 1972, 131-132. Benzer görüşler için bkz. Dönmezer/Erman, C. II, s. 52; Özek, Çetin; Hekim ve Hukuk Tıbbi Müdahalede Bulunma Hakkının Sınırları *İÜHFEM* C. 28, 1965, s. 455. Hayati tehlikesi olan ve doktor müdahalesine direnen hastaya doktorun zorla müdahale etmesi halinde, hekim hasta üzerindeki aslında hastaya ait olmayan, toplum ve aileye ait olan yaşamı kurtardığı için üçüncü kişi lehine hem meşru müdafaa hem de zaruret halinin söz konusu olduğu konusunda bkz. Soyaslan, s. 354.

⁵⁸ Kararlar için bkz. Oechsner, s. 112. Yazara göre bu husus tıp hukukunda hukuka uygunluk sebebidir.

⁵⁹ Yurtcan, Erdener, *Türk Hukukunda Kürtaj ve Uygulanması*, 2. Bası, İstanbul 1990, s. 77; İçel, s. 134.

kın icrası hukuka uygunluk sebebinin söz konusu olduğu da kabul edilmektedir.⁶⁰

Üçüncü kişi lehine zaruret halinde kurtarılan kimse tehlikeye kusurlu hareketi ile bilerek sebebiyet vermiş bulunsa dahi bu durumu bilmeyenin fiilinin yine hukuka uygun sayılacağı kabul edilmektedir. Zira bu halde kurtaran kişinin tehlikede olanın bu tehlikeye bilerek sebebiyet verip vermediğini araştırmak zorunluluğu bulunmamaktadır.⁶¹

Dördüncü olarak hekimin rıza hilafına müdahale etmesi halinin izin verilen risk, suçların manevi unsurunun oluşmadığı gerekçeleriyle hukuka uygun olduğu kabul edilmektedir. Zira bu hallerde kasten ya da taksirle adam öldürme, müessir fiil suçlarının manevi unsurunun oluşmadığı gerekçesiyle hekimin hareketinin hukuka uygun olduğu da savunulmuştur. Bu görüşe göre hekim sadece tedavi iyileştirme amacıyla hareket etmektedir. Bu açıdan hekimin kişinin sağlığına zarar verme veya öldürme kastı bulunmamakta, öte yandan hekimlik mesleğinin gerektirdiği dikkat ve özeni gösterdiğinden taksiri de söz konusu olmamaktadır. Bu nedenle yapılan müdahale hukuka uygundur.⁶²

Yaşamsal tehlikenin bulunduğu hastanın rızasının alınmayacağı durumlarda veya risk taşıyan müdahalelerde izin verilen risk kurumu sebebiyle eylemin hukuka uygun olduğu da savunulmaktadır.⁶³ İzin verilen risk ile 3. kişi lehine zaruret hali arasındaki fark ise, izin verilen risk de tehlikede olan hak da, tehlikeden kurtarmak amacıyla zarar verilen hak da aynı kişiye aittir. Oysa 3. kişi lehine zaruret halinde fail üçüncü kişiyi bilerek neden olmadığı bir tehlikeden kurtarmak amacıyla masum kişiye karşı bir fiil gerçekleştirmektedir.⁶⁴

⁶⁰ Bayraktar, s. 248.

⁶¹ Dönmezer/Erman, C. II, s. 137; Önder, s. 256; İçel, s. 140.

⁶² Aktaran Yenerer Çakmut, Özlem, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, İstanbul 2003, s. 117.

⁶³ Ünver, s. 194. Aynı doğrultuda bkz. Yenerer Çakmut, s. 119.

⁶⁴ Önder, s. 262.

Zorla tıbbi müdahaleye ilişkin özel bir hüküm 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunu'nun 82. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenmiştir. Bu hüküm uyarınca, sağlık sorunu olup da muayene ve tedaviyi reddeden hükümlüler sağlık veya hayatlarının ciddi tehlike içinde olması veya infaz kurumunda bulunanların sağlık veya hayatları için tehlike oluşturan bir durumun varlığı halinde zorla tedavi edilebileceklerdir.

bb. Hastanın Bilincinin Kapalı Olması Hali

Hastanın bilincinin kapalı olması, yakınlarının rızasının alınmasına zaman bulunmaması gibi hallerde hekimin müdahalesinde varsayılan rıza ve/veya hukuka uygunluk sebebi olan zaruret hali sebebiyle müdahalenin hukuka uygun olacağı kabul edilmektedir.⁶⁵

Ancak hasta bilinci açık ve sağlıklı iken hastalandığında nasıl tedavi edilmesini istediğine ilişkin bir vasiyetname bırakmışsa, örneğin belli bir tedavi şeklini kabul etmiyor ise, hastanın bu vasiyetine uyulması gerektiği kabul edilmektedir.⁶⁶

İsviçre'de Ölümcül veya Ağır Yaralı Hastalara İlişkin Tıbbi Yardım Konusundaki Tıbbi-Etik Yönergede, bilinci kapalı hastanın tedavi konusunda bilinci açıkken belirtmiş olduğu iradesinin bağlayıcı olduğu hüküm altına alınmıştır.⁶⁷

Alman hukukunda ise Alman Tabipler Birliğinin Ötenazi konusundaki Yönergesine göre, tıbbi müdahale ve tedaviye ilişkin vasiyetname somut tedavi durumuyla ilgili ise ve hastanın artık vasiyetnamenin geçerli olmasını istemediğine

⁶⁵ Ulsenheimer, s. 135.

⁶⁶ Olg Frankfurt ham Main 17.03.2003, Aktaran Ulsenheimer, s. 137.

⁶⁷ Aktaran Ulsenheimer, s. 138.

ilişkin hiçbir koşul öngörmemekte ise bağlayıcı olduğu kabul edilmektedir.⁶⁸

Alman hukukunda hastanın vasiyetinin mutlak bağlayıcı olmasına karşı çıkmıştır. Nitekim Münih Mahkemesi 2003 yılında verdiği kararında Yehova Şahidi bir hastanın sağlığında belirttiği tedavi şeklinin bağlayıcı olmadığını kabul etmiştir. Mahkemeye göre, ağır hasta veya ölüm döşesinde olan bir insanın, ani iyileşme gibi, yaşam şartlarındaki önemli değişiklikler sebebiyle kişilik değiştireceği, bir başka insan olacağı bilinen bir gerçektir. Ayrıca tıbbi müdahale veya tedaviye ilişkin vasiyetnamenin yapıldığı anda, hata, baskı, bir anlık umutsuzluk veya depresyon sebebiyle hastanın iradesi etkilenmiş olabilir. Bu nedenle vasiyetname veya benzeri açıklamalar hastanın gerçek iradesini yansıtmayabileceğinden mutlak bir bağlayıcılıktan söz edilemez, sadece hastanın iradesinin tespitinde yol gösterici olabilir. Bu halde hastanın iradesi tespit edilirken yakınlarının, arkadaşlarının, davranışlarının da göz önüne alınması gerekir. Hasta vasiyetnamesinin hazırlandığı zamanın tıbbi müdahale zamanına kronolojik olarak yakınlığı, bu vasiyetnamenin hastanın kendi ve gerçek iradesini yansıttığı ilişkin deliller (noter şahit gibi), hekimin açıklamalarından sonra arkadaşları ve akrabalarının hastanın vasiyetini doğrulaması, hastanın vasiyetnamesindeki ayrıntılar, örneğin hangi tıbbi tedbirleri hangi hastalık durumunda istemediği gibi hususlar göz önüne alınarak vasiyetnamenin bağlayıcılığının değerlendirilmesi gerekir.⁶⁹

Bu halde, hastanın varsayılan rızasının bulunup bulunmadığı konusunda son kararı yine hekim verecektir. Almanya'da birçok mahkeme son yıllardaki kararlarında

⁶⁸ Laufs, Adolf; Die Entwicklung des Arztstrafrechts, NJW 1998, s. 3400.

⁶⁹ Ulsenheimer, s. 138. Yenerer Çakmut'a göre, müdahale sırasında iradesini açıklama ehliyeti olmayan ve Yehova Şahidi olduğu belirlenen hastaya kan nakli yapılmaması gerekmektedir (Yenerer Çakmut, Özlem, Tıpta Aydınlatma ve Rıza), in: Roche Sağlık Hukuku Günleri 1, İstanbul Temmuz 2007, s. 17.

hastanın iradesinin şüpheye mahal bırakılmayacak şekilde tespit edilememesi halinde, hayatın korunmasının ön plana çıkacağını ve şüpheye “*pro vita*” ilkesine göre hareket edileceği kabul etmiştir. Bu ilkeye göre dışarıda beslenerek hastanın yaşatılması kabul edilemez.⁷⁰

Hastanın bilinci kapalı olması, veli veya vasisinin bulunmaması gibi sebeplerle rızasının alınmasının imkansız olması halinde, hekimin hastanın lehine müdahale konusunda kendisini baskı altında hissedeceği gerekçesiyle müdahale eden hekimin hareketinin zaruret hali kapsamında hukuka uygun olduğu kabul edilmektedir.⁷¹ Belirtilen nedenlerle hastanın rıza açıklamaya muktedir olmaması halinde, hastanın hayatı veya sağlığının tehlike altında olduğu kabul edilerek bu halde rızanın aranmayacağı müdahale eden hekimin zaruret hali hukuka uygunluk sebebinden yararlanacağı kabul edilmektedir.⁷²

Hastanın rıza açıklamaya ehil olmaması halinde, kişinin yaşama hakkı ile kendi geleceğini belirleme hakkı olmak üzere farklı iki yararının karşı karşıya geldiği, bunlardan üstün olanının tercih edilmesi halinde eylemin cezalandırılmayacağı, hekimin bu haklardan sağlık ve yaşama hakkını tercih etmesi halinde zaruret hali çerçevesinde hukuka uygun davranışının kabul edilmesi gerektiği kabul edilmektedir.⁷³

Öğretide konuya ilişkin verilen diğer örnekler şunlardır: Bir klinikte sadece bir tane kalp-akciğer makinesi var ve makineye daha az yaşama olan bir hasta bağlı ise gelen genç ve iyileşme olanağı fazla olan bir hastayı bu makineye bağlayan ve diğerini çıkaran hekim hukuka aykırı davranmamıştır. Tren istasyonunda meydana gelen bir kaza sonucu bir çalışan ağır yaralanmıştır. Sol bacağı hemen hemen kopmuştur.

⁷⁰ Ulsenheimer, s. 139.

⁷¹ Oechsner, s. 116.

⁷² Bayraktar, s. 241.

⁷³ Hakeri, s. 216.

AYŞE
NUHOĞLU'NUN
TEBLİĞİ

Derhal hastaneye kaldırılmış saatlerce süren ameliyata alınmış olmasına rağmen büyük miktarda kan kaybetmiştir, öyle ki anesteziist kendi kanını nakledecek bir pompa bağlamaya karar vermiştir. Bu pompa yüksek basınçla çalışmakta ve kullanma kılavuzunda sürekli biri tarafından kontrol edilmesi gerektiği yazılıdır. Fakat personel azlığı hastanın intensiv durumu nedeniyle bu pompayı kontrol edecek 2. bir hekim bulunamamıştır. Anesteziist pompanın yanlış takıldığını ve emniyet mekanizmasının açılmadığını görür. Bu suretle damarlara kan yerine hava pompalanmış olduğunu fark eder. Hasta ölümcül emboli olur. Bu olayda anesteziist mahkum edilmemiştir. Zira bu pompayı bağlamak hastayı yegane kurtarma şansıdır. Anesteziist de pompayı bağlamıştır. Bu hal izin verilen risk uyarınca hukuka uygundur. Zaruret hali ile izin verilen risk arasındaki fark şuradadır, kurtarma hareketi tehlikede olan menfaat bizzat büyük bir tehlikeye getirmiştir ve bunun önlenmesi için başka bir hukuki yarara müdahale etmek gerekmemektedir.⁷⁴

b. Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü

Gerek ulusal gerekse uluslararası hukukta hekimin hastayı tedavi ve tıbbi müdahale konusunda aydınlatması ve onayını, rızasını alması gerektiği kabul edilmektedir. Diğer bir ifade ile hekimin aydınlatma yükümlülüğü vardır. Ancak hekimin aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmesi hasta üzerinde olumsuz etki yapacaksa, hastanın müdahaleden korkmasına, yersiz tepkileri ile tedaviyi reddetmesine sebep olacaksa aydınlatma yükümlülüğünün sınırlandırılabilirliği de kabul edilmektedir. Bu bakımdan, aydınlatma hastanın yaşama isteğini ortadan kaldıracak veya intihar eğilimi olan bir hasta söz konusu ise hekimin aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmeyebileceği kabul edilmektedir.⁷⁵ Örneğin

⁷⁴ Örnekler için bkz. Ulsenheimer, s. 236.

⁷⁵ Benzer doğrultuda bkz. Güzeldemir, Erdal, Hasta Bilgilendirmenin

yapılan müdahale ile hasta bacağına kaybedecek ancak yaşayabilecekse, hastaya bacağına kaybedeceğinin söylenmesi halinde yaşayacağı manevi baskı nedeniyle müdahaleyi reddedeceği bekleniyorsa hekim aydınlatma yükümünde kendi takdirine göre sınırlama yapabilir. Nitekim Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 19. maddesinde hastanın manevi yapısı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimalinin bulunması ve hastalığın seyrinin ve sonucunun vahim görülmesi hallerinde, teşhisin saklanması caiz olduğu hüküm altına alınmış, hastanın sağlık durumu hakkında bilgi verilip verilmeyeceğini hekimin takdir edeceği belirtilmiştir.

Hayat kurtarmak için aydınlatma yükümlülüğünün sınırlandırılması için haklı sebepleri olan hekim yapmadığı aydınlatmadan sorumlu olmamalıdır.⁷⁶ Bu halde 3. kişi lehine zaruret hali hükümleri uygulanarak hekimin cezalandırılmayacağı ifade edilmelidir.

c. Tıbbi Müdahalenin Genişletilmesi

Hekimin hastanın rızası, onayı dışına çıkarak genişletmek zorunda kaldığı tıbbi müdahaleler, operasyonlar söz konusu olabilir. Örneğin hekim operasyon sırasında aniden başka bir müdahalenin daha zorunlu olduğunu fark edebilir, bu halde hasta narkoz etkisinde bulunduğundan rızasının alınması imkansızdır.

Alman Yüksek Mahkemesi 1957 yılında verdiği bir kararda⁷⁷ belirtilen durumda operasyonun genişletilemeyeceğini, aksi takdirde hekimin müessir fiil suçundan sorumlu

Önemi, in: Aydınlatılmış Onam, Konya-Karaman Tabip Odası 2006, Editör: Faik Çelik, s. 41.

⁷⁶ Zeytin, Zafer; Hasta Hekim İlişkisinde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, in: 4. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Sağlık Hakkı. 3, Kasım 2007, s. 186.

⁷⁷ BGHSt 11, 111 vd. Karar için bkz. Oechsner, s.114-115.

AYŞE
NUHOĞLU'NUN
TEBLİĞİ

olacağını kabul etmiştir. Karara konu olayda, hasta ile hekim hastanın yumurtalıklarında bulunan miyomun alınması konusunda anlaşmışlardır. Ancak hekim operasyon esnasında fark ettiği rahimdeki anormal bir durum sebebiyle tüm rahmi almıştır. Hekim hastanın kendi kaderini belirler hakkını ihlal ettiği gerekçesiyle mahkum edilmiştir. Karara konu hasta doğurganlık yaşını geçirmiş bir hasta olup operasyon sayesinde iyileşmiştir. Hekim genişletilmiş operasyonu yapmasaydı hasta çok kuvvetli ağrı çekecek olmasının yanında ve kanser olma ihtimali de mevcuttu. Bu karar ile mahkeme kendi kaderini belirleme hakkının üstünlüğünü kabul etmiş, tıbbaya uygun iyileştirici etki gösteren müdahaleyi müessir fiil olarak cezalandırmıştır.

Görüleceği üzere Yüksek Mahkeme operasyonun genişletilmesi halinde zaruret hali veya başka bir hukuka uygunluk sebebi kabul etmemektedir.

d. Organ Nakli

5237 sayılı Ceza Kanunu'nun 91. maddesi ile doku ve organ ticareti, bir başka ifade ile yasadışı organ nakli suç haline getirilmiştir. Yasal koşullara uyulmadan gerçekleştirilen doku ve organ naklinde hukuka uygunluk sebebi kural olarak düşünülemez.

Ancak istisnai hallerde zaruret hali hukuka uygunluk sebebinin koşulları gerçekleşebilir. Örneğin bir hekim yasal olduğu düşüncesi ile organ nakline ilişkin hareketlere başlasa, vericiden organı alsa, alıcıya yerleştirmek üzere iken vericinin çok büyük bir meblağ karşılığı organını sattığını öğrenmesine rağmen organ nakline devam ederek organı alıcıya naklederse bu halde zaruret hali hükümlerinden yararlanacağı haklı olarak kabul edilmektedir.⁷⁸ Oysa Ceza Kanunu'nda organ

⁷⁸ Diettrich, Stefanie; Organentnahme und Rechtfertigung durch Notsand? Diss., Frankfurt am Main 2003, s. 135.

satmak suç olarak yaptırıma bağlanmıştır. Somut olayda şayet organ nakli gerçekleşmezse alıcıyı ölüm beklemekte veya sağlık durumunun kötüleşmesi söz konusu olacaktır, bu sonuçların organ naklinden başka bir yolla önlenmesi mümkün değildir. Burada hekim açısından 3. kişi lehine zaruret halinin koşulların gerçekleştiği kabul edilmektedir. Olayda yükümlülüklerin çatışması ile karşı karşıya kalınmıştır. Hekim bunlardan daha üst değer olan hayatı kurtarmayı tercih etmiştir.⁷⁹ Bu nedenle de eylemi hukuka uygundur.

Belirtilen haller dışında zaruret hali sebebiyle organ ve doku naklinin hukuka uygun olduğu savunulamayacaktır. Örneğin A ve B'nin kan nakline ihtiyacı olması sebebiyle ölmek üzere C'ye rastlaması halinde, orada bulunan K'nun kan grubunun C'nin kan grubuna uygun olduğunu bildikleri için zor kullanarak K'dan C'ye kan naklini gerçekleştirmeleri hali, kişinin beden bütünlüğü üzerindeki hakkının daha üstün hak olduğu için zaruret hali içinde değerlendirilemeyeceği kabul edilmektedir.⁸⁰ Belirtilen halde, yaşam hakkının vücut bütünlüğü üzerindeki haktan oldukça üstün olmasına rağmen, vücut bütünlüğünün soyut olarak daha üstün yararlar nedeniyle dahi, toplumsal etik açılarından zedelenmesine izin verilemeyecek bir sınır oluşturduğu gerekçesiyle zaruret hali hükümlerinin uygulanamayacağı kabul edilmektedir.⁸¹

Belirtmek gerekir ki organ nakli konusunda Ceza Kanunu'nun 92. maddesinde verici açısından özel bir zaruret hali kabul edilmiştir. Zorunluluk hali başlıklı 92. maddeye göre, organ veya dokularını satan kişinin içinde bulunduğu sosyal ve ekonomik koşullar göz önünde bulundurularak, hakkında verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi ceza vermektен de vazgeçilebilir.

⁷⁹ Diettrich, s. 135.

⁸⁰ Önder, s. 255.

⁸¹ İçel, s. 139-140.

e. Ötenazi

İyileşmeyen, ağır acı ve ızdıraplar veren ağrıyı dindirmek için sunulan tıbbi yardımda, hastanın ağrılarının dindirilmesi ön planda tutulur. Ağrıyı dindirmek için yapılan tıbbi müdahalenin kaçınılmaz yan etkisi yaşamın kısalması olması halinde, söz konusu tıbbi müdahaleyi gerçekleştiren hekimin zaruret hali hükümlerinden yararlanacağı kabul edilmektedir. Bu halde hastanın yaşamının kısaltılması, çektiği ağır acı ve ızdıraplara nazaran daha hafif bir kötülük olarak kabul edilir. Bu durumda bazı hukukçular öldürme kastının bulunduğu reddeder, bir kısmı ise izin verilen risk kavramına başvururlar. Baskın görüş ise eylemde hukuka uygunluk sebebi olarak zaruret halinin koşullarının gerçekleştiğini kabul etmektedir. Belirtilen hali Federal Yüksek Mahkeme cezasızlık sebebi olarak görmüştür. Yüksek Mahkeme'ye göre, tıbbi açıdan ağrı dindirici olarak kullanılan ilaçlar ölmek üzere olan bir hastada, kastlı olmayarak, ölüm başlangıcının kaçınılmaz yan sonuçlarının hızlandırılmasının göze alınması suretiyle kullanılabilir. Bu halde hekimin hastanın hayatını kısaltan ve adam öldürme ile talep üzerine ölüm (Alm. CK m. 212, m. 216.) suçlarının unsurlarını gerçekleştiren hareketi Alm. CK 34. maddedeki zaruret hali gereğince hukuka uygundur. Aynı şey adam öldürmeye teşebbüs suçu açısından da geçerlidir. Çünkü hastanın rızası veya varsayılan rızasına göre, onurlu ve ağrısız bir ölümün mümkün kılınması, ağırlı özellikle ölüm doğru giden ağırlı daha uzun yaşama nazaran daha üstün hukuki değer olduğu kabul edilmelidir.⁸²

f. Açlık Grevlerinde Zorunlu Müdahale

Cezaevleri veya tutukevlerinde bulunanlar, devlete yönelik bazı taleplerini gerçekleştirmek için açlık grevi ya da ölüm oruçlarını araç olarak kullanmaktadırlar. Bu halde hekimin kişiyi zorla beslemesinin hukuka uygun olup olmadığı

⁸² Aktaran Ulsenheimer, s. 281-282.

tartışılmıştır. Dünya Tabipler Birliği 1991 Malta Bildirgesi'nin 4/1. maddesine göre, "açlık grevcisi bilinci bozulup bu nedenle karar verme yeteneği ortadan kalktığına ya da komaya girdiğinde, hekim hastası ile açlık grevi sürecindeki görüşmeleri ve bu dönemde oluşan karar doğrultusunda hastasının tedavisi için tedavi konusunda onun yararına olacak en doğru kararı vermekte serbesttir" hükmünü kabul etmiştir.

Türk öğretisinde ise, açlık grevinin, düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün bir parçası olduğu, ancak kişilerin kendi varlıklarını zarara uğratma hakları olmadığı için eylem kişinin bedensel bütünlüğüne zarar vermeye başladığı andan itibaren hukuka aykırı sayılması gerektiğini, buna müdahale eden ve zorla tedavi uygulayan hekim ile diğer kişilerin, meşru müdafaa hukuka uygunluk nedeninden veya 765 sayılı TCK'nın zor durumdaki kişilere yardım edilmesini emreden 476/2. maddesinden yararlanacağı ileri sürülmüştür.⁸³ Bu görüşe göre açlık grevlerindeki zorla müdahalede zaruret hali hukuka uygunluk sebebi uygulanamaz. Çünkü zaruret halinin söz konusu olabilmesi için failin tehlikeye sebebiyet vermemiş üçüncü kişiye zarar vermesi gereğidir.⁸⁴

Diğer bir görüşe göre ise, açlık grevi yapan kimse ölümü istememekte, ancak ölümü bir baskı aracı olarak kullanarak, kendi görüşünü kamuoyunda meşrulaştırmayı, diğer yandan da devleti haksız konuma düşürerek taleplerinin gerçekleştirilmesini sağlamayı amaçlamaktadır. Açlık grevcisi normalde ulaşmasına izin verilmeyen bir hak elde etmeye çalışmaktadır. Açlık grevcisinin hareketi bir tehdit niteliğinde olduğundan devlet gerektiğinde zorunlu tıbbi müdahalede bulunabilir.⁸⁵

⁸³ Soyaslan, Doğan, Türk Hukuk Düzeni ve Açlık Grevi Yapan Kişilere Müdahale Sorunu, *Yargıtay Dergisi* Temmuz 1990, s. 279; Feyzioğlu, Metin; Açlık Grevi, *AÜHFD*, C. 43, 1993, s. 166; Yenerer Çakmut, s. 190.

⁸⁴ Bkz. Yenerer Çakmut, s. 189.

⁸⁵ Böhm, Alexander; "Nochmals: Grenzen staatlicher Zwangsbefugnisse gegenüber Untersuchungshaftlingen", *JUS* 1975, s. 288.

Açlık grevinde zorla müdahaleye karşı çıkan görüş ise, açlık grevlerinde zaman zaman sağlık risklerinin doğduğunu, müdahale biçiminin acılı ve kaba olabileceğini belirterek zorla beslemenin hukuka uygun olamayacağını kabul etmektedirler.⁸⁶

Açlık grevlerinde yapılan müdahalelerin meşru müdafaa ya da zaruret hali hukuka uygunluk sebepleri ile açıklanamayacağı, tutuklu veya hükümlü ile devlet arasındaki özel bakım ilişkisinin bu sonucu doğurabileceği ileri sürülmüştür.⁸⁷

Kendisine verilen yiyecek ve içecekleri reddeden hükümlü hakkında nasıl bir işlem yapılacağı 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunu'nun 82. maddesinde düzenlenmiştir. 82. madde uyarınca, hükümlüler kendilerine verilen yiyecek ve içecekleri sürekli olarak reddettikleri takdirde, öncelikle bu hareketlerinin kötü sonuçları, bırakacağı bedensel ve ruhsal hasarlar konusunda ceza infaz kurumu hekimince bilgilendirilecek, psiko-sosyal hizmet birimince de vazgeçmeleri konusunda çalışmalar yapılacak sonuç alınamaması halinde ise hekim tarafından belirlenen rejime göre uygun ortamda beslenmelerine başlanacaktır. Buna rağmen hükümlü hayati tehlikeye girer veya bilinci bozulursa isteklerine bakılmaksızın kurumda, kurumda beslenmelerine olanak olmasa hastaneye kaldırılarak, sağlık ve hayatları için tehlike oluşturmamak kaydıyla zorla beslenebilecektir.

2. Sırrın Açıklanması

Hekimler ve avukatlar gibi diğer bazı meslek mensupları mesleklerinin ifası sırasında görevleri sebebiyle öğrendikleri sırları saklamak zorundadır. Bu sırların açıklanması hali 765 sayılı mülga Ceza Kanunu'nun 198. maddesinde meslek sır-

⁸⁶ Herzberg, Rolf Dietrich; Zur Starbarkeit der Beteiligung am frei gewählten Selbstmord, ZStW 91(1979), s. 582.

⁸⁷ Erman, s. 199.

rının ifşası adı altında bağımsız bir suç olarak cezalandırılmış iken, 5237 sayılı kanunda belirtilen eylem bağımsız bir suç olarak düzenlenmemiş, özel hayatın gizliliğinin ihlaline ve kişisel verilerin hukuka aykırı olarak ele geçirilmesi, verilmesine ilişkin 134 vd maddeleri uyarınca cezalandırılacağı öngörülmüştür.

Sağlık mesleği mensuplarının sırrın ifşası suçundan söz ederken 5237 sayılı Ceza Kanunu'nun 280. maddesine de değinmek gerekmektedir. Ceza Kanunu'nun 280. maddesi, sağlık mesleği mensuplarına belirtilen suç ne olursa olsun bildirim yükümlülüğü getirmektedir. Görüleceği üzere sağlık mesleği mensubu 280. maddeden kaynaklanan bildirim yükümlülüğünün yerine getirmişse özel hayatın gizliliğini ihlal ettiğinden veya kişisel verileri hukuka aykırı olarak verdiğinden, dolayısıyla suç işlediğinden söz edilmeyecektir.

Kanunlarda açıkça belirtilen haller dışında sağlık mesleği mensuplarının hastalarına ilişkin sırları saklama yükümlülükleri bulunmaktadır. Hekim daha ağır olan bir hukuki değeri korumak amacıyla sır saklama yükümlülüğünü ihlal edebilir. Bu halde hekimin eylemi zaruret hali kapsamında değerlendirilmelidir.

Alman hukukunda da hukuka uygunluk sebebi olan zaruret halinin sırrın açıklanmasında söz konusu olabileceği, bunun suç olmayacağı kabul edilmektedir. Bunun için soyut olarak değil, somut olayda hukuki değerlerin karşılaştırılması gerekir. Hekimin sırrı saklaması suretiyle oluşacak zarar, sırrın ifşası suretiyle elde edilecek menfaate nazaran ne kadar yüksekse, o kadar tehlikenin bertaraf edilmesinde araç olan sırrın açıklanması üstün hukuki değerlerin korunması için haklıdır. Buradaki hukuki değer bizzat hekime ilişkin bir hukuki değer olabilir veya 3. kişiye ait bir hukuki değer olabilir. Ko-

runan değerler hastaya, üçüncü kişiye veya kamuya ilişkin olabilir.⁸⁸ Örneğin kişinin hayatı, beden bütünlüğü, onuru ve özgürlüğü için ciddi bir tehlike varsa zaruret hali söz konusu olabilirken malvarlığı gibi diğer hukuksal değerleri korumak için zaruret hali söz konusu olmaz. Ceza veya disiplin soruşturması bertaraf etmek için de sır saklama yükümlülüğü ihlal edilmesi halinde de zaruret hali kabul edilmektedir.⁸⁹

Alman hukukunda hekimin intihar eğilimi olan bir kişiyi, ilgililere bildirmesi halinde veya çocuğun kötü muameleye maruz kaldığı ve kötü muamelenin devam edeceğine ilişkin belirtiler görmesi halinde durumu yetkili makamlara bildirmesinde de zaruret halinin söz konusu olacağı kabul edilmektedir.⁹⁰ Araç kullanamayacak şekilde gözleri bozuk olan bir insan araç kullanıyorsa hekimin durumu polise bildirmesi halinde zaruret hali hükümlerinin uygulanacağı kabul edilmektedir.⁹¹

AIDS hastası olan kişinin eşine veya birlikte olduğu kişiye durumu açıklayan hekim sırrın açıklanmasından sorumlu tutulamayacak, eylemi zaruret hali çerçevesinde değerlendirilecektir.⁹² Bu halde bir yanda hekimin sır saklama yüküm-

⁸⁸ Timm, Manfred; Grenzen der Aertzlichen Schweigepflicht, Köln 1988, s. 67-68.

⁸⁹ Kreuzer, Arthur, Die Schweigepflicht von Krankenhausärzten gegenüber Aufsichtsbehörde NJW 1975, s. 2236; Sert, s. 200; Goedel, Ursula; Pflichten und Berechtigungen des Arztes zur Anzeige und Auskunft gegenüber Dritten als Rechtfertigungsgründe des paragraf 300 StGB, Diss., Freiburg, 1970, s. 98 vd.

⁹⁰ Kohlhaas, Max, Schwierigkeiten bei der Aufklärung von Kindesmiss-handlungen, NJW 1967, s. 959. Ancak Türk hukukunda Ceza Kanunu'nun 279 ve 280. maddeleri ile yukarıda belirtilen hallerde hekimin suçlu yetkili makamlara bildirme yükümlülüğü öngörülmüştür. Bu bakımdan belirtilen örneklerde bildirimde bulunan hekim kanundan doğan yükümlülüğünü yerine getirdiği için eylemi hukuka uygun olacaktır. Belirtmek gerekir ki Alman Ceza Kanunu'nda Türk Ceza Kanunu'nun 279, 280. maddelerine karşılık gelen bir suç tipi bulunmamaktadır.

⁹¹ Haendel, K., Aertzliche Schweigepflicht und Verkehrssicherheit, Dar 1977, 37 vd.

⁹² Timm, s. 154.

lülüğü öte yanda diğer eşin sağlığı hukuki değer olarak karşılaşmaktadır. Burada sağlık hakkı daha üstün değer olarak göz önüne alınacağından zaruret hali hükümlerine göre hukuka uygun olduğu ifade edilmektedir. Bunun için öncelikle hekimin, AIDS hastası olan kişiyi hastalığını eşine açıklaması gerektiği konusunda elinden geleni yapmalı, onu ikna etmeye çalışmalıdır. Hekim bu koşulu yerine getirdikten sonra sırrın açıklanmasının orantılı araç olduğu kabul edilir.⁹³ Bu hususun açıklanması hekim için, eğer eşi tedavi etmişse, onu sağlık açısından tehlikelerden ve zararlardan koruma yükümlülüğü olduğu için bir hak olmayıp, bir yükümlülük olduğu kabul edilmektedir. Bunun sonucu olarak da şayet hekim muayene tedavi ettiği diğer sağlıklı eşe AIDS konusunda bilgi vermezse kasten müessir fiil suçuna iştirak veya taksirle müessir fiil ve tazminat sorumluluğu gündeme gelir. Eğer bulaştıran eş hekimin hastası değilse, hekimin açıklama yükümlülüğü bulunmamaktadır.⁹⁴

Masum bir kişinin cezalandırılmasını önlemek, özgürlüğünü korumak için de hekimin hastaya ilişkin sırrı açıklayabileceği kabul edilmektedir. Alman hukukunda, Türk Ceza Kanunu'ndaki düzenlemenin aksine, sırf ceza muhakemesine hizmet edeceği gerekçesi ile önceden işlenen bir suçun bildirilmesi halinde zaruret halinin söz konusu olamayacağı kabul edilmektedir. Hekim adam öldürme, nitelikli cinsel saldırı gibi ağır bir suçun işlendiğini öğrense dahi sır saklama yükümlülüğü kapsamında bunu saklamalıdır. Açıklaması, ceza soruşturması makamlarını harekete geçirmesi zaruret hali çerçevesinde hukuka uygun kabul edilemeyecektir. Ancak failin bu suçları tekrarlama tehlikesi varsa bu halde yapılan bildirim zaruret hali çerçevesinde değerlendirilebilecektir.⁹⁵

Zaruret hali çerçevesinde meslek sırrının açıklanması hekim için bir hak olup, bir yükümlülük değildir. Burada bir

⁹³ Ulsenheimer, s. 369.

⁹⁴ Ulsenheimer s. 370.

⁹⁵ Timm, s. 70.

yanda diğer hukuki menfaat ile hekimin sır saklama yükümlülüğü arasında bir tartım yapılacaktır. Diğer menfaatlere nazaran sırrın açıklanıp açıklanmayacağına hekim karar verecektir. Hekim hukuka uygun davrandığı sanarak hasta sırrını açıklar, ancak gerçekte açıklamaması gerekmekte ise kaçınılmaz hata (TCK m. 30/4, Alm. CK. m. 17) hükümleri uygulanarak, kusurlu bir hareket isnadında bulunulamayacak ve ceza sorumluluğu söz konusu olmayacaktır.⁹⁶

Daha yüksek bir hukuki değerın korunması amacıyla, tehlikeyi bertaraf etmek için zorunlu ve orantılı bir araç ise meslek sırrının ifşa edilebileceği kabul edilmektedir. Örneğın akıl hastanesine göndermek amacıyla kişının akıl hastası olduğunun açıklanması, özellikle tekrarlama tehlikesi olan çocukların cinsel istismarı çocuğa karşı kötü muamele gibi suçların polise bildirilmesinde olduğu zaruret hali (Alm. CK. m. 34) söz konusu olabilir. Bu hükmün uygulanması için daima korunan hukuki yararın (bir başkasının sağlığı ve yaşamı) tehdit eden hukuki yararın (hekimin sır saklama, susma yükümlülüğü), esas olarak ağır basması ve tehlikenin bertaraf edilmesi için acil bir zorunluluk olmalıdır. Örneğın başarısız bir denemeden sonra tekrarlanacak suça teşebbüsün önlenmesi, faili bu tekrar fiilinden alıkoymak için hasta sırrı açıklanabilir. Bu nedenle sigortanın dolandırılmasında dolandırıcılık suçunun ortaya çıkarılmasına yönelik sırf ceza muhakemesi menfaatleri doğrultusunda hekimdeki hastaya ilişkin belgelere el koymanın hukuka uygun olmadığı kabul edilmektedir. Bu halde orantılılık ilkesi göz önüne alınarak karar verilmeli, menfaatler arasındaki orantıya bakılmalıdır.⁹⁷

Federal Alman Anayasa Mahkemesi bir kararında,⁹⁸ hastaya ait belgelerin, hastaya konulan teşhis ve tedaviye ilişkin olması sebebiyle özel yaşamın çekirdek alanında olmadığını,

† Timm, s. 73.

⁹⁷ Ulsenheimer, s. 368.

⁹⁸ BVerfG 1972, 1123. Alman CMK'nın 97/1-3. fıkrasında el koyma yasağı öngörülmektedir.

ancak özel yaşam alanında olduğunu, bu nedenle bu belgelere kural olarak el konulamayacağını ve delil değerlendirme yasağı kapsamında olduğunu belirtmiştir. Bu belgelere el konulmasının her halükarda orantılılık ilkesini ihlal edeceğini kabul etmiş, özel hayata müdahalenin daima el koyma tedbiri ile beklenen yarardan ağır basacağını kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir.

VI. Sonuç

Hekimin tıbbi müdahalesinin hukuka uygun olabilmesinin temel kuralı, müdahalenin hastanın aydınlatılmış onamı, bir başka ifade ile rızası alındıktan sonra ve rıza sınırları içerisinde yapılmasıdır. Ancak hastanın rızasının alınamayacak olduğu haller ile hastanın açık rızası hilafına özellikle müdahale edilmediği takdirde ölüm tehlikesi varsa, yaşam hakkı söz konusu olduğundan hekimin müdahale edebileceğinin kabul edilmesi gerekir. Bu halde hekimin müdahalesinin 3. kişi lehine zaruret hali hükümleri uyarınca hukuka uygun olduğunun kabul edilmesi gerekir. Şayet hastanın önceden açıklanmış bir iradesi varsa, yapılacak tıbbi müdahale konusunda bir vasiyetnamesi söz konusu ise, bu vasiyetnamenin mutlak bağlayıcılığı kabul edilememeli, hekimin takdirine bırakılmalıdır. Ancak burada hekim takdir hakkını kullanırken sadece hastanın menfaatlerini düşünmeli, hastanın gerçek iradesini araştırmalı, tıp biliminin gelişmesine katkı olur düşüncesiyle rızası hilafına hastanın acı ve ızdırapla dolu bir süre daha hayatta kalmasını sağlamayı düşünmemelidir.

Ceza Kanunu'nda 279 ve 280. maddelerle hekime suçu bildirme yükümlüğü öngörülmüştür. Bu maddeler ve bildirim yükümlülüğü öngören diğer kanunlarda düzenlenen haller dışında, hekim hasta sırlarını saklama yükümlüğünü ihlal ederse, koşullarının varlığı halinde zaruret haline veya meşru müdafaaya ilişkin hükümlerden yararlanabilecektir.

AYŞE
NUHOĞLU'NUN
TEBLİĞİ

Ceza Kanunu'nun 279 ve 280. maddelerden doğan bildirim yükümlüğünün yerine getirilmesinde de zaruret hali söz konusu olabilir. Şayet hekim bildirim yükümlüğünü yerine ettirmesi halinde hasta tedaviden vazgeçecek, ölüm tehlikesi doğacak ise, yaşama hakkına ilişkin menfaatler ceza muhakemesine ilişkin menfaatlerden üstün olduğundan hekim bildirim yükümlülüğünü yerine getirmeyebileceği kabul edilmelidir.

Oturum Başkanı: Teşekkür ederim; sadece zamana hayranlık uyandıracak şekilde uyduğunuz için değil, aynı zamanda ayrıntılı bir konuşma yaptığınız için. Tıp ceza hukukunda hukuka uygunluk konusunu baştan aşağıya kuvvetli bir şekilde aktardınız. Çok teşekkürler.

Şimdi bir sonraki adıma geçebiliriz. Ancak hukuka aykırılık mı, değil mi ve benzeri hususları tartışmaya devam ediyoruz. Sayın Dr. Mosenheuer'ın hekimlerin cezalandırılabilirliğinin sınırı olarak varsayımsal rıza hakkında ne söyleyeceğini dinleyeceğiz.

Buyurun Sayın Mosenheuer.

Auch ich bedanke mich, nicht nur für Ihre bewundernswerte Einhaltung der Zeit, sondern für ihr detailreiches Referat, das ja auch so was wie ein par force Ritt quer durch Rechtfertigung im Arztstrafrecht gewesen ist. Ganz herzlichen Dank. Ich glaube, wir gehen gleich den nächsten Schritt, bleiben aber auf der Rechtswidrigkeitsebene oder nicht. Und wollen dazu hören, was uns Herr Dr. Mosenheuer über die hypothetische Einwilligung als Strafbarkeitsbegrenzung für Ärzte vorträgt. Bitte sehr, Herr Dr. Mosenheuer, Sie haben das Wort.

Dr. Andreas MOSENHEUER (Savcı):*

I.

Varsayımsal rıza hukuki kurumu, uzun süredir “*Alman Özel Hukuk Uygulaması*”nda kendisine sağlam bir yer edinmiş bulunmaktadır. Federal Yüksek Mahkeme’nin son yıllardaki bazı kararlarında, tıp ceza hukuku alanındaki bütün kararlarında ve şimdi de ceza hukuku kararlarında bu kurum kullanılmıştır. Şu söylenebilir. Varsayımsal rıza ceza hukukuna da ulaşmıştır.

Bu hukuki kurumun arkasındaki fikir şöylece formüle edilebilir: Rıza çerçevesinde tıbbi müdahaleye ilişkin aydınlatma eksiklikleri, hastanın doğru aydınlatma halinde de rıza verecek olması halinde önemsizdir. Başka ifadeyle: Aydınlatmadan kaynaklanan rıza eksikliği ancak hastanın somut kararı bakımından bunun önemli olduğunun sonradan anlaşılması halinde önemlidir ve hukuka uygunluğu engeller.

Konunun açıklığa kavuşturulması bakımından Federal Yüksek Mahkeme’nin –çok tartışılan– bir kararına dayanarak bir örnek vermek istiyorum: Bir hastada üst üste duran iki

* “Hekimlerin Cezalandırılabilirliğinin Sınırı Olarak Varsayımsal Rıza” başlıklı tebliğ, çev.: Hakan Hakeri. Tebliğin Almanca metni için bkz. Ekler bölümü EK 3.

ANDREAS
MOSENHEUER'İN
TEBLİĞİ

omurga aralığının her birinde bir düşme teşhisi konulur. Yükarıda olan ağır düşük, ameliyatla alınmalıdır. Ancak ameliyat sırasında hekimler aralıkları karıştırırlar ve aşağıdaki küçük düşüğü alırlar. Ertesi gün bu bir tedavi hatası olarak ortaya çıktığında -hastanın hala ağrıları vardır- hekimler, ikinci bir ameliyat zorunluluğundan bahsederler ve hastaya yeni bir düşüğün söz konusu olduğu şeklinde yalan söylerler. Hasta bunun üzerine ikinci ameliyatı onaylar ve ikinci ameliyat başarılı olur. Sonradan anlaşılır ki, hasta ameliyatın gerekliliği ve acilliği nedeniyle, baştan kendisine doğru söylenseydi bile rıza verecekti.

Bu ikinci ameliyat da narkoz altında yapılır, vücut açılır ve dolayısıyla hastanın vücut dokunulmazlığını esaslı ölçüde ihlal eden ve yerleşik içtihadı göre tipik bir yaralama fiili niteliğinde olan ve bu nedenle de hukuka uygunluk gereksinimi olan bir tıbbi müdahale söz konusu olmaktadır. Bu, öğretilerde birçok yönden eleştirilen görüş, aşağıdaki belirlemelerimizde esas alınacaktır. Bunun nedeni, sadece uygulamada çok yerleşmiş olması ve bunu göz önünde bulundurmanın kaçınılmaz olması değil, ayrıca ve daha çok, ancak bu suretle yürürlükteki yasalara göre rıza olmaksızın yapılan tıbbi müdahalenin cezalandırılmasının mümkün olmasıdır. Ama bence bu, bununla bağlantılı olarak hastanın kendi vücudu üzerinde belirleme yapma hakkına yönelik ağır müdahalenin etkili bir şekilde yaptırma tabi tutulması bakımından gereklidir.

Örnek olayda olduğu gibi, ikinci ameliyatın hukuka uygunluk sebebine gereksinim duyduğu kabul edilecek olduğunda, zorluklarla karşılaşmaktadır. Federal Yüksek Mahkeme'nin görüşüne göre burada rıza yoktur, zira ikinci ameliyatın gerekliliğine ilişkin nedenler konusunda bir hile söz konusu olmuştur ve bu da rıza gösterenin iradesinin eksikliğine yol açmış ve böylece açıklanmış rıza prensipte etkisiz olmuştur. Bu esasen tartışmalı değildir: Hastanın rızadan önce doğru ve tam bir şekilde aydınlatılması, onun hekim müdahalesine yönelik onayını, kendi geleceğini belirleme niteli-

ğine bürünmesini sağlamaktadır. Bu tür müdahalelerin tipik olarak yaralama olarak değerlendirilmesinin arkasında yatan neden de zaten hastanın kendi geleceğini belirleme hakkının garanti altına alınmasıdır.

Örnek olayımızda, bu normal rızanın yanı sıra muhtemel rıza da söz konusu olmamaktadır. Tıbbi müdahalenin, muhtemel rıza nedeniyle hukuka uygunluğu örneğin, acil hallerde bilinci kapalı hastada olduğu gibi, ancak normal rızanın bazı fiili nedenlerden ötürü alınamaması, halinde söz konusu olabilir. Muhtemel rıza, gerçek rızaya nazaran ikincil niteliklidir. Örnek olayda, hastanın gerçek rızasını almak mümkün idi.

Bu nedenle, Federal Yüksek Mahkeme ikinci ameliyatın hukuka uygunluğunu, gerçek veya muhtemel rıza nedeniyle reddetmektedir. Mahkeme bu nedenle bu kez varsayımsal rıza hukuki kavramını kullanmaktadır. Buna göre, hekimler örnek olayda hukuka aykırı davranmamışlardır, zira hasta ameliyatın nedeni hakkında aldatılmamış olsaydı bile muhtemelen ameliyata yine de rıza gösterecekti. Dolayısıyla burada irade eksikliği nedeniyle gerçek rıza yoksa da, varsayımsal rıza vardır, zira aldatma olmasaydı dahi rıza verilecekti. Böylece hastanın somut kararına yönelik eksik aydınlatmanın nedenselliği sabit olmamıştır.

II.

Bu düşünce tarzı ilk bakışta çok mantıklı gelmektedir. Bununla beraber birçok kişi açısından da tam tersi bir hissin olduğu inkâr edilemez: Bu görüş tam ikna edici değildir. Ancak hisler konusunda dikkatli olmak gerekir: Bazen kişiyi yanıltabilirlerse de, çoğu kez bir şeylerin tam yolunda olmadığı konusunda da güvenilir bir emare niteliğinde olabilirler. Bu nedenle, varsayımsal rıza hukuki kurumu eleştirel bir bakış açısıyla analize tabi tutulmalıdır. Bu çerçevede her ne kadar çok ilginç olacak olsa da, çok dogmatik tartışmalar

ANDREAS
MOSENHEUER'İN
TEBLİĞİ

yapılmamalıdır. Anlamlı ve adil bir hukuki uygulama için bir hukuki kurumun mümkün olduğunca açık ve tutarlı lâfzî, sistematik ve dogmatik incelenmesinden ziyade çoğu kez daha önemli olan husus, pratik ve suç siyaseti mülahazalarıdır. Bu çerçevede görülmektedir ki, bu hukuki kurumun ceza hukuku uygulaması bakımından sonuçları sadece esaslı olmamakta, ayrıca kanaatimce tehlikeli olmakta ve bundan sonuçlanan suç siyaseti etkileri de yanlış olmaktadır.

1. Ceza hukukunda varsayımsal rıza hukuki kurumunun uygulanmasından sonuçlanacak pratik sonuçların açıklanmasından önce hekimlerin gündelik iş atmosferi göz önünde bulundurulmalıdır: Çok yüksek sayıdaki tıbbi müdahalede, hastalar tıbbi müdahale konusunda aydınlatıldıktan sonra rıza göstermektedirler. Standart tedavide ve bununla bağlantılı müdahalelerde –örneğin enjeksiyonlarda– aydınlatmadan sonra hastanın müdahaleyi reddetmesine uygulamada hemen hiç rastlanmamaktadır ve aydınlatma daha baştan yapılmaktadır –esasen yapılıyorsa–. Bundan çıkan sonuç şudur: Bütün bu olaylarda sonuçta belirleyici olan doğru aydınlatma değildir. Somut aydınlatma eksik olsa bile, bu olaylarda varsayımsal bir rızanın şartları vardır. Zira hasta doğru bir aydınlatmada da müdahaleye zaten aynı şekilde rıza gösterecekti. Müdahale eden hekim de bu durumu bilmektedir, bu durum kendi tecrübesiyle örtüşmektedir.

Alışıldık olmayan veya rizikolu müdahalelerle bağlantılı olarak da uygulamada olayların çoğunda aydınlatma eksikliği hastanın açıklanmış iradesine bir etkide bulunmamaktadır. Bir hastanın somut kararı için hekimin tavsiyesi gibi çok daha farklı faktörler rol oynamaktadır.

Burada verilen omuriliği ameliyatı örneği şu yönüyle özel bir örnektir. Bir hastanın daha önce bu hastada aynı ameliyatta bir tıbbi hata yapmış olan bir hekim tarafından ameliyat edilmek isteyip istemeyeceği sorunu çok alışılmamış bir durum olup, tıbbi uygulamadaki genel tecrübeye göre açık bir cevap zorla kabul ettirilmemektedir. Bununla beraber burada

da hastanın ikinci bir ameliyatın zorunluluğunun nedenini bilmesi halinde de rıza göstereceği ihtimali tamamen devre dışı bırakılamıyorsa, hekimlerin cezalandırılabilirliği söz konusu olamaz.

Federal Yüksek Mahkeme tarafından ön plana alınan ceza hukukundaki merkezi ispat kuralı hekimlerin işine yaramaktadır: Şüpheden sanık yararlanır kuralı. Bütün olasılıkların tüketilmesinden sonra mantıklı bir şüphe kalıyorsa, hekimin lehine olarak, aydınlatmanın kurallara uygun olarak yapılması halinde dahi rızanın verileceğini kabul etmek gerekecektir.

Dolayısıyla, varsayımsal rıza hukuki kurumunun uygulanması pratikte aydınlatma eksikliklerinin ceza hukuku bakımından geniş ölçüde önemsizleşmesine neden olacaktır.

Tebliğ için verilen kısa sürede, bu radikal sonucu önlemeyi amaçlayan iki çözüm önerisi teşebbüsünde bulunulacaktır:

İlkin, kurallara uygun aydınlatmanın hastanın farklı kararı olasılığını yükseltecek olması halinde, varsayımsal rızaya cezadan kurtarıcı bir etki tanınmaması önerilmektedir. Burada -aynı zamanda hukuka aykırılık düzeyindeki- yükümlülüğe aykırılık ilişkisi konusundaki bilinen tartışma geri gelmektedir: Yüklenebilirliğin devre dışı kalması, daha neticenin yükümlülüğe uygun davranış halinde gerçekleşmeyeceğinin, uygulama tarafından uygulanan engellenebilirlik teorisi (Vermeidbarkeitstheorie): kesinlik sınırında bir olasılıkla belli olmadığı bir aşamada söz konusu oluyorsa veya yükümlülüğe uygun bir davranışın neticenin gerçekleşmesi olasılığına somut bir etkisini olmayacağı anlaşılıyorsa, bu riziko yükseltme teorisidir. Bunun sonucu olarak, tipiklik çerçevesinde neticenin yüklenebilirliğinde yükümlülüğe aykırılık ilişkisini bir yandan ve burada ele alınan hukuka aykırılık çerçevesinde aydınlatma yükümlülüğünün ihlalinin yüklenebilirliği problemini diğer yandan, aynı temel prensiplere göre belirlemek gerekir. Ve burada engellenebilirlik teorisi yönündeki

ANDREAS
MOSENHEUER'İN
TEBLİĞİ

nedenler daha ağırlıklıdır: Bu teori hukuk devletinin temel kurallarından olan “*şüpheden sanık yararlanır*” kuralını geçerli kılmakta ve -riziko yükseltme teorisinden farklı olarak- zarar suçlarını, tehlike suçlarına dönüştürme tehlikesi içermemektedir.

Varsayılan rızanın aydınlatma yükümlülüğü ihlalinin ceza hukuku bakımından önemi için belirtilen neticelerini önlemek için diğer yol, teşebbüs çözümü olarak nitelendirilebilir. Temel düşünce şudur: Hekim, hastanın kurallara uygun bir aydınlatma halinde başka türlü davranacağını ciddi olarak ihtimal dâhilinde görüyorsa, teşebbüsten dolayı cezalandırılabilir. Hekim, hastanın rıza göstermeme ihtimalini kabulleniyorsa, hukuka aykırı bir yaralamaya yönelik kararı vardır. Bu düşüncenin gerçekten de ikna edici olup olmadığı, kuşkuludur, zira kast için kural olarak olası kastın yeterli olduğu açıktır, hukuka uygunluğun şartlarının mevcut olduğuna yönelik tasavvur için adeta-kast (Quasivorsatz) ise yeterli değildir.

Ancak, bundan bağımsız olarak, teşebbüsten dolayı cezalandırılabilirlik, hekimin aydınlatma eksikliğinin önemi, karar için olası görmemesi veya olası görmesine rağmen, hastanın kurallara uygun aydınlatma halinde de rıza göstereceğine güvenmesi halinde, kararın bulunmaması nedeniyle söz konusu olmayabilir. Bu en azından yukarıda belirtilen günlük iş atmosferinde mümkün olabilir ve böylece tıbbi müdahalelerin büyük kısmı için aydınlatma eksikliği cezalandırılabilirlik bakımından önemsiz kalabilir. Bu subjektif şartlar bakımından da “*şüpheden sanık yararlanır*” kuralının geçerli olduğu göz önünde bulundurulacak olursa, cezalandırılabilir eylemler alanı sadece, hekimin itiraf ettiği olaylarla sınırlı kalacağı görülecektir. Tam tersine varsayımsal rıza kurumunun kusurlu bir hekimin savunmasında çok önemli bir araç olacağını söylemek bir kehanet olmayacağıdır.

Her halükarda: Kuşkululu teşebbüs çözümüyle de, varsayımsal rızanın hekimlerin cezalandırılabilirliğini sınırlamak

için uygulanmasında ortaya çıkan pratik sonuçlar, sadece çok az sayıdaki bazı olaylarda engellenebilir.

2. Böylece varsayımsal rıza hukuksal kurumu uygulamada aydınlatma eksikliğinden dolayı cezalandırılabilirliğin geniş ölçüde sınırlanmasına yol açtığından, değerlendirmemizin ikinci bölümünde, bu cezalandırma sınırlamasının hukuken korunan ilgili yararın korunmasının da sınırlanmasına yol açıp açmadığı sorusu incelenmelidir. Burada artık bütün çabalara rağmen varsayımsal rızanın şartlarının var olup olmadığının açıklığa kavuşturulamadığı ve bu nedenle “*šüpheden sanık yararlanır*” kuralının uygulandığı, pratikten olay gruplarından bir kesitin değerlendirilmesi söz konusu olmayacaktır. Bu, -öyle görülmek isteniyorsa- hukuk devletinin temel prensiplerine ihanet etmemek bakımından hukuk devletine sunulan bir kurbandır. Daha ilginç olanı ise başka bir şeydir: Varsayımsal rızanın şartlarının açıkça mevcut bulunduğu; yani bir kez, hastanın kurallara uygun aydınlatma halinde de zaten rıza göstereceğinin kesin olduğu ve ikinci olarak da hekimin de bundan emin olduğu bir olayda, cezalandırılabilirliğin sınırlanması hastanın hukuken korunan yararı karşısında haklı görülebilir mi? Burada iki soruyu birbirinden ayırmak gerekir: İlkin: Burada korunan hukuksal yarar nedir? İkinci olarak: Bu yarar varsayımsal rızanın varlığı durumunda ihlal edilmiş olur mu?

İlkin birinci soru: Hekimin tıbbi müdahalesinin yaralama suçları anlamında tipik olmasının arkasında yatan nedenlerden ön planda olan, hastanın vücut bütünlüğüdür. Başarılı olan yani hastanın iyileşmesine katkıda bulunan tıbbi müdahalenin de tipik olması hususu şöyle daha doğru formüle edilmelidir: Tıbbi müdahaleler tipiktir, zira müdahale ile soyut olarak bakıldığında, vücut bütünlüğü ihlal edilmekte, ancak sonradan müdahalenin iyileştirici etkisiyle bütüncül bakış açısında -objektif değerlendirmeye- hasta iyileşmektedir. Ancak uygulama bu noktada, bence de haklı olarak, iyileşme karşılığında müdahaleye katlanma konusundaki değeren-

ANDREAS
MOSENHEUER'İN
TEBLİĞİ

dirmeyi sadece hastanın yapabileceğini savunmaktadır. Bu, tıbbi müdahalenin tipikliğine ilişkin uygulamanın içtihadının arkasında yatan merkezi suç politikası düşüncesidir ve hukukun korunan yarar olarak *"hastanın vücut bütünlüğü konusunda karar verme hakkı"* kabul ediliyorsa, bu görüş doğrudur.

Bu temel ışığında ikinci soru da formüle edilebilir: Hasta kurallara uygun olarak aydınlatılmamış olsa bile, kurallara uygun olarak aydınlatılmış olsaydı dahi müdahaleye aynı şekilde rıza gösterecek idiyse, bu durumda da hastanın kendi vücut bütünlüğü üzerinde karar verme hakkı ihlal edilmemiş olur mu? İlk bakışta öyle gözükmektedir. Bir kimse bütün ayrıntıların bilincinde olarak verecek olduğu bir kararı vermişse, vermiş olduğu karar sonuçta iradesine uygundur. Dolayısıyla kendi geleceğini belirleme hakkı korunmaktadır.

Ancak gerçek böyle değildir: Zira: Sonuçtaki uygunluk az ya da çok bir tesadüfün sonucudur; birbirine karşı olan esaslı yararların ilgili kişi tarafından bizzat değerlendirilmesi söz konusu olmamıştır. Kendi geleceğini belirleme bir faaliyettir veya bir süreçtir, ama basit bir sonuç değildir. Hasta, kendisi tarafından belirlenmiş bir kararı verebilmek için, bilmesi gereken bütün ayrıntılarını bilmiyorsa, yani bir tıbbi müdahalenin yapılması bakımından esaslı olan bütün hususlar konusunda aydınlatılmamışsa, kendi geleceğini belirleme hakkı ihlal edilmiştir. Hastanın kurallara uygun bir aydınlatma halinde de aynı müdahalenin söz konusu olacak olmasının bu bakımdan önemi yoktur.

Konuyu açıklığa kavuşturmak gerekirse: Bir tıbbi müdahaleye rıza konusunda kazanç ile bedel arasındaki belirtilen değerlendirme süreci, rızaya dâhildir; aynı hukuksal yarar sahibinin yararları söz konusu olduğu için birbiriyle çatışan yararların söz konusu olduğu, zorunluluk haline değil. Rıza, birey özgürlüğünün ifadesidir ve somut olayda mantıklı gözükmekse bile kural olarak kabul edilmek zorundadır. Ancak hukuksal anlamda özgür bir rızadan bahsedebilmek için, rı-

zanın cebir, hile ve hatadan arınmış olması gerekir. İradeyi sakatlayan bu hallerden arınma söz konusu değilse, karar kişinin kendisi tarafından belirlenmiş olmaz ve böyle bir rızaya dayanılarak yapılan müdahale hastanın kendi geleceğini belirleme hakkının ihlali olur. Dolayısıyla hastanın kendi geleceğini belirlemesi karşısında varsayımsal irade sorunu anlamsızdır. Zira varsayımsal rıza halinde de kendi geleceğini belirleme hakkının ihlali söz konusu olmaktadır. Bu kurumun uygulama tarafından tanınması bu hakkın korunmasının indirgenmesine yol açmakta ve tıbbi müdahalenin yaralama suçları anlamında tipik olarak kabul edilmesi ile takip edilen hedefe de aykırı olmaktadır. Koruma alanındaki bu gerileme -yukarıda da gösterildiği üzere- tıbbi uygulamada da çok önemlidir ve bence tehlikelidir.

Bir kararın ne zaman hukuksal olarak özgür karar olarak değerlendirileceği yönünde yukarıda belirttiğimiz düşünce, yani irade eksikliklerinden arınmış olması gereği, varsayımsal rıza hukuki kavramının asıl "*yapısal hata*"sını da ortaya koymaktadır. Bir kararın özgür karar olmasına ilişkin yapılacak değerlendirme aslında hukuk düzeninin objektif bir kararıdır. Sadece bu, bir kararın kendi geleceğini belirlemenin ifadesi olarak görülebilmesi bakımından hangi şartların bulunması gerektiğini belirlemektedir, yoksa bireyin kendisi değil. Ancak ceza hukukunda varsayımsal rızanın tanınması tam da buna neden olacaktır, zira varsayımsal rıza bir irade eksikliğinin somut hasta bakımından önemsiz olması halinde, bir müdahaleyi hukuka uygun kabul etmektedir. Hukuksal ölçütlerin bu yanlış subjektifleştirilmesi ayrıca belirsiz hukuksal uygulama tehlikesi de içermektedir.

III.

1. Bütün bunlardan sonra, varsayımsal rıza hukuksal kurumu reddedilmelidir. Bir kez pratik sonuçları nedeniyle,

ikinci olarak da ne suç politikası bakımından ne de ilkesel olarak ikna edici olmadığından.

Bu sert eleştiriyi böyle yalnız bırakmak istemiyorum. Sonda biraz barışçı tonlara da müsaade etmek gerekir. İlkin, kanaatimce varsayımsal rızanın haklı olarak uygulanabileceği bir alan vardır ve ikinci olarak da, uygulamanın bu hukuksal kurumu kabul etmesinin arkasında yatan neden övgüye layıktır.

2. Önce uygulama alanı konusu. Varsayımsal rızanın özel hukukta tanınması daha az problemlidir ve sonuçta daha meşrudur.

Bunun iki nedeni vardır. İlkin, ispat kuralları ceza hukukundan farklıdır ve böylece varsayımsal rızanın uygulanması tek taraflı olarak hastanın zararına olmamaktadır. Medeni muhakemede hekim ilkin hastanın kurallara uygun aydınlatma halinde de müdahaleyi yaptıracağını ortaya koymalıdır. Hatta hekim, hastanın bu takdirde gerçek bir karar çatışması içinde kaldığını ortaya koyacak geçerli sebepler ortaya koysa bile bunu ispat etmek zorundadır.

İkinci olarak, medeni muhakemenin hedefi farklıdır. Ceza hukuku, öncelikle sosyal etik bakımdan özel olarak kınanabilir davranışlardan korurken, medeni hukukta -basitleştirilmiş ifadeyle- kural olarak eşit değerdeki kişilerin yararlarının eşitlenmesi söz konusudur.

Hekim sorumluluğu davalarında özel olarak zararların karşılanması söz konusudur. Bu noktada hekimin yükümlülüğe aykırı hareket etmesi halinde, hastanın durumunun ne olacağının sorulması doğru olur. Gerçi bu, bir hukuk ihlalinin varlığı -daha doğrusu, vücut bütünlüğü hakkındaki kendi geleceğini belirleme hakkının ihlali- gerçeğini değiştirmez, ancak karşılanabilecek bir zarar söz konusu değildir.

Bu durum bizi varsayımsal rızanın ceza hukukundaki ilk uygulama alanına götürmektedir, zira sonuçların ağırlığı

burada da, yani cezanın belirlenmesinde bir rol oynamaktadır. Kanaatimce bu nedenle, kusurlu hekimin lehine olarak, hastanın, yükümlülüğün ihlali söz konusu olmasa bile vücut bütünlüğü bakımından suçun mağduru olduğu göz önünde tutulmalıdır.

Son olarak, varsayımsal rıza aydınlatma yükümlülüğünün taksirli ihlali hallerinde de göz önünde bulundurulmalıdır. Hatta bu alan, her ne kadar uygulama şu ana kadar sadece kasti fiillerde uygulamışsa da, varsayımsal rıza kurumunun ana uygulama alanı olmalıdır. Daha açık ifade etmek gerekirse: Bir müdahale yapan ve hastanın doğru olarak aydınlatılmadığını fark etmeyen hekim, kasten yaralamadan dolayı sorumlu olmaz. Burada unsur yanlıgısı söz konusu olur ve bildiğimiz unsur yanlıgısında olduğu gibi, kasttan dolayı sorumluluk söz konusu olmaz. Yanlıgı önlenebilir nitelikte ise, sadece taksirden dolayı sorumluluk vardır. Yaralamaya taksirle sebebiyet verilmesi gerektiğinden, gerçekte, yaralamanın yükümlülüğe uygun davranış halinde de gerçekleşip gerçekleşmeyeceği sorulmalıdır. Yukarıda ayrıntılı olarak ele alınan kasti aydınlatma yükümlülüğü ihlaline ilişkin olaylardan farklı değerlendirme, bu yanlıgı durumlarında adeta bir öne almanın gerçekleşmesi ile haklı görülebilir. Artık bizzat müdahale değil, her şeyden önce önceki taksirli yükümlülük ihlali kusur olarak görülmektedir. Kınanabilir davranışın ağırlık noktası olarak bu görülmektedir.

3. Nihayet, Federal Yüksek Mahkeme'nin içtihadını bazı önemli noktalarda onayladığımı belirtmeliyim. Varsayımsal rıza hukuksal kurumun kullanılması ile takip edilen amaç kabul edilebilir bir değere sahiptir: Burada söz konusu olan ceza hukukunda hekimin aydınlatmasına yönelik olarak aşırılaştırmış olan taleplerin sınırlandırılmasıdır. Ancak takip edilen yol yanlıştır. Hata yukarıda belirtildi ve bana ilkesel tabiatta gözükmektedir. Bu hukuksal kurumda yapıldığı gibi, medeni hukuktaki içtihadın aynen ceza hukukuna aktarılması işleme-

ANDREAS
MOSENHEUER'İN
TEBLİĞİ

mektedir. Bu uygulama, özel hukuk ve ceza hukukunun farklı görevlerini göz ardı etmektedir. Ceza hukukundaki varsayımsal rızaya ilişkin içtihat buna bir örnektir.

Ancak bu noktada, uygulamanın takdir ettiğim amacına ulaşmak için, yani hekimin mesleğini uygularken karşı karşıya kaldığı aşırı aydınlatma taleplerinden kaynaklanan ceza hukuku rizikolarının sınırlandırılması için bir başlangıç yapılabilir. Federal Yüksek Mahkeme'nin özellikle özel hukuk içtihatlarında birkaç on yılda geliştirdiği hekimin aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin sıkı talepler elbette aynen ceza hukukuna aktarılmamalıdır. Bunun nedeni basittir: Özel hukukta, hastanın vücudunun yanı sıra daha birçok diğer yararı da tam ve kapsamlı aydınlatma ile korunmaktadır, örneğin bizzat kendi geleceğini belirleme hakkı (sadece vücut bütünlüğü bakımından değil) ve ekonomik yararlar vb.

Hekimin de sorumlu tutulabileceği yaralama suçları ile vücut bütünlüğü ve -isabetli görüşe göre- bu bütünlüğe ilişkin kendi geleceğini belirleme hakkı korunmaktadır. Bu, aydınlatma yükümlülüğünün kapsamında göz önünde tutulmalıdır. Bu yarar çerçevesinde, hasta, kendisi tarafından belirlenmiş bir karar için, bir yandan hastalık ve onun muhtemel gelişimi; öte yandan da müdahalenin sonuçları, başarı şansı ve rizikoları ve muhtemel alternatif müdahaleler konusunda aydınlatılmalıdır. Daha fazlası konusunda değil.

Oturum Başkanı: Çağdaş tıp hukuku geleneği bağlamında bu pratik örneklerle kendi geleceğini belirleme hakkını üstün bir değer olarak değerlendirdiğiniz ve aşırı paternalist düşünceden koruduğunuz için çok teşekkürler Sayın Mosenheuer.

Bu bana çok sempatik gelen bir yaklaşımdır. Tartışma için sınırlı süremiz var.

Arkada söz almak isteyen biri var. Buyurun. Tartışma için her zaman mikrofon gerekecek. Geliyor.

Vielen Dank, Herr Dr. Mosenheuer, dass sie die Selbstbestimmung in diesen Fällen praktisch auch in einer Tradition des modernen Medizinrechts hochgehalten haben und vor einem zu paternalistischen Denken schützen. Das ist mir ein sehr sympathischer Ansatz. Wir haben jetzt eine noch beschränkte Zeit zur Verfügung zur Diskussion. Ich habe aber dort hinten schon eine Wortmeldung, bitte sehr. Für die Diskussion brauchen wir wahrscheinlich immer das Mikrophon. Gibt es ein Mikrophon. Mikrophon wird schon gebracht.

Ziynet ÖZÇELİK: Öncelikle çok özür diliyorum, toplantıya gecikerek geldim ve soruların yazılı hazırlanması konusundaki uyarıyı da dinleyemediğim için hazırlayamadım. İzin verdiğiniz için teşekkür ediyorum.

Soruma başlarken bu toplantının organizasyonunu yapan Barolar Birliğine ve değerli öğretim üyelerine çok teşekkür ediyorum. İki sorum olacak benim; Sayın Köksal Bayraktar'a ve Sayın Ayşe Nuhoglu'na ayrı ayrı soracağım. Birisi şu: Sayın Köksal Bayraktar, tıp etiği kurallarının ceza hukukuna etkisini anlatırken hasta hakları ve giderek hekim haklarının da ceza yargılamasında etkisini, özellikle hekim haklarının son dönemde, son on yılda hayatımıza girdiğinden söz etmişti. Ceza yargılamasında bende bir uygulayıcı olarak dikkatimi çeken bazı unsurlar var ve buna ilişkin kendi görüşlerini öğrenmek istiyorum. O da şu: Gerçekten hasta hakları ve hekim hakları birbiriyle çelişen kavramlar değil, yan yana olduğunda nitelikli bir sağlık hizmetini ortaya çıkarabilecek unsurlar. Ancak hasta haklarının yanı sıra hekimin hakkı diye tarif ettiğimiz; eğitim alma, altyapı, çalışma koşulları, uygun teknoloji ve sağlık ekibinin oluşturulması da sağlık hizmetinin niteliğine, dolayısıyla hasta hakkına doğrudan etki eden unsurlar.

Hakimlerimiz somut olayda o sağlık hizmetinde kusurun bulunup bulunmadığından çok, o olayda hekimin kusurunun bulunup bulunmadığı sorusunu bilirkişilere yöneltiyorlar.

TARTIŞMA

Bilirkişilerde kendileri ne kadar anlıyorlarsa ona göre olayda hangi nedenlerin etki ettiğini ve ona göre nedensellik bağı bulunup bulunmadığına bakıyorlar. Oysa biraz önce sözünü ettiğimiz, Sayın Köksal Bayraktar'ın da sözünü ettiği bütün bu unsurlar o sağlık hizmetinde ve hekimin şahsında billurlaşan ve etki eden unsurlar. Acaba hakimlerimizin de bilirkişilerin her şeyi bildiği varsayımından öte hangi soruların sorulacağı konusunda, yani tıp etiği kuralları içinde yer alan ve sağlık hizmeti sunumuna etki eden unsurların somut olayda nasıl gerçekleştiğine yönelik soruları sormaları gerekir mi, bu konuda bir eğitim çalışmasına ihtiyaç var mıdır?

Sayın Ayşe Nuhoglu'na yönelik sorum ise şu; bugün mesleki sorumluluk sigortaları var, gündemimize girdi. Hekimlere yönelik çok yoğun açılan davalar sonucunda bu sigorta poliçelerinin genel şartlarında var diyor ki *"hekim sigortacıya her an hasta kayıtlarını açık tutacaktır"* ve sizde hukuka uygunluk nedenlerinden söz ederken, zaruret halinden söz ederken sırrın açıklanmasındaki zaruret hallerinden söz ettiniz. Birincisi, sigorta şirketine yönelik bu poliçede yer alan *"her açık bulundurma"* kavramı kişisel verilerin hukuka aykırı olarak verilmesi kapsamına girer mi, yoksa zaruret hali içinde değerlendirilebilir mi?

Bir de TCK m. 280, suçu bildirmeyle ilgili bir açıklamada bulundunuz. Dediniz ki *"bugün suçun işlendiğine yönelik herhangi bir belirtiyle karşılaşan sağlık personeli ve hekim bunu bildirmek zorundadır, bu zaruret halinin içinde yer alır."* Peki, -sizin görüşünüzü merak ediyorum ben- bizim önceki TCK'da 530. maddede *"suçun işlendiği yönünde herhangi bir emareyle karşılaşan"* diye başlamıyordu. Orada deniliyordu ki *"hekime gelen ya da sağlık personeline başvuran hastaya karşı bir suç işlendiği yönünde emareyle karşılaşmışsa, herhangi bir suç değil, kendine başvuran kişiye ilişkin bir suç ve bildirmesi halinde o kişi bir soruşturmaya uğramayacaksa, hakkında bir soruşturma yapılmayacaksa bildirme yükümlülüğü var"* diyordu. Bugünkü m. 280'de sizin çok haklı olarak söylediğiniz gibi diyor ki *"herhangi bir suçun*

işlendiği yönünde emareyle karşılaşılan." Bu hayali ihracatta olabilir, başka bir şey de olabilir. O kadar muğlak bir kavram ki! 1900'lü yılların hemen başlarında 1800'lü yıllarda İtalyan Ceza Kanunu'ndan alınmış bir kavram olarak, orada yaşam hakkıyla suçu bildirme, yani suçluları yakalama kavramlarını karşı karşıya koyup tartışan hukukçularımız ve hekimlerimiz. Hekimlerin görevi öncelikle insanların yaşamını korumaktır, üstün olan değer budur, suçluların yakalanması ise devletin yükümlülüğündedir deyip, bu düzenlemeye karşı çıkarken bugünkü TCK 280. maddeyi nasıl değerlendiriyorsunuz?

Teşekkür ederim.

Oturum Başkanı: Sayın meslektaşım, başka sorular varsa onları da dinlemek isteriz.

Meslektaşım, buyurun.

Frau Kollegin, wir wollen noch weitere Fragen sammeln. Herr Kollege bitte sehr, ja.

Prof. Dr. M. Emin ARTUK: Acaba zaruret hali meselesi hukuka uygunluk sebebi mi, yoksa kusurluluğu kaldıran veya azaltan sebeplerden mi? Bu problem yeni Ceza Kanunu'na baktığımız zaman, cezai sorumluluğu kaldıran veya azaltan sebepler arasında 25. maddenin 2. fıkrasında hemen meşru müdafaanın 1. fıkrada, zaruret hali zorunluluk hali 2. fıkrada yer alıyor. Baktığımız zaman cezai sorumluluğu kaldıran azaltan sebepler, ama bunun içinde aynı zamanda gayet iyi biliyoruz ki, haksız tahrik, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı gibi bir husus. Bilmiyorum sizin kanaatiniz nedir ama benim kanaatime göre yeni Ceza Kanunu bu konuda tam bir hercümerç içinde, tamamıyla bir karışıklık içinde.

Bir tarafta gerekçede kusurluluğu kaldıran bir sebep olarak nazara itibara alınmış ama diğer taraftan eski Ceza Kanunu 49. maddesinde olduğu gibi zaruret hali hemen meşru müdafaadan sonra yer alıyor. Bu konudaki düşüncenizi açık olarak bir kere daha ifade ederseniz memnun olurum.

TARTIŞMA

Teşekkür ediyorum

Oturum Başkanı: Çok teşekkürler.

Sorunuza bir şey eklemek istiyorum. Almanya'da yasa koyucu bu tartışmanın önüne geçti. Almanya'da gerek suçu kaldıran gerekse hukuka uygunluk teşkil eden zorunluluk hali var. Sorularıma geçmek istiyorum. Sayın Profesör Bayraktar. Ünlü bir felsefe adamı hukukun üstünlüğü vardır demiş. Etiğin hukuka ihtiyacı var mı? Etik tek başına işleyebilir mi? Sayın Lilie'nin dediği gibi, etiğin tartışmalı ve belirsiz oluşu günlük tıbbi hayatta işe yaramamasıyla mı sonuçlanıyor? Etik için hukuka ihtiyacınız var mıdır? Bir soru da Sayın Nuhoğlu'na sormak istiyorum. Hasta tedavi için rıza vermezse, söz konusu tedavi hayat kurtarıcı olsa bile, zorunluluk halinden yararlanabilir misiniz? Zorunluluk haliyle büyük ve içi dolu olan bir müesseseyi, yani rızayı, ortadan kaldırmaz mıyız? Sayın Mosenheuer kendi geleceğini belirleme hakkından da bahsetti. Yani zorunluluk haliyle paternalizmi yeniden uygulayıp rızayı sonsuza dek gömmüş olmaz mıyız? Zorunluluk hali rızanın gerekliliğini ortadan kaldırmaz mı?

Şimdi Sayın Mosenheuer'in kendi geleceğini belirleme hakkı konusuna değinmek istiyorum. Kendisi bu hakkın esasını yaralama suçunun unsurlarında görüyor ve herkes kendi geleceğini belirleme hakkını icra eder dedi. Kendi geleceğini belirleme hakkı icraya dayalı bir hak olarak anlaşılırsa, varsayımsal rıza diye bir şey olabilir mi? Varsayımsal olduğu için burada icrai bir durum söz konusu değil. Bununla bağlantılı olarak bugün olduğu gibi, aydınlatma ve rızadan ibaret o karmaşık müesseseyi kabul ettiysek, varsayımsal rızayı da otomatik olarak kabul etmemiz gerekmez mi? Bunu yaptığımızda aşırı yapılandırılmış olan Alman sistemini biraz daha sadeleştirmiş olmaz mıyız? Veya alternatif bir çözümünüz var mı, çünkü "dubio pro reo" ilkesi burada söz konusu olmuyor.

Vielen Dank, vielleicht noch eine Ergänzung zu Ihrer Frage. In Deutschland hat der Gesetzgeber uns den Streit genommen, indem

es sowohl einen rechtfertigenden als auch einen entschuldigenden Notstand gibt. Doch nun zu meinen Fragen. Einmal an Herrn Professor Bayraktar. Es gibt einen bekannten Philosophen. Er hat gesagt das Recht hat den Vorzug, dass zumindest vorläufig massgebliche zu sein. Meine Frage: braucht die Ethik Recht? Kann die Ethik auch für sich wirken und ist die Ethik so umstritten und so wage, wie Herr Lilie sagt, dass die Ethik im medizinischen Alltag sogar nicht nützt. Brauchen sie das Recht für die Ethik? Das wäre meine Frage an sie. An Frau Nuhoglu eine Frage. Kann man wirklich sagen, dass der Notstand Anwendung finden, wenn der Patient nicht in eine Behandlung einwilligt und sei es auch nur in eine Behandlung, die sein Leben rettet. Würde man damit nicht über den Notstand das ganze Gebäude der Einwilligung, das ja gross aufgebaut und gross überladen ist, Herr Mosenheuer sprach ja von Selbstbestimmung, würde man damit nicht über den Notstand einfach wieder den Paternalismus einführen und die Einwilligung praktisch beerdigen. Wäre die Einwilligung nicht überflüssig über den Notstand? Und nun zu der Selbstbestimmung von Herrn Mosenheuer, der die Selbstbestimmung wohl gemerkt in den Tatbestand der Körperverletzung verankert sehen will, und der die Selbstbestimmung so versteht, dass man aktiv seine Selbstbestimmung ausüben muss. Wenn man das so versteht, dass man die Selbstbestimmung ausüben muss, kann es dann überhaupt noch eine mutmassliche Einwilligung geben? Da übt man ja auch nichts aus. Und die ergänzende Frage, wenn wir im Strafrecht dieses komplexe Gebäude von Aufklärung und Einwilligung übernehmen, und so ist es ja bisher auch passiert, müssen wir dann nicht zwangsläufig auch die hypothetische Einwilligung übernehmen, die dieses viel zu sehr aufgebaute System in Deutschland etwas wieder begradit oder haben Sie eine Alternative, denn der in dubio pro reo Grundsatz wirkt nicht weiter?

Nihat KAMBUR: Merhabalar.

Ayşe Nuhoglu hocama sormak istiyorum: Kan nakli hususunda bir örnek verdiniz ve çocuğun ebeveynlerinin rıza göstermemesi durumunda hekimin müdahalesinin imkânsız olduğu veya müdahale ederse zorunluluk haliyle ilgili bir

TARTIŞMA

bağlantı kurdunuz. Ben bunun çocuğun bizzat kendisinin rıza göstermemesi durumunda zorunluluk halinin uygulanıp uygulanamayacağına ilişkin değerlendirmenizi rica ediyorum. Tabii acaba ebeveyn rızasıyla çocuğun bizzat kendisinin rızası arasında bir derecelendirme mi yapıyoruz, yapmamız gerekiyor? Bir de İnfaz Kanunu'nun 82/3'ten örnek verdiniz. Burada kişinin hayati tehlikeye düşmesi hali zorunluluk haliyle bağlantı kurulabilecek bir haldir. Bilincinin kaybedilmesi ayrı bir durum, çünkü onlar "veya" ile bağlanılmış. Acaba ceza infaz kurumlarının hükümlü hakları bakımından veya tutuklu hakları bakımından en önemli yükümlülüğünün sağlıklarını koruma olması gerektiği nedeniyle mi öyle bir düzenleme getirilmiştir? Böyle bir açık düzenleme olmadan infaz kurumları dışındaki normal sağlık tedavileri durumunda kişinin hayati tehlikeye düşmesi halinde rızasızlığı durumunda zorunluluk hali uygulanabilir mi?

Doç. Dr. Cemil SAVAŞ (Gaziantep Üniversitesi Tıp Fakültesi): Bu kadar hukukçunun arasında ben tıp doktoruyum, Gaziantep Üniversitesi Tıp Fakültesi'nden katıldım.

Bu anlattıklarınızı ben örneklerle vurgulamak ve soru haline getirmek istiyorum. Örneğin bir hasta mide kanaması geçiriyor, kanamasının durması içinde endoskopi denen müdahale yapılması gerekiyor, ama hasta da bunu kesinlikle kabul etmiyor, kabul etmeyince de şoka girip ölüyor. Biraz önce sorulan soruyla bir müşahhas örnek olmuş oldu. Bu durumda hastanın rızası aranacak mı, aranmayacak mı?

İkincisi, hastaya işlemle ilgili bütün riskleri anlattığımız zaman bu riskleri hasta olabilecekmiş gibi algılıyor. Dolayısıyla örneğin safra kanalından taş çıkartma diye bir işlemimiz var, ERCP diyoruz. Hastaya safra kanalından taş çıkartılırken bağırsağın delinebilir, bağırsağında kanama olabilir gibi şeyler anlattığımızda, bu sefer hasta bu işlemi yaptırmaktan vazgeçiyor ve arkasından kolanjit, sepsis, septik şok gibi daha hayati riskleri içeren riskleri almış oluyor. Burada hastayı tam aydınlatmadan bu işlemin yapılması uygun olur mu?

Oturum Başkanı: Son olarak Bay Schroth ve daha sonra sözü konuşmacılara vermek istiyorum.

Als letzte Frage jetzt die Frage von Herrn Schroth und dann bitten wir erstmal die Referenten um Ihre Antwort.

Prof. Dr. Ulrich SCHROTH: Teşekkürler Sayın Başkan.

Sayın Mosenheuer, sizinle başlayayım. Varsayımsal rızayla ilgili yaptığımız eleştirilerin çoğu anlamlı geldi. Size şunu sormak istiyorum: Ceza hukukunda genel bir isnadiyet öğretisi var. Genel isnadiyet öğretisine göre izin verilmeyen bir risk fiilde tamamlanmış olmalıdır. Varsayımsal rıza yoluyla fiilin tamamlanmış olmasına dair isnadiyetin dışında tutmaya çalıştığımız durumlarda, izin verilen risk mevcut değil midir? Yani varsayımsal rıza olduğunda, gerçekleşen şey izin verilmeyen bir fiil değildir. Yani tamamlanmış bir fiil yoktur. Aslında ihmal suçunda fiilin tamamlanmış olmasıyla ilgili isnadiyet yoktur denilebilir. Kasti suçta fiilin tamamlanmış fiil olarak isnat edilmek yerine, teşebbüs olarak görülmesi söz konusudur. Görevi suistimal gibi şekiller için kabul edilmiş olan varsayımsal rızanın ceza hukukunun genel isnadiyet öğretisine tabi olup olmadığını sormak istiyorum. Sayın Bayraktar'a etikle ilgili bir soru sormak istiyorum.

Sayın Rosenau'nun "*etiğe ihtiyacımız var mı?*" sorusuna istinaden eski bir hukuk filozofu olarak kesinlikle evet demek istiyorum. Tıp etiğinin dört klasik ilkesinden bahsettiniz; zararı önleme yükümlülüğü, hastanın kendi geleceğini belirleme hakkına saygı, adalet veya bazen buna ahlak diyorlar ve tıbbi fiilin faydalı olması. Bu dört ilkeyle ilgili şöyle bir sorun var, Türk hukukunda eğer varsa bu ilkeleri nasıl uyguluyorsunuz, yani hekim, fiilleri gereği zaten bu ilkelerle çatışmıyor mu?

Bir örnek vermek istiyorum: Canlıdan böbrek bağışında organ vericisi zarar görüyor. Organ alıcısı için bedensel bir fayda söz konusu oluyor. Tıp etiği ve tıp hukukunda asıl me-

TARTIŞMA

sele bu dört ilkeye bir şekilde uymaksa, bazı ilkelerle çatışma olduğunda ne yaparız? Bu ve buna benzer ilkelerle çatışma olduğunda Türk hukukta bunlar nasıl çözümleniyor? Bence sadece tıp etiği değil, tıp hukuku ve tıp ceza hukuku bu konularda zorlanıyor.

Sayın Nuhoğlu'na da zorunluluk haliyle ilgili bir sorum var. Sayın Rosenau'nun sorusuna vurgu yaparak söylediğini biraz radikallestirmek istiyorum. Gerek suçu kaldıran gerekse hukuka uygunluk teşkil eden zorunluluk hali acaba bir kişiye ait çatışmalı durumlarda uygulanabilir mi? Zorunluluk hali birden fazla kişi varsa ve aralarında çıkar çatışması söz konusuysa anlamlıdır, örneğin hukuka uygunluk bağlamındaki zorunluluk hali için derim ki, birey daha üstün olan değere göre hareket etme hakkını haizdir. Ama tek bir şahsın çıkarları söz konusu olduğunda bu geçerli midir? Yani bir kişi ölmek istiyor, ama ben onu hayatta tutmaya çalışıyorum. Bu durumda daha üstün bir değer doğrultusunda hareket etme hakkım olduğunu söyleyerek, zorunluluk halini uygulayabilir miyim?

Şimdi de Sayın Lilie'nin değindiği bir hususa gelmek istiyorum. Evet, eğer yukarıdaki gibi yaparsak paternalist bir şekilde düşünmüş oluruz. Yani hastanın iradesi önemli değil, objektif anlamda hangi değer üstün olduğu önemli deriz. Ama ceza hukuku bireye paternalist bir şekilde vesayet etmekten kaçınmamalı mıdır sizce?

Ja, vielen Dank Herr Vorsitzender. Herr Mosenheuer, ich fange mal bei Ihnen an. Mich würde interessieren, also mir hat vieles an der Kritik, dass sie an der hypothetische Einwilligung geübt haben, eingeleuchtet. Ich würde Sie nochmal fragen wollen, es gibt im Strafrecht auch eine allgemeine Zurechnungslehre. In der allgemeinen Zurechnungslehre ist ein Grundsatz verankert, der dahin geht, dass sich ein unerlaubtes Risiko im Erfolg verwirklicht haben muss. Und man könnte ja die Frage stellen, sind eigentlich die Fälle, die man mit der hypothetischen Einwilligung aus der Zurechnung des

Erfolges ausschliessen will, nicht gerade Fälle, wo erlaubte Risiken gegeben sind, d.h. man könnte einfach die Frage stellen, wenn jemand auch hypothetische eingewilligt hat, dann ist jedenfalls das, was sich realisiert, nicht Unerlaubtes im Erfolg. Dann könnte man sagen, der Erfolgswert fehlt. Es würde beim Fahrlässigkeitsdelikt in der Tat bedeuten, dass der Erfolg nicht mehr zugerechnet werden kann. Beim Vorsatzdelikt würde es bedeuten, dass der Erfolg nicht zugerechnet werden kann, sondern das Delikt nur als versuchtes Delikt anzusehen ist. Die Frage ist, gehört die hypothetische Einwilligung nicht zur allgemeinen strafrechtlichen Zurechnungslehre, die anerkannt ist über Figuren mit Pflichtwidrigkeitszusammenhang. An Herrn Bayraktar habe ich auch noch eine Frage mit der Ethik, wobei ich, was Herr Rosenau gesagt hat, brauchen wir die Ethik überhaupt diesbezüglich, auch als alter Rechtsphilosoph, ich mich dafür vehement aussprechen wollen würde. Sie haben die vier klassischen ethischen Grundsätze der Medizinethik genannt, die sich auch wunderbar formulieren bei ... and Charles: Schadenvermeidungspflicht, Respektierung der Autonomie des Patienten, Gerechtigkeit oder Moral, wie man sich auch nennen will, und gleichzeitig Nutzen von ärztlichen Handlungen. Mein Problem mit diesen vier Prinzipien, und da wäre auch meine Frage, wie sie damit im Türkischen Recht umgehen, wenn sie die schon implementiert haben, ist die eigentliche Problematik ärztlichen Handelns nicht in Teilen in Konflikt mit diesen Prinzipien angelegt? Um ein Beispiel zu nehmen, wenn Sie die Lebendniere spende haben, dann haben sie natürlich eine Schädigung des Organspenders. Und sie haben einen körperlichen Nutzen für den Organempfänger. Die eigentliche Frage sowohl der Medizinethik als auch des Medizinrechtes ist, dass man diese Prinzipien irgendwie berücksichtigen muss, das ist kein Problem, aber, wie gehe ich damit um, dass bestimmte Prinzipien in Konflikt geraten? Also meine Frage wäre, wie ist es eigentlich mit der Umsetzung in Recht der Konflikte derartige Prinzipien angelegt? Ich habe das Gefühl, damit tut sich teilweise die Medizinethik nicht nur schwer, sondern auch das Medizinrecht und das Medizinstrafrecht.

TARTIŞMA

Meine dritte Frage an Frau Nuhuğlu wäre zu dem Notstand. Pointiert gesprochen, ich möchte noch etwas, was Herr Rosenau gesagt hat, ein bisschen radikalisieren. Ist es eigentlich nicht so, dass der Notstand, ob rechtfertigend oder entschuldigend, nichts zu tun hat auf der Ebene von Konflikten bei einer Person. Also Notstand ist eine sinnvolle Regel, wenn ich mehrere Personen habe, deren Interessen im Konflikt stehen, dann kann ich z.B. im rechtfertigenden Notstand sagen, ist der Einzelne berechtigt, das höher wertige zu verfolgen. Aber die Frage ist, gilt das auch für die Interessen, die gewissermassen in einer Person stehen?

Also, wenn eine Person sterben will, auf der anderen Seite, ich will ihn am Leben erhalten, kann ich dann den Notstand anwenden und kann sagen, ich bin berechtigt, im höher wertigen Interesse zu handeln und da kommen wir zu dem, was Herr Lilie schon angesprochen hat, wenn man das tut, dann argumentiert man paternalistisch. Dann sagt man, es kommt nicht auf den Patientenwillen an, sondern es kommt darauf an, was objektiv höher wertig ist, und die Frage ist, sollte sich ein Strafrecht nicht davor zurückschrecken, den einzelnen paternalistisch zu bevormunden?

Oturum Başkanı: Çok sayıda soru aldık. Sorular için katılımcılara teşekkür ediyorum ve son olarak konuşmacılara bu sorularla ilgili görüşlerini bildirmelerine imkan vereceğiz.

Sayın Bayraktar; buyurun.

Wir haben einen grossen Katalog von Fragen. Ich bedanke mich bei allen Diskutanten für die Fragen. Und ich glaube wir werden in einer Abschlussrunden den Referenten die Möglichkeit geben, zu diesen Fragen Stellung zu nehmen. Bitte sehr, Herr Kollege Bayraktar.

Prof. Dr. Köksal BAYRAKTAR:Teşekkür ederim.

Benimle ilgili üç ilginç soru soruldu. Birincisi, "Hekimin içinde bulunduğu özellikle hastane, klinik, dispanser gibi kurumların şartları da dikkate alınacak mıdır? Yargıç bunları dikkate almak durumunda mıdır?" Bana göre yargıç bütün bunları dikkate al-

mak zorundadır ve söylediğim gibi tıp etiğinin ve deontoloji kurallarının hukuk kaynağı haline gelmesi, ancak bu şekilde sağlanabilir. Hatta sizin söylediğiniz yalnız ve yalnız bilirkişiye tıbbi uygun mudur değil midir şeklindeki sorunun dışında yargıç bunları doğrudan doğruya kendisi bir hukuk mensubu olarak dikkate almalıdır, resen dikkate almalıdır. Yani burada artık biz tıbbın verilerine müracaat etmemeliyiz görüşümdedir. Tıp eğitimi bu yönden de bütünüyle sizinle aynı kanaattemim tabiidir ki bu konuda daha yoğun bir eğitim çalışması verilmelidir.

“Haklar yeterli midir, hak yeterli değil midir, etik bu kadar önemli midir?” şeklindeki bir soruyu değerli Alman misafirimiz sordu. Bana göre hak, dikkat ederseniz daha çok yazılı olarak beliren ve özgürlükler alanımızı ortaya koyan bir kavramdır. Etik bir süre sonra hakları oluşturuyor, haklar o şekilde ortaya çıkıyor. Tabii hukuk okulu bunu gerekli kılmıyor mu, yani siz olaya tabii hukuk açısından bakarsanız insanın doğuştan birtakım haklara sahip olduğunu hemen ileri sürer-siniz. Etik yavaş yavaş oluşarak, oluşturarak hukuka etkili kılarak bu hakları da oluşturacaktır. Bundan 15-20 yıl önce gerçekten özerklik ilkesi yoktu, ama bugün bu ilke var ve bunu ileri sürebiliyoruz.

Organ aktarmaları ve özerklikle ilgili olarak gene bana sorulan son soruya geliyorum. Organ aktarmalarında ilginçtir bunu daha önceki tıp hukuku kitaplarında görmemiştim ama etik kitaplarında, etikle ilgili çalışmalarda görüyorum. Organ aktarmalarında deniyor ki, *“insanı araç olarak kabul etmemek, amaç olarak kabul etmek”*. Bu da bir etik yaklaşım, yani dolayısıyla organ aktarmalarında tıp etiği zorlanıyor mu? Zorlanıyor haklısınız ama giderek dikkat ederseniz bu çalışmalarla kendi alanını da genişletiyor. Tıp etiği benim kanaatimce bu kavram, bu yaklaşım biçimi yalnız hekimlere değil, hastaya, topluma, hastanın yakınlarına, herkese seslenen bir kurallar bütünü olarak ortaya çıkıyor. Tamamen bu yeterli mi? Hayır, tamamen yeterli değil. Neden yeterli değil? Çünkü olu-

TARTIŞMA

şum halinde bir çalışma, oluşma halinde bir düşünce alanı da onun için yeterli değil. Ama bir bakıyorsunuz yavaş yavaş yönetmeliklerle, yönergelerle tıp etik kurullarında olduğu gibi bunu yönergeler düzenliyor. Daha sonra kanunlarla giderek bizim alanımıza giriyor ve ondan sonra hak olarak ortaya çıkıyor. Yani bu hukukun oluşumunda etkili olan bir çalışma niteliğini taşıyor.

Teşekkür ederim.

Doç. Dr. Ayşe NUHOĞLU: Öncelikle Emin Artuk hocamın sorusundan başlayayım. Hocam tabii ki çok zor bir soru sordu: *“Zaruret hali hukuka uygunluk sebebi midir, kusurluluğu kaldıran bir hal midir?”* Ceza Kanunu’ndaki düzenlemeye baktığımızda, yeni Ceza Kanunu’nda bu soruya cevap vermek mümkün değil. Ancak Ceza Kanunu’ndaki düzenlemeden bağımsız olarak baktığımızda, zaruret halinin daha çok kusurluluğu kaldıran bir hal olduğu görünüyor, zaruret hali konusundaki teorilere baktığımız zaman öyle bir görüntü veriyor bana. Ama burada da üçüncü kişi lehine zaruret halini açıklamakta sıkıntı çekiyoruz. Bu bakımdan Alman Ceza Kanunu’nun yaptığı hukuka uygunluk sebebi olan zaruret hali ve kusurluluğu kaldıran zaruret hali ayırımı galiba en iyi ayırım, çünkü tek bir görüşle zaruret halinin esasını açıklamak güç. Bu nedenle de hukuka uygunluk sebebidir ya da kusurluluğu kaldıran haldir demek güç geliyor bana.

Sigorta poliçelerindeki genel şartların, hasta kayıtlarının açık olması gereğine baktığımız zaman, bir kere hekimin kendisini disiplin ya da adli bir soruşturmadan korumak amacıyla hastaya ilişkin bilgileri açıklaması halinde suçun oluşmayacağı zaruret hali kapsamında olduğu kabul ediliyor. Ancak burada hekimin kendisini adli ya da idari bir soruşturmadan korumak amacı, durumu yok. Hasta kayıtları poliçe genel şartlarına göre açık olacak diye, burada bence olsa olsa mağdurun rızası hukuka uygunluk sebebi olur. Çünkü sigortayı yaptırırken poliçe kayıtlarının açık olacağını kabul ediyorsan

ya da hekimdeki kayıtların sigorta şirketine karşı açık olacağını kabul ediyorsan, özel hayatın ihlali suçları işlenmiş olmaz.

Ceza Kanunu'nun 280. maddesi tabii ki gene bu toplantı kapsamında tartışılacak. Şunu söyleyeyim: 280. maddedeki düzenleme, güzel bir düzenleme değil. Hekime şikayete bağlı olsun olmasın, belirtisini gördüğü bütün suçu bildirim yükümlülüğü getiriyor. Alman Ceza Kanunu'na baktığımızda, hekim eğer suç işlenip bitmiş ve bu suçu bildirirse, hekimin sırrı ifşa ettiği, suç işlediğini görüyoruz. Yani burada bizim kanun koyucu, hastanın özel hayatına nazaran ceza yargılaması menfaatlerini ön planda tutmuş. Oysa burada özel hayatın daha ön planda tutulması gerekirdi. Böyle bir suç, 280. madde gibi bir suç, ancak Almanya'da içtihatlarla kabul edilen ya da öğretide kabul edildiği şekilde; çok ağır suçlarda ve tekrarlama tehlikesi varsa, yoksa suç işlenip bittiyse bunu hekimin bildirmesindeki yegâne hukuki menfaat ceza yargılaması menfaati. Kişisel verilerin açıklanmasını ceza yargılaması menfaatine tercih etmek doğru değil gibi geliyor bana. Bu bakımdan Ceza Kanunu'nun 280. maddesindeki düzenlemeyi bende eleştiriyorum.

Kan nakli konusunda çocuğun rızası ya da ebeveynin rızası; burada çocuğun tabii ki kendisi kan nakline rıza gösteriyorsa burada nakil yapılmalı. Ama çocuğun rızası alınmadığı için ebeveynin rızasına başvuruluyorsa, yine yaşama hakkı söz konusu olduğu için yapılan kan naklinin ben de üçüncü kişi lehine zaruret hali çerçevesinde hukuka uygun olduğunu düşünüyorum.

"İnfaz Kanunu 82. maddenin 3. fıkrası uyarınca, açık düzenleme olmaması halinde zorla tedavi olur mu?" Bu daha önceki dönemde eski Ceza Kanunu ve eski İnfaz Kanunu döneminde özellikle ölüm oruçlarında ve açlık grevlerinde çok tartışıldı. Tıp camiası genellikle yapılan müdahalenin hukuka uygun olmayacağını söyledi, ama hukukçular hukuka uygun olduğunu söyledi. Bence de yaşama hakkı burada en üst değer.

TARTIŞMA

Diğeri kişinin kendi geleceğini, kendi kaderini belirleme hakkı. O yüzden kişiye ait yaşama hakkını korumak için zorla müdahale edilirse, yapılan müdahalenin hukuka uygun olduğunu kabul etmek gerekir.

Riskleri anlatma halinde, hastayı aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesi halinde hasta işlemi yaptırmaktan vazgeçiyor. Az öncede belirttiğim gibi eğer hastanın psikolojisi bozulacaksa, işlemi yaptırmaktan vazgeçilecekse, yani orantısız bir zarar varsa Hasta Hakları Yönetmeliği de buna müsaade ediyor. Risklerin anlatılmasından ya da hastanın aydınlatılması yükümlülüğünün yerine geçilmesinden vazgeçilebilir. Bu hal bence zaruret hali hükümleri çerçevesinde hukuka uygun olur.

Diğer sorularda hasta tedaviyi açıkça reddetmesine rağmen hekimin müdahale etmesinin hukuka uygun olup olmayacağı konusunda bence yaşama hakkı en üst değer. Burada hastanın bir yanda yaşama hakkı var, diğer yanda kendi kaderini, kendi geleceğini belirleme hakkı var. Üst değer olarak yaşama hakkını koruyorsa hekim müdahale ediyorsa bunun için hastanın açık rızası hilafına burada eylem hukuka uygun olmalıdır. Aksi takdirde, aksinin kabulü, kötüye kullanmaya açık bir uygulama da olacaktır. Ama kötüye açık uygulamayı bir yana bırakıyorum, yaşama hakkı üst değer olduğu için müdahalenin hukuka uygun olduğunu düşünüyorum.

Teşekkür ederim.

Oturum Başkanı: Teşekkür ederim Sayın Nuhoglu. Çok karmaşık bir sorunsallığı ortaya atan ve ceza hukuku dogmatikliğinin derinliklerine inen bir sorunu ele aldınız. Almanya'da aynı reform tartışmalarını yaptığımız 1976/77 yıllarını, öğrencilik yıllarımı, hatırladım. Bu tartışmanın tekrar canlanmasını görmek çok heyecan verici. Siz konuya çok güzel hakim oldunuz. Teşekkür ederim.

Sayın Mosenheuer, sözü size vermek istiyorum.

Danke sehr, sehr verehrte liebe Frau Nuhoğlu. Sie hat natürlich ein Problem, das ganz tief in die Strafrechtsdogmatik hineinführt, die eine sehr komplexe Fragestellung aufwirft. Ich bin ein bisschen erinnert an meine Studienzeit im Jahren 1976/77 als wir die gleiche Reformdebatte in Deutschland geführt haben und es ist spannend, das alles wieder auferstehen zu sehen, aber sie haben das sehr schön beherrscht. Ich bedanke mich bei Ihnen. Und bitte jetzt Herrn Mosenhauer zu seinem Beitrag.

Dr. Andreas MOSENHEUER: Ben de biraz dogmatik konulara değineceğim, çünkü Sayın Schroth bana konuyla ilgili bir soru yöneltti. Bu bizim genel isnadiyet öğretisine ait bir konu değil midir? İzin verilmeyen bir risk meydana geldiğinde ve bu risk tamamlanmış bir fiille sonuçlandığında eksik aydınlatma ve neticelerine atfedilemez mi? Bence üç sebepten dolayı hayır: Öncelikle bu ilkesel bir meseledir. Objektif isnadiyet öğretisi gerçek veya fiili durumların, yani nedenselliğin, ampirik bir pozitif bilim kategorisi olarak değerlendirilmesiyle normatif olarak sınırlandırılması amacıyla geliştirilmiştir. Asıl görevi budur. Bunu objektif isnadiyet ile yaparız.

Hukuka aykırılık düzeyinde durum farklıdır. Burada gerçek ve değerlendirilmiş olan bir fiilin hukuka uygun olup olmadığıyla ilgili bir karar veririz. Burada isnadiyet öğretilerinin rol oynayıp oynamadığı bahis konusu değildir. Bence bu ikisi birbirinden farklıdır ve bunları birbirine aktarmak mümkün olmamalıdır. Ama benim somut bir itirazım var. Ben burada kendi geleceğini belirleme hakkı ihlal edilmiştir derim ve eksik aydınlatma gibi izin verilmeyen bir risk fiilde gerçekleşmiştir derim, çünkü hasta olarak tüm gerçekleri ve bilgileri elde etmediysem, kendi geleceğimi belirleme hakkımı icra edemem. Bu daha somut bir itirazım, ama ihmal suçunda size hak vermek durumundayım.

Buna bir örnek vermek istiyorum: Bir hekim farkında olmadan yanlış aydınlatırsa veya eksik aydınlatırsa, yani farkında olmaksızın yanlış ve eksik aydınlatırsa ne yapacağız?

TARTIŞMA

Müdahale olsaydı dogmatik olarak derdik ki, kendisi hukuka uygun hareket ettiğini düşünüyor; doğru aydınlattığını, rıza için tüm ön koşulları yerine getirdiğini düşünüyor, ama gerçekte durum böyle değil. Alman dogmatikliğinde buna suç unsurlarında yanılıya izin deriz ve netice olarak burada kast yoktur, ama ihmal olabilir. Bu durumda madde 16 geçerlidir, yani ihmal bulunur. Ama bu farklı bir ihmal isnadıdır. Artık ben hekimi kesiyi yapmakla isnat etmiyorum, yanlış aydınlatmakla isnat ediyorum. İşte bu temelinde yanılı olan ihmal isnadıdır. Ve tamamlanmış fiil işte bu olmalıdır ve size hak veriyorum, işte o zaman isnadiyeti değil, hukuksal bir şekil olan varsayımsal rızayı düşünürdüm. Çok heyecanlı olan bu dogmatik varsayımsal rıza tartışmasını beni bu noktaya getirdiğini itiraf etmeliyim.

Sayın Rosenau'nun iki itirazına gelmek istiyorum. Öncelikle *"varsayımsal rızada kendi geleceğini belirleme hakkı da yoktur"* meselesine değinmek istiyorum. Gerçekten durum böyle, ama hukuk, hukuki olarak yargılaması gerektiği gerçeklerle sınırlıdır. Fiili/gerçek sebeplerden dolayı rıza almam mümkün değilse, o zaman buna en yakın olan başka bir yola başvurmalıyım. Bilincini yitirmiş olan hasta bunun klasik örneğidir. Bunu nasıl yaparım? Buna en yakın olan şey *"acaba bu hastanın bilinci yerinde olsaydı kendi değer yargılarına göre nasıl hareket ederdi"* şeklinde düşünmem olurdu. Bu kendi geleceğini belirleme hakkının icrasına en çok yaklaştığım durumdur ve bunun adı varsayımsal rızadır. En azından gerçek rızanın mümkün olduğunca hakkını vermektedir. Ama söylendiği gibi, önemli olan bunu nasıl yapacağımızdır.

Aydınlatma yükümlülüğünü özel kanundan aldıysak, bir denge kurmak amacıyla kısıtlandığı durumları da devralmamız gerekmez mi? Varsayımsal rızayla ilgili yapılan en büyük hata içtihatlarda yapılan bir ilke hatası olup birçok alanda karşımıza çıkmaktadır. Bu hata özel hukukun içtihadının değerlendirilmeden ceza hukuku içtihadına aktarılmasıdır. Burada da durum böyledir. Bence varsayımsal rızayı daha

önce belirttiğim nedenlerden ötürü aktarmamalıyız, ama özel hukukun katı aydınlatma yükümlülüklerini de süzgeçten geçirmeksizin ceza hukukuna aynen aktaramayız. Özel hukuk sadece vücut bütünlüğüyle ilgili kendi geleceğini belirleme hakkını korumaz, aynı zamanda istediğini yapma ve yapmama özgürlüğüyle ilgili fiil ve davranışlar bağlamında da kendi geleceğini belirme hakkını korur. Yani tedavi girişimlerine rıza gösterme bağlamında da bu hakkı korur. Mali açıdan da kendi geleceğini belirleme hakkını korur. Yani özel hukukta mali açıdan aydınlatma yükümlülüğü de vardır. Bu gerekliliklerin ceza hukukuna aktarılması manasızdır. Bunu sınırlamak lazım, sadece vücut bütünlüğünü ilgilendiren aydınlatma yükümlülüğü Ceza Kanunu'nun 223. maddesi kapsamına alınmalıdır. Bu bir çağrıdır.

Teşekkürler.

Auch ich darf mich ein wenig um Dogmatik kümmern, vor allem weil Herr Schroth mich darauf angesprochen hat. Ist das nicht unsere allgemeine Zurechnungslehre? Man muss ein unerlaubtes Risiko schaffen, dieses Risiko muss sich mit Erfolg realisieren, muss man das nicht auf Aufklärungsmängel und deren Folgen übertragen? Aus drei Gründen meines Erachtens nicht. Erstens geht es um eine ganz prinzipielle Frage. Diese Lehre von der objektiven Zurechnung ist entwickelt worden, um tatsächliche Begebenheiten, nämlich die Kausalität, als empirisch naturwissenschaftliche Kategorie wertend normativ einzugrenzen. Das ist die Aufgabe gewesen. Das geschieht durch die objektive Zurechnung. Auf Rechtswidrigkeitsebene haben wir es etwas anders. Da fällen wir allein ein Urteil darüber, ob eine real schon beurteilte Handlung, rechtmässig ist oder nicht. Ob da Lehren der Zurechnung eine Rolle spielen, ist meines Erachtens so nicht ausgemacht.

Das sind zwei sehr unterschiedliche Dinge und man kann sie, denke ich, tatsächlich nicht übertragen. Ich habe aber auch noch einen konkreten Einwand. Aufgrund meiner Argumentation sag ich eher, dass das Selbstbestimmungsrecht verletzt ist, und insofern hat sich natürlich auch das unerlaubte Risiko, Aufklärungsmangel, im

TARTIŞMA

Erfolg tatsächlich realisiert, weil ich kein Akt der Selbstbestimmung mehr habe, wenn man nicht alle Fakten als Patient zusammenhat. Das ist sozusagen ein konkreterer Einwand. Da wo ich Ihnen recht geben muss, ist tatsächlich im Rahmen der Fahrlässigkeit, also auch da kurz ein Beispiel. Ein Arzt klärt falsch auf, ohne es zu merken, also unbewusste falsche Aufklärung, mangelhafte Aufklärung, was mache ich jetzt mit dem? Beim Eingriff selber würden wir dogmatisch sagen, meint er, dass er rechtmässig handelt. Er denkt, er hat richtig aufgeklärt, alle Voraussetzungen der Einwilligung liegen vor, tatsächlich ist es nicht so. Wir sprechen dann in der deutschen Dogmatik von einem Erlaubnis des Tatbestandsirrtums mit der Folge, dass er nicht vorsätzlich handelt, aber fahrlässig kann er handeln. Paragraph 16 ist in dem Bereich anwendbar. Es könnte Fahrlässigkeit vorliegen. Der Fahrlässigkeitsvorwurf ist nur dann ein ganz anderer. Ich werfe nun dem Arzt vor, nicht mehr den Schnitt gemacht zu haben, sondern er verschiebt sich Richtung, er hat falsch aufgeklärt.

Das ist der Fahrlässigkeitsvorwurf, der Irrtum immer unterlegen ist. Und der muss sich im Erfolg realisieren und da gebe ich Ihnen recht, da würde ich eine Zurechnungsunterbrechung sehen, und da auch die Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung an sich ansiedeln. Ich muss sagen, wegen dieser dogmatische höchst spannende Diskussion der hypothetischen Einwilligung bin ich überhaupt hierhergekommen bin oder zu diesem Thema gekommen. Dann noch die zwei Einwände von Herrn Rosenau. Zunächst die Frage bei der mutmasslichen Einwilligung gibt es auch kein Akt der Selbstbestimmung. Das ist faktisch tatsächlich so. Aber das Recht hat die Grenzen in den tatsächlichen Stoff, der rechtlich zu beurteilen ist. Wenn ich keine Einwilligung bekommen kann aus tatsächlichen Gründen, bewusstloser Patient ist das klassische Beispiel, dann muss ich mir subsidiär etwas anderes suchen, was dem am nächsten kommt. Und was dem am nächsten kommt ist, dass ich mir Gedanken machen muss, wie würde dieser konkrete Patient mit seinen Wertvorstellungen reagieren.

Damit komme ich der Realisierung seiner Selbstbestimmung am nächsten, und das ist diese mutmassliche Einwilligung, die dadurch dem zumindest am Nächsten gerecht wird. Das wichtigste, was eher aber angesprochen wurde, aus meiner Sicht, ist wie machen wir das? Müssen wir nicht, wenn wir schon alles aus dem Zivilrecht über die Aufklärungspflichten übernehmen, auch deren Einschränkung übernehmen, damit wir einen gerechten Ausgleich haben? Ich sehe es als einen der grössten Fehler bei dieser hypothetischen Einwilligung an, es ist ein prinzipieller Fehler der Rechtsprechung, den man in vielen anderen Bereichen sehen kann, dass in der strafrechtlichen Rechtsprechung in diesen Bereichen unbesehen zivilrechtliche Rechtsprechung übernommen wird. Das passt oftmals nicht allein aufgrund der Beweisregeln, sondern auch aufgrund der geschützten Güter passt das nicht zusammen. So ist es auch hier. Ich meine, man darf die hypothetische Einwilligung aus den genannten Gründen nicht übertragen, man darf aber auch die strengen Aufklärungspflichten aus dem Zivilrecht nicht unbesehen auf das Strafrecht übertragen. Das Zivilrecht schützt nicht nur die Selbstbestimmung über die körperliche Integrität, sondern auch die Selbstbestimmung über sein Handeln grundsätzlich über die Freiheit zu tun und lassen, was man will, auch im Rahmen dieser Fragen der Einwilligung in Heileingriffe und z.B die finanzielle Selbstbestimmung, man muss ja auch finanziell aufklären im Zivilrecht. Diese Anforderungen auf das Strafrecht zu übertragen ist unsinnig. Man sollte sie reduzieren und sagen nur die Aufklärungspflichten sind strafrechtlich relevant, wo es um die Körperintegrität geht, um das Rechtsgut 223. Strafgesetzbuch und mehr nicht, das wäre sozusagen mein Apell.

Danke schön.

Oturum Başkanı: Bu çağrı için teşekkür ederim.

Bu heyecanlı toplantının birinci oturumunun sonunda bana sorularıyla tartışmaya katkı sağlayan meslektaşlarıma tekrar teşekkür etmekten başka bir şey düşmez. Ayrıca heyecanlı sunumlarıyla bu tartışmayı mümkün kılan konuşmacı-

TARTIŞMA

lara da teşekkür ederim. Baş organizatörümüz Sayın Prof. Dr. Hakeri bize karşı çok sert ve sadece 8 dakika ara vermeme izin veriyor. Hayır mı; 12.00'ye kadar o zaman. Tamam, yarım saatimiz var.

Çok teşekkürler.

Für diesen Apell bedanke ich mich. Am Schluss de 1. Sektion dieser spannenden Tagung bleibt mir die Möglichkeit, an den Kolleginnen und Kollegen, die sich an der Debatte durch Fragen beteiligt haben nochmals zu danken. Den Dank gebe ich weiter an die Referentinnen und Referenten, die durch ihre spannenden Referate diese Debatte ermöglicht haben. Unser Cheforganisator Professor Hakeri ist ganz hartherzig mit uns und erlaubt uns eine Pause von nur 8 Minuten, nein, bis 12 Uhr, dann haben wir also eine gute halbe Stunde, dann geht es hier weiter. Herzlichen Dank.

Türkiye Barolar Birliği
V. TÜRK- ALMAN TIP HUKUKU
SEMPOZYUMU
Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları

Birinci Gün
28 Şubat 2008

İkinci Oturum

Oturum Başkanı
Prof. Dr. Köksal BAYRAKTAR

Prof. Dr. Köksal BAYRAKTAR (Oturum Başkanı): Sempozyumun değerli katılımcıları; öğleden önceki ikinci oturumu ya da toplantıyı açıyorum.

Bir önceki toplantının canlılığı ve bilimsel düzeyinin yüksekliği bizim bugün bütün gün benzer nitelikte toplantılar yapacağımızı adeta müjdeliyor. Şimdiki oturumda İstanbul Kültür Üniversitesinin değerli ceza ve ceza usul hukuk öğretim üyesi Bahri Öztürk "*Ötenazi*" üzerinde size bir sunumda bulunacak. Daha sonra bu toplantı için Almanya'dan gelen ve tıp hukuku alanında çalışmaları olan, daha önceki yıllarda da İstanbul'da tebliğleriyle gerçekten genç nesillerin Türk hukukunun büyük ilgisini çekmiş olan Prof. Henning Rosenau "*aktif ötenazi*" üzerinde bir bildiri sunacak.

Önce Bahri beyi dinleyelim. Buyurun Bahri bey.

Prof. Dr. Bahri ÖZTÜRK: Teşekkür ediyorum Sayın hocam.

Böyle bir toplantıya davet edilmiş olmaktan büyük bir onur, sizlere, sizin gibi yüksek bir heyete hitap etmekten gerçekten büyük bir şeref duyuyorum. Bana bu imkânı veren düzenleyicilere, başta Hakan kardeşime, Türkiye Barolar Birliği yetkilileri olmak üzere teşekkürlerimi arz ederek, 15 dakikamı iyi kullanmak istiyorum. Çok kısa bir süre, bu süre içerisinde ancak tartışma konuları öne getirilebilir, ben de onu yapmaya gayret edeceğim.

Ötenazi, çok tartışmalı bir konu. Bir toplantıda neticeye varılması mümkün olmayan bir konu, fakat insanlığın gündeminden de hiç düşmeyen bir konu. Özellikle istismara açık olması, konunun cazibesini daha da arttırdığı için ve bu istismarın temelleri tarihte bulunduğu için, Alman konuklarımız da var, özellikle Almanya'da yaşanan olayları da çok iyi bildiğimiz için ötenaziye ihtiyatla yaklaşacağımız açıktır.

Ancak ötenaziye reddetmekte o kadar kolay değildir. Bir defa ötenazi tanımı üzerinde mutabık olmak lazım. Bunun üzerinde mutabık olduğunu da tam manasıyla söylemek mümkün değildir. Çünkü ötenazinin çeşitleri de vardır, 5 çeşit ötenazi vardır. Ben bunlara girecek değilim, soru olursa konuşuruz. Ama en bilineni aktif ve pasif ötenazidir. Tabii ötenazi deyince Hipokrat'ı anmamak da olmaz. Hipokrat demiş ki "*Hekimin hastasına karşı ihtiyatlı davranması şarttır, kayıtsız kalmaz, kadımlar üzerinde çocuk düşürücü hareketler yapamaz, hastalara zehir veremez.*" Görüyorsunuz, Hipokrat'ın yasakla-

dığı şey aktif ötenazidir. Eğer “ötenazi etik değildir” diyecekse-
niz, onun olduğu şey aktiftir, çünkü Hipokrat zehir vermek-
ten bahsetmektedir, aktif bir faaliyetten bahsetmektedir.

Ötenazi nedir? Ötenazi, iyileşmez ve ağırlı bir hastalığa
yakalanmış bir kimsenin istemi üzerine hekim tarafından ha-
yatına son verilmesi demektir. Bu son verme aktif olursa, yani
hekimin zehir enjekte etmesi, ilaç vermesi şeklinde olursa
buna aktif ötenazi, ama tedavi etmeme şeklinde, pasif kalma
şeklinde olursa buna da pasif ötenazi diyoruz.

Ben Ege Üniversitesi “Etik Kurul” üyesiyim. Hatta iki etik
kurul var; İlaç Araştırma Etik Kurulu, Hastane Etik Kurulu,
bu kurulların üyesiyim. Hastane Etik Kurulu’na zaman za-
man ötenazi talepleri geliyor. Gerçekten 1 yaşında bir çocuk
hekimler heyeti tarafından enkaz olarak nitelendirilmiş du-
rumda, böbreği çalışmıyor, midesi çalışmıyor, bağırsakları
çalışmıyor ve aile astsubay bir baba, anne çalışmıyor. Talepte
bulundu kurulumuza, dedi ki “1 yaşındaki bu çocuğumuzun
ötenazi yoluyla hayatının izalesini istiyoruz.” Biz dedik ki “Hasta
Hakları Yönetmeliği’nin 13. maddesine göre bu mümkün değildir,
aktif ötenazi yasaktır.” Ama alttan, el altından haber gönderdik,
dedik ki “tedavinin kesilmesini isteyin.” Bu sefer tedavinin ke-
silmesi hususunda bir dilekçe yazdılar. Biz de dedik ki “eğer
bu çocuk, cihazlardan çekildikten sonra otonom olarak bir müddet
yaşayabiliyorsa, bu koşullarda ve evde hastane imkânlarını yaratma
şartıyla bu yapılabilir.” Gerçekten yapıldı, sanıyorum o çocuk
hemen ertesi gün ölmüştür.

Türkiye’nin bir gerçeğidir ötenazi. Kendisine gittiğiniz-
de “sayın doktor; durumum nedir?” Eğer hekim size “çok iyisin,
her şeyi yiyebilirsin, ne yaparsan yap” demişse, bu pasif ötena-
zidir. Bu çok yapılır ve benim Ege Üniversitesi Hastanesi’nde
gördüğüm, müşahede ettiğim olayların sayısı çoktur. He-
kimler genellikle şöyle bir yanılığa düşerler: Amerika’ya,
İngiltere’ye, şuraya, buraya bakarak “efendim bu mesele sadece
hastayla benim aramada bir ilişkidir, hukukçuya ne gerek var?” gibi
söylemler içindedirler, ciddi bir yanılığın içindedirler. Nitekim

BAHRİ
ÖZTÜRK'ÜN
TEBLİĞİ

Antalya'da çok ünlü, medyatik bir hekim beni ön sırada görünce "bu zatın burada ne işi var?" dedi, "hukukçuları aramıza sokmayın" dedi, "bu hastayla-hekimin arasındaki ilişti" dedi. "Ben fişini de çekerim, hortumunu da çekerim, ilacını da veririm, onu ilgilendirmez" dedi. Ben de ayağa kalktım, "Sayın doktor; işte bu nedenle ben buradayım, az önce suçları ikrar ettiniz, hiç değılse bundan sonra bu ikrarınızı biraz daha farklı yapın" dedim. Mosmor oldu, zaten biraz esmerdi. Bu iş gerçekten bu kadar kolay değıl, ama diğer taraftan da bakıyorsunuz, ötenazi zorunlu hale geliyor.

Genellikle hasta yakınları, hastasını hekime terk ettikten sonra, daha doğrusu getirirken "aman doktor ne lazım gelirse yap, tarlamı satayım, para bulayım" böyle başlar. Aradan üç gün geçer, "doktor vaziyet nasıl?" Aradan bir hafta geçer, "hala bir şey yok mu?" Aradan üç ay geçer, "her halde bu iş olmayacak?" Aradan 6 ay veya belli bir süre geçtikten sonra "doktor bunun bir çaresine baksak mı?" derler. Bunlar hayatın gerçekleridir değırlı arkadaşlarım ve Türkiye'de pasif ötenazi son derece yaygındır. Aktif ötenazinin de az önce verdiğim örnek çerçevesinde zaman zaman yapıldığını duymaktayız.

Tabii ki Türkiye'de aktif ötenazi eski tabirle taammüden adam öldürmedir, bizim hukukumuzda göre tasarlayarak adam öldürmedir. Ama pasif ötenazi konusunda imdadımıza bana göre 26. madde yetişti. 26. madde "ilgilinin rızası." Doğan kardeşim hemen oradan itiraz edecektir. 26. madde son derece açık diyor ki "Kişi üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceğı bir hak varsa, bu konuda rıza beyan edebilir." Ben size soruyorum; yaşama hakkı üzerinde mutlak surette tasarruf edilebilir mi? Yanıtı aslında o kadar derin bir konu ki, pek çok görüşte saklı ama üç görüş çok yaygın. Birisi, gelenekçi görüş, daha çok dini motifli görüş "Allahın verdiğı canı Allah'tan başka kimse alamaz" diyor. İkinci görüş, sosyal önem görüşü, en yaygınlarını söylüyorum, dünya kadar var, "bir kişi doğmakla toplumda sosyal yükümlülükler içine girer, çekip gidemez." Üçüncü görüş, insan hakları görüşü. Yaşama hakkı nasıl bir hak; insan hak-

ki, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. maddesinde düzenlenmiş. Üstelik en temel insan hakkı, pekala eğer bu insan hakkı ise, bunun istimali, bunun kullanılması bir başkasının onayına, bir başka makamın onayına, bir başka kişinin rızasına mı bağlı? Burada vereceğiniz yanıt "hayır"dır. Benim görüşüm de üçüncü görüştür, ben ona katılıyorum; ya yaşama hakkını Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2., Anayasa'nın 17. maddesinden sileceksin ya da bu görüşe katılacaksın.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Almanca tabirle "salamon entscheidung" veriyor, yani "ne şiş yansın, ne kebab" kararları var. İşte Petri kararı; diyor ki 2. madde "Ölme hakkını kapsamaz, dolayısıyla ötenazi uygulamaya bir hekimin sorumlu tutulması kabul edilemez. Devletin bir böyle bir yükümlülüğü kabul edilemez" diyor. Diğer taraftan Avrupa Birliği'ne dahil ülkelere bakıyorsunuz, Avrupa Konseyi'ne dahil ülkelere bakıyorsunuz, Belçikalıların damadıdır Durmuş hocam, Belçika'da, Hollanda'da ötenazi kanunları yapıldı. Avustralya'da bir çılgın müteşebbis bir gemi kir alıyor, bu gemiyle açık denize açılıyor, orada aktif ötenazi tatbik ediyor. Bu işin sonu yok, ama şu kadarını belirtelim ki, yeni Ceza Kanunu'nun 26. maddesindeki "ilgilinin rızası" çerçevesinde Türkiye'de artık pasif ötenazinin yasal temeli vardır.

Eskiden bu temeli biz Hasta Hakları Yönetmeliği'nde arıyorduk. Hasta iradesi artık hep ön plandadır. Hasta istemeden onu tedavi edemezsin, hasta tedavinin kesilmesini istiyorsa, bilinci açıksa, "yok arkadaş, ben devam edeceğim" diyemezsin. Bilinci açık değilse tabii ki o zaman, kanuni temsilci vesaire iş biraz daha problemlidir noktaya gidiyor.

Son olarak şunu söyleyeceğim: Ölümün tanımı yapılmış değil. Ölüm nedir; yaşama hakkını ölümle tersten tarif etmeye kalksak, acaba ölmek nedir? Bir görüşe göre, şu anda hepimiz ölüyoruz. Özellikle tıpçıların dahil olduğu bir görüş, "bir kişi doğmakla ölmeye başlar" diyor. Ne iğrenç bir görüş, beni çok irrite eden, korkutan, ürküten, hayattan zevk almayı engelleyen bir görüş. Ben daha çok beyin ölümü ve biyolojik ölüm

BAHRI
ÖZTÜRK'ÜN
TEBLİĞİ

tartışmalarının içinde olmak isterim. Eğer beyin ölümünü kabul etmezsek –ki orada da çok iki dilliyiz, üç yüzlüyüz, beş yüzlüyüz, bir türlü düzenlemek istemiyoruz– organ naklini beceremeyiz. O halde artık ölüm konusunda da hastaneden gelecek raporu ben tayin edecek değilim. Hâkim olarak, öldü mü, ölmedi mi, nereden bileyim? Muhakkak bir heyet saptayacaktır “*bu ölmüştür*” diye.

Beyin ölümü gerçekleşmişse, o zaman ötenazi farklı bir renk alıyor. Yani ilgililerin eli biraz daha rahatlıyor ama biyolojik ölümü kabul ederseniz ki kalbin durması anlamına gelir, o vakitte ötenazi büsbütün zorlaşıyor.

Değerli arkadaşlarım; maksat ötenaziyi haklı çıkarmak değildir. Maksat burada insanlarımızın ıstırabına son vermektir. Maksat hayatı uzatmaktır, ölümü değil.

Teşekkür ederim.

Oturum Başkanı: Biz de Sayın Öztürk'e, bir konuyu bu kadar canlı ortaya koyduğu için ve aynı zamanda tartışmalara da değinerek bizi belirli bir noktaya getirdiği ve Türk Ceza Kanunu'yla da bağlantı kurduğu için teşekkür ederiz. Zannediyorum ki tartışmalar bölümünde hayli yankı uyandıracak olan bir sunuş oldu. O nedenle hem kendisini kutlarım, hem de teşekkür ederim.

Şimdi de Prof. Dr. Henning Rosenau size “*Aktif Ötenazi*” üzerinde konuşacak. Bahri Beyin tamamen reddettiği konu üzerinde Bay Rosenau dinleyeceğiz. Buyurun.

Prof. Dr. Henning ROSENAU (Augsburg Üniversitesi Hukuku Fakültesi):*

I. Giriş

Aktif ötenazi geniş ölçüde tabulaştırılmaktadır. Bu gerçekleşmemelidir. Buna karşılık bu çalışmayla, aktif ötenazinin bazı formlarının bugün de hukuken mümkün olabileceğini, hatta bunun da ötesinde aktif ötenazi hususunda izin verilen alanın genişletilmesinin daha anlamlı olabileceğini açıkça ve topluca göstermeye çalışacağım.

II. Ötenazinin Kabul Edilmiş Formları Bağlamında Aktif Ötenazi

Klasik olarak, ötenazinin *dolaylı*, *pasif* ve *aktif* formları ayrımı yapılmaktadır. Bunun yanında *intihara yardım* kategorisi de bir rol oynamaktadır. Hukuki durumun, ayırım sorunları ve değer yargılarından etkilendiği görülmektedir.

1. Dolaylı Ötenazi

Bu arada dolaylı ötenazinin kabul edilebilirliği Almanya'da tartışmalı değildir. Ön planda, hissedilen ağrıların azaltılması

* "Aktif Ötenazi" başlıklı tebliğ, çev.: Yrd. Doç. Dr. Ali İhsan Erdağ. Tebliğin Almanca metni için bkz. Ekler bölümü EK 4.

HENNING
ROSENAU'NUN
TEBLİĞİ

hususunu tutulmakla birlikte, yaşamın önlenemez bir şekilde kısaltılmasının kabul edilip edilemeyeceği meselesinde dolaylı ötenazi söz konusudur. Bunun sonucu olarak, ölmek üzere olan, katlanmak zorunda kaldığı ağrılar ve içinde bulunduğu huzursuzluk dolayısıyla dayanılmaz düzeyde ıstırap çeken bir hastaya, bunun yan etkisi olarak ölümün beklenenden daha önce gerçekleşebileceğini tahmin etmesine, hatta bunu kesin olarak öngörmesine rağmen, yüksek dozda ağrı kesici tatbik eden hekim, cezalandırılabilirliği kaygısını taşımamalıdır.

Buna karşılık, Alman Ceza Kanunu StGB'nin talep üzerine öldürmeyi yaptırım altına alan 216. maddesi hükmü gereği, ölmek üzere olan bir hastaya kendisinin "açık ve ciddi" isteği üzerine ve bu hedefe yönelik olarak ölümcül dozda ağrı kesici veya rahatlatıcı ilaç tatbik eden, yani ölümü kasten sonuçlayan kişi cezalandırılmaktadır. Bu durum aktif (doğrudan) ötenazinin bir türü olarak değerlendirilmektedir.

Bu ayırım, her iki durumda da hekim, hastanın ölümünü aktif ve kasten hızlandırdığından, yani bunu göz göre göre yaptığından, tam olarak aydınlatıcı değildir.

Hakim fikre göre, bu ayırımı belirleyici olan husus kastın derecesidir. Ön planda ağrıların dindirilmesi olup, ölümün hızlandırılması amaçlanmamış bir yan etkiyse, hekimin, bu hususu ya sineye çekmesi dolayısıyla ki bu halde olası kastla hareket ettiğinden, ya da buna karşılık bu hususu kesin surette kabul etmesi münasebetiyle, bu haldeyse ikinci dereceden doğrudan kastla hareket ettiğinden sadece bir dolaylı ötenazi söz konusu olacaktır.

Ancak buna karşılık eğer hekim, ölümü amaçladıysa birinci dereceden doğrudan kastla hareket etmiş sayılacaktır. Burada ölüm asıl sonuca dönüşmektedir. Bu takdirde aktif ötenazi durumu söz konusudur.

Hakim fikrin bu kabulü her şeyden önce ceza hukuku dogmatik sebeplerinden ötürü ikna edici değildir. Çünkü kastın her üç formunun da aynı düzeyde değerlendirilmesi prensibi geçerlidir. 212. vd. maddelerde hüküm altına alınmış bulunan öldürme suçları suçun manevi unsuru bakımından özel düzenlemeler içermemektedir. Böylelikle hastanın açık isteği üzerine yapılan dolaylı ötenazi aktif ötenazinin belirli bir alt formu olarak görünmektedir.

2. Pasif Ötenazi

Pasif ötenazi, tıbbi tedavinin hukuken kabul edilmiş bir sınırı olarak Almanya'da kabul edilmektedir, hatta bazı durumlarda zorunludur. Bu, ölümün kısa süre içerisinde gerçekleşeceği ihtimali karşısında, hastanın sağlık sorununun artık tedavi edilemeyeceğinin anlaşılması ve ölümcül sürece artık dönüşü olmayan bir şekilde girilmesi halinde, yaşamın ölümden önceki son safhasında gündeme gelmektedir. Burada *ölürken yardım*dan söz edilmektedir. Bu durumda artık bir hekim tedavisi beklenemeyeceği gibi ölmek üzere olan hastanın da yaşamının uzatılması için teknik olarak mümkün olan tüm imkanlardan yararlanılması gerektiği konusunda bir talebi de olamaz.

Mahkeme içtihatlarında bunun da ötesinde, hastalık iyileştirilemez bir sürece girmişse, hatta bu halde komadaki hasta alet yardımıyla daha uzun bir süre hayatta tutulabilecek bile olsa *ölürken yardım* kabul edilmektedir. Bu gibi hallerde yaşamı uzatan, özellikle de yoğun tıbbi tedbirlere müracaat edilmeyebilir. Açıklandığı gibi, örneğin yapay solunum sonlandırılabilir.

Pasiflik kavramı iki açıdan tartışmalıdır. Birincisi, ölmek üzere olan hastaya uygulanan tedavinin tamamı kesilmemelidir. Bu hasta ölüm döşeginde yalnız bırakılmamalıdır. Tedavinin vazgeçilmez kısmı yapılmalıdır. Bu halde, Hekimler

HENNING
ROSENAU'NUN
TEBLİĞİ

Birliği'nin ölümüne eşlik etmeye ilişkin kurallarında da ifadesini bulduğu gibi, tedavinin hedefinin değişmesi durumu söz konusudur. Yaşamda tutmaya ve yaşamı uzatmaya ilişkin tedbirlerin yerini bakım tedbirlerini de içeren palyatif tıbbi hizmetler almaktadır.

İkinci olarak ise pasif ötenazinin, isminde de anlaşıldığı kadar pasif olup olmadığı meselesi oldukça sorundur. Çalışmakta olan solunum cihazının düğmesine basılması suretiyle kapatılması halinde hukuksal sorun baş göstermektedir.

Hakim fikir bu durumu *icrai suretle ihmal* olarak değerlendirmektedir. İhmali surette öldürme suçu sadece bu şekilde anlaşılabilirliğinden bu yaklaşım meselenin dogmatik kısmına bir dokunuş anlamına gelmektedir. Ancak ihmal sadece, içinden çıkılmaz bu türden durumlardaki hekimlerde bulunmayan bir garantörlük yükümlülüğünün varlığı halinde cezalandırılabilirliktedir.

Pasif ötenazi kavramı tam bir örtmedir. Bir kalp-akciğer cihazının kapatılması zehir enjekte etmekten daha az bir aktiflik gerektirmemektedir. Buna karşılık bir respiratörün kapatılması, fenomenolojik açıdan bunun salt olarak ifade ettiği anlam, yani pozitif, aktif olarak bir şey yapmak şeklinde anlaşılacak olursa, bu durumda bir aktif ötenazinin bulunduğu kuşkusuzdur. Ancak böyle bir durumun kesinlikle cezalandırılmayacağı hususunda görüş birliği bulunmaktadır. Bir tedaviye hukuka uygun olmak kaydıyla hangi surette son verildiğinin, buna hiç başlamamış olmak veya başlanmışsa bunu sonlandırmak şeklinde olmasının hukuki açıdan bir farkı yoktur.

3. İntihara Yardım

Üçüncü uyumsuzluk, intihara yardımın cezalandırılmazlığı ile aktif ötenazinin cezalandırılabilirliğinin karşı karşıya getirilmesiyle kendini göstermektedir.

Almanya'da geçerli olan prensip şudur: Asıl suç yoksa buna iştirak da olmaz. İntihar cezalandırılır bir eylem olmadığına göre buna yardım da cezalandırılmayacaktır. İntihar, işlediği bu fiilin anlam ve sonuçlarını algılayabilen ve bu fiiliyle ilgili olarak davranışlarını yönlendirebilen bir kimse tarafından yerine getirildiyse bu kişiye, daha sonradan kendi kendine enjekte edeceği zehri temin edip veren kişi cezalandırılmaz. Bu intiharın sebebi önemli değildir, belki de ortalama bir aşk krizi gibi en basit türden bir sebebe de dayanıyor olabilir. Buna karşılık, intihar etmek isteyen (belki de işlediği bu fiilin anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiiliyle ilgili olarak davranışlarını yönlendiremeyen) bir kimsenin, akli başında olan her makul insan tarafından anlaşılabilir sebeplere dayalı isteği üzerine kendisine zehir enjekte eden kişi, StGB'nin talep üzerine öldürme suçunu yaptırım altına alan 216. maddesi hükmü gereği fail olur.

Mahkemeler içtihatlarında işlediği fiillerin anlam ve sonuçlarını algılayabilen ve bu fiilleriyle ilgili olarak davranışlarını yönlendirebilen kişilerin intiharlarında dahi bir kurtarma yükümlülüğü gördüklerinden ve böylelikle de intihara iştirakin cezasızlığı yaklaşımını görmezden geldiklerinden şaşkınlık daha da artmaktadır. İntihara kalkışanın bilincini kaybetmesi ve olup biteni daha fazla yönlendirememesi halinde olayın devamı üzerindeki hakimiyet, sinir sistemini uyuşturucu maddeler olarak bilinen barbitüürlardan kullanmış olan ve halen de orada bulunan hekime geçmektedir. Bu hekim, bundan böyle garantör olarak hastanın kurtarılması için imkan dahilindeki her şeyi yapmalıdır. Bu içtihat, intihar etmek isteyen bir kimseye başlangıçta bir ölümcül madde temin etmesi yasaklanmamış olan birinin, bilincin kaybolmasıyla intihar edeni kurtarma yükümlülüğü altına girmesi gibi bir garipliğe yol açmaktadır. İhmali surette öldürme (StGB m. 212, 13) suçlamasıyla karşı karşıya kalmamak için, hekimler ya ölmek üzere olan bu kişinin yanında kalıp bu duruma tahammül etmek yerine mümkünse onu ölümlüyle yalnız başına bırak-

HENNING
ROSENAU'NUN
TEBLİĞİ

caklar ya da çok daha korkunç bir ölümü beraberinde getirecek olmakla birlikte, artık kurtarma imkanı kalmayacağından potasyum siyanürü kullanacaklardır. Bu içtihat görüş birliği içerisinde eleştirilmektedir ve hemen değiştirilmelidir.

Neden intihara yardım cezasız da istek üzerine öldürme değil? Gerçi, birinin kendi hayatına son vermesiyle bir başkasının hayatına son vermesinin birbirinden farklı durumlar olduğu hususu bu meseleyi gerekçelendirmektedir. Bir kimsenin kendi yaşamına el atması, toplumun kendini bu duruma illaki tepki göstermeye zorunlu hissetmesini gerektiren bir sosyal mesele değildir. Ama intihara yardımda da intihar etmek isteyen kendi kendine hareket etmemektedir. Burada da, talep üzerine öldürmede olduğu gibi, iki kişi arasında bir işlem söz konusudur. Ve bir örtüşme daha bulunmaktadır: Talep üzerine öldürmede de amaç ölmek isteyen kişiden kaynaklanmaktadır. Elde sadece, bu amaca kişinin kendi kendine mi ulaşacağı yoksa bunun bir başkasıyla yapılan işbölümüyle mi gerçekleştirileceği hususu kalmaktadır. Amacın kendi kendine mi yoksa işbölümüyle mi gerçekleştirileceği hususu ise kişiye sıkıya bağlı ve vazgeçilmez hakların söz konusu olması halinde dahi cezasızlık veya cezalandırılığın belirlenmesinde ölçüt olamaz. Bir operasyon sırasında, bu operasyonun hasta tarafından bizzat kendi kendine yerine getirilmesinin talep edilmesi fikrini kimse savunamayacaktır. İş bölümü, buna uygun olarak kişinin kendi kendini yaralamasını bir haksızlığa dönüştürmemektedir. Aktif ötenazi bu işin tabiatı gereği bir kimsenin kendi kendini öldürmesi gibidir-bir başkasının yardımıyla.

III. Dolaylı Ötenazinin Cezasızlığı ve Aktif Ötenazi

Dolaylı ötenazinin cezasızlığını izah etmeye çalışan değişik yaklaşımlar bulunmaktadır. Bazıları, 216. madde hükmünün bu meseleyle alakalı olmadığını ileri sürmektedirler. Diğerleri konuyu ölümcül hastanın rızasıyla gerekçelendirmeye

çalışmaktadırlar. Meseleyi rıza ile açıklamak isteyen görüşün temel sorunu, hemen söylemek gerekirse: 216. madde bu yolu hukuken kapatmaktadır. Maddenin lafzı karşısında bu, bana kuşkusuz görünmektedir.

Konuya *zorunluluk hali* çerçevesinde yaklaşmak daha isabetlidir. İki kötülük-kabaca: ıstırapı dindirmek ve yaşam süresini uzatmak- arasında tercih yapma fikriyle dogmatik olarak daha uygun olan yol bulunmuş olmaktadır. Alman Yüksek Mahkemesi BGH da meseleye StGB'nin 34. maddesi çerçevesinde yaklaşıyor görünmektedir: *"Hastanın açıklanmış veya zımnî isteğine uygun olarak onurlu ve acılardan arındırılmış bir ölüme imkan sağlanması en ağırından ve öldürücü ağırlara katlanarak biraz daha uzun bir süre yaşaması beklentisine nazaran daha ağır basan bir haktır."*

Ancak, burada da önemli bazı sıkıntılar baş göstermektedir. 34. madde iki değişik kişi arasındaki hukukça korunan hak çekişmesine dayanmaktadır. Buradaysa aynı ve tek hasta söz konusudur. Aynı kişiye ait yararların tartılmasında özel bir durum olarak rıza kurumu ön plana çıkmaktadır. Buysa 216. maddenin rızaya burada bir sınır getirmiş olması nedeniyle mümkün görünmemektedir.

Yine de soruna 34. madde çerçevesinde bir çözüm aranabilir. Bir kıyas yapılması akla yakın gelmektedir. Öncelikli hak yaklaşımı da bunu desteklemektedir: mademki 34. madde düzenlemesi gereği yabancı yararların korunması için yaşama müdahale edilebiliyor aynı imkanın kişinin kendi yararları için de sağlanmış olması gerekmektedir. Maddenin ne lafzı ne de sistematik yeri aynı kişiye ait haklar arasında da bir tartma yapılabilmesine engeldir.

Ancak yine de korunan yararın ihlal edilene açıkça ağır basması zorunluluğu bir sorundur. Gerçi, *"yaşam"* hakkının en yüksek anayasal değer oluşundan hareketle 34. madde anlamında yapılacak bir değerlendirmede asla hafif gelemeyeceği savunulabilir. Ancak onurlu bir ölüme ilişkin olarak

yapılacak olan bu tartma işleminde diğer tarafta bulunan hak, Alman Anayasası'nın 1. maddesinin birinci fıkrası hükmüyle korunan ve anayasal sistematik içerisinde en yüksek değeri kendinde görmek isteyecek olan "insanlık onuru" bulunmaktadır.

IV. Ara Sonuç

Gördük ki; ötenazinin yasak olmayan şekillerinin cezalandırılan bir husus olarak talep üzerine öldürmeden ayrılması dogmatik olarak son derece kuşkuludur ve bu yüzden de 216. maddenin bugünkü yorumunun bir kez daha ve iyice düşünülmesi gerekmektedir. Yapılan, bu duruma, yalnızca aktif ötenazinin prensip olarak cezalandırılacağından hareket eden tabunun devamını sağlarcasına aktif ötenazinin başka özellikler taşıyan örneklerini sokmaktır.

Sorumuz, yasak olmayan şekillerinin ötesinde ötenazinin bugünkü anlayışa göre yasaklanmış alanına giren başkaca örneklerin bulunup bulunmadığıdır.

V. Hukuk politikası ve aktif ötenazi

1. Almanya'daki Tartışma

Sorun Almanya'da da oldukça aktüeldir. Aktif ötenazinin yasak oluşu meselesi son dönemde yine tartışılmaya başlanmıştır. Burada, alternatif düşünen almanca konuşan ceza hukuku öğretim üyelerinin 1986 yılına dayanan ve eğer öldürme fiili en ağırından, ilgili kişi tarafından artık dayanılmaz, başka surette de ortadan kaldırılamaz ıstırap durumunun sona erdirilmesi amacıyla yönelik olarak yapılmışsa ceza vermekten vazgeçilebileceğine ilişkin talebini tekrar gündeme getiren Rheinland-Pfalz eyaleti Biyoetik Komisyonu'nun raporu vurgulanmalıdır.

2. Aktif Ötenazinin Hollanda ve Belçika'da Kabul Edilişi

En azından komşu ülkelerimiz Hollanda ve Belçika bizden bir adım ileridedir. Oralarda belirli şartların yerine gelmiş olması kaydıyla aktif ötenaziyi cezasız hale getiren dünya çapında kendine özgü kanunlar bulunmaktadır.

Hollanda'da 30 yıllık bir tartışma sonrasında, aktif ötenazinin pratikte zaten uygulanmakta şekli 1.4.2002 tarihli bir kanunla düzenlenmiştir. Buna çok yakın bir düzenleme Belçika'da da bulunmaktadır.

Gerçi Hollanda Ceza Kanunu'nun 293. maddesi hükmü talep üzerine öldürmeyi cezalandırılan eylemlerden biri olarak kabul etmeyi sürdürmektedir. Ancak 293. maddenin ikinci fıkrası hükmü gereği bu, bu işi yaparken belirli dikkat ve özen kriterlerine uymak zorunda olan bir hekim tarafından yapılırsa cezalandırılmamaktadır. Hekim, hastanın ötenaziyi serbest iradesine dayanarak ve olgunca düşündükten sonra talep ettiğine ikna edilmiş olmalıdır. Hasta, çıkışı olmayan ve dayanılmaz bir durumda bulunmalı ve bu durumu da daha uygun olan bir başka çözüm sunmuyor olmalıdır. Hastayı görmüş ve yazılı bir hüküm vermiş olan en azından bir başka bağımsız hekim de konuya dahil edilmiş olmalıdır. Dikkat ve özen kriterleri üzerine ayrıntılı bir belgenin düzenlenmesi zorunludur. Bir otopsi hekimi gerekliyse savcılığı harekete geçirmelidir. Bir kontrol komisyonu bilgilendirilmelidir ve bu da hekim eliyle yerine getirilen tüm aktif öldürmeleri sonradan incelemekle yükümlüdür.

3. Aktif Ötenazinin Kabulüne Karşı Argümanlar

Burada sadece, Hollanda'daki bu düzenlemeye karşı ileri sürülmekte olan argümanların en önemlilerini incelemek istiyorum.

a. Kötüye Kullanılma Tehlikesi

Yaşama ilişkin korumanın gevşetilmesinden çekinilmektedir. Hasta, kimseye yük olmamak için yakınlarının, ötenazi kararının vaktinde verilir verilmeyeceği hususundaki baskısı altına girebilecektir. Böylelikle hastalıklı ve ağır zararlar görmüş yaşam için tehlikeler doğabilecektir. Hollanda'daki düzenlemenin kabul edilmesiyle, Almanya'daki huzur evlerinin özel bir rağbet göreceği tahmin edilmektedir.

Ancak bu endişe, Hollanda türü bir aktif ötenazi yaklaşımına karşı kesin bir değer taşımamaktadır. Çünkü bu argümantasyon pasif ötenazinin bugünden kabul gören şekilleri için de aynan geçerlidir. Hatta artan şekilde hastanın yazılı tasarruflarını bağlayıcı gördüğümüzden, tehlike tahminen belki de daha büyüktür. Kendisinden aktif ötenazi talep edilen bir hekim, hastanın durumu ve talebinin ciddiyeti konusundaki kanaatine, eline bilincini yitirmiş bir hasta hakkında sadece yazılı bir açıklama verilmiş olması haline nazaran daha kolay ulaşacaktır.

b. Yaşam Korumasının Göreli Bir Hale Getirilmesi

Sıkça duyduğumuz gibi, yaşam mutlak bir değerdir. Ancak, bu yaklaşım, hukuk düzenince örneğin meşru savunma veya savaş hallerinde saldırganın öldürülmesi gibi önemli istisnalar içerdiğinden, hatalıdır.

Ancak tersinden bakıldığında, yaşam hakkından ölüm hakkı gibi bir negatif statü hakkı türetilemez. Bu soruyu, *Diane Pretty*'nin müracaatı üzerine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) de cevaplandırmak zorunda kalmıştı. 43 yaşındaki başvuru sahibi sinir sisteminden ilerlemiş ve iyileştirilemez türden hasta idi. Boynundan aşağısı felç olan bu hasta, anlaşılır şekilde konuşamıyor ve bir sonda vasıtasıyla besleniyordu. Yalnızca birkaç ay daha yaşaması bekleniyordu. Hastalığın son evresi, AİHM'ye göre ıstıraplı ve aşağıla-

yıcı idi. Mahkeme, buna rağmen başvuruyu reddetti. *Diane Pretty* eşinin intiharına, İngiltere ve Galler'de cezalandırılır bir eylem olan yardım etmesini istiyordu.

AİHM, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 2. maddesinin yaşam hakkını güvence altına alan ikinci fıkrası hükmünün aynı zamanda bir negatif statü hakkını da kapsayıp kapsamadığını, yani bu hükmün, aynı zamanda yaşamın sonunun bizzat belirlenmesi anlamında bir hakkı içerecek şekilde anlaşılıp anlaşılmayacağını da incelemiştir. AİHM bu soruyu olumsuz yanıtlamıştır. Yardım alarak ölmek sözleşmenin 2. maddesinin ikinci fıkrası hükmünden çıkarılamaz.

Dikkat edilirse, intihara yardımın örneğin Almanya'daki gibi cezasızlığının veya aktif ötenazinin yine örneğin Belçika ve Hollanda'daki gibi cezalandırılır eylemlerin dışına çıkarılmasının sözleşmeye aykırılığı hususunda bir karar verilmemiştir. Yalnızca taraf devletlerin bu türden bir şeye izin vermek gibi bir yükümlülükleri bulunmamaktadır.

c. Yığılma tehlikesi

Aktif ötenazinin genel olarak kabul edilmesiyle, bunun, zaten hissedilir biçimde görünmeye başladığı gibi yayılması eğilmesinden çekinilmektedir. Umutsuz vakaların diğerlerinden ayrılması sorununun halli güçtür ve zamanla bu kapsama girecek olayların genişlemesine yol açabilecektir.

Modern biyo-hukukun sorunları arasında yığılma argümanı aktüeldir. Aksinin kabulü halinde ufkun genişlemesi riski bulunduğundan başkasını öldürme konusu istisnası olmayan bir tabu olarak kalmalıdır.

Burada bir yığılma tehlikesi görmüyorum. Aktif olarak öldürme yasağının bir ağırlığı olduğu kesindir. Ancak bunun geçerliği ötenazinin genişletilmesiyle zayıflamayacaktır. Kendilerine izin verilmemiş olması halinde genel öldürme yasağı-

HENNING
ROSENAU'NUN
TEBLİĞİ

nın mutlak olarak devam edeceği pasif ve dolaylı ötenazinin aktif ötenaziye yaklaştığı hatta hemen hemen aynı olduğu görülmektedir. Aktif ötenazinin önünün bazı, aşırı insani ıstırapı bünyesinde barındıran seyrek hallede açılmasıyla böyle bir durumun beklenebileceği yönünde her hangi bir işaret yoktur. Bir yığılma riskine ilişkin olasılık hesabı bulunmamaktadır. Neden sadece talep üzerine öldürmenin bir tabu oluşu buna karşılık intihara yardımın böyle değerlendirilmeyişi de anlaşılamayan bir başka durumdur.

VI. Aktif Ötenaziye Sınırlı Olarak İzin Verilmesi

Hayatın gerçeğinde dolaylı ve pasif ötenazi çerçevesinde şu ana kadar kabul edilmiş bulunan olayların dışında, kendilerine zorunluluk hali mülahazaları atfedilen bazı durumlar da bulunmaktadır. Karşı karşıya getirilip tartılması gereken durumlar dayanılmaz ağrılar veya ıstıraplar ile yaşam süresinin uzatılmasıdır. Bunlar kuşkusuz örneklere dayalı olarak gelişebilecek ve açıklanabilecek aşırı durumlardır.

Bu tür münferit olayların yasal bir düzenlemeye ihtiyacı bulunmadığı fikri ileri sürülmektedir. Hatta StGB'nin 34. maddesi hükmünde düzenlenmiş olan zorunluluk hali anlamında ölmek isteyen bir kişinin bu isteği üzerine gerçekleştirilen ölümü, hukuka uygun olarak değerlendirilebileceğinden burada ulaşılan sonuç, dogmatik olarak daha da isabetli sayılabilecektir.

Ancak, bir yasal düzenleme yapılmaksızın bu tecrübelerin pratikte uygulanabilmesine imkan sağlayacak bir yol göremiyorum. Genel olarak ceza vermekten vazgeçmek yeterli değildir. Mahkemelerce somut olaylara göre daha adil karar verilebileceği umidini sadece kısmen paylaşıyorum. Ben de açık ve her şeyden önce hesaplanabilir çıkarımlar talep eden *Wolfslast'*a katılıyorum. Yakınlarının kendilerini zorladıkları

ve hastaya umutsuz ilk yardım sundukları durumların önüne geçilmelidir.

Bunun dışında, yasal bir düzenleme hekimin ötenaziye dahil olması hallerinde, yönetime ilişkin bazı güvenceler öngörülmesine de imkan sağlayacaktır. Hollanda'daki düzenleme üzerine gelişen tecrübeler, inceleme komisyonunun daha başlangıçta, ötenaziye girilmeden önce konuya dahil edilmesi gerektiğini göstermektedir. Bu koşulların yerine getirildiğinin, özellikle ağrısız bir ölümün ağır bastığının kontrol edilebilmesine ve bu kurallara uyulmasına olanak sağlayacaktır. Kural olarak etik komisyonlarınca yerine getirilen bu tür kontrol metotları tıp hukukunda denenmiş ve kendini kanıtlamış yöntemler olarak görünmektedirler ve ötenazi alanında da kullanılabilirler.

Alman Ceza Kanunu (1871)

Madde 216 Talep Üzerine Öldürme

(1) Öldürülenin açıkça ifade ettiği ve ciddi talebi üzerine öldürmeye yönlendirilen kişi altı aydan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Bu suça teşebbüs cezalandırılır.

Hollanda Ceza Kanunu

Madde 293

(1) Bir kimsenin yaşamını, bu kişinin açıkça ifade ettiği ve ciddi talebi üzerine sona erdiren kişi on iki yıla kadar hapis veya beşinci kategoriden para cezası ile cezalandırılır.

(2) Birinci fıkrada belirtilen fiil, bu işlemin icrası sırasında Talep Üzerine Yaşama Son Vermenin ve İntihara Yardımın Kontrolü Hakkında Kanun'un 2. maddesinde belirtilmiş bulunan dikkat ve özen kriterlerine uygun davranmış ve Ceset

HENNING
ROSENAU'NUN
TEBLİĞİ

ve Defin İşleri Hakkında Kanun'un 7. maddesinin 2. fıkrası gereği kent yönetiminin otopsi hekimine haber vermiş olan bir hekim tarafından işlenmiş ise cezalandırılmaz.

Alman Ceza Kanunu (1871)

**Madde 34 Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak
Zorunluluk Hali**

(1) Halen devam eden, başka surette korunmak olanağı bulunmayan ve yaşam, vücut, özgürlük, şeref, mülkiyet veya başkaca bir hakka yönelik bir tehlikeden kendini veya bir başkasını korumak amacıyla bir suç işleyen kişi, karşı karşıya gelen yararların, yani etkilenen haklar ile bunları tehdit eden tehlikelerin tartılmasında korunan yarar ihlal edilen yarara açıkça üstün geliyorsa hukuka aykırı davranmış olmaz.

(2) Ancak bu, yalnızca işlenen suçun bu tehlikeden kurtulmak için ölçülü bir araç olması halinde geçerlidir.

Alternatif-Taslak (1986)

Madde 216

(1) Öldürülenin açıkça ifade ettiği ve ciddi talebi üzerine öldürmeye yönlendirilen kişi altı aydan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Mahkeme, eğer bu öldürme fiili en ağırından, ilgili kişi tarafından artık dayanılmaz, başkaca tedbirlerle de ortadan kaldırılamaz veya hafifletilemez ıstırap durumunun sona erdirilmesi amacıyla yönelik olarak yapılmışsa, birinci fıkradaki şartların bulunması halinde ceza vermektен vazgeçebilir.

(3) Bu suça teşebbüs cezalandırılır.

Rheinland-Pfalz Biyoetik Komisyonu (2004)
Madde 216

(1) Öldürülenin açıkça ifade ettiği ve ciddi talebi üzerine öldürmeye yönlendirilen kişi altı aydan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Mahkeme, eğer bu öldürme fiili en ağırından, ilgili kişi tarafından artık dayanılmaz, başkaca tedbirlerle de ortadan kaldırılamaz veya hafifletilemez ıstırap durumunun sona erdirilmesi amacıyla yönelik olarak yapılmışsa, birinci fıkradaki şartların bulunması halinde ceza vermekten vazgeçebilir.

(3) Bu suça teşebbüs cezalandırılır.

Oturum Başkanı: Çok teşekkür ederiz. Gördüğünüz gibi birbirini tamamlayan ve gerek Türk hukukundaki, gerekse Alman ve Hollanda hukuklarındaki ötenazi uygulaması bugün sizin bilginize sunuldu.

Şimdi soruları tespit edeceğiz, soruları soracaksınız. Zannediyorum bir önceki oturumu aynen izleyeceğiz, yazılı olmaktan çok sözlü olarak soru sormanız daha yararlı olacak. Ayrıca kişinin kendisini ifade etmesi de belki daha uygun olacak.

Buyurun.

Doğan SOYASLAN (Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi): Sevgili Bahri'ye teşekkür ediyorum. Yalnız 26. maddede kişinin hayatı üstünde tasarruf yetkisi yok, öldürme yetkisi yok, bu özel bir hükümler içinde düzenlenmeliydi.

İkincisi, hatırlar mısınız, Dönmezer hocayla çalıştığımızda, bu ötenaziyle ilişkin madde tecil sınırları içine girsin dedik, yani iki sene bir ceza verelim de hiç olmazsa tecilden doktorlar kurtarsın dedik.

TARTIŞMA

Üçüncüsü, kanun koyucunun esprisi, ruhu; kanun koyucu bu hükmü koymadı, o espriyle de yapılmadı, yani başka düşüncelerde var, bunun konmayışının başka nedenleri de var, metafizik nedenler olsa gerek diye düşünüyorum.

Ben bireysel olarak ötenaziden yanayım. Niye? Adam mefluç, felç, bu adamı biz amme için yaşatıyoruz, ailesi için yaşatıyoruz. Ailesi de illallah demiş, amme için yaşatıyoruz, ölüm olunca sansasyon oluyor. Cumhuriyet Savcısı'nın takibinin kökenindeki nedende bu sansasyon. İzin verelim, kendi kendini ölüme götürme izni verelim, çünkü çileyi çeken o. Ama bizim hukuk düzeni buna izin vermiyor, benim kanaatim bu.

Alman meslektaşına bir sorum var; ötenazi ekonomik ve filozofik bir kavram aynı zamanda. Mesela Nietzsche'de var bu kavram, başka filozoflarda da var. Tarihi kökeni ve Alman tarihinde uygulanıp uygulanmadığını biraz aydınlatırsa sevinirim.

Teşekkür ederim.

Oturum Başkanı: Önce soruları alacağız, ondan sonra konuşmacılar, bildiri sahipleri cevaplayacaklar.

Buyurun Emin Bey.

Prof. Dr. Emin ARTUK (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi): Çok değerli meslektaşım Bahri Öztürk'ün konuşmasını dikkatli izledim. Doğru algılayabildimse değerli meslektaşım dedi ki "*aktif ötenazide tasarlamayla ilgili hükmün uygulanması pasif ötenazinin temeli ise, ilgilinin rızası çerçevesinde ele alınmalıdır*" dedi ve buradan Yeni Türk Ceza Kanunu'nun 26. maddesine değindi. Ben bu görüşte değilim. Çünkü ilgilinin rızası meselesi mutlak tasarruf edebileceği hak üzerinde olur, nitekim siz de söylediniz. Yaşam mutlak tasarruf edebileceği hak değil, hatta buna ait bir gerekçede açıklık var. Size şunu söyleyebilirim, şöyle ki: 84. maddede intihara yardım edeni

siz cezalandırıyorsunuz. Mademki mutlak tasarruf edilen bir hak intihar, niçin yardım edeni cezalandırıyorsunuz?

Bence yapılması gereken husus, Doğan Bey o noktaya biraz değindi, 1997 Türk Ceza Kanunu Ön Tasarısı'nda olduğu gibi özel bir hükmün burada yer alması. Yeni Ceza Kanunu'nda böyle bir hükme rastlamıyoruz. Niçin böyle bir hükme rastlamıyoruz, onu da bilmiyorum, açıklarsanız memnun olurum.

Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Ulrich SCHROTH: Sayın Rosenau, özellikle size iki üç soru sormak istiyorum, ama bunlar dolaylı olarak Sayın Öztürk'ü de ilgilendiriyor. İlk önce bir yorum yapmak istiyorum. Dolaylı ötenazi Alman Federal Yüksek Mahkemesi içtihatlarında olduğu kadar benim için açık ve net anlaşılır olan bir konu değildir. Size hak veriyorum, Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin sanırım 1999 tarihli bu kararından sonra dolaylı ötenazi meşru oldu. Ancak hekim "*dolus eventualis*" ile hareket ettiği takdirde yasaldir. Hayatın kısılacığını kesin olarak bilmesinin hukuka uygun olup olmadığı hususunda Alman Federal Yüksek Mahkemesi henüz karar vermemiştir. Alman Federal Mahkemesi'ni ben bu şekilde anladım.

Ayrıca, yine size aktif ötenazi ve hukuka uygunluğuyla ilgili bir sorum var. Aktif ötenazi yasağı lehine Sayın Jakobs tarafından da ortaya atılan çok güçlü bir argüman var, bunu sizin sunumunuzda görmedim. Gerçi bu bir eleştiri değil, çünkü fazla vaktiniz yoktu. "*İntihara yardım etmeye izin var, ama aktif ötenaziye izin yok*" argümanı, "*bir kişi kendine el sürmeye hazırsa karar verme ehliyeti de vardır*" argümanını da içeriyor. Madde 216 soyut karar verme ehliyeti olmaması ihtimalini ötenazi konusunda güvence altına alıyor. Sayın Öztürk de siz de Hollanda'yı zikrettiniz. Hollanda'da enteresan ampirik bir durum var. Alman bilim adamlarının bunu neden ele almadığını ve tartışmadığını merak ediyorum.

TARTIŞMA

Hollanda'da özen yükümlülüğünü içeren çok sayıda aktif ötenazi vakası var. İntihara yardım da aynı koşullar altında hukuka uygundur. Ama neredeyse hiç intihara yardım vakası yoktur. Yani başkası tarafından öldürülmeyi istemek kendini öldürmekten daha kolaydır. Bu durum başkalarından öldürülmeyi isteyen kişilerin belki de karar verme ehliyetine sahip olmadığını gösteriyor.

İzninizle, benim için önemli olan üçüncü bir noktaya değineceğim. Bizler icrai suretle ihmal şekline dolaylı olarak eleştirel yaklaştık. Tabii ki, aktif ve pasifi natüralist bir biçimde sınırlandırabiliriz görüşü de mümkün. Ama bu sınırları natüralist bir biçimde belirlemeyeceğimize kanaat getirirsek -ki içtihat böyle der ve isnadiyeti devreye sokar-, o zaman bir kavramın normatif olarak oluşturulması hukuken mümkün olmalıdır. İhmali suret kavramını normatif olarak belirlemek mümkünse, Münihli meslektaşım Von ... tarafından ceza hukukuna kazandırılan icrai suretle ihmal şeklini gerekçelendirmek de mümkün olacaktır.

Bu gerekçe de şudur: Hekimin tedaviye devam etmemesi veya tedaviyi kesmesi arasında netice olarak bir fark yoktur. Bu bence kuvvetli bir argüman. Yani bazı icrai durumların ihmal olarak değerlendirebilmesine imkan sağlıyor. İzninizle neredeyse unuttuğum ama önemli olan son bir noktayı dile getirmek istiyorum. Aslında bu pasif ötenazinin hukuka uygunluğu, respiratörün ve başka gereçlerin kapatılması bağlamında da eksik kaldı. Benim için Alman hukukunda pasif ötenazinin hukuka uygunluğu, Anayasa hukukunun 1/1 ve Anayasa'nın 2/1 maddesindeki zorla tedavi yasağıyla gerekçelendirilmektedir. Yani Alman Hukukunda zorla tedavi etme yoktur. Bir kişi belli koşullar altında suni olarak beslenmek istemediğini söylemesine rağmen, ben hekim olarak o kişiyi zorla beslersem zorla tedavi yapıyorum demektir. Bence bundan dolayı Almanya'da pasif ötenazi respiratörlerin veya başka cihazların kapatılmasıyla ilgili sorun olarak değerlendirilmiyor. Zira aksini yaparsak zorla tedaviye girer diyebi-

liyoruz ve hekimin tedavi etme yükümlülüğü zorla tedavi yasağıyla sınırlandırılmıştır.

Yasa koyucu zorla tedavi isterse, bunun talimatını ayrıca vermelidir. İzninizle 34'e ilişkin aklıma gelen başka bir gerekçe sunmak istiyorum. 34. Maddede hukuka uygunluk teşkil eden zorunluluk hali için üstün değerın tartılması hususu şu açıdan zorluk getiriyor: acının hafifletilmesinin hayatın kısaltılmasından daha üstün bir değer olduğu konusunda şüphelerim var. Hukuka uygunluk olan zorunluluk hali söz konusu olduğunda normatif olarak gerekçelendirilmesi zordur. Bençe madde 216'yı zorla tedavi etme yasağıyla daraltmak mümkündür. Sayın Lillie'nin yazarı olduğu bir makalede bu çözüm alternatifi açıklandı.

Teşekkürler.

Herr Rosenau, ich habe vor allem an Sie zwei oder drei Fragen, aber die sich auch indirekt auf Herrn Öztürk beziehen. Vielleicht zunächst eine Anmerkung. So klar, wie sie die indirekte Sterbehilfe in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs dargestellt haben, ist sie für mich nicht. Ich gebe Ihnen zu, dass seit dieser Entscheidung des Bundesgerichtshofs, ich weiss nicht aus dem Jahr 1999, die indirekte Sterbehilfe zulässig ist. Sie ist aber nur zulässig soweit der Arzt, in dem Fall mit dolus eventualis handelt. Sie ist noch nicht zugelassen von dem Bundesgerichtshof für die Fallkonstellation, dass ich sicher weiss, dass eine Lebensverkürzung eintritt. Also so jedenfalls ist mein Verständniss des Bundesgerichtshofs.

Zum zweiten habe ich eine Frage noch an Sie mit der aktiven Sterbehilfe und der Legitimation. Für mich gibt es einen Argument, was ich nicht bei Ihnen wiedergefunden habe, das ist auch keine Kritik, Sie haben ja nicht so viel Zeit gehabt, dass entscheidend für den Verbot der aktiven Sterbehilfe spricht und von Herrn Jakobs vorgetragen worden ist. Und dieses Argument heisst: ich lasse die Beihilfe zum Suizid zu, aber die aktive Sterbehilfe nicht, weil erst wenn jemand bereit ist, Hand an sich zu legen, entscheidet sich die Entscheidungsreife. Das heisst Paragraph 216 was die Sterbehilfe

TARTIŞMA

angeht ist ein Delikt, was die abstrakte Möglichkeit, dass jemand doch nicht die Entscheidungsreife hat, garantieren soll. Sie haben ja die Niederlanden beide zitiert. Auch Herr Öztürk hat sie zitiert. Es gibt in den Niederlanden ein interessantes empirisches Datum. Ich wundere mich immer, dass unsere deutschen Wissenschaftler noch nicht darauf eingegangen sind und nicht diskutiert worden ist. In den Niederlanden gibt es viele Fälle aktiver Sterbehilfe, die die Sorgfaltspflichten enthalten.

Es gibt auch die Beihilfe zum Suizid, unter den gleichen Voraussetzungen als zugelassen. Es gibt nahezu keine Beihilfe zum Suizid. Das zeigt offensichtlich, es ist leichter sich töten zu lassen, als man selbst die Tötung vornimmt. Es zeigt möglicherweise, dass die Leute wirklich nicht entscheidungsreif sind, die sich von anderen töten lassen. Lassen sie mich noch ein drittes anführen, was mir auch sehr wichtig ist, wir haben jedenfalls indirekt/kritisch Stellung genommen gegen die Figur des Unterlassens durch Tun. Man kann sich natürlich auf den Standpunkt stellen, wir grenzen aktives und passives Verhalten rein naturalistisch ab. Wenn wir aber der Meinung sind, dass das rein naturalistisch nicht geht, was auch die Rechtsprechung tut, indem sie auf den Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit abstellt, dann muss es auch zulässig sein, einen Begriff normativ zu bilden. Es gibt in der Tat, wenn man die Möglichkeit hat, diesen Begriff des Unterlassens zu normativieren, dann gibt es ein gutes Argument die Figur des Unterlassens durch Tun, die durch meinen Münchner Kollegen Klaus Rox Rainier in der ... Festschrift in das Strafrecht eingeführt worden ist, zu begründen. Dieses Argument lautet, es kann kein Unterschied machen, ob der Arzt eine Behandlung nicht weiterführt oder ob er die Behandlung abbricht. Ich denke das ist ein starkes Argument.

Es spricht dafür, dass man bestimmte Fälle des Tuns, als Unterlassen trotzdem werten kann. Lassen sie mich einen letzten Punkt noch anführen, den hätte ich fast vergessen, der auch sehr wichtig ist, das ist eine Argument, den ich eigentlich vermisst habe, im Rahmen des Verständnisses der Zulassung von passiver Sterbehilfe auch in dem Zusammenhang mit dem Abschalten vom Respirator oder von

irgendwelchen Sachen. Für mich ist der eigentliche Grund der Legitimation der passiven Sterbehilfe in der Tatsache im deutschen Recht begründet, dass das deutsche Verfassungsrecht im Artikel 1.1 in Verbindung mit 2.1 Grundgesetz die Zwangsbehandlung verbietet. Das heisst das deutsche Recht gibt es keine Zwangsbehandlung. Wenn jemand erklärt, ich möchte in bestimmten Konstellationen nicht mehr künstlich ernährt werden, ich ernähre ihn trotzdem als Arzt, dann ist das eine Zwangsbehandlung. Das ist für mich der Hintergrund, weshalb die passive Sterbehilfe in Deutschland mit der Abschaltung von Respiratoren oder ähnliches als unproblematisch angesehen wird, weil man nämlich sagen kann, in diesen Fällen fände ansonsten Zwangsbehandlung statt und die ärztliche Heilungspflicht ist begrenzt durch ein Verbot der Zwangsbehandlung.

Wenn der Gesetzgeber Zwangsbehandlung will, dann muss er dies extra anordnen. Lassen sie mich noch ein Argument, was mir auch noch einfällt, zum 34 sagen. Also mich überwiegt die 34. Rechtfertigende Notstandsregelung nicht so sonderlich, weil man eine Schwierigkeit hat, man muss ein überwiegendes Interesse bekunden, ob Schmerzlinderung im Verhältnis der Lebenszeitverkürzung als überwiegendes Argument angesehen werden kann, wage ich zu bezweifeln. Es ist jedenfalls schwierig normativ zu begründen, wenn man auf den rechtfertigenden Notstand abbildet. Für mich ist es aber möglich, Paragraph 216 über das Verbot der Zwangsbehandlung theologisch zu reduzieren und damit sind sie bei einer Lösung, die auch der Alternativentwurf, neue Fassung mit Herrn Lilie als einer der Mitautoren dargestellt haben.

Oturum Başkanı: Çok teşekkür ederim, en arkadaki arkadaşta devam edelim.

Buyurun.

Cemil SAVAŞ: Hastaların başına kıdemli, doktor olarak DNR diye bir yazı yazarız, yani "Do Not Resuscitate" diye. 10 tane hasta varsa, iki tanesinin başında DNR yazar. Akşamki nöbetçilere devrederken deriz ki "bu hastaya bir şey olursa sakın resüsite etmeyin, yeniden canlandırmayın." Hastayı DNR ordürü

TARTIŞMA

demek, hastaya bir nevi pasif ötenazi demektir, yani hastanın solunumu durduğunda hastayı respiratöre bağlamamak anlamına geliyor. Fakat hastayı bir şekilde bunu bilmeyen ya da başındaki yazıyı unutmuşsak ya da bu hastanın ileri evre kanser olduğunu bilmeyen bir doktor varsa orada, hastayı panik halinde resüsite eder, respiratör bağlar ve hastanın solunum desteği geldiğinden itibaren de hasta belki aylarca, 6 ay, 1 yıl yaşayabilir.

Burada hastaya siz dokunmazsanız, hastaya o an bir destek vermezseniz sorumlu değilsiniz. Ama hastayı resüsite edip respiratöre bağladınız, daha sonra bunun kanser olduğunu anladınız, o andan itibaren fişini çekemiyorsunuz, yani tıbbi desteğini çekemiyorsunuz. Aslında ikisinin de çok büyük bir farkı yok. Alman konuşmacının da belirttiği gibi, bir nevi öbürü de pasif olarak siz o çocuğa yakınlarını, İzmir'deki çocuğa "biz tedaviyi reddediyoruz, eve götürmek istiyoruz" demekle de aslında "biz o çocuğu öldürmeye götürüyoruz" demek istiyorsunuz, bir nevi aktif ötenazi gibi oluyor.

Benim sormak istediğim, DNR, yani hastaya dokunmakla, hastanın respiratörünü, solunum desteğini, beslenme desteğini çekmek arasında hekimin sorumluluğu nasıldır?

Oturum Başkanı: Söz vereceğim, Durmuş Tezcan'ın bir yazılı sorusu var. Onu yüksek sesle okuyayım, cevaplar içerisinde bunu da cevaplamanızda çok yararlı olacak: Diyor ki Durmuş Tezcan, "Pasif veya aktif ötenazinin Avrupa Birliği'nde kabulü için bir çalışma yapılmakta mıdır? Zira serbest dolaşımın kabul edildiği Avrupa Birliği'ndeki Shengen Anlaşması'na taraf ülkelerde aktif ötenaziye kabul eden devletlere, ülkelere bir yönelmenin önüne geçmek için böyle bir anlaşma gerekmez mi? Aksi taktirde mevcut sistem yurtdışında işlenen suçlar konusunda pek çok sorun çıkarabileceğini düşünüyorum."

Orta sıralarda oturan, evet siz efendim, daha sonra size söz vereceğim.

Barış ATLADI: Teşekkür ederim. Bayreuth Üniversitesi'nde doktora öğrencisiyim, ceza hukuku alanında çalışıyorum. Önce Prof. Rosenau'a bir-iki sorum var müsaadenizle Almanca yöneltmek istiyorum.

Sayın Rosenau; size birkaç sorum var. Öncelikle, aktif ötenazi palyatif tıbbı bir alternatif mi? Bunu yorumlayabilir misiniz? Yoksa aktif ötenazi palyatif tıbbı rağmen tedavisi olmayan ve acı çeken, ölümü bekleyen bir hasta için vazgeçilmez mi? Alman akademisyenler Hollanda ve Belçika örneklerini katı ve haklı bir biçimde eleştirdiği için bu soruyu soruyorum, çünkü çok sayıda suistimal vakası olduğunu biliyoruz.

İkincisi şu: tebliğinizde ölümcül bir hastalığı olan kişiye intihara yardımdan da bahsettiniz. Bu sizce bir çeşit ötenazi midir? Türkiye'de bu durum ötenazi türü olarak kabul edilmemektedir. Bence bu doğru değil, ancak Türk ceza hukuku öğretisinde ölümcül hasta için aktif intihara yardım durumu aktif bir ötenazi olarak değerlendirilmemektedir.

Son bir soru, kendi geleceğini belirleme hakkının yaşama hakkıyla eşdeğer düzeyde hatta bazı yazarlarca daha üstün görülmesine rağmen, hekim intihara yardım bağlamında Alman Ceza Kanunu'nun 216. maddesiyle bağlantılı olarak 13. maddesinden ceza alabilir mi? Buna rağmen, hekim ölümcül hastanın intiharına yardım ettiğinde cezalandırılıyor. Son oturumda kendi geleceğini belirleme hakkından çok bahsettiniz için bu soruyu soruyorum.

Son olarak, hekim bundan dolayı Alman Ceza Kanunu'nun 323. Maddesi c bendine göre cezalandırılır mı, çünkü bu bir kaza olarak da yorumlanabilir veya yorumlanamaz. Alman literatüründe bu bence çok tartışmalı. Sorularım bunlardı. Teşekkürler.

Also, Herr Rosenau, ich habe ein Paar Fragen an Sie. Zunächst, ob aktive Sterbehilfe versus Palliativmedizin eine Alternative ist, wenn Sie das interpretieren würden. Oder ob aktive Sterbehilfe tro-

TARTIŞMA

tz der Palliativmedizin eine unverzichtbare Lösung für einen unheilbaren und leidenden Totkranken ist. Also, diese Frage stelle ich deshalb, weil Sie und andere deutsche Akademiker die niederländischen und belgischen Beispiele hart kritisiert haben, zurecht kritisiert haben, weil da viele Missbrauchsfälle existieren. Und zweitens, Sie haben in Ihrem Schreiben auch über die Beihilfe zur Selbsttötung eines Totkranken erzählt. Halten Sie dies für eine Art der Sterbehilfe? Weil es in der Türkei nicht als eine Art der Sterbehilfe akzeptiert wird. Das finde ich nicht richtig, aber in der Türkischen Strafrechtslehre ist aktive Beihilfe an der Selbsttötung eines totkranken Patienten nicht als eine aktive Sterbehilfeart akzeptiert. Eine letzte Frage, ob ein Arzt sich strafbar macht nach Paragraph 13 in Verbindung mit Paragraph 216 StGB im Falle einer Beihilfe zum Suizid, obwohl das Selbstbestimmungsrecht des Patienten mindestens das gleiche Niveau hat, nach manchen Autoren ist es vorrängig verglichen mit dem Recht auf Leben. Trotzdem macht der Arzt sich strafbar, wenn er einen totkranken Patienten an seiner Selbsttötung beihilft. Sie haben über das Selbstbestimmungsrecht in der letzten Sitzung sehr ausführlich erzählt, deshalb stelle ich diese Frage. Und im letzten Fall, ob der Arzt wegen 323 c StGB sich strafbar macht in diesem Fall, weil es als Unglücksfall interpretiert werden könnte oder nicht, weil es auch in der deutschen Literatur strittig ist, denke ich. Dies waren meine Fragen. Danke schön.

Profesör Öztürk'e de birkaç sorum olacak müsaade eder-seniz. Öncelikle ben Almanya'da yüksek lisans çalışmamı ötenazi üzerine yapmışım ve hem Sayın Öztürk'e, hem Sayın Artuk'a çok teşekkür etmek isterim, Türk hukukuyla ilgili bölümlerinde en çok faydalandığım kaynaklar sizinkilerdi. Bir önceki oturumda zannediyorum siz burada değildiniz, pasif ötenaziyle ilgili bir yaklaşım vardı. Pasif ötenazi, yani tedavisinin kesilmesini isteyen bir hastaya yapılacak müdahalenin zaruret halinden kaynaklı bir şekilde hukuka uygun olacağı söylendi. Bu da doğal olarak bence Alman akademisyenler tarafından eleştirildi. Çünkü hastanın rızası, hastaya müdahale edilmesinin en temel unsurudur. Hastanın rızasının olmadığı durumlarda gerek uluslararası belgelerde Biyotıp Sözleş-

mesinde –Türkiye açısından da bağlayıcıdır Anayasa'nın 90. maddesindeki değişiklik usulünce– hastanın rızası olmadan ona hiçbir müdahale yapılamaz.

Kaldı ki bizim Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 24/6. maddesi var, “ölüm tehlikesi varsa tedavi kesilemez” deniliyor. O da Biyotıp Sözleşmesi'ne göre rıza aldırma. Çünkü Biyotıp Sözleşmesi'nde hastanın tedaviye rızasını istediği zaman geri alabileceği ifade ediliyor, öyle bir sınırlama öngörülmemiş. Bundan dolayı sizin verdiğiniz örnekler bence Türkiye'de özellikle pasif ötenazi sorunu olduğunu ve çok büyük bir sorun olduğunu ortaya koyar. Ondanda hareketle siz ötenazi tanımınızda istemlilikten bahsettiniz ki, olması şarttır. İstemli olmayan bir ötenazi kabul edilebilir bir ötenazi değildir. Şu an hastanelerde uygulanan, az önce hekim beyin sorduğu soruda hastaların istemliliğine bakılmadan dahi hastalara uygulanan pasif ötenazi aslında ihmal suretiyle kasten insan öldürme suçunu oluşturur mu?

Teşekkür ederim.

Oturum Başkanı: Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Hans LILIE: Teşekkürler Sayın Başkan.

Ceza hukukunu çok teorik tartıştığımıza dikkat çekmek istiyorum. Respiratörün kapatılması bizim için çok önemli bir mevzuuysa eğer, tıpçıların çok daha ileride olduğunu söylemek istiyorum. Artık düğmenin kapatıldığı veya açıldığı bir an yok, tıpçılar weaning-out sistemiyle çalışıyor. Yani hastayı respiratörden kesebilir miyim, buna ne kadar dayanabilir gibi hususları düşünüyor. Daha sonra daha da zor olan bir karar veriyorlar, hastayı tekrar makineye bağlama kararı, ne zaman bağlarsa hangi riskler doğar gibi konuları soruyorlar. Aktif ve pasifle ilgili soruları farklı bir bakış açısıyla sorun.

İkinci sorum şu: Pasif dolaylı veya dolaylı aktif ve aktif ötenazi somut olarak dozda birbiriyle kesişiyor. Bilinci etkileyen ilaçtan duruma göre ne kadar verirsem uygun olur, dozu

TARTIŞMA

ne zaman artırırım? Daha sonra alacakaranlık bölgeye giriyorum ve artık dogmatikle buna çözüm getiremiyoruz. Ne zaman durumu göz göre göre kabul etmiş oluyorum? Ne zaman 1. ve 2. derece "dolus directus" (doğrudan kast) ile hareket etmiş olurum? Somut olayda aktif ve pasif arasındaki doz artırım sınırı nedir? İşte bu noktalarda tıpçılar bizden fikir istiyor. Bu nedenle aktif, pasif ve dolaylı gibi dogmatik ayrımlardan uzaklaşılması gerektiğini savunanlardan biriyim. Hastanın çıkarlarının ve varsayımsal, olası iradesinin daha fazla dikkate alınması gerektiğini düşünüyorum. Uygulamayla ilgili bir sorum var.

Türk meslektaşlarımda içinde bulunduğu hukuki durum nasıl bilmiyorum, ama netice olarak acaba hekim aldığı tedbirden dolayı sadece ölümü hızlandırdıysa ne oluyor? Almanya'da hekim ölüm belgesi doldurmak zorunda. Doğal ölüm, doğal olmayan ölüm ibarelerini işaretlemek zorunda. Hekim bir tedbirde ölüme eşlik ettiyse ve ölüm belgesinde doğal olmayan ölüm şikkını işaretlerse, savcılık yolunu tutmuştur demek, çünkü ölüm nedeninin araştırılması için soruşturma açılacaktır ve bu tarz durumları dikkate alarak tartışmalıyız diye düşünüyorum.

Çok teşekkürler.

Danke sehr, Herr Vorsitzender. Ich wollte für die Diskussion noch mal darauf hinweisen, dass wir von strafrechtlicher Sicht her viel zu theoretisch diskutieren. Wenn wir etwa die Frage des Abschaltens des Respirators als eine wesentliche Frage ansehen, sind die Mediziner längst weiter. Es gibt heute nicht mehr den Zeitpunkt, wo an- oder abgeschaltet wird, sondern die Mediziner arbeiten mit dem sogenannten weaning out. Das heisst, sie versuchen, kann ich den Patienten vom Respiator nehmen, wie lange übersteht er es. Dann haben wir die viel schwierigere Frage, nämlich ihn wieder an die Maschine, und in welchem Zeitraum welches Risiko gehe ich hier ein. Stellen sie sich gleich die Frage von aktiv und passiv UNTER einem ganz anderen Blickwinkel.

Die zweite Frage ist die, dass ich gerade passive indirekte oder indirekte aktive und aktive Sterbehilfe an den Punkten kreuzen, wo der Mediziner im konkreten Fall über die Dosis nachdenkt. Wieviel von einem bewusstseinstrübenden Medikament verabreiche ich in welcher Situation? Wann beginne ich eine Steigerung? Dann kommt irgendwo das Graufeld, das wir mit der Dogmatik, die wir aufbauen gar nicht mehr abfangen können. Wann nehme ich es billigend in Kauf? Wann handele ich mit dolus directus 1. Und 2. Grades? Wieviel Medikationssteigerung in der konkreten Situation ist eigentlich die Grenze zwischen indirekt und aktiv? Da fragen uns die Mediziner in der Praxis um Rat. Von daher gehöre auch zu denen, die etwas stärker von der dogmatischen Differenzierung zwischen aktiv, passiv und indirekt weg möchten und einen stärkeren Blickwinkel auf die Interessen und den hypothetischen potentiellen Willen des Patienten werfen. Ein letzter Satz für die Praxis spielt es zumindest in Deutschland, da kenne ich jetzt die Rechtslage bei unseren türkischen Kollegen und Kolleginnen nicht so genau, wie sieht das in der Lebenswirklichkeit für den Mediziner aus, wenn er am Ende durch seine Massnahme den Tod auch nur beschleunigt hat.

Er muss in Deutschland am Ende einen Totenschein ausfüllen. Dort muss er ankreuzen: natürlicher Tod, nicht-natürlicher Tod. Wenn der Arzt nach einer Massnahme die Sterbebegleitung gewesen ist, nicht-natürlicher Tod ankreuzt, begibt er sich automatisch auf den Weg zum Staatsanwalt, denn das bedeutet Einleitung zumindest eines Todesermittlungsverfahrens und diese Aspekte sollten wir bei der Praxis dieser Debatte mit berücksichtigen.

Danke sehr.

Oturum Başkanı: Teşekkür ederim.

Buyurun Kerem bey.

Kerem ÇELİKBOYA: Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi ikinci sınıf öğrencisiyim, o yüzden çok fazla teknik konularla ilgili bir şey sormayacağım, soramayacağım. Çün-

TARTIŞMA

kü çok hâkim değilim. Ama bir önceki tebliğiyle birleştirdiğimde aktif ve pasif ötenazi konusunda bir çelişki olduğunu düşünüyorum.

Şuna inanıyoruz: Bir kişinin vücudu üzerinde tam bir hakimiyeti vardır ve tıbbi müdahaleyi reddetme hakkına sahiptir. Hatta bu konuda hastanın ölmesini de göze alıyoruz, görece olarak sağlıklı, acı çekmeyen, hatta iyi bir hayat sürebilecek bir insanın ölmesi riskini göze alıyoruz, çünkü bedeni üzerindeki hakkına saygı duyuyoruz. Fakat daha sonra şunu görüyoruz ki aktif ötenaziye geldiğinde artık sağlıklı bir hayat sürmesi mümkün olmayan, hayattan keyif alması da çok mümkün olmayan ve ölmek isteyen bir insanı *“hayır aktif olarak ölmeni sağlayamayız, çünkü yasak ve çünkü bu kamu düzenini ilgilendirir”* diyoruz. O zaman burada bir çelişki olduğu kanaatindeyim. Eğer kişinin kendi üzerinde mutlak bir hakkı varsa ve bu yüzden tedaviyi reddedebiliyorsa, yaşamayı da reddetme hakkı olabilir. Eğer biri yoksa o zaman gerektiği zaman biz zorla bu insanın hayatını kurtarmak için müdahale etmeliyiz ve bunun için zorunluluk haliyle bu kadar sıkı sıkıya da yapışmamız gerekmez. Burada çelişki var mı, eğer yoksa nasıl yok, bunu açıklayabilirlerse sevinirim.

İkincisi, aktif ötenaziyle ilgili bazı çekinceler vardı. Bunların başında da Bahri hocamızın bahsettiği kötüye kullanılma riski. Fakat biz şunu biliyoruz ki, aklımıza gelecek her türlü özgürlükte bir kötüye kullanma riski vardır. Bunu bazı ülkelerde eşcinsel evliliklere izin verilmesinden tutun, toplanma hakkına, bazı ülkelerde işsizlik maaşına, aklınıza gelecek her özgürlük kötüye kullanılabilir. Neden pasif ötenaziye biz şu anda göz yumuyoruz; bunun kötüye kullanılmayabileceğini düşünüyoruz da aktif ötenazi bizim için biraz daha büyük bir tehdit ve bunu göze alamıyoruz ve bu diğer özgürlüklerin kötüye kullanılmasından neden daha tehlikeli, bunu açıklarlarsa sevinirim.

Son çekince de bunun bir çeşit yaygınlaşması ve ötenazinin herkes tarafından talep edilebilmesi çekincesiydi. Açıkça-

sı ben bu çekinceye çok katılmadığımı belirtmek istiyorum, çünkü yaşam değerli bir şeydir ve ötenazi talebi aslında çok da kolay moda olabilecek bir şey değil, biraz istisnai bir durumdur. Açıkçası aktif ötenazinin kabul edilmesiyle bunun bir salgın hastalık veya bir moda gibi bütün dünyaya yayılacağı kabul edilmesi bence çok yerli bir çekince değil, eğer bu konuda başka bir görüşünüz varsa onu açıklarsanız çok sevinirim.

Oturum Başkanı: Teşekkür ederim.

Gördüğünüz gibi hayli yoğun bir tartışma ortamına girdik. Tabii bunlara cevap vermekte hayli uzun zaman alacak ve haylide güç olacak ama son olarak tekrar soruyorum hepinize; tartışmalara katılmak isteyen ama lütfen bir tek soruyla, yani kısa sorularla katılın var mı bu ortamda? Olmadığına göre, o zaman önce Bahri Beye söz vereyim, sonra Profesör Rosenau'na söz vereceğim.

Buyurun Bahri bey.

Prof. Dr. Bahri ÖZTÜRK: Teşekkür ediyorum Sayın hocam.

Bir defa Emin'le Doğan'ın soruları müşterek gözüküyor. Zaman darlığından bu konulardaki görüşleri detaylı bir şekilde anlatmadım ama üç tane yaygın görüşten bahsettim. Gördüğüm kadarıyla Emin'de, Doğan'da gelenekçi bir yapıya sahip. Yani yaşama hakkı üzerinde başkalarının tasarrufla bulunmasını kabul ediyor ama ölmeyi kabul etmiyor. Başkaları benim üzerimde tasarrufla bulunacak, bu ne biçim iştir. Ben böyle bir şeyi yaşama hakkıyla telifi kabil bulmam ve bu nedenle de insan hakları telakkisi bende ağırlıklı görüş olduğu için vardığımız sonuçlarda elbette ki farklı olmaktadır, bu söylenenlere de saygı duyuyorum.

Ancak bir yanlış anlamayı da ortadan kaldırmak istiyorum, o da şu: Verdiğiniz örnekler, hem Doğan kardeşim, hem de Emin, "*intihara teşvik veya yardım suç*" diyor. Ben ondan

TARTIŞMA

bahsetmiyorum, o aktif ötenaziye belki girer. İntihar suç mu, intihara teşebbüs suç mu; hayır. Efendim, daha önceki tasarıda istem üzerine adam öldürme suçu vardı, gerçekten 1 yıldan 3 yıla kadar hapis cezası öngörülmüştü buna, fakat o ötenazi değildi. İşin ilginç tarafı, hekim yapmıyordu onu, herkes yapabiliyordu, onu da kabul etmek mümkün değildi bana sorarsanız. Onun için sözün özü ben şuna inanıyorum, haysiyetli yaşama kadar haysiyetli ölmekte temel bir haktır. Nitekim San Francisco Yüksek Mahkemesi bu yolda karar vermiştir. Gerçi ben Amerika'dan severek örnek vermem, ama bu örneği izninizle vereyim. San Francisco Yüksek Mahkemesi diyor ki; *"Haysiyetli ölmek, haysiyetli yaşamak kadar temel bir haktır."* Bu bana göre hakikaten yaşam kalitesinin arandığı şu hayatta hemen reddedilecek bir değerlendirme olmasa gerektir diye düşünüyorum.

Hollanda'daki değerlendirmeler söylendi, yayılıyor giderek hakikaten. Bırakın pasifi, aktif ötenazi konusunda da değerlendirmelerin istediğiniz kadar karşı çıkın yayılma eğiliminde olduğunu görüyoruz. İşte alın, 3'e çıkmış ülke sayısı, Lüksemburg da dahil olmuş. Tartışabiliriz, acaba gerçekten aktif ötenazi mi, yoksa farklı boyutları var mı? Bu ayrı bir konu, ama bunun yayılma eğiliminde olduğu apayrı bir konu.

Sayın Dr. Savaş'ın sorduğu soru; gittiğim her toplantıda hekimlerin bana sorduğu sorulardan birisidir. Ancak aydınlatma yükümlülüğü burada altı otuz defa çizilmesi lazım gelen husustur. Hastayı aydınlatmada, zaten biliyorsunuz kabul ederken aydınlatma yükümlülüğü çerçevesinde aydınlanmış onan belgesi dediğiniz o belgeyi almak zorundasınız, o kişinin rızasını almak zorundasınız. Orada görüşler yine muhtelif bir hale geliyor, aydınlatma yükümlülüğü teferruatlı mı yapılsın, ana hatlarıyla mı yapılsın? Teferruatlı yapılsın dediğin zaman ve o teferruatlı komplikasyonları orada belirttiğin zaman ve ölüm neticesi ortaya çıktığı zaman birileri de kalkıp şu suç duyurusunda bulunabiliyor, *"sen bunu öngördün ona"*

rağmen yaptın, olası kast olur mu bu?" diyor. Asla olmaz bana sorarsanız, ama böyle bir problemle karşılaşıyorsunuz, genel hatlarıyla aydınlatma yükümlülüğü; nereden bilsin resüsite etmenin bir şey olduğunu, teknik sonuçlarının ne olduğu Çemişgezek'teki vatandaşım nereden bilsin; bilmesi mümkün değil. Ama sizin işte o kişiyi aydınlatıp, rızasını almanız lazım. Ondan sonra invazif bir yaklaşım içine girmeniz söz konusu olabilir. Burada hastanın iradesi temeldir. İşte oradan hareketle de ben zaten 26. maddeyi ilgi tutarak Türkiye'de pasif ötenazinin yasal zemininin olduğunu düşünüyorum.

Doktor, öğrenci kardeşimize gelince; bunlara katılmamak mümkün değil, söyledikleriniz doğru ama dikkat edin sizde aynı şeyi söylüyorsunuz aydınlatma yükümlülüğü artırıza. Bunlar olmadan hekimin invazif müdahalede bulunması mümkün değildir zaten. Hasta Hakları Yönetmeliği bana sorarsanız yasalardan çok daha ileri, biyotıp sözleşmesinin hükümlerini de dikkate almak suretiyle hatta hukuki geçerliliği tartışmalı olan Helsinki Hekimler Bildirgesi, falanca yerdeki falanca hekimler bildirgesindeki düzenlemeler bile vardır orada. Hasta Hakları Yönetmeliği 98'den bu yana çok büyük işler yapmaktadır ve ilk defa Hasta Hakları Yönetmeliği, hastanın rızasını ön plana çıkarmıştır. İlk defa hastanın tedaviyi kesebileceğini, pozitif olarak düzenlemiştir. Tedaviyi reddedebileceğini, hekimi seçebileceğini, özel hayatına saygı duyulması lazım geldiğini düzenlemiştir, bu çok önemli bir husustur ama yönetmeliktir. Keşke değerli arkadaşlarım Emin ve Doğan beylerin söylediği gibi bunlar yasal olarak düzenlenmiş olsaydı.

Son olarak Kerem'in soruları; yaşama hakkı üzerine mutlak surette tasarruf edilebilecek bir hak, ben bundan geri dönmüyorum. Sizde aynı kanaatesiniz ama burada aktif ötenaziyle, pasif ötenazi arasında bir çelişki yoktur. Aktif ötenazi bir hekimin aktif olarak zehir vermek, aşırı dozda ilaç vermek suretiyle hastanın hayatını çok kısa bir sürede izale etmesi, ortadan kaldırmasıdır, geri dönüşü yoktur. Pasif ötenazidey-

TARTIŞMA

se düşünme imkânı vardır hala. Ötenazi öyle kolay bir şey değil. Bahar diye bir kız vardı trafik kazası geçirmiş İzmir'de. Sadece kafası çalışıyordu, başka hiçbir yeri çalışmıyor. Günlerce *Yeni Asır Gazetesi*'nde manşet "ötenazi istiyorum" -hocam hatırlar o zaman İstanbul'daydı-. "ötenazi istiyorum", "ötenazi istiyorum." Ne oldu, biliyor musunuz? Evlendi şimdi, gayet mutlu yaşıyor, işte böyle problemlili bir nokta bu. Onun için hastanın, ilgilinin rızası son derece önemli, ama belki ondan da önemlisi aydınlatılmasıdır.

Teşekkür ediyorum Sayın Başkanım.

Oturum Başkanı: Çok teşekkür ederiz.

Şimdi de Profesör Rosenau'na sizi aydınlatması ve sorulara cevap vermesi için söz veriyorum.

Buyurun.

Prof. Dr. Henning ROSENAU: Çok teşekkür ederim.

Bir düzine farklı soru geldi, bunların hepsini gereken derinlikte cevaplayamayacağım. Umarım sunacağım yaklaşımlarla beklediğiniz cevapların hakkını veririm. Zaman baskısı nedeniyle cevaplarım kısa kalırsa anlayışınıza sığmıyorum. Ötenazi tarihinden örnekler istendi. Bunların çok ayrıntısına girmek istemiyorum. Ortaçağdan beri Almanya'da intihar geleneksel olarak cezalandırılmaz olarak değerlendiriliyor, intiharı seçerek aileleri için malını mülkünü kurtarmaya çalışanların malına mülküne yine de el konuldu, ama bunun gerisinde başka düşünceler de var. İlke olarak intihar Almanya'da cezalandırılmaz. Bunun tabii ötenaziyle fazla ilgisi yok. Ama daha sonra çok zor ve korkunç bir dönem yaşandı. III. Reich sırasında ötenazi amacından saptırıldı. Ağır hasta ve özürlü kişiler ötenazi örtmecesi altında yok edildi. Tabii ki bu ötenazi değildi, çünkü hastanın iradesi ve çıkarıyla uzaktan yakından ilgisi yoktu, sadece adı ötenaziydi. Bu nedenle Almanya'da bu kelime oldukça sorunludur. Sunumumun başlığı bu yüzden Euthenasie (ötenazi) değil de Sterbehilfe (ölüme yardımı)dır.

Ama tabii bunu Alman tarihi içinde anlamak mümkün, bu nedenle Almanya'da aktif ötenazi konusu isteksiz açılıyor ve tabulaştırılmaya çalışılıyor. Bunun Almanya'nın siyasi yaşamında tespit etmek mümkün. Aslında bu yüzden biz buna üstü kapalı olarak Almanya'da paliyatif ölüm yardımı diyoruz.

Şimdi Bay Schroth'un yorumlarına geçiyorum. Bence pasif ötenazi (ölüm yardımı) da böyle üstü kapalı bir kelime. Gerekli olmayan bir tedaviye başlamamak veya devam eden bir tedaviyi durdurmak arasında fark yoktur söylemine ben de katılıyorum. Çok kısa süreye rağmen bunu dile getirdiğimi düşünüyorum. Ama o zaman Sayın Lilié'nin söylediği gibi icrai suretle ihmal ve benzeri dogmatik şekillere karşı duyduğumuz şüpheyi bu dogmatik şekil ile gerekçelendirmeye çalışmamalıyız. Evet, doğru, bu normatif bir kavram. Ama hayatın gerçeğinde normatif olarak tanımladığımız her şeyin gerçeklikle yeterli bağı olmalıdır. Aktif icrayı pasif icra olarak gösterirsek, bunun gerçeklikle bağlantısını yeterince kurmuş olmayız ve sonuç olarak tıp sektöründe çalışanlar bu ayrımı, yani respiratörü kapatmanın icrai suretle ihmal olduğunu, kabul etmeyebilir veya anlamayabilir. Bunu tıpta anlaşılacak şekilde anlatamayabilirsiniz. Bu nedenle Almanya'da çok az sayıda pasif ötenazi yapılıyor. Aktif ötenazinin buna eşdeğer görülmesi aleyhine ikinci argüman intihara yadım kavramıdır.

Almanya'da geleneksel olarak cezalandırılmayan intiharda kendini öldüren kişinin kendisi karar veriyor, yani köprüden kendisi atlamak zorunda veya zehiri kendisi içmek zorunda ve dolayısıyla karar verme ehliyetini haiz olarak hareket ediyor söylemi her zaman doğru olmayabilir. İntihar araştırmaların intiharların belki de %70'inin bir şeye dikkat çekmek amacıyla yapıldığını, yani açıklanabilecek nedeni olmadığını veya bilinçli bir karar sonucu yapılmadığını gösterdiğini biliyoruz. Bir kişi hekimiyle ve ailesiyle uzun uzun görüşerek aktif ötenaziye hazırlandıktan sonra inzivaya çekilip

TARTIŞMA

hekime ilacı verdirtirse veya hekim ilacı verirse acaba şiddetli bir hastalığı olup da acısını dindirmek için yüksek dozda ilaç verilecek olan bir kişiye göre karar vermeye daha ehil midir veya durumu anlama ehliyeti hangisinde daha fazladır veya hangisi daha mümeyyizdir? Bunu ben de bilmiyorum. Her olay farklı olabilir.

Tabii Jakobs benim fikrimi de temsil ederek “*intihar yardımında başka birinden faydalanılıyor*” dedi. Aktif ötenazide de başka birinden yardım alınıyor. Aktif ötenazide isteği yerine getiren de başkasıdır, bu açıdan bu ayırımın ağırlığı o kadar fazla olmayabilir. Zorla tedavi acaba doğrudan veya dolaylı ötenazinin bir şekli olabilir mi diye sordunuz. Bu kesinlikle anlamlı bir düşünce. Ama korunan hukuksal yarar vücut bütünlüğüyse ve Sayın Mosenheuer’ın sunumda dinlediğimiz gibi onun arkasında duran diğer bir korunan hukuksal yarar kendi geleceğini belirleme hakkıysa bunlar korunan hukuksal bir yarar olan yaşam hakkını kısıtlayabilir mi bilmiyorum. Belki bu iki alan çok fazla harmanlanıyor. Bence pasif ötenazinin içinde olan şu düşünce daha sempatik: onurlu yaşam mı biraz daha uzun bir yaşam mı? Bunları tartmak lazım. İşte böyle olduğunda korunan hukuksal değerler açısından bir problem görmem, çünkü bence burada yaşamdan daha üstün olarak tutulabilecek bir yarar var, o da onurlu bir yaşamdır. Bu dolaylı ötenaziyle ilgiliydi.

Kiel’de “*dolus eventualis*” hükmü verilen bir dava vardı. Ama bu anlamda Sayın Lilie’ye katılıyorum. “*Dolus eventualis*” mi “*dolus directus*” mu ayırt etmek neredeyse imkansız. Zannedersenem dava “*in dubio pro reo*” ile sonuçlandı. Ağrı kesici veren bir hekim kesinlike ne olacağını bilir. Yani olasılık dahilinde bilir. “*Dolus eventualis*” hükmü verilse bile, her üç kast şekli aynı muameleye tabidir. Bu nedenle buradaki niyet farklı muamele göremez. Sayın Lilie’nin de dediği gibi doğrudan ve dolaylı ötenazinin sınırlarının çizilmesi alacakaranlık bir bölge meydana getirir. Bilirkişiler, hangi dozdan sonra olayın kasti adam öldürmeye, hangi dozdan sonra “*dolus*

eventualis"e, dolaylı ötenaziye girdiği konusunu tartışmaya başlayacak. Bu nedenle olaya bu açıdan bakmak sorunludur.

Palyatif tıpta bazı kişiler bu öldürme şekline gerek olmadığına inanıyor, yani bugün tıpta dolaylı ötenaziye gerek yoktur, tam tersine söz konusu barbitüratları verenler yaşamı kısaltmıyor uzatıyor diyorlar. Diğer palyatif tıpçılar bunu reddediyor. Yani bu anlamda bir uzlaşma yok. Bunu söyleyenler çoğu zaman öyledir diyor, demek ki her zaman böyle değil, geriye kalanlara ne oluyor diye sormak lazım. Dolayısıyla çok ikna edici değil. Yine de toplumda ortaya çıkan onurlu ölmek istediğini karşılamak için palyatif tıp önemli bir yaklaşımdır. Yeni hekim hastaya ölüm aşamasında eşlik ediyor artık, Hipokrat yaklaşımında olduğu gibi ölene sırtını çevirmiyor. Ancak palyatif tıp tüm olayları çözemez. Ötenaziye bazı durumlarda uygulamak gerekecek. Önemli bir alternatiftir ve söz konusu isteği bastırabilir, ama az sayıda bireysel olayda yeterli olmayabilir veya örneğin ölmekte olan yaşlıların bakıldığı kurumların yerine geçemez. Neden az sayıda intihara yardım olayı var? Bunu Almanya için söylemek oldukça kolay, çünkü intihara yardım eden hekimler başlangıçta cezalandırılmazken, daha sonra hasta komaya girdiğinde veya bilincini kaybettiğinde halihazırdaki içtihatı göre talep üzerine ihmal suretiyle adam öldürme suçundan veya m. 323/c'den yargılanıyor. Bu saçma bir içtihat, eğer intihar cezalandırılmazsa intihara yardım ve müteakip fiiller de cezalandırılmamalıdır. Bunun değişmesi lazım, ama henüz BGH'ya bu değişikliği yaptıracak bir dava gelmedi. Bu nedenle intihara yardım sayıca az. Hollanda'da acaba normal bir vatandaş olarak intihara yardım yapabilir miyim? Bakmak lazım. Bunu yaptırımsız nasıl yapabilirsiniz? Barbitüratlara ulaşma imkanınız olmaz ki.

Ancak doktor bunlara ulaşabilir ve ancak o bunu yapabilir. Ama her iki durum da mümkünse, o zaman yine ben iğneyi kendim yapmam doktora yaptırırım derim. Normal bir tedavi sırasında sağlık kurumunda kendinize iğne yapabilirsiniz

TARTIŞMA

o zaman. Her iki durum yasa önünde eşitse, her zaman rahat edeceğimiz yolu seçeriz, o yol da hekimin müdahalesidir. Hollanda'da yayılma konusunda farklı sayılar var. Bu sayılar farklı değerlendirilebilir. Durumda açıklık yok henüz. Bir soruya daha yanıt vermem lazım. Yaşam hakkı ve Avrupa'daki gidişat nedir dediniz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Petty davası vardı. Dava hükmüne göre yaşam hakkı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi madde 2'ye göre aynı zamanda ölme hakkını veya ölüme eşlik edilmesi hakkını içermez. Tabii ki bu böyle bir hakkın varlığını dışlamaz, ama bu hak yaşam hakkının içinde bulunan sübjektif bir hak değildir.

Sizin de eleştirdiğiniz gibi burada bir yandan yaşam öte yandan vücut bütünlüğü arasında ayırım yapılır. Her ikisinde de kendi geleceğini belirleme hakkı bulunur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi böyle bir hüküm verdiği için Avrupa çapında bu konuda bir düzenleme yapılacağını düşünmüyorum. İsviçrelilerin çok üst düzeyde bir girişimi vardı, ama uygulanmadı. Fiili olarak bu alanda yetisiz olan ama bugüne kadar bundan hiç rahatsızlık duymamış olan Avrupa Birliği çapında da bir düzenleme olmaz diye düşünüyorum. Lüksemburg, Belçika ve Hollanda gibi ülkeler bu düzenlemenin sadece kendi topraklarında yaşayanlar için geçerli olduğunu söyleyerek ötenazi turizmine karşı koymaya çalışıyor. Yani yabancılar bundan faydalanamaz diyor.

Teşekkürler.

Vielen Dank. Ich habe nun einen ganzen Strauss verschiedener Aspekte von Ihnen bekommen, die ich wahrscheinlich in der Tiefe, in der es notwendig wäre, gar nicht beantworten werde können. Ich hoffe, dass ich auch ansatzweise ihrem Anliegen gerecht werden kann. Ich bitte um Nachsicht, wenn ich unter Zeitdruck etwas raschen muss. Es wurden zunächst nach Fällen aus der Sterbehilfeschichte gefragt. Ich will da nicht zu sehr in die Tiefe gehen. Es ist zumindest im Mittelalter so gewesen, dass ein Selbstmord in Deutschland traditionell nicht als strafbar angesehen worden ist, allenfalls, wenn man sein Vermögen für die Familien rettete, indem man

in den Selbstmord flüchtete, wurde dann das Vermögen konfisziert, aber das sind andere Gedanken, die dahinterstehen. Prinzipiell war in Deutschland der Suizid immer schon straflos.

Das hat nun nicht soviel mit Sterbehilfe zu tun. Es gab dann eine sehr schwierige und grauenvolle Entwicklung in Deutschland. Im Dritten Reich ist die Sterbehilfe pervertiert worden, indem man nämlich schwer kranke, schwer behinderte Menschen unter dem Deckmantel der Sterbehilfe vernichtete. Das war keine Sterbehilfe, denn es wurde in keinster Weise der Wille und das Interesse des Patienten geachtet. Man nannte es nur Euthanasie, weswegen in Deutschland auch diese Diskussion extrem belastet ist. Ich habe aus diesem Grund nicht Euthanasie über meinem Referat gesetzt. Das ist aber nur mit dieser deutschen Geschichte zu verstehen und deswegen wird auch über die Öffnung aktiver Sterbehilfe eher ungerne debattiert und es wird versucht, diese Debatte zu tabuisieren, das kann man in politischen Leben Deutschlands sehr deutlich festmachen. Ich glaube auch darin liegt der Kern weswegen wir in Deutschland die Sache vielleicht bemänteln, mit dem palliativen sozugen, palliativen Sterbehilfebegriff bezeichnet haben. Da bin ich bei den Anmerkungen von Herrn Schroth. Ich glaube, dass die passive Sterbehilfe auch so ein bemäntelnder Begriff ist. Zu der Frage, dass es keinen Unterschied machen kann, eine nicht gebotene Behandlung aufzunehmen, dann kann man auch eine laufende abbrechen, da stimme ich Ihnen voll zu.

Das habe ich glaube ich trotz der Kürze noch genannt. Aber ich glaube nicht, dass wir dann versuchen sollten, über diese dogmatische Figur, Herr Lilie sprach ja auch schon, Zweifeln hinsichtlich solcher Figuren an über die dogmatischen Figuren des Unterlassens durch Tun zu argumentieren. Es ist richtig, es ist ein normativer Begriff. Aber alles was wir als normativ aus der Lebenswirklichkeit deuten, muss doch noch einen hinlänglichen Bezug zur Realität haben. Wenn man nun aktives Handeln als passives Tun deklamiert, dann erscheint mir dieser Bezug nicht hinreichend gegeben und das führt auch dazu beispielsweise, dass in der Ärzteschaft oder im Bereich der Pflege, der Pflegekräfte, dass die diese Unterschei-

TARTIŞMA

derung überhaupt nicht mehr akzeptieren und auch nicht verstehen können, dass das Abschalten ein Unterlassen durch Tun sein soll. Das können sie der Medizin nicht vermitteln. Was die Konsequenz hat, dass in Deutschland zu wenig passive Sterbehilfe geleistet wird. Der zweite Einwand gegen Gleichstellung mit aktiver Sterbehilfe betraf die Suizidbeihilfe.

Beim Suizid, der traditionell straflos in Deutschland ist, entscheidet der sich tötende selbst, da muss er sozusagen von der Brücke springen, oder ein Gift nehmen, er hat mit Entscheidungsreife gehandelt, schon dieses Diktum könnten man bezweifeln. Wir wissen aus der Suizidforschung, dass vielleicht 70% der Suizide Apellsuizide sind, und gar keine wirklich begründete und tragfähige Erscheinung sind. Ich habe auch Zweifel, ob nicht einer, der seinen Tod im Sinne von Sterbehilfe, aktiver Sterbehilfe vorbereitet mit langen Gesprächen mit dem Arzt, mit der Familie, er sich dann zurückzieht und von einem Arzt das Mittel geben lässt und wo der Arzt das Mittel gibt, ob der nicht wirklich der Entscheidungsreifere ist als derjenige höchstschwerkranke Patient, der ein hochdosiertes Schmerzmittel nehmen soll, ob der seine Lage wirklich besser einsehen kann und überschauen kann und die höhere Entscheidungsreife hat. Da weiss ich auch tatsächlich nicht, ob das immer so der Fall sein müsste. Nun hat Jakobs, der übrigens auch meine Position vertreten hat, gemeint, bei der Suizidbeihilfe, das ist ein ergänzendes Argument, bedient man sich auch eines anderen. Bei der aktiven Sterbehilfe ist es auch ein anderer, der den eigenen Wunsch umsetzt, insofern sind diese Differenzen vielleicht auch nicht so stark zu gewichten.

Sie haben dann überlegt, ob nicht das Argument der Zwangsbehandlung die Form indirekter und passiver Sterbehilfe tragen könnte. Das ist sicherlich eine gewichtige Überlegung. Ich weiss aber nicht ob man mit dem einen Rechtsgut, körperliche Unversehrtheit, und dann dahinterstehend, in der Version von Herrn Mosenheuer, Selbstbestimmung, das Rechtsgut Leben wird einschränken können, ob man da nicht zwei verschiedene Ebenen zu sehr vermengt, deswegen ist aus meiner Sicht noch sympathischer die Überlegung, die bei der passiven Sterbehilfe auch mitschwingt, dass es hier um

eine Abwägung geht, sterben in Würde und etwas kurzfristigeres längeres Leben und da glaube ich hätte ich keine Probleme mit den Rechtsgütern, weil es meines Erachtens hier um die Würde geht, die ich dem Leben vorziehen würde, höherstellen würde. Der erste Punkt betraf die indirekte Sterbehilfe. Da gab es einen Fall in Kiel, der tatsächlich nur *dolus eventualis* betroffen hat. Da würde ich aber auch Herrn Lilie folgen und sagen, dass *dolus eventualis*, das sichere Wissen kaum von einander zu unterscheiden ist, wahrscheinlich ist hier auch in *dubio pro reo* entschieden worden. Ein Arzt, der Schmerzmittel verabreicht, weiss sicher was da passiert. Mit Wahrscheinlichkeit weiss er das sicher.

Auch selbst wenn es nur für den *dolus eventualis* entschieden wurde, gilt das Argument immer noch, dass alle drei Vorsatzarten gleich zu behandeln sind. Und deswegen die Absicht hier nicht anders behandelt werden kann. Letztlich würde es auch tatsächlich diese Abgrenzung der direkten und indirekten Sterbehilfe zu einem Graufeld führen, wie Herr Lilie das sagte, zu einer Schlacht von Sachverständigen ab welcher Dosis beispielsweise ist das schon absichtliche Tötung und ab welcher Dosis bleibt es noch bei *dolus eventualis*, also indirekte Sterbehilfe, deswegen ist diese Konstellation sehr problematisch. Manche Palliativmediziner, da bin ich bei der Palliativmedizin, behaupten sogar diese Form der Tötung bräuchte es nicht zu geben, es ist heute gar nicht mehr medizinisch notwendig indirekte Sterbehilfe zu leisten, ganz im Gegenteil, wer die entsprechenden Barbiturate verabreicht, verlängert das Leben, es kommt gar nicht zur Lebensverkürzung.

Das wird aber auch von einigen Palliativmedizinern bestritten. Also, da ist man sich nicht einig und wenn die dann sagen in fast allen Fällen, bleiben ja immer noch Restfälle, so dass mich das nicht ganz überzeugt und deswegen ist die Palliativmedizin ein ganz wichtiger Ansatz, um den in der Bevölkerung manifesten Wunsch an würdevollem Sterben zu begegnen. Also ein begleitendes, der Arzt begleitet den Patienten nun auch in der Sterbephase, nicht noch wie beim Hippokrates wendet sich vom Sterbenden ab, sondern begleitet den Sterbenden. Aber die Palliativmedizin kann nicht alle Probleme

TARTIŞMA

lösen. Es bleiben Fälle, in denen man mit Sterbehilfe wohl wird arbeiten müssen. Es ist also eine wichtige Alternative, die den Wunsch dann auch zurückdrängt, aber es kann die wenigen Einzelfälle, wie auch die Hospizarbeit, die es gibt nicht hinreichend ersetzen. Warum gibt es wenig Beihilfen zum Suizid? Das ist in Deutschland glaube ich ganz eindeutig zu sagen, weils sich der Arzt, der Beihilfe zum Suizid leistet, zunächst nicht strafbar macht, aber sobald der Patient ins Koma gefallen ist oder bewusstlos wird nach bisheriger Rechtsprechung wegen unterlassener Tötung auf Verlangen oder 323/c strafbar macht. Das ist eine Rechtsprechung, die absurd ist, wenn der Suizid straflos ist, muss auch die Beihilfe straflos sein und kann auch das Verhalten danach nicht strafbar werden.

Das ist änderungsbedürftig, aber im Augenblick hat der BGH keinen entsprechenden Fall gehabt, bei dem er es hätte ändern können. Deswegen gibt es auch weniger Suizidbeihilfen. In den Niederlanden, ja, da müsste man gucken, ob ich als ganz normaler Bürger, Beihilfe zum Suizid leisten kann. Wie wollen sie das tun ohne sich strafbar zu machen? Sie kommen ja gar nicht an die Barbiturate ran. Das könnte höchstens der Arzt. Der könnte das tun. Gut, aber wenn beides möglich ist, dann würde ich doch auch sagen, ich gebe mir nicht selbst die Spritze, sondern lasse mir die Spritze vom Arzt geben. Sie können sich ja bei einer normalen Behandlung beim Arzt sich selber die Spritze geben, wenn beides rechtlich gleichgestellt ist, nimmt man natürlich das was für einen angenehmer ist, und das ist immer nur die ärztliche Vornahme. Gut, ob man nun in Holland von einer Ausweitung sprechen kann, da gibt es auch unterschiedliche Zahlen, die unterschiedlich bewertet werden, das ist immer noch nicht ganz klar.

Damit denke ich habe ich noch eine Frage offen, das Recht auf Leben und die Frage der europäischen Entwicklung. Es gab eine Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in dem Fall Pretty, der entschieden hat, das Recht auf Leben, Artikel 2 Europäische Menschenrechtskonvention enthält nicht zugleich das Recht auf Sterben oder das Recht auf begleitetes Sterben. Das schließt nicht aus, dass es dieses Recht gibt, aber es ist kein subjektives

Recht, das in diesem Recht auf Leben schon enthalten sei. Da wird tatsächlich, das haben sie ja kritisiert, unterschieden zwischen Leben einerseits und körperlicher Unversehrtheit andererseits, wo man Selbstbestimmungsrecht überall anerkennt. Weil der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte dies nun entschieden hat, sehe ich keine Entwicklung in Europa dort europaweit irgendeine Regelung zu treffen. Es gab eine Initiative des Schweizer Digmati, die sehr weitging, die ist aber in dieser Form nicht umgesetzt worden, ich glaube es wird auch im Rahmen der Europäischen Gemeinschaft, die an sich gar keine Zuständigkeit hat, was die aber nie gestört hat bislang auch keine Regelung geben. Gegen den Sterbehilfetourismus wehren sich Länder wie Luxemburg, Belgien und die Niederlande auch dadurch, dass diese Regelungen nur für Niederländer gelten und nur in den Niederlanden wohnhafte, also Einwohner, gelten. Also dass Ausländer dort nicht in den Genuss kommen sozusagen. Ja, vielen Dank.

Oturum Başkanı: Teşekkürler.

Türkiye Barolar Birliği
V. TÜRK- ALMAN TIP HUKUKU
SEMPOZYUMU
Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları

Birinci Gün
28 Şubat 2008

Üçüncü Oturum

Oturum Başkanı
Prof. Dr. Henning ROSENAU

Prof. Dr. Henning ROSENAU (Oturum Başkanı): Evet, hanımefendiler ve beyefendiler. İzninizle bir sonraki oturumu açmak istiyorum. Sayın Öztürk'ün başka bir programı olduğu için ayrılmak zorunda kaldı. Görevini ben devraldım.

Konuşmacıların değişmemesi beni sevindirdi. Sağımda İstanbul Marmara Üniversitesi'nden Ceza Muhakemesi ve Ceza Hukuku Profesörü Sayın Nur Centel'i takdim etmek istiyorum. Onun yanında Konya Üniversitesi'nden Doç. Dr. Berrin Akbulut oturuyor ve doğru anladıysam kendisi ceza hukukçusu. Solumda İstanbul Kültür Üniversitesi'nden ceza hukuku profesörü ve uluslararası insan hakları hukuku uzmanı Sayın Tezcan oturuyor.

Öğleden sonraki konularımız daha çok ceza hukuku dogmatikini ilgilendiriyor. Örneğin neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçu -ki bu konu resmi sınava hazırlanan öğrencilerin sıkça karşısına çıkan bir sorunsallık- yani ölüm neticesi nasıl değerlendirilmeli, esas suçla ilişkisi nasıl olmalı vs. gibi konular var gündemde. Hukukçuyu bizzat ilgilendiren önemli bir konu da nedenselliktir. "*Conditio sine qua non*" kavramını hepimiz duyduk, ama bu görüldüğünden daha zor bir kavramdır. Ama ilk önce uluslararası hukuktan işkence yasağıyla ve hekimlerin işkence yasağına nasıl müdahil olduklarıyla il-

gili bir konumuz var. Cenevre'deki Dünya Tabipler Birliği'nin Genel Sekreteri hekimlerin işkence mağdurları olaylarında nasıl müdahil olacağını anlatan tavsiyeler yayınlanacağını söylemişti. Bu nedenle Sayın Teczan'ın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ekseninde Avrupa'daki görüşler bağlamında bu konuda söyleyeceklerini heyecanla bekliyorum. Sayın Teczan merkezi Strasbourg'ta bulunan AIHM'nin kararları ışığında işkence yasağından ve hekim raporlarından bahsedecek.

Buyurun Sayın Teczan, söz sizin.

Ja, meine Damen und Herren, dann darf ich die nächste Sektion einführen. Herr Öztürk musste heute nachmittag noch zu einem anderen Termin, so dass ich seine Partie übernehme. Aber umso mehr freue ich mich, dass es bei den Referenten keine Aenderungen gegeben haben. Und darf Ihnen zunächst vorstellen zu meiner Rechten, Frau Professor Nur Centel. Sie ist Professorin für Strafrecht und Strafrecht an der Marmara Universität in Istanbul. Herzlich willkommen! Dann haben wir ganz aussen Frau Universitätsdozentin Dr. Akbulut, die von der Universität Konya kommt und auch Strafrechtlerin ist, wenn ich das richtig verstanden habe, und schliesslich zu meiner Linken, Herr Professor Tezcan, von der Kulturuniversität in Istanbul, Strafrechtler, aber insbesondere auch ein Vertreter des Faches, der sich mit internationalen Menschenrechtsschutz befasst. Unsere Themen sind heute nachmittag zum Teil eher strafrechtsdogmatisch ausgerichtet, wenn es um die Körperverletzung mit Todesfolge im Strafrecht geht, das eine auch für die Studenten unter uns ganz eine ganz typische Problemkonstellation im Staatsexamen, wie das mit der Todesfolge dann zu sehen ist, wie die Verhältnisse zur Haupttat sein müssen und so weiter. Und natürlich sind auch die Kausalitätsprobleme ein typisches Problem, das den Jursiten primär betrifft, die conditio sine qua non Formeln ist allen ein Begriff, aber die ist viel schwieriger als es einem erscheint. Und vorab, wie gesagt, ein Thema, das internationalrechtlich ausgerichtet ist, das das Folterverbot betrifft und die Beteiligung der Mediziner im Rahmen der Folter. Ich weiss vom Generalsekretär des Weltärztebundes bei Genf, dass die World Medical Association

dabei ist, eine Empfehlung, eine Richtlinie, zu entwerfen, wie Mediziner sich beteiligen dürfen, wenn es darum geht, zu einem Folteropfer gerufen zu werden, und ich bin deswegen sehr gespannt, was uns Herr Tezcan dazu im Zusammenhang mit den europäischen Vorstellungen, ausgerichtet an der Europäischen Konvention für Menschenrechte, berichten wird. Herr Tezcan spricht also über das Folterverbot und medizinische Gutachten im Lichte der Entscheidungen des EGMR, des Gerichtes für den Europarat, welches sein Sitz in Strassburg hat.

Lieber Herr Tezcan, Sie haben das Wort.

Prof. Dr. Durmuş TEZCAN (İstanbul Kültür Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi):*

1. Hekim raporlarının İHAM kararları ışığında işkence yasağı açısından değerlendirilmesine geçmeden önce, işkence ve benzeri kötü muameleler hakkında etraflı bir bilgi vermenin konunun anlaşılmasını kolaylaştıracağını düşünüyoruz. Zira işkence ile insanlık dışı muamele ve kötü muamelelerin insan bedeninde ve ruhunda yarattığı yıkım dikkate alınarak, bu tür davranışlar günümüzün modern dünyasında, hem yasaklanmış, hem de ağır bir şekilde cezalandırılmıştır.¹ Bu konuda öncelikle ulusal hukuklarda çeşitli düzenlemelere yer verilmiştir. Örneğin Türk Hukukunda, eskiden olduğu gibi, bu tür muameleler yasaklanıp cezalandırılmıştır. Nitekim Türk hukukunda:

* “İHAM Kararları Işığında İşkence Yasağı ve Hekim Raporları” başlıklı tebliğ.

¹ Buna karşılık, aydınlanma çağına kadar İngiltere hariç, tüm Avrupa’da işkencenin yaygın olduğuna ilişkin tarihi süreç konusunda bkz. Önok R. Murat, Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu, Seçkin yay, Ankara 2006, s. 46

- Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan hayiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tâbi tutulamaz (1982 Anayasası m.17/2).

- Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır (07.05.2004 tarih ve 5170 sayılı kanunla değişik 1982 Anayasası m. 90/son).

- Bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışları gerçekleştiren kamu görevlisi hakkında üç yıldan oniki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur (YTCK m. 94/1, bu maddede cezayı ağırlaştırıcı nitelikli işkence hallerine de yer verilmiştir).²

² Bkz. Tezcan Durmuş/ Erdem Mustafa Ruhan/ Önok Rifat Murat, *Ceza Özel Hukuku*, 5. b, Seçkin Kitabevi, Ankara 2007, s. 219 vd.; Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, A. Caner, *5237 Sayılı Kanuna Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 7. Bası, Ankara 2006, s. 93 vd.; Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, A. Caner, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 4. Baskı, Ankara 2003; Bayraktar, Köksal, İşkenceyi Önlemenin Yolları, in: Prof. Dr. Bülent Davran'a Armağan, İÜHF Eğitim, Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayınları, İstanbul 1998; Demirbaş, Timur, *Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu*, DEÜHF Yayınları No. 23, Ankara 1992; Demirbaş, Timur, 2003 Türk Ceza Kanunu Tasarısı'nın İşkence Suçu Açısından Değerlendirilmesi, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2004, Cilt 2 (İnsan Hakları); Doğru, Osman, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hukukunda İşkence ve Kötü Muamele Yasağı*, İstanbul 2006; Erman, Sahir/ Özek, Çetin, *Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar*, İstanbul 1992, no. 408 vd.; Hilgendorf, Eric (çev. Bahar Erbil), *Hukuk Devletinde İşkence*, KhukA, Yıl: 8, Mart 2005, s. 10 vd.; Meran, Necati, *Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Kişilere Karşı Suçlar*, Ankara 2005, s. 179 vd.; Nuhoğlu, Ayşe, *İşkence Yasağı ve İşkence Suçu*, in: Prof. Dr. Sahir Erman'a Armağan, İstanbul 1999, s. 527 vd.; Önok, R. Murat, *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, Ankara 2006; Özgenç, İzzet/Şahin, *Cumhuriyet İşkence Suçu*, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: IV, Sayı 1-2; Haziran-Aralık 2000, Ankara 2003, s. 181 vd.; Soyaslan Doğan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 5. Baskı, Ankara 2006, s. 149 vd.; Şen Ersan, *Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu*, c. 1, İstanbul 2006, s. 331 vd.; Şimşek, Oğuz, *Anaya-*

DURMUŞ
TEZCAN'IN
TEBLİĞİ

- Bir kimsenin eziyet çekmesine yol açacak davranışları gerçekleştiren kişi hakkında iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur (YTCK m. 96/1).³

- Kasten öldürme suçunun canavarca hisle veya eziyet çektirerek işlenmesi, öldürme suçunun ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektiren nitelikli hallerinden birini oluşturur (YTCK m. 82/1b).⁴

- Ayrıca 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 26.03.200 tarih ve 24748 sayılı kanunla değişik 13 üncü maddesine göre, işkence ya da zalimane, gayri insanî veya haysiyet kırıcı muamele suçları nedeniyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nce verilen kararlar sonucunda devletçe ödenen tazminatlar, sorumlu personele genel hükümlere göre rücu edilir.

- Öte yandan 1 Haziran 2005'de yürürlüğe giren CMK'nın aynı doğrultudaki 143/2. maddesine göre de, "(5353 sk. değ.) devlet, ödediği tazminattan dolayı, koruma tedbiriyle ilgili olarak görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle görevini kötüye kullanan kamu görevlilerine rücu eder."

2. Diğer ülkeler gibi Türkiye'deki ulusal düzenlemeler de, uluslararası ikili ve çok taraflı sözleşmelerle pekiştirilmiş, işkenceyi önlenmeye dönük ulus üstü denetim mekanizmalarına Türkiye'de taraf olmuştur. Bu çerçevede, Türkiye'nin

sa Hukukunda İnsan Onuru Kavramı ve Korunması (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Dokuz Eylül Üni. Sos. Bil. Enstitüsü, İzmir 1999; Üzülmmez, İlhan, Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu, Ankara 2003; Üzülmmez İlhan, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda İşkence ve Eziyet Suçu, Hukuk ve Adalet, Yıl 2, Sayı 5, Bahar 2005, s. 227 vd; Yurtcan, Erdener, Yeni Türk Ceza Kanunu ve Yorumu, İstanbul 2004, s. 197 vd. Ayrıca bkz. Foley Connor (Çev. Cengiz Orhan Kemal), İşkenceyle Mücadele El Kitabı, bg yay, Ankara 2004.

³ Bkz. Tezcan Durmuş/ Erdem Mustafa Ruhan/ Önok Rifat Murat, Ceza Özel Hukuku, s. 245 vd.; Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Yeni-dünya, A. Caner, 5237 Sayılı Kanuna Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 115 vd.

⁴ Bkz. Tezcan D/ Erdem MR/ Önok RM, Ceza Özel Hukuku, s. 144 vd.

de taraf olduğu BM İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Muamele ya da Cezaya Karşı Sözleşme⁵ ile bu sözleşmeye ilişkin 3 Şubat 2004 tarihli ihtiyari protokol,⁶ 1987 Tarihli İşkencenin ve İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Muamele ve Cezanın Önlenmesi konusundaki Avrupa Konseyi Sözleşmesi⁷ ile AIHS ve öngördüğü yargısal denetim mekanizması, bu tür denetim mekanizmalarının en önemli örneklerini oluşturmaktadır.⁸

3. Türkiye'nin kurucu üyelerinden olduğu Avrupa Konseyi tarafından, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesini bölgesel düzeyde hayata geçirmek üzere, 1950 yılında Roma'da imza-

⁵ Türkiye tarafından onaylanan bu sözleşme 10.08.1988 tarih ve 19895 sayılı R.G.'de yayınlanmıştır. Ayrıca, Avrupa Konseyi Sözleşmesi paralelinde işkencenin işlenmeden önlenmesini amaçlayan, 18 Aralık 2002 tarihinde Birleşmiş Milletler (BM) Genel Kurulu tarafından 42 çekimser, 4 karşı oya karşı 127 lehte oyla kabul edilen (karar 57/199) BM İşkenceyi Önleme Sözleşmesine İlişkin Seçmeli Protokol'e Türkiye'de olumlu oy kullanmıştır. Bu protokol metni ve içeriği hakkında bkz. AIHS m. 3'ün ihlali BM İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Muamele ya da Cezaya Karşı Sözleşmenin Seçmeli Protokolünün kabulü ile ilgili ortak basın açıklaması: http://web.amnesty.org/web/web.nsf/pages/treaty_home; <http://www.unhchr.ch/>; <http://www.apr.ch/>; <http://www.cpt.coe.int/en/>.

⁶ Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmeye Ek İhtiyari Protokol'ün onanmasına 1 Mart 2006 tarih ve 5468 sayılı kanunla çekinceler içerecek biçimde izin verilmiştir, protokol metni ve çekinceler konusunda bkz. tmmm@gov.tr

⁷ Avrupa Konseyi ülkeleri arasında ilk önce Türkiye tarafından onaylanan bu sözleşme, 27.02.1988 tarih ve 19738 sayılı R.G.'de yayınlanmıştır. Ancak bu sözleşme ile oluşturulan İşkenceyi Önleme Komitesi birçok kez Türkiye'yi ziyaret etmiş ve işkencenin önlenmesi yükümlülüğünü ihlal ettiğine ilişkin duyurularında bulunmuş ve Türkiye bu gözlemleri dikkate alarak işkencenin işlenmeden önlenmesini sağlayacak yasal ve uygulamaya dönük önlemler almıştır.

⁸ Öte yandan, Türkiye'nin 2000 yılında imzalayıp, 2003 yılında onaylanmasına izin verdiği yasayla geç de olsa taraf olduğu 1966 tarihli "Birleşmiş Milletler Siyasi ve Medeni Haklar Sözleşmesi"nin işkence yasağı ile ilgili 7. maddesinde de "Hiç kimse işkenceye veya zalimane, insanlık dışı veya onur kırıcı muamele veya cezaya maruz bırakılamaz. Ayrıca hiç kimse, serbest iradesi olmadan tıbbi veya bilimsel bir deneye tabi tutulamaz" hükmüne yer verilmiştir.

DURMUŞ
TEZCAN'IN
TEBLİĞİ

ya açılan Avrupa İnsan Hakları ve Özgürlükleri Sözleşmesi⁹ kapsamında, temel insan haklarından olan işkence yasağı, benzer sözleşmeler gibi, AİHS m. 3'te de, işkence, insanlık dışı veya alçaltıcı ceza veya muameleyi yasaklama şeklinde derecelenerek düzenlenmiştir.¹⁰ Sözleşme organlarına göre, eğer bir ceza ve muamele, mağdurda korku, acizlik veya değersizlik duygusu uyandırıyor, onun onurunu zedeleyici ve küçük düşürücü nitelik taşıyorsa "alçaltıcı"; bedensel veya ruhsal yönden şiddetli acı meydana getiriyorsa "insanlık dışı" sayılır. Buna karşılık "işkence" her ikisinin nitelikli ve daha ağır biçimi olarak karşımıza çıkmaktadır.¹¹ Bu durumda, AİHS m. 3 açısından, alçaltıcı ceza ve muamele, en hafif; işkence ise, en ağır ihlal durumu oluşturmaktadır.¹² AİHM, bazı kararlarında bu kavramlara anlam verirken, İşkenceye Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi m. 1'deki tanımdan da¹³ yararlanmaktadır. İş-

⁹ Bu sözleşmeyi öğretide birçok yazar, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAS) olarak kısaltmakta ise de, biz Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) şeklinde kısaltarak, sözleşmenin uygulama alanı olan Avrupa'yı ön plana çıkarmak gerektiğini düşünüyoruz.

¹⁰ Bu çalışmada, AİHM kararları ışığında hekim raporlarını tartışmada temel konu olan işkence yasağının kapsamı ve yorumu konusunda yer alan bilgiler, okuyucuyu bilgilendirmek amacıyla AİHS ile ilgili kapsamlı bir ortak çalışmamızdan alıntı yapılarak sunulmaktadır. Geniş ve kapsamlı bir bilgiye ulaşmak için bkz. Tezcan/Erdem/Sancakdar, AİHS Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, 2. b, Ankara 2004, s. 246 vd.

¹¹ AİHM'nin İngiltere'ye karşı 28.05.1985 tarihli Abdülaziz ve diğerleri kararı, Serie A-94, § 90 vd.

¹² Divan, Dikme-Türkiye Kararında (11.07.2000-20869/92), duyulan ızdırabın göreceli olduğunu vurgulayarak, tüm unsurların ve özellikle yapılan muamelenin süresinin fiziki ve/veya zihni sonuçlarının, bazen de cinsiyetin, yaştan ve mağdurun sağlık durumunun dikkate alınması suretiyle tespit edilmesi mümkün olduğunu belirtmiştir (Dutertre, Gilles; Extraits clés de jurisprudence - CEDH, Avrupa Konseyi yayını, Strasbourg 2003, s.60 vd.).

¹³ "Sözleşme amaçlarına göre, işkence terimi, bir şahsa veya üçüncü şahsa, bu şahsın veya üçüncü şahsın işlediği veya işlediğinden şüphe edilen bir fiil sebebiyle, cezalandırmak amacıyla bilgi veya itiraf elde etmek için veya ayırım gözeten herhangi bir sebep dolayısıyla bir kamu görevlisinin veya bu sıfatla hareket eden bir başka şahsın teşviki veya rızası veya muvafakatiyle uygulanan fiziki veya manevi ağır acı veya ıstırap veren bir fiil anlamına gelir. Bu yalnızca yasal müeyyidelerin uygulanmasından doğan, tabiatında

kence ve kötü muamele, genellikle sanıktan itiraf elde etmek amacıyla başvurulmuş bir yöntem olmakla birlikte, sözleşme anlamında başka amaçlar için de gerçekleştirilmiş olabilir. Bu bağlamda özellikle, gözleri bağlı olarak uzun süre ayakta tutmak, yüksek volümlü müzik dinletmek, yiyecek ve içeceği sınırlandırmak, uykusuz bırakmak, tıbbi tedavi yaptırmamak gibi her türlü davranış bu kavram altında ele alınabilir. Bununla birlikte haklı bir ceza veya muameleye kaçınılmaz biçimde bağlı olan davranışlar, 3. madde kapsamına girmez. Özellikle kaçmayı önlemek veya ayaklanan hükümlülere karşı cezaevi düzenini sağlamak amacıyla başvurulmuş güç kullanımı, gerekli olanın ötesine geçmediği sürece 3. maddenin ihlalini oluşturmaz.¹⁴

4. İşkence yasağı, AİHS'nin herhangi bir sınırlama nedenine bağlı olmayan "sert çekirdekli" bir haktır. Bu nedenle AİHS m. 15/2'ye göre bu yasağın, *olağanüstü durumlarda bile ortadan kaldırılması söz konusu değildir*.¹⁵ Yaşam hakkı ile ilgili AİHS m. 2, özel hayatın korunması ile ilgili m. 8, din, düşünce ve dernekleşme özgürlükleri ile ilgili m. 9-11'den farklı

olan veya arızı olarak husule gelen acı ve ıstırapı içermez." Divan'ın Salman-Türkiye Kararında (27.06.2000, 21986/93) da anılan sözleşmeye yollama yapılarak belirtildiği gibi, işkence eylemi, manevi unsur yönünden kasıtlı bir davranıştır (Duterte, s.60 vd.).

¹⁴ Tezcan/Erdem/Sancakdar, Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, s. 248 vd. Nitekim AİHM, 12.03.2003 tarihli Öcalan kararında, başvuruçunun Kenya'dan Türkiye'ye getirilmesi ve İmralı Adası'nda tutulmasının AİHS m. 3'ün ihlalini oluşturan bir davranış olduğu yönündeki iddiasını yerinde görmemiş ve başvuruçunun yakalanması ve Türkiye'ye getirilmesi ile ilgili koşulların, her yakalama ile bağlantılı olağan bir durum olduğunu ve AİHS m. 3'ün uygulanması için aranan gerekli ölçüyü aşmadığı sonucuna ulaşmıştır.

¹⁵ Bkz. 22.10.2002 tarihli Algür -Türkiye (Başvuru no 32574/96) kararında, defalarca AİHM, 3. maddenin herhangi bir sınırlama nedenine bağlı olmayan "sert çekirdekli" bir hak olduğunu beyan ettiğini belirtmektedir (par. 36). Bu nedenle AİHS m. 3'ün ulus için genel tehlike oluşturan durumlarda bile ortadan kaldırılmasının mümkün olmadığını Selmouni- Fransa [GC], no 25803/94, par 95 (CEDH 1999-V) ve 28.10.1998 tarihli Assenov ve diğerleri - Bulgaristan (Recueil 1998-VIII, s. 3288, par. 93) kararlarına atıfta bulunarak vurgulamaktadır (par. 36).

DURMUŞ
TEZCAN'IN
TEBLİĞİ

olarak, hiçbir sınırlamaya yer vermemektedir. Oysa 2, 8-11. maddeler, ikinci fıkralarında, kapsamı dar yorumlanmakla birlikte, başta toplumun varlığına yönelik bir tehlike durumu olmak üzere birtakım istisnalara yer vermişlerdir.

5. Diğer taraftan, işkence yasağının mutlak oluşu nede- niyle, olayın özellikleri, mağdurun davranışı ve onun tarafın- dan işlenen suçun niteliği, bu kurala istisna getirilmesi için bir gerekçe olamaz.¹⁶ Hatta eylem bir ülkenin geleceğini teh- likeye sokan olağanüstü halin ilanını gerektiren bir özelliğe sahip olsa bile, bu yasak ihlal edilemez. Nitekim büyük da- irenin, Labita-İtalya (06.04.2000-26772/95) kararında, açıkça sözleşmenin 15/2. maddesine atıfta bulunularak, bu yasağın mutlak olduğu belirtilmektedir.¹⁷

6. AİHS m. 3'te yer verilen kötü muameleden kaçınma yükümlülüğü ise, yalnızca negatif bir kaçınma yükümlülüğü değil, aynı zamanda pozitif bir yükümlülük de içermektedir. Bu bakımdan devlet, otoritesi altında bulunan kişilerin ve aynı zamanda üçüncü kişilerin işkence ve kötü muameleye başvurmalarını önlemeye yönelik gerekli tedbirleri almak zorunda olup, buna, AİHS m. 3'e aykırı muamelelere karşı yasa çıkarma ve etkili ceza kovuşturması yapmak suretiyle koruma yükümlülüğü de girmektedir.¹⁸ Özellikle kamusal organlar, çocuklara ve diğer kişilere yönelik üçüncü kişiler- den kaynaklanan kötü muameleyi biliyor veya bilmeleri ge- rekiyorsa, gerekli koruyucu tedbirleri almak yükümlülüğü altında olup;¹⁹ çocuğu, örneğin evden uzaklaştırmak ve başka bir kuruma yerleştirmek suretiyle uygun biçimde korumak zorundadırlar.²⁰ Güvenlik hakkı ile ilgili olarak bir tutuklu

¹⁶ AİHM'nin İngiltere'ye karşı 15.11.1996 tarihli Chahal kararı.

¹⁷ Bkz. *De Salvia Michele*, Compendium de la CEDH - Les principes direc- teurs de la jurisprudence relative à la convention européenne des droits de l'Homme, vol. 1, 2. éd, Ed. NP Engel, Kehl-Strasbourg 2003, s. 85.

¹⁸ AİHM'in 10.05.2001 tarihli İngiltere'ye karşı Z. ve diğerleri kararı.

¹⁹ AİHM'in 28.10.1998 tarihli İngiltere'ye karşı Osman kararı.

²⁰ AİHM'in 10.05.2001 tarihli İngiltere'ye karşı Z. ve diğerleri kararı.

veya hükümlünün insan onuruna yaraşır bir muameleye tabi tutulması da bu pozitif yükümlülüğün bir sonucudur. Nitekim cezaevine konulan bir kimsenin hürriyetinin kısıtlanması, ilgili kişi üzerinde elem ve ızdırap yaratması olağandır. Ancak bu kimsenin tutuklamaya dayalı ızdırabının olağan düzeyini aşacak bir yıkım veya şiddet deneyimine maruz bırakılması mümkün değildir. Özellikle hasta bir tutuklunun veya hükümlünün tutukluluk koşullarının, hapisyanenin olağan ve makul koşulları bakımından sağlığını koruyacak düzeyde olması gerekir.²¹ Divana göre, çok ağır durumlarda gerekli insani önlemlerin alınması, adaletin sağlanması açısından bir zorunluluktur.²² Bu çerçevede, Papon Kararında, oldukça yaşlı ve üstelik hasta bir kimsenin tutukluluk halinin çok uzun sürmesinin 3. maddenin koruması kapsamına girebileceği vurgulanmıştır.²³ Hatta bir başka kararda, felçli (tétraplégique) bir kimsenin sağlığına uymayan koşullarda tutukluluk veya hükümlülük halinin sürdürülmesi, alçaltıcı bir muamele olarak nitelendirilmiştir.²⁴ Ceza ve tutukevine konulan tutuklu ve hükümlüler bakımından, divan, bir kimsenin tutukluluk halinin sürdürülmesiyle sağlık durumunun uyumlu olup olmadığını tespit etmek ve böylece 3. maddenin ihlal edilip edilmediğine karar verebilmek için üç ölçüt uygulamaktadır: **a.** Tutuklunun bulunduğu koşul, **b.** Zorunlu sağlık hizmetlerinin kalitesi, **c.** Tutuklunun sağlık durumu dikkate alındığında tutukluluk halinin sürdürülmesinin yararlı olup olmadığı. Şayet bu ölçütler bakımından tutukluluk halinin sürdürülmesine son vermek gerektiği halde bunun yapılmaması 3. maddenin ihlalini oluşturur.²⁵ Bununla birlikte, 15.01.2004 tarihli Sakkopoulos Kararında, kalp ameliyatı olmuş resmi evrakta sahtekarlık suçundan tutuklu bir tapu

²¹ AİHM'in 26.10.2000 tarihli Polonya'ya karşı Kulda kararı (30210/96).

²² AİHK'nın 08.12.1982 tarihli İtalya'ya karşı Chartier kararı (9044/80, DR 33, s. 48, par. 53).

²³ AİHM'nin 07.06.2001 tarihli Fransa'ya karşı Papon kararı (64666/01).

²⁴ AİHM'nin 10.07.2001 tarihli İngiltere'ye karşı Price kararı (33394/96).

²⁵ AİHM'nin 14.11.2002 tarihli Fransa'ya karşı Mouisel kararı (67623/01).

sicil muhafızı olan Sakkopoulos'un tutukluluk koşulları bir bütün halinde değerlendirildiğinde hastanede hükümlülere ayrılan bir koğuştta verilen sağlık hizmetinin yeterli olmamasına rağmen, 3. maddenin ihlalini gerektirecek bir kötü muamelelerin oluşmadığı sonucuna varılmıştır.²⁶

7. Eğer bir kimseye, özellikle de devlet görevlileri tarafından işkence ve benzeri kötü muamele yapılmış ise, devletin genel koruma yükümlülüğü ile bağlantılı olarak, *esaslı, etkili ve tarafsız bir kovuşturma yapma yükümlülüğü doğmaktadır*. Bunların kanıtlanmasında en önemli kanıtlardan birini de *hekim raporları* oluşturmaktadır. Bu nedenle hekim raporlarının gerçeği yansıtacak şekilde, dış baskılardan uzak bir ortamda verilmesi gerekmektedir. Türkiye hakkında AİHS m. 3 kapsamında yapılan pekçok başvuruya ilişkin kararda bu konu sürekli öne çıkmıştır. Özellikle İşkenceyi Önleme Komitesi'nin geçmiş yıllarda Türkiye'de yaptığı incelemelerde gelen heyetin beraberinde getirdiği hekimlerin kolluktan adliyeye sevk edilen ve haklarında tutuklama kararı verilen kimi kişileri tutukevinde muayene etmek suretiyle işkence ve benzeri kötü muamele oluşturacak tespitlere ulaşmaları, sağlık muayenelerinin önemini ve kurallara uygun ve gerçeği yansıtacak şekilde yapılmasında hassas davranılmasını zorunlu kılmaktadır.²⁷ Zaten bizzat hekim örgütleride konuya büyük önem vermekte ve Türkiye Tabipler Birliği 10-11 Ekim 1998 tarihleri arasında yapılan 47. Büyük Kongresi'nde Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nı kabul etmiş bulunmaktadır. Bu kurallara göre hekimlerin uluslararası sözleşmelere uyma zorunluluğu (m. 33) yanında, işkenceye yardım yasağı (m. 34) da bulunmaktadır.²⁸ Ayrıca gerek eski ceza yasamızda (ETCK

²⁶ AİHM'nin 15.01.2004 tarihli Yunanistan'a karşı Sakkopoulos kararı (61828/00).

²⁷ Bkz. Tezcan/Erdem/Sancakdar, *Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, s. 270-6 nolu dipnot ve özellikle bkz. s. 272-277.

²⁸ Bkz. *Hekimlik Meslek Etiği Kuralları*, TTB 47. Büyük Kongresi'nde kabul edilmiştir (10-11 Ekim 1998), <http://www.biyoeetik.org.tr/mevzuat/Ulusal/Organ.htm>. Anılan maddelerin içeriği şöyledir:

m. 243) ve gerekse YTCK'da (m. 94-95) bu tür eylemler, suçta iştirak kapsamında, öteden beri cezai yaptırımlara tabi kılınmıştır.²⁹ Nitekim Yargıtay'ın yerleşik uygulamasına göre, adliyeye sevklerinden önce tıbbi rapor alınmak üzere kamu görevlileri tarafından getirilen kişilerle ilgili olarak, onların yanında ve gerekli tıbbi muayeneden geçirmeden, beyana dayalı, gelişigüzel rapor düzenleyen hekimlerin eylemi, tek başına görevi ihmal suçunu oluşturur (ETCK m. 230- YTCK m. 257/2).³⁰

9. Bir çalışmaya göre, "Dayak, soğuk su, elektrik verilmesi, genital organlara elektrik verilmesi, askı (çarmıh-kollar iki yana doğru açık, kasap askısı-kollar yukarıda eller birbirine bağlanmış, filistin askısı- kollar arkada eller birbirine bağlanmış biçimde değişik askı yöntemleri), göz bağlama, ayakta bekletme, ağır bedensel aktivasyonlara zorlama, hakaret, falaka, başa yönelik sistematik darbeler, öldürme tehdidi, cinsel taciz, tecavüz, hücrede tecrit, aç ve susuz bırakma, yalancı infaz, saç-sakal-bıyık yolma, işeme ve dışkılamayı engelleme, soğuk zeminde bekletme, buz uygulaması (blok halde veya torba içinde buz parçacıkları ile) işkence sesleri dinletme ya da seyrettirme, tüm vücut açıklıklarına (kulak, burun, ağız, anüs, vajen, üretraya) yabancı cisim uygulaması, haya burma, uyumanın engellenmesi, lastik içine sokma, arkadaşının öldürülüşünü seyrettirme" belli başlı işkence yöntemleri olmaktadır.³¹

Uluslararası Sözleşmelere Uyuma Zorunluluğu: Madde: 33-Her hekim, başta İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi olmak üzere tüm insan hakları belgelerine ve hekimlikle ilgili ortak kurallara uymakla yükümlüdür.

İşkenceye Yardım Yasağı: Madde: 34-Hekim, tıbbi bilgi ve becerisiyle, işkence ve benzeri uygulamalara katılamaz, yardımcı olamaz, gerçeğe aykırı rapor düzenleyemez. İşkence iddiası olan olgularla karşılaşan hekim, mesleki bilgi ve becerilerini gerçeğin ortaya çıkarılması için kullanır.

²⁹ Hekimlerin işkenceye iştirakiyle ilgili olarak, define buldukları söylentisi üzerine kollukta günlerce işkence edilen ve buna bir hekimin de katkısına ilişkin bir işkence suçuna ilişkin 04.04.1983 tarih ve 64/156 sayılı Yargıtay CGK kararı için bkz. YKD Temmuz 1983, s.1059.

³⁰ 15.10.2002 tarih ve 2002/8-191 Es./ 2002/362 K. sayılı Yargıtay CGK kararı için bkz. <http://www.avukatlar.dernegi.net/yk/436.htm>

³¹ Bkz. Dr. Serhat Gürpınar - Dr. Şebnem Korur Fincancı (İzmir Tabip Odası) İnsan Hakları İhlalleri ve Hekim Sorumluluğu, <http://www.ttb>

10. Bir yandan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin işkence yasağı ile ilgili ihlal kararları³² ve diğer yandan da yurarda değindiğimiz İşkenceyi Önleme Komitesi'nin tavsiye kararları³³ çerçevesinde yürürlüğe konulan Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nde ilk kez hekim raporları konusunda somut adımlar atılmış ve 10. maddesinde *yakalanan kişinin gözaltına alınacak olması veya zor kullanılarak yakalanması hallerinde doktor kontrolünden geçirilerek yakalanma anındaki sağlık durumunun belirleneceğine; gözaltına alınan kişinin herhangi bir nedenle yerinin değiştirilmesi, gözaltı süresinin uzatılması, serbest bırakılması ve adli mercilere sevk edilmesi işlemlerinden önce de sağlık durumunun doktor raporu ile tespitinin sağlanacağına; gözaltı süresinde herhangi bir nedenle sağlık durumu bozulanlar ile sağlık durumundan şüphe edilenlerin derhal doktor muayenesinden geçirileceğine; hakim kararı ile gözaltı süresinin uzatılması durumunda soruşturma ve güvenlik açısından herhangi bir sakınca görülmediği takdirde tekrar sağlık kontrolünden geçi-*

org.tr/eweb/adli/2.html. Dr. Gürpınar ve Dr. Korur Fincancı'ya göre bu işkence yöntemleri, Türkiye'de uygulandığı bildirilen işkence yöntemleri olmaktadır.

³² Bkz. Tezcan/Erdem/Sancakdar, AİHS Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, 2. b, Ankara 2004, s. 253 vd; Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, İnsan Hakları El Kitabı, Seçkin Kitabevi, Ankara 2006, s. 95 vd.

³³ Bkz. CPT (İşkenceyi Önleme Komitesi) Standartları, Strasbourg, Eylül 2002. Bu broşürün önsözüne göre, gözetim altındaki kişilere uygulanacak muameleye ilişkin standartlar, İşkenceyi Önleme Komitesi (CPT)'nin yıllar boyunca bu alanda yaptığı çalışmalar sırasında, özgürlüğünden yoksun tutulan kişilere uygulanacak muameleye ilişkin olarak geliştirilen standartlardır (CPT/Inf/E (2002)1). Anılan broşürde özellikle 42 nolu paragraf konumuzla doğrudan ilgilidir. Buna göre, «42. Polis nezaretindeki kişilerin, doktora erişim hakkı resmi olarak tanınmış olmalıdır. Bir başka ifadeyle, söz konusu kişi tıbbi muayene olmak isterse mutlaka gecikmeden bir doktor çağırılmalıdır. Ayrıca doktora erişim hakkı, nezarete alınmış kişi isterse, (polis yetkilileri tarafından çağırılan bir doktorun yaptığı tıbbi muayeneye ek olarak) kendi seçtiği bir doktor tarafından muayene edilme hakkını da içermelidir. Polis nezaretindeki kişilerin her türlü tıbbi muayenesi, kolluk kuvvetlerinin duyamadığı ve, söz konusu doktor özel bir nedenle aksini istemediği takdirde, memurların göremediği bir yerde yapılmalıdır. Ayrıca hakim önüne çıkarılmadan polis nezaretinden çıkarılan kişilerin, kabul görmüş bir adli tıp doktorundan doğrudan tıbbi muayene/sertifika isteme hakkının olması önemlidir.»

rileceğine; tıbbi muayene ve kontrollerin, Adli Tıp Kurumu veya resmi sağlık kuruluşlarında ücretsiz olarak yapılarak, doktor raporu üç nüsha halinde düzenleneceğine ve soruşturmanın selameti ile doktor veya sanığın güvenliği bakımından sakınca görülmeyen hallerde, doktor ve muayene edilen şahsın yalnız kalmasının sağlanacağına ilişkin kurallara yer verilmiştir.³⁴

11. Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nde öngörülen kuralları hayata geçirmek için TC Sağlık Bakanlığı tarafından yayınlanan Adli Tabiplik Hizmetleri ve Adli Raporların Düzenlenmesi Hakkında 2000/93 sayılı genelge ise, bu konuda önemli bir aşama olmuştur. Bu genelgenin içeriğine göre, "yapılan muayenelerde Sağlık Bakanlığı'nca yeniden hazırlanan 4 nüsha halinde doldurulacak olan ve üç sayfadan oluşan "Genel Adli Muayene Formu" ile erkekler ve kadınlar için ayrı ayrı düzenlenen ve üçer sayfadan oluşan "Cinsel Saldırı Muayene Formları" kullanılacak olup, muayene ve rapor düzenlenmesinde aşağıdaki hususlara titizlikle uyulmalıdır:

- Muayene ve tetkikler sırasında temel insan hak ve hürriyetlerine ve bu arada mahremiyete saygı kurallarına mutlaka uyulmalıdır.

- Hekim hastayı bizzat görmeli ve muayene etmelidir.

- Başkasının ifadesine dayanarak rapor düzenlenmemelidir. Muayene, uygun şartlar altında, adli kolluk kuvvetleri mensuplarının duymayacakları ve görmeyecekleri bir yerde yapılmalıdır. Muayene edilecek olan kimse, yalnızca sağlık personelinin olduğu bir muayene odasında kabul edilmeli ve muayene edilen, gereken şekilde bilgilendirildikten sonra, tamamen soyularak muayene edilmelidir.³⁵

³⁴ Bkz. 01.10.1998 tarihli 23480 sayılı Resmi Gazete.

³⁵ Yukarıda da vurguladığımız üzere (bkz. dipnot 29), işkenceye adliyeye sevklerinden önce tıbbi rapor alınmak üzere kamu görevlileri tarafından getirilen kişileri, onların yanında ve gerekli tıbbi muayeneden geçirmeden, beyana dayalı, gelişigüzel rapor düzenleyen hekimlerin eylemi Yargıtayın yerleşik uygulamasına göre, görevi ihmal suçunu (YTCK'ya göre ihmal su-

V. TÜRK - ALMAN TIP HUKUKU SEMPOZYUMU

DURMUŞ
TEZCAN'IN
TEBLİĞİ

- Ateşli silah ve kesici alet yaralanması olaylarında, olay sırasında giyilen giysilerin saklanması için gerekli tedbirlerin alınması hususu adli makamlara hatırlatılmalıdır.

- Muayene sonrasında adli rapor düzenlenmesi için, mutlaka yukarıda sözü edilen rapor formları kullanılmalıdır.

- Raporlar okunaklı olarak el yazısı ile yazılmalıdır. Özellikle, "sonuç" kısmında, anlaşılır ve sade bir dil kullanılmalıdır.

- Düzenlenen adli rapor, mutlaka "adli rapor protokol defteri"ne de kaydedilmelidir.

- Raporda adli makamlar tarafından sorulan sorulara mutlaka cevap verilmelidir. Sorulmamış olmakla birlikte adli soruşturmanın boyutunu değiştirebilecek durumlar da rapora yazılmalıdır.

- Düzenlenen rapor, mutlaka saptanan travmatik lezyonlara ve tetkiklere dayanmalıdır. Mevcut muayene ve laboratuvar bulguları kişi hakkında kesin rapor düzenlemek için yeterli değilse, kesin rapor düzenlenmemeli, kesin rapor düzenlenmesi için hastanın uygun merkeze sevk yapılmalıdır.

- Kişide travma sonrası saptanan ve lezyonun ağırlık derecesini belirten "hayati tehlike, iş ve gücüne engel olma, çehrede sabit eser, vb" gibi kavramları kullanırken dikkatli olunmalıdır.

- Düzenlenen raporların birinci nüshası, raporu talep eden kurum adına yetkili kişiye kapalı ve mühürlü olarak elden teslim edilecektir (kurumda saklanacak örnek, "raporun bir örneğini aldım" ifadesi ile imzalatılarak, adli kolluk görevlisinin adı, soyadı, yaka numarası alınarak).

- İkinci nüshası, raporu düzenleyen kurum tarafından ilgili Cumhuriyet Savcılığına kapalı zarf içinde resmi kanalla iletilecektir.

retiyile görevi kötüye kullanma suçunu) oluşturur (ETCK m. 230- YTCK m. 257/2) 15.10.2002 tarih ve 2002/8-191 Es./ 2002/362 K. sayılı Yargıtay CGK kararı için bkz. <http://www.avukatlar.dernegi.net/yk/436.htm>

- Üçüncü nüshası, raporu düzenleyen kurumun bulunduğu yerleşim yerinin bağlı olduğu İl Sağlık Müdürlüğüne, il düzeyinde değerlendirme yapılmasını sağlamak amacıyla aylık periyotlar halinde gönderilecektir.

- Dördüncü nüsha ise, raporu düzenleyen kurumda saklanacaktır.

- Bizim kanaatimize göre raporların bu genelgeye uygun olarak düzenlenmesi durumunda pek çok sorun ortadan kalkmış olacaktır.

- Ayrıca sanığın anlatımları ve vücutta görülen izlerin bu anlatıma uygun olup olmadığı raporda mutlaka belirtilmelidir.³⁶

12. Bu genelgeye rağmen uygulamada her zaman istenilen sonucun alınmadığı görülerek, bunun sebebinin Adli Tıp Kurumu Başkanlığı'nca araştırıldığını basından öğreniyoruz. Buna göre, Adli Tıp Kurumu Başkanlığı'nın kolluğun doktora veya zanlıya (şüpheliye) baskı yaptığı yönündeki şikâyet ve iddialar üzerine, il sağlık müdürlüğüyle irtibata geçerek kollukta sorgulanan şüphelinin ilk muayenesinde verilen 'olumsuz' raporların nedenlerini araştırmış ve yaptığı araştırma sonucuna dayanarak, öncelikle polislerin 'güvenlik' gerekçesiyle şüpheliyle birlikte muayene odasına girmelerinin önlenmesi için, devlet hastanelerinin, gözaltına alınan kişilerle ilgili muayene odalarının kapı ve pencerelerine demir parmaklık yapılmasının sağlanmasına karar vermiştir. Böylece hekimin can güvenliği açısından bir tehlikenin bulunmaması halinde polisin, 'Zanlı kaçabilir, ben odada olmalıyım' yönündeki gerekçesinin ortadan kalkacağı ve doktorla şüphelinin baş başa kalacağından muayenenin daha sağlıklı bir ortamda yapılacağı ortaya konulmuş ve bu konuda ısrarcı olan kolluk görevlisi hakkında yasal işlem yapılacağı ifade edilmiştir.³⁷ Aynı araş-

³⁶ Bkz. Tezcan/Erdem/Sancakdar, AİHS Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, s. 274-275. 1 Haziran 2005'de yürürlüğe giren Yeni TCK ve CMK ile eklerini oluşturan yönetmelikler nedeniyle bu genelgeyi değiştiren 2005/143 sayılı genelgeye ise, aşağıda değinilecektir.

³⁷ Bu konuda aşağıda açıklayacağımız üzere 1 Haziran 2005'de yürürlüğe

tırmada dikkat çeken ikinci tespit ise, hekimlerin hazırladığı sağlık raporlarının içerdiği eksiklikler olmuştur. Bu nedenle devlet hastanelerindeki 2 bin 500 doktorun, 'rapor hazırlama ve olaylara doğru yaklaşım' konularında eğitilmesi kararlaştırılmak suretiyle hekimlerin şüpheliyi ayrıntılı muayene etmesinin sağlanmasına karar verilmiştir. Buna dayalı olarak da işkence şüphelerini ortadan kaldıracak şekilde yapılmayan ve ayrıca idrar tahlili bulunmayan, röntgen filmi çekilmemiş raporların kabul edilmeyeceğine dikkat çekilmiştir.³⁸ Aynı yazıda, dönemin Adalet Bakanı Cemil Çiçek'in TBMM'deki bir soru önergesine verdiği yanıtta da yer verilerek, işkencenin hem Türkiye'nin insan hakları sicili açısından, hem de mali açıdan ne kadar ağır sonuçlar doğurduğu gözler önüne serilmektedir.³⁹

giren yeni Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nin 9. maddesi bu sorunu çözmektedir.

³⁸ Bkz. Temiz işkence raporu, Gazete Radikal, 23/03/2003, <http://www.radikal.com.tr/haber.php?haberno=69849> Yazıda hekim raporlarının önemi çok yalın bir şekilde ifade edilmektedir. Buna göre, «Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde (AİHM), Türkiye'nin mahkûm olmasına ve trilyonlarca lira tazminat cezası ödemesine neden olan olayların başında 'işkence davaları' geliyor. Bunun en önemli nedeni ise, polisler aleyhine açılan davaların büyük bölümünün 'beraatle' sonuçlanması, yani işkencenin cezasız kalması. Son olarak AB İlerleme Raporu'nda da Türkiye'de işkencenin cezasız kaldığı vurgulanmış, buna örnek olarak yedi yıldır süren 'Manisa davası' gösterilmişti. Yapılan son yasal düzenlemelerde, AİHM'nin verdiği cezalar karşısında işkenceci polise 'şahsi sorumluluk' getirilmişti. İşkenceyi önleme konusunda yapılan bu çalışmalara Adli Tıp Kurumu Başkanlığı'ndan destek geldi.»

³⁹ "Adalet Bakanı Cemil Çiçek'in, Meclis'teki bir soru önergesine verdiği yanıtta göre işte Türkiye'de işkencenin son durumu:

- 2000-2002 yılları arasında toplam 4 bin 600 kişi işkenceye maruz kaldı.

-Söz konusu yıllar arasında, TCK'nın işkence suçunu düzenleyen 243 ve kötü muamele suçunu düzenleyen 245. maddeleri uyarınca toplam 2 bin 471 dava açıldı.

- 2000 yılında mahkemelerde görülen 826 davanın sadece 101'inde ceza çıktı.

- 2001 yılında görülen 831 davadan ise ancak 19'u mahkûmiyetle sonuçlandı.

- 2002 yılında ise benzeri şekilde mahkemelere gelen 814 davanın yalnızca 85'inde sanıklar işkenceden mahkûm oldu.

- 2000-2002 arasında işkence ve kötü muamele nedeniyle AİHM'ye

13. İşkenceyi önleme konusundaki eğitim faaliyetlerinin çeşitli kamu kurumları ve sivil toplum örgütleri ile de yürütüldüğü ve bazende işbirliğinin sağlanamadığı yönünde eleştiriler gündeme gelmektedir.⁴⁰ Öte yandan işkenceyle mücadele konusunda hakim ve savcılar için somut bilgiler içeren yayınların da yapıldığı görülmektedir.⁴¹

Türkiye aleyhine 344 başvuru yapıldı. Türkiye 121 bin 386 euro, 80 bin 500 ABD Doları, 1 milyon 626 bin 567 İngiliz Sterlini, 723 bin 358 Fransız Frangı tazminata mahkûm edildi", bkz. Temiz işkence raporu, Gazete Radikal, 23/03/2003, <http://www.radikal.com.tr/haber.php?haberno=69849>

⁴⁰ Sözelimi Türk Tabipler Birliği (TTB), Adli Tıp Uzmanları Derneği (ATUD), Türkiye İnsan Hakları Vakfı (TİHV)'nin, işkencenin önlenmesi ve hatta zihinlerden tümünden kazınabilmesi için hazırlık çalışmalarına etkin olarak iştirak ettikleri işkencenin iddialarının etkin araştırılması ve dokümantasyonu için standartları içeren ilk uluslararası kılavuz belge olan ve 2000'de Birleşmiş Milletler Genel Kurul'unda kabul görerek resmi belge niteliği kazanan İstanbul Protokolü'nün Türkiye'de de hayata geçirilmesi için çalıştıkları, ancak adli makamların eğitim konusunda gereken ilgiyi göstermediklerinin ifade edildiği ve bu nedenle internet üzerinden «İŞKENCENİN ÖNLENMESİ İÇİN SAMİMİYET ÇAĞRISI» yaptıkları görülmüştür. Anılan kuruluşlara göre, bu konuda bir devletin "biz işkenceye karşıyız ve işkenceyi etkin biçimde önlemeye çalışıyoruz" diyebilmesi ve bu iddianın kabul görebilmesi için, araştırma ve incelemelerin İstanbul Protokolü'nde belirtilen standartlara uygun biçimde yapılmasının sağlanması gerekmektedir. Bu nedenle de Adli Tıp Kurumu'nun, Adalet Bakanlığı aracılığı ile, 2004 yılı içinde Avrupa Birliği'ne (AB) savcı, hakim ve hekimlere yönelik İstanbul Protokolü eğitimi yapılması için bir proje sunduğu, projenin uygulanmasına yardımcı olan Avrupa Birliği Teknik Yardım ve Bilgi Değişim birimi (TAIEX)'nin 25-27 Mayıs 2005 ve 30 Mayıs-1 Haziran 2005 tarihlerinde İstanbul ve Ankara'da yapılması planlanan bu eğitim için eğitimcilerin sağlanması ve eğitim modüllerinin hazırlanması için İngiltere'den Medical Foundation adlı organizasyon ile birlikte Türkiye'den kurumlarına işbirliği önermesi üzerine bu dört kurum tarafından gerekli tüm hazırlıklar yapılmış olmasına karşın Adalet Bakanlığı'nun söz konusu eğitimi 24 Mayıs 2005 tarihinde, yani başlamasından bir gün önce, hiçbir açıklama yapmadan iptal ettiği ifade edilerek, 21 Mart 2006 tarihinde internet üzerinden İŞKENCENİN ÖNLENMESİ İÇİN SAMİMİYET ÇAĞRISI yaptıkları görülmüştür, bkz.http://www.tihv.org.tr/index.php?option=com_content&task=view&id=66&Itemid=68. Bu konuya yanıt olacak açıklamaların ilgili makamlarca verilmesi, yurt dışından ülkemize yönelik işkenceye göz yumma iddialarının önüne geçecektir.

⁴¹ Bkz. Foley Conor (Çeviren: Orhan Kemal Cengiz), İşkenceyle Mücadele

DURMUŞ
TEZCAN'IN
TEBLİĞİ

14. Yeni TCK, CMK ve İnfaz Yasası ile birlikte 1 Haziran 2005'de yürürlüğe giren yeni Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nde öngörülen kuralları içinde sağlık kontrolü 9. maddede düzenlenmiş olup, yedi yıllık uygulamaların ışığında bazı düzeltmeler yapılarak aynı ilkeler korunmuştur. Buna göre:

- Yakalanan kişinin gözaltına alınacak olması veya zor kullanılarak yakalanması hâllerinde hekim kontrolünden geçirilerek yakalanma anındaki sağlık durumu belirlenir.

- Gözaltına alınan kişinin herhangi bir nedenle yerinin değiştirilmesi, gözaltı süresinin uzatılması, serbest bırakılması veya adli mercilere sevk edilmesi işlemlerinden önce de sağlık durumu hekim raporu ile tespit edilir.

- Gözaltına alınanlardan herhangi bir nedenle sağlık durumu bozulanlar ile sağlık durumundan şüphe edilenler, derhâl hekim kontrolünden geçirilerek gerekiyorsa tedavileri yaptırılır. Bu durumdaki kişilerden kronik bir rahatsızlığı olanların, istekleri hâlinde varsa kendi hekimi nezaretinde resmî hekim tarafından muayene ve tedavi edilmeleri sağlanır.

- Gözaltına alınan kişinin ifadesini alan veya soruşturmayı yürüten kolluk görevlisi ile bu kişiyi tıbbî muayeneye götürülen kolluk görevlisinin farklı olması zorunludur. Ancak personel yetersizliği nedeniyle farklı kolluk görevlisinin bulunmaması hâlinde bu durum belgelendirilir.⁴²

- Tıbbî muayene, kontrol ve tedavi, adli tıp kurumu veya resmî sağlık kuruluşlarınca yapılır.⁴³

Konusunda Hakim ve Savcılar İçin El Kitabı, Essex Üniversitesi İnsan Hakları Merkezi, Ankara, 2004

⁴² Bu hüküm yenidir. Kanaatimizce özellikle büyük şehirlerde gözaltına alınan kişinin ifadesini alan veya soruşturmayı yürüten kolluk birimi dışındaki bir birimde görevli kolluk görevlisinin bu kişiyi tıbbî muayeneye götürmesi daha da uygun olacaktır.

⁴³ AİHM, her ne kadar mağdurun resmi kurumlar dışında kendi arzu et-

- Hekim raporu üç nüsha hâlinde düzenlenir. Kolluk görevlileri tarafından, hekim raporunu verecek birime, yakalananın nezarethaneye giriş raporu mu, yoksa çıkış raporu için mi getirildiği yazılı olarak bildirilir. Yakalama veya nezarethaneye giriş raporunun bir nüshası raporu tanzim eden sağlık kuruluşunda saklanır, ikinci nüshası gözaltına alınana, üçüncü nüsha ise soruşturma dosyasına eklenmek üzere ilgili kolluk görevlisine verilir. Gözaltı süresinin uzatılması veya yer değişikliği ya da nezarethaneden çıkış sırasında düzenlenen hekim raporlarından; bir nüshası sağlık kuruluşunda saklanır, iki nüshası ise raporu düzenleyen sağlık kuruluşunca kapalı ve mühürlü bir zarf içerisinde ilgili Cumhuriyet Başsavcılığına en seri şekilde gönderilir. Bunlardan bir nüshası Cumhuriyet Savcısı tarafından gözaltına alınanın kendisine veya vekiline verilir, bir nüshası ise soruşturma dosyasına eklenir. Bu raporların düzenlenmesinde ve Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmesinde 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 157. maddesinde belirtilen gizlilik kurallarına uyulur ve bu amaçla gerekli tedbirler ilgili sağlık kuruluşunca alınır.⁴⁴

- Hekim muayene esnasında 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 94. maddesinde belirtilen işkence, 95. maddesinde belirtilen neticesi sebebiyle ağırlaşmış işkence ve 96. maddesinde belirtilen eziyet suçlarının işlendiği yolunda herhangi bir bulguya rastlaması hâlinde, keyfiyeti derhâl Cumhuriyet

tiği bir serbest hekimin tıbbi muayene raporunu da dikkate almakta ise de, yeni yönetmelikte de, eski yönetmelikte olduğu gibi tıbbi muayene resmi kurumlara bırakılmıştır.

⁴⁴ Yeni yönetmelikte eskisinden farklı olarak hekim raporunun dört yerine üç nüsha hâlinde düzenlenmesi öngörülmüştür. Ancak gözaltı süresinin uzatılmasına veya yer değişikliğine ya da nezarethaneden çıkışa ilişkin olarak düzenlenen hekim raporlarıyla ilgili özel kurallar getirilerek, hem soruşturmanın gizliliğinin korunması, hem de hekim raporunun düzenleyen sağlık kuruluşunca kapalı ve mühürlü bir zarf içerisinde ilgili Cumhuriyet başsavcılığına en seri şekilde gönderilip Cumhuriyet savcısı tarafından bir nüshasının gözaltına alınanın kendisine veya vekiline verilmesi suretiyle rapordan kolluğun doğrudan haberdar olmasının da önüne geçilmesi sağlanmıştır.

Savcısına bildirir. Bu durumda Ceza Muhakemesi'nde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmeliğin 6. maddesine göre işlem yapılır.⁴⁵

- Hekim ile muayene edilen şahsın yalnız kalmaları, muayenenin hekim hasta ilişkisi çerçevesinde yapılması esastır. Ancak, hekim kişisel güvenlik endişesini ileri sürerek muayenenin kolluk görevlisinin gözetiminde yapılmasını isteyebilir. Bu istek belgelendirilerek yerine getirilir. Bu durumda gözaltına alınan kişinin talebi hâlinde müdafii de muayene sırasında gecikmeye neden olmamak kaydıyla hazır bulunabilir.⁴⁶

- Kadının muayenesi, talebi hâlinde ve olanaklar elverdiğinde bir kadın hekim tarafından yapılır. Muayene edilecek kadının talebine rağmen kadın hekimin bulunmaması halinde, muayene sırasında hekim ile birlikte sağlık mesleği mensubu bir kadın personelin bulundurulmasına özen gösterilir.⁴⁷

⁴⁵ Yeni yönetmelikte işkence ve eziyet suçlarıyla etkin mücadele bakımından suçlarının işlendiği yolunda herhangi bir bulguya rastlaması hâlinde, keyfiyeti derhâl Cumhuriyet savcısına bildirilmesi kuralı getirilerek, bu durumda Ceza Muhakemesi'nde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmeliğin 6. maddesinde öngörüldüğü üzere, "Bir suça ilişkin delil elde etmek amacıyla, mağdurun ve diğer kişilerin bedeni üzerinde tıbbî muayene yapılabilmesine Cumhuriyet Savcısının istemiyle ya da re'sen hâkim veya mahkeme tarafından karar verilebilir. Mağdurun ve diğer kişilerin beden muayenesi ancak hekim tarafından yapılır. Tıbbî muayenenin yapılabilmesi için; müdahalenin, kişinin sağlığına açıkça ve öngörülebilir zarar verme tehlikesinin bulunmaması gerekir."

⁴⁶ Yönetmelik hekim ile muayene edilen şahsın yalnız kalmalarını ve muayenenin hekim hasta ilişkisi çerçevesinde yapılması esas almakla yukarıdadaki değindiğimiz işkence iddialarını örtbas eden bir takım uygulamaların önüne geçtiği gibi, hekim kişisel güvenlik endişesini giderirken gözaltına alınan kişinin talebi hâlinde müdafininin hazır bulunmasına imkan tanıyarak dengeli bir çözüm getirmiştir. Aşağıda değindiğimiz 22.07.2003 tarihli Y.F.-Türkiye Davası (bkz. dipnot 45), mağdurun kadın olmasına rağmen, hekim ile muayene edilen şahsın yalnız kalmalarını engelleyen kolluk davranışının ihlal nedeni olduğunu göstermektedir.

⁴⁷ Kadının muayenesinin, talep hâlinde ve olanaklar elverdiği takdirde bir kadın hekim tarafından yapılması, Yeni CMK m. 77 gereğince yasal

- Tıbbî muayenenin yapılabilmesi için; müdahalenin, kişinin sağlığına açıkça ve öngörülebilir zarar verme tehlikesinin bulunmaması gerekir.⁴⁸

15. 1 Haziran 2005'de yeni yasalarla birlikte yayınlanarak yürürlüğe giren yeni Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nin içerdiği yeni mevzuata uygun hükümleri hayata geçirmek için Sağlık Bakanlığı'nun 2000/93 sayılı eski genelgesinin yerine, 22.09.2005 tarih ve 2005/143 sayılı Adli Tabiplik Hizmetlerinin Yürütülmesinde Uyulacak Esaslara İlişkin Genelge, TC Sağlık Bakanlığı Temel Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü tarafından hazırlanıp gerekli duyuru yapılmıştır.⁴⁹ Bu genelge ve ekinde yer alan bilgilere yeni yasalar ve yönetmelikler paralelinde uyulması halinde, işkence iddialarının doğru olup olmadığına ilişkin şüpheler

bir yükümlülük haline getirilmiştir. Aslında hekimlerin cinsiyetinin bu mesleğin icrası bakımından rol oynamaması gerekmele birlikte, konu 22.07.2003 tarihli Y.F.-Türkiye davasına konu olmuş ve göz altında tutulan F'nin şikayeti nedeniyle 20 Ekim 1993 tarihinde kendisini muayene eden hekimin daha kapsamlı bir muayene için kadın hastalıkları uzmanına göndermesi üzerine, bayan F perdenin arkasında muayene edilirken, onu getiren polisler, muayenenin yapıldığı odada kaldıklarından, bu durum AİHM tarafından özel hayata saldırı kabul edilerek sözleşmenin 8. maddesinin ihlalinden Türkiye mahkum olmuştur. Bu kararda hekimin cinsiyeti değil, yukarıda da vurguladığımız üzere, bugünkü yönetmeliğe aykırı olan kolluğun davranışı ihlal nedeni sayılmıştır. Bu konuda bkz. Bkz. Tezcan/Erdem/Sancakdar, Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, s. 415.

⁴⁸ Yönetmelikte öngörülen bu hüküm, Yeni CMK'nun 75. maddesindeki şüpheli veya sanığın beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması ile ilgili hükmün 2. fıkrasındaki (İç beden muayenesi yapılabilmesi veya vücuttan kan veya benzeri biyolojik örnekler alınabilmesi için müdahalenin, kişinin sağlığına zarar verme tehlikesinin bulunmaması gerekir) şeklindeki kuralla, diğer kişilerin beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması ile ilgili 76. maddesinin 1. fıkrasındaki "sağlığını tehlikeye düşürmemek ve cerrahî bir müdahalede bulunmamak koşuluyla" şeklindeki hükmün genellenmesinden ibarettir. Ancak buradaki muayene, anılan maddelere göre yapılan bir muayene olmayıp, gözaltı muayenesi olduğu için böyle bir ifade kullanılmıştır.

⁴⁹ Bkz. www.adlitabiplik.saglik.gov.tr/index.php?p=genelge-7k; www.barobirlik.org.tr/calisma/duyuru/341.aspx - 4k -

ortadan kalkacağı gibi, resmi makamların düzenlediği muayene raporlarına duyulacak güven de tazelenecektir.⁵⁰

⁵⁰ Anılan Genelgenin "3.3.1. Raporların tanziminde aşağıdaki hususlara titizlikle dikkat edilecektir:" başlığı altında yer alan açıklamaları burada belirtmekle yetiniyoruz. Bunlar şöyledir:

"a) Adli raporlar, bütünüyle muayeneyi yapan tabibin tespit ettiği objektif bulgulara, konsültasyonlar ve tetkik sonuçlarının incelenmesi ile mesleki bilgileri ışığında yapacağı değerlendirmelere dayanmalıdır ve tarafsız olmalıdır.

b) Adli raporlar, kesinlikle resmi makamların istek yazısının altına yazılmamalı, ayrı bir rapor olarak düzenlenmelidir.

c) Raporlar el yazısı ile tanzim edilebileceği gibi, daktilo veya bilgisayar çıktısı şeklinde de olabilir. El yazısı kullanılmışsa okunaklı olmalıdır. Özellikle sonuç kısmında anlaşılır ve sade bir dil kullanılmalıdır. Kelimeler, özellikle tıbbi terimler, kısaltma yapılmadan tam olarak yazılmalıdır.

^{d)} Adli rapor formları eksiksiz olarak doldurulmalı; olayın öyküsü, kişiye ait özgeçmiş ve fizik muayene bulguları, muayene tarihi ile saati ve varsa yapılan konsültasyon değerlendirmeleri açıkça belirtilmelidir. Raporunda, saptanan bulgulara, varsa travmatik lezyonlara ve yapılmışsa tetkik sonuçlarına ayrıntılı olarak yer verilmelidir. Adli değerlendirmede "yaşamsal tehlike" kararı verildi ise, karara dayanak teşkil eden bulgular raporun sonuç kısmında mutlaka belirtilmelidir. Adli makamlar tarafından sorulan sorular muhakkak cevaplanmalıdır. Sorulmamış olmakla birlikte adli soruşturmanın boyutunu etkileyebilecek durumlar da rapora yazılmalıdır.

e) Muayenesi yapılan kişinin alkollü olup olmadığı dikkate alınmalı; tabipçe gerekli görülmesi, adli makamın veya kolluğun talebi halinde kişinin alkollü olup olmadığı usulünce tespit edilerek sonucuna raporda yer verilmelidir.

f) Raporun ilk sayfasında sağlık kuruluşunun ismi; raporun her sayfasında muayene edilen kişinin adı, soyadı ve raporu düzenleyen tabibin parafı veya imzası; raporun sonunda okunaklı olarak raporu düzenleyen tabibin adı, soyadı, diploma numarası ve imzası ile kurumun adı ve okunaklı olarak kurum mühürü bulunmalıdır.

g) Adli kanıt niteliği taşıyan tetkik sonuçları ve grafilerin aslı, muayene edilen kişinin kendisine verilmemeli ve ilgili mevzuatta belirtilen süreyle arşivde saklanmalıdır. Bu materyallerin, özellikle grafilerin üzerinde muayene edilenin adı, soyadı ve kayıt numarası silinmeyecek ve değiştirilmeyecek şekilde yer almalıdır.

Adli vakanın bir başka sağlık kuruluşuna sevk edilmesi durumunda veya tetkik sonuçları ile tıbbi belgelerin düzenlenen adli raporun ekinde yer alması gerektiğinde, bu belgeler asıl belge niteliğinde değilse, örnekler "aslı gibidir" ibaresi konularak onaylanmalıdır.

Muayene edilen kişinin, tetkik sonuçlarının veya çekilen grafilerin

16. Mevzuatımızdaki bu olumlu gelişmelerin ışığında, AİHM'nin işkence yasağının ihlaline ilişkin kararlarını değerlendirdiğimizde, bunların büyük çoğunluğunun 01.10.1998 tarihinde RG'de yayınlanan Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nde öngörülen kuralların yayınlanmasından önceki döneme ve çok az bir kısmının da gözaltı ile ilgili denetimin eksiklikler içerdiği ve bu yüzden bu yönetmelik hükümlerinin fiilen hayata geçirilemediği döneme rastladığı gözlemlenmektedir. Ayrıca sorun, genellikle kollukta gözaltında alınan ifade sırasında maruz kalındığı iddia olunan işkence ve benzeri kötü muameleyi kanıtlayacak hekim raporu bulunmasına rağmen, açılan davaların büyük çoğunluğunun delil yetersizliği nedeniyle beraat ile sonuçlanmasından kaynaklanmaktadır. Sözelimi en yeni kararlardan biri olan 21.09.2006 tarihli Söylemez - Türkiye (Başvuru no 46661/99) kararında, AİHM, Mustafa ve Sena Söylemez'in AİHM'ye açtıkları davada, Türkiye'de tutuklandıktan sonra, Sena Söylemez'in hapisshanedeki doktor muayenesinde vücudunun belli yerlerinde bereler tespit edilmesini ve bunun nedenini Türk Hükümetinin inandırıcı bir şekilde açıklayamamasını Sena Söylemez açısından insanlık dışı muamele olarak nitelendirirken, tıbbi muayeneden geçen diğer başvuran Mustafa Söylemez'in vücudunda herhangi bir yara ve hasar bulunamaması nedeniyle onun açısından bir ihlal tespit etmemiştir. AİHM'ye göre, 27 Haziran 1996 tarihli doktor raporunda yer alan Sena Söylemez'in sol kolundaki ve göğsünün sağ tarafındaki eski morartı şeklindeki bulguların yakalamadan önceki döneme ait olması mümkün olmadığı ve bu yaraların onaltı günlük gözaltı süresinde meydana gelmediğine ilişkin hükümet inandırıcı bir açıklama da getiremediği tespit edilmiştir (par. 105). Ayrıca C. Savcılığı'nca gözaltından sorumlu polisler hakkında ETCK m. 243'deki işkence suçun-

kendisine verilmesini talep etmesi halinde, asıl belgeler ve grafipler sağlık kuruluşunda korunmak kaydıyla, kişiye bu tetkik sonucu veya mümkünse grafiplerin bir örneği verilmelidir.

h) Adli vaka bir başka sağlık kuruluşundan sevk edilerek gelmişse, gönderen kuruluşca düzenlenen geçici rapor incelenmeli; ancak, sevk edilen kurumca yapılan işlemler ve değerlendirmeler geçici rapor üzerinde değil ayrı bir rapor olarak tanzim edilmelidir."

dan açılan dava, somut ve inandırıcı delil bulunamadığından beraatle sonuçlanmıştır (par. 81). AİHM'nin yerleşik içtihatlarına göre, sorumluluğu altında bulunan kişilere karşı işlenen eylemden beraat kararı verilmesi devletin işkenceden sorumluluğunu kaldırmaz.⁵¹ Zira Ağır Ceza Mahkemesi 27 Haziran 1996 tarihli doktor raporundan gerekli sonucu çıkarmamıştır. En azından bu eylemden sorumlu olması muhtemel diğer polisler hakkında ek soruşturması açılmasını talep etmesi gerekirdi. Beraat eden sanık polisler hakkındaki mahkeme kararı doktor raporundaki yara izlerinin nedenini açıklaktan uzaktır (par. 105).⁵² Mehmet Faysal Söylemez'in vücudunda tespit edilen yara izlerinin inandırıcı bir açıklaması getirilemediğinden bunun bir isanlık dışı muamele oluşturduğunu (par.107) ve bu nedenle de bu olayda AİHS m. 3'ün ihlal edildiği sonucuna varmıştır (par.108).

17. Doktor muayenesi ile ilgili olarak birbirine tezat oluşturan iki raporun bulunduğu 22.10.2002 tarihli Algür - Türkiye (Başvuru no 32574/96) davasında, AİHM tarafından, AİHS 3. ve 6/1. maddelerin ihlal edildiğine karar verilirken, işkence ile ilgili 3. madde konusunda şu gözlemlerde bulunulmuştur: AİHM, 14 gün gözaltında kalan Meryeme Algür'ün gözaltına alındığı andan itibaren bir doktor muayenesinden geçirilmediğini, gözaltı süresi sonunda adli tabibin vücudunda herhangi bir yara bere izine rastlanmadığını belirtirken, aynı gün tutuklanıp konulduğu tutukevi doktorunun vücudunda yara izi tespit ettiğini, bu gözaltı süresince **kendi seçeceği hekimden** ve avukata başvurma hakkından **yararlanmadığını** tespit etmiştir. Gözaltından sonra art arda verilen iki sağlık raporunun da birbirine tezat oluşturduğunu, hiç bir yara izine rastlanılmadığına ilişkin ilk sağlık muayenesinin usulüne uygun yapılmadığını, hiçkimsenin davacıdaki rahatsızlıkların yakalanmadan önceki döneme ait olduğunu iddia

⁵¹ Örnek olarak bkz. AİHM'nin 1 Mart 2001 tarihli Berktaş-Türkiye kararı, par 167-168; 1 Mart 2001; 22 Mayıs 2001 tarihli Altay-Türkiye kararı, par 50.

⁵² Makeme kararında benzerlik nedeniyle 31 Mayıs 2005 tarihli Gültekin ve diğerleri-Türkiye kararına (par.39) dikkat çekmektedir.

etmediğini, cezaevi doktorunun tavsiyesine rağmen herhangi bir ek muayene yapılmadığını, buna rağmen C. Savcısının yeterli delil olmadığı gerekçesiyle yapılan şikayet hakkında takipsizlik kararı verdiğini, davacının adli tıbbı sevki konusunda yaptığı iki başvurunun da kabul edilmeyerek takipsizlik kararı verildiğini ileri sürerek ağır ceza mahkemesi başkanına takipsizlik kararının kaldırılması için yaptığı itirazın da itiraz nedenleri çürütülmeden reddedildiğini belirtmiştir (par. 41). Divana göre, *devlet, her gözaltına alınanın güvenliğinden sorumludur*. Zira polise teslim olan kişi zayıf bir konumda olup, devlet makamlarının onu koruması gerekir (par. 44). Kişinin özgürlüğünün kısıtlanmasının en başından itibaren, bu kimsenin *kolluk güçlerinin yaptırdığı sağlık muayenesine ilave olarak kendi seçeceği hekimden ve avukata başvurma* hakkından yararlandırılması ve aile üyelerinden birine haber verilmesi gibi sahip olduğu temel haklara tam olarak uyulmasını ve bunun hızlı bir adli müdahale ile güçlendirilmesini ve bu olayda olduğu gibi, özellikle kendilerinden suçlarını itiraf ettirmek için gözaltındaki kişilere kötü muamele yapılmasını önlemeyi ve böyle bir durum varsa bunu ortaya çıkarmayı gerektirir. Somut olayda, *ek sağlık muayenesinin eksikliğinin gerekçesinin açıklanmaması*, Hükümetin sorumluluğunu gerektirir. Elde edilen sağlık raporu başvuranın ızdırabının çok ağır olduğunu belirlemeye yetmemekle birlikte, olay tarihinde 22 yaşında olması ve uygun muayene yapılmaması nedeniyle, kendisine karşı yapılan davranış insanlık dışı ve aşağılayıcıdır. Bu nedenle 3. madde ihlal edilmiştir.⁵³

21.12.2000 tarihli Büyükdağ - Türkiye kararı da, Algür davasıyla benzer özellikler taşımaktadır. Bu dava konusu

⁵³ Bu kararda Divan, ilk ve son doktor raporunun arasındaki çelişkiyi gidermek için için olduğu kadar, 14 gün gözaltında kalan Meryeme Algür'ün bu kadar uzun bir süre gözaltında kaldığı dönemde kendi seçeceği hekimden yararlandırılma hakkı bulunduğu da işaret etmektedir. Ancak şu an mevzuattaki hükümler değiştiği için gözaltına alınan şüphelinin sahip olduğu haklar ve güvenceler bu tür haksızlıkların tekrarını engelinecek nitelikte olduğunu düşünüyoruz.

DURMUŞ
TEZCAN'IN
TEBLİĞİ

olayda da, Leyla Büyükdağ'ın on beş gün süreyle herhangi bir avukatla görüşmeden yoksun, hekim kontrolüne tabi olmaksızın ve bir akraba veya yakını ile görüştürülmeksizin gözü bozuk olduğu halde göz altında tutulması, üç kez doktor muayenesinde, hareketlerinde azalma oluşu, sağ kolunda ağrıların, omuzunda ve bileğinde yara izlerinin bulunmasına rağmen kendisini sorgulayan polisler hakkında yaptığı işkence şikayetinin, hangi polis tarafından işlendiğinin tespit edilememesine dayalı olarak takipsizlik kararı verilmesi, tebligatın tutuklu olan bu kişiye tutuk evinde değilde ilk yakalandığı adrese yapılması ve bu konuda yaptığı itirazın da görevli Ağır Ceza Mahkemesi başkanı tarafından reddedilmesi nedeniyle, AİHM, işkence iddiasının oluştuğu kanaatine ulaşmıştır.

18. Yukarıda verdiğimiz açıklamaların ışığında, Türkiye'nin işkence iddialarının üzerine gitme konusunda son dönemde gösterdiği gayret, getirdiği düzenlemeler ve oluşan uygulamalar çerçevesinde, Türkiye'de işkence yasağına genellikle uyulduğu kanaatine ulaşmış bulunmaktayız. Bu konu Avrupa İşkenceyi Önleme Komitesi'nin denetim raporlarında da görülmektedir.

Prof. Dr. Nur CENTEL (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi):*

I. Giriş

Kasten yaralama sonucunda ölüm meydana gelmesi, bağımsız suç olmayıp kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinden biridir. Konunun kapsamlı olması dolayısıyla, bu ağırlaşmış hal aşağıda bağımsız suçlara özgü inceleme yöntemiyle ele alınmaktadır.

5237 sayılı Türk Ceza Yasası'nın özel hükümler kitabında, kişilere karşı suçlara ilişkin ikinci kısmın "*hayata karşı suçlar*" başlıklı ikinci bölümünde yer alan TCK m. 87/4 uyarınca, kasten yaralama sonucunda ölüm meydana gelmişse, fail hakkında, TCK m. 86/1'e giren hallerde sekiz yıldan on iki yıla kadar, TCK m. 86/3'e giren hallerde ise on iki yıldan on altı yıla kadar hapis cezasına hükmolunacaktır.

Kasten yaralama, başkasının vücuduna bilerek-isteyerek acı verme veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olmalıdır.

* "Kasten Yaralama Sonucunda Ölüm Meydana Gelmesi", başlıklı tebliğ.

II. Eski ve Yeni Yasanın Karşılaştırılması

Kasten yaralama sonucunda ölüm meydana gelmesi, önceki dönemde bağımsız suç olarak nitelendirilmekteydi.¹ Bu hal 765 sayılı TCK m. 452/1'de düzenlenmiş ve cezası adam öldürmeye ilişkin hükümlere yollama yapılarak gösterilmişti. Bu hükme göre, *"katil kastıyla olmayan darp ve cerh veya bir müessir fiilden telefi nefis husule gelmiş olursa"* fail cezalandırılacak ve cezanın alt sınırı 448. maddede yer alan kasten öldürme halinde sekiz yıl, 449. maddede yer alan ağırlaştırıcı nedenler bulunduğu on yıl, 450. maddede yer alan ağırlaştırıcı nedenler bulunduğu ise on beş yıl olacaktır.

765 sayılı TCK m. 452/2'de ise ölümün failin eyleminden önce mevcut olup da failce bilinmeyen nedenlerin veya failin iradesi dışında ve umulmayan sebeplerin birleşmesiyle meydana gelmesi hali dikkate alınarak, daha hafif cezalar öngörülmüştür. Buna göre, *"eğer telefi nefis failin fiilinden evvel mevcut olup da failce bilinmeyen ahvalin birleşmesi veyahut failin iradesinden hariç gayri melhuz esbabın inzimamı ile vukua gelirse 448'inci maddede beyan olunan ahvalde beş seneden, 449'uncu maddede muharrer ahvalde yedi seneden ve 450'inci maddede yazılı ahvalde fail on seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezası ile cezalandırılır"*.

765 sayılı yasadaki bu hükümler objektif sorumluluğa yol açan düzenlemeler olarak eleştirilmiş ve meydana gelen aşırı sonuçtan dolayı failin sadece taksir derecesinde kusurunun bulunduğu hallerde sorumlu tutulması önerilmiştir.²

Kasten yaralama sonucunda ölüm meydana gelmesi 5237 sayılı yasada ise netice sebebiyle ağırlaşmış yaralama halleri arasına alınmış ve cezası kasten yaralamaya ilişkin hüküm-

¹ Bkz. S. Dönmezer, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, İstanbul 1998 k.no. 65.

² Bkz. A. Önder, *Ceza Hukuku Genel Hükümler II-III*, 358; N. Centel, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, İstanbul 2002, 372; M. Özen, *Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk*, Ankara 1998, 67 vd.

lere yollama yapılarak alt-üst sınırlı ceza şeklinde gösterilmiştir. Buna göre, TCK m. 86'nın ilk fıkrasına giren hallerde fail hakkında sekiz yıldan on iki yıla, üçüncü fıkrasına giren hallerde ise on iki yıldan on altı yıla kadar hapis cezasına hükümlenacaktır. Düzenlemenin objektif sorumluluğa yol açmaması için, TCK m. 23'de failin netice bakımından en azından taksirle hareket etmiş olmasının aranması öngörülmüştür.

5237 sayılı yasada, ölümün failin eyleminden önce mevcut olup da failce bilinmeyen nedenlerin veya failin iradesi dışında ve umulmayan sebeplerin birleşmesiyle meydana gelmesi hali için ayrı bir düzenleme yapılmamıştır.

III. Suçla Korunan Hukuki Değer

Kasten yaralama sonucunda ölüm meydana gelmesi halini kasten yaralama suçundan daha ağır cezalandırmaya yönelik hükümlerle korunan hukuki değer, yaşama hakkıdır. İnsan, insan olması nedeniyle, yaşama hakkına sahiptir. Yaşama hakkı, vazgeçilmez bir hak olarak, tüm diğer hakların özünü oluşturur. Diğer hak ve özgürlüklerin kullanılabilmesi ve değer kazanabilmesi, yaşama hakkının gerçekleştirilmesi-ne bağlıdır.

Yaşama hakkı, üzerinde tasarrufa olanak tanınmayan, vazgeçilmez bir değer olarak, ulusal ve uluslararası tüm hukuk kurallarıyla koruma altına alınmıştır. Nitekim, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi³ (İHEB m. 3-5), İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAS m. 2, 5)⁴ gibi pek çok uluslararası belge, bu hakkı ve dokunulmazlığını vurgulamıştır. Anayasada yaşama hakkının dokunulmazlığı güvencelenmiştir (Ay m.17/1). Yaşama hakkı ceza yasalarıyla koruma altına alınmaktadır.

³ 10.12.1948 Tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, 06.04.1949 gün ve 3/9119 sayılı Bakanlar Kurulu Kararnamesi'yle yayınlanarak yürürlüğe girmiştir (RG 27.05.1949, No. 7217).

⁴ RG 19.03.1954, No. 8662.

Yaşama hakkı, kişisel olduğu kadar, toplumsal bir değerdir. Bu nedenle, yaşama hakkına yönelik saldırılara karşı ceza yasalarında daima yaptırım öngörülmektedir.

IV. Suçun Faili

Kasten yaralama sonucunda ölüm meydana gelen hallerde fail herkes olabilir. Ancak, fail ile mağdur arasında üstsoy, altsoy, eş olma gibi yakınlık bulunması veya failin kamu görevlisi sıfatından kaynaklanan nüfuzunu kötüye kullanmış olması cezanın ağırlaşması sonucunu doğuracaktır (TCK m.87/4).

V. Suçun Mağduru

Kasten yaralama sonucunda ölüm meydana gelen hallerde mağdur herkes olabilir. Suçun mağduru bakımından, herhangi bir özellik söz konusu değildir. Ancak, mağdurun fail ile üstsoy, altsoy, eş olma şeklindeki yakınlığı ve yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle bu suça muhatap olması cezanın ağırlaşması sonucunu doğuracaktır (TCK m. 86/4).

Kasten yaralama sonucunda ölüm meydana gelen hallerde mağdur ancak insan olabilir. Mağdurun hayatta olması gerekir. Hayatta olmak, canlı doğmayı gerektirdiği gibi; suçun oluşmasına sebebiyet veren hareketlerin yapıldığı sırada yaşıyor olmayı da zorunlu kılar.

Cenin, ana rahminden çıkarak ayrı bir varlık haline gelinceye kadar yaralama ve dolayısıyla kasten yaralama sonucunda ölüm meydana gelmesi suçunun mağduru olamaz.

VI. Suçun Unsurları

1.Maddi Unsur

a. Kavram

Yaralama, başkasının vücuduna acı verme, sağlığını veya algılama yeteneği bozmadır.⁵ Kasten yaralama suçu, serbest hareketli suçlardandır.⁶ Suç, mağdurun beden bütünlüğünü bozacak herhangi bir hareketle işlenebilir. Bu hareket, icrai veya ihmali olabilir. Suçun ihmali suretiyle icra edilmesi hali TCK m. 88'de ayrıca hüküm altına alınmış bulunmaktadır.

Yasanın aradığı neticenin ortaya çıkması için, vücuda acı verme, sağlığı bozma ya da algılama yeteneğinin bozulması sonucunu doğuran hareketlerden birinin yapılması gerekir. Bu hareketler, maddi veya manevi araçlarla gerçekleştirilebilir.⁷ Hareketin doğrudan doğruya mağdurun bedenine yönelmesi şart değildir. Örneğin, hipnotik hareketlerle veya korkutma amacıyla herhangi bir şekilde patlama sesi çıkartarak sinir sistemini bozma, bu kapsamda sayılır.⁸

Yaralama hareketinin mağdura yönelik olması gerekir. Yakınına yönelik yaralama hareketi dolayısıyla heyecanlanıp ölen kişi bakımından bu suç oluşmaz. Failin bu sonucu elde etme kastıyla hareket etmesi halinde ise kasten insan öldürme suçu söz konusu olur.⁹

⁵ Adli tıp yönünden yaralanma kavramı konusunda bkz. R. Şendil, "Yeni TCK'da Vücut Dokunulmazlığına Karşı İşlenen Suçlar ve Bunun Adli Tıp Yönünden İrdelenmesi", İBD 80, 4 (Temmuz/Ağustos 2006), 1591 vd.

⁶ N. Centel/H. Zafer/Ö. Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul 2006, 253.

⁷ D. Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2005, 124.

⁸ A. Önder, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim alanında Suçlar, İstanbul 1994, 97.

⁹ S. Kaymaz, "5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 87/4 Maddesinde Düzenlenen Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Yaralama Suçunu Oluşturan Fiilden Ne Anlaşılması Gerektiğine Dair Bazı Düşünceler", Kazancı Hukuk İşletme ve Maliye Bilimleri 8 (Hakemli Dergi), 25.

Yasada kasten yaralama sonucunda ölüm meydana gelen hallerde yaralamanın belli ağırlıkta olması aranmıştır.

b. Yaralamanın Ağırlığı

aa. Yaralamanın Orta Ağırlıkta Olması

Ölüm neticesinin kasten yaralamaya sebebiyet veren hareketlerden herhangi biri ile gerçekleşmiş olması mümkündür. Bu hareket icrai olabileceği gibi, failin sonucu önleme yükümlülüğünün bulunması koşuluyla ihmali de olabilir. Ancak bunun için failin ihmali hareketi ölüm tehlikesini önemli ölçüde artırmış olmalıdır.¹⁰

765 sayılı Türk Ceza Yasası'nda kastın aşılması suretiyle adam öldürmeye ilişkin TCK m. 452/1'de müessir fiil suçunun tanımlandığı TCK m. 456'nun herhangi bir fıkrasına yollamada bulunulmayarak hafif derecedeki yaralamayla da bu suçun oluşabileceği kabul edilmişti. 765 sayılı yasaya göre ölüm sonucunun "*katil kastiyle olmayan darp ve cerh veya bir müessir fiilden*" dolayı ortaya çıkmış olması mümkündür.

5237 sayılı Türk Ceza Yasası'nda ise bu konuda bir sınırlandırma sözkonusudur; kasten yaralama sonucunda ölüm meydana gelmesine ilişkin olarak TCK m. 86/1 ve 3'e yollama yapılmıştır (TCK m. 87/4).¹¹ Söz konusu fıkralar yaralamanın orta ağırlıktaki temel hali ile fail ve mağdur arasındaki akrabalık ilişkisi, sıfat veya kullanılan araç dolayısıyla cezanın artırılması öngörülen hallerine ilişkindir.

¹⁰ D. Tezcan/ M. R. Erdem/ M. Önok, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'na Göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku (5. Bası), Ankara 2007, 209.

¹¹ 5237 sayılı TCK m. 86 ve m. 88, 5328 sayılı yasa ile değişikliğe uğramış ve 88. maddenin ilk fıkrası yürürlükten kaldırılarak, 86. maddeye ikinci fıkra olarak eklenmiştir. Aynı yasa ile m. 87/4'de yer alan ve 86. maddeye yapılan yollamaları düzenleyen kısımlar da değişikliğe uğramış ve önceki ikinci fıkraya yapılan yollama üçüncü fıkraya işaret eder şekilde değiştirilmiştir. Bkz. 31.03.2005 gün ve 5328 sayılı yasa (RG 31.03.2005, No. 25772-Mükerrer).

Bu düzenlemeye göre, TCK m. 86/2'de yer alan basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek şekilde gerçekleştirilen yaralamadan ölüm sonucu meydana gelirse, TCK m. 87/4'ün uygulanması söz konusu olmayacaktır.

Yargıtay, ölümle sonuçlanan kasten yaralama olaylarında yaralamanın orta ağırlıkta mı yoksa basit mi olduğunun tespitine özellikle önem vermektedir. Çünkü fail yaralama basit olduğu takdirde taksirle, orta ağırlıkta olduğunda ise kastın aşılması suretiyle ölüme sebebiyetten sorumlu olacaktır.¹²

¹² Yargıtay Birinci Ceza Dairesi'nin yeni tarihli bir kararında şöyle denilmektedir: "Maktule ait otopsi raporları ve tıbbi belgeler Adli Tıp Kurumuna gönderilerek kafa sol temporal bölge kulak arkasında yer alan yaklaşık 3 cm.lik travmaya bağlı cilt kesisi altındaki yaralanma ile oluşan çatlağın hayati fonksiyonlara etkisi de nazara alınmak suretiyle basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek nitelikte olup olmadığı ve 5237 sayılı kanununun 86/2, 86/1 maddelerinden hangisinin kapsamı içinde kaldığına ilişkin rapor alınarak, sonucuna göre 86/2. maddesi kapsamında kaldığı takdirde aynı yasanın 22 ve 85. maddeleri uyarınca taksirle öldürme suçunu, 86/1 maddesi kapsamında kaldığı takdirde ise aynı yasanın 23 ve 87/4. maddeleri uyarınca kastın aşılması suretiyle öldürme suçunu oluşturacağı göz önünde tutularak 5237 sayılı TCK ile 765 sayılı TCK'nın olayla ilgili bütün hükümlerinin yargı denetimine olanak verecek biçimde uygulanması, ortaya çıkan sonuçların birbirleriyle karşılaştırılması, lehe olan hükmün belirlenmesi ve uygulamanın ona göre yapılmasında zorunluluk bulunması bozmayı gerektirmiştir", Y1CD, 23.02.2007-2006-7467/668. Bir başka kararda ise şöyle denilmektedir: "Olaydan bir hafta önce sanık Erdem'in küfür etmesi üzerine alınan maktulün Erdem'i annesine şikayet ettiği, olay günü de maktul ve arkadaşı tanık Levent'in düğün salonunun terasında sigara içerlerken sanık Erdem, Aydın ve tanık Sercan'ın yanlarına geldiği, sanık Erdem'in maktulü *gel konuşalım* diye yanlarına çağırdığı, birlikte yürüyerek arkadaşlarından ayrıldıkları, önceki olayın etkisi ile sanığın maktulü önce eliyle iteklediği, yüzüne tokat attığı sonra da karnına tekme vurduğu, maktulün aldığı darbelerini etkisi ile önce öne doğru eğildiği, sonra arkası üzerine düşerek kafasını beton zemine vurduğu, ölüm nedeninin belirlenemediği olayda sanık lehine yapılan yorum sonucunda 5237 sayılı TCK 86. maddesi kapsamında Adli Tıp Kurumu'ndan rapor aldirılıp sonucuna göre, a) rapor 5237 sayılı TCK 86/2 kapsamında ise aynı yasanın 86/2, 22/2 maddeleri yollaması ile 85/1, b) rapor 5237 sayılı TCK 86/1 kapsamında ise aynı yasanın 87/4. maddesine göre lehe olan 765 sayılı yasanın 452/2. maddesi ile hüküm kurulması gerekir", Y1CD, 19.10.2007-2006-5288/7577.

Yaralamanın derecesini tespit uygulamada zor olabilir. Bu konuda, 765 sayılı Türk Ceza Yasası'nda yer verilen “*mutat iştigallerden mahrumiyet*” ölçütünden vazgeçilmesi isabetli olmamıştır.¹³

bb. Basit Yaralama

Mağdur üzerinde basit tıbbi müdahaleyi gerektiren bir etki doğuran kasten yaralamanın ölüm neticesini meydana getirmesi mümkündür.¹⁴ Böyle bir durumda da neticenin objektif olarak faile isnat edilmesi söz konusu olabilir; ancak, yasal düzenleme buna engel teşkil edecek niteliktedir. Çünkü TCK 87/4' de kasten yaralama sonucunda ölüme sebebiyet verilmesi durumunda ceza bakımından sadece yaralamanın orta ağırlıktaki temel şekline yollama yapılmıştır. Bu durumda, basit yaralama (TCK 86/2) kapsamına giren bir yaralama sonucunda ölüm neticesi meydana geldiğinde TCK m. 87/4 uygulanamayacaktır.¹⁵ Örneğin, şiddetli olmayan bir yumruk sonucunda veya yaralanmaya sebebiyet vermeyen itme

¹³ Aynı görüş: Şendil, 1608-1609; Kaymaz, 41.

¹⁴ Basit sayılan yaralamalar şunlardır: Ağrı veya hassasiyet, kızarıklık, ödem, şişlik, basit sıyrık, basit burkulma, sınırlı ve küçük adale tutulması veya burun kanaması, küçük alanda saç yolunması ya da tırnak izleri, yüzde on beş oranından daha küçük birinci derece yanıklar, toplamı beş cm. kareden küçük ekimozlar, üç-beş cm.'den küçük sadece cilt, cilt altını ilgilendiren yüzeysel kesik veya yaralar, kısa süreli tedavisiz düzelen bayılma, bir günden az devam eden sürede uyku veren madde verilmesi-alınması. Bkz. Şendil, 1599; N. Meran, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Kişilere Karşı Suçlar, Ankara 2005, 437 vd.; Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Tanımlanan Yaralama Suçlarının Adli Tıp Açısından Değerlendirilmesi ve Adli Rapor Tanzimi İçin Rehber, http://www.adlitabiplik.saglik.gov.tr/include/dosyalar/01_gen_rehber.doc, 05.12.2006, 5.

¹⁵ Aynı doğrultuda: Tezcan/Erdem/Önok (2007), 210; Kaymaz, 32. Parlar/Hatipoğlu ise ölüm neticesinin ortaya çıkmasına neden olan ve yaralama kastıyla gerçekleştirilen herhangi bir hareketin TCK m. 87/4 hükmünün uygulanmasını gerektireceği görüşündedir. Bkz. A. Parlar/M. Hatipoğlu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu I, Ankara 2007, 87.

sonucunda mağdurun ölmesi halinde TCK m. 87/4'deki suç oluşmayacaktır.¹⁶

Bu gibi olaylarda, failin ölüm neticesini öngörmesi mümkün olmakla birlikte, gerekli özeni göstermeyerek neticeye sebebiyet verdiği hallerde taksirle ölüme sebebiyetten sorumlu tutulması mümkündür.¹⁷ Yargıtay kararları da bu doğrultudadır. Örneğin, Yargıtay Birinci Ceza Dairesi'nin bir kararında şöyle denilmektedir: *"Sanığın iş ortağı olan maktulde kronik kalp hastalığı olduğunu bilmesine rağmen, olay günü basit derecede etkili eylemde bulunduğu, inzimam eden olayın stresi ve eforu sonucunda gelişen kalp yetmezliği sonucu ölümün meydana geldiği, bu şekilde sanığın ölüm sonucunu istememekle birlikte öngördüğü anlaşılmaktadır. Bu nedenle sanığın bilinçli taksirle insan öldürme dolayısıyla (TCK 22/3, 23, 85 uyarınca) cezalandırılması gerekir."*¹⁸

Kuşkusuz TCK m. 86/2 kapsamındaki basit yaralama sonucu ölüm meydana gelmesi halinde failin taksirle ölüme sebebiyetten sorumlu tutulması kolay olmayacaktır. Çünkü taksirden söz edilebilmesi için, Yargıtay kararında da değinildiği gibi, sonucun öngörülebilir olması gerekir. Gerçekleştirilen eylem nedeniyle ölüm neticesinin meydana gelmesinin öngörülmesi mümkün değilse, fail taksirle ölüme sebebiyetten sorumlu tutulamaz.¹⁹

Öte yandan, failin hareketi bu neticeyi meydana getirmeye elverişli olmamakla birlikte, başka etkenlerle örneğin mağdurdaki hastalığın etkisiyle elverişli hale gelmişse, failin bil-

¹⁶ Kaymaz, 32.

¹⁷ Kaymaz, 31; Tezcan/Erdem/Önok (2007), 210; S. Kaymaz/H. T. Gökcan, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Taksirle Adam Öldürme ve Yaralama Suçları, Ankara 2006, 249.

¹⁸ Y1CD, 10.05.2006- 685/1921, www.adalet.org

¹⁹ Kaymaz'a göre, itme veya hafif bir yumruk atma sonucu ölüm neticesi meydana geldiğinde, bu neticesinin meydana gelmesi objektif olarak öngörülemeyeceğinden kural olarak bu gibi hallerde fail taksirle adam öldürmeden sorumlu tutulamaz, TCK m. 86/2'ye göre ceza verilir. Bkz. Kaymaz, 35.

mediği ve öngöremeyeceği bu nedenlerin birleşmesiyle meydana gelen ölüm neticesinden sorumlu tutulması da mümkün değildir. Bu gibi hallerde failin yine basit yaralamadan (TCK m. 86/2) sorumlu tutulması söz konusu olur.²⁰

Failin mağdurdaki hastalıkları bilerek hareket ettiği hallerde sorumluluğu kastına göre belirlenecektir. Failin kastı öldürmeye yönelik ise kasten insan öldürme, kastı öldürmeye yönelik olmamakla birlikte ölüm neticesini göze aldığı hallerde olası kastla insan öldürme suçundan sorumlu tutulması gerekir. Failin mağdurdaki hastalıkları bilmediği, ancak dikkat ve özen yükümlülüğü gereği bilmesi gereken, bilmemesi kendisine taksir olarak yüklenebilen hallerde ise gerçekleştirilen eylemden dolayı belirtilen hastalıkları bulunan bir şahsın ölebileceği de öngörülebiliyorsa, taksirle ölüme sebebiyetten sorumlu tutulması mümkündür.²¹

Nitekim Yargıtay da basit yaralamadan sonra eklenen sebepler dolayısıyla mağdurun ölmesi halinde failin sorumluluğunun bu sebepleri bilip bilmemesine göre belirleneceği görüşündedir. Fail, eklenen sebepleri, örneğin mağdurun kalp hastası olduğunu biliyorsa bilinçli taksirle, bilmiyorsa basit taksirle ölüme sebebiyetten cezalandırılacaktır.²²

²⁰ Kaymaz/Gökcan, 249-250.

²¹ Parlar/Hatipoğlu, 761; Kaymaz/Gökcan, 250. Yargıtay bu duruma şöyle işaret etmektedir: "Kavga ortamında sanığın yumruk atması sonucu yere düşen maktulün kendisinde mevcut kalp damar hastalığının olayın stresi ve eforu ile aktif hale geçmesi sonucu gelişen solunum ve dolaşım yetmezliğinden öldüğü olayda küçük bir yerleşim yeri olan köy ortamında maktulün kalp hastası olduğunu bilip bilmediği detaylı bir şekilde araştırılarak bilmesi halinde TCK 22, 23 ve 85. maddeleri kapsamında bilinçli taksir sonucu öldürme, aksi halde TCK 86/2 aracılığıyla 85. maddede kapsamında sanığın hukuki durumunun değerlendirilmesi gerekir", Y1CD, 25.05.2006-894/2130, YKD 7, (Temmuz 2007).

²² Yargıtay Birinci Ceza Dairesi'nin yeni tarihli bir kararında şöyle denilmektedir: "Olay günü maktulün sanığa küfür etmesi üzerine başlayan karşılıklı tartışma sonrasında maktulün yakınlarının sanığın babasına etkili eylemde buldukları, sanığın da maktulün göğsüne tekme attığı, maktulün yere düştüğü, 1994 yılında kalp ameliyatı olan maktulün kendisinde mevcut kalp hastalığının aktif hale gelmesi ile koroner do-

cc. Nitelikli Yaralama

Netice sebebiyle ağırlaşmış kasten yaralama hallerinin gösterildiği TCK m. 87/1-3'e giren hallerde ölüm sonucu meydana geldiğinde yine TCK m. 87/4 hükmü uygulanmalıdır. Kuşkusuz, bu gibi hallerde failin olası kastla insan öldürmek üzere fiili işlemiş olması da mümkündür.

Öğretide, TCK 87. maddenin ilk üç fıkrasında kasten yaralamanın ölüm sonucu doğması dışındaki ağırlaşmış hallerine yer verildiği, bu hallerin aynı maddenin son fıkrasında düzenlenen bir başka netice sebebiyle ağırlaşmış yaralama halinin maddi unsuru kabul edilmesinin mümkün olmadığı savunulabileceği ileri sürülmektedir.²³ Ancak, bu yaklaşım adil olmayan sonuçlara sebebiyet verecek niteliktedir. Örneğin, kasten yaralama sonucunda bitkisel hayata girerek ölen kişinin failinin, orta ağırlıktaki yaralama sonucunda ölen kişinin failinden daha hafif cezalandırılması söz konusu olacaktır. Bu nedenle, TCK m. 87/1-3 kapsamına giren kasten yaralamalardan ölüm sonucu doğduğunda da TCK m. 87/4 hükmü uygulanmalıdır.²⁴

laşım ve kalp fonksiyonu bozukluğu nedeniyle öldüğü tüm dosya kapsamından anlaşılacakla, saruğun maktuldeki kalp rahatsızlığını önceden bilip bilmediğinin araştırılması, maktuldeki yaralar yönünden 5237 sayılı TCK 86 ve 87. maddeleri kapsamında rapor aldırılması, yara 86/2 kapsamında ve matulün kalp hastası olduğunu bilmekte ise failin 5237 sayılı TCK 22/3, 86/2 maddeleri delaletiyle 85. maddesi uyarınca bilinçli taksirle öldürme suçundan, bilmediği tespit edildiği takdirde 22/2, 86/2 delaletiyle 85. maddesi uyarınca taksirle öldürme suçundan, yara 86/2 kapsamı dışında ise 765 sayılı TCK'nun 452/1. maddesi ile 5237 sayılı TCK'nun 87/4. maddesinin olaya uygulanması, sonuçların birbiriyle karşılaştırılması, lehe olan hükmün belirlenmesi ve ona göre uygulama yapılması gerekir", Y1CD, 17.05.2007-2128/3816.

²³ Kaymaz, 37 vd.

²⁴ TCK m. 87 hükmünün düzenlenişinin ve başlığının eleştirisi için bkz. Kaymaz, 37-39.

c. Kasten Yaralama İle Ölüm Neticesi Arasında Nedensellik İlişkisi

Failin gerçekleştirdiği yaralama eylemi ile ortaya çıkan ölüm neticesi arasında nedensellik ilişkisi bulunmalıdır. Yani, ölüm, kasten yaralama eyleminin sonucu olarak meydana gelmelidir. Ölüm neticesinin, yaralama fiilinin hemen ardından ortaya çıkmayıp bir süre sonra gerçekleştiği hallerde de, nedensellik ilişkisi bulunması koşuluyla, yine bu hükmün uygulanması söz konusu olabilir.²⁵

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, failin cezalandırılması için, dış dünyada meydana getirilen ve hukuken önemli olan değişikliğe, iradi bir hareketle sebebiyet verilmesi gerektiğini vurguladıktan sonra, nedensellik ilişkisi konusunda şöyle demektedir: *“Nedensellik bağının bulunup bulunmadığını saptayabilmek için, failin hareketinin oluşan sonucu oluşturabilme olanağına sahip olup olmadığını veya bu hareketin sonuç bakımından tamamen tesadüf niteliği taşıyıp taşımadığını belirlemek gerekir.”*²⁶

Yaralama hareketi ile ölüm neticesi arasındaki nedensellik ilişkisinin tespiti güç olabilir. Tezcan/Erdem/Önok'a göre, bu konuda şart teorisinin genel ilkeleri uygulanmakla

²⁵ Tezcan/Erdem/Önok, Ceza Özel Hukuku (3. Bası), 156.

²⁶ YCGK, 04.10.1993-4-153/215, O. Yaşar, İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, Ankara 2001, 1060. Yargıtay Ceza Daireleri kararlarında ise konuya şöyle yer verilmektedir: *“Sanığın, zarar görenin odasına girip onu dövme için ısrarla kapısını açtırmaya çalıştığı, öldüreceğim diye bağırarak, kapı açılmayınca kapıya yüklenerek kırdığı bunu gören mağdurenin kurtulmak amacıyla kendini camdan aşağı bıraktığı, bu suretle yaralanmanın meydana geldiği anlaşılmıştır. Sanık hakkında TCK'nın kasten müessir fiil suçuna ilişkin hükümlerinin uygulanması doğrudur”,* Y9CD, 09.11.1982-6011/6479; *“Mağdurun pencereden atlayarak yaralanması ile sanığın ona yönelik söz ve eylemleri arasında nedensellik bağı bulunmaktadır”,* Y8CD, 12.10.1984-3995/4386; *“Sanık ile katılanın kavga sırasında yere düştüklerinde seyir halindeki bir kamyonun tekerleğinin katılanın ayağının üzerinden geçtiği ve kırığı oluşturduğunun kabul edilmesi karşısında sanığın eylemi ile yakınanın ayağının kırılması arasında nedensellik bağının söz konusu olmadığı gözetilmelidir”,* Y4CD, 10.05.1994-2231/4206, İ. Malkoç/M. Güler, Uygulamada Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler III, Ankara 1995, 3703.

birlikte, bu teoriye göre nedensellik ilişkisinin kurulması her olayda failin ölüm neticesinden sorumlu tutulmasına yetmez. Bu konuda ayrıca yaralama ile ağır netice arasında tehlikeyi gerçekleştirme bağının varlığı aranmalıdır. Bu bağlantı bir görüşe göre, ölümün yaralama hareketinin sonucunda meydana gelmesi halinde var sayılır. Ölüme yol açan nedensel serinin fail tarafından istenmiş olan yaralama olayının neticesi olması gerekmez. Örneğin, mağdurun panik davranışlarının veya (yaralanan kişinin yarasına hekimin yanlış müdahalesi sonucunda ölmesi gibi) üçüncü kişinin hareketinin katılması nedensellik ilişkisini ortadan kaldırmaz. Diğer görüşe göre ise ölümün yaralama hareketinin sonucunda değil, yaralama hareketinin kendisinden kaynaklanmış olması gerekir.²⁷

Erman/Özek ise nedensellik ilişkisinin varlığının yapılan hareketin günlük yaşam deneyimlerine, çoğunlukla gerçekleşen olaylara ve büyük sayılar kuralına göre ölüm neticesini meydana getirmeye elverişli olmasını, normal bilgi, deneyim ve basiret sahibi herhangi bir kişiye göre ölüm neticesinin doğabileceğinin öngörülebilir olmasını gerektirdiği görüşündedir.²⁸

Kanaatimizce, yaralama hareketiyle ölüm sonucu arasında nedensellik ilişkisinin varlığı, ölümün yaralama hareketinin kendisinden kaynaklanmış olmasına bağlı tutulmamalıdır. Ölümün yaralama hareketi sonucunda meydana geldiği hallerde de sonucun rastlantısal olmaması, öngörülebilir olması mümkündür.

d. Önceden Mevcut veya Sonradan Eklenen Nedenler

Failin fiilinden önce mevcut olup da onun bilmediği veya öğünemediği sebeplerin birleşmesiyle veya failin iradesi dı-

²⁷ Tezcan/Erdem/Önok (2007), 210-211.

²⁸ S. Erman/Ç. Özek, *Ceza Hukuku Özel Bölüm Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, İstanbul 1994, k.no. 56.

NUR
CENTEL'İN
TEBLİĞİ

şındaki sebeplerin eklenmesiyle ölüm sonucunun meydana geldiği hallerde failin sorumluluğunun ne olacağı konusunda 5237 sayılı yasada açıklık bulunmamaktadır. Bir görüşe göre, bu gibi hallerde faili neticeden sorumlu tutmak mümkün değildir. Sorumluluğu kusura dayandırmak isteyen yasa koyucu bu nedenle 765 sayılı TCK m. 452/2'de düzenlenen objektif sorumluluk halini bilinçli olarak yasaya dahil etmemiştir. Fail mağdurun örneğin şeker veya kalp hastası olduğunu biliyor ve öldürmek kastıyla hareket ediyorsa kasten öldürme, biliyor neticeyi kabulleniyorsa olası kastla öldürme, bilmiyor, ancak bilmesi bekleniyorsa taksirle ölüme sebebiyetten sorumlu tutulması gerekir.²⁹

Buna karşılık, mağdurda önceden mevcut olan nedenlerin eklenmesi yüzünden ölüm neticesinin meydana gelmiş olmasının failin hareketiyle netice arasındaki nedensellik ilişkisini ortadan kaldırmayacağı ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre, 765 sayılı TCK m. 452/2'de bu durum hafifletici neden sayıldığı halde, 5237 sayılı TCK m. 87/4 bu yönde bir düzenlemeye yer verilmemiştir; ancak, önceden mevcut nedenlerin veya failin iradesi dışında olan sebeplerin failin hareketine eklenmesiyle neticenin meydana geldiği durumlarda faili bu neticeden dolayı sorumlu tutmak mümkündür. Örneğin, İtalyan Yargıtay'ı dövülen mağdurun dayaktan kaçarken veya darbelerin sebebiyet verdiği şaşkınlıkla duvardan aşağı düşüp öldüğü olayda faili kastın aşılması suretiyle ölüme sebebiyetten sorumlu tutmuş, ölüm sonucuyla önceki şart arasında bağımlılık ilişkisi bulunmasını yeterli görmüştür. Kuşkusuz, umulmayan bu nedenlerin bazı durumlarda neticenin faile objektif olarak isnat edilmesi olanağını ortadan kaldıracabileceği de göz önünde bulundurulmalıdır. Önceden mevcut veya sonradan eklenen nedenlerin, failin hareketi olmasa da tek başına neticeyi gerçekleştirebileceği hallerde failin hareketinin gerçekle-

²⁹ Kaymaz/Gökcan, 254-255.

şen netice bakımından nedensellik değeri ortadan kalkar ve dolayısıyla sadece kasten yaralamadan sorumlu olunur.³⁰

Kanaatimizce, önceden mevcut veya sonradan eklenen nedenlerin nedensellik ilişkisini ortadan kaldırmadığı sürece failin ölüm neticesinden sorumlu tutulması gerekir. Ancak, önceden mevcut veya sonradan eklenen sebeplerin, failin kasten yaralama hareketi olmaksızın da tek başına neticeyi gerçekleştirebileceği hallerde fail sadece kasten yaralamadan sorumlu olmalıdır.³¹

Yargıtay, önceki dönemde ölümün doğrudan doğruya yaralama hareketinin sonucu olduğu hallerde failin kasten yaralama suretiyle ölüme sebebiyetten sorumlu olmasını kabul etmekteydi. Örneğin, *“maktulün tehdit edilerek, yakasından tutulup iteklenmesi, bu eylem nedeniyle duyduğu stres ve sarf ettiği eforun etkisiyle kalp krizi geçirip ölmesi”* halinde, failin kasten yaralama sonucunda ölüm meydana gelmesine ilişkin hükümden;³² buna karşılık, *“eylemden sonra kesinti meydana gelmiş ve ölüm, kalp hastalığı veya sara gibi etkili eylemin doğal sonucu olmayan bir nedenden ileri gelmiş ve aradaki nedensellik bağı kesilmişse”* failin yaralama suçundan cezalandırılacağına işaret etmekteydi.³³

Yargıtay yeni dönemde ise yukarıda da değinildiği gibi, basit yaralamaya başka nedenlerin eklenmesiyle ölüm sonucu meydana gelen hallerde failin TCK m. 87/4 değil, taksirle ölüme sebebiyet hükmü kapsamında sorumlu olacağını kabul etmektedir. Yargıtay Birinci Ceza Dairesi'nin yeni tarihli bir kararında şöyle denilmektedir: *“Maktulün tanık Ramazan'ın dükkanına gelerek tanıktan apartman aidatına ilişkin borcunu is-*

³⁰ Tezcan/Erdem/Önok (2007), 211 vd.

³¹ Aynı doğrultuda: Parlar/Hatipoğlu, 761.

³² YCGK, 12.02.2002-1-29/167, Kaban/Aşaner/Güven/Yalvaç, Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları (Eylül 2001-Temmuz 2004), Ankara 2004, No. 182.

³³ YCGK, 04.11.1997-1/166-258, Kaban/Aşaner/Güven/Yalvaç, Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları (2001), No. 284.

NUR
CENTEL'İN
TEBLİĞİ

tediği, tanığın borcu olmadığını söylemesi üzerine maktul ile tanık arasında tartışma çıktığı, tanığın dükkânında oturan sanığın olaya müdahil olduğu, maktulün sanığa sen ne karışyorsun diyerek küfür ettiği, sanığın maktulün üzerine yürüdüğü, iki eli ile göğüs kısmından iteklediği, sanığın bu eylemi sonucu maktulün kendisinde mevcut olan ve sanık tarafından bilinmeyen kronik kalp hastalığının aktif hale geçmesine bağlı olarak gelişen solunum yetmezliğinden öldüğü tüm dosya kapsamında anlaşılmalı, etkili eylem ile ölüm arasında illiyet bağı olduğu da göz önüne alınca sanığın, maktulde kalp rahatsızlığı olduğunu önceden bilip bilmediği araştırılarak sonucuna göre bildiği tespit edildiği takdirde 5237 sayılı TCK 22/3, 23, 86/2. maddeleri delaletiyle 85. maddesi uyarınca bilinçli taksirle öldürme suçundan, bilmediği takdirde 22/2, 23, 86/2 maddeleri delaletiyle 85. maddesi uyarınca taksirle öldürme suçundan mahkûmiyeti gerekirken 765 sayılı TCK'nın 452/2. maddesi ile 5237 sayılı yasanın uygulama yeri olmayan 87/4. maddelerinin karşılaştırılması suretiyle suç vasfının tayininde yanılığa düşülmesi bozmayı gerektirmiştir.”³⁴

2. Hukuka Aykırılık Unsuru

Kasten yaralama suçunun oluşması, yaralama eyleminin hukuka aykırı olmasına bağlıdır. Yaralama, hukuk kurallarına dayanan bir yetkinin kullanılması sonucunda ortaya çıkarsa, eylemin hukuka aykırı olduğundan söz edilemeyeceği için, fiil suç teşkil etmeyecektir.³⁵

Örneğin, meşru savunma ve zorunluluk hali söz konusu olduğunda, hukuka aykırılık durumu ortadan kalkacağından, işlenen yaralama fiili sonucunda ölüm meydana gelmesi hali suç teşkil etmeyecektir (TCK m. 25). Bunun gibi, kolluk güçlerinin yasada gösterilen hallerde silâh kullanması nedeniyle yaralama sonucunda ölümün gerçekleşmesi durumunda, ey-

³⁴ Y1CD, 08.03.2007-2006-3504/1247.

³⁵ Schönke/Schröder (Eser), Strafgesetzbuch Kommentar, München 2001, § 223, k.no. 11.

lem suç teşkil etmeyebilir (PVSK m.16). Burada önemli olan, yetkiyi kullanan kişinin, bu yetkisinin hukuk kurallarından kaynaklanması ve öngörülen koşullar çerçevesinde kullanılmış olmasıdır.

Mağdurun rızası yasada hukuka uygunluk nedeni olarak açıkça gösterilmiştir (TCK m.26/2). Ancak, beden bütünlüğü, sağlık ve algılama yeteneğine zarar verme ile yaşama son verilmesi konularında rıza geçerli olmaz.

Tıp mesleğini icraya yasal olarak yetkili olanlar tarafından, tıp biliminin genel kabul görmüş kural ve esaslara uygun biçimde yapılan tıbbi müdahaleler hukuka aykırılık içermez.³⁶ Dolayısıyla, yasal çerçeve içerisinde gerçekleştirilen tıbbi müdahale, objektif olarak kasten yaralama suçunun unsurlarını taşımakla birlikte, hukuki düzenlemeler dolayısıyla, hukuka uygun hale gelir; mesleğini icra etme yetkisine sahip bulunan hekim, yaptığı cerrahi işlemler ve diğer müdahaleler dolayısıyla cezalandırılmaz.³⁷ Mesleği icra etmenin koşulları yasalarda gösterilmiştir.³⁸

Tıbbi müdahaleyi yapan hekimin, tedavi amacıyla hareket etmediği ve mesleğinin gereği olan bilgilere sahip olmadığı hallerde, hakkın kötüye kullanılması söz konusu olur. Bilgisi yetersiz olduğu halde müdahalede bulunan hekim, meydana gelen sonuçtan sorumludur.³⁹

³⁶ K. Bayraktar, *Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu*, İstanbul 1972, 24; N. Güreli, "Hukuk Açısından Cerrahi Müdahalelerin Sınırları", *Doğumunun 100. Yılında Atatürk'e Armağan* (1981-1982), İHFM XLV-XLVII, 1-4 (1979-1981), 270-271; Ö. Yenerer Çakmut, *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi*, İstanbul 2003, 24.

³⁷ SS-Eser (2001), § 223, k.no. 28 vd.

³⁸ 11.04.1928 gün ve 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Yasa m. 1 ile 23.01.1953 gün ve 6023 sayılı Türk Tabipler Birliği Yasası m. 7 mesleğin icrasını düzenleyen kurallar öngörmektedir.

³⁹ S. Dönmezer/S. Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku II*, İstanbul 1997, k.no. 729.

Tıbbi müdahalenin bir türü olan yaşayan insandan organ ve doku alınması, hekim açısından mesleki hak kapsamında olduğundan, hukuka uygun sayılır.⁴⁰ Yasada gösterilen kural-lara uyularak yapılan işlemler, kasten yaralama sayılmaz ve hekimin cezalandırılması söz konusu olmaz.⁴¹

Hekimin tıp biliminin gereklerine göre müdahale ettiği hastanın ölmesi halinde neticeden sorumlu tutulması söz konusu olmaz. Buna karşılık, hekimin dikkat ve özen yükümlü-lüğüne aykırı bir davranışı sonucunda ölüm meydana gelen hallerde taksirle ölüme sebebiyetten sorumluluğu söz konusu olur.

3. Kusurluluk

a. Yaralama Kastı Bulunması

TCK m. 87/4' de yer alan hükmün uygulanması için failin yaralama kastıyla hareket etmesi, ancak netice olarak ölümün meydana gelmiş bulunması gerekir. Failde doğrudan veya dolaylı olarak öldürme kastı bulunmamalıdır. Fail gerçekleş-tirdiği yaralama hareketinden ölüm sonucunun doğmasını is-

⁴⁰ 29.05.1979 gün ve 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Yasa'ya göre, organ ve doku alınması, saklanması, aşılması ve nakli tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlarla yapılır (m. 1). Almanya'da organ nakli konusunda bkz. H. L. Schreiber (çev. Özlem Y. Çakmut), "Federal Almanya'da Organ Aracılığı ve Organ Kazanımı-na İlişkin Kurallar", Tıp ve Ceza Hukuku, Türkiye Cumhuriyeti'nin 80. Kuruluş Yıldönümüne Armağan, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 2, Ankara 2004, 139 vd.

⁴¹ 29.05.1979 gün ve 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Yasa'ya göre, yaşayan kişiden organ ve doku alınma-sı için vericinin on sekiz yaşını doldurmuş ve kusur yeteneğine sahip bulunması gerekir (m. 5). Verici, yapılacak işlem konusunda ayrıntılı biçimde aydınlatılmalı, evli ise eşine haber verilmelidir (m. 7). Ölüden organ ve doku alınmasında ise ölümün gerçekleştiği hekimler kurulunca oybirliğiyle saptanmalıdır (m. 11).

temiş ise kasten insan öldürme suçu oluşur.⁴² Bu takdirde fail TCK m. 81 vd. hükümlerine göre sorumlu tutulur.⁴³

Yaralama suçunda kusurluluk türü, genel kasttır.⁴⁴ Failde bir veya birden fazla insanın beden ve akıl sağlığını bozmak bakımından bir niyetin varlığı gerekir. Failin kastı, doğrudan kast olabileceği gibi; olası kast da olabilir. Suçun olası kastla işlenmesinin sonucu, TCK m. 21/2 uyarınca, failin cezasının indirilmesi olmaktadır.⁴⁵

⁴² YCGK, 09.02.2002-1-185/300. Bu kararın devamında kastın belirlenmesi ölçütleri şöyle gösterilmektedir: "Bu durumda: a) Fail ile ölen arasında olay öncesine dayalı, öldürmeyi gerektirir bir husumet bulunup bulunmadığı, b) failin olayda kullandığı aracın öldürmeye elverişli olup olmadığı, c) öledeki darbe sayısı ve şiddeti, d) darbelerin vurulduğu bölgelerin hayati bakımdan önemi, e) failin davranışlarına kendiliğinden mi, engel bir nedenin etkisiyle mi son verdiği, f) failin suç aletini kullanım biçimi, g) olay sonrasında failin ölene (veya mağdura) yönelik davranışları gözetilmeli, tüm bu kıstaslar birlikte değerlendirilerek kastı ortaya çıkarılmalıdır", YCGK, 09.02.2002-1-185/300, Kaban/Aşaner/Güven/Yalvaç, Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları, Ankara 2004, No. 169.

⁴³ "Sanığın yanında yedek fişek de bulunduğu halde maktulü gördüğü yere hazırlıklı olarak gelmesi, maktule ateş edip vurduktan sonra tüfeğe yeniden fişek yerleştirip kaçmaya çalışan maktulü sonucu almak gayesiyle ısrarla caddede takip ederek ikinci kez ateş edip *vurdum a... koyduğumun çocuğunu* diye bağırması gibi hususlar da, sanığın eylemi öldürme kastıyla gerçekleştirdiğini ortaya koymaktadır", YCGK, 12.03.2002-1-45/203; "Kahvede tartıştığı maktulü dışarı davet ederek, bıçakla sol meme altından kalbe etkili olacak biçimde yaralayan, maktulün bıçağı zorla elinden alıp fırlatması ve yere düşmesinden sonra nedamet duyarak kahveye gidip maktulü yaraladığını, ölebileceğini söyleyip hastaneye kaldırılması için yardım isteyen sanığın eylemi, darbenin isabet ettiği bölge ve şiddeti, suç aletinin niteliği, sonucu almaya elverişli biçimde ve etkinlikle kullanılması, sanığın engel neden yüzünden hareketlerine son vermesi gibi hususlar karşısında kastı aşan etkili eylem sonucu adam öldürme değil, kasten adam öldürmedir", YCGK; 09.07.2002-1-185/300; "birden fazla saçma atma özelliğine sahip silâhla ateş edip, ateş esnasında da *cezamı çekeceksin* sözleriyle kastını açıkça ortaya koyan sanığın eylemi kasten öldürme suçunu oluşturmaktadır", YCGK, 24.09.2002-1-186/321, Kaban/Aşaner/Güven/Yalvaç, Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları (2004), No.168-170.

⁴⁴ Eser, in: Schönke/Schröder (2001), § 223, k.no. 8.

⁴⁵ "Rastgele yapılan bir ateş sonucu mermilerin araçtakilere isabetiyle, araçtakilerin ölmesi halinde, gayri muayyen (belirsiz) kast kuralları uya-

Suçun oluşması bakımından, faildeki saikin önemi yoktur. Şaka yapma, alay etme saiki ile hareket eden fail de, işlediği fiil kasten yaralama suçunun unsurlarını taşıdığına, ortaya çıkan neticeden sorumlu olacaktır. Ancak, saik, kasten yaralama suçunu, eziyet suçu (TCK m. 96) ile kötü muamele suçundan (TCK m. 232) ayırmaya yarayacaktır.⁴⁶

Failin kastının tespiti, özellikle kasten yaralama suçu ile kasten insan öldürmeye teşebbüsün ayırt edilmesi açısından önem taşımaktadır. Çünkü bu hallerde verilecek cezalar arasında fark bulunmaktadır. Yargıtay, öldürme kastının varlığının tespiti konusunda esas mahkeme kararlarını denetlemektedir. Somut olayın özelliğine göre, *“sanığın kastı, suç nedeni, kullanılan vasitanın cinsi, kullanılış şekli, isabet alınan bölge, darbe adedi ve şiddeti, failin suçtan önceki ve sonraki davranışları, aradaki husumet gibi ölçütler birlikte değerlendirilerek belirlenmelidir.”*⁴⁷

Yargıtay'ın yeni tarihli bir kararında sanığın kastı şöyle irdelenmektedir: *“Sanığın yakın mesafeden yaptığı atışlarla ölenin sağ kasık ve sol bacak poplietalden iki isabet alınmasıyla ile oçekalde valftan itibaren 70 cm.'de iki adet tam kat uileum yaralanması saptanarak acilen ameliyata alındığı, ameliyat sırasında alkollü olması nedeniyle anestezi tarafından zor entubasyon nedeniyle entübe edilemediğinden laringeal maske ile uyutulduğu, alkol almış*

rınca sanık meydana gelen sonuçtan yani öldürmeden sorumlu ise de, ölümün meydana gelmemesi halinde, öldürmeye teşebbüsten sorumlu tutulamaz, aksi kabul belirsiz kast (gayri muayyen kast) durumunda kastın sınırlarını öngörülemez derecede genişletme sonucunu doğurur. Tüm bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde, sanığın meydana gelen yaralama sonucundan belirsiz (gayri muayyen) kast kuralları çerçevesinde sorumlu tutulması gerekirken, boş tabanca ile hedef gözetilerek ikinci kez tetik düşürüldüğüne ilişkin kuşkulu kabule dayanılarak, sanığın eyleminin adam öldürmeye teşebbüs suçunu oluşturduğuna ilişkin Yerel Mahkeme direnme kararı isabetsiz olup, bozulmasına karar verilmelidir”, YCGK, 27.12.2005-1-131/167.

⁴⁶ Tezcan/Erdem/Önok, Ceza Özel Hukuku (3. Bası), 141.

⁴⁷ YCGK, 14.10.2003-1-229/255, Kaban/ Aşaner/ Güven/Yalvaç, Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları (Eylül 2001-Temmuz 2004), Ankara 2004, No. 190-192.

kişide bu girişimin beklenir bir komplikasyonu olarak mide içeriğinin aspirasyonuna bağlı solunum ve dolaşım durmasından öldüğü ve ölüm olayı ile ateşli silah yaralanması arasında illiyet bağının bulunduğu olayda hedef alınan vücut bölgesi, atış sayısı ve mesafesi, suçta kullanılan silahın etkinliği ve vücutta meydana getirilen harabiyetin niteliği dikkate alındığında sanığın kastının öldürmeye yönelik olduğu ve acilen ameliyata alınan ve ameliyat sırasında zor entübüsyon nedeniyle entübe edilemediğinden laringeal maske ile uyutulduğu bildirilen alkol almış kişide bu girişimin beklenebilir komplikasyonu olarak öldüğü ve bu nedenle fiil ile netice arasında nedensellik bağının da bulunması nedeniyle kasten öldürme suçundan cezalandırılması gerekirken katil kastı olmayan eylem sonucu inzimam eden sebep nedeniyle adam öldürme suçundan 765 sayılı TCK 452/2. maddesi uyarınca hüküm kurulması yasaya aykırıdır."⁴⁸ Bu kararda Yargıtay hem kastın öldürmeye yönelik olduğunu ve hem de ölüm sonucu uygulanan tıbbi işlemin beklenebilir komplikasyonu olarak gerçekleştiği halde bu durumun failin hareketiyle ölüm arasındaki nedensellik ilişkisini etkilemediğini kabul etmektedir.⁴⁹

Failin kasten değil taksirle gerçekleştirdiği yaralamadan dolayı mağdurun öldüğü hallerde ise TCK m. 87/4 değil, taksirle ölüme sebebiyet vermeye ilişkin TCK m. 85'in uygulanması gerekecektir.⁵⁰

⁴⁸ Y1CD, 05.11.2007-4139/8084.

⁴⁹ Yargıtay Birinci Ceza Dairesi yeni tarihli bir kararında failin kastının yaralama değil öldürme olduğunu şöyle açıklamaktadır: "Sanık İlhan'la maktul arasında başlayan kavgada sanığın 128cm. uzunluğunda 3cm kalınlığındaki çoban sopası ile maktulün kafasını hedef alarak şiddetli bir şekilde vurması sonucu kafatası çökme kırığı ile birlikte kafa içi değişimler ve gelişen komplikasyonlar sonucu ölümüne neden olduğu olayda sanığın ortaya çıkan kastının öldürmeye yönelik olduğu anlaşıldığı halde, kasten öldürme suçu yerine öldürme kastı olmaksızın müessir fiil sonucu ölüme sebebiyet verme suçundan mahkûmiyetine karar verilmesi yasaya aykırıdır", Y1CD, 13.11.2007-2006-5913/8352.

⁵⁰ Tezcan/Erdem/Önok, Ceza Özel Hukuku (3. Bası), 157-158.

Kişide yanılma veya sapma nedeniyle yaralanması kastedilenden başkasının ölmesi halinde de TCK 87/4'ün uygulanması mümkündür.

b. Netice Bakımından Taksir Bulunması

5237 sayılı yasaya göre, öldürme kastıyla hareket etmeyen failin, meydana gelen ölüm neticesinden sorumlu tutulması için, en azından ortaya çıkan netice açısından taksir derecesinde kusurunun bulunması aranacaktır (TCK m. 23). Aksi takdirde, fail, ölüm neticesinden sorumlu tutulup cezalandırılmayacaktır.

765 sayılı TCK m. 452'de ise failin kastı aşan sonuç bakımından taksiri olması aranmamıştı. Uygulamada bu konudaki ceza adaleti nedensellik ilişkisi bakımından uygunluk aranarak sağlanmaktaydı.⁵¹

Hiç kimse tarafından öngörülmesi mümkün olmayan veya öngörülebilir olmakla birlikte önlenmesi mümkün olmayan bir neticeden dolayı bir kimseyi sorumlu tutmak mümkün değildir. Bu nedenle, kasten yaralama sonucunda ölüm gerçekleşen hallerde failin bu netice bakımından taksirinin bulunup bulunmadığının araştırılması isabetlidir.⁵²

Yasaya göre taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla bir davranışın suçun yasal tanımında gösterilen neticesi öngörülmeyerek gerçekleştirilmesidir (TCK m. 22/2). Taksir kısaca, gereğini yapmama, eksik yapma, kendinden beklenen özeni göstermeme demektir. Ceza hukukunda taksir, failin suç tanımına uyan hukuka aykırı fiile iradi bir hareketle sebebiyet vermesi, ancak ortaya çıkan neticeyi

⁵¹ Centel/ Zafer/ Çakmut, 277-278.

⁵² 765 sayılı yasa döneminde objektif sorumluluk olarak nitelendirilen bu gibi hallerde de kusurun bulunduğu, ancak araştırılmasının öngörülmediği, 5237 sayılı yasanın bu hususu araştırılır hale getirdiği konusunda bkz. Centel/Zafer/Çakmut, 409-410.

öngörmemiş (*basit taksir*) ya da öngörse bile istememiş olmasıdır (*bilinçli taksir*). Taksirin varlığından söz edilebilmesi için neticenin öngörülebilir olması gerekir. Çünkü öngörülmesi mümkün olmayan bir neticeyi öngörmesi kişiden beklene-
mez. Fail gereğini yapmadığı, beklenen özeni göstermediği için hukuk düzeni kendisine sorumluluk yükler.

Tekrar belirtelim ki, TCK m. 87/4 hükmünün uygulanabilmesi için failin kastının yaralamaya yönelik olması gerekir. Failde ölüm neticesine yönelik doğrudan veya olası kast bulunan hallerde kasten insan öldürme suçu oluşur. Taksirle yaralamadan ölüm sonucu meydana gelen hallerde ise taksirle ölüme sebebiyet suçu ortaya çıkar.⁵³

VII. Suçu Hafifleten Nedenler

Genel hükümler arasında yer verilen ve tüm suçlar için geçerli olan genel hafifletici nedenler, bu suçta da geçerli olur. Örneğin, TCK m. 29'da düzenlenmiş bulunan haksız tahrik veya TCK m. 62'de gösterilen takdiri indirim nedenleri, koşulları bulunduğu anda, bu suç açısından da indirim nedeni olabilir.

VIII. Suçun Özel Görünüş Şekilleri

1. Teşebbüs

Kasten yaralama suçuna teşebbüs mümkündür. Ancak, kasten yaralama sonucunda ölüme sebebiyet verilen hallerde öldürme kastı bulunmadığından bu netice bakımından teşebbüs söz konusu olmaz. Bununla birlikte, kasten yaralama hareketi tamamlanmış olmasa da ölüm neticesini meydana getirdiğinde TCK m. 87/4 hükmü uygulanabilir. Kuşkusuz

⁵³ N. Centel/H. Zafer/Ö. Çakmut, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, İstanbul 2007, 160.

bunun için yaralama hareketinin basit yaralama kapsamında (TCK m. 86/2) kalmamış olması gerekir.⁵⁴

İcra hareketleri başladığı halde tamamlanamadığı ve mağdur üzerinde bir zarar meydana getirmedeği hallerde ise kural olarak TCK m. 87/4 hükmü uygulanamaz. Dövmek için saldırma gibi hareketler dolayısıyla mağdurun ruhsal durumunun veya algılama yeteneğinin bozulması ve bunun neticesinde ölmesi halinde ise nedensellik ilişkisi kurulabiliyorsa TCK m. 87/4 hükmü uygulanır.⁵⁵ Bu gibi hallerde sağlığın bozulması dolayısıyla suç zaten tamamlanmış olmaktadır.⁵⁶

2. İştirak

Yaralama suçuna iştirakin her şekli mümkündür (TCK m. 37-39).

İştirak halinde işlenen yaralama suçundan ölüm sonucunun meydana gelmesi mümkündür. TCK m. 40/1 hükmü uyarınca suça katılanlar kendi kusurlu eylemlerine göre cezalandırılacaklarından, gerçekleşen ölüm neticesi bakımından taksir derecesinde kusuru bulunan suç ortaklarına bu nitelikli hal uygulanır.

⁵⁴ Bkz. Tezcan/Erdem/Önok (2007), 209; Kaymaz/Gökcan, 252; Parlar/Hatipoğlu, 761.

⁵⁵ Kaymaz, 29.

⁵⁶ Teşebbüs derecesinde kalan yaralama hareketlerinden korunmak isteyen mağdurun merdivenden, uçurumdan düşmesi sonucunda ölüm gerçekleştiğinde TCK m. 87/4 hükmünün uygulanamayacağı, taksirle ölüm sebebiyet hükmünün uygulanmasının mümkün olduğu konusunda bkz. Kaymaz, 30. Mağdurun dayak yememek için göle atladığı, sanıkların göle girmesi üzerine derinlere açılarak boğulduğu olayda Yargıtay 765 sayılı TCK m. 452/2 hükmünün uygulanmasını kabul etmiştir (YCGK, 09.07.1984-1-446/255, Savaş/Mollamahmutoğlu III, 4708). Kaymaz'a göre burada faillerin gölde de izledikleri mağdurun daha fazla açıldığını ve boğulup ölebileceği ihtimalini öngörmeleri gerekirdi. Buna rağmen mağdura doğru gitmiş olmaları sonucu göze aldıklarını gösterir. Faillerin olası kast hükmüne göre meydana gelen ölüm neticesinden sorumlu tutulmaları gerekirdi. Bkz. Kaymaz, 30.

IX. Yaptırım

Kasten yaralama sonucunda ölüm meydana geldiğinde faile verilecek ceza TCK m. 86/1'deki haller için sekiz yıldan on iki yıla; TCK m. 86/3'deki haller için ise on iki yıldan on altı yıla kadar haptir.

TCK m. 86/1'de gösterilen haller kasten yaralamanın vücuda acı veren veya sağlığın ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan (orta ağırlıktaki) hallerdir.⁵⁷

TCK m. 86/3'de gösterilen haller ise şunlardır:

- Suçun, üstsoya, altsoya, eşe veya kardeşe karşı işlenmiş olması.
- Suçun, beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı işlenmiş olması.
- Kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle suçun işlenmiş olması,
- Kamu görevlisinin sahip bulunduğu nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle suçun işlenmiş olması.
- Suçun silahla işlenmiş olması.

Suç kasıtlı olduğundan, fail belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılır. Bu yoksunluklar, kişinin mahkûm olduğu hapis cezasının infazı tamamlanıncaya kadar sürer (TCK m. 53/1-2).

⁵⁷ "Sanığın maktulün kafasına silahtan sayılmayan sopa ile vurarak kırık meydana getirdiği, maktulün künt kafa travmasına bağlı kaide kırığı ve kafa içi kanamadan öldüğü anlaşılmalı, sanığın maktule karşı eyleminde 765 sayılı TCK hükümlerinin 5237 sayılı TCK 87/4 maddesinin 86/1 maddesine yollama yapan birinci cümlesi ile karşılaştırılması gerekirken 86/3. maddesine yollama yapan ikinci cümlesi ile karşılaştırılarak 765 sayılı TCK'nın lehe olduğunun kabulü ile TCK 452/1 maddesinden hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir", Y1CD, 23.03.2007-2006-6163/1907.

X. Zamanaşımı

Kasten yaralama sonucunda ölüm meydana gelen hallerde zanaşımı süresi, suçun işlendiği tarihten itibaren on beş yıl olmaktadır (TCK m. 66/1-d). Dava zanaşımını kesen sebeplerin gerçekleşmesi halinde, dava zanaşımı süresi, en fazla yirmiki yıl altı ay olabilir (TCK m. 67/4).

Suçun işlendiği sırada fail, on iki yaşını doldurmuş olup da henüz on beş yaşını doldurmamış ise bu sürelerin *yarısı*, on beş yaşını doldurmuş olup da henüz on sekiz yaşını doldurmamış ise bu sürelerin *üçte ikisinin* geçmesi zanaşımının dolması için yeterli sayılacaktır (TCK m. 66/2).

XI. Muhakemeye İlişkin Kurallar

Kasten yaralama sonucunda ölüm meydana gelen hallerde yargılamayı yapmakla görevli mahkeme ağır ceza mahkemesidir.⁵⁸

Kasten yaralama suçunun (TCK m. 86) ve nitelikli hallerinin (TCK m. 87) terör amacı ile suç işlemek için kurulmuş bir terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlenmiş olması halinde, terör suçu söz konusu olur (TMK m. 4/a). Bu gibi hallerde yetkili mahkeme, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Yasası'nın 250. maddesinin ilk fıkrasında gösterilen ağır ceza mahkemesidir. Bu suçlardan dolayı on beş yaşın üzerindeki çocuklar hakkında açılan davalar da, bu mahkemelerde görülür (TMK m. 9).

⁵⁸ Bkz. 26.09.2004 gün ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun m. 11-12 (RG 07.10.2004, No. 25606).

XII. Sonuç

Kasten yaralama sonucunda ölüm meydana gelmesi, bağımsız suç olmayıp kasten yaralamanın nitelikli hallerinden biridir. Bu durumda fail 5237 sayılı TCK m. 87/4 uyarınca cezalandırılacaktır. Hükmün uygulanması, kastı yaralama olan failin, meydana gelen ölüm sonucu bakımından taksirle hareket etmiş olmasına bağlıdır (TCK m. 23). Bu hükümde dikkate alınan kast-taksir kombinasyonu dolayısıyla ceza kasten yaralama suçuna göre önemli oranda ağırlaşmaktadır. Failin netice bakımından taksiri bulunmayan hallerde ise kasten yaralama suçunun temel cezası verilecektir. Bu düzenleme 765 sayılı TCK m. 452 bakımından eleştirilen objektif sorumluluğun subjektif sorumluluğa dönüştürülmesine yöneliktir.

Uygulamada başlıca araştırma konuları yaralama eylemiyle ölüm sonucu arasında nedensellik ilişkisinin ve failin netice bakımından taksirinin bulunup bulunmadığının tespiti olmaktadır.

Yasal düzenlemeye göre, TCK m. 87/4 hükmü orta ağırlıktaki temel yaralama sonucunda ölüm meydana gelen hallerde uygulanacaktır. Yaralamanın hafif olduğu hallerde ölüm neticesi meydana geldiğinde ise TCK m. 87/4 hükmünün uygulanması yasal olarak engellenmiştir. Bu gibi hallerde koşulları bulunduğu taksirle ölüme sebebiyetten sorumluluk söz konusu olabilir.

Eyleme eklenen sebeplerle ölüm sonucunun meydana geldiği hallerde, bunların nedensellik ilişkisini ortadan kaldırmadığı sürece failin TCK m. 87/4 çerçevesinde ölüm neticesinden sorumlu tutulması gerekir. Ancak, önceden mevcut veya sonradan eklenen sebeplerin, failin kasten yaralama hareketi olmaksızın da tek başına neticeyi gerçekleştirebileceği hallerde fail sadece kasten yaralamadan sorumlu olmalıdır.

Kasten yaralama dolayısıyla önce netice sebebiyle ağırlaşmış diğer bir halin sonra ölümün meydana geldiği durum-

V. TÜRK - ALMAN TIP HUKUKU SEMPOZYUMU

NUR
CENTEL'İN
TEBLİĞİ

larda, nedensellik ilişkisi ile failin netice bakımından taksiri varsa TCK m. 87/4 hükmü uygulanmalıdır. Çünkü, TCK m. 87/1-3 kapsamına giren bir hal meydana geldiğinde eylem öncelikle orta ağırlıktaki yaralama kapsamındadır.

Teşekkür ederim.

Oturum Başkanı: Çok teşekkürler Sayın Centel.

Türklerin suç unsurlarıyla ilgili Almanlarla aynı sorunları paylaştığını görüyorum. Hatta kısmen Almanya'da henüz farkına varmadığımız sorunlarınız var. Daha sonra bunları tartışmalıyız.

Şimdi sözü nedensellik sorunlarından bahsedecek olan Sayın Akbulut'a vermek istiyorum.

Herzlichen Dank, Frau Centel. Ich sehe, dass die Türken gleich schwierige Probleme mit Ihrem Tatbestand haben wie die Deutschen und teilweise auch Probleme, die wir in Deutschland noch gar nicht entdeckt haben. Darüber werden wir nachher noch sprechen müssen.

Und jetzt übergebe ich das Wort Frau Akbulut zu den Kausalitätsproblemen, Sie haben das Wort, bitte schön.

Yrd. Doç. Dr. Berrin AKBULUT (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi):*

GİRİŞ

Tıp¹ alanında faaliyet gösteren kişiler,² özellikle hekimler, haklarını kullanırken ve yükümlülüklerini yerine getirirken hukukun koruduğu değer veya değerleri³ ihlal etmekte, kişilere zarar vermekte veya tehlike teşkil eden fiiller gerçekleştirmektedirler. Örneğin bir insanın ölümüne veya iyileşmesi olanağı bulunmayan bir hastalığa yakalanmasına veya tedavisinin yapılamamasına veya hastanın sırlarının başkaları ta-

* "Tıp Ceza Hukukunda Nedensellik Bağı", başlıklı tebliğ.

¹ Kısaca hastaları iyi etme ilmi olarak ifade edilen tıp, "insan sağlığının sürdürülmesi ya da bozulan sağlığın yeniden düzeltilmesi için uğraşan, hastalıklara tanı koyma, hastalıkları sağaltma (tedavi etme) ve hastalık ve yaralanmalardan korumaya yönelik çalışmalarda bulunan birçok alt bilim dalından oluşan bilimsel disiplinlerin şemsiye adıdır. Hem bir bilgi alanı- vücut sistemlerinin ve bunların hastalıklarının ve tedavilerinin bilimi- hem de bu bilginin uygulandığı meslektir" şeklinde tanımlanmaktadır: <http://tr.wikipedia.org/wiki/T%C4%B1p> (E.T.19.02.2008)

² Bu kişiler çoğunlukla sağlık personelidir. Tıbbi nitelikte faaliyet göstermektedirler. Sağlık personelinin tıbbi müdahalede bulunma yetkisinin söz konusu olup olmadığı mevzuatın personele verdiği yetki ve aldığı eğitim göz önünde bulundurularak araştırılmalıdır: Hakeri, Hakan, *Tıp Hukuku*, Ankara 2007, s. 95,96. TCK'nın 280. maddesi "Sağlık mesleği mensubu deyiminden tabip, diş tabibi, eczacı, ebe, hemşire ve sağlık hizmeti veren diğer kişiler anlaşılır" şeklinde düzenlenmiştir.

³ Hukuki değer ile ilgili olarak Bkz., Ünver, Yener, *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, Ankara 2003, s. 37 vd.

rafından öğrenilmesine veya hukukun izin verdiği sınırların dışına çıkarak veya yükümlülüklerini yerine getirmeyerek başka bir fiilin gerçekleşmesine sebep olabilmektedirler. Ortaya çıkan bu gibi sonuçlar tıp ceza hukukunu, yani tıp hukukunun⁴ ceza hukukunu ilgilendiren kısmını ifade etmektedir. tıp ceza hukukunun kapsamına tıp alanında faaliyet gösteren kişilerin, çoğunlukla da hekimlerin mesleklerini yerine getirirken işledikleri suçlarla, mesleklerini yerine getirmeleri dolayısıyla işledikleri suçlar girmektedir. Bunlar kasten öldürme veya yaralama, kasten öldürme veya yaralamanın ihmali davranışla işlenmesi, taksirle öldürme veya yaralama, insan üzerinde deney ve deneme, organ veya doku ticareti, çocuk düşürtme, sır saklama yükümlülüğünün ihlali, kamu görevlisi olmaları nedeniyle işlediği suçlar (irtikâp, görevi kötüye kullanma gibi), sahtecilik, genital muayene, hekim olmadığı halde hasta tedavi etme veya hekim unvanını takınma vb. suçlar olarak zikredilebilir.

Kanuni tanımda yer verilen bir suçun gerçekleştirilmesinden dolayı failin sorumlu tutulabilmesi için bazı unsurların gerçekleşmiş olması gerekir. TCK'nın 40. maddesi (1. fıkra, birinci cümle) bu unsurları maddi, manevi ve hukuka aykırılık olarak ifade etmiştir. İnceleme konumuz olan nedensellik bağı da suçun maddi unsurları kapsamına girmektedir. Nedensellik bağının maddi unsurlar içinde incelenebilmesi için gerçekleştirilen suçun neticeli bir suç olması, yani suçun kanuni tanımında neticenin belirtilmesi gerekmektedir. Suçun kanuni tanımında bir netice aranmamışsa nedensellik bağının tespiti söz konusu değildir. Dolayısıyla hekimlerin ve diğer sağlık çalışanlarının işlemiş oldukları suçlardan dolayı sorumluluk-

⁴ Tıp Hukuku, tıpla ilgili düzenlemelerde yer alan ve tıp alanında görev yapan kişilerin hak ve yükümlülükleri ile sorumluluklarının sınırını belirleyen, hasta hakları, ilaç ve medikal çalışmalar gibi konuların kapsamını düzenleyen hukuk dalı olarak ifade edilebilir. Krşl.: Hakeri, Tıp, s. 31. Doktrinde Tıp Hukukunun ülkemizde müstakil bir hukuk dalı olarak görülmediği, ancak geniş bir alanı kapsadığı, sağlık hukukunun alt dalı olduğu da ifade edilmektedir. Bkz., Hakeri, Tıp, s. 31, 547.

ları yoluna gidilebilmesi için neticeli suçlarda meydana gelen netice ile hareketleri arasında nedensellik bağı kurulmalıdır.

Çalışmamız yukarıda belirtilen nedenle neticeli suçlarla sınırlı olarak ele alınacaktır. Bu çerçevede önce zarar suçlarında nedensellik bağı incelenecektir. Zarar suçlarında nedensellik bağı açısından icrai suçlar ile ihmali (görünüşte ihmali) suçlar arasında farklı belirlemeler söz konusu olduğu için ayrı ayrı değerlendirme yapılacaktır. Bunların dışında netice sebebiyle ağırlaşmış suçlar, çok tartışılan ve nedensellik bağı teorilerinin özellikle çıkış nedeni olan bir suç grubu olduğu için, bunlarla ilgili belirlemeye diğerlerinden ayrı olarak değinilecektir.

Bugün modern ceza hukuku doktrininde failin sorumluluğu için yalnızca nedensellik bağının kurulması yetmemekte, ayrıca neticenin failin fiilinin eseri olduğunun tespiti yani objektif isnadiyetin varlığı da gerekmektedir. Dolayısıyla objektif isnadiyetin şartları da burada nedensellik bağı altında belirtilecektir.

Son olarak da tehlike suçlarında nedensellik bağı ile özel hukuktaki durum konumuzla doğrudan ilgili olmamakla beraber nedensellik bağı açısından gösterdikleri özellikler nedeniyle kısaca incelenecektir.

I. NEDENSELLİK BAĞI KAVRAMI

Neden, bir olayın meydana gelmesine yol açan başka bir olay, sebep olarak açıklanmaktadır. Neden olmak ise, bir şeyin olmasına veya ortaya çıkmasına yol açmak, sebep olmak şeklinde tanımlanmaktadır.⁵ Neden kavramından türetilen nedensellik ise sebebiyet veya illiyet kavramıyla aynı an-

⁵ <http://www.tdk.gov.tr/TR/SozBul.aspx?F6E10F8892433CFFA6AA849816B2EF05A79F75456518CA>; <http://www.tdk.gov.tr/TR/SozBul.aspx?F6E10F8892433CFFA6AA849816B2EF05A79F75456518CA&Kelime=neden%20olmak>, (E.T. 04.02.2008).

BERRİN
AKBULUT'UN
TEBLİĞİ

lamda kullanılmakta⁶ ve nedensellik bağıyla da neden sonuç ilişkisi ifade edilmektedir. Dolayısıyla nedensellik bağı, dış dünyada ortaya çıkan değişiklik (netice) ile bu değişikliği doğuran neden (hareket) arasında kurulan bağı karşılamak için kullanılan bir kavram niteliği taşımaktadır.

Ceza hukukunda failin, suçun kanuni tanımında belirtilen neticeden sorumlu tutulabilmesi için o neticenin kendi hareketinden meydana gelmesi veya ihmali hareketi ile neticenin gerçekleşmesini önlememesi, bir başka ifadeyle hareket ile netice arasında nedensellik bağı'nın kurulması gerekir. Bu bağı kurulamaması durumunda failin gerçekleşen neticeden sorumlu tutulması söz konusu değildir. Çünkü ceza hukukunda, cezaların şahsiliği ilkesi gereğince herkes kendi fiilinden sorumlu tutulduğu için başkasının fiilinden dolayı cezalandırılmak mümkün değildir.

Nedensellik bağı, hareket ile netice arasında kurulan bir bağı olduğuna göre ceza hukuku açısından nedensellik bağı da suçun kanuni tanımında neticenin yer aldığı suçlar için aranması gereken bir şart⁷ olarak ortaya çıkmaktadır. Kanuni tanımda neticeye yer verilmeyen suçlar için⁸ nedensellik ba-

⁶ Nitekim doktrinde nedensellik bağı ile illiyet bağı aynı anlamda kullanıldığı gibi, nedensellik bağı yerine illiyet bağı da tercih edilmektedir. Bazı yazarlar ise, sebebin neden sözü ile Türkçeleştirilmesinin doğru olmadığını belirterek nedensellik yerine sebepsellik bağlantısının kullanılmasının doğru olduğunu ifade etmektedirler: Yüce, Turhan Tufan, Ceza Hukuku Dersleri (C. I), Manisa 1982, s. 218, dipnot 57.

⁷ Neticeli suçlarda suçun unsurları tespit edilirken neticenin yanında nedensellik bağı'nın da tespit edilmesi gerekmektedir. Bu nedenle nedensellik bağı suçun unsurları içinde tespit edilmesi gereken bir olgu niteliği taşımaktadır.

⁸ Suçlar, neticenin aranıp aranmamasına göre sırf hareket suçları-neticeli suç veya aynı anlamda şekli suç-maddi suç veya neticesi harekete bitişik suç-neticesi hareketten ayrı suç şeklinde ayrımlara tabi tutulmaktadır. Ayrımların doğal sonucu olarak doktrindeki bazı yazarlar neticesiz suçun olamayacağını, her suçta mutlaka bir neticenin olduğunu, ancak bazı suçlarda hareket yapılıp yapılmaz netice de meydana geldiğinden ayrıca bir neticenin aranmasına gerek olmadığını, dolayısıyla da bu tür suçlarda nedensellik bağı'nın tespitinin sorun oluşturmadığını belirtmek-

ğından söz edilmesine ve varlığının araştırılmasına gerek bulunmamaktadır.⁹ Dolayısıyla sırf hareket suçları olarak isimlendirilen suçlarda, gerçek ihmali suçlarda ve soyut tehlike suçlarında nedensellik bağı araştırılmayacaktır. Buna karşılık neticenin arandığı zarar suçlarında, yani icrai nitelikte maddi suçlarda, görünüşte ihmali suçlarda ve netice sebebiyle ağırlaşan suçlarda nedensellik bağının tespiti failin sorumluluğu için şarttır. Somut tehlike suçlarında araştırılması gereken

tedirler. Bu görüşü savunan yazarlar, suçların neticesiz olamayacağını kabul etmekle beraber, şekli suç-maddi suç ayırımının pratik yararlarının bulunduğu da ifade etmektedirler. Ayrıntılı bilgi için Bkz., Önder, Ayhan, *Ceza Hukuku Dersleri*, İstanbul 1992, s. 172, 173; İçel, Kayıhan-Sokullu-Akıncı, Füsun-Özgenç, İzzet-Söztür, Adem-Mahmutoglu, Fatih M.-Ünver, Yener, *Suç Teorisi* (2. Kitap), 2. Bası, İstanbul 2000, s. 67, 68. Neticesiz suç olamayacağını kabul eden bazı yazarlar ise, şekli suç-maddi suç ayırımını bazı pratik faydalar nedeniyle de olsa kabul etmemekte, neticesi harekete bitişik suç-neticesi hareketten ayrı suç ayırımını esas almaktadırlar: Hakeri, Hakan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 6. Baskı, 2007, s. 136-138; Dönmezer, Sulhi-Erman, Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, Genel Kısım (C. I), 13. Tıpkı Bası, İstanbul 1997, s. 384. Bazı yazarlar ise, neticesiz suç olmayacağını kabul etmekle beraber neticesi harekete bitişik suç ile şekli suçu veya sırf hareket suçlarını aynı anlamda kullanmaktadırlar: Demirbaş, Timur, *Ceza Hukuku*, Genel Hükümler, 5. Baskı, Ankara 2007, s. 219, 220; Yüce, s. 216, 217; Öztürk, Bahri-Erdem, Mustafa Ruhan, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku*, 8. Baskı, Ankara 2005, s. 125; Centel, Nur-Zafer, Hamide-Çakmut, Özlem, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 4. Bası, İstanbul 2006, s. 255. Bazı yazarlar ise, neticesiz suç olmayacağını kabul etmekle beraber, neticeyi tabi anlamda netice-hukuki anlamda netice olmak üzere ikiye ayırmaktadırlar. Tabi anlamda netice, insan hareketine bağlı olan dış dünyada meydana gelen değişikliği, hukuki açıdan netice ise, kanunun himaye ettiği değere tecavüzü ifade etmektedir. Bu görüşü savunan yazara göre netice zarar veya tehlike şeklinde olabilir. Bkz., Soyaslan, Doğan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Güncelleştirilmiş 3. Baskı, Ankara 2005, s. 231, 237.

⁹ Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Hukuku*, Genel Hükümler, 2. Bası, Ankara 2007, s. 177-179; Koca, Mahmut, "Fikri İçtima", *Ceza Hukuku Dergisi*, Yıl 2, S. 4, Ankara 2007, s. 202; Bazı yazarlar neticesiz suç olmayacağını kabul etmekle beraber, neticesiz suçun ancak, neticenin kanuni tanımında öngörülmemesi halinde mümkün olabileceğini ifade etmektedirler: Erem, Faruk-Danişman, Ahmet-Artuk, Mehmet Emin, *Ceza Hukuku*, Genel Hükümler, Tümüyle Gözden Geçirilmiş 14. Baskı, Ankara 1997, s. 272.

tehlikenin, bir netice mi¹⁰ yoksa objektif cezalandırılabilme şartı mı¹¹ olduğu doktrinde tartışmalı olmakla birlikte, bu tür suçlarda nedensellik bağının tespit edilmesi gerektiği konusunda doktrinde herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır.¹² Ceza Kanunu incelendiğinde somut tehlike suçlarında varlığı tespit edilmesi gereken tehlikenin, netice kapsamında kabul edildiğini görmekteyiz. TCK'nun taksire ilişkin 22. maddesinde, sorumluluk için suçun kanuni tanımında belirtilen neticenin öngörülmemesi veya öngörülen neticenin istenmemesine karşın meydana gelmesi aranmaktadır. Taksirli suçlardan bazıları (TCK m. 171, 180, 182, 172/4) somut tehlike suçları şeklinde düzenlendiğinden, 22. madde gereğince bu suçlardan sorumluluk için suçun kanuni tanımında belirtilen tehlike niteliğindeki neticenin öngörülmemesi veya öngörülmesine rağmen istenmemesi aranmaktadır.¹³

¹⁰ Neticesiz suç olmayacağını kabul eden bazı yazarlar, neticeyi de tehlike veya zarar olarak ifade ettiklerinden, zarar suçları-tehlike suçları ayrımını netice başlığı altında incelemektedirler: Yüce, s. 216; Hakeri, Ceza, s. 138, 139; Centel-Zafer-Çakmut, s. 256-259; Özbek, Veli Özer, "Ceza Hukukunda Nedensellik Bağı ve Fiilin Objektif İsnat Edilebilirliği Sorunu", Baki Kuru'ya Armağan, Ankara 2004, s. 418. Aynı görüşü paylaşmakla birlikte bazı yazarlar, tehlike suçlarını sonuç başlığı altında ele almamaktadırlar: Alacakaptan, Uğur, Suçun Unsurları, Ankara 1970, s. 45, 46; Dönmezer-Erman, C. I, s. 384. Şekli suç-maddi suç ayrımını kabul eden bazı yazarlar ise, soyut tehlike suçlarında tehlikenin suçun bir unsuru olmadığını, ancak somut tehlike suçlarında tehlikenin meydana gelmesi şart olduğundan bu suçların neticeli suçlar olduğunu ve unsur olarak aranması gerektiğini ifade etmektedirler: Önder, Ceza Hukuku Dersleri, s. 176; Tröndle, Herbert-Fischer, Thomas, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 53. Auflage, München 2006, Vor § 13, kn. 13 a

¹¹ Bu görüşü savunan yazarlar, tehlike suçlarını suçun konusu başlığı altında incelemekte ve suçun bir unsuru olmadığını, objektif cezalandırılabilme şartı olduğunu ifade etmektedirler: Özgenç, Genel, s. 236.

¹² Bazı yazarlar ise, tehlike şartını suçun unsuru olarak kabul etmekte ve suçun konusu başlığı altında incelemekle beraber niteliği konusunda belirleme yapmamaktadırlar: Artuk, Mehmet Emin-Gökçen, Ahmet-Yenidünya, A. Caner, Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş 3. Bası, Ankara 2007, s. 443.

¹³ İtalyan Ceza Kanunu'nun nedensellik bağını düzenleyen 40. maddesi de neticeyi zarar ve tehlike olarak ifade etmiştir. Zira 40. madde, "Suçu meydana getiren zararlı veya tehlikeli netice, icra veya ihmalden doğ-

Tıp ceza hukuku, tıp hukukunun ceza hukukunu ilgilendiren kısmını ifade ettiği için ayrı bir nedensellik bağı kavramı söz konusu değildir. Ayrıca tıp alanında faaliyet gösteren kişilerin işlemiş oldukları suçların çoğunluğu Türk Ceza Kanunu'nda düzenlendiği ve TCK'nın 5. maddesi "*Bu kanunun genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır*" hükmünü taşıdığı için Ceza Hukukunda kabul edilen nedensellik esasları Tıp Ceza Hukukunda da geçerlidir. Bu nedenle tıp ceza hukuku alanında, hekimlerin işlemiş oldukları suçlardaki nedensellik bağı da yukarıda belirttiğimiz suç şekilleri çerçevesinde tespit edilecektir. Örneğin sırf hareket suçu niteliğinde olan göreve ilişkin sırrın açıklanmasına ilişkin 258. madde ile sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesine ilişkin 280. madde açısından nedensellik bağının araştırılması sorumluluğun tespiti açısından gerekmemektedir. Buna karşılık zarar suçları niteliğindeki taksirle öldürmeye ilişkin (m. 85) veya taksirle yaralamaya ilişkin (m. 89) hükümler açısından veya netice sebebiyle ağırlaşan suç olarak düzenlenen insan üzerinde deneyle ilişkin 90/5. madde ile organ veya doku ticaretine ilişkin 91/8. madde bakımından sorumluluğun tayini için nedensellik bağının varlığı gereklidir.

Nedensellik bağıyla ilgili olarak Ceza Kanunu'nun genel hükümler kısmında açık bir hüküm ve tanımlama bulunmamaktadır.¹⁴ Ancak bazı suç tiplerinde suçun temel şekli veya

muş olmadıkça hiç kimse kanun tarafından suç sayılan bir fiilden dolayı cezalandırılmaz. Önlenmesi hukuki bir vecibe olan bir neticenin önlenmemesi, ona sebebiyet vermeye eşittir" hükmünü taşımaktadır. Bkz., Artuk-Gökçen-Yenidünya, Genel, s. 413, dipnot 111.

¹⁴ 765 sayılı kanun döneminde de aynı esas geçerli olmakla birlikte, öldürme kastı veya müessir fiil kastıyla hareket eden failin fiilinden ölüm sonucunun meydana geldiği durumlarda sorumluluğun ne şekilde olacağını düzenleyen 451 veya 452. madde açısından, C.Ceza Kanunu'nun Nedensellik bağı konusunda meseleyi ele aldığı hangi hallerde bu bağın devam etmekte olduğuna yönelik esaslar getirdiği belirtilmekteydi: Önder, Ceza Hukuku Dersleri, s. 193. Bu maddelerle ilgili olarak Ceza Kanunu'nun hangi teoriyi kabul ettiği de 765 sayılı kanun döneminde tartışılmıştır. Bkz., Ünver, Yener, Ceza Hu-

BERRİN
AKBULUT'UN
TEBLİĞİ

netice sebebiyle ağırlaşmış şekli veya nitelikli hali ile ilgili olarak neden olmak, sebebiyet vermek, sonucunda gibi kavramlara yer verilerek nedensellik bağı zikredilmektedir (TCK m. 86, 85, 90/5, 91/8, 95, 173 gibi). Ülkemiz gibi birçok ülke de nedensellik bağına açıkça yer vermemişlerdir.¹⁵ Ancak bazı ülke ceza kanunlarında nedensellik bağı ile ilgili belirlemeler yapıldığı görülmektedir. Örneğin İtalyan (m. 40, 41), Avusturya (m. 2), Brezilya (m. 11) ceza kanunları bu anlamda zikredilebilir.¹⁶

Nedensellik bağı hukuki bir kavram olmayıp¹⁷ tüm bilim dallarının üzerinde durduğu bir kavramdır. Ama kökenini esas itibariyle felsefe ve doğa bilimlerinde bulmaktadır. Neticeyi meydana getirebilecek birçok zorunlu şartların bütününe neden olarak kabul eden felsefi neden kavramı, sorumluluğun tespit edildiği hukukta uygulanma kabiliyetine sahip değildir. Zira tüm nedenleri bir kişinin tek başına gerçekleştirme söz konusu olmadığı için böyle bir kişinin sorumlu olması

kukunda İzin Verilen Risk, İstanbul 1998, s. 236. Ayrıca 451 ve 452. maddelerin değerlendirmesi için Bkz., Centel, Nur, Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul 2002, s. 241 vd.; Kunter, Nurullah, Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi (Hareket-Netice-Sebebiyet Alakası), İstanbul 1955, s. 152, 201 vd.; Yüce, s. 234; Soyaslan, Doğan, Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Ankara 1998, s. 377, 378; Dönmezer-Erman, C. I, s. 526, 527.

¹⁵ Doktrinde ceza kanunlarına hüküm konulmamasının bir eksiklik olmadığı, gelişimi engellemediği, hatta kanununda nedensellik bağı konusunda hüküm bulunmayan Almanya'da nedensellik doktrininin, kanunda hüküm bulunan İtalya'dan daha ileri olduğu ifade edilmiştir: Erem-Danışman-Artuk, s. 273. 5237 sayılı Ceza Kanunu'nda da hüküm bulunmamasının eksiklik olmadığı belirtilmektedir: Özgüç, Genel, s. 181; Artuk-Gökçen-Yenidünya, Genel, s. 413; Toroslu, Nevzat, Ceza Hukuku, Ankara 2005, s. 90. Bazı yazarlarımız nedensellik bağı konusunda kanuna hüküm konulmasının isabetli olacağını ifade etmektedirler: Soyaslan, 2005, s. 346.

¹⁶ Artuk-Gökçen-Yenidünya, Genel, s. 413.

¹⁷ Hukuki kavram olduğuna ilişkin olarak Bkz., Erem-Danışman-Artuk, s. 281. Bazı yazarlar ise neticeye sebep olan şartlar arasında ayrım yaptığı için nedensellik bağının felsefe ve pozitif bilimlerdeki neden anlayışından ayrılmakta, hukuki neden anlayışına yaklaşmakta olduğunu ifade etmektedirler: Eren, Fikret, Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi, Ankara 1975, s. 3 vd.

da mümkün değildir.¹⁸ Dolayısıyla hukukta neden kavramı doğa bilimleri manasında kabul edilmektedir. Yani neticeyi meydana getiren şartlardan her biri neden niteliğindedir. Aynı durum mantık için de geçerlidir. Bu nedenle mantıki neden kavramı ile doğal neden kavramı aynı anlama gelen kavramlardır.¹⁹ Ceza hukukunda da sorumluluğun esasları tespit edildiğinden, nedensellik bağı doğa bilimi anlamında kurulan bağı ifade etmektedir.²⁰ Bu bağ, hayat tecrübelerimize,²¹ mantığımızı göre tespit edilecektir.²² Dolayısıyla genel bilgiyle çözümlenebilecek konular hâkim veya savcılarının görevi kapsamı olduğundan (CMK m. 63), doğal anlamdaki nedensellik bağının varlığı da hukukçular tarafından tespit edilecektir. Ancak çoğunlukla nedensellik bağının tespitinde çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren konular söz konusu olmakta ve bilirkişiye²³ başvurma gereksinimi ortaya çıkmaktadır. Tıp ceza hukuku alanında da yapılan tıbbi müdahalelerden ortaya çıkan hukuka aykırı sonuçlarda, dolayısıyla da tıp alanında çalışan kişilerin işlemiş oldukları

¹⁸ Bkz., Eren, Fikret, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 9. Bası, İstanbul 2006, s. 488, 489.

¹⁹ Eren, Borçlar, s. 489.

²⁰ Schönke, Adolf-Schröder, Horst, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. neubearbeitete Auflage von Leckner, Theodor-Cramer-Eser, Albin-Stree, Walter, München 2006, Vorbem §§ 13 ff, kn. 71,72.

²¹ Gropp, Walter, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Berlin-Heidelberg 2005, § 5, kn. 11.

²² Önder, Ceza Hukuku Dersleri, s. 193.

²³ CMK'nın 63. maddesi gereğince, çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hallerde re'sen veya istem üzerine bilirkişiye başvurulabilmektedir. Bilirkişilik hakkında Bkz., Soyaslan, Doğan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2006, s. 429 vd.; Centel, Nur-Zafer, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2006, s. 251 vd.; Öztürk, Bahri-Erdem, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. Baskı, Ankara 2007, s. 469 vd.; Özbek, Veli Özer, "Tıbbi Deliller ve Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu Sayısı, 2006, C. III, S. 2, s. 384 vd.; Yenisey, Feridun, "Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'na Göre Tıbbi Deliller ve Bilirkişi İncelemesi", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu Sayısı, 2006, C. III, S. 2, s. 310 vd.

BERRİN
AKBULUT'UN
TEBLİĞİ

çoğu suçlarda (öldürme, yaralama gibi)²⁴ nedensellik bağının tespiti için bilirkişinin yardımına başvurmak gerekmektedir.²⁵ Örneğin bir tıp uzmanına hastaya verilen ilacın öldürücü etkisinin olup olmadığının sorulmasında olduğu gibi.²⁶ Çünkü teşhis tedavi gibi nedenlerle müdahalelerde bulunan bir hekimin meydana gelen yaralama veya ölüm olayından sorumlu tutulabilmesi için söz konusu ölüm veya yaralama olayının hekimin hareketinden meydana gelip gelmediğinin belirlenmesi gerekmektedir. Bu da yine hekim olan bilirkişiler tarafından yapılabilir. Nitekim Alman Federal Yüksek Mahkemesi başka bir konuyla ilgili olarak verdiği bir kararda, hekimin mesleğinden kaynaklanan özen yükümlüğünün öncelikle tıbbi ölçülere göre belirlenmesi gerektiğini, bu ölçünün ise tıbbi bir bilirkişi vasıtasıyla belirlenebileceğini, hâkimin tıbbi standartları bir bilirkişi raporunu esas almaksızın kendi hukuksal değerlendirmesine göre belirleyemeyeceğini ifade etmiştir.²⁷ Ülkemizde de tıbbi uygulamalardan kaynaklanan sorunlarda bilirkişiye başvurulmaktadır. Hatta 1219 sayılı Tababet Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunu'nun 75. maddesi, tababet ve şuabatı san'atlarının icrasından kaynaklanan suçlarda²⁸ mahkemelerin uygun görecekları bilirkişilere başvurma konusundaki özgürlükleri²⁹ saklı kalmak kaydıyla,

²⁴ Çalışmamız, yalnızca bazı suçlarla sınırlı olmadığı için nedensellik bağı, sağlık mensubu kişilerin işleyebileceği tüm suçlar göz önünde tutularak belirlenmektedir. Ancak her suçla ilgili spesifik örnekler ifade edilemeyeceği için genellikle yaralama veya öldürme fiilleriyle ilgili olaylara yer verilecektir.

²⁵ Yenisey, s. 320.

²⁶ Örnek için Bkz., Kühl, Kristian, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Auflage, München 2005, § 4, kn. 6.

²⁷ BGH NJW 1995, s. 776, Hakeri, Tıp, s.382, dipnot 6.

²⁸ 75. madde, zorunluluğu sağlık mesleği çalışanlarının görevleri sırasında işledikleri suçlarla sınırlı tutmuştur. Sağlık mensubu olmayan kişilerin işledikleri suçlarla ilgili olarak Şuradan rapor alınması gerekmemektedir.

²⁹ Tıbbi konularda başka bilirkişilere de başvurulabilir. Adli Tıp Kurumu, Üniversitelerin adli tıp ve diğer ilgili anabilim dalları gibi. Yargıtay, Yüksek Sağlık Şurası'nın kararlarının bağlayıcı olmadığını, şuranın kararlarının yetersiz bulunduğu durumlarda sorunun bilgisine ve taraf-

Yüksek Sağlık Şurası'nın³⁰ görüşünün alınmasını³¹ mecburi tutmuştur.³² Ancak şuranın görüşlerinin alınması mecburi olmakla birlikte, bağlayıcı değildir.³³

Nedensellik bağının doğa bilimleri manasında kabul edilmesi icrai suçlar açısından geçerlidir. Dış dünyada algılanmayan ihmali hareketler ile dış dünyada meydana gelen ve önlenmeyen neticeler arasında doğal anlamda nedensellik bağı kurulamamaktadır. İhmali hareket normatif olarak kabul edildiği için, görünüşte ihmali suçlarda nedensellik bağı da normatif olarak kabul edilmektedir. Tıp ceza hukukunda ihmali hareketin neticeyi önleyip önlemeyeceği de uzmanlığı,

sızlığına güvenilen üniversite profesörlerine incelettirilmesi gerektiğini ifade etmektedir: Hakeri, Tıp, s. 384.

³⁰ Yüksek Sağlık Şurası 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun ve 28.3.2007 tarih ve 5614 sayılı Kanunu'nun 5. maddesiyle değişik 181 sayılı Sağlık Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname hükümlerine göre faaliyette bulunmaktadır.

³¹ Hukuki veya idari yargılamada, Yüksek Sağlık Şurası'nın görüşünün sorulması zorunluluğu bulunmamaktadır. Ancak başvurulmasına da engel bir durum söz konusu değildir. Nitekim uygulamada Yüksek Sağlık Şurası'na görüş sorulmaktadır. Bunun dışında genel hükümlere göre başka bilirkişilere başvurarak karar vermeleri de mümkündür.

³² "1219 sayılı yasanın 75. maddesinin, mahkemelerin uygun görecekları bilirkişilerin görüşlerine başvurma imkânı saklı kalmak üzere, doktorların mesleklerinin icrasından doğan suçlarından dolayı Yüksek Sağlık Şurası'ndan düşünce sorulmasını zorunlu kılması dikkate alınarak; (ölüm neticesinde), sanığın kusurlu olup olmadığının öncelikle Yüksek Sağlık Şurası'ndan rapor alınması suretiyle belirlenmesi ve sonucuna göre sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken eksik soruşturma ile hüküm (beraat) tesisi kanuna aykırıdır: 9. CD. 01.06.2006, 2124/3000.

³³ Yargıtay da Yüksek Sağlık Şurası kararlarının bağlayıcı olmadığını belirtmekte, tereddüt edilen hallerde Adli Tıp Kurumu'ndan bilirkişi raporu alınması yönünde kararlar vermektedir: 2.CD, 24.03.1999, 649/3731; 4.CD, 14.06.2004, 52/12500. Adli Tıp Kurumu raporu ile Yüksek Sağlık Şurası raporu arasında çelişki olması durumunda Adli Tıp Genel Kurulu'ndan görüş alınması gerekmekte (2659 sayılı Adli Tıp Kurulu Kanunu'nun 15. maddesi gereğince) ve Yargıtay da bu yönde kararlar vermektedir: 2. CD, 10.02.1999, 15183/1055; 2.CD, 19.04.2005, 21965/6580.

özel veya teknik bilgiyi gerektirdiğinden, nedensellik bağının tespiti için bilirkişiye başvurulması gerekmektedir.

II. ZARAR SUÇLARINDA NEDENSELLİK BAĞI

A. İcrai Suçlarda Nedensellik Bağı

1. Genel Olarak

Yapılan her hareket dış dünyada bir neticeye, hatta birden fazla neticeye sebep olabilir. Ancak Ceza Hukuku açısından dış dünyada meydana gelen her netice değil, suçun kanuni tanımında belirtilen netice önem taşımaktadır.³⁴ Ceza Kanunu'nun kast ve taksir ile ilgili maddelerine baktığımızda da suçun kanuni tanımındaki unsurların bilinmesi ve istenmesi (m. 21), suçun kanuni tanımında belirtilen neticenin öngörülmemesi veya öngörülmesine rağmen istenmemesi aranmaktadır (m. 22). Dolayısıyla suçun kanuni tanımında belirtilmeyen neticeler suçun gerçekleşmesi açısından önem taşımamaktadır.

İcrai suçlarda nedensellik bağı, doğa bilimi anlamında kurulan bir bağ olmakla birlikte, bir neticenin meydana gelmesinde birçok hareketin rol oynaması nedeniyle, bu hareketleri yapan kişilerin davranışlarının nedensel olup olmadığı, nedenselse, her nedensel hareketin ceza sorumluluğu doğurup doğurmadığı doktrinde tartışılmış ve birçok teori ortaya çıkmıştır.³⁵ Bir başka ifadeyle doğa bilimleri manasın-

³⁴ Yapılan her hareket dış dünyada mutlaka bir neticeye neden olur. Burada ifade edilen neticesiz hareketin olmayacağı değil, neticesiz suçun olabileceğidir. Eğer suçun kanuni tanımında netice belirtilmemişse dış dünyada meydana gelen neticeler ceza hukukunu ilgilendirmemektedir.

³⁵ Nedensellik bağıyla ilgili olarak ortaya çıkan bu görüşlerin uzun bir geçmişi bulunmamaktadır. Roma, Kilise, eski İtalyan ve Cermen hukuklarında nedensellik bağı sorununa rastlanmamaktadır. Buna karşın müşterek hukukta gözleme dayalı değerlendirmelerde bulunulmuşsa da temeli Avusturyalı hukukçu Julius, Glaser tarafından atılan daha sonra

da kurulan nedensellik bağının ne olduğunun bilinmemesi,³⁶ söz konusu bağın kurulmasında hangi özelliklerin aranması gerektiği, farklı görüşlerin birbirini takip etmesi sonucunu doğurmuştur.³⁷ Dolayısıyla icrai suçlarda nedensellik bağı, değişik teoriler çerçevesinde izah edilmeye çalışılmaktadır. Bu konuda şart teorisi, uygun sebep teorisi, etkin sebep teorisi, önem teorisi... gibi bir çok teori bulunmaktadır. Bugün bu teorilerden hangisinin kabul edilmesi gerektiği hem ülkemizin hem diğer ülkelerin uygulama ve doktrininde tartışmalıdır. Ülkemiz hukuku açısından en fazla kabul edilen iki teori, şart teorisi ile uygun sebep teorisidir. Bu nedenle bu iki teori burada incelenecektir. Ancak son yıllarda Alman hukukunda bazı alanlarda (Tıp Hukuku da bunlardan bir tanesidir) uygulanması gerektiği belirtilen istatistiki ve ihtimalci nedensellik teorileri de konumuzla ilgisi olması nedeniyle teoriler kapsamında belirtilecektir.

Alman İmparatorluk Yüksek Mahkemesi üyesi von Buri tarafından geliştirilen şart teorisi ceza hukukunda ifade edilmeye başlamıştır: Roxin, Claus, Strafrecht, Allgemeiner Teil (Band I), 4. Vollständig neu bearbeitete Auflage, München 2006, §11, kn 8; Önder, Ayhan, Ceza Hukuku, Genel Hükümler (C. II), İstanbul 1992, s. 92, 93. Daha sonra von Bar ve Bidding adlı yazarlar tarafından genişletilen teori Alman İmparatorluk Yüksek Mahkemesi tarafından kabul edilmiş ve günümüzde de Alman Federal Yüksek Mahkemesi tarafından uygulanmaktadır: Ünver, Risk, s. 238. Şart teorisinin eksik yönleri yetersiz kaldığı olaylar nedeniyle daha sonraları başka teoriler de ortaya çıkmıştır.

³⁶ Örneğin A, B'nin içeceğine asit karıştırırsa ve B bunu içtikten sonra ölse, biz sadece hayat tecrübelerimize göre B'nin ölümün asitin etkisiyle gerçekleştiğini söyleyebiliriz. Çünkü biz bugüne kadar edindiğimiz tecrübelerimiz ışığında bu tür asit içenlerin öldüğünü biliriz. Ama bir kimyager ölümün neden gerçekleştiğini asitin vücuttaki etkileşiminin metabolizmada kesin ölüme yol açtığını açıklayabilir. Ancak bu açıklama da nedensellik bağı konusuna aydınlatıcı cevap vermez: Gropp, § 5, kn. 11.

³⁷ Krşl. Gropp, § 5, kn. 11, 12.

2. Nedensellik Bağı Teorileri

a. Şart Teorisi

Şart teorisi, bugün doktrin ve uygulamada kabul edilen tüm isnadiyet teorilerinin temelini oluşturmaktadır.³⁸ Bu nedenle nedensellik bağının anlaşılmasında şart teorisi büyük önem taşımaktadır.

Şart teorisi, günümüzde Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nce uygulanmakta³⁹ ve doktrinde de çoğunlukla bu görüş kabul edilmektedir.⁴⁰ Ülkemizde ise, 5237 sayılı kanunun yürürlüğe girmesinden sonra doktrinde genel olarak şart teorisinin benimsendiği görülmektedir.⁴¹ Yargıtay ise kararlarında yakın ve doğrudan ilişki aradığından şart teorisinin kabul edildiğini bugün için söylemek mümkün değildir.

Şart teorisi, doğal neden kavramından hareket eder. Bu teoriye göre nedensellik bağı doğa bilimleri manasında ele alınmalıdır. Neticenin meydana gelmesine katkıda bulunmuş her şart nedenseldir. Ancak bu şartlar arasında ayırım yapıлып yapılmayacağı, nedenselliğin nasıl tespit edileceği konusunda şart teorisi çerçevesinde iki formül ileri sürülmektedir. Bunlar şartların eşitliği formülü ve kanuna uygun şart formülüdür.

³⁸ Gropp, § 5, kn. 14.

³⁹ Alman Federal Yüksek Mahkemesi, şart teorisini çok eskiden beri uygulamaktadır. Bkz., BGH 39, 195, 197; BGH 49, 1, 3; BGH 1, 332; BGH 2, 24; BGH 7, 114, Tröndle-Fischer, Vor § 13, kn. 16.

⁴⁰ Roxin, § 11, kn. 6.

⁴¹ Centel-Zafer-Çakmut, s. 278; Öztürk-Erdem, Ceza Hukuku, s. 128 vd.; Artuk-Gökçen-Yenidünya, Genel, s. 425 (kısmen şart teorisi); Demirbaş, s. 233 (yazar objektif isnadiyeti nedensellik teorisi olarak kabul etmekte, önce şart teorisine göre nedenselliğin kurulmasını aramaktadır); Soyaslan ise etkin sebep teorisini kabul etmektedir: Soyaslan, 2005, s. 346. 765 sayılı kanun döneminde ise görüşler farklı teorilerde dağılmış durumdaydı. Karma uygunluk teorisi: Dönmezer-Erman, C. I, s. 515 vd.; İçel, Kayıhan, Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk, İstanbul 1967, s. 169; Alacakaptan, s. 74. Uygun Sebep teorisi: Yüce, s. 229. Şart teorisi: Ünver, Risk, s. 253 vd.; Kunter, s. 179 vd.; Önder, C. II, s. 101 (sübjektif sorumlulukta). İnsani (beşeri) sebep teorisi: Erem-Danişman-Artuk, s. 281 vd.; Toroslu, s. 93vd.

aa. Şartların Eşitliği Formülü (condicio sine qua non)

Neticenin meydana gelmesi açısından onsuz olmayan her hareket nedenseldir.⁴² Yani onsuz (sine qua) neticenin meydana gelmeyeceği (non) her şart (condicio) nedenseldir (condicio sine qua non). Buna karşılık o hareket yapılmasaydı dahi, netice yine de meydana gelecek idiyse, o hareket netice bakımından nedensel değildir. A, B'yi öldürmek için şırıngayla öldürücü miktarda ilaç enjekte ediyor ve B ölüyor. A şırıngayla ilaç enjekte etmeseydi B ölmeyecekti, dolayısıyla A'nın hareketi nedenseldir. Ancak A'nın C'yi öldürmek için ilacına ölümcül dozda zehir koyduğu, zehir etkisini göstermeden C'nin B tarafından öldürüldüğü olayda (öne geçen nedensellik veya sollayan nedensellik)⁴³ bu görüşe göre nedenselliğin reddi gerekmektedir. Keza hareket yapılmamış olsaydı dahi, varsayılan nedenlerle yine de neticenin meydana geleceği (doktorun yanlış tedavisi ile ölen hastanın o gün bineceği uçağın düşmesi sonucu kesin öleceği gibi) olaylarda (varsayılan nedensellik)⁴⁴ veya yapılan birbirinden habersiz iki hareketin aynı anda neticeyi meydana getirdiği ve bu hareketlerin neticeyi tek başına doğuracağı durumlarda (çifte nedensellik veya alternatif nedensellik)⁴⁵ nedensellik bağının kabul edilmemesi gerekmektedir.

⁴² Bkz., Gropp, § 5, kn. 15; Tröndle-Fischer, Vor § 13, kn. 16; Roxin, § 11, kn. 6; Kunter, s. 149 vd.; Yüce, s. 219; Erem-Danışman-Artuk, s. 275, 276; Demirbaş, s. 225; Artuk-Gökçen-Yenidünya, Genel, s. 414; Alacakaptan, s. 69; Centel-Zafer, s. 264; Jescheck, Hans-Heinrich, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 4. vollständig neubearbeitete und erweiterte Auflage, Berlin 1988, s. 251; Honig, Richard, (Çev.: Yavuz Abadan), "İlliyyet Nazariyesine Dair", İÜHFİM, 1936, S. 1-4, s. 170, 171.

⁴³ Esinlenen örnek için Bkz., Gropp, § 5, kn. 23.

⁴⁴ Örneğin cellat tarafından öldürücü darbe vurulmadan suçlu bir seyirci tarafından öldürülür. Suçlu öldürülmeseydi dahi, cellat tarafından öldürülecekti. Örnek için Bkz., Gropp, § 5, kn. 30.

⁴⁵ Birbirinden habersiz olarak mafya patronları A ve B, polis F'yi öldürmek için arabasının altına aracının tamamen parçalanması amacıyla yeterli miktarda bomba yerleştirirler. Bomba A tarafından şoför koltuğunun altına, B tarafından ise, yakıt deposunun yakınına yerleştiriliyor. Her iki bomba da kontağın çevrilmesiyle patlayacaktır. F arabaya binip ara-

BERRİN
AKBULUT'UN
TEBLİĞİ

Şartların eşitliği teorisinin nedensellik bağıını ispatlamaması, varlığını hayat tecrübelerine göre varsayımaya dayalı olarak kabul etmesi, teorinin iki eksik yönünü oluşturmaktadır. Birincisi, hayat tecrübelerimize göre hareket yapılmıyaydı netice meydana gelmeyecekti denilen durumlarda varsayımsal olarak kişinin davranışının nedensel kabul edilmesi, aksi durumda ise nedenselliğin reddedilmesi, yukarıdaki gibi olaylarda bizi yanlış sonuçlara götürmektedir. İkincisi ise, sebebin etki şeklinin bilinmediği durumlarda neticenin meydana gelmesine etki edip etmediğinin tespit edilememesidir.⁴⁶ Örneğin bir ilacı kullananlarda hastalık bulgularına rastlanmakla beraber, hastalığa yol açıp açmadığının şüpheli olması gibi. Ancak meydana gelen bir olayda, kullanılan maddenin etki şekli şüpheli olmakla birlikte mahkeme nedenselliği kabul etmiştir. Olayda F firmasının piyasaya sürdüğü madde, bu maddeyi uzun süre kullanan kişilerde değişik hastalık bulguları ortaya çıkarmıştır. Ancak firma müdürü bu maddeyi piyasadan çekmemiş ve kullanılmasını da önlememiştir. Mahkemeye göre, maddenin hastalık yaptığı fen bilimleri tarafından kesin olarak ispatlanamasa da, fen bilimleri bilgilerinin bütünsel değerlendirmesinden bu tür maddelerin genel tehirleniviciliği ve diğer emareler (en azından bu maddenin birlikte etkisiyle) nedeniyle nedenselliğin kabul edilmesi gerekirdi.⁴⁷

bayı çalıştırdığında bomba patlar ve ölür. Her iki hareket de neticeyi tek başına meydana getirmeye yeterlidir. Biri olmasaydı da diğeri neticeyi meydana getirecekti. Örnek için Bkz., Gropp, § 5, kn. 25.

⁴⁶ Bkz., Jescheck, s. 253.

⁴⁷ Bkz., Gropp, § 5, kn. 19, 21. Yazara göre de, nedenselliğin şartların eşitliği formülüne göre belirlenmesi, söz konusu formülün yapısını özellikle şüpheli nedenlerin varlığında veya nedenselliğin varlığı konusunda netliğin olmadığı durumlarda, daha net ortaya çıkmaktadır. Meydana gelen başka bir olayda, Erdal isimli firmadan alınan sprey halindeki ayakkabı boyasının kullanılmasından yarım saat sonra, bunu kullanan kişilerde geçici akciğer rahatsızlığı yaşanır. Ancak firma sorumlusu ürününü piyasaya sürmeye devam eder veya çekmekte gecikir. Olay yargıya intikal eder. Mahkeme diğer faktörleri elemek suretiyle sprey halindeki ayakkabı boyasının hastalığa yol açtığı sonucuna ulaşır ve nedensellik bağının varlığını kabul eder. Bkz., Gropp, § 5, kn. 19, 20.

Doktrinde, yukarıda belirtilen örneklerdeki gibi durumlarda, olmazsa olmaz kuralının uygulanması suretiyle nedensellik bağının reddedilmesi gerektiği sonucu ortaya çıkarsa da, söz konusu olaylarda nedensellik bağının bulunduğu kesin olduğu ve uygulamanın da bu şekilde nitelendirildiği ifade edilmektedir.⁴⁸ Çifte nedensellik için, birden fazla şarttan alternatif olarak onsuz olunabilen şartlardan birinin yokluğu varsayıldığında netice meydana gelecek idiyse her hareket netice bakımından nedenseldir.⁴⁹ Varsayılan nedensellikte ise, varsayılan yedek sebepler dikkate alınmamalı, somut olayda hareket ile netice arasında var olan nedensellik bağı esas alınmalıdır.⁵⁰ Ancak sollayan nedensellikte, bağımsız bir neden sonucu meydana getirdiği için bu neden önceki hareketin nedensellik değerini ortadan kaldırırsa da, nedenselliğini kesmez.⁵¹

Şartların eşitliği formülüne göre neticeyi meydana getiren tüm şartlar eşit olup bunlar arasında ayırım yapılamaz. Çünkü neticenin sadece tek bir sebebinin olması zorunluluğu olmadığı gibi, birden fazla nedenden her biri neticenin meydana gelmesi bakımından zorunludur. Ancak bu durum, nedensellikte sonu olmayan neden-sonuç ilişkisine götürülebilir. Örneğin bir doktor yanlış tedavi dolayısıyla birini öldürdüğünde, bundan dolayı sadece doktorun hareketi değil, onun ebeveynlerinin, onu işe alan kişilerin hareketleri de nedensel olarak kabul edilmelidir.

⁴⁸ Bkz., Jescheck, s. 253; Ünver, Risk, s. 241.

⁴⁹ Gropp, § 5, kn. 25; Hakeri, Ceza, s. 155; Ayrıca Bkz., Ünver, Risk, s. 242.

⁵⁰ Gropp, § 5, kn. 28, 29; Schönke-Schröder, Vorbem §§ 13ff, kn. 80. Bazı yazarlar, nedenselliğin tespiti hayat tecrübelerimize göre yapıldığı için, ayrıca hareket olmasaydı netice meydana gelir miydi, ya da gelmez miydi sorusunun sorulmasının doğru olmadığını ifade etmektedirler. Jescheck, s. 254.

⁵¹ Ünver, Risk, s. 248; Önder, Ceza Hukuku Dersleri, s. 196, Yüce, s. 231, 232. Bazı yazarlar bu durumun kesilmiş nedenselliğin başka bir görünüş şekli olduğunu ifade etmektedirler: Gropp, § 5, kn. 25. Nedenselliğin kesilip kesilmediğiyle ilgili olarak Bkz., Yüce, s. 236.

BERRİN
AKBULUT'UN
TEBLİĞİ

Şartların eşitliği formülünün sınırsızlığı⁵² nedeniyle,⁵³ sorumluluğun sınırlanması için başka teoriler ortaya çıktığı gibi, kast ve taksirden yararlanması gerektiği gibi belirlemeler de yapılmış⁵⁴ veya başka kriterler de ileri sürülmüştür. Ama bugün için objektif isnadiyet kabul edildiğinden, sorumluluğun sınırlanması kriterleri önemini kaybetmiştir.

Şartların eşitliği formülü, sınırsız olmasına rağmen neticenin faile isnat edilebilmesinde temel olmayı başarmıştır. Nedensellik bağının bu şekilde tespitinin, failin neticeden sorumlu tutulması için gerekli olan minimum şeyi oluşturduğu belirtilmektedir. Bir başka ifadeyle, failin cezai sorumluluğu için şartların eşitliği şeklinde nedensellik şartsa da yeterli değildir.⁵⁵

bb. Kanuna Uygun Şart Formülü

Şart teorisinin esasları çerçevesinde oluşturulan ve nedenselliği tespit eden bu görüş, şart teorisi kapsamında incelendiği gibi ayrı bir nedensellik teorisi olarak da ifade edilmektedir.⁵⁶

⁵² Şartların eşitliği formülüne başka eleştiriler de yöneltilmiştir. Bkz., Yüce, s. 219 vd.; Dönmezer-Erman, C. I, s. 487 vd.

⁵³ Sınırsızlığın adaletsizliğe yol açtığı ifade edilmiştir. Özellikle netice sebebiyle ağırlaşan suçlarda failin hareketi ağır sonuç açısından nedensel kabul edileceğinden, gerçekleşen tüm sonuçlardan sorumluluğu yoluna gidilebilecektir. Bu durumu engellemek için de netice sebebiyle ağırlaşan suçlarda şart teorisinden ayrılarak uygun sebep teorisinin benimsendiği görülmektedir. 765 sayılı kanun döneminde ülkemiz açısından geçerli olan bu durum, bir dönem alman hukukunda da geçerli olmuştur. Alman Hukuku için Bkz., Özbek, Nedensellik Bağı, s. 419, 420.

⁵⁴ Yüce, s. 220; Dönmezer-Erman, C. I, s. 488, 489; Alacakaptan, s. 70; Erem-Danışman-Artuk, s. 277.

⁵⁵ Gropp, § 5, kn. 17.

⁵⁶ Bkz., Gropp, § 5, kn. 33; Ünver, Risk, s. 244; Jescheck, s. 254; Tröndle-Fischer, Vor § 13, kn. 16 b; Schönke-Schröder, Vorbem §§ 13ff, kn. 75.

Kanuna uygun şart formülü, şartların eşitliği teorisinin yukarıda belirtilen yetersizlikleri, özellikle de alternatif nedensellikte hatalı sonuçlara götürmesi,⁵⁷ şüpheli olaylarda sorumluluğu açıklayamaması nedeniyle formüle yönelik olarak yapılan eleştiriler sonucunda, Engisch tarafından ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre, bir hareket dış dünyada zaman itibariyle daha sonra meydana gelen değişikliklerle kanuna uygun şekilde bağlantılı ise neticenin nedenidir. Ayrıca dış dünyadaki değişiklikler ile hareketin, doğa kanunlarına göre birbirini zincirleme olarak takip eder şekilde bağlantılı olmaları ve kanuna uygun neticeyi oluşturmaları gerekmektedir.⁵⁸ Bir başka ifadeyle nedensellik bağının kurulması için bir hareketin zaman itibariyle kendisinden sonra meydana gelen değişikliklerle doğa kanunlarına göre bağlantılı olması ve bu değişikliklerin kanunda netice olarak tespit edilmiş olması gerekir.⁵⁹

Kanuna uygun şart formülü, şart teorisi temelinde oluşturulduğu için o da nedenselliği doğa kanunları anlamında kabul etmektedir. Bir neticenin meydana gelmesinde etkili olan tüm şartlar eşittir.⁶⁰ Nedensellik bakımından önemli olan, hareketin neticenin gerçekleşmesine somut olayda etki edip etmediğidir. Kanuna uygun şart formülünde, nedenselliğin varsayımsal olarak tespiti benimsenmediği için, şartların eşitliği formülündeki olumsuzluklar burada karşımıza çıkmamaktadır.⁶¹ Bu görüş, bir hareketin nedensel olup olmadığı konusunda olmazsa olmaz formülünden değil, uzman

⁵⁷ Bunun için Bkz., Roxin, § 11, kn. 13. Alternatif nedensellikte nedenlerin neticenin meydana gelmesini birlikte sağlamış olabileceği veya neticenin meydana gelmesini hızlandırmış olabileceği ifade edilmektedir. Dolayısıyla alternatif nedenselliğin kesinlikle kabul edilmesi konusunda, tam bir netliğin olmadığı ifade edilmektedir: Gropp, § 5, kn. 25a.

⁵⁸ Roxin, § 11, kn. 15.

⁵⁹ Jescheck, s. 254; Tröndle-Fischer, Vor § 13, kn. 16 b; Gropp, § 5, kn. 33.

⁶⁰ Bkz., Gropp, § 5, kn. 33, 34.

⁶¹ Bkz., Ünver, Risk, s. 244; Özbek, Veli Özer, Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Anlamı, Genel Hükümler (C.1), Ankara 2005, s. 285; Gropp, § 5, kn. 34.

BERRİN
AKBULUT'UN
TEBLİĞİ

kişilerin (bilirkişilerin) raporlarından yararlanılacağını ifade etmektedir.⁶² Şartların eşitliği formülü, nedenselliğin tespitinde metodik yardımcı araç olarak elverişlidir.⁶³ Kanuna uygun şart formülü, özellikle alternatif nedensellik olaylarında nedenselliğin tespitini kolaylaştırmakta ve daha doğru çözümler getirmektedir.⁶⁴

cc. Formüllere Göre Nedensellik Bağının Kesilmesi

Şart teorisinde, failin hareketi dışında, başka bir kişinin veya mağdurun hareketinin nedensel sürece etki ettiği durumlarda sorumluluğun tespiti açısından nedensellik bağının kesilip kesilmediği sorunu üzerinde de durulmaktadır. Bu teori neticenin meydana gelmesine etki eden tüm nedenleri eşit olarak kabul ettiğinden ve nedensel değer taşıdığını benimsediğinden, teoriyi benimseyen yazarlar tarafından failin hareketinden sonra gerçekleşen ve neticenin meydana gelmesine katkı sağlayan hareketlerin, failin hareketinin nedenselliğini kesmediğini ifade etmektedirler. Nedensellik bağı ya vardır ya yoktur, nedensellik bağının kesilmesinden söz edilemez.⁶⁵ Ancak yeni bir nedensellik serisinin ortaya çıktığından söz edilebilir. Bu yeni nedensellik serisi ya failin hareketinin nedenselliğini ortadan kaldırır (ama kesmez) ve tek başına neticeyi meydana getirir veya failin hareketinin

⁶² Jescheck, s. 254.

⁶³ Lackner, Karl-Kühl, Kristian, Strafgesetzbuch, neubearbeitete Auflage des von Dr. Eduard Dreher und Dr. Hermann Maassen begründeten Werkes, München 1995, Vor § 13, kn. 10.

⁶⁴ Ayrıntılı bilgi için Bkz., Roxin, § 11, kn. 25, 26. Ancak doktrinde bu belirlemenin de yetersiz olduğu, geliştirilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Ayrıca doğa kanunlarına göre oluşturulan nedensellik bağının kesin şekilde tespit edilemeyeceğinin sezgiyle oluşturulan hatalı bir düşünce tarzı olduğunun gözden uzak tutulmaması gerektiği belirtilmektedir. Ayrıntılı bilgi için Bkz., Ünver, Risk, s. 245, dipnot 956.

⁶⁵ Önder, Ceza Hukuku Dersleri, s. 196. Ayrıca Bkz., Roxin, § 11, kn. 28. Ancak bazı yazarlar tarafından kesilen nedensellik kavramı da kullanılmaktadır: Gropp, § 5, kn. 23, 25.

nedenselliğine yeni bir nedensellik olarak eklenir ve her ikisi de neticenin meydana gelmesi açısından nedensel değer taşır ya da failin yaptığı hareketin nedenselliğine herhangi bir etkisi olmaz. Bu söylenenler aşağıdaki nedensellik şekilleri açısından geçerlidir: Nedensel sürece katkı sağlayan üçüncü kişinin veya mağdurun hareketi ya tamamen bağımsız olarak neticeyi meydana getirir (sollayan nedensellik)⁶⁶ veya failin hareketi yanında (birlikte) neticeyi meydana getirir (kümülatif-toplayıcı nedensellik) ya da her ikisi de tek başına neticeyi meydana getirebilecek nitelikte olmasına rağmen birlikte neticeyi gerçekleştirirler (çifte nedensellik) veya fail tarafından hareket yapılmasaydı da neticenin zaten meydana geleceği bir durum söz konusu olabilir (varsayılan nedensellik). Belirtilen tüm bu durumlarda hem şartların eşitliği teorisi hem de kanuna uygun şart formülü nedenselliği kabul etmektedir.⁶⁷ Bu durumlardan öne geçen sebepte (sollayan nedensellikte), çifte nedensellikte ve varsayılan nedensellikte şartların eşitliği formülünün çözümünü daha önce belirtmiştik. Kanuna uygun şart formülü taraftarları da varsayılan nedensellikte, nedenselliğin, neticenin daha sonra gerçekleşecek olmasıyla ortadan kalkmadığını, hareketin kanuni tanımında belirtilen neticenin gerçekleşmesinde etken olmasının yeterli olduğunu ifade etmektedirler.⁶⁸ Çifte nedensellikte ise, uzman kişiler tarafından her iki şartın da neticenin gerçekleşmesine birlikte etki ettikleri tespit edilmişse, söz konusu iki şart da nedenseldir.⁶⁹ Buna karşın şartlardan biri diğerinden önce etkide bulunmuş ve ölümü meydana getirmişse, diğerinin nedensellik değeri ortadan kalktığından fail yalnızca teşebbüsten dolayı sorumlu olur. Şartlardan birinin etki ettiği, ancak bu-

⁶⁶ Psikiyatrist tarafından aşırı dozda verilen ilaç etkisini göstermeden hastanın silahıyla intihar etmesi veya bir başkası tarafından ayağından yaralanan ve hastaneye kaldırılan kişinin ameliyatta yanlış verilen narkozun etkisiyle ölmesi.

⁶⁷ Lackner-Kühl, Vor § 13, kn. 11; Ünver, Risk, s. 241-243, 247-249; Centel-Zafer-Çakmut, s. 266, 267.

⁶⁸ Ünver, Risk, s. 245.

⁶⁹ Roxin, § 11, kn. 25.

nun kimin hareketinden kaynaklandığı tespit edilemiyorsa, nedensel hareketi gerçekleştiren kişiler şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereğince yalnız teşebbüsten dolayı sorumlu olur. Sallayan nedensellikte ise kanuna uygun şart formülü benimseyenler, öne geçerek neticeyi meydana getiren nedenin failin hareketinin nedenselliğini kesmediğini, ama neticenin meydana gelmesindeki etkisini ortadan kaldırdığını ifade etmektedirler. Bununla birlikte önceki nedenselliğin etkisinin sonraki nedensellik ortaya çıkıncaya kadar ayrıca değerlendirileceğini belirtmektedirler.⁷⁰ Kümülatif nedensellikte ise, her iki görüş de⁷¹ hareketlerin neticenin meydana gelmesinde etken olmaları nedeniyle nedenselliğin bulunduğunu ifade etmektedirler. Kümülatif nedensellikte (neticenin nedenlerin toplamından meydana gelmesi) neticeyi meydana getiren birden fazla hareket bulunmakta, ancak bu hareketlerden biri gerçekleşmediğinde neticenin meydana gelmemesi söz konusudur. Verilen klasik örnek ise, A ve B'nin birbirlerinden habersiz olarak C'nin yemeğine zehir koymaları, ancak her iki zehir miktarının da neticeyi meydana getirmeye yetecek oranda olmaması, her iki zehir miktarının birleşerek ölüm sonucunu meydana getirmesi halidir.⁷²

Her iki formül de nedensellik bağının bulunması ile sorumluluğun farklı şeyler olduğunu, neden-sonuç arasındaki ilişki tespit edildikten sonra fiilin hukuki değerlendirmesinin yapılacağını ifade etmektedirler. Türk doktrininde de şart teorisi benimsendiğinden nedensellik bağının kesilmesi kabul edilmemektedir. Ancak Yargıtay şart teorisini benimseme-

⁷⁰ Bkz., Ünver, Risk, s. 248, 249.

⁷¹ Bkz., Gropp, § 5, kn. 26; Yüce, s. 232.

⁷² Yargıtay tarafından verilen bir kararda, önce bir aracın daha sonra başka bir aracın çarptığı bir kişinin ölmesi olayıyla ilgili olarak Adli Tıp Kurumu raporuna dayanarak maktule çarpan her iki kişinin fiili ile sonuç arasında nedensellik bağının bulunduğu ve her ikisinin birlikte ölüm sonucunu meydana getirdiği açıklanmıştır: CGK, 01.04.1997-2/62-76, Kaban, Mater-Aşaner, Halim-Güven, Özcan-Yalvaç, Gürsel, Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları (Eylül 1996-Temmuz 2001), Ankara 2001, s. 547, 548.

mekle birlikte, nedensellik bağının kesildiğini kabul etmektedir. Nedensellik bağının olduğu olaylarda sorumluluğu sınırlandırmak için bu bağ kesildiğini ifade etmektedir.⁷³ Bir kararında, "TCY'nin 452. maddesinin uygulanması için fail tarafından istenmeyen ölüm sonucunun, fail tarafından istenen etkili eylemle meydana gelmesi gerekir. Eylemden sonra kesinti meydana gelmiş ve ölüm, kalp hastalığı veya sara gibi etkili eylemin doğal sonucu olmayan bir nedenden ileri gelmiş ve aradaki nedensellik bağı kesilmişse bu madde uygulanamaz. Koşulları varsa, fail kast edip gerçekleştirdiği etkili eylem suçundan cezalandırılır"⁷⁴ şeklinde belirleme yaparak objektif isnadiyet kapsamına giren bir durumu nedensellik bağının kesilmesiyle çözümlenmektedir.

b. Uygun Sebep Teorisi

Bu teori, özel hukukta genel olarak kabul edilmektedir. Ceza Hukukunda ise, 5237 sayılı kanunun yürürlüğe girmesinden sonra (451 ve 452. maddelerin kaldırılmasından sonra) doktrinin çoğunluğu (bazı yazarlar kısmen de olsa) tarafından şart teorisi kabul edildiğinden, uygun sebep teorisinin çok az taraftar bulduğu görülmektedir.⁷⁵ Yargıtay ise daha ziyade kararlarında uygun sebep teorisini kabul etmektedir.⁷⁶ Tıp Ceza Hukukunun kapsamında olan ve tıbbi faaliyette bulunan kişilerin işledikleri suçlarda nedensellik bağının tespiti için çoğunlukla bilirkişiye başvurulmakta ve Yargıtay'da değerlendirilmesini buna göre yapmaktadır. Tıp Ceza Hukuku anlamda da Yargıtay'ın uygun sebep teorisini benimsendiği

⁷³ 2. CD, 03.02.1998, 15709/597.

⁷⁴ CGK, 04.11.1997-1/166-258. Aynı yönde CGK, 18.04.2000-1/76-81. Ceza Genel Kurul kararları için Bkz., Kaban-Aşaner-Güven-Yalvaç, s. 534, 535; 528, 529.

⁷⁵ İçel-Evik tarafından uygun sebep teorisi kapsamında nitelendirilen karma uygunluk teorisi kabul edilmektedir: İçel, Kayıhan-Evik, Hakan, Ceza Hukuku, Genel Hükümler (2. Kitap), İstanbul 2007, s. 73, 74.

⁷⁶ CGK, 17.11.1988-4/218-345; CGK, 25.03.1997-2/47-66; Kaban-Aşaner-Güven-Yalvaç, s. 553, 554; 548, 549; CGK, 23.03.1999-1/1347, Malkoç, İsmail, Açıklamalı-İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, Ankara 2001, s. 1002.

BERRİN
AKBULUT'UN
TEBLİĞİ

söylenbilir.⁷⁷ Ayrıca Yargıtay nedensellik bağının kesilmesi- ni kabul ettiğinden, failin hareketine doğrudan bağlı olmayan zararlı değişikliklerden onu sorumlu tutmamaktadır. Dolayısıyla uygulamamız nedensellik bağının tespitini sorumluluğun belirlenmesiyle veya hukuksal değerlendirmesiyle birlikte yapmaktadır.⁷⁸ Hatta bazen taksirin söz konusu olduğu durumlarda nedensellik bağının yokluğuyla failin sorumlu olmayacağını belirtmektedir.⁷⁹

Uygun sebep teorisi, hareketin neticeyi meydana getirip getiremeyeceği ihtimal ve tahminine göre nedensellik bağının bulunup bulunmadığını açıklamaktadır.⁸⁰ Eğer genel yaşam deneyimlerine göre yapılan hareket kanunda belirtilen neticeyi meydana getirmeye elverişli ise sebeptir.⁸¹ Dolayısıyla nedensellik bağı vardır. Ters durumda ise nedensellik bağı yoktur. Yani yapılan hareketten anormal, a tipik, istisnai neticeler meydana gelmişse, hareket ile netice arasında nedensellik bağı yoktur.

⁷⁷ Yargıtay kadın-doğum hastalıkları uzmanı ile ilgili olarak verdiği bir kararında, "saniğin hukuki durumunun tayin ve tespiti için zararlı sonuç ile fiili arasındaki yakın ve uygun sebebiyet bağının açıklığa çıkarılması gerekir şeklinde" belirleme yapmıştır: CGK, 8.10.1984-9/456-3301.

⁷⁸ 4. CD, 20.03.1998, 650/1905, Malkoç, s. 1030; 9. CD, 01.11.2006, 3830/5579, YKD, 2007, S. 3, s. 582, 583; CGK, 12.05.1980-1/151-206; YKD, 1980, S. 9, s. 1279; 2. CD, 18.06.1991, 6726/7570, Erdurak, Yılmaz Güngör, Notlu-İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, 3. Baskı, Ankara 1994, s. 815.

⁷⁹ "Saniğin, ruhsatlı av tüfeğini küçük çocukların kolaylıkla eline geçmesi için gerekli önlemleri almamaktan eylemini TCK'nın 550. maddesine uyan suçu oluşturacağı Cavit'in ölümü ile eylem arasında illiyet bağı bulunmadığı gözetilmeden, oluşa uygun düşmeyen bilirkişi mütalaasına dayanarak yazılı biçimde TCK'nın 455/1 -son maddesiyle mahkumiyetine karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir", 2. CD, 25.2.1992, 2127/1587. Aynı yönde 2. CD, 26.4.1991, 3744/4712. Kararlar için Bkz., Erdurak, s. 814, 817.

⁸⁰ Önder, Ceza Hukuku Dersleri, s. 200.

⁸¹ Lackner-Kühl, Vor § 13, kn. 9; Gropp, § 5, kn. 36.

Uygun sebep teorisi, şartların eşitliği teorisinin sorumluluğu aşırı genişlettiği eleştirileri üzerine, sorumluluğun sınırlandırılması amacıyla⁸² ortaya çıkan bir teoridir.⁸³

Uygun sebep teorisi de şart teorisi gibi doğal nedensellik bağından hareket etmektedir. Ancak her şartı değil, neticeyi meydana getirmeye uygun olan şartı neden olarak kabul etmektedir. Uygunluğun kime veya hangi zamana göre yapılacağı bu teorinin taraftarları arasında tartışmalıdır. Değerlendirmenin faile göre mi yoksa üçüncü bir kişiye göre mi yapılacağı sorun teşkil etmektedir. Değerlendirmenin hareketin yapıldığı zamana göre mi (ex ante) yoksa neticenin meydana gelmesinden sonra neticeye göre mi (ex post) yapılacağı da tartışmalıdır. Ex post değerlendirmenin uygun sebep teorisinin niteliği ile bağdaşmadığı ifade edilmiştir.⁸⁴ Dolayısıyla uygunluğun ex ante yapılacağı kabul edilmektedir. Ancak ex ante değerlendirmenin faile mi yoksa üçüncü bir kişiye göre mi yapılacağı tartışmalıdır. Her iki görüş de eleştirilmiş ve sakıncaları ortaya konulmuştur. Fail esas alındığından nedensellik ile kusurluluğun birbirine karıştırıldığı ifade edilmiştir. Üçüncü kişi (objektif gözlemci) kabul edildiğinde ise, bu kavramın açık olmadığı, bazı durumların nedensellik dışında kalacağı belirtilmiştir.⁸⁵

Uygunluğun kime göre tespit edileceğinin tartışmalı olması, uygun sebep teorisini esas alan karma uygunluk görüşünün ileri sürülmesi sonucunu doğurmuştur.⁸⁶ Bu teori, belirlemenin hâkim tarafından objektif açıdan, yani üçüncü kişinin bilgi ve tecrübesine göre yapılacağını, daha sonra ise

⁸² Uygun sebep teorisinin görevlerinden birinin sorumluluğu sınırlama olduğu belirtilmektedir: Eren, Borçlar Hukuku, s. 493. Aynı şekilde Gropp, § 5, kn. 36.

⁸³ Önder, Ceza Hukuku Dersleri, s. 199.

⁸⁴ Özel hukukta ex post değerlendirme tarzı kabul edilmektedir: Eren, Borçlar Hukuku, s. 503.

⁸⁵ Önder, Ceza Hukuku Dersleri, s. 201.

⁸⁶ Bu görüş için Bkz., Önder, Ceza Hukuku Dersleri, s. 202-204; Özgenç, Genel, s. 180, 181.

failin göz önünde bulundurularak, sübjektif yönden değerlendirilmesinin söz konusu olacağını, her iki tespit birbirine uyuyorsa kusurluluğun bulunduğunu, aksi durumda ihtimallere göre nedensellik bağının tespitini yapmak gerektiğini belirtmektedir: Eğer objektif ve sübjektif değerlendirme birbirine uyuyorsa hem nedensellik hem de kusurluluk bulunmaktadır. Şayet her iki değerlendirme birbirine uymuyorsa, objektif olarak öngörülemeyen neticeyi fail öngörmüşse nedensellik bağı var kabul edilecek, buna karşılık objektif olarak öngörülebilecek neticeyi fail öngörmemişse ve içinde bulunduğu şartlar itibariyle öngörme failden beklenemeyecek idiyse nedensellik bağı yoktur.

Uygun sebep teorisi ile karma uygunluk teorisi, nedensellik bağının çözümü için öngörebilme ölçüsünü kabul etmesi nedeniyle eleştirilmektedir. Nedensellik bağının tespiti ile isnadiyetin birbirinden farklı olduğu, ancak söz konusu uygun sebep teorisinin nedensellik bağı ile failin neticeden ne suretle sorumlu tutulacağını birbirine karıştırdığı belirtilmektedir.⁸⁷ Çünkü nedensellik araştırılırken aynı zamanda sorumluluk da tespit edilmektedir. Bu durum özel hukukta haksız fiiller için uygun çözüm sağlarsa da.⁸⁸ Ceza hukuku açısından doğru değildir. Ayrıca her iki teorinin taksirle, kusurla ilgili sorunları nedensellik bağı kapsamında çözmeye çalıştıkları ifade edilmektedir.⁸⁹

c. İstatistikî ve İhtimalci Nedensellik Teorileri

Bu teorinin kapsamına giren görüşlerin ortak noktası, şart teorisinin esaslı güçlülere neden olduğu yerlerde olasılık belirlemeleriyle bunun tamamlanmasıdır.⁹⁰

⁸⁷ Bkz., Roxin, § 11, kn. 41.

⁸⁸ Bkz., Gropp, § 5, kn. 37.

⁸⁹ Özgenç, Genel, 181; Önder, Ceza Hukuku Dersleri, s. 204.

⁹⁰ Roxin, § 11, kn. 37.

Bazı alanlarda, özellikle ruhsal olarak ortaya konan nedensellikte ve ayrıca üretilen bir şeyden kaynaklanan sorumlulukta veya hekim hatalarında, doğal anlamda bir nedenselliğin bulunmadığı veya en azından tespit edilebilir olmadığı açıktır. Bu durum, doğal nedenselliğin istatistiki veya ihtimali bağlar ile tamamlanmasına veya bunların doğal nedenselliğin yerini almasına neden olmaktadır.⁹¹

Bu konuda farklı görüşler bulunmaktadır. Hoyer'e göre, şayet ilk olay ikinci olayla riskin artırılması suretiyle bağlantılıysa ve üçüncü olayla bağlantılı riskin artırılması bu suretle kullanılmaz yapılmışsa bir olay kendini zaman olarak takip eden ikinci olayın nedenidir. Bu yazara göre riskin artırılması teorisi tarafından aranan risk ilişkisi, nedenselliğin tespitinden sonra aranması gereken bir husus olmayıp, aksine nedensellik için gerekli olan hareket ile netice arasındaki ilişkiyi oluşturmaktadır. Knauer ise değerlendirmeleriyle Hoyer'e bağlantı kurar. Knauer de, ihtimali nedensellik kavramının esasen nedensellik yerine geçen riskin yükseltilmesi teorisinden çok da uzak olmadığını ifade etmektedir. İhtimali nedensellik kavramı, olasılık değerlendirmesini daha nedensellik aşamasında halletmek suretiyle, Roxin'in riskin yükseltilmesi teorisinin radikalleştirilmesini yapmaktadır. Perez Barbera ise, riskin yükseltilmesinin, nedenselliğin, kanuni tanımda belirtilen netice bakımından istatistiki öneminden başka bir anlama gelmediğini ifade etmektedir.⁹²

Yukarıda belirtilenlerden de anlaşılacağı gibi ihtimalci nedensellik teorilerine taraftar olan yazarlar, riskin yükseltilmesi teorisini kendi görüşlerini ispatlamak için nedensellik yerine kullanmaktadırlar. Bu eğilim devam ettiği takdirde isnadiyet kapsamında yer alan bazı alt unsurların nedensellik kavramına itilmesi söz konusu olacaktır.⁹³

⁹¹ Roxin, § 11, kn. 35.

⁹² Roxin, § 11, kn. 36, 38.

⁹³ Bkz., Roxin, § 11, kn. 38.

Sonuç olarak şu söylenmelidir ki, bu görüşler çok yeni olduğundan değerlendirme yapılması için erkendir. Bunun için görüşlerin ortaya konması ve somut olaylar üzerinde denemesi beklenmelidir.⁹⁴

B. İhmali Suçlarda Nedensellik Bağı

İcrai suçlarda nedensellik bağı'nın (neticeli suçlar açısından kesin olarak) varlığı kabul edilmekte, ancak nedensellik bağı'nın tespitinde hangi teorinin kabul edileceği tartışmalıdır. İhmali suçlara gelindiğinde ise, her şeyden önce bu tür suçlarda bir nedensellik bağı'nın aranıp aranmayacağı, aranacaksa aynı zamanda ölçünün ne olacağı da tartışmalıdır. İhmali suçlardan gerçek ihmali suçlar, hareketin yapılmasıyla meydana gelen suçlar olduğu ve ayrıca suçun kanuni tanımında neticenin gerçekleşmesi aranmadığı için⁹⁵ bu tür suçlar açısından nedensellik bağı araştırılmaz.⁹⁶ Görünüşte ihmali

⁹⁴ Roxin, § 11, kn. 37.

⁹⁵ Ancak 5237 sayılı TCK ile 257/2. madde de düzenlenen görevi ihmal suçu, ihmalin kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olmasını ya da kişilerde haksız kazanç oluşturmasını arayarak sanki gerçek ihmali suçların bu özelliğinden farklı bir belirleme yapıldığı izlenimi doğmaktadır. Bu durum suçun, ya gerçek ihmali suç olarak nitelendirilmesini ve görünüşte ihmali suç olarak kabul edilmesini ya da başka bir özelliğini ifade ediyor olması gerekir. Kamu görevlisinin bu suç açısından garantör olarak nitelendirilmesi söz konusu olmadığından görünüşte ihmali suç söz konusu değildir. Maddede belirtilen hususlar, kamu görevlisinin cezalandırılmasını sağlayan hususlar olduğundan objektif cezalandırılabilme şartı oluşturduğunu düşünmekteyiz (Bkz., Artuk, Mehmet Emin-Gökçen, Ahmet- Yenidünya, A. Caner, Ceza Hukuku, Özel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş 7. Bası, Ankara 2006, s.758. Bazı yazarlar ise netice olduğunu ifade etmektedirler: Tezcan, Durmuş- Erdem, Mustafa Ruhan- Önok, R.Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 5560 sayılı kanuna göre güncellenmiş 5. Baskı, Ankara 2007, s.709). Dolayısıyla bu durum 257/2. maddenin gerçek ihmali suç olma özelliğini ortadan kaldırmamaktadır. Ayrıca 257. maddenin, fiilin başka bir suç oluşturmadığı halde uygulandığını da belirtmek istiyoruz.

⁹⁶ Tüm suçlarda neticenin var olduğu belirten görüş, gerçek ihmali suçlarda nedensellik bağı'nın tespitinin sorun oluşturmadığını belirtmektedir.

suçlarda ise suçun gerçekleştiğinden bahsedebilmek için bir neticenin meydana gelmesi gerekmektedir.⁹⁷ Ancak gerçek ihmali suçlarda fail, neticeye sebebiyet vermekten dolayı değil yükümlülüklerine aykırı davranmak suretiyle neticeyi önlememekten dolayı sorumlu tutulmaktadır. Çünkü görünüşte ihmali suçlarda nedensellik süreci bir doğa olayı veya üçüncü kişinin hareketi nedeniyle başladığı için icrai suçlardaki gibi ihmali davranan kişinin hareketi olmasaydı netice gerçekleşmeyecekti şeklinde bir nedensellik bağı ilişkisini uygulamak mümkün değildir. Bu tür suçlarda ihmali davranılmasaydı dahi netice yine de gerçekleşeceğinden icrai suçlardaki gibi bir nedensellik bağının tespiti söz konusu değildir.⁹⁸ Ayrıca icrai suçlarda hareket, dış dünyada doğal olarak belirlenirken, ihmali suçlardaki hareket normatif olarak beklenen davranışla bulunulmaması nedeniyle kabul edilmektedir. Dolayısıyla doğal olmayan bir kavram, doğal olan, yani dış dünyada meydana gelen neticeye doğal bir olguyla bağlanabilecek mi sorusu ortaya çıkmaktadır.

Gerçek olmayan ihmali suçların yukarıda belirtilen özellikleri nedeniyle nedensellik bağının bulunup bulunmadığı, bulunuyorsa bunun nasıl tespit edileceği doktrinde tartışmalıdır.

Türk hukukunda, görünüşte ihmali suçlarda nedensellik bağının bulunduğu çoğunlukla kabul edilmektedir:

Ayrıntılı bilgi için Bkz., Kunter, s. 208; Dönmezer, Sulhi, "Maddi Sebebiyet Alakası", İÜHFİM, 1943, C. IX, S. 1-2, s. 95.

⁹⁷ Kasıtlı olarak işlenen ihmali suçlar açısından netice başka bir nedenle gerçekleşmemişse, teşebbüsten dolayı sorumluluk için Bkz., Hakeri, Hakan, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, Ankara 2003, s. 268 vd.

⁹⁸ Nitekim tarihi gelişimine bakıldığında ihmalin cezalandırılması sorunu ihmalin nedenselliği ile birlikte incelenmiştir. 1720'li yıllara kadar ihmali suçlarda nedenselliğe ilişkin herhangi bir çalışma bulunmamaktadır. 1840'lı yıllara geldiğinde Kant'ın nedensellik teorisinin etkisiyle birçok hukukçu ihmal ile netice arasında nedensellik bağı bulunduğunu ileri sürmüşler ve bunu ispatlamaya çalışmışlardır: Önder, Ceza Hukukı Dersleri, s. 208.

Olumsuz hareketin de nedensel olabileceğini kabul eden Kunter, olumsuz hareketin neticenin gerçekleşmesi bakımından şart olduğunu, hareket yapılıyorsa netice meydana gelmeyecekti denilebilen durumlarda nedensellik bağının söz konusu olduğunu ifade etmektedir. Şart teorisini kabul eden yazar, şartın söz konusu olduğu yerde, netice ile bu şart arasında nedensellik bağı olduğunu savunmaktadır.⁹⁹

Dönmezer-Erman ise, nedensellik sürecinin bizzat fail tarafından başlatıldığı durumlarda, icrai suçlarla görünüşte ihmali suçlar arasında fark bulunmadığını, ihmali şekilde davranan kişinin sonuçtan sorumlu olduğunu belirtmektedirler. Buna karşılık zararlı neticeyi meydana getirecek nedensel süreç, bir başkası tarafından başlatılmışsa, failin hareketsiz kalarak neticeyi önlememesinden dolayı sorumlu tutulabilmesi için, neticeyi önlemesi konusunda hukuki yükümlülüğün bulunması ve yükümlülüğün yerine getirilmesinin mümkün bulunması gerekmektedir.¹⁰⁰

Görünüşte ihmali suçlarda nedensellik bağını kabul eden Erem-Danışman-Artuk ise, zararlı neticeyi önleyebilecek bir kimsenin bu neticeyi önlememesinin nedensel olarak kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedirler. İcrai suçlardan farklı olarak ihmali suçlarda neticeyi önlemek görevinin belirtilmesi nedenselliğin varlığını ortaya koymaktadır.¹⁰¹

Önder ise, yalnızca ihmali hareketin neticenin sebebi olmayacağını, ayrıca neticeye engel olma yükümlülüğünün bulunmasını, neticeye engel olma imkân ve iktidarına sahip olunmasını ve hareketsizlik yerine hareket yapılıyorsa neticenin meydana gelebilme ihtimalinin gerçeğe yakın bir derecede engellenebilecek olmasını aramaktadır.¹⁰²

⁹⁹ Bkz., Kunter, s. 213-215.

¹⁰⁰ Dönmezer-Erman, C. I, s. 476 vd.; Ayrıca Bkz., Alacakaptan, s. 78.

¹⁰¹ Erem-Danışman-Artuk, s. 287.

¹⁰² Önder, Ceza Hukuku Dersleri, s. 209 vd.

Özbek ise, Dönmezer-Erman gibi nedensellik sürecinin fail ya da bir başkası tarafından başlatılmasıyla ilgili olarak ayırım yapmakta, fail tarafından nedensellik sürecinin başlatılmasında sorun bulunmadığını, ancak üçüncü kişinin başlattığı sürece katılan failin ihmali hareketinin nedensel olabilmesi için hukuki yükümlülüğünün bulunmasını ve hareket yapılıyorsa neticenin meydana gelebilme ihtimalinin gerçeğe yakın bir derecede engellenebilecek olmasını aramaktadır.¹⁰³

Toroslu ise, bazı şartlarda ihmalin de neticenin nedeni olabileceğini ifade etmektedir. Bunun için ihmalin neticenin zorunlu şartı olması ve dönemin en ileri bilim ve tecrübesine göre neticenin ihmalin olağan sonucu olarak öngörülebilir olması gerekmektedir.¹⁰⁴

Hakeri ise, ihmal ile netice arasındaki nedensellik bağının doğal bir bağ olmadığını, suni bir bağ niteliğinde bulunduğunu, hareket yapılıyorsa netice gerçekleşmezdi denilen durumlarda nedensellik bağının bulunduğunu ifade etmektedir.¹⁰⁵

Ünver ise, ihmali suçların ihmali davranışlarla tipik neticeye neden olunan suçlar olduğunu, ancak icrai davranışta bulunsaydı netice meydana gelmezdi şeklindeki hipotezin failin sorumlu tutulacağı anlamına gelmediğini ifade etmektedir. Failin sorumluluğu için, ayrıca yükümlülük yükleyen kanun hükmünün bulunması ve icrai davranışta bulunma imkan ve iktidarına sahip olması gerektiğini belirtmektedir.¹⁰⁶

Özgenç ise, görünüşte ihmali suçlarda doğal bir olgu olan nedensellik bağından söz edilemeyeceğini, neticenin hareket-siz kalan kişiye ancak objektif olarak isnat edilebileceğini belirtmektedir.¹⁰⁷

¹⁰³ Özbek, Nedensellik Bağı, s. 455 vd.

¹⁰⁴ Toroslu, s. 96, 97.

¹⁰⁵ Hakeri, Kasten Öldürme, s. 153.

¹⁰⁶ Ünver, Yener, "Hekimin Cezai Sorumluluğu", Roche Sağlık Hukuku Günleri, Tebliğler, 2007, s.126,127.

¹⁰⁷ Özgenç, Genel, s. 220.

Uygulama ise, görünüşte ihmali suçlarda nedensellik bağının varlığını kabul etmekte, bu suçlarda da uygun sebep teorisini esas almakta¹⁰⁸ ve bu bağın olmadığı durumlarda failin sorumluluğu yoluna gidilmemesi gerektiğini belirtmektedir.¹⁰⁹ Ancak Yargıtay ihmali davranılmasaydı da bir neticenin gerçekleşeceğinin kesin olduğu hallerde nedensellik bağını kabul etmemektedir. Bir kararında, trafik kazası sonucu hastane acil servisine getirilen ve hastanede ölen şahsa, yatırıldığı ortopedi servisinde görevli doktor ile hemşirenin uzun süre geçmesine rağmen gerekli müdahaleyi yapmamaları ve yapılmasını da sağlamamaları nedeniyle gerçekleşen ölüm olayında, nedensellik bağının tespitine ilişkin olarak sanıkların sorumluluklarını yerine getirmeleri halinde dahi ölümün gerçekleşip gerçekleşmeyeceğinin araştırılmasını, sorumluluklarının yerine getirilmiş olması halinde dahi ölüm olayı kaçınılmaz ise nedensellik bağının bulunmadığını, buna karşın sorumluluklarını yerine getirmemelerinin ölüm olayında etkili olduğu sonucuna varılması durumunda ise nedensellik bağının bulunduğunu ve failin taksirle öldürmeden sorumlu olduğuna karar vermiştir.¹¹⁰ Bir başka kararda, hekime yaralının getirildiğinin haber verilmesinden on beş dakika sonra tedaviye başlanması ve hastanın ölmesi olayında gecikme ol-

¹⁰⁸ CGK, 8.10.1984, 9-456/3301.

¹⁰⁹ "Sanık doktor hakkında meslek ve san'atta acemilik nedeni ile ölüme neden olmaktan dava açılmış olması ve otopsi raporunda matür (miyadında doğan) isimsiz bebeğin (mekonyum aspirasyonundan) öldüğünün, ek raporda (isimsiz bebeğin in-utero mekonyum ve amnion sıvısı aspirasyonuna bağlı olarak ortaya çıkan asfiksiden öldüğünün) belirtilmesi Yüksek Sağlık Şurasınca sanığın hastayı dikkatli takip etmemesi, zamanında sezeryen kararı vermemesi nedeniyle bebeğin ölü doğmasına sebep olması mülahazası ile 3/8 oranında kusurlu olduğuna karar verilmesi muvacehesinde, belirlenen ölüm nedenleri itibariyle neticenin sanığın belirtilen kusurlu davranışlarından kaynaklanıp kaynaklanmadığı Adli Tıp Kurumu'ndan sorulup sonucuna göre sanığın hukuki durumunun takdir ve tayini gerekirken noksan inceleme ile yazılı şekilde... karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir" 2. CD, 17.03.1993, 2493/3677. Aynı yönde 2. CD, 18.03.1993, 2776/3801. Kararlar için Bkz., Erdurak, s. 818, 819.

¹¹⁰ 4. CD, 11.02.2004, 1064/2055.

masa bile ölüm kaçınılmaz olduğundan nedensellik bağının bulunmaması nedeniyle taksirle öldürmeden ceza verilemeyeceğine karar vermiştir.¹¹¹ Bir başka kararında ise, bir bebeğin öldüğü ve doğum servisinde görevli hekimin özen göstermediğinin tespitinin söz konusu olduğu olayda, nedensellik bağının varlığı için aynı sonucun gerçekleşip gerçekleşmeyeceğinin belirlenmesini aramıştır.¹¹² Ayrıca Yargıtay ihmali suçlarda da nedensellik bağının kesileceğini kabul etmektedir. Eğer fail yükümlülüklerine uygun davransaydı dahi netice gerçekleşecek idiyse bu durumda nedenselliğin kesildiğini ifade etmektedir.¹¹³ Doğal anlamda kurulan nedensellik bağında bile nedenselliğin kesilmeyeceğini kabul ettiğimizden varsayımsal olarak kurulan nedensellikte bunun kesilmesinin söz konusu olamayacağını belirtmek istiyoruz. Yargıtay ayrıca kesinlik ölçütünü arayarak, ya yükümlülüğe uygun davranılsaydı dahi ölümün kaçınılmaz olmasını ya da ihmali davranışın ölümün gerçekleşmesinde etkili olmasını nedensellik bağının varlığının tespitinde belirleyici nitelikte kabul etmektedir. Ölümün gerçekleşme ihtimalinin artırılıp arttırılmadığı veya yaşam süresinin kısaltılıp kısaltılmamasıyla ilgili bir belirlemeye rastlanmamaktadır. Ancak tedavide yeterli ve elverişli sonucun alınmadığı bir olayda, zamanında yapılan teşhis ve tedavinin sonucu etkileyip etkilemeyeceğinin araştırılmasını istemiştir.¹¹⁴

Türk Ceza Kanunu'na bakıldığında ise, nedenselliğin kabul edildiği görülmektedir. Ceza Kanunu'nun 23. maddesi, "kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi" ifadesini içerdiğinden ve ağır veya başka bir neticeye, yapılan icrai veya ihmali hareketin neden olması söz konusu olduğundan nedensellik bağının benimsendiği sonucu ortaya çıkmaktadır. Aynı durum 83. madde açısından da

¹¹¹ 4. CD, 14.04.1999, 2082/2960.

¹¹² 4. CD, 12.07.2006, 10373/13795.

¹¹³ 4. CD, 12.07.2006, 10373/13795.

¹¹⁴ 4. CD, 14.06.2006, 52/12500.

BERRİN
AKBULUT'UN
TEBLİĞİ

geçerlidir. Bu madde, neticenin oluşumuna sebebiyet veren yükümlülük ihlâlinden söz ederek nedensellik bağının varlığını açıkça ifade etmektedir.

Alman Hukukunda ise, görünüşte ihmali suçlarda, icrai suçlardaki gibi doğal manada nedensellik bağı çoğunlukla kabul edilmemektedir.¹¹⁵ Görünüşte ihmali suçlarda nedensellik bağı varsayımsal olarak kabul edilmektedir. İhmalde, adeta nedensellikten bahsedilmektedir.¹¹⁶ Beklenen hareket yapılsaydı netice gerçekleşmeyecek idiyse ihmal nedenseldir. Ancak bunun için neticenin önlenmesinin kesinlik sınırında bir olasılık olması gerekmektedir.¹¹⁷ Başka bir görüş ise, riskin artırılması teorisini, ihmali suçlarda riskin azaltılması teorisi olarak¹¹⁸ nedensellik bağının yerine kullanmaktadır.¹¹⁹ Bu görüşe göre neticenin gerçekleşme riski, ihmal ile yükselmüşse varsayımsal nedensellik vardır. Bir başka ifadeyle hareketin yapılması kurtarma şansını artıracak idiyse, neticenin önlenmesi kesin olmasa bile ihmal ile netice arasında nedensellik bağı vardır. Bu durumda neticeyi önlemekle yükümlü olan kişinin norma aykırı davrandığı kabul edilmektedir.¹²⁰ Bu görüşü savunanlar, neticenin kesinlik sınırında olasılıkla önlenemeyeceğinin aranmasının, özellikle tıp alanında ihmalin hemen hemen cezasız kalması sonucunu doğuracağını ifade etmektedirler.¹²¹ Bu görüşü eleştirenler ise, ihmalde cezalandırılabilirliğin sınırlarının çok genişleyeceğini, riskin artırılması teorisinin icrai suçlar için kabul edilen bir durum olduğunu, gerçek nedensellikten sonra fiilin isnat edilip edilmemesinde

¹¹⁵ Jescheck, s. 559.

¹¹⁶ Schönke-Schröder, § 13, kn. 61.

¹¹⁷ Schönke-Schröder, § 13, kn. 61; Tröndle-Fischer, Vor § 13, kn. 20; Kaufmann, Armin, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, Göttingen 1959, s. 61.

¹¹⁸ Bkz., Brammsen, Joerg, "Erfolgszurechnung bei unterlassener Gefahrverminderung durch einen Garanten", MDR, 1989, s. 123 vd.

¹¹⁹ Schünemann, Bernd, "Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeit und Gefährdungsdelikte", JA, 1975, S. 116, s. 584.

¹²⁰ Brammsen, s. 123 vd.

¹²¹ Bkz., Hakeri, Kasten Öldürme, s. 147.

rol oynadığını, ihmali suçlarda nedensellik bağının yerine geçmeyeceğini ifade etmektedirler.¹²²

Alman hukukunda varsayımsal nedenselliği kabul etmeyen yazarlar olduğu gibi, nedenselliği kabul eden yazarlar da bulunmaktadır. Ayrıca nedensellik bağıyla uğraşmanın fayda sağlamadığını, bilakis karmaşıklığa yol açtığını, problem olan şeyin neticenin faile yüklenip yüklenemeyeceği olduğunu belirten yazarlar da bulunmaktadır.¹²³

Uygulama ise, varsayımsal nedenselliği kabul etmekte ve ihmal edilen hareket yapılıyorsa, netice engellenecekti denilen durumlarda nedenselliğin varlığının söz konusu olduğunu ifade etmektedir.¹²⁴ Bunun için varsayımsal hareketin kesinlik sınırında bir olasılıkla neticeyi önleyecek olması lüzumludur. Eğer ihmal edilen hareket, neticeyi kesinlik sınırında bir olasılıkla önleyemeyecekse şüpheden sanık yararlanır kuralının uygulanması ve nedenselliğin kabul edilmemesi gerekmektedir. Ancak hareket yapılırsa dahi neticenin yine de gerçekleşecek olduğu durumlarda, neticenin gerçekleşmesinin hekimin ihmali nedeniyle öne çekildiği olaylarla ilgili olarak uygulama nedenselliği kabul etmektedir.¹²⁵

Görünüşte ihmali suçlarda kaynağını davranış normlarından alan bir yükümlülüğün yerine getirilmesi söz konusudur. Bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi suretiyle korunan hukuki değerlerin zarar görmesi halinde, yükümlülüklerini yerine getirmeyen kişiler sorumlu tutulmaktadır. Görünüşte ihmali suçlarda, neticeyi önlemek hususunda hukuken yükümlü olan kimse, kanuni tanımda belirtilen neticenin oluşumuna kendisi neden olmasa bile, neticenin gerçekleşmesini önlememesi nedeniyle suç işlemiş kabul edilmekte ve sorum-

¹²² Bkz., Schünemann, s. 655; Joecks, Wolfgang, Strafgesetzbuch, Studienkommentar, München 1999, § 13, kn. 16. Ayrıca Gropp, § 11, kn. 74, 75.

¹²³ Tüm bunlar için Bkz., Hakeri, Kasten öldürme, s. 146 vd.

¹²⁴ Tröndle-Fischer, Vor § 13, kn. 20.

¹²⁵ BGH, NStZ 1985, 27; BGH 37, 106, 126, Tröndle-Fischer, Vor § 13, kn.20; BGH, NStZ 1986, 217, Hakeri, Kasten Öldürme, s. 151.

BERRİN
AKBULUT'UN
TEBLİĞİ

lu tutulmaktadır. Örneğin acil tıbbi müdahaleye ihtiyacı olan ve hastaneye giden hastaya görevli doktorun gereken yardımını yapmaması ve bunun sonucunda hastanın ölmesi olayında, ihmali davranan doktor cezalandırılmaktadır.¹²⁶

Görünüşte ihmali suçlarda neticeyi meydana getiren olayın neden veya kimden kaynaklandığı önemli değildir. Doğa olayından kaynaklanabileceği gibi, üçüncü kişinin, davranışından hatta failin kendisinden de kaynaklanabilmektedir. Dolayısıyla bu tür suçlarda nedensel süreç başladığı için fail hareketsiz kalsa dahi neticenin gerçekleşmesi söz konusudur. Neticeyi önleme yükümlülüğü olan kimse, hareketsiz kalarak neticeyi gerçekleştirdiği için değil, neticeyi önlemediği için sorumlu tutulmaktadır. Görünüşte ihmali suçların bu özelliği nedeniyle doğa kanunları anlamında neden-sonuç ilişkisinin kurulması söz konusu değildir. Ayrıca ihmali hareket doğal nitelikte olmayıp normatif olarak kabul edildiği için, doğal olarak dış dünyada meydana gelen ve kanuni tanımında yer verilen neticeyle normun kendisine sonuç bağladığı hareketsizlik arasında doğal nedensellik ilişkisinin sağlanması da mümkün değildir. Çünkü hareketsizlik doğal anlamda neticeye neden olmaz. Hareketsizlik kanunda ifade edilen ve önlenmeyen netice açısından normatif olarak değer taşıdığı için failin sorumluluğu yoluna gidilmektedir. Dolayısıyla görünüşte ihmali suçlarda, failin hareketsiz kalmasının nedenselliği ancak normatif olarak kabul edilebilir. Nedensellik bağı normatif olarak kabul edildiği için, failin gerçekleşen neticeden sorumluluğunda yapacağı hareketin neticeyi önleyip önlemeyeceği önemlidir. İhmal edilen hareket yapılıysa netice engellenecekti denebiliyorsa nedensellik söz konusudur. Bunun için gerçekleşen netice ile ihmal edilen hareket kanuna uygun ilişki içerisinde bulunmalıdır.¹²⁷ Ayrıca kesinlik sınırında bir ölçünün aranmasının doğru olmadığını düşünüyoruz. Çünkü garantörler için getirilen belirli şekilde

¹²⁶ Bkz., Özgenç, Genel, s. 213 vd.

¹²⁷ Bkz., Jescheck, s. 559, 560.

davranma yükümlülüğü yalnızca neticenin kesin olarak önleneneceği durumlarda değil, aynı zamanda neticenin önlenmesinin imkân ve ihtimal dâhilinde olduğu durumlarda da geçerlidir. Nitekim bazı meslek gruplarında (tıp mesleğini icra edenler hekimlerde) neticeyi önleme dışında, zararı azaltma, acıyı dindirme yükümlülüğü de bulunmaktadır. Aksinin kabul edilmesi halinde önlenme imkânı olan, ancak önlenmeyen neticelerden dolayı yükümlülüğüne aykırı davranan birçok kişi cezasız kalacaktır. Özellikle bazı bilim dallarında (tıp gibi) bu ölçünün uygulanması, ihmali hareket eden failin çoğunlukla cezasız kalması sonucunu doğuracaktır. Örneğin Türkiye'de meydana gelen ve özel hukuk uyumsuzluğu olan bir olayda saat 3:00'da 7 aylık doğum yapan kadına bir süre sonra çocuğunun öldüğü bildirilir. Doktor doğumdan sonra 25-26 haftalık doğan bebeğin yaşama şansının az olduğunu prematüre servisi olan fakülteye götürülmesi gerektiğini, ancak hasta sahiplerinin kabul etmediğini ifade eder. Doktor daha sonra uyuduğunu sekreterin bebeğin öldüğünü bildirmesi ve sebep olarak ne yazması gerektiğini sorması üzerine telefonda "*inma turite*" olarak bildirdiğini ifade eder. Davada doktorun bebeği görmeden ölüm sebebini sekretere yazdığı, ölüm raporunu imzaladığı ve hasta sahiplerine verildiği tespit edilir. Yargıtay hasta sahipleri kabul etmese bile bebeğin kurallara uygun müdahale ve tedbirler alınarak prematüre servisine nakledilmesi gerektiğini, bunun ihmal edildiğini ifade eder. Hasta sahipleri sabah bebeği almaya gittiklerinde bebeğin ölmediği ve yaşadığı anlaşılır. Hemen tıp fakültesi hastanesine gönderilir. Ancak tüm müdahalelere rağmen bebek kurtarılamaz. Hasta yakınları bebeğin morga konulduğunu ifade ederler. Ancak bunun doğruluğu karardan anlaşılammamaktadır. Buraya kadar doğru tespitler yapan hukuk dairesi kararın sonunda sonuç ile eylem arasında nedensellik bağının bulunup bulunmadığını, ölümün mutlak ve tek nedeni olup olmadığını tespit edilmesini istemesi, ancak doktorun davranışının bebeğin ölme riskini artırıp artırmadığını

araştırmaması nedeniyle yanlış değerlendirmeye ulaşmış ve kararı isabetli olmamıştır.¹²⁸

Sürekli gelişen ve değişen, ihtimalin her zaman bulunduğu bir bilim dalında kesinlik sınırının aranması nedenselliğin ve suçun bulunmaması sonucunu doğuracaktır. Ayrıca kesinlik sınırının nasıl tespit edileceği, ispatın nasıl yapılacağı, oranın nasıl olması gerektiği de problem doğuracak niteliktedir. %50, %60, %30, %40 ihtimalinin bulunduğu bir durumda hareketsiz kalan fail (örneğin doktor) sorumlu tutulmayacak mıdır? Ayrıca tıp gibi bir alanda bu oranlar, müdahale edilmediği takdirde ölecek bir kimse için çok yüksek oranlardır. Hastanın hayatının kurtarılmasının mümkün olmadığı bir durumda dahi, ıstırabın azaltılması veya dindirilmesiyle yükümlü tutulan bir hekimin (Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi m. 14) kurtarılma veya daha uzun yaşatılma imkânı bulunan hastalar için hareketsiz kalmasını sorumsuzluk olarak kabul etmek Tıp Hukuku ve Ceza Hukuku normlarının amacıyla örtüşmediğini belirtmek istiyoruz. Ayrıca bu, garantör olan hekimin neticeyi önlemek ve zararı azaltma yükümlülüğüyle uyuşmamaktadır. Nitekim Almanya'da hekimin sorumluluğu (taksirli suçlarda) yalnızca hastanın kurtarılacak olması durumunda değil, ayrıca yaşamının uzatılacak olmasında da kabul edilmektedir.¹²⁹ Aynı şekilde İtalyan Yargıtay'ı da sağlık hizmetlerine ilişkin mesleki taksirden¹³⁰ doğan sorumlu-

¹²⁸⁴ HD, 8557/2138, www.turkhukuk sitesi.com/showthresd.php?t=6105, "Hasta Hakları İhlalleri Yargıtay Kararları", s. 8 vd.

¹²⁹ L/U-Ulsenheimer, § 140, kn. 35; BGH NStZ 1981, 218; BGH NStZ 1985, 27, Hakeri, Tıp, s. 390, dipnot 4, 5, 6.

¹³⁰ Mesleki taksir kavramı, belirli meslek mensuplarının mesleklerini icra ederken gerçekleştirdikleri taksirli fiiller için kullanılmaktadır. Bu taksirin diğer taksir şekillerinden farklı olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır (Bkz., Bayraktar, Köksal, Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul 1972, s. 205, 206). Ancak Türk Hukukunda mesleki taksirin, ceza hukukundaki taksirden farklı olmadığı kabul edilmektedir (Bkz., Bayraktar, s. 206; Özek, Çetin, "Tıbbi Müdahalelerden Doğan Sorumlulukla İlgili Genel Prensipler", İstanbul Tıp Fakültesi Mecmuası, 1966, C. 29, S. 1, s. 163-165; İçel, s. 204; Ünver, Risk, s. 332; Keyman, Selahattin, "Hekimin Cezai Sorumluluğu", AÜHFD, 1978, C. XXXV, S. 1-4, s. 77.

luk konusunda sadece kesinlik kriterinin değil, aynı zamanda ihtimal kriterinin de kabul edilmesi gerektiğini, böyle hallerde de nedensellik bağının bulunduğunu belirtmektedir.¹³¹ Bu nedenlerle görünüşte ihmali suçlarda nedensellik bağının varlığını kabul etmekle beraber, neticeyi önleme konusunda kesinlik sınırında bir ölçü kabul etmiyoruz.¹³² Burada nedensellik tespitinden sonra icrai suçlardaki gibi objektif isnadiyetin yapılması gerektiğini düşünüyoruz. Neticenin gerçekleşme imkân ve ihtimali objektif isnadiyeti ilgilendirmektedir. Objektif isnadiyette belirttiğimiz hususlar görünüşte ihmali suçların yapısına uygun olmak şartıyla bunlar için de geçerlidir. Güven ilkesi, riskin artırılması, yükümlülüğe aykırılık ilişkisinin bulunmaması, normun koruma amacı gibi. Dolayısıyla yükümlülüğe uygun davranılsaydı hastanın ölmesinin önlenmesinin kesin olduğu haller yanında neticenin gerçekleşme riskinin artmasının veya zararın azaltılmasının söz konusu olduğu durumlarda da nedensellik bağının varlığını ve objektif isnadiyeti kabul ediyoruz. Bu yalnızca riskin azaltılacağı kesin olduğu durumlarda değil, mümkün ve muhtemel olduğu durumlarda da geçerlidir (örneğin kanser hastalığı gibi). Ancak Yargıtay verdiği bir kararda çağrıldıkları halde hastaya gitmeyen ve müdahale yapmayan sanıkların fiillerinden ölümün meydana gelmediğini belirterek, söz konusu kişilerin ölümden sorumlu olmadıklarına karar vermiştir. Ölümün üç aylık hamile bulunan kadının bilinmeyen bir nedenle düşük yapmasına bağlı olarak aşırı kan kaybetme-

Ayrıca aynı yönde Bkz., Gebauer, Heinrich, (Çev.: Kayıhan İçel), "Mesleki Taksir İçin Cezai sorumluluk", İÜHFİM, 1967, C. 33, S. 1-4, s. 305.

¹³¹ Bafra, Jale, "Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Cezai Sorumluluğu", İBD, 1993, C. 69, S. 1-2-3, s. 127.

¹³² Nitekim Türk Hukukunda da bazı yazarlar, ihmali şekilde taksirli suç işleyen kişinin (yaralıya zamanında müdahale etmeyen hekimin) davranışında nedensellik bağının bulunup bulunmadığını tespit edebilmek için zamanında müdahale edilmesi halinde yaralının ölmeyeceğinin anlaşılmasının gerekli olmadığını, ölmeyebileceğinin mümkün ve muhtemel bulunduğu durumların da kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedirler: Erman, Sahir-Özek, Çetin, Ceza Hukuku, Özel Bölüm, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, İstanbul 1994, s. 84.

BERRİN
AKBULUT'UN
TEBLİĞİ

sinden kaynaklandığının tespit edildiğini belirtmiştir. Ancak Yargıtay'ın sanıkların gidip gitmemesinin hastanın yaşamı açısından riski artırıp artırmadığını veya hastanın kurtarılmasının ihtimal dâhilinde olup olmadığını göz önüne almadığı görülmektedir. Hastanın yaşama şansı ile ilgili olan bu durumlar objektif isnadiyette de belirtileceğinden daha geniş ayrıntılar orada ifade edilecektir.

Görünüşte ihmali suçlarda nedensellik bağıyla ilgili olarak kesinlik kriterinin benimsenmemesi, hem neticenin gerçekleşecek olmasına rağmen hekimin ihmali dolayısıyla neticenin birkaç saat veya birkaç gün önce gerçekleştiği olaylarda hem de neticenin gerçekleşme süresinin uzatılacağı veya gerçekleşmeme ihtimalinin söz konusu olacağı durumlarda nedenselliğin varlığı sonucunu doğuracaktır. Örneğin kanser hastasına kemoterapi yapılarak yaşam süresinin uzatılması mümkün iken nasıl olsa ölecek diye tedavisinin yapılmaması durumunda doktorun ihmali dolayısıyla sorumluluğu yoluna gidilebilecektir

Görünüşte ihmali suçlarda nedenselliğin kabul edilmesi teşebbüs açısından da önemlidir. İcrai suçlarda nedensellik bağının varlığı sorun teşkil etmediği için hareketin yapıldığı ancak, herhangi bir zararlı sonucun meydana gelmediği durumlarda ayrıca bir nedensellik ilişkisinin tespiti söz konusu değildir. Sorun sırf hareket suçlarındaki gibi çözümlenir. Ancak zararın gerçekleştiği, bu zarar kastedilen suçun kanunen aranan neticesi olmadığı durumlarda ise, doğal nedensellik ilişkisi ile sorun çözümlenmektedir. Yani tamamlanmış suçlardaki gibi nedensellik ilişkisinin varlığını tespit etmek gerekmektedir. Örneğin ölümün gerçekleşmediği, ancak yaralamanın söz konusu olduğu olaylarda hareket ile yaralama arasında nedensellik bağı kurmak gerekmektedir. Görünüşte ihmali suçlarda ise doğal anlamda bir nedensellik ilişkisi kurulamadığından dolayı, nedenselliğin bu suçlarda söz konusu olmadığı belirtildiği takdirde kural olarak teşebbüsün

de kabul edilmemesi gerekir.¹³³ Gerçekleşen sonuç ne ise faille onu isnat etmek gerekir. Kasten işlenen ihmali suçlarda, sorumluluk için neticenin gerçekleşmesini kabul etmek, neticenin gerçekleşmediği durumlarda ise yalnızca ihmali davranmanın başka bir suç oluşturmadığı müddetçe sorumluluğu doğurmadığını benimsemek demektir. Bu da somut olay açısından ihmali olarak gerçekleştirilen davranışla, icrai olarak gerçekleştirilen davranış arasında kanunun aradığı neticenin gerçekleşmediği durumlar açısından fark yaratılması sonucunu doğuracaktır. Bebeğini icrai bir davranışla öldürmek isteyen anne ile bu fiili engellemek için herhangi bir davranışta bulunmayan baba arasında (iştirak iradelerinin bulunmadığı ve ölümün herhangi bir nedenle gerçekleşmediği durumda)¹³⁴ anneyi öldürmeye teşebbüsten, babayı ise kasten yaralamadan sorumlu tutmak gerekecektir.

Görünüşte ihmali suçlar neticeli suçlardandır. Netice meydana geldiği takdirde suçun oluştuğunu kabul etmek, aksi takdirde teşebbüsün söz konusu olduğunu ifade etmek gerekir. Dolayısıyla da görünüşte ihmali suçların yapısına uygun olarak teşebbüsün de söz konusu olması gerekir.

¹³³ Türk hukukunda görünüşte ihmali suçlarda teşebbüsün mümkün olduğu çoğunlukla kabul edilmektedir: Kunter, s. 55; Önder, Ceza Hukuku Dersleri, s. 411; İçel-Sokullu-Akıncı-Özgenç-Sözüer-Ünver, s. 351; Soyaslan, Doğan, Teşebbüs Suçu, Ankara 1994, s. 200; Öztürk-Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku, s. 222, Hakeri, Ceza, s. 352. Bazı yazarlar ise teşebbüse ilişkin hükümlerin icrai suçlarla ilgili olarak uygulanabileceğini, dolayısıyla ihmali suçlara teşebbüsün cezalandırılmayacağını ifade etmektedirler: Özgenç, Genel, s. 434, 435; Artuk-Gökçen-Yenidünya, Genel, s. 752. Alman ve Avusturya Hukukunda ise failin kasten hareketsiz kalması, ancak neticenin bir üçüncü kişinin müdahalesi sonucu veya bir tesadüf eseri olarak gerçekleşmemesi halinde teşebbüsün mümkün olduğu kabul edilmektedir: Hakeri, İhmali Suçlar, s. 267. Genel olarak teşebbüsle ilgili olarak Bkz., Sözüer, Adem, Suça Teşebbüs, İstanbul 1994, s. 1 vd.

¹³⁴ İcrai bir suçu ihmali şekilde iştiraken olup olmayacağı doktrinde tartışmalıdır. Bazı yazarlar iştirak iradesi olsa bile müşterek fail olamayacaklarını (Özgenç, Genel, s. 469), bazı yazarlar ise garantörlüğün olduğu durumlarda bunun mümkün olduğunu (Hakeri, İhmali Suçlar, s. 283) ifade etmektedirler.

Ancak TCK'nın 35. maddesi hükmü incelendiğinde, elverişli hareketten ve doğrudan doğruya icraya başlamaktan bahsedilmektedir. Bu ifadeler ancak icrai suçlar için geçerli olacak kavramlardır.¹³⁵ Dolayısıyla 35. madde açısından ihmali suçlara teşebbüsün kabul edilmediği ortaya çıkmaktadır. Ancak bu kabulün yukarıda da ifade ettiğimiz gibi doğru olmadığını düşünüyoruz. Örneğin acilde bir doktor, kan davalısı olan bir hastaya yanlış ilaç veriyor. Görevli doktordan biri bunu fark etmesine rağmen hastaya müdahale etmiyor. Daha sonra yoğun bakıma alınan hastaya başka doktorlar tarafından müdahale ediliyor ve hasta kurtarılıyor. Bu durumda kan davalısı doktor öldürmeye teşebbüsten, diğer doktor ise kasten yaralamadan sorumlu olacaktır.¹³⁶ Sonuç olarak mevcut düzenlememiz açısından görünüşte ihmali suçlarda nedenselliğin varlığını tespit edeceğiz, ancak kasten ihmali suça teşebbüs söz konusu olduğunda gerçekleşen ne ise ondan sorumluluk tayin edilecektir (taksirli suçlardaki gibi). Ayrıca TCK'nın 257/2 maddesi de kasten yapılan ihmali hareketlerde yaralama veya öldürmenin gerçekleşmediği veya başka bir suçun oluşmadığı durumlarda şartları varsa uygulanma kabiliyetine sahip olacaktır.

Aynı durum failin kasten ihmali olarak davranmasına rağmen, ihmali hareket etmeseydi de neticenin gerçekleşeceği olaylar açısından da geçerlidir. Bu gibi durumlarda da Ceza Kanunu'nun düzenlemesi gereğince teşebbüsün varlığını kabul etmemek gerekir.

¹³⁵ Bazı yazarlar 35. maddede geçen "icraya başlayıp da" ibaresinin görünüşte ihmali suçlara teşebbüs konusunda bize yardımcı olamadığını, zira görünüşte ihmali suçlarda icrai suçlardaki gibi aktif bir icra ile karşılaştırılabilecek bir an bulunmadığını ifade etmektedirler: Hakeri, *Kasten Öldürme*, s.174. Ayrıca Bkz., Hakeri, *İhmali Suçlar*, s. 268, 274.

¹³⁶ Durumu fark etmesine rağmen müdahale etmeyen doktor diğer doktorun fiiline aynı zamanda yardım eden konumundadır. Ancak asliliğin feriliğe üstünlüğü ilkesi gereğince yalnızca kasten yaralamadan sorumlu olacaktır.

C. Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlarda Nedensellik Bağı

Netice sebebiyle ağırlaşmış suçlar icrai nitelikte hareketle gerçekleştirilebileceği gibi suçun temel şekli için kabul edilen hareket ihmali şekilde de meydana getirilebilecek özelliğe sahipse ihmali şekilde de işlenebilir. Örneğin TCK'nın 87. maddesinde belirtilen kasten yaralamanın netice sebebiyle ağırlaşmış halleri, icrai şekildeki hareketin sonucu olarak meydana gelebileceği gibi 88. maddede açıkça belirtildiği gibi ihmali şekilde gerçekleştirilen bir hareketin sonucu da olabilir. Ya da suçun temel şekli ihmali şekilde işlenebilmekte, dolayısıyla bunun sonucu olarak meydana gelen kanundaki netice de ihmali şekilde gerçekleştirilmektedir. TCK'nın 98. maddesinde düzenlenen yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi dolayısıyla kişinin ölmesi bu niteliktedir. Nitekim netice sebebiyle ağırlaşmış suçun düzenlendiği 23. maddede fiil kavramı kullanılarak hem icrai hem de ihmali hareketlerle kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin gerçekleştirilebileceği ifade edilmiştir. Ayrıca burada dikkati çeken bir husus da, kanun koyucunun yalnızca maddi suçlarda değil, aynı zamanda sırf hareket suçlarında da netice sebebiyle ağırlaşmış suçları kabul ettiğiidir. Dolayısıyla gerçekleştirilen suç, neticeli suç olmasa da bundan bir zarar doğmuşsa kanunda düzenlenmiş olmak şartıyla netice sebebiyle ağırlaşmış suç kabul edilecektir. Bu anlamda TCK'nın 23. maddesindeki "*kastedilenden daha ağır veya başka neticenin*" ifadesinin sırf hareket suçları niteliğindeki bu suçları kapsayacak nitelikte olmadığını, dolayısıyla da doğru olmadığını düşünüyoruz. Çünkü 98. maddenin 1. fıkrasındaki suç, kastedilen bir neticeyi içermemekte, soyut tehlike suçu niteliği taşımaktadır. Aynı durum 97. madde açısından da geçerlidir. 23. madde maddi suçlardan meydana gelen neticeleri kapsar şeklinde düzenlenmiştir. Bu nedenle 23. maddedeki düzenlemenin, "*fiilden meydana gelen ve kanunun daha ağır ceza bağladığı neticeden veya özel neticeden sorumluluk için failin en azından tak-siri gerekir*" şeklinde düzenlenmesi gerektiğini düşünüyoruz

(krşl. Alman Ceza Kanunu m. 18). Böyle bir düzenleme, hem sırf hareket suçları sonucunda meydana gelen netice sebebiyle ağırlaşmış suçları, hem de taksirle gerçekleştirilen fiilden ortaya çıkan netice sebebiyle ağırlaşmış suçları (TCK m. 89) kapsayacaktır.

Netice sebebiyle ağırlaşmış suçlar isminden de anlaşılacağı gibi neticeli suçlardır. Dolayısıyla bu suçlarda da nedensellik bağının tespiti gerekmektedir. Ceza Kanunu'nun 23. maddesi de "*Kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi*" ifadesini içerdiğinden ağır veya başka bir neticeye, yapılan icrai veya ihmali hareketin neden olması şarttır.

Netice sebebiyle ağırlaşmış suçlarda nedensellik bağının tespiti gerekmele birlikte ayrı bir özellik göstermez.¹³⁷ İcrai veya ihmali suçlarda geçerli olan nedensellik bağının tespiti netice sebebiyle ağırlaşan suçlar için de söz konusu hareketin niteliğine uygun olarak yapılacaktır.

İhmali veya icrai suçlarda belirtilen esaslar çerçevesinde değerlendirme yapılmalıdır. Ayrıca objektif isnadiyet kriterleri de göz önünde bulundurulmalıdır.

Ancak uygulamada netice sebebiyle ağırlaşmış suçların gerçekleşmesinde birçok faktörün yer alması, kastedilenden daha ağır veya başka suçun gerçekleşmesi nedensellik bağı sorununun diğer suçlara göre daha karmaşık olması sonucunu doğurmuştur. Ağır veya başka neticenin mağdurda var olan bir durumdan kaynaklanması veya üçüncü kişinin hare-

¹³⁷ Bazı yazarlar nedensellik bağının kabul edilebilmesi için fail tarafından yapılan hareketin günlük yaşam deneyimlerine, genellikle gerçekleşen olaylara, olasılık hesaplarına göre daha ağır neticeyi meydana getirmeye objektif olarak elverişli olması gerektiğini belirtmektedirler. Bir başka ifadeyle normal bilgi, deneyim ve sağduyu sahibi herhangi bir kişi tarafından yapılan hareketten ölüm neticesinin doğabileceğinin öngörülmesini aramaktadırlar; Erman-Özek, s. 61. Aynı yönde Centel-Zafer-Çakmut, s. 409. Görüldüğü gibi uygun sebep teorisi kabul edilmekte ve fail yerine objektif gözlemcinin öngörüsü esas alınmaktadır.

ketinin katkısıyla gerçekleşmesi veya başı taşa çarpmak gibi o anda var olan faktörlerin katılımıyla meydana gelmesi, bu sonuçlarda hangi şartlarda failin sorumlu tutulması gerektiği sorununu doğurmuştur. Neticenin gerçekleşmesinde fail dışında başka bir kişi veya olayların rol oynaması, özellikle netice sebebiyle ağırlaşmış suçlarda bunun daha çok görülmesi hukukçuları arayışa itmiş birçok teori ileri sürülmüştür. Ancak sorunun bununla da çözümlenmediğini gören bazı ülkeler mevzuatlarına sorumluluk için sadece nedensellik bağının yeterli olmadığı, aynı zamanda manevi bağın da bulunması gerektiği yolunda hüküm koymuşlardır (Almanya gibi). Bizim hukukumuzda da 765 sayılı Ceza Kanunu döneminde nedensellik ile ilgili belirlemeler yapan 451 ve 452. maddeler nedeniyle sorun oldukça tartışılmış, farklı teoriler benimsenmiştir. Ceza Kanunu'nun nedensellik bağı konusunda hangi teoriyi benimsediği tespit edilmeye çalışılmıştır. Ancak 5237 sayılı kanunla yürürlüğe giren 23. madde, ağır veya başka netice açısından en azından taksir arandığını belirterek fail ile gerçekleşen netice arasında manevi bağ yoksa sorumluluğun söz konusu olmadığını, sorumluluğun tespitinin sadece nedensellik bağıyla ilgili olmayıp manevi unsurun varlığının da aranması gerektiğini ifade etmiştir. Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra verilen Yargıtay kararlarına bakıldığında sorumluluğun yalnızca nedensellik bağıyla halledilmeye çalışıldığı, bunun tespiti için de gerçekleşen neticenin hareketin doğrudan sonucu olması arandığı görülmektedir.¹³⁸ Ancak

¹³⁸ Bir kararında "maktul gazinin konuşmak amacıyla sanık Salih'in evine gittiğinde Salih'in kendisine yumrukle vurduğu, Gazi'nin yere düşerek kafasını çarptığı, tedavi gördüğü sırada 01.09.2002 tarihinde öldüğü olayda Adli Tıp Kurumu 1. İhtisas Kurulu'nun 11.06.2004 ve 20.08.2003 tarihli raporlarına göre maktulün kendinde mevcut servikal spondiloz dar kanal arızasının maruz kaldığı boyun travması sonucunda oluşan omurilik hasarını arttırıcı rol oynadığı ve ölümden ortak neden olarak kabulü gerektiği belirlendiğinden dosyanın yeniden adli tıp kurumuna gönderilerek yaralamanın vurma veya düşme ile oluşup oluşmayacağı da sorulmak suretiyle karar tarihinden sonra yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK'nın 86 ve 87. maddeleri kapsamında yeniden rapor alınarak sanığın hukuki durumunun tayin edilmesi" gerektiği belirtilmektedir. (1. CD.

bu durumun doğru olmadığı nedensellik bağıyla ilgili olarak tespitite bulunan (bilirkişilik yapan) 1. Adli Tıp İhtisas Kurulu başkanı tarafından ifade edilmektedir. Başkana göre, netice sebebiyle ağırlaşan suçlardan 87/4. madde¹³⁹ açısından olaya bakıldığında tıbbi açıdan bir hareket, itiş kakış ya da bir iddia dahi kişideki kalp damar hastalığının aktive edebilir. Dolayısıyla nedensellik bağının olduğu kolayca belirtilebilir. Kişinin ölümü buna bağlanabilirse de kişinin suçu buna bağlanamaz. Nedensellik bağı dışında hukuki değerlendirmenin, failin kastının, taksirinin de dikkate alınması gerekmektedir.¹⁴⁰ Hareketin doğrudan sonucu olan durumlarda taksirin varlığı kabul edilmekte, mağdurda var olan durumun bilinmemesinde bilinçsiz taksirin, bilinmesinde ise bilinçli taksirin söz konusu olduğu ifade edilmektedir.¹⁴¹ Verilen kararda neden-

31.05.2006, 1385/2296). Bir başka kararda ise "...maktulün maruz kaldığı müessir fiilin etkisiyle sanık tarafından daha önceden bilinmeyen kendinde mevcut kalp hastalığının aktif hale gelmesi sonucu gelişen solunum ve dolaşım yetmezliğinden öldüğü anlaşılmakla, 5237 sayılı TCK'nın 23 ve 86/2. maddeleri delaletiyle 85. maddesi gereğince taksirle öldürme suçundan mahkûmiyeti yerine yazılı şekilde beraatine karar verilmesi yasaya aykırı..." olduğu ifade edilmektedir. (1. CD, 24.05.2006, 1457/2115). Aynı yönde 1. CD, 23.05.2007, 3206/Karar numarası yok.

¹³⁹ Burada şunu da ifade etmeliyiz ki 87/4 ve 43. madde düzenlemeleri içerdiği cezalar yönünden 44. maddeyle karşılaştırıldığında, 44. maddenin adaletsiz sonuçlar doğuracak nitelikte olduğunu düşünmekteyiz. 87/4. madde açısından bakıldığında kasten bir kimseyi yaralayan ancak ölüm açısından taksiri bulunan kişinin cezası artırılırken, hedefte sapma sonucu bir kimseyi yaralayan bir kimseyi taksirle öldüren kişinin cezası yalnızca en ağır olan tek suçtan verilmektedir. Aynı durum 43 madde ile 44. madde arasında da bulunmaktadır. Bu iki maddedeki durum için Bkz., Akbulut, Berrin, "Zincirleme Suç Ş Fikri İctima", *Hukuki Perspektifler Dergisi*, 2004, S.2, s. 166, 167.

¹⁴⁰ Gürpınar, Serhat, "Travma ve Ölümde Ortak Etki Konusunda Yeni Ceza Yasası'nın Değerlendirilmesi" 2. Yargıtay-Adli Tıp Sempozyumu, Yaralama Suçlarının Adli-Tıbbi Açından Değerlendirilmesi (10-11 Şubat 2005), Ankara 2005, s. 8, 9, 12. Ayrıca bkz; Gürpınar, Serhat, 3. Yargıtay-Adli Tıp Sempozyumu (26-27 Ocak 2007), İstanbul 2007, s. 10-11.

¹⁴¹ Yargıtay, maktulün basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek şekilde yaralandığı olayda, "sanıklar ile maktulün komşu oldukları anlaşıldığına göre, sanıkların maktuldeki kalp damar rahatsızlığını önceden bilip bilmediklerinin araştırılması, bildikleri tespit edildiği takdirde 5237 sayılı

sellik bağının varlığı doğruysa da bilinmeyen ve dolayısıyla da öngörülemeden veya öngörülemez (çok genç olmak gibi) durumlarda bilinçsiz taksirin kabul edilmesi, bilinmesi durumunda da bilinçli taksirden hüküm kurulması gerektiğinin belirtilmesi manevi unsurla ilgili 22. ve 23. maddelere uygun değildir.¹⁴²

Netice sebebiyle ağırlaşmış suçlarda nedensellik bağıyla ilgili olarak üçüncü kişinin hareketinin veya mağdurun hareketinin veya mağdurda var olan bir durumun söz konusu olması nedeniyle gerçekleşen neticenin faile isnat edilip edilemeyeceği de önem taşımaktadır. Buna ileride objektif isnadiyet başlığı altında değinileceğinden burada ifade edilmeyecektir ancak şu da belirtmeli ki netice sebebiyle ağırlaşmış suçlar yalnızca kasten işlenen suçlarla ilgili olarak gerçekleşmemektedir. Kanun taksirle yaralamaya ilişkin 89. maddede de netice sebebiyle ağırlaşmış suç halleri kabul etmiştir. Kanun koyucu taksirin yapısından dolayı taksirin yanında ayrıca bir taksirin varlığını daha aramamış ve 23. maddede bir belirleme yapmamıştır. Dolayısıyla 23. madde yalnızca kasten işlenen suçlarda başka veya ağır neticeden sorumluluğa ilişkin prensipleri düzenlemektedir. Bu durum nedensellik bağı açısından fark yaratmamaktadır. Dolayısıyla objektif isnadiyette belirtilecekler hem kasten hem de taksirle işlenen suçlarda ortaya çıkan başka veya ağır neticeler için geçerli olacaktır.¹⁴³ Hekimlerin netice sebebiyle ağırlaşan fiillerine örnek olarak Almanya'da gerçekleşen bir olay verilmektedir.

TCK'nın 22/3, 85. maddeleri uyarınca bilinçli taksirle öldürme suçundan, bilmedikleri tespit edildiği takdirde 22/1, 85. maddeleri uyarınca taksirle öldürme suçundan mahkumiyeti yerine yazılı şekilde hüküm kurulmasının" yasaya aykırı olduğuna karar verilmiştir. 1. CD. 06.03.2007, 2034/1109.

¹⁴² Alman Yargıtay'ı da pek çok kararında kasıtlı suçun neticeye ayrıca doğrudan neden olması gerektiğine işaret etmektedir. Bkz., Jescheck, s. 235.

¹⁴³ Netice sebebiyle ağırlaşmış suçlar kast-taksir, taksir-taksir kombinasyonu şeklinde olabileceği gibi 91/8. maddedeki gibi kast-kast kombinasyonu da söz konusu olabilir.

BERRİN
AKBULUT'UN
TEBLİĞİ

Bu olayda, çocukları şeker hastası olan aile her gün yapılan iğneler nedeniyle başka arayışlara girerler ve gittikleri doktor iğne tedavisi yerine başka bir tedavi uygular. Çocuğun durumunun kötüleşmesi üzerine aile doktoru arar, ancak doktor tedaviye devam edilmesini, aksi halde yapılanların boşa gideceğini belirtir. Ancak çocuk insülin tedavisinin bırakılmasından üç gün sonra ölür. Mahkeme hekimin, kasten yaralama fiilini gerçekleştirdiğini kabul eder. Zira hastanın vücudunun zarar göreceğini bilmektedir. Ayrıca hekim, ölüm sonucunu öngörebileceğinden netice sebebiyle ağırlaşmış yaralamadan sorumlu tutulmalıdır.¹⁴⁴ Olayda doğru olarak nedensellik bağının varlığının söz konusu olduğu, sorumluluğun kastla mı yoksa taksirle mi olduğu konusunda belirlemeler yapıldığı görülmektedir.

III. ZARAR SUÇLARINDA OBJEKTİF İSNADİYET

A. Genel Olarak

Ceza Hukuku doktrindeki eski görüşler, nedensellik bağının tespitiyle suçun maddi unsurlarının gerçekleştiğini kabul etmekteydi. Ancak cezalandırmanın adil olmayacağına anlaşıldığı hallerde, kasten işlenen icrai suçlarda kastın bulunmadığı ileri sürülerek ceza verilmemekteydi. Örneğin A, öldürmek amacıyla B'ye ateş eder ve hafif yaralanan B, hastanede çıkan yangın nedeniyle ölür. Burada öldürmeye teşebbüs olduğu herkes tarafından kabul edilmekle birlikte kastın nedensel süreci de kapsamı gerektiği, olayda ise bu olmadığı için gerçekleşen sonuçtan failin sorumlu tutulmayacağı belirtilmekteydi.¹⁴⁵ Sorun subjektif unsurla aşılmaya

¹⁴⁴ OLG Düsseldorf, MedR 1984, s. 28 vd.; Hakeri, Tıp, s. 401, dipnot 2.

¹⁴⁵ Verilen diğer bir örnekte bir kimsenin başka bir kimseyi yaklaşan fırtınada yıldırım çarpması ümidiyle ormana göndermesi ve mağdurun gerçekten de yıldırım çarpması sonucu ölmesidir. Burada eski görüş cezanın adil olması için kastın yokluğunu ileri sürüyordu ve kasten öldürmeden ceza verilmemesi gerektiğini belirtiyordu. Çünkü bir ümidin, dileğin

çalışılıyordu. Ancak zamanla sorunun kast sorunu olmadığı, objektif isnadiyet sorunu olduğu¹⁴⁶ ifade edilmiş ve ölümün failin eseri olarak isnat edilemeyeceği ileri sürülmüştür.¹⁴⁷

Bugün modern Ceza Hukuku doktrininde sorunun kast veya taksirle çözümlenmesinden önce bir neticenin meydana gelmesinde etken olan nedenler nedensellik bağı ile tespit edilerek daha sonra hukuksal değerlendirme yapılarak netice kimin eseri ise ona yüklenmesi gerektiği ifade edilmektedir. Failin fiilinin eseri olmayan neticeler ona yüklenmemelidir. Fiilin objektif isnadiyetinden sonra, failin sorumluluğu için ayrıca değerlendirilmesi gereken unsurların varlığı tespit edilerek cezalandırma gerçekleştirilmektedir. Dolayısıyla sübjektif isnadiyeti oluşturan kast ve taksir objektif isnadiyetin yapılmasından sonra değerlendirilecek unsurlar olarak anlaşılmaktadır.¹⁴⁸ Ancak objektif isnadiyetin yapılamaması

gerçekleşmesi söz konusudur. Ancak burada failin öldürmeye yönelik kastı söz konusu olup, cezalandırmamanın nedeni olayın gerçekleşmesindeki tesadüftür. Saf tesadüfle ölüme neden olma Ceza Hukuku anlamında öldürme olarak kabul edilemez ve failin kastı öldürmeye yönelik olsa da tamamen tesadüfi sonuçlara bağlı olduğundan kastı da öldürme kastı olmayıp tamamen cezasız şeye yöneliktir: Roxin, § 11, kn. 44

¹⁴⁶ Objektif isnadiyetin ilk temelleri Hegel tarafından atılmış, daha sonraları Honig tarafından geliştirilmiştir (Ünver, Risk, s. 223). Yazara göre şart teorisine göre nedenselliğin tespiti yapılmalı, ancak sorumluluk için sadece nedenselliğin tespiti yeterli olmamakta ayrıca hareketin failine objektif olarak isnat edilebilmesi de gerekir.

Şartlar eşit olmakla birlikte hukuksal değerlendirme ile şartlar arasında tercih yapılması da gerekmektedir. Yani hangi şart veya şartların sorumluluğa yol açacağı objektif isnadiyetle belirlenmektedir (Honig, s. 171, 172, 180 vd.)

Honig tarafından geliştirilen bu teori daha sonraları da tartışılmış ve 60'lı yıllardan itibaren ağırlık kazanmıştır. Ancak henüz tamamlanmadığı (Jescheck, s. 257), sonuçlarının birçok yönden kesin olmadığı da (Roxin, § 11, kn. 46) ifade edilmektedir.

¹⁴⁷ Bkz; Roxin, § 11, kn. 44, 45.

¹⁴⁸ Isnadiyet hem objektif isnadiyeti hem de sübjektif isnadiyeti içine alan bir kavramdır. Sübjektif isnadiyet faille fiil arasındaki manevi bağ için kullanılırken, objektif isnadiyet fiil ile netice arasındaki bağı tamamlayan tamamen objektif olarak yapılan değerlendirmeyi ifade etmektedir. Nedensellik ve isnadiyet için Bkz., Kelsen, H., (Çev.: Zeki Hafızogulları),

sübjektif isnadiyetin yapılamaması sonucunu doğurmamaktadır.¹⁴⁹ Örneğin failin taksiri olmasına rağmen objektif isnadiyet yapılamamaktadır.

Yukarıda yapılan açıklamalardan da anlaşıldığı gibi objektif isnadiyet bir neticenin belirli bir insanın eseri olarak görülüp görülemeyeceği sorusuna verilen cevabı ifade etmektedir.¹⁵⁰ Buna göre sorumluluk için nedensellik bağının varlığı gerekmekte ise de tek başına yeterli değildir. Zira Ceza Hukuku için neden sonuç ilişkisinden ziyade neticenin, adil cezalandırma için faile objektif olarak yüklenip yüklenemeyeceği önemlidir. Bu nedenle objektif isnadiyetle nedensellik bağı birbirinden farklı olup ayrı ayrı ele alınmalıdır.¹⁵¹ İlk olarak nedensellik bağı tespit edilmeli, daha sonra harekette bulunan faile neticenin isnat edilip edilemeyeceği araştırılmalıdır. Nedensellik bağının tespiti icrai suçlarda doğa kanunlarına ve şart teorisine göre, ihmalî suçlarda varsayımsal olarak yapılırken, objektif isnadiyet normatif kriterlere göre tespit edilmelidir. Bir başka ifadeyle nedensellik bağı tabii bir kavram ve normatif olarak kabul edilir iken, objektif isnadiyet hukuki değerlendirmeyi gerektirmektedir. Ayrıca nedensellik bağında, hareketten neticeye gidilirken, objektif isnadiyette neticeden harekete doğru gidilerek değerlendirme yapılmaktadır. Bu iki değerlendirme yapıldıktan sonra failin cezalandırılması için gereken diğer şartlar da gerçekleşmişse failin sorumluluğu yoluna gidilmektedir.

Fiilin objektif isnadiyeti bugün Alman doktrinindeki yazarlar tarafından artarak kabul edilmektedir. Alman uygulamasında ise genel olarak benimsenmemiştir ve çoğu alanda kabul edilen, belirtilen bir husus olarak karşımıza çıkmamak-

“Nedensellik ve Isnadiyet”, AÜHFD, 1978, C. 35, S. 1-4, s. 221 vd.

¹⁴⁹ Gropp, § 5, kn. 42; Özbek, Nedensellik Bağı, s. 421, 422, dipnot 12.

¹⁵⁰ Jescheck, s. 249.

¹⁵¹ Jescheck, s. 249.

tadır. Buna karşılık Avusturya uygulaması geniş ölçüde bu teoriyi uygulamaktadır.¹⁵²

Hukukumuzda ise objektif isnadiyet bazı yazarlar tarafından nedensellik bağıını tamamlayan, neticenin hareketi yapan kişiye isnadiyetini sağlayan ve failin ceza sorumluluğunu sınırlayan bir unsur olarak ifade edilmektedir.¹⁵³ Bazı yazarlar ise objektif isnadiyeti nedensellik bağı teorisi olarak ifade etmektedirler.¹⁵⁴

Objektif isnadiyet doktrinde çok fazla benimsenen bir kriter olmadığı için uygulamamızda da karşımıza çıkan bir kavram değildir. Biz ise nedensellik bağının şart teorisine (kanuna uygun şart formülüne) göre tespitinden sonra failin gerçekleşen neticeden sorumluluğu için, o neticenin failin fiiline objektif olarak isnat edilmesi gerektiğini düşündüğümüzden, objektif isnadiyet sınırlarının tespitinin yapılması gerektiğine inanıyoruz.

Doktrinde artan ölçüde objektif isnadiyetin birbirine dayanan iki ilkeye göre yapılacağı benimsenmektedir.¹⁵⁵

- Hareketin meydana getirdiği neticenin faile isnat edilebilmesi için, failin hareketinin, suçun konusu üzerinde izin verilen riskin dışında tehlike yaratması ve bu tehlikenin somut olayda gerçekleşmesi gerekir. Yaratılan tehlike izin verilen risk içinde ise netice faile objektif olarak isnat edilemez. Silahla ateş edip hastane yangınında ölme örneği açısından ateş etmek mağdurun ölümünde izin verilmeyen tehlikeye sebebiyet vermiştir. Ancak silahla yaralamadan kaynaklanan tehlike gerçekleşmemiş, ölüm hastane yangınından kaynaklanmıştır. Bu nedenle fail ölümden sorumlu olmayıp teşebbüsten dolayı cezalandırılacaktır. Objektif isnadiyet için ger-

¹⁵² Roxin, § 11, kn. 46, ayrıca dipnot 105.

¹⁵³ Ünver, Risk, s. 221 vd.; Özbek, Nedensellik Bağı, s. 439 vd.

¹⁵⁴ Demirbaş, s. 228; Artuk-Gökçen-Yenidünya, Genel, s. 424. Ayrıca Bkz., Hakeri, Ceza, s.164.

¹⁵⁵ Roxin, § 11, kn. 47, 48.

çekleşen neticenin, failin hareketiyle tesadüfen birleşen başka sebeplerden dolayı meydana gelmemiş olması gerekir. Yaratılan tehlike neticenin içinde gerçekleşmemişse bu netice faile isnat edilemez.

- Netice kural olarak fail tarafından yaratılan tehlikenin sonucu olarak ortaya çıkıyorsa bu netice faile isnat edilir. Ancak istisnaen suçun maddi unsuru bu tür tehlikelerin ve etkilerinin engellenmesini kapsamıyorsa isnadiyet söz konusu olmaz. Örneğin A, B'yi Himaleya Dağları'na tırmanma konusunda ikna etse ve B tırmanma sırasında ölse, öldürme suçunun etki alanı, bir kimseyi kasten tehlikeye sokmanın engellenmesini içermediğinden faile ölüm neticesi (kasten) isnat edilemez.

Objektif isnat edilebilirlik hem kasten hem de taksirle işlenen suçlar için geçerlidir. Şimdi bu ilkelerin neler olduğu belirtilecektir.

B. Objektif İsnat Edilebilirliği Ortadan Kaldıran Nedenler

1. İzin Verilen Risk

İzin verilen risk kavramı çok farklı bağlamlarda kullanılmakla ve anlam ve sistematik yeri konusunda büyük bir belirsizlik olmakla beraber,¹⁵⁶ genel olarak hukuken müsaade edilen tehlike yaratma alanı olarak ifade edilmektedir. Toplumsal gelişmeyi sağlamak ve çok gerekli hukuki değerlere ulaşmak için daha az öneme sahip hukuki değer ihlali risklerinin göze alınması gerektiği ortaya çıkmış, yapıları gereği tehlikeli nitelik taşıyan bazı faaliyetler için hukuken izin verilen risk alanları oluşturulmuştur. Bu alanın içinde kalındıkça yapılan harekete ve onun neticesine izin verilmektedir.¹⁵⁷

¹⁵⁶ Roxin, §11, kn. 65.

¹⁵⁷ Ünver, Risk, s. 258, 259. Ayrıca Bkz., İçel, s. 144, 145.

Dolayısıyla izin verilen risk kapsamında kalmak şartıyla¹⁵⁸ fail tarafından yaratılan ve suçun kanuni tanımında belirtilen netice faile objektif olarak isnat edilemeyecektir.¹⁵⁹ Eğer fail tarafından yaratılan risk, izin verilmeyen risk kapsamındaysa o netice faile objektif olarak isnat edilecektir. İzin verilen risk kapsamına trafik, fabrikalar, patlayıcı madde imalatı, maden ocağı işletmeleri spor faaliyetleri vb. girmektedir.¹⁶⁰

İnceleme konumuz olan tıbbi müdahaleler ve bunun kapsamında olan cerrahi müdahaleler de izin verilen risk alanı içindedir. Tıbbi müdahaleyi yapan hekimlerin tıp biliminin tüm verilerine uygun hareket etmelerine rağmen, müdahalenin sebep olduğu mutlak yaralama dışında, zararlı neticeler meydana gelebilmektedir.¹⁶¹ Zira en basit tıbbi veya cerrahi müdahale bile risk taşıyabilmektedir.

¹⁵⁸ 9. CD'de verdiği bir kararda kurallara uygun davranan kişinin kusurunun bulunmadığını belirterek aslında izin verilen riski işaret etmektedir. Kararda, "trafik kurallarını ihlal etmeyen bir kişinin aniden yola fırlayan yayaya çarpmasında kusurunun bulunmadığını" belirtmiştir; 9. CD, 3586/5159, YKD, 2007, S. 3, C. 33, s. 581.

¹⁵⁹ İzin verilen riskin niteliği, tanımı, sınırları ceza hukuku bakımından gerekliliği tartışmalıdır. Ben de doktrindeki bazı yazarlara katılarak (Ünver, Risk, s. 206) izin verilen riskin objektif isnadiyeti ortadan kaldırdığını kabul etmekteyim. İzin verilen riskle ilgili olarak Türk hukukundaki görüşler için Bkz., Özek, s. 166; İçel, s. 146; Bayraktar, s. 102, 103; Bafra, s. 120.

¹⁶⁰ İçel, s. 145. Ayrıca Roxin, § 11, kn. 67.

¹⁶¹ Yüksek Sağlık Şurası verdiği bir kararda "...D...(Profobol) isimli ilacın verilen 3-3,5 cc.'lik miktarında bulunan ilaç etken maddesi toplamının uygun ölçüde bulunduğu, kullanılan diğer ilaç ve gazlarda doz aşımı görülmediği cihetle ölümün anestezide kullanılan D...isimli ilacın yan etkileri olarak tansiyonda düşme, motor huzursuzluk hareketleri, solunum depresyonu, apne bradikardi, asistol görülebildiğine nazaran, ölenin ameliyatta uygulanan genel anestezi esnasında görüldüğü bildirilen bradikardi (nabızın düşmesi) ve kıpırdanmalar (motor huzursuzluk hareketleri) göz önüne alındığında kullanılan D...isimli ilacın yan etkilerine bağlı olarak ölmüş olduğunu, ölümün anestezik maddenin muhtemel komplikasyonlarından meydana geldiğini" belirterek izin verilen riski ifade etmiştir: Hancı, Hamit Malpraktis, Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu, 3. Baskı, Ankara 2006, s. 52, 53.

Nitekim farklı yazarlar tarafından aynı rahatsızlığın birçok hastalıkta görülebilir olması, her hastalığın değişik kişilerde değişik biçimlerde gelişebilmesi, tıbbi müdahalelerin karmaşık yapıya sahip olan insan üzerinde gerçekleştirilmesi, cerrahi müdahalelerin hemen hepsinde bir rizikonun bulunması gibi nedenler tıbbi müdahalelerin izin verilen risk içinde nitelendirilmesi sonucunu doğurduğu belirtilmektedir.¹⁶² Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 13. maddesinin 1. fıkrası da *"tabip ve dış tabibi, ilmi icaplara uygun olarak teşhis koyar ve gereken tedaviyi tatbik eder. Bu faaliyetlerinin mutlak suretle şifa ile neticelenmemesinden dolayı, deontoloji bakımından muaheze edilemez"* hükmünü içermek suretiyle kurallara uygun olarak yapılan müdahalelerden meydana gelen neticeleri o müdahalenin normal sapması olarak nitelendirmiştir. Dolayısıyla bir hekim rızaya uygun olarak¹⁶³ ve hakkın icrası sınırları içinde kalmak suretiyle müdahalede bulunmasına rağmen, belirtilen nitelikte bir netice meydana gelmişse bu netice izin verilen risk içinde değerlendirilmeli ve doktora isnat edilmemelidir. Örneğin bir doktorun tedavi amacıyla yaptığı ameliyat neticesinde dikkat ve özen kurallarına riayet edilmesine rağmen ölüm meydana geldiğinde, ölüm sonucu doktora objektif olarak isnat edilemez. Müessir fiil açısından hastanın rızası söz konusuysa da aynı kişi ölümüne rıza göstermemekte,¹⁶⁴ bilakis sağlığına kavuşma arzusu taşımaktadır. Keza müdahalenin zorunlu olarak doğurduğu neticeler dışındaki neticeler için de aynı şey geçerlidir.¹⁶⁵ Dolayısıyla rıza ile doktorun

¹⁶² Bkz., Bayraktar, s. 207, 208.

¹⁶³ Hekim istisnaları hariç rıza olmadan tıbbi müdahalede bulunamaz. Nitekim 1219 sayılı kanunun 5728 sayılı kanunla değişik 70. maddesi, "Tabipler, dış tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evveli emirde muvafakatini alırlar. Büyük ameliyei cerrahiyeler için bu muvafakatin tahriri olması lazımdır. (Veli veya vasisi olmadığı veya bulunmadığı veya üzerinde ameliye yapılacak şahıs ifadeye muktedir olmadığı takdirde muvafakat şart değildir.)..." hükmünü taşımaktadır.

¹⁶⁴ Roxin, § 11, kn. 92.

¹⁶⁵ Bazı yazarlar basit yaralamalar için hukuka uygunluk nedenini kabul etmekte, bunun dışındakiler için izin verilen riski uygulamaktadırlar:

neden olduğu netice hukuka uygun hale getirilemez. Ancak ölüm, izin verilen risk alanı içinde bulunduğundan doktor bundan sorumlu tutulamaz.¹⁶⁶ Ancak aynı neticeye, çok daha az tehlikeli müdahale ile ulaşılabilecekse doktorun fiili, izin verilen riskin dışındadır.

Bazen tıbbi müdahaleler ilgilinin rızası olmaksızın yapılmaktadır. Bu ya hastanın içinde bulunduğu durum nedeniyle gerçekleştirilememekte ya da kanunen rızanın aranmadığı durumlar (kamu sağlığının korunmasına ilişkin müdahaleler veya TCK'dan,¹⁶⁷ Ceza Muhakemesi Kanunu'ndan,¹⁶⁸ Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazına İlişkin Kanun'dan¹⁶⁹ kaynaklanan müdahaleler) nedeniyle ilgiliye başvurulmamaktadır. Kanunen rızanın aranmadığı durumlar kanun hükmünün yerine getirilmesi nedeniyle hukuka uygun kabul edilirken¹⁷⁰

Ünver, Risk, s. 355.

¹⁶⁶ Alman hukukunda bu gibi durumlar izin verilen risk çerçevesinde nitelendirilirken (Bkz., İçel, s. 145, dipnot 48). Türk hukukunda tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğundan yola çıkılarak gerçekleşen neticelerin hukuka uygun olduğu ifade edilmektedir: İçel, s. 146; Bayraktar, s. 102, 103; Bafra, s. 119, Özek, s. 166; Dönmezer, Sulhi-Erman, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım (C. II), Yeniden Gözden Geçirilmiş 11. Bası, İstanbul 1997, s. 51 vd.

¹⁶⁷ TCK m. 57/3-7, 191/2. hükümleri bu niteliktedir.

¹⁶⁸ Vücudun muayenesi, vücuttan örnek alma (CMK m. 75, 76) şüpheli veya sanığın akıl hastası olup olmadığına ilişkin gözlem altına alma (CMK m. 74) gibi düzenlemeler bu niteliktedir. Bu konularla ilgili olarak Bkz., Zaffer, Hamide, "5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Sağlık Hakkı İle İlgili Düzenlemeler", Sağlık Hukuku Sempozyumu (No.1), (17 Kasım 2006), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2007, s. 185 vd.

¹⁶⁹ Hükümlü ve tutukluların zorla tedavi edilmelerine ilişkin 82. ve 116. madde hükümleri bu niteliktedir. Konuyla ilgili olarak Bkz., Feyzioğlu, Metin, "Hükümlü ve Tutukluların Muayene ve Tedavilerini Engelleme, Hükümlü ve Tutukluları Açlık Grevine veya Ölüm Orucuna Teşvik veya İkna Etme veya Onlara Bu Yolda Talimat Verme ve Hükümlü ve Tutukluların Zorla Beslenmesi ve Zorla Tedavi Edilmesi", Sağlık Hukuku Sempozyumu (No.1), (17 Kasım 2006), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2007, s. 146 vd.

¹⁷⁰ Tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğunu sağlayan hükümler için Bkz., Sevük, Handan Yokuş, "Sağlık Hakkı Kapsamında Yapılan Müdahalelerin Türk Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluğunu Sağlayan

hastanın içinde bulunduğu durum nedeniyle rıza beyanında bulunamayacak olması varsayılan rıza ile çözümlenmektedir.¹⁷¹ Son durum için kanun hükmünün yerine getirilmesinden kaynaklanan görevin yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeni olduğunu belirten yazarlar¹⁷² olduğu gibi, hakkın icrası,¹⁷³ zaruret hali¹⁷⁴ veya izin verilen riski kabul eden yazarlar da¹⁷⁵ bulunmaktadır. Mağdurun herhangi bir olay dolayısıyla içinde bulunduğu durumun (ameliyat veya başka bir nedenle bilinçsiz olma) iradesini açıklamaya engel olması, buna karşın sağlığı nedeniyle hastaya müdahale edilmesi gerekliliği kanun hükmünün yerine getirilmesi nedeniyledir.¹⁷⁶ Hekim, hastanın müdahaleyi reddettiğini gösteren beyanı yoksa¹⁷⁷ müdahale etmekle yükümlüdür.¹⁷⁸ Ancak kanun hükmünün yerine getirilmesi tek başına gerçekleşen sonuçtan doktorun sorumlu tutulmamasını sağlamamaktadır. Kanun hükmünün yerine getirilmesi veya bir önceki bölümdeki rıza, müdahalenin zorunlu sonucu olan yaralamalar için geçerlidir. Bir başka ifadeyle sağlığın korunması amacıyla yapılacak müdahale için fiilin hukuka uygunluğunu sağlar. Ancak tıbbi müdahale sonucu ortaya çıkan tehlikeler için aynı şey

Hükümler", Sağlık Hukuku Sempozyumu (No.1), (17 Kasım 2006), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2007, s. 221 vd.

¹⁷¹ Hakeri, Tıp, s. 165 vd. Ünver, Hekim, s. 124, 125.

¹⁷² Özgenç, Genel, s. 333.

¹⁷³ Bayraktar, s. 141, 142.

¹⁷⁴ Keyman, s. 72.

¹⁷⁵ Erman, s. 149; Çakmut, Özlem Yenerer, "Tıpta Aydınlatma ve Rıza", Roche Sağlık Hukuku Günleri, Tebliğler, 2007, s. 27.

¹⁷⁶ Bu konuda Türkiye tarafından onaylanan (R.G. 20 Nisan 2004/25439) 04.04.1997 tarihli Avrupa Biyo-Tıp Sözleşmesi'nde (m. 8), Hasta Hakları Yönetmeliği'nde (R.G. 01.08.1998/23420) (m. 5, 24) hükümler bulunmaktadır.

¹⁷⁷ Avrupa Biyo-Tıp Sözleşmesi'nin 9. maddesi "müdahale sırasında isteğini açıklayabilecek durumda bulunmayan bir hastanın tıbbi müdahale ile ilgili olarak önceden açıklamış olduğu istekleri göz önüne alınacaktır." hükmünü taşımaktadır.

¹⁷⁸ Hekimlik Mesleği Etik Kuralları'na göre (m. 26) hastanın bilincinin kapalı olması durumunda yalnızca yaşamı kurtarmaya yönelik girişimlerde bulunulabilir.

söylenemez. Bunlar izin verilen risk gereğince doktora isnat edilemezler. Buna göre hastanın sağlığına ilişkin yarar ancak riske girilerek gerçekleştiriliyorsa, ortaya çıkan netice izin verilen risk alanı içindedir. Aksi halde izin verilen riskin varlığı söz konusu olmayıp, netice doktora objektif olarak isnat edilmelidir. Örneğin müdahale edilmezse hemen ölecek iltihaplı apandisitisi olan hastaya ameliyat yapılması ve fakat hastanın ölmesi olayında ölüm izin verilen risk kapsamındadır. Buna karşılık hemofili hastasına bademcik iltihabı nedeniyle ameliyat yapılması sorumluluk kapsamındadır.¹⁷⁹ Çünkü burada hastanın sağlığı için gerekli tıbbi müdahale söz konusu değildir. Hastanın bilinçsiz olmasıyla ilgili olarak verilen bir mahkeme kararında ise, ameliyatın yarıda bırakılması, ameliyata devam edilmesi halinde söz konusu olabilecek riskler kadar hastanın sağlığını tehlikeye sokacaksa ameliyata devam edilmesi gerektiği belirtilmiştir.¹⁸⁰

Kanunen rızanın aranmadığı durumlarda ortaya çıkan neticeler açısından da daha önceki açıklamalarımız çerçevesinde belirlemeler yapıyoruz.

İzin verilen risk kapsamına giren durumların kaynağı davranış kurallarıdır. Bunlar pozitif hukuk metinleri tarafından tespit edilebileceği gibi bu nitelikte olmayan kurallar tarafından da belirlenebilir. Örneğin tıbbi müdahalede bulunan hekimler için kanunlar, tüzükler, yönetmelikler vb. düzenlemeler¹⁸¹ olduğu gibi mesleki etik kuralları (TTB'nin 01.02.1999 tarihli) tıp mesleğinin yerine getirilmesinden oluşan mes-

¹⁷⁹ Bkz., Meckel, Die Strafrechtliche Haftungen, s. 128, Ünver, Risk, s. 194.

¹⁸⁰ BGH NJW 1977, s. 338, Hakeri, Tıp, s. 169, dipnot 3.

¹⁸¹ Bu konuda birçok kanun, tüzük, yönetmelik gibi çok sayıda düzenlemeler bulunmaktadır: Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarz-ı İcrasına Dair Kanun, Umumi Hıfzıssıhha Kanunu, Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun, Türk Tabipler Birliği Kanunu, Tıbbi Deontoloji Tüzüğü, Tıpta Uzmanlık Tüzüğü, Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği, Tababet Uzmanlık Yönetmeliği, Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği, Kordon Kanı Bankacılığı Yönetmeliği gibi.

leki deneyimler, bilimsel araştırma sonuçları da bu konuda yol göstericidir. Zaten tıp mesleğini icra edenler için her bir davranışın pozitif hukuk metinlerinde düzenlenmesi de söz konusu olamaz.

İzin verilen risk taksirle işlenen suçlarda uygulandığı gibi, tartışmalı olmakla birlikte kasten işlenen suçlarda da kabul edilmektedir.¹⁸² Örneğin bir doktorun, öleceği ümidiyle bir hastayı tıp biliminin genel kabul görmüş kurallarına göre ameliyat etmesi ve sonuçta hastanın ölmesi durumunda doktor ölümünden dolayı izin verilen risk kuralları gereğince sorumlu tutulmamaktadır.¹⁸³

Buraya kadar yapılan açıklamalardan sonra izin verilen riskin objektif isnadiyeti ortadan kaldırması için şu şartların bulunması gerektiği ortaya çıkmaktadır: a- Riskli hareketlere açıkça izin verilmiş olması, b- Riskin kaçınılmaz olması, c- Elde edilmek istenen amaç bakımından riskli hareketlerin yapılmasının zorunlu olması, d- Riskli hareketlere genel olarak alışılmış olması.¹⁸⁴

2- Riskin Azaltılması

Bir kimsenin gerçekleştirebilecek ağır neticeleri önlemek için neden olduğu zararlar riskin azaltılması nedeniyle o kimseye yüklenemez. Riskin azaltılmasında fail, mağdur için mevcut olan zararı tamamen ortadan kaldırmamakla birlikte, azaltmakta veya geciktirmekte veya öncekine oranla daha az tehlikeli duruma sokmaktadır. Örneğin bir kimsenin kafasına doğru gelmekte olan taşı o kimsenin daha az zararlı olabilecek bir bölgesine yönlendiren kişi veya tıbbi müdahalesi ile kaçınılmaz ölümü yalnızca geciktiren hekim veya bir çocuğu yanan evin penceresinden kurtarmak için yüksekten

¹⁸² Roxin, § 11, kn. 66.

¹⁸³ Bu konuda geniş bilgi ve örnek için bkz. Ünver, Risk, s. 271 vd.

¹⁸⁴ Bkz., Ünver, Risk, s. 264.

yere bırakan ve çocuğun ağır yaralanmasına neden olan kişi riskin azaltılması nedeniyle gerçekleştirilen neticeden sorumlu olmaz. Bu gibi durumlarda uygun sebep teorisinin uygulanmasıyla sorunun çözümlenmesinin mümkün olduğu söylenebilir de netice öngörülebilir nitelikte olduğundan veya öngörülüp istendiğinden uygun sebep teorisi sorumsuzluğun nedenini açıklayamaz.¹⁸⁵ Zorunluluk hali de söz konusu değildir. Bunun için yapılan hareketin korunan hukuki değeri ihlal etmesi gerekir. Burada ise mağdura gerçekleşecek zarardan daha az zarar verilmektedir. Aynı kişiye, gerçekleşecek zarardan daha azına sebebiyet verilmesini veya aynı kişinin iyileştirilmesini hukukun suç olarak kabul etmesi düşünülemez. Hukuka uygunluk nedenlerinden rızanın (bu anlamda varsayımsal rızanın)¹⁸⁶ veya kanun hükmünün yerine getirilmesinin gerçekleşmesi de söz konusu değildir. Bu nedenlerle, riskin azaltılması nedeniyle isnadiyetin bulunmadığı çoğunlukla kabul edilmektedir.¹⁸⁷

3. Hukuken Önemli Bir Riskin ya da Tehlikenin Bulunmaması

Failin hareketi korunan hukuki değer açısından hukuken önemli bir tehlike yaratmamışsa, neticenin faile isnadiyeti ortadan kalkar. Isnadiyetin kalktığı bu durumda fail riski azaltmadığı gibi arttırmamaktadır da.¹⁸⁸ Tesadüfen gerçekleşen sonuçlar faile onun eseri gibi isnat edilemez. Bu gibi olaylarda şart teorisi anlamında nedensellik bağı varsa da sonuç failin

¹⁸⁵ Bkz. Roxin, § 11, kn. 53, 54.

¹⁸⁶ Bazı yazarlar varsayımsal rızayı hukuka uygunluk nedeni kabul etmekle beraber, biz varsayılan rızayı hukuka uygunluk nedeni kabul etmeyen yazarların görüşüne (Özgenç, Genel, s. 337) katılıyoruz ve böyle bir nedenin bulunmadığını belirtmek istiyoruz.

¹⁸⁷ Roxin, § 11, kn. 53. Ancak neticenin objektif olarak faile isnat edilmesi gerektiğini belirten yazarlar da bulunmaktadır. Bkz., Özbek, s. 454, dipnot 99; Roxin, § 11, kn. 53, dipnot 130.

¹⁸⁸ Gropp, § 5, kn. 44; Roxin, § 11, kn. 55.

BERRİN
AKBULUT'UN
TEBLİĞİ

eseri değildir. Örneğin bir hekimin hastasına seyahate çıkmasını önermesi ve hastanın, uçağın düşmesi sonucu ölmesi durumunda olduğu gibi.

4. Varsayılan Nedensellik Gelişimi

İcrai suçlarda failin hukuken önemli bir neticeyi meydana getirmesi durumunda, başka bir nedenle neticenin zaten meydana gelecek olması ne nedenselliği ne de objektif isnadiyeti ortadan kaldırmamaktadır. Fail gerçekleştirdiği sonuçtan sorumludur. Örneğin bir hekimin, ölümcül bir hastalığa yakalanmış bir kimsenin ölümünü gerçekleştirmek amacıyla ona öldürücü miktarda zehir vermesi durumunda, hekim o kimseyi öldürmekten sorumludur.¹⁸⁹

5. İzin Verilmeyen Riskin Neticede Gerçekleştirilmesine Rağmen, Neticenin Failin Fiilinin Etkisiyle Gerçekleşmemesi

Fail yaptığı hareketle korunan hukuki değer açısından tehlike yaratmakla beraber, ortaya çıkan netice bu tehlikenin sonucu olarak değil de tesadüfen failin fiili ile bağlantı içinde gerçekleşmişse neticenin faile objektif isnadiyeti ortadan kalır. Bir başka ifadeyle failin hareketi netice bakımından elverişli tehlike yaratmadığı için netice faile isnat edilemez. Ancak fail gerçekleştirdiği kısımdan sorumludur. Konunun başlangıcında verdiğimiz yaralanan kimsenin hastanede çıkan yangın sonucu ölmesi örneği gibi veya doktorun taksirli davranışı nedeniyle zarar gören hastanın, ameliyat için tam teşekküllü hastaneye götürülürken trafik kazasında ölmesi veya hastaneye getirilen yaralıya doktorun müdahale etmemesi ve hastanın başka hastaneye götürülürken yolda trafik kazası so-

¹⁸⁹ Değişik ihtimaller için Bkz., Roxin, § 11, kn. 58-64

nucu ölmesi. Ancak nedensellik bağındaki önemsiz sapmalar diye isimlendirilen olaylarda sonuç faile isnat edilir. Öldürülmek için köprüden aşağıya atılan kişinin daha önce köprüünün demirlerine çarparak ölmesinde olduğu gibi.¹⁹⁰ Keza öldürülmek amacı ile başına baltayla vurulan ancak ölmeyen, daha sonra baltanın açtığı yaraların enfeksiyon kapması sonucu ölen kişi açısından netice failin fiilinin eseri olduğu için faile isnat edilmelidir. Meydana gelen bir olayda, eczacının dikkatsiz şekilde verdiği ilaç nedeniyle hasta vitamin zehirlenmesi geçirir ve hastaneye gider. Zehirlenmenin tedavisi sırasında hasta hastanede aldığı grip enfeksiyonu nedeniyle ölür. Mahkeme neticenin isnadiyeti için grip dolayısıyla ölümün, zehirlenme nedeniyle vücut direncinin düşmesiyle ilgili olup olmadığının tespitini arar.¹⁹¹ Bunun için her olayda fail tarafından yaratılan tehlikenin neticeyi gerçekleştirip gerçekleştirmediğinin tespiti gerekmektedir. Eğer bir başkasının fiili olaya eklenmişse ve neticeyi onun fiili gerçekleştirmişse, yani bu kişinin hareketi riskin yerini almışsa gerçekleşen netice ilk hareketi yapana isnat edilemez. Yargıtay da verdiği bir kararda yanlış gerekçeyle de olsa mağduru yaralayan kişinin organ kaybı neticesinden sorumlu tutulamayacağını belirtmiştir. Yargıtay'a göre hekimin taksirli tıbbi müdahalesi, ilk yaralama eylemi ile doğan ağır netice arasındaki nedensellik bağı kesmiştir. Karara esas alınan Yüksek Sağlık Şurası raporunda, *"bacaktaki derin yaranın (rektuma) nafiz olduğunun ilk muayenede saptanamadığının ve buna bağlı olarak gelişen enfeksiyon sonucu bacağına kesildiğinin hemen el atılması durumunda enfeksiyonun denetim altına alınarak bacağına iyileştirilebileceğinin ve hastanın üç gün içinde taburcu edilmesiyle şansının ortadan kaldırıldığının ve hekimin kusurlu olduğunun"* ifade edildiği görülmektedir.¹⁹²

¹⁹⁰ Roxin, § 11, kn. 69, 70.

¹⁹¹ OLG Köln NJW 1956, s. 1848, Roxin, § 11, kn. 71.

¹⁹² 4. CD, 18.12.1997, E. 1997/ 10728, K. 1997/ 11390(www.yargitay.org.tr), Ünver, Hekim, s. 150, dipnot 18.

6. İzin Verilmeyen Bir Riskin Neticede Gerçekleştirilmemesi

Failin yaptığı davranış izin verilen risk içindeyse isnadiyet söz konusu değildir. Buna karşılık izin verilen risk durumlarında faile neticenin isnat edilebilmesi için, iznin sınırlarının aşılması ve izin verilmeyen bir tehlikenin yaratılması gerekir.¹⁹³ Eğer izin verilmeyen risk yaratılmasına rağmen bu risk neticede gerçekleşmemişse, netice bu riski yaratan kişiye isnat edilemez. Almanya'da meydana gelen bir olayda A, B'yi öldürme kastı olmaksızın sert kauçuktan yapılmış bir çekiçe başına vurur. B ölümcül şekilde yaralanır. Öldüğünü zannederek oradan ayrılır. Yolda karşılaştığı C'ye durumu anlatır ve C'de kontrol amaçlı olarak olayın olduğu yere gelir. O da B'nin öldüğünü zanneder. İntihar süsü vermek için asar ve B asma sonucu boğulmak suretiyle ölür. B, vurma nedeniyle zaten az bir zaman sonra ölecektir.¹⁹⁴ Burada B'nin ölümü açısından A'nın hareketi nedenselse de neticenin (ölümün) isnadiyeti söz konusu değildir. A dikkat ve özen kurallarına aykırı davranarak kişinin gerçekten ölüp ölmediğini kontrol etmemiştir. Ama ölüm sonucu buna bağlı olarak gerçekleşmemiştir. Bir başka ifadeyle ölüm onun yarattığı tehlike sonucunda değil, asmak suretiyle bir başkası tarafından gerçekleştirilmiştir. A bu durumda yalnızca yaralamadan sorumludur. Bunun dışında ölüm yaralamanın sonucu olarak gerçekleşmediğinden netice sebebiyle ağırlaşmış suç da söz konusu değildir. Ön gelen tehlikeli eylemden dolayı neticeyi önleme yükümlülüğü ve bunun sonucunda gerçekleşen bir ölüm de söz konusu değildir. Kast olmadığı için 83. maddenin gerçekleşmesi ve failin bundan dolayı cezalandırılması mümkün değildir. Benzer durum bir doktorun yapmış olduğu yanlış ameliyat sonucunda zarar gören kişiye zararlı sonucun ortadan kaldırılması için bir şey yapılmaması, ancak hastanın düşmanı hemşire tarafından öldürülmesi gibi.

¹⁹³ Roxin, § 11, kn. 73.

¹⁹⁴ BGH NSStZ 1992, 333, Roxin, § 11, kn. 79.

İsnadiyeti ortadan kaldıran bu durum, özellikle taksirli suçlarda önem kazanmaktadır. Çünkü bazı durumlarda dikkat ve özen kurallarına aykırı olarak iznin sınırları aşılmakla birlikte bir tehlikenin gerçekleştirilmesi söz konusu olmamaktadır. Bu gibi olaylarda failin hareketiyle gerçekleşen netice arasında nedensellik bağı ve özen kurallarına aykırılık söz konusu olmakla beraber netice faile isnat edilememektedir. Yukarıda verilen örnekte de bu durum açıkça anlaşılmaktadır.¹⁹⁵

7. Neticenin Normun Koruma Amacı Dışında Kalması

Fail tarafından yapılan hareket, bir ceza normunu ihlal etmekle beraber hareketin neden olduğu netice bu normun koruma amacı dışında bulunuyorsa faile bu netice isnat edilemez.¹⁹⁶ Bir doktorun genç kanser hastasına içinde bulunduğu durum nedeniyle hastalandığını söylememesi gerekirken buna riayet etmeyerek söylemesi durumunda hastanın tansiyonu yükselerek beyin kanaması geçirip ölmesi olayında bu netice doktora isnat edilemez. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'ne göre (m. 14) *"hastanın maneviyatı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimali bulunmadığı takdirde, teşhise göre alınması gereken tedbirlerin hastaya açıkça söylenmesi lazımdır. Ancak hastalığın vahim görülen akıbet ve seyri saklanması uygundur."* Ancak bu hükmün amacı kişinin mevcut hastalığı açısından olumsuz sonuçların engellenmesidir. Başka bir rahatsızlığın önlenmesi değildir. Bu nedenle doktora gerçekleşen netice isnat edilemez. Dolayısıyla failin ihlal ettiği normun riski engelleme amacı bulunmadığı durumlarda, failin fiilinin nedenselliği içinde gerçekleşen neticeler faile objektif olarak isnat edilemez. Örneğin bir kimse tarafından yaralanan

¹⁹⁵ İzin verilmeyen riskin neticede gerçekleştirilmemesi başlığı altında ihmalî nitelikte fiiller de örnek verilmekle beraber, biz bunların yükümlülüğe aykırılık ilişkisinin bulunmaması başlığı altında incelenmesini uygun bulduk.

¹⁹⁶ Gropp, § 5, kn. 44; Jescheck, s. 258.

mağdurun doktorun tamamen yanlış müdahalesi nedeniyle ölmesi durumunda ölüm ilk hareketi yapana isnat edilemez. Buna karşın yaralanan kişinin, yarasının enfeksiyon kapması sonucunda ölmesi durumunda isnadiyet söz konusudur.¹⁹⁷ Ancak enfeksiyonda mağdurun veya doktorun taksiri varsa bunun ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Yaralanan kişinin hemofili hastası olması durumunda ise netice faile isnat edilmemelidir.¹⁹⁸ Çünkü aksi durumda taksirle yaralayan kişiye, yaralanan kişinin hemofili hastası olması durumunda neticeyi isnat etmezken, kasten işlenen suçlarda isnat etmek gerekecektir. TCK m. 87/4 açısından normun koruma amacı hemofili hastalarının korunması değildir. Tesadüfen veya başka etkenlerle meydana gelen ölüm olayları değil yaralamanın doğrudan sonucu olarak meydana gelen ölümlerdir. Ancak bu konuda failin bilgisi varsa veya öngörme imkânı varken öngörmemişse kast veya taksir açısından değerlendirilmelidir. Doktorlar içinse yapılan müdahaleye göre tespit yapılmalıdır. Ameliyata giren hasta açısından hastanın hemofili hastası olup olmadığının kontrol edilmeden ameliyata alınması durumunda netice doktora isnat edilmelidir. Buna karşın diş çeken diş doktoru açısından aynı şey söylenemez. Diş doktorunun sorusuna hayır diyen hasta açısından söz konusu doktora netice isnat edilemez.

8. Yükümlülüğe Aykırılık İlişkinin Bulunmaması

Bazı durumlarda fail yükümlülük kurallarına aykırı davranarak izin verilmeyen bir durum gerçekleştirmekle beraber, meydana gelen netice hukuka aykırılık bağının veya yükümlülüğe aykırılık ilişkisinin bulunmaması nedeniyle faile isnat edilememektedir. Bir başka ifadeyle neticeyle yükümlülüğe aykırı davranış arasında özel bir ilişkinin bulunması aranmaktadır. Bu ilişkiye göre fail yükümlülüğe uygun şekilde

¹⁹⁷ Jescheck, s. 259.

¹⁹⁸ Aksi düşünce için Bkz., Özbek, Nedensellik Bağı, s. 444.

hareket etseydi dahi netice yine de meydana gelecek idiye isnadiyet söz konusu değildir.¹⁹⁹ Örneğin bir hekim özel muayenehanesinde kullanacağı aleti dezenfekte etmeden hastaya müdahale eder. Hasta kullanılan alette yer alan mikrobun bulaşması nedeniyle ölür. Yapılan araştırmada dezenfekte işlemi yapılıyorsa dahi o mikrop etkisiz hale getirilemeyecekti. Buna karşılık fail yükümlülüğüne uygun davransaydı netice meydana gelmeyecekti denilen hallerde nedensellik bağı ve objektif isnadiyet vardır.

Objektif isnadiyeti ortadan kaldıran bu durum, kasten işlenen görünüşte ihmali suçlar ve taksirli suçlar²⁰⁰ için önem taşımaktadır. Kasten işlenen icrai suçlarda uygulanması söz konusu değildir.

Taksirle işlenen suçlarda fail özen kurallarına uygun davransaydı dahi netice yine de gerçekleşecek idiye bu netice yükümlülüğü aykırılık ilişkisinin veya hukuka aykırılık bağının bulunmaması nedeniyle faile isnat edilmemelidir.²⁰¹ Örneğin bir diş doktoru genel anestezi altında bir bayanın dişlerini çekmek isterken, söz konusu bayan kalbinin durması sonucu ölür. Bayan önceden kalbinde bir şeyler olduğunu söylemesine rağmen, diş doktoru bir uzmana başvurmayı ihmal eder. Daha sonra yapılan araştırmada uzmana başvurulsa bile kalp rahatsızlığının tespit edilemeyeceği, ancak bayanın doktora başvurma nedeniyle daha geç öleceği tespit edilir. Burada diş doktoru özen kurallarına aykırı davranmaktadır. Ancak özen kurallarına riayet etseydi de netice (geç de olsa) meydana gelecekti. Bu olayda, hekimin kontrolden geçirme yükümlülüğü, müdahalenin geciktirilmesi ve böylece hastanın

¹⁹⁹ Gropp, § 5, kn. 46.

²⁰⁰ Gropp, § 5, kn. 46. Aksi düşünce, Ünver, Risk, s. 306.

²⁰¹ Gropp, § 5, kn. 46. Örnek olarak kendisine kırmızı ışık yanmasına rağmen kavşaktan geçen sürücünün bir süre sonra aniden önüne çıkan çocuğa çarpması verilmektedir (Bkz., Ünver, Risk, s. 299). Kırmızı ışık yasağının kavşaklardaki yaşam tehlikelerinden kaçınması amaçladığı ancak uzak mesafedeki bir yere geç ulaşılmasını hedeflemediği ifade edilmektedir. Dolayısıyla çocuğun ölümü sürücüye isnat edilemez.

BERRİN
AKBULUT'UN
TEBLİĞİ

ölümünün kısa bir süre için de olsa uzaması amacına yönelik değildir. Özen yükümlülüğünün önlemek istediği tehlike gerçekleşmediği için isnadiyet söz konusu değildir.²⁰²

Yargıtay da hekimlerin taksirle işledikleri bazı suçlarda yükümlülüğün yerine getirilmesine rağmen aynı sonucun gerçekleşip gerçekleşmeyeceğini arayarak, aynı sonucun gerçekleşmesinin söz konusu olduğu durumlarda failin gerçekleşen sonuçtan sorumlu tutulamayacağını ifade etmektedir. Yargıtay kararlarında objektif isnadiyet belirtilmemekte, yurarda sayılan durumlarda nedensellik bağının bulunup bulunmadığına karar verilerek sorumluluğun söz konusu olup olmadığı belirtilmektedir. Bir kararında, "*Sanık Hakan'ın aşamalarındaki savunmalarına savunma doğrultusunda katılan Naciye ve hemşire Fatma'nın anlatımlarına göre, bebeğin kalp seslerinin alınmadığı aşamada sanık doktor çağırılmış ve hastaya müdahale etmiştir. Dosyada ki anlatımların tersine Yüksek Sağlık Şurası'nın vakum uygulamasında çocuğun sağ olduğu yolundaki kabule nasıl ulaştığı rapor içeriğinden anlaşılamamaktadır. Bu durum karşısında sanığın 13.09.1990 ve 19.03.1991 tarihli yazılı savunmaları ile savunma ekli bilimsel görüşler ve tüm dosya sağlık şurasına gönderilerek çocuğun sağ olarak doğup doğmadığı, sağ olarak doğmamışsa nedeni, sağ olarak doğmuşsa bulunduğu durumu, geçirilen ve geçirilecek süreler de dikkate alındığında; sanık hekimin seçtiği müdahale biçimi dışında bir müdahale yönteminin sonucu değiştirip değiştirmeyeceği, özetle, meydana gelen sonuçla sanığın müdahale biçimi açısından doğrudan nedensellik bağı kurulup kurulamayacağı saptandıktan sonra sonuca göre karar verilmesi gerekir.*"²⁰³

Kasten işlenen görünüşte ihmali suçlarda da yükümlülüğe aykırılık ilişkisi geçerlidir. Fail kasten neticeyi önleme yükümlülüğüne aykırı davranmış, ancak yükümlülüğe uygun davransaydı dahi netice kesinlikle önlenemeyecekse, önlenmeyen neticeden dolayı kişinin sorumlu tutulması söz konusu değildir fail ancak ihmali suça teşebbüsten sorumlu

²⁰² Roxin, § 11, kn. 84, 85.

²⁰³ 4. CD, 20.04.1993, 649/2611.

tutulabilir. Kanun açısından teşebbüs söz konusu olmadığından, gerçekleşen durum ne ise ondan sorumluluk söz konusu olacaktır.

BERRİN
AKBULUT'UN
TEBLİĞİ

9. Hukuka Uygun Alternatif Davranışlar ve Riskin Artırılması Teorisi

Fail yapılması istenen kurallara riayet etmemek suretiyle neticenin gerçekleşmesine neden olan bir hareket yapmaktadır. Ancak failin bu kurallara riayet etmesi halinde neticenin önlenmesi kesin olarak değil de imkan ve ihtimal dahilinde bulunmaktadır.²⁰⁴ Bir başka ifadeyle failin davranışının neticeye yol açacağı konusunda ciddi şüpheler bulunmaktadır. Örneğin bir narkoz uygulaması sırasında özen kurallarına riayet edilmeyerek novakain yerine kokain verilir ve hasta bu nedenle ölür. Yapılan araştırmada novakain kullanılsa dahi hastanın bu ilaca alerjisi nedeniyle ölmesinin imkan dahilinde olduğu tespit edilir. Diğer bir örnekte ise doktorun kanser hastasını çok geç kliniğe sevk etmesi sonucu ameliyatın zamanında yapılamaması ve hastanın ölmesi söz konusudur. Ancak hastanın ameliyat yapılsa bile kurtarılamaması ihtimali bulunmaktadır.²⁰⁵

Yukarıdaki örnekler gibi gerçekleşen olaylarda neticenin faile isnat edilip edilmeyeceği doktrinde tartışmalıdır. Alman hukukunda genellikle kabul edilen görüş şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereğince bu gibi olaylarda neticenin faile isnat edilemeyeceğidir.²⁰⁶ Kesinlikte bir tartışma bulunmazken imkân veya ihtimal dahilinde olan durumlar için farklı görüşler bulunmaktadır. Diğer bir görüş ise Roxin tarafından geliştirilen ve doktrinde gittikçe artan şekilde taraftar bulan riskin artırılması teorisidir.²⁰⁷ Bizim de katıldığımız bu teori

²⁰⁴ Roxin, § 11, kn. 88.

²⁰⁵ Örnekler için Bkz., Ünver, Risk, s. 292, dipnot 1125.

²⁰⁶ Gropp, § 5, kn. 47.

²⁰⁷ Roxin, § 11, kn. 90.

Türk Hukukunda da bazı yazarlar tarafından kabul edilmektedir.²⁰⁸ Eğer hukuka uygun alternatif hareket yapılırdı da aynı netice kesin olarak yine meydana gelecek idiyse izin verilen risk aşılmamış olduğundan netice faile isnat edilmemelidir. Buna karşın gerçekleştirilen icrai veya ihmali hareket, hukuka uygun alternatif hareketten daha fazla risk yaratıyorsa, yani neticenin meydana gelme tehlikesini artırıyorsa fail gerçekleşen neticeden sorumlu tutulmalıdır.²⁰⁹ Dolayısıyla bu görüşe göre, yalnızca kesinliğin olduğu durumlarda değil, aynı zamanda hareketle riskin arttırıldığı durumlarda da netice faile isnat edilmelidir. Çünkü norm düzenlenirken yalnızca hukuki değeri korumanın kesin olduğu durumda ona riayet edilmesi, aksi durumda ise bunun aranmaması söz konusu olamaz. Hukuki değeri korumanın kesin olmadığı durumlarda da norma riayet edilmesi aranmalıdır. Örneğin riskli bir ameliyatta cerrahın büyük bir meslek hatasıyla hastanın ölümüne yol açtığı olayda, ameliyat kurallara uygun yapılsa bile ölümün gerçekleşmesi muhtemel olduğundan hiçbir olayda doktoru sorumlu tutmamak gerekir. Bu takdirde de özen normunun herhangi bir anlamı ve etkisi kalmaz (özellikle de özel, büyük bir yükümlülüğünün arandığı yerlerde). Alman Federal Mahkemesi 1994 yılında verdiği bir kararda hatalı hekim müdahalesi sonucunda meydana gelen ölüm olayında, hastanın kurallara uygun bir müdahalede daha uzun yaşayacağını kesin olmaması nedeniyle doktorun beraatine hükmetmiştir. Oysa hatalı müdahalenin riski yükseltmiş olması neticenin faile yüklenmesi için yeterli olmalıydı.²¹⁰

Bir riskin arttırılmasının söz konusu olup olmadığı ex post değerlendirmelidir. Olaydaki tüm koşullar dikkate alınarak izin verilen riske uyulması halinde mağdur açısından tehlike azaltılır mıydı? Yani mağdurun yaşamının kurtarılması

²⁰⁸ Ünver, Risk, s. 302; Özbek, Veli Özer, Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Anlamı (C. I), Genel Hükümler, Ankara 2005, s. 298.

²⁰⁹ Bkz., Roxin, § 11, kn. 88 vd.

²¹⁰ Roxin, § 11, kn. 91.

şansı arttırılır mıydı sorusu araştırılmalıdır. Bu araştırma ise normatif kriterlere göre yapılmalıdır.²¹¹ Türkiye'de meydana gelen bir olayda koltuk altındaki kitlenin alınması sırasında hastanın sinirleri kesilir ve kolu felç olur. Yüksek Sağlık Şurası, tümör alınmasaydı zamanla büyüyeceği ve bulunduğu yere baskı yaparak siniri atrofiye edeceği ihtimali bulunduğunu belirterek hekimin kusursuz olduğuna karar vermişse de, mahkeme 3-5 yıl sonra meydana gelme ihtimali bulunan bir duruma göre tespit yapılamayacağına hükmetmiştir.²¹² Karar özel hukukla ilgili olmakla ve sorun kusurla ilgili bulunmakla beraber sonuç olarak hekimin neticeden sorumlu tutulması doğrudur.

Riskin arttırıldığı kesin olarak tespit edilemediği, yani riskin arttırıldığı ihtimal dahilinde olduğu durumlarda neticenin faile isnat edilip edilemeyeceği bu teorinin taraftarları arasında farklı şekillerde nitelendirilmektedir. Bazı yazarlar bu gibi durumlarda şüpheden sanık yararlanır ilkesini uygulayarak neticenin faile isnat edilemeyeceğini belirtirken, bizim de görüşlerine katıldığımız bazı yazarlar ise neticenin faile isnat edileceğini, zira özen kuralları yalnızca tehlikenin artacağı kesin olduğu durumlarda değil aynı zamanda tehlikenin artmasının ihtimal dahilinde bulunduğu hallerde de söz konusudur.²¹³ Yüksek Sağlık Şurası'nın bir kararında, Erzurum'a gönderilmesi gereken hastanın sağlık mensubu olmadan nakil edilmesinde, hemşire ile gönderilseydi bile hastanın ölmesi mümkün olduğundan nedensellik bağının bulunmadığına karar verilmiştir.²¹⁴ Kararda Yüksek Sağlık Şurası nedensellik yönünden değerlendirme yapmış ve hastanın kurtarılacağı kesin olmadığı durumda nedensellik bağının varlığını kabul etmemiştir.

²¹¹ Roxin, § 11, kn. 94.

²¹² 13. HD, 15.10.2002, 79-25/106-87.

²¹³ Roxin, § 11, kn. 96.

²¹⁴ Hancı, s. 58, 59.

Yukarıda belirtilen ve taksirle gerçekleştirilen suçlar için geçerli olan prensipler kasten işlenen görünüşte ihmali suçlar için de geçerlidir. Bir başka ifadeyle bu gibi durumlarda nedensellik bağı ve objektif isnadiyet söz konusudur. Ancak cezanın tespitinde somut olayın şartları göz önünde bulundurulacaktır.

10. Bir Kimsenin İsteyerek Kendini Zarara veya Tehlikeye Sokmasının Birlikte Etkisi

Bir kimsenin kendi isteği ile zarar veya tehlikeye katılması ve bunun sonucunda zarar görmesi durumlarında gerçekleşen netice buna katılan diğer kişiye isnat edilmemektedir. Alman uygulaması eski tarihli kararlarında bu gibi durumlarda mağdur dışındaki kişiyi yükümlülüğe aykırı davrandığı için sorumlu tutarken, yeni tarihli kararlarında objektif isnadiyeti (hukuki nedensellik ilişkisini) kabul etmemektedir.²¹⁵ Bu durumlarda mağdur kendi isteği ile kendini bizzat tehlikeye soktuğu için netice bir başkasına isnat edilmemektedir. Örneğin eroin sahibi olan A, şırıngası olmadığı için B'den şırınga temin eder. B, A'ya dozuna dikkat etmesi uyarısında bulunsa da A eroini dozunu ayarlamadan kendine şırınga eder ve ölür.²¹⁶ Her ne kadar B'nin eylemi A'nın ölümü açısından nedenselse de ölüm sonucu B'ye isnat edilemez.²¹⁷ Çünkü A bilinçli olarak riski üstlendiği için B'ye ölümün isnat edilebilirliği ortadan kalkar. Bu konuda başka bir örnek, doktor A, uyguladığı tedavi veya müdahaleden sonra hastasına araç kullanmaması gerektiğini, araç kullanma yeteneğinde azalma olabileceğini bildirmiş, ancak hasta buna rağmen araç kullanarak yaralanmışsa bu netice doktora isnat edilemez. Çünkü tehlike bizzat mağdur tarafından gerçekleştirilmiştir.²¹⁸ Bildi-

²¹⁵ Tröndle-Fischer, Vor § 13, kn. 19.

²¹⁶ BGH 32, 262, Gropp, § 5, kn. 49.

²¹⁷ Gropp, § 5, kn. 49.

²¹⁸ Bir göz hekiminin göz kusurlarından dolayı yaptığı muayenede midria-

rim yapılmasaydı doktor bu nedenle gerçekleşen neticeden taksiri nedeniyle sorumlu olacaktı.

Aynı şekilde bir doktorun nasıl kullanılması gerektiğini belirttiği ve yazdığı reçetede ilacı, aşırı dozda kullanarak ölen kişi açısından doktorun hareketi nedenselse de isnadiyet söz konusu değildir. Ancak kusur yeteneği olmayanlara verilen ilaçlar için aynı şey söylenemez. Hekimin ilaç yazarak hastayı tedavi etmesi tıbbi bir müdahale olduğu için orada aranan şartların geçerli olması gerekir.²¹⁹ Özellikle tıbbi müdahaleye rıza açısından kusur yeteneğinin değil, hastanın karar verme yeteneğinin esas alınması gerektiği belirtilmektedir.²²⁰ Nitekim isnadiyet için kendi davranışıyla zarar gören hastanın karar verme yeteneğine sahip olup olmadığı araştırılmaktadır.²²¹ Karar verme yeteneğinin bulunmadığı durumlarda üçüncü kişinin tehlikeyi bilinçli olarak üstlenmesinden söz edilemez. Dolayısıyla hastanın karar verme yeteneği yoksa hastaya ilaç yazan hekim için isnadiyet söz konusudur. Karar verme yeteneği olmayan kişilere, örneğin 15 yaşını doldurmuş çocuklara, ilaç yazılması ayrıca zarar doğmasa bile değişik açılardan tartışılmaktadır. Örneğin hekimin 15 yaşını doldurmuş çocuğa doğum kontrol hapı yazmasının yaralama suçunu oluşturup oluşturmadığı veya cinsel istismar suçuna yardım olup olmadığı farklı şekillerde değerlendirilmektedir.²²² Dolayısıyla karar verme yeteneği olmayan kişiye ilaç yazılması ve ilacın hasta tarafından fazla dozda kullanılması durumunda hekime gerçekleşen sonuç isnat edilecektir. Keza bir psikiyatrisin intihar eğilimli (akıl hastası olan) kişiye ilaç yazması durumunda yine gerçekleşen sonuç hekime

tik (göz bebeğini büyüten) damla kullanması durumunda, hastaya geçici görme bozukluğu yapabileceğini, bu nedenle bir süre araç kullanmaması gerektiğini bildirmesi gerekmektedir.

²¹⁹ Tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunun şartları için Bkz., Hakeri, Tıp, s. 93 vd.

²²⁰ L/4-Ulsenheimer, § 139, kn. 27; Hakeri, Tıp, 152, dipnot 6.

²²¹ Roxin, § 11, kn. 111.

²²² Bkz., Hakeri, Tıp, s. 157, 158.

BERRİN
AKBULUT'UN
TEBLİĞİ

isnat edilebilecektir. Kusur yeteneğini etkileyen durumlarda da üçüncü kişinin riski üstlenmesinden bahsedilemeyecektir. Kişi riskin etkilerini, sonuçlarını, artı ve eksilerini değerlendirebilecek durumda olmalıdır. Bu yoksa riskin üstlenilmesi dolayısıyla objektif isnadiyetin ortadan kalkması söz konusu değildir.

Herhangi bir fiilden zarar gören kişinin yapılacak yardımları riskin tam olarak bilincinde olarak reddetmesi durumunda da, gerçekleşen netice daha önce zarar veren davranışı yapan kişiye isnat edilemez. Söz konusu kişi sadece gerçekleştirdiği kısımdan sorumludur. Önceki fiilin kasıtlı veya taksirli, icrai veya ihmali olması önemli değildir. Kendi yaşamı hakkında bizzat karar vererek ölümüne ilişkin tehlikeyi bizzat yaratan veya birlikte etkileyen kişinin bu davranışı ilgili suç tipinin koruma amacı içinde olmadığı için daha önceki yaralama fiilini gerçekleştiren kişiye isnat edilmemelidir. Örneğin A, B'yi bir trafik kazasında yaralar. Hastaneye kaldırılan B dini veya mezhebi nedenlerle kan nakline izin vermez ve ölür. Bu durumda A taksirle yaralamadan sorumlu olup taksirle öldürmeden sorumlu olmaz.²²³ Doktorun ise herhangi bir sorumluluğu yoktur. Ancak tedaviyi reddeden kişi karar verecek durumda değilse riskin sonuçlarını, artılarını eksilerini tartamıyorsa bu takdirde tedaviyi reddetme, isnadiyeti ortadan kaldırmaz. Bir başka örnek ise, hekimin dikkat ve özen kurallarına aykırılığı dolayısıyla A'nın kolu kangren olur. A'ya müdahale yapılması ve kolunun kesilmesi gerektiği doktorlar tarafından belirtilirse de, hasta buna rıza göstermez. Daha sonra A mikrobun bütün vücuda yayılması suretiyle yaşamını yitirir. Eğer riskin tamamen bilincinde olarak bu sonuç üstlenilmişse ölüm sonucu doktora isnat edilemez. Doktor taksirle ihmali yaralamadan dolayı sorumlu olur.

Bu konuda belirtilmesi gereken diğer bir durum da bir kimsenin kendi isteği ve ihmali davranışıyla zarar veya tehli-

²²³ Roxin, § 11, kn. 118.

keye katılmasıdır. İhmali hareketle gerçekleştirilen netice, neticenin gerçekleşmesinde etkili olan kişiye isnat edilemez. Örneğin, bir hekimin yazdığı ilacı hasta kullanmayarak sağlığı için zarar doğma ihtimaline yol açmışsa veya zarar doğmuşsa bu netice de ilacı yazan doktora isnat edilemez.

Hastanın bildirme yükümlülüğü olduğu durumlarda da bunu yapmayarak zarar gören kişi açısından netice doktora isnat edilemez. Hekimin önceki hastalıklarını veya devam eden hastalığını veya herhangi bir şeye alerjisi olup olmadığını sorması üzerine bunu bildirmeyen hasta açısından hekimin sorumluluğu söz konusu değildir. Ancak bu konuda hekimin sorma yükümlülüğü ve araştırma yükümlülüğünün bulunması, acil bir durum olması, semptomların her gün karşılaşılan semptomlardan olmaması gibi hususlar göz önünde bulundurulmalıdır.²²⁴ Örneğin hasta bildirmese bile ameliyata girilmeden yapılacak tetkiklerin yapılmaması durumunda meydana gelen zarardan hekim sorumlu olacaktır.

Bu başlık altında belirtilmesi gereken diğer bir durumda mağdurun bizzat kendisi değil de üçüncü kişinin mağduru rızasıyla tehlikeye sokması halidir. Bu gibi durumlarda mağdurun isteği bile olsa tehlike mağdurun birlikte etkisiyle değil de bizzat 3. kişi tarafından yaratıldığından netice bu kişiye isnat edilecektir. Ancak burada tartışılan, istek üzerine öldürmelerde ölümü gerçekleştiren kişinin fiiline dışarıdan bir kişinin (örneğin doktorun) ihmal ile engel olmaması halidir. Meydana gelen bir olayda ölümcül hastalara acıyarak enjeksiyon yapan hemşire, şüpheler olmasına rağmen görevli doktor tarafından ilk etapta görevden alınmaz. Daha sonra hemşire görevden alınmadan önce istek üzerine bir ölüm daha gerçekleştirir. Bu durumda taksirli davranan doktor, istek üzerine gerçekleştirilen ölümden taksiri nedeniyle sorumlu olacak mıdır? Bu soruya olumsuz cevap verilmektedir.²²⁵ Ayrıca

²²⁴ Ayrıntılı bilgi için Bkz., Hakeri, Tıp, s. 263, 264, 265.

²²⁵ Roxin, § 11, kn. 131, 132.

doktorun neye iştirak ettiğini bilmesi gerektiğinden, taksirli olarak iştirakin gerçekleştirilmesi söz konusu değildir.

11. Yabancı Tehlikenin Bilinçli Olarak Üstlenilmesi

Burada bir kimse bizzat tehlike yaratmamakta, başkası tarafından yaratılan riskin bilinci içinde tehlikeye girmektedir.²²⁶ Bu kişi riski tüm kapsamıyla bilmekte ve buna rağmen hayatı, sağlığı açısından risk teşkil eden şeye bilinçli olarak girmektedir. Örneğin bir doktor hastaneye gelen riskli bir hastaya kendisini hastanede tedavi edemeyeceğini, zira sahip olduğu imkânların onun sağlığının korunması açısından yeterli olmadığını söyler. Ancak hasta başka bir hastaneye gitmeyi kabul etmez. Bunun üzerine doktor elindeki imkânlarla acil durumdaki hastanın sağlığı açısından gerekenleri yapar, ancak hasta ölür. Bu netice doktora isnat edilemez. Çünkü hasta bütün riskleri bilmekte ve bilinçli bir şekilde bu riskleri kabul etmektedir. Ancak hastanın ölümünde doktorun dikkat ve özen kurallarına aykırılığı söz konusu olsaydı, bu sonuç doktora isnat edilebilecekti. Bunun dışında imkânları olmadığı halde varmış gibi davranarak, yani riskleri gizleyerek hekim hastayı kabul etmişse doğan netice kendisine isnat edilecektir.

Riskin üstlenilmesiyle ilgili olarak belirtilmesi gereken bir husus da tıbbi müdahaleye, müdahale yapılacak kişi dışında başka bir kişinin rıza göstermesi durumudur. Bazı durumlarda tıbbi müdahaleye rıza gösterme yetkisi kanuni temsilciye aittir. Ancak kanuni temsilci temsil ettiği kişiye gereken tıbbi müdahalenin yapılmasına bazen izin vermemektedir. Kanuni temsilcinin izin vermemesi tıbbi müdahalede bulunmayan doktor için gerçekleşen neticeden sorumluluğunu doğuracak mıdır? Kural olarak izin verilmemesi durumunda gerçek-

²²⁶ Roxin, § 11, kn. 121.

leşen netice hekime objektif olarak isnat edilemez.²²⁷ Ancak tıbbi müdahale gerekliyse, derhal müdahale edilmediği takdirde hastanın hayatı veya hayati organlarından biri tehdit altına girecekse hekim müdahale etmek durumundadır (Hasta Hakları Yönetmeliği m. 24).²²⁸ Nitekim daha önce belirttiğimiz prematüre bebek olayıyla ilgili kararında hukuk dairesi bunu ifade etmiştir. Dolayısıyla bu gibi durumlarda kanuni temsilcinin izin vermemesi nedeniyle müdahale etmeyen doktor gerçekleşen neticeden kast veya taksirine göre sorumlu tutulacaktır.²²⁹ Bu gibi durumlarda riskin üstlenilmesinden ve objektif isnadiyetin ortadan kalktığından söz edilemez.

Bazı durumlarda ise mağdur özen kurallarına riayetsizliğin söz konusu olduğunu bilmesine rağmen tehlikeyi kabul etmektedir. Acelesi olan ve taksiye binen bir kimse, şoförden aracı hızlı sürmesini ister ve hıza bağlı kaza sonucu ölür. Gerekleşen farklı olsa da bu gibi durumlarda sonucun şoföre isnat edilemeyeceği kabul edilmektedir. Ancak şoför kabullenişen riskin dışında, başka özen kurallarına riayetsizlik etmişse netice de bu riayetsizlikten kaynaklanmışsa netice söz konusu kişiye isnat edilmelidir.²³⁰

²²⁷ Bu söylediklerimiz tıbben müdahalenin gerekli olmaması içindir. Eğer müdahale gerekliyse ve izin verilmiyorsa mahkemeden karar alınması gerekir. İzin alınması zaman gerektirecekse ve hastaya derhal müdahale edilmesi gerekiyorsa (hayati veya hayati organlarından biri tehdit altında) izin şartı aranmaz (Hasta Hakları Yönetmeliği m. 24).

²²⁸ Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın 26/2. maddesi ise "...Hekim temsilcinin izin vermemesinin kötü niyete dayandığını düşünüyor ve bu durum hastanın yaşamını tehdit ediyorsa, durum adli mercilere bildirilerek izin alınmalıdır. Bunun mümkün olmaması durumunda, hekim başka bir meslektaşına danışmaya çalışır ya da yalnızca yaşamı kurtarmaya yönelik girişimlerde bulunur. Acil durumlarda müdahale etmek hekimin takdirindedir", hükmünü taşımaktadır.

²²⁹ Acil hallerde hekimin rıza olmamasına rağmen müdahalede bulunması meşru savunma olarak nitelendirilmekteyse de (Hakeri, Tıp, s. 160), yurkarıda metin içinde de belirttiğimiz gibi Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 24. maddesi gereğince burada kanun hükmünün yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeni bulunmaktadır.

²³⁰ Bkz., Roxin, § 11, kn. 121 vd.

BERRİN
AKBULUT'UN
TEBLİĞİ

Yukarıdaki gibi olaylarda kabul edilen tehlikenin faile isnat edilememesi için, zararın girilen riskin sonucu olması, ayrıca devam eden başka bir hatanın bulunmaması ve tehlikeye sokulanla tehlikeyi yaratan kimsenin riski aynı ölçüde görmesi gerekmektedir.²³¹

Yabancı riskin üstlenilmesiyle ilgili olarak tartışılan diğer bir örnek de Almanya'da yaşanan bir olaydır. Hindistan'a eğitim ve öğretim için giden doktor daha sonra ülkesine geri döner. Oradan çiçek bozuğu hastalığına yakalanmış olarak döner. Kendini kötü hissetmesine rağmen herhangi bir kontrol yaptırmaz ve üniversite kliniğinde göreve başlar. Bu arada hastalığı klinikte çalışan doktorlara ve diğer personele bulaştırır. Bu arada klinik papazı kendi isteğiyle karantina bölümüne girer ve aynı hastalığa o da yakalanır. Mahkeme diğer kişilerin yanında papaza da bulaştırdığı için doktoru taksirinden dolayı sorumlu tutar.²³² Burada papaz bizzat tehlikeye sokan davranışı kendisi yaptığı için hasta doktorun bundan dolayı sorumluluğu kabul edilmemesi gereklidir. Mağdurun kendisini bizzat tehlikeye sokan davranışı ile mağdurun isteği ile bir başkasının mağduru tehlikeye soktuğu durum birbirinden ayrılmalıdır.²³³ Keza mağdurun tehlikeli davranışın gerçekleşmesinde bizzat katkısı varsa ve bunu üçüncü bir kişiyle birlikte aynı anda bilinçli olarak gerçekleştirmişse 3. kişiye bu netice isnat edilemez. Bir başkasıyla AIDS virüsü taşıdığını bilerek birlikte olan ve virüs bulaşan kişi açısından AIDS virüsünü taşıyan kişinin sorumluluğu söz konusu değildir.²³⁴

²³¹ Ünver, Risk, s. 313.

²³² Roxin, § 11, kn. 109.

²³³ Özbek, Nedensellik Bağı, s. 445.

²³⁴ Roxin, § 11, kn. 133.

**12. Başka Birinin Sorumluluk Alanına Geçen
Neticelerin İsnadiyeti (Yabancı Birinin
Sorumluluk Alanına Dahil Etme)**

BERRİN
AKBULUT'UN
TEBLİĞİ

Normun koruma amacı, önlenmeleri başka birinin sorumluluk alanında olan neticeleri kapsamamaktadır.²³⁵

Sorumluluk alanı görüşü dogmatik açıdan yeterince açıklığa kavuşmadığı için kesin ve genel kabul görmüş görüşler söz konusu değildir. Ancak bu olaylarda isnadiyetin ortadan kalkmasının nedeni, belirli tehlike kaynaklarının gözetlenmesi ve ortadan kaldırılmasına ilişkin olarak belirli meslekleri icra eden kimselerin, kendi sorumluluk alanında gerçekleşen olaylardan sorumlu olmalarıdır. Bunun önemi olaya sebep olan kişilerin, meslek sahibinin davranışının ortaya çıkardığı sonuçtan sorumlu tutulmamalarıdır. Ayrıca belirli meslek icrasının tipik risklerini de mesleği icra edenin sorumluluk alanında kabul etmek, başka birilerine isnat etmemek gerekir. Örneğin bir ev sahibi taksirli olarak yangına sebebiyet verdiğinde kurtarma işlemi sırasında itfaiyeci ölmüşse veya hırsız yakalamak için kovalamaca esnasında polisin kaza yapması durumunda bu neticeler kundaklayan veya hırsızlık yapan kişiye isnat edilmeyecektir. Aksi durumda kovalanan hırsız polise teslim olmak zorunda olduğu sonucunu ortaya çıkar. Böyle bir yükümlülük de kişinin kendisinin cezalandırılmasına katkı sağlamak anlamı taşır ve genel hukuk prensiplerine aykırıdır.²³⁶

Bu alanda en zor ve açıklığa kavuşturulamayan olay grubu herhangi biri tarafından yaralanan kimsenin doktor hatası nedeniyle ölmesidir. Yaygın görüş basit ve orta nitelikteki meslek hatalarından doğan ölümün veya hastanın çektiği acıların artmasının ilk yaralamaya neden olan kişiye isnat edilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Buna karşılık büyük doktor hataları ise isnat edilmemelidir. İkinci görüş Rudolphi tarafın-

²³⁵ Roxin, § 11, kn.137.

²³⁶ Roxin, § 11, kn.138, 139, 140.

BERRİN
AKBULUT'UN
TEBLİĞİ

dan ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre güven esas gereğince pozitif hareket etmek zorunda olan doktorun hatalı davranması durumunda bu netice ilk hareketi yapana isnat edilmemelidir. Ancak doktor mevcut tedavi tedbirlerini kullanmazsa bu takdirde gerçekleşen netice faile isnat edilmelidir. Üçüncü görüşe göre ise doktorun meslek hatasının katkısıyla ortaya çıkan neticede, yaralanmanın, kendisiyle tipik olarak bağlantılı olan riski gerçekleştirip gerçekleştirmediği önemlidir. Bu durumda doktorun büyük hatası olsa bile netice ilk hareketi yapana isnat edilmelidir. Bir başka ifadeyle zararlı sonuç tipik yaralanmanın riski içindeyse bu netice ilk hareketi yapana isnat edilmelidir. Buna karşın doktorun hatalı davranışı narkoz hatalarında olduğu gibi tipik yaralanma riski dışında ise bu netice ilk hareketi yapana isnat edilemez. Doğru olan ise bu iki görüşün kombine edilmesidir. Bunun için doktorun davranışının failin yarattığı tehlikeyi uzaklaştırıp uzaklaştırmadığı veya gerçekleşmesine engel olup olmadığı önemlidir. Eğer mağdur yaralanmadan değil de özellikle doktor hatası nedeniyle eklenen bir tehlikeden ölmüşse, doktor esas riski kendi sorumluluk alanında olan başka bir riskle değiştirmiş olduğundan bu netice faile isnat edilemez. Örneğin ameliyat esnasında kanamaya yol açan yanlış kesim nedeniyle ölüm, narkoz hatası nedeniyle kalp durması (geri dönüşü olmayan) gibi olaylar bu şekildedir.²³⁷ Fail yalnızca yaralamadan sorumludur. Doktorun hatasının ağır veya hafif olması fark etmez. Doktor ise yaptığı eylemden sorumludur.²³⁸

Doktorun yaraya iyi bakmadığı veya gereken tedaviyi yapmadığı için mağdurun taksirle yaralanması nedeniyle ölmesi halinde ilk hareketi yapana isnadiyetiyle ilgili iki görüş bulunmaktadır. Bir görüş burada isnadiyeti kabul etmektedir. Bizim de katıldığımız diğer görüş ise yaralamanın ölümcül seyrini durdurmaya başaramayan doktorun kusuru büyük değilse yani riskin yerini almamışsa ölümden yalnızca

²³⁷ Roxin, § 11, kn.142.

²³⁸ Roxin, § 11, kn. 141, 142.

doktor sorumlu değildir. İlk hareketi yapan ve doktor ölüm neticesinden kendi kusurları çerçevesinde sorumludurlar. Doktor taksirli öldürmeden sorumludur. İlk hareketi yapanın eylemi taksirli olduğundan o da taksirli öldürmeden sorumludur. Buna karşılık ölümü sonucu, esas olarak doktorun hatasından kaynaklanıyorsa ölüm ilk hareketi yapana isnat edilemez. Sadece doktor ölümden taksirle sorumludur.²³⁹

Aynı durum mağdurun taksirli hareketinin söz konusu olduğu olaylar için de geçerlidir.²⁴⁰ Eğer meydana gelen neticeler yaralamanın içinde gerçekleşmemişse (mağdurun ilaçları karıştırması gibi), ilk fiili gerçekleştiren neticeden sorumlu değildir. Neticeler sadece mağdurun sorumluluk alanındadır. Buna karşılık meydana gelen ölüm neticesi yaralamanın sonucu olmakla beraber mağdurun yapması gereken davranışı yapmamasına dayanmaktaysa netice ilk hareketi yapana isnat edilmemelidir. Örneğin mağdurun şüpheli veya endişe verici belirtilere rağmen doktora gitmemesi nedeniyle ölüm meydana gelmişse ilk hareketi yapan neticeden sorumlu değildir.²⁴¹

Aynı esaslar taksirli olarak bir hastanın yaralanmasına neden olan doktor ve onun fiiline eklenen üçüncü kişilerin veya mağdurun hareketi açısından da uygulanmalıdır.

13. Güven İlkesi

Nitelikleri gereği tehlikeli olan faaliyetlerin yürütülmesine veya yapılmasına bazen birden fazla kimse katılmaktadır. İşte birden fazla kişinin katılımıyla yürütülen faaliyetlerde her bir kimse diğerinin yükümlülüklerine uygun davranışına duyduğu güvenden yola çıkan ilkeye güven ilkesi denilmektedir. Bu şekilde faaliyet yürüten kişilerin yükümlülüklerine aykırı davrandıklarına ilişkin bir takım nedenler

²³⁹ Roxin, § 11, kn. 143.

²⁴⁰ Bkz., Roxin, § 11, kn. 144.

²⁴¹ Roxin, § 11, kn. 144.

BERRİN
AKBULUT'UN
TEBLİĞİ

olmadıkça hukuka aykırı davranan kişinin meydana getirdiği netice, bu kimsenin yükümlülüğüne uygun davrandığına güvenen kişiye isnat edilemez. Yalnızca hukuka aykırı şekilde davranan kişiye yüklenebilir. Örneğin ana yolda seyretmekte olan sürücü tali yoldan ana yola çıkmak isteyen araç için hızını yavaşlatmak zorunda değildir. Çünkü trafik kurallarına göre ana yoldan seyreden sürücünün geçiş hakkı vardır ve bu kişi tali yoldan çıkacak aracın kendisini bekleyeceğine güvenmektedir. Aksine bir işaret olmadıkça anayolda seyreden sürücünün duyduğu bu güven korunur. Dolayısıyla herhangi bir kaza durumunda kurallara uygun davranan anayoldaki sürücüye meydana gelen netice isnat edilemez.²⁴²

Benzer durum tıbbi müdahaleler için de geçerlidir. Bugün tıbbi müdahalelerin birçoğu birden fazla kişinin katılımıyla gerçekleştirilmektedir. Yatan hastanın takibi, ameliyat öncesi tespit, ameliyat işlemi, ameliyat sonrası bakım gibi işlemler bu niteliktedir. Örneğin klinik doktoru yatırdığı ve tedavisini düzenlediği hastanın ilaçlarının veya iğnesinin hemşire tarafından zamanında verildiğine veya yapıldığına güvenir. Meydana gelen bir olayda hekim hemşireye 10ccm decholin enjekte etmesini istediği, ancak hemşirenin yanlış anlayarak 10 ccm cholin enjekte ederek hastanın ölümüne sebebiyet verdiği olayda, sözlü talimatın yanlış anlaşılma ihtimali olduğu belirtilerek hekimin bunu göz önünde bulundurması ve gerekli tedbirleri alması gerektiği ifade edilmiş, güven ilkesi kabul edilmemiştir.²⁴³ Bir cerrah birlikte ameliyata girdiği anestezi uzmanının hastayı ameliyata hazır hale getirdiğine güvenir veya herhangi bir hastanede yapılan tahlil sonuçlarına göre tedavi uygulayan hekim de güven ilkesi çerçevesinde davranmıştır. Keza bir doktor devlet denetiminde piyasaya sürülmüş ilacın, kurallarına ve tarifine uygun yapıldığına güvenir. Dolayısıyla hatalı ve bozuk imal edilmiş ilacın kullanılması nedeniyle oluşan zarar doktora isnat edilemez.

²⁴² Ünver, Risk, s. 341.

²⁴³ BGH, 6, 286, Hakeri, Tıp, s. 362.

Güven ilkesi açısından diğer tarafın yükümlülüğüne aykırı davrandığına ilişkin belirtiler, nedenler olmadıkça bu kişinin meydana getirdiği netice diğer kişi veya kişilere yüklenemez.²⁴⁴ Buna karşılık belirtiler söz konusuysa güven ilkesi geçerli olmadığından diğer doktorun da sorumluluğu söz konusu olacaktır. Bir uzman hekimin, diğer uzman hekimi denetlemek veya kontrol etmek gibi bir görevi veya yetkisi söz konusu değildir. Örneğin bir cerrah anestezi uzmanını denetlemekle yükümlü bulunmamaktadır. Çünkü bir hekimin kendi hareketine bağlı olmayan teknik usulleri denetleyebilme imkânı yoktur.²⁴⁵ Dolayısıyla bir hekim hatalı bir durum görmediği müddetçe diğer uzman meslektaşına güvenebilir. Hatta bir hekim, müdahalesi ile hastaya verilecek zararları önleyebilecekse diğer hekimlerin meslekleri ile ilgili hatalarını bildirmekle yükümlüdür.²⁴⁶

Buna karşılık bu kişilerden birinin özel bir gözetim veya kontrol yükümlülüğü varsa bunu yerine getirmekle yükümlüdür. Yerine getirmediği takdirde güven ilkesi geçerli olmaz. Ancak bunun için yükümlülüğün kapsamının belirlenmesi gerekmektedir. Eğer bir doktor dikey ilişki içinde olduğu²⁴⁷ yardımcılarının fiillerini denetlemekle yükümlüyse, bunu yerine getirmediği takdirde sorumludur. Ama şu da belirtilmelidir ki, yönetici durumundaki hekim, hiyerarşik olarak kendi altında bulunan hekimlerin müdahalelerini, teşhislerini, tedavilerini sürekli denetlemekle yükümlü değildir.²⁴⁸ Buna karşılık ameliyat ekibini yöneten hekim, ameliyatın yürütülme-

²⁴⁴ Bu konuda genel olarak Bkz., Hakeri, Tıp, s. 265 vd; Ünver, Risk, s. 345 vd.

²⁴⁵ Bayraktar, s. 223.

²⁴⁶ Bunun için hekimin meslektaşının hata yaptığına ilişkin ciddi şüpheye sahip olması gerekir. Türk Tabipler Birliği Hekimlik Mesleki Etik Kuralları (m. 20). Bildirim için yanlış davranan doktorun bu davranışını kasıtlı bir biçimde sürdürmesini aramaktadır. Ayrıca Bkz., Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi m. 37.

²⁴⁷ Mesleki üst veya astlığı ifade etmektedir. Yatay işbölümü ise, eşit düzeyde olma emir almama olarak belirtilmektedir; Hakeri, Tıp, s. 267.

²⁴⁸ Hakeri, Tıp, s. 267.

sinden sorumlu olduğundan ameliyata bizzat katılan asistan hekimlerin faaliyetlerini veya diğer ameliyathane personelinin yaptıklarını kontrol etmemekten dolayı²⁴⁹ meydana gelen neticenin isnadı söz konusudur.²⁵⁰ Türkiye’de yargıya intikal eden olayda, bir guatr ameliyatı esnasında ameliyatın bitmesine bir saatlik süre olmasına rağmen 15 dakikalık oksijen kaldığının anlaşılması üzerine tüp değiştirilmek istenirken oksijen tüpü yerine rengi ayrı, vanası farklı üzerinde CO2 rumuzu ve yazısı taşıyan tüp takılır, hasta bir süre sonra morarmaya başlar, müdahale edilirse de kurtarılamaz. Hastanın CO2 gazı nedeniyle öldüğü anlaşılır. Yargıtay verdiği kararda, ameliyattan önce anestezi işlemlerini bizzat hazırlayan, ameliyat esnasında bulunup anestezi işlemi yapan ve teknisyenlere nezaret etmekle görevli olan anestezi ve reanimasyon uzmanı doktoru anestezi teknisyenler ile birlikte neticeden sorumlu tutmuştur.²⁵¹

Bir uzman doktorun diğer uzman doktoru denetlemek durumu yoksa da işbölümünün söz konusu olduğu durumlarda aralarında koordinasyon şart olduğundan karşılıklı bilgilendirme, müşterek karar alma yükümlülüğü bulunmaktadır. Dolayısıyla buna aykırılık halinde güven ilkesinden bahsedilemeyecektir.²⁵²

²⁴⁹ Meydana gelen bir olayda şef doktor ameliyatı yapmış, diğer doktor da onu asiste etmiştir. Her iki hekim hastanın rızası olmaksızın ameliyat esnasında hastayı kısırlaştırmışlardır. Mahkeme ise her iki hekimin de meydana gelen neticeden sorumlu olduğuna karar vermiştir; BGH, StV 2004, s. 371, 372, Hakeri, Tıp, s. 269, dipnot 1.

²⁵⁰ Bayraktar, s. 223. Bu konuda Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi’nin 21. maddesi “başkalarının yardımı ile yapılacak cerrahi ameliyeler ile diğer tedavilerde operatör, müdavi tabip ve diş tabibi beraber çalışacağı elemanları seçmekte serbesttir” hükmünü taşımaktadır. Dolayısıyla yetkili olan kişiler seçimlerini özenli yapmak ve bu kişileri yönlendirmek ve gözetmek zorundadırlar.

²⁵¹ 2. CD, 05.02.1996, 268/1025, YKD, 1996, S. 9, s. 1483-1485.

²⁵² Bkz., Hakeri, Tıp, s. 271.

IV. SOMUT TEHLİKE SUÇLARINDA NEDENSELLİK BAĞI

BERRİN
AKBULUT'UN
TEBLİĞİ

Konumuzla çok fazla ilgili olmamakla beraber, nedensellik bağıyla ilgili olması nedeniyle somut tehlike suçlarında nedensellik bağını da kısaca belirtmek istiyoruz.

Somut tehlike suçları, hareketin suçun konusu bakımından zarar tehlikesi yaratmasının arandığı suçlardır. Suçun konusu üzerinde objektif olarak gerçekten bir tehlikenin meydana gelmesi şart olduğundan hareket ile somut tehlike arasında nedensellik bağı kurulmalıdır.²⁵³ Ceza Kanunu tehlikeyi de netice kavramı içinde kabul ettiğinden hareketin kanuni tanımında belirtilen tehlikeye sebebiyet verip vermediği araştırılmalıdır. Somut tehlike suçları hem icrai (TCK m. 170/1, 171, 179) hem de ihmali (TCK m. 175,176) olarak gerçekleştirilebileceği için, nedensellik bağı yapılan hareketlerin niteliğine göre tespit edilecektir.

Yapılan hareketlerin gerçekte bir tehlike doğurup doğurmadığı suçun kanuni tanımına ve somut olayın özelliklerine göre belirlenmelidir. Örneğin 220. maddedeki suç işlemek amacıyla örgüt kurma fiili açısından kurulmuş örgütün silahlı olup olmaması veya sahip olunan silahların cins, nitelik ve miktarı somut tehlikenin tespitinde dikkate alınacaktır.²⁵⁴ Buna karşın 216. madde açısından herhangi bir tehlike değil, açık ve yakın tehlikenin varlığı arandığı için belirleme de buna göre yapılacaktır. Belirleme, mevcut isnadiyet kriterlerine göre objektif ve sonradan yapılan (ex ante) tahminlerin yardımıyla mümkün olacaktır. Dolayısıyla önceden tehlikenin her suç tipi için uygulanacak şekilde kesin ve genel ölçütlerle belirtilmesi söz konusu değildir. Nitekim Alman uygulaması da tehlike kavramını tanımlamaktan kaçınmış ve onu hukuksal

²⁵³ Önder, Ceza Hukuku Dersleri, s. 176.

²⁵⁴ Özgenç, Genel, s.205, dip not 222; Mahmutoğlu, Fatih Selami, "Kusurluluk Prensibi Açısından Azmettirenin Ceza Sorumluluğu", İÜHFİM, 2005, S. 1-2, s. 83.

BERRİN
AKBULUT'UN
TEBLİĞİ

olmayan bir olgu, somut olayın özelliklerine göre belirlenmesi gereken bir unsur olarak değerlendirmiştir. Son kararlarında ise konuyu somutlaştırmış ve hareket belirli bir kişi veya eşyanın güvenliğini öyle güçlü ihlal etmelidir ki, hukuki değer ihlal edilip edilmemesi tamamen tesadüflere bağlı olmalıdır görüşünü esas almıştır. Burada tehdit altında olan hukuki değer için yüksek dereceli krizden veya az kalsın kaza oluyordu ölçütünden söz edilmekte, diğer araçlarla tehlikeli karşılaşma meydana gelmediği müddetçe gelebilecek olması tehlikenin kabulünde yeterli sayılmamaktadır.²⁵⁵ Dolayısıyla failin hareketi sonucunda zararın meydana geldiği durumlarda somut tehlikenin varlığı kesin olarak kabul edilmektedir. Failin hareketi veya içinde bulunduğu durum tehlike yaratacak nitelikte değilse zarar meydana gelse bile fail tehlike suçu nedeniyle sorumlu tutulmayacaktır. Bizim uygulamamızda da failin hareketinin bizzat zarara sebep olduğu durumlarda tehlike şartı gerçekleşmiş kabul edilmektedir.²⁵⁶ Alman doktrinde ise konuyla ilgili olarak ileri sürülmüş birçok görüş bulunmaktadır. Horn tarafından ileri sürülen tabi bilimler tehlike neticesi teorisi, neticelerinin her zaman mantıklı olmaması, somut tehlike kavramının daraltıldığı gerekçeleriyle kabul edilmemekte ve Schünemann tarafından geliştirilen normatif tehlike neticesi teorisi tercih edilmektedir. Bu teoriye göre zarar neticesinin yalnızca tesadüfe kaldığı durumlarda somut tehlike gerçekleşmiştir. Tesadüf ise, meydana gelmesine güvenilemeyecek durum olarak belirtilmektedir. Şans veya yetenek tehlikenin tespitinde göz önüne alınmaz.²⁵⁷

²⁵⁵ Bkz; Roxin, § 11, kn. 147, 148, 149.

²⁵⁶ Yargıtay suç tipinin özelliğini de göz önünde tutarak alkollü sanığın işlediği trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçu açısından zararın meydana gelmesini, tehlikenin gerçekleşmesi olarak kabul etmişse de ayrıca failin almış olduğu alkol miktarının emniyetli şekilde araç kullanmaya engel olup olmadığını da araştırmaktadır: 2. CD, 15.11.2006, 3209/18319; 2. CD, 20.11.2006, 4275/18640.

²⁵⁷ Roxin, § 11, kn. 150, 151.

Türk doktrininde konuyla ilgili bir teori bulunmamaktadır. Bu konuda, getirilen kurallara riayet edilmemesi, örneğin alkollü sürücünün kırmızı ışıkta geçmesi tehlikenin²⁵⁸ varlığı için yeterli kabul edildiği gibi, zarar neticesinin gerçekleştiği durumlarda da tehlike şartının gerçekleştiği ifade edilmektedir.²⁵⁹

V. ÖZEL HUKUKTA NEDENSELLİK BAĞI

Özel hukukta da nedensellik bağı doğa bilimleri manasında kurulmaktadır. Doğa bilimleri manasında nedensellik bağı tespit edildikten sonra, hareketin zararlı sonucun uygun sebebi olup olmadığı araştırılmaktadır. Bu itibarla özel hukukta genel olarak uygun sebep teorisinin benimsendiği söylenmelidir. Uygun sebep teorisi Türk Hukukunda özel hukuk açısından gerek uygulama gerekse doktrinin çoğunluğu tarafından benimsenen teoridir.²⁶⁰ İsviçre²⁶¹ ve Alman Hukukunda²⁶² da çoğunluk tarafından kabul edilmektedir.

Uygun sebep teorisine göre, hareketin zararlı sonucun uygun sebebi olup olmadığı olayların doğal akışına ve hayat deneyimlerine göre tespit edilmektedir.²⁶³ Bu çerçevede hareketin zararın gerçekleşmesini önemli ölçüde kolaylaştırıp kolaylaştırmadığı veya zararın gerçekleşme ihtimalini önemli

²⁵⁸ Bazı suçlar için tehlikenin meydana gelmesi yeterli olarak kabul edilmiş, önemli ölçüde tehlikeye sebebiyet verilmesi aranmıştır. TCK'nın 173. maddesindeki gibi.

²⁵⁹ Özgenc, İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler), 3. Bası, Ankara 2006, s. 905.

²⁶⁰ Eren, Borçlar Hukuku, s. 503; Oğuzman, Kemal-Öz, Turgut, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul 1995, s. 498; Tekinay, Selahattin Sulhi-Akman, Sermet-Bucuoğlu, Haluk-Altıp, Atilla, Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 7. Baskı, İstanbul 1993, s. 574.

²⁶¹ Eren, Borçlar Hukuku, s. 503.

²⁶² Lackner-Kühl, Vor § 13, kn. 9.

²⁶³ Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 8557/2138, www.turkhukuksitesi.com/showthread.php?t=6105.

ölçüde arttırıp arttırmadığı araştırılmaktadır. Yargıtay bir kararında davalının akut kalp rahatsızlığı olan hastanın ölüm ihtimalini önemli ölçüde arttırıp arttırmadığının incelenmesi gerektiğini belirtmiştir.²⁶⁴ Dolayısıyla Yargıtay zararlı sonucun hekim tarafından gerçekleştirildiğinin kesin olduğu durumlarda nedensellik bağını kabul ettiği gibi, zararın hekimin fiiliyle ilgili olmakla beraber ölümün hekimin fiilinden kaynaklandığının kesin olarak tespit edilemediği, ancak ölümün gerçekleşme ihtimalini önemli ölçüde artırdığı durumlarda da nedensellik bağının varlığını benimsemektedir. Ancak zararın veya ihtimalin önemli ölçüde artıp artmadığını belirlemek yargı organlarının karşılaştığı en büyük zorluk olarak karşımıza çıkmaktadır. Nedensellik bağının net bir şekilde ortaya konmadığı durumlarda tazminat talebinin ya reddedilmesi veya kabul edilmesi gerekmektedir. İşte özel hukukta bunun için hastanın yaşama şansının kaybedilmesinde hekimin fiilinin önemli ölçüde rol oynayıp oynamadığını belirlemek yerine, yalnızca yaşama devam etme şansından yoksun kalıp kalmadığının tespit edilmesinin yeterli olduğu ifade edilmektedir. Örneğin, hastalık tanısının geç konulması nedeniyle meydana gelen ölümlerde hekimin borcunu gereği gibi ifa etmemiş olması sonucu hastanın yaşama devam etme şansının ortadan kalkıp kalkmadığı tespit edilmesi gerekmektedir. Bu tespitten sonra nedensellik bağının derecesine göre, yani nedensellik bağının zayıfladığı durumlarda zararın tazmin edilebilir kısmının da azaldığına karar verilmelidir. Artık ulusal hukuklarda “*ya hep ya hiç*” mantığının ortadan kalktığı, onun yerine “*kazan-kazan*” kuralının geçtiği ifade edilmektedir.²⁶⁵

²⁶⁴ 4. HD, 13.09.1988, 4147 E, 7408 K, Uygur, C. II, s. 1359, Büyüksağış, Erdem, “Yaşama Şansının Yitirilmesi Sonucu Uğranılan Kayıplar Açısından Hekimin Tazminat Sorumluluğunun Kapsamı-Uygun İliyet Bağı Teorisine Değişik Bir Yaklaşım”, AÜHFD, 80. Yıl Armağanı, 2005, C. 54, S. 4, s. 130.

²⁶⁵ Büyüksağış, s. 138, 139, 140.

SONUÇ

Ceza hukukunda nedensellik bağı konusunda birçok teori bulunmaktadır. Bu teorilerden şart teorisi doktrin tarafından benimsenirken, uygun sebep teorisi uygulama tarafından kabul edilmektedir. Uygun sebep teorisinin nedensellik bağı'nın tespiti ile ilgili çözümü nedensellik ile failin neticeden ne suretle sorumlu tutulacağını birbirine karıştırdığından ceza hukuku açısından doğru değildir. Yargıtay'ında bu konuda belirli bir sistemi oluşturması ve manevi unsurla ilgili konuları nedensellik bağının varlığı veya yokluğu ile çözmemesi gerekmektedir. Bu anlamda birçok konuda nedensellik bağının kesildiğini ifade ederek sorumluluğu sınırlandırması da ceza hukuku açısından uygun çözüm olarak karşımıza çıkmamaktadır.

Görünüşte ihmali suçlarda yukarıda belirttiğimiz teoriler geçerli değildir. Her şeyden önce bu suçlarda nedensellik bağının bulunup bulunmadığı tartışmalıdır. Biz, Türk Hukukunda da çoğunlukla kabul edildiği gibi nedensellik bağının varlığını kabul ediyor ve icrai suçlardaki gibi nedenselliğin hukuksal değerlendirmeye tamamlanması gerektiğini belirtiyoruz

Nedensellik bağı kural olarak doğal anlamda kurulan bağı ifade etmektedir. Dolayısıyla da tespiti hâkimler tarafından yapılacaktır. Ancak tıp alanında çalışan kişilerin işlemiş oldukları bazı suçlarda, özellikle yaralama veya öldürme suçlarında nedensellik bağının tespiti için bilirkişilerin yardımından yararlanılmaktadır. Bu durum bazı alanlarda (bunlardan biri de hekim hataları) nedenselliğin istatistikî veya ihtimali bağlar ile tamamlanması yönünde görüşlerin ortaya çıkması sonucunu doğurmuştur. Görüşler çok yeni olduğu ve somutlaştırılması gerektiğinden bugün için kabul edilmemektedir.

İnceleme konumuz açısından asıl problem nedensellik bağının tespitinden ziyade gerçekleşen neticenin faile isnat edilip edilemeyeceğidir. Bir başka ifadeyle objektif isnadiye-

BERRİN
AKBULUT'UN
TEBLİĞİ

tin yapıлып yapılamayacağıdır. Bu konuda birçok kıstas söz konusudur. Özellikle dikkat ve özen kurallarına riayet edilse veya yükümlülüklerine uygun davranılsa bile neticenin gerçekleşmemesinin imkan ve ihtimal dahilinde olduğu durumlarda gerçekleşen neticenin hekime isnat edilip edilemeyeceği sorun olarak ortaya çıkmaktadır. Hekimlerin garantör olarak neticeyi önleme yükümlülüğü olduğu gibi, riski azaltma, sağlığı koruma, acıyı dindirme yükümlülüğü de bulunduğu için bu gibi durumlarda da sorumlulukları söz konusudur. Dolayısıyla riskin yükseltilmesi teorisi olarak ifade edilen görüşün uygulanmasından yanayız. Ancak uygulamamız yalnız kesinliğin olduğu durumlarda failin sorumluluğunun bulunduğunu kabul etmektedir. Artık özel hukukta da ya hep ya hiç mantığının ortadan kalktığı ifade edilmektedir.

Nedensellik bağının tespitinden sonra hukuksal değerlendirilmeyi ifade eden ve bu özelliği nedeniyle bir nedensellik bağı teorisi olmayan objektif isnadiyet, tamamlanmış olmadığı gibi sonuçları da birçok yönden kesin bulunmamaktadır. Üzerinde hem doktrin hem uygulamanın mutabakatı söz konusu değildir. Ancak nedensellik bağının tespitinden sonra yapılan bir değerlendirme olduğu için sorumluluğun sınırlandırılmasını sağlamaktadır. Hatta bazı durumlarda failin taksiri bulunsa bile onun sorumlu tutulmaması sonucu doğurduğu için sorumluluğun sınırlandırılmasında diğer unsurlar dışında ayrıca bir görev üstlenmektedir.

Somut tehlike suçlarında nedensellik bağı, üzerinde çok fazla tartışılan, açıklığa kavuşturulan bir konu değildir. Her suç şekline göre tehlikenin gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespit edilmesi gerekmektedir. Ancak bu tespit nasıl yapılacağı somut olaylar ortaya çıktıkça netliğe kavuşacaktır.

Oturum Başkanı: Çok teşekkürler Sayın Akbulut. Şimdi ceza hukuku dogmatığının derinine inen bu meseleleri ele almak ve tartışmak için yeterince zamanımız var. Yine aynı şekilde sizlere söz vereceğiz, ama lütfen soru sormak için veya katkı yapmak için söz alanlar 3 dakikaları olduğunu unutmasın. 3 hissedilen dakika değil, 3 gerçek dakikanız var. 4 dakika olursa gerçek kırmızı kartı göreceksiniz, bu önemli çünkü zamanında bitirmeye çalışıyoruz. Ama yazılı sorulardan ziyade soruları sözlü almak bu kısmı daha canlı yapıyor, aksi takdirde bunları okumak ve tercüme etmek konusunda sıkıntı çekebilirim.

Tamam, Sayın Schroth, size ve size söz vermek istiyorum.

Herzlichen Dank, Frau Akbulut. Ich denke wir haben noch ausreichend Zeit in dieser Runde sehr strafrechtsdogmatischen Dinge aufzugreifen und zu diskutieren. Wir wollen das wieder so handhaben, dass wir Meldungen entgegennehmen, wobei jeder, der hier eine Frage stellt oder einen Beitrag leistet, bitte beachte, dass er nur 3 Minuten redet und zwar nicht 3 gefühlte Minuten, sondern 3 echte Minuten und wenn es 4 Minuten werden, dann gibt es die echte rote Karte, damit wir das zeitlich über die Bühne bekommen, aber dann haben wir das etwas lebendiger, als wenn wir jetzt schriftlich Fragen vorlesen würden, abgesehen davon, dass ich sie schwerlich übersetzen könnte. Gut, dann darf ich um Wortmeldung bitten. Gut, dann beginnen wir zunächst mit Herrn Schroth und dann Sie und dann Sie.

Prof. Dr. Ulrich SCHROTH: Sadece iki kısa sorum olacak. İlki size Sayın Akbulut. Alman ceza hukukunda hekimler yargılandığında ve nedensellik kanıtlanamadığında hekimler yardımında ihmal suçundan hüküm giyiyor. Türkiye’de de durum böyle midir? Alman ceza hukukunda bu bir hile, çünkü yardımında ihmal suçunda her zaman talihsiz bir olay yaşanmalı. Ancak böyle bir olay normal bir hastalıkta her zaman ortaya çıkmadığı gibi, malpraktiste/yanlış tedavi uygulandığında da ortaya çıkmayabilir. Bu yine de cezalandırabilmek

ARTIŞMA

için başvurulmuş bir hiledir. Sayın Centel, size de bir sorum var. Ölüm neticeli yaralama suçu canlıdan nakilde söz konusu olabilir mi? Normalde organ vericisi organın bağışlanmasına rıza veriyor, yani burada kasti surette hukuka aykırı yaralama suçu yok. Hata yapılırsa ve organ vericisi ölse bile ölüm neticeli yaralama suçundan yaptırım uygulanamaz. Türk hukukunda da böyle midir? Ölüm neticeli yaralama suçunun sistemi burada farklı mıdır? En azından hastanın rıza verdiği canlıdan organ naklinde hukuku aykırı olan ölüm neticeli kasti bir yaralama suçu yoktur. Bu durumda bizde ölüm neticeli yaralamanın suç unsurları gerçekleşmez.

Ich habe nur zwei ganz kurze Fragen, einmal an Sie, Frau Akbulut, im deutschen Strafrecht, wenn Aerzte angeklagt sind und man kann die Kausalität nicht nachweisen, dann verurteilt man Aerzte häufig wegen unterlassener Hilfeleistung. Ich wollte wissen, ob das in der Türkei ähnlich feststellbar ist. Also, im deutschen Strafrecht ist es eigentlich ein Kunstkniff, weil man für die unterlassene Hilfeleistung immer ein Unglücksfall braucht, der bei einer normalen Krankheit einfach nicht gegeben ist, und deswegen auch bei der Fehlbehandlung nicht gegeben ist. Es ist trotzdem ein Trick, um trotzdem noch zur Strafbarkeit zu kommen. An Sie Frau Centel habe ich auch eine Frage, meine Frage ist die, kann denn die Körperverletzung mit Todesfolge bei Lebendtransplantationen überhaupt in Betracht kommen? Also, normalerweise hat ja der Spender in die Körperverletzung eingewilligt, und das heisst, es liegt eigentlich keine vorsätzliche rechtswidrige Körperverletzung vor. Und damit kann man auch, selbst wenn man einen Fehler macht, und der Spender zu Tode kommt, kann man eigentlich nicht wegen Körperverletzung mit Todesfolge bestraft werden. Ich wollte wissen, ob das im Türkischen Recht genauso ist, oder, ob da das System der Körperverletzung mit Todesfolge ein anderes ist? Aber jedenfalls bei einer Lebendtransplantation, in die der Patient eingewilligt hat, liegt ja gar keine vorsätzliche Körperverletzung vor, die rechtswidrig ist jedenfalls. Insoweit kann bei uns jedenfalls der Tatbestand der Körperverletzung mit Todesfolge nicht mehr in Betracht kommen.

Ziyet ÖZÇELİK: Bütün konuşmacılara teşekkür ediyorum.

Sayın Tezcan'a ve Sayın Akbulut'a birer soru yöneltmek istiyorum. Sayın Tezcan'a özellikle uluslararası yargı organlarındaki deneyimlerinden ve bu alandaki çalışmalarından dolayı sormak istiyorum; özellikle temel hak ve özgürlüklerle ilgili, insan haklarıyla ilgili uluslararası sözleşmelerin uygulanmasına dair uyumsuzlukları gündemine alan komiteler, değişik komitelerimiz var bu alanda. Komite kararlarının bizim ulusal yargı organlarımız tarafından nasıl dikkate alındığı ya da nasıl karşılandığı, etkileşiminin ne olduğu konusunda kendi düşüncelerini öğrenmek istiyorum özellikle.

Sayın Akbulut'a da bir soru sormak istiyorum. Özellikle önümüze gelen olaylarda, ben uzun yıllardır Türk Tabipleri Birliği'nin avukatlığını yapıyorum, o nedenle de sıkça önümüze tıp alanına ilişkin değişik sorular geliyor ve aynı zamanda avukat olarak da yargulamalarda bulunuyorum. Özellikle asistan hekimlerin yargılamaları dikkatimi çekiyor ceza yargılamalarında. Asistan hekimler belki burada bazı katılımcılarımız bilmeyebilir ama özellikle uzman nezareti olmaksızın birtakım tıbbi uygulamaları yapıyorlar, hatta geçmişte özellikle SSK hastaneleri varken acil nöbetleri büyük oranda değişik dallardan asistan hekimler tarafından tutuluyordu. Bunlar henüz daha eğitimlerinin altıncı ayında, birinci yıldaki genellikle uzmanlık eğitimi 5-6 yıl gibi uzun bir süreyi kapsıyor tüzüğe göre ve bu hekimler yargılanıyor. Bu hekimler yargılanırken eğitim içeriklerinin, hazır bulunmuşluk düzeylerinin o işi yapmaya yeterli olup olmadığına dair bugüne kadar ben bir tane alınmış ara karar görmedim. Bilirkişi raporlarında da bu konuların özellikle değerlendirildiğini ne yazık ki görmedim. Bazı Yargıtay kararlarında tam buna da açıklık getirmeksizin değinildiğini, ama bu konunun da tartışıldığını görmedim. İlliyet bağıni tespit ederken de, kusurluluğu tespit ederken uygulama yapma yeterliliğine ilişkin objektif ölçütlerle-

TARTIŞMA

rin dikkate alınıp alınmaması gerektiğinde ne düşündüğünü öğrenmek istiyorum.

Teşekkür ederim.

Kerem ÇELİKBOYA: Öncelikle ben Berrin hanuma sunduğu bu tebliğ için teşekkür ediyorum. Dışarıda fotokopisi de vardı, gayette kapsamlı çalışma olmuş, çok da işimize yarayacak.

Benim sorum, tebliğinizde bahsettiğiniz bir nokta üzerinde; doktorların kesin sonuç olmadan bile müdahale etme zorunluluğu veya en azından bir ihtimal varsa zararı azaltma, acıyı azaltma ihtimali varsa müdahale etmesi gerektiğinden bahsettiniz. Fakat tıpla ilgili şöyle bir sorun var ki, yanlış yapılan her müdahale geri dönülmesi belki mümkün olmayacak sonuçlar doğurabiliyor ve bu yüzden doktorların kesin noktalardan hareket etmesi gerekliliği ortaya çıkıyor. Çünkü aksi takdirde % 80 başarı şansı varsa bile eğer o % 20'lik kısma denk gelirse bu sefer hatalı hareket veya taksire sebep olma durumu söz konusu. Eğer bu ihtimalin ne kadarında müdahale edilebileceği, bir ihtimal varken buna göre nasıl hareket edileceğinde belirli hukuki sınırlar konulamazsa doktorlar çok zor durumda kalabilir gibi geliyor. Çünkü hem bir yandan müdahale etme zorunlulukları var, hem de eğer yaptıkları müdahalede bir yanlışlık olursa bu sefer taksirden dolayı bir sorumlulukları ortaya çıkacak. Bu konuda nasıl kriterlerle doktorun hem taksirli olmayacak bir şekilde müdahale etmesi gerekirken, hem de bu müdahale zorunluluğunu yerine getirebileceğini nasıl sağlayabiliriz, ne gibi kriterler kullanabiliriz?

Doç. Dr. Gürol CANTÜRK: Önce Nur Centel hocama sormak istiyorum. Sunumunda söylediği, bahsettiği basit yaralama sonucu ölüm kanunumuzda geçen basit bir tıbbi müdahaleyle giderilebilecek nitelikte hafif yaralanma olup olmadığı mıdır? Yani o kritere göre mi karar veriliyor? Avukat hanımın söylediği şeyle ilgili şunu söyleyebilirim bir he-

kim olarak bizde değerlendirmelerimizde asistan hekimlerin sorumluluğu bir pratisyen hekim kadardır. Ayrıca o asistan hekim tek başına bir işlemde bulunursa, sorumluluk uzman hekimdedir. Yani uzman hekimin denetiminde bir şey yapabilir, eğer uzman hekim yoksa sorumluluk yine sorumlu olan o uzman hekimdedir, tek başına bir işlem yapamaz.

Belki Nur hocam da cevap verebilir ya da Berrin hanım; m. 87/4'te kastı aşan yaralama ya da neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış yaralama suçu. Bunu hekimler için uygulanabileceğini düşünüyor musunuz? Düşünüyorsanız somut bir örnek verebilir misiniz?

Oturum Başkanı: Tartışmacılar listesinde sadece Sayın Rosenau kaldı. Soru turunu kapatmak istiyorum. Hemen sorumu sormak istiyorum. Sayın Tezcan, size bir sorum var. AİHM'nin acaba işkence bağlamında hekimlerle ilgili bir kararı var mıdır? Bunu merak ediyorum.

Sayın Akbulut, "nedenselliğe bilirkişilerden ziyade hukukçular karar vermeli" dediniz. Bu mümkün mü? Tıbbi bir olayda hekimin tedavisi ve vücudun tedaviye yanıtı arasındaki nedensellik konusunda biz karar verebilir miyiz? Bunu hukukçular değerlendirir derken kağıt üstünde yazan şeyi söylemiş olmuyor muyuz sadece? Biz bilirkişilerin söylediği her şeyi aynen almıyor muyuz?

Ich habe jetzt noch Rosenau auf der Rednerliste und würde sonst die Rednerliste vorläufig schliessen. Dann stelle ich schnell meine Frage. Ich hätte eine Frage an Herrn Tezcan. Ob der EGMR schon einmal Stellung genommen hätte oder hat zur Beteiligung von Aerzten im Zusammenhang mit der Folter. Das würde mich interessieren.

Und an Frau Akbulut die Frage, Sie hatten gesagt, die Kausalität müssen letztlich die Juristen entscheiden, nicht die Sachverständigen. Da frage ich mich nur, geht das tatsächlich? Hängen die Juristen nicht von den Sachverständigen ab? Können wir überha-

TARTIŞMA

upt selbst in einem medizinischen Sachverhalt feststellen, ob es da eine Kausalität zwischen ärztlicher Behandlung und der weiteren medizinischen körperlichen Entwicklung gekommen ist. Steht das nicht nur auf dem Papier, dass wir sagen die Juristen entscheiden. Wir übernehmen doch so alles, was die Sachverständigen sagen. Das wäre meine Frage.

Sunum sırasına göre konuşmacılara soruları yanıtlama fırsatı vermek istiyorum. Zamanımız var. Her konuşmacıya 5 dakika verebilirim. Sayın Tezcan istersen sizden başlayalım.

Buyurun.

Dann würde ich jetzt vorschlagen, dass wir in der Reihenfolge der Referate unseren Referenten eine Möglichkeit geben zu antworten und haben auch gut Zeit. Also jedem kann ich gut 5 Minuten einräumen. Herr Tezcan, Sie können gerne beginnen. Bitte schön.

Prof. Dr. Durmuş TEZCAN: Teşekkür ederim.

İlk soru temel insan haklarıyla ilgili olarak Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler çerçevesinde komite kararlarının iç hukuka etkisi, bir bakıma iç hukuka etkisinde yargı organları nasıl bakıyor? Tabii öncelikle konuyu biraz öncede belirttiğimiz gibi Anayasa'nın 90. maddesi çerçevesinde ele almamız gerekiyor. Son fıkraya eklenen hükümlerle açıkça denilmiştir ki, "Türkiye'nin usulüne göre yürürlüğe konmuş temel ve hak özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla, kanununun aynı konuda farklı düzenleme hükümleri içermesi nedeniyle çıkabilecek uyumsuzluklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır." Böyle bir durum karşımıza çıkıyorsa, bu antlaşmanın uygulamasına dönük uluslararası komite bir görüş bildirmiş, acaba biz bu komitenin görüşünü de bu anlaşmanın bir parçası sayarak yargı organını bağlayacak bir durum olarak kabul edebilir miyiz? Bu soru önemli bir soru, eğer bahsettiğiniz komite kadınlara karşı her türlü ayırimcılığın önlenmesine dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi çerçevesinde Türkiye'nin ek

protokol çerçevesinde kabul ettiği komite kararları ise mahkemenin bunu dikkate alması gerekecektir.

Aynı şekilde Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi çerçevesindeki İnsan Hakları Komisyonu'na başvuruyla ilgili ek protokolü de Türkiye onaylamış olduğu için o komisyonun kararları da iç hukukta yargı yerlerinde dikkate alınması gerekecektir. Her ne kadar mevzuatımıza getirilen hükümler biraz öncede belirttiğim gibi sözgelimi Ceza Muhakemesi Kanunu'nda "*yargılamanın yenilenmesi*"yle ilgili olarak getirilen hükme baktığımızda; mahkumiyet kararlarından bahsedilmektedir. Ama unutmamak gerekir ki, mahkeme işi oraya götürmeden bu içtihatları daima bunları da içtihat kabul ederek dikkate almak durumundadır. Tabii şu ana kadar bizim karşıımızdaki konu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ağırlıklıydı, fakat son zamanda sayıları hızla artan başka uluslararası yargı yerlerine de müracaat imkânı doğduğundan artık bu konunun uzun zamandır ben artık Dışişleri Bakanlığı'ndan ayrıldığım için rahat söyleyebiliyorum bunu ayrı bir birim olarak yapılması. Nasıl ki Maliye Bakanlığı'nda Muhakemat Genel Müdürlüğü var, bu uluslararası yargılamayla ilgili konularda da bir ayrı birimin oluşturulmasında bakanlıklar arası çalışmada yapan bir birim oluşturmasında yarar var.

Sayın Başkanın sorusuna geliyorum: Elbette bir savunma hazırlarken hükümet ajanı her türlü kurum ve kuruluştan bilgi ister raporunu hazırlamak için. Ancak zaten bizim önümüze, mahkeme önüne gelen dava artık bitmiş bir olaydır, varsa siz savunmayı hazırlarken mahkeme kararlarında ortaya çıkan, İnsan Hakları Mahkemesinde gündeme gelen konuda hekim raporlarının açıklığa kavuşturulması suretiyle savunma hazırlamanız gerekiyorsa, gerekirse Sağlık Bakanlığı'ndan da zaten bilgi alırsınız. Buna gerek kalmaz daha ilk anda hükümete Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nden şikayet tebliğ edildiğinde Dışişleri Bakanlığı konuyu hangi birimleri ilgilendiriyorsa, hangi kurumları ilgilendiriyorsa, o kurumlara

TARTIŞMA

yazı yazar, bu konudaki olayla ilgili olarak yapılmış işlemleri ister. Dosyayı hem oluşturur, hem bunu İnsan Hakları Mahkemesi'ne gönderir, hem de kim savunmayı hazırlayacaksa o hazırlayacak avukata bunları verir. Ama avukat bununla sınırlı değildir, gereğinde kendisi de ek bilgi istemek durumundadır, en uygun savunmayı hazırlayabilmek için. Benim de kanaatim, tıbbi konularda gerçekten hukukçu tek başına hareket edemediği gibi, hekiminde tek başına hareket etmesi söz konusu olmaz. Sabahleyin Bahri Öztürk arkadaşımızın da belirttiği gibi artık diğer taraftan Köksal hocamızın da açış konuşmasında vurguladığı gibi etik kuralları hukuk boyutunu da içeren bir özellik kazanması nedeniyle hekim olayı tek başına kalmamaktadır. Hekimle hakimin demeyeceğim ama hukukçunun topyekun birlikte konulara yaklaşması gerekmektedir.

Zaman olmadığı için ben hiç içtihatlarla, hekim raporları konusunda neler söylendiğine değinemedim ama lütfen tebliğimi okursanız orada ayrıntılı şeyler göreceksiniz. Ben bu sınırlar arasında içerisinde kalmak istiyorum, başka sorular varsa cevap vereyim ama zaman yok herhalde.

Çok teşekkür ederim.

Prof. Dr. Nur CENTEL: Teşekkür ederim.

Yaşayan insandan transplantasyon yapılması sırasında ölüm sonucunun meydana gelmesi gibi bir konu soruluyor. Türk hukukunda hekimin tıbbi müdahalesi daha çok hakkın icrası kavramıyla açıklanmaktadır. Neden hukuka aykırı olmuyor hekimin tıbbi müdahalesi? Hakkın icrası kavramıyla açıklıyoruz mağdurun rızasından ziyade, çünkü hekim, hekimlik mesleğini icra etme hakkını kazanınca bu tür tıbbi müdahalelerde bulunma yetkisi var, hatta bu görevi yapılan Hipokrat yemini dolayısıyla diye düşünüyoruz, o nedenle suç teşkil etmiyor. Organ ve doku nakli, transplantasyon konusunda Türk hukukunda 1979 yılında yürürlüğe giren bir kanun var. O kanunda nasıl yapılacağı, hangi kurallara uy-

lacağı gösterilmiş, ölüden veya yaşayan insandan doku ya da organ alınacağı zaman. Orada gösterilen kurallara uyulursa tabii bir suç teşkil etmiyor, yani kötü bir netice meydana gelse bile suç teşkil etmiyor. Diyelim böbrek nakli sırasında ölüm meydana gelmesi halinde kurallara uyulmazsa hem o kanda gösterilen suçların birinden biri oluşabiliyor, hem de taksirle ölüme sebebiyet oluşabilir. Alman hukukundaki gibi, aşağı yukarı paralel bir düzenleme bizde de söz konusu oluyor. Hekimin cezalandırılması söz konusu olmaz, yani kasten yaralama sayılmaz bu tür eylemler.

İkinci soruya geçiyorum; basit yaralama; evet basit tıbbi müdahaleyle sonuçları giderilebilecek yaralamalarda buna eklenen bir sebeple ölüm meydana gelmiş olabilir, işte o zaman ne yapılacağı tartışması var. O zaman TCK m. 87/4'ü uygulamıyoruz ama o netice bakımından taksiri olup olmadığını araştırıyoruz. Taksiri varsa eklenen sebebi bilip bilmediğine bakıyoruz öyle bir ayırıştırma yapılıyor. Eğer eklenen sebebi biliyorsa o zaman bilinçli taksirden söz ediyoruz, bilmiyorsa basit taksirden, basit taksirle ölüme sebebiyetten söz ediyoruz. Ama hiçbir şekilde kastın aşılması suretiyle ölüme sebebiyetine ilişkin hüküm bu ağırlaştırıcı sebep uygulanmıyor.

Kastın aşılması suretiyle ölüme sebebiyetine ilişkin hüküm, hekimler için uygulanabilir mi? Akbulut meslektaşım da söz alacaktır o konuda mutlaka, bence uygulanamaz, bu hüküm hekimler hakkında uygulanamaz. Hekimler açısından taksiri olup olmadığına bakılması gerekir, çünkü hekimin hakkın icrası kapsamında yaptığı hareket, tıbbi müdahaledir. Ona hakkı bulunduğunu kabul ediyoruz, hukuka aykırılık oluşmuyor diyoruz, yani kasten yaralama suçu sayılmıyor, hukuka aykırılık ortadan kalkıyor. Ama hekimin netice bakımından bir taksiri olabilir ya da yapılan tıbbi müdahalede bir taksiri olabilir. O zaman taksirle ölüme sebebiyet, taksirle yaralamaya sebebiyet söz konusu olur. Bu nitelikli hale ilişkin hüküm bence söz konusu olmayacaktır.

Teşekkür ederim.

TARTIŞMA

Yrd. Doç. Dr. Berrin AKBULUT: Hocamın belirttiği konuyla ilgili Almanya'da gerçekleşen bir olay var; bir şeker hastası çocuk insülin tedavisi alıyor -siz örnek istemiştiniz-. İnsülin tedavisini doktor kesiyor, aradan birkaç gün geçtikten sonra çocuğun durumunda kötüleşme meydana geliyor. Ailesi doktora başvuruyor, çocuklarının durumunun kötüleştiğini söylüyorlar. Doktor eğer tedaviyi yarıda bırakırlarsa yaptıklarının tamamen boşa gideceğini ifade ediyor ve tedaviye devam edilmesini istiyor. Ancak çocuk daha sonra ölüyor. Alman Yargıtay'ının veya mahkemenin verdiği karar "*kasten yaralamadan ölüm meydana gelmesinden dolayı sorumluluğun söz konusu olduğu*". Çünkü doktorun kastının söz konusu olduğunu kabul ediyor, verebileceğim spesifik örnek bu ama tıp hukuku açısından başka örnek bilmiyorum açıkçası.

Sizin sorunuzu ben anlayamadım örnek verirseniz, çünkü Almancam anlamak açısından çok iyi değil.

Hakan HAKERİ: Alman hukukunda ve Alman uygulamasında hekimin hatalı uygulamasına ilişkin nedensellik bağı eğer tespit edilemezse, nedensellik bağı tespit edilmediğinden yaralama suçundan veya başka herhangi bir suçtan dolayı sorumluluk söz konusu olmuyor. Ama bu kez yardımın ihmali suçundan dolayı, yani TCK m. 98'den dolayı sorumluluğu yoluna gidiyor Alman mahkemeleri. Buna benzer bir uygulama acaba Türkiye'de de var mı?

Yrd. Doç. Dr. Berrin AKBULUT: Olabilir, yani m. 98'e 2. fıkra açısından geçerli bizde de Türk hukuku açısından ama spesifik anlamda örnek şu an için söz konusu değil ama olabilir tabii ki.

Diğer bir soru; güven ilkesi diye bir ilke var dolayısıyla asistan hekimlerin görev yaptıkları esnada uzman hekimin sürekli onları kontrol etme yükümlülüğü söz konusu değil. Dolayısıyla güven ilkesi çerçevesinde hocamın da konusu, Yener Ünver hocamın o daha iyi açıklayacaktır, bu ilke gereğince güveniliyor ama tabii ki uzman hekime danışması,

sorması gereken konular söz konusuysa, onun müdahalesi söz konusuysa tabii ki bu ilke geçerli değil. Dolayısıyla kontrol yükümlülüğünü, denetim yükümlülüğünü yerine getirmeyen kişi açısından sorumluluk tabii ki söz konusu olacak. Ama her durum için bu geçerli değil, güven ilkesi gereğince onlarda asistan hekim olarak yapabilecekleri konular açısından diğer kişilerin sorumluluğu söz konusu değil objektif isnadiyet kriterleri gereğince.

Sizin sorunuza gelince; orada ifade etmeye çalıştığım şey % 20, % 30 ihtimalinin durumunda taksirin varlığı değil. Taksirin söz konusu olabilmesi için objektif özen kurallarına aykırı davranması gerekiyor, eğer müdahale edilmesini istiyorsa hasta veya hasta yakınları dolayısıyla müdahale etmek durumunda. % 20, % 30 açısından müdahalenin bulunduğu durumlarda taksir geçerli değil. Taksirin olabilmesi için o % 20-%30 ihtimalin bulunduğu durumlarda müdahale ederken dikkat ve özen kurallarına aykırı davranması gerekiyor. Dolayısıyla burada ifade etmeye çalıştığımız şey kesinlik ölçüsünün özellikle hekimler açısından doğru olmadığını, ihtimalin bulunduğu durumlarda da çünkü onların mevzuatı da ihtimalin bulunduğu durumlar açısından da mutlaka müdahalede bulunması, hatta ölmek üzere olan hasta için acıyı dindirme yükümlülükleri söz konusu. Dolayısıyla müdahale etmek durumundadırlar. Etmedikleri takdirde veya ettiklerinde takdirde taksirleri söz konusuysa tabii ki sorumlulukları söz konusu olacak.

Sizin sorunuz açısından tabii ki burada bilirkişilere başvurulmaması veya onların görüşlerinin esas alınmaması anlamında söylemedim. Bizim uygulamamızda direkt nedensellik bağı var mı, yok mudur şeklinde isteniyor, bunun eleştirisini yapmak adına. Mutlaka bilirkişiye sorulacak, doktorun veya tıp alanında çalışan diğer bir kişinin ölüm açısından etkisinin olup olmadığını tespiti bilirkişiye başvurulacak ama nedensellik bağının tespitinin direkt onlardan istenmesinin doğru olmadığını, çünkü hukuki değerlendirmenin de yapılması ge-

TARTIŞMA

rektiğini ifade ettiğim için bu şekilde cevapladım. Onun için söyleyeceklerim bu kadar.

Oturum Başkanı: Aslında bitirmiştik. Ancak sayın Hakeri buyurun...

Ja, eigentlich hatten wir schon Schluss gemacht, aber Herr Hakeri... Bitte schön...

Prof. Dr. Hakan HAKERİ: İlginç olan bir şey var. Benim aklıma geldi: Yardımın ihmali suçu ile ilgili Berrin hanımın da söylediği gibi, Türkiye’de herhangi bir uygulama yok. Yargıtay’ın cezalandırdığı nedensellik bağının ispat edilemediği halleder. Fakat ilginç bir şey var eğer hekim kamu görevlisiyse o zaman görevini ihmal eski 230. maddeden mahkûmiyet verdiği kararlar vardı. Belki tam paralel bir uygulama değil ama benzer bir çıkış yolunu Türk Yargıtay’ı da bulmuş.

Oturum Başkanı: Tamam, ekleme için teşekkürler.

Bilgilendirici katkılarından dolayı konuşmacılara ve katılımcılara teşekkür ederim. Zaman yönetiminde çok iyiyiz ve 16.30 gibi tekrar başlayacağız. Zamanında burada olalım, Sayın Tezcan zorlanmasın diye bunu söylüyorum. 16.30’da görüşmek üzere.

Gut vielen Dank für diese Ergänzung. Nun möchte ich mich umso herzlicher bei unseren Referenten bedanken für diese instruktiven Beiträge und ihre Beteiligung. Wir sind perfekt in der Zeit und werden dann pünktlich um 16.30 fortfahren. Ich sage pünktlich, damit mein Nachfolger im Amt, Herr Tezcan es nicht so schwierig haben wird. Bis 16.30 dann.

Türkiye Barolar Birliği
V. TÜRK- ALMAN TIP HUKUKU
SEMPOZYUMU
Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları

Birinci Gün
28 Şubat 2008

Dördüncü Oturum

Oturum Başkanı
Prof. Dr. Durmuş TEZCAN

Prof. Dr. Durmuş TEZCAN (Oturum Başkanı): Değerli başkanlar, kıymetli misafirler, aziz meslektaşlarım; bugünün son oturumu olan dördüncü oturumu açıyorum.

Bu oturumda dört konuşmacı bulunmaktadır. Bu konuşmacılardan iki tanesi konuşumuz olan Alman meslektaşlarımız, iki tanesi de Türk meslektaşlarımızdır. Alman meslektaşlarımızdan ilk konuşmacı Ulrich Schroth; Münih Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı'dır. Kendisi "*Organ Naklinde Hukuksal Problemler*" konusunu ele alacak. Ancak ardından "Tıp Ceza Hukukunda Organ Nakli" ni benim eski sınıf arkadaşım, 42 yıllık bir geçmişi olan arkadaşlık döneminden 43'e ulaşıyor Doğan Soyaslan. Üçüncüsü, daha öncede Türkiye'ye gelen Ceza Muhakemesi Tasarısı çalışmaları sırasında bize görüşlerini İstanbul'da aktarmış olan belki bu arada başka toplantılara da katılmış olabilir ama ben ikinci defa kendisiyle birlikte oluyorum Prof. Hans Lilie. Kendisi Hall Üniversitesi Disiplinler Arası Tıp Etik Hukuk Merkezi Müdürü ve yine bana Sayın Hakeri'nin belirttiğine göre Almanya'da bu alanda tek yüksek lisans eğitimi veren merkezin müdürü olmaktadır. Dördüncü arkadaşımız ise Hakeri arkadaşımızın yanında yetişen, istikbal vadeden genç bir araştırma görevlisi arkadaşımız Murat Aydın. Kendisi Selçuk Üniversitesi'nden, o da Sayın Profesör Lilie'nin organ ticaretinin cezalandırılabil-

V. TÜRK - ALMAN TIP HUKUKU SEMPOZYUMU

TARTIŞMA

lirliğine ilişkin özellikle Alman mevzuatını açıkladıktan sonra "Türk Ceza Hukukunda Organ Ticareti Suçu" konusunda açıklamalarda bulunacak.

Bu silsile içerisinde ilk sözü Sayın meslektaşımız, değerli Dekan Prof. Dr. Ulrich Schroth'a veriyorum.

Buyurun Sayın Dekan.

Prof. Dr. Ulrich SCHROTH*

1. Ölülerden Organ Nakli

1963 yılındaki ilk böbrek naklinden beri Almanya'da 70.000'in üzerinde organ nakledildi. Yılda yaklaşık 3500 organ bağışlanmaktadır. Organ nakli yerleşmiş bir klinik tedavi süreci olup, Almanya'da yaklaşık 50 organ nakli merkezinde yapılmaktadır. Günde ortalama 11 organ nakledilmektedir. Bununla beraber, Almanya'da yaklaşık 13.000 kişi bağışlanacak bir organ beklemekte ve bunlardan yaklaşık 10.000'inin beklediği organ böbrektir. Bekleme listesindeki hastaların yaklaşık %30'u ölmektedir. Bunların çoğunluğu da özellikle karaciğer veya kalp bekleyen hastalardır. 2003 yılında Almanya çapında ortalama 1 milyonda 14 kişi ölümünden sonra organlarını bağışlamıştır.

Kanuna göre ölüm sonrası organ alımına, organı bağışlayan kimse ölmüş ve ölen kişinin ölüm sonrası kişilik haklarına yönelik müdahale hukuka uygun ise müsaade edilmektedir.

Alman hukukçu Friedrich Carl von Savigny ölüm kavramını ayrıntılı olarak belirlemenin gerekli olmadığını savunmaktaydı. Ölüm ani gerçekleşen bir doğal olay olarak anlaşılmakta ve hiç bir şekilde kavramsal bir belirlemeye gereksinim olmadığı düşünülmekteydi. Bu düşüncenin bugünkü

* "Almanya'da Organ Nakli'nin Hukuki Şartları", başlıklı tebliğ, çev.: Prof. Dr. Hakan Hakeri. Tebliğin Almanca metni için bkz. Ekler bölümü EK 5.

ULRICH
SCHORTHT'UN
TEBLİĞİ

bilgilerimiz karşısında hala doğru olduğu iddia edilemez. Bir insanın ölümü bağlantısız, kestirmeden gerçekleşen bir şey olmayıp, bir süreçtir.

Hukuksal alanda, ölüm zamanının hangi zaman olduğu sorusu uzun süre çok tartışmalı bir konuydu. Ölüm anı olarak kan dolaşımının geri dönülmez şekilde durması kabul edilmekteydi. 60'lı yılların ortasından itibaren artan tıbbi ilerleme ile birlikte beyin ölümünün bir insanın ölümü olarak kabul edilmesinin gerekip gerekmediği tartışılmaya başlandı.

60'lı yılların sonundan itibaren beyin ölümü sadece ceza hukuku öğretisinde değil, hemen hemen herkes tarafından kabul edilmişti. Tüm beyin ölümü gerçekleşmiş bir kimseyi, vücut bütünlüğü nedeniyle ceza hukuku ile korumanın anlamsız olduğu görüşü üzerinde ittifak oluşmuştu. Ancak ölen kişi tabii ki, ölüm sonrası kişilik hakları itibarıyla korunmaya layıktır.

Organ nakli kanunu hazırlanırken, tüm beyin ölümü ölçütüne yönelik birçok eleştiriler yöneltildi. Beyin ölümünün belirsizliği tüm beyin ölümü kıstasına karşı olanları, bu kıstası eleştirmek için cesaretlendirdi. Beyin ölümü gerçekleşmiş bir anneyi kuluçka makinesi olarak kullanma olanağı da, tüm beyin ölümü kriterini bir insanın ölümü bakımından geçerli bir kriter olarak kabul edilip edilemeyeceği bakımından tartışmalı kıldı. Ancak eleştirilere rağmen, hukuk bilimi alanındaki ağırlıklı görüş, bir insanın ölümü olarak tüm beyin ölümü kriterini kabul etmektedir. Anayasa Hukuku Öğretisi'nde de mevcut eleştirilere rağmen bu kriter iyi ve ikna edici argümanlarla savunulmaktadır.

Bir insanın ölümü, bir zaman biriminde aniden gerçekleşip biten bir olay olmayıp, bir devamlılıktır. Bunun anlamı, ölümün doğal bir olay olmayıp, normatif olarak tartışılabilir bir süreç olduğudur. Ölümün bir süreç olduğu olgusunun nedeni, farklı vücut parçalarının oksijen eksikliğini tolere du-

rumunun farklı olmasıdır. Oksijen eksikliği toleransı ne kadar yüksek ise, vücudun bu parçasının ölümü de o kadar uzun sürmektedir. Beyin, en az oksijen eksikliği toleransı olan organdır.

Beyin ölümü ölüm süreci içinde önemli bir duraktır: İnsan artık bütünsel bir organizma olarak mevcut değildir. İnsanın idare organı artık yoktur, sadece yavaş yavaş ölüm dâhilinde, vücudun parçaları yaşamaktadır. İnsan artık kişi olarak geri dönülmez bir şekilde kaybedilmiştir, zira artık bilinci yoktur ve bunu tekrar edinme olanağı da bulunmamaktadır.

Esaslı ölüm anı kıstası olarak tüm beyin ölümü kriterine yönelik farklı argümanlar ileri sürülmektedir. Bir yandan hala canlı rengine sahip olan ve sıcak olan bir kimsenin ölü sayılamayacağı belirtilmektedir. Bu görüş ikna edici değildir, zira ölümün belirginliği argümanı, insanın tüm beyin ölümünden sonra da varlığıyla korunmaya layık olduğu görüşünü haklı kılacak bir argüman değildir. Tüm beyin ölümünden sonra kan dolaşımı sabit tutulamazsa, klasik ölüm işaretleri zaten mecburen ortaya çıkmaktadır. Hamileliğin tamamlanabilmesi nedeniyle, vücudun idare fonksiyonunun da henüz kesin olarak kaybedilmediği iddiası da bu şekliyle yanlıştır. Bu iddiayı ileri sürenlerin gözden kaçırdığı nokta, hamileliğin, beyin ölümünün gerçekleşmesinden sonra, sadece plasenta tarafından yönetildiğidir. Beyin ölümü gerçekleşmiş hamile kadının vücudu, henüz doğmamış hayatı kurtarabilmek için sadece bir nevi kuluçka makinesi olarak kullanılmaktadır. Tüm beyin ölümü gerçekleşmiş kişilerde acıya duyarlılığın bulunduğu iddiası da artık doğru değildir. Tıbbi olarak, acıya duyarlılığın artık mevcut olmadığı ortaya konulabilmektedir.

Hukuksal bakımdan, ölümün nasıl anlaşılması gerektiği sorusuna cevap bulmak için üç soru arasında ayırım yapılmalıdır:

İlk soru, ölümün ne olduğudur.

ULRICH
SCHORTHT'UN
TEBLİĞİ

Cevaplandırılması gereken ikinci soru, bir kimsenin ölü olarak kabul edilebilmesi için ölçütün ne olması gerektiğidir.

Üçüncü olarak, ölüm kriterlerinin gerçekleşmiş olup olmadığı konusunda güvenilir bir kararın verilebilmesi için, nasıl bir sürecin izlenmesi gerektiği sorusu sorulmalıdır.

Bu soruların açıklığa kavuşturulması bakımından, ilk olarak hangi hukuksal şartlar altında ölüm sonrası kişilik haklarına müdahaleye müsaade edileceği ve böylece organ alımının hukuka uygun olacağı konusu üzerinde durulmalıdır.

Bir İnsanın Ölümü Nedir?

Yukarıda da belirttiğim gibi, tüm beyin ölümü, ölüm anı olarak kabul edilmelidir.

Bir İnsanın Beyin Ölümü Ne Zaman Gerçekleşmiş Olur?

Şu anki bilgilerimize göre, beyin ölümü kıstası, tüm beynin bütün fonksiyonlarının geri dönülmeyecek biçimde kaybedilmesidir.

Karşı tez, ölüm kriterinin beyin kökünün ölümü olduğunu savunmaktadır. Buna göre, beyin ölümünün kabulü için belirli bir hastalık sürecinin mevcut olması ve beyin kök aktivitelerinin artık söz konusu olmaması yeterlidir. İngiltere'de ölüm kriteri olarak kabul edilen beyin kök ölümünün de (brain stem death), tüm beyin ölümünün geri dönülmez biçimde gerçekleşeceği tahmini vardır. Ancak bu kriter Locked-In-Sendromu'nda problemlidir. Burada görme, duyma ve anlama yetenekleri bulunmakta, ancak vücut hareket edememektedir. Beyin kökü ölümünü Locked-In-Sendromu'ndan ayırmak güçtür. Bu nedenle Alman Kanun Koyucusu haklı olarak, beyin kökü ölümünü bir insanın ölümü açısından ölçüt olarak belirlemeyi reddetmiştir.

Büyük beyin ölümünü bir insanın ölümü olarak kabul etmek de uygun değildir, zira bu, apalık hastalığı belirtisinden çok zor ayırt edilebilmektedir.

Alman Kanun Koyucusu haklı olarak tüm beyin ölümünü, ölülerden organ alımı için asgari şart olarak kabul etmiştir.

İspat Süreci

Organ Nakli Kanunu'nun 5. maddesi, tüm beyin ölümünün belirlenmesine ilişkin süreci somutlaştırmayı hedeflemektedir. 1. fıkrada, tüm beyin ölümünün gerçekleştiğinin, bu alanda uzman iki hekim tarafından, birbirinden bağımsız olarak belirlenmesi gerektiği hükme bağlanmaktadır. Organ Nakli Kanunu'nun 16. maddesinin verdiği yetki çerçevesinde, Federal Tabipler Odası isabetli bir biçimde, tüm beyin ölümünü belirleyecek hekimlerin ağır beyin hasarı bulunan hastaların yoğun bakımından uzun yıllar tecrübesi bulunan hekimler olması gerektiğine karar vermiştir.

Organ Alınması Suretiyle Ölüm Sonrası Kişilik Haklarına Müdahalenin Hukuka Uygunluğu

Beyin ölümü, bir ölünün organlarının alınabileceği zaman olarak bütün dünyada kabul edilmiştir. Ancak ne zaman organ alınmasıyla ölüm sonrası kişilik haklarına müdahale edilebileceği sorusuna yönelik olarak farklı görüşler bulunmaktadır.

Bir görüş, potansiyel organ bağışlayıcısının sağlığında organ alınmasına müsaade etmiş olmasını aramaktadır. Bu sıkı muvafakat modeli görüşünün, genellikle beyin ölümü kriterine yönelik kuşkuvarın bir sonucu olduğu yadsınamaz.

Muvafakat modelinin karşısındaki görüş, sıkı itiraz modelidir. Bu görüşe göre potansiyel organ bağışlayıcısı sağlığında organ alımına karşı çıkmamışsa, beyin ölümü anından

ULRICH
SCHORTHT'UN
TEBLİĞİ

itibaren organları alınabilir. Böylece itiraz etmemiş olmak, ölüm sonrası kişilik haklarına müdahaleye olanak tanımaktadır. Bu modelde, itiraz etmemek suretiyle aslında organ alınmasına onay verildiği belirtilmektedir.

İtiraz modelinin biraz daha yumuşak bir modeli sınırlı itiraz modeli olup, bu model Latin Hukuku kökenli hukuk sistemlerinde savunulmaktadır. Buna göre potansiyel organ bağışlayıcısının yakınları da organ alınmasına itiraz edebilirler. Ancak bunlar müstakil olarak karar verme yetkisine sahip olmayıp, sadece ölen kişinin temsilcisi durumundadırlar. İskandinavya ülkelerinde hâkim olan görüşe göre ise, yakınların müstakil yetkileri bulunmaktadır.

Alman Kanun Koyucusu Organ Nakli Kanunu'nun 3 ve 4. maddelerinde genişletilmiş itiraz modelini kabul etmiş bulunmaktadır. Bunun anlamı, bir organın ancak potansiyel bağışlayıcının sağlığında organ nakline rıza göstermiş olması veya böyle bir rıza yoksa yakınlarının onay vermeleri halinde alınabilmesidir.

ONK m. 3 ve 4'de Korunan Hukuksal Yarar

Organ alımı ile organ bağışçısının ölüm sonrası kişilik haklarına müdahale edilmektedir.

Ölüm sonrası kişilik hakkı Anayasa'nın 1/1. maddesine dayandırılmaktadır.

Ölüm sonrası bağışçının rızası ölüm sonrası kişilik haklarına müdahaleyi meşru kılmaktadır.

Ayrıca, ölüm sonrası kişilik haklarına müdahale organ bağışlayıcısının muhtemel rızası ile de meşru olmaktadır.

Yakınların birincil karar verme yetkisi ancak potansiyel organ bağışlayıcısının itirazının bulunmaması ve varsayılan

iradenin de tespit edilebilir olmaması halinde vardır. Bu, ölü hukukundan kaynaklanmaktadır.

ULRICH
SCHORTHT'UN
TEBLİĞİ

Organ Naklinin Şartları

Organ Nakli Kanunu'nun 3/1. maddesinde ölüm sonrası organ alımının şartları düzenlenmiştir. İkinci fıkrada organ alımını hukuka uygun kılan durumlar açıkça sayılmıştır.

(Potansiyel) Organ Bağışçısının Rızası

Ölüm sonrası organ alımı, genel kişilik hakları nedeniyle kural olarak sadece organ bağışlayıcısının rızası halinde geçerlidir. Sadece, organ bağışçısının iradesinin belirlenememesi halinde, başka kimseler ikincil olarak bir karar verme yetkisine sahiptirler.

Geçerli bir rıza için rıza ehliyetinin bulunması gerekir.

Ölüm sonrası organ nakline rıza gösterme yetkisinin 16 yaşının doldurulması ile bulunduğu kabul edilmesinin arkasında yatan neden, 16 yaş ile vasiyet ehliyetinin de kazanılmasıdır. Ancak rıza gösteren kişinin 16 yaşındaki normal bir kimsenin anlama yeteneğine sahip olması gerekir. 16 yaşından önceki rıza geçersizdir.

Rızanın geçerliliğinin bir diğer şartı, ölümden önce geri alınmamış olmasıdır. Rıza özerk olarak geri alındığı takdirde artık geçerli değildir.

Son olarak rıza, cebir kullanılması üzerine verilmiş olmalıdır. Cebir, rızayı hukuken geçersiz kılan rıza sakatlığına neden olur.

Organ naklinin kapsamını sınırlamak mümkündür. Organ bağışlayan, örneğin kesinlikle kalbinin alınmasına rıza göstermediğini belirleyebilir.

ULRICH
SCHORTHT'UN
TEBLİĞİ

Organ bağışlayıcısı sınırlayıcı koşullar da ileri sürebilir. Örneğin, organlarının kalp kapakçığı yapılmasını engellerebilir. Ancak dağıtım düzenine tabi organlar bakımından sadece belirli bir kişinin faydalanabileceğine yönelik şartlar geçersizdir. Organ Nakli Kanunu'nun 9/2. maddesine göre, kalp, böbrek ve akciğer dağıtım düzenine tabidir. Rıza, sınırlı değilse, bütün organlar alınabilir.

(Potansiyel) Organ Bağışlayıcısının İtirazı

Organ Nakli Kanunu'nda, organ alımına özerk olarak karşı çıkmış kimselerden, ölümünden sonra organ alınmayacağı hükme bağlanmıştır. Böylece potansiyel organ bağışlayıcısı, organ alımına karşı çıkmışsa, onun ölüm sonrası kişilik haklarına müdahale edilemeyecektir. İtiraz herhangi bir şekilde tabi değildir. İtirazın geçerli olabilmesi için kanun koyucu 14 yaş asgari sınırını belirlemiştir (ONK m. 2/2, 3. cümle). Bu yaşla birlikte dini konularda karar verme yetkisi de oluşmaktadır. İtiraz belirli organlara yönelik olabileceği gibi, tüm organları da kapsayabilir.

Diğer Kimselerin Muvafakatı

ONK m. 4. merkezi bir öneme sahiptir. 4. madde, 3. maddede düzenlenen muvafakat çözümünü, potansiyel bağışlayıcının yanı sıra başka kimselere de organ alımı konusunda karar verme ve böylece ölenin ölüm sonrası kişilik haklarına müdahale yetkisi tanımak suretiyle genişletilmiş muvafakat modeli haline getirmektedir. Bugüne kadar tartışmalı olan soru ise yakınların verdiği kararın ne tür bir karaktere sahip olduğudur. Karar bir yandan ölü hukukunun bir sonucu olarak görülürken, karşı görüş, kararı ölenin haklarının idaresi olarak yorumlamak taraftarıdır.

Organ bağışlayıcısı bir organ alımı konusunda bir kimseyi yetkilendirdiği takdirde, bu kişi tek başına karar verme yetkisine sahiptir (ONK m. 4/3).

Alman Organ Nakli Kanunu'nun 4. maddesi uygulamada büyük öneme sahiptir, zira birçok Alman, sağlığında organ bağışına ilişkin herhangi bir irade açıklaması yapmamaktadır ve bu nedenle organ alımı ancak 4. madde gereğince bu konuda yetkili yakınların onay vermesi halinde mümkün olmaktadır. ONK m. 4, yetkili kişinin onayına ilişkin şartları düzenlemektedir. Karar verme yetkisi, potansiyel organ bağışlayıcısı yetkiyi başka bir kimseye vermemişse, en yakın akrabalara aittir.

Organ Nakli Kanunu anlamında yakın akrabalar iç sıralama da tabi olmak kaydıyla şunlardır:

- Eş veya kayıtlı yaşam arkadaşı
- Reşit çocuklar
- Ebeveyn veya -muhtemel organ bağışlayıcısı ölüm anında reşit değilse ve bakım yetkisi ebeveyne, kayyımına veya bir bakıcıya aitse bu- bakım yetkilisi.
- Reşit kardeşler
- Büyükanne ve büyükbabalar.

Ancak bu yetkinin şartı, bu yakınların son iki yıl içinde ölen kişi ile bağlantılarının bulunması ve yukarıda belirtilen sıralama içinde karar vermiş olunmasıdır.

Ölen kişiye kişisel açıdan özel bir şekilde ve açıkça yakın olan kişiler de, yakın akrabalara eşit kılınmıştır ve bunların yanında yetkiye sahiptirler. Bu tür kimseler ancak potansiyel organ bağışlayıcısına ölüm anına kadar yakın kalmışlarsa karar yetkisine sahiptirler.

ULRICH
SCHORTHT'UN
TEBLİĞİ

Belirtildiği üzere, yakınlar ancak kanunda kanun koyucu tarafından öngörülen sıralama çerçevesinde karar verme yetkisine sahiptir. Somut olayda kimin karar yetkisine sahip olduğunu, hekim yakınlar sormak suretiyle belirler. En yakın kişiye uygun zaman içinde ulaşılamaması halinde, sıralamada bir sonraki yakın karar verme yetkisine sahip olur. Uygun zamanın ne kadar olduğu, organların hangi süre içinde nakledilmesi gerektiğine göre belirlenir.

Aynı düzeyde birden fazla yakın varsa, bunlardan bir tanesinin karar vermesi yeterlidir. Ancak eşit yetkili yakın, diğer eşit yetkili yakınlar haber vermek zorundadır. Birden fazla eşit yetkili yakının varlığı halinde, her birinin veto hakkı bulunmaktadır. Bunun anlamı, eşit yetkili yakınlarından birinin rıza göstermemesi halinde organların alınmamasıdır.

Organ Bağışlayıcısının Onuruna Saygı

Organ Nakli Kanunu'nun 6. maddesine göre, organ alımı ve bununla bağlantılı bütün tedbirler organ bağışlayanın onuruna saygı çerçevesinde yapılmalıdır. Organ alımı ve bununla bağlantılı bütün tedbirler, insan onuruna saygıyı esas alır bir biçimde gerçekleştirilmelidir. ONK 6. maddenin ihlali Organ Nakli Kanunu'nda herhangi bir cezai veya idari yaptırıma bağlanmamıştır. Ancak bu durumda ölünün saygınlığının bozulması suçun söz konusu olabilir (Alman CK m. 168).

2. Canlılardan Organ Bağışı

Almanya'da organ bağışı sadece kısmen başarılı olmuştur. Cesetlerden elde edilen organlar esas itibarıyla yeterli olmamaktadır. 1997 yılında Organ Nakli Kanunu çıkarıldığında, organ sayısının artacağı ümit edilmekteydi. Ancak bunun tam tersi gerçekleşti. Birçok ağır hasta, yeterli organ olmadığından ölmektedir. Bu nedenle, Almanya'da gerçekleşen or-

gan nakillerinin yaklaşık %20'sinin canlılardan yapılan nakil olması şaşırtıcı değildir. Canlılardan organ naklinin sayısı da artmaktadır. Bu sadece yeni bir değerlendirmenin ifadesi olmayıp, aynı zamanda cesetlerden elde edilen organ eksikliğinin bir sonucudur.

Canlılardan Organ Naklinin Hukuka Uygunluğu

Uluslararası tıp etiği ve tıp hukuku tartışmalarında hasta otonomisine saygı gösterilmesi gerekliliği prensibi haklı gerekçelerle temel, ana fikir olarak geliştirilmiştir.

Bu gelişmeyi temel fikir haline getiren husus, özellikle canlılardan organ bağış alanında açıkça görülmektedir. Canlılardan organ bağışına karşı devamlı olarak ileri sürülen Hipokrat yemini (Hekim, sanatını kendi bilgisine ve becerisine göre hastanın iyiliği için kullanacak, asla hastanın zararına kullanmayacaktır) İsa'dan önce 4. Yüzyıl'dan gelmektedir.

Bu zarar verme yasağı ciddiye alınacak olursa, sağlıklı bir insan üzerinde tıbbi müdahaleyi gerektiren canlılardan organ bağış ahlaki ve -zarar verme yasağı hukuksal bakımından teminat altına alınmış kabul edilecek olursa- hukuki açıdan yasaklanmalıdır.

Zarar verme yasağı bir taraftan ilgili için yararın maksime edilmesi prensibi ile çatışmaktadır, zira canlılardan böbrek naklinde, bağışın ilgilinin durumunu sonuçta iyileştirdiği hususunda hiç şüphe bulunmamaktadır. Bu husus, özellikle bağış yapan açısından psikolojik fayda göz önünde bulundurulduğunda ortaya çıkmaktadır. Bu psikolojik fayda bağışta bulunanın, hasta ile olan ilişkisi bakımından kendisini gösterebileceği gibi, bizzat yardımseverlikte ve kişinin kişiliğini kuvvetli bir şekilde geliştirmesinde de göstermektedir.

Öte yandan -ki bu faydacı argümanların problemliliği doğası nedeniyle önem kazanmaktadır- hipokratik pozisyon

ULRICH
SCHORTHT'UN
TEBLİĞİ

hastanın kendi geleceğini belirlemesi prensibi ile de uyuşmamaktadır. Hipokratik pozisyon paternalisttir ve bireylerin vücutları ile ilgili kararları bakımından söz konusu olan yüksek önemi anlamamaktadır. Bağışlayanın otonomisinin genel kişilik hakları içinde görülmesi bir tesadüf değildir. Hipokratik görüşe göre, hastanın veya bağışta bulunanın iyiliğine olan şeyin ne olduğu hekimin belirleme yetkisi içindedir.

Bugün, insanların çok geniş sınırlar içinde, vücut bütünlüğü hukuksal yararları konusunda bizzat karar verme yetkisine sahip olduklarını, bizim en önemli normatif prensiplerimizden biri olarak görüyoruz. Bireyler, Amerikalı hukuk filozofu Dworkin'in terminolojisiyle sadece sağlık ve ağrılardan uzak olmanın ait olduğu tecrübî yararlarla sahip olmayıp, ayrıca değer alanını ilgilendiren yararlarla da sahiptir. Bireylerin değer alanını ilgilendiren yararlar, kişinin nasıl bir insan olmayı istediği ve nasıl bir yaşamın anlamlı olduğu ve başarılı yapacağı sorularını ilgilendirmektedir. Bu kapsama bir organ bağışlama yararı da dâhil edilebilir. Bu değer alanının ilgilendiren yararlar, temsili olarak bir başkası tarafından, hatta bir hekim tarafından da gerçekleştirilemez. Bireylere saygı prensibi, bireylerin bu tür değer alanını ilgilendiren yararların süjeleri olarak da karşılıklı olarak tanınmasını da gerektirmektedir. Bir organ bağışlamak isteyen insanlara karşı zarar verme yasağını ileri sürmek, kurumsallaştırılmış vesayetten başka bir şey değildir.

Canlılardan Böbrek Naklinin Şartları

Canlılardan yapılan bağışın meşruluğu bağışlama otonomisinden kaynaklandığına göre, bu tür bağışın ilk şartı bağış yapacak kişinin canlı bağışına özerk olarak rıza göstermiş olmasıdır.

Bunun için bağışta bulunanın mümeyyiz olması gerekir. Bu şartın ihlali Organ Nakli Kanunu'nun 19/I. maddesi gere-

ğince cezalandırılmaktadır. Mümeyyizlik, bağışlama özerkliğinin algılanması olanağına dâhildir.

Burada bahsedilen bağışlama özerkliği, bireyin kendi yaşam alanına ilişkin kararlar bakımından normatif olarak yetkili olduğu anlamına gelmektedir. Kendini ilgilendiren alanlarda karar merci olabilmek için, bireyin mümeyyiz olması gerekir.

Keza, bağışta bulunan bu karara zorlanmış olmamalıdır. Karar hile ile de verdirilmiş olmamalıdır. Her iki unsur gönüllüğü ortadan kaldırır ve kararın açıklığını kuşkulu kılar. Bireyin belirli alanlarda yetkili olduğu anlamındaki özerkliğe, bireyin gerçekçi hareket etmesi veya her türlü baskıdan uzak olması dâhil değildir. Bunun nedeni, bir yetkinin verilmesinin sadece minimalist taleplerde bulunmaya imkân vermesi ve aksinin bu yetkinin tekrar reddi anlamına gelmesidir.

Organ Nakli Kanunu'na göre canlılardan organ bağışı sadece bağışta bulunanın mümeyyiz olmasını gerektirmemekte, ayrıca reşit olmasını da gerektirmektedir (Organ Nakli Kanunu m. 8/I, cümle 1, bent 1a - bu kuralın ihlali cezalandırılmaktadır, ONK m. 19/I). Bu şartın paternalist olup olmadığı tartışmalıdır. Ancak bu şart her halükarda, reşit olmayan kişilerin aile baskısına maruz kalmalarını önlemeyi amaçlamaktadır.

Canlılardan böbrek nakli ayrıca, organ bağışlayanın rızasını açıklamadan önce kapsamlı olarak aydınlatılmasını da gerekli kılmaktadır. Kendi geleceğini belirlemeye yönelik aydınlatma haklı olarak gerekli görülmektedir, zira sadece bu, sahil, açık bir kararı teminat altına almaktadır. Sadece bağışta bulunan kimse, canlı bağışın kendisi için ne anlama geldiğini ve hangi rizikolar içerdiğini bilebilir ve buna göre gerçekten de canlı bağışını isteyip istemediğini takdir edebilir. Canlılardan bağışta kapsamlı bir aydınlatmadan vazgeçilemez. Ayrıca canlı organ bağışının başarı şansına ilişkin aydınlatma da gereklidir (ONK m. 8/I, cümle 1, bent 1b ve II, bu kuralın

ULRICH
SCHORTHT'UN
TEBLİĞİ

ihlali de cezalandırılmaktadır, m. 19/I). Başarı şansına ilişkin aydınlatma, canlı bağışındaki üçlü ilişkinin bir sonucudur. Birçok bağışlayan, bağışa, ancak bağışın, organı alacak kişide büyük ihtimalle yardımcı olacak olması halinde hazırdır. Bu böyle olmamalıdır, ancak çoğu kez böyledir.

Canlı bağışı, ancak nakil anında ölülerden temin edilebilecek bir organın bulunmaması şartıyla yapılabilir (bu şart sert paternalistik bir şart olup, ceza yaptırımını yoktur).

Keza, canlılardan organ naklinin şartlarından biri de, organ vericinin -objektif olarak değerlendirildiğinde- nakil ameliyatı dışında tehlikeye sokulmaması ve organın alıcıya nakli konusunda endikasyonun bulunması ve böylece bunun anlamlı bir tıbbi tedbir olmasıdır. Bu şart riziko kararının rasyonelliğini garanti etmelidir (az riziko- büyük yarar).

Alman Ceza Kanunu, "talep üzerine öldürme"ye ilişkin hükmü karşısında, verici açısından somut bir yaşam tehlikesine sebebiyet verilmesini yasaklamaktadır.

Sadece organ ticaretinin konusu olmamış organların nakledilebileceğine ilişkin düzenleme de paternalist bir düzenlemedir. Bunun organ alıcısı bakımından anlamı, kendisini organ vericisi tarafından tanınabilir kılmamasıdır. Hatta alınan organ için ona hediye dahi veremez.

Alman Hukuku, kendini yenileyemeyen organlar bakımından, özel bir yakınlık ilişkisi aramaktadır. Hekim, alıcıyla özel bir yakınlık ilişkisi içinde olmayan bir kimseden kaynaklanan organı naklettiği takdirde ONK m. 19/I gereğince cezalandırılır.

Gönüllülük ve organ ticaretinin yasak olması usul hukuku bakımından da garanti altına alınmıştır. Bir komisyon gönüllülük, başka ifadeyle organ ticareti konusunda herhangi bir belirti olup olmadığı konusunda karar vermelidir. Ancak komisyonun kararı hekimler bakımından bağlayıcı değilse de,

bu tür belirtilerin varlığına yönelik tespit, ceza soruşturması bakımından başlangıç şüphesi niteliğinde görülebilir.

Canlılar tarafından yapılan bağış rıza ile meşru olmaktadır. Burada ayrıntılarına girilmeyecek olan Alman kuralları, özerk karar verilmesini garanti altına aldığı sürece meşrudur (örneğin, usul hukuku garantisi). Burada ayrıntıları ele alınmayacak olan, ancak tartışmalı olan ve tartışma kısmında üzerinde durulabilecek düzenlemeler ise, organ bağışlayanın özgürlüğünü esaslı ölçüde etkileyen düzenlemelerdir (örneğin, alıcı ile verici arasında özel bir ilişkinin bulunmasını arayan ve aksini cezalandıran düzenleme).

Oturum Başkanı: Çok teşekkür ederiz. Zaman konusunda sabahtan beri çok sınırlama yapıldığı için, aynı şeyi biz de devam ettirmek durumunda kalıyoruz. Yoksa tartışma için epeyce bir zaman var, 18.30'a kadar zaman var ama birkaç dakika belki müsamaha göstermeye çalışıyoruz.

Şimdi ilk sözü Sayın Schroth alıp bize "*Organ Nakline İlişkin Hukuksal Problemleri*" Almanya bağlamında çok özet bir şekilde özetledi. Genişletilmiş rıza sisteminin uygulaması ve bunun yarattığı sorunlara değindikten sonra, özellikle Alman Sosyal Mahkemesi'nin de verici sayısını kısıtlamayla ilgili kuralları esnekleştirmeye çalışan yaklaşımından da söz etti. Bizde durum nedir konusunu belki daha sonraki konuşmalar açabilir. Ancak bizde verici bulma o kadar zor ki o konuda gerçekten yasalarımız bir hayli hoşgörülü düzenlemelerde getiriyor ama bir taraftan ceza kanundaki tabii organ ticaretine dönük getirilen sert kurallar son dönemde bir hayli tartışma konusu olmaktadır. Bu konuları Türk meslektaşlarımız ele alacağı için, şimdi sözü Çankaya Üniversitesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Öğretim Üyesi Prof. Dr. Doğan Soyaslan beye veriyorum.

Buyurun Sayın Soyaslan.

Prof Drş. Doğan SOYASLAN (Çankaya Üniversitesi
Ceza ve Ceza Mahkemesi Hukuku Öğretim Üyesi):*

İnsan, insan olmak dolayısıyla tüm varlıkların üzerinde ve en yüce değerdir. Her şeyin üzerinde oluşunun nedeni akıl ve irade sahibi oluşundandır. Akıl ve iradesi ona diğer varlıklar üzerinde egemenlik kurma, onları kontrol etme, hayata yön verme yeteneği vermektedir.

Akıl insana çevresindeki veriler arasında bağlantı kurma, karar alma ve iradesiyle aldığı kararı istemi doğrultusunda yerine getirme olanağı vermektedir.

Kişinin içinde yaşadığı çevrede veriler arasında ilişki kurarak karar alması, faaliyetler icra etmesi bir takım haklara da sahip olduğunu gösterir.

Kişinin insan olması dolayısıyla bir takım haklara sahip olması aynı zamanda sorumluluğunu da gerektirir. Çünkü kişinin hakları sınırsız olamaz. Kişinin haklarının sınırı başkalarının haklarının başladığı yere kadardır. Hak ve sorumluluk madalyonun iki yüzü gibidir.

Kişi, sırf kişi olması dolayısıyla kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilemez temel hak ve özgürlüklere

* "Organ Nakilleri" başlıklı tebliğ.

sahiptir. Kişi, kişi olması dolayısıyla sahip olduğu haklardan vazgeçemez. Onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlandıramaz (MK. m. 23).

Söz konusu dokunulmaz olan haklardan birisi de kişinin vücut bütünlüğüdür. Gerçekten vücut bütünlüğü bozulan veya ortadan kaldırılan kişi diğer hakları kullanamaz. O halde kişinin vücut bütünlüğü ve yaşamı tüm hakların temelidir.¹

Kişinin kendisine bağlı tüm haklarını kullanabilmesi için vücut bütünlüğüne sahip ve hayatta olması gerekir. İşte bu nedenle kişinin beden bütünlüğü, vücut dokunulmazlığı temel hakların ilk sırasında yer almaktadır. (Ay. m. 17).

İnsan vücudunun ve yaşamın dokunulmazlığı, insan onuru kavramları Aydınlık çağı kavramlarıdır. Gerçekten insanın, insan akıl sahibi olması dolayısıyla onunla bir varlık ve değer oluşu aydınlık çağda ileri sürülmüş, o günden bugüne bu düşünce yayılarak gelişmiştir. O zamandan beri insan hakları kavramının kapsamı genişleyerek kişi lehine gelişmiştir. Kavramın XVII ve XVIII. yüzyıllarda gelişmesinin nedeni batıda coğrafi keşiflerden sonra burjuvazinin doğması ve gelişmesidir. Söz konusu yüzyıllarda aklın her şeye kadir olduğu, akıl sahibi insanın en yüce değer olduğu fikri ortaya atılmış, bu fikir toplum bireylerine süratle yayılmış ve iktidarı elinde tutan güçlere yansısıyla beraber hukuksallaşmıştır. Böylece kişi kendi kendisine, başkalarına ve devlete karşı korunmaya başlanmıştır.

Aslında aydınlık çağdan öncede kişi başkalarına karşı korunmakta idi. Mesela kişinin kişiyi yaralama veya öldürmesi her zaman suç olarak cezalandırılmıştı. Ancak bu cezalandırmanın açıklaması farklı idi. Kişi ya metafizik gerekçelerle ya da kamu düzenini koruma gerekçesiyle cezalandırılmakta idi. Her durumda insanın insan olması dolayısıyla sahip olduğu

¹ Savcı B. Yaşam Hakkı ve Boyutları Ank. 1980. s. 11.

yaşam hakkına zarar verilmesi veya sona erdirilmesi gerekçe-
siyle açıklanmazdı.

XVIII. yüzyılda insanın insan olması dolayısıyla dokunul-
mazlığı, insanın insana karşı korunmasının yanında, devlete
karşı da kazanılmıştır. Nitekim hepimizin bildiği gibi bedene
yönelik cezaların kaldırılma nedenlerinden birisi, beklide en
önemlisi insan onurunun korunmasıdır. Keza işkence ve ezi-
yet yasağı ve bunların şiddetle cezalandırılmasının nedenle-
rinden birisi de insan onurunun korunması gereğidir.

Bedene yönelik cezaları ortadan kaldırma yönünde geli-
şen akım XVIII. yüzyılda başlamış, XIX ve XX. yüzyılda tüm
Kara Avrupası'nda ve nihayet 07.05.2004 tarih ve 5170 sayılı
kanunla Türkiye'de de ortadan kaldırılmıştır.

Ancak vücut bütünlüğü ve dokunulmazlığı, yaşam hak-
kı sınırsız değildir. Çünkü bir hakkın sınırı bir başka hakkın
sınırının başladığı yere kadardır. Eğer kişi haklı savunmada
ise başkasının vücut bütünlüğüne dokunabilecek, haksız ha-
rekette bulunanın hayatına son verebilecektir. Çünkü burada
bir insan kendini korumak için bir başkasının vücut bütünlü-
ğüne zarar vermekte veya saldırıyı öldürmektedir.

Keza zaruret halinde de kişi başkasını yaralayabilmekte
veya öldürebilmektedir. Bu durumda da kendisine ceza ve-
rilmemektedir. Çünkü her iki durumda da kişi kendisini veya
üçüncü bir kişiyi korumak için yaralamakta veya öldürmek-
tedir. Zarar ile korunan yarar arasında en azından bir denge
vardır.

Yakalama, tutuklama kararlarının yerine getirilmesi, tu-
tuklu veya hükümlülerin kaçmasının önlenmesi, ayaklanma
veya isyanın bastırılması, sıkıyönetim veya olağanüstü haller-
de kanunu uygun olarak silah kullanılması sonucu gerçekle-
ştirilen yaralama ve öldürme fiilleri için fail cezalandırılmaya-
caktır. Çünkü bu durumda da mağdura verilen zarar ile ko-

runan değer arasında bir denge vardır. Eğer iki yarar arasında denge var ise fiil suç olmayacaktır.

Beden dokunulmazlığını kaldıran hallerden birisi de tıbbi zorunluluklardır. Gerçekten bir hastanın iyileşmesi için bir organın kesilip atılması gerekiyorsa, organ kesilebilir, fiil suç değildir.

Keza bir kimseden alınacak organ diğer kişiye nakledildiğinde, bu kişinin hayatı kurtulacaksa, vücut bütünlüğüne dokunulabilir. Yeter ki organın alınması vericiye zarar vermesin.

Eğer kişinin vücuduna zarar vermeyecekse kişi bilimsel ve tıbbi deneylere konu olabilir. Yeter ki bu deneylerin yapılması için kişinin rızası olsun (Ay. m. 17).

Mademki kişi bir değerdir ve toplumsal ilerlemenin kaynağıdır. O halde devlet bu varlığı korumakla görevli olmalıdır. Nitekim anayasanın 5. maddesinde devlet, temel hak ve hürriyetlerini kullanması için kişinin önünde bulunan engelleri kaldırmak, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamakla görevli kılınmıştır.

Mademki kişi onurlu, korunması gereken bir değerdir. O halde devlet bu varlığı korumak veya korunması için gerekli tedbirleri almak zorundadır. (Ay. m. 56/5). Devlet kişiyi yaşatmakla görevlidir.

Devlet vatandaşın sağlık ve yaşam hakkını korumak, buna uygun bir çevre yaratmakla görevlidir. Keza devlet kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirmek için gerekli çevreyi ve şartları sağlamakla görevlidir. (Ay. m. 5).

Durum bu olunca devlet insanları yaşatmakla görevlidir. Esasen insanlar da yaşamakla görevlidir. Gerçi anayasanın 17. maddesinin 1. fıkrasında yaşama hakkından söz edilse de ortada bir yaşama görevi vardır. Çünkü hastanın rızası ile ölmek hakkı (ötenazi) hukukumuzda yoktur. Rıza ile öldürme

insan öldürme suçunu oluşturur. Hatta sağlıklı bir şekilde yaşama şansları olmayanların bile ölme hakları yoktur.

Ancak kişi yaşamakla görevli olsa da sağlığını koruma ve bu konuda devletten gerekli yardımı isteme hakkına sahiptir.

Bazı hukuk düzenleri sağlıklı yaşam imkanı olmayanlara ölme hakkını tanımıştır. Mesela Hollanda hukukunda olduğu gibi.² Bizim hukukumuz bu hakkı tanımamıştır. O halde yaşamak görevdir bizim insanımız için. Ancak insanın kendi kendisini geliştirmesi ve daha iyi yaşaması bir haktır. İster kendisini geliştirir ister geliştirmez. Kendi bileceği bir iştir.

Vücut dokunulmazlığının kaldırıldığı hallerden birisi de organ naklidir. Organ nakli yoluyla vücut dokunulmazlığına cevaz verilmesinin sebebi bir başkasının hayatını korumak veya geliştirmektir. Yeter ki organı nakledilen kişinin vücut fonksiyonları bozulmasın. Burada da hukuki yararlar arasında denge aranmaktadır. Gerçekten insanlar tamamen insani nedenlerle herhangi bir organını başka bir insana verebilir. Organ alıcısı organ verenin bir yakını ve akrabası olabileceği gibi bir dostu veya herhangi bir insan da olabilir. Verici tamamen insani duygularla vermelidir. Bundan herhangi bir menfaat elde edemez.

Mademki devlet kişinin sağlığının koruması, maddi manevi varlığını geliştirmesi için gerekli ortamı sağlayacaktır. O halde bir kişinin sağlığını korumak için diğer kişinin vücut fonksiyonlarına zarar vermemek şartıyla organ nakline izin verecektir.

Kişinin vücut fonksiyonlarına zarar verme hakkı yoktur. Bu konudaki rızası geçersizdir. Kişinin rızasıyla da olsa vücut fonksiyonlarına zarar vermek yaralama suçunu oluşturur.

² Erman B. Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu Ank. 2003. sh. 129.

2238 sayılı organ ve doku alınması, saklanması, aşılması ve nakline ilişkin yasa organ ve doku kavramını tarif etmemiştir. Kanuna göre organ ve doku deyiminden, insan organizmasını oluşturan her türlü organ ve doku ile bunların parçaları anlaşılır. (m. 2/1). Tıp biliminde organ, canlı bir organizmanın, dokulardan oluşan, belirli bir görevi olan ve sınırları kesin olarak tespit edilebilen kısmıdır.³ Organların görevleri birbirinden ayrı ve bağımsızdırlar. Midenin görevi sindirim yapmak, akciğerdeki solunum yoluyla kanı temizlemek, kalbin görevi kanı toplama ve vücuda dağıtmak, böbreğin görevi kanı temizlemek, gözün görevi görmektir. Deri dokunma organı konumundadır.

Doku, çok hücreli canlılarda, yapı ve fonksiyon bakımından birbirine benzeyen ve anatomik olarak bir bütünlük gösteren ve anatomi unsurlarından (hücreler-lifler) meydana gelen yapıdır.⁴ Kemik iliği, kıkırdak, sinir, kas dokusu, iç salgı dokuları, kornea, kan gibi.

Organlar dokuların birleşmesinden meydana gelirler. Dokular, özellikleri ve fonksiyonları birbirine benzeyen hücre ve liflerden meydana gelirler.⁵

Organların sınırları ve fonksiyonları kesin olarak belirlenebildiği halde, dokuların sinir ve fonksiyonları belirlenemez. Dokuları vücut yenileyebilir. Deri hariç organlar yenilenemez.

Oto-greftler, saç ve deri alınması aşılması ve nakli ile kan transfüzyonu adı geçen kanuna tabi olmayıp diğer sağlık yasaları, tüzük, yönetmelik ve tıbbi deontoloji kurallarına tabidir. Tıbbi açıdan derinin bir organ, kanın da doku oluşu göz

³ Ana Britannica c 17 sh. 49.

⁴ Meydan Larousse. C. 3 Ana Britannica.

⁵ Akıncı, Ş. Türk özel hukukunda insan kökenli biyolojik madde (organ-doku) nakli kavramı ve bundan doğan hukuki sonuçlar. Ank. 1996 sh. 11 c. 7. sh. 393.

önüne alındığında 2238 sayılı kanunun tüm organ ve doku nakillerini kapsamadığı ortaya çıkmaktadır.

Organ nakli ve ticareti konusu hukukumuzda iki ayrı kanun tarafından düzenlenmiştir. Bunlardan birisi 1979 tarih ve 2238 sayılı organ ve doku alınması, saklanması aşılınması ve nakli hakkında kanun, diğeri yeni Türk Ceza Kanunu'nun 91, 92 ve 93. maddeleridir. Bunlardan birincisi özel bir kanun, ikincisi genel kanunun özel hükümleri konumundadırlar. Her iki kanunun hükümleri birbirleriyle kısmen örtüşmektedirler. Ancak tam veya kısmen örtüşme halinde sorunun nasıl çözüleceği tartışılmaya açık olacaktır.

Organ veya doku bir bedel karşılığı satılamazlar (2238 sk m. 3). Organ veya doku verme yükümlülüğünün yerine getirilmesi için dava açılmaz. Yükümlülüğünü yerine getirmediği için maddi ve manevi tazminat isteminde bulunulamaz (MK. m. 23/2).

Bu hükümlerin nedeni insan bedeni ve onurunun değer oluşu, paha biçilemezliği, alım ve satıma, bir borç ilişkisine konu olamayacağı tüm hakların temelini oluşturan kişinin beden bütünlüğü üzerindeki hakkının devredilemeyeceği ve bu haktan vazgeçilemeyeceğidir (MK. m. 23). Eğer bir akraba veya herhangi bir kişi bir diğerrinin organından para kazanırsa toplumda ayıplanır. Ayrıca yapılan fiil para kazananı psikolojik yönden ezer.

Kanun, organ ve doku alınmasına ilişkin her türlü reklamı da yasaklamıştır. Bunun nedeni insan organlarının reklamı konu olmasının insan onuruna aykırı olacağı, organ alımı satımına yol açabileceği ve netice olarak insanı küçültebileceğidir. Bununla beraber organ ve doku naklinin faydaları başarılı şekilde sonuçlanmalarına ilişkin bilimsel ve istatistikî çalışmalar reklam sayılmayacaklardır (2238 sk. m. 4).

Organ veya doku yaşayan veya ölmüş bir kişiden nakledilebilir. Her durumda alıcı yaşayan bir kişidir. Birinci du-

rumda yaşayan kişiler arası organ nakli, ikinci durumda yaşayan kişiden ölüye organ nakli söz konusu olacaktır.

DOĞAN
SOYASLAN'IN
TEBLİĞİ

I. YAŞAYAN KİŞİLERDEN ORGAN VE DOKU ALINMASI

Yaşayan bir kişinin organı veya organının bir kısmının (böbrek, karaciğer veya karaciğerinin bir kısmı) sağlıklı bir yaşam için ihtiyacı olan, organın görevini yapamayan bir kimseye nakledilmesidir.

Yaşayan kişiden organ alınması için her şeyden önce rızanın bulunması gerekir. Rıza hukuka uygunluk nedenidir (m. 6).

Vericinin rızasının geçerli olması için on sekiz yaşını doldurmuş olması gerekir. On sekiz yaşını doldurmamış olan kişinin rızası da olsa organının alınması kanunun on beşinci maddesini ihlal teşkil eder.

On sekiz yaşını doldurmak yetmez. Aynı zamanda, kişinin mümeyyiz olması da gerekir. Mümeyyiz olmayan, algılama ve davranışlarını kontrol etme yeteneği olmayan kişinin rızası geçerli değildir. Temyiz kudreti olmayan kişiden organ alınması on beşinci maddenin ihlalini oluşturur (kanuna aykırı olarak organ alımı).

Hata, hile veya tehdit, baskı sonucu elde edilmiş olan rızalar geçersizdir. On sekiz yaşından küçüklerin organları veli, vasilerin rızasıyla da olsa alınmaz. Çünkü kişiye bağlı bir hak söz konusudur.

Verici, rızasını organ veya dokunun alınması zamanından önce verebileceği gibi alınması anında da verebilir. Rıza verme işlemi iki tanık huzurunda açık, bilinçli, etkiden uzak bir ifade ile gerçekleştirilir. Bu belge verici tarafından imzalanır, hekim tarafından onaylanır veya verici verme iradesini

DOĞAN
SOYASLAN'IN
TEBLİĞİ

iki tanık önünde açıklar. Bu açıklama tutanağa geçirilir ve verici tarafından imzalanır. Hekim tarafından onaylanır. (m. 6).

Alıcının da rızası gerekir. Çünkü alıcı bir hastadır. 1219 sayılı Tabipler Kanunu'na göre doktorun müdahalesi için hastanın rızası gerekir. Bu rıza özgür, baskıya uğramadan elde edilmiş olmalıdır. Hata, hile ve tehdit sonucu elde edilmiş olmalıdır (m. 70).

Alıcı on sekiz yaşını bitirmemiş ise veli veya vasisinin, kanuni temsilcinin rızası gerekmektedir. Vericiden farklı olarak burada kanuni temsilcinin rızası kafi gelmelidir. Çünkü alan kişi sağlığını iyileştirmek veya sağlığını kurtarmak için organ almaktadır. Vücudundan herhangi bir parça vermemekte, vücutta bir eksiklik meydana gelmemektedir.

Alıcı ile vericinin organ verme hususunda sözleşme yapması mümkündür. Sözleşmenin içeriği Borçlar Kanunu'nun 19/1 maddesi uyarınca belirlenir. Ancak verici organ nakli konusunda alıcıdan maddi manevi bir tazminat talebinde bulunamaz. Alıcı vericiyi sözleşmenin gereği organ verme konusunda mahkeme kanalıyla zorlayamaz. Edimin yerine getirilmesini isteyemez (Mk. m. 23/3). Burada söz konusu olan eksik borçtur.

Verici organ veya doku vermesi karşılığında bir bedel, bir menfaat, bir tazminat talebinde bulunamaz. Böyle bir talep insanın değeri ölçülemez bir varlık oluşu ilkesine aykırı olacak, keza ahlaka ve hukuka da aykırı olacaktır. Ancak organ vermek vericinin bir süre hastanede kalmasını, günlük işlerini yapamamasını gerektirebilir. Bu durumda organ vermeden bağımsız olarak vericinin bir takım masraflara maruz kalması söz konusudur. Verici bu masrafları alıcıdan isteyebilecek ve bunlar sözleşme konusunu oluşturacaklardır.

A. Vericinin Aydınlatılması

Organ alınmadan önce vericinin rızası alınmalıdır. Rıza alınmadan önce verici organ naklini yapacak olan hekim veya hekimler tarafından, organ veya doku vermenin neticeleri hakkında aydınlatılacaktır. Organ vermenin yaratabileceği tehlikeler, bunun tıbbi, psikolojik ailevi ve sosyal sonuçları hakkında bilgilendirilecektir (m. 7). Böylece vericinin organını vermenin sonuçlarından bilgilendirildikten sonra daha sağlıklı karar vermesi sağlanacaktır.

Organ vermenin alıcıya sağlayacağı yararlar vericiye anlatılacaktır. Aile bireylerinin organ veya doku vermesinden ailenin diğer bireyleri de etkilenirler. Vericinin evli olması halinde eşi bilgilendirilecektir. Eşin bilgilendirilmesi bir tutanakla tespit olunacaktır.

Hekimler alıcı ve vericinin isimlerini gizli tutmak zorundadırlar (m. 7/f). Açıklanması şahsiyet haklarına aykırıdır. Aksi halde 15. madde ihlal edilmiş olunur. Ancak verme ve alma işlemleri kan veya kayın hısımları veya yakın kişisel ilişkiler içinde olanlar arasında gerçekleştirilmiş ise alıcı ve vericinin isimleri açıklanabilir. Yakın kişisel ilişkiler ifadesinin kapsamı belirsizdir. Ancak bu ilişkiden dostluk ilişkisi anlaşılabilir. Vericinin rızası alınmadan organ nakli suçtur. (2238 s.k. m. 6,15)

B. Alıcının Rızası

Organ nakli için alıcının da rızası gerekir. Alıcının rıza göstermemesi her şeyden önce tıp etiğine aykırıdır. Ayrıca alıcı hukuki açıdan bir hastadır. Hastanın rızası olmadan, onu iyileştirmek amacıyla da olsa müdahale etmek kişilik haklarına aykırıdır. Çünkü bu durumda insanın kendi, sağlığı üzerinde bir başka değer, bir başka güç egemen olmaktadır ki bu durum da kişilik haklarına aykırıdır.

DOĞAN
SOYASLAN'IN
TEBLİĞİ

Esasen 1928 tarihli Tababet ve Şuabatı San'atlarının tarzi icrasına dair kanunun 70. maddesine göre hekimler yapacakları her ameliye için hastanın rızasını, yoksa veli ve vasisinin rızasını almak zorundadırlar. Büyük ameliyatlar için rıza yazılı olarak alınacaktır. O halde organ nakli ancak alıcının yazılı rızasıyla gerçekleştirilecektir. Bu yasağa uyulmaması halinde hekime 174 milyon lira idari para cezası verilecektir.

Eğer alıcının veli veya vasisi yoksa veya kendisini ifade etmeye muktedir değil (baygınlık hali gibi) ve hasta için hayati tehlike varsa hekim müdahale edebilecek, organ nakli yapabilecektir. Durum bu olunca alıcının iradesi var ve kendisini ifade edebiliyor ve muhalefet edebiliyorsa nakil yapılamayacaktır. Bilincini kaybettiği an keza nakil yapabilecektir. Hasta hakları yönetmeliğinin 24. maddesinden de böyle bir neticeye ulaşmak mümkündür.

70. madde Türk Hukukunun özüne uygundur. Esasen bizim hukukumuz henüz ötenaziyi kabul etmemiştir. Ötenazi bazı Avrupa ülkelerinde yer yer kabul edilmektedir.⁶

⁶ (1984 yılında Hollanda anayasa mahkemesi gönüllü ötenazi için kabul edilebilirliğini gösteren on koşulu tanımlamıştır, 1993 yılında Lordlar kamarası daimi bitkisel yaşamda olan hastanın (Tony Bland) beslenme tüpünün çıkartılmasına izin vermiştir.

1994 yılında ABD Oregon'da ve Hollanda'da doktorlara öldürücü ilaç yazmaya izin veren yasa kabul edilmiş, 1995 yılında İrlanda Anayasa Mahkemesi 20 yaşında bitkisel yaşamda olan genç kızdan beslenme tüpünün çıkartılmasına izin vermiş, Kuzey Avustralya'da aktif gönüllü ötenaziye izin veren dünyada ilk yasa çıkmış, 1996 yılında Amerika Birleşik Devletleri Anayasa Mahkemesinde yardımcı intiharı da içeren Oregon onurlu ölüm yasası kabul edilmiş, 1996 yılında İskoçya mahkemeleri ilk ölme hakkı vakasını onaylamış, dört yıldır komada olan Mrs Johnstone'in ölmesine izin verildiği için beslenme tüpü çıkarılmış, 1997 yılında Amerikan anayasa mahkemesi hekim yardımcı intihara karşı yasaların anayasal olmadığını belirtmiş, aynı yıl Kolombiya'da sınırlı ötenazi kabul edilmiş, 1998 yılında Oregon onurlu ölüm yasası ile hastaların hekimlerinden yardımcı intihar talebinde bulunmasına izin verilmiştir (Ersoy N. Çağdaş Tıp etiği İst. 2003 sh 382).

C. Hekimlerin Organ veya Doku Alamayacağı Haller

Eğer verici, akli ve ruhi durumu itibariyle irade özgürlüğüne sahip değil, organ nakli konusunda karar veremeyecek durumda ise, hekimler bundan organ alamayacaklardır.

Verici organını bir bedel veya çıkar karşılığı veya insani olmayan bir amaçla veriyorsa, hekim organ veya doku naklini reddetmek zorunda olacaktır (m. 7 c, e).

D. Verici ve Alıcının

Organ ve Dokularının İncelenmesi Zorunluluğu

Organlar dokulardan, dokular da hücre ve liflerden oluşurlar. Organ veya doku alınması bazen vericinin sağlığını veya hayatını tehlikeye sokabilir. Organ almak, vericinin hayatını tehlikeye sokmamalıdır.

Naklin başarıyla gerçekleşmesi için vericinin dokuları ile alıcının dokuları arasında uyum olması gerekir. Hayati riskleri ortadan kaldırmak ve nakli başarıyla gerçekleştirmek için vericinin ve alıcının organ ve dokuları incelenmeli, naklin uygunluğuna karar verilmelidir (m. 9).

Eğer alıcı ve vericinin, doku ve organlarında uyumsuzluk var ve buna rağmen nakil gerçekleştirilmişse, gerçekleştiren hekimlerin sorumluluğu için durumda bakmak gerekir. Nakli gerçekleştiren doktorlar açısından nakil özensizlik sayılabiliyorsa doktorlar taksirle yaralamadan sorumlu olacaktır. Elbette fiilin taksirle işlenip işlenmediğini bilirkişi belirleyecektir. Bu bilirkişi de Yüksek Sağlık Şurası veya hekimlerden oluşan bir heyet veya tam teşekküllü bir hastane doktorları olacaktır. Eğer verici veya alıcı vermeye ve almaya bağlı olarak hayatını kaybetmişse hekimler taksirle insan öldürmeden sorumlu olacaklardır.

DOĞAN
SOYASLAN'IN
TEBLİĞİ

Eğer hekimler verici veya alıcının öleceğini bile bile veya öleceğini öngörerek nakli gerçekleştirmişler ise kasten veya olası kastla insan öldürmeden sorumlu tutulacaklardır.

II. ÖLÜDEN ORGAN NAKLİ VEYA VERİCİNİN ÖLÜ OLMASI

Verici ölmüş de olabilir. Ancak sorun kişinin ne zaman ölmüş sayılacağındadır. Bu konuda tıp doktrininin de iki tür ölüm hali kabul edilmektedir. Birincisi biyolojik ölüm, ikincisi beyin ölümü. Yakın zamana kadar kabul edilen ölüm anlayışına göre, bir insanın büyük hayat fonksiyonları denilen dolaşım, solunum ve sinir sistemlerinin durması ve kalp atışlarının sona ermesi ile ölüm gerçekleşir. Buna biyolojik ölüm ya da klinik ölüm adı verilir.

Beyin ölümü halinde beyin hücrelerinin harap olması sonucu beyin fonksiyonlarının durması söz konusudur. Yavaş yavaş meydana gelen bir olaydır. Beyin fonksiyonlarının tam ve irreversible (iyileştirilemez, düzeltilemez) bir tarzda kaybedilmesidir. Kişinin solunumu ve kan dolaşımını suni aletlerle yerine getirilebilir. Ancak bu demek değildir ki kişi yaşamaktadır. Beyin, vücudu artık idare etmiyorsa veya yeniden idare etmesi söz konusu değilse, artık o kişi ölmüş sayılacaktır.⁷

Türk tıp hukukunda beyin ölümü anlayışı kabul edilmiştir. Gerçekten organ nakli merkezleri yönetmeliğinin (20 Ağustos 1993 tarihli ve 21674 sayılı) ek-1 maddesinde beyin ölümünün gerçekleşmesine ilişkin kriterler tek tek sayılmış, maddenin sonunda "*hasta yakınına beyin ölümü deklare edildikten sonra organ bağış izni alınmadığında, hastaya uygulanan tıbbi destekler kesilir*" denmektedir.⁸

⁷ Akıncı sh. 105.

⁸ Kiper H. Organ Transplantasyonu ve Etik. Klinik Etik, İstanbul - 2001. sh. 527.

Beyin ölümü kriterinin kabul edilmesinin faydası, kalbi ve damarları atan, ancak beyni vücudunu idare edemeyen ve edemeyecek olan kimsenin henüz ölmemiş olan organının naklini sağlamaya imkan vermesidir. Gerçekten kalbi veya damarları atan kimsenin beyni artık vücudu idare edemeyecek konumda olabilir. Bu durumda henüz ölmemiş organları nakletmekte fayda vardır.

Kendisinden organ alınacak kişinin, önce ölmüş olabilip olmayacağı tespit olunur. Bu tespit, biri kardiyolog, biri nörolog, biri nöroşirurjiyen ve biri de anesteziyoloji ve reanimasyon uzmanından oluşan dört kişilik hekimler kurulunca yapılır. Kurul, ölümün tespitini tıp biliminin ülkede ulaştığı olduğu en son yenilik, bilgi düzeyi ve yöntemleri uygulayarak yapacaktır. Kişinin öldüğüne oy birliğiyle karar verilecektir (2238 sayılı kanun, m. 12).

Vericinin ölüm halini tespit edecek hekimler kuruluna alıcının devamlı doktorluğunu yapmış olan hekim, nakli gerçekleştirecek hekimler giremeyecektir (2238 sk. m. 13). Bu yasağın alıcının doktorları açısından nedeni organ naklinde acele etmeleri, birisini kurtarmak saikiyle sübjektif olabilmeleridir.

Vericinin doktoru açısından nedeni doktorun bazı tıbbi hataları gizlemek için hastadan bir an önce kurtulmak istemesi olabileceğidir.

Ölümü tespit eden tutanakta ölüm tarihi, saati ölüm hali belirtilir. Dört hekim tarafından imzalanır. Organ ve dokunun alındığı sağlık kurumuna tutanak teslim olunur. Tutanak sağlık kurumunda on yıl süre ile saklanır (2238 sk. m. 13).

Ölümün gerçekleşmesinden sonra insanın dokuları ve giderek organları ölürler. Organ naklini gerçekleştirmek ve bunda başarıya ulaşmak için ölümden hemen sonra, fazlaca zaman kaybetmeden organ naklini gerçekleştirmek gerekir.

DOĞAN
SOYASLAN'IN
TEBLİĞİ

Ölümün normal yollarla gerçekleşmesi halinde nakil dolayısıyla bir problem çıkmamaktadır. Ancak intiharlar, trafik kazaları veya silahla saldırı sonucu ölümlerde nakil için alınacak organa dikkat etmek, suç için delil olacak organları almamak gerekir.

Şüpheli ölümlerde ortaya çıkan bir başka sorun da, ölüyü Cumhuriyet Savcısı incelemeyen, ölüden organ alınıp alınmayacağıdır. Ölümünden sonra uzunca zaman geçerse nakledilecek organın hücreleri ölür. Nakil başarıya ulaşamaz. Bu durumda kanaatimizce suç delili olacak organı almamak ve Cumhuriyet Savcısı'nın iznini beklememek gerekir. Çünkü organ nakli ile korunan değer, kurtarılan hayat daha üstündür. Aslında doğru olan çözüm bu konuda kanuna bir hüküm koymaktır.

A. Ölenin Bağışı veya Ölmeden Önce Açıklanmış Rızası

Ölen kişi ölmeden önce organ veya dokularının tedavisi, teşhis veya bilimsel amaçlar için alınabileceğini açıklamış veya organ alımını kabul etmiş olabilir. Açıklama veya kabul organ bağış kartları veya resmi kimlik kartları vasıtasıyla yapılmış olabilir. Resmi veya özel bir belge ile vasiyet etmiş olabilir veya organ bağışını iki tanık huzurunda açıklamış olabilir. Bu gibi hallerde ölüden organ nakli yapılabilir (2238 sh. m. 14/1). Organını bağışlayan kişi kişilik hakkı üzerinde bir tasarrufta bulunmaktadır.

Kanaatimizce, mümeyyiz olan herkes öldükten sonra organlarının başka kimselere nakledilebileceğine ilişkin açıklama yapabilir. Yazılı belge düzenleyebilir. Böyle bir düzenleme yapmak için reşit olmaya gerek yoktur. Kişi on sekiz yaşından sonra bu belgeyi ortadan kaldırmadığı için belge geçerli olacaktır. Ancak resmi yazılı belge düzenleyemez. Bunun için ergin (reşit) olması gerekir.

Kişinin vücudu üzerindeki hakları kişilik haklarındandır. Kişi öldükten sonra, ölümünden önce yaptığı bir açıklama ile cesedi üzerinde tasarrufta bulunabilir. Açıklamanın yapıldığı iki tanık ile doğrulanmalıdır. Ölü, sağlığında ölümünden sonra organ alınmasına karşı olduğunu açıklamışsa, cesedinden organ alınmaz (2238 sh. m. 14/3).

Aksine bir vasiyet veya beyan yoksa kornea gibi ceset üzerinde bir değişiklik yapmayan dokular alınabilir (2238 sh. m. 14/2).

B. Yakının Organ Alımı Yönünde Rızası

Eğer organı alınacak ölen kişi ölmeden önce organının alınması yönünde bir açıklama yapmamış ise, eşinin rızası aranır. Eşi yoksa reşit olan çocukları, bunlar yoksa ana veya babası, bunlar da yoksa kardeşlerinden birisi, bunlar da yoksa bir yakınının rızası alınabilir.

Adı geçen yakınların rızasının istenmesi için organ almaya ihtiyaç duyulduğu anda ölünün yanında bulunmaları gerekir. Kanun ölüye yakınlık derecesine göre bir sıralama yapmış, eşi ve kan bağından yakınları yoksa herhangi bir yakınının da rızasının alınabileceğini kabul etmiştir.

Yakından kastedilen bir arkadaşı veya herhangi bir şekilde ölünün yanında olan bir tanıdık kişi olabilir.

Ölünün organ bağışlama iradesinin yokluğu ve ölünün yakınlarının cesedin yanında bulunamayışları halinde ne yapılacağı konusunda kanunda bir hüküm yoktur. Kanaatimizce bu gibi hallerde nakil yapmak mümkün olmalıdır. Çünkü hekim zaruret halinde olacaktır.

C. Rıza Konusunda Hukuk Düzenlerince Öngörülen Sistemler

Ölüden organ nakli dolayısıyla rıza konusunda hukuk düzenleri iki sistem kabul etmiştir. Bunlardan birincisi ölümden önce ölenin bağış veya yakınlarının verme iradesini, ikincisi ölünün organ alımı konusunda herhangi bir yasak koyup koymadığını veya organ alımına yakınlarının itirazını arayan sistemdir.

Organ nakli için ölenin önceden nakil izni vermesini veya yakınlarının rızasını aramak yaşamak isteyenlerden ziyade ölenleri koruyan bir sistemdir. Çünkü yaşlılar hariç normal olarak insanlar ölümü düşünmez ve bu nedenle de genelde bağış yapmazlar. Yapsalar bile bağışlamaya ilişkin evrakı ceplerinde bulundurmazlar.

Yaşamak isteyenler için ikinci dezavantajı rıza almak için ölünün yakınlarını bulmanın zorluğu veya her zaman kolay olmayışıdır. Oysa organ naklinin zaman kaybına tahammülü yoktur. Ölümden kısa süre sonra nakil gerçekleştirilmelidir. Aksi halde organ canlılığını kaybedecektir.

Belçika, Fransa, İtalya gibi bazı ülkelerin kanunlarında ölüden organ alınmasına ölmeden önce ölü tarafından organ alımı konusunda bir yasak konulmamış veya ölümden sonra ölüden organ alırken yakınları tarafından itirazda bulunulmamışsa, ölüden organ almak ve başkasına nakletmek mümkün olmaktadır.⁹

Bu sistem daha çok hasta lehinedir. Gerçekten ölünün yakınları her zaman bulunmayabilir veya organ alınması veya bağışlanması için izin istendiğinde ölenin yakınlarının böyle bir sistemi geri çevirmeleri mümkündür. Oysa doktorların kendiliklerinden, yakınlarından izin almadan müdahaleleri çoğu zaman itirazsız kalabilir ve böylece bir hayat kurtarılmış

⁹ Gökçen A. Organ ve Doku Nakli Üzerine Düşünceler. *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* Cilt 8 Yıl 2000 Sayı 1-2 Sayfa 79.

olabilir. Öte yandan normal hayatta insanlar ölümü düşünmez, öldüklerinde organlarının nakledilmemesi yönünde bir yasak koymazlar. Tüm bu durumlar aslında alıcı lehine olup onu koruyucu niteliktedirler.

Söz konusu sistemin bir diğer faydası da ölü yakınlarının cesedin yanında bulunmadığı ve acilen nakil gerektiği zamanlarda, organ nakline imkan vermesidir.

Bu sistem Türkiye'de sadece kornea nakilleri için kabul edilmiştir. Gerçekten aksine bir vasiyet veya beyan yoksa ceset üzerinde bir değişiklik yapmayan "kornea gibi" dokular alınabilecektir. O halde öldükten sonra korneasının alınmasını istemeyen kişi önceden alınmaması yönünde bir vasiyette bulunmamışsa korneası alınacaktır. Aksine vasiyette bulunmuş ise alınmayacaktır. Alınması kornea veya ceset üzerinde değişiklik yapmayan organların alınması için ölü yakınlarının rızasını almaya gerek yoktur (2238 sayılı k. m. 14/2). Bunlar razı olmasalar da kornea alınabilecektir.

D. Yakınlara Ulaşılamama, İvedilik ve Zaruret Hali

Her ne kadar 2238 sayılı kanun, on dördüncü maddesinin birinci fıkrasında organı alınan ölünün bağış iradesini veya yakınlarının rızasını aramış olsa da, bağış iradesinin yokluğu ve yakınlarla ulaşılamadığı durumlarda organ naklinde ivedilik ve tıbbi zorunluluk olması hallerinde, hekimlere müdahale ederek rıza olmasa dahi organ nakline izin vermiştir. Gerçekten kaza veya doğal afetler sonucu vücudun uğradığı ağır harabiyet nedeniyle yaşamı sona ermiş olan bir kişinin yanında yakınları yoksa tıbbi ölüm hali hekimler kurulunun raporlarıyla tespit edildikten sonra, sağlam doku ve organları alınarak naklolunabilecektir. Alınacak organ kişinin tıbbi ölümüne sebebiyet vermemesine dikkat olunacaktır.

Zaruret hali nedeniyle organ nakli için, vericinin kaza ve doğal afet sonucu vücudun uğradığı ağır harabiyet nedeniy-

le kişinin yaşamı sona ermeli, alıcının yaşamı organ ve doku nakline bağlı olmak ve nakilde ivedilik ve tıbbi zorunluluk bulunmalıdır.

Ancak uygulamada hekimler her durumda ölenin yakınlarının iznini almaktadırlar.

Zaruret hali nedeniyle organ alınması halinde organ alımı işlemi tamamlandıktan sonra adli otopsi yapılabilir. Hekimler kurulunun raporu ile adli muayene ve otopsi tutanağa geçirilir ve evrakına eklenir (2238 sh. m. 14/4).

Organ ve doku nakli, saklanması, aşılması, bu işler için gerekli uzman personel, araç ve gerece sahip sağlık kurumlarınca yapılabilir (2238 sh. m. 10).

III. 2238 SAYILI ORGAN VE DOKU ALINMASI, SAKLANMASI, AŞILANMASI VE NAKLİ HAKKINDA KANUNUN İHLALİ

Kanuna aykırı olarak organ ve doku alan, saklayan, aşıl原因, nakledenlerle bunların alım ve satımını yapanlar, alım ve satımına aracılık edenler veya bunun komisyonculuğunu yapanlar hakkında, fiil daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde iki yıldan dört yıla kadar hapis ve 50.000 liradan 100.000 liraya kadar ağır para cezasına hükmolunur (m.15). Para cezaları 5252 sayılı Türk Ceza Kanunu'nu yürürlüğe koyan kanun tarafından iki bin sekiz yüz altmış katına çıkarılmış (m. 4/1-p-6), ağır para cezaları adli para cezasına dönüştürülmüştür (m. 5/1).

a. Kanuna aykırılıklar yaşayan vericilerden nakillere ilişkin olabileceği gibi, ölümlerden organ alınmasına ilişkin olabilir. Tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlar dışında organ nakli, bir bedel veya çıkar karşılığı organ nakli, organ ve doku alınması ve verilmesine ilişkin reklam yapma, on sekiz yaşını doldurmamış ve mümeyyiz olmayan kişilerden organ nakli, verici-

nin rızası alınmadan organ nakli, verici aydınlatılmadan organ nakli, vericinin organ vermesi ve nakli halinde alıcının sağlayacağı yarar konusunda bilgilendirilmemesi, akli ve ruhi durumu itibariyle karar veremeyecek durumda olan kişinin organını almak, bir bedel veya çıkar karşılığı verildiğini bile bile organ almak, alıcının ve vericinin isimlerini açıklamak, vericinin yaşamını mutlak surette sona erdirecek veya tehlikeye sokacak organ ve dokuların alınması, verici ve alıcıların olurluk açısından tıbbi inceleme ve tahlillerin yapılmadan organ ve dokuların nakledilmesi, organ ve doku alımlarının gerekli uzman personele, araç ve gerece sahip olmayan sağlık kurumlarınca yapılmasıdır.

b. Ölülerden organ alınmasına ilişkin hukuka aykırılıklar ölüm halinin hekimler kurulunca saptanmadan naklin gerçekleştirilmesi, nakli gerçekleştirecek olan hekimlerin ölüm halini saptayacak hekimler kurulunda yer almaları, ölüm halini saptayacak bir tutanağın düzenlenmemesi, organını bağışlamamış ölünün yakınlarının öluden organ alımı konusunda rızalarının alınmaması, organını bağışlamamış olan kişiden organ ve doku alınması, kaza veya doğal afet sonucu vücudunda ağır harabiyet meydana gelerek yaşamı sona ermemiş kişiden ivedilik ve tıbbi zorunluluk olmadığı halde organ alınmasıdır.

c. 15. madde ceza yaptırımını konusunda yargıca çok geniş bir takdir yetkisi tanımıştır. Torba madde konumundadır. Tüm kanuna aykırılıklar söz konusu madde içine sokulabileceklerdir. Mesela ölümün tespit tutanağının tutulmadığı, organ vericinin vermenin sonuçları hakkında aydınlatılmadığı, vericinin eşine bilgi verilmediği hallerde aynı ceza uygulanacaktır. Vericinin yaşamını mutlak surette sona erdirecek veya tehlikeye sokmak olan organ ve doku nakillerinde de aynı ceza verilebilecektir. Keza, verici ve alıcının yaşam ve sağlığı için söz konusu olacak tehlikeleri azaltmak amacıyla gerekli tıbbi inceleme ve tahlillerin yapılmaması halinde de

DOĞAN
SOYASLAN'IN
TEBLİĞİ

aynı ceza verilecektir. Bu durum hakimın takdirine bağlıdır. Ancak gayrı adil sonuçlar çıkarmaya müsaittir.

Organ verilmesi halinde alıcıya sağlanacak yararlar hakkında vericiyi aydınlatmayan hekim, alıcı ve vericinin kimliklerini saklamayan hekim iki yıldan dört yıla kadar hapis ve 50.000 liradan 100.000 liraya kadar ağır para cezasıyla cezalandırılacaktır (2238 sh. m. 15).

Alıcı ve vericinin kimliklerini saklamayan hekimin en az iki yıl hapis cezasıyla cezalandırılması veya bir ihmal sonucu veya acele sonucu ölüm tespit tutanağı düzenlenmemiş ise, bunu yapmayan hekim hakkında asgari iki yıl ve 50.000 lira para cezası kamu vicdanını tatmin edecek cezalar değildirler. Keza birisinin hayatını kurtarmak için ölü yakınlarının rızasını almadan ölüden organ alan kimse en az iki yıl hapis ve para cezaları ile cezalandırılmıştır. Bu da ağır bir yaptırım olup kamu vicdanını tatmin eder nitelikte değildir.

2238 sayılı kanunun ihlali halinde herhangi bir şikayet söz konusu olmaksızın takibat resen yapılacaktır. 2238 sayılı kanuna aykırı bir şekilde organ ve doku alan kişiler (hekimler) fiil daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde iki yıldan dört yıla kadar hapis ve 50.000 liradan 100.000 liraya kadar ağır para cezasıyla cezalandırılacaktır.

“Vericinin yaşamını mutlak surette sona erdirecek veya tehlikeye sokacak olan organ ve dokuların alınması yasaktır” (2238 sh. m. 8). hükmü ihlal olduğunda faile iki yıldan dört yıla kadar hapis ve 50.000 liradan 100.000 liraya kadar ağır para cezası verilecektir.

Ancak bu hüküm bu haliyle anlamsızdır. Çünkü organ alımı sonucu ya hayat sona erer veya sona erme tehlikesi ortaya çıkar. Ancak her iki durumda da sorumluluğu netice, vericinin durumu belirler. Verici ya ölüm ya da ölüm tehlikesi içinde yaşar. Her iki durumda da neticeye göre fail cezalandırılacaktır. Sorumluluk neticeye göre belirlenecektir.

d. Hekimler ayrıca vericinin yaşamını mutlak surette sona erdirecek veya tehlikeye sokacak olan organ ve dokuların alınmasından yani 15. maddeyi ihlalden cezalandırılmayacaklardır. Esasen böyle bir cezalandırma 15. maddede ifade olunan "*fiil daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde*" ifadesine aykırı olacaktır. Ayrıca bir fiile bir ceza verilir ilkesine de aykırı olacaktır.

Hekimler açısından vericinin yaşamını sona erdirme veya tehlikeye sokma fiili ya kasten gerçekleştirilir ya da taksirle gerçekleştirilir. Eğer hekimler vericinin hayatını tehlikeye sokma veya sona erdirme kastıyla hareket etmişler veya hayatının sona erebileceğini düşünmüşler ve bunu göze almışlarsa kasten veya olası kasıtle insan öldürmeden yargılanacaklardır. Bu durumda hekimler kasten insan öldürme hatta tasarlayarak öldürmeden yargılanacaklardır (T.C.K. m. 82/a) 2238 sayılı kanunun 15. maddesi uygulanmayacaktır. Çünkü iki hüküm birbiriyle örtüşmemektedir.

Eğer hekimlerde vericinin yaşamını mutlak surette sona erdirme veya tehlikeye sokma iradesi yok, ancak organ alma sonucu kişi ölmüşse hekimler taksirle adam öldürmeden cezalandırılacaktır (T.C.K. m. 85). Bu durumda da 2238 sayılı kanunun 8. maddesi ile bir örtüşme söz konusu değildir.

Eğer hekimler sadece organ alma kastıyla hareket etmişler ve bunun sonucu kişinin hayatı sona ermişse, hekimler netice sebebiyle ağırlaşmış yaralamadan cezalandırılacaktır (T.C.K. m. 87/4). Kanuna göre netice sebebiyle ağırlaşmış yaralamadan cezalandırmak için böyle bir nakil fiilinin ölüm gibi bir neticeyi doğuracağı tahmin edilmesi gerekir. Artık sorumluluk sübjektifleşmiştir. Ancak ölmüş bir kişinin faili yaralamadan cezalandırılmaktadır.

Organ alınması sonucu vericinin yaşamını sona erebilecek veya hayatı için tehlike söz konusu ise, hekimler netice sebebiyle ağırlaşmış yaralamadan sorumlu olacaklardır (T.C.K. m. 87).

DOĞAN
SOYASLAN'IN
TEBLİĞİ

Eğer hayati tehlike doğuracak nitelikteki organ alımı hekimlerin dikkatsizliği veya özensizliği sonucu gerçekleşmiş ise fiil taksirle insan yaralamasının ağırlaşmış halini oluşturmaktadır (T.C.K. m. 89/2).

2238 sayılı kanunda alınan organın nakli sonucu vücut fonksiyonlarının bozulması veya hayatı için tehlike doğmasına ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Oysa organ transferleri sonucu alıcının da sağlığının ve vücut fonksiyonlarının bozulması, daha da kötüleşmesi mümkündür. Bu durum doktorların genelde dikkatsiz ve özensizliğinden ileri gelebilir. Bu durumda hekimlerin fiili taksirle yaralama (m. 89), alıcı ölmüşse taksirle öldürme olacaktır (T.C.K. m. 85).

IV. 2238 SAYILI KANUNUN TC KANUNU İLE ÖRTÜŞTÜĞÜ VEYA ÖRTÜŞMEDİĞİ HALLER

a. 2238 sayılı kanunun 15. maddesi ile yeni Türk Ceza Kanunu'nun 91. maddesi arasında birçok konuda örtüşme mevcuttur. Bu durumda 15. madde gereğince ağır olan hüküm uygulanacaktır. 2238 sayılı kanunda öngörülen organ ve doku nakli, tedavi teşhis ve bilimsel amaçlarla organ ve doku alınması, saklanması, aşılması ve naklini düzenlemektedir. Kanuna göre bu amaçlara uygun, ancak nakle ilişkin kuralara aykırılıklar ile amaçlara uymayan nakiller 15. maddenin ihlalini oluşturacaklardır.

Oysa Ceza Kanunu'nun 91. maddesi organ veya doku ticareti başlığını taşımakta, tedavi teşhis ve bilimsel amaçlarla organ ve doku alınmasından söz etmemektedir. Aslında bu başlık ile madde içeriği de tam olarak uyuşmamaktadır. Oysa maddede sadece organ ticareti cezalandırılmamakta, organ alım ve muhafazası da cezalandırılmaktadır.

Ancak Türk Ceza Kanunu'nun 91. maddesinde öngörülen alım, muhafaza, satım sadece tedavi ve teşhis için alım satım ve muhafaza değildir. Daha geniş bir amaç için alım sa-

tim muhafaza söz konusu olmaktadır. Durum bu olunca 2238 sayılı kanunu tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlı organ ve doku alınması, saklanması, aşılması ve nakli hakkındaki kanunu özel kanun saymak gerekmektedir.

Ancak bu durumda 2238 sayılı kanunun "*fiil daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde iki yıldan dört yıla kadar hapis*" öngören 15. madde hükmünün nasıl uygulanacağı bir sorun olarak karşımıza çıkacaktır.

Bize öyle geliyor ki, 2238 sayılı kanunun 15. maddesi Türk Ceza Kanunu'nun 91. maddesi ile örtüşük olarak uygulanamayacak, çünkü Türk Ceza Kanunu genel bir kanundur, ancak hukukumuzda mevcut olan özel kanunlarla örtüştüğünde uygulanacaktır.

b. Mademki 2238 sayılı kanun, tedavi ve teşhis amaçlı, organ nakline ilişkin özel bir kanundur, o halde organ nakillerinde sadece bu kanun uygulanacaktır. O zaman "*fiil daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde...*" ifadesine ne gerek vardır.

Ancak sorun yine de tartışılacak ve Türk Ceza Kanunu'nun 91. maddesi karşısında, 2238 sayılı kanunun bazı hükümlerinin ve 15. maddesinin uygulanmayacağı ileri sürülecektir.

Bunlar;

"*Hukukun geçerli rızaya dayalı olmaksızın, kişiden organ alan kimse, beş yıldan dokuz yıla kadar hapis ile cezalandırılır*" hükmüdür (m. 91/1). Rıza genel bir hukuka uygunluk sebebidir. Başkalarının sağlığının korunması için kişinin organlarından birini vermesi cezalandırılmaz. Ancak bunun hukuka uygun olması için organ alınması kişinin sağlığına zarar vermeme-lidir.

Organ nakli konusunda hukuken geçerli rıza 2238 sayılı kanunun 6. maddesi tarafından düzenlenmiştir. Her şeyden önce razı olan kişinin on sekiz yaşını bitirmiş ve algılama gücüne sahip olması gerekir. On sekiz yaşından küçüklerin rı-

zasıyla organ almak, mümeyyiz olmayan kimselerin rızasıyla organ almak, hukuken geçersiz işlemlerdir.

Keza on sekiz yaşını bitirmiş kimsenin rızasını almadan organ almak hukuka aykırı olacaktır.

Söz konusu maddede rızanın alınma şekli de belirtilmiştir. Verici bilinçli ve özgür iradesini iki tanık huzurunda açıklayacaktır. Bu açıklama iki tanık huzurunda yapılacaktır. Açıklamaya ilişkin bir tutanak düzenlenecektir. Bu tutanak doktor tarafından imzalanacaktır. Ya da organ verme iradesinin verici tarafından iki tanık huzurunda açıklandığı ve imzalandığı bir belge düzenlenecek ve hekimin onayına sunulacaktır (m. 6).

Rızanın iki tanık huzurunda değil de tek tanık huzurunda alındığını düşünürsek hukuken geçerli bir rıza olmayacaktır. Bu durumda da hekimler beş yıldan dokuz yıla kadar hapis cezası ve para cezası ile cezalandırılacaktır.

Hukuka aykırı olarak, ölüden organ veya doku alan kimse, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır (T.C.K. m. 91/1). Ölüden organ alınması 2238 sayılı kanunun 11 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Ölüden organ almadan önce ölüm hali bir tutanakla tespit olunur. Bunu hekimler kurulu oybirliği ile belirler. Ölümü saptayacak hekimler arasında organ naklini gerçekleştirecek hekimler bulunamaz. Ölü, sağlığında tedavi ve teşhis ve bilimsel amaçlarla organlarını bağışlamadığı veya bu konudaki iradesini iki tanık huzurunda açıklamadığı halde organının alınması (m. 14),

Kaza veya doğal afetler sonucu ölen veya bu şartlarda ölmeyen birinin organını ivedilik olmadığı halde alıcıya nakleden, ölüden hukuka aykırı olarak organ almak suçunu işlemiş olacaktır. Normal olarak aslında 2238 sayılı kanunun 15. maddesinin uygulanması gerekir. Çünkü bu madde tedavi amacıyla hukuka aykırı olarak ölüden organ naklini cezalandırmaktadır. Ancak 91. madde de hukuka aykırı olarak, ölü-

den organ veya doku alma fiili cezalandırılmaktadır. Ancak bu hüküm 2238 sayılı kanuna göre genel hükümdür. Durum bu olunca 91. maddenin ikinci fıkrasını uygulama olanağı yoktur. Ancak uygulanırlığı tartışılacaktır.

c. Ölüden organ alınmasına ilişkin bir başka hüküm de Türk Ceza Kanunu'nun 130/2. maddesinde bulunmaktadır, söz konusu maddeye göre *"bir ölünün kısmen veya tamamen ceset veya kemiklerini alan veya ceset veya kemikler hakkında tahkir edici fiillerde bulunan kişi, üç aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacaktır."*

Her ne kadar madde başlığında kişinin hatırasına hakaret denilse de kemikler hakkında tahkir edici fiilleri yapan kim-seden söz edildiğine göre cesetten organ alma her zaman hakaret olarak vasıflandırılmayabilecektir.

d. Bir bedel veya başkaca çıkar karşılığı, organ ve doku alınması ve satılması yasaktır. Organ alım satımı halinde 15. madde uygulanacaktır.

Organ satın alan, satan, satılmasına aracılık eden kişi hakkında, beş yıldan dokuz yıla kadar hapis cezası verilecektir. Doku satın alana, satana, satılmasına aracılık edene iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilecektir (m. 91/3).

2238 sayılı kanun tedavi, teşhis amaçlı organ alım ve satımını cezalandırmaktadır. Oysa T.C. Kanunu'nun 91/3 maddesi daha genel niteliktedir. Kanaatimizce 2238 sayılı kanunun 3 ve 15 maddeleri özel hüküm ve özel kanun niteliğindedir. Hukuken geçerli bir rızaya dayanmayan organ almalar, organ satın almalar, satmaların bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi ağırlatıcı sebeptir. Örgütten kastedilen üyeleri arasında hiyerarşik ilişki bulunan, üyeleri arasında işbölümü olan, üyelerinin birbirlerini tanımalarının zorunlu olmadığı bir kuruluştur. Örgüt suçun işlenmesinde kolaylık sağlamakta olup, örgütlü suçlarla mücadele zordur. Suçun örgüt faaliyeti içinde işlenmesi halinde, faile sekiz yıldan on

beş yıla kadar hapis ve on bin güne kadar adli para cezasına hükmolunabilecektir (T.C.K. m. 91/4).

Bu hüküm de 2238 sayılı kanuna göre genel hükümdür. Ancak 2238 sayılı kanununda organ alma, satma ve satın almaların bir örgüt tarafından işlenmesi halinde T.C.K. 91/4 maddesi uygulanacaktır. Çünkü 2238 sayılı kanunda fiilin örgütlü işlenmesine ilişkin bir hüküm yoktur.

e. Hukuka aykırı şekilde elde edilen organ dokuya nakletme saklama: Vericinin rızası, veya yazılı muvafakati olmadan veya ölünün yakınlarının rızasını almadan, ölüm tespit tutanağı tutmadan, vericiye organ vermenin neticeleri bildirilmeden, hukuka aykırı olarak, kısacası organ nakli hakkında 2238 sayılı kanuna uymadan alınan organı saklayan, nakleden kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapisle cezalandırılır (m. 91/5).

Bu konuda 2238 sayılı kanunda hüküm yoktur. O halde bu hüküm doğrudan doğruya uygulanacaktır. Ancak organ nakli hakkında kanuna göre verici aydınlatılmadan, olur raporu tutulmadan, ölüm tespit tutanağı düzenlenmeden yapılan organ alımı hukuka aykırıdır. Bu durumda öngörülen ceza ağır gözükmemektedir.

f. Organ temini veya alınması için reklam verme: 2238 sayılı kanunun 4. maddesine göre *"bilimsel, istatistiki ve haber niteliğindeki bilgi dağıtımı halleri ayırık olmak üzere, organ ve doku alınması ve verilmesine her türlü reklam yasaktır."* Bu yasağın ihlali halinde 15. madde gereğince hekimlere iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ve para cezası verilecektir.

Belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam veren veya yayınlayan kişi, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacaktır (T.C.K. m. 91/6).

91. maddenin b. fıkrası 2238 sayılı kanunun 4 maddesi ile tam olarak örtüşmemektedir. Ancak yine de tüm reklam ve ilanları 4 madde uyarınca cezalandırmak mümkündür.

Bu durumda Türk Ceza Kanunu'nun 91/6. maddesini uygulamak olanağı vardır. Ancak organ almak için reklam veren kişi, bir çıkar için organı alana reklam veren kişiden daha şiddetli cezalandırılacaktır. Kısacası 91/6. maddenin 2238 sayılı kanununun 4. maddesine göre öncelikle uygulanıp uygulanmayacağı tartışılacaktır.

g. Hukuka aykırı olarak organ alma, satma, satın alma, saklama, bunları bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işleme, çıkar karşılığı organ temini amacıyla ilan ve reklam verme, yayınlama suçlarının bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, tüzel kişi hakkında bunlara özgü güvenlik tedbiri uygulanacaktır. Söz konusu tedbirler faaliyet izninin iptali, kazancın müsaderesidirler. (T.C.K. m. 91/7). Meselâ yurt dışından sağlık araçları ithal eden bir şirketin aynı zamanda hukuka aykırı olarak organ ticareti yapması halinde şirketin ithalat ruhsatı iptal edileceği gibi, elde ettiği kazanç da müsadere edilecektir. Aslında böyle bir düzenlemeye ihtiyaç yoktu. Çünkü T.C. Kanunu'nun 60. maddesi esasen otomatikman uygulanmak durumundadır.

2238 sayılı kanunda böyle bir hüküm olmadığı için bu fıkranın uygulanması sorun çıkarmayacaktır. Ancak rızasız organ almaya ilişkin 2238 sayılı kanununun 6 ve 15. maddeleri uygulandığı zaman (ki bu kanun özel bir kanundur) tüzel kişilere ilişkin bu hüküm uygulanamayacaktır.

h. Hukuken geçerli bir rıza olmaksızın (iki tanık huzurunda yazılı bir belgeyle ifade olunan rıza, veya iki tanık huzurunda açıklanan ve imzalanan bağış iradesi olmaksızın) organ alınması sonucunda mağdur ölürse kasten adam öldürme suçuna ilişkin hükümler uygulanacaktır.

Aslında burada bir ayırım yapmak gerekirdi. Organ alıcılar organı alırken ölümü öngörmüşler ve buna rağmen organı almışlar ise olası kasıttan dolayı kasten adam öldürmenin varlığını kabul etmek gerekecektir. Eğer ölüm öngörülmemiş, oysa normal bir hekim ölümü öngörebilirdi ve kişi ölmüşse

fiil taksirle insan öldürme olacaktır. Netice sebebiyle ağır-
laşmış yaralama olarak da düşünmek mümkündür. Çünkü
yaralama hukuka aykırıdır. Ancak fiil yaralama ama burada
sonuç ölümdür.

1. Kural olarak organ veya doku satmak mümkün değil-
dir. Satılması suçtur. Çünkü organ satılması insanın en yüce
değer olmasına aykırıdır. 2238 sayılı kanunun 3 ve 15, Türk
Ceza Kanunu'nun 91/3. maddeleri tarafından cezalandırıl-
mıştır.

Ancak organ veya doku veren kişi bir takım ekonomik ve
sosyal sıkıntılar içinde olabilir. Organını bir menfaat karşılığı
satabilir. Organ satan kişi ekonomik ve sosyal koşulları itiba-
riyle zorunluluk içinde ise cezada indirim yapılabileceği gibi
kendisine ceza verilmeyebilir de (T.C.K. m. 92).

Maddenin karşılığında zorunluluk hali ifadesi kullanıl-
mıştır. Ancak bu terimin anlamı hukuka uygunluk sebebi
olan (m. 25/2) zorunluluk hali değildir. Vericinin içinde bu-
lunduğu ekonomik şartlardır. Bu nedenle zorunluluk hali
ifadesi kullanılmasa daha isabetli olurdu. Maddede belirtilen
ceza indiriminden ne anlaşılacağı da açıklanmaya muhtaçtır.
Ne kadar indirilecektir? İndirim oranı ne kadardır?

V. ETKİN PİŞMANLIK

Organ veya dokularını satan kişi resmi makamlar haber
almadan önce durumu savcılık, polis veya jandarmaya bildi-
rerek suçluların yakalanmasını kolaylaştırırsa, kendisine ceza
verilmez.

Resmi makamlar suçu haber aldıktan sonra, organ veya
dokularını satan kişi, herhangi bir zorlamaya maruz kalma-
dan, isteyerek gönüllü bir şekilde suçun meydana çıkmasına
ve diğer suçluların yakalanmasına hizmet ve yardım ederse,

hakkında verilecek ceza, yardımın niteliğine göre, dörtte birden yarısına kadar indirilecektir.

• Etkin pişmanlığı düzenleyen bu hüküm 2238 sayılı kanuna aykırılık hallerinde uygulanmayacaktır. Çünkü Türk Ceza Kanunu'nun ilk 75. maddesinde yer alan genel hüküm niteliğinde değildir.

Gerçekten kişi hayatı üzerinde tasarruf hakkına sahiptir. Hayatına sağlığına bakabileceği gibi bakmayıp ihmal edebilir de. Ama kendisini öldüremez. Durum bu olunca artık hasta kendini tanımaz halde, organ nakli olmasa hayati tehlike doğacak ise doktorlar organ naklini gerçekleştirerek hastaya ölümden kurtarabileceklerdir.

Açlık grevi bir protesto yöntemidir. Kişi hayatı üzerinde tasarruf yetkisine sahiptir. Eğer böyle bir yetki tanınmasıydı kişinin kişi olması dolayısıyla bir değer olması ilkesi tamamen ortadan kaldırılmış olurdu. Ancak protesto yetkisinin sınırı hayati tehlike doğduğu ana kadardır. Çünkü kişi vücudu üzerinde tasarrufta bulunabilir. Ancak kendini öldüremez. Ölüm hakkı Türk hukukunda tanınmamıştır. (CGİHK. m. 82)

Eğer müdahaleye bir şekilde direniyorsa görevlilerin üçüncü kişi lehine meşru müdafaa veya zaruret hali doğar. Müdahale etmeyen ölümü önlemeyen hekim veya görevliler ihmal suretiyle icra yoluyla veya ihmali hareketle adam öldürmeden sorumlu olur. Keza görevi ihmalden de sorumlu olurlar.

KAYNAKLAR

- Akıncı Ş., *Türk Özel Hukukunda İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ-Doku) Nakli Kavramı ve Bundan Doğan Hukuki Sonuçlar*, Ankara 1996.
- Arda B., *Tıp ve Sağlıkla İlgili Uluslar Arası Belgeler, Çağdaş Tıp Etiği İst. 2003, Tıp Etiği Açısından İnsan Hakları Çağdaş Tıp Etiği, İst. 2003, sh. 41 vd.*
- Bayraktar K., *Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İst. 1972.*
- Bayraktar K. *Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanuna İlişkin Düşünceler, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, İst. 1979 sh. 15.*
- Bulut H., *Kişilik Hakları ve Kişilik Haklarına Saldırıdan Kaynaklanan Hukuk Davaları, İst. 2006.*
- Elçioğlu Ö., Erdemir D. A., *Hasta Hakları Çağdaş Tıp Etiği, İst. 2003, sh. 86 vd.*
- Erman B., *Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Ank. 2003.*
- Gökçen A., *Organ ve Doku Nakli Üzerine Düşünceler, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 8, Yıl 2000, Sayı 1-2.*
- Hancı H., *Malpraktis, Ank. 2002.*
- Kiper H., *Organ Transplantasyonu ve Etik Klinik Etik, İst. 2001.*
- Öztan B., *Şahsın Hukuku Hakiki Şahıslar, 6. Baskı, Ank. 1994.*
- Savcı B., *Yaşam Hakkı ve Boyutları, Ank. 1980.*

Prof. Dr. Hans LILIE:

İlk bakışta organ ticareti esasen makul bir şey gibi gözük-
mektedir. Boston'da 1954 yılında yapılan ilk böbrek naklin-
den beri, böbrek bekleyen hastaların sayısı devamlı olarak
artmıştır. Nakil, bütün ayrıntılarıyla teknik bir rutin haline
almuş olan bir kavramdır. Vücudun kendi savunma sistemi
iyi bir şekilde kontrol edilebilen bir bağışıklık sistemi ile kon-
trol edilmektedir. Bir böbrek nakli bekleyen hasta listesindeki
sayıların gün geçtikçe artması karşısında organ nakli birçok
teşebbüslere rağmen ihtiyaçların çok gerisinde kalmaktadır.
Yıllardır böbrek nakli konusunda arz ile talep arasındaki
yüksek fark ile karşı karşıya bulunmaktayız. Ekonomik açı-
dan bakıldığında, serbest piyasa ekonomisinin şekillendirdi-
ği dünyada, böbrek bekleyen insanlara mümkün olan en kısa
sürede, başka anlatımla mümkün olan en kısa diyaliz süre-
si içinde yardım etmeyi amaçlayan bir piyasa arayışı ortaya
çıkılmaktadır. 27 Ocak 2008 tarihli Frankfurter Allgemeinen
Sonnstagszeitung'da şu haber yayınlanmıştır:

*"Arz ve talep oyunu, günlük ihtiyacımız olan gıda maddele-
rinin yeterli ölçüde hazır bulundurulmasını sağladığı gibi, maddi
cazibe de, organ arzı konusundaki boşluğun kapatılmasına neden
olabilir".*

* "Organ Ticareti Suçu", başlıklı tebliğ, çev. Prof. Dr. Hakan Hakeri. Teb-
liğin Almanca metni için bkz. Ekler bölümü EK 6.

Ekonomist Gerry Becker ve Julio George Elias da, *Journal of Economic Perspectives* dergisinde, organlarla ilgili bir pazarın faydalarını açıklamış ve bu noktada özellikle canlılardan organ alınmasının faydalarını vurgulamıştır. Yazarların Amerika Birleşik Devletleri'ni göz önünde bulundurarak yaptıkları hesaplara ve makuliyet değerlendirmelerine göre, organ naklinin masrafı, organ alıcısının organ için bir para ödemesi durumunda sadece %12'ye kadar bir oranda artacaktır. Ancak bununla beraber, organ arzı da önemli ölçüde artacak ve bekleme listeleri de geçmişte kalacaktır. Benzer görüşleri çok önceleri Alman ceza hukukçusu Friedrich-Christian Schroeder bir hukuk dergisinde savunmuştu. Polemiklere oldukça açık olan bu makalesinde yazar, hastaların bekleme listelerinde uzun süre bir böbreğe kavuşmak için beklemelelerinin sorumlusunun, sadece korkak hukukçular olduğunu savunmuştur. Yazar, devlet tarafından organize edilecek bir organ pazarının bütün problemleri çözeceğini ve böylece terminal böbrek problemleri olan hastalar için tıbbi bakımdan erken bir nakil seçeneğinin önemli bir lütuf olacağını belirtmektedir.

Ancak bütün bunların ilk bakışta görüldüğü kadar kolay olmadığı, örneğin Alman Organ Nakli Kanunu'nun 8/2. maddesindeki canlılardan gönüllü ve maddi menfaat karşılığı olmaksızın yapılan organ bağışında aydınlatmanın kapsamına ilişkin düzenlemeye bakıldığında görülmektedir. Bu maddeye göre (m. 8/2-3. bent), bağışta bulunan, bağışta bulunanın korunmasına yönelik tedbirler; organ bağışının sağlığı bakımından doğrudan ve bilahare meydana gelebilecek sonuçları ve bunların kapsamı hakkında aydınlatılmalıdır. Sadece bu hüküm bile göstermektedir ki, yaşayan kimselerin yapacağı bağış, gönüllü bağışlayan bakımından tehlikesiz değildir. Özellikle bir organ ticareti durumunda da bu söz konusu olacaktır. Avrupa Konseyi'nin "*Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being*"de bu nedenle açıkça organ nakli bakımından 21. maddede organ ticaretin-

den herhangi bir şekilde maddi bir kazanç sağlanması yasaklanmıştır. Keza Avrupa Konseyi'nin 2 Haziran 2004 tarihli "Steering Committee on Bioethics des European Health Committee" bakıldığında Avrupa Konseyi'nin çoğu üye ülkelerinde organ ticareti yasaklanmıştır. Açık bir ticaret yasağı, sadece Bulgaristan, İrlanda, Litvanya ve Malta'da bulunmamaktadır. Bazı ülkelerde ise organların yurt dışından alınması ve ithali serbest bırakılmıştır, örneğin, Avusturya, Gürcistan, İngiltere ve Polonya. Buradaki zaman darlığı karşısında farklı düzenlemelere ilişkin bilgi vermek mümkün görünmemektedir. Ancak belirtilebilir ki, Avrupa'da farklı düzenlemeler de olsa, esas itibarıyla genel bir organ ticareti yasağı vardır.

Alman Organ Nakli Kanunu organ ve doku ticaretini yasaklamıştır (m. 17). Bu hüküm kapsamında sadece tedavi için gerekli olan tedbirler bakımından gerekli olan uygun bir karşılığa müsaade edilmiştir, özellikle organın alınmasında, konserve edilmesinde ve ulaştırılmasında ortaya çıkacak masraflar gibi. Organ ticareti yasağı, organ ve dokuyu ticari amaçla alma, başka bir insana nakletme veya naklettirmeyi kapsamaktadır.

Genelde, resmi makamlar, organ ticaretinin çok büyük ve yaygın bir problem olmadığı kanaatindedirler. Kamuoyu tarafından bilinen olayları da dedikodu olarak değerlendirmektedirler. Ancak internete bakıldığında durum çok farklı gözükmektedir. Buna göre, zengin diyaliz hastaları böbrek almak için dünyayı dolaşmaktadırlar, özellikle kendi ülkelelerinde bu husus cezalandırılıyorsa. İngilizler ve Almanların, Hindistan'a; Japonların ABD'ye; Kuzey Amerikalıların, Peru veya Brezilya'ya gittikleri iddia edilmektedir. Ticaretin profesyonel olarak organize edildiği ve tıbbi turizm olarak adlandırıldığı belirtilmektedir. Amerika Kliniklerindeki danışmanlık firmaları, yıllık 700 Euro karşılığında hastalara Arap Böbrek Nakli Dairesi'ndeki listeye kabul edilmeyi sağlamaktadır. Bu daire, Suudi Arabistan, Katar veya Birleşik Arap

Emirlikleri'nden böbrekleri, yurt dışındaki ünlü hastanelere göndermektedir. Arap hastalar bir böbrek nakli için 100000 ile 500000 dolar arasındaki bir miktar para ödemektedirler (bkz. www.initiative.cc/Artikel/2005_05_09).

Bilinen bir başka husus da, İsrail Hastalık Sigortalarının yabancı ülkedeki nakilleri sağlık bakanlığının onayı ile ödedikleridir. Bu bakımdan bir nakil için 32000 dolar ödenmektedir. Organ nakline ilişkin daha somut örnek verilecek olursa, İsraili hastalar Estonya'da yabancı hekimler, anestezi uzmanları ve nefrologlar tarafından Tallin'de tedavi edilmektedirler. Keza yaşayan kimselerden yapılan bağışta, birden Moldovya'dan genç erkek akrabaların ortaya çıktığı ve Almanya'da olduğu gibi canlılardan organ nakli komisyonunun akrabalığa ilişkin sorular sorması halinde de, açık cevapların alınamadığı görülmektedir. Daha ilginç olanı, bu arada Hintlilerin organını satmadan önce ve sattıktan sonraki sosyal durumlarını araştıran bilimsel araştırmaların yapılmasıdır.

Organ ticaretini yasaklayan açık hükümlere rağmen, hasta ve tıpçıların mevcut sistemi kullandıkları organ ticaretinin yapıldığı olaylar açıkça görülebilmektedir. Hekimlerin yanlış güdümünü önlemek için Alman Nakil Kanunu, hastaların ülke çapındaki bir listeye, başarı şansı ve acillik kriterleri çerçevesinde yerleştirilmeleri şartını getirmiş bulunmaktadır. Bu ölçütler, benim başkanı olduğum Federal Hekimler Birliği Daimi Organ Nakli Komisyonu tarafından, tıp biliminin mevcut verilerine göre belirlenmektedir. Böylece organ nakli yapılacak kimsede belirli tıbbi değerler varsa, kendisine organ tahsis edilmektedir. Ancak bazen hastaya ulaşılamaması veya nakil yapılamaması nedeniyle, organ tahsisi yapılamamaktadır. Bu durumda organ listedeki bir sonraki kişiye önerilmektedir. Bu zincirde zaman zaman çok uzun süren soğuk kansızlık zamanı nedeniyle organın tekrar gönderilmesi pek mümkün olmayabilmektedir. Bu durumda organ dağıtım merkezi olan Eurotransplant, lojistik veya organizasyon nedenlerinden ötürü organın kaybı tehlikesi doğuyorsa hız-

lı dağıtımına yetkilidir. Dağıtım dairesi bu durumda merkeze muhtemel alıcıların listesini sunmaktadır. Merkez en uygun alıcıyı listedeki sıraya göre seçmek durumundadır. Bu noktada organ ticaretine kadar varabilecek manipülasyonlara açık bir alan söz konusu olmaktadır. Bu, özellikle hekimin örneğin karaciğeri, daha kısa bir süre önce listeye dâhil olmuş olan ve özel hasta olarak hekimin hesabına yüklü bir miktar yatırmış bulunan bir yabancı hastaya nakletmesi halinde söz konusu olmaktadır. Kontrol makamları para verilmesi ile hızlı organ temini arasında bir bağlantı kuramadıklarından, somut olayda bu tür olaylarda bir organ ticaretini ispat etmek oldukça güçtür. Ancak burada çok önemsiz derecede olmayan manipülasyonların yapıldığını varsaymak güç değildir. Canlılardan organ nakli için akrabalık şartı arandığından, aynı şey, yabancı hastaların Alman hastanelerinde akraba olduklarını iddia etmeleri halinde de geçerlidir. Bu tür olaylarda kanunen aranan operasyon sonrası bakım ve hastanın bu bakıma katılmaya hazır olmasının bu tür bir canlılardan organ bağıışı için yapıcı şart olduğu düşünüldüğünde, Alman Hukuku'na göre bu tür olaylar ceza hukuku bakımından önem kazanabilir. Burada hekimlere sorulması gereken soru, tıbbi bakımdan çok geri olan ülkelerde böyle bir bakımın nasıl garanti altına alınacağıdır. Hekimlerin yabancı hastalar için canlılardan organ bağıışına ve onu takiben nakle karar vermelerinin nedeni olarak, onların ülkelerinde tıbbin nakil ve nakil sonrası bakım için yeteri kadar gelişmediğini ileri sürmeleri durumunda, bu iddia daha da geçerlilik kazanmaktadır. Bu insanlar nakilden hemen sonra memleketlerine dönüyorlarsa, sadece organ ticareti şüphesi değil, netice sebebiyle ağırlaşmış yaralama veya en azından taksirle öldürme de söz konusu olabilecektir. Burada, cezalandırılan bir organ ticaretinin sınırlarının örtülü bir şekilde aşıp aşılmadığına bakılmalıdır. Açığa çıkan bazı olaylara bakıldığında, yoğun bir şekilde takibat eksiklikleri bulunduğu görülmektedir. Kovuşturma makamları bu kurallar konusunda hiçbir tecrübeye sahip değildirler. Özellikle yetkilerin bir kısmını hekimlik meslek hukukuna aktaran

HANS
LILIE'NİN
TEBLİĞİ

Alman Sistemi polis ve savcı için içyüzü öğrenilemeyen bir sistemdir. Tam da gerekli yerlerde hedefe yönelik soruşturma yapmaya yönelik yeterli uzmanlık bilgisi eksiktir. Hekimlik meslek disiplin kuralları ve yaptırımları da uygulanmamaktadır, zira kontrol makamları ile hekimler odası müdahalelerden korkmaktadırlar. Dolayısıyla açık cezai hükümlere rağmen belirlenemeyen bir karanlık alanda organ ticareti vardır ve var olmaya da devam edecektir.

Alman Organ Nakli Sistemi başından itibaren organ ticaretinin imkânsız olması yönünde belirlenmiştir. Serbest piyasa ekonomisine dayanan bir organ ticaretindeki sorun, ekonomik bakımdan güçlü olanın bu pazarda ilk hizmet alacak kişi olmasıdır. Arzda açığın bulunduğu ve talebin fiyatı belirlediği bir ortamda, ekonomik durumu dolayısıyla piyasada yer almayacak kişilerin bulunacağından endişe duyulmalıdır. Bir sigorta sisteminin İsrail örneğini benimsemesini ummak pek mümkün gözükmemektedir. İsrail hastalık sigortaları ölümlerden organ bağışi noktasındaki eksiklikleri kapatmak için terminal dönemdeki böbrek problemlerinde yabancı ülkelerdeki naklin masraflarını karşılamaktadırlar. Bu suretle organ ticareti ve organ piyasası için ortam oluşturmaktadırlar. İsrail vatandaşları organ nakli sisteminin çalıştığı ülkelere girmekte ve bizzat ödeyen özel hastalar olarak da rekabet avantajları elde edebilmektedirler. Rekabet avantajı doğal olarak aynı zamanda başka insanların devre dışı kalması anlamına gelmektedir. Aynı ölçüde hasta olan ve ağır acılar çeken hastalar, kendi ülkelerinin nakil sistemine giren ve ekonomik bakımdan kuvvetli olan bu hastalar karşısında geriye çekilmek durumunda kalmaktadırlar.

Alman Nakil Sistemi böyle bir mekanizmayı önlemek için her şeyi yapmaktadır. Organlar hasta odaklı olarak -merkez odaklı olarak değil- dağıtıldığından, hastanın ekonomik durumu bu bakımdan önem taşımamaktadır. Hasta odaklı organ dağıtımı, listenin en başındaki hastaya organı vermek-

tedir. Böbrek dağıtımındaki ölçütler, örneğin, bekleme süresi, hastalığın derecesi, uyum ve soğuk kansızlık zamanıdır. Bu sistem listedeki bütün hastaların eşitliğini güvence altına almakta ve organ dağıtımını ekonomik güçten bağımsız kılmaktadır. Buna karşılık merkez esaslı organ dağıtımını nakil merkezi tarafından ilgili hastanın seçimine nazaran manipülasyon olanakları da açmaktadır. Bunun Almanya'da zaman zaman "Rescue Allocations" bakımından gerçekleştiği tahmin edilmektedir. Bu nedenle bu takdirde de sıkı bir şekilde nakil yapılmalıdır. Ayrıca hastanın seçiminin kontrol edilebilir şekilde kayıt altına alınması gerekmektedir. Ancak tam da burada sistemin zayıf noktası bulunmaktadır. Kâğıdın uysal olduğu söylenir ve bu nedenle, daha çok ödeyen hastaları Rescue Allocation'da öne alma teşebbüslerinin çok sayıda olduğu söylenebilir. Dolayısıyla, yasa dışı organ ticareti engellenmek isteniyorsa, Rescue Allocation terk edilmelidir ve organ ticaretini arka kapıdan mümkün kılmayı engellemek için de yoğun bir denetim gereklidir.

Oturum Başkanı: Çok teşekkür ederim, gerçekten her konuşmacıya yaptığımız müsamahayı bile gerektirmeyecek bir hızla Sayın Profesör Lilie konuyu özetledi. Bu özette dikkatinizi çektiği üzere organ nakli konusunun hassas bir konu olduğunu, ticaretinde siyah rakamların gene de ihmal edilmeyecek boyutta olduğunu, bunun tabii insan sağlığıyla yakından ilgili olmasına bağlı bir duruma dayalı olduğuna ilişkin kişisel kanaatini de vurguladı.

Şimdi söz genç meslektaşımız Murat Aydın beyin. Murat Aydın bey Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde araştırma görevlisi. Selçuk Hukuk Fakültesi benimde yıllar önce -Köksal bey burada mı bilemiyorum- Köksal beyle birlikte 1984-85 ders yılında (ikinci yılıydı o yıl) rotasyonla 1 yıl görev yaptığımız bir hukuk fakültesiydi ve o günden bugüne gerçekten o dönemde aldığımız genç araştırma görevlilerinin

V. TÜRK - ALMAN TIP HUKUKU SEMPOZYUMU

HANS
LILLIE'NİN
TEBLİĞİ

bugün profesörlük düzeyine geldiğini görmek ve büyük bir azimle Selçuk Hukuk Fakültesi'ni Türkiye'nin en saygın hukuk fakültelerinden biri haline getirmesini yakından izlemek bizi çok duygulandırıyor. Genç arkadaşımızın da bu ortamda zannediyorum daha da ivme kazandıracağını düşünüyoruz. Şimdi bunu sizin huzurunuzda mesleğinin başında birisi olarak ne derece hak ettiğini sizler takdir etmek üzere sözü kendisine bırakıyorum. Buyurun.

Arş. Gör. Murat AYDIN (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi):*

A. GENEL OLARAK

Yeni TCK'nın yürürlüğe girdiği 2005 yılına kadar organ ve doku ticaretine ilişkin tek kanuni düzenleme 2238 sayılı "*Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun*"du.¹ Ancak yeni TCK, 91 vd. maddelerinde organ ve doku ticareti suçunu ve bunun cezalandırılabilirliğini düzenlemiş ve bu nedenle de Organ ve Doku Nakli Kanunu'nun konuya ilişkin 15. maddesini yürürlükten kaldırmıştır. Ancak Organ ve Doku Nakli Kanunu'nun 10. maddesinde belirtilen uzman, araç, gereç ve personele sahip olmama durumunun cezalandırılması açısından yine Organ ve Doku Nakli Kanunu'nun 15. maddesi uygulama alanı bulacaktır.

TCK'nın 91. maddesinin başlığı organ ve doku ticareti olarak belirlenmiştir. Başlıkta tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlarla organ ve doku alınmasına dair herhangi bir ibare yoktur. Ancak maddede organ ticaretinin yanı sıra organ alım ve mu-

* "Tıp Ceza Hukukunda Organ Ticareti Suçu", başlıklı tebliğ.

¹ RG, 03.06.1979, S. 16655. Burada kısaca Organ ve Doku Nakli Kanunu olarak ifade edilecektir.

hafazası da cezalandırılmaktadır. Bu nedenle, başlık madde metni ile uyuşmadığı gerekçeleriyle eleştirilmektedir.²

B. SUÇUN KONUSU VE KORUNAN HUKUKSAL YARAR

Organ ve doku ticareti suçunda suçun konusunu insan vücudu olarak ifade edebiliriz. Çünkü suç yaşayan ve ölü insanlara yönelik olarak işlenebilmekte ve insan vücudu da organ ve dokulardan oluşmaktadır.

Organ ve doku ticareti başlığı altında düzenlenen TCK'nun 91. maddesi ile öncelikle kişinin yaşam hakkı korunmak istenmektedir. Çünkü Organ ve Doku Nakli Kanunu'nun 8. maddesinde vericinin yaşamını mutlak şekilde sona erdirecek organ ve dokuların alınması yasaklanmıştır ve TCK m. 91 hükmü de Organ ve Doku Nakli Kanunu'na aykırılıkları cezalandıran hüküm olarak karşımıza çıkmaktadır. Ayrıca yaşam olmadığı müddetçe korunan hukuksal yarar olmayacağı düşünürsek yine öncelikle yaşam hakkının korunmak istendiği sonucuna ulaşabiliriz.

Kısaca organ ve doku ticareti olarak ifade edebileceğimiz suçun ikinci olarak korumak istediği hukuksal yarar vücut bütünlüğüdür. Organ ve Doku Nakli Kanunu, 8. maddesinde vericinin yaşamını tehlikeye sokacak organların alınmasını yasaklamıştır. Ayrıca kanun kişinin rızasının bulunmadan organ veya doku alınması halinde de yapılan işlemi hukuka aykırı olarak kabul etmiştir.

Organ ve doku ticareti suçunun düzenlenmesiyle üçüncü olarak korunmak istenen hukuksal yararı kişinin irade hürriyeti olarak ifade edebiliriz. Gerek Organ ve Doku Nakli Kanunu'nda gerekse TCK'da organ ve doku nakillerinde kişi-

² Soyaslan, Doğan, "Organ Nakilleri", Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunu'ndaki Düzenlemeler, İstanbul 2007, s. 135.

nin aydınlatılmış rızası ön plana çıkarılmıştır. Bu durum hem ceset üzerindeki hak açısından hem de yaşayan kişilerden organ ve doku alınması açısından kendisini göstermektedir. Nitekim daha önce de belirttiğimiz gibi Organ ve Doku Nakli Kanunu'nun 14/3. maddesinde "Ölü, sağlığında kendisinden ölümünden sonra organ veya doku alınmasına karşı olduğunu belirtmişse organ ve doku alınmaz" denilerek kişinin ölmeden önce kendisinin organ alınmasına karşı çıkmışsa artık ondan organ ve doku alınamayacağı ifade edilmiştir. Yaşayan kişilerden organ ve doku alınmasında da kişiden geçerli bir rıza alınması şartı aranmaktadır (Organ ve Doku Nakli Kanunu m. 6).

Organ ve doku ticareti suçu ile korunmak istenen hukusal yararlardan dördüncüsünü de insan onuru olarak ifade edebiliriz. İnsan onuru bugün kültürler arası ve ulusal, toplumsal değerler üstü bir nitelik taşımaktadır. Bu niteliği gereği de insan onuru ceza hukuku tarafından korunması gerekli en asli değerlerdendir.³ Çünkü organ ve doku ticareti yasaklanarak kişilerin vücutlarının belirli kısımlarının ticari meta şeklinde değerlendirilmesinin önüne geçilmiştir.

Son olarak, kişilerin ekonomik çaresizliğinin sömürülmesi de engellenmek istenmektedir.⁴

C. FAİL VE MAĞDUR

Türk Ceza Kanunu'nun 91. maddesinde ifadesini bulan suçta canlıdan veya ölüden organ ve doku alma, organ ve doku satın alma, satma, satılmasına aracılık etme, hukuka aykırı olarak elde edilmiş organı saklama, nakletme, aşılama,

³ Ünver, Yener, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukusal Değer, Ankara 2003. s. 937; Schreiber, Markus, Die gesetzliche Regelung der Lebendspende von Organen in der Bundesrepublik Deutschland, Frankfurt am Main 2004, s. 222.

⁴ Schreiber, Markus, 220.

MURAT
AYDIN'IN
TEBLİĞİ

menfaat karşılığında organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklâm verme veya yayınlama fiillerini gerçekleştiren kişi açısından herhangi bir özellik aranmamıştır. Yani fiil bir hekim tarafından işlenebileceği gibi hekim olmayan üçüncü bir kişi tarafından da gerçekleştirilebilir.⁵

TCK 91/3. maddesinde organ ve doku alma ve satma fiillerinde hem alan hem de satan söz konusu olduğu için burada çok failli bir suçun olduğunu söyleyebiliriz.⁶ Çok failli kavramıyla, kanun hükmü gereğince ya da suçun niteliği gereği birden fazla kişi tarafından işlenen suçlar ifade edilmektedir. Bu suçlar açısından tipikliğin gerçekleşebilmesi için birden fazla failin bulunması şarttır. Bu tür suçlar bir kişi tarafından işlenemez.⁷

Çok failli suçlar birleşme ve karşılaşma şeklinde ortaya çıkabilir. Birden fazla fail aynı yönde birleşip suç işliyorlarsa birleşme söz konusu olacaktır. Birden fazla fail, aynı suçta değişik nedenlerle karşılaşıyorsa bu durumda da karşılaşma suretiyle çok failli suç karşımıza çıkmaktadır.⁸ Organ veya doku alım satımında da karşılaşma şeklinde çok failli suç söz konusu olacaktır.

Organ veya dokuyu satan ile ifade edilmek istenen kanaatimizce sadece organ veya dokunun alındığı kişi değil onun dışında birisi de olabilecektir. Bu kapsamda organın veya dokunun sahibi bir başkasına organını veya dokusunu satarsa satan konumunda bulunacak karşısındaki kişi ise alan olacaktır. Burada organ veya dokuyu alan kişi de organ veya dokuyu üçüncü kişiye satarsa satan konumunda olacak alan kişi ise yine organı almaktan sorumlu olacaktır. Yani birden fazla satanın varlığı durumunda bunların her biri organı satmaktan sorumlu olacaktır. Burada organı alan ve satan ko-

⁵ Meran, Necati, Sulh Ceza Davaları, Ankara 2007, s. 141.

⁶ Bkz. 91. madde gerekçesi.

⁷ Hakeri, Hakan, Ceza Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2007, s. 364.

⁸ Hakeri, Ceza, s. 364.

numunda bulunan kişi iki fiil işlemiş olmasına rağmen suç seçimlik hareketli suç niteliği taşıdığı için sadece bir defa cezalandırılacaktır.

Türk Ceza Kanunu'nun 91. maddesinde belirtilen suçlardan birisinin tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde bu tüzel kişilere de tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunacaktır (TCK m. 91/7). Mesela hukuka aykırı yollarla elde edilmiş organların nakledildiği hastanenin izni iptal edilebilecek, bunun yanında da müsadere tedbiri uygulanabilecektir.⁹

TCK 91/1. maddesinde yer alan yaşayan kişilerden rızaları olmaksızın organ ve doku alınmasında madde metninden de anlaşılacağı üzere mağdur yaşayan herhangi birisi olabilecektir. Burada kişinin beyin ölümünün gerçekleşmemiş olması gerekmektedir. Bu nedenle mesela komada bulunan kişiden organ veya doku alınması bu fıkra kapsamında ele alınacaktır. Çünkü bitkisel hayat halinde bulunan kişi hala canlı olarak değerlendirilmekte ve bu durumda bulunan kişilerin uzun zamandan sonra tekrar hayata döndükleri görülmektedir.¹⁰ Ayrıca burada kişiden alınacak rızanın geçerli bir rıza olması ve tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunun genel şartlarını taşıyor olması gerekmektedir.

⁹ Hakeri, Ceza, s. 479.

¹⁰ Yücecin, bitkisel hayatla beyin ölümünün farkını şu şekilde örneklendiriyor, "İki çiçek düşünün, bunlardan birini dalından kopartın ve buradaki vazoya koyun, diğerinise dalını kırın. Kırık olan bitkisel hayattır, yani çiçekle toprak arasında yaşam devam ediyordur. ...Beyin ölümüne gelince, artık bu dalından kopmuş bir çiçektir. Siz bunu bir suya koyarsanız, gölgede tutarsanız, içine bitkiler, aspirin vitamin gibi çeşitli şeyler koyarsanız 3-5 gün daha size canlıymış gibi görünür. Ama siz bunu Antalya'da Ağustos ayında öğlen saat 12.00'de koyarsanız, birkaç saniye sonra tamamen bütün canlılığını kaybedecektir." Yücecin, Levent, "Organ Bağıışı ve Organ Nakli", A'dan Z'ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları, İstanbul 2007, s. 131-132. Yener, "Türkiye'de Ceza Hukuku Alanında Yapılan Yakın Tarihli Düzenlemelerde Tıp Hukukuna İlişkin Birkaç Sorun", Uluslararası Katılımlı I. Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sempozyum Kitabı, İstanbul 2005. (Ünver, Türkiye'de).

MURAT
AYDIN'IN
TEBLİĞİ

TCK m. 91/2'de hukuka aykırı olarak kişiden organ ve doku alınmasının cezalandırılacağı ifade edilmektedir. Bu çerçevede bakıldığında bu fıkradan sorumluluğun doğabilmesi için organın alındığı kişinin ölü olması gerekmektedir. Yani suçun maddi konusu ölüdür. Burada karşımıza çıkan problem ölünün mağdur olabilip olamayacağı hususudur. Burada mağdur olarak ölen kişi kabul edilemeyecektir. Çünkü mağdur hayatta olan birisi olmalıdır. Yani kişinin mağduriyetinden söz edilebilmesi için suçu oluşturan fiilin işlendiği sırada yaşıyor olması gerekmektedir.¹¹ Bu kapsamda ölünün yakınlarını mağdur ve suçtan zarar gören olarak nitelendirebiliriz. Çünkü ölümlerden organ veya doku alınabilmesi için onların izni gerekmektedir.

D. MADDİ UNSUR

Yaşayan bir kişiden organ ve doku alınması suçunda maddi unsuru organ veya doku alabilmek için gerçekleştirilen her türlü hareket olarak ifade edebiliriz. Bu nedenle canlılardan organ alınması serbest hareketli bir suç olarak nitelendirilebilecektir.

Ölümlerden organ ve doku alınmasında da hareketin nasıl gerçekleştirildiğinin herhangi bir önemi yoktur. Burada hukuka aykırı olarak organ ve doku alınması suçun oluşması için yeterlidir. Hukuka aykırılık ise Organ ve Doku Nakli Kanunu çerçevesinde belirlenecektir. Doktrinde hukuka aykırı olarak ifadesi, içeriğinin belirsizliği nedeniyle eleştirilmektedir.¹² Örneğin Organ ve Doku Nakli Kanunu'nun 12. maddesi "*Alicının müdavi hekimi ile organ ve doku alınması, saklanması, aşılması*

¹¹ Özgenç, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2006, s. 190.

¹² Ünver, Yener, "Türkiye'de Ceza Hukuku Alanında Yapılan Yakın Tarihli Düzenlemelerde Tıp Hukukuna İlişkin Birkaç Sorun", Uluslararası Katılımlı I. Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sempozyum Kitabı, İstanbul 2005, s.103.

ve naklini gerçekleştirecek olan hekimlerin, ölüm halini saptayacak olan hekimler kurulunda yer almaları yasaktır" hükmünü içermektedir. Bu yasağa aykırı davranılması durumunda hekim TCK m. 91/2 gereğince cezalandırılabilir mi? ¹³ Burada kanun hükmünden yola çıkıldığında organ veya dokunun alınmasını, saklanması, aşılmasını ve naklini gerçekleştirecek hekimin ölüm halini saptayacak hekimler kurulunda yer alması durumunda cezalandırılması gerektiği sonucuna ulaşılabilecektir. Yani madde çerçevesinde suçun bütün unsurlarıyla gerçekleştiği söylenebilecektir. Ancak hâkim burada tipik olan bir eylemi önemsiz hareket olarak değerlendirip cezalandırmayabilecektir. ¹⁴ Ceza hukukunda tipiklik, hukuka aykırılık ve kusurlu olan her eylemin cezalandırılması ceza hukukunun son araç (ultima ratio) olma özelliğine aykırılık teşkil edecektir. Bu nedenle de önemsiz hareket olarak nitelendirilebilecek davranışlarda ceza hukuku dışındaki hukuk dallarının yaptırımlarına başvurmak yerinde olacaktır. ¹⁵ Bu durum ağır neticelere neden olabileceğinden kanunda bu konunun en kısa zamanda açık olarak düzenlenmesinde yarar vardır.

Hareket icrai olabileceği gibi ihmali şekilde de gerçekleştirilebilir. Mesela bir hekimin hastasının rızası olmadan organ veya dokusunu alması halinde icra suretiyle gerçekleştirilmiş bir fiil söz konusu olacaktır. Ancak mesela bir hastanede başhekim bir başka hekimin hukuka aykırı olarak organ veya doku aldığını bildiği halde buna göz yumuyorsa bu durumda ihmalden sorumlu olacaktır. Burada konuya ilişkin olarak Organ, Doku, Hücre Nakli Hizmetleri Hakkında Kanun Tasarısı Taslağı'nın 16. maddesinin son fıkrasında "*Kaynağı belirli olmayan organı kullanan, kullanılmasına müsaade eden, nakleden ve kendine bu nitelikte bir organın nakline izin veren sağlık perso-*

¹³ Hakeri, Hakan, Tıp Hukuku, Ankara 2007, s. 437.

¹⁴ Ceza hukukunda önemsiz hareketler konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Hakeri, Hakan, "Ceza Hukukunda Önemsiz Hareketler", *TBBD*, S. 69, Mart-Nisan 2007, s. 55 vd.

¹⁵ Hakeri, Önemsiz Hareket, s. 92.

MURAT
AYDIN'IN
TEBLİĞİ

neli ve işlemin vuku bulunduğu sağlık kurumunun idarecilerine, on yıla kadar ağır hapis ve meslekten ömür boyu men cezasına hükümlenir” şeklinde bir düzenleme söz konusudur. Bu hükmün yürürlüğe girmesi durumunda artık sağlık kurumunda hukuka aykırı olarak organ ve doku nakline izin veren idareciler doğrudan doğruya cezalandırılabilirlerdir.

TCK m. 91/3'te belirtilen suçun maddi unsuru satın alma, satma ve aracılık etme şeklinde seçimlik olarak sayılmıştır. Bu fıkra açısından organını satan kişi açısından satış yasağı, organın sahibi konumundaki kişi haricindekiler açısından ticaret yasağı söz konusudur.¹⁶ Burada satma ve satın alma fiillerinde suçun önceki faili ile sonraki suçun failinin rızasıyla organ veya dokunun intikali söz konusu olmaktadır. Bu kapsamda satma fiilini bir edim karşılığında organ veya dokunun mülkiyetinin bir başka kişiye geçirilmesi olarak ifade edebiliriz. Bu suçun oluşabilmesi için organ veya dokunun ölüden veya canlıdan hukuka uygun bir şekilde alınıp alınmaması bir önem taşımamaktadır. Burada önemli olan, organ veya dokunun para veya başka bir menfaat karşılığında alım, satıma tabi tutulmasıdır.¹⁷

TCK m. 91/5'te ise suçun oluşabilmesi için hukuka aykırı olarak elde edilmiş organ veya dokuyu saklama, nakletme ve aşılama hareketlerinden birinin gerçekleşmesi gerekmektedir. Burada akla hekimin organını aldığı kişinin, organını sattığını bilmesi durumunda sorumluluğunun olup olmayacağı sorusu gelmektedir. Organ ve Doku Nakli Kanunu'nun 7/e maddesine göre, hekim *“bedel veya başkaca çıkar karşılığı veya insancıl amaca uymayan bir düşünce ile verilmek istenen organ ve dokuların alınmasını reddetmek”* durumundadır. Bu kapsamda hekim TCK m. 91/5 kapsamında cezalandırılabilir.¹⁸

¹⁶ Taşdelen, Aziz, “Türkiyede Mali Hukuk Açısından Organ Nakilleri”, Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları, İstanbul 2007, s. 158.

¹⁷ Bkz. 91. madde gerekçesi.

¹⁸ Hakeri, s. 439.

Hekim kendisine organ nakledeceği kişinin organı satın aldığını biliyorsa bu durumda yine TCK m. 91/5 kapsamında sorumlu tutulabilecektir.¹⁹

TCK m. 91/6'da ise organ veya doku teminine yönelik olarak ilan²⁰ veya reklâm²¹ verilmesi veya yayınlanması ayrı suçlar olarak tanımlanmıştır.²² Burada yayınlanması suç olarak ifade edildiği için bu reklâm veya ilanları yayınlayanlar da sorumlu olacaklardır. Günümüz de yaygın olarak kullanılan internet aracılığıyla yapılan reklâm ve ilanlar açısından da bu hüküm geçerli olacaktır. Çünkü kanunda reklâm ve ilanının verildiği veya yayınlandığı yer açısından sınırlama getirilmemiştir. Ancak burada reklâm veya ilanının çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik olarak verilmesi gerekmektedir.

Ölülerden organ veya doku alınmasına ilişkin olarak değinilmesi gereken bir konu, kişinin kendisinin veya yakınlarından herhangi birisinin rızası olmadan, cesetten organ ve doku alınması halinde hırsızlık suçunun oluşup oluşmayaca-

¹⁹ Hakeri, s. 439.

²⁰ İlan duyuru yapmak, duyurmak anlamına gelmektedir. <http://nedir.net/ilan.html> erişim tarihi: 24.12.2007; "Herhangi bir olguyu, bir işi, bir durumu duyurmak için yayımlanan yazılı veya sözlü haber", <http://www.tdk.gov.tr/TR/SozBul.aspx?F6E10F8892433CFFAAAF6AA849816B2EF4376734BED947CDE> erişim tarihi: 31.12.2007

²¹ Reklam "insanları gönüllü olarak belli bir davranışta bulunmaya ikna etmek, belirli bir düşünceye yöneltmek, dikkatlerini bir ürüne hizmete, fikir ve kuruluşa çekmeye çalışmak, onunla ilgili bilgi vermek, ona ilişkin görüş ve tutumlarını değiştirmelerini veya belirli bir görüşü ya da tutumu benimsemelerini sağlamak amacıyla oluşturulan; iletişim araçlarından yer ya da süre satın almak yoluyla sergilenen veya başka biçimlerde çoğaltılıp dağıtılan ve bir ücret karşılığı oluşturulduğu belli olan (diğer bir deyimle parasal destek sağlayan kişi ya da kuruluşların kimliği açık olan) duyuru"dur. <http://www.gazeteilan.gen.tr/reklam.html> erişim tarihi: 24.12.2007 ; "Bir şeyi halka tanıtmak, beğendirmek ve böylelikle sürümünü sağlamak için denenen her türlü yol", <http://www.tdk.gov.tr/TR/SozBul.aspx?F6E10F8892433CFFAAAF6AA849816B2EF4376734BED947CDE> erişim tarihi:31.12.2007

²² Bkz. 91. madde gerekçesi.

ğı hususudur. Burada hırsızlık suçunun oluşmayacağı açıktır. Hırsızlıktan bahsedilebilmesi için alınan eşyanın taşınabilir nitelikte bir mal olması şartı aranmaktadır.²³ Mal ise mülkiyete konu teşkil edebilecek, günlük yaşamda ve ilişkilerde gereksinimlerin karşılanması için kullanılan, şeylerdir.²⁴ Ceset üzerinde mülkiyet tesis edilebilecek bir mal değildir. Ayrıca ceset üzerinde ölen kişinin yakınlarının da mülkiyet hakkı söz konusu değildir.²⁵

E. MANEVİ UNSUR

Genel olarak TCK m. 91 hükmü ele alındığında kasten işlenebilen suçların söz konusu olduğu anlaşılmaktadır. Ölüden veya yaşayan birisinden organ ve doku alan kişi; organ ve dokuyu satın alan, satan, aracılık eden kişi; hukuka aykırı olarak elde edilmiş organı veya dokuyu saklayan, nakleden veya aşıl原因an kişi; belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklâm veren veya yayınlayan kişi kasten hareket etmelidir. Dolayısıyla suçun taksirle işlenmesi mümkün değildir.

Bu kısımda failin yanılığının bulunması konusunun da ele alınmasının yararlı olduğu kanaatindeyim. Bu kapsamda failin fiili yanılması cezalandırılabilirliğine nasıl etki edecektir? Mesela fail organ veya dokusunu aldığı kişinin geçerli bir rızasının olduğunu düşünerek fiili gerçekleştirirse bu durumda bu yanılığı onun cezalandırılabilirliğine nasıl etki edecektir? Benzer şekilde ölen kişinin üzerinde bağış kartı bulunması halinde bu kartta belirtilen rızayı geçerli sanıp organ veya

²³ Tezcan, Durmuş- Erdem, Mustafa Ruhan-Önok, R. Murat, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'na Göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 5. Bası, Ankara 2006, s. 382.

²⁴ Dönmezer, Sulhi, Ceza Hukuku Özel Kısım, On ikinci Bası, s. 290 vd; Tezcan-Erdem-Önok, s. 382

²⁵ Dönmezer, Sulhi, "Organ Nakli", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, İstanbul 1975, C. XLI, S. 1-2, s. 376.

dokuları alan hekim sorumlu olacak mıdır? Bu durumda fail açısından hukuka uygunluk nedenlerinde yanılma söz konusu olacaktır. Bu durum TCK m. 30/3'te düzenlenmektedir. Buna göre, "Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır." Burada failin hukuka uygunluk sebebinin şartlarının gerçekleştiği konusundaki hatasında kusurunun bulunup bulunmadığı değerlendirilmelidir. Yapılan değerlendirme neticesinde failin hataya düşmesinde kusurunun olduğu yönünde sonuca ulaşıyorsa hukuka uygunluk nedeninden yararlanamayacaktır. Ancak failin hataya düşmesi kaçınılmaz olarak nitelendirilirse bu durumda kastın varlığından dolayıyla da cezalandırılabilirliğinden söz etmek mümkün olmayacaktır.²⁶ Fail fiili icra ederken suçun kanuni tanımındaki unsurlardan birisini gerçekleştirdiğini bilmiyorsa bu durumda kasten hareket ettiğinden söz etmek mümkün olmayacaktır (TCK m. 30/1). Mesela organ veya doku nakleden hekim naklettiği organ veya dokunun hukuka aykırı olarak elde edilmiş olduğunu bilmiyorsa bu durumda TCK m. 91/5'ten sorumlu tutulamayacaktır.

Organ veya doku ticareti suçunda failin hukuki yanılması söz konusuysa bu durumda fail bu yanılığından kural olarak yararlanamayacaktır. Bu durum TCK m. 4'te yer almaktadır. Buna göre, "Ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz." Ancak TCK m. 30/4'te "İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz" denmektedir. Bu hüküm failin fiilini gerçekleştirirken bu fiilin serbest olduğunu düşünmesi ve haksızlık bilincinin bulunmamasını düzenleme altına almıştır. Kişinin bu yanılığın yararlanabilmesi için hatasının kaçınılmaz olması gerekmektedir. Hatanın kaçınılmaz olup olmadığı ise kişinin bilgi düzeyi, eğitim seviyesi, içinde bulunduğu sosyal ve kültürel çevre şartları göz önünde bulundurulur.²⁷ Organ ve doku ticareti açısından

²⁶ Hakeri, Ceza, s. 273.

²⁷ Hukuki yanılığa ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Hakeri, Ceza, s. 282 vd.

MURAT
AYDIN'IN
TEBLİĞİ

hukuki yanılığdan söz edebilmek için de failinin hatasının kaçınılmaz olması gerekmektedir. Mesela hekim, kişinin rıza göstermeyeceğini biliyor olmasına rağmen organ veya doku alınmasının mümkün olduğunu düşünüyorsa hukuksal yanılığından bahsedilebilir. Ancak burada hekimin bilgi düzeyi, eğitim seviyesi dikkate alındığında hatasının kaçınılmaz olduğunu söylemek mümkün olmayacaktır.

Burada TCK m. 91 ile TCK m. 130 arasındaki ilişki de ele alınmalıdır. TCK m. 130/2'de ölünün kısmen ya da tamamen ceset veya kemiklerini alan kişinin cezalandırılacağı ifade edilmektedir. TCK m. 91/2'de ise hukuka aykırı olarak ölüden organ veya doku alınması cezalandırılmaktadır. Ölü kavramı açısından her iki madde de herhangi bir farklılık söz konusu değildir. Bu iki madde arasındaki farkı failin saiki ile belirlememiz mümkün olacaktır. Bu kapsamda TCK m. 91'de nakil amacıyla ölüden organ veya doku alınması söz konusuysen TCK m. 130'da bu şekilde bir amacın olduğundan söz edilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla failin nakil amacı dışında ölüden kısmen veya tamamen ceset veya kemiklerini alması halinde TCK m. 130 kapsamında ceza verileceğini söyleyebiliriz.²⁸

F. HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

TCK m. 91/1'de belirtilen yaşayan insandan organ veya doku alınmasında kişinin hukuken geçerli bir rızasının olması halinde artık failin sorumluluğu olmayacaktır. Rızanın geçerli olarak kabul edilebilmesi için öncelikle kişinin rızanın ilişkin olduğu hakkın sahibi olması ve rıza beyan etme yetkisinin olması gerekmektedir. İkinci olarak kişinin rızayı suç işlemeyen önce açık veya örtülü biçimde vermesi gerekmektedir ve verdiği rızanın da sakat olmaması gerekmektedir. Üçüncü olarak da rızanın hukuka uygunluğu sağlanabilmesi için su-

²⁸ Hakeri, s. 439.

çun rıza konusu hak üzerinde işlenmiş olması ve kişinin rıza gösterdiği konuda tasarruf yetkisinin bulunması gerekmektedir.²⁹ Ancak burada kişinin rızası olsa bile yaşamını mutlak surette sona erdirebilecek ya da tehlikeye sokabilecek organ ve dokuların alınması yasaklanmıştır. Bunun için verilen rıza da geçerli olarak kabul edilmeyecektir.

Organ ve Doku Nakli Kanunu'nun 5. maddesi, on sekiz yaşını doldurmamış olanların organ veya dokularının alınmayacağını düzenlemiştir. Bu kapsamda on sekiz yaşından küçüklerin bu konuda rıza göstermeleri de geçerli olarak kabul edilmeyecektir. Bu konuda çocukların anne ve/veya babalarının da rıza göstermeleri kabul edilmemektedir. Ancak çocuklara organ veya doku nakli yapılabilmesi açısından çocuğun rıza yeteneği bulunmuyorsa, önemli bir tıbbi müdahale söz konusu olacağı için hem annenin hem de babanın rızası alınmalıdır. Algılama yeteneği olan çocukların anne babalarının rızasının yanı sıra kendilerinin de rızasının alınması gerekmektedir.³⁰

Organ veren kişi üzerinde yapılan işlemler o kişinin iyileşmesine yönelik olmadığı için tıbbi müdahale niteliği taşımamaktadır. Canlılardan yapılacak organ naklinde tıbbi endikasyon bulunmadığı için verici konumundaki kişi açısından yaralama suçunun bütün unsurları gerçekleşmiş olacaktır. Bu nedenle yapılacak müdahale ancak vericinin rızası sayesinde hukuka uygun hale gelebilecektir.³¹

TCK m. 91/2'de belirtilen ölüden organ ve doku alınmasında da Organ ve Doku Nakli Kanunu'nda belirtilen şartlar çerçevesinde gerçekleştirilen hareketler hukuka uygun olarak nitelendirilebilecektir. Burada da rıza hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir neden olarak karşımıza çıkmaktadır. Ölüden

²⁹ Hakeri, Ceza, s. 318 vd.

³⁰ Hakeri, s. 158.

³¹ Hakeri, Hakan, "Organ ve Doku Ticareti Suçu", Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları, İstanbul 2007, s. 246.

organ ve doku alınmasında öncelikle kişinin yaşarken organ ve doku alınması hususunda aksine bir beyanının olmaması gerekmektedir. Kişi ölmeden önce organ veya dokularını bağışladığını açıklamışsa zaten problem olmayacak ve fiil hukuka uygun hale gelecektir. Kişinin yaşarken organ ve doku alınmasına ilişkin bir beyanı olmamış ancak ölüm anında yanında bulunan eşi, reşit çocukları, ana veya babası veya kardeşlerinden birisinin; bunlar yoksa yanında bulunan herhangi bir yakınının muvafakati söz konusuysa bu durumda da ölüden organ veya doku alınması hukuka uygun olacaktır.

765 sayılı TCK ve Organ ve Doku Nakli Kanunu'nda yer almayan yeni bir düzenleme olan zorunluluk hali 5237 sayılı TCK m. 92'de düzenlenmiştir.

Buna göre, "*Organ veya dokularını satan kişinin içinde bulunduğu sosyal ve ekonomik koşullar göz önünde bulundurularak, hakkında verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, ceza vermekten de vazgeçilebilir.*"

TCK m. 25/2'de genel nitelikli zorunluluk hali düzenlenmiştir.³² Organ veya dokularını satmak zorunda kalan kişilere bu hüküm uygulanabilir. Ancak kanun koyucu TCK m. 92'de özel bir zorunluluk hali düzenleyerek bunu TCK m. 25/2'de düzenlenen genel zorunluluk halinin ağır koşullarından ayırmak istemektedir.³³ Öğretide, TCK m. 92'de kullanılan zorunluluk halinin genel manadaki zorunluluk halini ifade etmediği belirtilmekte ve burada ifade edilmek istenen hususun vericinin içinde bulunduğu ekonomik şartlar olduğu savunulmaktadır. Bu nedenle de zorunluluk hali kavramının

³² Buna göre, "Gerek kendisine gerek başkasına ait bir hakka yönelik olup, bilerek neden olmadığı ve başka suretle korunmak olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu ile ve tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunmak koşulu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmaz."

³³ Hakeri, s. 440.

kullanılmamasının daha yerinde olduğu ileri sürülmektedir.³⁴ Kanaatimizce burada organ ve doku veren kişi açısından özel bir zorunluluk hali düzenlenmiş olduğu için bu ifadenin kullanılmasında herhangi bir sakınca bulunmamaktadır.

TCK m. 92'de belirtilen zorunluluk halinin öğretide yoğun şekilde eleştirildiğini görmekteyiz. Bu hüküm sayesinde fakir kişilerin organ mafyası tarafından sömürülebileceği ve organ ticaretinin artabileceği belirtilmekte ve bu hüküm sayesinde organ ve doku ticaretine ilişkin suçlarla mücadelede etkisiz kalınacağı ifade edilmektedir. Bu kapsamda zorda kalmayan birisinin organ veya dokusunu satmayacağı düşünüldüğünde bu hükmün hemen hemen bütün organ satma fiillerinde uygulama alanı bulabileceği savunulmaktadır.³⁵ Bu hükmün Organ ve Doku Nakli Kanunu'nun 3. maddesindeki organ ve doku alınması ve satılmasının yasaklandığı hükümlerle çatıştığı da belirtilmektedir.³⁶ Burada ayrıca cezasızlık için getirilen ölçütte adaletsizliklere yol açabileceği gerekçeleriyle eleştirilmektedir.³⁷

TCK m. 92 hükmü cezayı azaltan veya kaldıran şahsi bir sebep öngörmektedir. Bu nedenle bundan sadece sosyal ve ekonomik olarak zor durumda olan kişi yararlanacak ve suçta bir şekilde katılan diğer kişilerin cezasına herhangi bir etkisi olmayacaktır.³⁸

Organ ve doku ticareti suçu açısından meşru müdafaa hükümlerinin uygulanması mümkün görünmemektedir. Ancak zorunluluk halinin uygulanabileceği doktrinde ifade edilmektedir. Bu durum için örnek olarak organ naklinin gerçekleşmemesi durumunda ölebilecek olan bir yakını kurtar-

³⁴ Soyaslan, s. 138.

³⁵ Ünver, Yener, "Avrupa Biyo-Hukuk Sözleşmesi'nin Türk Hukuku'na Etkileri" KHUKA, 2 (2005), 1. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu Sayısı s. 192; Hakeri, s. 440.

³⁶ Hakeri, s. 440.

³⁷ Soyaslan, s. 138; Ünver, s. 192; Hakeri, s. 440.

³⁸ Hakeri, s. 440.

MURAT
AYDIN'IN
TEBLİĞİ

mak için, diğer bir kişinin zorla götürülmesi örnek olarak gösterilmiştir.³⁹ Kanaatimizce bu görüş yerinde değildir. Çünkü organ ve doku alınması zaten kişilerin hayatlarını kurtarmak amacıyla gerçekleştirilmektedir. Bunun için de verici konumundaki kişinin rızasının alınarak organ veya dokusunun alınması gerekmektedir. Kanun 92. maddede açık olarak zorunluluk halinin işleyebileceği durum olan vericinin zor durumda bulunmasını düzenlemiştir. Bu durum organ ve doku ticareti suçu için getirilmiş özel bir zorunluluk halidir. Bunun dışındaki hareketler açısından bir zorunluluk halinden bahsetmek suçun işlenmesine teşvik niteliği taşıması ve organ ve doku ticaretiyle mücadele açısından olumsuz etki yaratması ihtimali bulunduğu için yerinde olmayacaktır. 92. madde dışında TCK'nın 25/2. maddesinde düzenlenen genel nitelikteki zorunluluk hali organ ve doku ticareti suçu açısından söz konusu olamaz.⁴⁰ Burada genel nitelikteki zorunluluk halinin bütün şartları mevcuttur. Ancak, zorunluluk hali dolayısıyla yapılan korunma hareketinin hukuk düzeni ile çelişki içinde olmaması gerekmektedir.⁴¹ Aksi takdirde, zor durumda olan ve organa ihtiyaç duyan birisinin hayatını kurtarmak için rızası olmayan birisinden organ almakta olduğu gibi, zorunluluk halinden bahsetmemiz mümkün olmayacaktır. Ayrıca yararların ağırlığı dikkate alındığında kişinin otonomisinin daha yüksek bir değer olması nedeniyle genel nitelikte zorun-

³⁹ Koca, Mahmut, "İnsan Yağması (Sömürüsü) Suçu", *AÜHFD*, C. 52, S. 2, Yıl: 2003, s. 160.

⁴⁰ TCK m. 25/2'de düzenlenen zorunluluk hakinden bahsedilebilmesi için şu şartların bir arada bulunması gerekmektedir:

- Ağır ve muhakkak bir tehlikenin bulunması,
- Tehlikenin bir hakka yönelik olması,
- Tehlikeye bilerek sebebiyet verilmemiş olması,
- Tehlikeye karşı koyma yükümlülüğünün bulunmaması,
- Başka türlü korunma imkânının bulunmaması,
- Tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında denge bulunması.

Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Hakeri, Ceza, s. 236 vd.

⁴¹ Hakeri, Ceza, s. 244.

luluk halini burada uygulamamız mümkün olmayacaktır.⁴² Alman Hukuku'nda organ nakli alanında zorunluluk halinin kabul edilmemesinin nedenlerinden biri de, zorunluluk halinin kabul edilmesi halinde, organ nakline ilişkin hukuksal düzenlemelerin öngördüğü organ ticareti yasağının bu suretle anlamsızlaşacağıdır. Bu nedenle, aracın uygunluğu sözü konusu olmadığından diğer bütün şartlar gerçekleşse bile zorunluluk halinin kabul edilmeyeceği belirtilmektedir.⁴³ Keza, kişi özerkliğinin daha yüksek bir değer olması nedeniyle de zorunluluk halinin kabul edilemeyeceği savunulmaktadır.⁴⁴ Bununla beraber, organ naklinin derhal yapılmaması halinde kişinin kesin olarak veya yüksek ihtimal dâhilinde ölmesi bekleniyorsa, bu takdirde kusurluluğu kaldıran zorunluluk halinin kabul edilebileceği açıklanmaktadır. Keza verici açısından da maddi sıkıntıların bulunması zorunluluk hali olarak kabul edilmemektedir.⁴⁵

G. NİTELİKLİ HALLER

Yaşayan kişilerden organ ve doku almak ve organ ve doku satın almak, satmak, satılmasına aracılık etmek fiilleri bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenirse verilecek ceza sekiz yıldan on beş yıla kadar hapis ve onbin güne kadar adli para cezası olarak düzenlenmiştir (TCK m. 91/4). TCK'da örgüte ilişkin herhangi bir tanıma yer verilmemiştir. Ancak TCK m. 220'de örgütün üç kişiden oluşması gerektiği belirtilmiştir. Ancak Türkiye'nin de imzaladığı ve onayladığı iç hukukumuzun bir parçası niteliği taşıyan Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 2/a maddesine göre, "*Örgütlü suç grubu doğrudan veya dolaylı olarak mali*

⁴² Hakeri, s. 436.

⁴³ Schreiber, Markus, 245.

⁴⁴ Ulsenheimer, Klaus, *Arztstrafrecht in der Praxis*, 3. Baskı, Heidelberg 2003, 299, 300.

⁴⁵ Schreiber, Markus, 247.

MURAT
AYDIN'IN
TEBLİĞİ

veya diğer bir maddi çıkar elde etmek amacıyla belli bir süreden beri var olan ve bu sözleşmede belirtilen bir veya daha fazla ağır suç veya yasa dışı eylemi gerçekleştirmek amacıyla birlikte hareket eden, üç veya daha fazla kişiden oluşan yapılanmış bir grup anlamına gelir.” Yargıtay’da 2005 tarihli bir kararında, “Örgüt, çıkar elde etmek için üç veya daha fazla kişiden oluşan hiyerarşik biçimde yapılanmış sürekli ve disiplinli işbirliği öngören ve amaca yönelik suçları işlemek için oluşturulmuş bir grup” şeklinde bir tanım yapmıştır.⁴⁶

Kanunda yaşayan birisinden geçerli bir rızası olmaksızın organ ve doku alınması fiilinin işlenmesinin neticesinde mağdurun ölümü söz konusu olursa bu durumda fail kasten öldürme suçuna ilişkin hükümlerden sorumlu tutulacaktır (TCK m. 91/8). Burada özel düzenleme olmasaydı failin netice sebebiyle ağırlaşmış suçtan dolayı sorumlu tutulması gerekecekti. Bu kapsamda sorumluluğun doğabilmesi için TCK m. 23’te belirtilen şartların bir arada bulunması gerekmektedir. TCK m. 23’e göre, “Bir fiilin, kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi halinde, kişinin bundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için bu netice bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerekir.” Netice sebebiyle ağırlaşmış suçlardan bahsedebilmemiz için öncelikle mutlaka yapılan hareketle meydana gelen netice arasında nedensellik bağının bulunması gerekmektedir. Bunun yanı sıra failin meydana gelen netice açısından kusurunun olup olmadığı dikkate alınacaktır.⁴⁷ Bu çerçevede 23. maddeden de anlaşılacağı üzere, failin meydana gelen netice bakımından en azından taksir derecesinde kusuru olmalıdır. Fail, meydana gelen başka veya daha ağır neticeleri öngörmesi gerekirken öngörmemiş ise taksir derecesinde kusurunun olduğunu söyleyebiliriz.⁴⁸ Fail eğer organ veya doku alınması hareketini yaparken mağdurun ölebileceğini öngörmüş ve kabullenmişse bu durumda

⁴⁶ Yargıtay 8. C.D., 05.04.2005, E. 2005/341, K. 2005/2011, YKD, Kasım 2005.

⁴⁷ Hakeri, Ceza, s. 223-224.

⁴⁸ Hakeri, Ceza, s. 224.

netice sebebiyle ağırlaşmış suçtan bahsedilemez. Bu durumda fail kasten öldürmeden sorumlu tutulacaktır.⁴⁹ Ancak TCK'da özel bir düzenleme yer aldığı için fail hakkında netice sebebiyle ağırlaşmış suçun şartları aranmaksızın TCK m. 91/8 uygulama alanı bulacaktır.

TCK m. 91/8 ile ilgili olarak tartışılması gereken önemli bir konu da organ ve doku alan kişinin olası kastının bulunmadığı hallerde verilecek cezanın ağır olup olmayacağıdır. Yani burada failin öldürme kastı olmadığı için m. 87/4 kapsamında daha hafif şekilde cezalandırılması söz konusuysen TCK m. 81'de belirtilen ceza adaletsiz bir sonuca mı neden olmaktadır? Kanaatimizce bu hüküm organ ve doku ticareti suçuyla mücadele açısından yerinde bir hükümdür. Bu sayede maddenin caydırıcılığı artmaktadır. Ancak bu madde çok radikal nitelik taşıdığı gerekçesiyle eleştirilmektedir.⁵⁰

H. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

1. Teşebbüs

Öncelikle yaşayan kişilerden organ ve doku alınması açısından teşebbüsün mümkün olduğunu söyleyebiliriz. Burada hareket organ veya dokunun alınmasıyla tamamlanacağı için fail gerçekleştirmek istediği neticeyi elinde olmayan nedenlerle gerçekleştiremezse teşebbüsten dolayı sorumluluğu doğacaktır. Aynı şekilde ölüden organ veya doku alınmasında da fail elinde olmayan nedenlerle organ veya dokuyu alma işlemini tamamlayamazsa yine teşebbüsten dolayı sorumlu tutulacaktır. Mesela fail, yaşayan birisinden organ almak amacıyla ona narkoz verdi, kişi baygın vaziyette iken organ

⁴⁹ Hakeri, Ceza, s. 225.

⁵⁰ Mahmutoğlu, Fatih Selami, "TCK ve Sağlık Mevzuatımızda Organ Nakli ve Organ Bağışından Kaynaklanan Sorunlar", A'dan Z'ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları, İstanbul 2007, s. 296.

MURAT
AYDIN'IN
TEBLİĞİ

alma işlemine başlayacağı sırada polis ameliyat yapılan yere baskın yapar ve organ alınmasına engel olursa fail burada teşebbüsten dolayı sorumlu tutulacaktır

Organ ve doku satın almak, satmak fillerinde de istenen neticenin elde edilememesi durumunda suçun teşebbüs aşamasında kaldığını söyleyebiliriz. Bunun yanında hukuka aykırı yollarla elde edilen organ veya dokuyu aşlamak isteyen kişinin faaliyetinde icra hareketine başlamasına rağmen aşılma fiili failin elinde olmayan nedenlerle gerçekleştirilemiyor- sa yine suçun teşebbüs aşamasında kaldığını ifade edebiliriz.

Organ ve doku ticareti suçunda fail icra hareketlerinden gönüllü olarak vazgeçerse veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasının veya neticenin gerçekleşmesinin önüne geçerse teşebbüsten dolayı cezalandırılmayacaktır. Ancak o ana kadar suç teşkil eden herhangi bir fiili söz konusu olmuşsa bu durumda sadece bu fiilden sorumluluğu doğacaktır. Mesela fail organını almak için bir kişiyi bir yere kapatır, ancak daha sonra dış etkenlerden bağımsız olarak organı almaktan vazgeçerse, bu durumda fail sadece hürriyeti yoksun bırakmadan sorumlu tutulacaktır, benzer şekilde narkoz verir daha sonra uyandırır ise sadece yaralamadan dolayı sorumlu olacak, ayrıca TCK m. 91/1'e teşebbüsten sorumlu tutulmayacaktır.

Teşebbüs aşamasında kalan suçlar açısından failin sorumluluğu meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre belirlenecektir (TCK m. 35/2). Bu kapsamda mesela fail organ ve doku almak için birisini bayıltmış ancak henüz hiçbir tıbbi müdahale yapmadan yakalanmışsa meydana gelen zarar daha hafif nitelikte olacaktır. Ancak narkoz verdiği kişiden böbreğini almak amacıyla vücudunu kesmişse bu durumda meydana gelen zarar daha ağır nitelik taşıyacaktır.

2. İştirak

“Bir kişi tarafından işlenebilen bir suçun, birden fazla kişi tarafından bir işbirliği içinde işlenmesine iştirak adını veriyoruz.”⁵¹ Hukukumuzda asli iştirak ve yardım etme olarak iki türlü iştirak şekli söz konusudur. Organ ve doku ticareti başlığı altında düzenlenen suçlarda her türlü iştirakin mümkün olduğunu söyleyebiliriz. Mesela kişi yaşayan kişiden organ alınması için bir başkasının karar almasını sağlayarak azmettiren olabilir. Bunun yanında faile araç sağlayarak yardım eden olabilir.

Asli iştirakte failler suçun işlenişi üzerinde hâkimiyet kurmaktadır.⁵² Asli iştirak de kendi içinde faillik (müşterek faillik), dolaylı faillik ve azmettirme olarak üç kısımda ele alınmaktadır.

TCK m. 37/1’de müşterek faillik düzenlenmiştir. Buna göre, “Suçun kanuni tanımında yer alan fülü birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur.” Organ ve doku ticareti suçu açısından, mesela organ veya doku alacak failin yanında bulunan ve kendisinden rızası dışında organ veya doku alınacak kişiye narkoz veren kişi de fail olarak nitelendirilebilecektir. Burada failler suçun işlenişi üzerinde birlikte hâkimiyet kurdukları için her biri suç için kanunda belirtilen ceza ile cezalandırılacaklardır. Faillerin hareketlerinin farklı olması müşterek failliğin oluşumuna engel teşkil etmeyecektir.⁵³

TCK m. 37/2’de dolaylı faillik düzenlenmiştir. Buna göre, “Suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişi de fail olarak sorumlu tutulur.” Kanundaki ifadeden de anlaşılacağı gibi burada kişi kendisi suçu doğrudan doğruya işlemeyip bir başkasını araç olarak kullanıp suçun işlenmesini sağlama-sı durumunda fail gibi sorumluluğu doğacaktır. Mesela or-

⁵¹ Hakeri, Ceza, s. 366.

⁵² Hakeri, Ceza, s. 388.

⁵³ Hakeri, Ceza, s. 389.

MURAT
AYDIN'IN
TEBLİĞİ

gan alınmasında kişinin hukuka uygun olarak rıza gösterdiğini sahte belgeler vasıtasıyla ortaya koyan ve bu sayede de hekimin mağdurdan rızası olmadan organ almasını sağlayan kişi dolaylı fail olarak nitelendirilebilecektir.

Azmettirme, kişinin suç işleme yönünde karar almasını sağlayarak o kişiye suç işletilmesi olarak tanımlanmaktadır.⁵⁴ Azmettirmede azmettirenin fiil üzerinde egemenliği söz konusu değildir. Bu durum azmettirmeyi dolaylı faillikten ayırmaktadır.⁵⁵ TCK m. 38'de azmettiren konumundaki kişinin işlenen suçun cezasıyla cezalandırılacağı belirtilmektedir. Organ ve doku ticareti suçu açısından azmettirmeye örnek olarak organ veya doku alım satımı gibi bir düşüncesi olmayan birisine bu yönde telkinlerde bulunarak onun organ ve doku alım satımı yapmasını sağlamayı verebiliriz.

Yardım etme, "*asli iştirakin dışında kalan fakat suçun meydana gelmesi bakımından nedensellik değeri taşıyan hareketler*"⁵⁶ olarak tanımlanmaktadır. Yardım etmede asli faillikten farklı olarak fiil üzerinde hâkimiyet kurulmamakta, suçun icrası kolaylaştırılmaktadır. Bu nedenle yardım etme ikincil nitelik taşımaktadır.⁵⁷ Yardım etme de maddi yardım ve manevi yardım olmak üzere iki kısımda ele alınmaktadır. TCK m 39/2-b'de araç sağlamak, TCK m. 39/2-c'de ise suçun icrasını kolaylaştırmak maddi yardım şekilleri olarak düzenlenmiştir. Araç sağlamada ifade edilen araç, suçta kullanılmaya elverişli olan ve kullanılan şeyleri ifade etmektedir. Suçun icrasının kolaylaştırılmasından bahsedilebilmesi için yapılan hareketin suçun işlenmesi sırasında yapılacak hareketlerin dışında kalması ve bu hareketlerin failin fiili ile işbirliği içinde olmaması gerekmektedir.⁵⁸ Burada yardım eden konumundaki kişinin

⁵⁴ Önder, Ayhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, C. II, İstanbul 1989, s. 505.

⁵⁵ Hakeri, Ceza, s. 400.

⁵⁶ Hakeri, Ceza, s. 403.

⁵⁷ Hakeri, Ceza, s. 403, 404.

⁵⁸ Hakeri, Ceza, s. 405.

hareketinin fiile etkisi dikkate alınarak asli fail ya da yardım eden olarak nitelendirilmesi gerekmektedir. Organ ve doku ticareti suçunda organ alınması için gerekli aletleri, mekânı temin eden kişinin hareketi olmazsa olmaz nitelik taşıyacak olsa bu durumda hareketi asli faillik niteliği taşıyacaktır. Ancak kişinin hareketi olmasa da organ ve doku alınabilecekti denilebilirse bu durumda kişi yardım eden olarak sorumlu tutulacaktır. Benzer şekilde organ ve doku alındığı sırada gözcülük yapan kişinin hareketinin suçun oluşması için gerekliliği dikkate alınarak sorumluluğu belirlenecektir.

Manevi yardım da azmettirmede olduğu gibi manevi bir katkı söz konusu olmaktadır. Bu da teşvik, kuvvetlendirme, vaat, yol gösterme şeklinde olabilir. Suç işleme konusunda niyet sahibi olan, ancak henüz tam karar vermemiş olan kişiyi suç işlemeye yöneltmek teşvik olarak nitelendirilmektedir. Failin suç işleme yönünde vermiş olduğu kararın hareket aşamasına geçmesinin sağlanması durumunda kuvvetlendirme söz konusu olmaktadır. Suç işlenmeden önce yapılıp suç işlendikten sonra yardım edileceği yönünde taahhütte bulunulması durumunda vaat söz konusu olacaktır. Suç işlenmeden önce suçun nasıl işlenebileceği yönünde faile akıl verilmesi durumunda da yol göstermeden bahsedilebilecektir.⁵⁹ Organ ve doku ticareti suçu açısından da bu şekilde suçta iştirak etmek mümkün olacaktır. Mesela faile hukuka aykırı olarak organ alma işlemini gerçekleştirdikten sonra saklayacağını, onun kaçmasına yardımcı olacağını söyleyen kişi yardım eden olarak sorumlu tutulacaktır.

3. İçtima

a. Genel Olarak

Bir suç işleme kararının icrası kapsamında değişik zamanlarda aynı kişiye karşı birden fazla organ veya doku alınması fiilinin gerçekleştirilmesi halinde zincirleme suçun var-

⁵⁹ Hakeri, Ceza, s. 406, 407.

MURAT
AYDIN'IN
TEBLİĞİ

lığından bahsetmek mümkün olacaktır. Burada faile tek bir ceza verilir ancak faile verilecek ceza dörtte birinden dörtte üçüne kadar arttırılır (TCK m. 43/1). Organ ve doku ticareti suçu TCK m. 43/3 kapsamında yer almadığı için zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasında kanuni bir engel bulunmamaktadır. Mesela fail belirli bir miktarda ilik almak üzere mağdur tutuyorsa. Ancak almak istediği miktardaki iliği tek seferde alması mümkün değilse ve bunu birden fazla kere ilik almak üzere sağlıyorsa durumda zincirleme suçun varlığından söz edebiliriz.

Organ ve doku ticareti suçu bir örgüt faaliyeti çerçevesinde işleniyorsa bu durumda bileşik suçun varlığından bahsedilebilecektir. Burada örgüt faaliyeti çerçevesinde suçun işlenmiş olması suçun ağırlaştırıcı nedenidir. TCK m. 42'de bileşik suç düzenlenmiştir. Buna göre, "*Biri diğerinin unsuru- nu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suçta bileşik suç denir.*"

Organ ve doku ticareti suçu açısından fikri içtima hükümlerinin uygulanması mümkündür. Fikri içtimada failin tek bir fiil ile birden fazla kanun hükmünü ihlal etmesi gerekmektedir (TCK m. 44). Mesela, ölümlerden organ ve doku alınması hususunda yukarıda da belirttiğimiz gibi TCK m. 130/2'de belirtilen suçun oluşması da mümkündür. Bu durumda fikri içtima kuralları uygulanacak ve bunlardan ağır cezayı gerektiren hüküm olan TCK m. 130/2'den fail ceza alacaktır.⁶⁰ Organ ve doku ticareti suçunda organ alınması işlemi neticesinde kişinin yaralanması da söz konusu olacağı için burada da fikri içtima hükümleri uygulanacaktır. Fikri içtimaya ilişkin olarak TCK m. 44'ün gerekçesinde suçun temel ve nitelikli şekilleri açısından fikri içtimanın mümkün olmadığı belirtilmiştir. Ancak TCK m. 91 çerçevesinde bir değerlendirme yapıldığında maddede birbirinden bağımsız suçların düzenlendiği görülmektedir. Bu nedenle de tek bir hareketle bu suçlardan

⁶⁰ Hakeri, s. 439.

birden fazlasının ihlal edilmesi halinde fikri içtimadan bahsedilebilecektir.⁶¹ Ancak bu maddede belirtilen suçların tek bir hareketle ihlal edilmesi mümkün değildir. Çünkü bu suçların her birisinin maddi unsurları farklılık arz etmektedir. Bu nedenle de aynı madde içinde yer alan suçlar açısından fikri içtima hükümlerinin uygulanması mümkün değildir.

Burada fikri içtima ile ilgili olarak değinilmesi gereken bir konu da birden fazla nitelikli halin mevcut olması halinde nasıl davranılacağıdır. Böyle bir durumun varlığı halinde fikri içtimadan bahsetmek mümkün olmayacaktır. Çünkü suçun nitelikli hallerinin farklı suç niteliği yoktur. Bu nedenle de kanunun farklı hükümlerinin ihlal edildiğinden bahsedilemez. Burada failin nitelikli hallerin ağır olanından sorumlu olması mantıki bir sonuç olarak kabul edilmektedir.⁶²

Organ ve doku ticareti suçunda karşımıza çıkan bir diğer problem de bu suçun TCK m. 80/1 ile bir araya gelmesi halinde nasıl bir uygulama yapılacağıdır. TCK m. 80/1'de " ...vücut organlarının verilmesini sağlamak maksadıyla tehdit, baskı, cebir veya şiddet uygulamak, nüfuzu kötüye kullanmak, kandırmak veya kişiler üzerindeki denetim olanaklarından veya çaresizliklerinden yararlanarak rızalarını elde etmek suretiyle kişileri tedarik eden, kaçıran, bir yerden başka bir yere götüren veya sevk eden, barındıran kimse" nin cezalandırılacağı belirtilmiştir. Burada failin amacını oluşturan organ ve doku alma fiili ayrıca suç teşkil ettiği için fail hem m. 80'den hem de m. 91'den sorumlu tutulacak ve her ikisinden de ayrı ayrı ceza alacaktır.⁶³

Burada, TCK m. 91/1 çerçevesinde kişinin rızası olmadan organ veya dokusunu alan kişinin bu organı satması durumunda ayrıca TCK m. 91/3 kapsamında cezalandırılabilip cezalandırılmayacağı konusu tartışılabilir. Yani fail bu durum-

⁶¹ Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. İçel, Kayıhan, Suçların İçtimaı, İstanbul 1972, s. 75.

⁶² Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. İçel, s. 76.

⁶³ Koca, s. 163.

MURAT
AYDIN'IN
TEBLİĞİ

da TCK m. 91/1'deki cezaya iki defa mahkûm edilebilecek midir? Burada sonuca ulaşmak için üç yol akla gelmektedir; cezalandırılmayan sonraki hareket, fiillerin ayrı ayrı cezalandırılması ve seçimlik suç.

Cezalandırılmayan sonraki hareketlerde kanun koyucu bir normun ihlal edilip neticenin meydana gelmesinden sonra o suç için öngördüğü cezanın faildeki kusuru karşılığını kabul ederek cezalandırmayı tercih eder. Yani failin ilk yaptığı hareketi cezalandırır ve daha sonra buna bağlı olarak işlemiş olduğu fiilleri cezalandırmaz.⁶⁴ Cezalandırılmayan sonraki harekette önceki fiilin işlenmesiyle meydana gelen hukuka aykırılığın daha sonraki fiilleri de kapsadığı düşünülerek fail sadece bir defa cezalandırılacaktır. Yani ilk fiilin cezalandırılmasıyla ikinci işlenen fiilin de cezalandırıldığı kabul edilmektedir.⁶⁵ Bu kapsamda fail TCK m. 91/1 de belirtilen şekilde hukuka aykırı olarak organ veya doku alır daha sonra da bunları satarsa bu durumda cezalandırılmayan sonraki hareket gereğince sadece 1. fıkradan sorumlu olacak ayrıca 3. fıkradan cezalandırılmayacaktır. Konuya ilişkin en uygun çözüm yolu da bu şekilde kabul edilmelidir.

İkinci olarak fiillerin ayrı ayrı cezalandırılması düşünülebilir. Aslında bu durum probleme kolay yoldan çözüm getirmektedir. Ancak burada aynı madde içinde fiillerin belirtilmesi dolayısıyla ayrı ayrı cezalandırma da mümkün olmayacaktır. Bu yaklaşım tarzında fail başta meydana getirdiği zararı daha sonra yaptığı satma eylemi ile büyütmediği halde sorumlu tutulması adaletsiz sonuçlara neden olacaktır.

Üçüncü ihtimalde, seçimlik hareketli suç uygulanarak probleme çözüm bulunabilecektir. Seçimlik hareketli suçlar, *"kanuni tanımında suçun gerçekleşebilmesi için birden fazla hareketin öngörüldüğü suçlardır; bu hareketlerin hepsinin yapılmasına"*

⁶⁴ Demirbaş, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Baskı, Ankara 2005, s. 447.

⁶⁵ İçel, s. 195-196.

gerek yoktur, birisinin yapılması halinde suç işlenmiş sayılır. Aynı şekilde hareketlerin birden fazlasının veya hepsinin yapılmasında da bir suç işlenmiş sayılır. Kanun koyucu bu hareketlerin hepsini yaparını dahi tek bir suç işlemiş kabul etmek istediğini bu şekilde belirtmek istemiştir.”⁶⁶ Burada seçimlik hareketli suçtan bahsetmemiz mümkün olmayacaktır. 1. ve 3. fıkra birlikte değerlendirildiğinde seçimlik hareketin şartlarından olan belirli bir neticeyi meydana getirmeye yönelik hareketlerin alternatifi⁶⁷ söz konusu değildir. Bu durum sadece 3. fıkrada belirtilen hareketler açısından söz konusu olabilecektir.

TCK m. 91/3'te belirtilen hareketlerden birden fazlasının yapılması durumunda fail bu hareketlerin yalnızca bir tanesini yapmaktan dolayı sorumlu tutulacaktır. Mesela fail bir organı satın alır daha sonra bu organı bir başkasına satarsa bu durumda hakkında seçimlik hareketli suç hükümleri gereğince sadece bir defa ceza verilecektir. Burada seçimlik hareketli suçtan bahsedilmesi mümkün olacaktır.

Burada ölüden organ alan kişinin de bu organı satması durumunda yukarıda belirttiğimiz hususa paralel olarak fail cezalandırılmayan sonraki hareket nedeniyle ayrıca bir daha cezalandırılmayacak sadece TCK m. 91/2 kapsamında sorumlu tutulacaktır.

b. Birden Fazla Organ ve/veya Doku Alınması

Burada Organ ve Doku Ticareti başlıklı 91. maddenin 1. fıkrası, üzerinde özellikle durulması gereken bir düzenleme içermektedir. Yukarıda da belirttiğimiz gibi bu fıkrada hem organ alınması hem de doku alınması düzenlenmiş ancak farklı cezalara hükmedilmiştir. Bu fıkra kapsamında mesela bir kişi hukuken geçerli rızası olmayan birisinden hem organ

⁶⁶ Demirbaş, s. 205.

⁶⁷ Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. İçel, s. 197.

hem doku alırsa nasıl cezalandırılması gerekecektir? Bu husus kanunda net olarak belirlenmemiştir.

Böyle bir durumun varlığı halinde ikili bir çözüm yoluna gitmenin faydalı olacağı kanaatindeyiz. İlk olarak önce kişiden doku alınmış daha sonra da organ alınmışsa bu durumda geçitli suç yardımıyla probleme çözüm bulabiliriz. Her neticenin bağımsız bir suç olmasının istisnalarından birisini teşkil eden geçitli suçta biri diğerini kapsayan iki suç vardır ve fail daha ağır bir suçu işlemek için daha hafif olan bir suçtan geçmektedir.⁶⁸ Geçitli suçun şartlarını şu şekilde ifade edebiliriz.⁶⁹

- Failin ve mağdurun aynı olması,
- Failin hareketinin hafiften ağıra doğru giden bir süreç izlemesi,
- Bu hareketin, aynı hukuki yararı zedelemesi, başka ifadeyle, bu hareketle işlenen suçların hukuki konularının aynı olması,
- Meydana getirilen ve hafiften ağıra doğru sıralanan neticelerin aynı harekete tek bir nedensellik bağı ile bağlanması,
- Sonraki fiilin öncekini kapsamaması,
- Failin kastının daha ilk harekete başladığı andan itibaren hafiften ağıra doğru giden neticeleri derece derece gerçekleştirmeye yönelik bulunması.

Mevcut hukuki düzenleme çerçevesinde fail hem organ hem de doku almışsa bu durumda sadece organ almasından dolayı sorumlu tutulmalıdır. Aksi takdirde, failin her ikisinden de ayrı ayrı cezalandırılması durumunda, adaletsiz bir sonuç ortaya çıkacaktır. Mesela failin iki organ alması halinde

⁶⁸ Hakeri, Ceza, s. 438.

⁶⁹ Hakeri, Ceza, s. 439.

sadece organ almadan sorumluluğu olacak, ama hem doku hem de organ alması halinde hem organ almadan hem de doku almadan sorumluluğunun olacak olması adaletsiz olacaktır.

Burada ikinci olarak failin önce organ alıp daha sonra da doku alması durumunda nasıl davranılması gerektiği sorunu karşımıza çıkmaktadır. Böyle bir durumun varlığı halinde ise faile verilecek ceza belirlenirken cezalandırılmayan sonraki hareketin dikkate alınması gerekecektir cezalandırılmayan sonraki fiillerde, önceki fiilin işlenmesiyle ortaya çıkan hukuka aykırı durum daha sonra gerçekleşen fiilleri de kapsamaktadır. Bu şekilde, ilk fiili düzenleyen norm daha sonra gerçekleşen fiili düzenleyen normu tüketmektedir. Burada işlenen suçların özellikleri nedeniyle ilk suça ilişkin norm uygulanmakta ve ayrıca sonraki fiilden dolayı faile ceza verilmemektedir. Cezalandırılmayan sonraki fiillerden söz edilebilmesi için bazı şartların gerçekleşmesi gerektiği ifade edilmektedir. Öncelikle zarar verilen değer ilk suçun mağdurunun aynı hukuki değeri olması gerekmektedir. İkinci şart mevcut zararın büyütülmemesidir.⁷⁰ Burada fail artık sadece ağır olan ve ilk fiili teşkil eden hareketi olan organ alınmasından sorumlu tutulacak ayrıca doku alınmasından dolayı ceza almayacaktır.

Bize göre 91. madde bu düzenlemesi ile hatalı uygulamalara neden olabilecek bir nitelik taşımaktadır. Bu nedenle en uygun çözüm yolu yorum yoluyla değil maddenin değiştirilmesi yoluyla mümkün olacaktır. Burada hem organ hem doku alınması halinin failin cezasını arttıracak bir nitelikli hal olarak belirlenmesi yerinde olacaktır.

⁷⁰ İçel, s. 195-196.

c. Yaralama ve Kasten Öldürme Suçları İle İlişki

Burada tartışılması gereken bir konu, kurallara uygun olmayarak yapılan nakil eyleminin yaralama suçunu oluşturup oluşturmayacağı ve bu soru olumlu cevaplanırsa, içtima ilişkisinin nasıl kurulması gerektiğidir.

Belirtmek gerekir ki, organ veya doku nakli yaralama suçunu oluşturur.⁷¹ Bu suça ilişkin yukarıda açıkladığımız hukuka uygunluk nedenlerinin bulunmaması halinde, fail hem Türk Ceza Kanunu'ndaki yaralama suçu hem de organ ve doku ticareti suçu dolayısıyla cezalandırılabilir. Bu durumda kanımızca tek eylemle iki ayrı suç işlendiğinden fikri içtima kuralları uygulanmak gerekir.

Alman Hukuku'nda organ ve doku nakli suçunun özel norm olması nedeniyle, görünüşte içtima kuralları gereğince genel norm olan yaralama değil, özel norm olan organ ve doku nakli suçuna ilişkin normların uygulanması gerektiği savunulmaktadır.⁷²

Organ veya doku alınması neticesinde mağdurun ölümü durumunda fail hakkında kasten öldürme suçu olduğu kanunda açıkça belirtilmiştir. Böyle bir durumda fail kanunun açık hükmü gereğince sadece kasten öldürmeden sorumlu tutulacak ayrıca TCK m. 91/1 kapsamında sorumlu olmayacaktır. Ancak fail kişi öldüğü halde organ veya doku alırsa bu durumda gerçek içtima hükümleri uygulanacak ve fail ayrıca TCK m. 91/2'de belirtilen ölüden organ ve doku almadan sorumlu tutulacaktır.

İ. YAPTIRIM

TCK m. 91/1 kapsamında hukuken geçerli rızası olmadan yaşayan birisinden organ alınması halinde failin beş yıl-

⁷¹ Ulsenheimer, 306.

⁷² Schreiber, Markus, 254-256.

dan dokuz yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılacağı ifade edilmektedir. Yine bu fıkroda geçerli rızası bulunmayan birisinden doku alınması halinde failin iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı belirtilmektedir. Fıkradan da anlaşılacağı üzere organ alınmasıyla doku alınması arasında ceza bakımından bir farklılık öngörülmektedir. Buradaki farklılık nitelikli hal olmasından kaynaklanmamaktadır. Organ ve doku açısından hayati olarak da ayırım yapılamaması nedeniyle bu şekilde bir ayırma gidilmesinin hatalı olduğu ifade edilmektedir.⁷³ Kanaatimizce de organ ve dokunun hayatiyeti hususunda bir ayırım yapılamayacağı için kanundaki düzenlemede yapılan ayırım hatalı olmuştur. 91. maddenin 3. fıkrasında da organ veya doku alım, satımında, satılmasına aracılık edilmesinde failin 1. fıkra kapsamında cezalandırılacağı belirtilmektedir.

TCK m. 91/2'de hukuka aykırı olarak ölüden organ veya doku alınması düzenlenmektedir. Bu çerçevede faile bir yıla kadar hapis cezası verilecektir.

Canlılardan organ veya doku alınması suçları ile organ veya doku alınması, satılması, satılmasına aracılık edilmesi yönündeki eylemlerin bir örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesi durumunda faile sekiz yıldan on beş yıla kadar hapis cezası ve bunun yanı sıra on bin güne kadar adli para cezası verilecektir (TCK m. 91/4).

Hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokuyu saklayan, nakleden veya aşıl原因an kişiye iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilecektir (TCK m. 91/5).

Organ veya doku teminine yönelik olarak bir çıkar karşılığında ilan veya reklâm veren veya yayınlayan kişi bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacaktır (TCK m. 91/6).

⁷³ Özen, Mustafa, "5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Özel Hükümlerine İlişkin Düşünceler", *TBBB*, Sayı: 63, Nisan 2006, s. 98.

MURAT
AYDIN'IN
TEBLİĞİ

Canlılardan organ veya doku alınması neticesinde mağdurun ölümü söz konusu olursa bu durumda fail hakkında kasten öldürmeye ilişkin hükümler uygulanacaktır (TCK m. 91/8). Bu kapsamda fail kasten öldürmenin basit halinden müebbet, nitelikli hallerin varlığı durumunda ise ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasıyla cezalandırılacaktır (TCK m. 81, 82).

Organ veya dokularını satan kişi, resmi makamlar tarafından haber alınmadan önce durumu ilgili mercie haber verir, bu sayede suçluların yakalanmalarını kolaylaştırırsa hakkında cezaya hükmolunmaz (TCK m. 93/1). Eğer, suç haber alındıktan sonra organ veya dokularını satan kişi, gönüllü olarak, suçun meydana çıkmasına ve diğer suçluların yakalanmasına hizmet ve yardım ederse; hakkında verilecek cezanın, yardımın niteliğine göre, dörtte birden yarısına kadar indirilmesi söz konusu olacaktır.

Organ ve doku ticareti suçu açısından müsadere hükümlerinin uygulanması mümkün olacaktır. Bu kapsamda organ veya doku ticareti suçunu işlemek amacıyla kullanılan veya bu suçun işlenmesine tahsis edilen eşyalar müsadere edilebilecektir. Bunun yanı sıra organ ve doku ticareti neticesinde elde edilen maddi menfaatler de müsadereye tabi tutulabilecektir. Burada kendi organ veya dokusunu satan kişinin kazancının müsadereye tabi tutulabilip tutulamayacağı sorusu akla gelmektedir. Böyle bir durumun varlığı halinde de müsadere mümkün olacaktır. Burada kişi cezalandırılmıyor olsa bile müsadere için güvenlik tedbiri niteliği taşıması dolayısıyla müsadere mümkün olacaktır. Burada akla gelen bir soru da hukuka aykırı olarak alınmış olan bir organ bir başkasına aşılırsa bu durumda o kişiden organ tekrar çıkartılarak müsadere edilebilecek midir? Böyle bir durumun varlığı halinde kanaatimizce müsadere mümkün olmayacaktır. Bu durumda o organ kişinin parçası haline gelmiştir. Böyle bir durumda organı alınan kişinin medeni hukuktan doğan hakları saklı kalacaktır. Mesela kişi organı alındığı için çalışmıyorsa bu

dönem için maddi tazminat talep edebilecek, ayrıca manevi olarak da zararı söz konusu olacağı için manevi tazminat talep edebilecektir.

MURAT
AYDIN'IN
TEBLİĞİ

J. MUHAKEME

TCK m. 91/1 kapsamında bir suçun işlenmesi durumunda yargılama asliye ceza mahkemelerinde yapılacaktır. Burada organ alınması durumunda dava zamanaşımı süresi on beş yıl, doku alınması durumunda ise sekiz yıldır. Canlılardan organ alınması söz konusu ise suçun cezasının alt sınırı beş yıl olduğu için suçun soruşturmasında ve kovuşturmasında müdafî bulunmazsa bir müdafî görevlendirilir. Doku alınması söz konusu ise 19.12.2006 tarihine kadar işlenen suçların soruşturmasında ve kovuşturmasında müdafî bulunmazsa bir müdafî görevlendirilir.

Organ ve doku ticareti suçunda ikinci ve altıncı fıkralarda alt sınır belirtilmemiş olduğu için TCK m. 49 gereğince alt sınır bir ay olarak uygulanacaktır. Bu suçlarda CMK m. 100 gereğince hapis cezasının üst sınırı bir yıldan fazla olmadığı için tutuklama kararı verilemez. Bu suçların yargılması sulh ceza mahkemesinde yapılacaktır. Bu suçlar için dava zamanaşımı süresi sekiz yıldır.

Suçun örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesi durumunu düzenleyen TCK m. 91/4 kapsamına giren durumlarda yargılama ağır ceza mahkemesinde yapılacaktır. Burada dava zamanaşımı süresi on beş yıldır. Burada da zorunlu müdafîlik söz konusu olacaktır.

TCK m. 91/5 kapsamına giren hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokunun saklanması, nakledilmesi veya aşılması durumunda yargılama asliye ceza mahkemesinde yapılacaktır. 19.12.2006 tarihine kadar işlenen suçların soruşturma ve kovuşturmasında müdafî bulundurulmak zorunluluğu vardır.

MURAT
AYDIN'IN
TEBLİĞİ

Canlılardan organ veya doku alınması fiilinin neticesinde mağdur ölürse bu durumda yargılama ağır ceza mahkemesinde yapılacaktır. Burada zorunlu müdafilik söz konusu olacaktır.

Oturum Başkanı: Son konuşmacı Murat Aydın beye de çok teşekkür ederiz. Gerçekten konuyu bütün boyutlarıyla ele alan bir çalışmayı 20 dakikalık bir zaman içerisinde sığdırdı.

Burada bütün bu söylenenlerden sonra başkan olarak birkaç kelime sizlere söz vermeden söylemek istiyorum. O da şu; gerek Alman meslektaşlarımız, gerekse Türk meslektaşlarımızın söyledikleri çerçevede Türkiye bakımından bir konuyu vurgulayarak size söz vereceğim. Organ ve doku ticareti konusundaki 91. maddedeki düzenlemeyi tek başına değerlendirmemek gerekir Türk hukukunda. Bunun ayrıca başka özel yasalar yanında, Ceza Kanunu içerisindeki Türkiye'nin 2000 yılında imzalanan Birleşmiş Milletler'in "*Sınır Aşan Suçlar*"la ilgili sözleşme çerçevesinde ceza kanununa almış olduğu insan ticaretiyle ilgili 80. maddeyi de değerlendirmek gerekir. Gerçekten 80. maddede yurtdışına çıkarma veya yurda sokmayı insan ticareti çerçevesinde eğer vücut organlarının verilmesini sağlamak maksadıyla gerçekleştiriyorsa, suç 91. maddenin kapsamından çıkıp, fikri içtima kuralları çerçevesinde en azından en ağır olarak 80. madde içerisinde değerlendirilmesi gerekmektedir. Yani konu bizim hukukumuzda tabii iki tarafı keskin bir bıçak bütün ülkeler bakımından. Bir tarafta insan sağlığı, bunun için organ arayan, doku arayan insanlar, diğer yanda bu alanda herhangi bir ekonomik getirisi olan ticaret metası gibi değerlendiren kişiler söz konusu.

Her zaman olduğu gibi pragmatik yaklaşımla Hollandalılar ne düşünüyor bu konuda, çünkü biliyorsunuz uyuşturucu madde konusunu ilk kez Avrupa Birliği'ndeki üzerindeki baskılara rağmen başlangıçta serbestleştiren bir yaklaşımı kullanıcılar için Hollanda olmuştu. Organ ticareti konusunda

da belki pragmatik bir çözümü ilk önce onlar bulabilirler. Belki meslektaşlarımız o konuda bize bilgi verebilirler ama şunu söylemek mümkün; bütün dünyada bu ticari konuya pek sıcak bakılmamaktadır ama yasal boyutlar içerisinde konunun çözümlenmesi hem insanların sağlığını kazanma bakımından önemlidir, hem de yasa dışı yollardan para kazanan örgütlerin önüne geçmek açısından da önemlidir.

Bu çerçevede şimdi sözü sizlere bırakıyorum. Söz sizlerindir hazirun. Şu an iki kişi kalkıyor, üç oldu, dört oldu, ben ihale yapar gibi sayıyorum. İlk önce hanımefendi söz istemişti oradan başlıyorum. Lütfen kendinizi takdim eder misiniz?

Ziynet ÖZÇELİK: Türk Tabipleri Birliği hukuk danışmanıyım. Ben sayın yabancı konuklarımıza öncelikle bir soru yöneltmek istiyorum, Türkiye'den bir olayla bağlantılı olarak. Bir kişi kardeşine böbreğini verdi Türkiye'de, böbrek nakli oldu. Sonrasında da bu kişi bir işe girmek istedi Devlet Demir Yolları'nda ve kondüktörlük için sınava girdi, sınavı kazandı, sağlık kurulu "tek böbreklisin seni başlatamayız işe" dedi. Uzun bir yargılama süreci sonunda yüksek yargıyı da ikna ederek o da 3'e 2, bu vatandaşı işe yerleştirebildik. Şöyle bir sorun var gerçekten, vericilerin korunması noktasında sadece sağlığının o anda tehlikeye atılmaması, tedavi edilmesi yanı sıra bir de sanıyorum sosyal koruma gerekiyor sonrasında. Acaba kendi ülkelerinde bu tür durumlar için bir sosyal korumaya ilişkin kurallar var mı öğrenebilir miyiz?

İkinci sorum ise Sayın Aydın ve Sayın Soyaslan'a yönelik bir soru. Sanıyorum 99'daydı Türkiye'de bir Oktar Babuna olayı yaşamıştık. Burada daha çok organ ve doku naklinde organ nakline yönelik açıklamaları dinledik. Bir de doku nakli var gerçekten, yer yer değinildi ama. Stadyumlarda hatta askeri garnizonlarda insanların kan örnekleri alındı bu doku transferi için. Genetik özelliklerine bakılacaktı, sanıyorum 100 bin civarında kişiden alındı ve bunlar Amerika Birleşik Devletleri'ne gönderildi o dönemde. Bazı uyarılar sonrasında geldi, denildi ki "bu alınan örneklerden kişilerin her türlü

TARTIŞMA

genetik bilgileri analiz edilebilir ya da topluma yönelik bu bilgiler analiz edilebilir ve bunun sonucunda da birtakım işlemlerin yapılması aleyhlerine söz konusu olabilir". O günden bugüne tabii ben izliyorum bu mevzuatı ama acaba bu tür kişisel ve toplumsal verilerin korunması yönünden de doku nakline ilişkin iç hukukumuzdaki mevzuat konusunda kendilerinin yeterliliği konusunda bir bakışı olmuş mudur, bu konuda bir düşünceleri var mı ne düşünüyorlar? Teşekkür ederim.

Oturum Başkanı: Siz şunu mu soruyorsunuz kısaca? Kanunun 91. maddesine bakarsak organ ve doku nakli suçu olarak belirtilmektedir. "Mevcut yasa yeterli midir?" sorusunu mu soruyorsunuz?

Ziynet ÖZÇELİK: Sayın Tezcan, sadece yasa değil biliyorsunuz organ ve doku nakli yasasına bağlı yönetmelikler var, bütün bir mevzuat olarak aslında hukuka uygunluk nedenlerini oradan da derlememiz mümkün. Bu mevzuat, özellikle doku nakli, organ daha bireysel ama doku nakli meselesinde kişisel ve toplumsal verilere ilişkin koruma tedbirini de içerecek bir biçimde düzenlenmiş midir ülkemizde? Bir eleştirel bakışla nasıl değerlendirirsiniz?

Oturum Başkanı: Çok teşekkür ederiz, sağ olun.

Kravatlı bir arkadaşımız sol taraftan gözüktü, buyurun söz sizin. Görüyorsunuz, bütün parmak kaldıranları tespit ettim aşağı-yukarı. Arkasından sayın meslektaşımıza vereceğim sözü.

Cahid DOĞAN (Sağlık Bakanlığı Hukuk Müşaviri): Sayın Prof. Dr. Doğan Soyaslan hocama soracağım. Acaba embriyon transferini organ ve doku nakli kapsamına alabilir miyiz? Bu konudaki görüşlerini sunarsa seviniriz.

Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Henning ROSENAU: Çok teşekkürler.

Alman konuşmacılara iki sorum olacak. Sayın Schroth, nakil konusunun Almanya'daki muvafakat modeliyle başarılı olmadığını söylediniz. Bu soru aynı zamanda Sayın Lilie'ye yöneliktir. Artık itiraz çözümüne geçme zamanı gelmedi mi? İkinci sorum da Sayın Schroth'a yöneliktir. Belki Sayın Lilie de cevap verir. Sayın Schroth, canlıdan nakilde yakın akrabalar sınırlamasının vericinin özerkliği çok kısıtladığını söylediniz. Sayın Lilie'nin organ verme sorunsallığıyla ilgili söylediklerini duyduktan sonra hayır derim, özerkliği kısıtlamaz. Tam tersi, özerkliği korur.

Vielen Dank. Ich habe zwei Fragen jeweils an die deutschen Referenten. Herr Schroth, Sie haben gesagt, dass die Transplantation mit der Zustimmungslösung in Deutschland kein Erfolgsmodell geworden ist. Und diese Frage stelle ich zugleich an Herr Lilie. Ist es nun nicht an der Zeit zur Widerspruchslösung überzuwechseln? Und die zweite Frage auch an Herr Schroth und vielleicht auch an Herr Lilie. Herr Schroth, Sie haben gesagt bei der Lebenspende, diese institutionelle Einschränkung auf die nahen Verwandten, schränkt die Autonomie des Spenders zu sehr ein. Wenn ich jetzt höre, was Herr Lilie zur Organhandelsproblematik erzählt hat, dann würde ich doch sagen, nein, das schränkt die Autonomie überhaupt nicht ein. Das schützt erst die Autonomie.

Ahmet HAKKAŞ (Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Görevlisi): Benim sorum Murat Aydın Beye olacaktı. Organ ve doku ticaret suçunun ihmali davranışı da işlenebileceğini söylediniz, özellikle başhekim örneğini verdiniz. Normal şartlarda suçu bildirmeme veya yardım etme olarak değerlendirilebilecek bir hususun başhekim açısından ihmali davranışla, yani bu suçun ihmali davranışla işlenebildiğinin sebebi nedir acaba?

Oturum Başkanı: Başka soru kaldı mı?

Buyurun hanımefendi.

TARTIŞMA

Av. Sunay AKYILDIZ (İstanbul Barosu): Bütün ülkelerde organ bağıışı önemli bir problem, halen bizim ülkemizde 40 bin kişi bekleme listesinde beklemekte. Fakat organ bağıışının canlıdan nakil oranı arttıkça dünyada bu sorunun çözülmesi söz konusu değil. İspanya Modeli Avrupa ülkelerinde neden uygulanmıyor? Acaba din baskısı mı var? Bir de bizim ülkemizde bunca insan beklerken ki, Anayasa'nın 17. ve 56. maddesinden bahsediyoruz, burada sadece sağlık hakkı, yaşam hakkı sağlıklıların değil, hastalar açısından da devletin artı yapmak zorunda olduğu birtakım düzenlemeler olmalı diye düşünüyorum. 92. maddede yoksul bağıışçıya -Soyaslan Hocama soruyorum bu soruyu- getirilen cezasızlık halini bu ortamda nasıl değerlendiriyorsunuz?

Oturum Başkanı: Çok teşekkür ederiz. Kaldı mı acaba başka soru? Lütfen dediğim gibi herkes isim soyadını söyleyin.

Sultan ORHAN: Hasta olarak hastaneye gidip, teşhisler sonucu herhangi bir organı hasta olduğu söyleniyor, hasta bunu bilmiyor, bu hastanenin tamamen yetkisi içinde. Daha sonra ameliyatla bu organlardan birinin veya hepsinin alındığını düşünelim, hasta bu hasarlı organlarını göremiyor. Bu bir satış mı oluyor yahut atılıyor mu? Neden hasta, hasta hakkına sahip olarak kendi organını göremiyor? Bu nedir?

Oturum Başkanı: Teşekkür ederiz.

Sultan ORHAN: Çok özür dilerim bir şey sormak istiyorum. Ben eski Alman Turing Otomobil Kulübü'nün (ADS) Türkiye temsilciliğini yaptım, yurtdışından herhangi bir parça geldiği zaman hurdasını yurtdışı etmek zorundayız ve bunu da resmi evraklarla tespit ediyor sigorta kanununa göre, hatta uluslararası anlaşmalarda da. Türkiye'de böyle bir şey göremiyorum. Hasta talep etse bile "biz attık" veya başka bir şey söyleniyor. Bu nasıl oluyor? Nereden bileyim sağlam organın alınmadığını?

Oturum Başkanı: Teşekkür ederiz.

Olay şöyle: Hanımefendiyle de tartışmaya girmek istemiyorum ama tabii fason işçilikte vs. hileli yollara gidilmemesi için öngörülen bir şey, fakat burada bir insan vücudu, onun organ ve dokuları söz konusu. Bunun korunması, görülmesi vs. tabii güven esasına dayalı bir konu ama varsa ciddi bulgular herhalde savcılıklar harekete geçer. Ama bu konuda da arkadaşlarımız not almıştır, görüşlerini bildireceklerdir. Ben sadece başkan olarak kendim anlamaya çalıştım öncelikle onun için soruyu biraz açtım.

Başka soru var mı efendim?

Prof. Dr. Doğan SOYASLAN: Almanya'da hiç organ ticareti konusunda mahkûmiyet olmuş mu?

Oturum Başkanı: Tabii konuşmacılarımızda soru sorabilir. Sayın Soyaslan da iki Alman meslektaşımıza bu konuda mahkûmiyet kararları var mı onu soruyor, lütfen onu da cevaplandırabilirim. Başka soru yok ise şimdi her bir konuşmacıya kural olarak 5'er dakika ama çok zorlanırsa 1'er dakika da ilave yaparak konuyu altı buçukta bitirmek istiyoruz, zaten sistemde öyle. Şu halde yine konuşma sırasına göre Sayın Prof. Dr. Schroth'a önce söz veriyoruz, ardından Soyaslan, daha sonra Prof. Lilie, ardından da Sayın Aydın sırasıyla bu dakikaları kullanacaklar. Buyurun efendim.

Prof. Dr. Ulrich SCHROTH: Enteresan sorularınız için çok teşekkürler.

Kendimi sorumlu hissettiğim soruları yanıtlamak istiyorum, diğer soruları Sayın Lilie'ye bırakıyorum. Zannederseniz, Tabipler Odası'nın hukuk müşaviri olan bayanın sorusu bana yönelikti. Alman organ vericisinin nasıl korunduğuyla ilgili bir soru sordunuz. Böbrek, ciğer naklinde organ vericisi çok temel düzeyde koruma altına alınıyor. Uluslararası bağlamı takip ettiyseniz, biliyorsunuzdur, böbrek ve karaciğer vericisinin yoğun olarak korunması için çaba gösteren tek ülke

TARTIŞMA

İsviçre'dir. Orada nakilden önce masrafların tazmini için bir düzenleme ve riskten koruma güvencesi talep edilir. Birçok vesileyle söylediğim şeyler Almanya için de geçerli. Organ alıcısının sigortası hastanın tedavi masraflarını karşılıyor. Avans maaş ödemesiyle aldıkları bakiye tazminat konusunda ise deyim yerindeyse kapris yapıyorlar. Almanya'da resmi sigorta kuruluşu olan AOK'nın bazı birimlerinde maaşa çok zor erişilebiliyor. Ancak AOK Münih örneğinin organ vericisinin masraflarını kısmen de olsa karşılamaya hazır.

Düzenleme makul değil. Organ nakli hukukundaki düzenlemelerde büyük bir boşluk var. Bu özellikle sonradan ortaya çıkan zararlarla ilgili. Bence şu anda yasa koyucunun düzenlemeler açısından çabasının sonuç verdiği ve yeni Organ Nakli Kanunu makul olan tek bir ülke var, o da İsviçre. İsviçre'nin yeni organ nakli kanunu her yönden mercek altına almakla iyi bir şey yapmış oluruz. Birkaç istisna dışında makul bir yasadır. Ayrıntılarına giremeyeceğim. Alman kanunu şimdilik çok hamdır. Şimdi Sayın Rosenau'nun sorusuna geçiyorum. Neden itiraz çözümüne karşıyım, Sayın Rosenau? Aslında itiraz çözümüne iki avantajından dolayı karşı değilim. İlk avantajı şu: normalde akrabaların bulunmadığı durumlarda bile organ bulma şansım var. Bu faydacı bir yaklaşım olsa da bir avantajıdır. İkinci avantajı ise, rıza çözümüne göre bu konu akrabalarla daha rahat ve kolay görüşülebiliyor. Bu nedenle karşı değilim. Ama Almanya'daki mevcut siyasi tartışmaya girmeye karşıyım, çünkü itiraz çözümünün siyasi tartışmasına girersem beyin ölümü tartışmasının yine gündeme geleceğini biliyorum ve bunun itiraz çözümünün sağladığı avantajın toplamında daha zararlı olduğuna inanıyorum.

Aslında bu çözüme karşı değilim. İtiraz çözümüne karşı öne sürülen tüm anayasal gerekçelerin de geçerli olmadığını düşünüyorum. Ama bu Almanlar arasında ayrı bir tartışma konusudur. Verici çevresinin sınırlı oluşunu savunmanıza şöyle bakmayı tercih ederim: Yasa koyucunun bunu yaptığını biliyorum, ama benim için de özerklik, verici çevresinin da-

raltılmasında esas alınmamıştır. Bir kere, tıp hukukunda rol oynayan iki tür özerklik kavramı vardır. İlki yetki anlamında özerklik kavramıdır, yani vatandaş olarak benim organ vericisi olmaya yetkim vardır. Bu yetkinin sınırlı olması doğaldır, yani her istediğime organ bağışlayamam, sadece dar bir çevreye organ verebilirim. Bu anlam bu bağlama uymuyor. İkinci anlamı ise psikologların diliyle baskıdan uzak olmaktır. Yani çocuğum ölmek üzereyken ve ben ona karaciğerimi bağışlasam mı bağışlamasam mı seçimiyle yüzleşmektense isimsiz organ vericilerinin devreye girmesi beni bu baskıdan kurtarır. Yani yabancı olsaydı hissetmeyeceğim ve içinde bulunduğum durumdan kaynaklanan bir baskı var. Bu ikinci anlam karşısında düzenlemenin özerkliği ne şekilde genişlettiğini anlamakta zorlanıyorum.

Federal yasa koyucunun düzenlemeye açıklık getirmek için başvurduğu iki bakış açısını daha sunmak istiyorum, zannedersen sunumumda da geçmişti. İlki organ ticaretinin engellenmek istenmesiyle ilgilidir. Verici çevresi daraltılarak bir çeşit ön koruma yapılıyor, fakat ben organ ticareti yasağıyla zaten bu anlamda özerklikle ilgili bir ön korumanın mevcut olduğunu düşünüyorum. Yani ön korumanın ön koruması yapılıyor, dolayısıyla ceza hukuku bağlamında böyle bir düzenleme bence olmamış. Neden özellikle organ ticaretinde ön korumaya ihtiyaç olduğuna hukuk siyaseti açısından da bir anlam veremiyorum. Öldürme suçlarında da ön koruma yok. Bu suçların çoğunlukla alkol etkisiyle işlendiğini biliyoruz, buna rağmen alkol tüketimini yasaklamıyoruz. Yani organ ticaretinde neden böyle bir ön korumaya gereksinim olduğunu anlamıyorum. Sayın Köhler'in Küpperschrift'te ele aldığı bir üçüncü gerekçe daha var. Hukukta bireyin vücut bütünlüğünü koruma yükümlülüğü vardır.

Ben eğitim aldığım yer gereği hukuk filozofuyum, zevkle Kant felsefesine de girerim, ama bu gerekçe Kant'tan bile türetilmiş olamaz, çünkü Kant'ta bireyin hukuki anlamda bedenini bir bütün olarak muhafaza etme yükümlülüğü hukuk

TARTIŞMA

öğretisinden değil, erdemler öğretisinden ileri geliyor. Bunun sebebi bellidir. Yani bu gerekçelerin bağıntısını anlamıyorum. Sadece cross-over'da değil, zevkle örnek verebileceğim başka olaylarda da çok sorunlar var. Örneğin ben canlıdan organ nakli komisyonundayım, Bu komisyon organ ticareti yapılıp yapılmadığını ve organ nakli için diğer koşulların var olup olmadığını denetler. Bir olayda genç bir erkek bir kızı alkollü araç kullanırken eziyor. Kız hastaneye yatırılıyor ve tekerlekli sandalye kullanmak zorunda kalıyor. Aynı erkek kadının yirmi yıl sonra böbreğe ihtiyacı olduğunu öğreniyor. Aralarında iletişim yok. 20 yıl önce kendini suçlu hissettiği için istese bile organını kadına telafi olarak veremez, çünkü verici çevresi kısıtlaması var. Yasa koyucunun kendisine bu yetkiyi vermemesi ve mümeyyiz görmemesini anlamıyorum. Şu anda mümkün olmasa da yabancıların da verici olmasına izin verilmesi gerektiğini gösteren çok sayıda örnek verebilirim. Belki de meslektaşlarımıza, canlıdan örnek nakli konusunda hukukçuların bilmediği iki veri aktarmalıyız. Canlıdan böbrek naklinde risk dünyada 0.03'tür. Dünyada 30.000 canlıdan böbrek naklinde 1 kişi ölüyor -ki bu göreceli olarak çok düşük bir risk-. İsviçre'de organ vericilerinin daha uzun yaşadığını gösteren çok ciddi bir uzun dönem araştırması var. Böyle olmadığını kimse iddia edemiyor. Tartışmalı olan tek şey bunun neden olduğudur. Bunun iyi sebepleri var. Bu gerçekler ışığında bence Almanya'ya daha fazla özerkliği geliştirici kural getirilebilir. Çok uzun konuştum.

Ja vielen Dank für die interessanten Fragen einerseits. Ich beantworte mal die Fragen, für die ich mich zuständig fühle und überlasse die anderen Frage Herrn Lilie. Ich fühle mich zuständig zunächst mal die Dame, die die Aerztekammer berät, aufzuklären über den deutschen Schutz des Organspenders. Der Schutz des Organspenders bei der Nieren-, Lebertransplantation ist in Deutschland rudimentär. Das einzige Land, das wissen Sie wahrscheinlich auch, wenn Sie den internationalen Kontext bekommen, das sich um einen intensiven Schutz des Nieren-, Leberspenders bemüht hat, ist die Schweiz. Die verlangen nämlich jetzt vor der Transplantation eine

Aufwandsentschädigungsregelung und verlangen einen Risikoversicherungsschutz. Was ich immer schon an allen möglich Stellen gesagt habe, wäre auch sinnvoll für Deutschland. In Deutschland zahlen die Organempfängerkrankenkassen für die Kosten der Krankenbehandlung. Das ist der eine Punkt. Sie zicken herum, muss man jetzt wirklich so sagen, im Hinblick auf den finanziellen Ausgleich, den sie über Lohnvorauszahlung haben. Da gibts von der AOK, unserer hauptgesetzlichen Krankenkasse Abteilungen oder Ortsgemeinschaften, wo man sehr schwer an den Lohn herankommt. Es gibt auch Anteile AOK München, die inzwischen auch bereit ist, den finanziellen Aufwand, jedenfalls teilweise, des Spenders zu tragen. Die Regelung ist jedenfalls nicht vernünftig. Vor allem gibt es eine riesige Regelungslücke im deutschen Transplantationsrecht. Das ist die Lücke, die eigentlich mit Spätsschäden geschieht und die Spätschädenregelung fehlt auch diesbezüglich. Ich bin persönlich der Meinung, dass der Gesetzgeber, dessen Angriff genommen hat, das einzige Land, nach meiner Ansicht derzeit auf einem vernünftigen Weg ist, ist die Schweiz im neuen Transplantationsgesetz. Und wir würden gut daran tun, in allen möglichen Hinsichten dieses Transplantationsgesetz der Schweiz nochmal näher unter die Lupe zu nehmen. Es ist jedenfalls bis auf wenige Ausnahmen vernünftig. Ich will jetzt aber darauf nicht im Einzelnen eingehen. Die deutsche Regelung ist sehr rudimentär. Jetzt zu Herrn Rosenau. Warum ich eigentlich nicht für die Widerspruchsregelung bin, Herr Rosenau, ich bin eigentlich für die Widerspruchsregelung und ich denke sie hat zwei Vorteile. Sie hat zum einen den Vorteil, dass man an Organe rankommt, wo es keine Angehörigen gibt, das wäre für mich der eine Punkt, jedenfalls utilitaristisch gesehen. Und zum zweiten, hat sie den Vorteil, dass, nach meiner Ansicht, die Gespräche mit den Angehörigen leichter zu führen sind, als bei der Zustimmungslösung. Deswegen bin ich eigentlich dafür. Ich bin trotzdem nicht dafür in die derzeitige politische Debatte einzusteigen, weil ich weiss, dass in Deutschland, wenn man in die politische Debatte über die Widerspruchslösung einsteigt, die Hirntotdebatte wieder beginnt. Ich glaube die ist insgesamt schädlicher als der Vorteil, den man über die Widerspruchslösung erhält. Aber an sich bin ich eigentlich

TARTIŞMA

dafür. Ich glaube auch, dass die ganzen verfassungsrechtlichen Argumente, die gegen die Widerspruchslösung vorgetragen werden, die angeblich gegeben sind, die auch nicht stimmen, aber das wäre eine eigene deutsche Diskussion. Dann zu Ihrer Verteidigung der Begrenzung des Spenderkreises möchte ich mich vielleicht zunächst mal wie folgt einlassen: also das Argument Autonomie kann natürlich für mich, ich weiss, dass der Gesetzgeber das auch getan hat, für dieses Beschränken des Spenderkreises überhaupt nicht in Anspruch nehmen. A: Es gibt zwei Arten des Begriffes der Autonomie, die bei uns im Medizinrecht eine Rolle spielen. Das eine ist der Autonomiebegriff im Sinne von Kompetenz, dass ich als Bürger die Kompetenz habe mich, zum Beispiel, als Spender zur Verfügung zu stellen; dass die Kompetenz beschnitten ist, ist ja völlig klar. Ich kann ja nicht spenden wem ich will, sondern nur im engen Spenderkreis. Also in dem Sinne passt das nicht. Zum zweiten gibt es die Autonomie in dem Sinne, wie sie Psychologen häufig verstehen, in dem Sinne von Freiheit von Druck. Da bin ich bei anonymen Spendern auch wesentlich freier, als wie wenn mein Kind zu sterben droht und ich vor der Alternative stehe, dem mein Leberteil zu spenden. Also, da gibt es einerseits den Druck der Situation, den ich bei fremden eigentlich nicht habe. Das heisst in dem zweiten Sinne der Autonomie leuchtet mir auch nicht ein, dass die Regelung Autonomie erweiternd ist. Und lassen Sie mich aber, weil es schon angesprochen ist, ich habe das in meinem Referat glaube ich irgendwo formuliert, nochmal auf zwei andere Gesichtspunkte eingehen, die der Bundesgesetzgeber für diese Regelungen angeführt hat. Das eine ist, dass man Organhandel verhindern will. Da muss ich sagen, was man betreibt mit diesem Beschränken des Spenderkreises ist eine Art des Vorfeldschutzes, wobei ich den wegen dem Organhandelsverbot schon für einen Vorfeldschutz halte im Hinblick auf die Autonomie. Mir leuchtet strafrechtlich nicht ein, dass man das Vorfeld- des Vorfeldschutzes betreibt, deswegen halte ich von dieser Regelung strafrechtlich auch schonmal gar nichts. Im übrigen muss ich auch sagen, warum man ausgerechnet bei Organhandel im Vorfeld Schutz braucht, leuchtet mit rechtspolitisch auch nicht ein, zumal wir vor Tötungsdelikten auch keinen besonderen Vorfeldschutz haben. Wir wissen, dass das

meistens Alkoholtäter sind und trotzdem verbieten wir in einem bestimmten Rahmen nicht den Alkoholgenuss. Also warum man gerade beim Organhandel den Vorfeldschutz hat, leuchtet mir nicht ein. Jetzt kommt als nächstes dazu, es gibt eine dritte Begründung, die gerade mal wieder Herr Köhler in der Kupperfeststrift beschriftet hat, es ist eine Rechtspflicht des Einzelnen gegeben seinen Körper zu erhalten. Diese halte ich, ich bin ja von Haus aus Rechtsphylosoph, ich lasse mich gerne auf die Kant-Exygesse ein, nicht mal aus Kant herleitbar. Zumal bei Kant die Rechtspflicht gegenüber sich selbst den Körper integer zu halten, in der Tugendlehre vorkommt und nicht in der Rechtslehre. Das hat auch durchaus seinen Grund, also dieser Begründungsstrang leuchtet mir auch nicht ein. Ich stelle fest, dass es nicht nur bei Cross-Over alle möglichen Probleme gibt, sondern auch in dem Komtext, wo ich Ihnen gerne mal Fälle erzählen kann. Beispielsweise, ich bin in der Lebenspendekommission, die auch prüft, ob Organhandel vorliegt, und sonstige Vorraussetzungen der Lebenspende gegeben sind. Und wir hatten z.B. ein Fall wo ein junger Mann ein Mädchen im betrunkenen Zustand Krankenhausreif gefahren hat, so dass sie Rollstuhlverfahrerin war. Der hat nach zwanzig Jahren erfahren, dass sie eine Niere braucht. Der hat aber sonst keinen Kontakt. Er kann, weil er es unbedingt wollte, weil er sich schuldig fühlt, vor 20 Jahren nicht mal diese Art der Wiedergutmachung leisten, weil es unsere Begrenzung des Spenderkreises eigentlich ausschliesst. Mir leuchtet es, dass man ihm diese Kompetenz abspricht als Gesetzgeber und für unmündig erklärt nicht ein. Ich könnte noch weitere Fälle bilden, wo man zeigen kann, dass es sinnvoll wäre, auch in Fremdverhältnissen Lebenspende zuzulassen, wo es einfach nicht möglich ist. Vielleicht sollte man allen Kollegen, die Juristen, die wissen das nicht, zwei Daten sagen zu den Folgen der Lebenspende. Das Risiko z.B. bei den Lebendnierenspende ist weltweit betrachtet 0.03. Auf 30,000 Lebendspenden gibt es einen Todesfall, was ich für relativ gering halte. Und zum Zweiten gibt es eine sehr seriöse Langzeituntersuchung in Schweden, die dahingeht, dass Lebendspender länger leben. Dass es so ist, kann man kaum bestreiten. Der einzige Diskussionspunkt ist, auf was das eigentlich zurückzuführen ist. Dafür gibt es gute Gründe. Ich finde angesi-

TARTIŞMA

chts dieser Situation kann man mehr autonomiestärkende Regeln im deutschen Recht implementieren. Jetzt war ich zu lange...

Oturum Başkanı: Meslektaşımız biraz uzun izah etti ama her zaman burada değiller. Biz Türk arkadaşlarımızı zaten arada değişik toplantılarda görüyoruz. O nedenle biraz müsahahalı oldum, sınıf arkadaşım bu anlayışla mütekabiliyet kuralını umarım uygulamaya kalkmaz.

Prof. Dr. Doğan SOYASLAN: Oktar Babuna olayının tam mahiyetini bilmiyorum, kan verildi bildiğim kadarıyla. Ondan sonrada basında bir hayli eleştiri çıktı. Bu aileye yakın birilerini tanıdım ben. Çok büyük bir hizmet yaptı Oktar Babuna dediler bana. İnsanlar kanını verebilir buna karışamayız, yeter ki kendi sağlığına zarar vermesin bu kan verme, hukuk uygunluk sebebi burada ilgilinin rızasıdır. Kanı aldıktan sonra bundan gen haritası, DNA çıkarmak, veri elde etmek bizim kanununun 134, 135. maddesi "*özel hayatın gizliliğine ilişkin kişisel verilerin kaydına ilişkin*", bu 135. maddeyi ihlal eder. Ama benim kanım yurtdışına çıktı Amerika'da veya başka ülkelerde de benzer hükümler vardır diye düşünüyorum. Ama kim takip edecek diyeceksiniz, kim peşine düşecek, kim şikayetçi olacak atı alan Üsküdar'ı geçtikten sonra, bu sorunlar çıkacak. Ama bizim mevzuata göre suç olması gerekir. Bunun da ne kadar uygulandığından Türkiye'de emin değilim, çünkü bizde özel hayat kavramı fazla gelişmiş değil.

Embriyo transferi konusunda biz ceza normu konuşuyoruz, yeni düzenlemeye ihtiyaç var, ek hükümlere ihtiyaç var diye düşünüyorum. Ceza Kanunu'nun 92. maddesi cezasızlık. Bilmiyorum hiç kaza-bela yaşayan oldu mu? Ben yaşadım, kan falan aradım, parayı-pulu gözünüz görmüyor. İzmir'de hocayken birisi vardı ızbandut gibi birisiydi vücudu anormal derecede kan üretiyordu, yalvarırdı insanlar bu adama gelirdi gece götürürlerdi, mutlaka da para alırdı bu adam. Durum bu. İnsan onurunu küçültücü, aşağılayıcı hüküm dolayısıyla bizim hukuk ilkeleriyle uyuşmuyor ama bir de realite var. O gün sıkışıyorsunuz, ben bir kaza yaşadım, yaşadık biz onu,

gözünüz parayı-pulu görmüyor, hiçbir şeyi görmüyor, yeter ki canım kurtulsun diyor. Bir realite var, ilkelerle uyuşmayan bir durum, cezasızlık sebebi diyor. Kanunu yapanlar biraz da bu hükümleri koyanlar sosyal ihtiyaçlara uysun diye koydu, bilinçli olarak kondu demek istediğim bu. Durum bu ama uymuyor, insanın değersizliği ilkesine aykırı.

Hanımfefendi dedi ki *“benim hasarlı organlarımı alıyorlar”*, sizin hasarlı organlarınızı rızanız olmadan alırlarsa 91. maddenin ilk fıkrası gereği 5 yıldan 9 yıla kadar hapis cezası vermek lazım sadece almadan dolayı. Artı sizi bir organınızdan mahrum ettikleri için Ceza Kanunu’nun yaralamaya ilişkin, organ mahrumiyetine ilişkin netice sebebiyle ağırlatıcı sebep, bir 8-10 senede oradan vardır, bu kadar ama uygulanır mı, ne kadar uygulanır sorun bu. İkincisi, gerçekten kanserojen bir organınız var, yayılıyor bu. Doktor iyilik etmişse bunu da kanıtlıyorsa ben o doktora ceza vermem rızasızda alsa. Niye? Bir can kurtarmış. Değerler arasında tartıştığım zaman adam iyilik etmiş size, rızanız olsa da olur, olmasa da olur. Mademki insan onurundan, insan canın üstünlüğünden söz ediyoruz bunun böyle olması lazım diye düşünüyorum.

Teşekkür ederim.

Oturum Başkanı: Sağ olun Sayın Soyaslan. Açık seçik söyledi, elbette unutmayın ki, patolojik bir araştırma sonunda bu işler yapılıyor, o yüzden belgeleri vardır. Sayın Prof. Lilie söz almadan önce bir şey söyleyeyim bu bahsedilen olay, çünkü Türkiye de olan bir olayla ilgili soru soruldu, cevap verildi. Bir şahıs acaba organ nakli için kendisine uyan bir doku var mı diye çok acımaçlı bir şekilde propaganda yaptılar, binlerce kişiden kan örnekleri alındı. Daha sonra basında çıkan haberle amaç bu değil, amaç Türkiye’deki insanlar hakkında bir genelleme yapılabilir mi diye Amerika’daki bir çalışmaya hizmet etmiştir gibi sözler çıktı, onun için soruldu. Acaba Alman mevzuatında böyle bir durumda nasıl değerlendirilir, onu da siz yanıtlayarak cevap verirseniz konu daha da açıklık kazanır.

TARTIŞMA

Prof. Dr. Hans LILIE: Teşekkürler Sayın Başkan.

Yanıtlamak istediğim bir dizi soru var, Sayın Schroth organ vericisinin korunmasıyla ilgili soruya yanıt verdiyse de iki husus daha eklemek istiyorum. Bugün AB Komisyonu AB çapında organ nakli mevzuatının uyumlaştırılmasıyla ilgili görüşüyor. Ancak AB Kurucu Antlaşması'nın 152. maddesi gereği komisyon bu alanda yerindelik ilkesi nedeniyle yetkisizdir. Fakat ülkelere düzenleme yapma yetkisi veren yerindelikten bağımsız olarak organ nakli güvenliği AB düzeyinde düzenlenebilir. Mevcut taslakta organ vericilerinin uzun dönemde sigortalanması önemli bir madde olup AB ülkelerine bağlayıcılık getirecektir. Almanya'da uygulamada büyük bir sorun yaşıyoruz, çünkü canlıdan organ nakli çok nadir bir olay olduğu için, organ vericilerinin tazminat hakkı konusunda ülke çapında standart bir tecrübe yoktur. Halle kliniğimizde çok yoğun canlıdan organ nakli yapılıyor olmasına rağmen, cerrahlar her vaka için Alman sigorta hukukunda takip tedavisi olarak adlandırılan kavram için sigorta şirketleriyle savaş vermek zorunda. Yani hasta, organını verip hastaneden çıktıktan hemen sonra işe başlayamaz. Üç haftalık bir küre ihtiyacı var. Sigorta şirketleri bu küre ödememekte diretiyor ve bunun için kendi kendine zarar verme gerekçesini öne sürüyor. Bu konuda uzlaşma veya standart yok. Bu pratik bir sorun. Bu durumda Alman bir demiryolu çalışanı Türk bir demiryolu çalışanıyla aynı sorunlu konumdadır.

Kan nakli veya kan nakli verilerinin Amerikalılara gönderilmesiyle ilgili bir soru geldi. Kemik iliği vericileri için kan bankası kurulması amacıyla kan grubu tiplmesiyle ilgili bir durum var burada herhalde. Bu verilen kişilerin rızası alınmadan başka bir ülkeye transferine izin verilmemeli diye düşünüyorum. Alman hukukuna göre bu hukuka aykırıdır. Embriyo transferiyle ilgili bir soru vardı. Almanya'da embriyolarla ilgili her şey esasen organ nakli kanununun dışında tutulmuştur. Ama doku kanununda buna atıflar var. Alman hukukuna göre akraba olmayan yumurta vericilerine transfer

yapmak yasaktır ve embriyo koruma kanunu ile yaptırıma bağlanmıştır.

Henning Rosenau, genişletilmiş muvafakat modeli bir başarıdır. Hastaneler arasındaki işbirliği bir başarısızlıktır. Almanya'da olmadığım için kabaca söyleyeceğim: Alman hekimler organ nakli konusunda bilgisizdir, bekleme listesindeki hastalar karşısında ne gibi sorumlulukları olduğunu bilmedikleri için sorumsuzdur ve isteksizdir. İsteksizdir demek, beyin ölümü gece 23.00'da gerçekleşmişse hekim olarak seçim yapmalıyım, ya hastayı morga indireceğim ve eve uyumaya gideceğim ya da organ nakli yapacağım ve bu ertesi sabaha kadar sürecek bir iştir, sonra sabah 08.00 cerrah gelir ve ameliyat yapmak ister, ama organ vericisi hala ameliyathanededir ve sonunda şefle başım derde girer, çünkü hastane cirosunu düşürürüm. Almanya'daki sorunun kökeninde bu var dürüst olmam gerekirse. Son olarak, geçenlerde kahve makinemi onarıma verdim, geri aldığımda plastik kaptaki delikler vardı ve su ısıtıcısı bozduktu.

Tabii bunlar önemli değil, ama haklısınız, ameliyat olduktan sonra güven duyduğum doktorumun böbrek taşlarını bana ufak bir poşet içinde veya röntgen filmi göstermesi önemli. Bence bu, tıp ceza hukuku hali değil, hastaya kendimle eşit tutarak ona etik muamele etmekle ilgili bir haldir. Bu hastaya nasıl muamele ettiğimle ilgili olup subjektif gözlem olması nedeniyle ampirik olarak güvenceye alınamaz. Genç nesilde, Almanya'da en azından, eski paternalist hekim hasta ilişkisinden kaçınıldığını görüyoruz. Genç hekimler açıktır ve çok ileri düşünürler. Daha fazla vaktinizi almak istemiyorum. İlginiz için teşekkürler.

Besten Dank, Herr Vorsitzender. Ja, eine Reihe der Fragen auf die ich noch mal eingehen möchte, obwohl Herr Schroth schon zum Spenderschutz beim Lebendspender was gesagt hat, möchte ich noch zwei Punkte hinzufügen. Der eine Punkt ist, gegenwärtig berät die EU-Kommission über eine Vereinheitlichung des Rechts der Organtransplantation im EU Bereich. In diesem Bereich hat aber gemäss

TARTIŞMA

Paragraph 152 EG Vertrag die EU wahrscheinlich kein Regelungsrecht, weil es um die Subsidiarität geht. Aber unabhängig von der Subsidiarität, also dass die einzelnen Länder das selber regeln können, kann Sicherheit der Organtransplantation auf der EU Ebene geregelt werden. Im jetzigen Entwurf, der vorliegt, ist die Langzeitversicherung und die Langzeitabsicherung für Organlebenspender dort ein wichtiger Punkt, der verpflichtend für die EU-Länder eingeführt werden soll. Auf zweiter Ebene haben wir ein riesengrosses Problem in der Praxis in Deutschland, weil Lebenspender für die Krankenkasse eine extreme Seltenheit ist. Es gibt daher keine einheitlich breite Erfahrung mit dem Recht an Ersatz den Lebenspender zu bekommen haben. In unsere Hallischen Klinik wird sehr intensiv Lebendspende betrieben und der Chirurg beklagt sich unheimlich darüber, dass er bei jedem Patienten mit der Krankenkasse auskämpfen muss, das was wir im deutschen Sozialversicherungsrecht Anschlussheilbehandlung nennen. Das heisst, wenn der Patient aus dem Krankenhaus kommt, nachdem er sein Organ gespendet hat, kann er morgen nicht wieder anfangen zu arbeiten, sondern braucht noch eine dreiwöchige Kur. Die Krankenkassen weigern sich diese Kur zu bezahlen, weil sie mit dem Selbstschädigungsargument kommen und da gibt es keine Absprachen, keine Regelung, das ist so ein ganz praktisches Problem, also dem türkischen Bahnbeamten kann man einen deutschen Bahnbeamten als Kollegen in der gleichen Problemlage an die Seite stellen. Dann ist die Frage mit der Blutspende oder den Daten der Blutspende an Amerikaner angesprochen worden. Hier geht es vermute ich mal um Blutgruppentypisierung für eine Datenbank für Knochenmarkspender. Da würde ich sagen, das ist völlig unzulässig, das ohne Einwilligung weiterzugeben. Das halte ich nach deutschem Recht für nicht zulässig. Dann ist gefragt worden nach dem Embryonentransfer. In Deutschland ist alles was mit Emryonen zusammenhängt im wesentlichen losgelöst vom Transplantationsgesetz. Wir haben einige Überschneidungen neuerdings durch das Gewebegesetz. Aber Embryonentransfer an nicht verwandte Eispenderinnen ist in Deutschland verboten und ist im Emryonenschutzgesetz unter Strafe gestellt. Henning Rosenau, die erweiterte Zustimmungslösung ist ein Erfolgsmodell.

Die Kooperation der Krankenhäuser ist der Misserfolg. Ich sag das mal ganz grob, weil ich nicht in Deutschland bin, deutsche Aertze sind geplagt von Unkenntnis, was die Organspende angeht, Unverantwortlichkeit, weil sie nicht wissen, was sie für die Patienten auf der Warteliste für eine Verantwortung haben und Unlust. Unlust heisst der Hirntod ist nachts um 23.00 Uhr festgestellt, jetzt habe ich als Arzt die Wahl, den Verstorbenen in die Leichenhalle zu bringen und nach Hause zu gehen und schlafen zu gehen oder eine Organspende aufzuziehen und das ist ein Trubel, der bis in den nächsten Morgen geht und dann kommt der Chirurg um 8 Uhr und will operieren und dann ist der Spender noch nicht aus dem OP Saal entfernt und ich kriege schlicht und einfach Aerger mit dem ärztlichen Direktor, weil am Ende der Umsatz nicht stimmt. Da liegt der Kern des deutschen Problems, wenn ich das mal offen sagen darf. Als letztes vielleicht, ich habe neulich mein Kaffeemaschine zur Reparatur gebracht und als ich sie abholte war im Kaffeebehälter eine Plastiktüte mit kaputten Dichtungen und einem zerplatzten Boiler. Das sind natürlich Dinge, die mich nicht interessieren, aber sie haben natürlich völlig recht, wenn ich operiert worden bin, der Arzt, zu dem ich ein grosses Vertrauen habe, zeigt mir wenigstens hinterher in einem kleinen Tütchen meine Nierensteine oder er zeigt mir das Röntgenbild hinterher. Ich glaube das ist keine Frage des Medizinstrafrechts, sondern das ist eine Frage des ethischen Umgangs mit dem Patienten auf Augenhöhe. Das ist die Frage, wie gehe ich mit meinem Patienten um und meine subjektive Beobachtung ist nicht empirisch abgesichert. Dass wir in der jüngeren Generation ein Abweichen vom alten paternalistischen Arzt-Patientensystem haben, jedenfalls für Deutschland kann ich das sagen, wo mir jüngere Aertze begegnen, die sind sehr offen und in solchen Dingen sehr sehr weitgehend. Weiter möchte ich die Zeit nicht in Anspruch nehmen. Ich bedanke mich für ihre Aufmerksamkeit.

Oturum Başkanı: Teşekkür ederiz.

Son sözü Murat Aydın beye veriyoruz. Ancak bu arada bir hususu size vurgulamak istiyorum. Türkiye’de yaşanan bir konu, bizim Bahri Öztürk arkadaşımızın eşi yoğun bakım

TARTIŞMA

uzmanı, doçentliğe hazırlanıyor. Onun katılamadığı bir toplantıda benim hekimlerin toplantısına katılmamı istemişti. Orada İstanbul'daki önemli hastanelerden birisinin yoğun bakım ünitesi şefi olan bir doçent hanım bana şu soruyu sordu vücudunun 3/4'ü yanmış bir hasta yoğun bakım ünitesine bağlanmış, aile terk etmiş, iki yıldır iki yoğun bakım ünitesinden birisi buna tahsis edilmiş vaziyette, cesaret edemiyorlar, çünkü suçlu oluruz diye. Ne çözüm üretebiliriz diye sordular. Ben dedim ki *"Bahri beye sorun o etik kurullarda çalışıyor"*. Aile yaklaşmıyor bile böyle bir durumda gerçekten hayat kurtarabilecek bir ünite icabında kullanılamaz hale gelebiliyor, bir tarafta yaşama hakkı, öbür tarafta eldeki imkanlar.

Benim hep fıkra anlattığım söylenir ama bu fıkrayı anlatmadan geçemiyorum: İktisat fakültesi hocalarından rahmetli olan hocamız Şükrü Baban, bir gün derse gelmiş, mendilini çıkartmış cebinde taşıdığı cüzdanı, gözlük vs. ne varsa çıkartmış, mendilin içine koymuş. Öğrencilere *"buradan bir tane seçip bırakın"* demiş. Öğrenciler *"herhalde hoca bunadı"* demişler. Öğrenciler sırayla gelip, mendilin içindeki eşyalardan biri seçtikten sonra tekrar yerine bırakmış. En son birisi gelmiş mendilin dört tarafından tutmuş, Hoca *"dur bakalım ben sana bunlardan birini, bir eşya seç dedim"* demiş. Öğrenci *"Hocam siz derse başlarken, insanoğlunun ihtiyacı sonsuz, az sayıdaki araçlar çok sayıdaki gereksinimleri karşılamak iktisat biliminin konusunu oluşturur. Benim de sonsuz ihtiyaçlarımı ancak mendili alırsam daha fazla karşılamış olurum."*

Şimdi tabii sağlık konusunda da iki ünitesi olan bir önemli hastanenin bir tanesi iki yıl boyunca bir hastaya tahsis etmek zorunda kalmasının diğer çok daha yaşayabilme ihtimali olan hastalar bakımından yaratacağı sorunlar var. Etik bir konu olarak konu tartışılacak bir husus.

Ben bu konuyu da açıkladıktan sonra Sayın Murat Aydın arkadaşımıza sözü veriyorum.

Araş. Gör. Murat AYDIN: Tekrar teşekkür ediyorum hocam.

Oktar Babuna olayına ilişkin cevabı Doğan hocam verdi. Ama ben 91. madde kapsamında eğer soruyorsanız soruyu, 91. madde kapsamında bunun cezalandırılması mümkün değil. Zaten Organ ve Doku Nakli Kanunu'na da baktığımız zaman kan alınması bu kapsamda değerlendirilmiyor. Ama dediğim gibi Doğan hocamın biraz önce söylediği çerçevede cezalandırma mümkün olacaktı.

Diğer soruya geldiğimiz zaman, biraz önceki vermiş olduğumuz örnek üzerinden bir soru geldi. Başhekimin hastanesinde hukuka aykırı olarak organ alınmasına göz yumması durumunda onun ihmal suretiyle suçu işleyip işlemediği hususu soruldu. Bu kapsamda şunu düşünmemiz gerekiyor; organ ve doku alınması belli ortamlarda yapılabilecek bir fiil, sadece herhangi bir yerde yapılacak bir hareket değil, mutlaka belirli niteliklerde araç gerektiriyor. Organın alınması, nakledilmesi, saklanması belirli şartları gerektiriyor. Böyle olduğu içinde bu şartların maksimum derecede sağlanabileceği yer sadece hastanelerdir. Bu kapsamda da organ ve doku ticareti suçunun önüne geçebilmek istiyorsak eğer, buna engel olabilmek istiyorsak bu kapsamda belki bize ağır geliyor olabilir bu tarz tedbirler ama bu kapsamda tedbirlerin alınması yararlı olacaktır. O nedenle de organ ve doku ticareti suçuna engel olabilmek açısından da ya da hukuka aykırı olarak organ ve doku alınmasına engel olabilmek açısından da burada kanaatimizce hekimin ihmal suretiyle organ ve doku ticareti suçu işlediğini düşünmemiz gerekiyor.

Teşekkür ediyorum.

Oturum Başkanı: Çok teşekkür ederiz. Sayın Lilie atlatıldığı bir soruya birkaç kelimeyle cevap vereceğini söyledi bir kere daha kendisine söz veriyoruz.

TARTIŞMA

Prof. Dr. Hans LILIE ve SCHROTH: Özür diliyorum. Sizin sorunuzu unuttum. Ev sahibi olarak sizi utandırdım. Bir şey söylemek istiyorum. Benim için de önemli olan bir konuyla ilgili bir soru sordunuz. Almanya'daki Katolik ve Evanjelik Kilise organ nakli konusunda baskı yapıyor mu? Aslında başlangıçta Vatikan organ vermeyi, yakınlara gösterebilecek en yüce Hıristiyan sevgi gösterilerinden biri olarak lanse ediyordu. Ama Papa Ratzinger'dan kaynaklanan gitgide artan gayri resmi bir perde arkası baskısıyla gerek Katolik Kilisesinde gerekse Evanjelik Kilisede beyin ölümünün kabulüne karşı bir cephe geliştiği haberini alıyoruz. Profesör Schroth'un söylediği bir şeyi çok doğru buluyorum. Almanya'da sakın bu konuyu açma dedi, yoksa kilise beyin ölümü mevzuunu kısıtlama gerekçeleriyle birlikte gündeme taşır. Katolik Kilisesi Almanya'da tıp hukukuna nüfuz ediyor. En büyük beyin ölümü karşıtı kişi olan Bay Höfling Kardinal Meissner'in şahsi danışmanı. Köln'de yerleşik olan Kardinal Meissner'in de beyin ölümüne karşı olduğu söyleniyor. Örneğin Tutsing'de tıp hukuku toplantılarının başkan yardımcısı Evanjelik Kilisenin temsilcisi beyin ölümüne açıkça karşıdır. Yani resmi kilise görüşü ölüm sonrası organ nakline olumlu bakıyor, ama kilisede insan ölümünün işareti olarak beyin ölümüne karşı olan derialtı kültürleri var. İspanya'da örneğin papazların kilise ayinlerinde organ nakline teşvik etmesi olağandır. Almanya'da bu düşünülemez bile. Onlara ayinlerinizde organ nakli hakkında olumlu şeyler söyleyin deseniz bunu itici bir teklif olarak değerlendirirler. Yani bu ilişki pek açık bir ilişki değil.

Ich entschuldige mich. Ich habe ihre Frage vergessen und gerade das Sie unsere Gastgeberin sind, ist mir das besonders peinlich. Ich möchte nur noch eines erwähnen. Sie haben gefragt, und das ist mir ganz wichtig, nach dem Druck der Katholischen und Evangelischen Kirche in Deutschland auf die Organtransplantation. Dazu muss man sagen, dass in der Ausgangsposition, insbesondere der Vatikan, die Hingabe der Organe als einen wichtigen Akt christlicher Nächstenliebe dargestellt hat. Dass wir zunehmend, allerdings ni-

cht öffentlich, mit Druck hinter den Kulissen vernehmen, dass sich sowohl in der Katholischen Kirche –das hängt mit Papst Ratzinger zusammen– aber auch in der Evangelischen Kirche ein Druck gegen die Anerkennung des Hirntodes aufbaut. Ich fand das ganz richtig, dass Professor Schroth gesagt hat, in Deutschland bloss nicht dieses Thema anfassen, weil dann die Diskussion um den Hirntod möglicherweise auch mit restriktiver Argumentation von der kirchlichen Seite ins Feld geführt wird. Man muss sagen, dass in Deutschland auch das Medizinrecht, ich möchte mich jetzt ganz defensiv ausdrücken, von der Katholischen Kirche beeinflusst wird.

Wobei ich vielleicht noch ergänzen kann, der Haupthirntodgegner Herr Höfling ist persönlicher Berater von Kardinal Meissner. Und es gibt auch das Gerücht, dass der Kardinal Meissner in Köln auch ein Gegner des Hirntodes ist. Z.B die evangelische Kirche hat in Tutsing als Vizepräsident der medizinrechtlichen Tagung einen erklärten Gegner des Hirntodes. Das heisst die offizielle Kirchenmeinung steht positive der postmortalen gegenüber, es gibt aber subkutane Kulturen in der Kirche, die gegen den Hirntod als Tod des Menschen sind. In Spanien ist es durchaus üblich, dass z.B. auch Pfarrer prädigen und auffordern zur Organspende. In Deutschland ist es völlig undenkbar. Die würden das als anstössiges Angebot ansehen, wenn man sagen würde, geht doch mal in euren Prädigten positiv auf die Organspende ein. Also es ist nicht so ganz geklärt, das Verhältnis.

Oturum Başkanı: Bugünkü oturumu bu geç saatlere kadar büyük bir sabırla izleyen, dinleyen, katılımlarıyla konuya zenginlik kazandıran tüm konuşmacılara ve dinleyici arkadaşlarımıza çok teşekkür ediyoruz.

Vardığımız sonuç olarak konunun iki boyutu var; bir taraftan gerçekten organ ve dokuya ihtiyacı olan kişiler ve bunlara hukuk çerçevesinde yasal yollarla yardım yapma ve bu konudaki mevcut hükümleri ileriye götürme yönündeki düşünceler. Acaba açarsak son konuşmalarda gündeme getirdi daha da mı geriye götürür yeni yaklaşımlar açısından kazanımları geriye mi götürür sorusunu da Almanya örne-

TARTIŞMA

ğinde gündeme getirildi, ancak öbür taraftan da tabii bundan suç örgütlerinin haksız kazanç sağlamasının önüne geçmekte önemli. Getirilen hükümler iyi niyetli yaklaşımları baltalayacak boyuta dönüşmeden hukuk; adil ve insanlara yardım yapan bir yaklaşımla bu konuyu ele almalı ve bu yönde yaklaşım söz konusudur diyerek bugünkü oturumu kapatmak istiyorum.

Hepinizi ben ve meslektaşlarım adına saygıyla selamlıyorum.

Türkiye Barolar Birliği
V. TÜRK- ALMAN TIP HUKUKU
SEMPOZYUMU
Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları

İkinci Gün
29 Şubat 2008

Beşinci Oturum

Oturum Başkanı
Prof. Dr. Henning ROSENAU

Oturum Başkanı: Günaydın, hanımefendiler ve beyefendiler. Tercümanlarımızın hazır olup olmadığını sorabilir miyim? Güzel. Bu arada yaptığınız iş için teşekkür ederim. Sizin çabalarınız olmasaydı bu toplantı mümkün olmazdı. Sempozyumun ikinci gününe hoş geldiniz. Bu sabah yine çok gündemde olan ve heyecanlı bazı ceza hukuku konularını ele alacağız. Sağımda Marmara Üniversitesi'nden Prof. Sayın Artuk var. En sağımda ise İstanbul Kadir Has Üniversitesi'nden sayın Koça ve solumda buraya yakın bir yer olan Kırıkkale Üniversitesi'nden Sayın Erdağ ve en solumda yine yakın bir yerden gelen Konya Selçuk Üniversitesi'nden Sayın Avcı oturuyor. Bugün yine çok yoğun bir programımız var, bu nedenle konuşmacıların 15 dakikalık süreye uymasına çok dikkat edeceğiz. Gerekirse başkanlıktan ufak bir uyarı gelecek. Tartışmalarda da zaman sınırını aşmamanızı rica edeceğim. Tartışmalarda konuşmadan ziyade soru sorulmasını rica ederim. Ama dün gayet iyi geçti. Bugün de iyi olacak. Öncelikle Sayın Artuk'a söz vermek istiyorum. Konusu görev suistimali bağlamında hekimin cezai sorumluluklarıyla ilgilidir.

Buyurun.

Ja. Einen schönen guten Morgen, meine Damen und Herren. Darf ich fragen, ob unsere Dolmetscher bereit sind? Gut, hervorra-

gend. Ganz herzlichen Dank im übrigen für ihre Arbeit, für ihre mühevollen Arbeit, ohne die unsere ganze Tagung ja gar nicht möglich wäre. Ich begrüße Sie zur Fortsetzung unseres Symposiums. Wir haben heute vormittag eher strafrechtlich ausgerichtete Themen, die aber von hoher Brisanz und deswegen auch sehr spannend sind. Ich darf Ihnen vorstellen zu meiner Rechten, Herr Artuk von der Marmara Universität, Professor für Strafrecht. Dann ganz rechts, Herr Koçer von der Kadir Universität, Kadir Has Universität, entschuldigung, in Istanbul, und zu meiner Linken ganz aussen Herr Erdağ, von der Kırıkkale Universität, der es nicht ganz so weit hatte, und auch nicht ganz so weit hatte es Herr Avcı, von der Selçuk Universität aus Konya.

Wir haben auch heute wieder ein ganz eng gespanntes Programm, deshalb werden wir hier genau darauf achten, dass die Referenten auch die 15 Minuten-Grenze einhalten. Gegebenenfalls gibt es dann auch mal vom Präsidium einen kleinen Hinweis. Auch bei den Diskussionen bitte ich darum, dass wir möglichst in der Zeit bleiben, also, dass keine Co-Referate gehalten werden, aber ich denke das haben wir auch gestern schon ganz gut in den Griff bekommen. Das wird uns auch heute ganz gut gelingen. Nur würde ich zunächst Herr Artuk das Wort erteilen. Er spricht über die strafrechtliche Verantwortung des Arztes im Hinblick auf den Amtsmissbrauch. Herr Artuk bitte schön.

Prof . Dr. Mehmet Emin ARTUK (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Öğretim Üyesi):*

1. Genel Açıklamalar

Bu suç, 5237 sayılı TCK'nın ikinci kitabının "Millele ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükümler"e yer veren dördüncü kısmının "Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar" başlıklı birinci bölümünde 257. maddede düzenlenmiştir. Burada; "(1) Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir kazanç sağlayan kamu görevlisi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstererek, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir kazanç sağlayan kamu görevlisi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

* "Hekimler Açısından Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK m. 257)", başlıklı tebliğ.

MEHMET
EMİN
ARTUK'UN
TEBLİĞİ

(3) İrtikap suçunu oluşturmadığı takdirde, görevinin gereklerine uygun davranması için veya bu nedenle kişilerden kendisine veya bir başkasına çıkar sağlayan kamu görevlisi, birinci fıkra hükmüne göre cezalandırılır" denilmektedir.

Bu suç tipi 765 sayılı TCK'da yer alan görevi kötüye kullanma (m. 240),¹ görevi ihmal (m. 230),² kişilere karşı keyfi ve sert muamele (m. 228)³ ve basit rüşvet alma (m. 212/1)⁴ suçlarının karşılığını oluşturmaktadır.

¹ 765 sayılı TCK'nın 240. maddesinde; "Yasada yazılı hallerden başka hangi nedenle olursa olsun görevini kötüye kullanan memur derecesine göre bir yıldan üç yıla kadar hapsolünür. Cezayı hafifletici nedenlerin bulunması halinde altı aydan bir yıla kadar hapis ve her iki halde on iki bin liradan altmış bin liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılır. Ayrıca memuriyetten süreli veya temelli olarak yoksun kılınır" denmektedir.

² 765 sayılı TCK'nın 230'uncu maddesinde; "hangi nedenle olursa olsun memuriyet görevini yapmakta savsama ve gecikme gösteren veya üstünün yasaya göre verdiği buyrukları geçerli bir neden olmadan yapmayan memur... cezalandırılır.

Bu savsama ve gecikmeden veya üstünün yasal buyruklarını yapmamış olmaktan devletçe bir zarar meydana gelmişse, derecesine göre, altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile birlikte süreli veya temelli olarak memuriyetten yoksun kalma cezası da hükmolünür.

Her iki durumda memurun vazifesini geciktirmesinden veya verilen buyruğu yapmamasından, kişiler her hangi bir zarara uğramışsa bu zarar ayrıca ödetilir" denmektedir.

³ Kişilere karşı keyfi ve sert muamele suçu 765 sayılı TCK'nın 228. maddesinde; "Devlet memurlarından her kim bir şahıs veya memur hakkında memuriyetine ait vazifeyi suistimal ile kanun ve nizamın tayin ettiği ahvalden başka suretle keyfi bir muamele yapar veya yapılmasını emreder veya ettirirse altı aydan üç seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu muamelede hususi maksat veya siyasi saik veya sebep mevcut ise cezası üçte birden yarıya kadar artırılır.

Memuriyetinin icrasında lüzumsuz yere sert muamelelerle bir şahsın kanun hükmüne veya hükümetin emirlerine itaat etmemesine sebep olan memur dahi aynı ceza ile cezalandırılır" şeklinde düzenlenmişti.

⁴ 5237 sayılı TCK'da basit rüşvet alma fiiline rüşvet suçu kapsamında yer verilmemiştir. Buna göre basit rüşvet alma olarak nitelendirilen fiilin söz konusu olduğu durumlarda diğer şartları da oluşmak koşuluyla 257'nci maddedeki görevi kötüye kullanma suçu oluşur. Basit rüşvet alma suçu 765 sayılı TCK'nın 212/2'nci maddesinde; "Kanun ve nizam hükümlerine göre yapmak zorunda olduğu şeyi yapmak veya yapmamak zorunda olduğu şeyi yapmamak için rüşvet alan veya bir vaat veya taahhüt kabul

Böylece eski TCK'da yer alan birbirinden farklı suç tipleri, Yeni TCK'da aynı madde içerisinde düzenlenmiştir. Kanun koyucuyu bu yola sevk eden düşüncenin, 765 sayılı TCK döneminde söz konusu suçların ayırımı konusunda (örneğin, 240 ile 228, 230 ile 240 arasındaki ayırım) ortaya çıkan tereddütleri gidermek ve dağınıklığı önlemek olduğu söylenebilir.

Bu konuda 765 sayılı TCK'nın 228/1 maddesi ile 240. maddesi arasındaki ilişkiye değinmek yerinde olur. Mehazı 1889 İtalyan CK'nın 175. maddesi olan ETCK'nın 228. maddesi, genel nitelikte görevin kötüye kullanılması suçunu düzenlemiştir.⁵ Aynı hususta hüküm getiren ETCK'nın 240. maddesinin mehazı ise, 1274 tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunu'nun değişik 102. maddesinin 1 numaralı geçici ekidir. Bu suretle kanunda mehazları farklı aynı konuyu düzenleyen iki hüküm (228 ve 240) yer almıştı. Esasen doğru olan, 228. maddeyi kanuna almamaktı.⁶ Aynı eylemi yaptırıma bağlayan bu iki hükmün birbirinden ayrılmasıyla ilgili olarak 228. maddenin 1. fıkrasının "*insanlara karşı keyfi muamele*"yi, 240. maddedeki hükmün ise, insanlara karşı olmayan her türlü keyfi muameleyi düzenlediği ileri sürüldü⁷ ve uygulama da bu yönde gelişti.

eden kimseye dört yıldan on yıla kadar ağır hapis cezası verilir" şeklinde yer almaktaydı.

- ⁵ İtalyan CK'nın 175. maddesinde: "Devlet memurlarından her kim, memuriyetine ait vazifeyi suistimal ederek kanun ve nizamın tayin ettiği hallerden başka suretle bir şahıs hakkında keyfi bir muamele yapar veya yapılmasını emrederse... cezası görür ve bunda hususi bir maksadı mevcut olduğu anlaşılırsa... ceza arttırılır" denmektedir.
- ⁶ Gerçekten 1930 İtalyan Ceza Kanunu daha genel bir hüküm (m. 323) sevk ederek görevi kötüye kullanma suçunun bir başkasına karşı işlenmesinin şart olmadığını öngörmüştür.
- ⁷ Önder, Ayhan, Türk Ceza Hukuku. Özel Hükümler, İstanbul 1994, s. 190; Gözübüyük, Abdullah Pulat, Alman, Fransız, İsviçre ve İtalyan Ceza Kanunları ile Mukayeseli Türk Ceza Kanunu, Gözübüyük Şerhi C.: II (Hususi Kısım), 5. Bası, İstanbul tarihsiz, s. 904. Doktrinde Erman bu düşüncenin yanı sıra, kötüye kullanılan vazifelerin, "mahsus" bir görev olup olmadığı kriterine göre de iki hükmün birbirinden ayrılabilceğini belirtmiştir. Bu bakımdan herhangi bir kanun belirli bir fonksiyon icra eden memurun görevlerini belirtirken mahsus bir görevi de açıklamışsa

MEHMET
EMİN
ARTUK'UN
TEBLİĞİ

Yine 228. maddenin keyfi muameleyi yaptırma bağlayan 1'inci fıkrası ile sert muameleyi yaptırma bağlayan 2'nci fıkrası farklı hukuki yapılara sahipti. Unsurları birbirinden farklı iki suçun, aynı madde içerisinde düzenlenmesi sistematik açıdan uygun değildi. 765 sayılı TCK'nın 228. maddesine getirilen önemli bir eleştiri de, bu maddenin "kişilerin zararına" olan davranışları yaptırma bağlaması, buna karşılık kamu görevlisinin "kişilere menfaat temini için" görevini kötüye kullanmasını düzenlememesiydi.⁸

5237 sayılı TCK, 765 sayılı TCK'nın bu suçlara ilişkin düzenlemelerinden kaynaklanan mevcut sorunları, 257/1 hükmüyle gidermiştir. Nitekim burada, kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında görevinin gereklerine aykırı hareket ederek kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir kazanç sağlayan kamu görevlisinin cezalandırılacağı hükme bağlanmıştır. Bu düzenlemenin 765 sayılı TCK'nın 228/1 ve 240. maddelerine karşılık geldiğini belirtmemiz gerekir.

Fiilin cezalandırılabilmesi kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı hareket etmesinden kişilerin veya kamunun zarar görmesi ya da kişilere haksız bir kazanç sağlanması koşullarının gerçekleşmesine bağlıdır. Söz konusu halleri "cezalandırılabilme şartı" olarak değerlendirmekteyiz. Bu hallerin somut olayda gerçekleşmemesi durumunda, görevin gereklerine aykırı davranışlar, cezalandırılmazsa da, disiplin hukuğu açısından bir değerlendirmeye tabi tutulabilir.

(örneğin, Ay. m. 138/4) ve buna riayet edilmemesi ferden (ya da devlet memurlarından birinin) hakkını ihlal ediyorsa 228. madde, bunun dışındaki genel görevi kötüye kullanmalarda ise, 240. madde tatbik olunmalıdır. Bkz. Erman, Sahir-Özek, Çetin, Ceza Hukuku Özel Bölüm. Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, (Sahir Erman), İstanbul 1992, s. 132, 133.

⁸ 1930 İtalyan CK'nın 323. maddesi, keyfi muamelenin bir şahsa fayda teminine yönelik olabileceğini öngörmüştür. Bkz. Tezcan, Durmuş-Erdem, Mustafa Ruhan-Önok, R. Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2006, s. 698.

Burada görevini kötüye kullanan kamu görevlisinin kişilere haksız kazanç sağlamasının irtikâp ve zimmet suçları dışında bir menfaat sağlama olması gerekmektedir. Aksi takdirde o hükümler tatbik edilir.

5237 sayılı TCK'nın 257. maddesinin 2. fıkrasında; kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, görevinin gereklerini yapmakta ihmal ve gecikme göstererek, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir kazanç sağlayan kamu görevlisinin cezalandırılacağı ifade edilmiştir. Bu düzenleme 765 sayılı TCK'nın 230. maddesine karşılık gelmektedir.

Türk hukukunda görevi ihmal suçu olarak kabul edilen söz konusu fiilin, görevi kötüye kullanma başlığı altında düzenlenmesi yerleşik uygulama bakımından yerinde olmuştur.⁹ Ancak fiilin cezalandırılabilmesi hususunun "*kişilerin mağduriyeti*", "*kamunun zararı*", "*kişilere haksız kazanç sağlama*" koşullarına bağlanması olumlu bir değişikliktir. Böylece kamu görevlisinin belirtilen sonuçları doğurmayan görevini ihmal eylemi hüküm kapsamında değerlendirilmeyecektir.

Görevini ihmal eden kamu görevlisinin kişilere haksız kazanç sağlamasının denetim görevini ihmal suçu dışında bir menfaat sağlama olması gerekmektedir. Aksi takdirde 251. madde tatbik edilir.

5237 sayılı TCK'nın 257. maddesinin son fıkrasında; irtikâp suçunu oluşturmadığı takdirde, görevinin gereklerine uygun davranması için veya bu nedenle kişilerden kendisine veya bir başkasına çıkar sağlayan kamu görevlisinin görevi kötüye kullanma suçu kapsamında cezalandırılacağı hükme bağlanmıştır. Bu hüküm 765 sayılı eski TCK'nın basit rüşvet

⁹ Aynı doğrultuda bkz. Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Galatasaray Üniversitesi'nin Görüşü, in: Türk Ceza Kanunu Tasarısı, Türk Ceza Hukuku Derneği Toplantısı (10 Temmuz 2004), İstanbul Barosu-Türk Ceza Hukuku Derneği Toplantısı (10 Eylül 2004), Kurumsal Raporlar-Toplantılara Sunulan Raporlar-Bilimsel Raporlar, İstanbul 2004, s. 147.

MEHMET
EMİN
ARTUK'UN
TEBLİĞİ

almaya ilişkin 212/1 maddesinin karşılığını oluşturmaktadır. Bireylerden görevinin gereklerine uygun davranması için menfaat temin eden kamu görevlisinin cezasız kalmasını önlemek adına getirilen bu düzenleme tarzının yerinde olduğu düşüncesindeyiz.

2. Mukayeseli Hukuk

Kanunların görevi kötüye kullanma suçuna ilişkin düzenlemeleri değişiktir.

a. Görevin özel nitelikte kötüye kullanılması suç tiplerini öngören bazı kanunlar görevin genel olarak kötüye kullanılması suçuna yer vermezler. Diğer bir deyişle, görevin kötüye kullanılabileceği halleri teker teker belirten bu kanunlarda, söz konusu hallerin dışında her türlü kötüye kullanma hareketlerini cezalandıran bir genel hükme rastlanmaz. Bu gibi kanunlara örnek olarak 1810 Fransız ve 07.12.1940 tarihli Brezilya ceza kanunları gösterilebilir. Gerçekten özel nitelikte görevin kötüye kullanılması suç tiplerini şahıslara ve kamuya karşı olmak üzere ikiye ayıran Fransız CK, şahıslara karşı görevin kötüye kullanıldığı halleri –konut dokunulmazlığını ihlâl (m. 184), ihkak-ı haktan imtina (m. 185), kanun ve nizamın tayin ettiği ahvalden başka surette şahıslara karşı şiddet kullanma (m. 186), posta idaresine tevdi edilen mektupların ortadan kaldırılması veya açılması (m. 187)- teker teker belirttikten sonra 188. maddesinde, kanun hükmü veya vergi toplanmasının veya adliye veya yetkili merciin bir emri veya kararının engellenmesi hususunda kamu gücüne emir veren veya talepte bulunan memurun derecesi ne olursa olsun cezalandırılmasını öngörerek kamuya karşı görevin özel nitelikte kötüye kullanılması suçlarına yer vermiştir. Bu hükümler dışında 1810 Fransız CK genel olarak görevi kötüye kullanma suçunu ayrı bir suç tipi olarak düzenlememiştir.¹⁰ 1994 Fran-

¹⁰ Bkz. Garraud, R., *Traité théorique et pratique du droit pénal français*,

sız CK'da 1810 Fransız CK'nın sisteminden ayrılmamıştır. Görevin kötüye kullanılabilceği halleri teker teker gösteren 1940 Brezilya CK'da (m. 312-326) genel nitelikte görevin kötüye kullanılmasını ayrı bir suç tipi olarak kabul etmemiştir.

b. Görevin özel nitelikte kötüye kullanılması hallerine yer veren bazı kanunlar, bu hallere girmeyen fiilleri genel nitelikte görevin kötüye kullanılması suç tipiyle karşılarlar. Diğer bir deyişle, özel nitelikte görevin kötüye kullanılması suç tiplerinden birini ihlâl etmeyen görevi kötüye kullanma, genel nitelikte görevin kötüye kullanılması suç tipine girer. Kısaca özel nitelikteki suç tiplerinin uygulanamaması halinde genel, tamamlayıcı, tali nitelikte olan görevi kötüye kullanma hükmü uygulanır. Bu sistemi kabul eden kanunlara örnek olarak 5237 sayılı Türk (m. 247 vd., Görevi Kötüye Kullanma m. 257), 01.01.1933 Danimarka (m. 144 vd., Görevi Kötüye Kullanma m. 155), 19.10.1930 İtalyan (m. 314 vd., Görevi Kötüye Kullanma m. 323), 17.08.1950 Yunan (m. 235 vd., Görevi Kötüye Kullanma m. 259) Ceza Kanunları gösterilebilir. Gerçekten bütün bu kanunlarda görevin, özel nitelikte ihlalleri yanında tali, tamamlayıcı veya genel nitelikte olmak üzere kötüye kullanılması suç tipine rastlanır.

Ayrıca bazı kanunlar 765 sayılı TCK'daki gibi görevi kötüye kullanma suçunun ihmali hareketlerle işlenmesi halini ayrı bir maddede düzenlemektedirler. Bu kanunlar arasında örneğin, 19.10.1930 İtalyan CK m. 328 (görev yapmayı reddetme, ihmâl etme, geciktirme), 07.12.1940 Brezilya CK m. 319 (görevin icrasını geciktirme, ihmâl etme, kanuna aykırı olarak yapma), 1930 Danimarka CK m. 156 (memuriyet vazifelerini ifayı red, ihmâl), 29.10.1921 Arjantin CK m. 249 (görevin yapılmasını ihmâl, red, geciktirme) sayılabilir.

Tome: IV, 3. Ed., Paris 1922, nouveau tirage, Paris 1930, s. 411 vd.

3. Suçun Mahiyeti

Kanun koyucu “*kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında*” ibaresiyle, görevi, özel nitelikte kötüye kullanma suç tiplerinden -örneğin TCK m. 235, 247, 250, 252, 279- birine girmeyen kötüye kullanmanın, genel olarak görevi kötüye kullanma suçuna ilişkin 257. maddenin kapsamına gireceğini belirtmektedir.¹¹ Diğer bir deyişle, görevi kötüye kullanma niteliği taşıyan her hangi bir fiilin ceza kanunu veya hususi kanunlarda başka surette cezalandırılmaması, genel, tamamlayıcı ve tali bir norm olan 257. maddenin uygulanmasını gerektirir.¹² Örneğin, kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye

¹¹ Özellikle hekimlerle alakalı olarak, belgede sahtecilik suçu (m. 204, 205, 210), irtikap (m. 250), rüşvet (m. 252), göreve ilişkin sırrın açıklanması (m. 258), gerçeğe aykırı bilirkişilik (m. 276), kamu görevlisinin suçu bildirmemesi (m. 279), sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi (m. 280), suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme (m. 281) ve genital muayene (m. 287) gibi suçlar TCK’da görevi kötüye kullanma suçuna göre özel nitelikli suç tipleri olarak düzenlenmiştir.

¹² Yargıtay da 765 sayılı TCK döneminde vermiş olduğu kararlarında, görevin kötüye kullanılması niteliğindeki fiilin, TCK veya özel bir kanun maddesi tarafından ayrıca düzenlenmesi halinde, genel nitelikteki görevi kötüye kullanma suçuna ilişkin maddenin değil, görevin özel nitelikte kötüye kullanılmasına yer veren TCK veya özel kanunun ilgili maddesinin uygulanacağını öngörmektedir: “Sanıkların kullanmağa elverişli sağlam bulunan 1100 paket yabancı çıkışlı sigaraları imha edilmiş gibi gösterip tutanak düzenledikleri halde, imha etmeyerek taksii ile kaçağa sarf etmek üzere nakledilerken zabıtaca yakalandıkları toplanan deliller ile anlaşıldığından eylemleri 1918 sayılı yasanın (kaçakçılığın men ve takibi hakkında yasa) 27/2-3 ve son fıkralarına uyduğu düşünülmeden TCK’nın 240. maddesiyle cezalandırılmaları yasaya aykırıdır” Yarg. 7. CD. 09.04.1976, 3258/3388, YKD, S.: 4, 1977, s. 593; “Mevcut delillere ve kabule göre sanığın, bir şahsın askere sevkini önlemek için bunun köyde olmadığından bahisle hakikat hilâfına ilmühaber vermekten ibaret olan eyleminin TCK’nın 355. maddesine girdiği düşünülmeden adı geçen kanunun 240. maddesiyle hükümlülüğüne karar verilmesi, bozmayı gerektirmiş...” Yarg. 4. CD. 29.01.1976, 328/405, YKD, S.: 12, 1976, s. 1705; “TCK’nın 240. maddesinde: (Kanunda yazılı hallerden başka her ne suretle olursa olsun vazifesini suistimal eden memurun... cezalandırılacağı) hükme bağlanmıştır. Genel nitelikte olan bu maddenin açık hükmünden de anlaşıldığı gibi, memur olan sanık, eylemiyle TCK’nın belirli başka bir maddesini veya özel kanunlardaki bir yasa maddesini ihlâl etmişse, o maddeye göre cezalandırılacak; ancak bu suç “vazife

kullanılmak suretiyle "kişiyi hürriyetten yoksun kılma" (TCK m. 109), "haksız arama" (TCK m. 120), "zimmet" (TCK m. 247), "bir kimseyi kendisine veya başkasına yarar sağlamaya icbar, ikna etme" (TCK m. 250), "denetim görevinin ihmali" (TCK m. 251), "suçu bildirmeme" (TCK m. 279) hallerinde genel ve tamamlayıcı bir hüküm olan 257. madde değil, o fiilleri bağımsız olarak cezalandıran ilgili maddeler uygulanır.¹³

esnasında" işlemişse, sanığa verilen ceza TCK'nın 251. maddesiyle artırılacaktır. 6831 sayılı Yasanın 14 ve 91. maddelerinde, ormandan "ağaç kesen", "yatık veya devrik ağaçları kesen veya götüren"ler için özel hüküm bulunduğu göre, sanık hakkında genel nitelikte olan TCK'nın 240. maddesi uygulanamayacağından..." Yarg. CGK. 11.03.1985, 4-205/128, YKD, S. 8, 1985, s. 1226-1228; "Sanığın görevde yetki ya da sıfatı kötüye kullanılarak 3. kişilerden çıkar sağladığının ve iradeyi zorladığının ya da inandırarak bunu yaptığının kanıtlanması halinde; eylemin özel hüküm olan T. C. Yasası'nın 209. maddesine girdiği düşünülmeden, daha genel nitelikteki T.C. Yasası'nın 240. maddesiyle hüküm kurulması..." Yarg. 4. CD. 27.03.1996, 1171/2744 (Malkoç, İsmail-Güler, Mahmut, (Uygulamada) Türk Ceza Kanunu, Özel Hükümler-2, Ankara 1996, s. 1744); "Köy muhtarı sanık HY'nin köy konağının yapımı sırasında köy yoluna saldırma eyleminin özel hüküm niteliğinde TCY'nin 513/2, 251. maddelerine uyduğu gözetilmeden, görevi kötüye kullanma suçundan hüküm kurulması..." Yarg. 4. CD. 22.12.1994, 8887/11366 (Malkoç-Güler, II, s. 1779); "Yasal koşullara uymaksızın evlenme akdini nüfus müdürlüğüne bildiren sanık köy muhtarının eyleminin TCK'nın 237. maddesinin 2. fıkrasına giren özel suç niteliğinde olduğu gözetilmeden yazılı şekilde TCK'nın 240/1. maddesiyle hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir" Yarg. 4. CD. 27.11.1991, 6196/7290 (Erdurak, Yılmaz Güngör, Notlu-İçti-hatlı Türk Ceza Kanunu, 3. Baskı, Ankara 1994, s. 407).

¹³ Erem, Faruk, Türk Ceza Kanunu Şerhi, Özel Hükümler, C. II, Ankara 1993, s. 1346; Önder, s. 190; Erman-Özek, s. 130. Örnek için bkz. Gözübüyük, II, s. 834; "Belediye muhasebecisi olan sanığın, tahsildar Necdet'in hesaplarını kontrol ve teftiş yetkisi bulunduğu ve bu görevini yerine getirmemek sonucu zimmetin vukuuna sebebiyet verdiği anlaşılmasına göre, eyleminin TCK'nın 203. maddesine uygun bulunduğu gözetilmeden CKTCK'nın 230'uncu maddesi ile hüküm kurulması, bozmayı gerektirmiştir" Yarg. 5. CD. 07.02.1989, 4992/311 (Savaş, Vural-Mollamahmutoğlu, Sadık, Türk Ceza Kanunu'nun Yorumu, C.: II, 3. Baskı, Ankara 1999, s. 1948); "...Kooperatifinde veznedar olan sanığın denetim görevinin bulunmadığı nazara alınarak kabul edilen eylemlerinin görevi ihmal suçunu oluşturacağı gözetilmeden yazılı şekilde TCK'nın 203/1. maddesiyle hükümlendirilmesi, bozmayı gerektirmiştir" Yarg. 5. CD. 22.04.1993, 1199/1758 (Erdurak, 3. Baskı, s. 377). Bu bakımdan Yargıtay'ın; "Şahadete göre Cumhurreisi ve misafirleri Irak Kralı oto-

MEHMET
EMİN
ARTUK'UN
TEBLİĞİ

Bu suretle görevlerini kötüye kullanmalarına rağmen, ceza kanununun özel kısmında veya hususi kanunlarda yer alan özel nitelikte görevi kötüye kullanma suç tiplerinden birine göre cezalandırılmayanların cezasız kalmamaları sağlanmış olmaktadır.

4. Suçun Maddi Unsurları

A. Fiil

TCK m. 257' de üç ayrı suç tipine yer verilmiştir. Buna göre; 257. maddenin 1. fıkrasında icrai hareketle görevi kötüye kullanma, 2. fıkrasında ihmali hareketle görevi kötüye kullanma, 3. fıkrasında ise, kamu görevlisinin görevinin gereklerine uygun davranmak için fertten menfaat temini düzenlenmiştir. Aşağıda bu suç tipleri üzerinde ayrı ayrı durulacaktır.

a. Kamu Görevlisinin Görevinin Gereklerine Aykırı Hareket Etmek Suretiyle Görevini Kötüye Kullanması

257. maddenin 1. fıkrasında düzenlenen görevi kötüye kullanma suçunda yaptırma bağlanan fiil; kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı hareket etmesidir. Suçun bu şekli icrai hareketlidir. İhmali hareketle işlenemez.

mobile binip gazinodan ayrıldıktan sonra, halkın otomobile binen şahısları görmek için bu otomobilin bulunduğu yere doğru toplandığı ve maznunun (emniyet müdürü) bu sırada halka (eşek oğlu eşekler...) diye hitabını duyan müdahilin bunun doğru olmadığını söylemesine karşı maznun... in müdahilin yakasından tutarak hakaret eylemekle beraber, üstünü arattığı ve yanındaki polisler emir verip polis karakoluna sevk ve iki saat karakolda alıkoyduğu ve bu hakaretlerinin büyükleri koruma talimatındaki tedbirlerle bir alakası bahis konusu olamayacağı ve maznunun bu fiil ve hareketlerinin kül halinde TCK'nın 228. maddesine uygun bir suç teşkil eylediği düşünülmez, yazılı şekilde beraat kararı verilmesi bozmayı gerektirmiştir" şeklindeki içtihadına katılmıyoruz. Bkz. Yarg. 4. CD. 27.02.1960, 11377/2246 (Özütürk, Nejat, Türk Ceza Kanunu Şerhi ve Tatbikatı. C.: I, 2. Bası, İstanbul 1970, s. 850).

Failin hareketi görev alanına giren bir işleme dair olmalıdır. Kamu görevlisinin kendi görevine girmeyen bir konuda tasarrufta bulunması ihtimalinde, görevin kötüye kullanılmasından değil, olsa olsa "kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi" suçundan bahsedilir ki,¹⁴ 257. madde bunu cezalandırmamaktadır.¹⁵ Diğer bir deyişle, görevi kötüye kullanma,

¹⁴ Erman-Özek, s. 209, 210.

¹⁵ Bu bakımdan kanunun kendisine vermediği yetkileri kullanan diğer bir deyişle, göreviyle ilişkisi bulunmayan bir fiil işleyen kamu görevlisi, görevin kötüye kullanılmasından değil, TCK'nın 262. maddesinde yer alan kamu görevinin usulsüz üstlenilmesi suçundan dolayı cezalandırılır. Bu konuda ayrıca bkz. Kunter, Nurullah, Mahkeme İçtihatları, İÜHF, C.: XV, S.: 1, İstanbul 1949, s. 395; Demirbaş, Timur, "Türk Ceza Kanununda Memuriyet Görevini İhmal ve Kötüye Kullanma Cürümleri", Prof. Dr. Kudret Ayter Armağanı, DEÜHFD, C.: III, S.: 1-4, Ankara 1987, s. 268-269. Bu bakımdan her somut olayda kamu görevlisinin gerçekleştirdiği fiilin görevine dahil olup olmadığı araştırılır. Görevin kötüye kullanılmasından bahsetmek her şeyden önce görevli olmayı gerektirir. Görevli olmayan birinin görevini kötüye kullanması söz konusu olamayacağından sırf kamu görevlisi olmak görevli olmayı sonuçlamaz. Yargıtay da 765 sayılı TCK döneminde bu görüşü benimsemiştir: "Para almanın sanığın yasal görevleri içinde olmaması karşısında eylemin görevde yetkiyi kötüye kullanma suçunu oluşturmadığı ve kovuşturulması suçtan zarar görenin yakınmasına bağlı TCK'nın 508. maddesine uyduğunun gözetilmemesi bozmayı gerektirmiştir" Yarg. 4. CD. 03.07.1991, 3127/4440 (Erdurak, 3. Baskı, s. 406); "Tütün eksperlerine yemek vermek için koçan başına para toplamanın köy muhtarı ve ihtiyar kurulu üyelerinin görevi bulunmadığı gözetilmeden ve suçun öğelerinin ne suretle oluştuğu açıklanmadan (TCK'nın 240/1-2. maddesiyle) hükümlülük kararı, bozmayı gerektirmiştir" Yarg. 4. CD. 16.06.1993, 3131/4836 (Erdurak, 3. Baskı, s. 410); "TCY'nin 240. maddesinde düzenlenen görevde yetkiyi kötüye kullanma suçunun oluşabilmesi için; memurun yasal görevlerini yaparken, yasalara ve hukuka aykırı davranması gerektiği gözetilmeden sanığın görevi ile ilgili olmayarak, yardım sandığı ile bağış toplayıp, Orman İşletme Şefliğine televizyon alma, çay, kahve ve şeker giderlerini karşılama eylemlerinin 2860 sayılı Yardım Toplama Yasasına aykırılık suçunu oluşturup, oluşturmayacağı tartışılmadan; unsurları oluşmayan görevi kötüye kullanma suçundan hükümlülük kararı verilmesi yasaya aykırıdır" Yarg. 4. CD., 23.02.2004, 2884/01859, YKD- 2004/07; "Belediyede fen memuru olan sanığın inşaat yapan yakınana "inşaatını yaptıracak olan Abdullah'a seni önerdim, bana 50 milyon ver" diyerek yakından para almaktan ibaret eyleminin, inşaat yaptıran kişilere taşeron önermek gibi yasal bir görevi bulunmaması nedeniyle görevin değil, memurluk sıfatının kötüye kullanılması olup, sıfatın kötüye kullanılmasının da TC

MEHMET
EMİN
ARTUK'UN
TEBLİĞİ

kamu görevlisinin görevini kanun, idari düzenlemeler veya talimatların öngördüğü usul ve esaslardan başka surette ifa etmesidir.¹⁶

Yasanın verdiği görevi, yasaya aykırı yapan kimsenin fiili, görevi kötüye kullanma suçunu oluşturur.¹⁷

Örneğin;

Her hangi bir şekilde kanuni yetkisini aşan¹⁸ (bu halde nispi yetkisizlik söz konusudur, örneğin mesai saati içinde muayene ücreti isteyen ve ücret verilmediği için yazdığı reçeteyi yırtan veteriner¹⁹),

Yasası'nın 240. maddesinde yazılı suç oluşturmayacağı gözetilmeden yazılı biçimde hükümlülük kararı verilmesi, yasaya aykırıdır" Yarg. 4. CD., 01.04.2002, 02612/05089, YKD 2002/09.

¹⁶ Anayasa Mahkemesi Şirvan Asliye Ceza Mahkemesi'nin 765 sayılı TCK'nın 240. maddesinin 1961 Anayasası'nın 8 ve 33. maddelerine aykırı olduğu itirazı üzerine verdiği kararda "suçun maddi unsuru görevin kötüye kullanılmış olmasıdır" demektir. Anayasa Mahkemesi'nin 12.10.1965, 27/55 sayılı kararı için bkz. AYMKD, S.: 3, Ankara 1966, s. 214.

¹⁷ Yarg. 4.CD.26.04.1999, 3315/4438, YKD, C.:25, S.:9, 1999, s.1310.

¹⁸ "... Ç... avukatı olan sanığın davacı vekili olarak bulunduğu Mersin İş Mahkemesi'nin 1995/497 esas sayılı dosyasında feragat yetkisi bulunmadığı halde davadan feragat ederek görevde yetkiyi kötüye kullanma, Adana Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 1989/128 D. iş sayılı tespit dosyasıyla belirlenen zarar hakkında açılması gereken davayı kabul edilebilir süre içinde açmaması, Osmaniye Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 1996/186 esas sayılı dosyasında kurum aleyhine verilen kararı temyiz etmesi için dosya kendisine gönderildiği halde bu işlemi de yapmama suretiyle görevi savsama suçlarını işlediği gözetilmeden beraat kararı verilmesi yasaya aykırıdır." Yarg. 4. CD. 19.06.2000, 2788/5353, YKD, C.: 27, S.: 1, Ocak 2001, s. 125-126; "...Sanığın hizmet süresi ve statüsü gereği atama koşullarını taşımadığı anlaşılan belediye çalışanını, konuya ilgili yasal düzenlemelerde öngörülen biçim ve yöntemle aykırı olarak vekaleten atamak suretiyle yetkisini yasalara aykırı biçimde kullandığından, görevde yetkiyi kötüye kullanma suçunun tüm öğeleri oluşmuştur.Bu itibarla, yasa ve usule uygun bulunan mahkumiyet hükmünün onanmasına karar verilmelidir" Yarg. CGK, 07.10.2003, 4MD-236/249, YKD 2004/02.

¹⁹ Yarg. 4. CD. 5.2.1951, 707/707 (Kıyak, Fahrettin-Çağlayan, M. Muhtar-Şenel, Cebbar, Nazari ve Tatbiki Devlet İdaresi Aleyhinde Cürümler ve

Kanunun aradığı şekil şartlarına uymayan (hacze giden icra memurunun şekil kurallarına uymayarak kapı kırması²⁰),

Takdir yetkisini gayesi dışında kullanan, kanunun emir veya müsaade ettiği hareketinin gerektirdiği ön şartlara aykırı hareket eden (zabıt kâtibinin dava ile ilgili olmayan bir kimseye davetiye çıkarması²¹),

Kendisine teslim edilen ve görevi sebebiyle kullanması gerekli eşyayı usulsüz kullanan (polis memurunun kendisine görevi icabı verilen tabancayla gereksiz olarak havaya ateş etmesi²²),

Memurin Muhakemat Kanunu ve Alâkalı Bankalar ve İktisadi Devlet Teşekkülleri Mevzuatı, Ankara 1969, s. 120); Yargıtay diğer bir kararında "Tekel memuru olan sanığın, ancak askeri birliklerden gelecek tezkere mukabilinde vereceği askeri şahıslara mahsus sigaraları, dairesi memurlarına tevzi eylemesi"nin, görevin kötüye kullanılması suçunu teşkil edeceğine karar vermiştir. Yarg. 1. CD. 28.11.1951, 2538/2483 (Özütürk, I, s. 921).

²⁰ Kunter, Mahkeme İçtihatları, 1949, s. 396; "Alacaklı vekilinin talebi üzerine ilamsız takiplere ilişkin 49 örnek ödeme emri çıkarmadan ve tebligat yapıp takibin kesinleşmesini sağlamadan borçlunun evindeki bir kısım mallarını haczederek sanığın eyleminin görev sırasında yetkiyi kötüye kullanma suçunu oluşturduğu..." Yarg. 4.CD.02.06.1998, 4830/5782 (Taşdemir, Kubilay-Özkepir, Ramazan, Son Değişikliklerle İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, Ankara 2003, s. 533); "...Belediye Başkanı ve encümen üyeleri olan sanıkların, 657 sayılı devlet memurları hakkındaki yasanın 50. maddesinde yer alan sınav açmak zorunluluğuna aykırı olarak belediye teşkilatı bünyesine memur tayin etmek ve bu memuriyetlere talip olup sınav açılmasını da isteyen 9 kişinin verdikleri dilekçeleri işleme tabi tutmamak..." görevin kötüye kullanılmasıdır. Yarg. CGK. 28.02.1977, 4-57/86, YKD, S.: 7, 1978, s. 1194, 1195; "Sanık KY.'nin eksik belgelere karşın inşaat izni verme eyleminin TCY'nin 240. maddesine girdiğinin gözetilmemesi..." Yarg. 4. CD. 06.07.1993, 3389/4056 (Malkoç-Güler, II, s. 1791).

²¹ Yarg. 1. CD. 24.05.1943, 1393/1336 (Kunter, Mahkeme İçtihatları, 1949, s. 396).

²² "Ankara Emniyet Müdürlüğü'nde görevli iken, izinli olarak memleketi Ceylanpınar İlçesine gittiğinde, yasal olarak kendisine verilen demirbaşa kayıtlı devlete ait olan tabancayı görevi icabı kullanması gerekirken, TCK'nın 551. maddesindeki suçu işlemek için kullanan sanığın eylemi, TCK'nın 79'uncu maddesi de nazara alındığında, görevi kötüye kullanmak suçunu oluşturur" Yarg. CGK. 13.10.1986, 2-3/429 (Savaş-Mol-

MEHMET
EMİN
ARTUK'UN
TEBLİĞİ

Kamu görevlisinin bu fiilleri, şayet TCK'nun diğer bir maddesinde yahut özel bir kanunda ayrı ve bağımsız bir suç sayılarak cezalandırılmamışsa, genel olarak görevi kötüye kullanma suçuna ilişkin 257. maddenin kapsamına girer.

Kanun koyucu kamu görevlisinin, görevinin gereklerine aykırı olan her davranışını yaptırma bağlamamıştır. Görevin gereklerine aykırı davranış ancak belli koşulları taşıması halinde suç teşkil edecek, aksi takdirde şartları varsa disiplin hukuku bakımından bir değerlendirmeye tabi tutulacaktır. Nitekim 257. maddede görevin gereklerine aykırı davranışın cezalandırılabilmesi, kişinin mağduriyetine, kamunun zararına neden olmasına ya da kişilere haksız bir kazanç sağlama-sına bağlı tutulmuştur. Bu sonuçlara yol açmayan bir hareket, suç kapsamında mütalaa edilemeyecektir.

Bu haller yukarıda da belirttiğimiz üzere, objektif cezalandırılabilme şartı olarak değerlendirilmelidir. Objektif cezalandırılabilme şartları, suçun bütün unsurları gerçekleşikten sonra söz konusu olabilen ve esasen gerçekleşmediği takdirde kişinin haksızlık ve suç teşkil eden eyleminden cezalandırılmasını engelleyen şartlardır.

Objektif cezalandırılabilme şartı ihtiva eden suçlar bazı özellikler taşır. Örneğin, objektif cezalandırılabilme şartının arandığı suçlara teşebbüs cezalandırılmaz. Objektif cezalandırılabilme şartı ihtiva eden suçlar, unsurların gerçekleşmesiyle tamamlanır ve suç şartın değil, unsurların tamamlandığı anda ve yerde işlenmiş sayılır. Ancak objektif cezalandırılabil-

lamaahmutoğlu, II, s. 2146); "Memuriyeti dolayısıyla kendisine verilen mermileri usulsüz sarf etmek, görevi kötüye kullanmaktır" Yarg. 4. CD. 28.02.1964, 741/693 (Savaş-Mollamaahmutoğlu, II, s. 2175); "Maznun bekçinin kendisine verilen mermileri panayırda atmaktan ibaret olan eylemi vazifeyi suistimalden ibaret olmasına göre fiilin emniyeti suistimal olarak kabul ve tavsifi yolsuzdur" Yarg. CGK. 06.12.1948, 4-151/187 (Köseoğlu, Cemal, Haşiyeli Türk Ceza Kanunu, 8. Bası, İstanbul 1955, s. 250).

me şartı gerçekleşmediği müddetçe kişi eyleminden sorumlu tutulamaz.

Görevin gereklerine aykırı hareket kişilerin mağduriyetine yol açmışsa, fiil cezalandırılır. Söz konusu mağduriyet sadece ekonomik bakımdan ortaya çıkan zararı ifade etmez. Mağduriyet kavramı, ekonomik zarar kavramından daha geniş bir anlama sahiptir. Bireyin, sosyal, siyasi, medeni her türlü haklarının ihlali sonucunu doğuran hareketler bu kapsamda değerlendirilmelidir. Maddenin gerekçesinde kişilerin mağduriyetine; *"kişi tabi tutulduğu sınavda başarılı olmasına rağmen başarısız gösterilmiş olabilir. Bir imar planı uygulamasında belli bir parsel sahibine duyulan husumet dolayısıyla plan tekniğine aykırı olarak yeşil alan olarak gösterilmiş olabilir. Kişinin kamusal bir finans kaynağından yararlanması için gerekli şartları taşıdığı halde, yararlanması engellenmiş olabilir. Kişinin belli bir sınai veya ticari faaliyetle ilgili olarak gerekli izin koşullarını taşıdığı halde bu faaliyeti engellenmiş olabilir"* hususları örnek gösterilmiştir.

Görevin gereklerine aykırı hareket edilmesi sonucunda kamunun zarara uğraması fiilin cezalandırılabilmesi bakımından aranan bir diğer koşuldur. İfade edelim ki, kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı hareketi doğal olarak, sadakat yükümünü ihlal ettiğinden kamusal bir zarar ortaya çıkacaktır.²³ Ancak kanun koyucu burada kamusal zararın, somut bir zarar olmasını aramıştır. Maddenin gerekçesinde; *"orman alanında veya kamu arazinin işgaliyle yapılan işyeri veya konutlara elektrik, su, gaz, telefon ve yol gibi alt yapı hizmetleri götürülmesi..."*, kamu arazilerinin işgalini kolaylaştırdığı ve teşvik ettiğinden kamusal zarar olarak nitelendirilmiştir.

10.12.2003 tarih ve 5018 sayılı *"Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu"* nun 71. maddesinde²⁴ kamu zararının tanımı

²³ Bkz. Tezcan-Erdem-Önok, s.704; Şık, Hüseyin, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Görevi Kötüye Kullanma Suçu (m. 257), Ankara 2008, s. 48.

²⁴ R.G. 24.12.2003, sy.: 25326.

MEHMET
EMİN
ARTUK'UN
TEBLİĞİ

na ve kapsamına yer verilmiştir. Maddede; "(Değişik birinci fıkra: 25/04/2007-5628/4 m.) Kamu zararı; kamu görevlilerinin kasıt, kusur veya ihmallerinden kaynaklanan mevzuata aykırı karar, işlem veya eylemleri sonucunda kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunmasıdır.

Kamu zararının belirlenmesinde;

a. İş, mal veya hizmet karşılığı olarak belirlenen tutardan fazla ödeme yapılması,

b. Mal alınmadan, iş veya hizmet yaptırılmadan ödeme yapılması,

c. Transfer niteliğindeki giderlerde, fazla veya yersiz ödemede bulunulması,

d. İş, mal veya hizmetin rayiç bedelinden daha yüksek fiyatla alınması veya yaptırılması,

e. İdare gelirlerinin tarh, tahakkuk veya tahsil işlemlerinin mevzuata uygun bir şekilde yapılmaması,

f. (Mülga: 22/12/2005-5436/10 m.)

g. Mevzuatında öngörülmediği halde ödeme yapılması,

Esas alınır.

(Değişik üçüncü fıkra: 22/12/2005-5436/10 m.) Kontrol, denetim, inceleme, kesin hükme bağlama veya yargılama sonucunda tespit edilen kamu zararı, zararın oluştuğu tarihten itibaren ilgili mevzuatına göre hesaplanacak faiziyle birlikte ilgililerden tahsil edilir.

Alınmamış para, mal ve değerleri alınmış; sağlanmamış hizmetleri sağlanmış; yapılmamış inşaat, onarım ve üretimi yapılmış veya bitmiş gibi gösteren gerçek dışı belge düzenlemek suretiyle kamu kaynağında bir artışa engel veya bir eksilmeye neden olanlar ile bu gibi kanıtlayıcı belgeleri bilerek düzenlemiş, imzalamış veya onaylamış bulunanlar hakkında Türk Ceza Kanunu veya diğer kanunların bu fiillere ilişkin hükümleri uygulanır. Ayrıca, bu fiilleri

işleyenlere her türlü aylık, ödenek, zam, tazminat dahil yapılan bir aylık net ödemelerin iki katı tutarına kadar para cezası verilir.

(Değişik son fıkra: 25/04/2007-5628/4 m.) *Kamu zararının, bu zarara neden olan kamu görevlisinden veya diğer gerçek ve tüzel kişilerden tahsiline ilişkin usûl ve esaslar, Maliye Bakanlığı'nun teklifi üzerine Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir” denmektedir.*

Fiilin cezalandırılabilmesi bakımından aranan bir diğer koşul, görevin gereklerine aykırı hareket sonucunda kişilere haksız bir kazanç sağlanmasıdır.²⁵ Hükmün gerekçesinde, *“kişi kamusal bir finans kaynağından yararlanması için gerekli şartları taşımadığı halde yararlandırılmış olabilir, kişiye belli bir sınıai veya ticari faaliyetle ilgili olarak gerekli koşulları taşımadığı halde bu faaliyetin icrasına yönelik olarak izin verilmiş olabilir. Bir imar planı uygulamasında belli bir parsel üzerinde plan tekniğine veya imar planına aykırı olarak yapılaşmaya imkân sağlanmış olabilir”* denilerek konuyla ilgili örnekler verilmiştir. Kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı hareketi sonucu, kişilere sağlanan menfaat haksız değilse, hüküm kapsamında değerlendirilmez. Diğer bir ifadeyle, bireylerin haklarının teslimi zımında gerçekleştirilen görevin gereklerine aykırı davranışlar, başkalarını mağdur etmemek ve kamunun da zararına yol açmamak şartıyla madde kapsamında değerlendirilmez.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu 06.12.2005 tarih 110/159 sayılı kararında 257. maddede yer alan söz konusu kavramların anlamını ortaya koymuştur. Bu kararda; *“mağduriyet kavramı, sadece ekonomik bakımdan uğranılan zararlarla sınırlı olmayıp, bireysel hakların ihlali sonucunu doğuran her türlü davranışı ifade eder. İşbölümü gereği, sanık C. Savcısına düşen soruşturma evrakından 116 adedinde haklarında işlem yapılan şüphelilerin makul bir sürede bir karar verilmemesi nedeniyle mağdur oldukları açık olduğu gibi, aynı olaylarda taraf olan suç mağdurları da bu durumdan mağdur olmuşlardır... Kamunun zarara uğraması hususuna gelince; madde*

²⁵ Tezcan-Erdem-Önok, s. 705.

MEHMET
EMİN
ARTUK'UN
TEBLİĞİ

gerekçesinde "ekonomik bir zarar olduğu" vurgulanan anılan kavramla ilgili olarak yasal düzenleme içeren, 5018 sayılı "Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Yasasının" 71. maddesinde ise; "mevzuata aykırı karar, işlem, eylem veya ihmal sonucunda kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunması" şeklinde tanımlanan kamu zararı, her somut olayda hakim tarafından, iş, mal veya hizmetin rayiç bedelinden daha yüksek bir fiyatla alınıp alınmadığı veya aynı şekilde yaptırılıp yaptırılmadığı, somut olayın kendine özgü özellikleri de dikkate alınarak belirlenmelidir. Bu belirleme, uğranılan kamu zararının miktarının kesin bir biçimde saptanması anlamında olmayıp, miktarı saptanamasa dahi, işin veya hizmetin niteliği nazara alınarak, rayiç bedelden daha yüksek bir bedelle alım veya yapımın gerçekleştirildiğinin anlaşılması halinde de kamu zararının varlığı kabul edilmelidir. Ancak bu belirleme yapılırken, norma aykırı her davranışın, kamuya duyulan güveni sarstığı, dolayısıyla, kamu zararına yol açtığı veya zarara uğrama ihtimalini ortaya çıkardığı şeklindeki bir varsayımla da hareket edilmemelidir.

Somut olayda sanığın eylemi ile doğrudan bağlantılı olarak nesnel ölçülere uygun bir şekilde saptanmış herhangi bir ekonomik zarar saptanmadığına göre, anılan eylemde kamunun zarara uğratıldığından da söz edilmesine olanak bulunmamaktadır" denilmektedir.²⁶

b. Kamu Görevlisinin Görevini Yapmakta İhmal veya Gecikme Göstermesi

257. maddenin 2. fıkrasında düzenlenen bu seçimlik hareketi, kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, kamu görevlisinin görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstermesi oluşturmaktadır. Suçun bu şeklinin gerçekleşebilmesi, kamu görevlisinin her hangi bir nedenle kanun veya nizam gereği yapmakla yükümlü olduğu görevi-

²⁶ Artuk, Mehmet Emin-Gökçen, Ahmet-Yenidünya, A. Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 7. Bası, Ankara 2006, s. 761.

ne giren bir işi ihmal etmesine veya geciktirmesine bağlıdır.²⁷ Bu itibarla suçun bu şekli, ancak ihmali bir davranışla gerçekleştirilebilir.

İhmal, yapmamak, savsamak²⁸ anlamına gelmektedir. Kanunun veya diğer bir hukuk kaynağının ya da amirinin yasaya uygun olarak emrettiği bir fiili kamu görevlisinin²⁹ bilerek

MEHMET
EMİN
ARTUK'UN
TEBLİĞİ

²⁷ "...Görevi savsama suçu, ceza uygulamasında memur sayılan bir kimsenin görevini yapmaması ya da gecikerek yapması; görevde yetkiyi kötüye kullanma suçu ise memurun yasal düzenlemelerle kendisine verilen bir görevi yasaya aykırı bir biçimde yapması ile oluşur. Birincisinde etkin olmayan, ikincisinde etkin bir davranış söz konusudur..." Yarg. 4. CD. 25.01.1996, 7876/591 (Malkoç-Güler, II, s. 1665); "...Görevi savsama suçu, ceza uygulamasında memur sayılan bir kimsenin görevini yapmaması ya da gecikerek yapması, görevde yetkiyi kötüye kullanma suçu ise memurun yasal düzenlemelerle kendisine verilen bir görevi yasaya aykırı biçimde yapması ile oluşur. Birincisinde etkin olmayan (pasif, menfi), ikincisinde etkin (aktif, müspet) bir davranış söz konusudur. Olayımızda sanığın eylemi, yasanın kendisine verdiği görevi yapmama ya da gecikme ile yapma biçiminde değil, yasaya aykırı olarak yapma biçiminde gerçekleştiğinden görevde yetkiyi kötüye kullanma suçunu oluşturmaktadır..." Yarg. 4. CD. 19.09.1995, 4780/5753 (Malkoç-Güler, II, s. 1678); "Sanık avukatın vekili olduğu HS.'e ait icra takip dosyasında, haczedilen taşınmaz için gerekli satış işlemlerine girişmemek ve MD.'la ilgili taşınmazın boşaltılması dosyasında da, boşaltılmanın geri bırakılmasına ait adı geçenden aldığı güvenceyi süresinde icra dosyasına yitirmemektan ibaret eylemlerinin görevi savsama suçlarını oluşturduğu gözetilmeden, yazılı biçimde karar verilmesi..." Yarg. 4. CD. 11.10.1995, 5686/6482 (Malkoç-Güler, II, s. 1678); "Ders geçme ve kredili sistem uygulamasına tabi olup 1994 yılında 6. dönemi okuyacak olan öğrencilerin yeterli krediyi doldurmaları durumunda mezun olabilecekleri ve o yıl yapılacak ÖSS Sınavına katılmak için başvuruda bulunabileceklerini içeren Milli Eğitim Bakanlığı'nın 17 Kasım 1993 tarihli genelgesini öğretmenlere duyurmamak, öğretmenler kurulunda görüşmemek ve gerekli duyuruyu yapmayı ya da geç duyuruda bulunmak ve öğrencileri bilgilendirmeyerek ÖSS Sınavı için başvuruda bulunamamalarına yol açmaktan ibaret sanıkların eylemlerinin TCY'nin 230. maddesinde yazılı suçu oluşturacağı gözetilmeden..." Yarg. 4.CD.17.11.1998, 9473/10208 (Taşdemir-Özkeper, s. 513).

²⁸ Türk Dil Kurumu, *Türkçe Sözlük*, C.: II, 7. Bası, Ankara 1983, s. 1023.

²⁹ "1-21 Temmuz 1990 tarihleri arasında izinli olan sanığın nöbetçi hekim arkadaşının isteği üzerine muayene ettiği hastayı hastaneye yatırıp gözetim altında tutmamaktan ibaret olan eyleminde de, görevi savsama suçunun öğelerinin ne surette oluştuğu açıklanmadan hükümlülük ka-

ve isteyerek yapmaması ihmaldir. Örnek olarak, devlet hastanesinde çalışan doktorun hastayı muayene etmemesi gösterilebilir.

Gecikme ise, kamu görevlisinin görevi geç yapması, yani yapılması gereken zaman geçtikten sonra yapmasıdır.

Kamu görevlisinin ihmal ettiği ve geciktirerek yaptığı işin görevine ilişkin olması şart olduğundan, görevine girmeyen bir işi ihmal eden veya geciktiren kamu görevlisi TCK'nın 257. maddesinin 2. fıkrasını ihlâl etmiş sayılmaz.³⁰

Kanun koyucu kamu görevlisinin, görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme gösterdiği her hali yaptırma bağlamamıştır.

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere görevin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme gösterme ancak bazı şartların gerçekleşmesi halinde cezalandırılır, aksi takdirde şartları varsa disiplin hukuku bakımından bir değerlendirmeye tabi tutulur.

rarı verilmesi..." Yarg. 4. CD. 18.06.1993, 3116/4129 (Malkoç-Güler, II, s. 1682).

³⁰ "Köy muhtarının, orman idaresince köy halkına zati ihtiyaç olarak verilen odunlar kesilirken ormanda bekleyip kesim yeri dışına çıkılmamasını sağlama görevi bulunmadığı gözetilmeden görevi savsama suçundan (TCK'nın 230/2. maddesiyle) cezalandırılmasına karar verilmesi, bozmayı gerektirmiştir" Yarg. 4. CD. 20.01.1993, 7799/117 (Erdurak, 3. Basıkı, s. 398); "TEK'e ait elektrik paralarının toplanması ile ilgili işlemlerin köy muhtarlarının görevleri ile ilgili bulunmadığı gözetilmeden, sanığın hükümlülüğüne karar verilmesi..." Yarg. 4. CD. 01.11.1994, 6083/9016 (Malkoç-Güler, II, s. 1679); "Görevi savsama suçu, bir memura yasal düzenlemelerle verilen bir görevin yapılması ya da gecikmeyle yapılması halinde oluşur. Sanığın, idarece verilen silahı koruma işi, yasal görevleri arasında bulunmadığından, idareye ait olup kendisine verilen silahın gereği gibi saklanmaması halinde bu suçun oluşmayacağı..." Yarg. 4. CD. 23.01.1996, 8804/401 (Malkoç-Güler, II, s. 1742); "Salma parası toplanması işinin köy ihtiyar kurulu üyesi olan sanıkların yasal görevleri arasında bulunmadığı düşünülmeden bu suçtan cezalandırılmalarına karar verilmesi..." Yarg. 4. CD. 07.07.1997, 5428/6185 (Taşdemir-Özkepir, s. 517).

Nitekim 257. maddede görevin gereklerini yapmakta ihmal ve gecikme gösterilmesinin cezalandırılabilmesi için fiilin; kişinin mağduriyetine, kamunun zararına neden olmasına ya da kişilere haksız bir kazanç sağlamasına bağlıdır. Bu sonuçlara yol açmayan bir hareket, 257/2 kapsamında mütalaa edilemeyecektir. Bu haller cezalandırılabilme koşulu niteliğindedir.

Burada ayrıca hekimlerin görevlerini yapmakta gecikme ve ihmal göstermesi konusuna da değinmemiz gerekir. Öncelikle belirtmeliyiz ki, bu konuda 765 sayılı TCK ile 5237 sayılı TCK arasında önemli farklılıklar bulunmaktadır. 765 sayılı TCK döneminde kamu görevlisi olan bir hekim, görevini yapmakta gecikme veya ihmal gösterirse, bunun sonucunda mağdur zarar görmese bile, hekim görevi ihmal (765 sayılı TCK m. 230) suçundan dolayı sorumlu tutulmaktaydı. Buna karşılık bu ihmal mağdurun yaralanmasına veya ölümüne neden olduğunda, hekim taksirle öldürme veya yaralamadan cezalandırılmaktaydı. Ancak burada özellikle zararın meydana gelmediği durumlarda, kamu görevlisi olmayan hekimlerin cezai sorumluluğuna gidilememe problemi ile karşı karşıya kalınmaktaydı.

5237 sayılı TCK'da ise, 765 sayılı TCK'dan farklı olarak, "*kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi (m. 83)*", "*kasten yaralamanın ihmali davranışla işlenmesi (m. 88)*" suçlarına yer verilmiş ve görevi kötüye kullanma suçu açısından objektif cezalandırılma şartları (kişinin mağduriyeti, kamunun zararına neden olma ya da kişilere haksız bir kazanç sağlama) öngörülmüştür. Buna göre, bir hekim hastasını kasten muayene etmese ve bunun sonucunda hasta ölse veya yaralansa, hekim 83 veya 88. maddeye göre sorumlu tutulmalıdır. Eğer hekimin (kamu görevlisi olsun ya da olmasın) taksirli bir hareketi varsa, taksirle öldürme (m. 85) veya taksirle yaralama (m. 89) suçlarından cezalandırılmalıdır. Kamu görevlisi olan

MEHMET
EMİN
ARTUK'UN
TEBLİĞİ

bir hekimin³¹ görevin gereklerine aykırı davranışı veya ihmal veya gecikmesi, kişinin mağduriyetine (ölüm ve yaralanma dışında, örneğin gereksiz tetkiklerde bulunarak hastanın maddi ve manevi zararına sebebiyet), kamunun zararına (örneğin tedaviye gelen hastaları röntgen cihazı bozuk diyerek çevredeki özel kurumlara gönderme) ya da kişilere haksız bir kazanç sağlanmasına (örneğin, kendi uzmanlık alanına giren hastalığın tedavisi için kişileri sebepsiz yere arkadaşının özel muayenehanesine yönlendirme) sebebiyet verdiği takdirde, hekim 257. maddeye göre, görevi kötüye kullanma hükümleri çerçevesinde sorumlu tutulabilir. Belirtelim ki bu eylemler dolayısıyla hekim hakkında Türk Tabipleri Birliği Disiplin Yönetmeliği'nin³² ilgili hükümleri de (m. 3 vd.) ayrıca uygulanır. Buna karşılık, bu davranış sonucunda herhangi bir zarar meydana gelmemişse, diğer bir deyişle kişilerin mağduriyetine, kamunun zararına veya kişilere haksız kazanç sağlanmasına yol açılmamışsa hekimin sadece disipliner açıdan sorumluluğu gündeme gelir.³³ Kamu görevlisi olmayan bir hekimin ise, görevi kötüye kullanma suçundan değil, disiplinler sorumluluğu bulunmaktadır.³⁴

Hekimlerin cezai sorumlulukları ile ilgili olarak ayrıca, tedavi amacıyla hastaneye gelen hastanın hastanede yer olmaması nedeniyle hekim tarafından başka bir hastaneye gönderilmesi ihtimalinin de değerlendirilmesi gerekir. Hekimin uzmanlık alanı ne olursa olsun acil olarak hastaneye gelen hastalara müdahale etme zorunluluğu bulunmaktadır. Bu itibarla hastaneye gelen acil bir hasta sırf hastanede yer olmadığı ileri sürülerek başka hastanelere gönderilmeme-

³¹ Örneğin devlet hastanesi doktoru (Yarg. 4 HD. 31.03.1992, 1250/4461, karar için bkz. Hakeri, Hakan, *Tıp Hukuku*, Ankara 2007, s. 42.

³² 28.04.2004 tarih ve 25446 sayılı *Resmî Gazete*.

³³ Hakeri, Hakan, *Tıp Hukuku*, Ankara 2007, s. 516; Ünver, Yener, *Hekimin Cezai Sorumluluğu*, Roche Sağlık Hukuku Günleri I, I. Baskı Temmuz 2007, s. 135.

³⁴ Kamu görevlisi olmayan hekim kavramı bakımından bkz. TCK m. 210/2 ve m. 280/2'nin gerekçesi.

lidir. Burada acil hastaların ilk müdahale yapıldıktan sonra yer olmadığı gerekçe gösterilerek sevk edilmesi makul karşılanabilir. Buna karşılık hastaya bakılmaksızın doğrudan hastanın başka hastanelere gönderilmesi hekimin cezai sorumluluğunu gerektirir ki, bu durumda hekimin kast ve taksirine ve meydana gelen neticeye göre TCK 81, 83, 85, 88, 89 veya 257. maddeleri çerçevesinde sorumluluğu ortaya çıkar. Ancak hekim, hastanede yatmakta olan hastaları tedavi etmekte olduğundan, hastaneye gelen hastalara bakmakta ihmal veya gecikme gösterse, hastanedeki hastaların durumu daha acil ise sorumluluktan kurtulabilir. Buna karşılık yeni gelen hasta daha acil olmasına rağmen, diğer hastalar tedavi edilse ve acil hastaya müdahalede gecikilse yine hekimin cezai sorumluluğu yukarıdaki hükümler çerçevesinde devam etmektedir.³⁵

c. Kamu Görevlisinin Görevinin Gereklerine Uygun Davranmak İçin Fertten Menfaat Temini

257. maddenin 3. fıkrasında söz konusu seçimlik hareket düzenlenmiştir. Buna göre; irtikap suçunu oluşturmadığı takdirde, görevinin gereklerine uygun davranması için veya bu nedenle, kişilerden kendisine veya bir başkasına çıkar sağlanan kamu görevlisi cezalandırılacaktır. Suçun oluşumu, failin yapmak zorunda olduğu şeyi yapmak, yapmamak zorunda olduğu şeyi yapmamak yani görevinin gereğini yerine getirmek için kendisine veya başkasına menfaat teminine bağlıdır.

Sağlanan menfaat, ekonomik değerler olarak karşımıza çıkabileceği gibi, kişinin maddi ve manevi her türlü ihtiyacına cevap veren şeyler de olabilir. Cinsel veya benzer arzuların giderilmesi de menfaat terimine dahildir.

³⁵ Hakeri, Hakan, Türk Ceza Kanunu 83. Madde Bağlamında Hekimlerin Sorumluluğu, in: Sağlık Hukuku Sempozyumu, Erzincan 15-16 Mayıs 2006, Ankara 2007, s. 112 vd.

MEHMET
EMİN
ARTUK'UN
TEBLİĞİ

Menfaat görevle bağlantılı olarak sağlanmalıdır. Yapılan görevle fert tarafından sağlanan menfaat arasında illiyet bağı bulunmalıdır. Ayrıca fert menfaati doğrudan kamu görevlisine sağlayabileceği gibi, onun tarafından gösterilen 3. bir kişiye de sağlayabilir. Kamu görevlisinin haberi olmaksızın 3. kişinin onun adına fertten menfaat temini bu suç kapsamında düşünülemez. Bu takdirde diğer koşulları da gerçekleşmek şartıyla 158/2 tatbik edilir.

Kamu görevlisinin her hangi bir talepte bulunmamasına rağmen, işin yapılmasından sonra ferdin memnuniyetini ifade etmek üzere "*hediye vermesi*" suç kapsamında "*çıkarcı sağlama*" olarak mütalaa edilmemelidir. Burada diğer koşulları da varsa disiplin suçu söz konusu olabilir. Her ne kadar, maddede yer alan "*veya bu nedenle*" ibaresi, söz konusu hali ifade eder gibi gözükmekte ise de, kanımızca burada kastedilen, menfaat temini ile görev arasındaki bağlantıdır. Ayrıca menfaat temini, irtikap suçunu oluşturacak tarzda olmamalıdır. Diğer bir ifadeyle, kamu görevlisinin icbar veya iknaya yönelik bir hareketi bulunmamalıdır. Aksi takdirde irtikap suçuna ilişkin hüküm tatbik edilir.

B. Fail

Görevi kötüye kullanma suçunun faili yalnız kamu görevlisi olabilir. Kamu görevlisi, TCK'nun 6. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendinde tanımlanmıştır.

Failin suçtan sonra kamu görevlisi sıfatını kaybetmesi (örneğin, kamu görevini kötüye kullanan failin, istifa etmesi veya emekli olması veya başka bir eyleminden dolayı kamu görevinden çıkarılmasından sonra bu fiil anlaşılmışsa) veya görevini ifa halinde olmaması (suçun işlendiği sırada kamu görevi devam eden kamu görevlisinin izin, hastalık, vekâlet emrine alınmak, muvakkaten işten el çektilmek gibi neden-

lerle görevini ifa halinde bulunmaması) 257. maddenin uygulanmasına engel teşkil etmez.

Bir kamu görevlisinin görevini kötüye kullanabilmesi, bu görevi, usulüne uygun bir şekilde iktisap etmiş olmasına bağlıdır. Diğer bir anlatımla, görevi kötüye kullanma suçu, usulüne uygun olarak kamu görevi kendisine verilmiş kimse tarafından işlenebilir. Fiil, kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi (TCK m. 262) suretiyle işlendiği takdirde meydana gelen suç, görevi kötüye kullanma değildir. Çünkü fail usulüne uygun bir şekilde kamu görevine sahip değildir.

Ayrıca bu suçun oluşabilmesi için, gerçekleştirilen fiilin kamu görevlisinin göreviyle ilişkili olması da gereklidir.

5. Suçun Manevi Unsurları

Mukayeseli hukukta suçun manevi unsuru konusunda kanunları iki sisteme indirgemek mümkündür. Birinci sistemi benimseyen kanunlar, suçun oluşumu bakımından kastı yeterli görüp ayrıca failin belirli bir saikle hareket etmesini aramazlar. Suç tipinde kastın varlığını yeterli sayan bu sisteme örnek olarak 30.10.1921 Arjantin CK (m. 248) verilebilir.

İkinci sistemi kabul eden kanunlar, suçun gerçekleşmesi bakımından failin saikine bakarlar. Ancak kanunların aradıkları saik birbirinden farklılıklar arz eder. Gerçekten 1930 İtalyan CK (başkasına bir zarar verme veya başkasına bir fayda sağlama, m. 323), Danimarka CK (bir şahsın veya kamunun haklarına zarar verme, kendisine veya başkasına meşru olmayan bir menfaat sağlama, m. 155) saiki suç tipinde ayrıca gösterdikleri gibi; 27.02.1948 Romanya CK'nın 245. maddesi de, kişilerin kanuni haklarına veya kamu mallarına zarar veren memurun, bu gibi fiillerin işlenmesinde maddi veya şahsi yararının bulunmasını zorunlu görmektedir.

MEHMET
EMİN
ARTUK'UN
TEBLİĞİ

257. maddede düzenlenen görevi kötüye kullanma suçu kasten işlenebilir. Kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı hareket ettiğini bilmesi ve istemesi yeterli olup, saikin varlığı aranmaz.³⁶

³⁶ Burada özel kastın benimsenmesi gerektiğini, bunun sonucunda fiilin icrai veya ihmali suretle işlenmesi konusundaki ayırımın bu şekilde rahatlıkla yapılabileceği doktrinde belirtilmiştir. Bkz. Tezcan-Erdem-Önok, s. 713. 765 sayılı TCK döneminde görevi kötüye kullanma suçunun manevi unsuru bakımından Türk Doktrini'nde görüş farklılığı bulunmaktaydı. Tartışmalı olan nokta, suçun gerçekleşmesi için failde, fiilin, görev icap ve usullerine aykırı olduğunu bilme ve neticesini isteme iradesinden ibaret olan genel kastın dışında, özel kastın da bulunmasının gerekip gerekmediğidir. Bir görüşe göre, görevi ihmal suçundan (765 sayılı TCK m. 230) farklı olan görevi kötüye kullanma suçunun (765 sayılı TCK m. 240) oluşabilmesi, failde özel bir kastın araştırılmasına yani bu konuda, failin saikine bakılmasına bağlıdır. Görevi kötüye kullanma suçunda faildeki kast ihmal suçundan farklı olarak memuriyete ilişkin yetkileri çeşitli maksatlarla -bu maksatlar kendisine veya başkasına bir menfaat sağlama yahut başkası için bir zarar meydana getirme olabilir- yerinde kullanmamak veya bunları maksatlarına aykırı kullanmak veya harekete geçmesi gereken yerlerde gerekli tasarrufları yapmamak şuur ve iradesidir. Halbuki görevi ihmalde faildeki kast, özel bir kast olmayıp, sadece ve yalnız olarak memuriyetin gereğinden olan tasarrufu yapmamak veya zamanında yapmamak şuur ve iradesinden ibarettir. Bu bakımdan ihmal etme, yapmama, göreve ilişkin yetkilerin kötüye kullanılması şuuruyla, bu maksat ve saikle gerçekleşirse fiil, görevin ihmali değil, görevin kötüye kullanılması suçunu teşkil eder. Kısaca bu görüş görevi kötüye kullanma suçunun oluşumunu, failin göreve ilişkin yetkilerini, kendisine veya başkasına bir menfaat sağlamak veya başkası için bir zarar oluşturmak saikiyle icrai veya ihmali bir hareketle kullanılmasına bağlamaktadır. Görevin kötüye kullanılması suçunun oluşumu için özel kastın varlığını şart koşan bu görüş, söz konusu kastın "suistimal" terimi ile ifade edildiğini belirtmektedir. Bu konuda bkz. Dönmezer, Sulhi, "İki Yeni Yargıtay Kararı Dolayısıyla Memuriyet Vazifesini İhmal ve Suistimal Suçlarını Birbirinden Ayırmağa Yarıyacak Kıstas", *İÜHFİM*, C.: XI, S.: 1-2, İstanbul 1945, s. 231-232.

İkinci bir görüşe göre, görevin kötüye kullanılması neticeyi teşkil ettiğinden ve failin bu kötüye kullanışı bilmesi ve istemesi kastı meydana getirdiğinden ayrıca özel kasta lüzum yoktur. Diğer bir deyişle, görevin kötüye kullanılması suçunun oluşumu için failde genel kastın bulunması yeterli olup, ayrıca özel kastın varlığı aranmaz. Gerçekten örneğin, mahkeme ile işi olmayan Çankırı'daki arkadaşının Ankara'ya gelmesini temin maksadıyla resmen davetiye gönderen zabıt kâtibi, gönderme fiili ile görevini kötüye kullandığını bilmektedir. Çankırı'daki arkadaşının Ankara'ya gelmesini temin maksadıyla hareket etmesinin suçun gerçek-

Şu halde; görevini belirleyen kanuni düzenleme ve tali-

MEHMET
EMİN
ARTUK'UN
TEBLİĞİ

leşmesi bakımından etkisi yoktur. Bu konuda bkz. Kunter, Mahkeme İçtihatları, 1949, s. 393; aynı doğrultuda bkz. Erman-Özek, s. 215; Önder, s. 216.

Yargıtay'ın bu dönemde failde görevi kötüye kullanma kastını arayan kararları mevcuttur: "Eyüp Sosyal Sigortalar Kurumu Hastanesi Müdür Yardımcısı olan sanığın, Satım Yönetmeliğine aykırı olsa da, teamül haline getirilen usulle röntgen 2. banyo suyu satması ve bu satıştan aldığı para ile hurda oto lastiği parasını iş yoğunluğu arasında unutup, zamanında vezneye yatırmaması görevi kötüye kullanma suçunu oluşturmaz. Çünkü eyleminde, bu suçun özel kast unsuru bulunmamaktadır. Sap-tanan oluşa göre, görevi savsama suçundan cezalandırılması gerekir" Yarg. CGK 02.03.1992, 9-38/61 (Savaş-Mollamahmutoglu, II, s. 2126); "... Suçun (TCK m. 240) manevi unsurunu ise genel kasit yanında özel kasit oluşturur..." Yarg. CGK 17.02.1986, 4-431/48 (Savaş-Mollamahmutoglu, II, s. 2149); "...Özel bir kasitle hareket ettiği belirlenemeyen sanığın beraatına karar verilmelidir..." Yarg. CGK 19.03.1984, 4-396/99 (Savaş-Mollamahmutoglu, II, s. 2153 vd.).

Bununla beraber Yargıtay'ın 765 sayılı TCK döneminde genel kastı yeterli gören içtihatları da bulunmaktaydı: "Olayımızda Belediye Başkanı sanığın eylemi, pompa, iş makinesi ve içme suyu isale ihaleleriyle ilgili eylemleri 2886 sayılı kanunun 2, 17, 25. maddelerine aykırı olarak yapma biçiminde gerçekleştiğinden görevde yetkiyi kötüye kullanma suçunu oluşturmaktadır. Bu durum gözetilmeden ve görevde yetkiyi kötüye kullanma suçunun genel kastla işlendiği düşünülmeden çıkar sağlanmadığı ve devletin zararı bulunmadığı gerekçesiyle... hüküm kurulması..." Yarg. 4.CD.14.05.1998, 3309/5188 (Taşdemir-Özkeper, s. 533); "Sağlık ocağında hekim olan sanığın, nezaretten çıkarılan ve vücudunda ekimozlar bulunan yakınına gereği gibi muayene etmeden "darp, cebir izine rastlanmadı" biçiminde rapor düzenleyerek görevi kötüye kullanma suçunu işlediği gözetilmeden yasal olmayan ve genel kasitle işlenebilen suçta özel kasta ağırlık veren gerekçelerle beraatine karar verilmesi, yasaya aykırıdır" Yarg. 4. CD., 13.05.2002, 06450/08338, YKD 2003/08; "...Yasaca belli bir kamu hizmeti veya görevi yapan memurun yapmakla görevli olduğu işi yapmaması veya yasaya ve düzene göre yapılması gereken biçimde yerine getirmemesi veya geciktirmesi suç sayılmıştır. Bu suçun oluşması için, genel kast yeterli olup özel kast aranmamaktadır..." Yarg. CGK. 11.02.1991, 4/311-17 (Erdurak, 3. Baskı, s. 393, 394); "... Sanık Orman Koruma Memurunun, tutanak tutup beklemesi için emir verilmesine karşın, tutanak tutmadan ve kaçak emval yüklü kamyonun yanından önlem almadan ayrılarak kaçırılmasına yol açması karşısında, görevi savsama suçunun öğeleri olduğu gözetilmeden, genel kastla işlenen suçta, özel kasta ağırlık veren gerekçeyle beraat hükmü kurulması, yasaya aykırı..." Yarg. 4. CD. 20.6.1996, 4692/5780 (Malkoç-Güler, II, s. 1668).

MEHMET
EMİN
ARTUK'UN
TEBLİĞİ

matlara aykırı davrandığını bilen kamu görevlisinin, bu türlü bir davranışı istemesi kastı teşkil eder. Gerçekten TCK'nın 257. maddesinde bu suçun belirli bir amaçla, saikle işlenmesi gerekeceğine ilişkin bir ibareye rastlanmamaktadır. Şayet kanun koyucu suçun teşekkülü bakımından saikin varlığını arasaydı, ceza kanununun birçok maddesinde yaptığı gibi, burada da bu nevi manevi unsura yer verebilirdi.³⁷

Kastın bilme unsuruna dâhil olmayan objektif cezalandırılabilirlik şartının (kişinin mağduriyeti, kamunun zararı ya da kişilere haksız bir kazanç sağlaması) somut olayda gerçekleştiğinin fail tarafından bilinmesine gerek yoktur. Bu itibarla görevinin gereklerine aykırı hareket eden failin, bu koşulların varlığını bilip bilmemesi önem arz etmez.

Görevi kötüye kullanma suçunun 257. maddenin 1. fıkrasında düzenlenen şekli sadece icrai bir hareketle işlenebilir. İhmali hareketle işlenemez. Suçun 2. fıkrada belirtilen hali ise, ihmali hareketlerle işlenebilir. Her iki fıkra bakımından da suçun manevi unsuru kasttır. Kişinin hangi saik veya amaçla hareket ettiğinin araştırılmasına lüzum yoktur.

Son olarak, 257. maddesinin 3. fıkrası bakımından da fail kasten hareket etmelidir. Dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık ile bu suç işlenemez. Kamu görevlisinin görevinin gereklerine uygun davranmak için bilerek ve isteyerek fertten kendisine veya başkasına menfaat sağlaması gerekir.

6. Hukuka Aykırılık Unsuru

5237 sayılı TCK'nın 257. maddesinde yer alan unsurların gerçekleşmesi ile hukuka aykırılık da ortaya çıkmış olur. Ancak hukuka uygunluk sebeplerinin varlığı durumunda hu-

³⁷ Örneğin bir şahsa zarar vermek veya ona bir menfaat sağlamak maksadından bahseden 1930 İtalyan CK'nın 323. maddesi, görevin kötüye kullanılması suçuyla ilgili olarak açık bir şekilde özel kasta yer vermiştir.

kuka aykırılıktan söz edilemez. Nitekim bir eylemde hukuka uygunluk sebeplerinin bulunması, fiilin doğrudan doğruya hukuka uygun bir biçimde gerçekleşmesini sağlar.

Aşağıda görevi kötüye kullanma suçuna ilişkin olarak özellikle hekimler açısından önem arz eden hukuka uygunluk sebeplerinden tıbbi müdahale hakkı üzerinde durulacaktır. Bilindiği üzere, bahsi geçen hukuka uygunluk sebebi hakkın kullanılması (5237 sayılı TCK m. 26/1) kapsamındadır.³⁸

Hekimin tedavi veya estetik amaçlarla insan üzerinde gerçekleştirdiği tıbbi müdahaleler hakkın icrası kapsamına girerler.³⁹ Tıbbi müdahale, kişilerin bedensel, fiziksel veya psikolojik bir hastalığını, noksanlığını teşhis ve tedavi etmek veya hafifletmek ya da acılarını dindirmek amacı ile tıp mesleğini icraya kanunen yetkili kişiler tarafından gerçekleştirilen faaliyet olarak tanımlanmaktadır.⁴⁰

Tedavi amaçlı tıbbi müdahale hekimler için hem mesleki bir hak hem de hukuki bir görevdir.⁴¹ Estetik gayelerle yapılan müdahalelerde de aynı şekilde düşünmek mümkündür. Ancak estetik amaçlı ameliyeyi yapan doktor, tedavi amaçlı hareket eden hekim gibi mesleki bir mükellefiyeti değil kendine tanınan bir yetkiyi kullandığından, estetik ameliye uygulanan kimselerin rızasıyla ve bu rıza çerçevesinde hareket

³⁸ Tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunu açıklayan farklı görüşler için bkz. Erman, Barış, Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerinin Hukuku Uygunluğu, Ankara 2003, s. 48 vd.

³⁹ Erem, Faruk-Danışman, Ahmet-Artuk, Mehmet Emin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara 1997, s. 557; Taner, Tahir, Ceza Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 1953, s. 435 vd.; Dönmezer, Sulhi- Erman, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C.: II, 12. Baskı, İstanbul 1999, n. 728; Ayrıca bkz. Oktar, Salih, Ceza Kanunu Dışındaki Hukuka Uygunluk Sebepleri, in: Ceza Hukuku Günleri. 70. Yılında Türk Ceza Kanunu -Genel Hükümler- (26-27 Mart 1997-İstanbul), İstanbul 1998, s. 80 vd.

⁴⁰ Bu konuda bkz. Çakmut, Özlem Yenerer, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, İstanbul 2003, s. 24vd.

⁴¹ Dönmezer-Erman, II, n. 729.

etmek zorundadır. Rıza olmaksızın ya da rızanın sınırı aşılarak yapılan estetik ameliye hukuka uygun değildir.⁴²

Mevzuatımız, hekimlik mesleğini icra etmek isteyenlerde bazı şartlar aramış ve ancak bu şartları taşıyanların hekimlik yapmasına izin vermek suretiyle, mesleğin icrasını, doktorlara özgü bir hak olarak tanımıştır.⁴³ Gerçekten 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 1. maddesi; hekimlik mesleğinin icrası için "tıp fakültesinden diploma alma" ve "Türk olma" şartını aramıştır.⁴⁴ Aynı kanunun 25 ve 26. maddelerinde ise, diploması olmayan veya diploması olup da hekimlik yapmaktan yasaklanmış bir kimsenin hasta tedavisi yapması veya tıp sanatını icra etmesi, cezai müeyyide altına alınmıştır. Keza 6023 sayılı Türk Tabipler Birliği Kanunu'nun 7. maddesine göre de, tıp meslek ve sanatlarının icrası için tabip odasına kayıt yaptırmak gerekmektedir.⁴⁵

Bu hükümlerden de anlaşılacağı üzere, tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk sebebi oluşturabilmesi için öncelikle müdahalenin tıp mesleğini icra etmeye yetkili kimse tarafından yapılması gerekir. Yetkisiz kimsenin gerçekleştirdiği tıbbi müdahale, hakkın icrası olarak değerlendirilemez. Buna göre hekim uzman olmadığı halde veya uzmanlık alanı dışında bir

⁴² Dönmezer-Erman, II, n. 730; Çakmut, s. 222.

⁴³ Hekim tıbbi müdahalede bulunmakla, bir meslek görevini yerine getirmektedir. Hatta bu görevin yerine getirilmemesi yüzünden kanunun suç saydığı bir sonuç meydana gelecek olursa, sonuca engel olmak hukuki mükellefiyetinde bulunan hekimin cezai sorumluluğu bile söz konusu olur. Bkz. Dönmezer-Erman, II, n. 728. Ayrıca bkz. İçel, Kayıhan-Akuncı, Füsün Sokullu- Özgenç, İzzet - Sözüer, Adem - Mahmutoğlu, Fatih S. - Ünver, Yener, İçel Suç Teorisi, 2. Kitap, İstanbul 2000, s. 175; Oktar, Ceza Kanunu Dışındaki Hukuka Uygunluk Sebepleri, s. 80.

⁴⁴ Gerçekten 1219 sayılı kanunun 1. maddesi; "Türkiye Cumhuriyeti dahilinde tababet icra ve herhangi surette olursa olsun tedavi edebilmek için Türkiye Darülfünunu Tıp Fakültesinden diploma sahibi olmak ve Türk bulunmak şarttır" şeklindedir.

⁴⁵ 6023 sayılı kanunun 7. maddesinde "Bir tabip odası sınırları içinde sanatını serbest olarak icra eden tabipler bir ay içinde o il veya bölge tabip odasına üye olmak ve üyelik görevlerini yerine getirmekle yükümlüdürler" denilmektedir.

tıbbi müdahalede bulunursa, olayın özelliğine göre, kast veya taksire dayalı sorumluluğu bulunmaktadır.⁴⁶ Bu konu ile ilgili olarak Tıpta Uzmanlık Tüzüğü'nün⁴⁷ 4. maddesinde; *"Bu Tüzük hükümlerine göre uzmanlık belgesi almayanlar, hiçbir yerde ve şekilde uzmanlık unvan ve yetkisini kullanamazlar ve uzmanlıkla ilgili tıbbi faaliyette bulunamazlar"* denilmektedir.

Bununla birlikte bazı hallerde yetkisiz kişinin tıbbi müdahalesi, şartları bulunduğu takdirde ızdırar hali kapsamında içinde değerlendirilebilir. Örneğin; kırsal kesimde meydana gelen trafik kazasında ağır yaralanan kimseye hekim olmayan kişinin tıbbi müdahale niteliğinde bir yardımda bulunması.⁴⁸

Tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluk sebebi oluşturabilmesi için gerekli diğer bir şart; muhatabın fiile rızasının -kanunda öngörülen hallerde- usulüne uygun şekilde alınmış olmasıdır. Bu husus 1219 sayılı kanunun 70. maddesinde *"Tabipler, dış tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evvelmirde muvafakatını alırlar. Büyük ameliyei cerrahiler için bu muvafakatin tahriri olması lazımdır. (Veli veya vasi olmadığı veya bulunmadığı veya üzerinde ameliye yapılacak şahıs, ifadeyi muktedir olmadığı takdirde muvafakat şart değildir.)"* denilmek suretiyle ifade edilmiştir. Bu hükme aykırı davranışlar idari para cezası ile cezalandırılacaklardır.⁴⁹

Hastanın rızasının geçerli olabilmesi için, hekim tarafından aydınlatılmış olması gerekir. Hastanın aydınlatılması, ona uygulanacak tedavinin ya da gerçekleştirilecek müdahalenin amacı, anlamı, kapsamı, çeşidi, sonuçları ve müdahale edilme-

⁴⁶ Karşılaştırmamız, Hakeri, Hakan, Tıp Hukukunun Temel Kavramları, Roche Sağlık Hukuku Günleri 1, İstanbul 2007, s. 74.

⁴⁷ 19.06.2002 tarih ve 24790 sayılı Resmi Gazete.

⁴⁸ İçel-Akıncı-Özgenç-Sözüer-Mahmutoğlu-Ünver, İçel Suç Teorisi, s. 175.

⁴⁹ Gerçekten maddenin devamında "Hilafında hareket edenlerden yüz yetmiş dört milyon lira idari para cezası alınır" denilmektedir.

diği takdirde karşılaşılabilmek ihtimali olan riskler hakkında bilgilendirilmesidir.⁵⁰

İfade edelim ki, hekimin, ilgilinin muvafakati üzerine yapacağı tıbbi müdahalenin hukuka uygun olması, hekimin tıp meslek ve sanatının verilerine uygun hareket etmesine bağlıdır. Eğer tabip yapacağı müdahalede yeterli bilgiye sahip olmadan veya tıp ilminin gereklerine aykırı bir biçimde davranırsa, bu durumda hakkın kullanılmasının sınırları aşılmış olur.⁵¹

Buna göre tıbbi müdahalenin hukuka uygun olabilmesi için, müdahalenin tedavi amacıyla yapılması, hastanın aydınlatılmış rızasının alınması ve yapıldığı tarih itibarıyla tıp biliminin verilerine uygun olarak gerçekleştirilmiş olması gerekir.⁵²

7. Suçun Özel Görünüş Şekilleri

A. Teşebbüs

Görevi kötüye kullanma suçu, 765 sayılı TCK'daki düzenlemeden farklı olarak cezalandırılabilme şartına yer vermiştir. Bilindiği üzere cezalandırılabilme şartı ihtiva eden suçlarda teşebbüs mümkün değildir.⁵³ Bu tarz suçlarda, failin ceza normunda yazılı hareketi gerçekleştirilmesi cezalandırma

⁵⁰ Koca, Mahmut, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Hekimler Hakkında Uygulanacak Yaptırımlar, Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: III, Sayı: 2, Yıl: 2006, s. 161; Çakmut, s. 225; Doktrinde hastanın aydınlatılması ile ilgili olarak "aydınlatılmış onam" ibaresinin kullanılması eleştirilmiş, rızanın hukuka uygunluk sebebi oluşturabilmesi ve geçerli olabilmesi için, hastanın aydınlatılması gerektiği, onam sözcüğünün de rızayı ifade ettiği için gereksiz olduğu belirtilmiştir. Bkz. Kocasakal, "Ümit, Yeni Türk Ceza Kanununda Hekimin Cezai Sorumluluğu", Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: III, Sayı: 2, Yıl: 2006, s. 153.

⁵¹ Dönmezer-Erman, II, n. 729; Soyaslan, Doğan, *Ceza Hukuku Genel Hükmümler*, 3. Baskı, Ankara 2005, s. 354, 355.

⁵² Koca, s. 162.

⁵³ Şık, s. 137; Aksi fikir için bkz. Tezcan-Erdem-Önok, s. 715.

için yeterli görülmemekte, cezalandırılabilme şartı olarak getirilen hallerin gerçekleşmesi aranmaktadır. Şart gerçekleşmediği takdirde, ceza hukuku anlamında yaptırma bağlanacak bir eylemin varlığından da söz edilemez. Cezalandırılabilme şartı gerçekleşmiş ise, artık fail, tamamlanmış suçtan sorumlu tutulacaktır.⁵⁴

257. maddenin 3. fıkrasında belirtilen halde suç, kamu görevlisinin kendisine veya başkasına menfaat temini ile tamamlanır. Bu ana kadar gerçekleştirilen hareketler icra hareketidir. İcra hareketlerinin tamamlanamadığı hallerde teşebbüs mümkündür.

B. İştirak

Görevi kötüye kullanma özgü suçtur. İştirak açısından genel hükümler uygulanır. Kamu görevlisi tarafından işlenen suçlara kamu görevlisi olmayanların da iştirak etmeleri mümkündür. TCK m. 40/2'ye göre, "özgü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir. Bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise, azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulur." Bu itibarla, kamu görevlisi olmayan kişiler görevi kötüye kullanma suçundan dolayı sadece azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabilirler.

⁵⁴ 765 sayılı TCK'da ise, kamu görevlisinin yasal görevlerini icra ederken usul ve nizama aykırı davranmasıyla oluşan görevi kötüye kullanma suçu, tehlike suçu olarak nitelendirilmekteydi. Failin, kamu görevine ait yetkilerini kötüye kullanmasıyla suç tamamlanmaktaydı. Bu itibarla 765 sayılı TCK döneminde icra hareketleri kısımlara ayrılabilirdiği ölçüde suça teşebbüs mümkündü.

5237 sayılı TCK'nın 257. maddesinin 2. fıkrasının 765 sayılı TCK'daki karşılığını oluşturan görevi ihmal suçunun ise, ihmali hareketin yapıldığı an ve yerde tamamlandığı ve ihmali bir hareketle gerçekleştirilen bu suça teşebbüsün söz konusu olmadığı genellikle kabul edilmekteydi. Ayrıca bkz. Yarg. 4. CD. 18.01.1996, 7825/239 (Malkoç-Güler, II, s. 1743).

MEHMET
EMİN
ARTUK'UN
TEBLİĞİ

Birden fazla kamu görevlisinin bu suçta birlikte işlemesi halinde, her biri müşterek fail olarak cezalandırılır (TCK m. 37/1).

C. İctima

Eylem aynı zamanda görevi kötüye kullanma teşkil eden özel nitelikteki kamu görevlisi tarafından işlenebilen suçlardan birine girmekteseyse, artık genel, tali ve tamamlayıcı bir hüküm olan 257. madde uygulanmaz. Burada özel normun cezasının 257. maddeye göre daha az olması da durumu değiştirmez.⁵⁵

Kamu görevlisinin aynı suç işleme kararıyla birden fazla görevini kötüye kullanması durumunda şartları varsa (m. 43/1) zincirleme suç hükümleri uygulanır.⁵⁶

⁵⁵ Şık, s. 144; Önder, s. 217.

⁵⁶ Yargıtay 765 sayılı TCK döneminde verdiği kararlarda bu hususa değinmiştir: "Zimmetine para geçiren sanık Nihat'ı denetleme sorumluluğu olmayan sanıkların, ona güvenerek banka iç kasasını saymadan saymışçasına mutabakat zaptını imzaladıkları anlaşılmasına ve kabul de bu yönde olmasına göre, eylemlerinin müteselsil görevi savsama suçunu oluşturacağı düşünülmeden yazılı şekilde hüküm kurulması, bozmayı gerektirmiştir." Yarg. 5. CD. 11.02.1993, 4311/570 (Erdurak, 3. Baskı, s. 376); "...Sağın saptanıp kabul edilen, katılanlara yasa gereği ödenmesi gereken aylıklarının, uyarılara karşın ödenmemesini sağlamak ibaret eylemlerinin TCY'nin 228/2, 80. madde ve fıkrasında öngörülen suç oluşturduğu gözetilmeden, yazılı biçimde hüküm kurulması..." Yarg. 4. CD. 09.02.1995, 9296/1000 (Malkoç-Güler, II, s. 1647); "Belediye Başkanını olan sağın... belediyede çalışan işçilerin bir bölümünün ücretlerinin ödenmemesine ilişkin oluru vermemekten ibaret eylemlerinin, TCY'nin 228, 80. maddelerine uyduğunun gözetilmemesi..." Yarg. 4. CD. 31.01.1995, 9115/465 (Malkoç-Güler, II, s. 1648); "Oluşa göre sağın Kamu Konutları Yönetmeliği'nin 8, 9, 14, 17, 33, 34. maddelerine aykırı olarak en düşük puanlı memura usulsüz lojman ayırma ve Vergi Dairesi Müdür Yardımcısı'nın 10 ay içerisinde lojmandaki 3 ayrı daireye taşınmasına yol açmaktan ibaret eylemlerinin TCY'nin 228/1, 80. maddelerine girdiği düşünülmeden... hüküm kurulması..." Yarg. 4. CD. 12.09.1994, 3790/6490 (Malkoç-Güler, II, s. 1648).

8. Kovuşturma Usulü

TCK'nın 257. maddesinde yazılı eylem görev suçu olduğundan, fail hakkında, kural olarak⁵⁷ 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümleri tatbik olunacaktır.

9. Müeyyide

Görevi kötüye kullanma suçunun kamu görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle işlenmesi halinde müeyyidesi 257. maddenin 1. fıkrasında, "*bir yıldan üç yıla kadar hapis*" olarak öngörülmüştür. Kamu görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstermesi halinde fail, 257. maddenin 2. fıkrasına göre, "*altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*" TCK'nın 257. maddesinin 3. fıkrasının söz konusu olduğu durumlarda ise, fail 1. fıkra hükmüne göre yani "*bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile*" cezalandırılır.

SONUÇ

5237 sayılı TCK'nın 257. maddesinde yer alan görevi kötüye kullanma suçu, 765 sayılı TCK'da yer alan görevi kötüye kullanma (m. 240), görevi ihmal (m. 230), kişilere karşı keyfi ve sert muamele (m. 228) ve basit rüşvet alma (m. 212/1) suçlarının karşılığını oluşturmaktadır.

5237 sayılı kanun eski kanundan farklı olarak, görevi kötüye kullanma ve görevi ihmal suçlarını iki ayrı maddede değil, tek bir maddede "*görevi kötüye kullanma*" başlığı altında toplamıştır. Görevi kötüye kullanma suçu, genel, tamamlayıcı ve tali bir hüküm olduğundan, kişinin bu suçtan cezalandırılması

⁵⁷ 5271 sayılı CMK'nın 161/5. maddesine göre, istisnai olarak görevinin gereklerine aykırı hareket eden hekimler hakkında Cumhuriyet Savcısı tarafından doğrudan doğruya soruşturma yapılır.

MEHMET
EMİN
ARTUK'UN
TEBLİĞİ

labilmesi için, gerçekleştirdiği fiilin kanunda ayrıca suç olarak düzenlenmemiş olması gerekir.

Bu suçtan dolayı kamu görevlisinin cezalandırılabilmesi için, görevinin gereklerine aykırı hareket ederek veya görevinin gereklerini yapmakta ihmal ya da gecikme göstererek, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olunması ya da kişilere haksız bir kazanç sağlanması gerekmektedir. Bu itibarla 5237 sayılı TCK'da kamu görevlisinin görevi kötüye kullanma suçundan cezalandırılabilmesi bakımından objektif cezalandırılabilme şartı öngörülmüştür.

Görevi kötüye kullanma suçunun faili sadece kamu görevlileri olabilir. Buna göre, bu suç özgü bir suçtur. Bu suçta sivil kişilerin iştirak etmesi durumunda, sivil kişiler TCK'nın 40. maddesi uyarınca azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulurlar.

Suçun faili açısından belirtilmesi gereken önemli hususlardan birisi hekimlerin cezai sorumluluğudur. Buna göre, bir hekimin görevinin gereklerine aykırı hareketi veya görevini yapmakta ihmal ya da gecikmesi söz konusu ise, burada hekimin cezai sorumluluğu kast ve taksirine göre belirlenmelidir. Hekim görevinin gereklerine kasten aykırı hareket etmiş ve sonucunda hasta ölmüş veya yaralanmışsa, hekim kasten öldürme (m. 81), kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi (m. 83), kasten yaralama (m. 86) veya kasten yaralamanın ihmali davranışla (m. 88) işlenmesinden sorumlu olur. Buna karşılık hekimin taksirli hareketi sonucunda hasta ölmüş veya yaralanmışsa, hekim taksirle öldürme (m. 85) veya yaralama (m. 89) suçundan cezalandırılır. Örneğin hekim ameliyat esnasında hastasının karnında makas unutsa ve hastanın ölümüne bu makas neden olsa, TCK'nın 85. maddesinde yer alan taksirle öldürme suçu işlenmiş olur. Buna karşılık hekimin görevinin gereklerine aykırı hareketi sonucunda hasta ölmemiş veya yaralanmamış, buna karşılık ekonomik açıdan bir zarar görmüşse, kamu görevlisi olan hekim görevi kötüye kullanma suçunu işlemiş olur. Hekimin göre-

vinin gereklerine aykırı hareketi kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olmamış ya da kişilere haksız bir kazanç sağlamamışsa, kamu görevlisi olan hekimin disiplin sorumluluğu vardır. Kamu görevlisi olmayan hekimin ise bu son suçtan sorumluluğu bulunmamaktadır.

MEHMET
EMİN
ARTUK'UN
TEBLİĞİ

Görevi kötüye kullanma suçuna ilişkin olarak özellikle hekimler açısından tıbbi müdahale hakkı hukuka uygunluk sebebi önem arz etmektedir. Tıbbi müdahale hakkı, 5237 sayılı TCK'nın 26/1. maddesi uyarınca hakkın kullanılması kapsamında değerlendirilmelidir. Buna göre tıbbi müdahalenin hukuka uygun olabilmesi için, müdahalenin tedavi amacıyla yapılması, hastanın aydınlatılmış rızasının alınması ve yapıldığı tarih itibariyle tıp biliminin verilerine uygun olarak gerçekleştirilmiş olması gerekir. Bu çerçevede gerçekleştirilen hareketler hukuka uygun olur ve görevi kötüye kullanma suçu oluşmaz.

Oturum Başkanı: Sayın Artuk, 15 dakikalık süreye örnek bir şekilde uydunuz. Güne iyi bir başlangıç yaptık. Şimdi ise Türk Ceza Kanunu'nun 250. maddesini Sayın Avcı'dan dinleyeceğiz.

Buyurun.

Lieber Herr Artuk, sie haben vorbildlich die 15 Minuten eingehalten. Ein guter Start in den heutigen Tag. Und nun wollen wir von Herrn Avcı etwas zum Paragraphen 250 des Türkischen Strafgesetzbuches hören.

Bitte schön.

Prof. Dr. Mustafa AVCI (SÜ Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi):*

I. Giriş

Son dönemlerde bir yandan doktorlara yönelik şiddet olayları artmakta, diğer yandan da hastayı para gibi gören, ona şefkat göstermeyen, hastane sahipleri veya ilaç firmaları ile maddi ilişkilere giren doktorlar gittikçe çoğalmaktadır.¹ Yine hekimlere yönelik davaların sayısı da gün geçtikçe artmaktadır.²

Kamu görevlisi olan hekimlerin hastadan çıkar sağlaması hem kamu görevlileri ile ilgili etik kurallarda, hem de tıp hukuku ile ilgili mevzuatta da açıkça yasaklanmıştır. Örneğin, 13.04.2005 tarihli *Resmî Gazete*'de yayımlanan Kamu Görevlileri Etik Davranış İlkeleri ile Başvuru Usul ve Esasları Hak-

* "Türk Hukukunda Hekimin İrtikap Suçu (TCK m. 250)" başlıklı tebliğ.

¹ Hekim Hakları Derneği Başkanı 105 bin doktor arasında bunların oranı yüzde 5'i geçmeyeceğini, ancak şiddete maruz kalan hekimlerin sayısının % 51'e ulaştığını söylemektedir. <http://www.zaman.com.tr/haber.do?haberno=635687> (E.T: 11.01.2008)

² Davaların açılma sebepleri ile ilgili geniş bilgi için bkz. Hakeri, Hakan, *Tıp Hukuku*, Ank. 2007, s. 29 vd.

kinda Yönetmelik m. 10,³ 13.01.1960 tarihli Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi m. 12,⁴ Türk Tabipler Birliğinin 47. Genel Kurulunda kabul edilen (10-11 Ekim 1998) Hekimlik Meslek Etiği kurallarınının 11. maddesi ticaret ve reklam yasağını, 14. maddede ise diğer hekimlere veya sağlık kuruluşlarına çıkar karşılığı hasta göndermeyi yasaklamıştır.⁵

6023 sayılı Türk Tabipleri Birliği Kanunu ve Türk Tabipleri Birliği Disiplin Yönetmeliği m. 4/f, hekimin haksız kazanç teminine yönelik davranışlarını, m. 4/i ise meslektaşlarına maddi çıkar karşılığı hasta göndermesini aynı zamanda disiplin suçu olarak düzenlemiştir.

Hekimin irtikap suçu, tedavi imkan ve çarelerini arayan fertten kamu görevlisi hekimin, görevinin sağladığı nüfuzu veya güveni kötüye kullanarak, kendisine veya üçüncü bir kişiye yarar sağlaması veya bu yolda vaatte bulunması için kişileri icbar veya ikna etmesi ya da onda mevcut olan hata-

³ Anılan hüküm şöyledir: "Kamu görevlileri, halka hizmetin kişisel veya özel her türlü menfaatin üzerinde bir görev olduğu bilinciyle hizmet gereklerine uygun hareket eder."

m. 10/3: "...mevzuata aykırı olarak kendileri için hizmet, imkan veya benzeri çıkarlar talep edemez ve talep olmasa dahi sunulana kabul edemezler."

Aynı yönetmeliğin 14/1 maddesi şöyledir: "Kamu görevlileri; görev, unvan ve yetkilerini kullanarak kendileri, yakınları veya üçüncü kişiler lehine menfaat sağlayamaz ve aracılıkta bulunamazlar."

⁴ Anılan hüküm şöyledir: Tabip ve dış tabiplerinin:

A. Hastalara, herhangi bir suretle olursa olsun, haksız bir menfaat teminini istihdaf eden fiil ve hareketlerde bulunmaları;

B. Birbirlerine, muayene ve tedavi için hasta göndermeleri mukabilinde ücret alıp vermeleri;

C. Kendilerine hasta temini maksadıyla, eczacı, yardımcı tıbbi personel ve diğer her hangi bir şahsa tavassut ücreti ödemeleri;

D. Şahsi bir menfaat düşüncesi veya gayri meşru bir gaye ile ilaç, tıbbi alet veya vasıtalar tavsiye etmeleri yahut sağlık müesseselerine hasta sevk etmeleri veya yatırmaları;

E. Muayene ve tedavi ücretinin tespiti ve bunun ödenmesi hususunda, üçüncü şahısların tavassutunu kabul etmeleri;

caiz değildir.

⁵ Hakeri, s. 70.

dan yararlanmasıdır.⁶ İrtikap suçu, 5237 sayılı TCK m. 250'de düzenlenmiştir.⁷

TCK, irtikap-görev bağlantısını irtikapın bütün gerçekleştiriliş şekilleri bakımından ayrı ayrı formüle etmiştir. Böylelikle 765 sayılı kanunun irtikap bakımından öngördüğü düzenlemede mevcut "*Memuriyet sıfatı veya görevini kötüye kullanma*" ibareleri terk edilerek, bunun yerine icbar suretiyle irtikap bakımından "*görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanma*", ikna suretiyle irtikap açısından "*görevinin sağladığı güvenin kötüye kullanma*" ibareleriyle irtikap-görev bağlantısı kurulmuştur.⁸

II. BENZER SUÇLARLA KARŞILAŞTIRMA

A. Yağma Suçu (TCK m. 148) ve İrtikap

TCK m. 250-1'de düzenlenen icbar suretiyle irtikap suçu yağmaya benzer. Fiilde kullanılan cebir maddi ise yağma, manevi nitelikte ise irtikap suçu söz konusu olur. İcbar suretiyle irtikapdaki cebir, yağmadaki cebir kullanma ve malvarlığı itibarıyla büyük bir zarara uğratacağı beyanı ile tehdit boyutuna varmamalıdır. Mağdurun iradesini zorlayan bir etki olan icbarın cebir, şiddet veya tehdide dönüşmesi halinde eylem irtikap değil yağma suçunu oluşturur.⁹

⁶ Tanım, Yargıtay 5. CD'nin 29.03.1972 tarih 1173/1487 sayılı kararından (karar metni için bkz. Aşçıoğlu, Çetin, Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar, Ank. 1992, s. 151) yararlanılarak yapılmıştır.

⁷ Suç tipinin tarihi gelişimi hakkında geniş bilgi için bkz: Artuk Mehmet Emin-Gökçen Ahmet-Yenidünya A. Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ank. 2006, s. 649vd.

⁸ Artuk-Gökçen-Yenidünya, s. 650, Üzülmez, İlhan, "Yeni Ceza Kanunu'nda İrtikap Suçu", *SÜHFD*, C: 14, S: 2, Yıl: 2006, s. 274, Mal-koç, İsmail, Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar", <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/103.doc> (E.T. 14.01.2007)

⁹ Çetin, Erol; Açıklamalı-İçtihatlı Ceza Hukukunda ve Özel Yasalarda Memur, Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanma Usulü ve Memur Suçları, Seçkin Yayınları, Ank. 2003, s. 851

İrtikap suçunun unsurları: **a.** Failin kamu görevlisi olması, **b.** Görevinin sağladığı nüfuzu (etkileme gücünü) kötüye kullanması, **c.** Mağdur iradesinin yarar sağlamaya ya da bu yolda vaatte bulunmaya zorlanması;

Yağma suçunun unsurları ise: **a.** Fiilin işlenmesi için tehdit veya cebrin kullanılması, **b.** Tehdit veya cebrin bir başkasına veya bu kişinin yakınına yönelik olması, **c.** Mağdurun malı teslimine veya malın alınmasına karşı koymamaya mecbur kılınması, şeklinde sıralanabilir.¹⁰

Bu kısa açıklamadan da anlaşılacağı üzere irtikap suçunu yağma suçundan ayıran unsurlar, failin sıfatı ve kullandığı icbarın tehdit veya maddi cebir aşamasına gelmemiş olmasıdır.

B. Dolandırıcılık Suçu (TCK m. 157) ve İrtikap

İrtikap suçunun ikna suretiyle işlenen şekli dolandırıcılığa benzer. Gerçekten ikna suretiyle irtikap suçunda fail, gerçekleştirdiği hileli davranışlarla mağduru hataya sevk edip, kendisine veya başkasına yarar sağladığından veya bu yolda vaatte bulunulmasını temin ettiği için, failin kamu görevlisi olması hariç, dolandırıcılık suçundan bir farkı yoktur.

Dolayısıyla ikna suretiyle irtikapı, dolandırıcılıktan ayıran özelliğin; failin kamu görevlisi olması ve eylemini görevinin sağladığı güveni kötüye kullanmak suretiyle gerçekleştirmesi olduğu söylenebilir.

C. Rüşvet Suçu (TCK 252) ve İrtikap

Kamu görevlisi olan hekim, özellikle istirahat raporu yazarken veya bilirkişi olarak görev yaparken gerçekte istirahat

¹⁰ C.G.K. 17.04.1989, 6/93-147, Artuk-Gökçen-Yenidünya, s. 654.

MUSTAFA
AVCI'NIN
TEBLİĞİ

raporu verilmesi gerekmeyen bir kişiye, bir menfaat karşılığı rapor yazar, ya da gerçeğin hilafına bilirkişi raporu düzenlerse, rapor alan veya bilirkişi mütalaası isteyen kişi gayri meşru zeminde bulunduğundan eylem irtikap değil rüşvet suçunu oluşturur.

Hekim, her iki raporu herhangi bir menfaat temin etmeden gerçeğe aykırı olarak yazarsa bu durumda görevi kötüye kullanma suçu oluşur.

D. Görevi Kötüye Kullanma (TCK m. 257) ve İrtikap

İrtikap, görevi kötüye kullanma suçunun özel bir şeklidir.¹¹ İrtikap suçunun koşulları oluşmadığı takdirde görevi kötüye kullanma suçunu düzenleyen TCK m. 257, genel bir hüküm olması sebebiyle uygulama yeri bulacaktır.¹²

İcbar belli bir yoğunluğa erişmezse, eylem irtikap değil görevi kötüye kullanma suçunu oluşturur.¹³

¹¹ Bu husus görevi kötüye kullanma suçunu düzenleyen 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 257/3'ncü maddesinde 'İrtikap suçunu oluşturmadığı takdirde görevinin gereklerine uygun davranması için veya bu nedenle kişilerden kendisine veya bir başkasına çıkar sağlayan kamu görevlisi, birinci fıkra hükmüne göre cezalandırılır.' denilmek suretiyle ifade edilmiştir.

¹² "Belediyesi E... Hastanesi'nde göz doktoru olarak çalışan sanığın, Emekli Sandığı'na tabi hastalara, sağlık karnelerini alarak hastanedeki resmi işlemlerini onlara gerek olmadan yaptırmak suretiyle kolaylık sağladığı intibamı yaratıp, bu şekilde gelen birçok hastayı, özel muayenehanesinde muayene ettikten sonra anılan hastanede gerekli kayıt işlemlerini yaptıran ancak hastaları muayene etmeden, daha önce yaptığı özel muayene sonuçlarına göre reçetelerini düzenleyerek resmi işlemlerini onlar olmadan yaptırmaktan ibaret eylemlerinin, zincirleme görevi kötüye kullanmak suçunu oluşturduğu gözetilmeden, yazılı şekilde beraat kararı verilmesi, Yasaya aykırı... hükmün bu sebepten bozulmasına, 04.07.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi. 11. CD. 2005/8032 E. 2007/4647 K, (YKD, 2008 1. Sayı).

¹³ "Sanığın hasta Ş'yi ameliyat etmek için kardeşi G ve yeğeni Z'den 300.000 lira istediği ve adı geçenlerin herhangi bir vaatte bulunmaksızın ayrılıp hastane başhekim yardımcısına başvurdukları, paranın verileceği

*"Sanık doktorun hastanede yapılacak bir ameliyatın yapılama-
yacağını ileri sürerek para karşılığı özel işyerinde gerçekleştirmesi
görevi kötüye kullanma olarak kabul edilmiştir."*¹⁴

yolunda vaatte bulunulması ve ameliyatın yapılmasından sonra yasal iş-
lem yapılacağını bildirilmesi üzerine sanığın yanına dönerek bu yolda
hareket ettikleri ve hastanın ameliyatında yeni talep olmadan anlaşılma-
sına göre, icbarın belli bir yoğunluğa erişmediği ve vadin de iradi ola-
rak yapılmadığı dikkate alınarak eylemin irtikap suçunu oluşturduğu
söylenemez. Eylem görevi kötüye kullanma suçunu oluşturur." Yargıtay
5. C.D. 15.04.1992, 397/1114.

"Söz konusu ameliyatın yapılabilmesi için dışardan malzeme alınma-
sının tıbbi bir zorunluluk bulunmasına, sanığın aşamalarda aldığı para-
nın kullanılacak malzeme bedeli olduğunu savunmasına ve savunmanın
kısmen iddia ve şahadetle doğrulanmış bulunmasına ve ayrıca sanığın
iknaya yönelik herhangi bir davranışı tespit edilemediği gibi müştekinin
kendisinden gereğinden fazla para istendiğini bildiğinin de anlaşılma-
sına göre eylemde cebri veya ikna suretiyle irtikap suçunun unsurlarının
mevcut olmadığı ve eylemin görevi kötüye kullanmak suçunu oluştur-
duğu gözetilmeden yazılı şekilde hüküm tesisi yasaya aykırıdır. Yargı-
tay 5. C.D. 15.10.1987-3241/5342.

Yarg. 5. CD. 28.03.1996, 381/949 sayılı kararında, üroloji uzmanının,
sünnet etmek için sevkli gelen hastadan para alıp seri numarası tespit
edilmiş paralarla yakalanması, yapmaya mecbur olduğu şeyi yapmak
için vaki anlaşmaya dayalı olarak basit rüşvet suçunu oluşturur. Akt.
Tezcan-Erdem-Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ank. 2006, s.
675. Bu içtihat sünnet olma tıbbi bakımdan zorunlu olmadığı için bu şe-
kilde çıkmıştır. Ayrıca hekimi koruma düşüncesi hissettirmektedir. Kal-
dı ki eylem, yeni TCK m. 257/3'e uyan görevi kötüye kullanma suçunu
oluşturur.

¹⁴ YCGK 05.10.1987, 4-280-433.

"Sanığın hastaneye gelen hasta ve yakınlarına ilgi göstermeyerek mu-
ayenehanesine gelmelerine zemin hazırladığı, özel işyerine gelip ücret
yatıran kişilerle ilgilenip hastanedeki devlete ait ultrason cihazına gir-
melerini sağladığı anlaşıldığından eylemi görevi kötüye kullanma suç-
nu oluşturur." 5. CD. 18.05.2004, 2004/403-550, Akt. Gökcan, H. Tahsin,
Görevi Kötüye Kullanma, Zimmet, İrtikap, Rüşvet Suçları ve Kamu İda-
resine Karşı Suçlar (TCK m. 247-266), Ank. 2008, s. 528.

Yargıtay 4. CD. 19.04.1999, 2571/3983 kararında, göz doktoru olan
sanığın hastanede yapacağı göz ameliyatı için özel muayenehanesine
çağırdığı yakından para istemekten ibaret eylemi ETCK 209/2 ve 61.
(YTC 250/1, 35) maddelerine uyar, ETCK 240 (YTCK 257/1) maddesin-
den hüküm kurulması bozmayı gerektirir. Akt. Artuk-Gökcen-Yenidün-
ya, s. 612.

MUSTAFA
AVCI'NİN
TEBLİĞİ

*"Sanık doktorun sağlık ocağında hasta muayene ettikten sonra ücret alması halinde ikna unsuru olmadığından ve önceden bir anlaşma bulunmadığından görevi kötüye kullanma suçunun oluşacağına hükmolunmuştur."*¹⁵

Yargıtay 5. C.D.'nin 07.03.1999 tarih ve 5268/975 sayılı kararında, mağdurların icbar veya iknaya maruz kalmamaları ve acil durumu bulunmayan hastanın bir an önce ameliyatını sağlamak amacıyla doktor ile esasen yapması gereken görevi yapması konusunda pazarlığa girişmeleri fiilin irtikap olmaktan çıkmasında etken olmaktadır.

III. KORUNAN HUKUKİ YARAR

Bir hukuk toplumunda, sosyal hayatın devamı bakımından önemli olan ve kamu hizmeti olarak isimlendirilen bir takım faaliyetler, devlet veya kamu tüzel kişilerin yerine getirilmektedir. Kamu otoritesi (devlet) adına yürütülen bu faaliyetlere kamu görevi, bu görevi kamu hukuku usulüne göre katılan kişilere ise kamu görevlisidir.¹⁶ Bir kamu görevini yerine getiren kişi, bu görev dolayısıyla bir kamu hukuku yükümlülüğü altına girmektedir. Kamu görevlisi, üstlenmiş olduğu görevi sadakatle yerine getirmek, bireylerin kamu idaresine duymaları gereken güveni sarsmamak zorundadır.¹⁷ Buna göre irtikap fiillerinin cezalandırılmasıyla korunan hukuki yararı, kamu idaresinin itibarı, halkın devlet memurlarına karşı duyması gereken inanç ve itimat, memurların dürüst ve iyi şöhret sahibi olmalarındaki devlete ait yararlar oluşturmaktadır. Bu fiillerin yaptırım altına alınmasıyla aynı zamanda kamu görevlilerinin yetkilerini kötüye kullanarak

¹⁵ 5. CD, 07.07.1987, 6406/3800

¹⁶ Özgenç İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi Genel Hükümler, Ank. 2006, s. 99.

¹⁷ Tezcan, Durmuş-Erdem, Mustafa Ruhan-Önok, Murat, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'na Göre Teorik Ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ank. 2007, s. 744.

verecekleri zararlara engel olmak, böylelikle kamu görevlilerinin kendi konumlarından yararlanarak çıkar elde etmeleri önlemek de amaçlanmıştır.¹⁸ Kanun koyucu irtikap fiillerini, kamu görevlisinin konumunun sağladığı gücü haksız ekonomik çıkar elde etme aracı olarak kullanmasını engellemek amacıyla suç saymıştır. Dolayısıyla irtikapın faili, devletin mali yararlarını ihlal ettiği için değil, halkın kamu görevlisine olan itimadının sürekli olmasındaki toplum yararını zedelediği için cezalandırılmaktadır.¹⁹

IV. MADDİ UNSURLAR

A. Fiil

Kamu idaresine duyulan güveni korumak amacıyla düzenlenmiş olan irtikap suçunun oluşması için maddi bir zararın meydana gelmesi şart değildir.²⁰

1. İcbar Suretiyle İrtikap

TCK m. 250/1'e göre tipik bir fiilin varlığından söz edilebilmesi için kamu görevlisi hekimin görevinin sağladığı nüfuzu (etkileme gücünü) kötüye kullanarak kendisine veya başkasına yarar sağlaması veya bu yolda vaatte bulunması için bir kimsenin iradesini zorlaması gerekir. Bu nedenle, öncelikle görevin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılmasının mahiyetini, daha sonra icbarın anlamını belirlemek gerekir.

İcbar suretiyle irtikapta mağdur, kamu görevlisine sağladığı menfaatin hukuka aykırı olduğunu bilmekte; fakat irade-

¹⁸ Erman, Sahir-Özek, Çetin, Ceza Hukuku Özel Bölüm Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, İst. 1992, s. 66; Özgenç, İzzet, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, Ank. 2002, s. 162.

¹⁹ Artuk-Gökçen-Yenidünya, s. 667, Üzülmez, s. 275.

²⁰ Özgenç, Ekonomik Suçlar, s. 174.

si baskı altında tutulduğu için bu baskıdan kurtulmak ve karşılaşılabileceği daha ağır zararları bertaraf etmek düşüncesiyle hareket etmektedir.²¹

İrtikabın bu türü, kamu görevlisi tarafından yürütülen görevin sağladığı etkileme gücü kullanılarak işlenebilir. Görevin kamu görevlisine sağladığı nüfuzun mahiyeti, her bir kamu görevlisi açısından statüsünü belirleyen mevzuata göre tespit edilir. Dolayısıyla kamu görevlisi, konumu ve sahip olduğu yetkiden kaynaklanan nüfuzunu kendisine bir yarar veya yarar vaadinde bulunulmasını sağlamak amacıyla zorlama vasıtası olarak kötüye kullanmaktadır. Buna göre işgal ettiği konum gereği sahip olunan yetkinin sağlamış olduğu nüfuzun kötüye kullanılmasını oluşturmayan, sadece sıfatın kötüye kullanımını teşkil eden hareketlerle irtikap suçu gerçekleşmez.²² Başka bir anlatımla yeni düzenlemede kötüye kullanılan nüfuzun görevle ilgili olması aranmış, suç tipi daha objektif bir kritere bağlanmıştır.²³

Ancak hemen belirtelim ki öğretide irtikap-kamu görevlisi bağlantısı bakımından yeni kanunun öngördüğü düzenlemenin 765 sayılı TCK m. 209'da olduğu şekliyle anlaşılması gerektiğini belirten yazarlar bulunmaktadır.²⁴

Suçun oluşması bakımından kamu görevlisinin görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle bir kimseyi yarar sağlamaya veya bu yolda vaatte bulunmaya *icbar etmesi* gerekmektedir. Suçun maddi unsurunu oluşturan icbardan ne anlaşılması gerektiği maddede ve madde gerekçesinde belirtilmemiştir. Gerekçede sadece icbarın, yağma suçunun oluşmasına sebep olan cebir veya tehdit boyutuna varmaması

²¹ Erman-Özek, No: 112, Özgenç, Ekonomik Suçlar, s. 167, Tezcan-Erdem-Önok, (2006), s. 659.

²² Bkz. Soyaslan, Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ank. 2005, s. 504.

²³ Toroslu Nevzat, Ceza Hukuku Özel Kısım, Ank. 2005, s. 285.

²⁴ Tezcan-Erdem-Önok, (2007) s. 747-748.

gerektiği, eğer icbar bu boyuta varacak olursa yağma suçunun oluşacağı belirtilmiştir.²⁵

Görevin sağladığı nüfuzu kötüye kullanıp, yağma suçunda aranan ağırlıkta olmayan tehditle menfaat temin eden veya bu yolda vaatle bulunulmasını sağlayan kamu görevlisi hekim irtikap suçunu işlemiş olacaktır. Burada hekim, açıkladığı istekler yerine getirilmezse mağdurun işini hiç veya usulüne uygun yapmayacağını söylemek suretiyle onu korkutmaktadır.²⁶ Örneğin, *“acil ameliyat zarureti ile karşı karşıya kalmış bulunan mağdurdan, bu korkunun etkisi altında bulunması suretiyle ameliyat için para alan devlet hastanesi operatörü irtikap suçunu işlemiş olur.”*²⁷

²⁵ Madde metnindeki icbardan manevi cebrin anlaşılması gerektiğine dair görüş için bkz. Özgenç, Ekonomik Suçlar, s. 164.

Maddeye en azından cebrin “manevi” niteliğine işaret eden bir ibare eklenmesi kanımca yerinde olacaktır. Aynı paralelde görüş için bkz. Yenidünya, s. 124.

²⁶ Artuk-Gökçen-Yenidünya, s. 674.

²⁷ Dönmezer, s. 117.

Yargıtay 5. CD. 03.07.2007 tarih ve 2007/2745 E: 2007/5667 K. sayılı kararında: “Zile Devlet Hastanesinde KBB uzmanı olan hekimin, çocuğunun tedavisini yaptırmak üzere hastaneye gelen mağdurun sesinde kısılma olduğu kendisine bildirilmesi üzerine ses kısıklığı şikayetinin kanser riski oluşturma ihtimalini taşıdığını belirttiği, bunun üzerine mağdurun bir gün sonra sanık hekimin özel muayenehanesine gittiği, mağduru muayene eden sanığın ses tellerinde tespit ettiği yaranın kanser riskini taşıdığını yineleyip en kısa sürede ameliyat olması gerektiğini, isterse Ankara’ya gidebileceğini söylemesine rağmen mağdurun maddi durumunun iyi olmayıp sosyal güvencesinin bulunmadığını, bu nedenle ameliyatı kendisinin yapmasını istediği, sanığın bu isteği kabul ederek hastanede yapacağı ameliyat için para istediği, mağdurun paranın bir kısmını peşin verdiği, kalanının ameliyattan sonra ödemeyi kabul ettiği, ameliyattan sonra kanser hastalarının ameliyat olamayacaklarını öğrenip kendisinin gerçekten ameliyat olmadığı kuşkusunu ile durumu başhekime bildirdiği... acil müdahaleye ihtiyaç olmadığı anlaşılan mağdurun bir başka hekime başvurma imkanı varken ve hastanede yapılan ameliyat için para verilmesi gerekmediğini bilmesine rağmen hekime para vermesi olayında irtikapın cebir ve ikna unsuru oluşmadığından eylemin görevi kötüye kullanma olarak nitelendirilmesi gerekir.” Akt. Gökcan, s. 530-531.

Karara konu olayda icbarın gerçekleştiği kanısındayım, dolayısıyla

MUSTAFA
AVCI'NİN
TEBLİĞİ

İrtikap suçunun unsurunu oluşturan manevi cebir, mağdurun iradesini baskı altında tutmaya elverişli olmak şartıyla doğrudan veya dolaylı biçimde yapılan her türlü zorlayıcı hareketleri ifade eder.²⁸ İcbardan maksat, iradenin oluşumunu etkileyecek ve yapmak istediğinden başka bir hareketi yapmasına neden olacak biçimde baskı yapılmasıdır.²⁹ “Para verilmeyeceği takdirde hastanın hastaneye yatırılmayacağı”³⁰, söylenmesinde olduğu gibi.

“İcbar teşkil eden fiillerin etkisinde kalan kişi, hukuka aykırı olduğunu bilmesine rağmen, karşılaşılabileceği daha ağır zararların önüne geçebilmek için, bu baskının etkisiyle, hekime veya onun gösterdiği üçüncü kişiye bir yarar sağlamaktadır.”³¹ Bu nedenle, failin gerçekleştirdiği icbar, mağduru etkilemeye elverişli olmalıdır. Elverişlilik her somut olayda hakim tarafından ayrıca değerlendirilecektir. Objektif olarak baskı altına almaya elverişli icbarın bulunması yeterlidir, ayrıca somut olayda mağdurun bundan etkilenmiş olması şart değildir.³² Diğer deyişle, kamu görevlisinin sahip olduğu gücü kişinin aleyhine kullanacağını açıkça bildirmesi veya bunu hissettirmesi suçun oluşması bakımından yeterli olup, kişinin icbara karşı koyabilme gücünün ortadan kalkmış olması şart değildir.³³

Objektif olarak elverişli olan zorlamanın somut olayda mağduru etkilememesi ve dolayısıyla yarar sağlamaması

karara katılmıyorum.

²⁸ Malkoç-Güler, s. 117, Üzülmez, s. 284.

²⁹ Yarg. CGK 18.05.1999, 5-119/121, Akt. Özgenç, Ekonomik Suçlar, s. 164, dn: 6.

³⁰ Yarg. CGK 06.02.1956, 20/22 Akt. Önder, s. 144.

³¹ TCK m. 250 gerekçesi.

Eşi ameliyat olacak vatandaşa devlet tabibinin: “500 YTL bıçak parası almadan yapmayız” demesi durumunda böyle bir talebe hakkı olmadığını bilmesine rağmen eşinin sağlığından korktuğu için vatandaşın parayı vermesi, icbar suretiyle irtikap (250/1) suçunu oluşturur. Tezcan-Erdem-Önok, (2006), s. 661.

³² Erman-Özek, s. 74-75; Özgenç, Ekonomik Suçlar, s. 167-168.

³³ Önder, s. 144.

veya yarar vaadinde bulunmaması durumunda irtikaba teşebbüs söz konusu olur.³⁴

Öğretide belli bir yoğunluğa ulaşmamış, ciddi olmayan veya kolaylıkla kurtulma imkanı bulunan zorlamaya rağmen haksız yarar sağlanması veya yarar vaadinde bulunulması halinde rüşvet suçunun oluşacağı söylenmiştir.³⁵ Yargıtay'ın buna benzer olaylarda bazen rüşvet suçunun,³⁶ bazen ise görevi kötüye kullanma suçunun oluştuğu yönünde çelişkili kararlarına rastlanmaktadır.³⁷ Yargıtay'a göre kamu görevlisine

³⁴ Erman-Özek, s. 74-75, Üzülmez, s. 285.

³⁵ Özgenç, Ekonomik Suçlar, s. 169.

³⁶ Yarg. 5. CD. 30.09.1998, 2335/3445, Akt. Yaşar Osman, İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, Ank. 2001, s. 468.

³⁷ "Maddede yer alan cebir, manevi cebirdir. Manevi icbarın belirli bir şiddete ulaşması, ciddi olması, mağdurun, baskının etkisinden kolaylıkla kurtulma olanağının bulunmaması gereklidir. Sanığın istediklerinin yasa dışı olduğu mağdur tarafından bilinmekte, ancak zorlama nedeniyle faile çıkar sağlanmaktadır.

İcbar, belirli bir boyuta ulaşmış muhatabı olan şikâyetçiyi etkilememiştir. Ağır bir zarara uğramadığı düşüncesiyle ve gururunun incindiğinden bahisle aynı gün şikâyette bulunulmuştur. Sanığın "gönlünden ne koparsa ver" demesi de, manevi cebirin belli bir şiddete ulaşmadığının göstergesidir. Şikâyetçi, ne verersen ver demesi üzerine kendiliğinden elli bin lira vermiştir.

Açıklanan hususlar göz önünde tutulduğunda, yasa ve nizamlara aykırı şekilde görev yaptığı anlaşılan sanığın eyleminin görevi kötüye kullanma suçunu oluşturduğunun kabulünde zorunluluk bulunmaktadır (Oyçokluğu ile)." Yarg. CGK. 06.11.1989, 5-265/335, Akt. Savaş-Mollamahmutoglu, s. 2329-2330.

5. C.D. 07.11.2006 tarih ve 2005/18318 E., 2006/8649 K. sayılı kararı: "Uzman doktor olan ve aynı zamanda serbest muayenehanesi de bulunan sanığın, önceden hastanede yataklı tedavi görmesini sağladığı katılanın rahatsızlanarak tekrar özel muayenehanesine gelmesi üzerine böbreğinde bulunan taşı almak için bıçak parası ve narkozcuya verilmek üzere 300 YTL talep ettiği, müştekinin maddi durumu iyi olmadığı Yeşilkartlı olduğunu söylemesi üzerine, sanığın parayı verdiği takdirde ameliyat yapacağını söylediği, müştekinin rıza göstermeyip durumu yetkili bildiren olayın ortaya çıkarılmasında; ameliyatla tedavi için para istemekten ibaret eylemde irtikabın ikna veya icbar unsurunun bulunmadığı, sanığın teklifi katılan tarafından kabul edilmediğinden eylemin TCK'nun 257/3. maddesinde düzenlenen görevinin gereklerine uygun davranmak için çıkar sağlama suçunu oluşturup oluşturmadığının irde-

veya gösterdiği şahsa yarar sağlayan kişi meşru bir zeminde ise irtikâp, gayri meşru zeminde ise rüşvet; rüşvet suçunun oluşmadığı hallerde ise görevi kötüye kullanma suçu oluşacaktır.

Suçu açığa çıkarılabilmesi için tahrikçi ajanın kullanılması örneğin bir hekimin tedavi hizmetlerinde kişilerden zorla para aldığı söyleniyor; ancak ispatlanamıyorsa, bunun ispatlanması için gerçekte hastası olmayan biri gelip bir yakının trafik kazası geçirdiğini acil ameliyata alınması gerektiğini ortopedi uzmanı bir hekime söylese, hekim de bıçak parası almadan ameliyata girmeyeceğini söylese, bu durumda irtikap suçu oluşmayacaktır.³⁸

lenmesi gerektiğinden kararın bozulmasına oybirliği ile karar verildi.”

³⁸ Gökcan s. 498.

“Emniyet memurlarının, vaki ihbar üzerine, sanığın suistimallerini kanıtlamak için gönderdikleri ve sanığın da hasta olmadığını bildiği tanık Nuh’un, sanık tarafından yapılması gereken veya geciktirilmek tehlikesine maruz, haklı sayılabilecek bir işi bulunmadığına göre, sanık doktorun “parayı ödemez isen, ben de raporu vermem” biçimindeki söz ve davranışlarının, bu şahıs üzerinde belli bir şiddete ulaşmış manevi bir baskı aracı olarak değerlendirilmesi olanaksızdır. Esasen Nuh, istediği parayı sanık doktora manevi bir baskı altında kalması nedeniyle değil, zabitanın talimatını yerine getirmek için vermiştir. Bu itibarla, sanığın eylemi cebri irtikâp olarak nitelendirilemez.

Olayımızda unsurları bakımından rüşvet suçu da oluşmamıştır. Şöyle ki; iş sahibi olarak gözükten Nuh, sanığın yasa dışı davranışlarının saptanabilmesi için zabıtaca bir ajan olarak görevlendirildiğinden, gayri meşru bir zemin içerisinde bulunmadığı gibi; sanık doktorla, serbest iradesi ile rüşvet anlaşması yaptığının kabulü de mümkün değildir. Bu anlaşma yapılmıştır, fakat bu rüşvet anlaşması değil, sanığın yasa dışı davranışlarının meydana çıkarılması yönünden polis görevlileri ile tanık Nuh arasında yapılmış bir anlaşmadır. Bu anlaşma rüşvet suçunun unsurlarına dahil bulunmamaktadır.

Açıklanan hususlar göz önünde tutulduğunda, yasa ve nizamlara aykırı şekilde görev yaptığı anlaşılan sanığın eyleminin görevi kötüye kullanma suçunu oluşturduğunu kabulde zorunluluk bulunduğundan, yerel C. Savcısı ve sanık vekilinin temyiz itirazlarının bu nedenlerle kabulü ile direnme hükmünün bozulmasına karar verilmelidir (oybirliği ile).” Yarg. CGK. 25.04.1983, 113/197, Akt. Savaş-Mollamahmutoglu, s. 2333-2334.

Yargıtay 5. CD.’nin 22.10.2007 tarih ve 8124/7610 sayılı kararı şöyledir: “Mağdurun esasen yapılması gereken işin öncelikle ve süratle sonuçlandırılması

TCK'nın 250. maddesinde irtikap suçunun oluşması bakımından mağdurun meşru zeminde bulunması yönünde bir unsur öngörülmemiştir.³⁹⁻⁴⁰ Dolayısıyla elverişli bir icbarın bulunduğu hallerde somut olayda meşru zeminde bulunup bulunmadığına bakılmaksızın mağdurun bundan etkilenerek faile yarar sağladığı veya yarar vaadinde bulunduğu hallerde irtikabın oluştuğunu, elverişli cebre rağmen mağdurun bundan etkilenmediği hallerde ise teşebbüs aşamasında kalmış irtikabın bulunduğu kabul etmek gerekir. Buna karşılık mağduru zorlayamaya elverişli bir cebir bulunmamasına rağmen mağdurun kamu görevlisine yarar sağladığı veya vaatte bulunduğu hallerde ise, mağdurun meşru zeminde bulunup bulunmadığına bakarak hangi suçun oluştuğuna karar vermek gerekmektedir. Mağdur haklı bir işini gördürmek için ortada elverişli bir cebir olmamasına rağmen kamu görevlisine yarar sağlayacak olur ise, yeni TCK m. 257/3' de düzenlenmiş olan şekliyle görevi kötüye kullanma suçu oluşacaktır. Esasen söz konusu maddede irtikabı oluşturmadığı takdirde görevinin gereklerine uygun davranmak için veya bu nedenle kişilerden çıkar sağlanması yaptırım altına alınmaktadır. Buna karşılık mağdurun iradesini zorlayacak elverişli bir cebir bulunmamasına rağmen kamu görevlisine yapmaması gereken bir işi yapması, yapması gereken bir işi yapmaması için çıkar sağlanacak olunursa 252. maddede bağlamında rüşvetten sorumluluk gündeme gelecektir.⁴¹

İcbar suretiyle irtikap suçunun oluşabilmesi, icbar teşkil eden hareketlerin yarar veya yarar vaadi sağlanmadan önce

in kendisinden istenen paranın yasal olmadığını bilmesine rağmen sanığı yakalatmak amacıyla teklifini kabul ederek para vermesi halinde irtikabın cebir veya ikna unsurları oluşmamış, görevin gereklerine uygun davranması için çıkar sağlayan sanığın eylemi TCK 257/3'te düzenlenen görevi kötüye kullanma suçu oluşur." Karar yayımlanmamıştır.

³⁹ Tezcan-Erdem-Önok, (2007), s. 749; Artuk-Gökçen-Yenidünya, s. 672, dn: 498.

⁴⁰ Karşı görüş için bkz: Özgenç, Ekonomik Suçlar, s. 169-170; Önder, s. 144.

⁴¹ Üzülmez, s. 287.

MUSTAFA
AVCI'NIN
TEBLİĞİ

yapılmasına bağlıdır. Dolayısıyla, hekimin ameliyat veya tedavi ile ilgili işin bitiminden sonra paranın istenmesinden ve alınmasından ibaret eylemi irtikap değil; görevi kötüye kullanma suçunu oluşturur.

Suçun oluşması için icbarın mutlaka kamu görevlisi tarafından gerçekleştirilmesi gerekli ise de, icbara maruz kalanla yarar sağlayan veya yarar vaadinde bulunan farklı kişiler, örneğin vekil-müvekkil, baba-oğul olabilir.⁴² Yine maddeye göre yararın mutlaka failin şahsına sağlanmış olması zorunlu değildir. Başkasına yarar sağlamak veya yarar vaadi sağlamak suretiyle de irtikap suçu işlenebilir.⁴³

İcbar şeklindeki hareketler açıkça da, örtülü olarak da gerçekleştirilebilir.⁴⁴ Zorlamanın açık olduğu hallerde irtikabın varlığını tespit kolaydır. Örneğin para verilmezse hastanın hastaneye yatırılmayacağına söylenmesi Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından icbar suretiyle irtikap suçu sayılmıştır.⁴⁵

⁴² "İrtikap suçu, kamu görevlisinin nüfuzunu kötüye kullanarak ferdi tazyik etmesi ile başlayıp, bu tazyik muvacehesinde, ferdin de memurun haksız muamelesini önlemek mecburiyetini duyarak, ona menfaat temin veya vaat etmesiyle oluşacağına, müştekinin kızı Emine akut apandisit teşhisi ile hastaneye yatırılmış olduğundan hayati tehlike arz eden durumun ivediliğine ve ameliyatı yapmak için para isteyen sanığın bu talebi karşısında, müştekinin, cebrin etkisinden kurtulmak zorunluluğunda kalmış olmasına, olay meydana çıktıktan sonra, sanığın, hasta Emine'nin babasını köyünde ve şehirde aramasının, müşteki ve aramaya katılanlarla sanık arasındaki konuşmaları, sanığın, olmayan bir hadisenin yayılmasını bastırmak gayretiyle, hareket ettiği izleniminden ziyade, olmuş bir olayın sonuçlarını ortadan kaldırmaya matuf girişimler olarak kabulünün isabeti haiz bulunmasına... göre, sanığın icbar suretiyle irtikap suçundan cezalandırılmasında yasaya aykırı bir yön bulunmamıştır. Yargıtay 5. CD. 29.06.1983, 2014/2538.

⁴³ Dönmezer, s. 117; Erman-Özek, s. 75.

⁴⁴ Önder, s. 144.

⁴⁵ CGK. 06.02.1956, 20/22, Akt. Önder, Özel, s. 144.

Yargıtay 5. Ceza Dairesi de apandisit ameliyatı için para istemeyi,⁴⁶ Bolu SSK Hastanesi'nde operatör doktor olan sanığın, tavşan dudağı ameliyatını yapmak için, hastaneye yatırdığı Mustafa'nın dedesi Muhsin'den, ameliyat için yazılı muvafakatini aldıktan sonra, 25.000 lirayı vermediği takdirde, ameliyatı yapmayacağını söylemeyi, icbar suretiyle irtikap suçu saymıştır. (Yargıtay 5. CD. 03.02.1982, 3931/230).

Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin 13.12.2000 tarih ve 2000/8318 Esas No, 2000/8876 sayılı kararında özetle; "SSK Nevşehir Hastanesi'nde kadın doğum uzmanı olan sanığın yapması gereken ameliyatlara kendisine para verilmediği takdirde yapmayacağını söyleyip hasta yakınlarından çıkar sağlama eylemlerinin kanıtlanması durumunda irtikap suçunu oluşturabileceği... gözetilmeden ve gerekçesi belirtilmeden hüküm verilmesi doğru değildir" şeklinde karar vermiştir.⁴⁷

İcbar (nüfuzun: etkileme gücünün kötüye kullanılması suretiyle) irtikap, icrai davranışla işlenebileceği gibi, ihmali davranışla da işlenebilir. Örneğin hekimin ameliyatı geciktirmesi ve para vermezseniz ameliyatı yapmam demesi icbar suretiyle irtikaptır.⁴⁸

Toplumda özellikle cerrahların bıçak parası almadan ameliyat yapmayacaklarına ilişkin yaygın kanaatin bulunduğunu bilen ve ameliyat edilmesi gereken hastayı kendisine yarar veya yarar vadi sağlamadığı için ameliyat etmeyen, ancak hastanın bıçak parasını vermesinden sonra ameliyatı gerçekleştiren hekimin davranışı ihmali davranışla icbara örnek verilebilir.

⁴⁶ 5. CD. 29.06.1983, 2014/2538, Akt. Önder, Özel, s. 145.

⁴⁷ http://www.alomaliye.com/mart_06/muharrem_ozdemir_bicak.htm
E.T. 29.12.2007

⁴⁸ Hakeri, s. 507.

2. İkna (Güvenin Kötüye Kullanılması) Suretiyle İrtikap

Hemen belirtelim ki ikna suretiyle irtikap da hem icrai davranışla, hem de ihmali davranışla işlenebilir. Suç icrai davranışla işlenirse TCK 250/2'de, ihmali davranışla işlenirse m. 250/3'te düzenlenen suç tipi oluşur.⁴⁹

Yeni TCK'da irtikabın bu türü bakımından *irtikap-kamu görevi bağlantısı* fiilin mahiyetine uygun olarak "görevin sağladığı güvenin kötüye kullanmak" şeklinde formüle edilmiştir. Dolayısıyla ikna suretiyle irtikap suçunun oluşması bakımından kamu görevlisinin görevinin sağladığı güvenin kötüye kullanılmasını teşkil eden hileli davranışlarının bulunması gerekir. İrtikabın bu türünde kamu görevlisi hekim, bireylerin kamu görevlilerinin görevlerinin gereklerine uygun bir şekilde dürüstçe hareket edecekleri yolundaki itimatlarına ve emniyet hislerine aykırı hareket ederek, onları hileli davranışlarla aldatmakta, aslında gerekmediği halde onlardan gerekliliymiş gibi yarar veya yarar vaadi temin etmektedirler.

İkna suretiyle irtikap bakımından iknayı sağlamaya yönelik araç, hileli davranışlar olarak belirtilmiştir. Şu halde yeni kanunun öngörmüş olduğu düzenlemeye göre, ikna suretiyle irtikabın oluşabilmesi için öncelikle hile teşkil eden davranışların bulunması gerekmektedir. Ancak bu hileli davranış kamu görevinin sağladığı güven kötüye kullanılarak gerçekleştirilmiş olmalıdır. Eğer hile görevin sağladığı güvenin kö-

⁴⁹ "İkna suretiyle irtikap suçunu oluşturan hilenin icrai veya ihmali davranışla gerçekleştirilmesi mümkündür. Bu bakımdan, hatadan yararlanmak suretiyle irtikap, ikna suretiyle irtikap suçunun sadece bir işleniş şeklidir. Maddenin üçüncü fıkrasına göre, bu durumda ikna suretiyle irtikap suçunun cezasında indirim yapılması gerekmektedir." m. 250 gerekçesi

Selbi irtikap teminin kullanılması örneği için bkz. Erem, İrtikap, s. 522, Dönmezer, s. 122. Bu ifade, 29.11.1990 tarih ve 3679 sayılı kanun ile değiştirilen 765 sayılı TCK m. 209 gerekçesinde de geçmektedir. Metin için bkz. İçel, Kayıhan-Yenisey, Feridun, Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Kanunları, İst. 1994, s. 553.

tüye kullanılması suretiyle gerçekleştirilmemiş ise, dolandırıcılık suçu oluşacaktır.⁵⁰

Bu suç kamu görevlisi hekimin hileli davranışlarla mağduru ikna etmesiyle işlenmektedir. Hileli davranışların ürünü olan ikna en yalın haliyle, failin, mağduru sağlanması veya vaat olunması gerekmeyen yararın, sağlanması veya vaat olunması gerektiği yönünde inandırması, onda böyle bir kanı oluşturmasını ifade eder.⁵¹ İknada mağdur sağladığı yararın veya vadin aslında gerekmediğini bilmemektedir.⁵² Mağdurda hileli davranışlar neticesinde yararın veya vadin sağlanması gerektiği yolunda irade oluşturulmaktadır.⁵³ Buna göre icbar suretiyle irtikap ile ikna suretiyle irtikap mağdurun iradesini etkilemek için kullanılan araç yönünden birbirinden ayrılmaktadır. Kamu görevlisi mağdura isteği yönünde hareket etmemesi halinde görevinin gereklerine aykırı hareket ederek işini yapmayacağını doğrudan veya dolaylı olarak belirtmişse icbar suretiyle irtikap, buna karşılık kamu görevlisi gerçekleştirdiği değişik hileli davranışlarla mağduru aldatarak haksız kazanç elde etmişse ikna suretiyle irtikap söz konusu olacaktır.⁵⁴

Kamu görevlisi hekimin hileli davranışı, mağduru yarar sağlamaya veya yarar vaadinde bulunmaya yönlendirme açısından elverişli olmalıdır. Bu nedenle mağdurun iradesini etki altına almaya elverişli olmayan hareketler, örneğin tavsiye hile teşkil etmez.⁵⁵ Hilenin mağdurun iradesini ifsada el-

⁵⁰ Aynı yönde bkz: Özgenç, Ekonomik Suçlar, s. 183.

⁵¹ Erman-Özek, s. 76.

⁵² "İkna suretiyle irtikap suçu, memurun ödenmesi gerekmeyen bir paranın ödenmesi gerektiğine kişiyi ikna etmesiyle oluşur. Fert, ödediği paranın yasal olmadığını bilemez. Memur, yalan beyanı ile onu kandırmış, kişinin rızası aldatılmak suretiyle elde edilmiştir." Yarg. 5. CD. 21.01.1993, 1942/4121 Akt. Malkoç, İsmail, Son Değişiklik ve İçtihatlarla Açıklamalı Türk Ceza Kanunu, Ank. 2002, II/1744.

⁵³ Önder, s. 147; Erman-Özek, s. 77.

⁵⁴ Erman-Özek, s. 78, Üzülmüş, s. 289.

⁵⁵ Artuk-Gökcen-Yenidünya, s. 677; Erman-Özek, s. 78.

MUSTAFA
AVCI'NIN
TEBLİĞİ

verişli olup olmadığını her somut olayda hakim takdir eder. Mağdur yanılmamış olsa bile somut olayda objektif olarak yanıltmaya elverişli bir hilenin varlığı, ikna suretiyle irtikabı oluşturur; ancak mağdur yanılmadığından tamamlanmış değil, teşebbüs aşamasında kalmış bir suç söz konusu olur.⁵⁶

Göz doktorunun ameliyat etmesi gereken hastayı özel muayenehanesine çağırıp para istemesi ikna suretiyle irtikap suçunu oluşturur.⁵⁷

Yine gebelik döneminde, karında oluşan varislerin en geç emzirme dönemi sonunda geçeceğini bilmesine rağmen bu varisler üzerine bilimsel araştırma yapmak isteyen hekimin hastayı aydınlatmayıp bu varislerin mutlaka tedavi edilmesi, tedavi için de anjiyo yapılması; anjiyo gideri olarak bir miktar para gerektiği gerekçesiyle hastadan bu paranın alınması ikna suretiyle irtikap suçuna örnek teşkil eder.

250/2. maddede düzenlenen ikna suretiyle irtikap suçunu oluşturan hilenin icrai bir davranışla gerçekleştirilmesi gerekmektedir, ihmali davranışla işlenirse 250/3'e uyan suç oluşur.⁵⁸

Hukuk toplumunda yaşayan herkesin, özellikle de kamu görevlilerinin dürüst davranma yükümlülükleri vardır. Kamu görevlisi hekim dürüst davranma yükümlülüğüne aykırı olarak hatalı kimsenin hatasını anlatmak yükümlülüğü altındadır.⁵⁹ Bu yükümlülüğün ihlali ile yarar sağlaması ise

⁵⁶ Özgenç, Ekonomik Suçlar, s. 185-186; Tezcan-Erdem, s. 173.

⁵⁷ 4.CD. 19.04.1999, 2571/3983, Akt. Taşdemir-Özkepir, s. 484.

⁵⁸ Artuk-Gökçen-Yenidünya, s. 678.

⁵⁹ TCK m. 157 gerekçesinde konuyla ilgili şu ifadeler yer almaktadır: "Dolandırıcılık, hileli davranışlarla bir kimse aldatılmakta... kişiler arasındaki ilişkilerde var olması gereken... güven ihlâl edilmektedir. Bu suretle kişinin irade serbestisi etkilenmekte ve irade özgürlüğü ihlâl edilmektedir.

Hile, icrai bir davranışla gerçekleştirilebileceği gibi; karşı tarafın içine düştüğü hatadan, bir konuda yanlış bilgi sahibi olmasından yararlanarak da, yani ihmali davranışla da, gerçekleştirilebilir. Ancak, bu durumda

ikna suretiyle irtikabın ihmali davranışla işlenmesi anlamına gelir.

Madde gerekçesinde de belirtildiği üzere hatadan yararlanma suretiyle irtikap esasen ikna suretiyle irtikabın bir işleniş şekline ibarettir. Dolayısıyla hatadan yararlanma suretiyle irtikapta kamu görevlisi görevinin sağladığı güveni kötüye kullanarak mağdurda mevcut olan ve kendi icrai hareketinden kaynaklanmayan hatadan haksız çıkar sağlama yoluyla faydalanmaktadır.⁶⁰ Ancak kanun koyucu ceza siyaseti açısından kamu görevlisinin mağduru hataya düşürecek herhangi bir davranışı bulunmadığından, hata suretiyle irtikabı, ikna suretiyle irtikaba göre daha hafif bir yaptırım öngörmüştür.

Hatadan yararlanmak suretiyle irtikap suçunda kamu görevlisi mağdurun hataya düştüğünün bilincinde olup bu durumdan yararlanmaktadır. Aslında bu durumda bir hile vardır; kamu görevlisi görevinin gereği olarak kişiyi bilgilendirme, kişinin bu yanılığını giderme yükümlülüğünü yerine getirmeyerek kasten ihmali davranışla gerçekleştirdiği hile ile kişinin yanılığundan yararlanmaktadır.⁶¹

Mağdurun düştüğü hatanın kimden kaynaklandığı önemli değildir. Bu bizzat kişinin bilgisizliğinden, dalgınlığından kaynaklanabileceği gibi üçüncü kişilerin aldatici nitelikteki hareketlerinden de kaynaklanabilir. Ancak failin aldatici nitelikteki hareketlerinden kaynaklanan bir hata var ise, bu durumda ikna suretiyle irtikabın icrai davranışla işlenmesi suçu oluşur.⁶²

kişinin, hataya düşen karşı tarafı bilgilendirmek konusunda yükümlülüğünün olması gerekir. Hataya düşen kişi ile hukuki ilişkide bulunulan durumlarda, böyle bir yükümlülük vardır."

⁶⁰ Erman-Özek, s. 78.

⁶¹ Özgenç, Ekonomik Suçlar, s. 189.

⁶² Önder, s. 148; Malkoç, s. 1717.

B. Netice

İrtikap suçunun tamamlanması, yarar sağlanması veya yarar sağlama vaadinde bulunulmasıdır. Yarar sağlamayı, herhangi bir menfaatin, çıkarın, faydalanmanın ve kârın elde edilmesi şeklinde geniş yorumlamak gerekir.⁶³ İnsana maddi ve manevi olarak fayda sağlayan, katkısı olan her şey, madde anlamında yarar olarak değerlendirilmelidir.⁶⁴ Sağlanan yararın miktarı suçun oluşması bakımından etkili olmadığı gibi, cezanın miktarı üzerine de etkili değildir.⁶⁵ Hekimin sağladığı yararın, para, para hükmünde senet, belge, taşınır veya taşınmaz mal olması mümkün olduğu gibi, bir malın verilmesini sağlamak, senet kırmak, bir borcun vadesini uzatmak, icra takibini durdurmak, bir konutta kısmen veya tamamen kirasız oturmak şeklinde olabilir.⁶⁶ Maddede yararın sağlanmasından bahsedildiğinden, bunu failin veya üçüncü şahsın suç konusu yararı elde etmiş, faydayı sağlamış veya yarar üzerinde tasarruf yetkisini elde etmiş olması şeklinde anlamak gerekir.⁶⁷

İrtikap, yarar sağlamak hususunda vaatte bulunulmasını temin suretiyle işlenebilir. Yarar sağlama vaadi, yarar sağlamak hususunda mağdurdan söz alınmasıdır.⁶⁸ Vaat, verilen sözü yerine getirme yükümlülüğü altına sokan herhangi bir şekilde, doğrudan doğruya veya araya bir aracı konularak gerçekleştirilebilir. Vaat hukuka aykırı bir muameleye ilişkin olduğundan herhangi bir şekle tabi değildir.⁶⁹ Yarar sağlamak yolunda vaatte bulunulmasının sağlanması suçun oluşması bakımından yeterlidir. Vaat edilen yararın elde edilmesi ge-

⁶³ Artuk-Gökçen-Yenidünya, s. 680.

⁶⁴ Önder, s. 142.

⁶⁵ Erman-Özek, s. 79.

⁶⁶ Artuk-Gökçen-Yenidünya, s. 680.

⁶⁷ Özgenç, Ekonomik Suçlar, s. 171. Artuk-Gökçen-Yenidünya'ya göre sağlamak, vaatte bulunmaktan ileri, vermeden daha önceki safhayı ifade etmektedir. Bkz: Artuk-Gökçen-Yenidünya, s. 670.

⁶⁸ Bakıcı, Sedat, Devlet İdaresi Aleyhine İşlenen Suçlar, Açıklamalı Zimmet, İrtikap, Rüşvet Suçları, Ank. 1998, s. 186.

⁶⁹ Erman-Özek, s. 81; Artuk-Gökçen-Yenidünya, s. 670.

rekli olmadığı gibi vaat edilen yararın sonradan yerine getirilmemesi suçun teşebbüs aşamasında kaldığını göstermez.⁷⁰ Zira kanun koyucu yarar vaadinde bulunulması hâlinde de izlenen suç politikası gereğince kamu görevlisinin tamamlanmış irtikap suçunun cezasıyla cezalandırılmasını öngörmüş bulunmaktadır.⁷¹

Ayrıca yararın ve yarar vaadinin bizzat kamu görevlisine veya üçüncü bir şahsa sağlanmış olması gerekmektedir. Madde yarar sağlanacaklar arasında gösterilen "başkası"nı, fail dışındaki üçüncü kişiler şeklinde anlamak gerekmektedir.⁷² Dolayısıyla devlet ve kamu tüzel kişileri madde anlamında başkası değildir.⁷³

Bir görüşe göre, hekim tarafından sağlanan menfaatin devlet hazinesine intikal etmesi halinde irtikap suçunun oluşacağını söylemek mümkün değildir.⁷⁴

Diğer bir görüşe göre ise, Devlete ait bir alacağı tahsil için icbar veya ikna yoluna başvuran kamu görevlisi hekimin irtikap suçunu işlemiş olur. Kendi alacağını tahsil için icbar veya ikna yoluna başvuran hekimin de yeni TCK'ya göre irtikap suçu işlemiş olacağı söylenebilir.⁷⁵

C. Fail

İrtikap, kamu görevlisi hekimler tarafından işlenebilen özgü bir suçtur. Kamu görevlisi kavramı Kanunun tanımlar başlıklı 6. maddenin 1. fıkrasının (c) bendinde "*kamusal faa-*

⁷⁰ Tezcan-Erdem-Önok, (2007), s. 753.

⁷¹ Bkz: Madde gerekçesi.

⁷² Karşı görüş için bkz: Tezcan-Erdem-Önok, (2007), s. 752.

⁷³ Yarg. 5. CD. 04.05.1983, 670/1559, Akt. Bakıcı, s. 200. Yarg. 5.CD. 21.02.1979, 4064/403, Akt. Savaş Vural-Mollamahmutoğlu Sadık, "Türk Ceza Kanunu'nun Yorumu", Ank. 1999, II/2338.

⁷⁴ Benzer görüş için bkz. Artuk-Gökçen-Yenidünya, s. 681-682.

⁷⁵ Tezcan-Erdem-Önok, (2007), s. 744.

MUSTAFA
AVCI'NIN
TEBLİĞİ

liyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi" anlaşılır şekilde tanımlanmıştır.⁷⁶ "Kişinin kamu görevlisi sayılması için aranacak yegane ölçüt, gördüğü işin kamusal bir faaliyet olmasıdır."⁷⁷ Mevzuatla belirlenmiş usul ve esaslar çerçevesinde kamu adına gerçekleştirilen her türlü hizmet kamusal faaliyeti belirtir.

Suçun oluşması bakımından fiilin gerçekleştirildiği sırada hekimin kamu görevlisi sıfatını taşıyor olması yeterlidir; sonradan bu sıfatını kaybetmesinin suçun oluşmasına herhangi bir etkisi yoktur. Kamu görevlisi olmadığı halde kamu görevlisi olduğunu söyleyerek yarar sağlayan kişi kamu görevinin usulsüz üstlenilmesi suçu (m. 262) ile birlikte duruma göre yağma veya dolandırıcılık suçlarından da sorumlu olur (m. 148, 157).⁷⁸

TCK m. 280/2'de sağlık personeli şöyle tanımlanmıştır: Sağlık mesleği mensubu deyiminden tabip, diş tabibi, eczacı, ebe, hemşire ve sağlık hizmeti veren diğer kişiler anlaşılır. Konumuz açısından kamu kurum ve kuruluşlarında görev yapan bu kişiler irtikap suçunun faili olabilirler.⁷⁹

⁷⁶ Kamu görevlisi kavramı hakkında geniş bilgi için bkz. Artuk-Gökçen-Yenidünya, s. 553-568, Tezcan-Erdem-Önok, (2007), s. 681-690.

Öğretide, 5237 sayılı TCK'nın kabul ettiği kamu görevlisi tanımını olumlu bulanlar olduğu gibi, "kamusal faaliyetin yürütümü" gibi belirsiz bir kriterin uygulamada kimlerin memur olduğunu belirlemede yaşanan sorunlara çözüm olmayacağını belirterek eleştirenler de bulunmaktadır. Bkz: Mahmutoğlu Fatih Selami, TBMM Adalet Alt Komisyonu'nda Kabul Edilen Türk Ceza Kanunu'nun Tasarısı Hakkında Görüş, in: Türk Ceza Kanunu'nun Reformu, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar (Editör: Ergül Teoman), Ankara 2004, s. 362; Tezcan, Durmuş-Erdem, Mustafa Ruhan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin TCK Tasarısı Hakkındaki Raporu, in: Türk Ceza Kanununun Reformu, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar (Editör: Ergül Teoman), Ank. 2004, s. 336.

⁷⁷ Bkz: Madde gerekçesi.

⁷⁸ Artuk-Gökçen-Yenidünya, s. 680; Bakıcı, s. 183, Üzülmez, s. 276.

⁷⁹ Sağlık personeli ile ilgili geniş bilgi ayrıca için bkz. Hakeri, s. 94-103.

Yargıtay kararlarına göre, Üniversite hastanesi hekimi (CGK, 09.11.1987, 230/525),⁸⁰ devlet hastanesi hekimi,⁸¹ örneğin ortopedi uzmanı (Yargıtay 5. C.D. 07.03.1999, 5268/975), genel cerrahi uzmanı (Yargıtay 5. CD. 26.05.1993, 1975/2319), verem hastanesi başhekim yardımcısı (YCGK, 06.02.1956, 20/22) ve sağlık ocağı tabibi (5. CD, 07.07.1987, 6406/3800), irtikap suçunun faili olabilir.

Yargıtay CGK, 04.12.1978, 5-389/452 sayılı kararında SSK hastanelerinin özel hastane statüsüne tabi olduğu gerekçesiyle, SSK Hastanesi göz hastalıkları uzmanını, ehliyet alacak kişileri muayene edip bunlardan icbar suretiyle çıkar sağlama-sından dolayı kamu görevlisi, eylemi de irtikap suçu olarak kabul etmemiştir.⁸² Ancak sonraki tarihli kararlarında içtihat değişikliğine giderek SSK hekimlerini kamu görevlisi, eylemlerini de irtikap suçu saymıştır.⁸³ 16.06.2006 tarih ve 5510 sayılı kanunla genel sağlık sigortası kapsamında SSK hastaneleri Sağlık Bakanlığı'na bağlanmış bulunduğu için artık bu kurumda çalışan hekimlerin kamu görevlisi olması konusunda bir endişe kalmamıştır.⁸⁴

Diğer resmi kurumların hekimleri ile belediye polikliniği hekimlerini de kamu görevlisi sayarak onları da bu suçun faili saymak mümkündür.

Hekimler dışındaki sağlık görevlileri örneğin hemşireler de irtikap suçunun faili olabilirler.⁸⁵

⁸⁰ Akt. Hakeri, Tıp Hukuku, s. 506.

⁸¹ Erman-Özek, s. 83

⁸² Akt. Önder, s. 139.

⁸³ Yargıtay 5. CD. 03.02.1982, 3931/230 sayılı karar Bolu SSK Hastanesi operatör doktoru, Yargıtay 5. CD, 17.10.2001, 571/5924 sayılı kararı, SSK Karadeniz Ereğlisi Hastanesi'nde uzman doktorunu, Yargıtay 5. CD. 10.10.2001, 6131/5684 sayılı kararı ise SSK hastanesinde genel cerrahını kamu görevlisi, eylemlerini de irtikap suçu saymıştır.

⁸⁴ Hakeri, s. 40.

⁸⁵ "Tıp Fakültesi Fizik Tedavi ve Rehabilitasyon kürsüsünde hemşire yardımcısı olan sağının, görevli olduğu klinikte, 1977 yılı Ocak ve Şubat aylarında yatarak tedavi gören Cevdet'in annesi Fatma'dan önce hastaneye

D. Mağdur

Suçun mağduru, hekim tarafından yarar sağlamaya veya bu yolda vaatte bulunmaya zorlanan veya ikna edilen kişidir. Mağdur ancak bir gerçek kişi olabilir.⁸⁶ Ancak suçun oluşması için mutlaka yarar sağlayacak veya bu yolda vaatte bulunacak kişinin icbar ve ikna edilmesi şart değildir. Bazen icbar ve ikna edilen kişi ile irtikap edilen yararın sahibi başka kişiler olabilir. Bu gibi hallerde icbar ve ikna edilen kişinin mağdur; irtikap edilen yararın sahibi olan kişiyi suçtan zarar gören olarak kabul etmek gerekmektedir.⁸⁷

İrtikap suçunda icbar ve ikna edilen kişinin yanı sıra kamu idaresinin de mağdur olacağını kabul eden hukukçular vardır.⁸⁸ Bu kabulde suçun kanundaki sistematik yeri etkilidir. Yukarıda belirtildiği gibi bu suçla kişilerin kamu görevlilerinin görevlerinin gereği olan yükümlülüklerine aykırı davranmayacakları yönündeki güvenin korunduğu dikkate alındığında, toplumu oluşturan herkesin de bu suçun mağduru sayılması mümkündür.⁸⁹

giriş ücreti olarak 750 lira bilahare hastane masrafı adı altında ayrı ayrı günlerde iki defa 750 şer lira ve hastanın taburcu edildiği gün de 1.500 lira toplam 3750 lira aldığı..." (5.C.D., 21.05.1985, 1655/2208).

⁸⁶ Tezcan-Erdem-Önok, (2007), s. 745.

⁸⁷ Özgenç, Ekonomik Suçlar, s. 174, Üzülmez, s. 277.

⁸⁸ Önder, Ayhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, İst. 1994, s. 139. Karşı görüş için bkz: Dönmezer, Sulhi, Özel Ceza Hukuku Dersleri, İst. 1984, s. 116; Özgenç, Ekonomik Suçlar, s. 174.

"SSK Karadeniz Ereğlisi Hastanesi'nde uzman doktor olarak görev yapan sanık hakkında cebri irtikap suçunu işlediği iddia olunarak dava açılmış bulunmasına göre, inzibati nitelikte işlem yapma yetkisi bulunması itibariyle suçun işlenmesinden ötürü doğrudan zararın söz konusu olduğu nazara alınarak müdahilliğine karar verilmesi gerekirken, 05.05.1998 tarihli oturumda müdahale isteminin reddine karar verilerek duruşmaya devamla hüküm kurulması yasaya aykırıdır." Yargıtay 5.CD, 17.10.2001, 571/5924.

⁸⁹ Özgenç, Ekonomik Suçlar, s.174, Üzülmez, s. 277.

E. Nitelikli Haller

765 sayılı TCK'da mevcut ağırlatıcı sebep olarak yer alan emir ve idare yetkisine sahiplik, yeni TCK'ya alınmamıştır.

Sağlanan yarar veya vaat bakımından değer azlığı hafifletici sebep olarak öngörülmemiştir.⁹⁰

İhmali davranışla işlenen suçlar genellikle icrai davranışla işlenen suçlara göre daha hafif cezalandırılmaktadır.⁹¹ Hatadan yararlanma suretiyle irtikap, ikna suretiyle irtikabın ihmali davranışla işlenmiş şekli olup daha hafif cezalandırılmasını gerektiren nitelikli halidir.

TCK m. 168/3 yağma suçunda, m. 248 zimmet suçunda, m. 254 rüşvet suçunda etkin pişmanlığı ceza indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebep olarak kabul etmiş; ancak irtikap suçu bakımından etkin pişmanlık hükmüne yer verilmemiştir. Bu husus madde gerekçelerinde de açıklanmamıştır. Aynı hukuki yararın korunmasına veya maddi unsuru birbirine benzeyen suçlarda etkin pişmanlığa yer verildiği halde irtikap suçunda yer verilmemesi bir çelişki yaratmaktadır, dolayısıyla bu suç bakımından da etkin pişmanlık hükümlerine yer verilmelidir.

V. MANEVİ UNSUR

İrtikap kasten işlenebilen suçlardandır. Somut olayda fail görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanarak icbar ve görevinin sağladığı güveni kötüye kullanarak ikna şeklinde hareketleri gerçekleştirdiğini, bu yolla kendisine veya başkasına

⁹⁰ 765 sayılı TCK'nın 209. maddesinin 29.11.1990 tarih ve 3679 sayılı kanun ile yapılan değişikliğe kadar haksız yere verilen veya vaat edilen menfaatin miktar ve kıymeti az ise suçun daha az cezalandırılmasını gerektiren nitelikli halini oluşturmaktaydı. Maddenin geçirdiği değişikliklerin metni için bkz. İçel-Yenisey, s. 552-553.

⁹¹ Önder, s. 148.

MUSTAFA
AVCI'NİN
TEBLİĞİ

aslında sağlanması gerekmeyen bir yarar veya yarar vaadinde bulunulmasını sağladığını bilmesi ve istemesi suçun oluşması bakımından yeterlidir.⁹² Yeni kanunda, 765 sayılı TCK'nın aksine "haksız olarak" ibaresine suç tipinde yer verilmemiştir. Dolayısıyla 765 sayılı kanuna göre ayrıca failin sağladığı yararın haksız bir yarar olduğunun bilincinde olması gerekli iken,⁹³ yeni kanunda böyle bir zorunluluk bulunmamaktadır. Bu nedenle 765 sayılı kanun uygulamasında failin elde ettiği yararın hukuka aykırı olduğu bilincinde olmadığı, örneğin kendi hakkını elde etmek bilinciyle hareket ettiği hallerde irtikaba ilişkin kastının bulunmadığı, dolayısıyla bu gibi hallerde irtikap suçunun değil, duruma göre ihkak-ı hak veya görevi kötüye kullanma suçunun oluşacağı kabul edilmekteydi.⁹⁴ Buna karşılık yeni kanunda yarar sağlamak kastıyla hareket edilmesini suçun oluşması bakımından yeterli görüldüğünden, görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanarak kendisinin veya bir yakınının alacağını tahsil etmek de yarar sağlama sayılabileceğinden artık irtikap suçu oluşacaktır.⁹⁵

İkna suretiyle irtikap, olası kastla işlenebilir.⁹⁶

VI. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

A. Teşebbüs

Öğretide, irtikap suçunun tamamlanma anı bakımından farklı görüşler ileri sürülmüştür. Çoğunluğu oluşturan ilk görüşe göre irtikap, bir zarar suçudur ve ancak yararın sağlanmasıyla tamamlanır,⁹⁷ Yarar sağlama, yararın failin veya

⁹² Tezcan-Erdem-Önok, (2007), s. 753, Üzülmez, s. 292.

⁹³ Özgenç, Ekonomik Suçlar, s. 174-175.

⁹⁴ Bakıcı, s. 185.

⁹⁵ Tezcan-Erdem-Önok, (2007), s. 744, Üzülmez, s. 292.

⁹⁶ Önder, s. 149.

⁹⁷ Dönmezer, s. 117; Gözübüyük Abdullah Pulat, Türk Ceza Kanunu Gözübüyük Şerhi, İst. Ty. 5. Bası, II/711; Özgenç, Ekonomik Suçlar, s. 175; Erman-Özek, s. 82; Soyaslan, s. 507, Malkoç-Güler, s. 121.

üçüncü kişinin malvarlığına aktarılmasını, failin veya üçüncü kişinin suç konusu şey üzerinde tasarruf yetkisini ele geçirmiş olmasını gerektirir.⁹⁸ Buna göre, icbarın mağduru zorlamaya elverişli olup mağdurun bundan etkilenmediği, yine iknaya elverişli hileli davranışların mevcudiyetine rağmen mağdurun aldatılmadığı hallerde teşebbüs aşamasında kalmış irtikaptan söz edilecektir. Bu görüş taraftarları, yararın sağlanmasıyla suçun tamamlandığı konusunda hemfikir iseler de, yarar vaadinin sağlandığı hallerde suçun tamamlanma anı bakımından farklı düşünmektedirler. İrtikabın yarar vaadinde bulunulmasının sağlanmasıyla tamamlandığını düşünenler olduğu gibi,⁹⁹ yarar vaadinin sağlanması halinde de suçun vadin yerine getirilerek yararın sağlanmasıyla tamamlanacağını, ancak yasa koyucunun ceza siyaseti gereğince tamamlanmış suç gibi ceza yaptırımı öngördüğünü kabul edenler de bulunmaktadır.¹⁰⁰ Bu görüşe göre yarar vaadinin sağlanmasının söz konusu olduğu hallerde irtikabın tamamlanmış bir fiil gibi cezalandırılabilir olduğu aşamayla, tamamlanma anını ayırmak özellikle iştirak hükümlerinin uygulanabilirliği bakımından önem arz etmektedir. Buna göre eğer suçun vaatte bulunulmasının sağlanmasıyla tamamlandığı kabul edilecek olursa, sağlanacak yararı kamu görevlisine götüren kişinin suça iştirakinin esasını açıklamak mümkün olmayacaktır.¹⁰¹

İkinci görüş sahipleri, irtikabı şekli (neticesi harekete bitişik) bir suç olarak kabul eder. Buna göre, kamu görevlisinin yarar sağlaması gerekmeksizin yarar sağlamaya ve bu yolda

⁹⁸ Erman-Özek, s. 81; Özgenç, Ekonomik Suçlar, s. 171.

⁹⁹ Tezcan-Erdem, s. 175; Erman-Özek, s. 82.

"Şikayetçi A'nın, sanığın manevi zor kullanarak yasadışı çıkar sağlama yolundaki isteğini geri çevirdiği, manevi zorla yiyicilik cebri irtikab suçunun niteliğine göre bu suça ancak eksik derecede kalkışma olanağı bulunduğu gözetilmeyerek," Yarg. 5. CD. 28.01.1997, 2452/2610, Akt. Malkoç, Açıklamalı Türk Ceza Kanunu, II/1719.

Aynı yönde bkz: Yarg. 5. CD. 11.07.2001, 3098/4859, (Akt. Malkoç, Açıklamalı Türk Ceza Kanunu, s. 1732-1733.

¹⁰⁰ Özgenç, Ekonomik Suçlar, s. 175.

¹⁰¹ Özgenç, Ekonomik Suçlar, s. 175.

MUSTAFA
AVCI'NİN
TEBLİĞİ

vaatte bulunmayı sağlamaya yönelik zorlama veya ve hileli davranışların gerçekleştirilmesiyle tamamlanır.¹⁰² Dolayısıyla failin icbara ve iknaya ilişkin hareketleri kısımlara ayrılabiliriyorsa teşebbüs söz konusu olacaktır.¹⁰³ TCK m. 250'nin ifade tarzı, irtikabın şekli bir suç olduğunu kabule elverişlidir. Gerçekten maddenin ifade biçimi, yarar sağlamaya veya bu yolda vaatte bulunmayı sağlamaya yönelik icbar veya ikna ile suçun oluşacağı, sanki yararın elde edilmesinin veya bu yolda vaatte bulunmuş olmasının gerekmediği sonucunu çıkarmaya uygundur. Bu nedenle maddedeki düzenlenmenin suçun tamamlanması bakımından yararın sağlanmasının gerekli olduğunu vurgulayacak şekilde formüle edilmesi yerinde olacaktır. Örneğin *"görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanarak gerçekleştirdiği icbarla kendisine veya başkasına yarar sağlayan veya bu yolda vaat sağlayan (vaatte bulunduran) kamu görevlisi"* şeklinde somutlaştırması düşünülmelidir.¹⁰⁴

B. İştirak

İrtikaba iştirak bakımından genel hükümler uygulanır. Ancak iştirak hükümlerinin uygulanması bakımından irtikabın sadece kamu görevlisi hekimler tarafından işlenebilen özgü bir suç olduğunu göz önünde bulundurmalıdır. Zira TCK m. 40/2'ye göre özgü suçlarda özel faillik niteliğini taşıyan kişiler fail olabilir. Bu suçların işlenişine iştirak eden

¹⁰² Erem Faruk, Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler, C.: II, Ankara 1993, s. 1320; Artuk-Gökçen-Yenidünya, s. 682.

¹⁰³ Artuk-Gökçen-Yenidünya, s. 683.

¹⁰⁴ Üzülmöz, s. 294. Yargıtay 5. CD. 11.07.2001 tarih ve 3098/4859 sayılı kararında ayağının kırılması nedeniyle devlet hastanesine yatırılan hastanın ertesi gün ameliyat edilmesi gerektiğini, el emeği olarak bir miktar para istediğini, paranın tedarik edilmemesi nedeniyle ameliyatı beş gün geciktirdiği, ameliyattan sonra da para vermezsen taburcu etmeyeceğim diyerek taburcu işlemlerini geciktirdiği, cebre maruz kalan mağdurun parayı vermeyi düşünmediği halde onu yakalatmak amacıyla para vermeye razı olmuş gibi para vererek sanığı yakalattığı olayda irtikaba teşebbüs kabul edilmiştir." Akt. Hakeri, s. 509.

diğer kişiler, azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulacaktır. Buna göre irtikap fiillerini birlikte gerçekleştiren, yani fiil üzerinde müşterek hakimiyet kuran kamu görevlisi hekimler fail olarak sorumlu tutulacaklardır. Suçun işlenişine azmettiren veya yardım eden olarak iştirak eden kamu görevlileri, sadece azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulacaklardır (m. 38-39). Buna karşılık sivil kişiler suçun işlenişine iştirak etmişlerse, suçun işlenişine olan katkılarına göre azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulacaklardır.¹⁰⁵

C. İctima

İrtikap, görevin sağladığı nüfuz veya güven kötüye kullanılarak işlenmektedir. Dolayısıyla irtikap, görevi kötüye kullanma suçunun ayrıca düzenlenmiş özel bir şeklini oluşturur ve faile ayrıca görevini kötüye kullanmadan ceza verilmez. Ayrıca irtikap suçunu oluşturan manevi zorlama 106. madde-deki tehdit suçunun da unsuru olduğundan, bileşik suç hükümlerine göre hareket etmek gerekmektedir.¹⁰⁶

Zincirleme suç hükümlerinin uygulanması bakımından fiilin aynı kişiye karşı aynı suç işleme kararının icrası kapsamında birden fazla işlenmesi gerekmektedir (m. 43).¹⁰⁷ İrtikap suçu mağdur bakımından özellik gösteren bir suç tipidir. Bu suçta icbara ve iknaya yönelik hileli davranışlara maruz kalan kişilerin yanı sıra, kamu idaresinin ya da toplumu oluşturan herkesin de mağdur olacağı kabul edilmektedir.¹⁰⁸ Dolayısıyla aynı suç işleme kararının icrası kapsamında aynı kişiye karşı değişik zamanlarda icbar veya iknaya yönelik hareket-

¹⁰⁵ Üzülmez, s. 294.

¹⁰⁶ Artuk-Gökçen-Yenidünya, s. 683.

¹⁰⁷ "İrtikap suçunun mağdur adedince oluşacağı gözetilmeden Türk Ceza Kanunu 80. madde (5237 sayılı CK m. 43) ile uygulama yapılması bozmayı gerektirir." (5. C.D. 15.09.1987, 950/1834)

¹⁰⁸ Özgenç, Ekonomik Suçlar, s. 174.

MUSTAFA
AVCI'NİN
TEBLİĞİ

lerin gerçekleştirilmesi durumunda zincirleme suç hükümlerinin uygulanacağı muhakkaktır. Zincirleme suç hükümleri mağduru belli bir kişi olmayan suç tipleri bakımından da uygulama alanı bulacaktır (m. 43). İrtikap, kamu idaresinin güvenilirliğine ve işleyişine karşı işlenen bir suç olduğundan, mağduru belli kişi olmayan suç tipleri arasında yer almaktadır (m. 43/1, son cümle). Bu nedenle aynı suç işleme kararının icrası kapsamında değişik kişilere karşı gerçekleştirilen irtikap fiilleri bakımından da zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır.¹⁰⁹

VII. YAPTIRIM VE MUHAKEME USULÜ

Kanun koyucu, icbar suretiyle irtikap için 5-10 yıl (m. 250/1), ikna suretiyle irtikabın icrai davranışla işlenen şekli için 3-5 yıl (m. 250/2), ikna suretiyle irtikabın ihmali davranışla işlenmesi hali için ise (m. 250/1) 1-3 yıl hapis cezası öngörmüştür.

5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun m. 12'ye göre, TCK m. 250/1 ve 2'de düzenlenen irtikap suçları ağır ceza mahkemesinin, 250/3'te düzenlenen hafif irtikap ise asliye ceza mahkemesinin görev alanına girmektedir.

İrtikap suçu failinin kamu görevlisi hekim olması halinde, failin 657 sayılı DMK'ya tabi bir memur veya 2547 sayılı YÖK Kanunu'na tabi bir üniversite mensubu olması soruşturmanın seyri açısından önemlidir.

Kamu görevlisi hekim irtikap suçunu göreviyle ilgili olarak işlediğinden 04.12.1999 tarih ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun

¹⁰⁹ Artuk-Gökçen-Yenidünya, s. 683. Karşı görüş için bkz: Tezcan-Erdem-Önok, (2007), s. 754.

hükümlerinin de dikkate alınmalıdır. Ancak bu kanunun 2/2. maddesinde "suçun niteliği yönünden kanunlarda gösterilen soruşturma ve kovuşturma usullerine ilişkin hükümler saklı" olduğu belirtildiğinden, bu suç tipi bakımından 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu hükümleri de uygulama alanı bulacaktır.

3628 sayılı kanunun 17. maddesine göre irtikap suçundan veya bu suça iştirak etmekten sanık olanlar hakkında 4483 sayılı kanuna göre en büyük mülki amirden izin alınarak değil, 3628 sayılı kanuna göre genel hükümlere göre C. Savcılığı tarafından resen soruşturma yapılır. 3628 sayılı kanunun 19. maddesine göre suç haberini alan savcılık, doğrudan soruşturmaya başlayacak, ancak durumu kamu görevlisinin mensup olduğu daireye haber verecektir. Yapılan soruşturma neticesinde yeterli delil bulunursa dava açılacak, aksi takdirde takipsizlik kararı verilecektir.¹¹⁰

04.05.1990 tarih ve 3628 sayılı kanunda sayılan suçların üniversite personeli bir hekim tarafından işlenmesi halinde; bu kişiler hakkında 2547 sayılı YÖK Kanunu'nun 53. maddesinde öngörülen usule göre soruşturma yürütülecek, soruşturmaya başlanabilmesi için Yükseköğretim Kurulu üyeleri ile Yükseköğretim Denetleme Kurulu Başkan ve üyeleri ve bu kuruluşların memurları (Üniversitelerarası Kurul memurları dahil) hakkında Yükseköğretim Kurulu Başkanı'ndan, üniversite yöneticileri ve öğretim elemanları ile memurlar hakkında üniversite rektörlerinden izin alınması gerekecektir.¹¹¹

¹¹⁰ Artuk-Gökçen-Yenidünya, s. 685 Gökçan, s. 516.

¹¹¹ 2547 sayılı YÖK Kanunu m. 53/6, ikinci cümle şöyledir: "1609 sayılı Bazı Cürümlerden Dolayı Memurlar ve Şerikleri Hakkında Takip ve Muhakeme Usulüne Dair Kanun (bu kanunun yerini alan 3628 sayılı kanun) kapsamına giren suçlarından dolayı kanuni kovuşturma için gereken izin, Yükseköğretim Kurulu üyeleri ile Yükseköğretim Denetleme Kurulu Başkan ve üyeleri ve bu kuruluşların memurları (Üniversitelerarası Kurul memurları dahil) hakkında Yükseköğretim Kurulu Başkanından, üniversite yöneticileri ve öğretim elemanları ile memurlar hakkında üniversite rektörlerinden alınır."

MUSTAFA
AVCI'NIN
TEBLİĞİ

Yani üniversitede akademik kadroda bulunan ve öğretim üyesi olarak çalışan bir hekim ile uzman kadrosunda bulunan ve 657 sayılı DMK'ya tabi bir hekim irtikap suçunu işlerse üniversite rektöründen izin alındıktan sonra C. Savcılığı soruşturma yapacak, bu durumda izin verilirse şüphelinin itirazı, verilmezse kendiliğinden Danıştay 2. Dairenin incelemesinden geçerek iş C. Savcılığına intikal edecektir. Soruşturma evresi CMK hükümlerine göre C. Savcılığı tarafından yürütülecektir.

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi m. 44/2: "*Tabip ve dış tabiplerinin inzibati ceza ile tecziye edilmeleri, haklarında ayrıca hukuki veya cezai takibat yapılmasına mâni değildir.*" yani irtikap suçunu işleyen hekimle ilgili olarak ceza verilmiş olması, ona disiplin yaptırımı uygulanmasına engel olmaz.

VIII. SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Kamu görevlisi hekimlerin hastadan çıkar sağlamasını hem kamu görevlileri etik kuralları hem de ceza hukuku mevzuatı yasaklamıştır. Dolayısıyla çıkar sağlama hem ceza hukukunu hem de disiplin hukukunu ilgilendiren bir haksızlık türüdür.

Hekimin çıkar sağlaması fiziki-maddi cebire (zora) dayanıyorsa suç yağma, hasta veya yakınlarının iradesini zorlamaya yönelikse (manevi cebir varsa) irtikap, hasta veya yakınlarını ödemek zorunda olmadıkları halde öyleymiş gibi inandırmaya yönelik bir davranış varsa ve bu davranış icrai veya ihmali (hatadan yararlanma) şeklinde ise ikna suretiyle irtikap, ikna yoksa da ya da zorlama icbar boyutuna ulaşmıyorsa yahut da hekim görevini yaptıktan sonra çıkar sağlıyorsa görevi kötüye kullanma (TCK 257/3), görev gereklerine aykırı davranmak (gerçeğe aykırı rapor yazmak gibi) şeklinde ise rüşvet ve belgede sahtecilik suçlarını işlemiş olur.

Yargıtay, yakın tarihlere kadar bıçak parası almanın icbar suretiyle irtikap suçunu oluşturacağı yönünde kararlar vermektedir. Son zamanlarda hekimler tarafından işlenen suçlara daha müsamahalı yaklaşmakta ve kolay kolay irtikap nitelendirmesi yapmamaktadır. Yeni TCK'nın 257/3 maddesi bu hususta Yargıtay'ın imdadına yetişmiş gibi gözükmektedir.

5237 sayılı kanunun irtikap suçuna ilişkin 250. maddesinde öngörmüş olduğu düzenleme esas itibariyle 765 sayılı kanunun irtikaba ilişkin 209. maddesiyle örtüşmektedir. Ancak yeni kanunda irtikaba ilişkin düzenleme, suçun unsurları yönüyle belirgin hale getirilmiştir. Öncelikle irtikabın gerçekleştiriliş şekilleri bakımından irtikap-kamu görevi bağlantısı ayrıca belirlenmiştir. Bu bağlantı icbar yoluyla irtikap bakımından, görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanmak suretiyle icbar etmek şeklinde; ikna suretiyle irtikap bakımından görevinin sağladığı güveni kötüye kullanarak ikna etmek şeklinde belirlenmiş bulunmaktadır. Ayrıca ikna suretiyle irtikap suçunun unsurları da 765 sayılı kanunun 209. maddesine göre daha belirgin hale getirilmiştir. İknanın hileli davranışlarla gerçekleştirileceği belirtilmiş, ancak hileli davranışların kamu görevinin sağladığı güveni kötüye kullanmak suretiyle gerçekleştirilmiş olması da aranmıştır.

İrtikap suçu faili hekim, 657 sayılı DMK'ya tabi ise suç savcılık tarafından doğrudan; 2547 sayılı YÖK Kanunu'na tabi bir eleman ise YÖK Başkanlığı veya Rektörlük izni ile soruşturulabilen bir suç durumundadır. İzin verilmiş olsa da olmasa da bu prosedür zaman almakta, yine teknik araçlarla izleme koruma tedbirinin uygulanabileceği suçlar arasında irtikap yer almadığından bu suçu ispat sorunu yaşanmaktadır. Bazıları için ayrıcalık olarak algılanan özel soruşturma usullerinin kaldırılması, irtikap gibi önemli bir suçun soruşturulmasında teknik araçlarla izleme koruma tedbirinin CMK 140'daki katalog suçlara irtikap suçu da eklenmelidir.

KAYNAKLAR

- Artuk Mehmet Emin/Gökçen Ahmet/Yenidünya A. Caner, *5237 Sayılı Kanuna Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ank. 2006.
- Bakıcı, Sedat, *Devlet İdaresi Aleyhine İşlenen Suçlar, Açıklamalı Zimmet, İrtikap, Rüşvet Suçları*, Ank. 1998.
- Çetin, Erol, *Açıklamalı-İçtihatlı Ceza Hukukunda ve Özel Yasalarda Memur, Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanma Usulü ve Memur Suçları*, Seçkin Yayınları, Ank. 2003.
- Dönmezer, Sulhi, *Özel Ceza Hukuku Dersleri*, İst. 1984.
- Erem Faruk, *Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler, C.: II*, Ank. 1993.
- Erman Sahir-Özek Çetin, *Ceza Hukuku Özel Bölüm Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar*, İst. 1992.
- Gökcan H. Tahsin, *Görevi Kötüye Kullanma, Zimmet, İrtikap, Rüşvet Suçları ve Kamu İdaresine Karşı Suçlar (TCK m. 247-266)*, Ank. 2008.
- Gözübüyük Abdullah Pulat, *Türk Ceza Kanunu Gözübüyük Şerhi, C.: II, 5. Bası*, İst. Ty.
- Hakeri, Hakan, *Tıp Hukuku*, Ank. 2007.
- İçel, Kayıhan/Yenisey, Feridun, *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Kanunları*, İst.1994.
- Mahmutoğlu Fatih Selami, *TBMM Adalet Alt Komisyonu'nda Kabul Edilen Türk Ceza Kanunu'nun Tasarısı Hakkında Görüş*, in: *Türk Ceza Kanunu'nun Reformu*, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar (Editör: Ergül Teoman), Ank. 2004.
- Malkoç İsmail, *Son Değişiklik ve İçtihatlarla Açıklamalı Türk Ceza Kanunu, C: II*, Ank. 2002

- Malkoç, İsmail, "Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar", <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/103.doc> (E.T. 14.1.2007).
- Önder, Ayhan, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, İst. 1994.
- Özgenç İzzet, *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi Genel Hükümler*, Ank. 2006.
- Özgenç İzzet, *Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar*, Ank. 2002.
- Savaş Vural-Mollamahmutoğlu Sadık, "Türk Ceza Kanunu'nun Yorumu", C: II, Ank. 1999.
- Soyaslan Doğan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ank. 2005.
- Tezcan Durmuş-Erdem Mustafa Ruhan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin TCK Tasarısı Hakkındaki Raporu, in: *Türk Ceza Kanununun Reformu, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar* (Editör: Ergül Teoman), Ank. 2004, s. 336.
- Tezcan Durmuş-Erdem Mustafa Ruhan-Önok Murat, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'na Göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ank. 2007.
- Toroslu Nevzat, *Ceza Hukuku Özel Kısım*, Ank. 2005.
- Üzülmez İlhan, "Yeni Ceza Kanunu'nda İrtikap Suçu", *SÜ-HFD*, C: 14, S: 2, Yıl: 2006, s. 273-298.
- Yaşar Osman, *İçtihatlı Türk Ceza Kanunu*, Ank. 2001.
- Yenidünya A. Caner, "2004 Türk Ceza Kanunu'nun Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlara İlişkin Bölümü Hakkında Bir Değerlendirme", in: *Kazancı Hukuk, İşletme ve Maliye Bilimleri Dergisi*, 2005/5, s. 121.

MUSTAFA
AVCI'NİN
TEBLİĞİ

Oturum Başkanı: Sayın Avcı bu heyecanlı suç unsurlarına giriş sunumunuz için çok teşekkürler. Doğru anladıysam, bu madde her türlü şeyi kapsıyor; bu haliyle Almanya'da pek bilinmiyor. Umarım sonra bunu tartışabiliriz.

Şimdi ise sağlık personeli tarafından soy bağı bilgilerinin değiştirilmesinin cezalandırılabilirliği konusunu aktaracak olan Sayın Koca'ya söz vermek istiyorum. Bu düzenleme de Almanya'da çok ön planda değildir. Sunumunuzu sabırsızlıkla bekliyorum.

Ja. Herzlichen Dank auch an Ihnen, Herr Avcı, für diese sehr spannende Einführung in ein Straftatenstand, der offensichtlich alles mögliche umfasst, wenn ich Sie recht verstanden habe, und auch so in der Art bei uns in Deutschland nicht sehr bekannt ist. Da werden wir nachher noch diskutieren können, hoffe ich.

Jetzt zu Herrn Koca, der sich zur Strafbarkeit bei der Aenderung der Familienstammdaten durch das medizinische Personal äussern wird. Auch was wir in Deutschland so gar nicht unbedingt im Visier hätten. Da bin ich sehr gespannt auf Ihren Vortrag.

Doç. Dr. Mahmut KOCA (Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Öğretim Üyesi):*

Giriş

Aile, Türk toplumunun temelidir ve ailenin, özellikle de ananın ve çocukların korunması için gerekli tedbirleri almak devletin görevidir (1982 Anayasası m. 41). Bu çerçevede devlet ailenin korunmasına yönelik olarak gerekli teşkilatı kurmakla görevli olduğu gibi, ailenin varlığına, huzuruna, düzenine yönelik saldırıları da engellemek yükümlüdedir. Nitekim Anayasa'daki bu düzenlemenin bir gereği olarak, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) özel hükümlere ait ikinci kitabının "*Topluma Karşı Suçlar*" başlıklı üçüncü kısmının sekizinci bölümü "*Aile Düzenine Karşı Suçlar*"a ayrılmıştır. TCK'nın 230-234. maddeleri arasında düzenlenen suçlarla, aile düzenini ihlal eden çeşitli fiiller yaptırım altına alınmıştır.

"*Aile Düzenine Karşı Suçlar*" bölümünde, ilk olarak, aile yapısının sağlıklı bir şekilde kurulmasını engelleme-ye yönelik fiillerin cezalandırıldığı görülmektedir. Gerçekten bir ailenin kurulması evlilik ilişkisiyle başlar. Evliliğin hukuki sonuç doğurabilmesi için, Medeni Kanun'a

* "Çocuğun Soybağını Değiştirme Suçu (TCK m. 231)" başlıklı tebliğ.

MAHMUT
KOCA'NIN
TEBLİĞİ

uygun olarak yapılması gerekir. Bu itibarla resmi nikah yapılmadan evlenmenin dinsel töreninin yaptırılması cezalandırılmaktadır (TCK m. 230/5). Ayrıca evlenme işleminin hileden uzak, dürüst bir şekilde gerçekleştirilmesi de şarttır. Bu nedenle gerçek kimliğini saklayarak başkasıyla evlenme işlemi yaptırmak suç olarak düzenlenmiştir (TCK m. 230/3). Diğer taraftan huzurlu ve mensuplarının kişilik değerlerine saygı gösterilen bir ailenin varlığı için tek evlilik esastır. Bu amaçla evli olmasına rağmen başkasıyla evlenme işlemi yaptırmak, yani çok evlilik fiilleri cezalandırılmıştır (TCK m. 230/1, 2).

Kural olarak böyle bir evliliğin sonucunda doğan çocuğun soybağının da korunması gerekir (TCK m. 231). Bir çocuğun soybağının ne olduğu, yani anne ve babasının kim olduğu doğru bir şekilde belirlenmelidir. Soybağı ailenin, aile ise toplumun temelidir. Bu nedenle soybağına hile karıştırılması toplumun temelini teşkil eden ailenin düzenini ihlal eder. Gerçekten bir çocuğun hangi aileye mensup olduğunun bilinmesinde, hem o çocuğun haklarının korunması, hem de diğer hukuki ilişkiler bakımından önemli yararlar vardır.¹ Diğer taraftan çocuğun soybağı kadar, çocuk üzerindeki velayet veya vesayet haklarının korunması da aile düzeninin sağlıklı işlemesi bakımından önemlidir. Bu nedenle de, çocuğun kaçırılması veya alıkonulması fiilleri suç olarak tanımlanmıştır (TCK m. 234).

Bir aile içinde yaşayan fertlerin birbirlerinin haysiyet ve özgürlüğüne saygı göstermeleri de, o aile düzeninin korunması bakımından önemlidir. Bu itibarla aynı konutta birlikte yaşayan kişilerden birisinin diğerine karşı kötü muamelede bulunması veya belirli ilişkilerden kaynaklanan disiplin yetkisinin kötüye kullanılması suç olarak kabul edilmiştir (TCK m. 232). Nitekim aile düzeni, aile hukukundan doğan bakım,

¹ Faruk Erem, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, Cilt: II, Ankara 1993, s. 1952; Ayhan Önder, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 4. Basi, İstanbul, 1994, s. 639.

eğitim ve destek olma yükümlülüğünün yerine getirilmesiyle gerçekten sağlıklı bir şekilde yürüyebilir. Bu yükümlülüğün ihlali suç teşkil ettiği gibi, özel olarak gebe olan eşini veya sürekli birlikte yaşadığı kendisinden gebe kalmış kadını terk etmek de cezalandırılmaktadır (TCK m. 233).

Görüldüğü gibi yeni TCK'nın "Aile Düzenine Karşı Suçlar" bölümünde yer verilen suçlarla, bir yandan sağlıklı bir aile düzeninin kurulması, yürütülmesi; diğer yandan da kişinin belli bir aileye mensubiyeti korunmak istenmektedir.

Biz bu tebliğimizde, aile düzenine karşı işlenen suçlar arasında yer alan "çocuğun soybağını değiştirme suçu"nu ele alacağız.

I. Genel Açıklamalar

Çocuğun soybağını değiştirme suçu yeni TCK'nın 231. maddesinde düzenlenmiştir. Bu hükme göre: "(1) Bir çocuğun soybağını değiştiren veya gizleyen kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Özen yükümlülüğüne aykırı davranarak, sağlık kurumundaki bir çocuğun başka bir çocukla karışmasına neden olan kişi, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır."

Maddenin 1. fıkrasında, bir çocuğun soybağının kasten değiştirilmesi veya gizlenmesi suç haline getirilmiştir. Maddenin 2. fıkrasında ise bu fiillerin taksirle işlenmesi suç olarak tanımlanmıştır.

Bu suçun 765 sayılı TCK'daki karşılığını oluşturan hükümlere 445 ila 447. maddeler arasında yer verilmişti. 765 sayılı TCK'nın 445. maddesinde, "Her kim bir çocuğu gizleyerek yahut yerine başka bir çocuk koyarak o çocuğun nesebini yok eder veya değiştirirse bir seneden beş seneye kadar hapis cezasına müstahak olur" denilmekteydi. 446. maddede ise meşru bir çocuğun kim olduğunu saklayarak bir müesseseye tevdi etmek veya

umumi bir yere bırakmak hareketleri cezalandırılıyordu. Bu suçun faili çocuğun usulünden biri ise ceza ağırlaşmaktaydı. 447. maddede ise bu iki suç (m. 445, 446) bakımından cezayı hafifleten bir sebebe yer verilmişti. Buna göre fail bu suçları kendisinin, karısının, anasının, kız kardeşinin, altsoyundan birinin veya evlatlığı olan kızın namusunu kurtarmak için yapmış ise ceza azaltılıyordu.²

Eski TCK ile yeni TCK arasında bu suça ilişkin düzenlemeler bakımından göze çarpan en önemli farklılıkları şu şekilde belirlemek mümkündür: 1. Yeni TCK'da, 765 sayılı TCK'nın sadece 445. maddesindeki suçun karşılığı 231. maddede düzenlenmiş olup, eski TCK'nın 446. maddesindeki suç tanımına ve 447. maddedeki namus kurtarma indirimine yeni kanunda ayrıca yer verilmemiştir. Esasen yeni TCK'nın serbest hareketli bir suç olarak düzenlediği 231. ve terk suçunu düzenleyen 97. maddeleri karşısında, 446. maddedeki gibi bir düzenlemeye yer verilmesine gerek yoktur. Ayrıca namus kurtarma saikiyle suçun işlenmesine yer verilmemesi de isabetli olmuştur.³ Bununla birlikte yeni kanunun uygulanmasında da failin güttüğü amaç ve saik hakim tarafından temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınabilecektir (TCK m. 61/f. 1, bent g). 2. İki kanun arasındaki diğer bir fark, eski TCK'da sadece suçun kasten işlenmesi cezalandırılırken, yeni TCK'da suçun taksirli şeklinin de düzenlenmiş olmasıdır (TCK m. 231/2). 3. Yeni kanunun 231/1. maddesindeki suç tanımıyla 445. madde arasında, suçun maddi unsuru bakımından da farklılıklar mevcuttur. Bu yöndeki en önemli farklılık, 765 sayılı kanunda bu suç *bağlı hareketli bir suç* olarak düzenlenmişken, yeni kanunda değiştirme ve gizleme fiillerinin işleniş

² 765 sayılı TCK'nın bu suçlara ilişkin düzenlemeleri hakkında bkz. Önder, s. 637 vd.; Sulhi Dönmezer, Ceza Hukuku Özel Kısım, Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, 4. Bası, İstanbul, 1975, s. 384 vd.; Erem, s. 1951 vd.

³ Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/R. Murat Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2007, s. 662.

şekilleri konusunda bir belirleme yapılmamıştır. 4. İki düzenleme arasındaki diğer önemli bir farklılık da, suçun yaptırımı konusunda göze çarpmaktadır. 765 sayılı kanunda suçun cezası bir yıldan beş yıla kadar hapis iken, yeni kanunda suçun kasıtlı şekli için bir yıldan üç yıla kadar, taksirli şekli için ise bir yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür.

Bu suç, 2003 TCK hükümet tasarısının (Özel Hükümlere ait İkinci Kitabının "Topluma Karşı Suçlar" başlıklı İkinci Kısımın Yedinci Bölümünde "Aileye Karşı Suçlar" içerisinde) 332. maddesinde "Aile durumunu bozma" başlığı altında düzenlenmişti: "Yetkili mercilere gerekli bilgileri vermeyerek veya yanlış bilgiler vererek bir çocuğu saklamak veya başka bir çocukla değiştirmek suretiyle onu, hukuken sahip olduğu aile durumundan yoksun kılan kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir." Görüldüğü gibi, tasarıda bu suç, *bağlı hareketli neticeli suç* olarak düzenlenmişti. Suçun oluşabilmesi için, tasarının gerekçesinde de belirtildiği gibi, çocuğun hukuken sahip bulunduğu aile durumundan yoksun kılınması gerekmektedir. Ayrıca failin bu neticeye, yetkili mercilere gerekli bilgileri vermemek veya yanlış bilgiler vererek bir çocuğu saklamak veya başka bir çocukla değiştirmek suretiyle sebebiyet vermesi aranmaktaydı. İfade edelim ki, yeni TCK'nın 231. maddesindeki formülasyon, hükümet tasarısının 332. madde metninden tamamen farklı olmakla birlikte, hükümet tasarısındaki hükmün gerekçesi neredeyse aynen 231. maddenin gerekçesine alınmıştır. Nitekim 231. maddenin gerekçesinde, soybağının değiştirilmesi veya gizlenmesinin bu suçun netice unsuru olduğu belirtilerek, bunun yetkili mercilere gerekli bilgileri vermemek veya yanlış bilgiler vermek suretiyle gerçekleştirilmesi gerektiği belirtilmiştir. Halbuki yeni TCK'nın 231. maddesinde düzenlenen suç neticeli bir suç olmadığı gibi, madde metninde *bağlı bir harekete* de yer verilmemiştir.

II. Suçla Korunan Hukuki Değer

Bu suçla korunan hukuki değer, kişinin belli bir aileye mensubiyetidir.⁴ Soybağının oluşturduğu bu mensubiyet durumu, aynı zamanda, kişiye bir hukuki statü verir ve bu statü önemli hukuki sonuçlar meydana getirir.⁵ Gerçekten insanların soybağının doğru olarak belirlenmesinde, hem topluma, hem de aileye ait yararlar vardır. Dolayısıyla bu suçla hem topluma ilişkin genel bir menfaat, hem de ilgili kişinin menfaati birlikte korunmaktadır.⁶ Bir insanın haklarının ve hukuki ilişkilerinin (bakım yükümlülüğü, miras hakkı, evlenme yaşı v.s) temeli olarak, onun başkaları karşısında aile hukuku ilişkisinin belirlenmesinde genel, toplumsal bir yarar vardır.⁷ Aileyi oluşturan bireylerin birbirleriyle olan bağlarına hile karıştırılmaması, bu bağın gerçeğe uygun olması gerekir. Çünkü soybağının ortaya koyduğu aile hukuku ilişkisine medeni hukuk ve ceza hukuku gibi hukukun birçok alanında belirli bazı sonuçlar bağlanmıştır. Örneğin Medeni Kanun soybağına hile karıştırılmasını yasaklamıştır. Çünkü medeni hukuktaki birçok hukuki ilişkinin bağlama noktası olarak (örneğin miras hakkı gibi) soybağı önem taşımaktadır. Ceza hukuku bakımından da altsoy-üstsoy ilişkisi birçok suçta nitelikli unsur olarak kabul edilmiştir (bkz. TCK m. 82/f. 1, bent d, m. 86/f. 3, bent a).⁸

Bu suçun kanunda düzenlenmesiyle, söz konusu genel menfaatin yanında, ayrıca soybağının yanlış olarak belirlenmesinden hukuken etkilenecek olan kişilerin yararı da korunmaktadır. Soybağı iki kimse arasındaki bağı ifade eder ve bu bağ nedeniyle kişiler arasında belli aile ilişkileri oluşur. Bir

⁴ Önder, s. 637;

⁵ Bkz. Schönke/Schröder- Lenckner, Strafgesetzbuch Kommentar, 27. Auflage, München, 2006, § 169, kn. 1.

⁶ Karl Lackner/Kristian Kühl, Strafgesetzbuch Kommentar, 25. Auflage, München, 2004, § 169, kn. 1.

⁷ Herbert Tröndle/Thomas Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 52. Auflage, München, 2004, § 169, kn. 2; Dönmez, s. 384.

⁸ Önder, s. 638.

kimsenin anne ve babasının kim olduğu ve dolayısıyla kişinin aile içindeki yeri, durumu ve ilişkileri bu bağa göre tespit edilir. Bu itibarla soybağı kişiyi ailesine bağlayan tabii bir bağ olmaktadır. Böyle bir suçun yaratılmasındaki gaye de, kişinin doğal olarak bağlı olduğu veya olması gerektiği ailesinden koparılmasını, bunun gerçeğe aykırı bir şekilde gerçekleşmesini önlemektir.⁹ Bu bağın yanlış olarak tutulması, ya da hiç tutulmaması halinde aile düzeni de bundan büyük zarar görür. Sosyal hayatın en önemli unsurunu oluşturan ailedeki bu düzensizlik, toplum ve devlet düzenini de etkiler. Bu itibarla kişilerin soybağının gerçeğe uygun olarak belirlenmesi bir taraftan kişinin mensubu bulunduğu aile düzenini, diğer taraftan da bu bağın gerçeğe uygun bir şekilde kurulmasında büyük yararı olan toplumsal düzeni korumaktadır.¹⁰ Bu suçla aynı zamanda genel kişilik hakkının doğal bir uzantısı olarak kabul edilen genetik kökenini bilme hakkının korunduğu da söylenmektedir.¹¹

III. Suçun Unsurları

1. Suçun Maddi Unsurları

a. Fail

231. maddenin 1. fıkrasında düzenlenen çocuğun soybağını kasten değiştirme veya gizleme suçunun faili *herkes* olabilir. Bu itibarla çocuğun annesi veya babası ya da üçüncü bir kişi de bu suçu işleyebilir.¹² Buna karşılık, maddenin 2. fıkrasında tanımlanan taksirli suçun faili ancak sağlık kurumu bünyesindeki kurum görevlileri olabilir. Dolayısıyla bu fıkrada

⁹ Önder, s. 637, 638; Tezcan/Erdem/Önok, s. 662; Abdullah Pulat Gözübüyük, Alman, Fransız, İsviçre ve İtalyan Ceza Kanunlarıyla Mukayeseli Türk Ceza Kanunu Gözübüyük Şerhi, Cilt: III, (Hususi Kısım-Cürümler), (Madde 282-447), 5. Bası, İstanbul, (basım yılı belli değil), s. 1089.

¹⁰ Önder, s. 638; Dönmezer, s. 384.

¹¹ Tezcan/Erdem/Önok, s. 662.

¹² Erem, s. 1953.

MAHMUT
KOCA'NIN
TEBLİĞİ

da özgü bir suç söz konusudur.¹³ Suçun taksirli şeklini sağlık kurumundaki görevli personel dışında bir kimse işleyemez. Örneğin doğum yaptıran ebenin çocukları karıştırıp, yanlış anne ve babaya vermesi halinde, 2. fıkraya göre cezalandırılması mümkün olabilecektir. Buna karşılık, aynı sonuca annenin taksili davranışıyla sebebiyet vermesi halinde, annenin bu fiili suç teşkil etmeyecektir. O halde, ceza kanununun bu düzenlemesiyle, yalnızca sağlık kurumunda görevli personele çocukların karıştırılmamasına yönelik hukuki bir özen yükümlülüğü getirilmiş olmaktadır.

Kanunda failin sıfatı suçun bir nitelikli unsuru olarak kabul edilmemiştir. Kanaatimizce de suçun kasti şeklinin üstsoy (örneğin ana, baba) veya sağlık görevlileri tarafından (örneğin ebe) işlenmesi, cezayı ağırlaştırıcı nitelikli bir unsur olarak kabul edilmeliydi.¹⁴ Zira bu kişilerin suçu işlemesi diğer kişilere göre hem daha kolay, hem de bu kişilerin işlediği suçun ortaya çıkarılması daha zordur.

b. Mağdur

Suçun mağduru ise öncelikle "*çocuk*"tur.¹⁵ Zira suçun konusunu oluşturan soybağının ait olduğu kişi, soybağı değiştirilen çocuktur. İfade edelim ki, bu suç tipinde geçen çocuk kavramından neyin anlaşılması gerektiği madde metninde ya da gerekçede açıklanmamıştır. Fakat Ceza Kanunu'nun 6. maddesinde (fıkra 1, bent b), çocuk kavramının ne anlama geldiği belirtilmiştir. Buna göre ceza kanunlarındaki çocuk tabirinden "*henüz 18 yaşını doldurmamış kişi*" anlaşılacaktır. Ancak 6. maddedeki çocuk tanımının 231. maddede geçen çocuk kavramıyla tamamen örtüştüğünü söylemek pek man-

¹³ Tezcan/Erdem/Önok, s. 662. Ayrıca bkz. 231. maddenin gerekçesi, in: Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/A. Caner Yenidünya, Gerekçeli Ceza Kanunları, 5. Baskı, Kasım 2005, s. 365.

¹⁴ Gözübüyük, s. 1090; Erem, s. 1954.

¹⁵ Dönmezer, s. 389; Önder, s. 640; Erem, s. ???

tikî gözükmemektedir. Gerçekten 231. maddede geçen çocuk kavramını 18 yaşını doldurmamış kişilere kadar genişletmek, bu maddenin amaç ve mahiyetiyle bağdaşmaz. Nitekim bu konu çocuk kavramına ilişkin genel bir tanım getirmeyen 765 sayılı TCK döneminde de, 231. maddenin karşılığını oluşturan 445. madde bağlamında tartışılmıştır. 765 sayılı TCK'nın mehzazını oluşturan 1889 İtalyan Ceza Kanunu'nun meşhur sarıhlerinden *Majno*, çocuğun yeni doğmuş olmasının şart bulunmadığını fakat yaşça büyük olanların da çocuk sayılmasının doğru olmadığını belirtmektedir. Yazara göre çocuktan maksat 7 yaşına kadar olan çocuklardır. Bundan daha büyük yaşta olanların soybağının değiştirilmesi mantıken mümkün değildir.¹⁶

Türk doktrininde ise, haklı olarak, çocuk kavramının, yedi yaş gibi belirli bir yaş ile sınırlandırılmasının doğru olmadığı kabul edilmektedir. Bu suç soybağına yönelik olduğuna göre, çocuğun da soybağı değiştirilecek ya da gizlenecek yaşta bir çocuk olması gerekir.¹⁷ Bu itibarla bu suçtaki çocuktan maksat, yaşının küçüklüğü nedeniyle soybağı hakkında yeterli bilgi ve tasavvura sahip olamayan çocuktur.¹⁸ Çocuğun bu konudaki bilgi ve tasavvura sahip olup olmadığı her somut olayda hakim tarafından takdir edilmelidir.¹⁹ Bu görüşler yeni TCK bakımından da geçerliliğini sürdürmektedir.

¹⁶ Majno, Ceza Kanunu Şerhi, Cilt: III, Ankara 1980, s. 216.

¹⁷ Dönmezer, s. 391; Gözübüyük, s. 1090. TCK'nın 6. maddesindeki "çocuk" tanımı nedeniyle 231. maddede çocuk kavramının kullanılmasının hatalı olduğu, burada "çocuk" yerine "bebek" veya "yeni doğmuş bebek" kavramının kullanılmasının daha isabetli olacağı ileri sürülmüştür (bkz. Süheyl Donay/Mahmut Kaşıkçı, Açıklamalı, Karşılaştırmalı, Gerekçeli 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu ve Yürürlük Kanunu, İstanbul 2004, s. 301).

¹⁸ S/S-Lenckner, § 169, kn. 4; Önder, s. 640; İsmail Malkoç, (Son Değişiklikler ve İçtihatlarla) Açıklamalı Türk Ceza Kanunu, 3. Cilt, (Madde 348-479), Ankara 2002, s. 3573; Tezcan/Erdem/Önok, s. 662-663; Lackner/Kühl, § 169, kn. 2.

¹⁹ Malkoç, s. 3573.

MAHMUT
KOCA'NIN
TEBLİĞİ

Diğer taraftan çocuğun annesinden doğmuş olması gerekir. Henüz doğmamış veya ölü doğmuş bir çocuğun soybağından bahsedilemez²⁰ ve bir kimsenin örneğin doğmanuş bir çocuğu nüfus siciline kaydettirmesi bu suçu oluşturmaz. Keza embriyolar üzerinde tıbbi üreme teknikleri yoluyla gerçekleştirilen müdahalelerin de bu suçu oluşturmayacağı kanaatindeyiz. Örneğin embriyo oluşturmak için kadından aldığı yumurtayı kocası yerine başka bir şahsın spermile döllendirip kadının rahmine yerleştiren doktorun 231. madde gereğince cezalandırılması söz konusu olamayacaktır. Çünkü bu halde henüz bir çocuk mevcut değildir. Olmayan çocuğun soybağının değiştirilmesi de söz konusu olamaz. Bu tür fiillerin cezalandırılabilmesi için; ya ayrı bir düzenlemenin yapılması ya da 231. maddenin bu tür fiilleri de kapsayacak şekilde genişletilmesi gerekir.

Suçun mağduru olan çocuğun evlilik içi veya evlilik dışı çocuk olması da önemli değildir.²¹ Çocuk evlilik dışı bir birleşmenin ürünü de olsa onun soybağını değiştirmeye veya gizlemeye yönelik fiiller cezalandırılacaktır. Zira kanun soybağı değiştirilen veya gizlenen çocuklar arasında bu bakımdan bir ayırım yapmış değildir.²² Uygulamada, bu suçun, evlilik dışı bir birleşmeden doğan çocuğu karısından doğmuş gibi göstererek nüfusuna geçirilmesi şeklindeki işleniş tarzına sıklıkla rastlanılmaktadır. Böyle bir durumda çocuğun soybağının değiştirildiğinde tereddüt yoktur. Ancak Yargıtay, ileride belirtileceği gibi, oluşturduğu hatalı içtihatlarla bu maddenin uygulanmasına neredeyse hiç imkan tanımamıştır.

²⁰ 5490 sayılı *Nüfus Hizmetleri Kanunu*'nun (kabul tarihi: 25 Nisan 2006, *Resmî Gazete*: 29 Nisan 2006 - Sayı: 26153) 15/6. maddesine göre "*Ölü doğan çocuklar aile kütüğüne yazılmaz*".

²¹ Majno, s. 216; Önder, s. 640; Gözübüyük, s. 1091; Erem, s. 1953; Dönmezer, s. 391.

²² *Erem*, gayrimeşru da olsa çocuğun nesebini değiştirmenin suç olduğunu belirttikten sonra, eserinin aynı sayfasında, "zina mahsulü çocuk" hakkında bu suçun işlenemeyeceğini ifade etmek suretiyle çelişkili bir duruma sebebiyet vermiştir (bkz. Erem, s. 1953). Yazarın son değerlendirmelerini doğru bulmamaktayız.

c. Suçun Konusu

Bu suçun konusunu çocuğun *soybağı* oluşturmaktadır. Çünkü suç teşkil eden hareketler, yani değiştirme ve gizleme hareketleri çocuğun soybağı üzerinde etki göstermelidir. Bu nedenle çocuğun kendisinin maddi olarak gizlenmesi veya kaçırılması tek başına bu suçu oluşturmayacaktır. Değiştirilen veya gizlenen şey çocuğun soybağı olmalıdır. "*Soybağı*" kavramının ne anlama geldiğini ve hangi yollarla kurulduğunu, esas itibariyle, ait olduğu hukuk disiplini olan medeni hukuka göre belirlemek gerekir. Bu hukuk dalında *soybağı*, bir kişinin ana ve babası ile arasındaki bağ olarak tanımlanmaktadır.²³ Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) *soybağına* ilişkin düzenlemeleri (m. 282 vd.) dikkate alındığında, *soybağının* kurulmasında ya çocuk ile ana ve babası arasında kan bağıının bulunmasını ya da evlat edinme ilişkisinin kurulmasını aradığı görülmektedir. Bu hükümler çerçevesinde *soybağı*; kan bağına dayanan *soybağı*, yani çocukla biyolojik ana ve babası arasındaki *soybağı* ve evlat edinme ilişkisiyle kurulan *soybağı* olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.²⁴ Nitekim Medeni Kanunu'nun 282. maddesinde *soybağının* kurulması yolları "*Çocuk ile ana arasında soybağı doğumla kurulur. Çocuk ile baba arasında soybağı, ana ile evlilik, tanıma veya hakim hükmüyle kurulur. Soybağı ayrıca evlat edinme yoluyla da kurulur*" şeklinde ifade edilmiştir. Bu hükme göre kan bağına dayanan *soybağı* açısından çocuk ile annesi arasında *soybağının* kurulmasıyla, çocuk ile babası arasında *soybağının* kurulması farklı yollarla gerçekleşecektir. Çocuk ile anası arasında *soybağının* kurulması için, çocuğun *soybağı* kurulacak kadından doğmuş olması yeterlidir. Baba bakımından ise *soybağı* ana ile evlilik, tanıma ve mahkeme kararıyla kurulabilecektir. Kan bağı yanında, evlat edinme ilişkisi de evlatlık ile evlat edinen veya

²³ Mustafa Dural/Tufan Ögüz/Alper Gümüş, Türk Özel Hukuku, Cilt: III, Aile Hukuku, İstanbul, 2005, s. 436.

²⁴ Dural/Ögüz/Gümüş, s. 436.

evlat edinilenler arasında soybağını kuran bir yol olarak kabul edilmiştir.²⁵

Bu suçun konusunu oluşturan soybağının kan bağına dayanan soybağı olarak anlaşılması gerekir. Nitekim maddenin gerekçesinde de, kişilerin aileleriyle olan ilişkilerinin doğum, evlat edinme, tanıma veya babalığa hükmolunması yollarıyla hukuken oluştuğu belirtildikten sonra,²⁶ doğumla meydana gelen ilişkinin maddede belirtilen suretlerle değiştirilmesinin suç haline getirildiği ifade edilmiştir. Dolayısıyla bu maddede, bir çocuğun doğmasıyla birlikte gerçek annesi ve babası ile arasında tabii bir şekilde oluşan soybağının değiştirilmesi veya gizlenmesi cezalandırılmaktadır. Çocuğun soybağının yani anne ve babasının kim olduğunun belirlenmesiyle, o çocuk için bir aile durumundan bahsedilebilir. Bu nedenle, soybağının tanıma, babalığa hükmolunma veya evlat edinme şeklindeki hukuki yollarla kurulması halinde artık kan bağına dayanan soybağı resmî olarak tespit edilmiş olacağından, bu şekilde kurulan soybağının daha sonra değiştirilmesi veya gizlenmesi söz konusu olmayacaktır. Ancak, doğumla meydana gelen soybağının tanıma, babalığa hükmolunma ve evlat edinme yollarıyla değiştirilmesi veya gizlenmesi mümkündür. Örneğin gerçekte çocuğun babası olmayan bir kimse, o çocuğu tanımak suretiyle çocuğun soybağını değiştirebilir.

Kan bağına dayanan soybağının ne şekilde oluştuğu önemsizdir. Önemli olan bu soybağının medeni hukuka göre mevcut olmasıdır.²⁷ Esasen yeni Medeni Kanun, eskisinden farklı olarak, kan bağına dayanan soybağı açısından evlilik içi ve evlilik dışı soybağı ayırımına yer vermemiştir.²⁸ Bu itibarla soybağının evlilik içi veya evlilik dışı olması (meşru-gayri

²⁵ Medeni Kanunu'nun bu düzenlemeleri hakkında geniş açıklama için bkz. Dural/Öğüz/Gümüş, s. 437 vd.

²⁶ Aynı yönde bkz. Tröndle/Fischer, § 169, kn. 3; Önder, s. 637; Gözübüyük, s. 1089.

²⁷ S/S-Lenckner, § 169, kn. 2.

²⁸ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 436.

meşru) önemli olmayıp, her iki şekilde meydana gelen soybağ-
ğı da 231. maddenin konusunu oluşturmaktadır.

d. Fiil

aa. Genel Olarak

TCK'nın 231. maddesinde suç olarak tanımlanan fiil, bir çocuğun soybağının *değiştirilmesi veya gizlenmesidir*. Dolayısıyla bu suç, seçimlik hareketli bir suçtur.²⁹ Madde metninde soybağının değiştirilmesi veya gizlenmesinin ne tür hareketlerle işleneceği belirtilmemiştir. Buna karşılık maddenin gerekçesinde *değiştirme veya gizlemenin, yetkili mercilere gerekli bilgileri vermemek veya yanlış bilgiler vermek suretiyle gerçekleştirilebileceği* ifade edilmiştir. Gerekçedeki bu açıklama, değiştirme ve gizleme hareketlerinin ne anlama geldiğini değil, bu hareketlerin ne şekilde icra edileceğini göstermektedir. Gerekçe maddenin kapsamını daraltıcı bir mahiyet taşımakta ve suçu bağlı hareketli suç haline getirmektedir. Şayet değiştirme ve gizleme fiillerinin işleniş şekilleri gerekçedeki hareketlerle sınırlandırılacak olursa, bu durumda suça madde metninde olmayan bir unsur ilave edilmiş olunacaktır. Halbuki madde metninde fiilin işleniş şekillerine yer verilmemiştir. Bu nedenle, böyle bir sınırlandırma ancak hükmün ne şekilde anlaşılacağı konusunda bir yorum aracı olarak kullanılabilir. Gerekçedeki bu açıklamayı değiştirme veya gizleme hareketlerinin işleniş şekline ilişkin örnek hareketler olarak değerlendirmek gerekir.

Belirtelim ki, 231. maddenin gerekçesindeki bu ifade, 2003 hükümet tasarısının 332. maddesinin gerekçesinden aynen aktarılmıştır. Halbuki tasarının 332. maddesinin metninde açıkça bir çocuğun saklanması veya değiştirilmesinin "*yetkili mercilere gerekli bilgileri vermeyerek veya yanlış bilgiler vererek*" gerçekleştirilmesi aranmaktaydı. Yeni kanun bu açıklamayı

²⁹ Tezcan/Erdem/Önok, s. 663.

MAHMUT
KOCA'NIN
TEBLİĞİ

maddeye değil, gerekçeye koymuştur. Kanunilik ve belirlilik ilkeleri gereği bu açıklamanın madde metninde olması daha yerinde olurdu. İfade edelim ki, 765 sayılı TCK'nın 445. maddesinde de bu suç, bağlı hareketli bir suç olarak düzenlenmiştir. Burada da cezalandırılan fiil, bir çocuğu gizleyerek ya da yerine başka bir çocuk koyarak o çocuğun nesebini yok etmek veya değiştirmek şeklinde tanımlanmıştır.

231. maddeye göre suç teşkil eden hareketler bir çocuğun *soybağının değiştirilmesi veya gizlenmesidir*. Bu hareketlerin ne anlama geldiğini ayrı ayrı incelemek gerekir.

bb. Soybağının Değiştirilmesi

765 sayılı TCK'nın 445. maddesinde de suçun seçimlik hareketlerinden birisini oluşturan soybağının (nesebin) değiştirilmesi kavramından neyin anlaşılması gerektiği hususu doktrinde tartışılmıştır. Bazılarına göre, yeni doğmuş bir çocuğun yerine aynı veya diğer cinsten başka bir çocuğun konulması soybağının değiştirilmesidir ve böylece her iki çocuğun da soybağı ihlal edilmiş olur. Kısaca çocuğun başka bir soybağında gözükmesine sebep olmak nesebin değiştirilmesidir.³⁰ Dönmezer, çocuğa gerçek olmayan bir soybağının sağlanmasının onun değiştirilmesi anlamına geldiğini belirtmektedir. Örneğin çocuğu başka birisi gibi göstermek, önceden doğmuş ve ölmüş olan bir çocuk yerine koymak gibi.³¹ Diğer bir fikre göre soybağının değiştirme, bir çocuğun medeni hüviyetini, anasını, babasını ve mensup olduğu aileyi değiştirmektir.³² Önder de, buna yakın bir tanım yaparak, soybağının değiştirilmenin çocuğun gerçek aile ilişkisini belirli kişilere veya herkese karşı değişik şekilde gösteren hareketler olduğunu belirtmektedir.³³ Bir başka görüş ise soybağının değiştirilmesini,

³⁰ Erem, s. 1954.

³¹ Dönmezer, s. 390.

³² Gözübüyük, s. 1091.

³³ Önder, s. 641; aynı yönde Tezcan/Erdem/Önok, s. 663.

çocuğun gerçek soybağından başka bir soybağına kaydedilmesi olarak anlamaktadır.³⁴

Bize göre *soybağının değiştirilmesi*, bir çocuğun gerçek soybağından başka bir soybağında görünmesini sağlayan hareketlerin yapılmasıdır. Bir başka deyişle, soybağını değiştirme, bir çocuğun, annesi veya babası olmayan bir kişinin çocuğu olarak görünmesini sağlayan bir duruma sebebiyet verilmesidir.³⁵ Bu tanım, soybağının değiştirilmesinin, aynı zamanda, gerçeğin gizlenmesini de gerektirdiğini ve dolayısıyla değiştirmenin ancak soybağı konusunda diğer kişileri aldatmak suretiyle gerçekleşebileceğini belirtmiş olmaktadır. Bir başka deyişle, soybağını değiştirme, mutlaka, diğer kişilere karşı gerçek soybağı konusunda yanlış bilgi vermeye yönelik bir hareketin yapılmasını zorunlu kılmaktadır. Esasen bir çocuğun soybağı gerçek anlamda hiçbir zaman değiştirilemez. Burada söz konusu olan aslında çocuğun gerçek soybağı konusunda başkalarının yanıltılmasıdır.

Değiştirme hareketi bakımından açıklanması gereken önemli sorunlardan birisi, soybağını değiştirmek için icra edilen hileli davranışların kime karşı yapılması gerektiğini belirlemektir. Soybağının değiştirilmesi, genellikle, *yetkili makamlara* karşı yanlış bilgiler vermek suretiyle yapılabilir. Nitekim maddenin gerekçesinde de bu husus belirtilmiştir. Ancak madde metninde soybağının değiştirilmesiyle ilgili olarak böyle bir sınırlandırma yapılmadığı için, failin mutlaka yetkili bir makama karşı hareket etmesi zorunlu değildir. 231. maddenin objektif tipikliği bakımından yetkili makamlara karşı hileli bir davranışta bulunmadan da, soybağını değiştirmenin mümkün olabileceğini kabul etmek gerekir. Ancak, her ne kadar 231. maddenin metninde değiştirme ve gizleme hareketlerinin belli makamlara karşı yapılması aranmamışsa da, failin yapmış olduğu aldatıcı hareketlerin belli bir ağırlık

³⁴ Malkoç, s. 3574.

³⁵ Hubert Hinterhofer, *Strafrecht Besonderer Teil II*, §§ 169-321 StGB, 3. Auflage, Wien, 2002, s. 75.

derecesine ulaşması gerekir. Bu nedenle maddi unsuru oluşturan hareketlerin işleniş şekilleri gene de dar yorumlanmalı ve bu hareketler soybağının yetkili merciler tarafından belirlenmesini tehlikeye düşüren hareketler olarak anlaşılmalıdır. Bu nedenle, yetkili makamlara karşı hareket edilmediği hallerde, fail, en azından, soybağının resmi olarak tespitini tehlikeye düşürmüş olmalıdır. Bu çerçevede eğer fail, aldatıcı yollarla, dışarıdan bakıldığında, yetkili merciler tarafında da, bir çocuğun belli bir kadınla yer ve fiili ilişkisi nedeniyle onun öz çocuğu gibi görünmesini sağlamışsa, soybağını değiştirme unsurunun gerçekleştiğini kabul etmek gerekir.³⁶ Objektif olarak bakıldığında (gerçekte var olmayan) bir ebeveyn-çocuk ilişkisinin mevcut olduğu şeklinde bir izlenim oluşmalıdır.³⁷ Örneğin bir doğum kliniğinde hemşirenin bir çocuğu diğeriyle kasten değiştirmesi halinde, bu tehlike açıkça ortaya çıkmış olacağından soybağının değiştirilmesi suçu işlenmiş olur. Dolayısıyla değiştirmenin bir çocuğun yerine başkasını koymak suretiyle gerçekleştirilmesi mümkündür. Ancak bu fiili, kendi çocuğunu başka bir kadının çocuğu ile değiştiren öz anne de işleyebilir. Örneğin farklı cinsten ikizleri olan annelerin bunlardan birisini diğer annenin çocuğuyla karşılıklı değiştirmeleri halinde bu ihtimal gerçekleşir.³⁸ Kocasını, doğurduğu çocuğun ondan olduğu konusunda aldatan bir kadının 231. maddenin tipikliğini gerçekleştirip gerçekleştirmediği tartışılabilir. Ancak 231. maddede, bir çocuğun yerine diğerinin konulması bir şart olarak aranmayıp, sadece çocuğun soybağının değiştirilmesinden bahsedildiği için, böyle bir olayda da aldatılan koca bakımından başka bir çocuk söz konusu olacağından, bu suçun tipiklik unsuru gerçekleşmiş olacaktır.³⁹

Bu suç bakımından önemli olan, başka bir çocuğun varlığı değil, bir çocuğun gerçek soybağının yetkili makamlarca

³⁶ Lackner/Kühl, § 169, kn. 2.

³⁷ Hinterhofer, s. 75.

³⁸ Bkz. Tröndle/Fischer, § 169, kn. 5; Hinterhofer, s. 75.

³⁹ Benzer değerlendirme için bkz. Hinterhofer, s. 75.

belirlenmesinin dış görünüm itibariyle tehlikeye düşürülmüş olmasıdır. Bu itibarla soybağının değiştirilmesi, 765 sayılı TCK'nın 445. maddesinde yer verilen ve "bir çocuğun mevcut gerçek nesebinin bilinmesini zorlaştıran veya bunu imkansız hale getiren hareketler" olarak tarif edilen⁴⁰ nesebin yok edilmesini de kapsar.⁴¹ Doktrinde de, soybağının yok edilmesinin çocuğun gerçek hüviyetini değiştirme veya yerine başka bir çocuk koyma fiillerini içerdiği kabul ediliyordu.⁴² Bu ihtimalde soybağının değiştirilmesi, çocuğun gerçek soybağının dışarıya karşı değiştirildiği görünümünün gerçekleştirilmesiyle, yani aldatmanın başarılmasıyla tamamlanır.⁴³

Soybağının değiştirilmesinin uygulamada daha sık görülen diğer bir icra edilmiş şekli de, yetkili mercilere yanlış bilgiler vermek suretiyle gerçekleştirilmesidir. Soybağının bu şekilde değiştirilmesi, çocuğun soybağını kaydetmeye veya belirlemeye yetkili makamlara, soybağı konusunda yanlış bilgiler vermekle gerçekleşir. Yukarıda da belirttiğimiz gibi Medeni Kanuna göre çocuk ile anası arasındaki soybağı doğumla kurulur (TMK m. 282/1). Dolayısıyla bir kadının kendi doğurmadığı bir çocuğu kendi doğurmuş gibi nüfusa kaydettirmesi halinde, çocuğun soybağı değiştirilmiş olur. Çocuk ile baba arasındaki soybağı ise ana ile evlilik, tanıma veya hakim hükmüyle kurulur (TMK m. 282/2). Dolayısıyla baba, bu yollarla kurulan soybağının kurulma aşamasında hileli davranışlarla değiştirebilir. Evlilik devam ederken veya evliliğin sonra ermesinden itibaren üç yüz gün içinde doğan çocuğun babası kocadır (TMK m. 285/1). Evlilik dışında doğan çocuk ise, ana ve babanın birbiriyle evlenmesiyle kendiliğinden evlilik içinde doğan çocuklara ilişkin hükümlere tabi olur (TMK m. 292). Sonradan evlenme suretiyle baba ile çocuk arasında kurulan soybağı da gerçeğe aykırı olabilir. Bir başka deyişle,

⁴⁰ Önder, s. 641.

⁴¹ Krş. Tezcan/Erdem/Önok, s. 663.

⁴² Gözübüyük, s. 1091.

⁴³ Önder, s. 642; Tröndle/Fischer, § 169, kn. 5.

MAHMUT
KOCA'NIN
TEBLİĞİ

kocanın çocuğun gerçek babası olmaması mümkündür. Nitekim Medeni Kanun bu durumu öngörerek sonradan evlenme suretiyle soybağının kurulmasına itirazı ve bunun iptalini düzenlemiştir (TMK m. 294). Annenin evlilik dışı doğurduğu bir çocuğu nüfus memuruna bildirirken babasını yanlış bildirmesi halinde de bu suç oluşur. Keza başka bir erkekle soybağı bulunmayan ve kendisinden olmayan bir çocuğu, kendi çocuğu olarak tanıyan bir kimse de, çocuğun soybağını değiştirmiş olur. Yine örneğin çocuk ile baba arasındaki soybağının mahkemece belirlenmesine de hile karıştırılabilir. Bu konuda açılacak olan babalık davasında, davalı olarak uydurma bir babanın bulunması halinde de soybağının değiştirme fiili gerçekleşir.

Ancak evlilik dışı doğan çocuğun evlilik içi olarak bildirilmesi bu suçu oluşturmaz.⁴⁴ Çünkü bu durumda soybağı doğru olarak bildirilmiş olmaktadır. Nitekim TMK'nın 293. maddesinden hareketle de aynı sonuca varılabilir.

Buradaki *yetkili makamlar*, kişilerin kişisel durumunu (yani kişiyi bir aileye bağlayan bilgileri) nüfus kütüğüne kaydetmeye yetkili olan makamlar (nüfus müdürlükleri) olabileceği gibi, soybağının tespit etmeye genel olarak yetkili makamlar da (örneğin tanıma bakımından nüfus memuru, sulh hakimi ve noter, babalığa hükmetme bakımından mahkeme) olabilir. Buna karşılık polis gibi, soybağının değil de, bir insanın kimliğini belirlemeye yetkili olan makamlar karşısında yapılan açıklamalar bu suçu oluşturmaz.⁴⁵

Yargıtay'ın kararlarına baktığımızda ise çok ilginç bir durumla karşılaşmaktayız. Yargıtay, çocuğun soybağının değiştirme suçunu oluşturabilecek olaylarla ilgili olarak önüne gelen dosyaların neredeyse hiçbirinde fiilin bu suçu oluşturmadığına, sadece resmi belgede sahtecilik suçunun oluştuğuna karar vermektedir. Örneğin Yargıtay, kızının gayrimeşru

⁴⁴ Lackner/Kühl, § 169, kn. 3

⁴⁵ Tröndle/Fischer, § 169, kn. 6; S/S-Lenckner, § 169, kn. 6.

doğurduğu çocuğu, kızının bu ayıbını ortadan kaldırmak amacıyla kendi çocuğu imiş gibi nüfusuna geçiren aneannenin fiilini,⁴⁶ başka kadından evlilik dışı doğan çocuğu kendi meşru karısından doğmuş gibi göstermeyi,⁴⁷ yine sanığın kendisinden olmayan çocuğu kendisinin imiş gibi doğum tutanağı düzenlettirip nüfusa kaydettirmesini,⁴⁸ para karşılığında ya da aralarında anlaşarak meşru ya da evlilik dışı doğan çocuğun sanıklar tarafından kendi çocukları imiş gibi nüfusa kaydettirmesini,⁴⁹ sanıkların torunları olan çocuğu kendilerinmiş gibi beyanda bulunarak doğum tutanağı düzenlettirip nüfusa tescil ettirmek istemelerine rağmen memurun fark etmesi üzerine tescilin yapılmaması şeklindeki eylemi⁵⁰ ya da torununu kendi müşterek evliliklerinden doğmuş gibi nüfusa tescil ettirmeyi başaran dedenin fiilini,⁵¹ resmi belgede sahtecilik olarak nitelendirmiş, bu tür fiillerin soybağını değiştirme suçunu oluşturmayacağına karar vermiştir. Yargıtay, bu kararlarının bazılarında meseleyi sadece mahkemenin görevi bakımından değerlendirerek yerel mahkemenin hükmünü bozmuş ise de, yine de fiilin 765 sayılı TCK'nın soybağını değiştirme suçunu düzenleyen 445. maddesini değil, duruma göre 342, 343 veya 350. maddelerinde düzenlenen sahtecilik suçlarını oluşturduğunu belirtmiştir. Yargıtay bu içtihadını yeni TCK dönemin-

⁴⁶ Bu olayda yerel mahkeme nesebi değiştirme suçundan (765 sayılı TCK m. 445) dolayı sanığı mahkum etmiş, ancak Yargıtay Ceza Dairesi bu kararı bozmuş, yerel mahkemenin direnmesi üzerine CGK 01.10.1945 tarih ve E. 4/217 sayılı kararıyla, metinde mealen zikredilen kararı vermiştir. (Karar ve haklı eleştirisi için bkz. Dönmezer, s. 390, dn. 15; Önder, s. 641, Önder CGK'nın bu kararının tarih ve sayısını 01.01.1945, 2/217 şeklinde göstermektedir).

⁴⁷ Y. 4. CD., 09.05.1956, E. 5939, K. 5923 (bkz. Gözübüyük, s. 1091). Aynı yönde bkz. Y. 6. CD., 21.12.1998, 11845/11841 (Malkoç, s. 3575).

⁴⁸ Y. 6. CD., 23.10.2003, E. 2002/16643, K. 2003/7411 (YKD., Cilt: 30, Sayı: 6, Haziran 2004, s. 969-970); Y. 6. CD., 10.03.1994, 2487/2001 (Malkoç, s. 3575).

⁴⁹ Y. 5. CD., 09.05.2001, 6359/3169; Y. 5. CD., 28.04.1999, 5368/1760 (Malkoç, s. 3574, 3575)

⁵⁰ Y. 6. CD., 06.04.2006, E. 2004/8695, K. 2006/3489 (YKD, Cilt: 32, Sayı: 11, Kasım 2006, s. 1852- 1853).

⁵¹ Y. 6. CD., 06.12.1983, 4037/4156 (Malkoç, s. 3576).

MAHMUT
KOCA'NIN
TEBLİĞİ

de de sürdürmektedir.⁵² Ancak Yargıtay, yukarıda belirtilen fiillerin neden soybağını değiştirme suçunu oluşturmadığını kararlarında açıklamamış, sadece birkaç kararında soybağını değiştirme suçunun maddi ve manevi unsurlarının oluşmadığını belirtmekle yetinmiştir. Yargıtay'ın bu tutumu, 765 sayılı TCK'nın 445. maddesini, uygulaması olmayan maddelerden birisi haline getirmiştir.

Yargıtay'ın ender de olsa yukarıda belirtilen kararların aksine kararlarına da rastlanılmaktadır. Biz bu çalışmayı yaparken, bu konuda verilmiş yalnızca bir farklı kararı tespit edebildik. Bu karar şöyledir: *"Başka bir kadının doğurduğu çocuğu, kendi karısından doğmuş gibi gösterip nüfus kütüğüne tescil ettirerek nesep değiştirmekten ibaret olan eylemin TCK'nın 445. maddesinde yazılı tek suçu oluşturduğu, ayrıca TCK'nın 343/2. maddesinin ihlalinin söz edilemeyeceği gözetilmeden yazılı ceza ile madde tayini"*ni bozma sebebi kabul etmiştir.⁵³

Kanaatimizce Yargıtay'ın son anılan kararı, doğru olan karardır. Gerçekten yukarıda anılan kararların hepsinde, çocuğun soybağı gerçeğinden farklı olarak ve böyle olduğu bilinerek nüfus kütüğüne kaydedilmektedir. Dolayısıyla bu suçun maddi ve manevi unsurları olaylarda tümüyle gerçekleşmektedir. Örneğin kızının doğurduğu gayri meşru çocuğu kendi çocuğu imiş gibi nüfusa kaydettiren anneanne; başkasına ait çocuğu kendi nüfusuna kaydettirdiğini bilmektedir. Failin bu fiili, çocuğun aile içindeki konumunu tama-

⁵² Bkz. Y. 5 CD., 10.06.2004, 5852/4755; Y. 6. CD., 06.4.02006, E. 2004/7249, K. 2006/3456; Y. 6. CD., 13.03.2006, E. 2004/4813, K. 2006/2419 "Sanık Zekeriya A.'nin, yasal bağıtsız ilişkide bulunduğu Songül Y.'den doğma çocuğu Can Mert Fehmi'yi, diğer sanık Emin A. ile anlaşıp onun yasal bağıtlı eşi Gülşen'den doğmuş gibi nüfus kütüğüne yazılmasını (tescilini) sağlaması eylemi 5237 sayılı TCY'nin 204/1. maddesine uyar"; Y. 6.CD., 15.03.2006, E. 2004/2907, K. 2006/2535 "Sanıklar Hasan B. ve Fatma B.'nin, Mesit ve Serpil B.'nin çocuğu Hanım'ı, kendi çocukları gibi nüfusa yazdırmaları eylemi 5237 sayılı TCY'nin 204/1. maddesindeki suç oluşturur. (Bu kararların teminini sağlayan değerli Emekli Yargıtay Üyesi Sayın Keskin Kaylan'a çok teşekkür ederim).

⁵³ Y. 6. CD., 15.01.1991, 8051/60 (Malkoç, s. 3575).

men değiştirmektedir. Zira bu fiil, çocuğun gerçek annesini ablası, dayısını abisi, dedesini babası ve anneannesini de annesi haline getirmektedir. Tüm bu değişikliklerin sadece ceza hukuku bakımından doğuracağı sonuçlara bir örnek verirsek, durumun ciddiyeti ortaya çıkacak ve TCK'nın neden bu fiili suç haline getirdiği daha iyi anlaşılacaktır. Örneğin bu çocuğu gerçekte dayısı olan ve fakat nesep değişikliği sebebiyle abisi durumuna gelen kişi öldürecek olsa, TCK'nın 82. maddesine göre kasten öldürmenin nitelikli halinden dolayı cezalandırılacaktır. Normal durumda bu kişi kasten öldürmenin temel şeklienden dolayı (TCK m. 81) cezalandırılabilecekti.⁵⁴ Bu itibarla, Yargıtay'ın kararlarına konu teşkil eden olaylarda soybağını değiştirme suçunun yukarıda açıklanan unsurlarının oluştuğu görüşünderiz. İfade edelim ki, soybağının değiştirilmesi bir başka suçun, özellikle de resmi belgede sahtecilik suçunun da (TCK m. 204) oluşmasına yol açabilir. Bu durumda mesele içtima bakımından ele alınmalıdır. Olayda bu suçlardan birisinin varlığı, diğerinin oluşmasına engel teşkil etmez. Yargıtay'ın son zikredilen kararına bu yönü itibariyle katılmak mümkün değildir. Bu konuya ileride içtima konusunda tekrar değinilecektir.

cc. Soybağının Gizlenmesi

Suçun diğer bir seçimlik hareketini de *soybağını gizlemek* oluşturmaktadır. Suçun bu işleniş şekli, bir çocuğun soybağının yetkili makamlar tarafından yanlış belirlenmesine yönelen hareketleri kapsar. Soybağının gizlenmesi, bir çocuğun gerçek soybağının ortaya çıkmasını engelleyen veya esaslı şekilde zorlaştıran bir duruma sebebiyet vermek demektir.⁵⁵ Bir başka deyişle, soybağının gizlenmesi, bir çocuğun mevcut mevzuata göre sahip olması gereken soybağının resmen tesbit

⁵⁴ Benzer değerlendirme için bkz. Önder, s. 641.

⁵⁵ S/S-Lenckner, § 169, kn. 8; Tröndle/Fischer, § 169, kn. 7.

MAHMUT
KOCA'NIN
TEBLİĞİ

edilmesine engel teşkil eden veya zorlaştıran hareketlerdir.⁵⁶ Bunun için bir aldatmanın varlığı her zaman gerekmez.⁵⁷ Örneğin çocuk doğduktan sonra, onun doğum beyannamesinin düzenlenmesine ve nüfus kütüğüne yazılmasına engel olmak,⁵⁸ yaşadığı bilinen bir çocuğun öldüğünü ileri sürmek⁵⁹ veya açılan babalık davasında yapılan yargılamada babanın kanını değiştirmesi soybağını gizlemektir.

Gizlenmesi gereken soybağı olup, çocuğun maddi anlamda gizlenmesi bu suçu oluşturmaz.⁶⁰ Yine çocuğun soybağını gizlemeksizin sadece cinsiyetinin yanlış yazdırılması da bu suça vücut vermez. Örneğin kız çocuğunun erkek, erkek çocuğun kız olarak nüfusa kaydettirilmesi, diğer unsurları da varsa, sadece sahtecilik suçunu oluşturur.⁶¹ Çünkü bu suç bakımından gizlenmesi gereken cinsiyet olmayıp, çocuğun soybağıdır.⁶²

Soybağının değiştirilmesi icrai bir hareketle gerçekleştirilebilir. Buna karşılık gizlemek, hem icrai hem de ihmali hareketlerle işlenebilir. Maddenin gerekçesinde de belirtildiği gibi, gizleme hareketi, soybağı konusunda gerekli bilgileri yetkili mercilere vermemek suretiyle, yani ihmali bir hareketle de işlenebilir. Gizlemenin ihmali hareketle işlenebilmesi için, failin gizlememek, yani soybağı konusunda yetkili mercilere durumu bildirmek konusunda hukuki yükümlülüğünün (garantör) olması gerekir.⁶³⁻⁶⁴ Örneğin Alman doktrininde evlilik dışı

⁵⁶ Lackner/Kühl, § 169, kn. 3; Erem, s. 1954; Önder, s. 642; Gözübüyük, s. 1091.

⁵⁷ Tröndle/Fischer, § 169, kn. 7.

⁵⁸ Gözübüyük, s. 1091.

⁵⁹ Lackner/Kühl, § 169, kn. 3.

⁶⁰ Erem, s. 1954; Gözübüyük, s. 1091.

⁶¹ Erem, s. 1954.

⁶² Malkoç, s. 3574.

⁶³ Tröndle/Fischer, § 169, kn. 7; Lackner/Kühl, § 169, kn. 3. Buna karşılık bazı yazarlar bu suçun ihmali hareketle işlenemeyeceği görüşündedirler (bkz. Gözübüyük, s. 1092).

⁶⁴ İhmali hareketin cezalandırılabilirliğinin genel şartları konusunda geniş

doğın bir çocuğın annesinin, çocuğın babasının kim olduğu konusunda susması veya onu tanımadığını söylemesi halinde, garantörlüğün bulunmaması nedeniyle, soybağını değiştirme suçunun oluşmayacağı kabul edilmektedir.⁶⁵ Bu sonuca bizim hukukumuz bakımından da ulaşılmaması mümkündür. Medeni Kanunu'nun 293. maddesi eşlere, evlilik dışında doğmuş olan ortak çocuklarını, *evlenme sırasında veya evlenmeden sonra* nüfus memuruna bildirme zorunluluğu getirmektedir. Görüldüğu gibi bu hüküm evlilik dışında doğmuş olan çocuğın bildirilmesi yükümlülüğünü eşlere, evlenme sırasında veya evlenmeden sonra yüklemektedir. Dolayısıyla annenin çocuğın babasını bildirme yükümlülüğü yoktur. Ancak yanlış bir kişiyi baba olarak bildirirse soybağını değiştirme hareketini gerçekleştirmiş olur.

Medeni Kanun'da öngörülen diğer bir bildirim yükümlülüğü de, tanıma beyanının yapıldığu merciler için öngörölmüştür. Tanıma, babanın, nüfus memuruna veya mahkemeye yazılı başvurusu ya da resmi senette veya vasiyetnamesinde yapacağı beyanla olmaktadır (TMK m. 295/1). Beyanda bulunan nüfus memuru, sulh hakimi, noter veya vasiyetnameyi açan hakim, tanımayı babanın ve çocuğın kayıtlı bulunduğu nüfus memurluklarına bildirecektir (TMK m. 296). Bildirme yükümlülüğünü kasten ihmal ederek çocuğın gerçek soybağının resmen belirlenmesini engelleyen veya zorlaştıran bu kişiler, 231. maddeden dolayı cezalandırılmalıdır.

Bildirim yükümlülüğü öngören diğer bir kanun da, 5490 sayılı *Nüfus Hizmetleri Kanunu*'dur. Bu kanunun 15. maddesinin 1. fıkrasına göre "*sağ olarak dünyaya gelen her çocuğın, doğumdan itibaren Türkiye'de otuz gün içinde nüfus müdürlüğüne, yurt dışında ise altmış gün içinde dış temsilciliğe bildirilmesi zorunludur.*" "*Bildirim; veli, vasi, kayyım, bunların bulunmaması*

bilgi için bkz. Hakan Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmalî Suçların Çeşitleri -İcra-İhmal Ayrımı-İhmalî Suçların Unsurları-, Ankara 2003, s. 205 vd.

⁶⁵ Tröndle/Fischer, § 169, kn. 7; S/S-Lenckner, § 169, kn. 9.

MAHMUT
KOCA'NIN
TEBLİĞİ

halinde, çocuğun büyük ana, büyük baba veya ergin kardeşleri ya da çocuğu yanında bulunduranlar tarafından, doğumu gösteren resmi belgeye dayanarak yapılabileceği gibi sözlü beyana dayalı olarak da yapılabilir” (f. 2). Nüfus olaylarını bildirme yükümlülüğü olup da, bu yükümlülüğünü bu kanunda belirtilen süre içinde yerine getirmeyenlere, yurt içinde ilçe nüfus müdürlüklerince, yurtdışında ise dış temsilcilik veya dış temsilciliklerde görevli memurlarca 50 YTL idari para cezası verilecektir (5490 sayılı kanun m. 68/1, bent b). Nüfus olaylarını bildirmekle görevli olup, bu görevlerini bu kanunda belirtilen süreler içinde yerine getirmeyen kamu görevlilerine ise, fiil başka bir suç oluştursa bile, nüfus memurunun teklifi üzerine o yerin ilçe nüfus müdürünün kararı ile 25 YTL idari para cezası verilir (5490 sayılı kanun m. 68/1 bent a).

Görüldüğü gibi bildirim yükümlülüğünün salt yerine getirilmemesi kabahat teşkil etmektedir. Ancak bu bildirim çocuğun gerçek soybağının ortaya çıkmasına mani olmak veya bunu zorlaştırmak amacıyla matuf olarak yapılmaması halinde 231. maddenin uygulanması düşünülebilecektir.

Çocuk nüfus siciline kaydedildikten sonra bu suç işlenemez.⁶⁶ Bu itibarla soybağını gizlemek veya yok etmek maksadıyla da olsa, nüfus cüzdanı üzerinde değişiklik yapmak soybağını değiştirmek suçunu değil, resmi belgede sahtecilik suçunu oluşturur.⁶⁷

Gizleme fiili, soybağının uygun bir zaman içinde bildirilmesinin ihmaliyle tamamlanır.⁶⁸

⁶⁶ Erem, s. 1954.

⁶⁷ Gözübüyük, s. 1091.

⁶⁸ Tröndle/Fischer, § 169, kn. 7.

2. Suçun Manevi Unsurları

a. Kast

Soybağını değiştirme suçu, hem kasten, hem de taksirle işlenebilir. 231. maddenin 1. fıkrasında suçun kasıtlı şekli düzenlenmiştir. Suçun kasıtlı şeklinin oluşabilmesi için, failde çocuğun soybağını değiştirme veya gizleme kastının bulunması gerekir. Fail çocuğun gerçek soybağını bilmeli ve bunu değiştirmek veya gizlemek bilinci ile hareket etmelidir. Kast, çocuğun soybağının belli bir süre ortadan kaldırılmasının veya gizlenmesinin hukuki etkilerini de kapsamalıdır. Olası kast ile de bu suç işlenebilir.⁶⁹

Failin hangi saikle veya amaçla hareket ettiğinin ise, suçun manevi unsuru bakımından bir önemi yoktur.⁷⁰ Ancak Yargıtay "*Sanıkların aralarında anlaşarak G. K.'dan doğan Seda isimli çocuğun sanıklara verildiği, sanıkların da kendi çocukları gibi nüfusa kayıt ettirdikleri oluştaya uygun olarak kabul edilen olayda, sanıkların çocuğun nesebini gizleme ve yok etme amacını gütmadik-leri bu nedenle TCK. 445. maddesinde yaptırıma bağlanan suçun maddi ve manevi unsurlarının oluşmadığı*"na karar vermiştir.⁷¹ Yargıtay bu kararında kast ile amacı birbirine karıştırmıştır. İfade edelim ki, olayda sanıklar başkasına ait çocuğu kendi çocukları gibi nüfusa kaydettirdiklerini bildikleri için suçun kast unsuru gerçekleşmiştir. Failin amacının veya saikinin iyi olması suçun kast unsurunun varlığını etkilemez.

Suçun maddi unsurları konusunda düşülen hata (bilgisizlik) kastı ortadan kaldırır. Fakat hataya düşmek konusunda taksirin varlığı halinde, suçun taksirli şekli de kanunda düzenlendiği için (TCK m. 232/2) failin bu suçtan sorumluluğu söz konusu olabilecektir (TCK m. 30/1). Örneğin hastanede henüz doğmuş çocukların hemşiresinin özensiz davranışı so-

⁶⁹ S/S-Lenckner, § 169, kn. 10; Önder, s. 642; Tröndle/Fischer, § 169, kn. 9; Lackner/Kühl, § 169, kn. 6.

⁷⁰ Erem, s. 1954; Gözübüyük, s. 1092.

⁷¹ Y. 5. CD., 09.05.2001, 6359/3169 (Malkoç, s. 3574).

YAHİ MÜT
ÇOCUĞUN
TEBLİĞİ

nucunda karıştırılarak yanlış anneye verilmesi halinde durum böyledir. Bu ihtimalde fail çocukları değiştirdiğini bilmediği için, kasten hareket etmiş olamaz. Ancak çocukların değiştirilmesine failin özenli davranmaması sebebiyet vermişse, bu durumda 231. maddenin 2. fıkrasından dolayı failin cezalandırılabilmesi mümkün olabilecektir. Ancak bu karışıklığa neden olan kişinin sağlık kurumunda görevli bir kişi olması ve suçu da bu kurumda görevi sırasında işlemesi gerekir.

Failin bildirim yükümlülüğünün varlığı konusunda düşüğü hata ise kastı ortadan kaldırmaz ve sadece haksızlık ya-nılgısını oluşturur (TCK m. 30/4).⁷²

Failin cebir veya tehdit altında ya da zorunluluk halinin varlığı nedeniyle bu suçu işlemesi halinde, kastın varlığında bir değişiklik olmaz. Bu haller sadece failin kusurunu etkileyen sebepler olarak dikkate alınacaktır (TCK m. 28, 25/2).

b. Taksir

231. maddenin 2. fıkrasında çocuğun soybağını değiştirme veya gizleme fiilinin taksirle işlenmesi suç olarak tanımlanmıştır. Bu fıkroda, “Özen yükümlülüğüne aykırı davranarak, sağlık kurumundaki bir çocuğun başka bir çocukla karışmasına neden olan kişi, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır” denilmektedir.

Yakın zamanda, Türk kamuoyunun gündemini, 4 yıl önce Suudi Arabistan’ın Najran kentinde doğum sırasında karıştırılan Türk ve Arap bebekler ve bu bebeklerin ailelerinin yaşadığı trajik olaylar meşgul etmişti.⁷³ Ailelerin belli bir yaşa kadar birlikte yaşadıkları çocukların, bir gün gerçek çocukları olmadıklarını, hastanede karıştırıldığını öğrenmelerinin, ge-

⁷² Tröndle/Fischer, § 169, kn. 9.

⁷³ Bkz. hurriyet.com.tr (9 Kasım 2007) “Suudi Arabistan’da karışan bebeklerde mutlu sona doğru” başlıklı haber.

rek aileler, gerek çocuklar üzerinde ne kadar büyük maddi ve manevi yıkımlara yol açacağı günlerdir tartışılmıştı. Bu nedenle, böyle ağır sonuçlara yol açan taksirli davranışların yeni TCK'da suç olarak düzenlenmesi yerinde olmuştur.

Bu hükme göre fail kasten soybağını değiştirmese veya gizlemese de, sağlık kurumundaki çocukların birbiriyle karışmasına taksirle yol açması halinde cezalandırılacaktır.

Suçun taksirli şeklinin oluşabilmesi için, ilk olarak, failin sağlık kurumu bünyesinde kurum görevlisi olması gerekir. Örneğin doğum kliniğindeki doktorlar, hemşireler, ebeler ya da bu konuyla görevlendirilen diğer kurum çalışanları bu suçun faili olabilirler. Bununla bağlantılı olarak, karıştırılan çocukların sağlık kurumunda bulunması, yani karıştırma neticesinin sağlık kurumunda cereyan etmesi gerekir. Sağlık kurumu resmî ya da özel bir sağlık kurumu olabilir. Hatta bu sağlık kurumunun mutlaka doğum için tahsis edilmiş bir yer olması da gerekli değildir. Bu nedenle çocukların karıştırıldığı sağlık kurumu, bir hastanenin doğum polikliniği olabileceği gibi, hastanelerin acil servisleri ve hatta bir sağlık ocağı veya dispanser de olabilir. Doktorların muayenehanelerinin sağlık kurumu olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği, burada yürütülen sağlığa ilişkin faaliyetlerin kurumsal nitelikte olup olmadığına bağlı olarak belirlenmelidir. Son olarak da, fail çocukların karışmasına taksirli davranışıyla sebebiyet vermedir. Maddede bu unsur "özen yükümlülüğüne aykırı davranarak" şeklinde belirtilmiştir.

Hastanelerin doğum polikliniklerinde, yeni doğmuş çocukların birbiriyle karışmasını önlemeye yönelik olarak bazı tedbirler alınmaktadır. Bu çerçevede, en basit ve yaygın tedbir, doğum yapan anne ile çocuğunun el veya ayak bileklerine aynı numarayı taşıyan plastik bir şeridin takılmasıdır. İşte sağlık kurumu görevlisi, bu işareti koymaz veya hatalı koymak suretiyle özensiz davranır ve böylece çocukları karıştırırsa bu suçu işlemiş olur. Dikkat edilmelidir ki, failin sırf özensiz davranması cezalandırılabilmesi için yeterli olmayıp,

MAHMUT
KOCA'NIN
TEBLİĞİ

bunun sonucunda çocukların karışmasına da neden olunması gerekir. Bu itibarla sağlık görevlisi özensiz davranmasına rağmen, örneğin annenin dikkatli olması nedeniyle çocukların karışması önlenmişse suç oluşmaz. Zira taksirli suça teşebbüs cezalandırılmaz.

O halde fail özenli davranmış olsaydı çocuklar karışmayacaktı denilebiliyorsa, suçun taksirli şeklinin haksızlık unsuru gerçekleşmiş demektir. Buradaki özene aykırılık taksirli suçun haksızlık unsurunu oluşturduğu için, daha önce taksir türleri olarak adlandırılan taksirli haksızlığın tüm işleniş şekilleri bu kavramın içerisine girer.⁷⁴ Buna karşılık, failin çocukların karışmasına sebebiyet veren özensiz davranışı sağlık kurumundaki personel yetersizliği, o gün çok sayıda doğumun aynı zaman diliminde meydana gelmesi gibi sebeplerden ileri gelmişse, bu olaylar failin kusurluluğu bağlamında değerlendirilebilecektir.

3. Suçun Hukuka Aykırılık Unsuru

Failin bir çocuğun soybağını kasten değiştirmesi veya gizlemesiyle hukuka aykırılık unsuru da karine olarak gerçekleşir. Şayet bir hukuk kuralı böyle bir fiilin işlenmesine izin veriyorsa, yani ortada bir hukuka uygunluk sebebi varsa, bu durumda hukuka aykırılık unsuru kalkar ve fiil suç teşkil etmez. Bu suçta kanun hükmünü yerine getirme (TCK m. 24/1), meşru savunma (TCK m. 25/1), hakkın kullanılması (TCK m. 26/1) ve ilgilinin rızası (TCK m. 26/2) şeklinde düzenlenen hukuka uygunluk sebeplerinin gerçekleşmesi oldukça zor gözükmektedir. İfade edelim ki, bu suçla korunan hukuki değer göz önünde bulundurduğunda, ilgilinin rızasının (çocuk veya anne, baba) fiili hukuka uygun hale getirmeyeceği kabul edilmelidir.

⁷⁴ Aynı yönde Tezcan/Erdem/Önok, s. 663, dn. 32; karş. Donay/Kaşıkçı, s. 300.

IV. Suçun Özel Görünüş Şekilleri

1. Teşebbüs

Bu suç soybağının değiştirilmesi veya gizlenmesiyle tamamlanır. Değiştirme hareketi bakımından suç; şayet değiştirme yetkili mercilere yanlış bilgilerin verilmesi suretiyle gerçekleştirilmişse, bu bildirim üzerine soybağı konusunda değişikliğin yapılmasıyla, yani yetkili mercilerin aldatılmasıyla tamamlanır. Dolayısıyla yetkili mercilere yanlış bilgiler verilmesine rağmen failin elinde olmayan sebeplerle soybağının değiştirilememesi, örneğin görevli nüfus memurunun faillerin yaşı nedeniyle çocuk sahibi olamayacakları şüphesi üzerine durumu araştırıp gerçeğin ortaya çıkmasıyla çocuğun nüfusa kaydını yapmaması halinde, suç teşebbüs aşamasında kalmış olur. Değiştirmenin diğer şekillerde işlenmesi durumunda, yani bir çocuğun diğeriyle değiştirilmesi halinde, fiil aldatmanın başarılmasıyla, yani çocuğun soybağının dışı karşı değiştirildiği görüntüsünün oluşturulmasıyla tamamlanır. Soybağının gizlenmesi ise uygun bir zamanda bildirmenin ihmal edilmesiyle tamamlanır. Suçun kasıtlı şekline teşebbüs mümkün olmakla birlikte, gizleme hareketi bakımından suç teşebbüs zor gözükmemektedir. Maddenin 2. fıkrasında düzenlenen taksirli şekline ise teşebbüs cezalandırılmaz (TCK m. 35).

Ayrıca belirtmek gerekir ki, bu suçun tamamlanması bakımından soybağının tespit edilebilirliğinin engellenmiş olması veya engellenmenin belli bir süre devam etmesi gerekli değildir. Bu itibarla bu suç kesintisiz bir suç değil, durum suçudur.⁷⁵

2. İctima

Çocuğun soybağının değiştirilmesi suçu, zor olmakla birlikte, zincirleme suç (TCK m. 43/1) şeklinde gerçekleşebilir.

⁷⁵ Lackner/Kühl, § 169, kn. 6; S/S-Lenckner, § 169, kn. 11; Tröndle/Fischer, § 169, kn. 8; Önder, s. 642.

MAHMUT
KOCA'NIN
TEBLİĞİ

Örneğin hastaneden aldığı sahte doğum belgesiyle soybağını değiştiremediği çocuğu, tanımak suretiyle kendi nüfusuna geçiren fail bu suç zincirleme şekilde işlemiş olur:

Soybağını değiştirme suçu, özellikle sahtecilik suçlarıyla içtima ilişkisi içinde bulunabilir. Örneğin başkasının doğurduğu çocuğu kendisi doğurmuş gibi hemşireye sahte doğum belgesi düzenlettirip, bu belgeyi nüfus müdürlüğüne götürerek çocuğu kendi nüfusuna kaydettiren fail, hem çocuğun soybağını değiştirme suçunu, hem resmi veya özel belgede sahtecilik suçunu işlemiş olur. Yine bir başkasının çocuğunu kendisininmiş gibi nüfus müdürlüğüne bildirerek doğum tutanağı düzenlettirip, bu tutanakla çocuğu nüfusuna geçiren fail, hem resmi evrakta sahtecilik (TCK m. 203) hem de soybağını değiştirme suçunu (TCK m. 231) gerçekleştirmiş olur. İşte çocuğun soybağını değiştirmek veya gizlemek için sahtecilik suçlarını da işleyen fail, tek bir fiille (bir suçun icra hareketleri kapsamında) birden çok farklı suç işlemiş olacağından, farklı neviden fikri içtima hali (TCK m. 44) gerçekleşmiş olur.⁷⁶ Bu durumda failin, normalde, işlenen suçların hepsinden ayrı ayrı değil, sadece en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılması gerekirdi. Ancak, yeni TCK'nın 212. maddesine, resmi veya özel belgede sahtecilik suçlarının başka suçların işlenmesinde araç suç olarak kullanılması halinde, fikri içtima kuralının uygulanmasını engellemeye yönelik özel bir içtima hükmü konulmuştur. Bu özel hüküm nedeniyle, yukarıda vermiş olduğumuz örnek olaylarda, yani sahte doğum belgesi veya tutanağı düzenleterek çocuğu kendi nüfusuna kaydetme şeklindeki olaylarda, gerçek içtima hükmü uygulanacak ve fail her bir suçtan dolayı ayrı ayrı cezalandırılacaktır.⁷⁷

Buna karşılık, somut olayın gerçekleşme şekline göre farklı durumların ortaya çıkabileceği unutulmamalıdır. Örneğin fail nüfus memuruna yalan beyanda bulunarak sahte doğum

⁷⁶ Bu konuda geniş bir değerlendirme için bkz. Mahmut Koca, "Fikri İçtima", CHD Ceza Hukuku Dergisi, Yıl: 2, Sayı: 4, Ağustos 2007, s. 197 vd.

⁷⁷ Bkz. Tezcan/Erdem/Önok, s. 664.

tutanağı düzenlettirmek istese, fakat memurun şüphelenmesi üzerine bu beyana rağmen nüfus kütüğünde işlem yapılmassa, bu durumda resmi belgenin düzenlenmesinde yalan beyan suçu ile soybağını değiştirme suçu (teşebbüs aşamasında kalmış) işlenmiş olur. Ancak, çocuğun soybağını değiştirmek için nüfus müdürlüğüne gerçek dışı beyanda bulunulması halinde içtima ilişkisi TCK m. 206 ile değil, bu konuda özel bir düzenleme getiren 5490 sayılı *Nüfus Hizmetleri Kanunu*'nun 67. maddesiyle kurulmak gerekir. Bu maddede "*Gerçeğe aykırı yerleşim yeri veya cüzdan talep belgesi veren köy veya mahalle muhtarları ile herhangi bir işlem sebebiyle nüfus müdürlüğüne gerçek dışı beyanda bulunanlar ve bunlara tanıklık edenler altı aydan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır*" denilmektedir. Bu durumda soybağı konusunda nüfus müdürlüğüne giderek gerçek dışı beyanda bulunan kişi, farklı neviden fikri içtima kuralı nedeniyle, çocuğun soybağını değiştirme suçundan değil, daha ağır ceza öngören 5490 sayılı kanunun 67. maddesine göre cezalandırılacaktır. Dolayısıyla bu durumda ortada resmi veya özel sahte bir belge kullanılmadığı için, TCK m. 212'nin uygulanma kabiliyeti bulunmamaktadır.

Soybağını değiştirme suçunda aynı neviden fikri içtima durumu da (TCK m. 43/2) ortaya çıkabilir. Örneğin erkek çocuk beklerken beşinci kız çocuğunu doğuran annenin kızını, hemşire ile anlaşarak, erkek çocuk dünyaya getiren diğer bir kadının çocuğu ile değiştirmesi halinde, tek bir değiştirme fiiliyle, aynı suç iki çocuğa karşı da işlenmiş olacağından aynı neviden fikri içtima gerçekleşmiş olacaktır.

3. İştirak

İştirak bakımından suç tipi bir özellik göstermez. Bu konuda genel kuralların (TCK m. 37 vd.) uygulanması gerekir. İştirak kuralları ancak kasten işlenen suçlar hakkında uygulanabileceğinden (TCK m. 40/1), suçun taksirli şekli hakkında iştirake ilişkin kurallar uygulama alanı bulmaz.

Sonuç

TCK'nın aile düzenine karşı suçlar arasında ve 231. maddesinde düzenlenen *çocuğun soybağını değiştirme suçu*, bir çocuğun kendi ailesiyle olan bağının koparılmasını önlemek amacıyla ihdas edilmiştir. Bu suçla, soybağı, yani gerçek anne ve babasının kim olduğu konusunda bir tasavvura sahip olmayacak kadar küçük bir çocuğun soybağının değiştirilmesi veya gizlenmesi cezalandırılmaktadır. Ancak maddede değiştirme ve gizleme hareketlerinin ne şekilde icra edileceğinin gösterilmemiş olması bir eksikliktir. Gerekçede bu hareketlerin yetkili mercilere gerekli bilgileri vermemek veya yanlış bilgiler vermek suretiyle işleneceği belirtilmişse de, bu hususları tipikliğin bir unsuru olarak kabul etmek mümkün değildir. Zira suçun kanuni tarifinde bu ifadeler yer almamaktadır. Buna karşılık, yeni kanunun bu suçun taksirli şekline yer vermiş olmasını isabetli bulmaktayız.

Ancak 231. maddenin bugüne kadar uygulaması pek olmamıştır. Yargıtay'ın bu suçun tipikliğini oluşturan fiilleri sadece sahtecilik olarak nitelendirmesini doğru bulmamaktayız. Her ne kadar bu suç genellikle yetkili mercilerin aldatılması suretiyle işlenebilirse de, böyle bir durumda failin tek bir fiille kanunun farklı hükümlerini ihlal ettiğini kabul etmek gerekir. Bu nedenle fikri içtima hükmünün uygulanması gereken hallerde tek suçun varlığını kabul etmek doğru değildir. Ancak, yeni TCK'nın 212. maddesindeki özel içtima hükmü de göz önünde bulundurulduğunda, soybağını değiştirmek için belgede sahtecilik suçunu da işleyen failin her iki suçtan dolayı ayrı ayrı cezalandırılması gerekecektir. Bu nedenle Yargıtay'ın yeni kanun döneminde de sürdürdüğü eski içtihadını mutlak surette terk etmesi, böyle hallerde faili hem belgede sahtecilik suçundan hem de soybağını değiştirme suçundan ayrı ayrı cezalandırması gerekir.

Oturum Başkanı: Sayın Koca; sizi istemeyerek bölüyorum, ama belki kabul ederseniz kalan kısmı tartışmaya kaydırabiliriz.

Herr Koca, ich unterbreche Sie nur ungern, aber vielleicht können wir die weiteren Dinge in die Diskussion verschieben, wenn sie einverstanden sind.

Doç. Dr. Mahmut KOCA: Bir-iki dakika içinde bitireceğim.

Burada sadece içtima bakımından birkaç hususu ifade etmek istiyorum. Demin kısmen değinmiştim, sahtecilik suçuyla soy bağıni değiştirme suçu burada bir arada bulunabilir. Böyle bir durumda fikri içtima ilişkisinin olabileceğini düşünmekteyim. Burada sadece bir özel bir kanun hükmünü hatırlatmak gerekir. 5490 Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 67. maddesi Nüfus Müdürlüğü'ne gerçek dışı beyanda bulunmayı ayrı bir suç olarak düzenlemektedir. Dolayısıyla içtima ilişkisi bakımında bu hükümle, Ceza Kanunu'ndaki hükmün değerlendirilmesi gerekir.

Çok teşekkür ediyorum.

Oturum Başkanı: Sayın Koca, teşekkür ederim.

Şimdi Sayın Erdağ, tıp ceza hukuku bağlamında evrak sahteciliğinden bahsedecek.

Buyurun.

Herzlichen Dank Herr Koca.

Und nun kann gleich anschliessend Herr Erdağ zur Urkundenfälschung im Medizinstrafrecht. Bitte schön Sie haben das Wort.

Yrd. Doç. Dr. Ali İhsan ERDAĞ (Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi):*

“TCK m. 210 f. 2: Gerçeğe aykırı belge düzenleyen tabip, dış tabibi, eczacı, ebe, hemşire veya diğer sağlık mesleği mensubu, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Düzenlenen belgenin kişiye haksız bir menfaat sağlaması ya da kamunun veya kişilerin zararına bir sonuç doğurucu nitelik taşıması halinde, resmi belgede sahtecilik hükümlerine göre cezaya hükmolunur.”

Bir hekimin, yürüttüğü bu hekimlik mesleğinin icrası kapsamında olmak üzere her hangi bir belge, örneğin bir hekim raporu düzenlemesi halinin, günlük yaşamımızın genel kabul görür bilgileri çerçevesinde değerlendirilmesiyle, ilk bakışta bu belgenin, aynı zamanda bir kamu sağlık kurumu çalışanı, yani kamu görevlisi olan bir hekim tarafından düzenlenmiş olması halinde ceza hukukumuz bakımından bir resmi belge niteliğinde oluşu ve buna bağlı olarak da düzenleyicisinin resmi belgede sahtecilik suçundan cezalandırılması gerektiği, buna karşılık bir özel sağlık kurumu çalışanı olan veya kendi

* “Tıp Ceza Hukukunda Belgede Sahtecilik Suçu (Sağlık Mesleği Mensupları Tarafından İşlenebilecek Olan Belgede Sahtecilik Suçu)” başlıklı tebliğ.

yürüttüğü özel muayenehanesinde serbest çalışan, yani *kamu görevlisi olmayan bir hekim* tarafından düzenlenmiş olması halinde ise bu belgenin bir özel belge niteliğinde oluşu ve yine buna bağlı olarak da düzenleyicisinin özel belgede sahtecilik suçundan cezalandırılması gerektiği makul görünse de (birkaç istisnai hükmü hariç önemli kısmı itibarıyla) 01 Haziran 2005'te yürürlüğe giren¹ yeni Türk Ceza Kanunu (TCK) kanun koyucusu, anılan ikinci hali özel belgede sahtecilik suçu olarak değerlendirmeyerek kanunun, kendisine başlıkta da özel olarak yer verilen 210. maddesinin *ikinci fıkrası* hükmünü ihdas etmek suretiyle, sadece bu alan için bir özel suç tipi² öngörmüş bulunmaktadır.

İşte bu çalışmada³ *sadece*, tıp ceza hukukunda belgede sahtecilik suçu, bir başka ifadeyle bir *özgü suç*⁴ olarak sadece

¹ TCK'nın, bu kanunun yürürlüğünü düzenleyen 344. maddesi hükmü gereği "imar kirliliğine neden olma" başlıklı 184. maddesi bu kanunun yayımı tarihi olan 12.10.2004 (RG 25611)'te, "çevrenin kasten kirlenmesi" başlıklı 181. maddesinin birinci fıkrası ile "çevrenin taksirle kirlenmesi" başlıklı 182. maddesinin birinci fıkrası yayımı tarihinden itibaren iki yıl sonra ve diğer hükümleri de 01 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

² 765 sayılı TCK'nın benzer bir düzenleme içeren 354. maddesi hükmünden oldukça farklı bir kapsamda olan bu belgede fikri sahtecilik anlamındaki yeni düzenlemenin bir benzeri de bu hususu öğretilerinde schriftliche Lügen (=yazılı yalan) olarak adlandıran Almanya Ceza Kanunu (StGB)'nin 278. maddesi hükmünde ve fakat yalnızca gerçeğe aykırı olarak düzenlenen sağlık belgeleri bakımından bulunmaktadır, bkz. Tröndle, Herbert/Fischer, Thomas, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 55. Auflage, München 2008, § 278, Rn. 1.

³ V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, 28 Şubat - 01 Mart 2008, Ankara "Tıp Ceza Hukukunda Belgede Sahtecilik, Urkundenfälschung im Medizinstrafrecht" konulu tebliğ metni.

⁴ Mahsus suç olarak da adlandırılan özgü suçların kanuni tanımlarında failleriyle ilgili olarak "...kişi...", "...kimse...", "...bir kimse..." veya "her kim..." gibi ifadelerle herhangi bir insan olmanın ötesinde, örneğin burada üzerinde durduğumuz suçta da olduğu gibi sağlık mesleği mensubu ya da kamu görevlisi olmak gibi kendilerine diğer insanlara nazaran özel bazı yükümlülükler yükleyen belli bazı özel ve objektif vasıflardan söz edilmektedir, bkz. İçel, Kayıhan/Sokullu-Akıncı, Fusun/Özgenç, İz-zet/Sözüer, Adem/Mahmutoğlu, Fatih Selami/Ünver, Yener, *Suç Teorisi, Suç Kavramına İlişkin Genel Bilgiler, Suçun Yapısal Unsurları, Suçun Özel*

sağlık mesleği mensupları⁵ tarafından işlenebilecek olan belgede sahtecilik suçu incelenecektir.

Bununla birlikte, TCK'nın belgede sahtecilik suçlarına ilişkin düzenlemesine kısaca ve genel olarak değinmekte⁶ en azından konu bütünlüğü bakımından yarar vardır.

I. Genel Olarak Belgede Sahtecilik Suçları

TCK, belgede sahtecilik suçlarını "Özel Hükümler" başlıklı İkinci Kitabının "Topluma Karşı Suçlar" başlıklı Üçüncü Kısımının 197-212. maddeleri arasındaki Dördüncü Bölümüyle düzenlediği "Kamu Güvenine Karşı Suçlar" içerisinde ve 204-212. maddeler hükümleriyle yaptırım altına almıştır.

Oluşum Biçimleri, 2. Kitap, 3. Bası, 2004, S. 90; Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 2006, S. 171 vd.

⁵ TCK'nın konuya ilişkin düzenlemeyi içeren 210. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesi hükmünün yanısıra "sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi" meselesini yaptırım altına alan 280. maddesinin ikinci fıkrası hükmüyle yapılan tanıma göre sağlık mesleği mensubu deyiminden tabip, diş tabibi, eczacı, ebe, hemşire ve sağlık hizmeti veren diğer kişiler anlaşılır.

⁶ Ayrıntılı bilgi için, kuşkusuz diğerlerinin yanında bkz. Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, A. Caner, *5237 Sayılı Kanuna Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 7. Bası, Ankara 2006, S. 369 vd.; Erman, Sahir/Özek, Çetin, *Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kamu Güvenine Karşı İşlenen Suçlar*, İstanbul 1996, S. 221 vd.; Soyaslan, Doğan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 5. Baskı, Ankara 2005, S. 401 vd.; Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Önok, Murat, *Teorik Ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 5. Baskı, Ankara 2007, S. 625 vd.; Toroslu, Nevzat, *Ceza Hukuku Özel Kısım*, Ankara 2005, S. 211 vd.; Yıldız, Ali Kemal, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, Açıklamalar, Değerlendirmeler, Öğretiden Görüşler Ve Yargıtay Kararları*, İstanbul 2007, s. 296 vd.

1. Resmi Belgede Sahtecilik Suçu

Resmi belgede sahtecilik suçu, bu belgeyi düzenleyenin kamu görevlisi olup olmadığına göre kendi içerisinde ikili bir ayrıma tabi tutularak düzenlenmiştir:

a. Kamu Görevlisi Olmayanlar⁷ Tarafından İşlenen Resmi Belgede Sahtecilik Suçu (TCK m. 204 f. 1)

Bir resmi belgeyi sahte olarak düzenleyen, gerçek bir resmi belgeyi başkalarını aldatacak şekilde değiştiren veya sahte resmi belgeyi kullanan kişi, TCK'nın resmi belgede sahtecilik suçunu yaptırım altına alan 204. maddesinin *birinci fıkrası* hükmüne göre cezalandırılmaktadır.

b. Kamu Görevlileri Tarafından İşlenen Resmi Belgede Sahtecilik Suçu (TCK m. 204 f. 2)

Görevi gereği düzenlemeye yetkili olduğu resmi bir belgeyi sahte olarak düzenleyen, gerçek bir belgeyi başkalarını aldatacak şekilde değiştiren, gerçeğe aykırı olarak belge düzenleyen veya sahte resmi belgeyi kullanan kamu görevlisi ise TCK'nın 204. maddesinin *ikinci fıkrası* hükmü gereği cezalandırılmaktadır.

Anılan maddenin gerekçesinde "*resmi belgede sahtecilik suçunun kamu görevlisi tarafından işlenmesi halinin ayrı bir suç olarak tanımlanmış*" olduğu hususu belirtilmek suretiyle, bu suçun ilk fıkrada hüküm altına alınmış bulunan suç karşısına da bağımsız bir suç olduğuna işaret edilmiştir.

⁷ TCK'nın "tanımlar" başlıklı 6. maddesinin birinci fıkrasının c bendi hükmüne göre; *Ceza kanunlarının uygulanmasında kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi kamu görevlisidir.*

ALİ İHSAN
ERDAĞ'IN
TEBLİĞİ

İkinci fıkra hükmünde düzenlenmiş bulunan bu suçun, birinci fıkra hükmündeki suçtan yegane farkı bu suçun yalnızca kamu görevlileri tarafından işlenmesi olmayıp, burada aynı zamanda suçun konusu olan belgenin her hangi bir resmi belge değil de ilgili kamu görevlisinin yerine getirdiği görevi gereği düzenlemeye yetkili olduğu bir resmi belge olmasıdır.⁸

2. Özel Belgede Sahtecilik Suçu (TCK m. 207)

TCK'nın 207. maddesinin *birinci fıkrası* hükmü gereği bir özel belgeyi sahte olarak düzenleyen veya gerçek bir özel belgeyi başkalarını aldatacak şekilde değiştiren ve kullanan kişi cezalandırılmaktadır.

Bir sahte özel belgeyi bu özelliğini bilerek kullanan kişi de aynı maddenin *ikinci fıkrası* hükmündeki düzenleme gereği yukarıdaki birinci fıkra hükmüne göre cezalandırılmaktadır.

3. Resmi Belge Hükmündeki Özel Belgeler

Resmi bir nitelik taşımayan belgeler esas itibarıyla "özel belge" niteliğinde olmakla birlikte, TCK kanun koyucusu bazı özel belgeleri de ticari yaşamda bunlara yüklenen özel önem dolayısıyla 210. maddesinin *birinci fıkrası* hükmüyle resmi belge olarak değerlendirmiştir. Buna göre; "özel belgede sahtecilik suçunun konusunun, emre veya hamile yazılı kambiyo senedi, emtiayı temsil eden belge, hisse senedi, tahvil veya vasiyetname olması halinde, resmi belgede sahtecilik suçuna ilişkin hükümler uygulanır".

⁸ Suç konusu belgenin resmi türden bir belge olmakla birlikte ilgili kamu görevlisinin görevi gereği düzenlemeye yetkili olmadığı bir resmi belge olması halinde, bu eylemin 204. maddenin birinci fıkrası hükmüyle yaptırım altına alınmış bulunan suç çerçevesinde değerlendirileceği açıktır.

II. Tıp Ceza Hukukunda Belgede Sahtecilik Suçu

Sağlık Mesleği Mensupları Tarafından İşlenebilecek Olan Belgede Sahtecilik Suçu

1. Tipiklik

TCK'nın, sağlık mesleği mensuplarının işledikleri belgede sahtecilik suçuyla ilgili düzenlemesi yakından incelendiğinde, kanun koyucunun bu suçun temel şeklinin yanı sıra bir de bu temel şekle nazaran daha fazla ceza ile yaptırım altına aldığı bir nitelikli haline yer verdiği görülmektedir.

a. Suçun Temel Şekli: Gerçeğe Aykırı Belge Düzenlemek (TCK m. 210 f. 2 c. 1)

Suç bu temel şekli de belge düzenleyicisinin kamu görevlisi olup olmadığına göre ikiye ayrılmaktadır:

aa. Aynı Zamanda Kamu Görevlisi de Olan Sağlık Mesleği Mensupları Tarafından İşlenen Belgede Sahtecilik Suçu (TCK m. 204 f. 2)

Aynı zamanda *kamu görevlisi de olan sağlık mesleği mensuplarının görevleri gereği düzenlemeye yetkili oldukları belgelerdeki sahtecilikleri*, belgeyi düzenleyenin kamu görevlisi olması sebebiyle TCK'nın az önce üzerinde durulan 204. maddesinin *ikinci fıkrası* hükmüyle yaptırıma bağlanmış bulunan *resmi belgede sahtecilik* suçu içerisinde değerlendirilmektedir.⁹

⁹ Kamu görevlisi olmaları halinde bu kişiler benzer şekilde Almanya'da da resmi belgede sahtecilik suçunun hüküm altına alınmış olduğu § 348 StGB gereği cezalandırılmaktadırlar, bkz. Tröndle/Fischer, § 278, Rn. 1.

ALİ İHSAN
ERDAĞ'IN
TEBLİĞİ

bb. Kamu Görevlisi Olmayan Sağlık Mesleği Mensupları Tarafından İşlenen Belgede Sahtecilik Suçu (TCK m. 210 f. 2 c. 1)

Kamu görevlisi olmayan sağlık mesleği mensuplarının yürüttükleri bu meslekleriyle ilgili olarak düzenledikleri belgelerdeki sahtecilik, TCK kanun koyucusu tarafından giriş kısmında da vurgulandığı gibi resmi veya özel belgede sahtecilik suçları içerisinde değerlendirilmemiş, bunun yerine kanunun 210. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesi hükmüyle bu suçlardan ayrı ve bağımsız bir suç olarak tanımlanmıştır.

Bu düzenlemeye göre; "gerçeğe aykırı belge düzenleyen tabip, diş tabibi, eczacı, ebe, hemşire veya diğer sağlık mesleği mensubu... cezalandırılır."

TCK'nın belgede sahtecilik suçlarına ilişkin hükümleri içerisinde bulunan *bu özel düzenleme* ile kanun koyucu, sağlık mesleği mensuplarının görevlerini yaparlarken düzenledikleri belgelerin önemini vurgulayarak bunlara duyulan güvenin özellikle korunmasını ve bunların resmi makamlar bakımından da ispat gücünün garanti altına alınmasını amaçlamıştır.¹⁰

b. Suçun Nitelikli Hali: Kamu Görevlisi Olmayan Sağlık Mesleği Mensuplarının Haksız Bir Menfaat Karşılığı ya da Kamunun veya Kişilerin Zararına Bir Sonuç Doğurucu Nitelikle İşledikleri Belge Sahtecilik Suçu (TCK m. 210 f. 2 c. 2 ve m. 204 f. 1)

Yukarıdaki hüküm çerçevesinde düzenlenen bu belgenin, kişiye haksız bir menfaat sağlaması ya da kamunun veya kişilerin zararına bir sonuç doğurucu nitelik taşıması halinde ise

¹⁰ Bkz. TCK m. 204/2 gerekçesi; Hakeri, Hakan, *Tıp Hukuku*, Ankara 2007, S. 497.

düzenleyicisi aynı fıkranın *ikinci cümlesi* hükmü gereği resmi belgede sahtecilik hükümlerine göre cezalandırılmaktadır.¹¹

Görülmektedir ki; aynı zamanda kamu görevlisi de olan sağlık mesleği mensuplarının resmi belgede sahtecilik suçundan cezalandırılabilmesi için, gerçeğe aykırı olarak düzenledikleri belgenin, kişiye haksız bir menfaat sağlaması ya da kamunun veya kişilerin zararına bir sonuç doğurucu nitelik taşıması şartı aranmazken kamu görevlisi olmayan sağlık mesleği mensuplarının aynı suçtan sorumlu tutulabilmesi ancak bu sonuçlardan birinin gerçekleşmesi şartına bağlanmıştır.¹²

2. Suçun Kanuni Tanımında Yer Alan Unsurları

a. Suçun Kanuni Tanımında Yer Alan Maddi Unsurları

Burada, bu suçun kanuni tanımında yer alan maddi unsurlarından üzerinde zaten fazla tartışılmayanlardan *fül*, *nedensellik bağlantısı*, *netice* ve *mağdur* ya kısaca incelenecek ya da tamamen inceleme dışı bırakılacak buna karşılık tartışmaya daha açık durumda bulunanlar olarak da *fail* ve *suçun konusu* biraz daha ayrıntılı incelenecektir.

aa. Hareket, Nedensellik Bağlantısı, Netice

Kanunun "*gerçeğe aykırı belge düzenleyen...*" şeklindeki açık ifadesi karşısında kabul etmek gerekir ki; belgenin, madde metninde sayılan kişilerce gerçeğe aykırı olarak düzenlenmesi suçun tamamlanmış sayılması için yeterlidir.

¹¹ Bu durumun resmi belgede sahtecilik sayılmasının nedeni, "*meslek mensuplarına olan güvenin sarsılması ve kamu hizmetinin ağır bir şekilde aksamasıdır*", bkz. Soyaslan, S. 415.

¹² Bkz. Hakeri, S. 501.

Gerçeğe aykırı olarak düzenlenmiş böyle bir belgenin, her hangi bir kimsenin işine yarayıp yaramadığının, eğer yarıyorsa da bu kimsenin kim olduğunu ve nihayet bu belgenin gerçekten de kullanılıp kullanılmadığının suçun tamamlanması açısından her hangi bir önemi yoktur.

Ancak "düzenlemek" hususundaki tartışmaya girmeden önce "gerçeğe aykırılık", yani "sahtelik" konusuna kısaca da olsa değinmek gerekmektedir.

aaa. Gerçeğe Aykırılık: Sahtelik

Gerçeğe aykırılıktan kastedilen, belgenin görünürde belgediği ile bu belgeyle belgelendiği iddia edilen hususun örtüşmemesidir.

Örneğin bir sağlık raporunun sahteliğinden söz edildiğinde, bundan anlaşılan, esaslı tespitlerin, mesela bulguların, belirli bir muayenenin yapılmasının, raporun fiili esaslarının gerçekte veya tıp biliminin tanınan esaslarıyla uyuşmamasıdır. Bir raporun belirtilen bu hususlara ilişkin olarak içerdiği yanlış bilgiler hastanın genel sağlık durumunun değerlendirilmesindeki isabete rağmen bu raporun sahteliğini sonuçlar.¹³ Zira bu raporu düzenleyen hekimin, bu raporun bütünüyle değil de her hangi bir yönüyle gerçekte örtüşmediğini bilmesi ve bunu da istemesi sahteliğin kabulü için kafidir.

Muayene yapmadan düzenlenen bir rapor ile yapılan muayene üzerine ama gerçeğe aykırı olarak düzenlenen bir rapor arasında, bunların ispat değerleri bakımından bir fark bulunmadığından, bir hekimin kendisini görmeden veya görmüş olsa bile muayene etmeden bir hastanın sağlık durumu

¹³ Bkz. Hakeri, S. 499 vd.

hakkında rapor düzenlemesi halinde de¹⁴ sahtelik söz konusudur.¹⁵

“Gerçek durumla örtüşme zorunluluğu” sadece hastalık veya hastanın sair sağlık durumuna ilişkin hususlarla sınırlı olmayıp düzenlenen belgenin tüm unsurları açısından geçerlidir. Bu yüzden, örneğin hekimin özel muayenehanesinde doldurulan bir reçetenin bu hekimin çalıştığı hastanede onaylatılması fiiliyle de bu suç işlenmiş sayılır.¹⁶

Buna karşılık, hekimlerin bilgi, tecrübe ve ciddi çabaları neticesinde hastaları hakkında ulaştıkları teşhislerinin ve bu teşhislerine dayanarak kendileri hakkında düzenlemiş oldukları rapor veya sair belgelerin, bu hekimlerin subjektif kanaatlerini yansıttığı ve hastalığın durumunun da zaten zamanla değişebileceği gerçeği karşısında, bir hekim tarafından hazırlanan bir sağlık raporunun aksi yönünde bir başka raporun gerek eş zamanlı bir başka hekimce veya bir müddet sonra aynı hekim tarafından düzenlenmesi halinde belgede sahtecilikten söz edilemeyeceği açıktır.¹⁷

Aynı sebepten ama yine tıbbın bilinen esaslarına uyulmuş olmak kaydıyla “yanlış teşhis”in de cezalandırılmayacağı belirtilmelidir.

bbb. Düzenlemek: Düzenleme, Verme, Kullanma ya da Hazırlama, Verme, Kullanma

Zaten kanunun, yukarıda da işaret edilen açık ifadesinden bulunduğu güçlü destekten ötürü fazlaca itiraza açık olmayan ve *bu suçun, her hangi birine verilmiş olmasına gerek olmaksızın bir*

¹⁴ Böyle düzenlenen bir raporda tespiti yapılan hastalık veya sair sağlık durumu gerçek olsa bile bu suçtan söz edilebileceği konusunda bkz. Erman/Özek, S. 630, Hakeri, 500.

¹⁵ Bkz. Hakeri, S. 500 ve orada belirtilenler.

¹⁶ Aynı yönde Hakeri, S. 500.

¹⁷ Aynı yönde Hakeri, S. 501.

ALİ İHSAN
ERDAĞ'IN
TEBLİĞİ

belgenin gerçeğe aykırı olarak düzenlenmesiyle tamamlanmış olduğunu kabul eden hakim görüşe¹⁸ karşılık, 765 sayılı TCK'nın konuya ilişkin düzenlemesi olan 354. maddesinin *birinci fıkrası* hükmünde kullanılan "... gerçeğe aykırı olarak verir ise..." şeklindeki ifadesi düşünüldüğünde, kanun koyucunun, acaba bu suçu tamamlanmış saydığı aşamayı biraz öne mi çektiği, eğer böyleyse, bu kısmın ara başlığında da belirtilen *düzenleme-verme-kullanma* silsilesinde suçun tamamlanmış sayılacağı aşama olarak hangi safhaya önem yüklediği sorusu akla gelebileceğinden dolayı ve belgenin, kendisini meydana getiren kişinin belirli bir beyanını içerdiği¹⁹ kabulünden de hareketle ifade etmek gerekir ki; yazılmış olmakla birlikte, yazanı tarafından henüz kendisi dışında birine verilmemiş olan bir belge henüz söylenmemiş söz gibidir, sorumluluk doğurmaması gerekir.

Gerçekten de kendisini hazırlayan sağlık mesleği mensubunun hukuki ve/veya fiili hakimiyet sahasından henüz çıkmamış, yani kendisi dışındaki bir kimseye henüz verilmemiş bir belgenin düzenlenmiş bir belge olduğunu güçtür. Hatta bu şey, düzenleyicisinin bu yöndeki irade beyanı halihazırda dışa yansımamış olduğundan henüz belge bile değildir.

Bir başkasına verilmiş olmalı ki; bu şey, düzenleyicisi ve alıcısı dışındakilerce de algılanabilsin ve böylece de değerlendirilebilsin.

Aslında bütün mesele "*düzenleme*" kelimesine yüklenecek anlamla alakalıdır.

Düzenleme meselesini, o belgeyi hazırlamak, yazıp imzalamak olarak değil de hazırlayıp vermek şeklinde algılamak daha isabetli olacaktır.²⁰

¹⁸ Bkz. Hakeri, S. 499, 500; Tröndle/Fischer, § 278, Rn. 3.

¹⁹ Bkz. Tezcan/Erdem/Önok, S. 629.

²⁰ Matematiksel olarak ifade etmek gerekirse; düzenleme = hazırlamak (yazmak+imzalamak) + vermek.

Zira kanun koyucunun bu yasağı koyarken takip ettiği amaç ya da bir başka ifadeyle kanun koyucunun buradaki yasaklamayla ulaşmak istediği hedef sağlık mesleği mensuplarının gerçeğe aykırı bir belgeyi düzenleyip bunu başkalarının kullanımına sunmak suretiyle bu konuda kendilerine tek düzenleyici olarak duyulan kamusal güvenin sarsılmasını önlemektir.

Ancak yine de birbirinden *tamamen farklı iki örnek* olarak kendisinden, yaklaşan sınavlarına gereği gibi hazırlanamadığından bahisle bunlara değil de bunların mazeretlerine katılabilmesinin temini için bir *"hatır"* raporu vermesini talep eden tanıdığı bir öğrencinin bu isteğini geri çeviremeyen, ancak bunu, örneğin o anki yoğunluğundan dolayı daha sonra yapabileceğini söyleyen ve uygun zamanında da bunu hazırlayıp çalışma masasının üzerine veya çekmecesine bırakmış olan bir hekimin, daha sonradan, öğrenci de henüz kendisine dönmemişken, bu yaptıklarının çok da uygun olmadığını düşünerek bundan vazgeçmiş olmakla birlikte, bu belgenin tam da bu sırada, imhasından hemen önce her hangi bir şekilde ceza takip organlarının eline geçmiş olabileceği örneğinde *"düzenleme"*yi, yani suçu henüz muhatabına verilmemiş bile olsa bu belgenin hazırlanmış olmasıyla tamamlanmış saymakla hekimin burada karşı karşıya kalacağı durum, işlenmesi kararlaştırılmış her hangi bir *"ciddi"* suç çerçevesinde ya da en azından haksız bir menfaat karşılığında hazırlanmış olmakla birlikte henüz alıcısına teslim edilmemiş bir belgenin, bu suç veya başkaca bir suç dolayısıyla yürütülmekte olan bir soruşturma çerçevesinde yine ceza takip organlarınca ele geçirilmiş olması örneğinde *"düzenleme"*nin, yani suçun hazırlanmış olan bir belgenin ancak muhatabına verildikten sonra tamamlanmış sayılmasında hekime sağlanacak avantajla karşı karşıya getirildiğinde, bu konuda bir genellemeye gidilirken kuşkusuz çok dikkatli olunmasının gerekliliği açıkça göz önüne serilmektedir.

bb. Fail

Üzerinde durduğumuz suçun faili ancak *sağlık mesleği mensupları* olabilirler.

Kanun koyucunun, TCK'nın 210. maddesinin ikinci fıkrasının *birinci cümlesi* hükmünde kullanmış olduğu "*tabip, dış tabibi, eczacı, ebe, hemşire veya diğer sağlık mesleği mensubu*" şeklindeki saymayı, bu suçun tabipler, dış tabipleri, eczacılar, ebeler ve hemşirelerin *yanı sıra* diğer sağlık mesleği mensupları tarafından da işlenebileceği şeklinde anlamak yerine, bir başka anlatımla bir tarafa "*veya*"dan önce sayılanları diğer tarafa ise "*diğer sağlık mesleği mensuplarını*" koymak yerine, bunun bir meslek grubunun tanımı olduğunu ve "*veya diğer sağlık mesleği mensubu*" ifadesinden önce sayılanların sadece bu meslek grubuna dahil olanlara örnek olarak gösterildiklerini ve dolayısıyla da bu suçun sağlık alanında çalışan *tüm sağlık mesleği mensupları* tarafından işlenebileceğini kabul etmek daha isabetlidir.²¹

Asıl sorun, madde metninde sayılanların veya burada tek tek sayılmamış olsalar bile tüm sağlık mesleği mensuplarının²² *acaba sağlık alanındaki tüm belgeleri düzenlemeye yetkili olup olmadıkları sorunudur*. Zira belgede sahtecilik suçunu işleyen bir sağlık mesleği mensubunun TCK'nın hangi hükmü gereği, yani burada üzerinde durduğumuz ve yaptırımı diğerlerine nazaran nispeten daha hafif olan 210. maddesinin *ikinci fıkrası* hükmü gereği mi yoksa gerek düzenleyicilerin statüsü gerekse belgelerin niteliklerine göre resmi veya özel belgede sahteciliği yaptırım altına alan hükümleri gereği mi cezalandırılacağı meselesi de bu sorunun çözümüne bağlıdır.

Bilindiği gibi *her sağlık mesleği mensubu sağlık alanında karımıza çıkabilecek her türlü belgeyi düzenlemeye yetkili değildir*.

²¹ Kanuni tanım için bkz. yukarıda dipnot 5.

²² Sağlık memurları ve teknisyenler "*diğer sağlık mesleği mensubu*"na örnek olarak anılabilir, bkz. Hakeri, S. 499.

Örneğin, hukuk düzenimizde *sağlık raporu düzenlemeye* ya da konuya ilişkin düzenlemeyi içeren 1219 sayılı²³ Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunu'nun 13. maddesi hükmünde kullanıldığı ifadesiyle "*bir şahsın ahvali bedeniye ve akliyesi hakkında rapor tanzimine münhasıran bu kanunla icrayı sanata salahiyeti olan tabipler mezundur.*"

Bu yüzden yeri gelmişken ifade etmek gerekir ki; "*hastalık raporlarını verecek hekim ve resmi sağlık kurulları*"nı düzenleyen 2. maddesinin ikinci fıkrası hükmüyle *sağlık memuru, hemşire ve ebelere de, bizim de karşı çıkmadığımız en azından anlaşılabilir*²⁴ bulduğumuz bir şekilde "*resmi ve özel hekim bulunmaması ve hastanın tıbbi sebeplerle veya ulaşım şartlarının elverişsizliği yüzünden hekim veya sağlık kurulu olan bir yere gönderilememesi halinde... memurun hasta olduğunu ve bir hekim tarafından muayene edilmesinde zaruret bulunduğunu gösteren hastalık belgesi*" düzenleyebilme imkanı sağlayan Memurların Hastalık Raporlarını Verecek Hekim ve Sağlık Kurulları Hakkında Yönetmeliğin²⁵ bunu aşarak "*hastalık izni süreleri*" başlıklı 3. maddesi hükmüyle benimsediği, son sayılan sağlık mesleği mensuplarının da düzenleyecekleri *hastalık raporlarında; 2. maddenin ikinci fıkrası hükmünde belirtilen hallerde 7 güne kadar hastalık izni verilmesine lüzum gösterebileceklerine ilişkin düzenleme* 1219 sayılı kanunun bu 13. maddesi hükmüne aykırıdır.²⁶

Gerçi Jandarma Teşkilatı Görev ve Yetkileri Yönetmeliği'nin²⁷ "*yakalanan kişiye uygulanacak işlem*"i düzenleyen 30. maddesinin ikinci fıkrası hükmüne göre de bazı hallerde tabipler dışındaki sağlık mesleği mensuplarına bir rapor düzenleme yetkisi verilmiştir. Gerçekten de anılan düzenlemeye göre "*yakalanan kişilerden gerekenlerin, sarhoşluğunun ve derecesinin uyuşturucu madde veya alkol tutkunlarının du-*

²³ 11.04.1928 kabul ve 14.04.1928 (RG: 863) yayım tarihli.

²⁴ Bkz. Hakeri, S. 498.

²⁵ Yayınlandığı Resmi Gazete: 06.02.1981 tarihli ve 17243 sayılı RG.

²⁶ Aynı yönde Hakeri, S. 499.

²⁷ Yayınlandığı Resmi Gazete: 17.12.1983 tarihli ve 18254 sayılı RG.

ALİ İHSAN
ERDAĞ'IN
TEBLİĞİ

rumun saptanmasında: resmi tabibe, resmi tabip yoksa özel tabibe başvurularak gerekli rapor sağlanır. O yerde tabip yoksa yardımcı sağlık personelinin birinin gözlem raporu yeterlidir.” Ancak dikkat edilirse burada sözü edilen rapor bir hastalık veya sağlık raporu değil, sadece bir gözlem raporudur ki bu da kanuna aykırı değildir.²⁸

Sonuç olarak, her bir sağlık mesleği mensubunun alanındaki diğerlerinden bağımsız olarak, mevzuat gereği sadece kendisinin düzenlemeye yetkili olduğu bir belgenin düzenlenmesinde sahtecilik yapması halinde TCK'nın 210. maddesinin *ikinci fıkrası* hükmü gereği cezalandırılacağı, yani tabir yerindeyse bu avantajdan yararlandırılacağı, aksi haldeyse, yani kendisinin değil de mevzuat gereği yine alanındaki diğer sağlık mesleği mensuplarının düzenlemeye yetkili oldukları bir belgenin düzenlenmesinde sahtecilik yapması halindeyse kamu görevlisi olması veya bu belgenin bir resmi belge olması koşuluyla TCK'nın 204. maddesi hükmü gereği ve nihayet kamu görevlisi olmamasının yanı sıra ilgili belgenin de bir özel belge olması durumunda da TCK'nın 207. maddesi hükmü gereği cezalandırılması gerektiği bir kez daha vurgulanmalıdır.

cc. Suçun Konusu

Üzerinde durduğumuz suçun konusu belgedir.

5237 sayılı yeni TCK'yla ilk kez bir kanuni terim olarak, 765 sayılı TCK'da Arapça “yazılmış kağıt, kitap yaprağı” anlamına gelen “*varak*” kelimesinin çoğulu olarak kullanılmış olan “*evrak*” terimini karşılayacak şekilde tercih edilen “*belge*” kelimesi kanunda tanımlanmış değildir.

Bununla birlikte TCK'nın 204. maddesinin gerekçesinde belgenin, eski dilimizdeki “*evrak*” kelimesi karşılığında kullanıl-

²⁸ Aynı yönde Hakeri, S. 499, dipnot 1.

makta olduğu, yazılı kağıt anlamına geldiği, bu bakımdan da yazılı kağıt niteliğinde olmayan bir şeyin,²⁹ ispat kuvveti ne olursa olsun, belge niteliği taşımadığı ifade edilmektedir.

Yargıtay tarafından "hukuki bir hüküm ifade eden, bir hakkın doğmasına, bir olayın kanıtlanmasına yarayan yazılar" olarak tanımlanmış³⁰ olan evraktan (=varakadan=belgeden) hukuk terminolojisinde "olayları nakleden veya irade beyanlarını içeren ve bir kimse tarafından oluşturulan her türlü yazılı kağıt" anlaşılmaktadır.³¹

Belgeye ilişkin olarak, ceza hukukumuz anlamında söylenmesi gereken belki de en önemli husus, bir şeyin, belgede sahtecilik suçlarının konusu olabilmesi için bünyesinde üç unsurun zorunlu olarak barındırması gerektirdiğidir: Yazıllık, bir içeriğe sahip olmak ve düzenleyicisinin belli olması.

Uygulamada karşımıza, ulusal ve uluslararası mevzuat çerçevesinde sağlık mesleği mensuplarının düzenlemeye yetkili oldukları çok değişik belgeler çıkabilmektedir.

Hastalık raporu, sağlık raporu, hamilelik belgesi, doğum raporu, ölüm raporu, sürücü muayene raporu, alkol veya uyuşturucu madde tüketimine ilişkin rapor, gözlem raporu, hastalık belgesi, hastalık izni verilmesine lüzum gösterilebilmesine ilişkin belge vs.

²⁹ TCK'nın 204. maddesinin gerekçesinde araç plakalarının da resmi belge olarak kabul edilmesi gerektiğini desteklemek için ifade edilen "her ne kadar, belgeden söz edilen durumlarda yazılı bir kağıdın varlığı gerekli ise de; bazı durumlarda belgenin varlığını kabul için, yazının kağıt üzerinde bulunması gerekmez" şeklindeki görüşün, sadece orada işaret edilen "üzerine yazı yazılması halinde metal levhaların da" belge olarak kabul edilmesi hallerinde ve sadece resmi belgelerde değil tüm belge çeşitlerine uygulanacak şekilde genişletilerek kabul görmesi daha uygun olacaktır, aynı yönde Artuk/Gökçen/Yenidünya, S. 406.

³⁰ Bkz. Yargıtay 6. CD, 04.07.1983, 2707/3846 (Çetin, Erol/Malkoç, İsmail, Uygulamada Sahtekarlık Suçları, Bilgisayar Suçları, Tebligat Suçları Ve İlgili Mevzuat, Ankara 1995, S. 130, dn. 120).

³¹ Bkz. Artuk/Gökçen/Yenidünya, S. 406, dn. 124, 127; Erem, Faruk/Toroslu, Nevzat, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 8. Baskı, Ankara 2000, S. 252.

ALİ İHSAN
ERDAĞ'IN
TEBLİĞİ

Belirtmek gerekir ki; burada sayılanlar bunların önemli olanları değildir, sadece ilk sayıya akla gelenleridir.³²

Burada ne bunların tümünü tek tek saymaya ne de sayı-
lanları tek tek tanımlamaya gerek vardır.

Zira kanunun belgeler arasında her hangi bir ayırım yap-
mayan düzenlemesi karşısında³³ üzerinde durduğumuz suç
tipi bakımından *önemli olan tek husus* adı ne olursa olsun *sadece*
sağlık alanında düzenlenebilen bir belgenin yine sağlık mesleği
içindeki rolü ne olursa olsun bu alanda çalışan ve ilgili belgeyi
düzenlemeye de yetkili olan biri, yani *sadece bir sağlık mesleği*
mensubu tarafından düzenlenmesi meselesidir.

Ancak düzenlenen belgenin sağlık alanında düzenlenen,
yani insan sağlığı ile ilgili bir belge olması gerekmektedir.
Sağlık mesleği mensubu olarak, örneğin bir hekimin düzen-
lediği belgelerin tümü sağlıkla ilgili olamayabilmektedir. Bir
hekimin, örneğin bir tıp fakültesi veya sağlık okullarından
her hangi birinin ya da bir başka alanın bir öğrencisi için, bu
öğrencinin belli bir süre staj, yaz çalışması veya başkaca bir
şekilde eğitim amaçlı olarak yanında ve gözetiminde bulun-
duğunu gerçek duruma aykırı olarak belgeleyerek gösterme-
si, burada üzerinde durduğumuz suç tipi içerisinde değerlendirilemeyecek,
ancak belgede sahtecilik suçuna ilişkin diğer
genel düzenlemeler çerçevesinde ele alınabilecektir.

b. Suçun Kanuni Tanımında Yer Alan Manevi Unsuru

İnceleme konumuz olan suçun kanuni tanımında yer alan
manevi unsuru kasttır.

³² Örneğin hastalık raporu ve sağlık raporlarının tanımları için bkz. Hake-
ri, S. 497.

³³ Hakeri'nin de haklı olarak ifade ettiği gibi, bkz. S. 498, 765 sayılı TCK
döneminde yasal düzenleme kapsamındaki belgeler üzerine yapılan tar-
tışmanın bu yeni düzenleme karşısında artık bir önemi kalmamıştır.

Yani sağlık mesleği mensupları tarafından işlenebilecek olan belgede sahtecilik suçu *sadece kasten* işlenebilir.³⁴

Bu kast da, TCK'nın kastı tanımlayan 21. maddesinin *birinci fıkrası* hükmü gereği, *suçun kanuni tanımındaki maddi unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir*.

Failin kastının kapsamını bu suçun temel şekliyle nitelikli haline göre ayrı ayrı tespitte yarar vardır:

aa. Suçu Temel Şekli; Sadece "Düzenleme":
TCK m. 210, f. 2, Cümle 1

Bu hükmün uygulanabilmesi için ilgili belgeyi düzenleyen sağlık mesleği mensubunun, bu belgeyi gerçeğe aykırı olarak düzenlediğini *bilmesi* ve bunu da *istemesi* gerekli ve *yeterlidir*.

Düzenleyicinin düzenlediği bu belgeyi düzenlerken belirli ve kendince *haklı* veya her hangi bir *haksız amaç* takip etmiş olması TCK'nın 210. maddesinin *ikinci fıkrasının birinci cümlesiyle* hüküm altına alınmış bulunan suçun işlenmiş sayılması için *zorunlu değildir*.³⁵

Sağlık mesleği mensubu, aslında gerçeğe aykırı olarak düzenlediği bir belgeyi, bunun gerçeğe uygun olduğunu sanarak böyle yaptıysa yanılma durumu söz konusu olacağından cezalandırılmayacaktır.³⁶

Yeri gelmişken ifade etmek gerekir ki; bir hekimi yanılarak gerçeğe aykırı bir rapor düzenlemesine neden olan bir hastanın dolaylı fail olarak cezalandırılması gerekmektedir.³⁷

³⁴ TCK'nın "taksir" i tanımlayan 22. maddesinin birinci fıkrası hükmü gereği "taksirle işlenen fiiller, sadece kanunun bunu açıkça belirttiği hallerde cezalandırılacağına" ve kanunda da bu suçun taksirle işlenmiş şekline ilişkin her hangi bir düzenleme bulunmadığına göre bu suçun taksirle işlenmiş şekli cezalandırılmayacaktır.

³⁵ Bkz. Hakeri, S. 499.

³⁶ Bkz. Hakeri, S. 501.

³⁷ Aynı yönde Hakeri, S. 499.

**bb. Suçun Nitelikli Hali;
Haksız Bir Menfaat Sağlaması veya Kamunun veya
Kişilerin Zararına Bir Sonuç Doğurucu Nitelik:
TCK m. 210, f. 2, Cümle 2**

Düzenleyicinin bu sahteciliği örneğinin kendisi veya bir başka kimse lehine bir haksız yarar sağlamak amacıyla yapmış olması hali, kanunun 210. maddesinin *ikinci fıkrasının ikinci cümlesi* hükmü çerçevesinde “düzenlenen belgenin, kişiye haksız bir menfaat sağlaması ya da kamunun veya kişilerin zararına bir sonuç doğurucu nitelik taşıması hali” anlamına gelebilir ki bu da resmi belgede sahtecilik hükümlerine göre cezalandırılmaktadır.

3. Suça İştirak

Yukarıda da daha önce birden fazla defa ifade edildiği gibi, sadece sağlık mesleği mensupları tarafından işlenebilen belgede sahtecilik suçu bir *özü* (=mahsus) suçtur.

TCK'nın “bağlılık kuralı”nı düzenleyen 40 maddesinin *ikinci fıkrası* hükmü gereği de “*özü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir. Bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulur.*”

Bu düzenlemeye göre, burada üzerinde durduğumuz suç, sadece sağlık mesleği mensupları tarafından işlenebilen bir suçtur.

Bu suçun bir sağlık mesleği mensubu tarafından işlenişine *iştirak eden sağlık mesleği mensubu olmayanlar* ancak azmettiren (TCK m. 38) veya yardım eden (TCK m. 39) olarak sorumlu tutulabileceklerdir.

Buna karşılık sağlık mesleği mensubu olmayan biri bu “suçun kanuni tanımında yer alan *füli* -bir sağlık mesleği men-

subuyla- birlikte gerçekleştirirse" sağlık mesleği mensupları tarafından işlenen belgede sahtecilik suçunun faili olarak sorumlulu tutulacaktır (TCK m. 37, f. 1).

Bu suçun birden fazla sağlık mesleği mensubu tarafından beraberce işlenmesi halinde, örneğin gerçeğe aykırı bir sağlık kurulu raporu verilerek işlenmesi halinde, suça iştirak hükümleri uygulanarak bu kurula dahil bulunanlardan her biri bu suçun işlenmesine "iştirak iradesi" çerçevesinde katılmış olmak şartıyla müşterek fail olarak cezalandırılacaktır.

Sağlık mesleği mensupları tarafından işlenen bir belgede sahtecilik suçuna aracılık edenler de yine suça iştirak hükümleri çerçevesinde cezalandırılacaklardır.

Nihayet, bir özgü suç olarak sadece sağlık mesleği mensupları tarafından işlenebilen bu suçun kanuni tanımındaki fiili kendi başına gerçekleştiren, yani bu suçu kendi başına işleyen bir sağlık mesleği mensubu olmayan kişiye ilgili belgenin niteliğine göre özel veya resmi belgelerde sahteciliğe ilişkin hükümlere göre cezalandırılacaktır.

4. İçtima

765 sayılı TCK'nın konuya ilişkin düzenlemelerinden farklı olarak yeni TCK 212. maddesinde içtima hakkında özel bir hüküm içermektedir.

Uygulamada ortaya çıkmış olan bir takım tereddütleri de giderdiği için³⁸ yerinde olan bu düzenlemeye göre "sahte resmi veya özel belgenin bir başka suçun işlenmesi sırasında kullanılması halinde, hem sahtecilik hem de ilgili suçtan dolayı ayrı ayrı cezaya hükmolunur."

Üzerinde durduğumuz suçun diğer suçlarla içtimana ilişkin olarak işaret edilmesi gereken diğer bir önemli husus

³⁸ Bkz. Artuk/Gökçen/Yenidünya, S. 427.

ALİ İHSAN
ERDAĞ'IN
TEBLİĞİ

da bu suçun, TCK'nın 210. maddesinin *ikinci fıkrasının ikinci cümlesi* hükmündeki nitelikli haline de vücut verecek şekilde bir menfaat karşılığında işlenmiş olması halinde, aynı zamanda örneğin rüşvet suçu da söz konusu olabileceğinden failin *hem* nitelikli halden *hem de* ortaya çıkan bu diğer suçtan *birlikte* sorumlu tutulabileceğidir.³⁹

5. Muhakeme Usulü

a. Soruşturma

Kamu görevlisi olmayan sağlık mesleği mensuplarının belgede sahtecilik suçunun temel şeklini (TCK m. 210 f. 2 c. 1) veya bunun *"kişiye haksız bir menfaat sağlaması ya da kamu- nun veya kişilerin zararına bir sonuç doğurucu"* mahiyette olması şeklindeki nitelikli halini (TCK m. 210 f. 2 c. 2 ve m. 204 f. 1) işlemiş olabilecekleri iddiası karşısında, Cumhuriyet Savcıları bunu doğrudan soruşturabileceklerdir.

Buna karşılık kamu görevlileri tarafından işlenen belgede sahtecilik suçu (TCK m. 204 f. 2), 3628⁴⁰ sayılı kanunun 4483⁴¹ sayılı kanunla kamu görevlileri için öngörülmüş bulunan özel yargılama usulüne istisna getiren 17. maddesi hükmünde sayılmış bulunan suçlardan olmadığı için, aynı zamanda kamu görevlisi de olan sağlık mesleği mensuplarının bu suçu işlemiş olmak şüphesi altında bulunmaları halinde, Cumhuriyet

³⁹ Bkz. Hakeri, S. 499.

⁴⁰ 19.04.1990 kabul, 04.05.1990 (RG: 20508) yayım tarihli ve 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu'nun "soruşturma" başlıklı 17. maddesinin 12.12.2003 tarihli ve 5020 sayılı kanunun 12. maddesi hükmüyle değiştirilmiş bulunan birinci fıkrası hükmü gereği "bu kanunda ve 18.06.1999 tarihli ve 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nda yazılı suçlarla, irtikâp, rüşvet, basit ve nitelikli zimmet, görev sırasında veya görevinden dolayı kaçakçılık, resmî ihale ve alım ve satımlara fesat karıştırma, devlet sırlarının açıklanması veya açıklanmasına sebebiyet verme suçlarından veya bu suçlara iştirak etmekten sanık olanlar hakkında 02.12.1999 tarihli ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümleri uygulanmaz."

⁴¹ Tam adı ve kabul tarihi bir önceki dipnotta anılan bu kanun 04.12.1999 tarihli ve 23896 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

savcılarını doğrudan soruşturma yapamayacaklar, anılan kanun gereği, bundan önce izin prosedürünü işleteceklerdir.

ALİ İHSAN
ERDAĞ'IN
TEBLİĞİ

b. Kovuşturma

Kovuşturmaya yetkili ve görevli mahkeme ise; kamu görevlisi olmayan sağlık mesleği mensupları tarafından işlenen belgede sahtecilik suçunun temel şeklinde (TCK m. 210 f. 2 c. 1) Sulh Ceza Mahkemesi, bu suçun, kanunda "*kişiyeye haksız bir menfaat sağlaması ya da kamunun veya kişilerin zararına bir sonuç doğurucu*" mahiyette olması şeklinde tanımlanan nitelikli halinde (TCK m. 210 f. 2 c. 2 ve m. 204 f. 1) Asliye Ceza Mahkemesi ve nihayet aynı zamanda kamu görevlisi de olan sağlık mensuplarının belgede sahtecilik suçunu işlemesi halinde de (TCK m. 204 f. 2) Ağır Ceza Mahkemesidir.⁴²

⁴² Tek bir hüküm içerisinde, TCK'nın 204. maddesi hükmüyle yaptırım altına alınmış bulunan "resmi belgede sahtecilik" suçunun, bu maddenin birinci ve ikinci fıkraları hükümlerinde düzenlenmiş bulunan birbirinden farklı şekillerinin kovuşturulması hususundaki, aslında aynı maddenin üçüncü fıkrası hükmündeki nitelikli hal karşısında ve mahkemelerimizin yargılama görev ve yetkileri konusunda ülkemiz Ceza ve Ceza Muhakemesi hukukumuzda benimsemiş olduğumuz sistem gereği zaten daha başlangıçta yapılmış olması gereken bu ayırım, 26.09.2004 kabul, 07.10.2004 (RG: 25606) yayım tarihli ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunu'nun "Ağır Ceza Mahkemesinin Görevi"ni düzenleyen 12. maddesi hükmünde bulunan "resmi belgede sahtecilik (m. 204)" ibaresinin 11.05.2005 kabul, 18.05.2005 (RG: 25819) yayım tarihli ve 5348 sayılı kanunun 3. maddesi hükmüyle "resmi belgede sahtecilik (m. 204/2)" olarak değiştirilmesi suretiyle yapılmıştır. Bu çalışmanın konusunu doğrudan doğruya ilgilendirmemekle birlikte, aslında tek bir suç tipinde, olayın oluş şekline ve/veya failine göre, ülkemizdeki yargılamaya genel olarak görevli ve yetkili her üç mahkemenin de bazen kovuşturma yapabileceği burada bir kez daha görülmüşken ifade etmek gerekir ki; mahkemelerimizin kovuşturma ile yetkilendirilmeleri ve görevlendirilmeleri hususundaki sistem tercihimizde, kabul edilmiş mevcut usulümüz gibi yaptırımın miktarı veya süresinden hareket etmek yerine, suçların yapısına dayalı bir model belirlemenin yalnızca "beyin" tasarrufu sağlamakla kalmayarak aynı zamanda beraberinde uzmanlaşmayı da getireceği kuşkusuzdur.

6. Suçun Yaptırımı

Sağlık mesleği mensuplarının işlemiş oldukları belgede sahtecilik suçunun temel şeklinin yaptırımı üç aydan bir yıla kadar hapis cezası (TCK m. 210 f. 2 c. 1), gerçeğe aykırı olarak *“düzenlenen belgenin kişiye haksız bir menfaat sağlaması ya da kamunun veya kişilerin zararına bir sonuç doğurucu nitelik taşımasıyla”* dönüştüğü nitelikli hali *“resmi belgede sahtecilik hükümlerine göre”* cezalandırılacağından iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasıdır (TCK m. 210 f. 2 c. 2 ve m. 204 f. 1).

Buna karşılık bu suçu işleyen sağlık mesleği mensubu aynı zamanda kamu görevlisi ise, yaptırım bu sefer *üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezasıdır* (TCK m. 204 f. 2).

Aynı zamanda kamu görevlisi olan sağlık mesleği mensubunun işlemiş olduğu resmi belgede sahtecilik suçunun konusu olan *“resmi belgenin, kanun hükmü gereği sahteliği sabit oluncaya kadar geçerli olan belge niteliğinde olması halinde, verilecek ceza”*nın TCK'nın, bu nitelikli hali hüküm altına alan 204. maddesinin *üçüncü fıkrası gereği “yarısı oranında”* arttırılacağı da unutulmamalıdır.

Son olarak burada üzerinde durduğumuz suçun her üç halinde de *“bir hukuki ilişkiye dayanan alacağın ispatı veya gerçek bir durumun belgelenmesi amacıyla işlenmesi halinde, verilecek cezanın”* TCK'nın belgede sahtecilik suçlarında *“daha az cezayı gerektiren hal”* olarak düzenlediği 211. maddesi hükmü gereği, *“yarısı oranında indirileceği de”* belirtilmelidir.

III. Uygulamadan Bazı Örnekler

Özellikle suçun manevi unsuru, yani kast bakımından uygulamada pek çok sorun çıkabilmektedir.⁴³ İşte bu yüzden,

⁴³ Yargıtay bir kararında, 765 sayılı TCK uygulamasında, *“devlet hastanesi hekimi sanığın, alkolmetre cihazıyla ölçümü ve yönetime uygun bir muayene yapmadan, gönderilen kişinin “alkolsüz” olduğuna ilişkin yasal soruşturmaya*

çalışmanın bu son bölümünde bunların, yalnızca bazı önemlilerin de olsa üzerinde durmakta yarar vardır.

ALİ İHSAN
ERDAĞ'IN
TEBLİĞİ

Sorun 1: Hatır Raporu

Günlük yaşamımızda hekimlerin yaygınlıkla düzenledikleri bilinmesine rağmen ceza hukuku uygulamasında gerek ülkemizde gerekse başka ülkelerde cezalandırıldığına hemen hiç rastlanmayan⁴⁴ hatır için düzenlenen raporlar çerçevesinde çok değişik ihtimaller ve örnekler akla gelebilmektedir.

Ancak bunları, uygulamada sıkça karşımıza çıktıkları şekliyle birkaç grupta toparlamak mümkündür:

i. Olumlu hatır raporları: Bir hekim, tanıdığı (veya tanımadığı) kamu görevlisi olan (veya olmayan) birinin isteği üzerine, kendisi (veya bir başkası) için, ilgilinin hasta olmadığını bilmesine rağmen, bir hastalık (veya istirahat) raporu düzenler (kamu görevlisi olan bir memura veya özel hukuk ya da iş hukuku çerçevesinde çalışan bir işçiye, sınavlarına o anda girmek istemeyip veya bu sınavlarına o anda giremeyeceğini düşünüp bunların mazeretlerine girmeyi planlayan bir öğrenciye ya da katılmasının zamanı geldiği askerlik hizmetine bir müddet sonra katılabilmesi için bir asker adayına verilen raporlar buna örnek olarak gösterilebilir).

ii. Olumsuz hatır raporları: Bir hekim, tanıdığı (veya tanımadığı) kamu görevlisi olan (veya olmayan) birinin isteği üzerine, kendisi (veya bir başkası) için, ilgilinin hasta (veya yaralı) olduğunu bilmesine rağmen, sağlıklı olduğuna ilişkin (veya mevcut rahatsızlığı gerçekte olduğundan daha hafif

dayanak oluşturacak adli rapor düzenleme biçimindeki eyleminin” TCK'nın memur olmayan sağlık görevlilerinin eylemlerini düzenleyen 354. maddesi hükmü yerine kanunun görevi ihmal suçunu yaptırım altına alan 230. maddesi hükmü çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir, bkz. 4. CD, 20.04.2005, 15482/3186 (Hakeri, S. 500, dn. 8).

⁴⁴ Bkz. Hakeri, S. 501 ve orada anılan yabancı literatür.

gösterir) bir rapor düzenler (örneğin işkenceye maruz kalmış bir kişi için ilgili kamu görevlilerinin isteği üzerine hazırlanan raporda olduğu gibi).

iii. Bir hekim, hastasını bizzat görüp kendisini muayene etmek yerine, hastasının kendisine telefon etmesi⁴⁵ üzerine bir hastalık (veya istirahat) raporu ya da başkaca bir belge düzenler.

Sorun 2: Sahte Reçete

Gerçeğe uymayan reçete çerçevesinde de çok değişik ihtimaller ve örnekler akla gelebilmektedir.

Ancak bunları da, uygulamada sıkça karşımıza çıktıkları şekliyle birkaç grupta toparlamak mümkündür:

i. Bir hekim, kıramayacağı birinin isteği üzerine veya kendi inisiyatifiyle, bir hasta için ama bu hastadan bir başkasına ait sağlık karnesine reçete düzenler.

ii. Bir hekim, yine kıramayacağı birinin isteği üzerine veya kendi inisiyatifiyle, kendisini görüp muayene etmediği bir hasta için ona veya bir başkasına ait bir sağlık karnesine reçete düzenler.

⁴⁵ Ceza hukuku uygulamasına da konu olmuş bir olay olarak vermiş olduğumuz bu örnekte Oberlandesgericht Frankfurt (Frankfurt Eyalet Yüksek Mahkemesi) hastanın telefon görüşmesinde vermiş olduğu ifadelerle dayanarak kendisine rapor veren hekimin bu fiiliyle sahte rapor, yani belgede sahtecilik suçunu işlediğine hükmetmiştir, bkz. NJW 1977, S. 468 (örnek ve mahkeme kararı Hakeri, S. 500'den alınmıştır). Kararında "hekimin hastasını güvenilir bulması ve şikayetlerini de yeterince ve gerektiği gibi aktarabilme hususunda yetenekli görmesi halinde, bir istisna yapılabileceğine ve telefon görüşmesi suretiyle de teşhis konulabilmesinin mümkün olabileceğine" işaret eden mahkeme, "ancak böyle bir halde, hekimin düzenlediği raporda, bu raporun hastanın mevcut durumu dolayısıyla kendisine gelmesinin mümkün olmamasından ötürü bu telefon görüşmesindeki bilgiler çerçevesinde hazırlandığının belirtilmesi gerektiğini" de ifade etmiştir.

iii. Bir hekim, kendisinin değil de bir çalışma arkadaşının muayene ettiği veya tedavisini yürüttüğü bir hastanın reçetesini kendi ismiyle veya meslektaşının adına, bu son ihtimalde de ya onun yerine geçerek ya da onun yerine olduğunu belirterek düzenler.

Bu ve bunlara benzer sorunların çözümünde meseleyi, üç hususa dikkat ederek ve bunları da birbirinden ayırarak değerlendirilmek gerekmektedir:

aaa. Gerçeğe Aykırı Belge Düzenlemek

Kanun koyucunun, bu suçun temel şeklini yaptırım altına aldığı TCK'nın 210. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesi hükmünde kullanmış olduğu "...düzenleyen..." ifadesi karşısında ama yukarıda "düzenleme-verme-kullanma" konusunda yapılan açıklamalar doğrultusunda bir belgenin gerçeğe aykırı olarak hazırlanıp verilmesiyle, yani düzenlenmesiyle bu suçun temel şekli tamamlanmış olur (hakim fikre göre "verme"nin de gerekmediği hatırlatılmalıdır).

Bu çerçevede yukarıdaki örneklerin tamamında suçun bu temel şeklinin tamamlanmış olduğunu kabul etmek gerekmektedir.

bbb. Düzenlenen Belgenin Kişiyeye Haksız Bir Menfaat Sağlaması

Burada öncelikle tartışılması gereken sorun bu haksız menfaatin kimin lehine sağlanacağı meselesidir. Belgeyi sahte olarak düzenleyen hekim lehine mi yoksa bu belgenin lehine sahte olarak düzenlendiği kişiye mi?

Hemen ifade etmek gerekirse; farketmez.

Gerçi ilk bakışta yapılan bir değerlendirmeye, böyle bir durumda haksız menfaat temin eden sağlık mesleği mensubu açısından zaten rüşvet veya irtikap suçu⁴⁶ söz konusu olabileceğinden, kanun koyucunun burada daha ziyade, bu menfaatin düzenleyici sağlık mesleği mensubu lehine değil de bu belgenin lehine düzenlendiği kişinin yararına sağlanması halini düşünmüş olabileceği akla gelebilmektedir. Ancak kanun koyucunun iradesinin, bu belgenin hatır için böyle düzenlenmemiş olabileceği ihtimali karşısında düzenleyicinin daha şiddetli bir şekilde cezalandırılması olabileceği gözden kaçırılmamalıdır.⁴⁷

Netice olarak bu sahtecilikten, kimin yararına sağlandığının bir önemi olmaksızın her hangi bir kimse lehine bir menfaat sağlanmış olması suçun bu nitelikli halinin tamamlanmış sayılmasına yetecektir.

Ancak hemen belirtmek gerekir ki; bir belgede sahteciliğin söz konusu olması halinde bile hekimin sunmuş olduğu sağlık hizmeti karşılığında aldığı muayene ücreti, kendisi hakkında suçun bu nitelikli halinden sorumluluğu gerektirir bir menfaat olarak değerlendirilmemelidir.⁴⁸

Sağlanmış olan menfaat maddi olabileceği gibi manevi de olabilir. Maddi menfaatin söz konusu olduğu hallerde bunun ölçülebilir olmasının da bir önemi yoktur.

Önemli olan bu menfaatin haksız olarak sağlanmış olmasıdır.

Uygulamada “*çürük raporu*” tabir edilen ve bir kişinin askerlik hizmetinden muaf tutulmasını sağlayan raporların gerçeğe aykırı olarak düzenlenmesi buna örnektir. Zira bu halde menfaatin türü ve miktarı tam olarak belirlenememekle bir-

⁴⁶ Bu konuda bu çalışmanın yukarıdaki “içtima” kısmına da bakılmalıdır.

⁴⁷ Aynı yönde Hakeri, S. 502.

⁴⁸ Aynı yönde Hakeri, S. 502.

likte esasen buna lüzum da yoktur. Bu menfaatin haksızlığı, nitelikli halin uygulanabilmesi için yeterlidir.

Uygulamada öyle durumlar da söz konusu olmaktadır ki; bunların pek çoğunda, lehlerine bir gerçeğe aykırı sağlık belgesi düzenlenmiş olanlar açısından, bu husus bazen esasen bir haksızlık teşkil etmekle birlikte doğrudan veya dolaylı ve yine maddi veya manevi bir menfaat anlamına gelmemekte hatta bazen de bu durum kendilerine bir avantaj sağlamakla birlikte her hangi bir haksızlık da içermeyebilmektedir. Kitasına katılması gereken zamanda katılmamış olan bir erin, izin açığının kapatılması ve böylece de uğraması muhtemel bir cezai takibattan kurtarılması amacıyla muayene edildiği tarihten önceki bir tarih atılarak düzenlenen bir belge anılan ilk hale, kendisini yeterince hazır hissetmediği sınavlara aldığı bir sahte rapora dayanarak katılmayıp bunun yerine zaten katılmak zorunda olduğu mazeret sınavlarına giren öğrencinin durumu ise ikinci hale örnek olarak gösterilebilir.

Ancak bu durumlar ki böyle durumlarda suçun temel şekli olan "*gerçeğe aykırı düzenleme*"nin, yani sahteciliğin yapılmış olduğu, bunun da ötesinde böyle durumların kişiye bir avantaj, hatta bazen bir haksız durum sağladıkları açık olmakla birlikte, kanun "*haksız bir menfaat sağlanması*"ndan söz ettiğinden nitelikli halin uygulanması için yeterli sayılmamalıdır.⁴⁹

ccc. Düzenlenen Belgenin Kamunun veya Kişilerin Zararına Bir Sonuç Doğurucu Nitelik Taşması

Öncelikle ifade etmek gerekir ki; burada, "*düzenlenen belgenin kişiye haksız bir menfaat sağlaması*"ndan söz edilen bir önceki ihtimalden farklı olarak "*düzenlenen belgenin kamunun veya kişilerin zararına bir sonuç doğurucu nitelik taşıması*"yla ye-

⁴⁹ Bkz. Hakeri, S. 503.

tinilmekte, yani böyle bir sonucun ortaya çıkmış olması aranmamaktadır.

Ancak buna rağmen gerek yukarıda incelenen "haksız menfaat" in gerekse buradaki "zarar" ın doğrudan elde edilen bir menfaat ve doğrudan uğranılan bir zarar olması gerekmektedir.

İşte bu yüzden ki; hasta olmamasına rağmen gerçeğe aykırı, yani sahte olarak düzenlenmiş bulunan bir rapora dayanarak raporlu olduğu bu dönemde görevine devam etmemiş olan bir kamu görevlisi örneğinde, kendisine bu döneme ilişkin olarak ödenen maaş tartışılabilir ve hatta "kamunun zararını" kavramının geniş yorumlanmasıyla da bir zarar olarak değerlendirilebilir bir özellik göstermesine rağmen, bu zarar "doğrudan" olmadığı için suçun bu nitelikli halinin uygulanmaması gerekir.⁵⁰

Örneğin erken veya maluliyet dolayısıyla emekliliği sağlayıcı sahte belgeler kamunun zararına bir sonuç doğurucu nitelik taşımaktadır.

Gerçeğe aykırı olarak düzenlenen belgenin "kişilerin zararına bir sonuç doğurucu nitelik taşıması" haline de öğretide bir kimsenin sahte bir belgeyle akıl hastanesine kapatılması, bir kadının zührevi hastalıklara mahsus bir kuruma kapatılması, yaralanan bir kimsenin yaşamsal bir tehlike içinde bulunduğu ilişkin rapor üzerine tutuklama koruma tedbirine karar verilmesi, bir kimse hakkında kısıtlılık kararı alınması ve "özel hasta" statüsündeki bir hastanın tedavisi sırasında, gerçekte yapılmamış olan tahlil ve tetkiklerin yapılmış gibi gösterilmesi halleri örnek olarak verilmektedir.⁵¹

⁵⁰ Hakeri aynı yöndeki görüşünü TCK'nın 3. maddesinin "suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı cezaya hükümlenacağına" ilişkin birinci fıkrası düzenlemesiyle gerekçelendirmektedir, bkz. S. 503.

⁵¹ Bkz. Erman/Özek, S. 633, 634; Hakeri, S. 503, 504, son anılan örnekte hastanın "kurum hastası" olması halindeyse bunun bu sefer kamunun zararına sonuç doğurucu bir nitelik taşıyacağı açıktır.

IV. Sonuç

Kanuna rağmen yorum yapmış olmamak ve hele de olması gereken hukuka kaçmamış olmak kaygısıyla sonuç olarak ifade etmek gerekir ki; aslında bu sorunun çözümünde ceza hukuku genel teorisinin iki önemli değeri yarışmaktadır.

Bir yandan bir belgeyi, üstelik bunu bilerek gerçeğe aykırı olarak hazırlayarak muhatabına vermek ceza hukukunun kendine özgü enstrümanlarıyla bu hadiseye henüz müdahale etmemesini gerektiren bir özgürlük alanı olmamakla birlikte, işte, bu yapılan, tam da bu yüzden açıkçası "*çok da meşru olmakla birlikte*" ama diğer yandan da bu yapılandan bir haksız menfaat henüz sağlanmamış ya da kamunun veya kişilerin zararına bir sonuç doğurucu nitelik de hasıl olmamışsa bu sefer de ceza hukukunun yine kendi enstrümanlarıyla müdahale etmesi gereken bir kötülük, bir haksızlık halen bulunmaktadır.

Bu yüzden burada üzerinde durulan türden sorunların çözümünde önemli olan tek hususiyet; somut olayda üzerinde durulan gerçeğe aykırılık yapılmamış olsaydı da onun yerine gerçekte yapılmış olduğu zannedilen husus yapılmış olsaydı, sonuç herkes bakımından yine de değişmeyecek idiyse cezalandırılır bir kötülük de yoktur.

Zira unutmamak gerekir ki; ilgili belgenin düzenleyicisinin *kastı*, gerçeğe aykırı olarak düzenlediğini bildiği bu belgenin, böyle düzenlendiğini bilmesinin ve bunu da istemesinin yanı sıra ve hatta bunun da ötesinde *bu fîliyle bir sahtecilik, yani haksızlık yaptığı bilincini de kapsamalıdır*.

Mesele böyle kabul edilince, bir de her hangi bir yarar ve zarar da yoksa bu suçun meydana gelmediği rahatlıkla ifade edilebilmelidir.

Ancak unutmamak gerekir ki; olması gereken başkadır, olan başka.

ALİ İHSAN
ERDAĞ'IN
TEBLİĞİ

Kanun koyucu da meseleyi düzenlediği 210. maddenin ikinci fıkrası hükmünde tercihini yapmıştır.

Buna göre de gerçeğe aykırı olarak düzenlenen bir belge, kişiye haksız bir menfaat sağlar ya da kamunun veya kişilerin zararına bir sonuç doğurucu nitelik taşırsa bu nitelikli halden, böyle bir menfaat sağlamasa ya da böyle bir nitelik taşımasa bile ve hatta bu belge muhatabına verilmemiş veya verilmiş olmakla birlikte hiç kullanılmamış bile olsa bu belgeyi düzenleyen sırf bu belgeyi düzenlemiş olmaktan sorumludur.

Oturum Başkanı: Açıklayıcı sunumunuz için çok teşekkürler Sayın Erdağ. Tartışma için yeterince zamanımız var.

Sabaha göre kişi sayısı arttığı için süreçle ilgili tekrar bilgi vermek istiyorum. Yine önce soruları toplayacağız, sonra hepsine toptan cevap vereceğiz. Bu arada yine söz alırken 3 dakika kuralına uymanızı rica ederim ki herkes söz alabilsin ve konuşmacılara da yeterli süre kalsın. Ve 3 gerçek dakika, 3 hissedilen dakika değil, lütfen. Gerekirse ufak bir uyarıda bulunacağım. Sorusu veya yorumu olanlara söz vermek istiyorum.

Evet, ilk önce Sayın Lilie, daha sonra siz ve siz. Lütfen mikrofona konuşun.

Herzlichen Dank, Herr Erdağ für Ihren sehr anschaulichen Vortrag. Nun haben wir noch hinreichend Zeit zur Diskussion. Da wir inzwischen mehr sind als zu Beginn, darf ich es nochmal wiederholen, wir wollen es so handhaben, dass wir Wortmeldungen sammeln und dann gebündelt antworten. Dabei darf ich Sie bitten bei Ihren Wortmeldungen sich auf drei Minuten zu beschränken, damit jeder zu Wort kommt und insbesondere unsere Experten hinreichend Zeit für die Antwort haben. Dabei meine ich drei echte Minuten, nicht drei gefühlte Minuten. Gegebenenfalls werde ich dann einen kleinen Hinweis erteilen.

Ja, dann darf ich bitten, dass die sich melden, die eine Frage haben oder eine Bemerkung. Jawohl, dann zunächst Herr Ünver, Herr Lilie, sie und sie. Ach bitte benutzen Sie auch das Mikrophon.

ALİ İHSAN
ERDAĞ'IN
TEBLİĞİ

Yener ÜNVER (Yeditepe Üniversitesi): Üç tane hocamın görüşünü almak istiyorum. Öncelikle bu konuda otorite olan Artuk hocamdan fikrini öğrenmek istiyorum. 257. maddesindeki zarar unsurunu nasıl değerlendiriyor? Sıradan bir vatandaşın trafik güvenliğini tehlikeye düşürmesi halinde cezalandırıyoruz ama kamu görevlisi eğer görevini suistimal eder ve zarar doğmazsa cezalandırmıyoruz. Hocamın kanaati ne? Bu unsura gerek var mıydı?

İkinci sorum Sayın Avcı'ya: Uygulamada son zamanlarda özellikle tıp mensuplarının bıçak parası ya da hoca parası adı altında çıkan olay, sizin tebliğ konunuzla ilgili tipik bir örnektir. Ancak, uygulamadaki son kararları gördüğümüz zaman bu suça konu eylemler açısından yargı kararlarında daha çok görevin kötüye kullanılmasına ilişkin madde uygulanmaya başlandı. Diğer bir taraftan, bu uygulamayı görevi kötüye kullanması suçuna ilişkin maddenin son fıkrası ile birlikte değerlendirirseniz çok memnun olurum. Bu yargı değişikliğinin arkasında yatan ne? Yani neden içtihat değişikliğine gidiyoruz? Biz artık irtikap suçunu sağlık mensupları hakkında hiçbir şekilde kullanamayacak mıyız? Ciddi ama bir o kadar sakıncalı bir değişikli bu. Başka suçlarda da buna benzer içtihat değişikliği var, ama bunda özellikle ön plana çıkıyor.

Üçüncü sorum Sayın Rosenau'ya: Rosenau tebliğ sunmadı ama Prof. Rosenau'dan şunu öğrenmek istiyorum. Sayın Koca'nın anlattığı konu ile ilgili olarak, İsviçre'de çok yaygın bir uygulama var; ama ben Almanya'yı da merak ediyorum. Acaba Almanya ve İsviçre'de benzer bir olay var mı? "Capalle" denilen belli kiliseye mensup veya devlet kurumlarında belli odacılar var. Çocuklar oraya bırakılıyor; İsviçre örneğinden hareketle söylüyorum ve o çocuklar klise mensuplarıncı alıyor. Daha sonradan aileleri bakmak istemedikleri için bu çocukları odalara bırakıyorlar. Aile kütüklerinde problem çı-

ALİ İHSAN
ERDAĞ'IN
TEBLİĞİ

kıyor mu? Soy bağlarında değiştirme oluyor mu? Çünkü bırakan kimsenin kim olduğu belli değil. Sadece anne, çocuğu var, bakmak istemiyor. Yol kenarına yapılan bir dönmedolap-kapı gibi, çocuk o dolabın içine bırakılıyor ve kapı çevrildikten sonra içeride çocuk çok hayati tehlikeye uğramayacak bir sıcak ortama geçmiş oluyor ve bir süre sonra da o çocuk oradan alınıyor, kendisine bakılıyor, yaşatılıyor. Bu da yargı uygulamasınca zımnen destekleniyor... Ayrıca, dini kurumlar aracılığıyla da destekleniyor. Acaba cidden çok önemli problem olmadığı mı düşünülüyor? Almanya'da veya Avrupa'da gerçekten bu çok yaygın bir uygulama mı ve hiç hukuksal problem çıkıyor mu?

Çok teşekkürler.

Oturum Başkanı: Sayın Lilie, buyurun.

Herr Lilie, bitte.

Prof. Dr. Hans LILIE: Kürsüde oturan sayın meslektaşlarım; uygulamada aşına olmadığım hukuka aykırılık halleri konusunda görüş kazandırdığınız için teşekkürler.

Aslında şaşırdım, çünkü belki de Türkiye'deki tıp ceza hukuku uygulamasıyla ilgili bana yabancı gelen olumsuz bir durum sezdim. Bu hükümleri çok temkinli davranan bir kanun koyucusuna mı borçlusunuz. Yoksa tıp mesleğinin icrası sırasında tıp ceza hukukunda görev suistimali ve irtikap suçlarıyla ilgili düzenlemelere gereksinim olacak kadar çok sayıda suistimal mi var? Yani gelecekte bu hükümler hangi durumlarda uygulanacak? Sayın Ünver'in sorusuna istinaden acaba yüzeyin altında su yüzüne çıkmayan bir şey mi var, yani bu yeni hukuki düzenlemelerle tıbbi bir terimle ifade edecek olursam subkutan alana mı inmeye çalışılıyor?

Meine sehr verehrten Herr Kollegen auf dem Podium. Ich bedanke mich für den Einblick in kriminelles Unrecht, das mir weitgehend in der Praxis nicht vertraut ist. Ich bin sozusagen ein bisschen überrascht, weil in dem Hintergrund ein mir gar nicht geläufigen

negatives Bild vielleicht medizinstrafrechtlicher Praxis aus der Türkei gezeichnet worden ist. Und meine Frage geht eigentlich dahin, handelt es sich bei diesen Vorschriften um einen übervorsichtigen Gesetzgeber, oder ist tatsächlich in der beruflichen ärztlichen Praxis so viel Missbrauch, dass wir Vorschriften wie Amtsmisbrauch und Erpressung im Amt gerade im Medizinstrafrecht benötigen. Also, mir ist nicht so ganz klar, wo in der Zukunft für diese Gesetze der wirkliche Anwendungsbedarf ist oder das hat die Frage von Herrn Ünver gerade so ein bisschen aufblitzen lassen, gibt es da etwas unter der Oberfläche, was so gar nicht an der Öffentlichkeit ist, und das was man mit diesen neuen Rechtsvorschriften, sozusagen, um einen medizinischen Begriff zu gebrauchen, an die subkutane Ebene heranmöchte.

Oturum Başkanı: Çok teşekkürler. Önde oturan bey. Nereye gittiniz? Evet, arkaya geçmişsiniz.

Vielen Dank. Erst der Kollege, der da vorne sass. Wo ist er jetzt, der sich gemeldet hatte? Da, sie sind zurückgegangen.

Dr. Abdülgaffar VURAL: Ben tıp doktoruyum. Ali İhsan hocama resmi belgede sahtecilikle ilgili bir soru sormak istiyorum. Bir miktar açıklık getirdiniz. Bunun taksirle işlenmeyeceğini; ancak doğru mu anlaşıldı hekimler tarafından? Bir açıklık getirmek için soruyorum. Tanıda hata veya ilaç kullanma raporları gibi raporlarda verilecek ilacın isminde veya dozunda hata gibi ya da verilecek istirahat süresinde hata gibi, hatayla işlenen pozisyonlarda, işin nitelikli hali bile olsa yani kamu zararı ya da bazı kişilere haksız menfaat çıksa bile bundan anladığım kadarıyla bu suç oluşmuyor değil mi?, TCK'nın 210. maddedeki suç?

Teşekkür ederim.

Doç. Dr. Faruk TURHAN (Süleyman Demirel Üniversitesi): Yener Ünver arkadaşımızın sorduğu sorunun bir devamı olarak ben de sorumu Emin Artuk hocaya ben yöneltiyorum. Kamunun zararı, kişilere menfaat sağlanması ya da

ALİ İHSAN
ERDAĞ'IN
TEBLİĞİ

kişilerin zarar uğratılmasına ilişkin hususlarda. Bu hocamın tebliğ metnine bir göz atma imkanım oldu. Hocam orada bu hususun objektif cezalandırılabilirlik şartı olduğunu söylüyor, doktrinde farklı görüşler de var yanlış hatırlamıyorsam, başka bir kitabın yazarı da biraz önce buraya geldi Mustafa Ruhan Erdem, dün de başka bir hocamız vardı, Durmuş Tezcan hocamız da vardı. Onların kitabında ise, bunun suçun maddi unsuru içinde yer aldığını söylüyor.

Tabii kabul edilecek çözüme göre çok önemli farklı sonuçlar ortaya çıkıyor. Örneğin eğer objektif cezalandırılabilirlik şartı olarak kabul edersek, bir hastane başhekimini diyelim, ihale konusunda kurallara uymadı. İhaleye fesat karıştırma suçu da gerçekleşmiyor, görevi kötüye kullanma olacak. Failin amacı hastaneyi ya da kamu kurumunu zarara uğratmak değil, tam tersine ucuza mal etmek ama görevin gereklerine aykırı hareketle yapar bunu. Ancak, eğer hastane zarara uğradı. Eğer biz burada bunu suçun maddi unsuru olarak kabul edersek cezalandıramayacağız, çünkü öyle bir kastı yok, buna karşın objektif cezalandırmayı şart olarak kabul edersek, kusura bakma sen böyle hareket ettin ama neticede hastane, devlet zarara uğradı, onun için cezalandıracağız. Görüşünüz nedir bu konuda? Objektif cezalandırılabilirlik şartı mı olarak, yoksa bunu suçun unsuru olarak mı kabul edeceğiz?

Söz hakkı bende iken, yine Mustafa Avcı meslektaşımıza bir soru yöneltmek istiyorum. Kendisi konuya değindi. Görevi kötüye kullanma, irtikap suçlarında Ceza Kanunu açısından suçun faili kamu görevlisi olması lazım, ceza muhakemesi açısından ise farklı. Benim merak ettiğim yani şu an Ceza Kanunu'nun 6. maddesindeki kamu görevlisi tanımı üzerinde tartışmalar devam ediyor. Yargıtay da bu konuda içtihatlar ile açıklamaya çalışıyor, "kamusal faaliyet nedir, kamusal faaliyete katılan kimdir" şeklinde.

Yani 4483 sayılı kanundaki memurlar ve diğer kamu görevlisi kavramıyla, Ceza Kanunu'nun 6. maddesi anlamındaki kamu görevlisi tanımını, arasında ne gibi farklar var. So-

ruşturma açısından bazen 4483 sayılı kanun, Ceza Kanunu açısından suç faili olanları, soruşturma açısından faili saymıyor. Ancak, 4483 sayılı kanun da aslında kamu görevlisi saymıyor ama tanım olarak 6. maddesindeki bu kamusal faaliyet tanımını, 4483 sayılı kanundaki kamu görevlisinin tanımına uygulayabilir miyiz? Ya da burada Yargıtay'ın da saygıdeğer üyeleri var, onlar da bu konuda bizlere açıklamada bulunabilirler mi?

Teşekkür ediyorum.

Oturum Başkanı: Çok teşekkürler.

Sayın Hakeri ve Sayın Rosenau konuşmacılar listesinde yer alıyor. Başka söz almak isteyen var mı? Siz ve siz. Artık katkılar turunu kapatıyorum.

Sayın Hakeri, buyurun.

Vielen Dank. Ich habe jetzt auf der Rednerliste Herrn Hakeri, Sie und Herrn Rosenau. Möchte sich noch jemand melden, dann habe ich Sie nich und Sie noch. Ok, dann würde ich vielleicht erstmal die Rednerliste schliessen.

Dann zunächst Herr Hakeri, bitte.

Prof. Dr. Hakan HAKERİ: Ali İhsan beye bir sorum olacak. Şimdi ben tıp hukuku çalışmak üzere 2003 yılında Almanya'ya gittiğimde Almanca kaynaklara baktığımda tıp ceza hukuku alanında çok ayrıntılı olarak evrakta sahtecilik suçunun ele alındığını gördüm ve niçin ele alınıyor, bu kadar ayrıntılı, diye baktığımda sebebin şu olduğunu gördüm: orada doğrudan hekime gidiyorsunuz, hastaneye veya kamu hastanesine gitmiyorsunuz. Hekim yapmadığı şeyleri yapmış gibi gösteriyor. Ultrason uyguladım diyor, para istiyor ve ben bu bizi ilgilendirmiyor dedim. Sonuçta bizde kamu hastaneleri var, bu sorun pek yok ve üzerinde durmadım konunun. Fakat 2004 yılında, bir sene sonra Türkiye'ye döndüm bak-tım sistem değişmiş, özel hastaneler çok büyük bir yoğun-

TARTIŞMA

luk kazanmış ve şu son dönemde de görüyoruz ki aslında bu Türkiye’de çok önemli bir sorun halini almaya başladı ve devlet açısından da cebinden vergi ödeyen bizler açısından da çok etkili sonuçları var. Sonuçta özel hastaneler yapmadıklarını devlete fatura ediyorlar ve bundan dolayı da zarar söz konusu oluyor. Sadece buradaki katılımcıların bilmesi açısından, bu ne tür bir suç oluşturur onu duymak istiyorum.

Sağ olun.

Prof. Dr. Timur DEMİRBAŞ: Ben önce Sayın Avcı’ya bir soru sormak istiyorum. İrtikap suçu bakımından görevinin sağladığı yetkiyi kötüye kullanmak suretiyle kendisine icbar suretiyle, ikna suretiyle yarar sağlama açısından. Bu “yarar” kavramını ne şekilde almak gerekiyor? Örneğin bir hekim işte ameliyat karşılığı bıçak parası deniyor ya, bunun yerine hastasıyla cinsel yönden birlikte olmaya zorlar ise bu “yarar” kapsamına girer mi? Ve diğer bir soru da Sayın Koca’ya olacak: Soy bağına değiştirme suçu bakımından gerçekten Yargıtay’ın eski dönemle ilgili kararlarını verdi ve uygulama bakımından ciddi problemler doğduğunu söyledi. Çünkü genellikle resmi belgede sahtecilik şeklinde sahte nüfus kaydı dolayısıyla uygulamanın yürüdüğünü belirtti. Uygulanması çok zor işte bazen basında izliyoruz. Erkek çocuk istiyor, doğumdaki o kız çocuğunu alıyor, erkek çocuk ve bu aşamada yakalanırsa, ya da eve gittikten sonra olay ortaya çıkıyor. Henüz değiştirme ne şekilde alınacak? Yani 231. madde ihlal edilmiş olacak mı? Bu konuda biraz açıklık getirirse teşekkür ederim.

Ziynet ÖZÇELİK: Ben bütün konuşmacıların değerlendirilebileceği düşüncesiyle bir soru yöneltmek istiyorum. Sayın Lilié’nin yaptığı katkı gerçekten anlamlıydı. Çünkü biz bazen ayrıntılarda kayboluyoruz. Buradaki sunumları dinledikten sonra kafasında şöyle bir şey oluşmuş. Sayın Lilié gerçekten Türkiye’de hekimlerle ilgili çokça suç mu işleniyor? Ya da bunlar çokça bu alanda sorun mu çıkartıyor ki bu düzenlemeler böylesine önem kazanmış; altta bir şeyler mi var? Sorusunu

sordu. Bence dikkate değer. Sayın Hakeri bir konuya değindi. Gerçekten hukuk sosyolojisi açısından ben şunun incelenmesi gerektiğini düşünüyorum, acaba bu konuda bir inceleme var mı? O da şu: şimdi hekimlerle ilgili bu düzenlemelerin ortaya çıktığı dönemin hemen öncesinde bunlarla paralel olarak sağlıkta dönüşüm ve sağlık sisteminin değişmesiyle biz yüze geldik.

Ben kendi çalışmalarım nedeniyle sağlık alanında gazete haberlerini taradığımda ve ayrıntılandığımda şunları görmüştüm: Bazı dönemler SSK Hastaneleri devredilmeden önce, SSK hastaneleriyle ilgili haberler çokçaydı, sistem değişirken de bazı dönemlerde hekimler ve hatalarıyla ilgili haberler çokçaydı. Bunlar gerçekten analiz edildiğinde anlamlı sonuçlar ortaya çıkıyor. Şimdi bir de performansla dayalı ödeme sistemi var 2004 yılında bu yana uygulanan. Hakeri'nin de işaret ettiği, sadece özel hastanelerde değil, bugün ne yazık ki kamu hastanelerimizde de bu ödeme sisteminden kaynaklı olarak ciddi sorunlar önümüzde. Hani suç teorisi açısından değil ama hukuk sosyolojisi açısından bu düzenlemeler ve sistemin, yani hekimler dışında sistemin bağlantısını inceleyen hukukçumuz var mı acaba? Ben bugüne kadar bu yayınları izlemedim, ama varsa, verecekleri bilgiler konusunda çok memnun olacağım.

Teşekkür ederim.

Oturum Başkanı: Çok teşekkürler. Aynı konuyla ilgili olduğu için ben de hemen bir soru sormak istiyorum. Sayın Koca, soy bağının değiştirilmesinin ampirik önemi nedir? Henüz doğmamış olan çocukları bir yere kaydetmeye veya soymağını değiştirmeye neden gerek var? Bunu açıklayabilir misiniz? Sayın Artuk'a söz konusu hükmün neden gerekli olduğunu sormak istiyorum. Türkiye'de bir hekim tedavide bir hata yaparsa, ihmal suretiyle yaralama veya ihmal suretiyle öldürmeden yargılanmaz mı? Neden hekimlerin görev suistimaliyle ilgili ayrı bir hükme gerek var? Veya hekimin

TARTIŞMA

hastalara nazik davranmaması ceza hukukuna tabi bir fiil mi? Hekim bu durumda disiplin hukukuyla cezalandırılmaz mı? Bu ceza hukukunun ultima racii işlevine uygun mu?

Sayın Erdağ'a da aynı soruyu sormak istiyorum. Anladığım kadariyla 204. maddede resmi evrakta sahtecilik varsa -ki galiba hekimlerin büyük bir kısmı memur- neden hekimlere özel olarak 210. maddeye gerek vardır? Bu aşırılık değil midir? Almanya'da aşına olmadığımız ve bu haliyle herhalde uygulanmayacak olan bir durum söz konusu burada.

Size de söz hakkı vermek istiyorum. Buyurun.

Vielen Dank, vielleicht schliesse ich meine Frage gleich an, weil das auch in ihre Richtung geht. Ich würde Herr Koca fragen wollen, welche empirische Relevanz denn diese Aenderung von Familiens-tammdatën hat. Ich kann mir im Augenblick noch schlecht vorstellen, warum man etwa ungeborene Kinder irgendwo eintragen sollte oder warum man überhaupt irgendwelche Familienstammdaten ändern sollte. Vielleicht können Sie uns darüber aufklären. An Herrn Artuk wäre meine Frage auch nach der Relevanz der Norm, wenn ein Arzt etwa einen groben Behandlungsfehler begeht, wird man ihn doch wohl auch hier in der Türkei wegen fahrlässiger Körperverletzung oder fahrlässiger Tötung bestrafen. Warum braucht man dann noch so etwas wie die Norm des Amtsmissbrauches bei den Aerzten, und wenn es nur darum geht, dass man nicht freundlich ist oder nicht nett zu den Patienten, dann würde ich zweifeln, ob das überhaupt strafwürdiges Unrecht ist, ob das nicht allenfalls disziplinarrechtlich zu ahnden wäre.

Passt das mit der Ultima Raci Funktion des Strafrechts und auch bei Herrn Erdağ hätte ich die gleiche Frage, wenn es Artikel 204, so habe ich Ihn verstanden, eine Urkundenfälschung kraft Amtes gibt, und hier ja offensichtlich die meisten Aerzte auch öffentlich angestellt sind, wozu gibt es ein extra 210 für Aerzte. Also auch hier die Frage, ist das nich ein Übermass an Strafrecht, das wir so intensiv in Deutschland auch nicht im Grunde kennen und zumindest nicht anwenden würden.

Und nun noch an Sie das Fragerecht, bitte schön.

Ahmet AKKAŞ: Benim sorum Mahmut hocama yönelik. Son yıllarda sperm bankalarının kuruması konusunda Türkiye'de şöyle bir yakınma var: "Burada da doğal baba dediğimiz kişinin kimliğinin saklanması prensibi geçerli" deniliyor. Bu anlatmış olduğunuz soy bağının değiştirilme suçu açısından bu sperm bankalarının durumu ne olacak? Yani Türkiye'de mümkün müdür bunların kurulması?

Oturum Başkanı: Çok teşekkürler.

Çok sayıda enteresan soru dinledik. Enteresan cevaplar için de yeterince zamanımız olacak. Konuşmacılarımızın her birine yaklaşık olarak yedi dakika verebileceğim. Yarım saati böylece doldurmuş olacağız. Konuşma sırasına göre cevap vermenizi önermek istiyorum.

Sayın Artuk, buyurun.

Herzlichen Dank. Wir haben viele interessante Fragen gehört, wir haben auch allerdings hinreichend Zeit für interessante Antworten. Ich kann jedem unserer Referenten jetzt ungefähr sieben Minuten einräumen. Dann haben wir die halbe Stunde gefüllt. Und ich würde vorschlagen, dass wir auch in der Reihenfolge der Referate vorgehen.

Herr Artuk bitte schön.

Prof. Dr. M. Emin ARTUK: Değerli meslektaşım Yener Ünver ve değerli meslektaşım Faruk Turan beyin zarar kavramıyla ilgili olarak sordukları husus. Ben şöyle düşünüyorum. 257. maddenin 1. fıkrasında kamunun zararından bahsediyor. Kamunun zararından bahsettiğine göre burada maddi zararın esas olduğunu düşünüyorum. Ama buna karşılık kişilerin zararına gelince 257. maddenin gerekçesinin 5. fıkrasında, "görevlerinin gereklerine aykırı davranışın kişinin mağduriyetine neden olması gerekir. Bu mağduriyet sadece ekonomik bakımdan uğranılan zararı ifade etmez. Mağduriyet kavramı zarar kavra-

TARTIŞMA

mundan daha geniş bir anlama sahiptir.” denilmektedir. Şimdi buradan hareket ederek, kişilerin zararını hem maddi, hem de manevi olacağı düşüncesindeyim. Kanun koyucu öyle bir hareket etmiş ki, hiçbir boş nokta bırakmamaya çalışmış. Belki de kazüistik bir metotla hareket etmiş diye düşünüyorum. Yeni TCK’da bu suç zarar suçu olarak düzenlenmiştir. Mevcut haliyle maddednin uygulanmasında görevini ihmal veya suisitimal eden bir kamu görevlisi somut olayda zarar doğmamışsa cezalandırılmayacaktır. Maddedin düzenleniş şekli kanımızca kamu görevlilerinin baskı altında kalmadan görevlerini yapabilmeleri açısından yerindedir.

İkinci husus, objektif cezalandırılma şartı meselesi. Değerli meslektaşım Mustafa Ruhan ve Durmuş Tezcan’la aynı fikirleri paylaşmadığımızı biliyorum. Tebliğde de o hususa değindim. Madde metnine baktığım zaman kanun, ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle kişilerin mağduriyetine, kamunun zararına, kişilere haksız bir kazanç sağlayan, cezalandırılır denilmektedir. Yani suç bütün unsurlarıyla gerçekleşmiş, ancak failin cezalandırılması için ayrıca kişinin mağduriyeti, kamunun zararı ve kişilere haksız bir kazanç sağlama aranmakta. Bu bakımdan ben bunu objektif cezalandırılma şartı olarak görüyorum. Çünkü suç bütün unsurlarıyla gerçekleşmiş, bunlar kişinin suç teşkil eden eylemi dolayısıyla cezalandırılan hususlar. Eğer bunlar gerçekleşmezse, kişinin cezalandırılması da söz konusu olmayacaktır, bu bakımdan kanaatimce bunlar objektif cezalandırılma şartlarıdır. Ancak kitabımızda olsun, makalemizde olsun bu hususa değindik, aksi görüş de mevcut.

Ayrıca takip edebildimse, Prof. Lilie *“aşırı dikkatli bir kanun koyucu var”* dedi. *“Yoksa yürüyen yüzeyin altında kanuna yansımayan durumlar mı var?”*, bu hususla ilgili şimdi şunu görüyoruz ve onunla bağlantılı olarak Prof. Rosenau dedi ki *“görevi kötüye kullanmaya niçin gerek var? İhmal suretiyle yarala-*

ma, ihmal suretiyle öldürme hükümleri uygulanamaz mı?." Ayrıca biraz daha ileri gideyim ben, icabında olası kastla adam öldürme var. Olası kastla yaralama var. Şimdi bu görevi kötüye kullanma, meslektaşlarımız bilirler, kanun koyucu bir özel görevi kötüye kullanmalardan bahsetmiş, bir de genel görevi kötüye kullanmadan bahsetmiş. Taksirle olan fiiller var, kasten olan fiiller var, kanun koyucu her şeyi yaptırıma bağlamaya çalışıyor.

Belki de günümüzde gazeteye yansıyan, medyaya yansıyan olaylar dolayısıyla hiçbir konuda boşluk bırakmamaya çalışıyor. Bu yüzden de kanunda ayrıca detaylı bir şekilde 257. maddenin 1 ve 2. fıkralarında bu hususa yer verilmiştir. Örneğin bir devlet hastanesine gittiniz, hastanede röntgen cihazı var. Doktor sırf bir dostuna para kazandırmak için, bu röntgen cihazı arızalı ben çalıştırmak istemiyorum, sen özel hastaneye git diyor. Bu düzenleme sayesinde failin kamu görevlisi olması durumunda hiçbir boşluğa yer bırakılmayacak biçimde bu suçtan dolayı faili cezalandırırız. Bana sorarsanız acaba doğru mu değil mi? Baktığım zaman, mukayeseli hukukta, epey kanun araştırdım, bu kadar detaylı bir husus yok, özel görevi kötüye kullanmalar var, ama genel görevi kötüye kullanma, bütün bu halleri bu şekilde düzenleme bana kazuistik bir metot olarak geliyor.

Teşekkür ediyorum.

Oturum Başkanı: Sayın Artuk, açıklayıcı cevaplarınız ve bu düzenlemeyle ilgili eleştirel bakış açınız için teşekkür ederim.

Şimdi sözü Sayın Avcı'ya vermek istiyorum. Buyurun.

Herr Artuk, ganz herzlichen Dank, auch für diese weiterführenden Erläuterungen und ihre kritische Sicht auch auf diese Norm.

Nun darf ich das Wort weitergeben an Herrn Avcı, bitte schön.

Prof. Dr. Mustafa AVCI: Teşekkür ederim.

Yener Ünver beyin sorusu “*bıçak parası*” alam biçiminde görevi kötüye kullanma eylemi ile ilgili içtihat değişikliğinin nedenini, ben tebliğin sonuç kısmında yazdım. Tabii nedenini bilmiyorum ama sadece tahmin edebiliriz. Medyaya yakın zamanlarda yansıyan bir Zile Devlet Hastanesi olayı var, onu müsaadenizle kısaca okumak istiyorum: “*Kulak burun boğaz uzmanı hekim, çocuğunun tedavisini yaptırmak üzere hastaneye gelen mağdurun sesinde kısılma olduğu kendisine bildirilmesi üzerine, ses kısıklığı şikayetinin kanser riski oluşturma ihtimalini belirtti.*” Yani kulak burun boğaz uzmanı hastasına diyor ki, bu ses kısılması kansere delalet edebilir. Bunun üzerine mağdur, yani hasta diyelim bir gün sonra sanık hekimin özel muayenehanesine gitti.

Mağduru muayene eden sanığın ses tellerinde tespit ettiği yaranın kanser riskini taşıdığını yineleyip, en kısa sürede ameliyat olması gerektiğini söylemesi adamı iyice telaşlandırıyor. İsterse Ankara’ya gidebileceğini söylemesine rağmen, mağdurun maddi durumunun iyi olmayıp, sosyal güvencesinin bulunmadığını, bu nedenle ameliyatı kendisinin yapmasını istediği, sanığın bu isteği kabul ederek, hastanede yapacağı ameliyat için para istediği, mağdurun paranın bir kısmını peşin verdiği, kalanını ameliyattan sonra ödemeyi kabul ettiği, ameliyattan sonra kanser hastalarının, ameliyat olamayacaklarını öğrenip, kendisinin gerçekten ameliyat olmadığı kuşkusuyla durumu başhekime bildirdiği, acil müdahaleye ihtiyaç olmadığı anlaşılan mağdurun bir başka hekime başvurma imkanı varken ve hastanede yapılan ameliyat için para verilmesi gerekmediğini bilmesine rağmen hekime para vermesi, zaten icbar suretiyle irtikapta hasta, mağdur bunun verilmemesi gerektiğini, yani verilmeyeceğini biliyor ama iradesi zorlanıyor. O verilmemesi gerektiğini bilmemesi, ikna suretiyle irtikapta yani iradesi hile ile aldatılarak bozulmuşsa o ayrı, burada icbar var zaten, bir de burada somut olayı düşünecek olursak, elimizi vicdanımıza koyacak olursak, işte

Anadolu'nun ücra bir köşesinde, bir ilçede bir zavallı vatandaş "seninki kanser olabilir" ya kanser ne demek yani, bizi de ürkütüyor. "Ameliyat olman lazım. İstersen Ankara'ya gidebilirsin" Ankara'ya gitmek ne kadara mal olur? Yani daha büyük meblağlara ulaşır.

Dolayısıyla burada benim kanaatimce irtikap suçu oluşmuştur. Ancak Yargıtay bunu görevi kötüye kullanma olarak değerlendiriyor. Tahmini olarak söylüyorum, kimseyi töhmet altında bırakmak istemiyorum, işte bir hekim kolay yetişmiyor gerekçesine sığınılıyor. Canım işte bir hata yapmış, para almış, işte biz bunun hayatını bitirmeyelim düşüncesi var sanıyorum. Bu sadece tahminden ibaret, dolayısıyla bilimsel bir gerçek olarak, veri olarak söylememiz mümkün değil, yani merhamet duygusuyla hareket ediyorlar diye düşünüyorum.

İkinci sorumuz Sayın Lilie'den gelmişti. Alman Hukukunda yer almayan irtikap suçu, yani bu irtikap düzenlemesi Alman Hukukunda yer almıyor dedi, kanun koyucunun aşırı dikkatinden mi kaynaklanıyor? Bizim eski Ceza Kanunu'nda da irtikap suçu vardı. Yeni Ceza Kanunu'nda da var. Tabii ki bu sadece hekimlere yönelik olarak düzenlenmiş bir suç tipi değil. Sağlık mensuplarına yönelik bir suç tipi değil, kamu görevlilerine yönelik bir suç tipi. Dolayısıyla kamu görevlisi olan hekimlerin bu suç tipindeki hareketi, davranış tarzını ihlal etmeleri durumunda önceden de cezalandırılıyordu, şimdi de çok fazla bir değişiklik yok. Yani maddeler üzerinde ufak tefek rötuşlar dışında ciddi bir değişiklik yok. Dolayısıyla yeni kanun koyucunun azami hassasiyetinden, aşırı hassasiyetinden kaynaklanan bir durum değil. Bizimim zaten 80 yıllık uygulamamızda bilinen bir husus diye düşünüyorum.

Faruk Turhan beyin sorusu "kamu görevlisi hekim kim?" şeklindeydi. 4483 sayılı kanun ile TCK 6. maddedeki kamu görevlisi kavramı örtüşüyor mu? 4483 sayılı kanunun adı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlileri. Bu ifade Anayasa'dan alınmış bir ifade. Doğrusu oradaki memurlar ve ifadesi fazla benim kanaatimce. "Kamu Görevlilerinin Soruşturulmasına Dair

TARTIŞMA

Kanun” denilse maksadı ifade bakımından yeterliydi. Dolayısıyla o kanundaki kamu görevlisi ile Türk Ceza Kanunu’nun 6. maddede yer alan kamu görevlisi arasında bir fark olmadığını düşünüyorum ben. Yanılıyorsam Sayın hocam düzeltsinler lütfen.

Sayın Timur hocamızın bir sorusu vardı. Yarar nedir? Yararla ilgili olarak da yine tebliğ metnimin 11. sayfasında bilgi vermiştim. Hekimin sağladığı yarar para olabilir, para hükmünde senet olabilir, belge olabilir, taşınır veya taşınmaz mal olabilir, senet kırma bir borcun vadesini uzatmak, icra takibini durdurmak, bir konutta kısmen veya tamamen kirasız şekilde oturmak. Verdiği örneğin de ben bu yarar kapsamı içine gireceğini düşünüyorum. Hocamın verdiği cinsel birleşme talebinin de bu yarar sağlama kapsamına gireceğini düşünüyorum. Tabii cinsel suçlar bakımından işte efendim ağır cinsel saldırı vs. onları ihlal de ayrıca düşünülebilir. O kayıtle bu sözlerimi ifade etmek istiyorum.

Arkadaşımız ismini hatırlayamadım, kaydedememişim suç işleyenler sadece hekimler mi? suç oranlarını gösteren istatistik, hukuk sosyolojisi araştırmaları mevcut mu? Tabii bizim konumuz, buradaki toplantımızın konusu tıp ceza hukuku. Mesela mali mevzularla ilgili, bankacıların işledikleri suçlarla ilgili veya bir başka kesimin işledikleri suçlarla ilgili olsaydı, örnekler hep onun üzerinden gidecekti. Dolayısıyla sanki *“sadece hekimler suç işliyor”* hayır böyle bir şey yok. Benim bildiğim bu istatistikleri gösteren bir kitap yok. Eğer varsa da bilmiyorsam bunu da cahilliğime bağışlayın lütfen.

Oturum Başkanı: Çok teşekkürler. Buyurun Sayın Koca.

Herzlichen Dank. Jetzt bitte Herr Koca.

Doç. Dr. Mahmut KOCA: Timur hocamın sorusu vardı. Vakit darlığı nedeniyle belki çok kısa geçtim. Aslında soru suçun tamamlanmasına ilişkin bir soruydu. Soy bağının değiştirilmesine yönelik bir hareket ne zaman tamamlanır? Yetkili

mercilere yanlış bilgi vermek suretiyle veyahut da gerçek bilgileri gizleme suretiyle, maddenin gerekçesinde suç işlenebileceği belirtilmesine rağmen, ben bunun madde metninde yer almadığı için bu şekilde sınırlandırılmayacağı görüşümdedir. Benim kanaatimce değiştirme hareketi bakımından suç tabii ki, eğer yetkili mercilere yanlış bilgilerin verilmesi suretiyle gerçekleştirilmişse bu bildirim üzerine soy bağı konusunda değişikliğin yapılmasıyla suç tamamlanır. Çünkü bu durumda yetkili merciler artık aldatılmış olur. Dolayısıyla yetkili mercilere yanlış bilgiler verilmesine rağmen failin elinde olmayan sebeplerle soy bağı değiştirilmemişse, mesela görevli nüfus memuru, faillerin yaşı nedeniyle, örneğin bir Yargıtay kararında vardı, çocuk sahibi olamayacaklarını fark ederek durumu araştırıp gerçeği ortaya çıkarmışsa ve çocuğun nüfusa kaydını yapmamışsa, suç teşebbüs aşamasında kalmış olacaktır.

Değiştirmenin diğer şekillerde gerçekleştirilmesi halinde, sizin de verdiğiniz örnekte olduğu gibi, işte hemşire bir çocuğun yerine bir başka çocuğu, anneyle de anlaşarak koyuyor. Böyle bir durumda çocuğun soy bağının dışa karşı değiştirildiği görüntüsünün oluşturulmasıyla suçun tamamlanacağı kanaatindeyim. Çünkü bu durumda da resmi makamlar bakımından gerçek soy bağının tespit edilmesi tehlikeye düşürülmüş olmaktadır. Gizleme harekete bakımından da zaten suçun tamamlanması bakımında, bu tespit edilebilirliğin engellenmiş olması halinde suç tamamlanmış olacaktır. Gene hocam sizin de söylediğiniz gibi, içtima ilişkisi bakımından da çok kısa geçmek durumunda kaldım, tabii soy bağı değiştirme hareketi genelde resmi mercilere ki genelde nüfus memurluklarına yalan beyanda bulunmak suretiyle gerçekleştirilmektedir. Şimdi böyle bir beyan üzerine, demin de söylediğim üzere eğer nüfus memuru durumu fark edip belgeyi değiştirmemişse bu durumda 206. maddedeki resmi mercilere yalan beyanda bulunmak suçuyla, soy bağı değiştirilmeye teşebbüs suçu bakımından bir içtima ilişkisi ortaya çıkacaktır.

TARTIŞMA

Fakat burada 206. madde yerine özel bir düzenleme söz konusu 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 67. maddesi diyor ki, şöyle maddenin tamamı: "Gerçeğe aykırı yerleşim yeri veya cüzdan talep belgesi veren köy veya mahalle muhtarları ile" şura bizi ilgilendiriyor "herhangi bir işlem sebebiyle nüfus müdürlüğüne gerçek dışı beyanda bulunanlar" diyor, yani burada nüfus müdürlüğüne gerçek dışı beyanda bulunmak 5490 sayılı özel kanunla özel bir suç haline getiriliyor. 6 aydan 4 yıla kadar hapis cezasını öngörüyor. Böyle bir durumda işte soy bağıını değiştirme ile yalan beyanda bulunmak suçu arasındaki ilişki TCK 206 ile değil, 5490 sayılı kanunla kurulmak gerekir. Yalan beyanda bulunmuş ve değiştirilmişse, bu durumda yine fikri içtima ilişkisinin bu sefer yeni kanunun 204 ve 231 ile kurulması gerekir fikri içtima ilişkisinin.

Ancak Ali İhsan'ın da belirttiği gibi, 212. madde var. Türk Ceza Kanunu'nun 212. maddesi burada fikri içtima ilişkisini ortadan kaldırıyor. Özel bir içtima düzenlemesi getiriyor ve dolayısıyla burada hem soy bağıını değiştirme suçu bakımından failin cezalandırılması gerekir yeni TCK çerçevesinde ve ayrıca resmi belgede sahtecilik suçundan failin cezalandırılması gerekir. Yeni Kanun çerçevesinde başka yol yok ancak Yargıtay eski içtihadını hala devam ettiriyor. Yani hala sadece sahtecilik suçunun oluştuğun karar veriyor.

Sperm bankalarının kurulması ile ilgili çok özel bir bilgin yok gerçekten. Türkiye'de bunun yasal bir dayanağının olmadığını zannediyorum. Dolayısıyla, ama soy bağıını değiştirme suçu bakımından, tebliğimde de belirttim, böyle bir hareket, yani spermelerin değiştirilerek döllenmenin gerçek olmayan bir şekilde sağlanması bu suçu oluşturmayacağı kanaatindedim. Çünkü çocuğun soy bağıının değiştirilmesi gerekiyor, bir çocuk olması lazım ortada.

Teşekkür ediyorum.

Oturum Başkanı: Çok teşekkürler Sayın Koca.

Son olarak Sayın Erdağ'ın cevabını sabırsızlıkla bekliyoruz.

Herr Koca, herzlichen Dank und jetzt sind wir gespannt auf die Abschlussworte von Herr Erdağ.

Yrd. Doç. Dr. Ali İhsan ERDAĞ: Dört tane kısa soru var, dört tane kısa cevapla bitirmek istiyorum. Birincisi, tersten başlayalım: "Türk Ceza Kanunu'nun 210. maddesi hükmüyle acaba doktorlar için ya da sağlık mesleği mensupları için belgede sahtecilik suçunu düzenleme ihtiyacı neden hissedildi?" Efendim, benzer düzenlemenin aynısı Alman Ceza Kanunu'nda da var. Yani sadece sağlık mesleği mensupları için onların "schriftliche Lügen" dedikleri, yazılı yalan dedikleri ama yalnızca gerçeğe aykırı olarak düzenlenen sağlık belgeleri bakımından uygulanan bir 278. madde hükmü var. Eğer burada gördüğümüz veya Türkiye'deki doktorların çoğu kamu görevlisi olduğuna göre zaten kamu görevlisi olarak cezalandırılabilir idi.

Niye m. 210? Almanya'da da eğer bir doktor kamu görevlisi ise, sözünü etmiş olduğum bu m. 278'e göre değil, Alman Ceza Kanunu'nun 348. maddesi hükmüne göre cezalandırılır. Bizdeki düzenlemenin aslında bu özelliği, az önce de vurguladığım gibi, bir avantajdır sağlık mesleği mensupları bakımından. Böyle bir düzenleme yapılmamış olsaydı ya resmi belgede sahtecilik suçuna göre yahut da özel belgede sahtecilik suçuna göre zaten cezalandırılacak idi bu eylemler. Açıkta kalacak hali yoktu. Şimdi 210. maddenin 2. fıkrasında, bana göre yeri tartışılabilir. 210. maddeye bakıyorsun, "resmi belge sayılacak özel belgeler" diyor. O maddeyi incelemeyen birisi o ikinci fıkrayı fark etmez orada.

2. fıkrada sağlık mesleği mensupları tarafından işlenen belgede sahtecilik suçu düzenlenmiş. Ama yeri çok da isabetli değil, çünkü nitelikli halini resmi belgede sahteciler gönderdiği için, 210. madde çok da alakasız değil, ama çok da doğru bir yer değil açıkçası. Özel bir hüküm olabilirdi. "Bu irtikap Almanya'da yok veya doktorlar için yok." deniliyor. Var.

TARTIŞMA

Yani benim bilgilerim mi yanlış acaba? “*Vorteilsannahme im Amt*” var, 331. madde Almanya’da, irtikap suçunu düzenler. Türk ceza hukukunda da doktorlar için irtikap suçu diye bir suç yok ki. 250. madde kamu görevlileri için irtikap suçu. Almanya’da da 331. madde kamu görevlileri için irtikap suçu. Dolayısıyla düzenleme paralel. “*Vorteilsannahme*” nedense biz gözden geçiriyoruz genelde çalışmalarımızda “*Vorteilsannahme*” bizdeki irtikap suçunu karşılar değerli meslektaşlarım.

Şimdi şunu da söyleyeyim hanımefendiye; ben bir hocamın bilgisini takdir etmek yerine, çıkarım şu Dedeman Otel’inin üstüne kendimi atarım. Ben hocama böyle bir şey var dediysem o bir takviye değildir. Hocam her şeyi benden daha iyi bilir. Sadece şunu söylemeye çalıştım. Mevcut düzenleme dönüşüme de uygulanır, dönüşüm öncesine de, dönüşüm sonrasına da. 765 TCK’nın düzenlemesi. Dönüşüm öncesine de uygulanır, dönüşüme de, dönüşüm sonrasına da. Bunun özel hastaneyle, kamu hastanesiyle bir alakası yok. Bu düzenleme hangi sistemi isterseniz isteyin o sistemde bize çözümler üretebilir. Dolayısıyla böyle bir endişeye de lütfen kapılmayalım.

Buradan Bahattin hocamın sorusuna bağlayayım: Almanya’da dikkatimi çeken bir husus, daha sonra Türkiye’de geldiğinde farklılık olduğu söyleniyor; şunu da söyleyeyim benim eski eşim Almanya’da doktor. O yüzden Almanya’daki tıp sistemini de yakından takip ediyorum ben. İnşallah yani eşim, şu anda salonda, yani burada yoktur da bu söylediğimi de duymamıştır. Şimdi özel hasta olarak doktora gittim, yani özel statülü hastayım. Paramı bastırıyorum, tedavi olacağım, sigortayla şununla bununla alakam yok. Yapılmamış olan bazı şeyleri yapılmış gibi gösteriyor hastane. Yani 1 milyarla, 1.000 YTL ile çıkma ihtimalim varken 5.000 YTL ödeyerek çıkıyorum buradan. Bu zarar değerli meslektaşlarım benim zararına olduğu için nitelikli halden cezalandırılacak o hekim. Yani 210. maddenin hekimler için düzenleme getiren 2. fıkrasının 2. cümlesi gereği resmi belgede sahtecilik hüküm-

lerine göre, çok ciddi bir yaptırım var orada. Yani herhangi bir menfaat sağlanırsa, bu menfaati kimin sağlayacağını hiç önemi yok veya kamunun ya da kişilerin zararına bir sonuç doğarsa resmi belgede sahteciliğe göre cezalandırılacak. Bu örnekte, özel hastane örneğinde benim zararına olduğu için bu şişkin fatura, gayet tabii ki resmi belgede sahtecilik hükümlerine göre cezalandırılacak. O kamu görevlisi olsun olmasın. Çünkü onlar kamu görevlisidir demiyor, tanımla da çelişmiyor bu. Sadece o hükümler gereği cezalandırılır diyor. Yani bir kooperatif yöneticisinin zimmet suçuna benzer bir suç işlediği zaman kamu görevlisi gibi cezalandırılması anlamında. Kamu görevlisi saymıyor bunu Kanun, onlar gibi cezalandırılır diyor sadece. Eğer bu bir kamu hastasıyla, kurum hastasıyla örneğin SSK, Bağ-Kur veya herhangi bir kuruma bağlı isem ben, bu sefer de kamunun zararı söz konusu olduğu için yine resmi belgede sahteciliğe göre ciddi bir cezayla cezalandırılacak.

Şimdi gelelim ilk soruya, bir tıpcı meslektaşımız sordu galiba, üstadımız. Yanlış teşhis olabilir, hatalı teşhis olabilir, yanlışlıkla hata birbirinden farklı bazen, sehven yanlış yazdın, Apranax yazacağına bilmem Babranaks yazdın veya hastalığın adını yanlış yazdın. Herhangi bir kastın yok. Belgede sahtecilik suçu sadece sizler açısından değil, genel olarak belgede sahtecilik suçu sadece kasten işlenebilen bir suç. Gayet tabii ki bu taksirle yapılamaz anlamı çıkmaz buradan. Taksirle yapılabilir, yani bir şey cezalandırılmasa bile gerçek hayatta vücuda gelebilir. Biz bunu cezalandırıyoruz sadece, ama o taksiriniz neticesinde örneğin vücut bütünlüğüne veya yaşama zarar gelirse ondan gayet tabii ki sorumlu olacaksınız. Şunu da ifade edeyim, bir kanaat ifade etmiş olduğunuz için, beni tetkik ediyorsunuz, inceliyorsunuz, sizin bilgi birikiminiz var. Nasıl ki benim görüşümle, hocamın görüşü farklılık arz edebileceği gibi, iki doktorun, iki heyetin görüşü de farklılık arz edebilir. Sen A şeklinde bir rapor yazdın, bundan tatmin olmadın "ya ona niye gittin, şuna gitseydin" dedi bir yakınım, hemen gideriz zaten biz toplum olarak, ona da git-

TARTIŞMA

tim o B şeklinde bambaşka bir rapor yazdı. Birbirinden farklı bambaşka iki rapor. Burada sahtecilik yok. O sizin kişisel birikiminiz, bilgi birikiminiz, tecrübeniz veya zaman içerisinde benim sağlık durumum değişiklik gösterebilir. Ben yine size geldim, A şeklindeki raporu bana B şeklinde yazdın. Tabii yazacağın, yani ona bağlı kalacağım diye kestirmeden beni bu tarafa gönderecek hali yok. Eğer düzelme gösteriyorsa hasta, gayet tabii ki değişen duruma göre çözüm üretmek gerekecek. Kişisel kanaatinizdeki hatalar suçu oluşturmaz. O sizin bilgi birikiminizle ilgilidir.

Teşekkür ediyorum.

Oturum Başkanı: Kürsüdeki dört konuşmacıya çok teşekkür ederim.

Artık tıp ceza hukukunun çok derin bir alanına indik ve çok şey öğrendik. Yoğun katkı ve sorularınız için de çok teşekkür ederim. Artık uzun bir kahve arası hak ettik. Arayı kısa tutmaya da gerek yok. Hatta erken bitirdik. Bunun için de yanımda oturan meslektaşlarıma tekrar teşekkür ederim. Saat tam 11.30'da Sayın Demirbaş'la devam edeceğiz. Teşekkürler.

Ganz herzlichen Dank bei unseren vier Referenten auf dem Podium. Wir sind glaube ich schon tief in ein schon speziellen Bereich des Medizinstrafrechts eingedrungen, haben viel gelernt. Herzlichen Dank auch für ihre zahlreichen Wortmeldungen. Wir haben uns nun eine ausführliche Kaffeepause verdient. Die brauchen wir auch nicht abzukürzen. Wir haben sogar noch etwas gewonnen. Insofern noch ein zusätzliches Dank an meine Mitstreiter hier oben. Um 11.30 geht es dann pünktlich mit Herrn Demirtaş weiter. Vielen Dank.

Türkiye Barolar Birliği
V. TÜRK- ALMAN TIP HUKUKU
SEMPOZYUMU
Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları

İkinci Gün
29 Şubat 2008

Altıncı Oturum

Oturum Başkanı
Prof. Dr. Timur DEMİRTAŞ

Oturum Başkanı (Prof. Dr. Timur Demirtaş): Evet oturumu açıyorum. Bu oturumda Prof. Ersan Şen, Doçent Doktor ve Yargıtay Üyesi Ali Rıza Çınar ve Yrd. Doç. Dr. Mahmut Kaşıkçı'yı davet ediyorum. Evet, ilk konuşmacımız Prof. Dr. Ersan Şen. Kendisi "*Deney ve Deneme Suçları*" üzerinde bir tebliğ sunacak. Konuşmacılar tebliğlerinin sunumuna başlamadan önce ben burada değerli meslektaşlarım Prof. Dr. Hakan Hakeri'ye ve Doç. Dr. Yener Ünver'e Türkiye'de tıp ceza hukukunda bu tür toplantıları başlattıkları için teşekkür ediyorum ve Barolar Birliği'ni de desteği sebebiyle yine teşekkürlerimi ve kutlamalarımı sunuyorum. Bildiğiniz gibi tıp hukukunun Türkiye'de aslında değerli hocam Köksal Bayraktar'ın doçentlik tezi ile birlikte başladığını biliyoruz. Daha sonra yine özel hukuk alanında İstanbul Hukuk Fakültesi'nde yine bir meslektaşımız, asistan arkadaşımız doktora tezi yazmıştı. Sonrası işte şu an Konya Hukuk Dekanı diğer bir meslektaşımız yine doktora tezini yazdı ve sonrasında bu alanda işte Hakan Hakeri bey profesörlük takdim tezini yazdı, Yener Ünver beyle birlikte çok ciddi çalışmalar yaptılar ve bu tür toplantıları periyodik olarak düzenliyorlar Almanlarla birlikte. Bu konuda gerçekten çok ileri bir aşamaya gelmiş Almanlarla birlikte, Alman meslektaşlarımızla birlikte bu toplantıları düzenleme suretiyle bizdeki altyapının gelişmesinde, hukuki altyapının gelişmesinde büyük katkıları olduğu bir gerçek.

Ben sözü şimdi değerli meslektaşım Prof. Dr. Ersan Şen'e veriyorum. Buyurun efendim.

Prof. Dr. Ersan ŞEN (İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakóltesi):*

GİRİŞ

Bilim ve teknik, hızla ve sürekli değişim göstermekte ve ilerlemesini sürdürmektedir. Buna paralel olarak, tıp bilimi alanında da gelişim süreci devam etmiştir. İnsan sağlığını korumak ve hastalıklara çare bulmak amacına hizmet eden tıp biliminde, sürekli olarak yapılan araştırma, deney ve denemeler sonucunda eski yöntemler ve uygulamalar terkedilmiş, yerini yeni buluşlara bırakmıştır ki, bu değişim kaçınılmaz bir şekilde devam edecektir. Tıp alanındaki tüm bu değişim süreci düşünöldüğünde, uygulama açısından “deney” ve “deneme” metotlarının kullanılmaya devam ettiğini ve geçerliliğini sürdürdüğünü kabul etmek, elde edilen sonuçların uygulanabilirliğini anlamak açısından vazgeçilmez bir teknik olduğunu gözardı etmemek gerekir. Her ne kadar yeni tedavi yöntemleri geliştirilse ve çareler bulunsa da; yeni buluşların, araştırmaların ve projelerin hayata geçirilmesi için bizzat insan üzerindeki etkileri ve sonuçları değerlendirilmelidir. Yeni buluşlar yoluyla bilim ve teknikte ilerleme kaydedip, bunları insanlığın hizmetine sunabilmek için; insan dışı ortamlarda, hayvanlar, nihayetinde de sağlıklı ve hasta insanlar üzerinde-

* “İnsan Üzerinde Bilimsel Deney ve Deneme Suçları” başlıklı tebliğ.

ki sonuçlarının anlaşılabilmesi, olumlu ve olumsuz etkilerin tespit edilip karşılaştırılabilmesi, kalite ve standardın sağlanabilmesi amacıyla bilimsel araştırma, deney ve denemelerin yapılması zorunluluğu vardır. Zaten başka türlü de bilimsel verilerin değerlendirilip, insanlara tatbiki sırasında sürekli kalite ve standardı tespit etmek mümkün değildir. Ancak bilim ve tekniğin gelişiminin sağlanabilmesi ve tıp bilimi de dahil bunların insanlığın hizmetine sunulacağı gerçeği, bilimsel araştırma, deney ve denemelerin tümüyle kontrol dışı bırakılacağı, bilim ve teknik alanında çalışanlar ile onları yönlendiren ve destekleyenlerin dilediklerini yapabilecekleri ve yaptırabilecekleri anlamına gelmeyecektir. Her ne kadar "Bilim ve sanat hürriyeti" başlıklı 1982 Anayasası'nın 27. maddesi, bu hürriyetin kullanımının nerede ise sınırsız olduğu anlamına gelen düzenleme öngörmüştür ki, yine de bu hürriyetin kullanımının, diğer hak ve hürriyetlerin düzenlendiği Anayasa maddelerinde gösterilen güvence hükümleri ile sınırlı olduğu unutulmamalıdır.

Tıp alanının konusu ve inceleme ögesi birebir "insan" ve amacı hastalıkları belirleyerek tedavi geliştirmek olduğundan, insan üzerinde yapılacak deney ve denemelerin de belirli sınır ve şartlar dahilinde gerçekleştirilmesi zorunluluğu kendiliğinden ortaya çıkmaktadır. Elbette bu sınırları hukuk kuralları ve özellikle emir ve yasaklar ile yaptırımlar öngören ceza normları gösterecektir. Dolayısıyla ceza normları, deney ve deneme fiilleri şeklinde tezahür edecek hürriyet kullanımının sınırlarını belirleyecektir.

Deney ve deneme fiilleri, 1982 Anayasası'nda kişi hak ve hürriyetleri kapsamında korunmaya değer bir hürriyet olarak kabul edilmiştir. Bu fiiller, bireyin yaşama hakkı ile maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının destekleyicisi niteliğine sahip kılınmışlardır. 1982 Anayasası'nın "Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı" başlıklı 17. maddesinin ikinci fıkrasına göre, "Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz, rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi

ERSAN
ŞEN'İN
TEBLİĞİ

tutulamaz." Böylece Anayasa, insan üzerinde yapılacak deney ve denemelerin rızasıyla mümkün olabileceğini ortaya koyarak, bu yönden kişinin vücut bütünlüğünü şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak olarak kabul etmiştir. Bireyin rızası olduğunda ise, insan üzerinde yapılacak deney ve denemelerin 1982 Anayasası ile düzenlenmiş bir hürriyet olduğundan tereddüt edilmemelidir. Bununla birlikte Anayasa, somut olayın özellikleri dikkate alınmak suretiyle tıbbi zorunluluklar icabı bireyin rızası olmasa da vücut bütünlüğüne dokunulabilmesinin önünü de açmıştır.

Yine 1982 Anayasası'nın "Bilim ve sanat hürriyeti" başlıklı 27. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarına göre, "Herkes, bilim ve sanatı serbestçe öğrenme ve öğretme, açıklama, yayma ve bu alanlarda her türlü araştırma hakkına sahiptir. Yayma hakkı, Anayasanın 1., 2. ve 3. maddeleri hükümlerinin değiştirilmesini sağlamak amacıyla kullanılamaz." Bu hükmün gerekçesinde ise, herkesin bilim alanında her türlü araştırma yapmak hakkına sahip olduğu, ancak bu sırada bilimin öz niteliği olan objektifliğe riayetinin de zorunluluk teşkil ettiği ifade edilmiştir. Görüleceği üzere 27. madde ve gerekçesi, bilim ve sanat hürriyetine, bu hürriyet kapsamında özellikle araştırma yapmak hakkına, bilimin esaslı olan objektifliğe riayet dışında herhangi bir sınırlama getirilemeyeceğini öngörmüştür. Bu hüküm, 1982 Anayasası'nın güvencesi altında olan hak ve hürriyetler arasında, yaşama hakkı ile birlikte bir hak ve hürriyete en geniş kullanım imkanı tanıyan düzenleme olarak gösterilebilir. Anayasanın bilim ve sanata, dolayısıyla müspet ilim alanında toplumun gelişmesine verdiği önemin bir göstergesi olan 27. madde, bir anlamda insan üzerinde yapılacak bilimsel amaçlı deney ve denemelerin de dayanağını oluşturmaktadır. Her ne kadar 27. madde bilim ve sanat hakkının kullanımı açısından büyük bir genişlik içerse de, bu hakkın kullanım yararının birey ve toplum menfaatlerini esas alması, bu çerçevede yaşama hakkını düzenleyen 17. maddedeki sınırlamaları gözetmesi gerektiği aşıkardır. Bir başka ifadeyle, Anayasanın 27. maddesi

hakkında söylenebilecek bilim hakkının kullanım genişliği, bireyin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkını gözardı edecek şekilde anlaşılabilir. Çünkü insan üzerinde yapılacak bilimsel deney ve denemelerin amacı, yine öncelikle o insanın ve elde edilecek sonuçlara göre diğer insanların yaşamlarının korunması ve yaşam kalitelerinin geliştirilmesidir. Dolayısıyla insan üzerinde bilimsel amaçlı deney ve denemelerin yapılması, usul, şekil ve esasları, hangi deney ve denemelerin yapılabileceği, üzerinde bilimsel deney ve deneme yapılacak kişinin rızasının yanında, insan yaşamının, maddi ve manevi varlığının korunması adına yasalarda ayrıca belirlenecek şartlarla sınırlanabilecektir.

Aynı şekilde Türk Ceza Kanunu'nun "mesleğin/hakkın icrası" ile "mağdurun/ilgilinin rızası" nı birer hukuka uygunluk sebebi sayan 26. maddesi de, tıp mesleğinin icrası ve/veya bireyin rızası çerçevesinde gerçekleştirilecek deney ve denemelerin hukuka aykırı sayılmaması gerektiğine dayanak teşkil edecek hüküm ve gerekçeye yer vermiştir.

Elbette Türk Ceza Kanunu m. 90 açısından, 26. maddede düzenlenen hukuka uygunluk nedenleri karma bir nitelik taşımamaktadır. 90. madde incelendiğinde, her iki hukuka uygunluk nedenine de yer verildiğini, örneğin sadece "ilgilinin rızası"nın yeterli kabul edilmediği görülecektir.

Bununla birlikte, bireyin rızası olsa dahi insan üzerinde yapılacak deney ve denemelerin sınırsız olabileceği kabul edilemez. Çünkü bireyin, yaşamı ve vücut bütünlüğü üzerinde sınırsız bir tasarruf hakkı kabul edilmemiştir. Bu anlayış, hem 1982 Anayasası'nın 17. maddesi ile gerekçesinde ve hem de Türk Ceza Kanunu'nun 26. maddesi ile gerekçesinde açıkça vurgulanmıştır. Keza 26. maddenin gerekçesinde, kişinin üzerinde mutlak surette tasarrufta bulunabileceği hakkı ile ilgili rıza açıklamaya ehil olması şartına işaret edilmiştir.

Belirtmeliyiz ki, gerek 1982 Anayasası'nın 17. maddesi ve gerekse aşağıda açıklayacağımız Türk Ceza Kanunu'nun 90. madde-

ERSAN
ŞEN'İN
TEBLİĞİ

si, özellikle 90. maddenin gerekçesinde belirtilen "insan üzerinde tıbbi maksatlı olarak yapılacak deney ve deneme filleri" ile sınırlı düzenlemeler olarak anlaşılmalıdır, tüm bilim alanları ve dalları kabul edilmek suretiyle insan üzerindeki deney ve denemelere ait hukuk kuralları oluşturulduğu kabul edilmelidir. Her ne kadar Türk Ceza Kanunu'nun 90. maddesinin gerekçesi, insan sağlığının korunması ve hastalıklara çare bulunması amacıyla bilimsel deney ve denemelerden sınırlı bahsetmiş olsa da, maddenin başlığı ve asıl dikkate alınması gereken madde metni bilimsel amaçlı tüm deneyleri kapsayacak şekilde kaleme alınmıştır. Bu nedenle, kıyasa girebilecek geniş yorum yasağını ihlal etmeksizin (TCK m. 2/3), insan üzerinde yapılacak tüm bilimsel deneylerin 90. madde kapsamında kabul edilmesi ve ceza hukuku açısından taşınması gereken şartların incelenmesi mümkündür. Bunların içine; uzay araştırmaları, adli tıp, kriminoloji, plastik ve estetik cerrahi, insan klonlama, yapay hücre üretimi, askeri araştırmalar dahil olmak üzere, insan üzerinde yapılması düşünülen tüm bilimsel deneyler girecektir.

Bununla birlikte, 90. maddenin dördüncü fıkrasında düzenlenen "deneme" filleri yönünden "tıbbi maksat" aranmış ve üzerinde tedavi amaçlı deneme yapılması gereken bir hasta insanın varlığı ön şart olarak aranmıştır. Dolayısıyla, sonuçları itibariyle kesinlik taşımayan bilimsel deneylerden elde edilen verilerin, bu halleri ile sadece bilinen tıbbi tedavi yöntemleri iyileştirilemeyen/bunların uygulanması halinde iyileştirilmesi mümkün görülmeyen hastalıklara ve hastalara tatbiki mümkündür. Bu hastalığın ölümcül olmasına veya tedavi edilmemesi durumunda, gerek hasta ve gerekse diğer bireyler ile çevresi bakımından vahim sonuçların ortaya çıkması lüzumu yoktur. Bir başka ifadeyle, hasta üzerinde bilimsel yöntemlere uygun tedavi amaçlı denemenin yapılabilmesi için; bir hastalığın varlığı, bu hastalığın bilinen tıbbi metotlarla tedavi edilememesi veya edilemeyeceğinin anlaşılması (yani bilinen tedavi yöntemlerinin mutlaka o hasta üzerinde uygulanması beklenmeyecektir), tatbik edilecek denemenin neticeleri hakkında bilgilendirildiği anlaşılan yazılı muvafakatin hastadan özgür iradesi ile alınması ve bu tedavinin bir uzman hekim tarafından hastane ortamında yapılması

gerekmektedir. Hekimin konusunda uzman olmaksızın veya hekim dahi olmayan bir kişi tarafından ve/veya "hastane" niteliği taşımayan ortamlarda deneme yapılması, failin saiki ne olursa olsun suç sayılacaktır. Bu durumun yegane istisnası, belki bir hukuka uygunluk nedeninin somut olayda varlığı ve bunun ortaya çıkardığı zorlayıcılık olabilir. Örneğin bir zorunluluk hali varsa, 90. maddenin dördüncü fıkrasının aradığı şartların dışına istisnai olarak çıkılabilecek, fül ve mağdurdan kaynaklanan bu zorlayıcılık hukuka uygunluk nedeni oluşturabilecektir (bkz. TCK m. 24 ve m. 25).

İnsan üzerinde yapılmak istenilen deney hangi maksatlı olursa olsun, hukuka uygun sayılabilmesi için öncelikle TCK m. 90'da gösterilen tüm şartlara uyum göstermelidir. Aksi halde, o bilimsel deney suç teşkil edeceği gibi, fail veya failleri de hukuka aykırılığın sonuçlarına katlanacaktır. 90. madde, esas itibariyle insan üzerinde bilimsel deney yapılmasını yasaklamış ve sadece istisnai koşullarla bilimsel deneye izin vermiştir. Bilimsel deney hangi ulvi maksatla yapılmış olursa olsun, öncelikle üzerinde deney yapılmak istenilen bireylerin yaşamına, vücut bütünlüğü ve sağlığının korunmasına, deneklerin geçici ve kalıcı sorunlara muhatap olmamalarına önem verilmiştir. 90. maddenin Türk Ceza Kanunu içinde düzenlendiği yer, birey yaşamının ve vücut bütünlüğünün korunmasını öncelikli olarak gözetilmesini gerekli kılmaktadır. Hatta bilimsel deney konusunda, denneğin rızası da tek başına yeterli sayılmamış ve 90. madde özellikle denneğin sağlığı ve yaşamının korunmasından bahsetmiştir.

Aynı anlayışı 90. maddenin dördüncü fıkrasında düzenlenen "deneme" fülllerinde görmemekteyiz, ancak deneme fülllerinden önce zaten ortaya çıkmış, fakat henüz sonuçları bakımından kesinlik taşımayan bilimsel deney olduğundan, bu deneyde de 90/2. madde hükmünde belirtilen şartların varlığı arandığından, kanun koyucu aynı veya benzer şartları hastanın rızası dışında tekrar burada (m. 90/4'de) aramak gereği duymamıştır.

Elbette yukarıda sözü geçen deney ve denemeler hayatta olan bireyler için sözkonusu olup, hayatlarını kaybedenler bakımından yapılacak değerlendirmeleri yukarıdaki hükümler

ERSAN
ŞEN'İN
TEBLİĞİ

ve sert sınırlamalara tabi tutmamak isabetli olacaktır. Ancak bu sözler, kesinlikle hayatlarını kaybeden insanlar üzerinde istenildiği gibi deney ve denemeler yapılabileceği anlamına gelmez. Konumuzun sınırları bakımından, insanlar üzerinde yapılacak deney ve denemeler hakkında açıklama yapacağımızı, cesetler üzerinde yapılacak deney ve denemeleri çalışma kapsamımıza almadığımızı belirtmek isteriz. Ancak kanun koyucunun 90. maddenin ikinci fıkrasının (b) ve (c) bentlerinde yer verdiği, “*insan dışı deney ortamı*” kavramıyla, ölümler üzerinde bilimsel deney yapılması ve buradan elde edilecek sonuçların ortaya koyacağı lüzuma göre insan üzerinde bilimsel deney yapılabilmesi gereğine işaret ettiğini belirtmek isteriz.

Yine 90. madde, insan üzerinde deney yapılmadan evvel yeterli sayıda hayvan üzerinde bilimsel deneyin tatbikini ve buradan elde edilecek neticeler uyarınca insan üzerinde bilimsel deney yapılabilmesi şartını öngörmüştür. 90. maddeyle, hayvanların korunmadığı, aksine insanlığa yarar sağlama ihtimalinin varlığı halinde, istenilen sayıda hayvanın bilimsel deneylerde “*denek*” olarak kullanılmasına izin verildiği, ancak bu izin, hayvanlara eziyet ve işkence yapılabileceği, kötü muameleye maruz bırakılabileceği, bilimsel deneye tabi tutulan hayvana keyfi davranılabileceği anlamına kesinlikle gelmeyecektir.

İnsan üzerinde yapılacak deney ve denemeler yönünden cezai sorumluluğun gündeme geldiği dikkate alındığında, Türk Ceza Kanunu'nun da bu ihtiyaca cevap vermesi ve Anayasanın 17. maddesi ile Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde kabul edilerek iç hukuk normu niteliği kazanan 04.04.1997 tarihinde Avrupa Konseyi çerçevesinde hazırlanıp, tüm devletlere imzaya açılan İnsan Hakları ve Biyotıp Uluslararası Sözleşmesi'nin çizdiği sınırları karşılayan düzenlemeler içermesi kaçınılmaz bir zorunluluktur.

Yarar-zarar dengesinin gözetilmesi, birey-toplum-devlet üçgeninde menfaat önceliği, araç ve amaç arasındaki ilişki gibi hassas kavramların hukuki, tıbbi, ilmi ve etik açıdan sınırlarının çizildiği düzenlemelere yer vermek ve bu belgelerin Türk Ceza Kanunu'nda 90. madde içeriğine nasıl yansıdığını açıklamak gerekecektir.

1982 Anayasası'nın "Kişinin Hakları ve Ödevleri" başlıklı İkinci Bölümünde yer alan 17. maddede "Kişinin maddi dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı" koruma altına alınmıştır. İkinci fıkrada aynen, "Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz." hükmüne yer verilerek, insan üzerindeki bilimsel deneyler bakımından sadece "rıza" şartını aranmıştır. Teknolojideki gelişmeler, günümüzün sosyal ve iktisadi şartları düşünüldüğünde, sadece "rıza" şartı ile bireyi deney ve denemeye tabi tutmak, insanın sağlıklı şekilde yaşamını sürdürebilmesine yeterli güvence getirmeyen, hukuki koruma açısından eksik bir düzenleme kabul edilecek olmanın ötesinde, bu konuda mevcut uluslararası düzenlemeler ile tıp etiği açısından gündeme gelebilecek tehlike ve muhtemel zararların nasıl önlenebileceği konusunda tatmin edici olmaktan uzak kalacaktır.

Korunan hukuki yararın birey olduğu dikkate alındığında, "menfaat-tehlike", "birey-toplum", "bilgilendirme-izin" kavramlarının tüm riskler öngörülerek ve menfaatler arasındaki hassas denge korunmak suretiyle kapsamlı şekilde hukuk kuralları ile düzenlenmesi gerektiği anlaşılmaktadır. Bu kapsamda Türk Ceza Kanunu'nun 90. maddesi, "rıza" şartının dışında başka şartların gerçekleşmesini de öngörerek, birey üzerinde yapılacak bilimsel amaçlı deney ve denemelere düzen getirmeyi ve bu şekilde kişinin yaşamını, maddi ve manevi bütünlüğünü korumayı amaçlamıştır.

"Bilimsel deney ve tıbbi amaçlı deneme" kavramının yer aldığı uluslararası düzenlemelerden Dünya Tabipler Birliği Helsinki Bildirgesi, UNESCO Biyoetik ve İnsan Hakları Evrensel

ERSAN
ŞEN'İN
TEBLİĞİ

Deklarasyonu, Dünya Tabipler Birliği Helsinki Bildirgesi, İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi, Siyasi ve Medeni Haklar Uluslararası Sözleşmesi ile Nürnberg Kodeksi'nde bulunan hükümler incelendiğinde, insan üzerinde yapılacak bilimsel maksatlı deney ve tıbbi denemeler bakımından sınırları tespit edilmiş ve kavramları açıklığa kavuşturulmuş ölçütler getirildiği anlaşılabacaktır.

20 Ağustos 1947 tarihli Nürnberg Kodeksi, insan üzerinde yapılmak istenilen deney ve denemeler hakkındaki ilk uluslararası belge olarak nitelendirilebilir. Bu Kodeks, 2. Dünya Savaşı sırasında, Nazi Almanyası bilim adamlarınca yürütülen ve insanların herhangi bir izin ve muvafakatinin alınmasının söz konusu bile olmadığı durumlarda, insanlık şeref ve haysiyeti ile bağdaşmayacak usul ve esaslara dayalı olarak, insanların yaşamları hiçe sayılarak üzerlerinde sınırsız şekilde yapılan deney ve denemelere duyulan tepkinin ve bu gibi hadiselerin tekrarlanmaması için, insanlar üzerinde yapılacak deney ve denemelerin kurallara bağlanması ve sınırlandırılması maksadının bir eseri olarak kabul edilmektedir. Hangi amaçla olursa olsun, hatta birçok konuda insanlığın önünü açabilecek araştırmalar ve çalışmalar olarak değerlendirilse dahi, bir insan üzerinde bilim adamının dilediği tasarrufta bulunabilme hak ve yetkisi kabul edilemez. Kodekste, insan üzerinde deneye ilişkin olarak benimsenen 10 (on) temel ilke yer almaktadır. Kanaatimizce, bu Kodeks temelde üç hususun başlangıcı olmuştur. İlki, bireyi özgür iradesi ile rızası yoksa deney yapılamaz. İkincisi, rıza olsa dahi önce üzerinde deney yapılacak bireyin yaşam ve sağlığının korunması esası gözetilmelidir. Üçüncüsüne göre ise, bu şart Kodekste olmasa bile, işin doğasında olan "herkes eşittir" ve bu eşitlik içinde insanca muamele görme hakkına sahiptir. Bu son tespitimiz, esas itibarıyla varılmak istenilen sonuç olmalı ve hala kurulamayan "eşitlik" ilkesi; zengin-yoksul, gelişmiş ülke vatandaşı-az gelişmiş ülke vatandaşı veya gelişmemiş ülke vatandaşı, beyaz ırk-siyah ırk, dini açıdan Müslüman-Hıristiyan-Yahudi

olma gibi ayırımlar yapılmaksızın gerçek manada kurulmalı ve korunmalıdır.

Nürnberg Kodeksi'ne göre bu ilkeler, insan üzerinde deney yapılabilmesi için katılanın rıza göstermeye ehliyetinin bulunması, aydınlatılması ve özgür rızasının varlığı, deneyin toplumun yararına olması, deneyde gereksiz ve keyfi yöntemler izlenmemesi, deney sırasında her türlü gereksiz fiziksel veya ruhsal acı verilmesinden kaçınılması, deneyin kalıcı bedensel zarar veya ölüm tehlikesi taşımaması, deney sırasında oluşabilecek tehlike boyutunun, sorunun çözülmesi halinde elde edilecek faydadan az olması, deneklerin korunması ve denekler tarafından deneyin sona erdirilmesine imkan tanınması ve izin verilmesi olarak sıralanabilir.

Ülkemiz bakımından iç hukuk normu haline gelmiş bir düzenleme olan Siyasi ve Medeni Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin "İşkence yasağı" başlıklı 7. maddesinin ikinci cümlesine göre, "Ayrıca hiç kimse, serbest iradesi olmaksızın tıbbi veya bilimsel bir deneye tabi tutulamaz".

Yine Ülkemiz bakımından bağlayıcı bir düzenleme olarak kabul edilmiş olan İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin "Muvafakat" başlıklı ikinci bölümünün 5. maddesinde, "Sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş olarak muvafakat vermesinden sonra yapılabilir. Bu kişiye, müdahalenin amacı ve niteliği ile sonuçları ve tehlikeleri hakkında önceden gerekli bilgiler verilmelidir. İlgili kişi, muvafakatini dilediği zaman serbestçe geri alabilir." Sözleşme, muvafakat verme yeteneğine sahip olmayan kişilerin korunmasına ve bu kişilere yapılacak tıbbi müdahaleler ile biyoloji ve tıp alanında bireyler üzerinde yapılacak araştırmalarda hangi usul ve esaslara başvurulması gerektiğine dair hükümler öngörmüştür (m. 6, m. 7, m. 8, m. 9, m. 17, m. 20). Sözleşmenin "Acil Durum" başlıklı 8. maddesine göre, "Acil bir durum sebebiyle uygun muvafakat alınmadığında, ilgili kişinin sağlığı için gerekli olan tıbbi müdahaleler derhal yapılabilir."

ERSAN
ŞEN'İN
TEBLİĞİ

Biyotıp Sözleşmesi'nin "Üzerinde Araştırma Yapılan Kişilerin Korunması" başlıklı 16/v maddesi hükmünde, "5. maddede belirtilen muvafakatin, açıkça, özel olarak ve belgelendirilerek verilmiş olması. Bu muvafakat, her zaman serbestçe geri alınabilir" kuralına yer verilerek, biyoloji ve tıp alanında yapılacak bilimsel araştırmaların esaslı şartlarından birisinin de "üzerinde araştırma yapılacak kişinin izni" olacağı vurgulanmıştır.

Kavramların ayrıntılı bir şekilde yer aldığı ve deney ve deneme kavramı için gerekli koşulların ne olması gerektiğini ana hatlarıyla çizen hükümler içeren bu düzenlemelerden Biyotıp Sözleşmesi'nde, üzerinde araştırma yapılan kişiler ile araştırmaya muvafakat verme yeteneği olmayan kişilerin haklarının korunması amacıyla düzenleme yapılmıştır (m. 16, m. 17). Ayrıca sözleşmenin 26. maddesine göre, "Bu sözleşmede yer alan haklar ve koruyucu hükümlerin kullanılmasında, kamu güvenliği, suçun önlenmesi, kamu sağlığının korunması veya başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması için kanunda belirtilen ve demokratik bir toplulukta gerekli olanlar dışında kısıtlama konulamaz. Yukarıdaki paragrafta sözü edilen kısıtlamalar, madde 11, 13, 14, 16, 17, 19, 20 ve 21'e uygulanamaz."

Görülebileceği üzere Biyotıp Sözleşmesi, üzerinde araştırma yapılan kişilerin korunması amacıyla öngörülen şartların hiçbir şekilde bertaraf edilemeyeceğini ortaya koymuştur. Bu sebeple, üzerinde biyoloji ve tıp alanında araştırma yapılacak kişinin temyiz kudretini haiz olması halinde mutlak olarak hür iradesiyle vereceği muvafakatının alınması (m. 16) ve araştırmaya muvafakat verebilme yeteneği olmayan kişi bakımından öngörülen sıkı şartlara her durumda uyulması gerekmektedir (m. 17). 1982 Anayasası'nın 90. maddesinin değişik son fıkrası uyarınca, kişi hak ve hürriyetlerini korumayı hedefleyen ve iç hukukumuzda bağlayıcı hale gelmiş olan Biyotıp Sözleşmesi'nin bu hükümlerinin gözardı edilebilmesi ve bu hükümlere aykırı hukuk kuralları düzenlenebilmesi mümkün değildir. 1982 Anayasası'nın 90. maddesinin son fıkrasının ikinci cümlesine göre, "Usulüne göre yürürlüğe

konulmuş, temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalar ile kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyumsuzluklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır."

1982 Anayasası'nın yukarıdaki açık düzenlemesi nedeniyle, Biyotıp Sözleşmesi hükümleri ile Türk Ceza Kanunu'nun aşağıda açıklayacağımız 90. maddesi arasında kişi hak ve hürriyetlerinin korunması bakımından lehte ve aleyhte hükümleri olup olmadığına bakılmaksızın, Biyotıp Sözleşmesi'nin hükümleri öncelikle dikkate alınacaktır. Hatta bu öncelik, insan üzerinde deney suçunun unsurları bakımından da geçerli kabul edilmelidir. Örneğin, TCK m. 90 çocuklar üzerinde bilimsel deney yapılmasında "rıza açıklama yeteneğine sahip çocuk" kavramına yer vererek, rıza açıklama yeteneğine sahip olmayan çocuk üzerinde bilimsel deney yapılamayacağına işaret ettiği halde, Biyotıp Sözleşmesi'nde bu yönde sınırlayıcı hüküm olmadığını, TCK m. 90/4'de "deneme" kapsamına çocukların belki sehven dahil edilmediği halde, Biyotıp Sözleşmesi'nde bu konunun düzenlendiği, yine akıl hastaları ile akıl eksiliği olanlar üzerinde bilimsel deneyler yapılabilmesi maalesef TCK m. 90'da düzenlenmediği halde, Biyotıp Sözleşmesi'nin bu hususa önem verdiği ve ayrıntılı hükümler öngördüğü görülecektir (bkz. Biyotıp Sözleşmesi m. 6, 7, 17). Kanaatimizce, bağlayıcı bir iç hukuk normu haline gelen, kişi hak ve hürriyetleri bakımından lehte veya aleyhte hükümler taşımasına bakılmaksızın 1982 Anayasası'nın 90. maddesinin değişik son fıkrası uyarınca öncelikle tatbiki gereken Biyotıp Sözleşmesi mutlaka dikkate alınmalıdır. Artık Biyotıp Sözleşmesi hükümleri, TCK m. 90'da düzenlenen suçların unsurlarının somut olaylarda oluşup oluşmadığının tespitinde önem taşımaktadır. 90. maddede bulunan eksiklikler veya Biyotıp Sözleşmesi'ne göre olan farklılıklarda, somut olayda suçun gerçekleşip gerçekleşmediği incelemesi, elbette taşıdığı tatbikat önceliği ve konu bakımından "özel olma" özelliği nedenleriyle Biyotıp Sözleşmesi hükümleri de esas alınarak yapılacaktır. Görüleceği üzere, artık suçların tespitinde uluslararası sözleşmeler esas alınacak ve failin icra ettiği fiil her ne kadar Türk Ceza Kanunu'na aykırı olsa da, iç hukukta kabul görmüş olan bir uluslararası sözleşme hükmüne uygunluk taşıdığı anda, uluslararası

ERSAN
ŞEN'İN
TEBLİĞİ

sözleşme hükmü o fiili hukuka uygun saydığı anda ise, artık o fiil suç sayılamayacaktır. Bu sebeple, ceza normları ile uluslararası sözleşme hükümleri arasında paralellik kurulmasının, bu konuda olabilecek karmaşanın önlenmesinin vakti gelmiştir. Şahsi olarak, uluslararası sözleşmeler yoluyla suç ve ceza konulmasına karşı olduğumuzu, bu konuda uluslararası toplumla uyumlu ve paralel ceza normlarının iç hukukta kabulü yolunun tercih edilmesinin, özellikle "egemenlik" ve "hukuk kurallarının tatbikinde yeknesak iç uygulama" esasına uygun olacağını ifade etmek isteriz.

Biyotıp Sözleşmesi, biyoloji ve tıp alanında hızla artan gelişmelerin bilinci içinde insana, hem birey ve hem de insan neslinin bir üyesi olarak saygı gösterilmesi ihtiyacına inanarak, insan haysiyetini güvence altına almanın önemini kabul ederek, biyoloji ve tıbbın kötüye kullanılmasının, insan haysiyetini tehlikeye sokabilecek eylem ve sonuçlara yol açabileceğini dikkate alarak, bunun yanında biyoloji ve tıbbın tüm insanlığa daha fazla ve en geniş şekilde yararlı olmasını sağlamak amacıyla, fakat insan haysiyeti ve kişi hak ve hürriyetlerinin korunabilmesi için gerekli somut tedbirleri de önceden almak kaydıyla uluslararası alanda düzenlenmiş ve Ülkemiz tarafından da imzalanıp, 5013 sayılı kanunla 09.12.2003 tarihi itibarıyla bağlayıcı bir iç hukuk normu olarak yürürlüğe konulmuştur. Bu sözleşme, bilimsel deneylerden sadece biyoloji ve tıp bilimi alanları ile sınırlı araştırma konularına ilişkin olup, bunu dışında kalan bilimsel deneyleri kapsamına almamıştır. Bu nedenle, Türk Ceza Kanunu'nun 90. maddesini incelerken, Biyotıp Sözleşmesi'nin 1982 Anayasası'nın 90. maddesinin son fıkrası çerçevesine giren etkisini, insana yapılacak tıbbi müdahaleler ile biyoloji ve tıp bilimi alanlarında insan üzerinde yapılması düşünülen deney ve araştırmalarla sınırlı göreceğiz.

Bu çalışmamızda asıl konumuzu, 1982 Anayasası tarafından korunan bireyin yaşama hakkı, vücut bütünlüğü gibi kavramların Türk Ceza Kanunu'nun 90. maddesine nasıl yansıdığı oluşturacaktır. Aşağıda metnine yer verdiğimiz TCK m. 90' da insan üzerinde

deney, çocuk üzerinde deney ve hasta insan üzerinde deneme suç olarak düzenlenmiş ve belirli koşulların varlığı halinde bu eylemleri yapanlara ceza verilmeyeceği hüküm altına alınmıştır. Madde metninde insan üzerinde bilimsel deney yapmak (m. 90/1), çocuklar üzerinde bilimsel deney (m. 90/3) ve hasta insan üzerinde rıza olmaksızın tedavi amaçlı deneme eylemleri suç olarak düzenlenmiştir. Birinci fıkrada düzenlenen suç nedeniyle mağdurun ölmesi veya yaralanması halinde kasten yaralama ve adam öldürme suçlarına ilişkin ceza yaptırımının uygulanacağını (m. 90/5) düzenlendiği ve bu hükme göre, bu maddede tanımlanan suçların bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde ayrıca tüzel kişi hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmedilecektir.

Bu çalışmamızda açıklayacağımız bilimsel deney ve denemelerle ilgili hukuk kurallarının ortak özelliğini, üzerinde bilimsel deney ve deneme yapılacak olan kişinin rızasının alınması oluşturmaktadır. Bireyin rızası yoksa veya alınmamış veya alınamamışsa, o kişinin üzerinde bilimsel deney ve bilimsel yöntemlere uygun tedavi maksatlı deneme yapılabilmesi mümkün değildir.

Burada iki ayrı ikili ayırım yapmak gerekmektedir. Müdahalenin türüne göre yapılan ilk ayırımı, tıbbi amaçlı bilinen yöntemlerle hasta insana yapılacak müdahale ile bilimsel deney ve bilimsel yöntemlere uygun tedavi amaçlı denemeler oluşturmaktadır. Kendisine müdahale edilecek bireye göre yapılacak ayırımı ise, bireyin muvafakat yeteneğine sahip olup olmaması şeklinde belirtmek mümkündür.

Müdahale türünde, eğer tedavi amaçlı ve bilinen yöntemlerin kullanımı yoluyla acil müdahale söz konusu olacaksa, burada hastadan rıza elde etmek zorunluluğu istisnai olarak gündeme gelmeyecektir.

Ancak insan üzerinde bilimsel deney veya bilinen yöntemler dışında bilimsel kurallara uygun deneme yapılacaksa, bu noktada doğru ve anlaşılır bilgiler vermek (ilgiliye dürüst

davranma zorunluluğu) suretiyle ilgiliden rıza elde etmek zorunluluğu olacaktır.

Vücut bütünlüğüne müdahale edilecek insan reşit ve temyiz kudretini haiz ise, muvafakatin alınması hususunda sorun doğmayacaktır. Ancak ilgili, yaş küçüğü (çocuk), akıl hastası, akıl eksiği, bir hastalıktan dolayı irade yeteneği zayıflamış veya ortadan kalkmış bir kişi ise, burada ilgiliden muvafakat alınması imkansız olabileceği gibi, alınma ihtimal ve imkanı olsa dahi yeterli görülmebilir. İşte muvafakatin alınmadığı veya yeterli görülmediği noktalarda, bilinen yöntemlerle tıbbi müdahaleyi gerektiren acil durumlar dışında, mümkünse fiil ehliyeti olmayanlar üzerinde bilimsel deney ve deneme yapılmamalıdır. Bununla birlikte, imkan olduğu ölçüde bu özellikteki kişilerin muvafakat alınma sürecine katılmaları sağlanmak ve müdahaleye ilişkin diğer şartlara bağlı kalınmak suretiyle yasal temsilcilerine başvurulabilir.

Bu konu hakkında da aşağıda açıklamalarda bulunacağız ve özellikle çalışmamızın "Netice" kısmında önemli tespitlere yer vereceğiz.

90. madde ile ilgili açıklamalara geçmeden evvel, özellikle tıp mesleğinin icrası hakkında kısa açıklama yapmayı uygun bulduk. 1928 yılına ait 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunu'nun 70. maddesinde, hekimler tarafından hastaları üzerinde yapılacak her türlü mesleki faaliyet ve çalışmanın, üzerinde tetkik, tedavi ve uygulama yapılan hastanın rızasına bağlı olduğu, muvafakat vermeye ehil olmayanlardan ise, bu muvafakatin temininin yasal temsilcilerinden yapılması gerektiği, müdahalenin acil ve rıza almına imkan bulunmayan hallerde de istisnai olarak rıza almaksızın hekim tarafından tıbbi müdahalenin yapılması mümkün kılınmıştır. Bu hükme aykırı hareket edilmesi durumunda, hekim hakkında mahallin en büyük mülki amiri tarafından idari para cezası uygulanacağı öngörülmüştür. Hekimlik, yani tıp mesleğinin icrasının bir meslek birliği çatısının altında yapılmasını düzenleyen 1953 yılına ait 6023 sayılı Türk Tabipler

Birliği Kanunu'nda, tıp mesleğinin yerine getirilmesi usulü ve şartları hakkında açık düzenlemeye yer verilmemiş, bu husus Türk Tabipler Birliği'ne bırakılmıştır. Buna rağmen, Meslek Birliği yerine Bakanlar Kurulu tarafından 1960 yılında 4/12578 sayılı kararname ile Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi (Tüzüğü) çıkarılmıştır. Bu tüzükte, tıp mesleğinin ne şekilde icra edilmesi gerektiği, sağlık alanında çalışan hekimlerin görev ve yetkilerini titizlikle, kural ve kaidelere uygun şekilde, dürüst yerine getirmeleri gerektiğine işaret edilmekle birlikte, hastanın muvafakatinin alınmasından ve hasta haklarından bahsedilmemiştir. Kanaatimizce Türk Tabipler Birliği, 6023 sayılı kanunun 59/g maddesi hükmünün kendisine tanıdığı yetkiyi 10-11 Ekim 1998 tarihli 47. Genel Kurul Toplantısı'nda kullanarak, 1999 yılında yürürlüğe giren Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nı kabul etmiştir. Bu düzenleme, hekimlik mesleğinin icrasında esas olarak dikkate alınması lazım gelen, bizce 6023 sayılı kanunun 59/g maddesi hükmü sebebiyle tüzük hükümlerinin gözardı edilmesini gerekli kılan çağdaş kuralları barındırmaktadır. Bir başka ifadeyle Hekimlik Meslek Etiği Kuralları, Ülkemizde tıp doktorlarının mesleklerinin gereklerini yerine getirirken uymaları zorunlu olan ve kendilerinden bu yükümlülüğün ifası beklenen hüküm ve şartları göstermektedir. Hekimlik Meslek Etiği Kuralları, 2003 yılında Ülkemiz açısından bağlayıcı hale gelen Biyotıp Sözleşmesi ile Türk Ceza Kanunu'nun 90. maddesi bakımından gözden geçirilmeli, "normlar hiyerarşisi" yönü ile varsa hukuka aykırılıkları ve eksiklikleri giderilmelidir. Aksi durumda, kanunların tatbikatta Meslek Etiği Kuralları'ndan önce uygulanacağını ve alt normun aykırı hükümlerinin dikkate alınmayacağını ifade etmek isteriz.

Kuralların "Hasta Haklarına Saygı" başlıklı 21. maddesine göre, hekim, hastasının sağlığı ile ilgili karar alırken, bilgilendirme hakkı, aydınlatılmış onam hakkı, tedaviyi kabul ya da red hakkı ve hastasının diğer haklarına saygı göstermek zorundadır. 26. maddede düzenlenen "aydınlatılmış onam" yazılı olmak zorunda değildir. Ancak hekim, hastasına gerek-

ERSAN
ŞEN'İN
TEBLİĞİ

li bilgileri tam olarak aktardığını ispatlamak zorundadır. Bu nedenle hekim, hastasının yazılı muvafakatini almalıdır. Acil durumlarda ise, ispat yükünün yerine getirilmesinde tanık yeterli görülmelidir. Hasta, vermiş olduğu aydınlatılmış onamı (hekime verdiği muvafakati) dilediği zaman geri alabilir.

Meslek Etiği Kuralları'nın 40. maddesinde, insan üzerinde tıbbi araştırmalar yapılması ve 41. maddede ise, bu araştırmalarla ilgili denek olanların bilgilendirilmesi ve aydınlatılmış onam, yani muvafakatlerinin alınması usulü düzenlenmiştir. Madde 42'de ise, reşit ve/veya mümeyyiz olmayan kişiler yönünden veli veya vasisinin aydınlatılmış onamının alınacağı belirtilmiştir. 42. madde, üzerinde araştırma yapılacak kişilerin muvafakatlerinin alınması ve görüşlerine başvurulmasından bahsetmemekle, Türk Ceza Kanunu'nun 90. maddesi ile Biyotıp Sözleşmesi hükümlerinin dışına çıkmıştır.

TÜRK CEZA KANUNU MADDE 90 (İNSAN ÜZERİNDE DENEY)

MADDE 90 - (1) İnsan üzerinde bilimsel bir deney yapan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) İnsan üzerinde yapılan rızaya dayalı bilimsel deneyin ceza sorumluluğunu gerektirmemesi için;

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

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

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

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

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

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

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

Gerekir.

(3. Fıkranın Eski Hali) Çocuklar üzerinde bilimsel deney hiçbir surette yapılamaz.

(3. Fıkranın Yeni Hali) Çocuklar üzerinde bilimsel deneyin ceza sorumluluğunu gerektirmemesi için ikinci fıkrada aranan koşulların yanı sıra;

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

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

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

Gerekir.

(4) Hasta olan insan üzerinde rıza olmaksızın tedavi amaçlı denemede bulunan kişi, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Ancak, bilinen tıbbî müdahale yöntemlerinin uygulanmasının sonuç vermeyeceğinin anlaşılması üzerine, kişi üzerinde yapılan rızaya dayalı bilimsel yöntemlere uy-

gun tedavi amaçlı deneme, ceza sorumluluğunu gerektirmez. Açıklanan rızanın, denemenin mahiyet ve sonuçları hakkında yeterli bilgilendirmeye dayalı olarak yazılı olması ve tedavinin uzman hekim tarafından bir hastane ortamında yapılması gerekir.

(5) Birinci fıkrada tanımlanan suçun işlenmesi sonucunda mağdurun yaralanması veya ölmesi hâlinde, kasten yaralama veya kasten öldürme suçuna ilişkin hükümler uygulanır.

(6) Bu maddede tanımlanan suçların bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hâlinde, tüzel kişi hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur.

90. MADDENİN AÇIKLAMASI: *Bu madde ile ilgili bazı açıklama ve tespitlere yukarıda yer verdiğimizizi, dolayısıyla 90. maddede bakımından tüm çalışmanın birlikte değerlendirilmesi gereğini önemle hatırlatmak isteriz.*

Kanun koyucu, insan üzerinde deney konusunda deney ve deneme olmak üzere ikili ayırım yapmıştır. 90. maddenin birinci fıkrasında deney yapmak ile dördüncü fıkrasında deneme yapmak adıyla iki ayrı suç tanımlamıştır. Maddenin beşinci fıkrasında ise, maddenin birinci fıkrasına bağlı olarak, fül neticesinde mağdurun yaralanması veya ölmesi hallerinde uygulanacak ceza hükümlerinden yer vermiştir.

Birinci fıkrada, bilimsel deneylerle ilgili olarak suç tanımı yapılmış ve hangi hallerde bilimsel deneylerin hukuka uygun sayılacağı da, yetişkinler ve çocuklar hakkında alt ayırım yapılmak suretiyle maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarında düzenlenmiştir. Maddenin dördüncü fıkrasında ise, ikili ayırımın ikincisini teşkil eden bilimsel yöntemlere uygun tedavi amaçlı denemelere yer verilmiş ve bu fıkrada, suçun tanımı ile hangi şartlar altında yapılan tedavi amaçlı denemelerin hukuka uygun sayılacağı ortaya konulmuştur. Elbette, deney süreci tamamlanmış, bilimsel açıdan geçerlik kazanmış çalış-

malar ile tıp biliminde kabul görmüş olan tedavi yöntemleri ve sonuçları, 90. madde kapsamında değerlendirilmeyecektir.

90. maddenin ihlalinde, failin sıfatı bakımından özgü/ mahsus suç tanımlaması yapılmamıştır. Dolayısıyla, insan üzerinde deney yapmak suçu herkes tarafından işlenebilen suçlar arasında yer almaktadır. Bu suçun failinin hekim veya bilim adamı olmasına gerek bulunmamakta, deneyin niteliğinin sadece "bilimsel" olması yeterli görülmektedir. İnsan üzerinde yapılacak müdahalenin bilimsel amaçlı olmaması halinde, hukuka aykırı davranış hakkında uygulanacak ceza normu 90. madde değil, suçun kanuni unsuruna göre insan yaralama, öldürme veya işkence suçlarından birisi olabilecektir. Aynı açıklama, 90. maddenin dördüncü fıkrasında düzenlenen deneme suçları yönünden de geçerlidir. Bu fıkra da, hasta insanlar üzerinde yapılacak tevdi amaçlı deneme fiilleri ile faileri hakkında uygulama alanı bulabilecektir.

Gerek yetişkinler ve gerekse çocuklar üzerinde yapılacak bilimsel amaçlı deneyler, bir sorunun çözüme kavuşturulması amacıyla sonucunun henüz ne olacağı belli olmayan, fakat iyi niyetli yapılan bilimsel çalışmalar olarak tanımlanabilir. Bu çalışmaların neticesinde başarıya ulaşılabileceği gibi, olumsuz sonuçlar da elde edilebilecektir. Her iki durumda da üzerinde deneme yapılan insan deneklerin vücut ve sağlıkları geçici veya sürekli olarak tehlikeye düşebilecektir. İşte esas hedefi bir sorunu çözmek olan deney ve denemeler sırasında olumsuz etkilerin doğabileceğini düşünen kanun koyucu, her ne amaçla olursa olsun insanlar üzerinde yapılacak deney ve denemeleri sıkı şartlara bağlamak ihtiyacını hissetmiştir.

Yargı makamı, önüne gelen bir meselede yapılan deneyden elde edilen sonuçların öncesinde, 90. maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarında öngörülen şartlara uyulup uyulmadığını inceleyecek ve bu şartlar dairesinde kararını verecektir. Eğer fail, bu fıkralarda gösterilen şartlara uymaksızın insanlar üzerinde bilimsel deney yapmak suretiyle olumlu sonuçlar elde

ERSAN
ŞEN'İN
TEBLİĞİ

etmişse, bu deney sırasında görülen olumsuz etkilerin ağırlığı dikkate alınacak ve cezanın alt ve üst hadleri arasında müeyyide tatbik edilecek, ayrıca kanunun 62. maddesinde düzenlenen "takdiri indirim nedenleri"nin uygulanıp uygulanmasına karar verilecektir. Böylece, sonuçları olumlu gelişecek olsa da, şartlara aykırı yapılması düşünülen deneylerin önüne geçilmesi hedeflenmiştir.

Maddenin gerekçesinde de ifade edildiği üzere, "İnsan üzerinde deney" başlıklı 90. maddenin kapsamına bilimsel içerikli, bilim mantığı ve etiğine dayanan veya bilimsel yöntemlere uygun tedavi amaçlı deneyler girmektedir. Bunun dışında, bilimsel mantığa, etiğe ve yonteme dayanmayan, konusunda akademik uzmanlaşma elde etmemiş kişiler tarafından yapılan araştırmaların, bilimsel deney kapsamına dahil edilmeleri mümkün değildir. Bu tür araştırma ve tedavi amaçlı müdahalelerin hukuka uygunluk taşımayacaklarını, 90. madde kapsamında değerlendirilemeyeceklerini, gerek bu tür müdahalelerin ve gerekse insan üzerinde meydana getirdiği olumsuz sonuçların hukuka aykırılık ve suç kapsamında dikkate alınması gerektiğini belirtmek isteriz. 90. madde incelendiğinde, bu konuya ilişkin bir açıklığın bulunmadığını görmekle birlikte, bilimsel yonteme ve esasa dayanmayan deney ve denemelerle ilgili 90. maddeden yararlanılamayacağını da söylemek gerekir. Bu sebeple, bu tür deney ve denemeler zaten hukuka aykırı sayılacağından, ortaya koydukları eziyet, yaralama, ölüm sonuçlarının tümünden failleri sorumlu tutulacaktır.

Ayrıca kanunun 187. maddesinin birinci fıkrasında, "kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokabilecek şekilde ilaç yapma ve satma" fiilinin suç kabul edildiğini de beyanlarımıza eklemek isteriz. 187. maddenin birinci fıkrasında, bilimsel araştırma ve deneye dayandırılmayan, dolayısıyla kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye düşürecek biçimde ilaç üretilmesi veya satılması fiilleri suç olarak kabul edilmiştir.

90. maddenin gerekçesinde "bilimsel deney" kavramı, her ne kadar tıp bilimi ile sınırlandırılmış gözükse de, madde metninde anlamının tıp bilimi sınırlı tutulmadığını, dolayısıyla bu bilim dalı dışında da insan üzerinde bilimsel maksatlı deney yapılabileceğini ifade etmek isteriz. Örneğin, uzay bilimi veya insanlığa faydalı olabilecek alanlarda bilimsel deneylerin yapılabilmesi, hem bir hukuka uygunluk sebebi olarak mağdurun rızasını düzenleyen TCK m. 26/2 ve hem de 90. madde anlamında mümkündür.

90. madde ve gerekçesi, deney ve deneme kavramlarını birbirinden ayırdığı için, biz de çalışmamızda bu ayırımı bağlı kalmaya çalışmakla birlikte, bazı yerlerde de kavramları bir arada kullanmak suretiyle farklı hareket ettik. Ancak belirtmek isteriz ki, deney ve denemeleri esas itibariyle birbirinden ayırmak isabetli değildir. Çünkü bu iki kavram, birlikte ele alınması gereken ve birbirini takip eden unsurlardır. Kanun koyucu madde gerekçesinde "deney" kavramını, bilimsel çalışmanın ilk aşamaları ve "deneme" kavramını da, henüz kesinliğe varmasa da bilimsel amaçlı deney neticelerinin, bir hastalığın tedavisi hususunda ulaştığı somut bazı yararlıdan yola çıkılarak, hasta bir insana tatbik edilmesi olarak tanımlamıştır. Böylece kanun koyucu, bu iki kavramı 90. maddenin birinci ve dördüncü fıkralarında ayrı suç tanımları içinde düzenlemiştir. Bizce kanun koyucu hatalı hareket etmiştir. Madde metninde, "bilimsel veya insandaki bir hastalığı tedavi amaçlı deney ve/veya deneme fiilleri" kavramına beraber yer verilmesi isabetli olurdu.

Kanun koyucunun deney ve deneme kavramlarına farklı anlamlar vererek, ayrı fıkra ve suç tanımları içinde düzenleme yapmak yolunu seçmesi, karışıklığa sebebiyet vermenin yanında, "suçta ve cezada kanunilik" ilkesinden kaynaklanacak tartışmalara da neden olabilecektir.

90. maddenin üçüncü fıkrası ilk şeklinde, çocuklar üzerinde bilimsel deney yapılması tümüyle yasaklandığı halde, sonradan bu fıkroda yapılan değişiklikle henüz on sekiz yaşını

ERSAN
ŞEN'İN
TEBLİĞİ

doldurmayan bireylerin de üzerinde daha sıkı şartlara bağlı olarak bilimsel deney yapılması kabul edilmiş, ancak benzer düzenlemeye "deneme" kavramını düzenleyen dördüncü fıkra veya devamında yer verilmemiştir. "İnsan" ve "çocuk" kavramlarını 90. madde yönünden farklı düzenlemek gerektiğini duyan ve bir sistem izleyen kanun koyucu, bir boşluk ve tartışmanın doğmasına yol açmıştır. Buna göre, hasta çocuklar üzerinde rızaları olsa da tedavi amaçlı deneme yapılamaz, çünkü TCK m. 2/2'ye göre, "kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz." Şimdi denebilir ki, 90. maddenin dördüncü fıkrası ve devamı çocuk yönünden kısıtlama öngörmemekte, ayrıca 90. maddenin gerekçesinden hareketle, deneyden elde edilen sonuç doğal olarak hasta çocuk üzerinde tedavi maksadıyla uygulanabilecektir, çünkü deney, özelliği itibariyle denemeden önce gelen ve hukuki yarara yönelik ihlali daha fazla olabilecek bir kavramdır. Ayrıca, TCK m. 26/1 hükmü de zaten bir hukuka uygunluk sebebi olarak "tıp mesleğinin icrası" müessesesini kapsamına aldığından, çocuk üzerinde hastalık tedavisi amacıyla deneme yapılabileceği ve 90. maddenin bunu engellemediği fikri ileri sürülebilir.

Kanaatimizce, pekala bu düşünceye katılmamak mümkündür. Şöyle ki, 90. madde baştan itibaren "insan" ve "çocuk" kavramlarını birbirinden ayırmak suretiyle düzenleme yapmıştır. Bu çerçevede, bilimsel amaçlı deneyleri ayrı şartlarla düzenlemiş, fakat bu düzenleme biçimini aynı madde içinde yer alan "deneme" müessesesinde ihmal etmiştir. Bu durumda, kanun koyucunun aynı madde içinde farklı ceza normu düzenleme usulü izlemeyeceği kabul edildiğinde, çocuklar bakımından hastalık tedavisi amaçlı denemelerin yasak olduğunu, faileri hakkında da 90/4. madde hükmünde gösterilen yaptırımın uygulanacağı fikri ileri sürülebilir. Bu noktada, TCK m. 26/1 hükmü de çözüm olamayacaktır. Çünkü bu madde, tedavi olma niteliği kesinlik kazanmış, yani ispatlanmış tıbbi müdahaleleri kapsamaktadır. Oysa tedavi amaçlı

deneme, henüz sonuçları kanıtlanmamış ve kesinlik kazanmamış deneylerden elde edilen yöntemlerin insan üzerinde tatbikini içermektedir. Burada ancak, çocuk üzerinde deney yapılmasını kesinlikle yasaklayan 90. maddenin üçüncü fıkrasının ilk şeklinin değiştirildiği, çocuk üzerinde daha sıkı şartlarla da olsa bilimsel deneye izin verildiği, bu iznin "deneme" kavramını evleviyetle kapsayacağı ve zaten maddenin dördüncü fıkrası ve devamı hükümlerinin de çocuk üzerinde tedavi maksatlı denemeyi kısıtlamadığı ve bu sebeplerle çocuk üzerinde deneme yapılabileceği fikri ileri sürülebilir. Yine de belirtmeliyiz ki, bu konuda 90. maddede boşluk bulunduğu ve "kanunilik" prensibinin tedavi maksatlı denemeye izin vermediği düşüncesindeki haklılık payı da gözardı edilmemelidir.

90. madde ile ilgili bu önemli tespit ve açıklamalardan sonra aşağıda bu maddenin fıkra ve hükümlerini sırası ile açıklamaya çalışacağız.

Maddenin birinci fıkrasında, insan üzerinde bilimsel deney yapılmasının suç olduğu düzenlenmiş, ancak ikinci fıkrasında, insan üzerinde yapılan rızaya dayalı bilimsel bir deneyin hükümde gösterilen şartları taşıması halinde fail bakımından cezai sorumluluk doğurmayacağı ifade edilmiştir. Böylece, ikinci fıkra tarafından bir hukuka uygunluk sebebi düzenlendiği görülmektedir. Yine ikinci fıkra, insan üzerinde yapılacak müdahalenin belirlenen şartlar dairesinde yapılması durumunda suçun maddi unsurunun da oluşmayacağını ortaya koymuştur.

Belirtmeliyiz ki, insan üzerinde bilimsel deney yapılmasının tümüyle yasaklanması hukuki açıdan zaten mümkün değildir. Mağdurun rıza gösterdiği hallerde, Türk Ceza Kanunu'nun 26. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen "mağdurun rızası" adlı hukuka uygunluk sebebi gündeme gelecek ve fiil suç olmaktan çıkacaktır. İşte 90. madde, insan üzerinde deney yapılmasını suç saymakla birlikte, ikinci fıkrasında bu suç bakımından özel bir hukuka uygunluk sebebi-

ni de 26. maddenin ikinci fıkrasıyla uyumlu bir şekilde ortaya koymuştur.

Kanun koyucu maddenin gerekçesinde “deney” kavramını, tıp biliminin en önemli amacının insan sağlığını korumak ve hastalıklara çare bulmak olduğundan hareketle hukuka uygun saymak gerektiğini, ancak insan üzerinde yapılacak deneylerin de kontrol dışı bırakılmayacağını ifade etmek suretiyle açıklamıştır. Gerekçede “deney”, bilimsel çalışmanın ilk aşamalarına yönelik olarak kullanılmış ve yine 90. maddede geçen “deneme” kavramı ise, bilimsel amaçlı deney sonuçlarının henüz bir kesinliğe varmasa da, hastalığın tedavisi konusunda ulaşılan somut bazı faydalardan yola çıkılarak, hasta bir insana uygulanması işlemi olarak tanımlanmıştır. Kanaatimizce, hem “deney” ve hem de “deneme” kavramları, faydalı olma ihtimali bulunmakla birlikte, henüz sonuçlanmayan ve hatta deneme aşamasında bile insan sağlığını tehlikeye düşürebilme veya zarara uğratabilme riski bulunan faaliyetler olarak tanımlanabilir.

Deney ve deneme faaliyet ve çalışmaları olmaksızın sonuçlara ulaşabilmek ve özellikle sağlık sorunlarına çözümler bulabilmek mümkün değildir. Ancak kanun koyucu, insani amaçlarla da olsa deney ve denemeler yapılırken belirli sınırlar dahilinde hareket edilmesini, deney ve denemelerin insanlar üzerinde uygulanabilme aşamasına gelebilmesi için, bu alanda mümkün olabilecek en az riske ulaşılmasını istemiştir.

90. maddenin gerekçesinde, sadece insan sağlığını korumak ve hastalıklara çare bulmak amacıyla yapılan deneylerin bu madde kapsamında değerlendirileceği gibi bir sonuç çıkmaktadır ki, denemelerde m. 90/4 tarafından öngörülen “hastalığın tedavisi” sınırı dışında bu düşünce hatalıdır. Kanaatimizce, insan üzerinde bilimsel deney yapmayı içeren tüm ilmi deneyler, bunların sonuçları mutlak şekilde insan sağlığını korumak ve hastalıklara çare bulmak olmasa da, yine 90. madde kapsamında değerlendirilmelidir. Örneğin, insan sağlığı bakımından zorunluluk, hatta gereklilik içermeyen plastik

cerrahi alanında, askeri çalışmalarda, insan klonlamasında, yapay hücre elde edilme çalışmalarında veya insan vücudu üzerinde araştırmalar yapılarak, kriminoloji ve adli tıp bilimleri ile ilgili birtakım verilerin elde edilmesinde yapılacak deneyleri, 90. madde kapsamında incelemek gerekir. Bilimsel deneyler neticede, insanların yararına yapılır, fakat bu yarar sadece sağlıktan ibaret değildir. Bilimsel çalışmalarda somut veriler elde etmek, en önemlisi teorik çalışmaların pratikte ne gibi sonuçlar verdiğini tespit etmek gerekir. Bilimsel çalışmalarda müspet-menfi sonuçlara tam manası ile ulaşmak ve standartlar tespit edip, elde edilen verilerin nerelerde ve nasıl kullanılacağını anlamak için deney yapılmalıdır. Ancak tüm deneylerde ortak bir doğrunun uluslararası alanda kabulü gerekmektedir. Buna göre, hangi ülke veya ortak çalışma içine giren ülkeler olursa olsun, yapılan bilimsel deneyin sonuçta tüm insanlığa, insan yaşamı ve çevre kalitesinin artırılmasını hedeflemesi aranmalıdır.

Eğer tıp alanı dışında yapılan bilimsel deneyden elde edilen verilerden hastalık tedavisi neticesine henüz kesin olmamakla birlikte ulaşılmışsa, bu durumda hastalık tedavisi maksatlı denemenin hasta insan üzerinde yapılabilmesi elbette mümkündür, çünkü burada, bilimsel deney tıp bilimi dışında da yapılmış olsa, elde edilen bilimsel verilerin hasta üzerinde tatbiki TCK m. 90/4'de gösterilen şartlar çerçevesinde kullanılabilir.

İnsan üzerinde deney suçunun manevi unsuru, genel suç işleme kastı olarak kabul edilmelidir. Suçun maddi unsuru ise serbest hareketlidir. İnsan üzerinde deney suçu, icra hareketleri parçalara bölünebileceğinden, teşebbüse müsait bir suç olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu sebeple, kanunun "Suça teşebbüs" başlıklı 35. maddesinin burada tatbik edilebilme imkanı bulunmaktadır. Suçun hukuka aykırılık unsuru ise, mağdurun rızasının bulunmaması ve bu rızanın maddenin ikinci fıkrasında gösterilen şartlar dahilinde alınmaması durumunda ortaya çıkacak, aksi halde fiil hukuka uygun sayılacağından, insan üzerinde deney yapmak suçundan da bahsedilemeyecektir.

ERSAN
ŞENİN
TEBLİĞİ

Belirtmek gerekir ki, elbette her deneyin bu madde kapsamında değerlendirilebilmesi mümkün değildir. Bu madde kapsamına girebilecek deneyler, insan üzerinde yapılacak bilimsel deneyler olarak gösterilmiştir. Deney, hayatta bulunan bir kişi üzerinde yapılmalı ve bilimsel bir nitelik taşımalıdır. Aksi halde, fiilin 90. madde kapsamında değerlendirilebilmesi mümkün değildir. Bir deneyin ilmi nitelik taşıyıp taşımadığı, o deneyin bilimsel bir çerçevede yapılıp yapılmadığı, bilimsel verilere ulaşmayı amaçlayıp amaçlamadığı, bir inceleme ve araştırma içerip içermediği ve sonuçlarının bilim alanında kullanılıp kullanılmayacağıyla ilgilidir. Kanun koyucu, müspet gözüken bu amaçlara ulaşmak için insan üzerinde sınırsız bir şekilde bilimsel deney yapılmasını kabul etmemiştir.

1982 Anayasası'nın 27. maddesinin birinci fıkrasına göre, *"Herkes, bilim ve sanatı serbestçe öğrenme ve öğretme, açıklama, yayma ve bu alanlarda her türlü araştırma hakkına sahiptir."* 27. maddede, bilim alanında yapılacak araştırmalarla ilgili herhangi bir sınırlama gösterilmemiştir. Bununla birlikte kanun koyucu, Anayasanın 17. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarından hareketle, insan üzerindeki bilimsel deneyleri sınırlamak ve bazı şartlara bağlamak gereğini duymuştur. 17. maddenin birinci ve ikinci fıkralarına göre, *"Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz."*

Anayasanın 17. maddesinin ikinci fıkrası, insan üzerindeki bilimsel deneyler bakımından sadece "rıza" şartını aradığı halde, Ceza Kanunu'nun 90. maddesinin ikinci fıkrası, "rıza" şartının dışında başka şartların gerçekleşmesini de öngörmüştür. Bu sebeple, 90. maddenin Anayasaya aykırı olduğu iddia edilebilir. Özellikle ölüm, yaralanma ve kalıcı birtakım tesirler bırakmayan bilimsel deneylerde, denek olarak kullanılacak insandan usule uygun, yani Ceza Kanunu'nun 26. maddesinin ikinci fıkrası kapsamında ve yapılacak deney ve

sonuçlarıyla ilgili tüm bilgiler verilmek suretiyle izin alındığı takdirde, sözkonusu bilimsel deneyin yapılması bakımından başkaca bir şartın aranmaması gerekir.

Kanun koyucunun, Anayasanın 17. ve 27. maddelerin sınırlarını aşabilecek bir düzenleme yapmış, böylelikle Anayasanın dışına çıkmış olarak değerlendirilebilir. Ancak Anayasanın 17. maddesinin ikinci fıkrasında, bilimsel deneyler bakımından sadece "rıza" şartının aranmayıp, aynı zamanda "kanunda yazılı haller dışında" ibaresi kullanıldığından, kanun koyucu tarafından birtakım ek şartlar getirilebileceği düşüncesi de aksi bir görüş olarak ileri sürülebilir. Anayasa hükmünün gerekçesi incelendiğinde, bilimsel deneyler bakımından "rıza" şartı dışında başka bir ek şartın kanun koyucu tarafından konulabileceğine dair bir açıklama bulunmamaktadır.

1982 Anayasası'nın temel hak ve hürriyetler bakımından genel sınırlama öngören 13. maddesi, 4709 sayılı kanunun 2. maddesi ile 2001 yılında değiştirilmiş, temel hak ve hürriyetler üzerinde kanunla genel sınırlama yapabilme yetkisi kaldırılmış ve bu sınırlama konusu tümüyle temel hak ve hürriyetlerin düzenlendiği özel maddelere bırakılmıştır. Bu sebeple, kanunla 17. maddede gösterilmeyen sebeplerin oluşturulması Anayasaya aykırı sayılabilecektir. 90. maddenin ikinci fıkrası incelendiğinde ise, bilimsel deney bakımından getirilen şartların kişinin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına hizmet ettiği ve kişinin vücut bütünlüğünü koruduğu şeklinde yorumlanarak, hükmün Anayasaya aykırı olduğu düşüncesinin aksini de savunabilmek mümkündür.

Kanaatimizce, her ne kadar Anayasanın 17. maddesi bilimsel deneyler bakımından "rıza" şartını yeterli saymış gibi gözükse de, diğer kişi hak ve hürriyetlerinin korunması gerektiği ve bu amaçla bilim hakkını kullanmaya "rıza" dışında başka ek şartlarla sınırlama getirilebileceğini ifade etmek isteriz. Kaldı ki, uluslararası kabul görmüş ve iç hukuk normu haline getirilmiş olan kurallarla (Biyotıp Sözleşmesi)

ERSAN
ŞEN'İN
TEBLİĞİ

bilim hakkının kullanımı, diğer kişi hak ve hürriyetlerinin korunması adına sınırlanabilir. İşte TCK m. 90'da "rıza" şartı dışında getirilen ek sınırlama hükümlerini bu şekilde değerlendirmek gerekir.

Maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen, insan üzerinde yapılan rızaya dayalı bilimsel deneyin suç teşkil etmemesi için bazı şartlar aranmıştır. Bu şartların tümünün gerçekleşmesi halinde, fiil suç olmaktan çıkacak, aksi takdirde insan üzerinde deney yapmak suçunun işlendiği kabul edilecektir.

İkinci fıkranın "a" bendinde öngörülen ilk şart, deneyle ilgili olarak yetkili kurul veya makamlardan gerekli iznin alınması şeklinde gösterilmiştir. Belirtmeliyiz ki, yapılacak deneyle ilgili olarak hukuk kurallarının yetkili kıldığı kurul veya makam varsa ve bu kurul veya makamdan izin almak zorunlu ise, deney yapmak isteyen kişinin bu izin şartını yerine getirmesi gerekmektedir. Eğer yapılacak deneyle ilgili izin şartı bulunmamakta ise, deney yapmak isteyen kişinin izin alıp almadığı da araştırılmayacaktır.

Kanaatimizce, bu düşünce savunulabilir gibi gözükse de, (a) bendinin emrediciliği ve özellikle Biyotıp Sözleşmesi'nin 16/iii maddesi hükmünde yer alan, "*Araştırma projesinin; yetkili bir kurum tarafından, araştırma amacının önemini değerlendirilmesi ve etik bakımdan kabul edilebilirliğinin multidisipliner bir gözden geçirmeye tabi tutulması da dahil olmak üzere, projenin bilimsel değerinin bağımsız şekilde incelenmesinden sonra onaylanmış olması,*" şartı nedeniyle, insan üzerinde yapılacak her bilimsel deney için bu konuda Ülkede bulunan yetkili kurul ver makamlardan onay/izin alınması zorunludur. Bu izin ve onay, özellikle araştırma ve deneyin bilimsel olup olmadığı, denek insanlar üzerinde yapabileceği/bırakabileceği etkiler, bunların geçici olup olmadıkları ve sunulan projenin bilimsel bir araştırma projesi niteliğini haiz olup olmadığını tespit için çok önem taşımaktadır. Elbette yetkili kurul ve makamın tetkiki, mümkün olduğu ölçüde hızlı tamamlanmalı, bu sırada bilimsel verilere uygun bir süreç izlenmeli ve projenin tüm

açıklığı ile kendilerine sunulup sunulmadığını kapsmalıdır. Neticede yetkili kurul ve makamdan izin çıkarsa, bunun idari bir yetki ve ruhsatlandırma olacağı, "hakkın icrası" kapsamında hukuka uygunluk nedeni itibarını göreceği unutulmamalıdır. Bilimsel deneyle ilgili kimlerin inceleme ve izin verme yetkisine sahip olduğu hususu, tartışmaya yer bırakmayacak biçimde önceden hukuk kuralları ile tespit edilmelidir.

Bilimsel deney için maddenin ikinci fıkrasının "b" bendinde aranan ikinci şarta göre, deneyin öncelikle insan dışı deney ortamında veya yeterli sayıda hayvan üzerinde yapılmış olması gerekmektedir. İnsan üzerinde yapılacak bilimsel deney, önceden insan dışı deney ortamında veya bilimsel deneyden birtakım somut sonuçlara ulaşılabilmesini sağlayacak sayıda denek hayvan üzerinde, o deneyin insan üzerinde denenmesine imkan verebilecek düzeyde yapılmalıdır. Aksi takdirde, insan üzerinde yapılan deneyin hukuka uygunluğundan bahsedilemeyecektir. Teşebbüs edilen veya icra edilen bilimsel deneyin sonucunda başarılı sonuçlara ulaşılması kuvvetle muhtemel olsa veya ulaşılsa bile, failin cezai sorumluluğu yine de gündeme gelebilecektir. Bu sebeple bilim adamlarının, insan üzerinde bilimsel deney yapmadan önce elde ettikleri verileri ve bu aşamadaki deney sonuçlarını korumaları, analiz ve sonuçları ortaya çıkarmaları ve yetkili makamlardan istenildiği takdirde gösterebilmeleri gerekir.

İnsan üzerinde bilimsel deney yapmaksızın birtakım tetkik, müdahale ve tedavi yöntemlerine başvurmak, bu tetkik, müdahale ve tedavi yönteminin bilimsel deney olarak kabul edilmesine sebebiyet vermeyecektir, çünkü bilimsel deney, tetkik ve tedaviyi değil, bir inceleme ve araştırmayı içermektedir. Ancak belirtmeliyiz ki, bir gayesi bilimsel deney olduğu halde, bunu tıbbi bir tetkik ve tedavi olarak göstermek suretiyle hasta üzerinde uygulayan tıp doktoru, elbette 90. madde kapsamında sorumlu kabul edilebilecektir. Dolayısıyla 90. maddenin uygulanmasında, mutlak şekilde insan üzerinde yapılan bir tetkik ve tedavinin tanınmış ve kabul edilmiş bir

ERSAN
ŞEN'İN
TEBLİĞİ

yöntem olup olmadığının araştırılması ve olumsuz sonuçlara ulaşılması halinde, bu tetkik ve tedavinin 90. madde kapsamına giren "deney aşamasında çalışma" olarak kabul edilmesi gerekmektedir.

İkinci fıkranın "c" bendine göre, insan dışı deney ortamında veya hayvanlar üzerinde yapılan deneyler sonucunda ulaşılan bilimsel veriler, varılmak istenen hedefe ulaşmak için insan üzerinde deney yapılmasını gerekli kılmalıdır. Bu üçüncü şarta göre insan dışı deney ortamında veya hayvanlar üzerinde yapılan deneylerden elde edilen bilimsel veriler ışığında, varılmak istenen amaca ulaşılabilmesi için bilimsel deney ve denemelerin insan üzerinde de yapılması zorunluluğu ortaya çıkmalıdır. İnsan dışı deney ortamında veya hayvanlar üzerinde yapılan deneylerden olumsuz sonuçlara ulaşılmış veya olumlu sonuçlara ulaşıp da insan üzerinde ayrıca yorucu ve sıkıntı verici denemeler yapılmasına gerek yoksa bu durumda bilimsel deney ve deneme yollarına başvurulması hukuka aykırılığı gündeme getirecektir. İnsan dışı deney ortamından elde edilen veriler ile varılmak istenen sonuç açısından insan üzerinde deneme yapılması arasında bir illiyet bağının kurulması gerekmektedir.

İkinci fıkranın "d" bendinde, deneyin insan sağlığı üzerinde öngörülebilir zararlı ve kalıcı etki bırakmaması aranmıştır. Eğer fail, bilimsel deneyin insan üzerinde uygulanmasından zararlı ve kalıcı bir etki doğabileceğini öngörmekte, fakat buna rağmen denemeleri yapmakta ise, elbette sözkonusu deney hukuka aykırı olacak ve failin fiili suç teşkil edecektir. Fail hakkında cezai sorumluluğun doğabilmesi için, yapılan denemeler sonucunda insan üzerinde zarar oluşmalı, bu zarar geçici olmamalı, kalıcı bir etki bırakmalı ve denemeyi yapan tarafından öngörülebilir bir nitelik taşınmalıdır. Kanaatimizce, sadece "öngörülebilir zararlı ve kalıcı bir etki bırakmanın" değil, "somut tehlike içeren ve ileride kalıcı etkiler göstermesi pek muhtemel olan öngörülebilir sonuçların" da bent kapsamına dahil edilmesinde fayda bulunmaktadır. Ancak, "kanunilik" prensibi

karşısında bu hususun mümkün olmayacağını ve şartın "d" bendinin lafzıyla sınırlı anlaşılması gerekliliğini ifade etmek isteriz.

İkinci fıkranın "e" bendinde, deney sırasında kişiye insan onuruyla bağdaşmayacak ölçüde acı verici yöntemlerin uygulanmaması, aksi halde fail hakkında cezai sorumluluğun doğacağı belirtilmiştir. Elbette, insan üzerinde yapılacak bilimsel denemelerin belirli ölçüde acı verici geçici sonuçlar içermesi mümkündür. Ancak bu acının, insanın tahammül sınırını zorlaması, eziyet çekmesine, feryat ve çığlıklar içinde kalmasına yol açması halinde, bilimsel deney ve denemenin hukuka aykırılığı gündeme gelecektir.

İkinci fıkranın "f" bendinde, deneyle varılmak istenen amaç, bu durumun kişiye yüklediği külfete ve kişinin sağlığı üzerindeki tehlikeye göre daha ağır basması gerektiği ortaya konulmuştur. Böylece kanun koyucu, hükümde belirtilen diğer şartların gerçekleşmesinin yanında, bilimsel deneyin amacı ile denek olan insanın yüklendiği külfet ve sağlığı üzerinde meydana gelebilecek tehlike arasında, yapılan bilimsel deneyin olumlu sonuçlarının, insan üzerinde oluşabilecek olumsuz neticelerine nazaran daha ağırlık teşkil etmesini aramıştır. Kanaatimizce bu bentte bahsedilen "tehlike" kavramının, insan hayatı üzerinde ciddi bir somut tehlike doğurucu sonucu içermemesi de gerekmektedir. Aksi halde, bilimsel deneylere katılan insanların hayatlarına veya sağlıklarına son verebilecek veya bozabilecek denemelerin de hukuka uygun sayılması sözkonusu olabilecektir ki, maddenin dördüncü fıkrasında düzenlenen hasta denekler dışında bu yola başvurulmaması uygun olacaktır.

Deneyle varılmak istenen amaç, bunun kişiye yüklediği külfete ve kişinin sağlığı üzerindeki tehlikeye göre daha ağır basması gerekir. Bu koşul bütün zorunluluk hallerinde aranmaktadır. Ancak zorunluluk halinde amaç ile tehlikenin eşit olması da yeterli görülür. Burada ise, eşit olması yeterli

olmayıp, deneyle varılmak istenen amacın daha ağır basması aranmaktadır.

Öğretide denemelerde, denemenin somut hasta açısından yarar ve zararlarının tartışılmasının mümkün olduğu; buna karşılık bu tartının salt bilimsel deneylerde mümkün olmadığı belirtilmektedir. O nedenle bu tür deneylerde, deneyin toplum, insanlık için yararları ile birey açısından tehlikeleri tartışılmaktadır.¹

İkinci fıkranın "g" bendinde, deneyin içerik ve sonuçları hakkında yeterli bilgilendirmeye dayalı olarak açıklanan rızanın denek insandan yazılı alınması ve denemeye katılmanın herhangi bir menfaat teminine bağlı tutulmaması gerektiği ifade edilmiştir. Bu bentte, mağdurun rızası bakımından özel bir düzenleme öngörülmüş, mağdurdan sadece rızanın alınması yeterli görülmemiş, bu rızanın yazılı olması, yani tüm belgenin denemeye tabi tutulan insan tarafından yazılması ve imzalanması veya önceden matbu hazırlanan belgenin altına "okudum ve anladım" ibaresinin yazılmak ve imzalanmak suretiyle tamamlanması aranmıştır. Hatta bu da yeterli görülmemiş, deneyin içerik ve sonuçları hakkında yeterli bilgilendirilmenin yapıldığının yazılı muvafakat açıklamasının içinde yer alması gerektiği açık bir şekilde belirtilmiştir.

Böylece, insan üzerinde yapılacak bilimsel deneylerde alınacak sözlü rıza veya soyut yazılı beyanlar geçerli ve yeterli olmayacağından, bu beyanın tam ve bilinçli bir özgür irade ürünü olduğunu gösteren belgenin temin edilmesi gerektiğini önemle belirtmek isteriz. Deney ve deneme yapmak isteyen bilim adamları bakımından uzun ve tahammül sınırlarını zorlayan bir yükümlülük gibi gözükse de, meselenin içinde insan hayatı ve sağlığı söz konusu olduğunda, kanun koyucu tarafından aranan şartın yerinde kabul edilmesi gerektiğini de ifadelerimize eklemek isteriz.

¹ Hakan Hakeri, *Tıp Hukuku, Seçkin Yayınevi*, Ankara, Mayıs 2007, s. 410.

Ayrıca bentte, denemeyi yapan veya organize eden veya yönetici konumunda bulunan kişi ile denek arasında, bu denemenin yapılması ve deneye katkı sağlamak hususunda herhangi bir menfaat ilişkisinin mevcut bulunmaması gerektiği belirtilmiştir. Buna göre, insan üzerinde uygulanacak bilimsel deneylerin sadece insani ve vicdani gerekçelerle yapılması istenilmiş, insan hayatı ile sağlığının maddi menfaatlere konu edilmesinin önüne geçilmeye çalışılmıştır. Böylece, üzerinde deneme yapılacak kişiye herhangi bir menfaat sağlanmaması veya vaat edilmemesi gerekmektedir. Bir başka ifadeyle, bireylerin denemelere insani ve vicdani gerekçelerle iştirak etmesi hedeflenmiştir.

Esasında burada, bilimsel deneylerde tespiti zor ve karmaşık bir şartla karşılaşmaktayız. Kanun koyucu, bilimsel deneylerin yapılmasına "menfaat" kavramının dahil edilmemesi, insan vücudu ve sağlığının maddi değerlere alet edilmemesi amacıyla bu şekilde düzenleme öngörmüş bulunmakla birlikte, düzenlemenin isabetli olup olmadığını da tartışmakta yarar vardır. Kanaatimizce, bilimsel deneylere katılan insanların yüklendiği sorumluluk ve külfet dikkate alındığında, denemeye katılan insana maddi menfaat sağlanması ve hatta bu konuda denek insanla, her zaman vazgeçebileceği ve feshedebileceği bir sözleşme yapılabilmesi mümkün olmalıdır.

Deney konusunda ceza sorumsuzluğu için getirilen koşullardan birisi de, menfaat koşuludur. Halbuki önemli olan, burada üzerinde deney veya deneme yaptığımız insanlar için gerçekten hukukun ve tıbbın aradığı güvenlik normlarını dikkate alarak uygulamaya geçirmemiz gerekir. Ama kişi burada denemeye razı olmuş veya deneye veya daha doğru terimle araştırmaya, bir teste tabi olmuş ve zararlı birtakım etkilerini de vücudu ve psikolojisi üzerinde yaşamış bir kişinin oradan menfaat almasını, ceza sorumluluğu için bir koşul olarak ön-

ERSAN
ŞEN'İN
TEBLİĞİ

görmeyi gerçekten anlamış ve başka bir yerde rastlamış değilim. Hayati tehlike kavramının önkoşul olarak düzenlenmediğini görüyoruz ki, son derece sakıncalıdır.²

Deney, herhangi bir menfaat teminine bağlı bulunmamaktadır. Bu koşul eleştirilmedir. Hasta olmayan bir kimsenin, herhangi bir menfaat karşılığı olmaksızın, tıbbi deneyleri kabul etmesi hayatın gerçeklerine aykırıdır. Nitekim yurtdışında bu iş ve işlemler için kişilere bir miktar para ödenmektedir. Bu koşul ceza hukuku korumasının alanını daraltmaktadır ve gereksiz cezalandırılmalara neden olacaktır. Ülkemizde de halen yürütülen araştırmalarda kanunun açıkça yasaklamasına rağmen deneklere maddi menfaat sağlanmaktadır. Araştırmacıları, hekimleri ceza hukuku sorumluluğu ile karşı karşıya bırakmaktansa, bu yasak kanundan çıkarılarak, konunun bir yönetmelikle düzenlenmesinde yarar vardır.³

90. maddenin ikinci fıkrasında, hasta olmayan kişilerin klinik deneylerde kullanılması sözkonusu olduğuna göre, bu hususun sıkı şartlara bağlanmasında bir gereklilik duyulmuştur. Kanun koyucu, bir bilimsel deneyin insani amaçlarla, yani insanlık yararına yapılacak olsa da, deneklerin insan olması halinde sadece "rıza" şartını yeterli görmemiş, deneyin hukuka uygun şekilde yapıldığının kabul edilmesinde, toplam yedi bent halinde sıraladığı şartların tümünün yerine getirilmesini de aramıştır. Aksi halde, sağlam ve sırf denek olarak kullanılacak insan üzerinde yapılan denemeler hukuka aykırı olacak ve maddenin birinci fıkrasında tanımlanan suç oluşacaktır.

Kuş gribi (H5N1 virüsü), hepatit C, AIDS, akciğer kanseri gibi acil teşhis ve tedaviyi gerekli kılan hastalıklarda, deney aşamasının henüz maddenin ikinci fıkrasındaki şartları tamamlamamış olan tedavilerinin derhal uygulanmasında,

² Yener Ünver, "İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları", Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunu'ndaki Düzenlemeler Sempozyumu -17 Kasım 2006, Sempozyum Özel Sayısı No: 1, s. 150-183, İstanbul, Ocak 2007, s. 171.

³ Hakan Hakeri, *a. g. e.*, s. 412.

maddenin dördüncü fıkrası dikkate alınmak suretiyle hareket edilmesi gerektiğini, hasta olmayan insanlar üzerinde şartlar tamamlanmadan denemelere başvurulamayacağını ifade etmek isteriz. Ancak insanlık ve Ülke adına aciliyet içeren durumlarda, kanunun 25. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen "zorunluluk hali" ile 26. maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen "mağdurun rızası" adlı hukuka uygunluk sebeplerinden faydalanılarak, henüz şartları tam oluşmamış deney ve denemelere sıhhatli insanların da istisnai olarak katılmasına müsaade edilebilecektir. Bunun yanında, bireyler ve toplum için ciddi yaşam ve sağlık riskleri taşıyan, tedavisinde aciliyet bulunan hastalıklara karşı uygulanacak, bilimsel yöntemlere uygun yeni tedavi amaçlı denemelerin hastalar üzerinde rızaya dayalı olarak yapılması uygun olacaktır.

Bizzat hastanın veya hastanın şuurunun yerinde olmaması sebebiyle hasta yakınının rızası alınmaksızın doktoru tarafından acil olarak uygulanan denenmemiş bir tedavi yöntemi, kanaatimizce 90. maddenin dördüncü fıkrasını ihlal etmiş sayılacaktır. Eğer yöntemin uygulanması sonucunda mağdur hayatını kaybederse, fail hakkında cezai sorumluluk doğacak, fakat tedaviden olumlu sonuç elde edilirse, bu durumda da "zorunluluk hali" benzeri bir hukuka uygunluk sebebi sözkonusu olacak veya mesele kanunun 26. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen "hakkın kullanılması" başlığı altında yer alan "mesleğin icrası" adlı hukuka uygunluk sebebi içinde değerlendirilecektir.

Ameliyat sırasında veya sonrasında aniden gelişebilecek ve hayati önem içeren bazı olumsuzluklara acil olarak müdahale edilmesi gerekeğinden, bu müdahaleler sırasında henüz deneme aşamasında bulunan bazı yöntemlerin uygulanması zorunluluğu gündeme gelebilecektir. İşte bu durumda hekim, hastadan veya hastanın şuru yerinde değilse yakınından izin almasının ardından, henüz tıp biliminde kabul görmemiş yöntemi içinde bulunduğu mecburiyetle uygulayabilmek yetkisine sahip olabilecektir. Hekim, şuru yerinde

olmayan ve yanında yakını da bulunmayan hastaya kendiliğinden o ana kadar bilimsel açıdan kabul görmemiş bir tedavi yöntemini uygulama hakkına sahip değildir. Aksi halde, yukarıdaki paragrafta yapılan açıklama geçerli olacaktır.

Kanun koyucu, tedavi amaçlı da olsa hasta mağdurun rızası alınmaksızın yapılacak denemelerin izinsiz uygulanması riskini ortadan kaldırmak istediğinden, yani sonuçta tedavi uygulanacağından bahisle de olsa hasta üzerinde izinsiz deneme yapılmasının önünü kapatmayı amaçladığından, dördüncü fıkrada gösterilen şartlara uyulmaksızın yapılan tedavi amaçlı denemeleri suç kapsamına dahil etmeyi uygun görmüştür. Dolayısıyla, hasta olan ve tedavi bekleyen insanların da vücut ve sağlıkları üzerinde hak ve tasarruf sahibi oldukları, vücutlarına yapılacak herhangi bir yeni tıbbi müdahaleden haberdar edilmelerinin ve rızalarının alınmalarının gerekli bulunduğu kabul edilmiştir.

Biyotıp Sözleşmesi, muvafakat verebilme yeteneğine sahip olan kişilere yapılacak tıbbi müdahalelere ilişkin şartları 5. maddede ve biyoloji ile tıp bilimi alanlarında insan üzerinde yapılması düşünülen bilimsel deney ve araştırmalarla ilgili şartları da 16 maddede düzenlemiştir. Türk Ceza Kanunu m. 90 incelendiğinde, temyiz kudretini haiz olanlara yapılacak müdahale açısından belirtilen şartlar ile Biyotıp Sözleşmesi hükümleri arasında çelişki, anlam ve maksat farkı olmadığı anlaşılmaktadır.

Maddenin üçüncü fıkrasında, on sekiz yaşını doldurmamış olan, yani "çocuk" kabul edilen bireyler üzerinde bilimsel deney yapılabilmesi için, öncelikle maddenin ikinci fıkrasında gösterilen şartların yerine gelmesi ve ardından üçüncü fıkrada üç bent halinde sayılan koşulların da gerçekleşmesi aranmıştır. Böylece kanun koyucu, "insan" ve "çocuk" kavramları birbirinden ayırmak suretiyle düzenleme yapmıştır.

Maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarda sayılan şartlara uyulmaksızın bir çocuk üzerinde yapılacak deney, maddenin

birinci fıkrasında tanımlanan suç kapsamına girecek ve deneyin sonucunda başarı elde edilip edilmediğine bakılmaksızın fail cezalandırılacaktır. Kişinin yaşı ve çocuk olup olmadığı, bilimsel deneyin yapıldığı zaman dikkate alınmak suretiyle tespit edilmelidir. Böylece, bilimsel deney sırasında on sekiz yaşını doldurmamış olan birey "çocuk" kabul edilecektir.

Üçüncü fıkra, çocuklar üzerinde bilimsel deneyin ceza sorumluluğunu gerekli kılmaması için, maddenin ikinci fıkrasında aranan koşulların yanında üç ek şartın daha oluşmasının gerekeceği ifade edilmiştir. Üçüncü fıkranın "a" bendine göre, yapılan deneyler sonucunda ulaşılan bilimsel verilerin, ulaşılmak istenen amaca varılması açısından bu denemelerin çocuklar üzerinde de yapılmasını zorunlu kılması gerekir. Kanaatimizce, burada önce çocuk dışı deney ortamında, yani çocuk olmayanlar ile hayvanlar üzerinde deneyler yapılmalı ve bu deneylerden elde edilen bilimsel veriler, varılmak istenen insani hedefe ulaşabilmek için söz konusu deneylerin çocuklar üzerinde yapılmasını somut olarak gerekli ve zorunlu kılmalıdır. Her ne kadar bu bent ile ikinci fıkranın "c" bendi benzerlik taşısa da, birbirinden farklı olduklarını aşağıda izah edeceğiz.

Kanun koyucu, çocuk üzerinde deney yapılabilmesini sadece çocuk hastalıkları ve çocuklar bakımından gerekli olan konularla sınırlı tutmamış, bu deneylerin amacını geniş ele almıştır. Oysa kanun koyucu, ilk düzenlemesinde çocuklar üzerinde bilimsel deneye hiç izin vermediğine ve sonraki düzenlemede de bu konuyu sınırlı düzenlediğine göre, yapılması sadece çocuklar yararına olabilecek bilimsel deneylerde çocukların denek olarak yer alabilmesine müsaade etmeli idi. Ancak kanun koyucu bunun yerine, "yapılan deneyler sonucunda ulaşılan bilimsel verilerin, varılmak istenen hedefe ulaşmak açısından, bunların çocuklar üzerinde de yapılmasını gerekli kılması" hükmünü düzenleyerek, çocuklar üzerinde yapılacak bilimsel deneylerde yalnızca çocuk yararının gözetilmeyeceğini ortaya koymuştur.

ERSAN
ŞEN'İN
TEBLİĞİ

Üçüncü fıkranın "b" bendine göre, rıza açıklama yeteneğine sahip çocuğun kendi rızasının yanında, ana ve babasının veya vasisinin, yani kanuni temsilcilerinin de yazılı muvafakatinin alınması gerekecektir. Böylece kanun koyucu, sadece çocuğun rızasıyla yetinmemiş, haklı olarak kanuni temsilcilerinin de yazılı muvafakatinin alınması gerektiğini ifade etmiştir. Bununla birlikte, Ülkemizde veli ve vasinin çocuk üzerinde bilimsel deney yapılmasına izin verilmesini kötüye kullanabilecekleri veya ihmali davranışlarda bulunabilecekleri ihtimali karşısında, bu izin aşamasına aile mahkemesi veya sulh hukuk mahkemesi hakimlerinin dahil edilmelerinde çocuk bakımından yarar olacağını düşünmekteyiz.

Çocuk rıza açıklama yeteneğinden henüz yoksun bulunmakta ise, bu durumda o çocuk üzerinde kanuni temsilcisinin yazılı rızası olsa dahi bilimsel deney yapılabilmesi mümkün değildir. Çünkü "b" bendinin ters anlamından, rıza açıklama yeteneğine sahip olmayan çocuklar üzerinde bilimsel deney yapılamayacağı sonucuna ulaşılmaktadır. Ancak, rıza açıklama yeteneği henüz gelişmemiş olan çocuk hastanın tedavisi için acil olarak yeni bir tedavi yönteminin uygulanması gerekmekte ise, bu durumda 90. maddenin dördüncü fıkrası uyarınca sadece kanuni temsilcinin yazılı rızası yeterli sayılabilecektir. Hatta bu hükümde, çocukla ilgili düzenleme olmadığı veya en azından rıza verme yeteneği gelişmemiş olan çocuk üzerinde tedavi amaçlı da olsa deneme yapılamayacağı ileri sürülebilir.

Tıbbi müdahale ve biyoloji ile tıp alanlarında yapılacak araştırmalarla ilgili şartları düzenleyen Biyotıp Sözleşmesi'nde, yasal olarak bir müdahaleye muvafakat verme yeteneği bulunmayan bir küçüğe, temsilcisinin veya kanun tarafından belirlenen yetkili makam, kişi ve kurumun izni ile müdahale edilebileceği ve küçükler üzerinde bilimsel deney yapılabileceği ifade edilmiştir (m. 6 ve m. 17). Sözleşmede, tıbbi müdahale ve biyoloji ile tıp alanlarında yapılacak bilimsel deneylerde küçüğün gerçek anlamda izninin alınma-

sına gerek olmadığı, küçüğün fikrinin, sadece yaşı ve olgunluk derecesiyle orantılı (paralel) biçimde artan belirleyici bir etken olarak dikkate alınacağı belirtilmiştir (m. 6/2).

1982 Anayasası'nın 90. maddesinin değişik son fıkrası hükmünden dolayı, şu an biyoloji ve tıp bilimleri ile sınırlı olmak üzere çocuklardan izin alınmasına gerek olmadığı iddia edilebileceği gibi, Türk Ceza Kanunu'nun 90/3,b maddesi hükmü ile kişi hak ve hürriyetlerini daha ileri seviyede koruyan bir hüküm öngörüldüğü, bu nedenle tüm bilimsel deneylerde çocuklardan izin alınmasının zorunlu olduğu, eğer çocuk izin verecek durumda değilse, o çocuk üzerinde hiçbir deney yapılamayacağı fikri de ileri sürülebilecektir. Bu noktada 1982 Anayasası'nın 90. maddesinin değişik son fıkrasının, bir uluslararası sözleşmenin öncelikle tatbikinde, kişi hak ve hürriyetleri leh veya aleyhine hüküm barındırmasına değil, sadece kişi hak ve hürriyetleri ile ilgisine bakılması gerektiği şeklinde anlaşılması gerektiği savunulabilir. Kanaatimizce bu anlayış, kanunların gücünü ve "normlar hiyerarşisi" içindeki gücünü oldukça zayıflatacağı gibi, kişi hak ve hürriyetlerine kanunlara daha fazla sınırlandırma getiren uluslararası sözleşmelerin uygulanmasının da önünü açabilecektir. Bu anlayışa katılmadığımızı belirtmek isteriz. Bizce iç hukukta kabul edilen bir uluslararası sözleşme, ancak kişi hak ve hürriyetlerinin kullanımı ve korunmasını genişlettiğinde öncelikle tatbik edilebilmeli, aksi halde kanunlara uygulanma üstünlüğü tanınmalıdır.

90. maddenin üçüncü fıkrasının "c" bendine göre ise, deneyle ilgili izin verecek yetkili kurullarda çocuk sağlığı ve hastalıkları uzmanının bulunması aranmalıdır. Böylece, çocuk sağlığı ve hastalıkları uzmanının yer almadığı ve deneyle ilgili izne iştirak etmediği hallerde, söz konusu deney ve yapılacak deneyler hukuka aykırı nitelik taşıyacaktır. Yetkili kurul izni konusunda, yukarıda ikinci fıkranın (a) bendi ile ilgili açıklamalarımıza atıf yaptığımızı belirtmek isteriz.

ERSAN
ŞEN'İN
TEBLİĞİ

Üçüncü fıkranın "a" bendi ile ikinci fıkranın "b" bendi aynı veya çok benzer gibi gözükse de, birbirinden farklılık taşımaktadır. Eğer bir deney çocuk olmayanlar, yani yetişkinler üzerinde yapılmakla sonuç verecekse, bu tercih edilmeli ve deneme çocuklar üzerinde yapılmamalıdır. Ancak, bilimsel araştırmaya konu deneyin özelliği ve deneye konu hastalık veya sorunun çocuklarla ilgili olması halinde, denek olarak çocukların kullanılabilmesi ve denemeye konu ilaçların uygulanabilmesi mümkün olabilecektir.

Üçüncü fıkranın ilk şeklinde, "Çocuklar üzerinde bilimsel deney hiçbir surette yapılamaz." hükmü bulunmakta idi. Ancak duyulan zorunluluklardan dolayı ve özellikle çocuk hastalıkları veya doğumla ortaya çıkan çocuk rahatsızlıklarının çözümü için, 5328 sayılı kanunun 7. maddesiyle 90. maddenin üçüncü fıkrasında değişiklik yapılmış ve daha sıkı şartlara bağlı kalınması kaydıyla çocuklar üzerinde deney yapılabilmesine de izin verilmiştir.

Bu değişiklik, Ülkemiz tarafından bağlayıcı olarak iç hukukta kabul edilen Avrupa Biyotıp Sözleşmesi'ne de uygun düşmektedir. Bu sözleşme, şartları sıkılaştırılmış biçimde sadece çocuklar üzerinde değil, tıbbi tedavi ve biyoloji ile tıp alanlarında muvafakat verebilme yeteneği bulunmayanlar (temyiz kudreti olmayanlar, akıl hastaları, akıl eksikleri, bir hastalıktan dolayı izin verme yeteneği ortadan kalkmış olan bireyler) üzerinde yapılması düşünülen araştırmalara ilişkin olarak, temyiz kudreti, yani fiil ehliyeti olan bireylere nazaran daha sıkı şartlar öngörmüştür.

Kanaatimizce üçüncü fıkranın ilk şekli, sağlıklı çocuklar üzerinde deney yapılmasını tümüyle engellemek suretiyle isabetli bir hüküm niteliğine sahip bulunmakta ve sadece hasta çocukların tedavi amaçlı yeni tıbbi müdahalelere konu edilmesi amacına uygunluk taşımakta idi. Ancak üçüncü fıkrada yapılan değişiklikle, bu engel bazı sıkı şartlara bağlı tutularak kaldırılmıştır. Bu değişiklikle, çocuklar üzerinde bilimsel deneylere imkan tanındığı halde, deneyden elde edilen

henüz kesinlik kazanmamış olan, yani insan üzerinde tatbiki risk doğurabilecek sonuçların çocuklar üzerinde uygulanmasına ilişkin düzenleme ihmal edilmiştir. 90. maddenin konu ile ilgili dördüncü fıkrası ve davamı incelendiğinde, çocuklar üzerinde deneme yapılabilmesi hususunda boşluk olduğu ve kanun koyucunun ilk üç fıkra yönünden izlediği "insan" ve "çocuk" kavramları arasındaki farklı düzenleme sistemini, maddenin dördüncü fıkrasından itibaren gözardı ettiği anlaşılmaktadır. Bu sakıncalı durum, çalışmamızın ilk kısımlarında tartışılmıştır.

Yukarıdaki tartışmayı saklı tutarak, en azından "çocuğun rıza açıklama yeteneğine sahip olması" şartının kabul edilerek, bu yeteneğe sahip olmayan çocuklar bakımından bu defa deneme yasağının burada da devam etmesi gerektiğini söylemek isteriz. Belirtmeliyiz ki, tüm bu tartışmalı duruma son vermek için çocuklar bakımından da şartları ayrıca belirlenmiş tedavi maksatlı deneme usulü düzenlenmelidir.

Ancak bu noktada hiç olmazsa üçüncü fıkrada bir yaş sınırının gösterilmesi ve bu yaş sınırının da on iki yaşını tamamlamak olarak belirtilmesi ve bu yaş sınırını tamamlamayanlar üzerinde bilimsel deney ve denemelere yasak getirilmesi daha isabetli olurdu. Böylece bu konudaki bilimsel deney ve denemeler hakkında, ya sadece çocuk dışı deney ortamında veya hayvanlar üzerinde veya yetişkinler ile on iki yaşını tamamlayanlar üzerinde yapılabileceğine dair kesin bir hüküm ortaya konulmuş olacak idi.

Bununla birlikte, deneme ile deneyin farklı olduğu, denemenin bir hastalığın tedavisi amacıyla zorunluluk taşıyan ve son çare olarak görülen hallerde uygulanacağı, dolayısıyla rıza açıklama ehliyeti olmayan çocuğun anne ve babası veya vasisinden yazılı izin alınmak kaydıyla deneme yapılmasında hukuki açıdan sakınca olmayacağı fikri de ileri sürülebilir.

Belirtmeliyiz ki, sağlıklı çocuklar üzerinde bilimsel deneyin yapılmasına izin veren 90. maddenin değişik üçüncü fıkrası ile

ERSAN
ŞEN'İN
TEBLİĞİ

Avrupa Biyotıp Sözleşmesi'nin konu ile ilgili 17. maddesinde öngörülen sıkı şartlar çelişmektedir. Sözleşmenin 17/ii maddesi hükmünde, "Araştırma sonuçlarının, ilgilinin sağlığına gerçekten ve doğrudan doğruya yarar sağlama beklentisinin bulunması;" düzenlemesine yer verilerek, sağlıklı çocuklar üzerinde biyoloji ve tıp alanında araştırma yapılabilmesinin önü ve imkanı kapatılmıştır. Çünkü 17. madde açık olarak, temyiz kudretini haiz olanlar için 16. maddede öngörülen şartları yanında ek şartlar getirmiştir. Üzerinde biyoloji ve tıp alanında araştırma yapılmasına muvafakat verebilme yeteneği olmayan kişilerin, bu kapsamda yaş küçükleri, yani çocukların korunması amacıyla sözleşmenin 17. maddesinde düzenlenen ek şartlardan birisinde, araştırma sonuçlarının, üzerinde araştırma yapılan çocuğun sağlığına gerçekten ve doğrudan doğruya fayda sağlama beklentisinin somut olarak bulunmasına gerektiğine açık bir şekilde işaret edilmiştir.

Oysa Türk Ceza Kanunu'nun konu ile ilgili 90. maddesinin üçüncü fıkrasında, üzerinde bilimsel deney yapılan çocuğun elde etme ihtimali bulunduğu yarardan değil, genel olarak çocuklar lehine elde edilecek yarardan bahsedilmiş ve böylece 90. madde ile Biyotıp Sözleşmesi'nin 17. maddesi arasında ciddi bir farklılık ve çelişki doğmuştur. İç hukukta tanınmış olan uluslararası sözleşmelere uygulanma üstünlüğü veren ve kişi hak ve hürriyetleri açısından kanunlara nazaran uluslararası sözleşmeleri "normlar hiyerarşisi" içinde daha üstte kabul eden 1982 Anayasası'nın 90. maddesinin değişik son fıkrası uyarınca, Biyotıp Sözleşmesi'nin 17. maddesi esas alınması gerektiğinden, sağlıklı çocuklar ve hatta temyiz kudretini haiz olmayanlar sağlıklı kişiler üzerinde biyoloji ve tıp alanında deney yapılabilmesi mümkün değildir. Kanaatimizce, Türk Ceza Kanunu'nun 90. maddesinin üçüncü fıkrasında düzenlenen suçun unsurları bakımından Biyotıp Sözleşmesi hükümleri ve yasakları dikkate alınmak zorundadır. Bundan başka, deney ve araştırmanın konusu biyoloji ve tıp alanları olması durumunda, her zaman Biyotıp Sözleşmesi hükümler-

rine de bakılması ve farklılık olması halinde bu sözleşmenin tatbik edilmesi gerekecektir.

Kanun koyucu, deney ve deneme olmak üzere ikili bir ayırımı gitmeyi tercih etmiştir. 90. maddenin iki ve üçüncü fıkralarında bilimsel deneyi düzenlediği halde, dördüncü fıkrasında hastalar üzerinde yapılan tedavi amaçlı bilimsel yöntemlere uygun denemeleri düzenlemiş ve hastalar üzerinde yapılacak denemeleri ayrı şartlara bağlamıştır. Dördüncü fıkra, yetişkin ve çocuk ayırımı yapmaksızın bağımsız bir düzenleme ve suç tanımı öngörmüştür. Buna göre, hasta olan insan üzerinde rızası olmaksızın tedavi amaçlı da olsa denemede bulunan fail cezalandırılacaktır.

TCK m. 90/4 uygulamasında, ikinci ve üçüncü fıkradaki şartların gerçekleşmesi ayrıca aranmayacaktır. Çünkü burada, uygulanması zorunlu olabilecek zaten belirli şartlardan geçmiş olan bilimsel deneyin ve bu deneylerden elde edilen verilerin tedavi amaçlı denemelerin tatbik edilmesi söz konusudur. Ancak kanaatimizce çocuklarda, ana ve babasının veya vasisinin yazılı muvafakatinin alınması gerekmektedir.

Dördüncü fıkraya göre, denemenin bilimsel nitelikli değil, bir hastalığa sahip kişinin tedavisi maksadıyla, yani somut bir tıbbi zorunlulukla tatbiki gerekmektedir. Bilinen tıbbi müdahale yöntemlerinin uygulanmasının sonuç vermemesi durumunda, hasta üzerinde yapılan rızaya dayalı ve bilimsel yöntemlere uygun tedavi amaçlı deneme, bir hukuka uygunluk sebebi oluşturacaktır. Hastanın rızası, denemenin içerik ve sonuçları hakkında yeterli bilgilendirmenin yapıldığını ispatlayacak şekilde yazılı olmalı ve tedavi de, uzman hekim tarafından hastane ortamında, yani "hastane" ölçüt ve imkanlarına sahip olan bir sağlık tesisinde gerçekleştirilmeli ve sürdürülmelidir.

Bununla birlikte, bilinen tıbbi yöntemlerin tedavi amaçlı olarak uygulanmasında hastadan rıza alınmasına gerek bulunmamaktadır. Özellikle, yapılacak ameliyatlara ilgili hasta

ve/veya yakınlarına yönelik bilgilendirmenin, 90. maddenin dördüncü fıkrasıyla bir bağlantısı yoktur. Eğer tedavi bilinen yöntemlerden ise, hasta veya yakınlarına yapılan bilgilendirme ve alınan sözlü veya yazılı rıza, tıp mesleğini icra eden doktorun hastasına yönelik tıbbi müdahale ile ilgili bilgilendirmeyi yaptığını gösteren ve bilhassa ameliyatın riskli sonuçlarından müdahaleye konu kişiyi haberdar ettiğini ortaya koyan önemli bir husustur.

Belirtmeliyiz ki, dördüncü fıkra kapsamında rızanın geçerli olabilmesi için mutlaka hastadan usule uygun şekilde elde edilmesi gerekir. Aksi takdirde, sadece yakınlarından veya yasal temsilcilerinden rıza alınması yeterli sayılmayacaktır. Bu sebeple, şuuru yerinde olmayan bir hastaya sonucu bilinmeyen tedavi yöntemlerinin uygulanması hukuka aykırılık teşkil edecektir. Elbette düzenleme bu bakımdan hatalı olmuştur, çünkü şuuru yerinde bulunmayan, ancak yeni uygulanacak bir tıbbi müdahale yöntemine ihtiyaç duyan hastaya, yakınlarının veya kanuni temsilcisinin rızasıyla yeni tedavi yöntemi uygulanabilmelidir. Gerçi düzenlemede, rızanın kimden alınacağı hususunda bir açıklık olmadığından, şuuru yerinde bulunmayan bir hastanın yakınından (eşi, çocuğu, ana ve babasından) alınacak yazılı muvafakatin geçerli olacağını ve tedavi amaçlı tıbbi müdahaleyi hukuka uygun halde tutacağını ifade etmek isteriz.

Bilimsel deneylerden geçirilen ve neticede belirli bir veya birkaç hastalığın tedavisinde kullanılmasında yarar olacağı tespit edilen ilaçlar, bu kullanım alanları dışında herhangi bir bilimsel araştırma ve deney yapılmaksızın başka hastalıkların tedavisinde kullanıldığında, elbette m. 90/4'ün ihlali gündeme geleceği gibi, ortaya çıkan sonuçlara göre insana karşı kasten öldürmek veya yaralamak veya taksirle ölüme sebebiyet vermek veya yaralanmasına neden olmak suçları (TCK m. 81- m. 89), bunu yanında kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç yapmak ve satmak suçu da (TCK m. 187) söz konusu olabilecektir.

90. madde, çocuklarla ilgili düzenleme getirdiği halde, yetişkin (on sekiz yaşını doldurmuş olan) akıl hastaları ve akıl eksiklikleri olan kişiler üzerinde yapılacak bilimsel deney ve tedavi amaçlı yeni tıbbi müdahaleler hakkında açık bir düzenleme öngörmemiştir. Kanaatimizce, özellikle akıl hastalığı ve eksikliğinin tedavisinde önem taşıyacak bu hususun 90. maddede açık bir hükümlerle düzenlenmesi gerekirdi.

Biyotıp Sözleşmesi, yetişkin akıl hastaları, akıl eksikleri ve bir hastalıktan dolayı temyiz kudreti olmayıp veya çok azalıp da tıbbi müdahale ile biyoloji ve tıp bilimleri alanlarında yapılması düşünülen deney ve araştırmalar hakkında özel hükümler getirmiştir (m. 6, m. 7, m. 17). Bu çalışmada küçükler, yani çocuklar bakımından sözleşme ile ilgili yaptığımız açıklamalar, temyiz kudret olmayan diğer bireyler için de geçerlidir. Sözleşme bu şartlara ek olarak, yetişkin olup da hastalık sebebiyle özgür iradesini kullanamayan ve tercih yapabilecek yeteneği bulunmayanlar için iki husus daha öngörmüştür. Birincisine göre, yetişkin akıl hastasının mümkün olduğu kadar izin verme, yani müdahaleye yönelik rızanın alınma sürecine katılması gerekmektedir (sözleşme m. 6/3). Böylece sözleşme, çocuklardan biraz daha farklı olarak yetişkin akıl hastası ve sair hastalık sebebiyle muvafakat verebilmeye yeteneği olmayanları izin sürecine mutlak şekilde olmasa dahi, mümkün olduğu en üst düzeyde katmayı hedeflemiştir. Çünkü bir müdahale ve araştırma, elbette üzerinde bir prosedür tatbik edilecek kişiyi en yakından ilgilendirmediğinden ve kişinin vücut bütünlüğü üzerindeki hakkı da "şahsa sıkı sıkıya bağlı haklardan" olduğundan, doğal olarak o kişinin mümkün olduğu kadar "muvafakat alma" sürecine iştirakinin sağlanması gerekmektedir.

Bununla birlikte, ciddi nitelikte akıl hastalığı olan kişi -gözetim, denetim ve bir makama başvurma işlemleri dahil olmak üzere kanunda belirtilen koruyucu şartlar dahilinde- bir tedavi yapılmadığı takdirde sağlığına ciddi zarar gelmesinin muhtemel olduğu durumlarla sınırlı şekilde, akıl hasta-

lığının tedavi edilmesini amaçlayan müdahaleye muvafakati olmaksızın tabi tutulabilir. Sözleşme, hem hastayı ve hem de hastanın tehlikelilik hali açısından toplumu korumak maksadıyla akıl hastalığını tedaviye veya hastanın tehlikelilik halini ortadan kaldırmaya yönelik tıbbi bir müdahale yapılabilmesine, hastanın muvafakatine başvurulmaksızın ve ihtiyaç duyulmaksızın istisnai olarak imkan tanımıştır. Ancak bizce bu müdahale, hiçbir şekilde hastanın hayatını, vücut bütünlüğü ile sağlık durumunu daha kötüleştirecek somut riskler taşımamalıdır. Aksi halde bu müdahale, insani olmaktan çıkacağı gibi, sözleşmenin "Giriş" kısmında gösterilen düzenlenme amaç ve hedefine de ters düşecektir.

Sözleşmedeki hükümleri dikkate almak suretiyle düzenleme yapılması gereğini saklı tutarak, Türk Ceza Kanunu'nun 90. maddesinin, akıl hastalığı veya akıl eksikliği sebebiyle temyiz kudretini haiz olmayan veya yetersiz olan kişilerin üzerinde bilimsel veya tedavi amaçlı müdahaleyi engellemediği anlamı taşıdığı fikri de ileri sürülebilir. Madde bu şekilde anlaşılacak olursa, doğrudan doğruya akıl hastaları ve akıl eksikliği bulunan kişileri ilgilendiren ve uygulanmasında zarar bulunmayan bilimsel deneylerde akıl hastalarının ve akıl eksikliği olan kişilerin yer almasında fayda bulunacağı ve bunun da hukuka aykırı olmayacağı sonucuna ulaşılabacaktır.

90. maddenin bu biçimde yorumlanması, akıl hastaları ve akıl eksikliği bulunan kişiler üzerinde bilimsel amaçlı deneyler için olmasa da, elbette tedavi maksatlı bilimsel yöntemlere uygun yeni tıbbi müdahalelerin yapılmasında kabul görebilir. Akıl hastası veya akıl eksikliği bulunan kişinin kanuni temsilcisinden, tedavi amaçlı denemenin sonuçları bildirilmek suretiyle yazılı muvafakat alınması ve çocuklar için üçüncü fıkrada aranan şartların "yorum" yoluyla burada da aranması, deney ve denemeye izin verecek yetkili kurul veya makamların içinde akıl hastalıkları ve nöroloji uzmanlarının da bulunması gerekir. Ancak, özellikle ikinci ve üçüncü fıkralarında düzenlenen bilimsel deneyler bakımından akıl hastaları ve akıl eksikliği bulunan kişiler için de özel bir düzenlemenin yapılmasına

ihtiyaç olduğunu, aksi halde dördüncü fıkra dışında bu kişiler üzerinde, akıl hastası veya akıl eksikliği olan kişinin rıza açıklama yeteneğine tam manasıyla sahip olmamasından dolayı bilimsel amaçlı denemeye tabi tutulamayacağını ve bu konuda sadece kanuni temsilci muvafakatinin yeterli görülemeyeceğini ifade etmek isteriz. Mevcut düzenlemeye göre akıl hastaları üzerinde, sadece mesleğin icrası kapsamına giren bir hukuka uygunluk nedeni olarak tedavi amaçlı bilimsel deneme yapılabilir. Bu bilimsel denemenin de, hastalığın tedavi edilmesi hususunda başvurulacak son çare olması gerekir. Bununla birlikte, Biyotıp Sözleşmesi'nin iç hukuk normu haline geldiğini ve konu ile ilgili 6., 7. ve 17. maddelerinin akıl hastaları ve akıl eksikliği olanlar üzerinde bilimsel deney ve deneme yapılabilmesine izin verip, şartları düzenlediğini belirtmek isteriz. Bu hükümlerde öngörülen koşullara uyulması kaydıyla, Biyotıp Sözleşmesi'nden hareketle akıl hastaları ve akıl eksikliği olanlar üzerinde yapılan bilimsel deney ve denemeler suç teşkil etmeyecektir. Ancak bu husustaki karışıklığı ve olası tatbikat olumsuzluğunu kaldırmak için, kanunlar ile uluslararası sözleşmeler arasındaki farklılıkları gidermek isabetli olacaktır.

90. maddenin beşinci fıkrasına göre, "Birinci fıkroda tanımlanan suçun işlenmesi sonucunda mağdurun yaralanması veya ölmesi halinde kasten yaralama veya kasten öldürme suçuna ilişkin hükümler uygulanır." Kanaatimizce, beşinci fıkra hükmü hatalı olup, ceza hukukunun "kusur" esasını ihlal etmektedir. İnsan üzerinde bilimsel bir deney veya deneme yapan kişinin, bu sırada denek insanın yaralanması veya ölümüne sebebiyet vermesi halinde, kasten yaralama veya kasten öldürmek fiillerinden sorumlu tutulacak olması hatalıdır. "Kast" halinde, failin hareket ve neticeye yönelik bilme ve isteme iradesi bulunmalıdır. Bu durum bir bilimsel denemede mevcut değilse, failin kastından da bahsedilemeyecektir. Eğer failin neticeye yönelik kastı tespit edilmişse, zaten bu halde kast derecesinde kusurla icra edilen fiilden sorumluluk gündeme gelecektir.

90. maddenin beşinci fıkrasındaki hüküm, "yaralama" suçuna ilişkin kısım yönünden anlamsız ve hatalıdır. İlginin

ERSAN
ŞEN'İN
TEBLİĞİ

vücudu üzerinde yapılan deney ve denemeler, esas itibariyle yaralama suçunu oluşturmaktadır. Burada bilinen bir hususun ayrıca kanuna eklenmesi gibi gereksiz bir düzenlemesi yapılmıştır. Burada 91. maddenin sekizinci fıkrasında olduğu gibi, "Birinci fıkrafta tanımlanan suçun işlenmesi sonucunda mağdurun ölmesi halinde, kasten öldürme suçuna ilişkin hükümler uygulanır." şeklindeki bir hüküm yeterlidir. Keza bu tür bir özel içtima hükmünün, sadece 90. maddenin birinci fıkrası ile sınırlandırılması da anlaşılammaktadır. Aynı mantıkla, üçüncü ve dördüncü fıkralardaki düzenlemelere ilişkin de benzer bir hüküm sevk edilmeli idi. Deney ve deneme, maddede gösterilen koşullara uygun olarak gerçekleştirilmekle beraber, neticede yaralama veya ölüm neticesinin meydana gelmesi durumunda, suçun unsurları gerçekleşmiş olmak kaydıyla faillerin taksirle yaralama veya ölüme sebebiyet vermekten sorumlu tutulmaları mümkündür. Ceza normunda gösterilen koşullara uyulmaması halinde ise kasten yaralama ve bu koşullara uyulmayarak bir kimsenin ölümüne sebebiyeti verilmişse kasten öldürmeye ilişkin hüküm uygulanacaktır.⁴

Yukarıdaki paragrafta yer alan düşünceye katılmadığımızı, sırf failin 90. maddede gösterilen şartlara uymayarak deney ve deneme yapmasının sonucunda meydana gelen yaralama veya ölümü, suçun diğer unsurlarına ve özellikle manevi unsura bakmaksızın "kast" derecesinde kusurla işlenmiş kabul etmek hatalıdır. Belirtmeliyiz ki kastta, kişinin gerçekleşen neticeyi önceden bilmesi ve istemesi gerekir. Bilinçli taksirde ise fail, gerçekleşen neticeyi istememekle birlikte, neticenin gerçekleşeceğini farkında olup, onu öngörmektedir. Failin bu kusuru, elbette adi, yani basit taksire göre daha bir ağır nitelik taşımaktadır (TCK m. 22/3). Bunun dışında Türk Ceza Kanunu'nun 21. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen muhtemel/olası kast halinde ise, failin başka bir neticeye yönelik isteği olmakla beraber, gerçekleşen somut neticeyi kapsayan açık bir isteği tespit edilememiş, ancak bu neticenin meydana gelmesini/gelme ihtimalini ka-

⁴ Hakan Hakeri, a. g. e., s. 420.

bullendiği anlaşılmıştır. Somut olayda failde bu derecede kusurun varlığı araştırılmalı ve tespit edilmeli, aksi halde sadece meydana gelen neticeden hareketle "kast" veya "bilinçli taksir" hükümlerinin tatbiki mümkün değildir.

Ortada eziyet veya kasten yaralama veya kasten öldürme fiillerinden birisi bulunmayıp, sadece bilimsel bir deneyin sonucunda yaralanma veya ölüm neticesi gerçekleşmişse, bilimsel deneyi yapan fail, ya bilinçli taksir veya adi taksiri nedeniyle sorumlu tutulabilecektir. Aksi halde, neticeye yönelik isteği olmayan, yegane kastı bilimsel deney yapmak amacı taşıyan ve bunun dışında herhangi bir olumsuz neticeyi istemeyen ve hatta öngöremeyen kişiyi, kast derecesindeki kusurundan sorumlu tutmak, sadece "şekli suç" kavramıyla açıklanabilir ki, ceza hukuku müessesesini zedeleyen beşinci fıkra bu açıdan hatalı ve tehlikeli bir düzenleme niteliğini taşımaktadır.

Kanaatimizce burada dikkate alınması gereken müessese, 5237 sayılı kanununun 23. maddesinde düzenlenen "netice sebebiyle ağırlaşmış suç" halidir. Bu maddeye göre, "Bir fülün, kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi halinde, kişinin bundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için bu netice bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerekir." Dolayısıyla, fail hakkında işlemeyi kastettiği insan üzerinde bilimsel deney suçunu aşan bir netice ortaya çıkması nedeniyle daha ağır bir ceza verilmesi uygun olacaktır. Ancak bu yaptırım, kasten insan yaralama veya öldürme suçlarına ait cezaların uygulanması derecesine de ulaşmamalıdır. Bu sebeple, 90. maddenin beşinci fıkrası hükmünün yeniden düzenlenmesi ve 23. maddenin amacına uygun şekilde değiştirilmesi gerekmektedir.

Elbette, ikinci ve üçüncü fıkralarda öngörülen şartlara uygun bilimsel denemeler sonucunda ortaya çıkan yaralanma veya ölümlerde, beşinci fıkra uygulanmayacaktır. Çünkü bu hallerde, hukuka uygun kabul edilen bilimsel denemeler sırasında yaralanma veya ölüm meydana gelmiştir ki, bu durum

ERSAN
ŞEN'İN
TEBLİĞİ

esas olarak “mesleğin icrası” kapsamında değerlendirilecektir. Mesleğin icrası sırasında meydana gelen yaralanma veya ölümlerde ise, esas olarak failde taksir derecesinde kusurun bulunup bulunmadığı incelenecektir.

Bununla birlikte, ikinci ve üçüncü fıkralardaki şartları taşımadığı gerekçesiyle yaralanma veya ölüm neticelerinden dolayı faildeki kastı araştırmaksızın, “kanuni karine olarak kastı var kabul etmek” yanlıştır. Mağduru yaralamaya veya öldürmeye yönelik kastı bulunmayan ve belki sadece bilinçli taksirinden sorumlu tutulması gereken failin, buna rağmen suç kastının olduğundan bahisle sorumlu sayılması kabul edilemez.

Kanun koyucu, bilimsel deney ve denemelerle ilgili şartların uygulanmasını sıkı tutmak ve aksi davranışları gösterenlerin bilimsel deney ve deneme yaptığını değil, kastla fiil işlediğini kabul etmeyi amaçlamıştır. Ancak bu istek ve kabul, bilimsel deney ve denemenin bir şartını belki de kısmen ihlal eden kişinin yaralama ve öldürme kastını taşıdığı anlamına da gelmemelidir. Bilimsel deneyin hiçbir şartını yerine getirmeyen, hatta yaralanma ve ölüm neticesinin meydana gelmesini isteyen failin kastından, bunun yanında neticeyi öngörmesine rağmen umursamayan failin de bilinçli taksirinden sorumlu tutulması mümkün olacaktır. Ancak bu sorumluluk, “kanuni karine” olarak değil, somut olayda tespit edilmek şartıyla gündeme gelebilir.

Kanun koyucu, bilimsel deneyin şartlarına uymaksızın deneme yapanların, bu sırada gerçekleşen yaralanma ve ölüm nedeniyle kasten yaralama ve kasten öldürme suçlarına ilişkin hükümlere tabi tutulacağını belirterek, her halükarda bu hükümlerden dolayı faille ceza verileceğini değil, soruşturma ve kovuşturma yapılacağını ifade etmeyi hedeflemiştir. Bu sebeple, failde kast yoksa bu bakımdan cezai sorumluluk da doğmayacaktır.

Kanaatimizce, beşinci fıkranın taşıdığı bu anlamda hukuki açıdan isabet bulunmamaktadır. Kanun koyucu beşinci fıkrayla, meydana gelen yaralanma veya ölüm neticelerinden dolayı failin kasten hareket ettiğinin kabul edilmesini içeren ve bu anlama gelen bir düzenleme öngörmüştür. Aksi olsa idi, failin taksirinden sorumlu olacağı hususu da hükümde belirtilirdi. Çünkü kanunun 22. maddesinin birinci fıkrasına göre, ceza normunun açıkça göstermediği hallerde kimse taksirinden dolayı cezalandırılmaz. Kanaatimizce, beşinci fıkra özel bir düzenleme olduğundan, kanunun 85 ve 89. maddeleri burada tatbik edilemeyecektir. Beşinci fıkra için de "taksir" kavramı da yer alsa idi, sorun bir nebze olsun çözülmüş sayılabilirdi. Şu an için, 90. maddenin birinci fıkrasıyla suçlanacak failler bakımından, beşinci fıkra ile ilgili ciddi bir cezai sorumluluk tehdidi gündemdedir.

Maddenin beşinci fıkrasının, "suçta ve cezada kanunilik" prensibi nedeniyle 90. maddenin dördüncü fıkrası kapsamında uygulanması mümkün değildir. Çünkü "kanunilik" ilkesi, açık bir şekilde ceza normu kapsamına alınmayan bir fiil veya ağırlaştırıcı nedenin yaptırımına konu edilemeyeceğini ifade etmektedir. Kanun koyucu beşinci fıkrada, sadece bilimsel deneylerin ağır sonuçlarını kapsayan düzenleme yapmış, fakat tedavi amaçlı denemelerin hukuka aykırı yapılması sırasında meydana gelen yaralanma ve ölümleri beşinci fıkra kapsamına almamıştır. Bu sebeple, dördüncü fıkrayla ilgili özel düzenleme bulunmadığından, şartlara uymayan tedavi amaçlı denemeler sırasında meydana gelecek yaralanma veya ölüm neticesinin faili hakkında, kanunun 85. ve 89. maddelerinde gösterilen taksirle ölüme ve yaralamaya sebebiyet verme hükümleri uygulanabilecektir. Eğer failin neticeye yönelik kastı varsa, bu halde elbette kasten öldürme ve kasten yaralama hükümlerinin buralarda da geçerli olacağını ifade etmek isteriz.

Hukuka uygun yapılan bilimsel veya tedavi amaçlı denemeler sırasında meydana gelebilecek yaralanma veya ölüm neticelerinde, mesleğini ifa eden failin dikkat ve özen yüküm-

ERSAN
ŞEN'İN
TEBLİĞİ

lülüğünü yerine getirip getirmediği araştırılacak ve böylelikle taksir derecesinde kusurun olup olmadığı tespit edilebilecektir. Eğer fail, mesleğini gereği gibi yerine getirmişse, taksiri olmadığından bahisle sorumluluğu da bulunmayacaktır. Eğer failin taksir derecesindeki kusuru tespit edilecek olursa, duruma göre bilinçli veya adi taksir yönünden sorumluluk gündeme gelecek ve failin taksiri aşacak şekilde neticeye yönelik kastı varsa, bu halde de kasttan dolayı sorumluluğun faile yüklenmesi ön plana çıkacaktır.

90. maddenin son fıkrasında, maddede tanımlanan suçların bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi durumunda, tüzel kişi hakkında kanunun 60. maddesinde öngörülen yaptırımların (kanun koyucunun ifadesiyle güvenlik tedbirlerinin) uygulanacağı ifade edilmiştir. 90. maddede tanımlanan suçlar, genel suç işleme kastı ile işlenebildiğinden, burada gösterilen suçların, bir kamu kurumunun verdiği izne dayalı olarak faaliyette bulunan özel hukuk tüzel kişinin organ veya temsilcisinin iştirakiyle ve bu iznin verdiği yetkinin kötüye kullanılması suretiyle (işlenen suç ile verilen iznin kullanılması arasında illiyet/nedensellik bağı olmalıdır) tüzel kişi yararına işlenmesi halinde, tüzel kişinin izni iptal edilecektir.

Yargı makamı, bir kamu kurumunun verdiği izin ve ruhsatla faaliyette bulunan özel hukuk tüzel kişiliğine sahip hastane veya tıbbi müessesenin idarecisi veya temsilcisinin iştirakiyle, bu izin ve ruhsattan sağlanan yetkinin kötüye kullanılması sonucu, hastane veya tıbbi müessese yararına 90. maddenin ihlalini tespit ettiğinde, tüzel kişiliğin izin ve ruhsatının iptaline karar verecektir. Hastane veya tıbbi müessesenin hukuka aykırı şekilde yapılan bilimsel deney veya tedavi amaçlı deneme sebebiyle doğrudan veya dolaylı olarak bir menfaati bulunmamakta ise, izin ve ruhsatın iptali elbette gündeme gelmeyecektir.

Bu suçların örneğin bir ilaç firması gibi bir tüzel kişi faaliyetleri çerçevesinde işlenmesi halinde, tüzel kişiye yönelik güvenlik tedbirlerine de hükmolunacaktır (TCK m. 90/6). Bu

suçun bir örgüt faaliyeti kapsamında işlenmesinin cezaı artıran nitelikli hal olarak ayrıca düzenlenmesinde yarar vardır.⁵

Özel hukuk tüzel kişinin izin ve ruhsatla faaliyet gösterip göstermediğine bakılmaksızın, yararına 90. maddenin ihlal edildiği anlaşıldığında, kanunun 54. ve 55. maddelerinde düzenlenen "müsadere" müessesesi ve hükümleri o tüzel kişinin malvarlığı üzerinde uygulanacaktır.

Yargı makamu, kanunun 60. maddesi ile 90. maddenin son fıkrasında gösterilen şartların gerçekleştiği durumlarda her iki yaptırımın birlikte uygulanmasına karar vermelidir. 60. maddenin üçüncü fıkrası gereğince, yargı makamu tarafından yaptırımlardan birisine veya hiçbirisine de hükmedilmeyebilecektir. Her ne kadar üçüncü fıkra, 60. maddede gösterilen yaptırımların uygulanmasının işlenen suçta nazaran daha ağır sonuçlar ortaya koyabileceği hallerde, yargı makamının bu yaptırımlara karar vermeyebileceğini ifade etmiş olsa da, yargı makamının bu yaptırımlardan birisine karar vermesinin önünü de kapatmamıştır. Ayrıca bazı durumlarda, özel hukuk tüzel kişinin faaliyetinin dayanağını teşkil eden kamu kurumundan verilmiş izin ve ruhsatı bulunmadığında, o tüzel kişi hakkında sadece müsadere yaptırımı uygulanabilecektir.

TCK m. 90'da düzenlenen suçlar, genel suç işleme kastı ile işlenebilir. Kanun koyucu, saike, yani özel kasta yer vermemiş ve bu suçların taksirle işlenebilmesine ilişkin bir düzenleme de öngörmemiştir. 90. maddede tanımlanan suçlar, teşebbüse müsait suçlar arasında yer almaktadır. Bu sebeple, TCK m. 35'de düzenlenen ve failin elinde olmayan nedenlerle kasten işlenebilen bir suçun gerçekleşmemesi halinin de ceza sorumluluğu kapsamına gireceğini gösteren "suça teşebbüs" 90. madde hakkında uygulama alanı bulabilecektir. Elbette 90. maddenin birinci fıkrasında tanımlanan suç tamamlanmadan evvel, aynı maddenin beşinci fıkrası gündeme gelemeyeceğinden, teşebbüsün söz konusu olduğu durumlarda

⁵ Hakan Hakeri, a. g. e., s. 420-421.

ERSAN
ŞEN'İN
TEBLİĞİ

beşinci fıkra tatbik edilemeyecektir. Hukuka aykırı bilimsel maksatlı deney suçu, neticesi devam eden veya gerçekleşmesi için birden fazla tekrarlanmasına gerek olmayan bir suç tipini oluşturmaktadır. Bu nedenle, insan üzerinde hukuka aykırı bilimsel deneyin bir kez yapılması, 90/1. madde hükmünde yer alan suçun oluşmasında yeterlidir.

Netice itibariyle

Türk Ceza Kanunu'nun 90. maddesini yukarıda ayrıntılı olarak inceleyip, açıklama, tespit ve eleştirilerimizi ortaya koymuş olduk. Gerek uluslararası bir toplumunun üyesi ve gerekse kişi hak ve hürriyetleri ile bu kapsamda 1982 Anayasası'nın 17. maddesinde güvence altına alınmış olan kişinin yaşama hakkı ile vücut bütünlüğüne iç hukukumuzda verilen önem doğrultusunda, Türk Ceza Kanunu tarafından emir, yasak ve yaptırım ile destekli biçimde tıbbi müdahale ve bilimsel deney sınırlarının belirlenmesi, özel olarak bu konuda suç ve ceza tanımı yapılması isabetli olmuştur. Çünkü bilim adamları, ister tıbbi nedenle (hastalık teşhis ve tedavisi için) ve isterse bilim dallarında insanlığın yararına maksatlı olarak, insanlar üzerinde diledikleri şekilde -hatta onların muvafakatleri dahi olsa- tıbbi müdahale ve bilimsel deneyler yapamazlar ve yapmamaları da gerekir. İşte bu bakımdan Türk Ceza Kanunu'nun 90. maddesinin isabetli olduğunu, fakat özellikle yukarıda işaret ettiğimiz Biyotıp Sözleşmesi hükümleri yönünden gözden geçirilmesinin ve değiştirilmesinin yararlı olacağına inandığımızı ifade etmek isteriz.

İnsan üzerinde deney ve deneme suçlarının unsurlarının neler olduğu ve günlük hayatta işlenen fiillerin bu suçlarla ilgili kanuni tanıma uyup uymadıklarının tespitinde, Türk Ceza Kanunu'nun 90. maddesini dikkate almak gerekir. Bununla birlikte, Uluslararası Biyotıp Sözleşmesi'nin kişi hak ve hürriyetlerinin korunmasına yönelik konu ile ilgili hükümlerinin bağlayıcı olduğunu, bu sözleşmenin özel ve öncelikli bir düzenleme olması sebebiyle, 90. maddede tanımlanan suçla-

rın unsurlarının belirlenmesinde esas alınması gerektiğini ifade etmek isteriz. Bu tatbikat, Biyotıp Sözleşmesi'ne aykırılık olduğundan bahisle 90. maddede öngörülen cezanın fiil ve faile uygulanması anlamını taşımayıp, sadece 90. maddede gösterilen suçun unsurlarını tespitinde dikkate alınabilecektir. Bunun dışında, Biyotıp Sözleşmesi'nin 90. maddede kapsamına girmeyen hüküm ve yasaklarına cezai yaptırım bağlanmak istenmekte ise, bu halde kanun koyucunun yeni bir ceza normu düzenlenmesi gerekecektir.

Aksi bir düşünce şu şekilde ileri sürülebilir; her ne kadar 1982 Anayasası'nun "Milletlerarası antlaşmaları uygun bulma" başlıklı 90. maddesinin son fıkrasında, uluslararası sözleşmelerin kişi hak ve hürriyetlerine ilişkin olanlarının kanunlara nazaran öncelikle tatbik edileceği belirtilmiş olsa da, bu iç hukuktaki ceza normlarını kapsamayacaktır. Evrensel nitelikteki "suçta ve cezada kanunilik" prensibi, uluslararası sözleşmede bulunan kişi hak ve hürriyetlerinin korunması ile ilgili bir tanıma karşılık gelen, destekleyen ve ihlali halinde ceza gösteren bir hükmün, iç hukukta kanunla tanınan o sözleşmede veya sonradan yürürlüğe giren bir kanunda düzenlenmemesi durumunda, bir başka normdan, çalışmamız açısından Türk Ceza Kanunu'nun 90. maddesinde yer alan ceza hükmünden hareketle faile ceza uygulanmasına engel olacaktır. Bu nedenle, Biyotıp Sözleşmesi ve benzeri uluslararası sözleşmelerde gösterilen emir ve yasaklara ilişkin ihlaller hakkında karşılık gelecek özel ceza yaptırımları öngörülmeli ve bunlar açık ifadelerle kanunlarda yer almalıdır.

Bu çalışmamızda açıkladığımız bilimsel deney ve denemelerle ilgili hukuk kurallarının ortak özelliğini, üzerinde bilimsel deney ve deneme yapılacak olan kişinin rızasının alınması oluşturmaktadır. Bireyin rızası yoksa veya alınmamış veya alınmamışsa, o kişinin üzerinde bilimsel deney ve bilimsel yöntemlere uygun tedavi maksatlı deneme yapılabilmesi mümkün değildir.

Burada iki ayrı ikili ayırım yapmak gerekmektedir. Müdahalenin türüne göre yapılan ilk ayırımı, tıbbi amaçlı bilinen

yöntemlerle hasta insana yapılacak müdahale ile bilimsel deney ve bilimsel yöntemlere uygun tedavi amaçlı denemeler oluşturmaktadır. Kendisine müdahale edilecek bireye göre yapılacak ikili ayırımı ise, bireyin muvafakat yeteneğine sahip olup olmaması şeklinde belirtmek mümkündür.

Müdahale türünde, eğer tedavi amaçlı ve bilinen yöntemlerin kullanımı yoluyla acil müdahale söz konusu olacaksa, burada hastadan rıza elde etmek zorunluluğu istisnai olarak gündeme gelmeyecektir. Bu noktada, 1982 Anayasası'nın 17. maddesinin ikinci fıkrası, Biyotıp Sözleşmesi'nin 7. ve 8. maddeleri ile Türk Ceza Kanunu'nun 26. ve 90. maddeleri destekleyici mahiyette hükümler içermektedir.

Ancak insan üzerinde bilimsel deney veya bilinen yöntemler dışında bilimsel kurallara uygun deneme yapılacaksa, bu noktada doğru ve anlaşılır bilgiler vermek (ilgiliye dürüst davranma zorunluluğu) suretiyle ilgiliden rıza elde etmek zorunluluğu olacaktır.

Vücut bütünlüğüne müdahale edilecek insan reşit ve temyiz kudretini haiz ise, muvafakatin alınması hususunda sorun doğmayacaktır. Ancak ilgili, yaş küçüğü (çocuk), akıl hastası, akıl eksiği, bir hastalıktan dolayı irade yeteneği zayıflamış veya ortadan kalkmış bir kişi ise, burada ilgiliden muvafakat alınması imkansız olabileceği gibi, alınma ihtimal ve imkanı olsa dahi yeterli görülmebilir. İşte muvafakatin alınmadığı veya yeterli görülmediği noktalarda, bilinen yöntemlerle tıbbi müdahaleyi gerektiren acil durumlar dışında, mümkünse fiil ehliyeti olmayanlar üzerinde bilimsel deney ve deneme yapılmamalıdır. Bununla birlikte, imkan olduğu ölçüde bu özellikteki kişilerin muvafakat alınma sürecine katılmaları sağlanmak ve müdahaleye ilişkin diğer şartlara bağlı kalınmak suretiyle yasal temsilcilerine başvurulabilir. Aksini düşünmek ve bu kişiler bakımından ortaya çıkan muvafakat alınma imkansızlığını veya güçlüğü, bilimsel deney ve denemeler için engel görmek, bu kişilerin özelliklerini anlamak, onlara yardımcı olabilecek bilimsel yöntem, teknik, araç ve

gereç ile tedavi metotları geliştirmek ve bunun yanında, bu kişilerin sahip olduğu rahatsızlıkların nedenini ve erken çözüm yollarını bulmak suretiyle hastalığa yakalanma riskini azaltmak ve hatta önlemek hedeflerine ulaşabilmenin önünü tıkayacaktır.

Bu nedenle, irade yeteneği zayıf veya olmayan kişiler üzerinde yapılacak bilimsel deney ve denemelerle ilgili Biyotıp Sözleşmesi hükümleri ile Türk Ceza Kanunu'nun 90. maddesinin çocuklarla ilgili değişik üçüncü fıkrasını dikkate almak isabetli olacaktır. 90 maddenin "*rızaya dayalı bilimsel deney*" konulu ikinci fıkrası, üzerinde deney yapılacak kişiler bakımından muvafakat yeteneği olan ve olmayan ayırımı yapmayıp, sadece "*bilgilendirmeye dayalı rıza*" müessesinden bahsetmekte, bu da yasal temsilcinin katılımı ile rızanın sağlanabileceğine işaret etmektedir. Ancak bu konuda düzenleme olmadığından hareketle, "*suçta ve cezada kanunilik*" prensibi nedeniyle aksi fikir de ileri sürülebilir. Çünkü 90. maddenin ikinci fıkrası ve (g) bendi, açık bir şekilde "*ilgilinin rızası*" kavramından söz etmekte, rızayı şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak olarak göstermekte ve daha da önemlisi çocuklar hakkında düzenleme öngören 90. maddenin üçüncü fıkrasının (b) bendindeki "*muvafakat yeteneği olan/olmayan*" ve/veya "*yasal temsilci*" kavramlarına yer vermemektedir.

Çalışmamızın muhtelif yerlerinde bu husus tartışılmakla birlikte, sorunun cevabı ne olursa olsun 90. maddenin bu yönü ile eksik kaldığını söylemek, bu maddenin üçüncü fıkrasını "*muvafakat verebilme yeteneği olmayanlar*" şeklinde genişletmek ve temyiz kudreti olmayanları da 90. madde kapsamına almak gerektiğini ifade etmek isteriz. Neticede, Biyotıp Sözleşmesi'nde olduğu gibi, bu noktadaki tartışma ve tereddütlere son verebilmek bakımından Türk Ceza Kanunu'nun 90. maddesinde düzenleme yapmak isabetli olacaktır. Mevcut durum itibarıyla, 1982 Anayasası'nın 90. maddesinin değişik son fıkrasının yorumu ışığında, Biyotıp Sözleşmesi ile Türk Ceza Kanunu'nun 90. maddesinin ikinci fıkrasını, yine Türk Ceza Kanunu'nun 2. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan

ERSAN
ŞEN'İN
TEBLİĞİ

"kıyas yasağı"nı da gözetmek suretiyle tatbikat yapmak uygun olacaktır. Kanaatimizce, Biyotıp Sözleşmesi'nin 7., 16. ve 17. maddeleri ile Türk Ceza Kanunu'nun 26/1. madde hükmü kapsamına giren "İakkın/mesleğin icrası" adlı hukuka uygunluk sebebi, yine Türk Ceza Kanunu'nun 90. maddesi ile gerekçesinin aksine bir ifade taşımaması nedeniyle, muvafakat verebilme yeteneği olmayan veya eksik olan üzerinde de bilimsel deney yapılabilmelidir.

90. maddenin, çocuklarla ilgili düzenlemesinin (3. fıkra), bunun yanında çocuklar ve diğer muvafakat verebilme yeteneği olmayan veya kısıtlı olanlar bakımından dördüncü fıkrasının yeniden düzenlenmesi; 90. maddede yer alan "yetkili kurul ve makam" kavramının öneminin, Biyotıp Sözleşmesi'nin 16/iii madde hükmünde olduğu gibi vurgulanması; tıp mesleğinin icrası yönünden, Tıbbi Deontoloji Tüzüğü ile Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın, hem Biyotıp Sözleşmesi ve hem de Türk Ceza Kanunu'nun hükümleri dikkate alınmak suretiyle gözden geçirilip, bu konuda yeknesak, üst normlarla uyumlu kurallar oluşturulması isabetli olacaktır.

Oturum Başkanı: Evet Sayın Şen'e çok teşekkür ediyoruz. Artık tartışma bölümünde en tartışmalı konulardan bir tanesi 90. madde, çünkü Ceza Kanunu, yeni Ceza Kanunu yürürlüğe girdiği zaman bu tartışmalar devreye girmişti. Artık kalan, söylemek istediği şeyleri, kendisine yöneltilen soruları cevaplamak suretiyle dolduracaktır.

Prof. Dr. Ersan ŞEN: Hocam özellikle bu konuyu aldım ki biraz kavgı çıksın.

Oturum Başkanı: Evet şimdi sözü değerli meslektaşım ve sınıf arkadaşım, Yargıtay 2. Ceza Dairesi Üyesi, aynı zamanda akademik çalışmalarını da sürdüren Doç. Dr. Ali Rıza Çınar'a veriyorum.

Doç. Dr. Ali Rıza ÇINAR (Yargıtay 2. Ceza Dairesi Üyesi):*

I. GİRİŞ

Toplumsal yaşamın korunmasında trafik kurallarına uyulmasının yaşamsal önemi bulunmaktadır. Trafik güvenliği ve trafik düzenlemesi konusundaki kuralların amacı, kara, deniz, hava ya da demiryolu ulaşımının güven içinde akışını sağlamaktır. Bu kurallara uyulmadığında, yaşam, sağlık ya da malvarlığı açısından tehlikeler doğması çağımızda kaçınılmaz duruma gelmiştir.

Kara, deniz, hava ve demiryolu ulaşımında motorlu taşıtlarda (araçlarda) gelişmeler, insanlığın sosyal ve ekonomik yaşamında büyük gelişmeler sağlamıştır. Bununla birlikte her geçen gün trafiğe yeni araçların katılması¹ ve modern taşıt araçlarının gelişmesi trafik güvenliğinde tehlikeleri de birlikte artırmaktadır.² Motorlu araçların, yarattığı tehlikeler nede-

* "Ceza Yasasında Alkollü Araç Kullanma Suçu" başlıklı tebliğ.

¹ Türkiye'de 2007 yılında toplam 13.022.945 yeni motorlu araç kara ulaşımına katılmıştır. (Emniyet Genel Müdürlüğü Trafik Hizmetleri Başkanlığı'ndan Ocak 2008 tarihinden alınan bilgiye göre)

² Schöch, Heinz., "Trafikte Alkol" (Çev: Arş. Gör. Pınar Bacaksız), in: Trafik ve Ceza Hukuku, Prof. Dr. Öztekin Tosun'a Armağan, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 6, Ankara 2006, s. 145 vd. (145-151); Güleç, Sesim Soyer, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Trafik Güvenliğine Karşı İşlenen Suçlar, *HPD* (Hukuk Perspektifler Dergisi) sy. 9, Aralık 2006, s. 168

ALİ RIZA
ÇINAR'IN
TEBLİĞİ

niyle kullanılmalarının ve gelişimlerinin yasaklanması düşünülemez. Bu nedenle, trafik güvenliğini sağlamak amacıyla hukuk, yaşamın gereksinimlerini gözeterek düzenlemeler yapmıştır. Bu düzenlemelere uymayanlar için öncelikle idari yaptırımlar öngörülmüştür. Ceza hukukunda ise sağlık, yaşam ve malvarlığının korunmasına ilişkin trafik kurallarının geçerliliklerini koruyup daha etkili olabilmeleri için, "trafik güvenliğini tehlikeye sokma" suçlarına yer verilmiştir.

Türkiye'de karayolu trafiğini düzenleyen 2918 sayılı Karayolları Trafik Yasası'nda, trafik suçları ile bu suçlar için çeşitli yaptırımlar öngörülmüştür.

Trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun özel hükümlerin yer aldığı ikinci kitabında, "topluma karşı suçlara" ilişkin ikinci kısmın "genel tehlike yaratan suçlar" başlıklı birinci bölümünde 179 ve 180. maddelerinde düzenlenmiştir.

Türk Ceza Kanunu'nun 179. maddesinde kasten trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçu düzenlenmiştir. Yargıtay da kararında, açıkça bu maddede düzenlenen trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçunun, ancak kasten işlenebileceğini açıkça belirtmiştir.³

Ceza Kanunu'nun 179. maddesinde düzenlenen trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçları üç türdür. Bu madde üç fıkradan oluşmaktadır. Her bir fıkrası ayrı suç türüne yer vermiştir.

Türk Ceza Kanunu'nun 179. maddesinin birinci fıkrasında, trafik güvenliğini sağlayan işaretleri değiştirerek trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçuna yer verilmiştir.

(167-184); Aşçıoğlu, Çetin., Trafik Kazalarından Doğan Hukuk ve Ceza Sorumlulukları, Ankara 2008, s. 1.

³ 2. CD., 09.10.2007, 12959 / 12875; 2. CD., 14.06.2007, 8515 / 8822; 2. CD., 26.04.2007, 2800 / 8530.

Yasanın bu hükmüne göre (m. 179/1): "Kara, deniz, hava veya demiryolu ulaşımının güven içinde akışını sağlamak için konulmuş her türlü işareti değiştirerek, kullanılamaz hale getirerek, konuldukları yerden kaldırarak, yanlış işaretler vererek, geçiş, varış, kalkış veya iniş yolları üzerine bir şey koyarak ya da teknik işletim sistemine müdahale ederek, başkalarının hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından bir tehlikeye neden olan kişiye bir yıldan altı yıla kadar hapis cezası verilir." Görülüyor ki bu fıkra ile somut tehlike suçu oluşturulmuştur.⁴

Türk Ceza Kanunu'nun 179. maddesinin ikinci fıkrasında ise "Tehlikeli araç kullanmak suretiyle" trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçu düzenlenmiştir.

Bu hükme göre; "Kara, deniz, hava veya hayat, sağlık veya malvarlığı açısından tehlikeli olabilecek şekilde sevk ve idare eden kişi, iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır." Bu fıkra ile düzenlenen suç da somut tehlike suçudur.

Görülüyor ki bu ikinci fıkradaki suç ile yürürlükten kaldırılan 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 565. maddesindeki suçun tanımları benzer niteliktedir. Ancak 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 565. maddesinde düzenlenen "tehlikeli araç kullanmak" suçu kasten ya da taksirle işlenebildiği halde, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 179/2. maddesindeki "tehlikeli araç kullanarak" trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçu, ancak kasten işlenebilen bir suçtur. Yargıtay da kararında açıkça bu durumu belirtmiştir.⁵

Türk Ceza Kanunu'nun 179. maddesinin üçüncü fıkrasında ise "Alkol ve Uyuşturucu Madde Etkisi ya da Bir Başka Nedenle Güvenli Sürme Yeteneğini Kaybetme Durumunda Araç Kullanma" bağımsız bir suç olarak düzenlenmiştir. Ancak, bu suç için

⁴ Aşçıoğlu, s. 621 vd.

⁵ Bkz. 2. CD., 17.04.2006, 3442 / 7782.

V. TÜRK - ALMAN TIP HUKUKU SEMPOZYUMU

ALİ RIZA
ÇINAR'IN
TEBLİĞİ

uygulanacak yaptırım (ceza) açısından yasanın ikinci fıkrasına yollama yapılmıştır.⁶

Bu hükme göre, “alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle ya da başka bir nedenle emniyetli bir biçimde araç sevk ve idare edemeyecek halde olmasına rağmen araç kullanan kişi yukarıdaki fıkra (m. 179/2) hükmüne göre (bir aydan iki yıla kadar) cezalandırılır.” Görülüyor ki ayrı bir trafik güvenliğini tehlikeye sokma, soyut tehlike suçu olarak öngörülmüştür.

Ceza Kanunu'nun 180. maddesinde ise trafik güvenliğinin taksirle tehlikeye sokulması suç olarak düzenlenmiştir.

Bu hükme göre, “Deniz, hava veya demiryolu ulaşımında, kişilerin hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından bir tehlikeye taksirle neden olan kimseye üç aydan üç yıla kadar hapis cezası verilir.”

Görüldüğü gibi burada yalnızca, deniz, hava ve demiryolu ulaşım araçlarından söz edilmektedir. Karayolu ulaşım araçlarına yer verilmemiştir.⁷ Nitekim Yargıtay, karayolu ulaşımında, kişilerin yaşamı, sağlığı ya da malvarlığı bakımından bir tehlikeye taksirle neden olma eyleminin, bu maddede suç olarak düzenlenmediğini kararında açıkça belirtmiştir.⁸ Ayrıca, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 389. maddesindeki taksirle demiryolu kazasına neden olma suçunun, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 180. maddesindeki suça benzer olduğu vurgulanmıştır.⁹

Bizim inceleme konumuz olan, “alkollü araç kullanma” suçu da “trafik güvenliğini tehlikeye sokma” suç türlerinden olan bir soyut tehlike suçudur. Bu nedenle konuyla ilgili çalışmamız 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 179/3. fıkrasında düzenlenen, “alkollü olarak araç kullanma” suçu ile sınırlıdır. Ayrıca,

⁶ Donay, Süheyl, Türk Ceza Kanunu Şerhi, İstanbul 2007, s. 267.

⁷ Güleç, s. 168.

⁸ 2. CD., 26.04.2006, 2800 / 8530.

⁹ 2. CD., 25.10.2007, 10056 / 13721; 2.CD., 14.02.2007, 8624 / 2013.

2918 sayılı Karayolları Trafik Yasası'nda da alkollü araç kullanma eylemi idari yaptırıma bağlanmıştır (m. 48/5). Konuyu incelerken Karayolları Trafik Yasası'nda yer alan alkollü araç kullanma yasağına ilişkin söz konusu düzenlemelere de değineceğiz.

Türk Ceza Kanunu'nun 179. maddesinin üçüncü fıkrasında düzenlenen suç bu çalışmada seçmemizin üç nedeni var.

Birinci neden, bu suç, önceki 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda yoktu. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile ceza hukukuna girmiştir. Yeni bir suç türüdür. Aynı zamanda sempozyumun konusuyla da ilgilidir.

İkinci neden, 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 179/3. maddesinde düzenlenen bu suçla ilgili olarak uygulamada önemli sorunlar yaşanmaktadır.

Üçüncüsü ise Türk Ceza Kanunu'nun 179/3. maddesindeki suç, Alman Ceza Kanunu'nun 316. maddesinde düzenlenen suçla aynı niteliktedir. Bu nedenle karşılaştırmalı bir inceleme yapmak suretiyle açıklamalarımızın, Türkiye'de ilk defa 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda suç olarak tanımlanan bu eylemle ilgili olarak uygulamada yararlı olacağı kanısındayız.

II. YASAL DÜZENLEME

Yeni Türk Ceza Kanunu bilindiği gibi iki kitaptan oluşmaktadır. Birinci kitapta, Türk Ceza Kanunu'nun genel hükümleri (m. 1-75), ikinci kitapta ise özel hükümler (m. 76-345) kısım ve bölümlere ayrılarak düzenlenmiştir.

İnceleme konumuz olan, alkollü araç kullanma suçu, başka bir deyişle "alkolün etkisiyle güvenli sürme yeteneğini kaybeden bir kimşenin araç kullanması eylemi" ceza yasamızın, ikinci kitabında düzenlenmiştir. Bu kitabın da "Toplumla Karşı Suçla-

ALİ RIZA
ÇINAR'IN
TEBLİĞİ

rın" yer aldığı üçüncü kısmın birinci bölümünde düzenlenen "Genel Tehlike Yaratan Suçlar" kapsamı içinde "Trafik Güvenliğini Tehlikeye Sokma" suçu kenar başlığı altında Türk Ceza Kanunu'nun 179/3. maddesinde "alkollü araç kullanma" suçu yer almaktadır.

Ceza Kanunu, "güvenli sürme yeteneğini yitirmiş (kaybetmiş)" kişilerden gelecek tehlikeyi önlemek amacı ile bu durumda olup da araç kullananların eylemini suç olarak düzenlemiştir.

Topluma karşı işlenen genel tehlike suçlarından biri olan trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçuna, yer vermeyen bir ülke bulunmamaktadır.

Ceza Kanununun bu suçları düzenleyiş biçimleri değişiktir.

Türk Ceza Kanunu, "alkollü araç kullanma suçunu" başka bir deyişle "alkolün etkisiyle güvenli sürme yeteneğini kaybeden bir kimsenin araç kullanması" eylemini suç olarak 179. maddesinin üçüncü (son) fıkrasında düzenlemiştir.

Ceza Kanununun 179. maddesinin üçüncü (son) fıkrasına göre,

"Alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle ya da başka bir nedenle emniyetli bir şekilde araç sevk ve idare edemeyecek halde olmasına rağmen araç kullanan kişi yukarıdaki fıkra hükmüne göre cezalandırılır" denilmektedir.

Görülüyor ki düzenlemede, güvenli sürme yeteneğinin kaybedilmesi çeşitli nedenlere bağlanmıştır. Birinci, alkol ya da uyuşturucu madde etkisiyle güvenli sürme yeteneğinin kaybedilmesine karşın (emniyetli bir şekilde araç sevk ve idare edemeyecek halde olmasına rağmen) araç kullanma eylemidir. İkinci ise yasada "başka bir nedenle" diye ifade edilmiştir. Bundan dolayı alkol ve uyuşturucu madde etkisi dışında "güvenli sürme yeteneğinin kaybedilmesine" neden olan herhangi

bir neden, yasada belirtilen "başka bir neden" sayılabilir.¹⁰ Örneğin madde gerekçesinde de belirtildiği üzere, yorgunluk, uykusuzluk gibi güvenli sürme yeteneğinin kaybedilmesine yol açan her türlü neden olabilir.

Bizim inceleme konumuz, daha önce de açıkladığımız gibi, Ceza Kanununda bağımsız suç olarak düzenlenen alkollü araç kullanma suçudur. Daha doğrusu, *çalışma konumuz, alkollü etkisiyle güvenli sürme yeteneğinin kaybedilmesine karşın* (emniyetli bir şekilde araç sevk ve idare edemeyecek halde olmasına rağmen) *araç kullanan kişinin eyleminin, ceza hukukuna göre suç sayılarak cezalandırılmasıdır*. Bu bağlamda, yukarıda açıkladığımız gibi, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 179. maddesinin üçüncü (son) fıkrasında "alkollü araç kullanma" bağımsız bir suç olarak yer almaktadır.

Yürürlükten kaldırılan 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda, "alkollü araç kullanma" eylemi bağımsız bir suç olarak düzenlenmemiştir.

Karayolları Trafik Yasası'nda alkollü içki almış olarak araç kullanma yasaklanmıştır.¹¹ Karayolları Trafik Yasası'nın 48. maddesine göre alkollü içki almış olması nedeniyle güvenli sürme yeteneklerini kaybetmiş kişilerin karayolunda araç sürmeleri yasaktır. Bu yasa maddesine dayanılarak çıkarılan yönetmeliğe göre, alkollü içki almış olarak, kandaki alkol miktarına göre araç sürme yasağı öngörülmüştür. Taksi ya da dolmuş otomobil, minibüs, otobüs, kamyon, çekici gibi araçlarla kamu hizmeti, yük ve yolcu taşımacılığı yapan sürücüler ile resmi araç sürücüler alkollü içki kullanmış olarak bu araçları süremezler (Yönetmelik m. 97/4-b-1) Alkollü içki almış olarak araç kullandığı tespit edilen diğer araç sürücüle-

¹⁰ Donay, s. 267, 268.

¹¹ Bkz. 13.10.1983 tarihli 2918 sayılı Karayolları Trafik Yasası (18.10.1983 tarihli *Resmî Gazete*'nin 18195 sayısında yayımlanmıştır.) Alkollü araç kullanma ile ilgili bu yasanın 48. maddesinde; 17.10.1996 gün ve 4199 sayılı 21.05.1997 günlü 4262 sayılı yasanın 4. maddesi ve 08.01.2003 gün ve 4785 sayılı yasanın 3. maddesiyle değişiklikler yapılmıştır.

ALİ RIZA
ÇINAR'IN
TEBLİĞİ

rinden kanlarındaki alkol yoğunluğu/miktarı 0.50 promilin üstünde olanlar araç kullanamazlar (Yönetmelik m. 97 / 4-b- (2)). Bu yasaklara aykırı davranan kişiler için Karayolları Trafik Yasası'nın 48. maddesinde idari yaptırımlar öngörülmüştür. Bunlar, araç kullanmaktan yasaklama, sürücü belgesinin geri alınması ve idari para cezalarıdır.

Türk Ceza Kanunu'nun 179/3. maddesindeki suçun benzeri Alman Ceza Kanunu'nun 316. maddesinde (StGB § 316) düzenlenmiştir.

Alman Ceza Kanunu madde 316:

(1) Her kim, alkollü içecek ya da diğer bir uyuşturucu madde alması nedeniyle taşıt aracını (Fahrzeug) güvenli bir şekilde kullanamayacak durumda olduğu halde, trafikte (315-bis 315 d) kullanırsa bir yıla kadar özgürlüğü bağlayıcı ceza (hapis cezası) ya da para cezasıyla cezalandırılır. Yeter ki, eylem (fiil) madde (paragraf) 315a ya da 315c'deki cezaları gerektirmesin.

(2) Eylem (fiil) taksirle işlense de yine birinci fıkra hükümlerine göre cezalandırılır.

Almanya'da Karayolları Trafik Yasası'nda da alkollü araç kullanma eylemine yer verilmiştir (StVG 24a).

III. KORUNAN HUKUKSAL YARAR

Çağımızda, demokratik, insan haklarına saygılı ceza hukuku, "cezalandırma hukuku" olmaktan çıkarak, "bireysel hakları koruma hukuku"¹² halini almıştır. Artık suç sayılan hukuka aykırılık alanı yaratmak, anayasal sistemle sınırlıdır. Bu nedenle de suç sayılan hukuka aykırılık yaratırken, daha doğrusu bir

¹² Özek, Çetin, 1997, Türk Ceza Yasa Tasarısı'na İlişkin Düşünceler (Prof. Dr. Sahir Erman'a Armağan'dan Ayrı Bası) Alfa Yayınları, İstanbul 1999, s. 25.

eylemi suç olarak düzenlerken, ceza yaptırımının niteliğini ve infazını belirlerken, ceza yargılama yöntemlerini saptarken, siyasal güç, anayasa ve uluslararası sözleşme kurallarını gözetmek zorundadır.

Bu açıkladığımız gelişim süreci içinde suçla korunan hukuksal yarar, doğrudan ya da dolaylı bireysel sübjektif haklardır. Suçun pasif süjesi edilgin/ mağduru birey olmasa dahi, korunan hukuksal yarar bireye ilişkindir. Örneğin devlete karşı işlenen terör suçları, demokratik anayasal bir düzende bireyin yaşama hakkına karşı da işlenmiş sayılmaktadır.¹³

Bu bağlamda bir eylemin cezalandırılması, “korunan yarar”ın somut olarak ihlal edilmesine bağlıdır. Diğer bir deyişle, bir eylemin cezalandırılması için, korunan hukuksal yararı ihlal eden somut zarar ya da tehlike aranmaktadır.

Suçun bir “maddi konusu” bir de “hukuksal konusu” vardır. Suçun maddi konusu, failin suç sayılan hareketini, üzerinde yerine getirdiği insan ya da şeydir.¹⁴ Her suçun bir hukuksal konusu vardır. Bir suçun hukuksal konusu, suçun ihlal ettiği şeydir. Suçun hukuksal konusu, yaygın ve baskın olan görüşe göre suçla korunan hukuksal varlık, menfaat (yarar) ya da değerdir.¹⁵ Ceza hukuku, ceza yaptırımı ile belirli hak, yarar

¹³ Özek, 1997, Türk Ceza Yasa Tasarısı..., s. 25.

¹⁴ Toroslu, Nevzat, Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, Ankara 1970, s. 61; Dönmezer, Sulhi / Erman, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, c. I, 14. Bası, İstanbul 1997, s. 333; Selçuk, Sami, Dolandırıcılık Cürmünün Kimi Suçlardan Ayrımı ve Çeklerle İlgili Suçlar, Ankara 1986, s. 5; Tümerkan, Somay, Dolandırıcılık Suçu, İstanbul 1987, s. 15.

¹⁵ Toroslu, Nevzat, Ceza Hukuku, Ankara 2005, s. 65; Ersoy, Yüksel, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2002, s. 69, 70; Erem, Faruk / Danışman, Ahmet / Artuk, Mehmet Emin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara 1997, s. 234; Önder, Ayhan, Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 1992, s. 169; İçel, Kayıhan / Sokullu, Akıncı, Füsün / Özgenç, İzzet / Sözüer, Adem / Mahmutoğlu, Fatih S. / Ünver, Yener, İçel Suç Teorisi, 2. Baskı, İstanbul 2000, s. 87; Demirbaş, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Bası, Ankara 2007, s. 485 vd. Soyaslan, Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Baskı, Ankara 2005, s. 225 vd.; Centel Nur /

V. TÜRK - ALMAN TIP HUKUKU SEMPOZYUMU

ALİ RIZA
ÇINAR'IN
TEBLİĞİ

ve değerleri olası saldırılara karşı korumayı amaçlar. Çünkü suçun hukuki konularının (varlık/menfaat/değer/yarar) her biri insanın maddi ya da manevi gereksinimlerini karşılamaktadır. Yaşam, aile, vücut bütünlüğü, kamu sağlığı, kamu güveni, kişi özgürlüğü, malvarlığı vb...

Her suçun bir hukuksal konusu bulunduğu için, çağdaş ceza yasaları, suçları hukuksal konularına göre sistemleştirmişlerdir. Çünkü düzenlilik ve gruplandırma, çağdaş hukukun gereğidir. Bunun ötesinde suçların sistemleştirilmesi, suçların öğelerinin saptanmasında, hükümlerin yorumunda ve özellikle suçun koruduğu hukuksal yararın belirlenmesinde büyük yarar sağlar.¹⁶

Trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçu, topluma karşı işlenen genel tehlike suçudur. Trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçlarına, Türk Ceza Kanunu'nun, topluma karşı işlenen genel tehlike suçları bölümü içinde yer verilmesinden de bu açıkça anlaşılmaktadır.

Çağdaş ceza hukukunun amacı toplumsal açıdan değer taşıyan hukuksal yararları koruyarak, kişilerin güvenilir, sağlıklı ve özgür bir ortamda yaşamalarını sağlamaktır.

Suçun tanımı da bu bağlamda toplumsal açıdan değer taşıyan bir hukuksal yararın ihlali olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle yalnızca hukuksal yarara zarar veren eylemler (fiiller) değil, tehlikeye sokan eylemler de cezalandırılmaktadır.¹⁷

Zafer, Hamide / Çakmut, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, Dördüncü Bası, İstanbul 2006, s. 223; Artuk Mehmet Emin / Gökçen, Ahmet / Yenidünya, A.Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler 3. Bası, Ankara 2007, s. 441; Ünver Yener, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Ankara 2003, s. 46 vd.; Selçuk., Dolandırıcılık Cürümünün Kimi Suçlardan, s. 6; Çınar, Tehdit Suçu, Ankara 2002, s. 50, 51; Yenidünya, Ahmet Caner, İnsan Ticareti Suçu, Ankara 2007, s. 159.

¹⁶ Dönmezer / Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, c. I, 14. Bası, s. 334.

¹⁷ Daragenli, Vesile Sonay, "Tehlike Suçları" Prof. Dr. Sahir Erman'a Ar-

Her suçun konusu bulunmaktadır. Eylemin/fiilin/davranışın/hareketin yöneldiği kişi ya da şey suçun (maddi) konusunu oluşturmaktadır.¹⁸

Suçun (maddi) konusu ile hukuki konusu arasındaki ayrımı belirtmekte yarar bulunmaktadır. Suçun (maddi) konusu yukarıda açıkladığımız gibi eylemin/fiilin/davranışın/hareketin yönelik olduğu ve suç tipinde/tanımında belirtilen konudur. Hukuki konu ise suçla korunmak istenen değerdir/yarardır.

Suçun işlenmesi, o suçla korunan hukuki değeri/yararı ihlal eder.

Suçun işlenmesi, suçun (maddi) konusuna ise ya zarar verir ya da onu tehlikeye uğratar. Bu nedenle eylem/fiil/davranış/hareket suçun konusu üzerinde ya zarar oluşturur ya da tehlike yaratır. Eylemin/fiilin/davranışın/hareketin suçun (maddi) konusunu etkileme derecesine ve şekline göre, suçlar öğretide "tehlike suçları" ve "zarar suçları" diye ikiye ayrılmaktadır.¹⁹

Zarar suçlarında, failin yaptığı hareketle suçun (maddi) konusu üzerinde bir zarar meydana gelmektedir. Örneğin hırsızlık suçu (TYC m. 141 vd) mala zarar verme (TCY m. 151), insan öldürme, TCY m. 81 vd) suçları zarar suçlarıdır. Zarar suçlarında suçun (maddi) konusu üzerinde zarar meydana gelmesi gerekir. Ayrıca failin hareketi/davranışı/eylemi/fiili ile zarar arasında nedensellik bağı bulunması da aranmaktadır.

mağan, İstanbul 1999, s. 1,2 vd (163-188).

¹⁸ Toroslu, Ceza Hukuku, s. 66; Ersoy, s. 69, 70. Artuk / Gökçen / Yenidünya., Genel Hükümler, s. 441; Özgenç, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2007, s. 203; Erem / Danışman / Artuk, s. 236 vd.

¹⁹ Artuk / Gökçen / Yenidünya, Genel Hükümler, s. 442; Özgenç, Genel Hükümler, s. 204, 205; Daragenli, s. 164, 165.

Tehlike suçlarında ise suçun (maddi) konusunun tehlike ile karşı karşıya gelmesi yeterlidir. Hareketin/davranışın yoneldiği suçun (maddi) konusunun objektif olarak tehlikeye sokulması yeterlidir. Böylece, ceza hukuku, kamu düzenini korumak amacıyla toplumsal açıdan önemli olan bazı hukuksal değerleri etkin bir şekilde korumak amacıyla yalnız suçun konusuna zarar veren eylemleri değil, tehlikeye sokanları da cezalandırmaktadır.²⁰

Genel olarak tehlike suçları, somut ve soyut tehlike suçları olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.²¹

Somut tehlike suçlarında (konkrete Gefährdungsdelikte), hareketin, suç konusu üzerinde gerçek bir tehlike yaratmış olması gerekmektedir. Yalnızca hareketin yapılmış olması yeterli değildir. Somut tehlike suçunda, zarar tehlikesi oluşmadığında bu suç da gerçekleşmez. Bu nedenle, hareketin suç konusu üzerinde; gerçekten tehlike yaratmış olup olmadığı ya da tehlikenin gerçekleşme olanağının bulunup bulunmadığı yargıç tarafından araştırılır. Somut tehlike suçlarında, hareket ile somut tehlike arasında nedensellik ilişkisi (bağı) aranır.²²

Görülüyor ki somut tehlike suçlarında, suç tanımında yer alan, davranışın/hareketin yapılması suçun oluşumu için yeterli değildir.

Suçun gerçekleşmesi için ya suçun konusu üzerinde, somut olarak tehlike yaratılmış olmalıdır ya da tehlikenin gerçekleşmesinin olanaklı bulunması gerekir.²³

²⁰ Daragenli, s. 163, 164; Artuk / Gökçen / Yenidünya, Genel Hükümler, s. 443; Özgenç, s. 205;

²¹ Centel / Zafer / Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, Dördüncü Bası, s. 257; Artuk / Gökçen / Yenidünya, Genel Hükümler, s. 443; Daragenli, s. 175; Özgenç, s. 205; Hakeri, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Ankara 2007, s. 139.

²² Centel / Zafer / Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s. 258; Artuk / Gökçen / Yenidünya, Genel Hükümler, s. 258.

²³ Aşçıoğlu, s. 621.

Soyut tehlike suçlarında (abstrakte Gefährdungsdelikte), hareketin/davranışın (devinimin) suç konusu üzerinde tehlike yaratıp yaratmadığı aranmaz. Daha doğrusu suç tanımındaki davranışın/hareketin (devinimin) yapılması (icrai) ya da yapılmaması (ihmal) ile birlikte tehlikenin gerçekleştiği kabul edilir. Böylece tehlikenin bulunduğu bir karinedir/varsayımdır.²⁴

Suç tanımındaki davranışın/hareketin yapılması ya da yapılmaması, suçun oluşumu için yeterlidir.²⁵ Bu nedenle suç konusu üzerinde, tehlike yaratıp yaratmadığı araştırılmaz. Öğretide bunlara "*genel tehlike suçları*" da denilmektedir.²⁶

Soyut tehlike suçları biçimsel (neticesi harekete bitişik) suçlardır. Suç tanımındaki hareketin/davranışın (devinimin) yapılması suçun oluşumu için yeterlidir. Ayrıca hareket/davranış (devinim) ile sonuç (netice) arasında nedenlik ilişkisi aranmaz.²⁷

Genel tehlike suçlarında korunan hukuki değer/yarar, kişilerin ve malların tehlikeyle karşılaşmalarının önlenmesi, esenliğin korunmasıdır.²⁸

Türk Ceza Kanunu'nun 179. maddesindeki trafik güvenliği tehlikeye sokma suçu, "*kamu esenliğine*" karşı bir tehlike suçudur. Kamunun esenliği (selameti) terimi ise toplum olarak yaşayan kimselerin, bu yaşam biçimlerini korkusuz ve özel bir korumaya gereksinim duymaksızın sürdürebilmeleri anlamındadır. Bu nedenle, kamu esenliğine karşı bir eylem, her şeyden önce belli kişilere karşı değil, belirsiz sayıdaki ki-

²⁴ Özbek, Veli Özer, Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Anlamı, c. I., Genel Hükümler, 2. Baskı, Ankara 2005, s. 129.

²⁵ Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, s. 223.

²⁶ Önder, Ayhan, Ceza Hukuk Genel Hükümler, c. II-III, İstanbul 1992, s. 54; Artuk / Gökçen / Yenidünya, Genel Hükümler, s. 444; Centel / Zafer / Çakmut, Ceza Hukuku s. 258.

²⁷ Aşçıoğlu s. 421; Centel / Zafer / Çakmut Türk Ceza Hukukuna Giriş, s. 257, 258.

²⁸ Güleç, s. 166.

ALİ RIZA
ÇINAR'IN
TEBLİĞİ

şilere ve topluma yönelik olup, onların yaşamları, beden bütünlükleri, özgürlükleri ya da malvarlıkları için ortak ve genel bir tehlike tehdidi oluşturmaktadır.²⁹ Bundan dolayı da kişilerin toplum içinde yaşamlarını sürdürebilmeleri olağanüstü önlemlerin alınmasına bağlı bulunuyorsa, kamu esenliğini ihlal söz konusudur.³⁰ Yasa koyucunun, trafik güvenliğini tehlikeye sokma eylemini cezalandırmasında korunmak istenen hukuki yarar da belirsiz sayıdaki kişilerin yaşam ve beden bütünlükleri ile malvarlıklarını tehlikeden korumaktır.

Kamu esenliğine karşı genel tehlike suçları arasında düzenlenen trafik güvenliğine karşı işlenen suçlar ile korunan hukuki değer genel olarak "trafik güvenliği" olarak karşımıza çıkmaktadır.³¹ Ceza Kanununda düzenlenen bu tür suçlar somut (TCY'nin 179/1, 179/2 ve m. 180) ya da soyut bir tehlike suçu (TCY m. 179/3) biçimindedir. Ayrıca Türk Ceza Kanunu'nun 179. maddesinde "başkalarının yaşamı, sağlığı ya da malvarlığı bakımından bir tehlikeye neden olan kişi" cezalandırıldığından, bu suçla genel olarak trafik güvenliği kavramının yanı sıra somut olarak tehlikeye giren yaşam, sağlık ve malvarlığı değerlerinin de korunduğunu söylemek olanaklıdır.

Türk Ceza Kanunu'nun 179. maddesinin üçüncü fıkrasındaki suçun oluşabilmesi için ise ortaya somut ve gerçek bir tehlike çıkmış olması aranmamaktadır. Bu suçla genel olarak trafik güvenliğinin korunması amaçlanmaktadır. Alkol ya da uyuşturucu maddenin etkisiyle yahut başka bir nedenle "güvenli bir biçimde araç kullanamayacak durumda olanların" trafikte yaratabileceği genel tehlikenin engellenmeye çalışıldığı görülmektedir. Burada soyut tehlike suçunu daha önce açık-

²⁹ Çınar, Ali Rıza, "Türk Ceza Kanunu'nun 383. Maddesinin, Deprem Etkisiyle Yapıların Çökmesi ve Yıkılmasıyla İlgili Olarak İncelenmesi", *İzmir Barosu Dergisi*, Nisan 2001, sy. 2, s. 87 (s. 87-97); Selçuk, Sami, Karşı oylarım, Turhan Kitabevi, Ankara 2001, s. 451.

³⁰ Erman, Sahir / Özek, Çetin, Ceza Hukuku Özel Bölüm Kamununun Selâmetine Karşı İşlenen Suçlar, İstanbul 1995, s. 1 vd.

³¹ Lackner, Karl / Kühl, Kristian, StGB Strafgesetzbuch Kommentar, 25. Auflage, München 2004, § 316, Rn 1, s. 1295; Güleç, s. 166.

ladığımız için yeniden açıklamayacağız. Suçun maddi ögesini (unsurunu) incelerken bu konuya yeniden değineceğiz.

Görülüyor ki Türk Ceza Kanunu'nun 179. maddesinde yazılı suç, toplumsal varlık/yarar/değer olan "trafikte kamu esenliğine" karşı işlenen kasıtlı bir suçtur. Bu suçla korunan hukuksal varlık/yarar/değer, trafikte kamu esenliğidir. Belirsiz kişilerin trafikte, mal ve yaşamlarının genel bir tehlikeden korunması, suçun koruduğu hukuksal yararadır.

IV. FAİL

Her suçta nasıl bir hukuksal konu varsa bir de fail vardır. Ceza hukukunda, her suçun bir faili bulunmaktadır. Fail sözcüğünden ne anlaşılması gerektiği konusunda değişik görüşler bulunmaktadır. Bazı yazarlar faili, "suç teşkil eden hareketi yapan kimse"³² olarak tanımlamışlardır. Bir kısım yazarlar tarafından ise "ceza hukuku anlamında hukuka aykırı fiili işleyen kimse,"³³ "bir suçu işleyen kişi"³⁴ fail olarak kabul edilmektedir. "Fail", her şeyden önce bir ceza hukuku terimidir. Aynı zamanda ceza hukukunun etkin öznesidir. Bu nedenle, ceza hukukuna göre, suç sayılan eylemi (fiili) yapan/işleyen kişiyi, fail (etkin özne) olarak tanımlayabiliriz.

Uygulamada fail terimi, suçlu ve sanık yerine de kullanılmaktadır. Yalnız fail sözcüğü daha çok ceza hukukunda kullanılmaktadır. Sanık ve suçlu terimleri ise ceza yargılama hukukunda kullanılmaktadır. Sanık, "iddianamenin kabulünden

³² Dönmezer, Sulhi / Erman, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, c. II, 12. Bası, İstanbul 1999, s. 401.

³³ Toroslu, Ceza Hukuku, s. 64.

³⁴ Tosun, Öztekin, Suç Hukuku El Kitabı, Üniversiteliler Yayınevi, İstanbul 1979, s. 271.

ALİ RIZA
ÇINAR'IN
TEBLİĞİ

sonra şüpheliye verilen sıfattır"³⁵ Suçlu ise suç işlediği, yargıç kararı ile saptanan kişidir.³⁶

Çağımızda suç faili, ancak "*yaşayan bir insan*" olabilmektedir.

Ceza hukukunda, hareket yeteneği insana özgü bir özellik olduğundan, hayvan ya da eşyaların ya da ölü kişilerin hareket yeteneği bulunmamaktadır.³⁷ Yalnızca "*gerçek kişiler*" hareket yeteneğine sahiptir. Bu açıdan tüzel kişiler, bir suçun faili olarak cezalandırılmazlar. Nitekim maddi bir yapısı ya da hareket yeteneği olmayan tüzel kişi, ancak gerçek kişilerden oluşan temsilcileri aracılığıyla işlevlerini (faaliyetlerini) sürdürmektedir. Bu nedenle cezai sorumluluk, suç teşkil eden eylemi işleyen, organ ya da temsilci konumundaki gerçek kişilere aittir. Gerçek kişilerin hareketleri sonucu, tüzel kişinin cezalandırılması, cezaların kişiselliği ilkesine aykırıdır. Çünkü tüzel kişiye uygulanan yaptırım, işlenen suçla hiçbir ilgisi olmayan üye ya da ortağın cezalandırılması anlamına gelecektir. Ayrıca sorumluluğun esası kusurdur. Bilinç ve iradeden oluşan kusur ise insana özgüdür. Bu anlamda tüzel kişinin üye ya da ortaklarından bağımsız bir iradesinin bulunması olanaklı değildir.³⁸

Türk Ceza Kanunu tüzel kişilerin bir suçun faili olarak cezalandırılmayacakları kuralını benimsemiştir. Konuyla ilgili

³⁵ 5271 sayılı Ceza Yargılaması Yasası, m. 2/1-b: "Sanık: Kovuşturmanın başlamasından itibaren hükmün kesinleşmesine kadar, suç şüphesi altında bulunan kişiyi" ifade eder.

³⁶ Tosun, s. 271.

³⁷ Dönmezer / Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, c. II, 12. Bası, s. 401, 402; Öztürk, Bahri / Erdem, Mustafa Ruhan, Öztürk Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, 8. Baskı, Ankara 2005, s. 120; Centel / Zafer / Çakmut Türk Ceza Hukukuna Giriş; s. 239; Özbek, Veli Özer, TCK İzmir Şerhi, Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Anlamı, c. I, 3. Baskı, Ankara 2006, s. 128; Yenidünya, s. 169.

³⁸ Bkz. Öztürk / Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku, s. 120; Centel / Zafer / Çakmut Türk Ceza Hukukuna Giriş, s. 241; Artuk / Gökçen / Yenidünya, Genel Hükümler, s. 435 vd; Özbek İzmir Şerhi, s. 271.

20'nci maddede; "(1) Ceza sorumluluğu şahsidir. Kimse başkasının fiilinden dolayı sorumlu tutulamaz.

(2) Tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımını uygulanamaz, ancak suç dolayısıyla kanunda öngörülen güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımlar saklıdır" denilmektedir.³⁹

Suç tiplerinde fail genellikle, "her kim", "kimse", "bir kimse" ya da "kişi" terimleri ile gösterilir. Böylece suç tipinde failin, çok failli suçlar dışında daima tek kişi olarak düzenlendiği belirtilmelidir.⁴⁰ Ayrıca söz konusu ifade biçiminin sonucu olarak ilgili suçun herhangi bir kimse tarafından işlenmesi olanaklıdır. Bu şekilde düzenleme içeren suçlara "herkes tarafından işlenebilen suçlar" denilmektedir.⁴¹ Bununla birlikte özel bir yükümlülük altında bulunan ya da belirli nitelikleri taşıyan kimseler tarafından işlenebilen suçlara "belirli kişiler tarafından işlenebilen suçlar" ya da "mahsus suçlar", "özgü suçlar" denilmektedir.⁴²

Özgü suçlarda, failin insan olmak dışında, başka bir takım özel ve objektif özelliklere sahip bulunması aranmaktadır.⁴³ Failin bu özel nitelikleri suçun temel şeklinin gerçekleşmesi bakımından aranmışsa "gerçek özgü suçtan" bahsedilir. Örneğin, zimmet suçu (TCY m. 247), yalnızca kamu görevlileri tarafından işlenebilir.

Bir suçun herhangi bir kimse tarafından işlenmesinin olanaklı olup olmadığını belirlerken yasadaki "her kim" ya da "kimse" biçimindeki ifadeyle yetinmemek gerekir. Suçu öngören hükmü özenle incelemek gerekir. Bazı suçlarda "kimse"

³⁹ Tüzel kişiler hakkında uygulanacak güvenlik tedbirleri TCY'nin 60. maddesinde düzenlenmiştir

⁴⁰ Önder s. 168.

⁴¹ Önder s. 168; Toroslu, Ceza Hukuku, s. 64, 65; Öztürk / Erdem Uygulamalı Ceza Hukuku s. 113; Özgenç s. 214; Yenedünya, s. 170.

⁴² Önder s. 168; Öztürk / Erdem s. 113; Toroslu, Ceza Hukuku, s. 64; Soyaslan, Genel Hükümler, s. 223.

⁴³ İçel / Akıncı / Özgenç / Sözüer / Mahmutoğlu / Ünver, İçel Suç Teorisi, s. 90.

ALİ RIZA
ÇINAR'IN
TEBLİĞİ

deyiminin kullanılmasına karşın özgü suç olduğu kabul edilmektedir.⁴⁴

Bir suçun özgü suç niteliği taşıması katılma (iştirak) kurumu açısından da önem taşır. Özgü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir. Bu suçların işlenişine katılan (iştirak eden) diğer kişiler ise azmettiren ya da yardım eden olarak sorumlu tutulur (TCY m. 40/2).⁴⁵

İnceleme konumuzu oluşturan Türk Ceza Kanunu'nun 179. maddesinin üçüncü fıkrasında *"alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle ya da başka bir nedenle emniyetli bir şekilde araç sevk ve idare edemeyecek halde olmasına rağmen araç kullanan kişi"* suç faili olarak gösterilmiştir. Bu suçta, fail bakımından, alkol veya uyuşturucu madde ya da başka bir nedenle güvenli bir şekilde araç kullanamayacak durumda olma koşulu aranmaktadır. Böylece burada özgü suç söz konusudur.⁴⁶

Bu nedenle, kamuya açık trafik alanlarında anılan nedenlerle araç kullanamayacak durumda olmasına karşın araç kullanan kişi bu suçun faili olabilecektir. Nitekim Alman Ceza Kanunu'nun 316. maddesinde, suçun faili bakımından (§315-§315d anlamında koruma altına alınmış olan) tüm trafik alanlarında (kamuya açık olan trafik alanlarında) araç kullanan kişilerin bu suçun faili olabilecekleri kabul edilmektedir.⁴⁷

V. MADDİ ÖĞE

Türk Ceza Kanunu'nun 179. maddesinin üçüncü fıkrasında alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle ya da başka bir

⁴⁴ Toroslu, Ceza Hukuku, s. 65; "Ceza Kanunu Türk Ceza Kanununun 322. maddesinde öngörülen suç özgü suçtur."

⁴⁵ Artuk / Gökçen / Yenidünya, Genel Hükümler, s. 426, 427: Bu kuralın istisnası olarak işkence suçuna ilişkin TCY'nin 94. maddesinin 4. fıkrası gösterilebilir; Yenidünya, s. 171.

⁴⁶ Güleç, s. 169.

⁴⁷ Lackner / Kühl, § 316, Rn 2, s. 1295; Güleç, s. 169.

nedenle güvenli bir biçimde araç kullanmayacak, durumda olmasına karşın araç kullanılması, suçun maddi ögesidir (unsurudur).

Ceza hukuku yönünden alkollü araç kullanma, yukarıda da açıkladığımız gibi inceleme konumuzu oluşturmaktadır.

Bu nedenle alkolün etkisiyle güvenli bir biçimde araç kullanamayacak durumda olmasına karşın araç kullanma eylemi inceleme konumuz olan suçun maddi ögesidir (unsurudur).

Öncelikle, suçun maddi ögesinde geçen bazı kavramları açıklamakta yarar olduğu kanısındayız.

Madde başlığı trafik güvenliğinden söz ettiğine göre, araç "trafik" de kullanılmalıdır. Birincisi bu nedenle "trafik" kavramından ne anlaşılıyor bunu açıklığa kavuşturmamız gerekiyor. İkinci olarak bir "araç" kullanılması gerektiğinden bu "araç" kavramına hangi araçlar girdiği belirlenmelidir. Üçüncüsü "aracın kullanılması (sürülmesi)" deyince ne anlaşılır bunun bilinmesi gerekir.

Dördüncü ise, "alkolün etkisiyle güvenli bir şekilde araç kullanamayacak duruma gelme" nedir. Bu durumun da açıklanması gerekmektedir. Öncelikle bu kavramlar açıklığa kavuşturulduktan sonra, suçun maddi ögesi daha iyi anlaşılacaktır. Şimdi bu kavramları Türk ve Alman hukuku açısından açıklamaya çalışacağız.

1. Trafik

Türk Ceza Kanunu'nun 179. maddesinin başlığı "Trafik Güvenliğini Tehlikeye Sokma" suçudur. Bu nedenle aracın trafik düzeninde, daha doğrusu trafik alanına giren yerlerde kullanılması gerekir. Yasanın 179. maddesinin birinci ve ikinci fıkrasında kara, deniz, hava ya da demiryolu araçlarının ulaşımının güven içinde akışını sağlamak amaçlanmaktadır.

ALİ RIZA
ÇINAR'IN
TEBLİĞİ

Bu nedenle Türk Ceza Kanunu'nun 179/3. maddesinde söz konusu olan suçun oluşumu için kara, deniz, hava ya da demiryolu trafiğinde, araçların ulaşımının güven içinde akışını sağlamak için ayrılan kamusal alanda aracın kullanılması gerektiği kanısındayız.

Türk Ceza Kanunu'nun 179/3. maddesinin karşılığı olan Alman Ceza Kanunu'nun 316. maddesi de karayolu, demiryolu, denizyolu, havayolu trafiği bakımından uygulanmaktadır.⁴⁸ Bu nedenle Almanya'da failin aracı, karada (örneğin sokakta, caddede=Im Straßen) demiryolu (Raylı Sistem=Schienen) deniz (Gemi trafiğinde= Schiffs) hava (Luvftverkehr) ya da asansör trafiğinde (Liftverkehr) kullanması gerekir.⁴⁹ Böylece, bu suçla failin dışındaki belirsiz sayıdaki kişiler, trafik alanlarında tehlikeden korunmak istenmektedir. Aracın "kamuya açık alanlarda" kullanılmış olması halinde bu suçun oluşabileceği kabul edilmektedir.⁵⁰ Bu durumda söz konusu alanın bir kimseye ait ya da özgülendiği olması önemli değildir. Daha çok açık ya da kapalı (zımnî) olarak kamunun kullanımına izin verilen (kamunun tasarrufunda bulunduğu kabul edilen) tüm caddeler, yollar ve yerler kamuya açık alanlar olarak kabul edilir. Kamuya açık olduğu kabul edilen bu yerler herkesçe kullanılabilir. Dükkan, mağaza ya da lokantaların ve buna benzer yerlerin park yerleri ya da kapalı otoparklar ya da bir hastaneye ait yollar ya da çitlerle çevrili ya da çıkışında kontrol noktalarının bulunduğu ve ziyaretçilerin aynı zamanda araçları ile de içeri girebildikleri yerler bu kapsamda düşünül-

⁴⁸ Tröndle, Herbert / Fischer, Thomas, Strafgesetzbuch, 54. Auflage, München 2007, § 316, Rn. 2, 3, s. 2145; Lackner / Köhl, s. 315, Rn 1, 2, s. 1274, 1275; §315 I, 1421. Bkz. Güleç, s. 175, dip not 49: Buna göre, §§315 ve 315a, yalnızca demiryolu, denizyolu ve havayolu ulaşım araçları bakımından (karayolu trafiği hariç) tehlikeli hareketleri (somut tehlike suçu) cezalandırırken, §§315b, §315c ise karayolu trafiğinde uygulanır. Dolayısıyla §§315-315d arasında hava, deniz, demiryolu (raylı sistem) ve karayolu trafiğine ilişkin hükümler bulunmaktadır.

⁴⁹ Joecks, Wolfgang, Strafgesetzbuch Kommentar, 7. Auflage, München 2007, § 316, Rn 4, s. 745.

⁵⁰ Tröndle / Fischer, §316 Rn, 2, 3, 8, 2145-2147, 2091.

lebilir.⁵¹ Bunun dışında, yalnız işyeri çalışanlarının ve diğer özel (bireysel) izinli olan kişilerin girebildikleri işyeri/fabrika arazileri ve bunun gibi yerler, kamuya açık trafik alanlarından sayılmaz.⁵²

Örneğin, failin sarhoş durumda, kendisine ait olan ya da kiraladığı, sınırları belirlenmiş üçüncü kişilerin buraya girmelerine izin verilmediği açıkça anlaşılan arsada araç kullanması durumunda bu "trafikte" araç kullanma sayılmaz. Eğer fail aracı kamuya açık bir park yerinde kullanıyorsa, buraya izinsiz bir biçimde üçüncü kişiler girebiliyorsa, kimse parka gelmemiş olsa dahi "trafikte araç kullanma" ögesi oluşur. Çünkü Alman Ceza Kanunu'nun 316. maddesindeki suç soyut tehlike suçudur.⁵³

Trafik kavramı, Türk Ceza Kanunu'nda tanımlanmadığı için karayollarında; Karayolları Trafik Yasası'nun 2. maddesi (kapsam) ile 3. maddesinde açıklanan tanımlar gözetilerek değerlendirilmelidir. Buna göre:

Trafik: Yayaların, hayvanların ve araçların karayolları üzerindeki hal ve hareketleridir. Bu tanımdan amaç aracın karayolu üzerinde sevk ve idaresi (kullanılmasıdır). Bu nedenle araç trafikten çekilmiş ise suçun maddi ögesi (unsuru) gerçekleşmeyecektir:

Karayolu ise, trafik için kamunun yararlanmasına açık olan arazi şeridi, köprüler ve alanlarıdır (m. 3/3). Bu nedenle kamunun yararlandığı tüm yollar karayolu tanımı içindedir; dağ, orman, köy, tarla ve yayla yolları da karayoludur. Karayolunun sınırı ise kamulaştırılmış, kamuya terk edilmiş ya da özgülenmiş (tahsis edilmiş) karayolunda mülkle olan sınır çizgisidir. Banket ve kaldırımlar da karayolu içindedir.

⁵¹ Güleç, s. 176.

⁵² Rengier, Rudolf, Strafrecht Besonderer Teil II, 6. Auflage, München 2003, § 43, Rn 4, s. 326 (iletin: Güleç, Sesim Soyer, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Trafik Güvenliğine Karşı İşlenen Suçlar (HPD), s. 176).

⁵³ Joecks, § 316, Rn 4, s. 745.

Nitekim Yargıtay, yakıtı biten aracını geceleyin sokakta ve taşıt yolu üzerine park ederek bırakıp evine giden sanığın eyleminin 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 565. maddesinde (Yeni TCY. m. 179/2) düzenlenen suçtu değil, 2918 sayılı Karayolları Trafik Yasası'nın 59/2. maddesinde düzenlenen ve idari para cezasını gerektiren eylemi oluşturacağına karar vermiştir.⁵⁴

Karayolu dışında, Karayolları Trafik Yasası'nın 2. maddesinde belirtilen "*Karayolu dışındaki alanlardan kamuya açık olanlar*⁵⁵ ile park, bahçe, park yeri, garaj,⁵⁶ yolcu ve eşya terminali servis ve akaryakıt istasyonlarında karayolu taşıt trafiği için faydalanılan yerler" ile "*erişme kontrollü karayolunda ve para ödenerek yararlanılan karayollarının kamuya açık kesimlerinde ve belirli karayolu bağlantısını sağlayan deniz, göl ve akarsular üzerinde kamu hizmeti gören araçların karayolu araçlarına ayrılan kısımlarında*" da trafik düzeni ve kuralları söz konusudur.⁵⁷

Bu nedenle Türk Ceza Kanunu'nun 179. maddesinde amaçlanan karayolu trafik alanı, Karayolları Trafik Yasası'nın bu tanım ve açıklamalarına göre belirlenmelidir. Örneğin bir özel mülk içinde ya da kamunun (herkesin) yararlanamayacağı bir alanda trafik düzeni söz konusu olmayacağından Türk Ceza Kanunu'nun 179. maddesi uygulanmayacaktır. Yalnız çalışanlarının yararlandığı kamu kurumlarına ait yerler (okul⁵⁸ askeri garnizon vd.) gibi.⁵⁹

⁵⁴ 2. CD., 17.11.2005, 12947 / 25744.

⁵⁵ Özel izinle girilebilen ve her isteyen kullanmadığı alanlar.

⁵⁶ Özel park yeri ve garaj dışındaki herkesin yararlanacağı yerler olarak anlaşılmalı.

⁵⁷ Aşçıoğlu s. 628.

⁵⁸ Trafik düzeninin eylemli olarak çalıştığı okul yerleşkeleri ayrık. Yargıtay 2. CD., 26.04.2006, 2788/8527 sayılı kararında; Okul bahçesi içinde park halindeki araca çarpma olayında suçun oluşmadığına karar vermiştir.

⁵⁹ Aşçıoğlu s. 628.

2. Araç Kavramı

Türk Ceza Kanunu'nun 179. maddesinde, "araç" tanımı- na yer verilmemiştir. Bu maddenin her üç fıkrasında da dü- zenlenen suçla ilgili olarak ortak özellik, deniz, hava ya da demiryolu "ulaşım aracı"nın söz konusu olmasıdır.

Bu nedenle, araç kavramına öncelikle, kara, deniz, hava ya da demiryolu "ulaşım araçları" (taşıt araçları) girmektedir. Söz konusu bu ulaşım araçlarında (taşıt araçlarında) nitelik ve nicelik ayrımı yapılmamalıdır. Yük ya da yolcu taşımaya özgü bir araç olup olmadığı kamu ya da özel ulaşım aracı olup olmaması da önemli değildir.

Motorlu (otobüs, kamyon, tır, otomobil, motorlu bisiklet gibi...) ya da motorsuz (at arabası, bisiklet, kayak vd.) her tür- lü ulaşım araçlarının bu kapsamda değerlendirilmesi gerekti- ği kanısındayız.⁶⁰

Almanya'da da bisiklet, tekerlekli sandalye (Krankenfahr- rstühle) ile deniz trafiğinde, yelkenli (Segelboote), sandal (Pad- del) ve kürekli kayak (Ruderboote) Alman Ceza Kanunu'nun 316. maddesi kapsamında "araç" olarak kabul edilmektedir.⁶¹ Ayrıca zincirle çekilen ulaşım aracı, at arabası, ve motorlu kayıklar da bu madde kapsamında "araç" olarak kabul edil- mektedir.⁶² Hava trafiğindeki planörler ile hava ve denizde hareket eden her türlü araç, Alman Ceza Kanunu'nun 316. maddesi kapsamına girmektedir. Daha doğrusu raylı sistem- de (demiryolu, metro, gibi ray üstünde) hareket eden araçlar, karada hareket eden otomobil, motorlu, motorsuz bisiklet, denizde motorlu ya da motorsuz hareket eden deniz araçları ile havada hareket eden uçak ve helikopterler için bu mad- denin uygulanması olanaklıdır.⁶³ Buna karşılık, kızak, çocuk

⁶⁰ Aynı düşünce için bkz. Güleç, s. 175; Aşçıoğlu s. 621 vd.

⁶¹ Joecks, § 316, Rn 3, s. 745.

⁶² Kindhauser, Urs., StGB Strafgesetzbuch Kommentar, 3. Auflage, 2006 Nowos - Verlag, § 316, Rn 3, s. 1071.

⁶³ Tröndle / Fischer, § 316, Rn 4, s. 2146.

ALİ RIZA
ÇINAR'IN
TEBLİĞİ

arabası, kay kay, paten gibi bazı araçlar ise bu maddenin kapsamında bulunmamaktadır.⁶⁴

Kara trafiği bakımından, Karayolları Trafik Yasası'nda "araç" kavramı tanımlanmıştır (m. 3).

Buna göre araç, karayolunda kullanılabilen motorlu, motorsuz ve özel amaçlı taşıtlar ile iş makineleri ve lastik tekerlekli traktörlerin genel adıdır.

Karayolu "taşıt" aracı da tanımlanmıştır (m. 3). Bu maddeye göre taşıt, karayolunda insan, hayvan ve yük taşımaya yarayan araçlardır. Bunlardan makine gücü ile yürütülenlere "motorlu taşıt", insan ve hayvan gücü ile yürütülenlere "motorsuz taşıt" denir.

3. Aracın Kullanılması (Sürülmesi)

Bir aracın kullanılması/idaresi/sürülmesi deyince bundan ne anlaşılması gerektiğinin, suçun maddi ögesi açısından saptanması gerekir. Ceza yasamızda, aracın kullanılmasından/idaresinden/sürülmesinden ne anlaşılması gerektiği belirtilmemiştir. Yalnızca, yasada "aracı sevk ve idare eden" ile "araç kullanan" terimlerine yer verilmiştir (m. 179/2, 3).

Karayolu aracı bakımından, Karayolları Trafik Yasası'nda ise "sürücü" deyince ne anlaşılması gerektiği tanımlanmıştır (m. 3).

Bu yasaya göre sürücü, karayolunda, motorlu ya da motorsuz bir aracı ya da taşıtı sevk ve idare eden kişidir.

⁶⁴ Rengier, §43 RN 3, 326; Bkz. Güleç, s. 175: "Ancak inline Skates adı verilen bir tür paten bakımından bir istisna tanınıp tanınamayacağı tartışma yaratmıştır. "Roller blade" türündeki bu patenlerle son yıllarda birçok kişinin ülkemizde de olmakla beraber özellikle Avrupa'da trafiğin ve ulaşım araçlarının içine girmesi ve bu durumun ciddi tehlikelere yol açması sebebiyle bu tartışmanın çıkmış olduğu düşüncesindeyiz."

Araç kullanma/sürme/idaresi kavramı, yalnızca trafikte (kara, deniz, hava ya da demiryolunda) kullanmayı kapsamaktadır.⁶⁵ Yalnızca motorun çalıştırılması bu suçun oluşumu için yeterli değildir.

Aracı harekete geçiren, harekette tutan ya da aracı yönlendiren kişi aracı kullanan kişidir. Bu eylem, kişinin kendi eliyle (eigenhändig) kasıtlı ve aktif bir hareketle olanaklıdır.⁶⁶

Aracın harekete geçmiş olması tekerleklerin dönmeye başlaması ya da aracın niteliğine göre, söz konusu aracın ilerlemeye başlaması gerekir.⁶⁷

Bu hareket koşulu motorlu ve motorsuz tüm araçlar için aranır. Ayrıca aracı kullanan kişinin, araca ait temel teknik donanımının tamamını ya da en azından bir kısmını kullanabiliyor durumda bulunması gerekir. Burada teknik donanımdan anlaşılan, aracın hareketinin devamlılığına yarayan parçalardır.⁶⁸ Diğer yönden zincirle çekilen aracın direksiyonunda bulunan kişide bu anlamda "araç sürücüsü" niteliği taşımaktadır. Suçun oluşabilmesi için ise araç sürücüsünün aracı güvenli bir şekilde sürme yeteneğini kaybetmiş olması gerekmektedir. Burada yalnızca aracı kullanan kişinin alkolün etkisiyle güvenli bir biçimde kullanamaması yeterli olup, suçun oluşması bakımından bu kişinin aracı kullanma yeteneğinin bulunmaması gerekli değildir.⁶⁹

⁶⁵ Wessels, Johannes/ Hettinger, Michael, Strafrecht Besonderer Teil 1 Straftaten gegen Persönlichkeits- und Gemeinschaftswerte, 31. Auflage, Heidelberg 2007, § 22 V, Rn 1024, s. 301; ayrıca bkz. BGHSt 35, 390.

⁶⁶ Joecks, § 316, S. 745, Rn 2.

⁶⁷ Rengier, Rudolf., Strafrecht Besonderer Teil II, 6. Auflage, München 2003, § 43 3, 325 (iletin: Güleç, s. 175).

⁶⁸ Rengier, § 43 3, 325 (iletin: Güleç, s. 175).

⁶⁹ Tröndle / Fischer, § 316, Rn 6, s. 2145; Güleç s. 175.

4. Alkolün Etkisiyle Güvenli Bir Şekilde Araç Kullanamayacak Duruma Gelme

Türk Ceza Kanunu'nun 179. maddesinin üçüncü fıkrasındaki suçun maddi öğelerini açıklarken "*güvenli bir şekilde araç kullanamayacak duruma*" gelmiş olma koşulunun da bulunması gerektiğini söylemiştik. Yasa koyucu "*alkol*", "*uyuşturucu madde*" etkisiyle ya da "*başka bir nedenle*" "*güvenli bir şekilde araç kullanamayacak duruma*" gelmiş olmayı aramaktadır. Güvenli bir şekilde araç kullanamayacak duruma gelme durumunun, yaşanan örneklere baktığımızda çoğunlukla alınan alkolden kaynaklandığı ortaya çıkmaktadır.

Yasa koyucu, alkollü araç kullanma eylemini Ceza yasasında suç olarak düzenlerken yalnızca alkolün alınmasını bu suçun oluşumu için yeterli görmemiştir. Alkolün etkisiyle "*güvenli bir şekilde araç kullanamayacak duruma*" gelmeyi aramıştır. Ceza yasasında düzenlenen "*alkollü araç kullanma*" suçunun oluşumu için alkollü olarak araç kullanmak yeterli değildir. Daha doğrusu Ceza yasası alkollü araç kullanmayı suç olarak düzenlerken, yalnızca alkollü olarak araç kullanmayı bu suçun oluşumu için yeterli görmemiştir. Her alkol alan kişinin trafikte araç kullanması Ceza yasası bakımından suç sayılarak yasaklanmış değildir.

Ceza yasasında düzenlenen, "*alkollü araç kullanma*" suçunun oluşumu için alkol almış kişinin bu alkolün etkisiyle "*güvenli bir şekilde araç kullanamayacak duruma gelmiş*" olması gerekir. Başka bir deyişle "*güvenli sürme yeteneklerinin alkolün etkisiyle kaybedilmesi*" bu suçta koşul olarak aranacaktır.

Yasada "*alkolün etkisiyle güvenli bir şekilde araç kullanamayacak duruma gelme*" tanımına yer verilmemiştir. Bu suçun düzenlendiği Alman Ceza Kanunu'nun 316. maddesinde de "*alkolün etkisiyle güvenli bir biçimde araç kullanma durumuna gelme*" deyince bundan ne anlaşılır, bunun tanımı yapılmamıştır.

Türkiye'de alkollü araç kullanma suçunun düzenlendiği Karayolları Trafik Yasası ve Yönetmeliği'nde ise daha önce de açıkladığımız gibi belli araç sürücüleri için, alkollü araç kullanma kesinlikle yasaklanmıştır (KTY m. 48; Yönetmelik m. 97). Bu araçları kullanan kişiler, alkol aldıklarında bu alkolün değeri/yoğunluğu/miktarı ne olursa olsun araç kullanamazlar. Buna karşın alkollü olarak bu araçları kullanan kişilerin eylemi, Trafik Yasasına göre idari yaptırımını gerektiren kabahat sayılmaktadır. Alkollü içki almış araç kullandığı saptanan diğer araç sürücülerinden, yönetmelik ile belirtilen miktarın üzerinde kanlarında alkol bulunduğu belirlenenler için ise Trafik Yasasında, çeşitli idari yaptırımlar öngörülmüştür. Görülüyor ki Karayolları Trafik Yasası'nda öngörülen, kabahat niteliğindeki "alkollü araç kullanma" eyleminde, alkolün etkisiyle "güvenli sürme yeteneklerini kaybetme durumunun" yönetmelikte belirlenen miktarın üzerinde kanlarında alkol bulunduğu ölçülmesi ile oluşacağı açıkça belirtilmiştir.

Yönetmelikte, araç sürücüleri için kandaki alkol miktarı/yoğunluğu/değeri 0.50 promilin üzeri olarak düzenlenmiştir (m. 97).

Alman Karayolları Trafik Yasası'nda belirlenen miktar/değer 1998 yılına kadar 0,80 promil iken, Mayıs 1998 yılından itibaren 0,50 promile düşürülmüştür.⁷⁰

Türk Ceza Kanunu'nda daha önce de belirttiğimiz gibi "güvenli bir şekilde araç kullanamama" tanımına yer verilmiştir. Ayrıca, hangi miktardaki/yoğunluktaki/değerdeki alkolün etkisiyle güvenli sürme yeteneğinin kesin ya da göreceli olarak kaybedileceği de Ceza yasasında belirlenmiştir. Bu nedenle, 2918 sayılı Karayolları Trafik Yasası ve Yönetmeliği'nde belirtilen alkol miktarı/değeri/yoğunluğu-

⁷⁰ Müller, Hennig Ernst, Alkollü Araç Kullanma Vakalarına Dair Karanlık Alan ve Alman Trafik Kanunu m. 24a/f. 1 Çerçevesinde Soluk Alkolü Ölçümü (Çev: Arş. Gör. Mehmet Cemil Ozansü), in: Trafik ve Ceza Hukuku, Prof. Dr. Öztekin Tosun'a Armağan Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 6, Seçkin, Ankara 2006, s. 180 vd.

nun Türk Ceza Kanunu'ndaki "alkollü araç kullanma" suçu bakımından hiçbir biçimde gözetilemeyeceği kanısındayız.⁷¹

Çünkü Ceza yasasında, alkolün etkisiyle araç kullanamayacak durumda olmadan (alkolün etkisiyle emniyetli bir şekilde araç sevk ve idare edemeyecek halde olma...) söz edilmiş; bu duruma gelmiş sayılabilmek için kanda bulunması gereken alkolün miktarı/yoğunluğu/değeri konusunda bir ölçü öngörülmemiştir.⁷²

Trafik kazalarının yaygın nedenlerinden birinin, alkollü araç kullanma olduğu çoğu ülkede saptanmıştır. Bu nedenle Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 219. toplantısında 22 Mart 1973'te bir tavsiye kararı alınmıştır.⁷³ Tavsiye kararında, alkolün etkisi altındayken kamuya açık bir yerde araç kullanan kişinin, araç kullanmada yetersizliği kanıtlanmışsa ya da kanındaki alkol miktarı/değeri/yoğunluğu 80 mg/100 mg ise önleyici cezalar uygulanmalıdır. Ancak üye devletlerin daha düşük miktarda/değerde/yoğunlukta alkol düzeyi belirleyebileceği de öngörülmüştür. Bu tavsiye kararında hem esasa hem de usule ilişkin ilkeler belirlenmiştir.

Almanya'da yapılan bir araştırmada, 1977 yılında kişisel zararlar sonuçlanan 380.000 trafik kazasından yaklaşık 27.000'ine alkollü sürücülerin neden olduğu saptanmıştır.⁷⁴

⁷¹ Karşı düşünce için bkz. Donay, s. 268: "...Karayolları Trafik Kanununda, alkollü araç kullanma 48. maddesinde bir kabahat eylemi olarak düzenlenmiştir. Ancak TCK hem de yönetmelikte öngörülen promil derecesinin aşımı ve hem de kişilerin hayatı, sağlığı ve malvarlığı için tehlikeli olmayı öngörmektedir."

⁷² Aşçıoğlu s. 631.

⁷³ Alkolün Etkisi Altında Bir Araç Kullanırken Suç İşleyen Karayolu Trafik Suçlularının Cezalandırılması Hakkında Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Tavsiye Kararı (73) 7 (Çev: Yrd. Doç. Dr. Sevgi Usta Sayıt) in: Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 6, Trafik ve Ceza Hukuku, Ankara 2006, s. 101-103.

⁷⁴ Bkz. Trafik kazalarına ilişkin Alman Federal İstatistik Bürosu Rakamları 1977, Tab. 3.8 (İleten: Müller, s. 179 vd).

Bununla birlikte alkollü sürücülerin her yıl 1000'den fazla kişinin yaşamını yitirmesine neden olduğu da belirlenmiştir.⁷⁵

Ülkemizde alkol etkisinde trafik kazalarını irdeleyen bir çalışmada ise trafik kazası yapanların %60'ının ve ölümlü trafik kazalarına neden olan kişilerin %50'sinin alkollü olduğu belirlenmiştir.⁷⁶

Yine ülkemizde yapılan başka bir çalışmada ise trafik kazalarına neden olanların (yaralamalı ve ölümlü) %43'ünün alkollü olduğu saptanmıştır.⁷⁷ Yaralamalı trafik kazası yapanların %57'sinin, ölümlü trafik kazası yapanların ise %30'unun alkollü olduğu belirlenmiştir.⁷⁸

Dünya Sağlık Örgütü (WHO) trafik kazalarında "alkollü araç kullanmanın" önemli derecede risk faktörü oluşturduğunu kabul etmektedir. Bu nedenle trafik kazalarını azaltmak için de alkolle ilgili yasa ve yaptırımların düzenlenmesi için devletlere öneride bulunmaktadır.⁷⁹

Bilimsel veriler ve yaşam deneyimleri, alkolün araç sürüş yeteneklerini etkilediğini göstermektedir.⁸⁰

Alkol, öncelikle beyni etkileyerek sürücünün algılama, kavrama, dikkat, karar verme ve uygulama yeteneğini bozmaktadır. Bu nedenle sürücü, fren, gaz pedalı, debriyaj ve di-

⁷⁵ Bu istatistiksel veriler için bkz. Eisenberg 1995, Prg. 46, No: 18 vd. (iletici: Müller, s. 179).

⁷⁶ Soysal, Z. / Cakalır, C., Adli Tıp Kitabı, İstanbul Üniversitesi Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Yayınları, İstanbul 1999, s. 224 (iletici: İdiz, Nuri/ Akgür, Serap. A/ Sincar, Yasemin, "Yaralamalı ve Ölümlü Trafik Kazaları Olgularında, Trafikte Müsaade Edilebilir Kan Alkol Düzeyinin Değerlendirilmesi" 13. Ulusal Adli Tıp Günleri 8-12 Kasım 2006 Aksu-Antalya'da poster olarak sunulup ve ikincilik ödülü alan tebliğ, s. 7).

⁷⁷ İdiz / Akgür / Sincar, s. 7.

⁷⁸ İdiz/ Akgür / Sincar, s. 12, şekil. 1.

⁷⁹ Hancı, İ. Hamit, "Alkol ve Trafik Kazaları" 11. Trafik Şurası 21-22 Ekim 2004 Ankara'da sunulan tebliğ s. 12 vd.

⁸⁰ Ege, Rıdvan, Trafik Kazaları ve Trafik Tıbbı, Ankara 1997, s. 63-67; Hancı, s. 1 vd.

ALİ RIZA
ÇINAR'IN
TEBLİĞİ

reksiyonu dengeli kullanamayacağı için, yol, kavşak geçme, şerit değiştirme ve dönmeler zorlaşır.⁸¹

Alkolün etkileri kandaki yoğunluğuna/miktarına/değerine göre değişmektedir.

Bu, kişiden kişiye de değişir. Ancak bazı araştırmalar alkol alanların almayanlara göre 2-6 kat fazla kaza yaptığını göstermiştir.⁸²

Almanya'da yapılan bir araştırmada, alkol almamış bir sürücüye göre, alkol alan bir kimsenin kaza riski, kanındaki alkol oranı %0,08 iken on üç kat, %0,15 oranında iken yirmi beş kat artmaktadır.⁸³

Çünkü az miktarda/değerde/yoğunlukta alkol alımının bile, bir işin yapılması için gerekli beceri, dikkat ve özende azalmaya neden olduğu tıp biliminde kabul edilmektedir.⁸⁴

Çağımızda, ülkeler, insanların alkollü içki almalarını tıbbi, psikolojik ve sosyal yönüyle değerlendirerek, belli bir riski kabullenmişlerdir. Bu nedenle birçok ülkede alkolü olarak sürücülük yasaklanmamıştır. Alkollü araç kullanma, kandaki alkol yoğunluğuna göre sınırlandırılmıştır.⁸⁵

⁸¹ Ege, s. 64-66; Hancı, s. 2 vd.

⁸² Ege, s. 67.

⁸³ Weigend, Thomas, "Ceza Hukukunun Karayolu Trafikindeki Rolü", in: Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 6, Prof. Dr. Öztekin Tosun'a Armağan, Trafik ve Ceza Hukuku, Seçkin, Ankara 2006, s. 38 (27-40).

⁸⁴ Hancı, s. 2.

⁸⁵ Birçok ülkede kan alkol için verilen yasal limit 0.50 g/L (Avustralya, Arjantin, Avusturya, Belçika, Bulgaristan, Danimarka, Finlandiya, Fransa, Almanya, İzlanda, Makedonya, Yunanistan, İsrail, İtalya, Hollanda, Portekiz, Güney Afrika, İspanya), Norveç, Rusya ve İsveç'te 0.20 g/L, Polonya 0.30 g/L'dir.

Bazı ülkelerde ise, Yugoslavya, Macaristan, Romanya, Suudi Arabistan, Malezya ve Çek Cumhuriyeti gibi bazı ülkeler sürücünün eser alkol alması halinde bile araç kullanmasını trafik suçu olarak değerlendirmektedir (İdiz / Akgür / Sincar, s. 4).

Adli tıp bilim dalında yapılan çalışmalar ve bilimsel verilere göre, aynı miktarda alınan alkol, herkeste aynı kan/alkol bileşimine yol açmaz.⁸⁶ Çeşitli etmenler rol oynar: Örneğin vücut ağırlığı, cinsiyet, alkolün türü (içindeki alkol oranı), içme süresi vb. Gerginlik, yorgunluk, hastalık, ilaçlar ve uyuşturucular, alkolün etkisini artırır. Gençler (25 yaş altı) alkole karşı yetişkinlerden daha duyarlıdır. Hiçbir madde (kahve vb) alkolün etkisini azaltmaz. Kandaki alkol yoğunluğunun/miktarının/değerinin, saatte (bir saatte) ortalama %15 mg azaldığı, Adli Tıp Kurumu 5. İhtisas Kurulu'nca⁸⁷ ve konuyla ilgili tıp bilimi öğretisinde⁸⁸ kabul edilmektedir.

Kanda ne kadar alkolün bulunduğunun belirlenmesi (bu miktarın/oranın/düzeyin/değerin/yoğunluğun) sürücüler üzerinde etkisi bakımından önemlidir.

Adli tıp açısından önemli olan alkol türü etil alkoldür.⁸⁹ Etil alkolün kimyasal formülü (C_2H_5OH)'dir. Bu alkol, etanol, şarap ruhu ve adi alkol olarak adlandırılan renksiz, uçucu, yanıcı ve sıvı şeklinde olan bir alkol türü olup, alkollü içeceklerde bulunmaktadır.⁹⁰

Ağız yolundan alınan alkolün %20'si mideden, %80'i ince bağırsaklardan doğrudan emilir. Ağız, yemek borusu ve kalın bağırsaklardan da emilebileceği bilinse de bu değerler ihmal edilebilir düzeydedir. Alkol (etil alkol) aldıktan sonra suda

⁸⁶ Hancı, s. 4 vd; Ege, 63.

⁸⁷ Adli Tıp Kurumu Başkanlığı 5. Adli Tıp İhtisas Kurulu'nun 26 Mart 2007 günlü 677 sayılı Kararında; "...Metabolizma sonucu kandaki alkol oranının bireysel derece farklılıkları olmakla birlikte bir saatte 0,12-0,18 promil gram ve ortalama 0,15 promil gram azaldığı tıbben bilindiğine göre 06.02.2007 tarihinde saat 02.45'te yakalanmasından 45 dakika sonra ölçülen alkol miktarının olay anında 2,38-2,42 promil gram ve ortalama olarak 2,40 promil gram olduğunun Kabulü Gerektiği" açıkça belirtilmiştir.

⁸⁸ Ege, 63; Hancı, 4 vd.

⁸⁹ Hancı, s. 2.

⁹⁰ Tunalı, İbrahim/ Zentürk, H. Cahit, "Etil Alkol ve Adli Tıp" *Adalet Dergisi*, Ocak-Şubat Yıl 1989, sy. 1, s. 145 (145-154).

ALİ RIZA
ÇINAR'IN
TEBLİĞİ

kolay eriyerek kolayca kana (sıvılara) geçer. Kan alkol değeri, alkol alımı bittikten 1 saat sonra en yüksek düzeye ulaşır, sonra zamanla azalır. Alınan alkol karaciğerde okside edilerek (yakılarak) tüketilir. Alınan alkolün %5-8'i solunum ve idrar yolu ile değişime uğramadan, az bir kısmı ise ter ya da gaita ile atılır. Kan alkol değerinin miktarının/yoğunluğunun ortalama saatte %15 azaldığı kabul edilmektedir.⁹¹

Kandaki alkolün yoğunluğunun/miktarının/değerinin ölçülmesi, Ceza Yargılama Hukuku bakımından önemlidir. Kandaki alkol ölçümü için öncelikle kan alınması gerekmektedir. Bir kimseden herhangi bir suçla ilgili soruşturma ve kovuşturma amaçlı olarak kan alınması ise "*vücutun muayenesi*" sayılmaktadır⁹² (5271 sayılı CYY m. 75).

Vücuttaki alkol yoğunluğunun/değerinin belirlenmesi Ceza Hukuku yönünden önemlidir. Suç ve kabahatlerde, olay anında kandaki alkol yoğunluğunun/değerinin/miktarının güvenli bir şekilde ölçülmesinin, adil bir yargılama açısından, büyük önemi bulunmaktadır. Alman Hukukunda, kandaki alkol yoğunluğunun/oranının/düzeyinin/değerinin/miktarının ölçümü ile ilgili bir talimatname bulunmaktadır.⁹³ (Der Gemeinsame Erlass über die Feststellung von Alkohol im Blut bei Straftaten und Ordnungswidrigkeiten der Bundesländer; sh. 143).

Bir kişinin suç ya da kabahatlerden birini işlediği konusunda makul şüphe bulunduğu izlenimini veren bir hal varsa, şüpheliden kan örneği alınabilir (CYY m. 160). Ceza Yar-

⁹¹ Battal, Dilek, vd: "Postmortem Kan Vitröz Sıvı Etanol Düzeylerinin Saptanması ve Adli Tıpta Önemi", *Toksikoloji Dergisi*, Ocak, 2005, c. III, sy. 1, Volume II, no: IV, Published Quarterly, s. 32 (31-36); Ege, s. 63; Hancı, s. 2-4.

⁹² Kızılarşlan, Hakan, (Ceza Muhakemesi, Adli Tıp, Adli Bilimlerde) *Vücutun Muayenesi Örnek Alma*, Ankara 2007, s. 156 vd.

⁹³ Yenisey, Feridun, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Kanda ve Nefeste Alkol Yoğunluğunun Belirlenmesi" in: *Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 6*, Prof. Dr. Öztekin Tosun'a Armağan, Trafik ve Ceza Hukuku, Ankara 2006, s. 16 (13-26).

gılaması Yasası, özel yasalardaki alkol muayenesine ve kan örneği alınmasına ilişkin hükümleri saklı tutmuştur (CYY m. 75/7). Bu hükümlere dayanılarak alınan kan örneği, yalnızca yetki veren yasa kapsamındaki suçun belirlenmesi için hukuka uygunluk nedeni oluşturur. Başka suçlara ilişkin kanıt (delil) elde etmek gerekiyorsa, bu konuda ayrıca karar alınması gereklidir.⁹⁴

Kan örneği alınabilmesi için, yargıç ya da mahkemesince, gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda Cumhuriyet Savcısının karar vermesi gerekir (CYY m. 75/1). Bedeni (vücudu) muayene edilecek olan ilgilinin rızası varsa, karar alınmasına, gerek olmadığı kanısındayız.⁹⁵ Yasada, mağdurun beden muayenesinde rızadan açıkça söz ettiği halde (CYY m. 76/2) şüphelinin "rızasından" bahsetmemiştir. Ancak, Beden Muayenesi Yönetmeliği'ne göre, şüphelinin aydınlatılmış iradesi ile muayeneye rıza göstermesi durumunda, yargıç kararına gerek kalmaz (Beden Muayenesi Yönetmeliği m. 18). Kan örneği alınmasına verilen rızanın, "ahlaka" aykırı olmaması ve sağlığa zarar verme tehlikesinin bulunmaması gerekir (CYY m. 75/2).

Hukuka uygun bir "kan örneği alınması kararı" varsa, bu kararın yerine getirilmesi gerekir. İlgilinin rıza ile kan örneği vermediği durumlarda, zor kullanılması yolu ile kararın yerine getirilmesi söz konusu olacaktır. Zor kullanma yetkisinin hukuki dayanağı, Ceza Yargılama Yasası'nın 75/1. maddesidir (StPO 81a).

Kan örneği almak, diğer beden "müdahalelerine" oranla, daha az tehlikeli ve daha az önemli bir yöntemdir. Kan örneği alınmasına karar verilirken alınan kanda aranması gereken (verfahrenserebliche Tatsachen), incelemeyi yapacak olan

⁹⁴ Yenisey, s. 16.

⁹⁵ Aynı düşünce için bkz. Yenisey, s. 17.

uzmana verilen talimatı da içermesi gerektiği Almanya'da aranmaktadır.⁹⁶

Bu talimat, genellikle, olay sırasında kandaki alkol miktarının belirlenmesine yönelik olur.

Türk Hukukunda, kan örneği alma yetkisi hekim ve sağlık mesleği mensuplarına verilmiştir (CYY m. 75/3). Alman Hukuku ise bu yetkiyi yalnızca hekime (tabipe=Arzt) vermiş, hemşireye dahi vermemiştir.⁹⁷

Kandaki alkol 100 cc'deki alkol olarak değerlendirilir. Bu promil olarak adlandırılır. Örneğin 100 cc kanda 0,50 alkol varsa (%0,5) 0,50 promil alkol var denir.⁹⁸ Kandaki ölçüm, gram ile yapılmaktadır. (miligram/gram). Nefesteki alkol yoğunluğunun/miktarının/değerinin ölçümü ise hava litreyle ölçüldüğü için (miligram/litre) ile ifade edilmektedir.⁹⁹

Karayolları Trafik Yönetmeliği'nde cihazla nefesteki alkol yoğunluğunun belirlenmesi öngörülmüştür (m. 97/c-1). Buna itiraz halinde kan almaya yetkili personel tarafından kan alınarak, alınan kan üzerinden alkol yoğunluğunun belirleneceği yönetmelikte düzenlenmiştir.

Danıştay 8. Dairesi, 14.12.2007 ve 2006/5186 esas, 2007/7111 sayılı kararında:

"Uyuşmazlık, davacının alkollü araç kullandığından bahisle, sürücü belgesinin altı ay süreyle geri alınmasına ilişkin İstanbul Valiliği İl Emniyet Müdürlüğü'nün 04.12.2004 gün ve 127760 sayılı Sürücü Belgesi Geri Alma Tutanağı'nın iptali istemine ilişkindir.

18.07.1997 gün ve mükerrer 23053 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Karayolları Trafik Yönetmeliği'nin 97.

⁹⁶ Yenisey, s. 18.

⁹⁷ Yenisey, s. 18, 19.

⁹⁸ Ege, s. 65.

⁹⁹ Yenisey, s. 20.

maddesinin, (c) bendinde; cihazla yapılan tespitte sürücünün itiraz etmesi halinde, kanındaki alkol miktarının belirlenmesi için, bu konuda eğitilmiş ve kan almaya yetkili kılınmış personel tarafından, sürücünün kanı alınarak, tahlil için polis kriminal laboratuvarına gönderileceği; polis kriminal laboratuvarında tahlilin mümkün olmaması halinde, sürücü kanındaki alkol miktarının tespiti için adli tıp merkezlerine ve Sağlık Bakanlığı'na bağlı tahlil yapabilecek teknik ve tıbbi imkanlara sahip olan en yakın sağlık kuruluşuna gönderileceği düzenlenmiştir.

Dosyanın incelenmesinden; davacının, 04.12.2004 tarihinde alkol metre cihazı ile yapılan kontrolünde 0,90 promil alkollü olduğunun tespit edildiği; itiraz etmesi üzerine sevk edildiği, adli tıp kurumunda yine alkol metre cihazı ile yapılan kontrolde 0,50 promil alkollü olduğunun tespit edilmesi üzerine bakılan davanın açıldığı, anlaşılmaktadır.

Yukarıda aktarılan mevzuat hükmü uyarınca, alkol metre ile yapılan ölçüme sürücünün itiraz etmesi halinde, kanındaki alkol miktarının belirlenmesi için, kanı alınarak polis kriminal laboratuvarına, bunun mümkün olmaması halinde adli tıp merkezlerine ve Sağlık Bakanlığı'na bağlı, tahlil yapabilecek teknik ve tıbbi imkanlara sahip en yakın sağlık kuruluşuna gönderileceği ve ikinci ölçümün kan üzerinden yapılacağı kuşkusuzdur.

Bu itibarla, davacının alkol metre cihazı ile yapılan ölçüme itiraz etmesi üzerine, sevk edildiği adli tıp kurumunda, kanındaki alkol miktarının belirlenmesi gerekirken, yine alkol metre cihazı ile var olan ölçüme itibar etme olanağı bulunmamaktadır" denilmektedir. Danıştay'ın bu kararı ile bundan önceki kararlarında¹⁰⁰ yönetmelikteki cihazla yapılan nefesteki alkol ölçümüne itiraz üzerine, kan alınarak yapılması gerektiğine ilişkin hükme dayanmaktaydı.

¹⁰⁰ Danıştay 8. Dairesinin, 19.09.2006, 2005/2876, 2006/3098; 12.02.2006, 2006/4097, 2007/689; 12.01.2005, 2004/3669, 2005/96.

Karayolları Trafik Yönetmeliği'nin 97. maddesinin (c) bendindeki alkol miktarının saptanması ile ilgili hükümde 18.05.2007 tarihinde değişiklik yapılmıştır.¹⁰¹ Bu değişiklikten

¹⁰¹ Bkz. Karayolları Trafik Yönetmeliği'nin 97/c. Bendi: "Alkollü içki almış sürücülerin ve kanlarındaki alkol miktarının tespiti esasları;

1) Alkollü olarak araç kullandığından şüphe edilen sürücüler; alkol tespitine ilişkin tarih, saat ve ölçüm sonucu ile cihaza ait seri numarasını gösterir çıktı verebilen ve kalibrasyon ayarı yapılmış teknik cihazlar kullanılarak trafik zabıtası tarafından kontrol edilir.

2) Trafik kazalarında kazaya karışan sürücülerin alkol durumları, kaza tespit tutanağını tanzim eden görevlilerce, bu bendin (1) numaralı alt bendindeki özelliklere sahip teknik cihazlarla olay yerinde tespit edilerek, kaza tespit tutanağına yazılır.

3) Yaralanmalı ve ölümlü sonuçlanan trafik kazalarında; yaralının durumunun aciliyeti gibi sebeplerle teknik cihazla ölçümün mümkün olmaması halinde; bu sürücülerin sevk edildikleri sağlık kuruluşlarınca kan almak suretiyle alkol tespitleri yapılır. Sevk edilen sağlık kuruluşunun kan üzerinden tahlil yapabilecek tıbbi ve teknik imkânlarla sahip olmaması halinde: bu kuruluşlarca alınan kan örnekleri adli tıp kurumu olan yerlerde bu kuruma, olmayan yerlerde kan üzerinden tanın yapabilecek tıbbi ve teknik imkânlarla sahip Sağlık Bakanlığı'na bağlı resmi sağlık kuruluşlarına gönderilerek alkol tespiti yaptırılır.

4) Bu bendin (1) numaralı alt bendinde belirtilen teknik özelliklere sahip olmayan cihazlarla yapılan 'ölçümlere vaki itirazlar ile müteceviz davranışlarda bulunulması veya cihazla ölçüme mukavemet gösterilmesi gibi durumlarda; sürücüler adli tıp kurumu, adli tabiplik veya Sağlık Bakanlığı'na bağlı resmi sağlık kuruluşlarına olay anından itibaren en geç iki saat içerisinde sevk edilerek (1) numaralı alt bentte belirtilen teknik özelliklere sahip teknik cihazın özelliklerine eşdeğer özelliklerdeki teknik cihazlarla veya kan aldırarak suretiyle alkol tespitleri yaptırılır. Yapılan tespit in değerlendirilmesinde; tespiti yapan kurum/kuruluş tarafından olay anından tespit yapıldığı ana kadar geçen süre de göz önünde bulundurularak sonuç belirlenir ve çıkan sonuca göre yasal işlem gerçekleştirilir.

5) Kandaki alkol miktarının teknik cihazlarla ve kan alınarak laboratuvar da tespit imkânlarının bulunmadığı hallerde, alkollü olarak araç kullandığından şüphe edilen sürücüler en yakın resmi sağlık kuruluşla-

sonra, Danıştay'ın verdiği herhangi bir karar bulunmamaktadır.

5271 sayılı Ceza Yargılaması Yasası'nın 75. maddesine 5353 sayılı yasayla eklenen yedinci fıkra ile: "özel kanunlardaki alkol muayenesine ve kan örneği alınmasına ilişkin hükümler saklıdır" düzenlenmesine yer verilmiştir. Bu düzenleme uyarınca, kolluk "teknik cihazlar kullanarak", nefeste alkol yoğunluğunu belirleyebilir. Ayrıca gerektiğinde yetkili kişilerce alınan "kan örneği" üzerinden alkol yoğunluğunu saptayabilir.¹⁰²

Bu biçimde elde edilen kanıtların ancak, Karayolları Trafik Yasası'ndaki suçlar için geçerli olduğu kanısındayız.¹⁰³ Ceza yargılamasında kullanılacak Türk Ceza Kanunu'nun 179/3. maddesindeki suçta kanıt olarak kullanılacak verilerin kan örneğine dayanması ve 5271 sayılı Ceza Yargılaması Yasası'nın 75. maddesinde öngörülen yöntemle göre kan örneği alınması gerekir.

Olay anında, kandaki alkol yoğunluğunun/miktarının/düzeinin saptanmış olması önemlidir. Ancak, olaydan sonra yapılacak saptama da çoğunlukla varsayıma ve akıl yürütmeye dayanır; kesin bir saptama söz konusu olmayabilir. Alkol oranı doğru olarak saptansa bile, sürücünün güvenli araç kullanmasını nasıl etkilediğini bilimsel olarak kesin saptamak olanaksızdır. Az çok göreceli bir durum söz konusudur. Hekimden hekime değişebilen değer yargıları söz konusudur.¹⁰⁴

Türk Ceza Kanunu'ndaki 179/3. maddesindeki suç açısından alkollü olmak da yeterli değildir. Önemli olan alkolün kandaki yoğunluğu/miktarı/değeri değil etkisidir. Bu nedenle; asıl olan alınan alkolün etkisiyle güvenli bir biçimde

rına sevk edilerek, kurum hekimi tarafından alkol muayenesinden geçirilirler (Bkz. Yönetmeliğin bu değişik bendi için, 18.05.2007 günlü 26526 sayılı *Resmî Gazete'* de Yayımlanan Yönetmelik m. 23).

¹⁰² Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Yenisey, s. 24; Kızıllar, s. 161.

¹⁰³ Bkz. Yenisey, s. 16; 24; Kızıllar, s. 161.

¹⁰⁴ Aşçıoğlu s. 632.

ALİ RIZA
ÇINAR'IN
TEBLİĞİ

araç kullanamayacak durumda olunmasıdır. Ayrıca, alkolle birlikte olayı diğer nedenler de etkilemiş olabilir. Bu nedenle; sürücünün, dışa yansıyan davranışının da saptanması gerekir. Tanık açıklamaları, trafik tutanağı, olay sırasında elde edilen görüntü kayıtları olgu sorunun çözümünde yardımcı olacaktır.¹⁰⁵

Dışa yansıyan bir davranış kanıtlanmasa bile; yüksek düzeydeki alkol oranı güvenli biçimde araç kullanılmayacağına kanıtı olabilir (eylemli karine).¹⁰⁶ Çünkü yasa "güvenli bir şekilde araç sevk ve idare edemeyecek halde bulunması" koşulunu öngörmüştür. Ayrıca Türk Ceza Kanunu'nun 179/2. maddesinin tersine tehlike ögesini aramamıştır.

Bu konu da öncelikle "alkolün etkisiyle güvenli araç kullanamama durumunda olma"nın olguya bağlı bir hukuk sorunu olduğu kabul edilmelidir.¹⁰⁷ Bu konuda bilirkişi dinlenemez (CYY m. 63). Çünkü somut olayda, tüm durum ve koşulların değerlendirilmesi gerekir ki bu da yargıcın görevidir.

Uygulamada ilk derece mahkemelerinin, alkolün güvenli araç kullanmada olumsuz etkilerini sağlıklı olarak saptamadığı ya da gerekçelendirmediği bir gerçektir. Bu nedenle Yargıtay TCY'nin 179/3. maddesinde öngörülen "alkollü araç kullanma" suçu ile ilgili olarak çoğunlukla ilk derece mahkemesinin kararlarını bozmaktadır.¹⁰⁸

¹⁰⁵ Aşçıoğlu s. 632.

¹⁰⁶ Aşçıoğlu s. 633.

¹⁰⁷ Aşçıoğlu s. 633 vd.

¹⁰⁸ Bkz. 2. CD., 28.06.2007, 10003/9741; 30.10.2007, 10619/13928; 22.01.2007, 6886/494; 2. CD., 29.11.2006, 883/19302:

"Sanığın olay günü araç kullanırken trafik görevlilerince yapılan denetimlerde alkol testine tabi tutulduğu, 207 promil alkol aldığı tespit edildiği, sanığın bu tutanağı imza etmediği, bunun üzerine Adli Tıp Kurumu Ankara Adli Tıp Şube Müdürlüğü'nde alkol muayenesi yaptırıldığı ve 121 promil alkollü olduğu belirlendiğinden, mahkemece, sanığın 5237 sayılı TCK'nın 179 / 3. maddesi yollaması ile aynı kanunun 179 / 2. maddesi uyarınca cezalandırılmasına karar verilmiştir.

Bu nedenle ilk derece mahkemesi öncelikle, Ceza Yargılaması Yasası'ndaki yönetime (m. 75) göre kan örneği alınarak promil olarak belirlenen kandaki alkol yoğunluğunun/değerinin/miktarının "güvenli bir biçimde araç sürme ve yönetmede" etkisini saptamalıdır. Bunun için adli tıp ya da konunun uzmanı bilirkişilerden saptanan kandaki alkol yoğunluğunun/miktarının/değerinin sürücü üzerindeki etkisi konusunda, gerekçeli düşünce/bilgi/görüş almalıdır. Yargıç bu bilgileri, sanığın dışa yansıyan davranışlarını ortaya koyan kanıtlarla birlikte değerlendirerek bir karara varmalıdır.

Yargıtay "olayda sanığın aldığı alkolün etkisiyle, emniyetli bir şekilde araç sevk ve idare edemeyecek durumda olup olmadığı hususunun 'tıbbi bulgular ya da sanığın dışa yansıyan davranışları' dikkate alınmak suretiyle saptanmadan" ilk derece mahkemesince verilen hükmün bozulmasına karar vermiştir.¹⁰⁹ Burada Yargıtay'ın bozma kararında söz edilen "tıbbi bulgulardan" amaç "kandaki alkol" yoğunluğu/miktarı/değeridir. Bu alkol düzeyi somut bir bilgidir. İlk derece mahkemesi bu düzey-

5237 sayılı TCK'nın 179 / 3. maddesinde belirtilen trafik güvenliği tehlikeye sokma suçunun oluşması için, kişinin alkol ya da uyuşturucu madde etkisiyle veya başka bir nedenle emniyetli bir şekilde araç sevk ve idare edemeyecek halde olmasına karşın araç kullanması gerekir.

Oluşa ve dosya içindeki bilgi ve belgelere göre, olay sırasında, sanığın emniyetli bir şekilde araç sevk ve idare edemeyecek halde olduğuna ilişkin, dışa yansıyan herhangi bir davranışı saptanmadığı anlaşılmıştır.

Olay günü kollukça yapılan denetimde ve Adli Tıp Kurumu Ankara Adli Tıp Şube Müdürlüğü'nce belirlenen alkol tespit tutanaklarındaki promil miktarları gözetilerek, tıbbi bakımdan bilimsel verilere göre, sanığın kaç promil alkol alması durumunda alkolün etkisiyle emniyetli bir şekilde araç sevk ve idare edemeyecek halde olamayacağı konusunda, Adli Tıp Kurumu'ndan bilimsel görüş alındıktan sonra sonucuna göre sanığın hukuki durumunun tayin ve tespitine karar verilmesi gerektiği gözetilmeden yazılı biçimde eksik soruşturma sonucu sanığın atılı suçtan hükümlülüğüne karar verilmesi," bozmayı gerektirmiştir.

¹⁰⁹ 2. CD., 08.11.2006, 3189/17869.

deki alkolün sürücü üzerindeki etkileri konusunda gerekçeli olarak bilirkişiden bilimsel (soyut) bilgi alacaktır.¹¹⁰

Daha sonra ilk derece mahkemesi, bilirkişiden bu aldığı bilimsel bilgi (soyut bilgi), “tıbbi bilgiler” (somut bilgi) ve sanığın dışa yansıyan davranışıyla ile diğer kanıtları, birlikte değerlendirerek alkolün etkisiyle “güvenli bir şekilde araç kullanamayacak durumda” olup olmadığı konusunda fail (sanık) hakkında bir kanıya varacaktır. Bu kanıya varma hukuksal bir sorun olup yargıca aittir.

Yargıtay, kandaki belirli düzeydeki alkol bulunan bir kimsenin “güvenli bir şekilde araç kullanmayacak durumda olacaktır” konusunda kesinlik sınırı belirleyebilir.

Bu bağlamda, Yargıtay, güvenilir bilgilere ulaşarak ve sorunu tartışarak uygulamaya yön verebilir.¹¹¹ Yargıtay, elde edeceği tıbbi bilimsel bilgiler ile karşılaştırmalı hukuktaki uygulamalardan da yararlanmalıdır.¹¹²

¹¹⁰ Aşçıoğlu s. 633.

¹¹¹ Aşçıoğlu s. 633 vd.

¹¹² Bkz. Adli Tıp Kurumu Başkanlığı 5. Adli Tıp İhtisas Kurulu, 26 Mart 2007 günlü ve 677 sayılı düşünce yazısında (raporunda)

“Saptanan alkol seviyesine bireyin yanıtını; yaş, cins, vücut ağırlığı, sahip olunan anzimatik aktivite, genel sağlık durumu ve beraber kullanılan ilaçlar vb. gibi birçok değişken etkilemektedir. Saptanan alkol seviyesine göre bulguların ortaya çıkma eşliğinde sayılan etkenlere bağlı olarak değişebilen derecelerde bireysel farklılıklar görülmekle birlikte; düşük konsantrasyondan itibaren alkol düzeyinin artışı ile paralel olarak artan derecelerde gevşeme, dikkat azalması, cesaretlenme, çevresel uyaranların algılanmasında yavaşlama, göz ve beyin arasında iletişim sürecinde uzama, algılanan çevresel uyaranların beyinde işlenmiş veriler haline dönüşmesinde gecikme dolayısıyla uyaranlara karşı reaksiyon zamanında uzama, beyinciğin etkilenmesi suretiyle denge ve koordinasyonun olumsuz yönde etkilenmesi, ani karar verebilme, direksiyon ve fren kontrolü gibi birden fazla hareketi bir arada yapabilme kabiliyetinde azalma, uyaranları erken fark edip doğru tepkiler verme, istemli göz hareketleri, gözün takip yeteneği, karanlığa adaptasyon, hız ve mesafe tayini gibi bece-

Yargıtay'ın araç kullanma yeteneğinin kesin olarak kaybedilmesine neden olan kandaki alkol değerinin alt sınırını belirlemesi, uygulamadaki sorunları büyük ölçüde giderecektir. Her şeyden önce, bu kesinlik alt sınırı ölçüsünde kanında alkol saptanan kişi, "güvenli bir şekilde araç kullanamayacak durumda" olduğu karine olarak kabul edileceği için başka bir şey araştırılmayacaktır. Ayrıca ülkede uygulamada, Yargıtay içtihat birliğini böylece sağlamış olacaktır. Kandaki alkol değerinin alt sınırı değerinde ya da bunun üstündeki düzeyde kanında alkol belirlenen sürücülerin, trafikte araç kullanması soyut tehlike suçu olan Türk Ceza Kanunu'nun 179/3. maddesindeki suçun oluşumu için yeterlidir. Ayrıca somut tehlikeye yaratılmış olması aranmamaktadır. Çünkü yasanın 179/3. maddesindeki suç sırf hareket suçu olup, bu hareketin yapılmasıyla soyut tehlikenin varlığı kabul edilmelidir.

rilerde olumsuz yönde etkilenme, istemsiz göz hareketlerinin ortaya çıkması uykuya meyil gibi belirtilerin olduğu, bu durumdaki bir sürücünün risk alma eğiliminin arttığı, sürüşle ilgili becerilerinde azalma olduğu ve kaza olasılığının arttığı bilimsel olarak bilinmektedir.

Sonuç olarak alkollü bir şekilde trafikte seyreden bir sürücünün alkol konsantrasyonu hangi seviyede olursa olsun bireysel farklılıklar göstermekle birlikte trafik güvenliği açısından değişen derecelerde risk oluşturabileceği, ancak bu durumun tehlike arz edecek düzeyde olup olmadığı, dolayısıyla sürücünün tesiri altında bulunduğu alkol seviyesinde araç kullanması halinde "emniyetli bir şekilde araç sevk ve idare edemeyecek halde" olup olmadığını tespitinin bireyin o andaki sürüş ehliyetini belirleyebileceği; dikkat, algı, denge, refleks, psikomotor nöromotor koordinasyon gibi nörolojik, nistagmus, akomodasyon, görme gibi oftalmolojik ve genel durumunun tespitine yönelik detaylı dahili muayenesine ait tıbbi verilerin değerlendirilmesi ile mümkün olabileceği, ancak söz konusu vakada bu tespit yapılmamış -yaptırılmamış olmakla birlikte; alkol düzeyi 2,40 (=iki virgöl kırk) promil gram gibi bireysel farklılıkları da elimine edebilecek seviyede yüksek olarak saptanan İ.B.'nin emniyetli bir şekilde araç sevk ve idare edemeyeceğinin kabulü gerektiği oybirliği ile mütalaa olunur."

ALİ RIZA
ÇINAR'IN
TEBLİĞİ

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun, Türk Ceza Kanunu'nun 179/3. maddesinde düzenlenen suçla ilgili olarak iki kararı bulunmaktadır.¹¹³

Bu kararlarda, bir kişinin yalnız alkollü araç kullanması nedeniyle bu maddeyle cezalandırılmayacağı açıkça belirtilmiştir. Yaptırım altına alınan eylemin, alkolün etkisiyle güvenli bir şekilde araç kullanamayacak kişinin, bu halde araç kullanması olduğu vurgulanmıştır. Kişinin güvenli bir biçimde araç kullanamayacak durumda olduğunun ise her somut olayda saptanmasının zorunlu olduğu kararda açıkça belirtilmiştir...

Somut olayla ilgili olarak ise Ceza Genel Kurulu'nca "saniğin yalnızca alkollü araç kullanması nedeniyle 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 179/3. maddesi uyarınca cezalandırılmasına olanak bulunmamakta ise de tutanak tanığının, sanığın hareketlerinden alkollü olduğunun açıkça belli olduğuna ilişkin beyanı, yapılan ölçümde sanığın %316 promil alkollü olduğuna ilişkin test tutanağı ile birlikte değerlendirildiğinde" sanığa isnat edilen, alkol (ün) (...) etkisiyle (...) emniyetli bir şekilde araç sevk ve idare edemeyecek halde olmasına rağmen araç kullanma suçu tüm unsurlarıyla oluşmuş" olduğu önce kararda açıkça belirtilmiştir.¹¹⁴

Bu nedenle de ilk derece/yerel mahkeme uygulamasında ve Özel Daire onama kararında bu yönüyle yasaya aykırılık bulunmadığından, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın itirazının reddine karar verilmiştir.

Türk Ceza Kanunu'nun 179/3. maddesindeki bu suç, Alman Ceza Kanunu'nun 316. maddesinde düzenlenmiştir.

Yasanın 316. maddesinde düzenlenen bu suçun, Alman Ceza Hukukunda, hem öğreti hem de uygulamada soyut teh-

¹¹³ Bkz. CGK, 04.12.2007, 2007/2- 262/263; CGK, 08.05.2007, 2007/2-103/111.

¹¹⁴ CGK, 04.12.2007, 2007/2-262/263.

like suçu olduğu açık bir biçimde tartışmasız olarak kabul edilmektedir.¹¹⁵

Federal Alman Yargıtay'ı "*araç kullanma yeteneğinin kaybedilmesi durumunun*" hangi hallerde var sayılacağını bir kararında açıklamıştır. Bu karara göre, sürücünün tüm edimini yerine getirebilme yeteneği, aracıyla "*yolda uzun süre yol almaya*" ve aynı zamanda "*yolda karşılaşılabilecek ani ve güç trafiğe özgü sorunları halledebilecek*" biçimde güvenli araç kullanmaya artık yeterli olmayacak bir sürücü olma seviyesine indiğinde var sayılacaktır.¹¹⁶

Alman Yargıtay'ı, yargıcın, kandaki belli alkol değerinden/düzeyinden itibaren artık her bir sürücü için, aracını güvenli bir biçimde kullanamayacağına dair kanıya, bu konudaki bağlayıcı tıbbi ve teknik verilerin hukuksal değerlendirilmesi yoluyla varılabileceğini kararında açıkça belirtmiştir.¹¹⁷

Ayrıca bu kararda, yargıcın, alkol araştırmasında biyolojik-tıbbi alandaki belirsiz geçişlerden dolayı kesin bir sınır çizilemeyeceğini gözetmek zorunda olduğunu da vurgulamıştır. Yargıcın, bilimsel verilerle/bulgularla bağlı olmayacağını, bunların değerlendirilmesinin bizzat ve yalnızca kendisine ait bir görev olduğu kararda belirtilmiştir.

Alman Ceza Kanunu'nun 316. maddesinde yer alan suçun maddi ögesi "*araç sürme/kullanma yeteneğinin kaybedilmesi*" olarak açıklanmaktadır. Suçun maddi ögesini (unsurunu) aracı kullanan kişinin aracı güvenli bir biçimde sürecektir.

¹¹⁵ Joecks, s. 745, Rn 1; Arzt/Weber, s. 842, Rn 40; Tröndle/Fischer, s. 2145, Rn 2,3; Schönke, Adolf/ Schröder, Horst, Strafgesetzbuch Kommentar, München 2001, § 316, s. 2426, Rn 1; Lackner / Kühl, § 316, s. 1295, Rn 1; Schöh, s. 49.

¹¹⁶ BGHSt 13, 83, 90; Fahl, Christian, "Alman Ceza Kanunu Prg. 316: Bisiklet Sürücülerinin Araç Kullanamama - Ehliyetsizlik Hali" (Çev: Yrd. Doç. Dr. Özlem Yenerer Çakmut) in: Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 6, Prof. Dr. Öztekin Tosun'a Armağan, Seçkin, Ankara 2006, s. 106 (105-110).

¹¹⁷ BGHSt 21, 157 (161 vd)= NJW 1967, 116.

ALİ RIZA
ÇINAR'IN
TEBLİĞİ

rumda olmaması oluşturmaktadır. Araç sürme yeteneğinin kaybedilmesi kavramının açıklanabilmesi, bunun karşıt kavramı olan araç kullanma yeteneğinin bulunması durumuna ne anlam verildiğine bağlıdır. Bir kimsenin araç sürmeye elverişli durumda sayılabilmesi için, trafikte olduğu her anda; hiç kimseye zarar vermeyecek, tehlikeye sokmayacak ve herhangi bir şekilde trafiği engellemeyecek şekilde davranabilmesi gerekmektedir. Ayrıca, trafiğin akışı içinde ortaya çıkabilecek ani durumlardan kaçınabilmesi ve bunlara tepki (reaksiyon) gösterebilmesi, bu çerçevede dikkatini bu koşullara yoğunlaştırabilme yeteneğinden yoksun bulunmaması da gerekir.¹¹⁸

Alkol kullanımı sonrasında aracın idaresinde çeşitli zorluklar ve buna bağlı tehlikeler söz konusu olmaktadır. Alkolün bu etkilerine örnek olarak, dikkat, odaklanmada zorlanma, konsantrasyon eksikliği, reaksiyon ya da refleks zayıflığı ile buna benzer durumlar sayılabilir.¹¹⁹

Alman Ceza Kanunu'nun 316. maddesinde güvenli bir şekilde araç kullanamayacak durumda olma tanımına yer verilmiş değildir. Ancak araç kullanma yeteneğinin "kesin" olarak ya da "göreceli" olarak alkolün etkisiyle kaybedilmesi biçiminde ikili bir ayrıma gidilmiştir. Cezalandırma bakımından her iki durumda da araç kullanma yeteneğinin kaybedilmesi hali aynı değerde olmakla birlikte, bu ikili ayrım, kanıtların (delillerin) ortaya konulması konusunda, yani ispat aşamasında birbirinden ayrılmaktadırlar.¹²⁰

Bilimsel veri ve bulgulardan ulaşılan sonuçlardan hareketle yapılan ölçüm sonucunda, kandaki alkol belirli bir promil (binde 1,1) ve üzerinde olduğunda, *herkes bakımından ve her koşulda* belirli taşıt araçlarını sürme yeteneklerini kaybetmelerinin söz konusu olacağı kabul edilmektedir. Çünkü belirli bir

¹¹⁸ Maurach, Reinhart / Gössel, Friedrich-Christian., *Strafrecht Besonderer Teil, Teilband 2*, Heidelberg Karlsruhe 1981, 210. (iletin: Güleç s. 176).

¹¹⁹ Tröndle / Fischer, §316 s.2146, 2147, Rn 9, 10; Güleç s. 176.

¹²⁰ Rengier, §43 7, 327.(iletin: Güleç s. 176).

promilin üzerinde alkollü olan sürücünün, aracı sürme yeteneğini kaybedeceği bundan ötürü trafik akışının gereklerine uyabilecek durumda olamayacağı ve aynı zamanda trafikte aniden ortaya çıkabilecek bazı zor durumların üstesinden glemeyeceği varsayılmakta ve bu varsayım bilimsel bulgularla desteklenmektedir.¹²¹

Araç kullanma yeteneğinin kesin olarak kaybedilmesi ne neden olan kandaki alkol değerinin alt sınırı motorlu araç sürücüleri bakımından (kamyon, otobüs, otomobil, motosiklet, mobilet, motorlu bisiklet vs. bakımından ve hatta çekilen aracın, sürücüsü bakımından dahi¹²²) binde 1,1 promil olduğu Alman Yargıtay'ınca kabul edilmektedir.¹²³ Dolayısıyla 1990 yılından itibaren 1,1 promil ve bunun üzerinde bulunan her değer bakımından araç kullanma sürme yeteneğinin kesin olarak kaybedildiği varsayılmaktadır.

Bisiklet sürücüleri için araç kullanımında daha önce binde 1,7'lik bir kesinlik sınırı kabul edilmekte iken¹²⁴ daha sonra bir indirime gidilmiştir. Buna göre, bisiklet sürücüleri bakımından şu anda kabul edilen sınır binde 1,6'dır.¹²⁵

Göreceli olarak güvenli araç kullanma yeteneğinin kaybedilmesinde ise alkol oranının kesinlik sınırının altında olsa bile, dışa yansıyan bazı belirtilerin, alkollü kişinin araç sürme yeteneğini kaybettiği, güvenli araç kullanamayacağını gösterdiği kabul edilmektedir. Dolayısıyla sürücünün kanındaki alkol değeri 1,1'lik sınırın altında bulunduğu durumlarda, araç

¹²¹ Lackner / Kühl, § 315 c, s. 1285, Rn 6 b.; Güleç s. 176.

¹²² BGHSt 36, 341; Tröndle / Fischer, § 316, Rn 25, s. 2153.

¹²³ BGHSt, 37, 89; Daha önce Almanya Yargıtay'ı 1966 yılında binde 1,5'ten binde 1,3'e; 1990'da ise binde 1,3'ten 1,1'e indirmiştir (SCHÖH, s. 47).

¹²⁴ Fahl, s. 106; "Federal Alman Yargıtay'ı 17.07.1986 yılında (BSHSt 34, 133) Verdiği kararla bisiklet sürücülerinde kesinlik sınırının kandaki alkol oranının binde 1,7 ve üzerinde olduğunda başladığını belirtmiştir. Bunun da aksi iddia edilemez, ispat kuralı olarak geçerli olduğu belirtilmiştir (BGHSt 10, 265, 266 vd.).

¹²⁵ Joecks, § 316, s. 747, Rn 14.

ALİ RIZA
ÇINAR'IN
TEBLİĞİ

kullanma yeteneğini kaybettiğinin kabulü için özel belirtilerin bulunması gerekmektedir.¹²⁶ İçtihatlar, kandaki binde 0,3'lük bir alkol değerinin göreceli olarak sürüş yeteneğinin kaybedilmesinin alt sınırı olarak kabul edilebileceği yönündedir.¹²⁷ Somut olayda alkol değeri ne kadar düşük çıkar ise kişinin araç sürme yeteneğinin olup olmadığı konusunda verilecek karar bakımından dışa yansıyan belirtilerin o kadar fazla ve kesin olması aranmalıdır. Önemle belirtilmesi gereken bir husus da dışa yansıyan belirtilerin, kesin olarak alkole bağlı olmasıdır. Herhangi bir sürücü tarafından sık sık yapılabilecek türden hataların, alkollü olan sürücü tarafından gerçekleştirilmiş olması durumunda, bu koşulun gerçekleştiğinden söz edilemez. Örneğin sürücü her zaman süratli araç kullanıyorsa güvenli araç sürme yeteneğinin bulunmadığı kabul edilemez.¹²⁸

Diğer taraftan elverişsizliği gösteren belirtilerin kesin olarak duraksamaya yer vermeyecek surette somut bir biçimde ortaya çıkmış ve algılanabilir olması gerekir.

Yalnızca karanlık ya da sisli hava veya buzlanmanın meydana gelmiş olması veya bunun gibi genel olarak elverişsiz dış şartlardan kaynaklanan durumlar, aracın yavaş kullanılması ya da yalnızca soyut olarak elverişliliği olumsuz yönde etkileyen durumlar, örneğin, genel yorgunluk, sinirlilik hali gibi, elverişsizliğin kabulü için yeterli değildir.¹²⁹ Sürücünün araç sürmeye elverişli olup olmadığı konusunda, dışa yansıyan belirtilerle herhangi bir yargıya varılamıyorsa, "*şüpheden sanık yararlanır*" ilkesi uygulama alanı bulacaktır.¹³⁰

Dışa yansıyan belirtilerden araç sürmeye elverişsiz olduğu şüphesi uyandıran araç sürücüsü, araç sürmeye elveriş-

¹²⁶ Güleç s. 177.

¹²⁷ Joecks, § 316, s. 747, Rn 13.

¹²⁸ Joecks, § 316, s. 747, Rn 14.

¹²⁹ Lackner/ Köhl, §315c, s. 1285, 1286, Rn 7; Güleç s. 177.

¹³⁰ Maurach / Gössel, 211; Güleç s. 177.

li olduğu iddiasını başka deliller göstermek suretiyle kanıtlamak zorundadır. Araç sürme yeteneğinin göreceli olarak kaybedilmesine karar verilirken rol oynayan dışa yansıyan belirtilere örnek olarak, kaygısız, hoppa ya da çılgın bir sürüş tarzı, düz bir yolda zig-zag (slalom) yaparak araç sürmek, virajlarda direksiyonu kırmak yerine dümdüz gitmek, takip edilmesi gereken şeritten sapmak ya da buna benzer çeşitli sürüş kusurlarında bulunmak, bir kazaya neden olmak ya da bizzat kaza yapmak, dalgın ya da dikkatsiz araç kullanmak, olağanüstü derecede yüksek hızda araç kullanmak, belirli ve somut bir başka nedene dayanmamasına karşın takip edilmesi gereken yoldan çıkmak (örneğin, şoförün, takip ettiği yol üzerinde herhangi bir engel, taş, çukur vs bulunmamasına rağmen gereksiz bir biçimde direksiyonu kırması, yoldan sapması, ayrılması gibi...)¹³¹ Sürücü bakımından ise, sürücünün ayakta güçlülük durması, sallanması, gibi durumlar sayılabilir.¹³²

Daha önce de belirttiğimiz gibi, kandaki alkol değerinin belirlenmesi önemlidir. Kandaki alkol değeri ise, kanda promil olarak "binde..." gibi değerlerle belirtilen orandır.

Kandaki alkol değerinin ölçümünde başlıca üç yöntem uygulanmaktadır: Widmark yöntemi, ADH yöntemi, gaskromatografik yöntemdir.¹³³ Uygulanacak yöntemlere göre farklı incelemeler yapılmaktadır.

Kandaki alkol değeri eylemin işlendiği anda önemlidir. Kandaki değerin geçmişe yönelik olarak eylemin meydana geldiği anda failin içinde bulunduğu duruma göre hesaplanarak tespit edilmesi de kabul edilmektedir.¹³⁴

Nefesteki alkol yoğunluğunun teknik aletle ölçüm yöntemine uygun olarak yapılmadığında iki kere tekrarlanmadı-

¹³¹ Güleç s. 177 den aynen alınmıştır.

¹³² Joecks, § 316, s. 747, Rn 13.

¹³³ Lackner/ Kühl, § 315c, s. 1286, 1287, Rn 8.

¹³⁴ BGHSt 37, 89; Schönke / Schröder., s. 316, s. 2432, Rn 18.

ğında ya da ölçümü yapan alet iyi ayarlanmadığında ve kullanılan alet ileri teknolojiye uygun olmadığı durumlarda yanlış sonuçlar ortaya çıkabilmektedir. Bu nedenle, alkol oranının belirlenmesinde araç kullanan kişiden alınan kan örneğinin değerlendirilmesi ve bu değer in ceza yargılamasında kullanılması, nefesten alkol yoğunluğunu belirlemeye göre daha doğru sonuçlar vereceğinden, bu yol benimsenmelidir.¹³⁵

Kandaki alkol değeri belirlenmemiş olsa bile kanıtların serbest değerlendirilmesi ilkesi uyarınca göreceli olarak araç kullanma yeteneğinin kaybedilmiş olduğunun kabul edilebileceği ileri sürülmektedir.¹³⁶

VI. MANEVİ ÖĞE

Türk Ceza Kanunu'nun 179/3. maddesinde öngörülen suç, kasti bir suçtur. Yalnızca kasten işlenebilir.¹³⁷ Yargıtay Ceza Genel Kurulu¹³⁸ ve Özel Dairece¹³⁹ verilen kararlarda da Türk Ceza Kanunu'nun 179/3. maddesinde düzenlenen suçun kasten işlenebileceği açıkça belirtilmiştir. Bir kimsenin aldığı alkolün etkisiyle güvenli bir biçimde araç kullanamayacağını bildiği halde araç kullanmasıdır. Güvenli bir biçimde araç kullanamayacak durumda olduğunu alkollü içeceği kendi iradesi ile içen kişi bunu karine olarak biliyor sayılır. Buna karşın araç kullandığında manevi ögenin isteme iradesi de tamamlanmış olur.

Bu suçun olası kastla işlenmesi de olanaklıdır. Sürücü aldığı alkolün etkisiyle güvenli bir biçimde araç kullanamaya-

¹³⁵ Yenisey, s. 24; Güleç 178, 179.

¹³⁶ Schönke / Sehöreder, §316, s. 2432, Rn 18.

¹³⁷ Aynı düşünce için bkz. Aşçıoğlu s. 630; Güleç s. 179; Malkoç, İsmail, Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu, c. I, Ankara 2007, s. 1192; Kaymaz, Seydi/ Gökcan, Hasan Tahsin, Taksirle Adam Öldürme ve Yaralama Suçları, Ankara 2006, s. 450.

¹³⁸ CGK, 04.12.2007, 2007/2-262/263.

¹³⁹ 2. CD., 09.10.2007, 12959/12875; 2. CD., 14.06.2007, 8515/8822.

cağını biliyor ya da bunu olanak dahilinde görüyor ve kabul ediyorsa bu durumda "olası kast" (dolus eventualis) söz konusudur.¹⁴⁰

ALİ RIZA
ÇINAR'IN
TEBLİĞİ

Alman Ceza Kanunu'nun 316. maddesinde düzenlenen suç, hem kasten hem de taksirle işlenebilmektedir.¹⁴¹ Çünkü yasanın 316. maddesinin ikinci fıkrasında, birinci fıkradaki eylemin taksirle işlenmesi durumunda aynı ceza ile cezalandırılacağı açıkça belirtilmiştir.

VII. CEZA SORUMLULUĞUNU ETKİLEYEN HALLER

Türk Ceza Kanunu'nun 179/3. maddesindeki suçla ilgili özel bir hukuka uygunluk nedeni yasada öngörülmemiştir. Ancak, zorunluluk hali, koşulları gerçekleştiği takdirde uygulanabilir. Örneğin: Bir doktorun alkollü olduğu halde, başka bir biçimde hastasına ulaşmak olanağı bulunmadığı için, araç kullanmak zorunda kalması. Hasta ya da yararlı bir kimsenin hastaneye yetiştirilmesi için yüksek hızda ve tehlikeli biçimde araç kullanılması durumlarında zorunluluk durumu nedeniyle faile ceza verilmez.¹⁴²

VIII. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

1. Kalkışma (Teşebbüs)

Türk Ceza Kanunu'nun 179/3. maddesinde yer alan soyut tehlike suçuna kalkışmanın (teşebbüsün) olanaklı olmadığı

¹⁴⁰ Schröder, Friedrich Christian, "Şoför Yanında Oturan Kişinin Alkollü Araç Kullanmaya Katılması" (Çev. Yrd. Doç. Dr. Zafer Zeytin), in Karşılaştırılmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 6, Prof. Dr. Öztekin Tosun'a Armağan, Trafik ve Ceza Hukuku, Seçkin, Ankara 2006, s 112 (111-120).

¹⁴¹ Joecks, § 316, s. 747, Rn 15.

¹⁴² Tröndle / Fischer, §316, s. 2160, Rn 51; Güleç s. 183.

ALİ RIZA
ÇINAR'IN
TEBLİĞİ

ğı kanısında¹⁴³ Bu suçta başlı başına "güvenli bir şekilde araç kullanamayacak durumda olup da buna karşın araç kullanma" eylemi cezalandırılmaktadır. Suçun sırf hareket suçu olması ve icra hareketlerinin de kısımlara ayrılabilmesi olanağı bulunmadığı için, bu suçta kalkışma (teşebbüs) olanaklı değildir.¹⁴⁴

Benzer şekilde Alman Ceza Kanunu'nun § 316. maddesinde yer alan soyut tehlike suçuna da kalkışmanın olanaklı olmadığı kabul edilmektedir. Örneğin, direksiyon başında oturan fail bakımından aranan "güvenli araç kullanma yeteneğini kaybetme" koşulu gerçekleşmiş olsa bile, yalnızca motorun çalışır durumda olup, aracın harekete geçmemiş olduğu hallerde, kalkışmanın söz konusu olamayacağı ileri sürülmektedir.¹⁴⁵ Suçun oluşabilmesi için "aracın kullanılması" hareket ettirilmesi gerektiğinden söz etmiştik. Buna göre, aracın sürülmesi kullanılması/idaresi kavramı konusunda yapılan açıklamalar kalkışma sorusuna da ışık tutmaktadır. Aracın kullanıldığından/idaresinden söz edilebilmesi için aracın çalışır durumda olmasının yeterli olmadığı, hareket koşulunun arandığını suçun maddi ögesi ile ilgili açıklamalarımızda belirtmiştik. Buradan hareketle, bu suçta kalkışmanın olanaklı olamayacağını belirtmek gerekir.¹⁴⁶

¹⁴³ Aynı düşünce için bkz. Güleç s. 182; Aksi düşünce için bkz. Kaymaz / Gökcan, s. 450.

¹⁴⁴ Fiilin dışında ayrıca bir neticenin meydana gelmesinin aranmadığı suçlarda (sırf hareket suçları) kural olarak kalkışmanın (teşebbüsün) olanaklı olmayacağı, kabul edilmekle birlikte, bu suçlarda az da olsa icra hareketlerinin bölünebildiği durumlarda, kalkışmanın olanaklı olduğu sonucuna varılmaktadır. Örneğin, hakaret böyle bir suç olmakla, birlikte, mektupla hakarete icra hareketleri bölünebildiğinden olanaklı olduğu görülmektedir. Demirbaş, s. 432. Benzer yönde. Toroslu, s. 271; Centel / Zafer / Çakmut s. 475; Güleç s. 182.

¹⁴⁵ Schönke / Schröder, 316, s. 2433, Rn 20; BGHSt 35, 390.

¹⁴⁶ Güleç s. 182.

Ancak, Alman Ceza Hukuku öğretisinde, çukura düşmüş bir aracı çıkarmaya çalışma durumunda bu suça kalkışmanın olabileceği ileri sürülmektedir.¹⁴⁷

ALİ RIZA
ÇINAR'IN
TEBLİĞİ

2. Katılma (İştirak)

Türk Ceza Kanunu'nun 179/3. maddesindeki suç "özgü bir suç olması" nedeniyle, bizzat fail tarafından işlenebilir. Fail konusunu açıklarken bu suçta birlikte failliğin olanaklı olmadığını söylemiştik. Bu nedenle bu suça asli katılmanın (iştirakin) olanaklı olmadığı kanısındayız.¹⁴⁸ Suçun özelliği gereği bu suça katılma, yalnızca "azmettirme" ya da "yardım etme" biçiminde söz konusudur. Nitekim Alman Ceza Kanunu'ndaki 316. maddesinde de düzenlenen suça asli katılmanın (iştirakin) olanaklı olmadığı belirtilmektedir.¹⁴⁹

Örneğin, sürücünün yanında oturan ve ona aşırı hızda araç kullanması için ısrar eden bir kişi azmettiren durumunda sayılacaktır. Ya da bir kimseyi alkol almaya ve bu durumda iken araç kullanmaya azmettiren kimse bu eylemden dolayı sorumlu olacaktır.¹⁵⁰ Burada azmettirenin sorumluluğundan söz edilebilmesi için, azmettirme fiilinin hem alkol alınmasına hem de bu durumda iken araç kullanılmasına yönelik olarak gerçekleşmesi gerekir.¹⁵¹

İki kişinin aracı kullanması, sürücü adayı ile öğretmenin birlikte kullanması; biri gaz veriyor, frene basıyor diğeri de direksiyonu kullanıyor durumda, ikisi de sürücü olarak görülebileceği Alman öğretisinde tartışmalıdır.¹⁵²

¹⁴⁷ Schönke / Schöreder, § 316, s. 2433, Rn 20.

¹⁴⁸ Aynı düşünce için bkz. Güleç s. 182, 183; Karşı görüş için bkz. Kaymaz / Gökcan, s. 450: "Bu suça her türlü iştirak mümkündür."

¹⁴⁹ Schönke/ Schöreder, § 316, s. 2434, Rn 22.

¹⁵⁰ Tröndle / Fischer, § 316, s. 2160, Rn 50.

¹⁵¹ Güleç s. 182.

¹⁵² Joecks, § 316, s. 747, Rn 16; Schönke/ Schöreder, § 316, s. 2434, Rn 22; Tröndle/ Fischer, § 316 s. 2160, Rn 22.

3. Birleşme (İçtima)

Bir kimse, alkolün etkisiyle güvenli bir biçimde araç kullanamayacak durumda bulunduğu halde, aracı kişilerin yaşam, sağlık ve malvarlığı açısından tehlikeli olabilecek şekilde kullanırsa, bu durumda, Türk Ceza Kanunu'nun 179/3. maddesindeki suç ile 179/2. maddesindeki suç arasında birleşme içtima ilişkisi söz konusu olur. Failin bu durumda da fikri içtima gereğince en ağır cezayı gerektiren eylemden dolayı cezalandırılması gerekir.¹⁵³ Yasada her iki suçun da cezası aynı olduğundan, cezanın belirlenmesi konusunda herhangi bir sorun bulunmamaktadır.

Türk Ceza Kanunu'nun 179/3. maddesinde öngörülen "alkollü araç kullanmak" suçu ile aynı zamanda Karayolları Trafik Yasası'nda öngörülmüş olan kabahat türünde olan "alkollü araç kullanma" (m. 48) bir eylemle (fiille) gerçekleşebilir. Bu durumda, Kabahatler Yasası'nın 15. maddesinin 3. fıkrası gereğince, yalnızca suçtan dolayı bir yaptırım uygulanacaktır. Gerçekten bu hükme göre, "Bir fiil hem kabahat hem de suç olarak tanımlanmış ise sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabilir. Ancak, suçtan dolayı yaptırım uygulanmayan hallerde kabahat dolayısıyla yaptırım uygulanır."

Alınan alkolün etkisiyle güvenli bir biçimde araç kullanamayacak durumda olan bir kimse ölüm ya da yaralama suçunu işleyebilir. Bu durumda yaralama ya da ölüm taksirle değil de kast ya da olası kastla meydana gelmişse, Türk Ceza Kanunu'nun 179/3. maddesi ile 81 ya da 86. maddeleri arasında içtima söz konusu olacaktır (TCY m. 44).

Daha ağır cezayı öngören Türk Ceza Kanunu'nun 81 ya da 86 ve 21/2. maddelerine göre ceza verilmesi gerekecektir.¹⁵⁴

¹⁵³ Güleç s. 183.

¹⁵⁴ Aynı düşünce için bkz. Malkoç, c.I, s. 1190.

Yaralama ya da ölüm taksirli eylem sonucu oluştuğunda, o takdirde, bu taksirli suçlarla kasıtlı suç olan Türk Ceza Kanunu'nun 179/3. maddesinde yazılı eylem arasında içtima söz konusu olamayacağı kanısındayız.¹⁵⁵

Yargıtay Özel Dairesi'nce verilen bir kararda, "bir suçtan dolayı sanığın bir kez cezalandırılabilceği, bilinçli taksirle yaralama suçundan sanığın mahkum edilmesinin yanında aynı eylem nedeniyle bir de alkollü araç kullanarak trafik güvenliğini tehlikeye sokmak suçundan sanığın aleyhine olacak şekilde ikinci kez cezalandırılmayacağı" belirtilerek Türk Ceza Kanunu'nun 179/3. maddesi uyarınca verilen ceza kaldırılmıştır.¹⁵⁶

IX. KOVUŞTURMA

Türk Ceza Kanunu'nun 179/3. maddesinde tanımlanan suç, re'sen kovuşturulan bir suçtur. Yakınmaya bağlı değildir. Alman Ceza Kanunu'nun 316. maddesinde düzenlenen suçun yakınmaya bağlı olduğuna ilişkin bir açıklık içermediği için suç re'sen kovuşturulmaktadır.

X. GÖREVLİ MAHKEME

Türk Ceza Kanunu'nun 179/3. maddesinde tanımlanan suç ile ilgili davalara bakma, sulh ceza mahkemesinin görevine girer. Çünkü bu suçla ilgili ceza yaptırımı Türk Ceza Kanunu'nun 179/2. maddesinde belirtilen iki yıla kadar özgürlüğü bağlayıcı ceza olan hapis cezasıdır.

5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Görev ve Yetkileri Hakkında Yasanın 10. maddesi uyarınca, iki yıla kadar (iki yıl dahil) hapis cezaları ve bunlara bağlı adli para cezaları ile bağımsız olarak hükmedilecek adli para cezalarına ve güvenlik tedbirlerine

¹⁵⁵ Karşı düşünce için bkz. Aşçıoğlu s. 641.

¹⁵⁶ 9. CD., 04.06.2007, 5515/4897.

ALİ RIZA
ÇINAR'IN
TEBLİĞİ

ilişkin hükümlerin uygulanması, sulh ceza mahkemesinin görevi içindedir.

XI. YAPTIRIM

Türk Ceza Kanunu'nun 179/3. maddesindeki suça uygulanacak ceza için, Türk Ceza Kanunu'nun 179/2. maddesinin ikinci fıkrasına yollama yapılmıştır. Buna göre, bu suçun yaptırımı "*iki yıla kadar*" hapis cezasıdır. Yasada, bu suç için hapis cezasının alt sınırı belirtilmediği için, Türk Ceza Kanunu'nun 49/1. maddesi uyarınca bir aydan az olamaz. Böylece Türk Ceza Kanunu'nun 179/3. maddesinde tanımlanan suçun yaptırımı bir aydan iki yıla kadar hapistir. Türk Ceza Kanunu'nun 179/3. maddesindeki suçun yaptırımının 179/2. maddesindeki suçtan daha ağır olması gerektiği öğretide ileri sürülmektedir.¹⁵⁷

Uygulamada, Türk Ceza Kanunu'nun 179/3. maddesi uyarınca hükümlülük kararı verilirken, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 53/6. maddesinde belirtilen sürücü belgesinin geri alınmasına ilişkin güvenlik tedbirine de hükmedilmektedir. Halbuki sürücü belgesinin 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 53/6. maddesi uyarınca geri alınabilmesi, ancak taksirli bir suçtan hükümlülük kararında söz konusudur.¹⁵⁸ Türk Ceza Kanunu'nun 179/3. maddesinde düzenlenen suç kasıtlı suç olduğundan, sürücü belgesinin geri alınmasına karar verilemez.

¹⁵⁷ Donay, s. 268.

¹⁵⁸ 2. CD., 28.01.2008, 16254/980.

KAYNAKÇA

ALİ RIZA
ÇINAR'IN
TEBLİĞİ

- Artuk Mehmet Emin/ Gökçen, Ahmet / Yenidünya, A. Canner: *Ceza Hukuku Genel Hükümler* 3. Bası, Ankara 2007.
- Aşçıoğlu, Çetin: *Trafik Kazalarından Doğan Hukuk ve Ceza Sorumlulukları*, Ankara 2008.
- Battal, Dilek: "Postmortem Kan Vitroz Sıvı Etanol Düzeylerinin Saptanması ve Adli Tıpta Önemi", *Toksikoloji Dergisi*, Ocak 2005, c. III, sy. 1, Volume II, no: IV, Published Quarterly, s. 31-36.
- Centel Nur /Zafer, Hamide /Çakmut, Özlem: *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, Dördüncü Bası, İstanbul 2006.
- Çınar, Ali Rıza: "Türk Ceza Kanunu'nun 383. Maddesinin, Depremin Etkisiyle Yapıların Çökmesi ve Yıkılmasıyla İlgili Olarak İncelenmesi", *İzmir Barosu Dergisi*, Nisan 2001, sy. 2, s. 87-97.
- Çınar.: *Tehdit Suçu* Ankara 2002.
- Daragenli, Vesile Sonay: "Tehlike Suçları" Prof. Dr. Sahir Erman'a Armağan, İstanbul 1999, s. 163-188.
- Demirbaş, Timur: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 5. Bası, Ankara 2007.
- Donay, Süheyl: *Türk Ceza Kanunu Şerhi*, İstanbul 2007.
- Dönmezer, Sulhi/ Erman, Sahir: *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, Genel Kısım, c. I, 14. Bası, İstanbul 1997.
- Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir: *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, Genel Kısım, c. II, 12. Bası, İstanbul 1999.
- Ege, Rıdvan: *Trafik Kazaları ve Trafik Tıbbı*, Ankara 1997.
- Erem, Faruk / Danışman, Ahmet / Artuk, Mehmet Emin: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Baskı, Ankara 1997.
- Erman, Sahir/ Özek, Çetin: *Ceza Hukuku Özel Bölüm Kamununun Selâmetine Karşı İşlenen Suçlar*, İstanbul 1995.
- Ersoy, Yüksel: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2002.
- Fahl, Christian: "Alman Ceza Kanunu Prg. 316: Bisiklet Sürücülerinin Araç Kullanamama - Ehliyetsizlik Hali" (Çev. Yrd. Doç. Dr. Özlem Yenerer Çakmut) in: *Karşılaştırmalı Gün-*

V. TÜRK - ALMAN TIP HUKUKU SEMPOZYUMU

ALİ RIZA
ÇINAR'IN
TEBLİĞİ

- cel Ceza Hukuku Serisi 6, Prof. Dr. Öztekin Tosun'a Armağan, Seçkin, Ankara 2006, s. 105-110.
- Güleç, Sesim Soyer: *Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Trafik Güvenliğine Karşı İşlenen Suçlar*, HPD (Hukuk Perspektifler Dergisi) sy. 9, Aralık 2006, s. 167-184.
- Hakeri, Hakan: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 6. Baskı.
- HANCI, İ. Hamit: "Alkol ve Trafik Kazaları" 11. Trafik Şurası 21-22 Ekim 2004 Ankara'da sunulan tebliğ s. 12 vd. Ankara 2007.
- İdiz, Nuri/Akgür, Serap A/Sincar, Yasemin: "Yaralama ve Ölümlü Trafik Kazaları Olgularında, Trafikte Müsaade Edilebilir Kan Alkol düzeyinin Değerlendirilmesi", 13. Ulusal Adli Tıp Günleri, 8-12 Kasım 2006, Aksu -Antalya'da poster olarak sunulup ve ikincilik ödülü alan tebliğ.
- İçel, Kayıhan / Sokullu, Akıncı, Füsün/Özgenç, İzzet/Sözüler, Adem/ Mahmutoglu, Fatih S./ünver, Yener: *İçel Suç Teorisi*, 2. Baskı, İstanbul 2000.
- Joecks, Wolfgang: *Strafgesetzbuch Kommentar*, 7. Auflage, München 2007.
- Kaymaz, Seydi/Gökcan, Hasan Tahsin: *Taksirle Adam öldürme ve Yaralama Suçları*, Ankara 2006.
- Kızıllarlan, Hakan: *(Ceza Muhakemesi, Adli Tıp, Adli Bilimlerde) Vücutun Muayenesi & Örnek Alma*, Ankara 2007.
- Kindhauser, Urs: *StGB Strafgesetzbuch Kommentar*, 3. Auflage, 2006 Nowos - Verlag.
- Lackner, Karl / Köhl, Kristian: *StGB Strafgesetzbuch Kommentar*, 25. Auflage, München 2004.
- Malkoç, İsmail: *Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu*, c. I, Ankara 2007.
- Maurach, Reinhart/Gössel, Friedrich-Christian: *Strafrecht Besonderer Teil*, Teilband 2, Heidelberg Karlsruhe 1981, 210. (İleten: Güleç, Sesim Soyer: *Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Trafik Güvenliğine Karşı İşlenen Suçlar*, HPD (Hukuk Perspektifler Dergisi) sy. 9, Aralık 2006, s. 167-184.

Müller, Hennig Ernst: *Alkollü Araç Kullanma Vakalarına Dair Karanlık Alan ve Alman Trafik Kanunu m. 24a. 1 Çerçevesinde Soluk Alkolü Ölçümü* (Çev: Arş. Gör. Mehmet Cemil Ozansü), in: *Trafik ve Ceza Hukuku*, Prof. Dr. Öztekin Tosun'a Armağan Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 6, Seçkin, Ankara 2006, s. 179-198.

Önder, Ayhan: *Ceza Hukuk Genel Hükümler*, c. II-III. İstanbul 1992.

Önder, Ayhan: *Ceza Hukuku Dersleri*, İstanbul 1992.

Özbek, Veli Özer: *Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı*, c. I, Genel Hükümler, 2. Baskı, Ankara 2005.

Özbek, Veli Özer: *TCK İzmir Şerhi, Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Anlamı*, c. I, 3. Baskı, Ankara 2006.

Özek, Çetin: 1997, *Türk Ceza Yasa Tasarısı'na İlişkin Düşünceler* (Prof. Dr. Sahir Erman'a Armağan'dan Ayrı Bası) Alfa Yayınları, İstanbul 1999.

Özgenç, İzzet: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2007.

Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan: *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku*, 8. Baskı, Ankara 2005.

Rengier, Rudolf: *Strafrecht Besonderer Teil II*, 6. Auflage, München 2003 (iletin: Güleç, Sesim Soyer, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Trafik Güvenliğine Karşı İşlenen Suçlar (HPD), sy. 9, Aralık 2006, s. 167-184).

Schöch, Heinz: *Trafikte Alkol* (Çev: Arş. Gör. Pınar Bacaksız) in *Trafik ve Ceza Hukuku*, Prof. Dr. Öztekin Tosun'a Armağan, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 6, Ankara 2006, s. 145-151.

Schönke, Adolf/Chröder, Horst: *Strafgesetzbuch Kommentar*, München 2001.

Schröder, Friedrich Christian: "Şoför Yanında Oturan Kişinin Alkollü Araç Kullanmaya Katılması" (Çev. Yrd. Doç. Dr. Zaffer Zeytin), in: *Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 6*, Prof. Dr. Öztekin Tosun'a Armağan, Trafik ve Ceza Hukuku, Seçkin, Ankara 2006, s. 111-120.

V. TÜRK - ALMAN TIP HUKUKU SEMPOZYUMU

ALİ RIZA
ÇINAR'IN
TEBLİĞİ

- Selçuk, Sami: *Dolandırıcılık Cürmünün Kimi Suçlardan Ayrımı ve Çeklerle İlgili Suçlar*, Ankara 1986.
- Selçuk, Sami: *Karşı oylarım*, Turhan Kitabevi, Ankara 2001.
- Soyaslan, Doğan: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 3. Baskı, Ankara 2005.
- Soysal, Z. /Cakalır, C: *Adli Tıp Kitabı*, İstanbul Üniversitesi Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Yayınları, İstanbul 1999.
- Toroslu, Nevzat: *Ceza Hukuku*, Ankara 2005.
- Toroslu, Nevzat: *Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu*, Ankara 1970.
- Tosun, Öztekin: *Suç Hukuku El Kitabı*, Üniversiteliler Yayınevi, İstanbul 1979.
- Tröndle, Herbert/Fischer, Thomas: *Strafgesetzbuch*, 54. Auflage, München 2007.
- Tunalı, İbrahim/Zentürk, H. Cahit: "Etil Alkol ve Adli Tıp" *Adalet Dergisi*, Ocak- Şubat 1989, Yıl 8, sy. 1, s. 145-154.
- Tümerkan, Somay: *Dolandırıcılık Suçu*, İstanbul 1987.
- Ünver Yener: *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, Ankara 2003.
- Weigend, Thomas: "Ceza Hukukunun Karayolu Trafikindeki Rolü", in: *Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 6*, Prof. Dr. Öztekin Tosun'a Armağan, Trafik ve Ceza Hukuku, Seçkin, Ankara 2006, s. 27-40.
- Wessels, Johannes/Hettinger, Michael: *Strafrecht Besonderer Teil 1 Straftaten gegen Persönlichkeits - und Gemeinschaftswerte*, 31. Auflage, Heidelberg 2007.
- Yenidünya, Ahmet Caner: *İnsan Ticareti Suçu*, Ankara 2007.
- Yenisey, Feridun: "Ceza Muhakemesi Hukukunda Kanda ve Nefeste Alkol Yoğunluğunun Belirlenmesi" in: *Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku serisi 6*, Prof. Dr. Öztekin Tosun'a Armağan, Trafik ve Ceza Hukuku, Ankara 2006, s. 13-26.

Oturum Başkanı: Evet Sayın Çınar'a toplumu çok yakından ilgilendiren yeni Ceza Kanunu'ndaki düzenlemeyle ilgili Alman hukukuyla karşılaştırmalı verdiği bilgiler için çok teşekkür ederiz. Gerçekten çok tartışmalı bir konu, herhalde tartışma bölümünde buna ilişkin sorular gelecek.

Şimdi sözü İstanbul Hukuk Fakültesi öğretim üyelerinden Yrd. Doç. Dr. Mahmut Kaşıkçı'ya veriyorum. Kendisi Ceza Kanunu'nun 83. maddesinde düzenlenen kasten öldürmenin ihmal suretiyle işlenmesi suçu konusunda açıklamada bulunacak. Tabii bunu tıp ceza hukuku bakımından ele alacak.

Yrd. Doç. Dr. Mahmut KAŞIKÇI: Teşekkür ediyorum Sayın Başkan.

Tüm dinleyicilere ve hocalarıma da saygılarımı sunuyorum.

Ben yaklaşık bir 10 sene kadar ceza hukuku ile ilgilenip, ceza ve ceza usul hukuku anabilim dalında çalıştıktan sonra zorunlu bir değişiklik ile "*Mali Hukuk Bölümü*"ne geçtim. Ama halen yapabildiğim kadarıyla ceza hukukunun uzağında kalmamaya çalışıyor, gelişmeleri de takip etmek için çaba sarf ediyorum. Bu nedenle ceza hukukuna ilişkin bir konuda bana burada konuşma fırsatı verdikleri için Sayın Prof. Dr. Hakan Hakeri ve hocam ve dostum sayın Doç. Dr. Yener Ünver'e çok teşekkür ediyorum. Bir saptama daha, özellikle bir konu tercihi yapmadım, herhangi bir konu olabilir dedim. Ancak bana hekimler hakkında uygulanabilecek en önemli maddelerden bir düştü, o da yeni Ceza Kanunu'nun 83. maddesi. Yeni kanun hemen kabulünü izleyen aşamada, yaklaşık 60'a yakın hükmünün değiştirilmiş olmasına, benim kişisel kanıma göre en az bir o kadar daha hükmümün değiştirilmesinin gerekmesine, sistematik aksaklıklarına, terimsel farklılıklara rağmen bazı konumlarda son derece olumlu, günü yakalayan

ve uyum yasaları ile amaçlanmak istenen sonuçlara ulaşılabilir nitelikte hükümler içeren bir kanun.

Konumuz tıp ceza hukuku olduğu için ve hekimin cezai sorumluluğu olduğu için, bizi ilgilendiren hükümler hekimler hakkında uygulanabilecek hükümlerdir. Yeni Kanunda soykırım, insanlığa karşı suçlar vs. başta olmak üzere, benim incelediğim 83. madde de dahil olmak üzere 11 yeni hüküm var. Bunun dışında 765 sayılı Ceza Kanunu'nda olan, kısmen ifade değişiklikleri ile yeni yasada düzenlenen birtakım hükümler de var; taksirle öldürme, taksirle yaralama, çocuk düşürme, kısırlaştırma gibi. Bu biraz önce değindiğim 11 yeni hükümden benim kişisel kanaatime göre ve bu konuda, konuyu daha ayrıntılıyı inceleyen ve doçentlik tezi yazan Hakan Hakeri de aynı kanıda sanıyorum en önemli hüküm kanaatimce veya hükümlerden biri 83. madde. 83. madde hazırlık çalışmaları sırasında olması gerektiği gibi yasalasamadı sonrasında. Ancak bununla birlikte yine de olumlu bir hüküm, bunu baştan belirtmiştik zaten. Bu hüküm birçok ülke yasasında bizde kabul edilmeden önce vardı, birçok ülkede de yargı kararları ile ihmali davranışla ölüme sebebiyet vermeye ilişkin sonuçlar uygulanmakta idi.

Bir bireyin öldürülmesi temel olarak iki şekilde gerçekleşebilir. Bunlardan birisi icrai bir hareket olabilir ki bunun ne olduğunu belirtmeye gerek yok, ikinci si de ihmali bir hareket olabilir. Örneğin bakmakla yükümlü olduğu bir yakınına bakmayan, kendisini ölüme terk eden vasi, çocuğunu ölüme terk eden anne örneklerinde olduğu gibi. Burada bu hükmün uygulanmasında öncelikle sınırları belirlemek lazım. İhmali davranış söz konusu olabilmesi için, yasadaki değişten çıkarılması gereken sonuç bireyin belirli bir şekilde davranma yükümlülüğü altında olmasıdır. Eğer kişiye, madde metninde de var, sözleşmeyle, yasayla, ya da öngelen tehlikeli hareketi nedeniyle belirli bir şekilde davranma yükümlülüğü getirilmemişse, artık ihmali bir hareketin varlığından söz edilebilmesi mümkün değildir. Bu sınırlamaları şunun için öngörmüş

MAHMUT
KAŞIKÇI'NIN
TEBLİĞİ

yasa koyucu. Şayet ihmali davranışı, icrai davranışla bağlantı kurularak yüküm sınırlandırılmaz ise, sosyal yaşam ciddi ölçüde problemlerle karşılaşır.

Örneğin bu çok klasik bir örnek, bizler de daha konuya ilişkin yasa çıkar çıkmaz yaptığımız ilk değerlendirmede bunu söylemiştik, örneğin bir plajda bulunan kişilerin o anda suda boğulan birini kurtarma yükümlülükleri var mıdır, yok mudur? Kurtarmadıkları ve bu şahıs öldüğü takdirde, bu kişilerin tümünü, hiçbir ayırım gözetmeksizin ölüm neticesinden sorumlu tutabilir miyiz, tutamaz mıyız? Buradaki problem bu. Özetle söylenebilecek olan şu; maddenin uygulanmasında herkese bu şekilde bir yükümlülük getirilirse, sosyal yaşam çekilmez boyuta gelir. Dolayısıyla biraz önce söylediğim ve teoride ve kısmen uygulamada garantör olarak adlandırılan, belirli bir icrai davranışta bulunma yükümlülüğü altında olan şahısların söz konusu olması gerekiyor. Nedir bunlar, ne şekilde olabilir? Kanundan, sözleşmeden veya öngelen tehlikeli hareketinden dolayı icrai davranışta bulunma yükümlülüğü altında kişilerdir bunlar. Kanundan dolayı icrai davranışta bulunma yükümlülüğü altında olan şahısların tipik örneklerinden biri kolluk görevlileridir, polistir. Polis Vazife ve Selahiyetleri Kanunu'na göre, bir ikincisi grupta hekimlerdir. İşte hekimlerin özel olarak ve ağırlıklı olarak ihmali davranışları nedeniyle, cezai sorumlulukların doğabilmesinin dayanağını bu düzenleme oluşturmaktadır. Bir ikinci grup sözleşme dedik. Ne olabilir bu? Belirli yerlerde, özel yasaları gereğince görev yapan güvenlik görevlileri vardır. Bu kişilerin de görev yaptıkları yerde, örneğin birinin ölümcül derecede, ölümle sonuçlanabilecek şekilde saldırıya uğradıklarını gördükleri takdirde, bunu engelleme yükümlülükleri vardır. Bu da sözleşmeden doğan bir yükümlülüktür. Dolayısıyla bu kişiler o ölümcül saldırıyı engelleme yönündeki yükümlülüklerini yerine getirmezler ise, ihmali bir davranışla ölüme sebebiyet verdiklerinden söz edilebilmesi gerekir.

Bir diğeri de bu tür yükümlülüklerin, öngelen tehlike ve hareket olarak adlandırılan garantörlük türü. Burada da tipik örneği, hocalarımızın da verdiği, örneğin kendi taksirli eylemi nedeniyle yaralanmaya sebebiyet veren kişinin bu eylemi sonrasında öngelen tehlikeli hareket olarak adlandırılan bu eylemi sonrasında, yaralanmasına sebebiyet verdiği kişiyi bir tıp kurumuna, bir hastaneye götürme yükümlülüğü vardır. İşte bu gibi durumlarda bu şahıs, bu yükümlülüğünü yerine getirmese, 83. maddede belirtilen bu aykırılık tipinin faili olacaktır kural olarak. Bir başka örnek ki bunu da teoride sıkça görüyoruz, hastasına yanlış ilaç veren bir hemşirenin, bu yanlış ilaç sonrasında hastasının ağırlaşan durumunu görmesine ve ölüm dahil belirli neticelerin ortaya çıkabileceğini öngörmesine ve görmesine rağmen, gereken tedaviyi yapmaması, ya da olayı gereken yerlere bildirmemesi, hastayı gereken yerlere iletmemesi de bunun bir diğer örneğidir.

Bu 3. fıkradaki öngelen tehlikeli eylem, hekimlere özgü bir düzenleme değildir. Ancak, hekimler hakkında da uygulanabilir. Tüm belirlediğimiz bu üç icrai davranışta bulunma yükümlülüğünü içeren hallerde, dikkat edilmesi gereken ve maddenin temel esprisi aykırılığın kasten gerçekleştirilmiş olmasıdır, yani bireyin ihmali harekette kasıtlı olmalıdır. Eğer kastından değil de ölümü istemeye yönelik bir kastından değil de, gerçek anlamda bir ihmalden bahsederseniz, bu gibi durumlarda uygulanacak olan hüküm 83. madde değil, taksirle ölüme sebebiyet vermeye ilişkin düzenlemedir. Hekimlerle ilgili olan temel hükmün ve temel sorumluluk kuralının yasadan doğduğunu söyledik. Nedir bu? Bunu biraz açmaya çalışalım, sürem de kısıtlı sanıyorum.

Öncelikle tüm hekimlerin Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nün 3. maddesi uyarınca, uzmanlık alanları ne olursa olsun gerekli bakımın sağlanamadığı olaylarda zorunlu müdahale yapma yükümlülükleri vardır. Eğer bir hastaya o anki koşullarda gerekli bakım yapılamıyor ise ve orada da bir hekim var ise, uzmanlık alanı ne olursa olsun, bu kişinin ona bakma ve

onu yetenekleri ölçüsünde yapabildiği ölçüde tedavi etme yükümlülüğü vardır Deontoloji Tüzüğü'nün ilgili maddesi uyarınca. Uygulamada fiilen hekimlik yapmamış, yapmayan ya da uzun yıllar mesleğine ara vermiş kişilerin dahi bu yükümlünün olduğundan söz edilmektedir. Bunu dışında ne söylenebilir? Yaşamı tehlikede olan bir hasta veya yaralının hastaneye kabulünde zorunluluk vardır. Bu tedavi merkezleri, kurumlar açısından söz konusu olan yükümlülükler, dolayısıyla da doktorlar, hekimler açısından söz konusu olan yükümlülükler.

Şu andaki mevzuatımız uyarınca yaşamı tehlikede olan bir hasta ve yaralı veya yaralı var ise, bu kişilerin hastaneye kabullerinde zorunluluk vardır. Bu bir mevzuat hükmüyle düzenlenmiş, Yataklı Tedavi Kurumları Yönetmeliği'nin 57. maddesindeki düzenleme, acil durumlarda gereken tedavi ve yardımın yapılmasını zorunlu kılar, gerektirir hükmünü içermekte, bu hüküm nedeniyle de gelen hasta, hastaneye kabul edilmez, gönderilir. Travma ya da başka bir sebepten dolayı da ölür ise kendisini yatırmayan hekimin sorumluluğu vardır. Uygulamada yerim yok savunması da kabul görmemektedir ki olması gereken de budur. Ama bugün ülkemiz gerçeklerine de baktığımız zaman özellikle tüm sosyal güvenlik kurumlarının birleşmesi ve üniversite hastaneleri, hatta özel hastaneler dahil her yerde tedavinin olanaklı kılınması sonrasında, ben bunu çok yakın bir geçmişte yaşadığım için biliyorum, hastanelerde acil servislerde yer bulmak mümkün değil.

Oysaki bildiğiniz gibi acil olan hastaların stabilize edilmeleri bir yükümlülüktür ve bu gerçekleştirilmedikçe, olanaklar ölçüsünde yapılabilecek gerekli tedavi yerine getirilmedikçe, bu hastaların acil servisten çıkarılabilmesi mümkün değildir. Bunun da koşulları var, stabilize edecek, gereken, imkanlar ölçüsünde yapabileceği ilk tedaviyi yapacak, sonrasında yapamayacağı bir tedavi var ise onu yapabilecek bir kurum bulacak, oradaki hekimle görüşecek, yerini sağlama alacak hastanın ve bunun yanı sıra güvenli bir nakli garanti edecek.

Ancak bu koşulları yerine getirdikten sonra mevzuatımız uyarınca acile gelen hastalar çıkarılabilir. Ama bunun da koşulu stabilize edilmesi ve gereken ilk yardımın yapılmasıdır. Sanıyorum sürem bitiyor hocam, toparlayalım. Yani o kadar söylenebilecek çok şey var ki, özellikle hekimlerin sorumluluğuyla ilgili olarak ama bu maddenin esprisi herkesin belirli bir şekilde davranma yükümlülüğünün olmadığı, bireylere ölümle sonuçlanabilecek olayları engelleme yükümünün getirilmediği, bu yükümün ancak kanundan, sözleşmeden ya da öngelen tehlikeli hareketten doğabileceği, bunun dışındaki kişilerin ölümcül bir vakada yardım etmemelerinin ise ancak özel suç tipi uyarınca bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılabilir ve bu suç kasten, ihmali hareket kasıtlı işlenebilir, eğer kasıt yok ise taksirle ölüme sebebiyet verme düşünülebilir.

Teşekkür ediyorum.

Oturum Başkanı: Evet Sayın Kaşıkçı'ya teşekkür ediyorumuz.

Şimdi tartışma bölümüne geçeceğiz, sorularınızı alacağız. Ama Hakan Hakeri bey az önce beni uyardı öğleden sonraki oturumla ilgili Prof. Dr. Metin Feyzioğlu mazereti sebebiyle katılamayacakmış. Bu nedenle tartışmaların uzayabileceğini de dikkate alarak, öğleden sonraki oturumu tek celse halinde saat 15.00'de başlatalım diye önerdi. Bilginiz olsun diye söylüyorum. Dolayısıyla öğleden sonraki oturum saat 15.00'de başlayacak. Evet, şimdi sorularınızı alıyoruz, gerçekten üç arkadaşımız da çok tartışmalı konularla ilgili tebliğ sundular. Gerek Sayın Şen'in, gerek Sayın Çınar'ın, gerek Kaşıkçı'nın uygulamada çok sık karşılaşacağımız konularla ilgili. Bu bakımdan sorularınızı tek tek tespit edelim. Evet, buradan başlayalım o zaman. Buyurun önce sizden. Kendinize tanıtın, mikrofon geliyor, kayıtlara geçeceği için. Evet, soruyu kime sorduğunuzu da lütfen belirtin.

TARTIŞMA

Mehmet İSTANBULLU (Yargıtay Cumhuriyet Savcısı): Sorumu ilgisi nedeniyle Mahmut Kaşıkçı hocama ve size ve ortaya da yönelttiğimi kabul edebilirsiniz.

Yrd. Doç. Dr. Mahmut KAŞIKÇI: Bu işin gerçek uzmanı Hakan hocamızdır ona sorabilirsiniz.

Mehmet İSTANBULLU: Sorum, kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi suçuyla ilgili. İhmali davranışla, kasten öldürme suçuna kalkışma olanaklı mıdır? Sorum bundan ibaret.

Teşekkür ederim.

Oturum Başkanı: Başka? Evet, soruları önceden kaydedelim, sonradan cevaplayalım daha iyi olur.

Buyurun, Yener Ünver beyin sorusu var.

Doç. Dr. Yener ÜNVER (Yeditepe Üniversitesi): Ben soru sormayacağım ama Ersan beyin konusunda atıf yapması dolayısıyla kısa açıklama yapacağım, fazla uzun sürmeyecek.

"Deney suçuyla ilgili Yargıtay uygulaması var mı?" dedi. Güncel, taze bir olay var ama henüz yargı önünde onun için detaya girmeyeceğim. Çünkü her gelen Yargıtay'a haddini bildiriyorlar(!) ve henüz yargılanan eylemlerle ilgili basında sürekli yönlendirici açıklamalar yapıyor. Bu aynılıştır. Biraz bekleyelim, bence susalım. Çünkü Yargıtay kararını versin. Ki umarım Yargıtay önüne de gelir bu olay. Şimdi anlatacağım niye gelir mi gelmez mi? diye ve Yargıtay içtihatını oluşturur umarım. Bence yargının son sözünü söylemesini bekleyelim çünkü televizyona çıkmaya çok meraklı hocalarımız var. Basın da körüklüyor bunu, adliyeye karşı suçlar yokmuş, Basın Kanunu'nda hüküm yokmuş gibi, hükmü de kuruyorlar, cezayı da veriyorlar ya da beraat kararı da veriyorlar. Bu basın aracılığıyla yapılan değerlendirmeler kamuoyuna pompalanıyor, Yargıtay'a adeta emrediyorlar, direktif olarak böyle bir

karar ver diye. Bence bekleyelim, taze bir olay, Yargıtay'ın önüne gelir umarım veya bu oluşturulur, çünkü önemli olay.

Bir yıl kadar önce, Trabzon'da, Karadeniz Teknik Üniversitesi'nde kamu görevlisi bir doktor, Çin'den bir kanser hastası üzerinde, ilaçla bir ilgisi olmayan, kanser ilacı olmayan bir ilacı bir yıllık bir süre uygulanmış, Alman meslektaşlarımız için belki kısa bir açıklama yapabiliriz. Bir suçun faili, kamu görevlisi olduğu zaman Savcı doğrudan harekete geçemiyor, özel bir yasa var 4483 sayılı kanun. Türkiye'de, bu özel yasa gereği savcılığa bir izin verilmesi gerekiyor. Problem çıktı, "acaba bu kamu görevlisi hakkında soruşturma açılmalı mı, açılmalı mı?" diye Danıştay'ın bu konudaki ilgili dairesi suçu nitelendirdi, kendisi tavsif etti, suç görevin suistimali suçudur diye. Danıştay'ın ilgili dairesi, lüzüm-u muhakeme vererek, soruşturma yapılsın, Savcı işe el atsın, araştırsın dediği kararında suçu suistimal suçu alanına çekti ve oradan izin verdi. Şimdi soruşturuluyor. Yargının sonucunu biz de çok merak ediyoruz. Herhalde Yargıtay bu konuda çok hassas davranacaktır, iyi bir karar verecektir, sadece bilgi olsun diye açıkladım.

Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Henning ROSENAU: Çok teşekkürler. Ben Augsburg Üniversitesi'nden Rosenau.

Sayın Şen'e bir sorum olacak. Rızadan bahsederken klinik deneyler için aydınlatılmış rızayı aldıktan sonra neredeyse her şeyin yapılabileceğini söylediniz, ancak yasanın kısıtlama getirdiğini de söylediniz. Sayın Schroth gibi özerkliği en üstün değer olarak görmemiz ve her şeyden önce tutmamız mutlak bir çözüm gibi gelebilir, ama dünya tabipleri bunu böyle kabul etmiyor. Hatta Biyotıp Sözleşmesi'nde de bu kabul edilmiyor ve ön koşul olarak olumlu bir risk fayda değerlendirilmesi koşuluyla. Aksi takdirde tıbbi bir deney hekimlerce kabul edilemez. Bu durum tıbbi deneylerde bir nebze paternalizme neden olsa da bence bu gerekli ve zorunludur.

TARTIŞMA

Burada da risk fayda analizi yapılıyor mu? Çocuklarla ilgili deneylerden de bahsettiniz.

Belki tam olarak anlayamadığımız bir konuyla ilgili soru sormak istiyorum. Çocukların yararına deneyler yapılabilir mi? Yani tüm çocukların yararına minimum risk içerecek şekilde çocuk üzerinde deney yapılmasını mümkün kılan bir düzenleme var mı? Biyotıp Sözleşmesi'nde böyle bir şey öngörülüyor, bu arada Almanya bu düzenleme nedeniyle sözleşmeyi henüz imzalamadı. Ancak, kabul etmeliyiz ki, aynı düzenleme Avrupa Birliği direktifi nedeniyle İlaç Kanunuyla birlikte ülkemizde yürürlüğe konuldu.

Sayın Çınar'a bir sorum olacak. 316. maddede korunan hukuki yarar olarak yaşam hakkı, vücut bütünlüğü ve mal ve mülkün korunmasından bahsettiniz. Almanya'da görüş farklı. Azınlık farklı bir şey söylese de, çoğunluk korunan hukuki faydayı birincil olarak genel trafik güvenliği olarak görüyor. Yani korunan hukuki fayda bireysel değildir toplumsaldır. Bu nedenle bireyin rızası burada uygulanamaz. Bu bir ekleme idi. Alman hukuk öğretisi ve içtihat suç unsurunu sizin anladığınızdan daha farklı yorumluyor. Tabi ki yaşam hakkı da dolaylı olarak korunmuş oluyor.

Teşekkür ederim.

Herzlichen Dank. Rosenau, Universität Augsburg. Ich habe zunächst eine Frage an Herrn Şen. Sie haben von der Einwilligung gesprochen und dann erwähnt, man könnte nach der aufgeklärten Einwilligung möglicherweise alles machen, aber wohl nach ihrem Gesetz auch doch nicht. Wenn man die Autonomie nun an oberster Stelle setzt und sie über alles achtet, könnte man... Ach so, dann fange ich nochmal an. Sie haben von der Einwilligung gesprochen für die klinischen Versuche, dann überlegt, ob man tatsächlich alles machen könnte, wenn man aufgeklärte Einwilligung hat. Wenn man, die Herr Schroth, die Autonomie sehr hochhängt und über alles stellt, wäre das zwar fast eine konsequente Lösung, die wird aber in der Aerzteschaft weltweit nicht akzeptiert und ist, glaube ich,

nicht in der Biomedizinkonvention akzeptiert, sondern braucht gleichwertend als Vorraussetzung eine positive Nutzen-Risiko-Abwägung, sonst heisst es, ist ein medizinischer Versuch ärztlich nicht vertretbar. Ich halte das auch für notwendig und zwingend, auch wenn wir ein Restpaternalismus in den medizinischen Versuchen dann behalten. Meine Frage ist das bei Ihnen auch so geregelt, dass eine positive Nutzen-Risiko-Abwägung haben? Sie haben dann die Forschung an Kindern angesprochen. Da wollte ich nur nachfragen, was vielleicht nicht ganz klar bei uns angekommen ist, ob sie die Regelung haben, dass man fremdnützige Forschung an Kindern machen kann? Fremdnützige Forschung, wenn das den Kindern als solchen zugute kommt, unter der Vorraussetzung eines minimalen Risikos. So sieht es die Biomedizinkonvention ja, wobei Deutschland wegen dieser Regelung diese Biomedizinkonvention bis heute nicht unterzeichnet hat. Obwohl, das muss man einräumen, genau die gleiche Regelung über eine europäische Richtlinie jetzt bei uns im Arzneimittelgesetz Gesetz geworden ist. An Herr Çınar, hätte ich eine Anmerkung, sie haben bei Paragraph 316 das Rechtsgut im Schutz des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit und auch des Eigentums verankert. Das würde in Deutschland nicht so vertreten werden. Es gibt Stimmen, aber die Mehrheit sagt, darauf kommt es bei 316 nicht primär an, sondern Schutzgut ist die allgemeine Sicherheit des Strassenverkehrs. Es ist also kein Rechtsgut des Individuums, sondern ein Rechtsgut der Allgemeinheit, weswegen auch der Einzelne nicht einwilligen könnte. Also das wäre nur sozusagen eine Ergänzung. Da würden die deutsche Rechtslehre und Rechtsprechung den Tatbestand etwas anders verstehen, als sie ihn verstanden haben. Natürlich kommt es dem Schutz des Lebens zugute, aber das wäre eher ein Reflex.

Danke.

Prof. Dr. Ulrich SCHROTH: Bu konuyla ilgili izninizle bir şey söylemek istiyorum. Özerkliği üstün olarak görmemden bahsettiniz. Kısmen yanlış anlaşıldığımı düşünüyorum. Bu bazı hallerde geçerli, her hal için geçerli değil. Gördüğünüz gibi talep üzerine öldürmeden sizden farklı bir bakış açım

TARTIŞMA

var. Bence bazı hallerde farklılaştırma ölçütleri gereklidir, bu nedenle tedavi amaçlı denemede, insan üzerinde deneyde, maliyet etkinliği analizi gerektiğini düşünüyorum. Bu soruyu Sayın Şen'e yöneltmek istiyorum. Alman hukukunda insan üzerinde deney ve tedavi denemesi ayrımı yapıyor. Açıklamalarınızda bu eksik kaldı.

Tedavi denemesi somut hastaya yarayan bir şeydir. İnsan üzerinde deney tedavi amacından tamamen bağımsızdır. İnsan üzerinde deney için gerekenler tedavi denemesinden daha sıklıdır. Acaba Türk hukukunda insan üzerinde deney veya tedavi amaçlı deneme arasında bir ayrım var mı? Bence bu çok yararlı, çünkü bununla hasta vatandaşların verdiği kararların akılcılığı ön planda oluyor. Sayın Çınar'a bir sorum var, ilk soruyu Sayın Rosenau sordu. Daha doğrusu bir katkım var. Evet, Alman Karayolu Trafığı Kanunu'na göre 1.1 promilde mutlak anlamda araç kullanma ehliyetinin olmadığı doğrudur. Alman hekimler daha da ileriye gidip 1 promilde araç kullanma ehliyeti yoktur diyor. Hukukçular da bunu esas alıyor. Ölçüm belirsizliği olduğu için "1.1 promil" deniliyor. Ama Alman hukuku, karayolu trafiğini ceza hukukuyla da koruyor.

Mutlak araç kullanma ehliyeti kavramının yanında nispi araç kullanma ehliyeti kavramı da var. Nispi araç kullanma ehliyeti 0,5 promilde sona ermiyor. 0,3 ila 1,1 promil arasında sona eriyor. Yani trafikte zigzag çizerek veya gereksiz yere ani frenleyerek araç ehliyetini kaybettiğinizin işaretini verirken, 0,4 promille de ceza alabilirsiniz. Sizce bu anlamlı değil mi? 0,5 promille ilgili bir ekleme yapmak istiyorum. 0,5 promil Almanya'da Kabahatler Kanunu'nda da var. Yani 0,5 ile araç kullanırsanız idari para cezası alabilirsiniz. Bunun için kanıt toplamaya gerek yok, hatta ehliyete de el konulabilir. Terk suretiyle öldürme konusuyla ilgili son bir sorum var. Bu maddeye sadece hekimler mi tabi? Doğru mu anladım? Almanya'da yardımda ihmal de mümkün, öyle mi, o zaman bu sorumu geri çekiyorum.

Tesekkürler.

Ja, ich darf vielleicht gleich zu dem Punkt etwas sagen, dass ich die Autonomie an aller oberster Stelle setze, weil ich fühle nicht jetzt jedenfalls partiell missverstanden. Das gilt für bestimmte Bereiche, aber nicht gewissermassen für alle Bereiche. Wie sie gesehen haben, nehme ich bei der Tötung auf Verlangen einen etwan engeren Standpunkt ein als Sie. Für mich sind in bestimmten Bereichen Rationalitätskriterien erforderlich, und deswegen bin auch ich der Meinung, dass was den Heilversuch, Humanexperimente, angeht, eigentlich eine Kosten-Nutzen-Abwägung notwendig ist, und das ist nun eine Frage, die ich gern Herrn Şen stellen möchte, was ich vermisst habe in ihren Ausführungen war eine Differenzierung, die im Deutschen Recht üblich ist, soweit man es mit Humanexperimenten zu tun hat, wir unterscheiden nämlich zwischen dem Humanexperiment und dem Heilversuch. Der Heilversuch ist etwas was für den konkreten Patienten beispielsweise nützlich ist. Humanexperiment ist völlig unabhängig von einem therapeutischen Nutzen. Die Anforderungen an die Humanexperimente sind wesentlich enger, als die Anforderungen an den Heilversuch. Und die Frage, die ich an Sie hätte, wäre, ob vielleicht auch im Türkischen Recht, es diese Unterscheidung gibt zwischen Humanexperiment und Heilversuch. Ich persönlich würde die für sehr nützlich halten, weil gerade wenn man den Aspekt Rationalität der Entscheidung von Patientenbürgern eigentlich in den Vordergrund stellt. Ich habe eine zweite Frage an den Herrn Çınar, also die eine haben Sie schon gestellt, Herr Rosenau, oder beziehungsweise vielleicht ein Hinweis auch. Es ist richtig, dass das deutsche Strassenverkehrsrecht sagt mit 1.1 Promille ist man fahruntauglich, absolut und immer, wobei die deutschen Mediziner gehen sogar ein Stück weiter, die sagen sogar ab 1 Promille, das haben auch die Juristen aufgenommen. Es gibt nur eine Messungenauigkeit, und deswegen stellen wir ab 1.1. Aber das deutsche Recht schützt auch den Strassenverkehr noch sehr viel weiter, und zwar auch mit Strafrecht. Wir haben nämlich neben dem Begriff der absoluten Fahruntauglichkeit den Begriff der relativen Fahruntauglichkeit. Und der beginnt nicht erst bei 0.5, sondern er beginnt bei 0.3 bis zu 1.1. Das heisst, wenn man An-

TARTIŞMA

zeichen zeigt im Strassenverkehr, dass man nicht in der Lage ist ein Fahrzeug zu führen, beispielsweise schlängelfährt, oder völlig unmotiviert bremst oder ähnliches, dann kann man bereits wegen fahruntauglichem Umstand, mit dem Promillewert 0.4 bestraft werden. Und meine Frage wäre an Sie, ist das nicht sinnvoll, wobei ich noch eine Anmerkung machen möchte zu der 0,5 Promille. Die 0,5 Promille gibt es in Deutschland auch, aber nur im Rahmen des Ordnungswidrigkeitsrechtes. Man kann also Geldbusse verhängen als Strafe, wenn man mit 0,5 Promille fährt, und zwar ohne weitere Beweiserhebung. Dann sogar noch ein Fahrverbot verhängen. Und ich habe noch eine dritte Frage zu dem Thema Tötung auf Verlassen. Hab ich das richtig verstanden, dass dieser Paragraph nur erfüllt werden kann, von Aerzten? Also in Deutschland ist die unterlassene Hilfeleistung auch möglich, wenn achso... Also ich kann die dritte Frage auch weglassen. Ok...

Gülsün AYGÖRMEZ (Bielefeld Üniversitesi): Sayın Ersan Şen beye bir sorum olacaktı. Kendisi akıl hastalarında özellikle deney yapılması konusunda rızalarına ilişkin bir hükmün özel hükümlerde yer almadığını söyledi. Ancak, genel hükümlerde rızaya ilişkin bir düzenleme var. Dolayısıyla neden genel hükümlerdeki rızaya ilişkin bu düzenlemenin, özel hükümlerde deney için de geçerli olmayacağını düşünüyor kendisi?

Teşekkür ediyorum.

Ziynet ÖZÇELİK: Ben de Sayın Şen'e bir soru yöneltmek istiyorum: TCK'nın 90 maddenin, 4. fıkrasında bu denemeye ilişkin düzenlemede bilimsel yöntemlere uygun tedavi amaçlı denemeden söz ediyor. Çok yaygın bir uygulamadan ben söz ederek sorumu yöneltmek istiyorum. Şimdi tıpta endikasyon dışı ilaç kullanımı diye bir olgu var. Bu da ilacın ruhsatında belirtilen hastalıkların dışında, başka bir hastalık için ruhsatlı ilacı kullanmak anlamında. Sağlık Bakanlığı'nun, şimdi bilimsel yöneme gireceğim, Sağlık Bakanlığı bu endikasyon dışı ilaçların kullanımına ilişkin bir tebliğ çıkarıyor, bunu yeniliyor zaman zaman.

Şimdi özellikle göz hekimliği alanında, göz hekimlerinin çok yaygın bir uygulaması var. O da şu: bazı özellikle enfeksiyonlarda, endikasyon dışı ilaç kullanıyorlar. Ama Sağlık Bakanlığı'ndan izin almadan yapıyorlar bunu. Nedeni de şu: Sağlık Bakanlığı'nun izin prosedürü ve kurulların toplanma süresi uzun. Oysa enfeksiyon çok hızlı ilerlediği için o kurul toplanıp da izin alınmaya kadar bilinen ilaçlarla da zaten deneme yapıyor sonuç alınamıyor. O nedenle de bunu atlıyorlar ve hızla bu ilacı kullanmaya tercih ediyorlar. Şimdi bu durumda eğer bilimsel yöntem, hani ilgili yetkili makamlar tarafından tespit edilen yöntemse, Sağlık Bakanlığı'nın uymuyor. Bu davranışı hekimler bize sıkça yönelttikleri için 90. madde kapsamında değerlendirmek olanaklı mı? Ne düşünüyorsunuz?

Teşekkür ediyorum.

Recep Aydın GÜLEÇ (Sağlık Bakanlığı Hukuk Müşaviri): Sorum Sayın Şen'e. Türk Ceza Kanunu'nun 90. maddesine, daha sonra 5328 sayılı kanunla eklenen hükümlerle çocuk üzerinde bilimsel deney mümkün hale getirildi. Şimdi buna göre yetişkinlerdeki şartların yanında onlar arıyor, küçük rızasını açıklayabiliyorsa küçüğün rızası, onun yanında da ana ve babasının birlikte veya vasisinin rızası arıyor. Şimdi ilaç araştırmaları çok büyük bir gerçek bu ülkede ve insan üzerinde bilimsel araştırma dediğimiz konunun büyük kısmını ilaç araştırmaları oluşturuyor. Uluslararası ilaç devlerinin ilaç araştırmalarını genellikle 3. dünya ülkelerinde yapmayı tercih etmeleri ve maddi bakımdan zorluk içinde bulunan ana babaların mali imkanlarla kolayca etkilenebilmelerini göz önünde bulundurduğumuzda, acaba Türk Ceza Kanunu'nun 90. maddesinin 3/B bendinde yer alan ana babasının rızası veya vasisinin rızası yeterli midir? Yoksa bu rıza ayrıca hâkimin onayına da tabi tutulmalı mıdır?

Teşekkür ederim.

TARTIŞMA

Av. Zübeyde KAMALAK: TCK'da 179. maddedeki suçla ilgili Ali Rıza Çınar beyefendiye soruyorum. Bu suçu işleyenlerin kan tahliline kadar geçen sürede bu oran düşerse, birin ölümüne sebep olmuşsa, "yasadaki limit aşılmamıştır" diye cezalandırılmayacak mıdır? Diye soruyorum. Misafirimiz de Alman Trafik Kanunu'nda değil, ceza hukukunda düzenlendiğini ve 0.4'le bile cezalandırıldığını belirtmişti. Yani orada bir negatifiğe doğru, az bile olsa bir cezalandırma var. 0.4'le 0.5'le bile bir cezalandırma var. Burada ise 0.50 oluşmamıştır diye cezalandırılmayabilir mi?

Teşekkür ederim.

Doç. Dr. Mustafa Ruhan ERDEM: Benim iki sorum var. Birisi değerli meslektaşım Ersan Şen beye, diğeri ise, değerli meslektaşım Ali Rıza Çınar'a.

Ersan Beye sormak istediğim soru 90. maddenin 5. fıkrasıyla ilgili. Deney sonucunda eğer mağdur yaralanmış ve ölmüşse, bu takdirde bu suçlardan dolayı da ayrıca ceza aktarılıyor. Burada iki tane problem ortaya çıkıyor. Birincisi sadece kasten öldürme ve yaralamadan dolayı cezalandırılacağı doğrultusunda bir hüküm var. Acaba taksire dayalı sorumluluğun koşulları hiçbir durumda gerçekleşemez mi veya gerçekleştiği takdirde buna rağmen yine de kasttan dolayı mı cezalandıracağız biz faili? İkincisi de buradaki düzenlemeler acaba teşebbüs açısından nasıl değerlendirilecek, yani bu suçların teşebbüs aşamasında kalması durumunda sadece deneyden dolayı mı ceza verilecek, yoksa ilgili suçlara teşebbüs nedeniyle de fail cezalandırılabilir mi?

Ali Rıza Beye sormak istediğim şey de şu: Siz tabii trafik güvenliğini tehlikeye düşürme suçunun soyut bir tehlike suçu olduğunu söylediniz. Tabii beraberinde eğer zarar da gerçekleşirse, mesela trafik güvenliğini tehlikeye düşüren kişi bir kişinin ölmesine veya yaralanmasına da yol açar ise bu takdirde yerine göre kasten veya taksirle öldürme ve yaralama suçları da gündeme gelecek. Şimdi bu durumda acaba tra-

fik güvenliğinde tehlikeye düşürme suçu ile kasten öldürme veya yaralama veya duruma göre taksirle öldürme veya yaralama suçları arasındaki ilişki ne olacak? Acaba bir de ayrıca trafik güvenliğini tehlike düşürmek suçundan dolayı da faili cezalandırmak gerekecek mi?

Teşekkür ediyorum.

Ali İhsan ERDAĞ (Kırıkkale Üniversitesi): Benim sorum da değerli hocam üstad uygulayıcımız Ali Rıza beye olacak. Aslında tebliğini yakından takip ettik. Bana göre tebliğin önemli kısmı maalesef zaman darlığından fazla gündeme gelemedi, keşke oraları paylaşabilseydi Hocam. O yüzden kendisine bir anlamda da müsaadesine fırsat vermek için bu soruyu soruyorum. Şimdi 50 promil ve üzeri idari yaptırımla karşılık bulan bir kabahat, kuşku yok. Kanun yeni çıktığı zaman madem 50 promili geçti, yaptırım sahasına girdik, aynı zamanda 179'dan işlem yapılınsın diye savcılıklara sevkler yaşandı. Halbuki 179'un cezalandırdığı hocamın da çok güzel anlattığı gibi sadece alkollü olarak araç kullanmak değil, alkollü olarak emniyetsiz şekilde araç kullanmak.

Ondan sonra şu denildi: Özellikle avukatlar, müdafiler tarafından, *"kişi vardır yarım bardak bira ile araba kullanamaz hale gelir, kişi vardır Ali İhsan hoca gibi iki şişe rakı içer, yine de araba kullanır."* Hiçbir zaman araba kullanmadığım için böyle bir derdim olmadı. Ancak kişiden kişiye değişen, kişinin alkole mukavemeti kişiden kişiye değişir. Alman uygulaması bununla uğraşmaktan bıkmış, ben demiş herkese göre ceza hukuku uygulaması yapamam, o kesin ehliyetsizlik sınırı belirlemiş, 150, daha sonra herhalde bünyeler zayıfladığı için alkole mukavemette 130, daha sonra 110 şu anda. Bizde de böyle bir ihtiyaç var hocam bunu da vurguladı.

Benim sorum şu: şimdi adli tıpçılar bir yerde toplantı yapıyor, ceza hukukçuları bir yerde, Yargıtay başka bir yerde. Herkes aynı konuda hemfikir. Ne zaman bir araya gelip bu konuda bir promil belirleyecek. Yani Almanya'da hiçbir adli

TARTIŞMA

tıp kurumu ben bunu belirleyeyim diye kendi kendine harekete geçmemiş. Alman Yüksek Mahkemesi, 50'ye yakın ihtisas kurumuna ve birbirlerinden habersiz ve bağımsız olarak yazı yazmış, hepsinden gelen raporların ortalamasını almış. O kurumlarda bunları belirlerken bir kişiyi 150 promillik sarhoş yapayım acaba kullanıyor mu? Ya bakmazdan önce, önceki yıllarda olan trafik kazalarına bakmış. Hangi promillerde kaza yapılıyor? Hangi promillerde ölümlü kaza var? Hangi promillerde yaralanmalı kaza var? Geçmişe bakılmış, daha sonra da dediğim deneyler de yapılmış. Yani kişi kaç promilde ne kadar emniyetsiz kullanıyor? Şimdi eğer biz bu akli tek yolda buluşturamazsak, herkes bir fikir söylerse uygulama nasıl yapıyorsunuz? Sorum bu; şu an nasıl uyguluyorsunuz?

Doç. Dr. Gürol CANTÜRK (Ankara Tıp Fakültesi, Adli Tıp Anabilim dalı): Ben Savcı beyin görüşlerinin bir kısmına katılıyorum. Bir de ek yapmak istiyorum. 179'a 3. maddede sadece alkol düzeyine bakarak böyle bir karara varmanın doğru olduğunu düşünmüyor. Alman Yargıtayı'nın da yıllar içinde nasıl 1.5 promilden, 1.1'e indiğini de anlayamadım açıkçası. En sonunda çare bulamayıp böyle bir yola mı gitmişler. Çünkü Savcı beyin de söylediği gibi klasik tıp bilgisinde aynı düzeyde alkol alan farklı kişilerde farklı belirtilerin görüldüğü biliniyor. Aynı kişinin aynı düzeyde alkolle farklı zamanlarda çok farklı belirtilerinin olduğu da biliniyor. Öyleyse sadece ham düzeyine bakarak nasıl bir karar vereceğiz. Böyle bir kararın verilmemesi gerekir. Peki, ne olacak? Yapılması gereken kişilerin eğer alkol tespit edildiyse bir muayeneye gönderilmesi, bu muayenenin de nörolojik muayene olması yani kişinin denge, koordinasyon gibi belirtilerinin görülmesi. Yani 350 mg/desilitre ya da 3.5 promille ölen insan var, dolaşan insan var.

Teşekkür ederim.

Esra ALAN (İstanbul Kültür Üniversitesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Araştırma Görevlisi): Benim sorum da Sayın hocam Ersan Şen'e olacak. İki tane soru yönelteceğim izni-

nizle. İlk sorum 90. maddede ve Türk Ceza Kanunu'nun Tanımlar başlıklı 6. maddesinde deney ve denemenin tanımı yapılmamıştır. Ayrıca yine deney veya denemenin ne amaçla ilgili yapılacağına ilişkin bilgi yok. Bu sizce bir eksiklik midir? İkinci sorum da yine 90. maddenin, hocamın da belirttiği gibi, insan üzerinde deneyi düzenlediğini biliyoruz. Ölüler bu anlamda bu madde kapsamına girmemektedir. Bu bağlamda bir ölünün kısmen veya tamamen cesedi üzerinde veya kemikler alınarak deney veya denemeye konu edilmesi durumunda 90. madde içinde ele alınmadığına göre insan üzerinde deney suçu oluşmayacaktır. Acaba bu bağlamda ölünün hatrasına hakaret suçu oluşur mu?

Çok teşekkür ederim.

Doç. Dr. Faruk TURHAN (Süleyman Demirel Üniversitesi): Benim sorum Ali Rıza Çınar beye. Tebliğinin en son kısmında, son paragrafında Ceza Kanunu'nun 179/3'den mahkumiyet halinde Ceza Kanunu 53/6 uyarınca sürücü belgesinin geri alınmayacağını haklı olarak belirtiyor. Tabii bu konuda alkollü araç kullanma halinde Karayolları Trafik Kanunu'na göre de elbette sürücü belgesinin geri alınmasına ilişkin düzenlemeler var. Yani bu gibi hallerde sürücü belgesinin tamamen geri alınmayacağına ilişkin bir husus yok. Benim sormak istediğim burada spesifik olarak Kabahatler Kanunu'nda da m. 15/3 var. Bir suç hem kabahat, hem de suç oluşturursa, sadece suç nedeni ile yaptırım uygulanacak. Acaba böyle bir durumda, yani alkollü araç kullanmak hem kabahat hem de Ceza Kanunu m. 179/3 olunca Kabahatler Kanunu'na göre sürücü belgesinin geri alınması doğru mu? İki arasındaki bu bağlantıyı merak ediyorum.

Teşekkür ediyorum.

Barış ATLADI (Bayreuth Üniversitesi, Almanya, Doktora Öğrencisi): Benim sorum Türk Ceza Kanunu'nun 83. maddesiyle ilgili sunum yapan Mahmut Kaşıkçı hocaya ve belki onun yönlendirmesi ile Hakan Hakeri hocaya. Öncelikle

TARTIŞMA

Türk doktrininde de bir yaklaşım var: Böyle bir düzenlemenin, ihmali suçların niçin genel hükümler altında düzenlenmediği ve direk insan öldürmeye ilişkin düzenlemeye gidildiği yönündeydi. Çünkü bütün suçlar ihmali şekilde, yani en azından birçok suç ihmali şekilde işlenebilecek suçtur. Niçin birçok hükümde Alman Ceza Kanunu'ndan faydalanılmış da bu hükümde Alman Ceza Kanunu'nun 13. maddesindeki gibi düzenlemeye gidilmemiş ve orada genel hükümler altında bu düzenlenmemiş. Türk doktrininde de dile getirilen bir görüş bu. İkincisi de bunun uygulanması ile ilgili bir soru.

Hekimlerin şu aralar benim takip edebildiğim kadarıyla başında sallanan "Demoklesin Kılıcı" gibi 83. madde. Hekimlerin tedaviyi durdurması ya da almaması halinde, ihmal suretiyle kasten insan öldürmeleri söz konusu olabilir. Dün de burada bir hekim beyefendi mesela "do not resuscitate" uyguladıklarını ve bunu yasal olarak uyguladıklarını düşündüklerini belirttiler. Kişinin, hastanın iradesi sorulmadan, varsayılan iradesine dahi başvurulmadan bu şekilde bir uygulama, aslında bu hekimlerin, bu uygulamayı yapan hekimlerin tedaviyi keserek insanları ölüme terk eden hekimlerin ihmal suretiyle kasten insan öldürmesi anlamına gelmez mi? Bir de son olarak çok kısa bir şey söylemek istiyorum. Mağdurun tedaviye rızası hekimin tıbbi eylemini meşru kılan önemli unsurlardan birisi. Dünden beri de Alman akademisyenler otomiyi bu yönde sürekli vurguluyorlar. Türk yaklaşımında hekimin hakkının uygulaması, yani hekimin hekimlik mesleğini icrasından kaynaklanan bir hukuka uygunluk nedeni olduğu varsayılıyor. Siz ne düşünüyorsunuz bu konuda? Yani hekimin tıbbi eylemini meşru kılan mağdurun rızası mıdır, hastanın tedaviye rızası mıdır, yoksa hekimin hekimlik mesleğini uygulaması hakkı mıdır? Çok teşekkür ederim.

Doç. Dr. Ali Rıza ÇINAR: Özellikle tüm soru soran katılımcılara teşekkür ediyorum. Çünkü hazırladığım tebliğin belki % 1'ini ancak açıklayabildim. Bu açıklamalardan, bu soruların gelebileceği doğaldı. Gerçekten güncel bir suç diyebil-

riz bu Ceza Kanunu'na da yeni girdiği için. Öncelikle sorulus sırasına göre yanıtlamaya çalışacağım soruları. Değerli bilim adamları Alman bilim adamlarının katkı olarak belirttikleri konuya değinmek istiyorum. Alman Yargıtayı'nın en son kararı 1990 tarihlidir. Sanıyorum biraz süratli konuştuğum için, çevirilerden belki yanlış bilgiler verildiği için de belki yanlış anlamalar olabilir. Bir kere o 1.1 promil ile ilgili kararın Türkçesi de ve Almancası da Almanca orijinal Yargıtay'dan aldığım kararı da burada ve şu anda tüm Almanya'da geçerli olan, Sayın İhsan bey, diğer arkadaşlarımız da belirtti, genellikle yakınma şu şekilde onlarda da: Hangi promil derecesinde kesin güvenli şekilde araç kullanma yeteneği ortadan kalkar? Bu tespit edilemediği için çok güçlükler çekilmiş.

En sonunda ülke çapında uygulama birliğini sağlamak için ve bu konuda tıp bilimi, biyoloji ve istatistikler gözetilerek yapılan tüm araştırmaların sonucunu Yargıtay değerlendirmiş ve bunu değerlendirirken de değerli katılımcılar, şunları gözetmiş, kararında aynen öyle diyor: Diyor ki, *"Tıp bilimi, biyoloji bilimi, istatistikler bilimsel verilerin hepsi birlikte, bütüncül olarak değerlendirdiğinde ve bugün tıp biliminde %0 1 gr, 1 gr alkol var ise kanda, kesin her koşulda herkesi etkileri. Güvenli bir şekilde araç kullanma yeteneğini 1 gr kaldırır."* Değerli meslektaşımız da onu söyledi ve doğru, tıp bunu belirlemiş. Yalnız Alman Yargıtayı, tıp bilimi belirlemiş, sapmaları gözeterek buna belirli bir kesinlik payı ilavesi yapıyor ve o kesinlik ilaveleri yaparak önce 1,5, daha sonra 1,3, en sonunda şu anda geçerli olan 1,1'i belirlemiş. Bunu belirlerken de böyle rakamların düşme nedeni de bir şeyi gözetmiş son Yargıtay kararında. Diyor ki, *"Trafikteki yoğunluklar artmış, araçlardaki teknik olanaklar gelişmiş, daha süratli araçlar çıkmış trafiğe. Otobanlarda yine trafik yoğunluğu artmış, güvenli sürüş yeteneği için aranan yetenekler, istekler artmış talepler. Çünkü bu tür yoğun bir trafikte araç kullanılırken, bir kişiden beklenen yetenekler, yetiler daha fazladır."* Bundan dolayı rakamları düşürmüş.

TARTIŞMA

İkinci bir olay, düşürme nedeni de, laboratuvarlar daha önce çok sapmalar belirleniyormuş tespitlerde. Laboratuvarlardaki incelemeler daha hassas hale gelmiş, teknik gelişmiş bilimsel ve bundan dolayı rakamların zamanla düştüğünü ve şu anda da 1,1 rakamının Alman Yargıtay'ı tarafından verildiğini söyleyebiliriz, ülke çapında birlik. Şimdi diğer konuya değinemedim zaman olmadığı için, 1,1 ve üzeri olunca Alman Yargıtay'ı kararına göre başka hiçbir araştırma yapılmıyor. Kanında böyle bir miktar alkol bulunan kişi kesin olarak bu suçu işlemiş olarak kabul ediliyor. Diğerleri ne olabiliyor? Şimdi bu kesinlik sınırı ve aynen kararda şöyle diyor: Ceza davasında araç kullanma yeteneğinin kesin olarak kaybedilmesine neden olan kanundaki alkol değerinin alt sınırının belirlenmesine dair Alman Federal Yargıtay kararı. Araç sürücüleri kanda 1,1 promil alkol bulunması durumunda araç sürme yeteneğini kesin olarak kaybederler.

Yine Alman Yargıtay'ının içtihatlarına ve öğretideki görüşe göre, Almanya'da bazıları az da olsa 0,2'den başlatmış, çoğunlukla da 0,3'den itibaren %0 0.3'den itibaren, kişilerde alkolün sürüş yeteneğini etkileyebileceği kabul edilmiş ve bunun saptanması ise göreceli olarak kabul ediliyor arkadaşlar. Yani göreceli olarak 0,3'den itibaren 1.1'e kadar sürme yeteneğinin, güvenli sürme yeteneğinin kaybedilebileceğini, yalnız bunun kanıtlanmasının çok zor olduğu için Almanya'da 0.3 ile 1.1 arasındaki alkollü araç kullanmalarda cezalandırma oranı çok çok düşük, çünkü kanıtlanması zor. Nasıl kanıtlanacak bu? O anda sürücü yakalanır yakalanmaz bireysel olarak araştırma yapılacak. Değerli bir arkadaşımız bahsetti, hem onun sorusuna da yanıt, kişinin o andaki yürüme şeklinde, biçimlerinden tabii bunu adli tıp, işte bu bilim dallarındaki kişiler araştırarak o anda, araç kullanmadaki zigzaglar, yürürken sallanması sürücünün, bu tür dışa yansıyan davranışları gözetilerek 0.3 ile 1.1 arasında da göreceli olarak sürüş yeteneğinin kaybedileceği kabul edilmektedir ve diğer bir arkadaşlarımız sormuştu, şimdi soru en çok bana geldi diye altı

tane, birlikte aslında yanıtlamaya çalışıyorum burada birkaç arkadaşın sorusu da bu şekilde yanıtlanmış oldu.

Alkol oranının tespitiyle ilgili bir arkadaşımız kandaki şeyi sordu. Alkol oranının saptanması Alman Yargıtay'ı kararına göre de fiilin işlenme zamanında, eylemin işlenme zamanındaki alkol oranı önemli, yani aracın kullanıldığı andaki alkol oranı. Ama bu nasıl oluyor? Alkol, daha sonra götürülüp tespit ediliyor. Federal Alman Yargıtayı bu kararını çevirdim, orada da var 1.5 saat sonra alkol alındığı tespit ediliyor. Yalnız geriye dönük hesaplama yöntemi var. Bu da Türk tıp bilimcileri ve bütün Avrupa tıp bilimcileri kabul ediyor, 0.15 promil her saatte azalma oluyor vücutta. Geriye dönük hesaplama sistemi de ona göre suç anındaki alkol oranının tespitine yapıyor. Bizdeki uygulama ile ilgili sorulmuştu. Bizdeki uygulamada şu anda Adli Tıp ve öyle bir sürüş deneyleri yapıp da bize verilmiş bir bilgi yok. Adli tıptaki bozmalarla ilgili yerel mahkemelere gönderdiğimiz dosyalarda adli tıba soruluyor, adli tıp şöyle diyor aynen, birkaç arkadaş da söyledi, kişinin durumuna göre, psikolojik durumuna, kişiden kişiye göre alkolün güvenli araç kullanma yeteneğini ortadan kaldırması değişir diyorlar.

Değerli meslektaşımız İhsan bey de söyledi, bu şekilde yanıtlar geliyor, sonucunda da diyor ki, işte bu kadar 130 promil alkol almıştır, güvenli araç kullanamaz diyor ama birbirlerine giriyor bu ayırımlar. Herkes için kesin olarak belirlenmiş, adli tıp tarafından veyahutta bilimsel verilere dayanan elimizde veri yoktur. Biz Yargıtay olarak bunu kesinlikle hiç olmazsa kesinlik sınırını, alt sınırını belirleyip, buna göre ülke çapında uygulama birliğini sağlamaya çalışacağız. Ama bilimsel verilerden yararlanmadan, bir yargıcın bunu, rakamı saptaması da zor. Aklın yolu bir, bugün Almanya'da da yıllarca bunun için uğraşmış, belki 30-40 tane laboratuvarlar, biyolojik tıp laboratuvarları çalışmış ve bir de deneysel sürüşler yapılmış ve bu verilerden yararlanarak Yargıtay bu rakamı belirlemiş. Biz de Alman Yargıtay'ının içtihatlarında, veyahutta uluslararası

TARTIŞMA

sı tıp bilim verilerinden de yararlanacağız ama istiyoruz ki Türkiye’de de böyle bir çalışma yapılsın ve veriler bize ulaşsın.

Şimdi değerli bilim adamı, Alman bilim adamları tarafından şey soruldu, korunan yarar diye. Korunan yarar zaten suçun üzerinde, isminden de belli, trafik güvenliğini tehlikeye düşürme suçu. Burada korunan yarar birincisi trafik güvenliği mutlaka bunda kuşku yok. Belki çevirilerden yanlış oldu, trafik güvenliğini koruma tabii, korunan yarar trafik güvenliğinin düzenli şekilde çalışması ama amaç nedir burada? Trafik güvenliği düzenli çalışırsa ne olur? İnsanların sağlığı, mal, can güvenliği korunmuş olur dolayısıyla, bu anlamda söyledim ben.

Mustafa Ruhan Erdem bir soru sormuştu, güvenli şekilde, arkadaşlar devamlı onun, değerli katılımcılar altını çizmek istiyorum: Kesinlikle 0,50 promil, Trafik Kanunu’ndaki bizim Ceza Kanunu’ndaki suçla ilgili değil. Bizim Ceza Kanunu’ndaki kavram, güvenli şekilde araç kullanamayacak durumda alkol alma, yani alkolün etkisiyle güvenli şekilde araç kullanamayacak durumda bulunma. Zaten zor olan da bu. Nasıl tespit edilebilir, alkolün etkisiyle güvenli bir şekilde araç kullanamayacak durumda olmak? Yani, fakat Trafik Kanunu’nda öyle değil. 0.50’nin üzerinde olursa ne olursa olsun o suç tamamlanıyor.

Burada güvenli şekilde araç kullanamayacak durumda olup da araç kullanırsa trafikte bu suç oluşuyor, en zoru da onu saptamak. Bu şekilde güvenli şekilde araç kullanamayacak durumda alkollü olan bir kimse araç kullanırken kasten birinin ölümüne neden olursa, benim kişisel düşüncem, tebliğimde de yazdım daha o konuları anlatmamıştım içtima ile ilgili bölümlere giriyor, fikri içtima bence söz konusu, yani tek eylemde ağır olan suçtan cezalandırılır diye düşünüyorum. Yalnız orada bir taksirle durum söz konusu, ben o taksirle yaralamaya neden olmuşsa, buradaki durum çok değişik bir kere trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçu 179/3, kasten

işlenebilen suç. Diğer taksirle adam öldürmeysen taksirle işleniyor. Bunların ikisinin fikri içtimada şey yapılması söz konusu değil. Bence ikisi de oluşur, diye düşünüyorum, yalnız 9. Ceza Dairesi'nin ters kararı var, bir tanesi oluşur diyor, taksirle yaralama veyahutta ölüm.

Diğer bir soru vardı sürücü belgesinin alınmasıyla ilgili, Faruk Turan meslektaşımız sormuştu, orada da şimdi 15. maddenin 3. fıkrası Kabahatler Kanunu'nun açık gerçekten. Bir eylem hem suç, hem kabahat oluşturuyorsa öncelikle suçtan ceza verilir. Eğer suçtan ceza verilirse, kabahatten ayrıca bir cezalandırılmaz diye hüküm var. Şimdi biz suçtan dolayı ceza verdiğimizde eylem kasıtlı olduğu için Ceza Kanunu'nda taksirli suçlarda sürücü belgesinin geri alınması öngörülmüş. O zaman bu m. 179/3'den cezalandırıldığında sürücü belgesi 53. maddeye göre alınamıyor. Ama eğer bu m. 179/3'deki suç kanıtlanamazsa, yani buradan bir ceza veremezseniz o zaman Kabahatler Kanunu devreye girer diye düşünüyorum. Zamanı da çok aldım ama bilmiyorum başka şey kaldı mı soru? Ben herkese tekrar teşekkür ediyorum.

Oturum Başkanı: Bu son noktayla ilgili ben kısa bir açıklama yapmak istiyorum, Kabahatler Kanunu m. 15'le ilgili. Bir seminer için Balıkesir'e Feridun beyle gitmiştik. Balıkesir Barosu'nun davetlisi olarak. Orada Trafik Şube Müdürü bu soruyu dile getirdi, dedi ki sistem çalışmıyor. Madde 179'dan dolayı dava açılıyor. Biz eskiden işte ehliyeti alıyorduk, şimdi alamıyoruz. Kanunun aceleye getirildiğinin tipik sonuçlarından bir tanesi. Etkin mücadele edilemiyor.

Yrd. Doç. Dr. Mahmut KAŞIKÇI: Bir örnek de izin verirsiniz ben vereyim: Aynı maddenin -sanıyorum içtima hükmü- son cümlesinde "*suç-kabahat ikileminde, suçtan dolayı yaptırım uygulanır*" diyor ve son paragrafın başında. Son cümlesinde de "*suçtan dolayı yaptırım uygulanmadığı hallerde kabahate ilişkin yaptırım uygulanır*" diyor, böyle bir düzenleme. Gereğesine bakıyorsanız, "*içtima hükmü getirilmiştir*" deyip aynı şeyi tekrar ediliyor.

TARTIŞMA

Benim problemim şu: Bu kural genel olarak ceza hukukçularının mantığıyla, kısmen biliyor Ali İhsan arkadaşım, kabahatlere ilişkin yaptırımların, suça ilişkin yaptırımlardan daha hafif olması esasından hareket eden bir kural. Son cümlelerin nasıl anlaşılması gerektiğini ne uygulamada, ne de yasada, ne de gerekçesinde var. Üstelik birtakım geçici ve ek maddelerle iyice karışmış durumda. Çok kısa toparlamaya çalışayım bir örnek veriyorum vergi ziyai cezası. Vergi Usul Kanunu m. 359'daki vergi kaçakçılığı olarak adlandırılan aykırılık tipleri ile aynı zamanda vergi kaybına sebebiyet verilmişse bu ceza üç katı uygulanır. Bakın ne rakamlar ortaya çıkıyor 100 trilyon, 150 trilyon, 50 trilyon.

Kabahatler Kanunu'nun 15. maddesini nasıl yorumlayacağız? Ben bunu hazırlayan arkadaşlarımızla konuştuğum zaman bu benim örneğimin buna girmediğini söylüyorlar. O zaman bu ciddi bir sorun. Bence suçtan dolayı ceza uygulanamama hükmü, sadece ve sadece evet dediğim gibi suç olmaktan çıkmış olabilir, kastın yokluğu nedeniyle yaptırım uygulanamamış olabilir. Bu gibi durumlarda ancak kabahatten uygulayabiliri ama bunun dışında maddi eylemin yokluğundan dolayı ve bu eylem yokluğunun bir yargılamada saptandığı durumlarda kabahatten dolayı bence ceza uygulanabilmesi mümkün değildir.

Teşekkür ederim.

Oturum Başkanı: Buyurun Sayın Şen

Prof. Dr. Ersan ŞEN: Ben kısa tutarak cevaplarımı vereceğim sırayla. Rızadan başlayacak olursak, tabii 1982 Anayasası'nun 17. maddesi bilimsel deneyler bakımından sadece rızayı yeterli göstermiş. Yani rıza olduğu takdirde, buradan çıkan sonuç, gerekçeye de baktığınızda, bilimsel deneyin, tıbbi deneyin yapılabilmesi açısından yeterli görülmüş. Ancak diğer hak ve hürriyetleri de korumayı hedefleyen kanunlar olduğuna göre normlar hiyerarşisinde, o düzenlemeye baktığımızda 90. madde sadece rızayı yeterli görmemiş, rızanın di-

şında ek şartlar göstermiş. Rıza olduğu takdirde bakılması gereken en önemli husus Yener Ünver hocanın çalışmasında da vardı, böyle bir uygulamanın somut olayda, denek üzerinde ortaya çıkarabileceği geçici veya kalıcı sorunlar, bir de genel toplamda elde edilecek faydanın ne derece yüksek olabileceği. Somut olarak bu kriterleri ölçmesi, o deneyi yapacak olan kişinin veya bunu değerlendirecek kurulun sadece sırf, salt rıza varlığından hareketle sonuca ulaşmaması gerekir diye düşünüyorum. Zaten bunu da yasal düzenleme göstermiş.

Ancak, 90. maddenin 2. fıkrasının son bendi menfaat temin edilemezi koyduğundan, açık bir şekilde de onu işaret ediyor. Menfaat teminine odaklanmayıp, bunun o denek üzerinde rızası olsa dahi, anlaşırsa dahi, yazılı olarak sonuçlarının ne olduğu konusunda bilgilendirilmesi, kalıcı ve geçici etkilerinin ortaya konulması, sadece bilgilendirilip rızanın alınması da yeterli değil, böyle bir etkinin varlığı halinde, bu yasal düzenlemenin, bu şekildeki bir bilimsel deneye izin vermemesidir. Çünkü hedef şu: Bilimsel deneylerin hepsinin, yani somut olarak veri hemen elde etmezsiniz, mutlaka faydası vardır. Ama bunu biz sınırsızlaştıramayız. Aksine bilimsel deneyin yapılması belki insan sağlığının, yani o denekler bakımından özellikle bahsediyorum, o kişilerin 3. dünya ülkelerinde işte, biraz önce arkadaşımız da işaret etti, insanların korunması, ulvi birtakım menfaatler uğruna o insanların yaşamlarının deyim yerindeyse harcanmaması için sınırlanması gerektiğini düşünüyorum. Yani benim kişisel düşüncem bu, ama farklı bir görüş de şöyle ortaya çıkabilir; *"Bilim esastır, bilimde ulaşmak istenen sonuçlar bu toplum, ülke, dünya için birtakım seçilmiş insanlar için belki fayda getirecektir. Dolayısıyla birtakım özellikle hastalıkların tedavisinde veya askeri maksatlarla bilimsel deneylerin sınırlandırılması bu derece doğru değildir"* de denebilir. Bu fikirdir, ama benim fikrim rızadan hareketle bilimsel deneye izin verilmesi elbette doğrudur. Bunun sadece Anayasa maddesinde biraz daha netleştirilmesi gerektiğine işaret ettim.

TARTIŞMA

Çocuk üzerinde bilimsel deneyde, sırf çocuk yararına bilimsel deney yapılabilmesine dair bir kısıtlama kanun koyucunun göstermediğini görüyoruz. Yani çocuk üzerinde bilimsel deney yapılabilmesinde elde edilecek çocuk üzerindeki o neticeler, sırf çocuk rahatsızlıklarının, hastalıklarının veya çocuklara bağlı deneylerin veya elde edilecek sonuçtaki deneme metotların elde edilmesi maksadına matuf bırakılmamış. Belki bu yazılabilirdi. Yani çocuk üzerindeki deneyler ve elde edilecek denemelerin tatbiki, sadece o çocuklarla ilgili, çocuk hastalıklarında özellikle tatbik edilebilecek şekilde sınırlandırılabilirdi. Kanun koyucunun bunu göstermediğini görüyoruz ama bizim kanunumuzun Biyotıp Sözleşmesi ile bir tersliği var. İşte o Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrası devreye giriyor.

Bizde rıza açıklama ehliyetine, yani bulunmayan, yani akli başında olmayan, en azından bizim farik-i mümeyyiz derecesinde gördüğümüz 15 yaş gibi bir sınıra, 14 yaş belki, o sınırlara gelmemiş, ne olup bittiğini sezemeyen fark edemeyen sonuçlarına, çocukların üzerinde bizim katimiz odur ki bilimsel deney yapılmasına izin vermemiş. Ama Biyotıp Sözleşmesine baktığımızda, bu rızaya ihtiyaç yok, böyle bir rıza aranmasına gerek yok, aksine anne babanın veya vasisinin rızası ile çocuklar üzerinde, tabii birtakım başka esas şartları da var, bilimsel amaçlı deneyin yapılabilmesini görüyoruz. Bu anlamda 90. madde birazcık daha çocukları koruyucu. Zaten maddenin ilk kabul edilme şekli çocuklar üzerinde bilimsel deneye müsaade etmiyordu. Daha sonra ne olduysa Biyotıp Sözleşmesi'yle belki biraz paralellik kazansın diye böyle bir değişikliğe gidildi. Efendim denemelerde bizde sınırlama bilimsel amaçlı deneylerde olduğu gibi ayrıca gösterilmemiştir. Yani bilimsel veriler elde edildiğinde, deney sonuçlarından ama somut sonuçlar, faydalı sonuçlara ulaşamadığında, kanun koyucu bir hüküm koymuş: *"Bilinen yöntemlerin tatbiki yetersizse hastaya bu anlatılır."* Hastalık tedavisinde tabii ki bu mümkün, yani bir hastarın elde olması lazım ve ona bunun

tatbikinin elzem olması gerekir, muvafakati alınır ve o hastaya siz bunu tatbik edersiniz.

Deneme suçunun gerçekleşebilmesi bakımından biraz evvel yukarıda anlattığımız 90. maddenin 2. fıkrasındaki bilimsel deneylerdeki şartlar ayrıca aranmamıştır. Çünkü o şartlar zaten geliyor, elde ediliyor, ortada bir hasta var, bilinen yöntemler tedaviye cevap vermiyor ve siz hastaya soruyorsunuz. "İstiyor musun, bunu tatbik edeyim mi; sonucu şudur budur" diye anlatacaksınız. Bu takdirde deneme suçunun bu şartlar ancak gerçekleşmediğinde oluşabileceğini 90. maddenin 4. fıkrası belirtmiştir. Efendim bu soruya verilecek cevap esasında belli; akıl hastaları ve akıl eksiklikleri olanlar. Biyotıp Sözleşmesinde bu hüküm var, ama bizim Ceza Kanunu'nda yok.

Suçta ve cezada kanunilik prensibinde 90. maddenin tatbikinde, suçun tanımında nereye bakacaksınız? Buna bakmak gerekir. 90 madde metniyle sınırlı kalırsanız suçun tanımını belirlemekte, akıl hastaları üzerinde bilimsel deney yapabilmek mümkün değil, çünkü rıza esası aranmış. Ama gidip de efendim genel hükümler, genel hükümlerden kastınız tabii Biyotıp Sözleşmesi belki olur, o da genel hüküm değildir esasında, efendim suçun tanımı. Evet, burada her ne kadar akıl hastaları bakımından bir şart getirilmemişse de Biyotıp Sözleşmesi'nde vardır, Biyotıp Sözleşmesi hükmünden hareketle biz rızayı elde ettiğimizde, oradaki şartlara uyduğumuzda, buradaki suçun cezasının, suçun oluşmayacağı ve cezasının fail üzerinde tatbik edilemeyeceği söylenebilir. Bu noktada benim fikrim de esasında budur. Biyotıp Sözleşmesi bizde iç hukuk hükmü haline gelmiştir. 2003 yılında, dolayısıyla yapılabilir ama 90. madde paralel değil Biyotıp Sözleşmesiyle.

Bakin, bu kanunun düzenlenme tarihi nedir? 2004-2005 yılları. O tarihte Biyotıp Sözleşmesi vardı. O kanun koyucunun, o Biyotıp Sözleşmesi'ni alıp önüne koyması, madem paralellik sağlamak istiyorsa, gidip onu oraya yerleştirmesi gerekirdi. Yerleştirmese ne olur? Kim dinler ki? Neticede siz

TARTIŞMA

Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasına o hükmü koyarsanız, işi bitirmişsiniz demektir. Burada olsa olsa iç hukuk kurallı haline gelmiş iki mevzuat arasındaki dengeyi gözetmek bakımından, aykırılığı giderip de insanların kafasındaki soru işaretini kaldırmak bakımından uyum sağlamanız gerekir. Yani hani ben şahsi düşüncemi burada söylemek istemiyorum, ben uluslararası, özellikle ceza hukuku alanında mesela Uluslararası Ceza Divanına katılmaya karşı bir akademisyen olarak da uluslararası ceza hükümlerinin iç hukuk haline getirilmesini çok düşünmem.

Ben iç hukukta düzenleme yapılmasını isterim ama bu benim düşüncem. Genel toplamdaki düşünce, hükümetin anlayışı, TBMM'nin anlayışı da, "Biz uluslararası hukukun, ceza hukuku dahil kriterlerini ölçütlerini alalım." Bunu diyen zihniyetin, alıp onları buraya koyması lazım. Katılıp, bağlayıp da burada değişik düzenleme meydana getirdiğinizde çok basit bir konudan dahi burada tartışabilir hale geliyoruz. Endikasyon dışı ilaç kullanımı meselesi ise tabii ki 4. madde çerçevesinde ele alınır. Bir ilacın nerede kullanılabileceğine dair kesin birtakım bulgular bulunmuş, o ilacın kullanılması gereken A yeri iken, siz hiç alakası olmayan, bilimsel metotlardan geçmemiş bir ilacı eğer tatbik ediyorsanız ben size daha vahim bir şey söyleyeyim, 90. maddenin 4. fıkrası da değil, ortaya çıkabilecek zararlı sonuçlarda genel hükümler tatbik edilecektir. Kasten ölüme sebebiyet verme belki; belki, çünkü niye kasten ve kasten yaralama ve kasten ölüme sebebiyet vermeden artık korkuyorum. Şu muhtemel kast geldikten sonra artık bizim de zihnimiz biraz bulandı.

Her şeyi kasta sokabilmek de mümkündür, bilinçli taksir de olsa, yani 90. maddenin 4. fıkrasının dışına da bir anda çıkabilirsiniz. Çıkarsanız ne olur? O takdirde genel hükümler uygulanır, ama buradaki endikasyon dışı kullanımı eğer bilimsel deney yapılmıştır, oradan elde edilen veriler kesinleşmemiş olmakla beraber o ilaç hastanın muvafakati ile kullanılmışsa, ancak bu haldeyse 90. maddenin 4. fıkrasının tatbi-

kinin mümkün olabileceğini söylemek istiyorum. Dolayısıyla mesela bir 187. madde var. İşte ilaçların izinsiz şekilde sağlık kurallarına uygun olmayarak üretilmesi, kullanılması. Belki onun tatbiki gündeme gelebilir ama o tehlike suçu. Şimdi çocuk üzerinde ilaç araştırması ile ilgili bir soru geldi arkadaşımızdan, ona baktım.

Çocuk üzerinde bilimsel deney yapılmalı mı? Benim kanaatim yapılmamalı, bana soruyorsanız hiç yapılmamalı. Ama çocuk üzerinde hastalıklardan, hastalıklarla bağlı olmak kaydı şartıyla, yani uzay araştırması yapmak için çocuk üzerinde bilimsel deney yapılmamalı, karşıyım. Askeri amaçlarla yapılmamalı. Yani efendim çocuklar üzerinde etkili silahın veya silaha karşı korumasını ortaya çıkarmak için biz bilimsel deney yapmak istiyoruz. Ne üzerinde? 0-10 yaş grubu, olmamalı, vicdanıma ters geliyor. Ama kanun düzenlemesi ilk böyle bir yasağı ortaya koyduktan sonra getirilen 3. fıkraya baktığınızda ise dediği açıkça şu: Rıza açıklama yeteneğine sahip çocuğun, kendi rızasının yanı sıra anne ve babasının veya vasisinin yazılı muvafakatinin de alınması. Rıza açıklama yeteneğine çocuk sahip değilse kaldır at onu, hiçbir şey alamazsın kardeşim. Ama rıza açıklama yeteneğine sahipse. Ne bileyim ben ne şekilde? Somut olayın özelliklerine bakacaksın. Biraz sonra hafif bir cevap vermek istiyorum.

Mesela ben şekilciliğe karşıyım. *"Efendim şu kadar promil alkol."* Bana ne ya o kadar promil alkol; somut olayda ispat edeceksin sen. Adam tehlikeli şekilde araç kullanıyor mu, kullanmıyor mu, belirle kardeşim. *"Yok, şu kadar promil alkol olursa bu kullanır."* Nereden biliyorsun onu sen? Bu şekli hukuk, şekli ceza hukukunu getiriyorsun. Oysa sen orada adamın kastını tespit edeceksin, maddi unsurunu tespit edeceksin. Kabahatte belki yaparsın, ben ona dahi karşıyım ama koyuyor işte 0.50 promil *"üfle"* kanda test yapmazsan ceza hukukunda anlamı da yok onu da size söyleyeyim. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun kararı var. Tutup adamı götürüyorsun, üfletiyorsun, aradan geçiyor beş saat *"e ne yapayım ben?"*. Ne

TARTIŞMA

yaparsan yap bana ne. O senin sorunun. O adamın tehlikeli şekilde araç kullandığını belirleyeceksin. Hatta ben Ali Rıza hocanın bir fikrine daha farklı bir cevap vermek istiyorum. "Soyut tehlike." Yok kardeşim somut tehlikedir o ne soyutu! Öyle muhtemel tehlike, yok soyut tehlike, geliştir, geliştir ceza hukukunu milletin hürriyetini tahdit et, olmaz. Somut tehlikeyi belirleyeceksin. Belirliyorsan belirlersin, belirlemiyorsan adam gidecek.

"Efendim suçları nasıl önleyeceğiz?" Bilmem nasıl önleyeceksin. Sosyal sebeplerden önlersin. Ne sebeple önlersen önlersin, yani basıp da her şeyi ceza hukukunun içine dahil edip de birtakım suç metotlarını geliştirmenin, insanların hürriyetlerini tahdit etmeye çalışmanın gereğinin olmadığını düşünüyorum ben. Dolayısıyla orada mesela madde metnine bağlı kalmak lazım. Devam edecek olursak, burada efendim m. 90/5 var. Tabii o 15 dakikalık açıklamanın içinde vardı ama oraya gelemedik. Şimdi bakın m. 90/5'le ilgili ben bir cevap vermek istemiyorum. Bir defeye Ceza Kanunu'nun sistemini bozdular. Ceza Kanunu'nda bakıyorsun şu anda "iştirak teorisi" yerle bir. Ne "iştirak teorisi", "muhtemel kast" nedir ya? Kastın muhtemeli mi olur? Kast ya vardır, ya yoktur. Ha biz biliriz gayrı muayyen kast; çok iyi biliriz. Uçağı düşürmek istersin, bir kişiyi öldürmek istersin, yanındakileri de yolcu edersin. Meydana gelen neticeye göre kast tespit edersin. Sen orada gayrı muayyen kast budur. "Muhtemel kast", "Efendim öngöreceksin de, istemeyeceksin de..." Böyle bir kast şekli olmaz.

Ama şimdi ben korkuyorum m. 90/5'e cevap verirken, evet doğru ama sizin dediğimize de aynen katılıyorum. Burada ön plana çıkması gereken eğer Nazi Almanya'sı döneminde olduğu gibi, "Hadi bu adamları atalım, sonucu ölüm olacak ama bir deneyelim bakalım bu gazla bu adam ölür mü?" Tamam, orada elbette. Ama gerçek manada yapmışsa, siz kalkıp da meydana gelen sonucu m. 90/2 şartlarına uymadığından, 90. maddenin 2. fıkrasının şartlarına uymadığından bahisle adamı karga-tulumba kasti adam öldürmeden sorumlu tutabil-

meniz, insan öldürmeden sorumlu tutabilmeniz mümkün mü yaa! Ben görüyorum bazen söylüyorlar *"Efendim trafik kazalarının sonuçlarını kasta sokalım."* Olmaz kardeşim, taksirin cezasını artıracaksın, bitti. Sistemi bozmayacaksın. Sistemi bozarsan altında kalırsın. Şu anda Ceza Kanunu'nun en önemli sıkıntılarında birisi budur. Hadi bakalım faili belli olmayan adam öldürmeyi bulun da bir yere yerleştirin. Nereye yerleştireceksiniz. Mülga TCK'nın 463. maddesini ne yaptınız... Herkes aya bakıyor. Bulamıyorsunuz. *"Efendim şuradan şunu yapsak da, buradan bunu yapsak da..."* geçin o işleri.

Bu aramaya benziyor mesela. Polis arama yapamıyor şimdi. *"Efendim sıvazlama diyelim de, kaba arama diyelim de, falan arama diyelim de."* Anayasa'nın 21. maddesine o hükmü koyarsan kardeşim, bitti iş. Dünyanın hiçbir yerinde olmayan bir hükümdür, ayrıca size de söyleyeyim. Hâkim kararı alacaksın, yok savcının; polis de sana diyecek ki, *"efendim, bekle, hâkimden bir karar getireyim."* Böyle bir şey olur mu? Sistem bozuyorsun. En önemli şey hukuk sisteminde, hukuk devletinde, ceza hukukunda, ilke ve esaslara bağlı kalmaktır. O nedenle, mesela ben Hukuka Giriş kitabı yazdığımda, mutlaka temel ilke ve esasları yazdım. Dedim ki, ilke ve esaslar bunlar kardeşim, bunları ben çıkarmadım ki ortaya. Bunu bozamazsın, sistem bu. Sistemin üzerinden dolan Allah dolan... Ondan sonra başımıza geldiği zaman altından kalkamayız. Alırsın alkolü, yakalanırsın bir yerde, ampul gibi de fotoğrafını çekerler, *"hadi bakalım gel, tehlikeli şekilde araç kullanıyor muydun, kullanmıyor muydun?"* Efendim, sıfır bilmem kaç promilse, yandın. 2 yıl hapis cezası var, şaka gibi. Bakıyorsunuz, *"efendim olmaz, toplumun düzeni."* Ne düzeninden bahsediyorsunuz? Orada sizin durmanız gereken bir yer var, o da o kanunun hükmü.

Teşebbüsle ilgili bir soru geldi. O teşebbüsle ilgili soruda da şu: Elbette suç tamamlanmışsa, o meydana gelen neticenin, adam öldürme veya yaralamaya yönelik olan hükmünün tatbiki mümkün. O tamamlanmamışsa, öbürüne zaten geçemeyiz. Yani bunu biraz da çalışmada yazdım, zaman da çok geçtiği için çok fazla anlatmak istemiyorum.

TARTIŞMA

Ölülerle ilgili bir soru vardı; bizim 90. maddemiz yaşayanlarla ilgili. Ölümler üzerinde ne mi yaparsın; ben bilmem. Organ ve Doku Nakli Hakkında Kanun izin veriyorsa onu gidersin, başka bir yere gidersin, ama 130. maddenin 2. fıkrasında düzenlenen ölüyü tahkir suçu olur mu? Eğer tahkir kastı varsa olur. Yani sırf şekli anlamda ölünün birtakım üzerinde bilimsel deney yaptı diyerek 130. maddenin 2. fıkrasında ölünün hatırasına hakaret der misin; ben demem. Ama diğer düzenlemelere bakmak lazım, Organ ve Doku Nakli Hakkındaki Kanun'a bakmak lazım.

Bir de benim zihniyetim şudur: Düzenleme yoksa, yok olmaz kardeşim, cezalandırmayacaksın adamı, gezecek o. *"İlla cezalandırayım."* Yok böyle bir şey. Ceza Kanunu'nda suçta ve cezada kanunilik esastır; varsa vardır, yoksa da oturup ağlayacaksın, başka yapacak bir şeyin yok.

Teşekkür ederim.

Oturum Başkanı: Teşekkür ederim.

Sayın Kaşıkçı, son söz sizde.

Yrd. Doç. Dr. Mahmut KAŞIKÇI: Ben çok kısa, cevap vereyim. Bu suç *"kalkışmaya müsait mi?"* dediler, bence değil. *"Alman yasasının 13. maddesinden bahsettiniz, gerek var mı, yok mu?"* Zaten bu yargı kararlarının yasa hükmü haline getirilmiş şekli. Daha önceki hükme göre de cezalandırılıyordu. Bence olumlu bir gelişme.

Teşekkür ederim.

Oturum Başkanı: Sabırla dinlediğiniz için teşekkür ederiz. Öğleden sonra saat 15.00'te görüşmek üzere.

Türkiye Barolar Birliği
V. TÜRK- ALMAN TIP HUKUKU
SEMPOZYUMU
Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları

İkinci Gün
29 Şubat 2008

Yedinci Oturum

Oturum Başkanı
Prof. Dr. Ulrich SCHROTH

Prof. Dr. Ulrich SCHROTH (Oturum Başkanı): Hanımefendiler ve beyefendiler; iki konuşmacıya başkanlık yapacağımı düşünmüştüm. Şimdi beş oldular. Duyduğunuz gibi bir konuşma iptal oldu.

Şahsen şöyle bir öneride bulunmak istiyorum: Yedinci Oturumu yine ayrı tartışalım. Sayın Demirbaş'ın sunumunu kastediyorum, çünkü başlı başına bir konu bu. Daha sonra diğer üç konuşmayı dinleyelim ve tartışalım. Doğru gördüysem her üç sunum, hekimin gizlilik yükümlülüğüyle ilgili, bu nedenle birbiriyle bağlantılıdır. Bahçeşehir Üniversitesi'nden Sayın Demirbaş'ı takdim etmek istiyorum. Sonra Dicle Üniversitesi'nden Sayın Sevük'ü dinleyeceğiz. Daha sonra da Dokuz Eylül Üniversitesi'nden Sayın Erdem ve Dumlupınar'dan Sayın Üzülmaz konuşacak. Bunları telaffuz etmek benim için zor, özür diliyorum, ama ikinci oturumda da moderatörlük yapmaya hazırlıklı degildim. Sözü hemen Sayın Demirbaş'a vermek istiyorum. Almanya'da da çok tartışılan bir konu olan ceza infaz hukukunda tıbbı değinecek. Almanya'da da bu durum henüz açıklığa kavuşturulmamıştır.

Buyurun.

Ja meine sehr verehrten Damen und Herren, ich dachte, ich müsste zwei Referenten moderieren. Jetzt habe ich festgestellt, es sind fünf geworden, die ich hier moderieren soll. Ein Referent ist ausgefallen, das haben Sie vorhin schon gehört. Ich persönlich würde vorschlagen, dass wir trotzdem den ersten Block extra diskutieren, also den siebten Block. Das Referat von Herrn Demirbaş, und zwar einfach deshalb, weil das ein in sich geschlossenes Thema ist. Und anschliessend hören wir dann die drei Referate, und diskutieren die drei Referate und, wenn ich das richtig sehe, gehen die alle um die ärztliche Schweigepflicht und haben insoweit einen inneren Zusammenhang. Also ich darf Ihnen auch vorstellen Herrn Demirbaş, Universität Istanbul, und dann haben wir Frau Sevük, wenn ich das richtig sehe, wobei Sie dürfen mir helfen, die Universität ist mit jetzt nicht ganz klar, Dumlupınar, ist das glaube ich, dann haben wir den Herrn Erdem aus İzmir und wir haben schliesslich Herrn Üzülmöz aus Dumlupınar. Ok, schwierig für mich jetzt auszusprechen. Ok, also ich bitte das zu entschuldigen, aber, dass icht jetzt den zweiten Block mitmoderieren soll, dadrauf war ich echt nicht vorbereitet. Und ich würde jetzt Herrn Demirbaş sofort das Wort erteilen und wir beschäftigen uns mit einem auch in Deutschland sehr unstrittenen Thema, nämlich mit den Problemen der Medizin im Strafoollzugsrecht. Das ist auch bei uns kein Thema, das bisher endgültig geklärt ist. Und ich darf Ihnen dann das Wort erteilen.

Prof. Dr. Timur DEMİRBAŞ (Bahçeşehir Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi):*

Giriş

Tıp hukuku ve bu arada tıp ceza hukuku son yıllarda önemi artan bir hukuk dalı olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu konuda yapılan akademik çalışmalar konunun Türk hukuku açısından tartışmaya açılmasında rol oynamışlardır.

Tıp hukukunun önemli bir kısmını sağlık hakkı ve hasta hakları oluşturmaktadır. Sağlık hakkı, kişinin, toplumdan, devletten, sağlığının korunmasını, gerektiğinde tedavi edilmesini, iyileştirilmesini, isteyebilmesi ve toplumun sağladığı imkanlardan faydalanabilmesidir.¹ *Sağlık hakkı*, başta Birleşmiş Milletler Evrensel İnsan Hakları Bildirgesi (m. 25) olmak üzere birçok uluslararası belgede kabul edilmiş bir insan hakkıdır. Anayasa da m. 17/1'de, "*herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir*" şeklinde, Anayasanın öngörmüş olduğu bu haklar, sağlık hizmetlerinden

* "İnfaz Hukukunda Tıp Ceza Hukuku Sorunları" başlıklı tebliğ.

¹ Bayraktar Köksal, *Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu*, İstanbul 1972, s. 16 vd.

yararlanma hakkı ile garanti altına alınmıştır. *Hasta hakları* ise, Hasta Hakları Yönetmeliği m. 4'de; "Sağlık hizmetlerinden faydalanma ihtiyacı bulunan fertlerin, sırf insan olmaları sebebiyle sahip buldukları ve TC Anayasası, milletlerarası antlaşmalar, kanunlar ve diğer mevzuat ile teminat altına alınmış bulunan haklarını ifade eder" şeklinde tanımlanmıştır.²

Ceza infaz kurumlarında bulunan tutuklu ve hükümlülerin sağlık sorunları, onların dört duvar arasına kapatılmış olmaları nedeniyle daha ciddi boyutlardadır. Çünkü doktora ve sağlık kurumuna tedavi amacıyla ulaşabilmek her zaman kolaylıkla mümkün olmamaktadır. Bunun yanında, kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılmasının neden olabileceği psikolojik sorunlar da ortaya çıkabilmektedir.

I. Hükümlünün Psikolojik Durumu ve İnfaz Kurumunun Hükümlü Üzerindeki Olumsuz Etkileri

1. Hükümlünün Psikolojik Durumu

a. Genel Olarak

Hürriyeti bağlayıcı cezanın, yani şartlar ne olursa olsun bir kimseyi iradesine rağmen bir yere kapatmanın çeşitli ruhi buhranlara neden olduğu kuşkusuzdur. Bunun yanında, cezaevinin genellikle ıslah olanağı sağlamadığı, cezaevinden ıslah olunarak çıkmanın bir istisna olduğu ve uzun süre cezaevinde kalan bir kişinin sosyal yaşama uyum göstermede büyük zorluklarla karşı karşıya kaldığı bir gerçektir.³

Cezaevinin hükümlüyü çocuklaştırdığı tamamiyle anlaşılabilir bir durumdur. 1865'de *Holtzendorff* un tasvir ettiği gibi, cezaevleri sakindir. Hükümlü yaşamaz, yaşatılır. Gün-

² Hakeri Hakan, *Tıp Hukuku*, Ankara 2007, s. 46.

³ Dönmezer Sulhi/Erman Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, C. II, 10. bası, İstanbul 1994, n. 1408 bis.

düz veya gece, saatler ve dakikalar içinde kısımlara ayırmak, sadece zor değildir –çünkü saat alınmıştır– bilakis ilginç değildir; bütün günler, aylar ve yıllar hala sayılır, beslenme ve kıyafet problem değildir.⁴

Feldman'a göre, cezaevleri, hükümlülerin birbirlerine suç deneyimlerini öğretmek ve ilgili değerleri benimsetmek suretiyle bir anlamda topluma yabancılaşma duygularını körikleyen bir yapıya sahiptirler. Diğer yandan, cezaevi kurallarına uyma eğilimi, cezaevinde kalma süresi uzadıkça “U” eğrisi şeklinde bir seyir izler. Gerçekten de, uyma eğilimi ilk zamanlarda güçlü iken, zamanla zayıflar ve tahliye yaklaştıkça tekrar güçlenir. Bu nedenle, hükümlülerin kurallara uymama eğiliminin en yoğun olduğu dönem, hükümlülük sürelerinin ortalarında görülmektedir.⁵

Yapılan yeni araştırmalar, en azından ortalama 2 yıla kadar olan, orta uzunluktaki hürriyeti bağlayıcı cezaların sürekli psikolojik zarara neden oldukları iddiasını ortaya koymaktadırlar. Aslında mahpusluğun etkisi duruma bağlı ve geçicidir. Mahpusluğun uzamasıyla, mahpusluk yaşamının sınırlama ve kısıtlamalarıyla problem şiddetlenir; fakat bu, güçlüklerin üstesinden gelmede, yeteneklerin azalması olarak tespit edilemez.⁶

Cezaevi yaşamının yoğunluğu kendini dolaylı şekilde gösterir. Bastırılan dengeleme gayretleri, mahpusları homoseksüel faaliyetlere kadar yedek yaşamları denemeye teşebbüs ettirdiği belirtilmektedir. Ayrıca sıklıkla, şiddetli saldırganlıklar ortaya çıkar, ya dışarıya infilâk eden, kuvvetli dik-kate değer bir güçle tüm hücredeki şeylere zarar verilir; ya da

⁴ Schüler-Springorum Horst, *Strafvollzug im Übergang, Studien zum Stand der Vollzugsrechtslehre*, Göttingen 1969, s. 171.

⁵ İçli Tülin Günşen/Öğün Aslıhan, *Türkiye’de Cezaevlerindeki Rehabilitasyon Faaliyetleriyle İlgili Sosyolojik Bir Analiz*, Ankara 1999, s. 43.

⁶ Walter Micahael, *Strafvollzug*, 2. Auflage, Stuttgart, München, Hannover, Berlin, Weimar, Dresden 1999, s. 263.

TİMUR
DEMİRBAŞ'IN
TEBLİĞİ

içeri yönelir ve bu çok sayıda kendini yaralamalara, intihar teşebbüslerine ve intiharlara götürür.⁷

b. Statü Değişikliği

Cezaevine girme, hükümlünün alışılan sosyal çevresinden bir uzaklaşmadır. Hükümlü, cezaevine girinceye kadar sahip olduğu sosyal statüsünü kaybeder ve yeni kapalı bir topluma dahil olur⁸. Cezaevinde yaşamak, sosyal alçaltmayı ifade eder. Hükümlü, ikinci sınıf vatandaştır ve tüm kurallara rağmen öyle muamele görür. İçeriye girmenin usulleri, özellikle kıyafet değiştirme, kadınların kozmetiklerinin alınması, yarı dinsel tarzda getirilmesinin sınıf düşürmeyi ifade etmesi, eskiden mutaat olan, yıllardır vazgeçilen "hoş geldin dayağı". Hükümlülerin yaşam alanı ve hareket özgürlüğü çok sıkı şekilde daralır; öyle ki özel alan, hatta mahrem alan kaybolur. Bu arada hükümlünün yakınları da kusursuz olmalarına rağmen, dolaylı olarak birlikte cezalandırılır ve ceza hukuku biliminde onun için bir isim de vardır: *Cezanın yer değiştirmesi*. Bazı değerlendirmelerde kabalaştırılarak hükümlünün seks problemi şeklinde müzakere edilen, aşk ve sevgiden yoksunluk, geniş anlamda yalnızlığın önemli bir görünüşüdür.⁹ *Sigel'e* göre, cezaevine girmeden önce heteroseksüel ilişkiler sürdüren erkeklerin cinsel yönden yaşadıkları yalnızlıktan dolayı, bir süre sonra homoseksüel eğilimler geliştirdikleri belirlenmiştir.¹⁰

⁷ Walter, 264.

⁸ Laubenthal, 79.

⁹ Mechler Achim, *Psychatrie des Strafvollzugs*, Stuttgart-New York 1981, s. 3.

¹⁰ İçli-Öğün, 44.

c. Mahpus Umutsuzluğu

Cezaevi hükümlüyü bir otonomi (bağımsızlık) kaybına götürür. Çünkü cezaevinde özgürlükten yoksunluk, sadece hareket özgürlüğünün esaslı bir sınırlaması değildir. Bilakis orada günlük yaşama ilişkin hükümler, çok sayıda davranış kurallarına bağlıdır. Tüm yaşam alanı, sıkı bir kontrole tâbidir. Otonomi kaybı, özel yaşam alanında bir eksikliği sonuçlar.¹¹

Kadın cezaevini bilenler, korku, depresyon ve umutsuzluğun kadın hükümlülerde, erkeklere göre daha aşikâr olduğunu rapor etmektedirler.¹²

Mahpusluk reaksiyonları, özellikle hafta sonları ve tatil günleri sıklıkla ortaya çıkar. Eğer cezaevinde hiç bir şey yok ise, görevli personel sadece kilitlemekle yetinir ve bu şekilde mahpuslar özellikle isole ve terk edildiklerinin bilincine varırlar.¹³

d. Kuruma Uyum

Cezaevi, hükümlüleri, onlardan kaçınılamayan istenmeyen durumlardan birçoğuna ve karşı hareketlere sokar. Mahpus, bir güvenlik kaybını, diğer insanlarla devam eden birliktelik içinde yaşar; onlar o ana kadar ki yaşamlarında sorunları sadece şiddetle ve saldırgan davranışla çözmeyi aramışlardır. Heteroseksüel ilişkinin kesilmesi de zorunlu olarak bir stres faktörüdür. Seksüel umutsuzluk yanında, yakınlardan ayrılma da mahpusluğun kesin hissedilen sınırlamalarından sayılır.¹⁴

¹¹ Laubenthal, 80.

¹² Mechler, 4.

¹³ Mechler, 17.

¹⁴ Laubenthal, 81.

e. Mahpusluğun Psikolojik Etkileri ve İntihar

aa. Genel Olarak

Cezaevi yaşamı, yani mahpusluk, hükümlü de kişilik değişikliklerine neden olabilir; bu durum özellikle uzun yıllar cezaevlerinde kalanlarda görülür. Cezaevinin yapısı, her şeyden önce "*praedisposition*" kişilik değişikliklerini mümkün kılacak durumdadır. Buna göre, kendini bir şeye verememe, sosyal geri çekilme, nevrotik tepkiler, bir psikolojik ikincil zarar vermenin semptomları olarak kendini gösterirler.¹⁵

bb. İntihar Kavramı ve Nedenleri

Kelime anlamı insanın yaşamına bilinçli olarak son vermesi demek olan intiharı, Durkheim, "*bir insanın doğuracağı sonucu bilerek olumlu veya olumsuz bir eylemle doğrudan veya dolaylı olarak kendini ölüme sürüklemesidir*" şeklinde tanımlarken; Richman, "*intihar bir iletişimdir; yardım için ağlamaktır; başkalarından yardım istemektir; tehdit veya intikam metodudur; pişmanlık ve bir itiraftır*" şeklinde tanımlamaktadır.¹⁶

İntiharın nedenleri başında psikolojik nedenler, yani depresyon önemli bir yer tutmaktadır. Gerçekten de, yapılan araştırmalarda intihar sonucu ölenlerin % 90'ında depresyon bulgusuna rastlanmıştır olup, bunların %63'ünün erkek, %37'sinin ise, kadın olduğu tespit edilmiştir.¹⁷

cc. İnfaz Kurumlarında İntihar

İnfaz kurumlarında ölüm nedenleri arasında çoğu yerde intihar ilk başta bulunmaktadır. Yayınlanan geniş kapsamlı

¹⁵ Laubenthal, 88.

¹⁶ Yılmaz Bülent/Kolbaşı Derya, *Cezaevinde İntihar ve Başa Çıkma Yolları*, Ankara 2002, s. 3.

¹⁷ Yılmaz/Kolbaşı, 6.

yıllık intihar oranları ortalama 100.000 mahpusa 43 ve 465 arasında değişmektedir. Sadece intihar sayıları değil, bilakis intihar teşebbüsleri de söz konusu grupta en sık gözlenmektedir. Kanada'da rastgele alınmış gruplar üzerinde yapılan bir araştırma, genel nüfustaki %7,1'e karşılık, hükümlülerde %22,8'lik bir intihar teşebbüsünü ortaya koymuştu.¹⁸ Cezaevinde intihar oranı, dışarıda yaşayan insanlara göre oldukça yüksektir (İngiltere ve Galler'de dört misli); kadınlarda ise, bu oran erkeklere göre, çok daha yüksektir.¹⁹

Avrupa cezaevlerinde intihar, Türkiye'ye göre daha sık görülmektedir. 1998 yılı istatistiklerine göre, Belçika'da 28, Fransa'da 125, İngiltere'de 108, İtalya'da 55, İspanya'da 30 ve 1997'de Türkiye'de 18 intihar gerçekleşmiştir.²⁰ Alman cezaevlerinde yılda ortalama aşağı yukarı 100 intihar gerçekleşmektedir. Başarısız teşebbüslerin sayısı ortalama 400 civarındadır. İntihar tehlikesi, her şeyden önce tutukluluk esnasında, tutuklamanın şoku altında, geleceğin belirsizliği, terk edilmişlik ve ani yalnızlık içinde mevcuttur. Özellikle mahpusun hücredeki ilk saatler içindeki ruh hali, söz konusu kısa devre hareketlerine götürebilir.²¹ Tutukluların kaydedilmiş intiharlarına göre, ilk aydaki oran, araştırmacılar tarafından farklı oranlarla verilmiştir; % 42 (Thole 1976), %46 (Bogue und Power 1995), %73 (DuRand et al. 1995).²²

Yüksek intihar tehlikesi, adam öldürme ve cinsel suçlarda görülmektedir; bunun açıklaması ise, bunlardaki yüksek ceza beklentisidir.²³

¹⁸ Konrad Norbert, Suizid in Haft-Europäische Entwicklungen, in: *ZfStr-Vo*, 2/2001, s. 103.

¹⁹ Walter, 266.

²⁰ Nursal Necati, Uluslararası Hukuka Göre İnfaz Kurumlarının Yönetim Sistemleri ve Gelişmiş Ülkelerde İnfaz Hukuku ve İnfaz Kurumlarının Yönetimi, in: *Modern Ceza İnfazı ve Cezaevlerinin Yönetim Sistemi Kollokyumu*, 15-16 Şubat 2001 Ankara, s. 42.

²¹ Walter, 266; Konrad, 103.

²² Konrad, 103.

²³ Konrad, 103.

TİMUR
DEMİRBAŞ'IN
TEBLİĞİ

Ceza infaz kurumu koşullarıyla intihar olayları arasında bir ilişki bulunduğu kuşkusuzdur. Yapılan çalışmalar, cezaevlerinde intihar davranışlarına yol açan ve intiharı hızlandıran iki temel etkeni ortaya koymaktadır.²⁴

1. Cezaevi ortamı, genel olarak intihar ortamına zemin hazırlamaktadır;

2. Mahpusun bakışı açısından, cezaevindeki bazı koşullar intiharın ortaya çıkışını kolaylaştırmaktadır; bunlar, bilinmezlik korkusu, idareye güvensizlik, geleceğe ilişkin belirsizlik, aileleri ile çevrelerinden uzaklık, hapsedilmiş olmanın neden olduğu utanç şekillerinde ortaya çıkabilmektedir.

Cezaevi intiharları, başta yaygın stres olmak üzere, mahpus olmayla mücadele etmede başarısız olan bireylerin yaşadıkları süreç ile açıklanabilir. Bir tutuklu veya hükümlü, duygusal yönden bir çöküntü noktasına ulaştığında, sonuç intihara niyet etmekten, intihar fikrini oluşturmaya, intihara girişmeye ya da tamamlamaya kadar değişebilmektedir. İnfaz kurumunda stres yaratan nedenler, başlangıçta, bilinmezlik korkusu, aileden ayrılma ve benzeri durumlar iken; zamanla hapsedilmiş olmanın etkisi, dış dünyadaki ilişkilerin kaybı, kurumla çatışma gibi ek stres nedenleri de ortaya çıkabilmektedir. Problem çözme becerilerindeki güçlük ile stresin birleşmesiyle birlikte, birey sorunlarıyla etkili baş etme stratejilerini kullanamaz olur ve zamanla umutsuzluğu daha da artar.²⁵

2. Uzun Süreli Hükümlülük

Genellikle ağır suçlar için hükmedilen uzun süreli hürriyeti bağlayıcı ceza hükümlülerini kurum içinde, ne diğer hükümlüler için, ne de personel için "*tehlikeli*" olarak nitelendir-

²⁴ Yılmaz/Kolbaşı, 25 vd.

²⁵ Yılmaz/Kolbaşı, 27.

mek doğru değildir. Tam tersine, kurum yaşamının mümkün oldukça barış içerisinde organize edilmesi onları ilgilendirdiğinden, sıklıkla kurumun düzenine esaslı olarak yardımcı olurlar. Şüphesiz, mahkûmiyetin neden olduğu yoksunluklar ve özgürlük kaybının zarar verici sonuçları, mahpusluğun devamıyla uyumlu yıpratma mekanizmasıyla şiddetli şekilde kendini gösterir. Bu yüzden, cezaevi idaresince uzun süreli mahkûmlara özel dikkat gösterilmelidir. Uzun süreli hükümlüler, mahkûmiyet süresinin akışı içerisinde üç aşamadan geçerler:²⁶

1. İlk ve en uzun aşamada, cezaevini yaşamın merkez noktası yapmak için, zaman durur ve dış dünya, yani geçmiş unutulur.

2. Eğer, hükümlü, onu cezaevi içinde korumuş olan mahpusluğa psikolojik uyum mekanizmalarını, tahliyeye ve daha sonraki yaşama kendini hazırlayabilmek için bırakırsa, onu mahpusluğun sonuna doğru yeniden yön tayini aşaması izler.

3. Son aşama, özgürlüğe ve topluma yeniden dahil olmaya doğrudan doğruya geçişi kapsar.

Uzun süreli hürriyeti bağlayıcı cezanın olumsuz sonuçlarını azaltmak için infaz rejimi, mahpusluk esnası ve sonrasında temel gereksinimlerin asgari bir şekilde karşılanması ve rahatlatılmasını garanti edecek şekilde düzenlenmelidir. Bununla ilgili olarak, beslenme, kalacak yer, tıbbi hizmetler ve bedeni zararlardan korunma gibi hususları karşılayan *temel bakım*; her insanın temel ihtiyacı, belirli çevrede onun kaderi ve çevresi üzerine karar verebilmesi olduğundan, hükümlüye de seçme imkanları sunmak suretiyle *birlikte etkileme*; ve yaşamın bir anlamı olan her insanın gereksinim duyduğu duygu, yani *duyguya değer verme*, önemlidir. Bundan hareketle, hü-

²⁶ Dünkel Frieder/Snacken Sonja, Strafvollzug im europaeischen Vergleich: Probleme, Praxis und Perspektiven, in: ZfStrVo, 4/2001, s. 202.

TİMUR
DEMİRBAŞ'IN
TEBLİĞİ

kümlüler, belirtilen yaşamsal ihtiyaçlarını yasal resmi cezaevi yaşamında bulamazlarsa, onlar başka şekilde ve özellikle hükümlülerin alt kültüründe onu arayacaklardır.²⁷

Özgürlüğün hükümlünün tüm yaşamı boyu elinden alınması, ölüm cezasının infazından daha kötüdür. Bu bir taksitle öldürme, canlı olarak mezara gömmedir. Yaşam boyu ağır hapis cezasının infazı, sonuna kadar götürülsün veya götürülmesin veya uzakta hükümlüye bir parça af umudu olsun ya da olmasın ruhsal işkenceye eşittir.²⁸ Bu yüzden genellikle ülkeler, müebbet hükümlülere de, koşullu salıverilme imkânını tanımışlardır; örneğin Belçika 10-14 yıl, Almanya 15 yıl, Letonya ve Rusya'da 25 yıl sonra olduğu gibi. Son zamanlarda, şartla salıverilmede özellikle şiddet ve cinsel suç failerinde daha uzun süre cezalandırma öngören sınırlamalar yürürlüğe girmiştir. Batı Avrupa cezaevlerindeki tecrübelerin gösterdiği, infaz rejimi ve güvenlik talepleri benzer düzenlendiğinden, yaşam boyu ile uzun süreli hürriyeti bağlayıcı cezaya hüküm giyenlerin ayrılmasının gerekli olmadığıdır.²⁹

Bu bakımdan, 3. 8. 2002 tarih ve 4771 sayılı kanun m. 1/ son' da ki, "Bu Kanun hükümlerine göre, idam cezası ağır hapis cezasına dönüştürülen terör suçluları hakkında Cezaların İnfazı Hakkında Kanun ile 12. 4. 1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun şartla salıverilmeye ilişkin hükümleri uygulanmaz. Bunlar hakkında müebbet ağır hapis cezası ölünceye kadar devam eder" şeklinde ki düzenleme ile bu hükümlülerin koşullu salıverilmeden yararlanmalarının önlenmesi, yukarıda belirttiğimiz nedenlerle yerinde değildir.

²⁷ Dünkel/Snacken, 202.

²⁸ Kaufmann Arthur, in: Die Strafvollzugsreform (Hrsg. A. Kaufmann), Karlsruhe 1971, s. 52.

²⁹ Dünkel/Snacken, 203.

3. Açlık Grevi

Açlık grevi yapan hükümlü ve tutuklular, genellikle hiç bir şekilde ölmek istemezler, onu baskı aracı olarak kullanmak isterler. Siyasi saikli failer dışında, kadın hükümlüler genellikle açlık grevine eğilimli değildirler. Açlık grevinden daha şiddetli etki yapan susuzluk grevinin de bazı hükümlüler tarafından yapıldığı görülmüştür. Susuzluk duygusu, açlıktan daha çok işkence edici etki yapar.³⁰

Açlık grevi eyleminin amacı, kamuoyunda yaratılan etki sayesinde, talep edilen konuda karar verme yetkisine sahip olan kimseleri baskı altına almaktır. Gerçekten de, ilgili makam, ya grevcilerin isteklerine boyun eğecektir ya da kamuoyu nezdinde bu kişilerin ölümünden sorumlu tutulma riskiyle karşılaşılacaktır. Bu şekilde açlık grevi, belirli bir amaca yönelik olarak sürdürülen bir eylemdir.³¹

Açlık grevleri, Almanya, İngiltere, İrlanda, Fransa ve İspanya gibi ülkelerin cezaevlerinde geçmişte sıklıkla başvurulan bir mücadele yöntemi olarak, genellikle terör suçluları tarafından uygulanmıştır. Örneğin, İngiltere'de 1981 yılında kendilerinin siyasi hükümlü olarak tanınmalarını isteyen 10 İRA terör örgütü mensubu, isteklerinin reddedilmesi sonucu başvurdukları açlık grevi sonucu ölmüşlerdir. Günümüzde de tüm gelişmiş ülkelerdeki cezaevlerinde bu yöntemle başvüldüğü görülmektedir. Yaşama hakkına önem veren ABD, Almanya, Avusturya, Belçika, Fransa, İspanya, İsviçre ve Portekiz gibi ülkelerde açlık grevlerine doktor kararıyla müdahale edilmekte ve zorla besleme yöntemi uygulanmaktadır.³²

³⁰ Mechler, 24 vd.

³¹ Önok Murat, İnsan Hakları ve Türk Ceza Hukuku Açısından, İnfaz Kurumları ve Tutukevlerindeki Açlık Grevlerine Müdahale Etme Yükümlülüğü ve Bunun İhmalinden Doğan Sorumluluk, *Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi*, Yıl 4, S. 9, 2007, s. 177.

³² Nursal, 38.

Bizde 2000'li yıllarda yaygın bir şekilde uygulanan ve adeta Devletle pazarlık noktasına gelen açlık grevleri, tabipler odalarının, iradeye rağmen müdahale edilemeyeceğini kabul eden Malta Bildirgesini dayanarak tıbbi müdahale yapılamayacağını açıklaması nedeniyle tartışmalara neden olmuştur.³³

Uluslararası Ceza Reformu, Dünya Sağlık Birliği'nin Tokyo ve Malta(1992) Bildirilerinde; *"Yaşamın kutsallığına saygı gösterilmesi her insan için etik bir zorunluluktur. Hekimlik mesleğinde ise bu konu daha da önemlidir, hekim hastanın yaşamını sürdürmek ve onun yararı için sanatının bütün gereğini yerine getirmek durumundadır. – Hastanın kendi aldığı karara saygı göstermek hekimin görevidir. Hekim, müdahale etmeden önce hastayı durumdan bilgilendirerek iznini alır, ancak acil durum ortaya çıktığında, hekim hasta için en iyi olanı yapmak zorundadır"* şeklinde, müdahale etme konusundaki son kararın bireysel olarak doktora ait olduğu esastan hareketle, şu sonuçlara varmıştır.³⁴

1. Doktorlar ya da diğer sağlık bakım personeli açlık grevcisine grevi ertelemek için her hangi biçimde yersiz baskı yapmamalıdır;

2. Açlık grevcisi, açlık grevinin klinik sonuçları üzerine bir doktor tarafından bilimsel olarak bilgilendirilmelidir;

3. Hastaya uygulanacak herhangi bir tedavi onun onayı alınarak yapılmalıdır;

4. Doktor, günasırı hastanın açlık grevini devam ettirmeyi isteyip istemediğini araştırmalıdır.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin R(98) 7 sayılı kararına ek olarak kaldığı karar; *"Tedavinin reddedilmesi durumunda, doktor bir tanığın mevcudiyetinde bu konuda bir yazılı belge imzalamasını isteyecektir. . . Açlık grevindekiler, yapmakta ol-*

³³ Demirbaş Timur, *İnfaz Hukuku*, 2. baskı, Ankara 2008, s. 184.

³⁴ Uluslararası Ceza Reformu, Standartları İşler Kılmak, Cezaevlerinde doğru uygulamalar üzerine Uluslararası el kitabı, çev. Orhan Kemal Cengiz, 2002, s. 123.

dukları hareketin kendi fiziki durumları üzerinde yol açacağı zararlı etkiler konusunda tarafsız bir anlatımla bilgilendirilmeli, bu suretle sürdürdükleri açlık grevinin tehlikelerini anlamalıdır. Eğer doktora göre açlık grevcinin durumunda gözle görülür bir kötüleşme meydana geliyorsa esas itibariyle bu durumu ilgili makama rapor edilecek ve bu konudaki ulusal düzenlemeye göre hareket edecektir" şeklinde, açlık grevine değinilmiştir.³⁵

AİHM, 24. 9. 1992 tarihli *Herczagfalvy-Avusturya* ve 2. 1. 1997 tarihli *İlijkov-Bulgaristan* davalarında dolaylı yoldan da olsa zorla beslemenin AİHM m. 3'de ki işkence, insanlık dışı ya da küçük düşürücü muamele yasaklarına aykırı olduğu iddialarına dayalı başvuruları kabul edilemez bulmuştur. AİHM 5. 4. 2005 tarihli *Neomerzhitsky-Ukrayna* kararında, "tibbin yerleşmiş ilkeleri açısından terapik bir gereklilik sayılacak önlemlerin, ilke olarak insanlık dışı ya da küçük düşürücü sayılmayacağını vurgulamıştır. Aynı husus, bilinçli olarak beslenmeyi reddeden bir mahpusun yaşamını kurtarmak amacıyla yapılan zorla besleme bakımından da geçerlidir. Bununla birlikte, Sözleşme organları, tıbbi gerekliliğin varlığının ikna edici bir şekilde ortaya konulduğuna kâni olmalıdırlar...". Nihayet, AİHM, 21. 7. 2005 tarihli *Rohde-Danimarka* kararında da, ulusal mevzuata göre açlık grevcisinin iradesine saygı gösterilmesi gereken durumda dahi, devletin ilgiliye gerekli ve uygun sağlık hizmeti sunma yükümlülüğü devam edeceğini belirtmiştir.³⁶

5. 2. 2003 tarih ve 4806 sayılı Kanun ile 1721 sayılı Hapishane ve Tevkifhanelerin İdaresi Hakkında Kanununun 4. maddesinde, yapılan yeni düzenleme ile zorunlu beslenme kabul edilmişti.

5. 2. 2003 tarih ve 4806 sayılı kanun ile eklenen 765 sayılı TCK m. 307/b/2 ile de mahpusların beslenmesini engelleme, suç haline getirilmişti. Benzer düzenleme TCK m. 298/2'de

³⁵ Taşkın Ahmet, Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'da Beslenmenin Reddi, *TBB Dergisi*, 2006, S. 62, s. 243 vd.

³⁶ Önok, *Açlık Grevi*, 192 vd.

TİMUR
DEMİRBAŞ'IN
TEBLİĞİ

ise, "Hükümlü ve tutukluların beslenmesini engelleyenler hakkında iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası verilir. Hükümlü ve tutukluların açlık grevine veya ölüm orucuna teşvik veya ikna edilmeleri ya da bu yolda kendilerine talimat verilmesi de beslenmenin engellenmesi sayılır" şeklindedir.

"Hükümlünün kendisine verilen yiyecek ve içecekleri reddetmesi" başlıklı CeGTİK m. 82/1, "Hükümlüler, hangi nedenle olursa olsun, kendilerine verilen yiyecek ve içecekleri sürekli olarak reddettikleri takdirde; bu hareketlerinin kötü sonuçları ile bırakacağı bedensel ve ruhsal hasarlar konusunda ceza infaz kurumu hekimince bilgilendirilirler. Psiko-sosyal hizmet birimince de bu hareketlerinden vazgeçmeleri yolunda çalışmalar yapılır ve sonuç alınamaması hâlinde, beslenmelerine kurum hekimince belirlenen rejime göre uygun ortamda başlanır" şeklindedir. CeGTİK m. 82/2'de ise, açlık grevi veya ölüm orucunda bulunan hükümlülerin hayati tehlikeye girdiği veya bilincinin bozulduğu hekim tarafından belirlenenler hakkında, isteklerine bakılmaksızın kurumda, olanak bulunmadığı takdirde derhal hastaneye kaldırılmak suretiyle tedavi ve beslenme gibi tedbirler, sağlık ve hayatları için tehlike oluşturmamak şartıyla uygulanacağı düzenlenmektedir.³⁷ CeGTİK m. 82/5 gereğince, hükümlülerin sağlık-

³⁷ Madde 82 - (1) Hükümlüler, hangi nedenle olursa olsun, kendilerine verilen yiyecek ve içecekleri sürekli olarak reddettikleri takdirde; bu hareketlerinin kötü sonuçları ile bırakacağı bedensel ve ruhsal hasarlar konusunda ceza infaz kurumu hekimince bilgilendirilirler. Psiko-sosyal hizmet birimince de bu hareketlerinden vazgeçmeleri yolunda çalışmalar yapılır ve sonuç alınamaması hâlinde, beslenmelerine kurum hekimince belirlenen rejime göre uygun ortamda başlanır.

(2) Beslenmeyi reddederek açlık grevi veya ölüm orucunda bulunan hükümlülerden, birinci fıkraya gereğince alınan tedbirlerle ve yapılan çalışmalara rağmen hayati tehlikeye girdiği veya bilincinin bozulduğu hekim tarafından belirlenenler hakkında, isteklerine bakılmaksızın kurumda, olanak bulunmadığı takdirde derhâl hastaneye kaldırılmak suretiyle muayene ve teşhise yönelik tıbbî araştırma, tedavi ve beslenme gibi tedbirler, sağlık ve hayatları için tehlike oluşturmamak şartıyla uygulanır.

(3) Yukarıda belirtilen hâller dışında, bir sağlık sorunu olup da muayene ve tedaviyi reddeden hükümlülerin sağlık veya hayatlarının ciddi tehlike içinde olması veya ceza infaz kurumunda bulunanların sağlık veya hayatları için tehlike oluşturan bir durumun varlığı hâlinde de ikin-

ların korunması ve tedavilerine yönelik zorlayıcı tedbirler, onur kırıcı nitelikte olmamak şartıyla uygulanacaktır.

TİMUR
DEMİRBAŞ'IN
TEBLİĞİ

Zorunlu tedavi genel olarak onaylanmaktadır; çünkü devlet hükümlü ve tutukluyu almakla, onun bedeni ve ruhi ihtiyaçlarını temin etme görevini de üzerine almıştır.³⁸ Almanya'da da bizde olduğu gibi, aralarında Dünya Doktorlar Birliği, Alman Tabipler Odası ve Alman Doktorlar Konseyi Başkanlığı'nın da olduğu çok sayıda doktor organizasyonu, ciddi ve yoğun itirazlar ortaya koyarak, zorunlu beslemeye karşı görüş ifade etmişlerdir.³⁹ Zorla beslemenin mahpusun vücut bütünlüğüne riski fazla kapsamlı bir saldırı ile ilgili olduğu savunulmaktadır. Buna göre, zorunlu beslenme vasıtasıyla, AİHS m. 5'de ifade edilen kişiliği ve vücudu üzerinde serbestçe hakim olma hakkına saldırı yapılmaktadır.⁴⁰

F tipi cezaevlerini protesto amacıyla başlayan ve uzun süre devam eden ölüm orucu eylemlerinde bugüne kadar dışarıdan destekleyenler de dahil olmak üzere 122 kişi hayatını kaybetmiştir.⁴¹

ci fıkra hükümleri uygulanır.

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

(5) Bu madde uyarınca hükümlülerin sağlıklarının korunması ve tedavilerine yönelik zorlayıcı tedbirler, onur kırıcı nitelikte olmamak şartıyla uygulanır.

³⁸ Weiss Irma, Schweizerischer Straf- und Massnahmenvollzug der Gegenwart in der Perspektive moderner poenologischer Behandlungsmethoden, Zürich 1970, s. 152 vd.; Soyaslan Doğan, Türk Hukuk Düzeni ve Açlık Grevi Yapan Kişilere Müdahale Sorunu, *Yargıtay Dergisi*, Temmuz 1990, C. 16, S. 3, s. 279 vd.

³⁹ Mechler, 26 vd.

⁴⁰ Zessar Eveline, Gesundheitliche Zwangsmassnahmen im Strafvollzug- Zwangsuntersuchung, Zwangsernährung und Aids-Prophylaxe, in: Menschenrechte im Strafvollzug, Wien 1998, s. 276.

⁴¹ *Milliyet*, 31. 5. 2006.

II. Mahpusların Sağlık Hakkı

1. Genel Olarak

Türkiye’de ceza infaz kurumlarındaki sağlık muayenesi eski Tüzük m. 227’de ki, “Kurum tabibi, hasta olduğu bildirilen hükümlü ve tutukluları her gün belirli saatlerde muayene ve tedavi eder” şeklindeki düzenlemeyle, BM ASK 25/1’in direktifleri doldurulmaya çalışılmıştı. Bu bakımdan, CeGTİK m. 71’de, “Hükümlü, beden ve ruh sağlığının korunması, hastalıklarının tanısı için muayene ve tedavi olanaklarından, tıbbî araçlardan yararlanma hakkına sahiptir. Bunun için hükümlü öncelikle kurum revirinde, mümkün olmaması hâlinde Devlet veya üniversite hastanelerinin mahkûm koşullarında tedavi ettirilir” şeklinde, hükümlünün sağlık hakkı belirtildikten sonra, “Sağlığın Korunması ve Tıbbî Müdahaleler” başlıklı üçüncü bölümde, “hükümlünün muayene ve tedavisi” (m. 78), “sağlık denetimi” (m. 79), “hastaneye sevk” (m. 80) ve “infazı engelleyecek hastalık hali” (m. 81) nin ayrıntılı ve kapsamlı şekilde düzenlenmesi çok yerinde olmuştur.⁴²

Ayrıca 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu m. 10/B’de valiye ve m. 33/B’de ise kaymakama, ceza ve tutukevlerinin muhafazası yanında, Cumhuriyet savcısı ile birlikte, hükümlü ve tutukluların sağlık şartlarını gözetim ve denetim altında bulundurma yetkisini de vermektedir.⁴³

Hükümlülerin ceza infaz kurumlarında sağlık hakkından yararlanabilmeleri öncelikle, bu kurumların fiziki koşullarının iyi olması, ısıtılıp, temiz olmalarına ve hükümlülerin temiz tutulabilmelerine bağlıdır. Bu bakımdan Tüzük, “Kurum binasının bakımı, temizliği ve ısıtılması” (m. 111),⁴⁴ “Hükümlüle-

⁴² Demirbaş, 273.

⁴³ Özkaya İhsan, Türk İnfaz Hukukunun Başlıca Özellikleri, in: *İnfaz Hukukunun Sorunları, Sempozyum 24/25. 11. 2000, Ankara 2001*, s. 125.

⁴⁴ Madde 111 - (1) Kurumlarda; oda, yatakhane, atölye ve diğer ortak kullanım alanlarının temiz tutulmasına ve uygun zamanlarda havalandırılmasına özen gösterilir. Bu amaçla, gerekli araç ve gereçler kurum idaresince sağlanır.

(2) Kurumun bulunduğu yer ve iklim koşulları dikkate alınarak, ku-

rin temizliği" (m. 112)⁴⁵ ve "Bulaşıcı hastalıklardan korunma" (m. 113)⁴⁶ konularını ayrıntılı şekilde düzenlemiştir.

Mahpusların sağlıklı olmaları, onların eğitilip çalışabilmelerini mümkün kıldığı gibi, mahpusluk ile daha iyi başa çıkma- larını da sağlar. Mahpusların büyük çoğunluğu cezaevinden bir gün çıkacaktır. Kaldı ki, cezaevi personeli ve ziyaretçiler de, hem cezaevi, hem de dış dünya ile irtibat halinde oldukla- rından, cezaevinde yaşanan sağlık sorunları, toplumun sağlık sorunları haline gelebilir.⁴⁷

rum binası uygun sıcaklıkta tutulur.

(3) Kurum binasının bakımı, temizliği, ısıtılması ve tesisatında mey- dana gelecek hasar veya bozuklukların onarımından kurumun en üst amiri sorumludur.

⁴⁵ Madde 112 - (1) Hükümlülerin kişisel bakım ve temizliklerinin sağlan- masına yönelik tedbirler kurum idaresince alınır.

(2) Hükümlülerin barındırıldıkları odalarda gerekli sağlık ve hijyen kurallarına uymaları özendirilir.

(3) Hükümlülerin kurum olanakları ölçüsünde kısa aralıklarla yıkan- maları sağlanır.

(4) Hükümlülerin, toplum içinde alışılmışın dışında saç, bıyık ve sakal uzatmalarına izin verilmez.

(5) Hükümlülerin kişisel bakım ve temizliklerinin sağlanmasına iliş- kin esas ve usuller kurum iç yönetmeliklerinde düzenlenir.

⁴⁶ Madde 113 - (1) Kurumda, 24/4/1930 tarihli ve 1593 sayılı Umumi Hıf- zıssıhha Kanununun 57 nci maddesinde yazılı bulaşıcı hastalıklardan birisinin çıkması veya çıkma şüphesinin ya da bu türden bir hastalık se- bebiyle ölümün meydana geldiği hallerde durum cezaevi tabibince ku- rumun en üst amirine bildirilir. Bu bildirim alınması üzerine kurum en üst amiri durumu gecikmeksizin ilgili mercilere bildirir.

(2) Hükümlünün, bir sağlık kuruluşu veya cezaevi tabibince yapılan muayene ve teşhisi sonucunda, 1593 sayılı Kanunun 103 üncü maddesin- de sayılan zührevi hastalıklar ile HIV virüsü taşıdığı tespit edilmesi hâlinde, durum, ilgili mercilere yazıyla gizli olarak bildirilir. Ancak, bu hâlde de, kurum olanakları ölçüsünde cezaevi tabibi, bunların ilk tedavi- lerini yapar ve hastalığın yayılmasını önleyici tedbirleri alır.

(3) Tedaviyi sağlayacak nitelikte özel bölümü bulunmayan kurum- lardaki hükümlüler, derhâl tedavisinin yapılabileceği sağlık kuruluşuna sevk edilir. Kurum idaresi tarafından, hastalığın yayılmasına engel ol- mak için gerekli önlemler alınır.

⁴⁷ İnsan Hakları Yüksek Komiserliği Ofisi, *İnsan Hakları ve Cezaevleri*, Ce- nevre 2001, s. 37.

TİMUR
DEMİRBAŞIN
TEBLİĞİ

Cezaevlerinde yapılan araştırmalar, mahpuslarda özellikle sindirim sistemi, nörolojik sistem, kas ve eklem sistemi hastalıklarının yaygın olduğunu göstermektedir. Bu nedenle, ceza infaz kurumlarında özgürlükleri kısıtlanmış olarak yaşamak durumunda olan mahpusların sağlığı açısından hekime veya sağlık hizmetine ulaşma hakkının önemi büyüktür⁴⁸.

BM ASK 22-26⁴⁹ ve Avrupa Cezaevi Kuralları 26-31⁵⁰ arasında sağlık hizmetleri ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Bu kurallardan, mahpusların fiziki ve ruhi sağlıklarının sadece devlet ve cezaevi idaresi ile bunlara bağlı olarak çalışan sağlık görevlilerinin değil, aynı zamanda tüm cezaevi personelinin sorumluluğu olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır. Nitekim, BM Kanun Adamları Talimatnamesi m. 6'da, "*Kanun adamları, nezaretleri altında bulunan kişilerin sağlıklarını tam olarak korurlar ve özellikle*

⁴⁸ Soyer Ata, Tutuklu ve Hükümlülerin Sağlık Hakları, in: *21. Yüzyıla Girerken Cezaların İnfazı Sempozyumu* (21-22 Ocak 2000), Ankara 2001, s. 99.

⁴⁹ Kural 22 - 1. Her kurumda, biraz psikiyatri bilgisine de sahip en az bir nitelikli sağlık görevlisi hizmet verir. Kurumdaki sağlık hizmetleri, toplum veya ulusun genel sağlık yönetimiyle yakın ilişki içinde düzenlenir. Kurumdaki sağlık hizmetleri, psikiyatrik teşhisi ve uygun vakalarda zihinsel anormalleri tedavi etmeye imkan verecek şekilde düzenlenir.

2. Durumu özel bir tedaviyi gerekli kılan hasta mahpuslar, uzmanlaşmış kurumlara veya sivil hastanelere sevk edilirler. Hastane hizmetlerinin kurum içinde verilmesi halinde, bunların araçları, donanımları ve ilaç stoklarının hasta mahpusların tıbbi bakım tedavilerini karşılayabilecek uygunlukta olur ve buralarda uygun eğitim görmüş görevliler bulunur.

3. Her mahpusa, nitelikli dış sağlığı görevlisinin hizmetinden yararlanma imkanı verilir.

⁵⁰ Kural 26 - 1. Her kurumda en azından vasıflı bir genel pratisyen hizmet etmelidir. Tıbbi hizmetler, toplum veya ulusun genel sağlık idaresi ile yakın ilişki içerisinde örgütlenmelidir. Bu hizmetler, teşhis ve uygun vakalarda akıl hastalarının tedavisi için bir psikiyatri servisi içermelidir.

2. Uzman tedavisi gerektiren hasta mahpuslar ihtisas kurumlarına veya genel hastanelere gönderilecektir. Hastane olanaklarının bir kurumda sağlanması halinde hasta mahpusların tıbbi bakım ve tedavileri için uygun alet, teçhizat ve ilaç sağlanacak ve yeterince eğitilmiş görevlilerin yer aldığı bir kadro bulundurulacaktır.

3. Her mahpus diplomalı bir dışçinin bakımından yararlanabilmelidir.

ihtiyaç duyulduğu an tıbbi bakım için acil tedbirleri alırlar” şeklinde, bu ifade edilmiş olup, cezaevi personelinin de kapsamaktadır.⁵¹

İnfaz kurumlarında mahpusların sağlık sorunları bakımından cezaevi doktorlarının sorumluluğu büyüktür. Nitekim, Uluslararası Cezaevi Sağlık Hizmetleri Konseyi” tarafından “Atina Andı” olarak adlandırılan bildiride bu şu şekilde ifade edilmiştir:⁵²

“Biz, cezaevi kuruluşlarında çalışan sağlık profesyonelleri, 10 Eylül 1979 tarihinde Atina’da buluştuk. Hipokrat yemininin ruhuna bağlı kalarak, cezaevlerinde her ne sebeple olursa olsun hapsedilmiş kimselere, önyargısız ve meslek etiğimizin kapsamı dahilinde olabilecek en iyi sağlık bakımını sağlamaya söz veriyoruz. Mümkün olan en iyi sağlık bakımını almanın hapsedilmiş bireylerin hakkı olduğunu kabul ediyoruz.

1. Herhangi fiziksel bir cezaya izin vermek ya da onaylamaktan kaçınmaya;
2. İşkencenin hiçbir türüne katılmamaya;
3. Hapsedilmiş kişilere bilgi verilip rızaları alınmadıkça, üzerlerinde insan deneyleri yapmamaya;
4. Hapsedilmiş hastalarla mesleki ilişkilerimiz sırasında öğrendiğimiz her türlü bilginin gizliliğine saygı göstermeye;
5. Tıbbi hükümlerimizin hastalarımızın gereksinimlerini temel alacağına ve her türlü tıp dışı mülahazanın üzerinde olacağına söz veriyoruz”.

Ayrıca, BM Mahpusların Islahı İçin Temel Prensipler’in m. 9. göre; “Mahpuslar, hukuki durumlarına dayanan bir ayrımcılığa maruz kalmaksızın, ülkede sağlanan sağlık hizmetlerine ulaşma hakkına sahiptir”. Tutuklular, BM ASK 91’de ki, “Tutukluların yaptıkları başvurunun makul olması ve giderlerini kendilerinin kar-

⁵¹ Uluslararası Ceza Reformu, 101 vd.

⁵² Uluslararası Ceza Reformu, 104 vd.

TİMUR
DEMİRBAŞ'IN
TEBLİĞİ

şilamaları halinde, kendi doktorları ve dış hekimleri tarafından ziyaret ve tedavi edilmelerine izin verilir” kuralı gereğince, masrafları kendilerince karşılanmak suretiyle kendi doktorlarına da tedavi olabilirler. Ancak, gerek BM ASK 91, gerekse Prensip 9'un pek sık uygulanmadığı bir gerçektir.⁵³

BM ASK 25/1,⁵⁴ cezaevi doktoru için üç yönlendirici direktif içermektedir; ilk olarak, doktorun nitelikli olması, ikinci olarak, cezaevi doktorunun elinde bütün donanımlara sahip, muayene odası ve uygun ilaç bulunmalıdır; son olarak ise, doktorun diğer hastalar gibi, mahpusları da tedavi edebilmek için hazır ve uygun olması gereklidir. BM ASK 25/1'in cezaevi doktorunun hastalıktan yakınan tüm mahpusları her gün görmesini belirtmesinin haklı nedenleri vardır. Çünkü mahpusların sağlığı, hapsedilme koşulları, kendilerini yaralayabilmeleri, intihar girişiminde bulunmaları ya da bir diğeri tarafından saldırıya uğrayabilmeleri nedeniyle, özgür kişilerden daha hassastır.⁵⁵

AİDS konusuna cezaevlerinde özel önem verilmelidir. Mahkûmların çokluğu ve genç mahkûmların varlığı eşcinselliği kolaylaştırmaktadır. Bunun yanında, AİDS'in bilinen bulaşma vasıtası olan uyuşturucu kullanımının cezaevlerinde yaygın olduğu da bir gerçektir. Gerçekten de, Norveç'te cezaevlerinde bulunanların %50'sinin uyuşturucu madde kullandığı ve Hollanda'da ise, mahkûmların %30'unun sert uyuşturucu madde kullandığı ve bunların yarısının seropozitif olduğu belirtilmektedir. AİDS'in yayılmasını önlemek amacıyla bazı ülkelerde, iğne verme ve metadon dağıtma programları uygulanmak-

⁵³ *Uluslararası Ceza Reformu*, 106 vd.

⁵⁴ Kural 25 - 1. Sağlık görevlisi, mahpusların fiziksel ve ruhsal sağlıklarının bakımını yapar ve bütün hasta mahpusları, hastalıktan şikayet edenleri ve sağlığı bakımından özel olarak dikkat çekenleri her gün görür.

2. Sağlık görevlisi, mahpusluğun devamı veya mahpusluk şartlarından biri nedeniyle bir mahpusun fiziksel veya ruhsal sağlığının kötü biçimde etkilenmiş olduğu ya da ileride etkileneceği sonucuna ulaşması halinde durumu kurum yöneticisine bildirir.

⁵⁵ *Uluslararası Ceza Reformu*, 110 vd.

tadır. Buna karşılık diğer bazı ülkeler ise, en küçük miktarda bile olsa uyuşturucu madde bulundurmaya şiddetle cezalandırmaktadırlar (20. 6. 1990 tarih ve 162 sayılı İtalyan Kanunu). AIDS ile en iyi mücadele aracının cezaevine girişte ve çıkışta virüsün zorunlu olarak aranması olduğu ileri sürülmektedir. Ancak bununla ilgili olarak iki farklı uygulama bulunmaktadır. İtalya, Anayasası'nın 13. maddesinde ki "*şahsi hürriyete dokunulamaz*" kuralına dayanarak, böyle bir tedbiri reddetmekte ve AIDS'in önlenmesi için acil tedbirler programının 5'inci maddesinde "*hiç kimsenin zorla ve rızası dışında tıbbi analizlere ve HIV virüsünün tespitine tâbi kılınamayacağı*" beyan edilmektedir. Bu nedenle, İtalya cezaevlerindeki nüfusun % 40'ı rızalarıyla bu tespite tâbi tutulmaktadır. Buna karşılık Polonya'da, Cezaların İnfazı Hakkında Kanun m. 61'e göre, "*mahkûmlar re'sen bu tespite tâbi tutulurlar ve bu işlem hükümlü cezaevine getirilir getirilmez yapılır*" denilmek suretiyle, tespite tâbi olma zorunluluğu kabul edilmiştir.⁵⁶

2. Hükümlünün Muayene ve Tedavisi

Tüzük m. 114/1'e göre, her kurumda bir revir bulunur. Revir, cezaevi tabibinin sorumluluğunda faaliyet gösterir. Kurum revirinde bulundurulması gerekli tıbbi araç ve gereçler ile kurum revirinin çalışma esas ve usulleri kurum iç yönetmeliğinde gösterilir (m. 114/2).

Hükümlünün acil veya olağan muayene ve tedavisi kurumun hekimi tarafından yapılır. Genel veya hastalık nedeniyle yapılan tüm muayene ve tedavi sonuçları, sağlık izleme kartına işlenir ve dosyasında saklanır (CeGTİK m. 78/1). Sağlık Bakanlığı ile üniversitelerin sağlık kuruluşları, hükümlülerin tedavileri bakımından gerekli yardımları yapmakla görevlidirler (CeGTİK m. 78/2). Hükümlünün muayene ve tedavisi Tüzük m. 117'de düzenlenmektedir.⁵⁷

⁵⁶ Pradel Jean, *Çağdaş Sistemlerde Karşılaştırmalı Ceza Usulü, İSİSC Kollok-yumlarının Sentez Raporu*, çev. Sulhi Dönmezer, İstanbul 2000, s. 125 vd.

⁵⁷ Tüzük m. 117 - (1) Kurumun sağlık koşullarının düzenlenmesi, hüküm-

TİMUR
DEMİRBAŞ'IN
TEBLİĞİ

Kurumda, hükümlünün muayene veya tedavisi sırasında cezaevi tabibi tarafından talep edilmediği sürece muayene odasında sağlık personeli dışında görevli bulundurulmaz. Ancak güvenlik amacıyla ve konuşulanların duyulmayacağı şekilde, kurum idaresi tarafından gerekli tedbirler alınır (Tüzük m. 117/2).

Kanun hükümlerine ve durumlarına göre, 5275 sayılı kanununun 16. maddesinin dördüncü fıkrasının uygulanmadığı hâllerde (infazın ertelenmesi), gebe olan kadın hükümlülerin bulunduğu kurumlarda, doğum öncesi ve doğum sonrası her türlü bakım ve tedavi için özel bir yer ayrılır. Doğumun kurum dışında bir sağlık kuruluşunda gerçekleşmesi için gerekli tedbirler alınır. Ancak, doğum, kurumda gerçekleşmişse çocuğun kurumda doğduğu, doğum belgesine işlenmez (Tüzük m. 114/3).

İnfaz kurumundaki acil ve olağan muayene dışında, kurum hekiminin, kurumu ayda en az bir kez sağlık denetimine tabi tutarak, genel ve özel önlem alınması gereken hastalıklar ile kurumda sağlık koşulları yönünden alınması gereken önerileri içeren bir rapor düzenleyerek bunu kurum yönetimine vermesi gerekir (CeGTİK m. 79).

Kurum hekiminin, acil veya olağan muayene ya da sağlık denetimi sonucunda, hükümlünün sağlık nedeniyle hastaneye sevkine gerek duyulması halinde, bu durum, kurum heki-

lünün acil veya olağan muayene ve tedavisi cezaevi tabibi tarafından yapılır. Genel veya hastalık nedeniyle yapılan tüm muayene ve tedavi sonuçları, sağlık izleme kartına işlenir ve dosyasında saklanır.

(2) Kurumda, hükümlünün muayene veya tedavisi sırasında cezaevi tabibi tarafından talep edilmediği sürece muayene odasında sağlık personeli dışında görevli bulundurulmaz. Ancak güvenlik amacıyla ve konuşulanların duyulmayacağı şekilde, kurum idaresi tarafından gerekli tedbirler alınır.

(3) Sağlık Bakanlığı ile üniversitelerin sağlık kuruluşları, hükümlülerin tedavileri bakımından gerekli yardımları yapmakla görevlidirler.

(4) Rızası olsa bile hiçbir hükümlü üzerinde tıbbi deney yapılamaz.

mi tarafından derhal bir raporla ceza infaz kurumu yönetimine bildirilir (CeGTİK m. 80).⁵⁸

Hükümlülerin sevk edildikleri hastanelerdeki muayene ve tedavilerine ilişkin esaslar Tüzük m. 116'da şu şekilde düzenlenmiştir:

1) Kurumda tedavisi mümkün olmayan hastalığı bulunan hükümlülerin muayene ve tedavileri Devlet ve üniversite hastanelerinde gerçekleştirilir. Hükümlülerin yatarak tedavileri bunlar için ayrılan hükümlü koğuşlarında yapılır. Hükümlü koğuşu yoksa tedavileri dış güvenlikten sorumlu güvenlik görevlileri tarafından gerekli önlemler alınarak hastanelerin diğer birimlerinde yapılır.

2) Açık kurumlar ile çocuk eğitimevi hükümlülerinin kurum dışındaki yatarak tedavileri, tedavi eden kurumun bulunduğu yerdeki kurumun iç güvenlik görevlileri gözetiminde ve hükümlü odası dışındaki bir bölümde yapılır.

3) Kurum dışında yatarak tedavileri yapılan hükümlülerin yanında, tedaviyi yapan hekimin raporuyla zorunlu olduğunun bildirilmesi hâlinde, eşi, annesi, babası, kardeşi, çocuğu, bunların olmaması hâlinde Cumhuriyet başsavcılığının uygun gördüğü bir aile yakını refakatçi olarak bulundurulabilir.

3. Sağlık Nedeniyle Cezanın İnfazının Tehiri

a. Genel Olarak

BM ASK 57'ye göre, hapsedilmek suretiyle özgürlüğün kısıtlanması doğası gereği sıkıntı verici olduğundan, daha da kötüleştirilmemesi gerekir. Bu nedenle, mahpusların yaşam hakkı ve sağlık standartlarını güvenceye almak, etkili tıbbi bakım ve tedavi koşullarını sağlamak devletin sorumluluğu

⁵⁸ Tüzük madde 115 - (1) Hükümlünün sağlık nedeniyle bir hastaneye sevkine gerek duyulduğunda durum, cezaevi tabibi tarafından bir raporla derhâl kurum en üst amirine bildirilir.

TİMUR
DEMİRBAŞ'IN
TEBLİĞİ

altındadır. İyileşme ihtimali olmayan, ağır derecede hasta mahpuslar salıverilmek suretiyle dışarıdaki bir kurumda ya da ailelerinin yanında bakımları sağlanmalıdır.⁵⁹

"İnfazı engelleyecek hastalık hâli" başlıklı CeGTİK m. 81'de, *"Kurum hekimi veya görevli hekim tarafından yapılan muayene ve incelemeler sonucunda hükümlünün cezasını yerine getirmesine engel olabilecek hastalığı saptanırsa durum, kurum yönetimine bildirilir"* şeklinde, bu durum düzenlenmiştir.

Hükümlünün sağlık durumunun CeGTİK m. 16'da düzenlenen akıl hastalığı, hayati tehlike oluşturan hastalık veya gebelik kapsamına girmesi halinde, infaz geriye bırakılır.

CeGTİK m. 17/2'de ise, belirtilen zorunlu ve çok ivedi hâllerde infaza ara verilmesi düzenlenmektedir.

b. Cezanın İnfazı Sırasında Ertelenmesi Halleri

aa. Akıl Hastalığı

Akil hastalığına yakalanan hükümlülerin cezalarının infazı iyileşmeden sonraya bırakılır ve hükümlü, iyileşinceye kadar Türk Ceza Kanunu'nun 57. maddesinde belirtilen sağlık kurumunda koruma ve tedavi altına alınır. Sağlık kurumunda geçen süreler cezaevinde geçmiş sayılır (CeGTİK m. 16/1).

Akil hastalığının iyileşme olanağının olmadığı, adli tıp raporuyla belgelenmişse, CeGTİK m. 98/2 gereğince, infazın sürdürülüp sürdürülmemesi yolunda ilgili mahkemeden karar alınmalıdır. Ancak, soyut bir şekilde, *"yapılan muayenede hükümlünün akıl hastası olduğu müşahede edilmiştir"* şeklinde verilen raporlar, eksik olduğundan, infazın tehiri yönünde yeterli tıbbi teşhis ve kanaati içermezler. Bu nedenle, *"genel felç, beyin frengisi"* gibi, hastalığa ilişkin tıbbi bulguların neler olduğunun raporda belirtilmesi gerekir. Akıl hastalığına tu-

⁵⁹ Uluslararası Ceza Reformu, 97.

tulmuş olan hükümlünün raporunda gösterilen süre sonunda, hükümlünün C. Başsavcılığınca tekrar kontrol ettirilmesi ve iyileştiğinin bildirilmesi halinde, infaza başlanması gerekir. İyileşmenin söz konusu olmadığı Adli Tıp'ça bildirilen hükümlülerin cezası, Cumhurbaşkanınca sürekli hastalık sebebiyle Anayasa m. 104/b. 13 gereğince ortadan kaldırılmaktadır.⁶⁰

bb. Hayati Tehlike Oluşturan Diğer Hastalıklar

Diğer hastalıklarda cezanın infazına, resmî sağlık kuruluşlarının mahkûmlara ayrılan bölümlerinde devam olunur. Ancak bu durumda bile hapis cezasının infazı, mahkûmun hayatı için kesin bir tehlike teşkil ediyorsa mahkûmun cezasının infazı iyileşinceye kadar geri bırakılır (CeGTİK m. 16/2). Böyle durumlarda hükümlü için sağlık kurulundan alınacak rapor, Adli Tıp Kurumu'na gönderilir.

Hastalığın infaza engel olabilmesi için, infaz halinde hükümlünün hayatını tehlikeye düşürecek nitelikte olması gerekir. Bu nedenle, geçirdiği kalp krizi nedeniyle başkalarının yardımına ve özel bakıma ihtiyacı olan hükümlünün, infazın ertelenmesini isteme hakkı vardır. Bu talep, infazın yapıldığı yer C. Başsavcılığına yapılmalıdır. İstemın Savcı tarafından reddi halinde, hükümlünün mahkemesinden karar istemek hakkı olup; yetkili mahkeme, CeGTİK m. 98/2 gereğince, önceki hükümlülük kararını vermiş olan mahkemedir.

İnfaza başlanmadan veya infaz sırasında, hükümlünün belirtilen nitelikte hastalanması mümkün olup, bu durumda, C. Başsavcılığı hükümlüyü tam teşekküllü bir hastaneye sevk ederek hastalığının niteliğini heyet raporuyla belgelendirmesi gerekir. C. Başsavcılığının hastaneye yazacağı sevk yazısında, şu hususların sorulması gerekir⁶¹:

⁶⁰ Günay Erhan, *Türk İnfaz Hukuku*, 4. bası, Ankara 2002, s. 349 vd.

⁶¹ Mengüç Ali Rıza, *Ceza İnfaz Hukuku ve İnfaz Müesseseleri*, 2. baskı, İstanbul 1975, s. 122; Günay, 350 vd.

1. Sevk edilen hükümlünün hastalığının niteliği;
2. Söz konusu hastalığa göre, hükümlünün cezaevi koşullarına uyum sağlayıp sağlamayacağı ve belirtilen süredeki cezanın infazı halinde hükümlünün yaşamı için kesin bir tehlike oluşturup, oluşturmadığı;
3. Hastalık nedeniyle infazın geri bırakılmasının ya da kesilmesinin gerekli olup olmayacağı, eğer gerekiyorsa bunun süresi.

cc. Gebelik

İnfaz, gebe kadınlar veya doğurduğu tarihten itibaren altı ay geçmemiş olan kadınlar hakkında da geri bırakılır. Ancak, çocuk ölmüş veya anasından başka birine verilmişse, doğumdan itibaren iki ay geçince ceza infaz olunur (CeGTİK m. 16/4).

Cezanın infazına başladıktan sonra hükümlü kadının gebe olduğunun anlaşılması halinde, infazın hemen durdurulup durdurulmayacağı hususunda Kanunda bir açıklık bulunmadığından, ceza süresine ve doğumun yaklaşıp yaklaşmadığına göre karar verilmelidir. Hükümlü kadın belirli aralıklarla doktor tarafından muayene edilmeli ve sonuç olarak doğum için doğumevine sevk edilmelidir. Tereddüt halinde, CeGTİK m. 98/2'ye göre, mahkemeden karar alınmalıdır. Ancak, infaz sırasında gebe olduğu anlaşılan kadının sırf gebeliği nedeniyle infazın durdurulması yöntemi, uygulamada benimsenmemiştir. Dolayısıyla, hükümlü kadın doğum öncesi cezaevinden hastaneye kaldırılmakta ve doğumu yaptıktan sonra tekrar cezaevine alınmakta ve bebeğini cezaevinde emzirmektedir.⁶²

⁶² Günay, 352.

dd. CeGTİK m. 17/2'de Belirtilen Zorunlu ve Çok İvedi Hâller

TİMUR
DEMİRBAŞ'IN
TEBLİĞİ

CMUK m. 17/2'de, "Üç yıl ve daha az süreli hapis cezası; hükümlünün yüksek öğrenimini bitirebilmesi, ana, baba, eş veya çocuklarının ölümü veya adı geçenlerin sürekli hastalık veya malûllükleri nedeniyle ailenin tarım topraklarının işlenebilmesinin olanaksız hâle gelmesi veya hükümlünün hastalığının sürekli bir tedaviyi gerektirmesi gibi zorunlu ve çok ivedi hâllerde, Cumhuriyet Başsavcılığınca altı ayı geçmeyen sürelerle ara verilerek infaz edilebilir. Ancak bu ara verme iki defadan fazla olamaz" şeklinde düzenlenen bu durumun uygulanabilmesi için şu şartların gerçekleşmesi gerekir:

1. Hükümlünün üç yıl ve daha az süreli hapis cezasının olması,

2. Hükümlünün yüksek öğrenimini bitirebilmesi, ana, baba, eş veya çocuklarının ölümü veya adı geçenlerin sürekli hastalık veya malûllükleri nedeniyle ailenin tarım topraklarının işlenebilmesinin olanaksız hâle gelmesi veya hükümlünün hastalığının sürekli bir tedaviyi gerektirmesi gibi zorunlu ve çok ivedi hâllerin bulunması.

Bu şartların gerçekleşmesi halinde, C. Başsavcılığınca altı ayı geçmeyen sürelerle infaza ara verilebilir. CeGTİK m. 17/1'de olduğu gibi, burada "hükümlünün istemi" bir koşul olarak yer almamıştır. Dolayısıyla hükümlünün istemi olabileceği gibi, istemi olmadan böyle bir durumdan haberdar olan C. Başsavcılığı infaza ara verebilir. Ancak bu ara verme iki defadan fazla olamaz. Dolayısıyla, infaz bir yıl ertelenebilecektir.

CeGTİK m. 17/2'de belirtilen koşulların gerçekleşmesi halinde, infazın ertelenmesi söz konusu olabileceği gibi; infaza başlandıktan sonra zorunlu ve çok ivedi hâllerden birinin ortaya çıkması halinde de, infaza ara verilmesi mümkündür.

Erteleme talebinin kabulü güvence gösterilmesine veya diğer bir koşula bağlanabilir (CeGTİK m. 17/3).

c. İnfazın Ertelenmesi Süresi Sonunda Yapılacak İşlem

CeGTİK m. 16/1 ve 2'de belirtilen geri bırakma kararı, Adli Tıp Kurumunca düzenlenen ya da Adalet Bakanlığınca belirlenen tam teşekküllü hastanelerin sağlık kurullarınca düzenlenip Adli Tıp Kurumunca onaylanan rapor üzerine, infazın yapıldığı yer Cumhuriyet Başsavcılığınca verilir. Geri bırakma kararı, mahkûmun tâbi olacağı yükümlülükler belirtilmek suretiyle kendisine ve yasal temsilcisine tebliğ edilir. Mahkûmun geri bırakma süresi içinde bulunacağı yer, kendisi veya yasal temsilcisi tarafından ilgili Cumhuriyet Başsavcılığına bildirilir. Mahkûmun sağlık durumu, geri bırakma kararını veren Cumhuriyet Başsavcılığınca veya onun istemi üzerine, bulunduğu veya tedavisinin yapıldığı yer Cumhuriyet Başsavcılığınca, sağlık raporunda belirtilen sürelerle, bir süre bulunmadığı takdirde üçer aylık dönemlere göre bu fıkrafta yazılı usule uygun olarak incelettirilir. İnceleme sonuçlarına göre geri bırakma kararını veren Cumhuriyet Başsavcılığınca, geri bırakmanın devam edip etmeyeceğine karar verilir. Geri bırakma kararını veren Cumhuriyet Başsavcılığının istemi üzerine, mahkûmun izlenmesine yönelik tedbirler, bildirim yapıldığı yerde bulunan kolluk makam ve memurlarınca yerine getirilir. Bu fıkrafta yazılı yükümlülüklerle aykırı hareket edilmesi hâlinde geri bırakma kararı, kararı veren Cumhuriyet Başsavcılığınca kaldırılır. Bu karara karşı infaz hâkimliğine başvurulabilir (CeGTİK m. 16/3).

d. Cumhurbaşkanıncı Af

Hükümlünün sağlık durumunun, sürekli hastalık, sakatlık veya yaşlılık nedenleriyle cezanın infazını imkânsız kılacak dereceye varması halinde, Cumhurbaşkanı An. m. 104/b. 13

deki "Sürekli hastalık, sakatlık ve kocama sebebi ile belirli kişilerin cezalarını hafifletmek veya kaldırmak" yetkisine dayanarak, söz konusu hükümlülerin cezasını hafifletebileceği gibi, tamamen de kaldırabilir.

Cumhurbaşkanının bu yetkisini kullanmasında, Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğünün 29. 6. 1989 gün ve 34004 sayılı yazısına göre işlem yapılmaktadır:⁶³ " ... adı geçen hükümlünün tam teşekküllü bir devlet hastanesi sağlık kurulunca muayenesi yaptırılıp bahis konusu arıza tıbben tespit ettirilerek alınacak raporla dilekçesinin ve bu hususta evvelce verilmiş başka raporları bulunduğu takdirde, evraka eklenip Adli Tıp Kurumuna gönderilmesi ve hükümlüdeki arızanın Anayasanın 104/2-b maddesinde yazılı sürekli hastalık, sakatlık ve kocama halini teşkil edip etmediği hakkında gerekli mütalaa alındıktan sonra keyfiyetin Bakanlığa bildirilmesi, mahkûmiyete müteallik hüküm, Yargıtay kararı ve nüfus kaydının onaylanmış örnekleri ile hastane raporu, Adli Tıp Kurumunun mütalaası ve af kanunlarından evvelce yararlanmışsa buna dair karar örneklerinin gönderilmesi, adli sicil sabıka kaydı ile varsa mesleği ve şahsi ve ailevi durumu hakkında bilgi toplanarak evraka eklenmesi ve arta kalan cezanın bildirilmesi..."

4. Hastalık Nedeniyle Nakil

a. Genel Olarak

Hastaneye sevki zorunlu görülen hükümlü, bulunduğu yere en yakın tam teşekküllü devlet veya üniversite hastanesinin hükümlü koğuşuna yatırılır (CeGTİK m. 57/1) (Tüzük m. 168).

Bu hastanelere gönderilen hükümlülerin başka yerlerdeki hastanelere sevki, sağlık kurulu raporuyla, acil ve yaşamsal tehlikesi bulunması hâlinde, varsa biri hastalığın uzmanı olmak üzere iki uzman hekim tarafından verilip, başhekim

⁶³ Günay, 379.

TİMUR
DEMİRBAŞ'IN
TEBLİĞİ

tarafından onaylanan ve hastalığın sebebi, tedavinin hangi sebeple bulunduğu hastanede gerçekleştirilemediği, hastaya nerede ve ne tür bir tedavi gerektiğini açıkça belirten bir raporla mümkündür. Bu durumda da en yakın ve hükümlü koğuşu bulunan devlet veya üniversite hastaneleri tercih edilir (CeGTİK m. 57/2). Hükümlünün bu hastanelerde kontrol ve tedavisinin devam edip etmeyeceğinin sağlık kurulu raporuyla belgelendirilmesi gerekir; aksi halde hükümlü ait olduğu kuruma iade edilir (CeGTİK m. 57/3).

Hükümlü, acil hâller dışında özel sağlık kuruluşlarında tedavi edilemez. Acil hâllerin varlığı hâlinde Adalet Bakanlığı'na bilgi verilir (CeGTİK m. 57/4).

Hükümlü, sağlık nedenleriyle bulunduğu kurumda kalmasının uygun olmadığı, kurum hekiminin önerisi ve en üst amirinin isteği üzerine alınacak sağlık kurulu raporuyla belirlendiği takdirde, başka kurumlara nakledilebilir (CeGTİK m. 57/5).

b. Nakil Öncesi Yapılacaklar

Hükümlü nakilden önce aranır ve kurum hekimine, yoksa diğer bir resmî hekime muayene ettirilir; muayene sonucu yola çıkarılamayacağı anlaşılanlar, kurumun en üst amirince derhal resmî bir sağlık kuruluşuna sevk edilir. Mazeretinin, biri hastalığın uzmanı olmak üzere en az iki uzman hekimin imzaladığı ve hastane başhekiminin onayladığı resmî rapor ile belgelenmesi hâlinde nakil, mazeret ortadan kalkıncaya kadar geri bırakılır ve durum Adalet Bakanlığı'na bildirilir (CeGTİK m. 53/2)(Tüzük m. 164/2).

c. Nakillerde Alınacak Tedbirler

Hükümlülerin kuruma veya başka bir yere götürülüp getirilmesi sırasında, halkla bir araya gelmelerine ve başkaları

tarafından görülmelerine engel olacak tedbirler alınır (CeGTİK m. 58/1) (Tüzük m. 169).

Hükümlü, havalandırma ve ışık durumu yetersiz araçlarla, eziyet verici veya onur kırıcı şekilde nakledilemez. Nakil sırasında alınacak tedbirler, hükümlünün firarını önleyici ve yukarıda belirtilen engelleri gerçekleştirici sınırları aşamaz, birbirleriyle ve görevlilerle herhangi bir tartışmaya girmelerini engelleyici boyutları geçemez (CeGTİK m. 58/2).

Açık ceza infaz kurumları ile çocuk eğitim evlerine nakiller kurum görevlilerinin gözetiminde yapılır (CeGTİK m. 58/3). Nakil sırasında hükümlünün iâşe ve bedensel ihtiyaçları giderilir (CeGTİK m. 58/4).

Hastane, soruşturma ve duruşmalar için C. Savcılığına veya mahkemeye götürülecek tutuklu ve hükümlülerin listesi yazılı olarak ceza infaz kurumu ve tutukevi müdürü tarafından koruma görevini yürüten jandarma komutanlığına sevk tarihinden itibaren en az bir gün önce bildirilmelidir. Tutuklu ve hükümlülerin nakli ise, C. Başsavcısının yazılı isteminin jandarmaya intikalinden itibaren en geç bir hafta içerisinde yapılır.⁶⁴

Nakledilecek hükümlüye ait, elbise ve diğer eşyası, bu konuda görevlendirilen kurum personeline, iki nüsha hâlinde düzenlenecek bir makbuz karşılığı geri verilir. Makbuzun bir sureti imza karşılığı hükümlüye verilir, diğer sureti ise defterinde saklanır (Tüzük m. 170/1).

Hükümlünün bankada şahsî parasının bulunması hâlinde, bu para, nakledileceği kurumun bankadaki "*Hükümlü Emanet Para Hesabı*"na kayıt edilmek üzere gönderilir (Tüzük m. 170/2). Nakledilecek hükümlüye ait gözlem ve sınıflandırma dosyası ile sevk evrakı nakli gerçekleştirecek görevliye teslim edilir. İnfaz dosyası, nakledildiği kuruma ulaştırılmak

⁶⁴ Yılmaz, 170.

TİMUR
DEMİRBAŞ'IN
TEBLİĞİ

üzere, derhâl ilgili yer Cumhuriyet başsavcılığına gönderilir (Tüzük m. 170/3).

Sonuç

Türkiye'de 1990'lı yılların sonunda ortaya çıkan cezaevi olaylarına kadar, gerek toplum, gerekse devlet olarak cezaevi sorunlarına ne yazık ki hiç eğilinmemişti. Bu olaylardan sonra, iki önemli kanun yürürlüğe girmiştir: 16. 5. 2001 tarih ve 4675 sayılı İnfaz Hakimliği Kanunu'na göre, infaz hakimi, ceza infaz kurumları ve tutukevlerinde bulunan hükümlü ve tutuklular hakkında yapılan işlemler ve bunlarla ilgili faaliyetlere yönelik şikayetleri inceleyerek karar bağlamaktadır. 20. 11. 2007 tarih ve 5712 sayılı kanunla değişik 14. 6. 2001 tarih ve 4681 sayılı Ceza İnfaz Kurumları ve Tutukevleri İzleme Kurulları Kanunu ile ise, infaz kurumları ve tutukevlerinin yönetim, işleyiş ve uygulamalarını yerinde görmek, incelemek, bilgi almak ve tespitlerini rapor haline getirerek yetkili ve ilgili mercilere sunmak suretiyle izlenmesi amaçlanmıştır. Bu iki kanun, mahpusların sağlık hakkı yönünden önemli fonksiyon icra etmektedir.

1 Haziran 2005'te yürürlüğe giren 13. 12. 2004 tarih ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun, infaz hukukuna ilişkin çeşitli kanunlarda, tüzükte ve Adalet Bakanlığı genelgelerinde yer alan esasları, başta hükümlü hakları ve yükümlülükleri olmak üzere uluslararası infaz kurallarını da dikkate almak suretiyle bir araya getirmesi yönünden yerinde bir kanundur. Bu Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra Adalet Bakanlığı 1. 1. 2006 tarih ve 1 Nolu Genelgesi ile 31. 12. 2005'de önce yayımlanan tüm genelgelerin yürürlükten kaldırılması da olumlu olmuştur.

CeGTİK ve tüzükte, mahpusların sağlık hakkına ilişkin ayrıntılı düzenlemeler bulunmaktadır. Ancak mahpusların infaz kurumlarında sağlık sorunlarının çözümünde, eğitilmiş

personelin rolü çok önem taşımaktadır. Gerçekten de işini seven doktor, psikolog ve sosyal hizmet uzmanları başta olmak üzere infaz kurumu personelinin bulunması halinde sorunların asgari düzeye düşürülmesi mümkün olabilecektir. Ayrıca infaz kurumlarının fiziki koşullarının düzeltilmesi ve revirlerin donanımın artırılması yanında, hatta kapasitesi büyük infaz kurumlarında küçük çaplı hastanelerin hizmete açılmasının da önemi büyüktür.

Oturum Başkanı: Evet Sayın Demirbaş, bu enteresan sunum için teşekkürler. Zaman da çok ilerlediği için hemen tartışma için söz vermek istiyorum.

Evet arkada oturan bayan. Söz sizin.

Ja Herr Demirbaş, haben Sie vielen Dank für diesen interessanten Vortrag. Da wir schon mit der Zeit schon sehr weit fortgeschritten sind, darf ich bitten gleich zu Diskussionsbeiträgen. Keine Fragen, doch, die Dame da hinten, ich gebe Ihnen das Wort. Das Mikrophon fehlt da noch.

Ziynet ÖZÇELİK: Şimdi ben sormasam herhalde diğer oturumlara hemen geçilecekti ama sormadan edemeyeceğim. Daha önce de belirtmiştim Türk Tabipleri Birliği'nin vekiliyim diye. Gerçekten cezaevleri ile ilgili sağlık sorunları konusunda hekimler bugüne kadar ciddi problemler yaşadılar ve hukukçulardan da bu konuda önemli bir destek alamadılar. Şimdi geçmişe dönüp baktığımızda iki noktada ciddi problemleri ki halen bazıları sürmekte. Onlar da şunlar: Bir tanesi bu cezaevinden nakledilen insanların hekimle yüz yüze geldiği andan itibaren muayenesi sırasında yalnız kalamamaları. Yani o özerklik dediğimiz, kişisel alan dediğimiz alanın sağlanamaması, psikiyatrik hastalar da dahil olmak üzere. Buna direnen hekimlerde ise, yani gerçekten bu özerk alanın yaratılması konusunda çaba gösteren hekimler de sıkça yargı organları karşısına çıktılar. Bazen işte görevi ihmalden ya da

TARTIŞMA

görevi kötüye kullanmaktan gibi değişik suçlarla biz de vekilliğini yürütmek durumunda kaldık.

Tam bu noktada yakalama, gözaltına alma ve ifade alma yönetmeliği var. Onun da doktor muayenesine ilişkin hükümleriyle ilgili biz çokça uğraştık, davalar da açtık, Danıştay'dan uzun bir süre sonucunda da karar çıkartabildik ancak. Orada şöyle bir şey var eskiden gözaltına alınan kişiyle hekimin yalnız kalmasını güvenlik güçlerinin takdirine bırakıyordu. Yani kaçmayacaksa, güvenlik açısından tedbir yoksa. Son düzenlemelerde, sanıyorum 2005 olsa gerek, düzenlemede ise, hekim güvenliği konusunda bir sıkıntı duyuyorsa güvenlik güçlerinin orada olmasını isteyebiliyor, yani hekimin iradesine bırakılmış güvenlik açısından. Ama aynı düzenlemeyi biz cezaevlerindeki tutuklu ve yükümlülerin muayenesinde göremiyoruz. Acaba orası açısından da böyle bir ölçüt getirilebilir mi? Mesela terörle mücadele kapsamındaki tutuklu ve yükümlülerin mutlaka kaçacak hükümlüler olduğu kabul ediliyor bu düzenlemede, bu da ciddi hak ihlallerine neden oluyor.

Diğer bir alan ise şu: Sayın Feyzioğlu tabii katılmadı buraya, açlık grevleriyle ilgili sunumu yapacaktı, onun alanına giriyor ama belki Sayın Demirbaş'tan bu konuda düşüncelerini söyleyebilir diye düşünüyorum, şimdi, açlık grevleri sırasında hani daha önceki oturumlarda da konuşuldu, eğer kişinin iradesi, bilinci açıksa hekimlik alanındaki bildirgelelere göre, hekim yani iradesi dışında, rızası olmaksızın hastaya müdahale edemez, o kişiye müdahale edemez. Açlık grevlerinde de gerek Türk Tabipler Birliği, gerekse birtakım cezaevi hekimleri bu tutuma göre davranışlarını şekillendirdiler. Ama ne yazık ki hem cezaevi hekimleri, hem Türk Tabipleri Birliği'nin yüksek onur kurulu bu konuda açıklama yaptığı için 2000 yılındaki açlık grevleri sırasında, intihara teşebbüsten yargılandılar Ağır Ceza'da, ayrıca da Türk Tabipleri Birliği Merkez Heyeti, asliye hukuk mahkemesinde Sağlık Bakanlığı'nın da başvurusuyla birlikte, görevden alma istem-

li olarak yargılandı. Tabii ki bu davaların sonuçları olumlu sonuçlandı ama bunların olması bile tek başına aslında bu alanda bugün tartıştığımız birçok problemi ve bu alana ilişkin uluslararası kabullerin ülkemizde çok ta kabul edilmediğini, bu konuda ciddi sıkıntılar olduğunu da gösteriyor.

Oturum Başkanı: Çok teşekkürler.

Başka soru var mı? Evet.

Vielen Dank, gibt es weitere Fragen? Ja.

Prof. Dr. Ahmet EZİKLİ: Adli tıp uzmanıyım, aynı zamanda da hukuk fakültesi mezunuyum. Hocam gibi ben de şu anda Erzurum'da Cezaevleri İzleme Kurulu Başkanlığı yapıyorum. Cezaevlerini yakından bizler de görebiliyoruz. Bunlardan en önemli meselelerimizden birisi hocam, hastaneye nakledilen ve yatarak tedavi görmek zorunda kalan hükümlü ve tutuklularla ilgili. Bunlara hastane kurumlarının özel bir oda açmaları gerekir diyoruz. Ama baktığımız durumda da hiçbir hastanede mahkumlara ayrılan bu odaların gerçekten normal vatandaşlara sağlanan imkanlara göre çok çok kısıtlı olduklarını görüyoruz. Hatta üniversite hastanesinde bizim revirimiz mahpuslar için ayrı bir binada. Takibi gereken hastalarımız var, bunlar için mutlaka bir personel ayrılması gerekir hemşiresi veya hekimi. Zaten hastanelerde gerekli sağlık personeli bulunmuyor.

Biz Sağlık Bakanlığı'na da Sağlık Müdürlüğü aracılığıyla bir talep götürdük. En azından merkezdeki yerlere, bu gibi yerlerde görevlendirilecek sağlık personelinin sayısının artırılması talebinde bulunduk. Ama maalesef öyle bir talep bugüne kadar yerine getirilmedi bu bir. İkincisi bu hastaların takibi esnasında problem olduğunda, mesela kalp krizi geçirebilir, o anda orada sağlık personeli bulunmuyor ve kalp krizine üç dakika içinde müdahale edemezseniz hipoksit beyin gelişir ve bitkisel hayata girilir. Bu gibi durumlarda sorumluluk kime ait olacak? Kurumlar bu kadar kısıtlı şartlar içerisinde-

TARTIŞMA

de bunu yerine getirmek zorunda mıdır? Standardı var mıdır bunun? Yani bir mahpuslar için ayrılan yerde cerrahi bir branş ayrı kardiyolojideki bir branş ayrı olabilir, cildiye'deki bir branş ayrı olabilir ama bir standardı olmalı mı? Bu tüzükte var mı? Ben görebildiğim kadarıyla böyle bir standart algılamadım. Oysaki hem insan hakları, hem de insan hakları ve Biyotıp Sözleşmesinde kişilere verilecek sağlık hizmetlerinin standart halde olması gerekir diyor. Bu problemi en azından sağlık kurumlarının yöneticileri nasıl aşabilirler?

Av. Mustafa GÜLER: Hem sizlerle bir konuyu paylaşmak, hem de o konuda sizin görüşünüzü almak isterim Hocam. Şimdi infaz hukuku ile ilgili birazcık; asıl konunun kenarında kalacak bu konuştuğumuz, ama infazın konusunu değerlendirdiğimizde tam da ilgili aslında. Geçenlerde bir yasa çıktı biliyorsunuz 5728 sayılı kanun. 650 maddeden oluşuyor, 170 tane yasada değişiklik yapıyor. Bu hem tabipleri ilgilendiriyor, hem avukatları ilgilendiriyor, dış hekimlerini, eczacıları birçok meslek grubunu ilgilendiren 170 tane yasada değişiklik yapıyor.

Bunun infazla bağlantısı şöyle: İnfazı bize fakültede şöyle öğretmişlerdi, ıslah için gerekliydi bu. Şimdi burada öyle bir cezalar getiriliyor ki mesleği icra edebilmek için bazı suçlardan mahkum olmama koşulu getiriliyor. Bugünlerde biliyorsunuz çok güncel, halkı askerlikten soğutmak mesela. Halkı askerlikten soğutmaktan dolayı hapis cezası alırsa bir hekim, Türk Ceza Kanunu'nun 53. maddesindeki süreler geçse bile hekimlik yapma hakkı ortadan kalkıyor, çünkü milli savunmaya ilişkin suçlar arasında düzenlendiği için. Bunun gibi çok daha basit suçlar var, daha basit suçlar var, mesela izin verilmeyen yerlere ölü gömmek. Cezasına bakıyorsunuz 2 ay ya da 6 ay hapis cezası, ama buradan dolayı bir hapis cezası alırsanız, mesleğiniz tümüyle elden gidiyor çünkü mesleği yapma şartlarından birini kaybetmiş oluyorsunuz. 2 aylık cezanın infazından sonra bir de mesleğin elden gitmesi noktasında sizin de düşüncelerinizi almak isterim.

Oturum Başkanı: Çok teşekkürler.

Başka soru var mı? Yok. Çok önemli sorular soruldu. Bir tane ben de eklemek istiyorum. Alman hukukçu olarak ceza infaz hukukunda tedavi yükümlülüğünün olup olmadığını merak ediyorum.

Ja vielen Dank, gibt es noch weitere Fragen? Ich sehe keine weiteren Wortmeldungen. Sie haben eine Reihe zentraler wichtiger Fragen zu beantworten. Vielleicht darf ich eine hinzufügen. Mich würde als deutscher Jurist interessieren, gibt es eine Behandlungspflicht im Strafvollzugsrecht oder gibt es die nicht?

Prof. Dr. Timur DEMİRBAŞ: Öncelikle tabii sizin sorduğunuz soru bir katkı niteliğinde, basında da yer aldı. Eleştirinizin doğrudan konumuzla ilgisi yok, yani belirli ağırlıkta mahkumiyeti olanların belirli meslekleri yapamayacakları şeklindeki düzenlemeler bunlar. Sadece o da değil, başka maddelerde yapılan değişiklikler de ciddi problemler çıkarıyor, en basiti CMK m. 231'deki değişiklik sistemi tamamen tıkayacak nitelikte. Dolayısıyla o konuya hiç girmeyelim, biz konumuzla bağlantılı olarak öncelikle ölüm oruçları bakımından müdahale edilebilme ile ilgili düzenleme bakımından gerçekten de o süreçte ciddi tartışmalar olmuş idi.

Tabii İnfaz Kanunu'nun 82. maddesi bakımından bir defa sorumluluğu yine hekime veriyor ama müdahale bakımından diyor ki "1. fıkra gereğince alınan tedbirlere ve yapılan çalışmalara rağmen hayati tehlikeye girdiği veya bilincinin bozulduğu hekim tarafından belirlenenler hakkında tedaviye başlanır, hastaneye sevk edilir." Bu bakımdan ya bilinç ortadan kalkacak, ya da hayati tehlike söz konusu olacak. Tabii bilemiyorum hukukçularla doktorlar arasında bu konuda görüş ayrılığı var. Biz tabii anlayamıyoruz, hekim Hipokrat yemini ettiğine göre kim olursa olsun insanların hayatını, sağlığını korumak durumunda, nasıl intihar teşebbüsünde bulunan kişi hastaneye getirildiği zaman üzerinde de yazılı bir belge olsa, beni kurtarmayın dese dahi hekim müdahale etmek durumunda ise, bilemiyo-

TARTIŞMA

rum benim kişisel görüşüm, aynı durum burası için de söz konusu. Ölüm orucuna başlıyor, artık şuuru kaybolmuş ama önceden de "Ölüm orucundayım hiç kimse müdahale etmesin." Yani buna müdahale edilmesin demek doğru değil. O zaman hekimin rıza olmadan ve tedavi amacıyla müdahalesi nasıl olacak? Diye düşünüyoruz. Tabii olayın bu tartışmaları bitmiş değil. Tokyo ve Malta bildirgelerinde de bitmedi, Alman İnfaz Kanunu'nda bulunmasına rağmen Alman hukukunda da bitmedi. Yani orada da genellikle doktorlar karşı çıkıyor. Bu tartışma bitmez.

Sayın Kök'ün ki İzleme Kurulu Başkanı olduğu için cezaevlerini çok yakından tanıyor, aynı sıkıntıları o da dile getirdi, gerçekten ciddi problem. Bir defa Kanun ne diyor? İşte, cezaevinde tedavi edilemez ise, işte cezaevi hekiminin bu konudaki raporu üzerine devlet hastanelerinde ya da üniversite hastanelerinde tedavi edilir. Tedavi edilir dediğine göre bunların o hastanenin tüm olanaklarından yararlanması şeklinde almak gerekir. Dolayısıyla bunlara ayrılan yer evet jandarma tarafından firar etmesinler diye ayrı bir bölüm oluyor ama bu ayrı yerde tüm olanakların da sunulması gerekiyor. Sunulmaması onların da sorumluluğunu gerektirir. Az önce örnek verdim ben Almanya'da bazı eyaletlerde sırf mahpuslar için cezaevi hastaneleri yapmışlar. Diğer eyaletlerden de getiriyorlar, orada tedavi ediyorlar. Ameliyat yapıyor, her şeyi yapıyor. Bizde bu tür bir örnek yok. Belki işte İstanbul Silivri'de yapılan büyük cezaevi içerisinde olabilir bilmiyorum tam ki olması da gerekiyor. Ama hekim bulmak ciddi problem. Çünkü bu kurumlarda görev yapmayı pek hekimler istemiyor. Bunun da altını çizerek belirtmek gerekir diye düşünüyorum.

Teşekkür ederim.

Oturum Başkanı (Prof. Dr. Ulrich Schroth): Şimdi bir-biriyle bağlantılı olan Sayın Sevük, Sayın Erdem ve Sayın Üzülmöz'ün sunumları var. Hekimin gizlilik yükümlülüğü

nasıl ihlal edilebilir ve bunun bir nevi tezatı olan hekimin bildirim yükümlülüğü ne zaman uygulanır, gibi soruları ele alacaklar. Şimdi tüm sunumları dinleyelim ve tartışmaya geçelim.

Sayın Sevük; sizin konuşmanızla başlayalım. Konuşmacılardan öngörmüş olduğumuz 15 dakikalık konuşma süresine dikkat etmelerini rica edeceğim, çünkü çok yoğun bir programımız var.

Ich würde sagen, wir beginnen. Wir haben drei Referate, das Referat von Frau Sevük, das Referat von Herrn Erdem und das Referat von Herrn Üzülmöz, die eng zusammenhängen, die sich mit der Frage beschäftigen, wie weit ist es möglich, die ärztliche Schweigepflicht zu verletzen und die sich mit der Frage beschäftigen, inwieweit gibt es Mitteilungspflichten des Arztes sogar, die gewissermassen das Gegenteil von der Schweigepflicht auch sind. Ich würde sagen wir hören jetzt die Referate in einem Stück und machen dann anschliessend die Diskussion. Ich darf Frau Sevük ganz herzlich bitten mit Ihrem Referat anzufangen und habe noch die Bitte an die Referenten, dass man sich an die 15 Minuten hält, die wir ursprünglich mal hier vorgesehen hatten, weil wir doch zeitlich ein grosses Programm zu bewältigen haben.

Doç. Dr. Handan YOKUŞ SEVÜK (Dicle Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı
Öğretim Üyesi):*

I. Genel Olarak

Kişisel verilerin korunması, çağımızda, insan hakları kavramı ve korunması bilincinin gittikçe gelişmesine paralel olarak önemini arttırmaktadır.¹ Kişisel verilerin korunması, insan haklarından olan özel ve aile hayatına saygı hakkı bakımından önem arz etmektedir. Özel ve aile hayatına saygı hakkı, gerek Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinde herkesin özel ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu belirtilerek,² gerekse Anayasa'nın 20. maddesinde kişinin temel haklarından sayılarak güvence altına alınmıştır.³ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, kişisel

* "Tıp Ceza Hukukunda Kişisel Verilerin Açıklanması" başlıklı tebliğ.

¹ Bkz. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı'nın genel gerekçesi. <http://www.kgm.adalet.gov.tr> (6.1.2008)

² AİHS m. 8'e göre: "1. Herkes özel ve aile yaşamına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. 2. Bu hakların kullanılmasına ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, suçun ve düzensizliğin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla, hukuka uygun olarak yapılan ve demokratik bir toplumda gerekli bulunan müdahalelerin dışında, kamu makamları tarafından hiçbir müdahale yapılamaz."

³ AY m.20'e göre; " Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösteril-

verilerin korunmasını Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinde güvence altına alınan özel hayatın gizliliği bakımından ele almaktadır. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda da kişisel verilerin korunmasına ilişkin suç tiplerine "özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar" bölümünde yer verilmiştir.

Kişisel verilerin korunması hususundaki uluslararası düzenlemelerde, kişinin özel ve aile hayatına saygı hakkının önemi vurgulanmaktadır. Kişisel verilerin korunması konusu, somut olarak ilk defa İktisadi İşbirliği ve Kalkınma Teşkilatı (OECD) tarafından 1980 yılında ele alınmış ve bu konuda rehber ilkeler kabul edilmiştir.⁴ Avrupa Konseyi bünyesinde hazırlanan Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunmasına Dair Sözleşme, 28 Ocak 1981 tarihinde imzaya açılmış ve aynı tarihte Konsey üyesi diğer devletlerle birlikte Türkiye tarafından da imzalanmıştır.⁵ Özel hayatın ve bu kapsamda kişisel verilerin korunması, taraf olunan uluslararası sözleşmeler⁶ ve Anayasa'nın hükmü

mesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatın gizliliğine dokunulamaz."

- ⁴ Bu ilkeler; 1) Kişisel veri toplanması ve işlenmesinin sınırlı olması ve ilkelere bağlılığı, 2) Kişisel veride kalite ilkesi, 3) Kişisel veri toplama ve işlenmesinde amacın belirginliği ilkesi, 4) Amaca uygun kullanım ilkesi, 5) Kişisel verilerin korunması için gereken tedbirlerin alınması ilkesi, 6) Açıklık ilkesi, 7) Kişisel veri konusu kişinin bireysel katılımı ilkesi, 8) Sorumlu tutulabilirlik ilkesi olarak belirlenmiştir. Bu konuda bkz. Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı'nın genel gerekçesi.
- ⁵ Kişisel verilerin korunması konusunda genel ilkeleri tespit eden Sözleşme daha sonra 1986'da yürürlüğe girmiştir. Sözleşme'nin uygulanabilmesi için ayrıntıların taraf devletler iç hukuklarında yapılacak düzenlemelerle mümkün olacaktır. Bu nedenle Türkiye henüz bir "Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun" yürürlüğe koymuş olmadığından bu Sözleşme'ye taraf olamamıştır., Akilloğlu Tekin, "İdari Usul ve Kişisel Verilerin Korunması", www.idare.gen.tr/akillioğlu-idariusul.htm (15.12. 2007).
- ⁶ Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunmasına Dair Sözleşme'nin 4. maddesine göre; "1-Her Akit Taraf, kendi iç hukukunda, bu bölümde yer alan verilerin korunmasına ilişkin ilkelere işlerlik kazandırıcı gerekli önlemleri alır. 2- Bu önlemlerin Akit

gereğince kanuni düzenlemeler yapılmasını gerekli kılmaktadır.

Mevzuatımızda kişisel verilerin korunmasına ilişkin, ilgili alanlarda çeşitli düzenlemeler mevcut olmakla birlikte,⁷ henüz bu verilerin korunması amacına yönelik özel bir kanun yürürlüğe girmemiştir. Ancak bu konuda Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı'nın varlığı bilinmektedir.⁸ Kişisel verilerin korunmasını ve dolayısıyla özel hayatın gizliliğini sağlamak amacıyla Türk Ceza Kanunu'nda da hükümler öngörülmüştür. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Kişilere Karşı Suçlar Kısmının 9. Bölümünde yer alan "Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar" bölümünde, kişisel verilerin kaydedilmesi (TCK m.135), verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme (TCK m.136) ve verileri yok etmeme (TCK m.138) suç olarak düzenlenmiştir. Kişisel verileri korumaya yönelik bu hükümler tüm kişisel verilere ilişkindir. Ancak bu çalışmada konu tıp hukuku ile sınırlandırılmaktadır.

II. Kişisel Veri Kavramı

Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunmasına Dair Sözleşme'nin 2. maddesinde kişisel veri, "kimliği belirtilen veya belirtilebilen gerçek kişiyle ilgili tüm bilgiler" olarak tanımlanmaktadır. Sözleşmenin bu tanımı doğrultusunda, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı'nda ise kişisel veri, "belirli veya kimliği belirlenebilir gerçek ve tüzel kişilere ilişkin bütün bilgiler" şeklinde tanımlan-

tarafarla, en geç, Sözleşmenin kendileri bakımından yürürlüğe girdiği tarihte alınması zorunludur."

⁷ Türk Medeni Kanunu'nun 24. maddesine göre, hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir. Kişilik haklarının ihlali hukuki düzenlemelerle koruma altına alınmıştır. Türk Medeni Kanunu m.23 kişilik hakkını sahibine karşı korurken, TMK m.24 bu hakkı 3. kişilere karşı korumaktadır.

⁸ Bu tasarı halen Başbakanlıkta bulunmaktadır. (Sevk Tarihi : 28/07/2006) <http://www.kgm.adalet.gov.tr/> (6.1.2008)

muştır (m. 3/1-a). Tıp bilimi bakımından kişisel veriler, kişinin sağlık durumuna ilişkin verilerdir. Tıbbi veriler olarak da adlandırılan bu veriler, gerçek kişilerin sağlık durumuna ilişkin olup, tıp mesleği mensuplarınca edinilebilecek bilgilerdir. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Tıbbi Veriler Hakkındaki (97) 5 sayılı Tavsiye Kararı'nın⁹ 1. maddesine göre, tıbbi veri bireyin sağlık durumu ile ilgili kişisel bilgileri ifade eder. Tıbbi veri kavramı aynı zamanda genetik verileri de kapsar.

Sağlık ile ilgili kişisel nitelikteki veriler özel niteliği olan veriler olup, diğer kişisel verilere nazaran daha özel bir koruma gerektirmektedir¹⁰. Gerçekten de kişinin sağlık durumu ilgili verilerin bir başka deyişle tıbbi verilerin kötüye kullanımının kişiye vereceği zarar da göz önüne alındığında, bu tür verilerin kaydının özel bir usule bağlanması ve belli amaçlarla sınırlandırılması yerinde olacaktır. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin (97) 5 sayılı Tavsiye Kararı'nın 3. maddesinde bu husus; *"Tıbbi verilerin toplanması ve işleme tabi tutulması sırasında temel hak ve özgürlüklere özellikle mahremiyete saygı hakkı sağlanmalıdır. Tıbbi veriler sadece iç hukuk tarafından sağlanan güvencelere uygun olarak toplanabilir ve işleme tabi tutulabilir."* şeklinde vurgulanmıştır.

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı m.7/2-f'de, özel hayatın ve aile hayatının gizliliğinin korunmasını sağlayacak yeterli önlemlerin alınması şartıyla; sağlık ile ilgili kişisel verilerin *"koruyucu hekimlik, tıbbî teşhis, tedavi, bakım veya sağlık hizmetlerinin yürütülmesi amacıyla kişisel verilerin, sağlık kurumları, sigorta şirketleri, sosyal güvenlik kurumları, işyeri sağlık birimi oluşturmakla yükümlü işverenler, okullar ve üniversiteler tarafından ilgili kanunlara uygun olarak, hukuken veya meslek*

⁹ Council of Europe, Committee of Ministers, Recommendation No. R (97) 5 on the Protection of Medical Data (Feb. 13, 1997), <http://www1.umn.edu/humanrts/instree> (15.12.2007).

¹⁰ Kişisel Nitelikteki Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Şahısların Korunmasına Dair Sözleşme m.6'ya göre; iç hukukta uygun güvenceler sağlanmadıkça otomatik bilgi işlemine tâbi tutulamazlar.

HANDAN
YOKUŞ
SEVÜK'ÜN
TEBLİĞİ

kurallarına göre sır saklama yükümlülüğü altında bulunan sağlık personeli tarafından" işlenebileceği öngörülmektedir.¹¹ Tıbbi verilerin otomatik olan veya olmayan yollarla kaydedilmesi ve depolanması mümkündür. Bu verileri elde etme, üçüncü kişilere aktarma, üzerinde değiştirme, silme, yok etme gibi işlemler ancak kanunların izin verdiği çerçevede ve hukuka uygun olduğu ölçüde yapılabilir.

Bilişim teknolojilerin birçok alanda kullanımı ve uygulamaları her geçen yıl artmaktadır. Bu alanlar içinde en önemlilerinden biri de tıp olup bilişim teknolojileri ile tıp alanlarının kesişim noktasında "Tıp Bilişimi" adlı bir disiplinin de oluşmasını sağlamıştır.¹² Tıbbi veriler, tıbbi bakım, tıbbi araştırma amacıyla tutulduğu gibi, hastane yönetimi, kamu ve özel sağlık sektörü tarafından da bilgisayar ortamında otomatik işleme tabi tutulmaktadır. Verilerin dijital ortamda saklanmaya başlanması ile birlikte, sadece kağıt üzerindeki kayıtların değil dijital ortamdaki bu verilerin de korunması gerektiği açıktır. Bu nedenle Türk Ceza Kanunu kişisel verilerin kaydedilmesi suçu bakımından sadece kayıt etmekten söz etmiş, bu verilerin kayıt şekli bakımından bir ayırım gözetmemiştir.¹³

¹¹ Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı m.3/1-b'ye göre; kişisel verilerin işlenmesinden kastedilen, kişisel verilerin otomatik olan veya olmayan yollarla elde edilmesi, kaydedilmesi, depolanması, değiştirilmesi, silinmesi veya yok edilmesi, yeniden düzenlenmesi, açıklanması veya başka bir şekilde elde edilebilir hale getirilmesi, üçüncü kişilere aktarılması, kullanılmasının sınırlandırılması amacıyla işaretlenmesi veya tasniflenmesi veya kullanılmasının engellenmesi gibi bu veriler üzerinde gerçekleştirilen bir işlem ya da işlemler bütünüdür.

¹² Kaya Ersin-Bulun Mustafa-Arslan Ahmet "Tıpta Veri Ambarları Oluşturma ve Veri Madenciliği Uygulamaları", <http://ab.org.tr/ab03/tammetin/96.doc>, Yazarlar; tıp veri ambarlarının, basit olarak veri madenciliği işleminin yapılacağı verilerin oluşturulduğu özel veri tabanları olduğunu, kağıt üzerinde veri toplanan klasik hastane bilgi sistemlerinden farklı olarak buradaki verilerden yararlanabileceğine dikkat çekmektedirler.

¹³ Bkz. TCK'nın 135. maddesinin gerekçesi için, Şahin Cumhur- Özgenç İzzet- Sözüer Adem, "Türk Ceza Hukuku Mevzuatı", Cilt 1, (Kanunlar), Ankara 2007, 217.

Tıp mevzuatında, sağlık kurumlarında tıbbi ve idari işlemlere ilişkin kayıtların tutulması zorunludur. Birçok sağlık kurumunda bir merkezi tıbbi arşiv bulunur.¹⁴ Tıbbi kayıtlar, bilgisayar ortamında ve/ veya yazılı kayıt sistemi ile tutulabilir.¹⁵ Bütün bu tıbbi kayıtlarda yer alan kişiye ait sağlık bilgileri, kişisel veri niteliğindedir.

¹⁴ Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği m.32'e göre; "Her yataklı tedavi kurumunda bir merkezi tıbbi arşiv kurulur. Bütün servislerin ve olanakları ölçüsünde polikliniklerin işi biten dosyaları, bilimsel çalışmalar, istatistik değerlendirmeler hastaların diğer müracaatlarında kullanılmak üzere bir sıra ve düzen içersinde muhafaza edilir. Dosyanın çabuk ve kolay bulunması için; isme, hastalığa ve protokol numarasına göre lüzumlu görülen çeşitli bulma kolaylıkları sağlayacak kartoteks sistemleri uygulanır. (Fıkra değ. R.G.: 5.5.2005/25806) Merkezî tıbbi arşivin çalışma şekli ile hastanede tutulan tüm kayıtların bilgisayar ortamında tutulabilmesine ilişkin usul ve esaslar Yönerge ile belirlenir.". Bu Yönetmelik, 13.1.1983; 1927 sayılı (Mükerrer) Resmi Gazetede yayınlanmıştır. Özel Hastaneler Yönetmeliği m.49'a göre; muayene, teşhis ve tedavi amacıyla başvuran hasta, yaralı, acil ve adli vakalar ile ilgili olarak yapılan tıbbi ve idari işlemlere ilişkin kayıtların, düzenlenen ve kullanılan belgelerin toplanması ve bunların müteakip başvurular ile denetim ve adli mercilerce her istenildiğinde hazır bulundurulması amacıyla tasnif ve muhafazaya uygun bir merkezi tıbbi arşiv kurulması zorunludur. Özel Hastaneler Yönetmeliği, 27.3.2002 tarih 24708 sayılı Resmi Gazetede yayınlanmıştır.

¹⁵ Özel hastanelerde her türlü kayıt işleminin bilgisayar ortamında ve/ veya ihtiyaca göre yazılı kayıt sistemi ile tutulabileceği öngörülmüştür. Bu kayıtların bilgisayar ortamında saklanması, değiştirilmesinin ve silinmesinin önlenmesi, gizliliğin ihlal edilmemesi amacıyla fizikî, man-yetik veya elektronik müdahalelere ve olası suistimallere karşı gerekli idarî ve teknik tedbirlerin alınmasından ve periyodik olarak denetlenmesi gerekmektedir. Güvenli dijital hasta kaydına geçilmeyen hastanelerde bilgisayar ortamında kayıt tutulması, yazılı kayıt sisteminin gereklerini ortadan kaldırmaz. (Özel Hastaneler Yönetmeliği m.50) Bkz. Madde Ba-ğımllığı Tedavi Merkezleri Yönetmeliği, m.36; Bu Yönetmelik, 16.2.2004 tarih 25375 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.

III. Tıp Hukuku Bakımından Kişisel Verilerin Gizliliği

1. Hastanın Gizliliğine Saygı Duyulmasını İsteme Hakkı

Hasta ile ilgili tüm işlemlerde gizliliğe saygı gösterilmesi esas olup, hastanın bu gizliliğe saygı duyulmasını isteme hakkı söz konusudur. 2003 tarihli Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunmasına Dair Sözleşme: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin¹⁶ 10. maddesinde bu husus, "Herkes, kendi sağlığıyla ilgili bilgiler bakımından özel yaşamına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir." şeklinde belirtilmiştir. 1981 tarihli Lizbon Bildirgesi'nde de hastanın hekimden, tüm tıbbi ve özel hayatına ilişkin bilgilerin gizliliğine saygı duyulmasını bekleme hakkına sahip olduğu vurgulanmıştır.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nde de hastanın mahremiyete saygı gösterilmesini talep hakkı bir hasta hakkı olarak kabul edilmiştir¹⁷. Yönetmeliğin 20. maddesine göre; "mahremiyete saygı gösterilmesi ve bunu istemek hakkı; a) Hastanın, sağlık durumu ile ilgili tıbbi değerlendirmelerin gizlilik içerisinde yürütülmesini, b) Muayenenin, teşhisin, tedavinin ve hasta ile doğrudan teması gerektiren diğer işlemlerin makul bir gizlilik ortamında gerçekleştirilmesini, c) Tıbben sakınca olmayan hallerde yanında bir yakınının bulunmasına izin verilmesini, d) Tedavisi ile doğrudan ilgili olmayan kimselerin, tıbbi müdahale sırasında bulunmamasını, e) Hastalığın mahiyeti gerektirmedikçe hastanın şahsi ve ailevi hayatına müdahale edilmemesini, f) Sağlık harcamalarının kaynağının gizli tutulmasını kapsar".

Alman Federal Tabipler Odası'nın 30.9.1999 tarihinde kabul ettiği, dogmatik bir bağlayıcılığı olmayan, tavsiye niteli-

¹⁶ 03.12.2003 tarih ve 5013 sayılı kanunla Türkiye tarafından onaylanması uygun bulunmuştur.

¹⁷ Hasta Hakları Yönetmeliği, 01.08.1998 tarih, 23420 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

ğindeki “Hasta Hakları Şartı”, hastanın kendine ait bilgilerin ve verilerin gizliliğini isteme hakkı olduğu kabul edilerek, hastaya at verilerin doktorlar, hastaneler, resmi organlar ve sosyal sigorta kuruluşları tarafından gizli tutulmasının gerekliliği öngörülmüştür.¹⁸

Hastanın kimlik bilgileri de gizlilik kapsamında olup, araştırma ve eğitim amacıyla yapılan faaliyetlerde, örneğin bilimsel toplantılarda veya yayınlarda dahi rızası olmadıkça açıklanamaz.¹⁹ Hasta istemedikçe hastanın sağlık durumu başkasına açıklanamaz (Hasta Hakları Yönetmeliği m. 20).

Hastanın sağlık durumu ile ilgili bilgileri bizzat hasta veya hastanın küçük, temyiz kudretinden yoksun veya kısıtlı olması halinde velisi veya vasisi isteyebilir. Hasta, sağlık durumu hakkında bilgi almak üzere bir başkasına da yetki verebilir. Bu durumda hekim tarafından veya sağlık kurumunca gerek görülen hallerde yetkinin belgelendirilmesi istenilebilir (Hasta Hakları Yönetmeliği m. 16/2). Nitekim özel sağlık hizmeti veren sigorta şirketlerinin sigortaladıkları müşterileri ile ilgili tıbbi verilere ulaşmak ve böylece sigorta riskini hesaplamak istedikleri bilinmektedir.²⁰ Hastanın, sağlık durumu hakkında bilgi almak üzere bu şirketlere yetki vermediği halde, hastanın verilerinin açıklanması gizliliğin ihlaline neden olur.

¹⁸ Lilie Hans, “Alman Hukukunda Hasta Hakları Mevcut Federal Alman Nizamnamelerinin Tespiti ve Hukuki Mukayeselerde Değerlendirilmesi”, Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunu’ndaki Düzenlemeler Sempozyumu No.1, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, *Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunu’ndaki Düzenlemeler Sempozyumu Özel Sayısı* (17 Kasım 2006), İstanbul 2007, 114-115.

¹⁹ Tıbbi Deontoloji Tüzüğü, m. 4; Hasta Hakları Yönetmeliği, m.23/4.

²⁰ Deryal Yahya, “Biyotıp Sözleşmesinin 10. Madde Kapsamında Hastanın Özel Yaşamına Saygı (Mahremiyet) Hakkı”, *KHUKA,1.Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu Sayısı*, 130; Yazar, bu tür ticari kaygılarla hasta mahremiyetinin ihlaline izin verilmemesi gerektiğini de vurgulamaktadır.

HANDAN
YOKUŞ
SEVÜK'ÜN
TEBLİĞİ

Hastanın gizliliğinin korunması esas olduğundan, koğuş sisteminin geçerli olduğu odalarda yapılan teşhis ve tedavi faaliyetlerinin neredeyse kamuya açık yapıldığı da göz önüne alındığında, bu odalarda gizliliğin sağlanmasına dikkat edilmelidir. Bu tür odalarda kalan hastanın belirli konuşma veya müdahaleleri, oda dışında yapılması hususundaki talebi dikkate alınmalıdır. Hekimin bu talebe uymaması durumunda, sır saklama yükümlülüğünü ihlali söz konusu olacaktır.²¹

2. Tıp Meslek veya Sanatları Mensubunun Sır Saklama Yükümlülüğü

Tıp meslek veya sanatları mensubu kimseler, hastanın sağlık durumuna ilişkin işlemlerin yapılması sırasında veya sonrasında hastaya ilişkin bilgilere sahip olacaktır. Hastanın gizliliğine saygı gösterilmesi hususu, sağlık meslek mensupları için meslek ve sanatını yerine getirirken sahip olduğu sırları açıklamamanın bir yükümlülük olarak öngörülmesi suretiyle sağlanır.

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 4. maddesinde; tabip ve dış tabibi, meslek ve sanatının icrası vesilesiyle muttali olduğu sırların, kanuni mecburiyet olmadıkça ifşa edemeyeceği; Türk Tabipleri Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın 9. maddesinde ise hekimin, hastasından mesleğini uygularken öğrendiği sırları açıklayamayacağı öngörülmüştür. Hastanın öldüğü veya hekimle ilişkisinin sona erdiği hallerde dahi hekimin bu yükümlülüğü sona ermez²².

Sağlık hizmetinin verilmesi sebebiyle edinilen bilgiler, kanun ile müsaade edilen haller dışında, hiçbir şekilde açıklanamaz (Hasta Hakları Yönetmeliği m. 23/1). Bir ceza soruşturması ve kovuşturmasında ise, hekimler, dış

²¹ Hakeri Hakan, *Tıp Hukuku*, Ankara 2007, 482.

²² Hasta Hakları Yönetmeliği, m. 21/3; Türk Tabipleri Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları, m.9.

hekimleri, eczacılar, ebeler ve bunların yardımcıları ve diğer bütün tıp meslek veya sanatları mensuplarına, bu sıfatları dolayısıyla hastaları ve bunların yakınları hakkında öğrendikleri bilgiler dolayısıyla tanıklıktan çekinme hakkı tanınmıştır (Ceza Muhakemesi Kanunu m. 46/1-b).²³ Bu kişiler ancak ilgilinin rızası halinde tanıklıktan çekinemezler (CMK m.46/2). Nitekim tıp mesleği mensuplarına sıfatları dolayısıyla ilişkide oldukları hastaları ve bunların yakınlarına ilişkin ceza soruşturması ve kovuşturmasında bilirkişilikten çekinme hakkı tanınmıştır (CMK m. 70/1). Türk Tabipleri Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları m. 9/4'de de hekimin, tanık ya da bilirkişi olarak mahkemeye çağrıldığında olayın meslek sırrı olduğunu ileri sürerek bu görevlerinden çekilebileceği öngörülmüştür.

Diğer ülkelerin mevzuatında da bu konuda düzenlemeler söz konusudur. Örneğin; İsveç Gizlilik Kanunu'nun (Sırrın Saklanması Dair Kanun) 7. bölümünde hastanın yararını korumak amacıyla tıbbi verilerin açıklanamayacağı öngörülmüştür. Ancak bunun istisnası, bir başka makama bildirim yükümlülüğüdür. Nitekim Gizlilik Kanununun 14. bölümünde, bireyin sağlık durumu hakkındaki -sağlık ve tıbbi bakıma ilişkin- bilgilerin, ancak kanun veya idari bir düzenlemeyle bilginin verilmesi hususunda bir yükümlülük öngörüldüğü takdirde açıklanabileceği düzenlenmiştir.²⁴ Finlandiya Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 17. bölümünün 23. maddesinde meslek sırrını koruma yükümlülüğü gereğince tıbbi verilerin gizliliği sağlanmak istenmiştir. Hekimin hastasının rızası olmadan tanık olarak bilgi veremeyeceği öngörülmektedir.

²³ Feyzioglu, bu düzenlemeyle CMK'nın bireylerin yaşam hakları ile maddi ve manevi varlıklarını koruma ve geliştirme haklarını (AY. m.17), maddi gerçeğe ulaşılmasındaki kamusal yarara üstün tuttuğunu belirtmektedir. Feyzioglu Metin, "5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Hakkında Bazı Tespit ve Değerlendirmeler", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S.62, Ocak-Şubat 2006, 51.

²⁴ Bkz. Case of Anne-Marie Andersson v. Sweden, 27 August 1997, (72/1996/691/883), paraf. 14-15, ayrıca bkz. parg. 34-35.

HANDAN
YOKUŞ
SEVÜK'ÜN
TEBLİĞİ

Bununla birlikte hekim, en az 6 yıl hapis cezasını gerektiren suçlarda tanık olarak dinlenebilir. Meslek sırrını açıklamaları hukuki ve cezai sorumluluk doğurmaktadır²⁵. Alman Ceza Kanunu'nun 203. maddesi, hekimin sır saklama yükümlülüğünü öngörmektedir. Sır saklama yükümlülüğü, hastanın teşhisi ve tedavisine ilişkin tüm kişisel bilgileri veya verileri içerir.²⁶

Hekimin sır saklama yükümlülüğü, bizzat hastayı muayene ettiğine ilişkin bilgiyi ve hastanın kimliğini de içerir. Hastanın adresi ve hastaneye geldiği hususu dahi sır saklama yükümlülüğü kapsamında olup, bir suç işlendiği yönünde belirti olmadığı sürece, hekimin böyle bir hastayı muayene ettiğini açıklamaması gerekir.²⁷ Sır saklama yükümlülüğü, hastane idaresine ve idari personeline karşı da olmalıdır. Dolayısıyla hastane idaresinin, hasta dosyasının tümünün idareye verilmesine yönelik talimatları hukuka aykırıdır, zira hastanın zımni rızasının bunu da kapsadığı kabul edilemez. Hekimlerin hastanede yaptıkları bütün yazışmalar kural olarak hastane idaresinden saklanmalıdır. Sadece planlama, kontrol veya güvenlik gerekçeleriyle ve ancak bu amacın gerektirdiği bilgiler idareye aktarılabilir.²⁸

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, kişisel verilerin özellikle tıbbi verilerin korunmasının sözleşmenin 8. maddesinde garanti edilen kişinin özel ve aile yaşamına saygı hakkının kullanabilmesi bakımından önemini vurgulamakta, sözleşmeye taraf ülkelerin yasal düzenlemelerinde sağlık kayıtlarının gizliliğini sağlamasının temel prensip olduğuna da dikkat çekmektedir. Mahkeme, önemli olanın sadece hastanın gizliliğine saygı değil, aynı zamanda tıbbi görevlilere ve sağlık

²⁵ Bkz. Case of Z v. Finland, Strasbourg, 25 February 1997, (9/1996/627/811), parç 46, 103.

²⁶ Lilie, 106.

²⁷ Hakeri, 476- 477; Yazar, hastanın isminin kapılara yazılmasının da bu yükümlülüğünün ihlali olacağını belirtmektedir., bkz. Hakeri, 477.

²⁸ Hakeri, 481-482.

hizmetine duyulan güvenin de korunması olduğunu belirtmektedir.²⁹

Hekimlerin ve diğer tıp mesleği mensuplarının sır saklama yükümlülüğünü ihlali, kişinin ceza hukuku bakımından sorumluluğunu doğurur.

HANDAN
YOKUŞ
SEVÜK'ÜN
TEBLİĞİ

IV. Kişisel Verilerin Hukuka Aykırı Olarak Açıklanması Suçu (TCK m. 136)

1. Genel Olarak

765 sayılı TCK m.198'de meslek sırrını açıklama suçu düzenlenmiştir.³⁰ 5237 sayılı TCK'da ise bu suça yer verilmemiş olmakla birlikte, 136. maddede "verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme" suçu düzenlenmiştir. TCK m. 136'a göre; "Kişisel verileri, hukuka aykırı olarak bir başkasına veren, yayyan veya ele geçiren kişi, bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır".

Bu suçun faili herkes olabilir³¹. Ancak, suçun kamu görevlisi tarafından ve görevinin verdiği yetki kötüye kullanılmak suretiyle ve belirli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle işlenmesi hali suçun nitelikli hali olarak öngörülmüştür (TCK m. 137).³² Dolayısıyla tıp mesleği

²⁹ Case of M.S. v. Sweden (74/11996/ 693/885), parag.41; Case of Z v. Finland, Strasbourg, 25 February 1997, (9/1996/627/811), parag 95.

³⁰ 765 sayılı TCK m. 198'e göre; resmi mevki veya sıfatı veya meslek ve sanatı icabı olarak ifşasında zarar melhuz olan bir sırta vakıf olup da meşru bir sebebe müstenit olmaksızın o sırrı ifşa eden kimsenin cezalandırılması söz konusuydu.

³¹ Soyaslan, bu suçun failinin verilere hakim olan, kumanda etmek durumunda olan kimse olup, verilere özel bir kurum veya kişi olması nedeniyle sahip olabileceği gibi bir kamu görevini ifa etmesi dolayısıyla da sahip olabileceğini belirtmektedir., Soyaslan Doğan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, Ankara 2005, 273-274.

³² 765 sayılı TCK m. 198'de düzenlene suçta fail, "meslek ve sanatı veya mevkii gereği herhangi bir sırrı öğrenebilecek kişiler" olup, özgü bir suç söz konusuydu. Donay Süheyl, *Meslek Sırrının Açıklanması Suçu*, İstanbul

HANDAN
YOKUŞ
SEVÜK'ÜN
TEBLİĞİ

mensuplarının, TCK m. 136'da yer alan suça konu olan kişisel verileri meslek ve sanatın sağladığı kolaylıkla elde etmeleri halinde TCK m. 137 gereğince cezaları arttırılarak verilir. Bir başka deyişle sağlık durumuna ilişkin kişisel verilerin tıp mesleği mensupları tarafından hukuka aykırı olarak verilmesi veya ele geçirilmesi halinde TCK m. 136'da öngörülen suçun faili olarak sorumlulukları doğacaktır.

Hekimin mesleği nedeniyle hastaları ve bunların yakınları hakkında edindikleri bilgiler dolayısıyla tanıklıktan çekinebilme hakkı söz konusu olduğundan, hastanın hekimin tanıklığına ilişkinin rızasının bulunmamasına rağmen tanıklık yapması halinde, hekim kişisel verileri açıklama suçunu işlemiş olur.³³

Kişisel veriler aslında kişinin hayatının gizli alanını oluşturduğu³⁴ için, bu bilgilerin açıklanması kişinin özel hayatına müdahale teşkil eder. Bu suç tipiyle korunan hukuki yarar kişinin özel hayatı ve kişilik haklarıdır.³⁵ Tıbbi verilerin tıp mesleği mensuplarınca hukuka aykırı olarak açıklanması halinde kişinin sağlık hakkı da korunmaktadır.³⁶ Çünkü kişi ancak teşhis ve tedaviden ötürü kendisi bakımından kişisel zararların, zorlukların³⁷ veya özel hayatıyla ilgili açıklanmasından hoşnut olmayacağı hususların ortaya çıkmaması halinde hekime gidecektir. Böylece, kişinin hasta olarak kendilerine başvurmanın zorunlu olduğu bir mesleği icra eden kişilerin

1978, 80; Tezcan Durmuş- Erdem Mustafa Ruhan, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 2. Bası, İzmir 2002,114.

³³ Hakeri 474; Donay, 161.

³⁴ Soyaslan, 273.

³⁵ Donay, meslek sırrının açıklama suçunda esas itibariyle kişinin korunduğunu, saldırının, onun kişiliğinin korunmaya değer teşkil eden özel yaşamına yöneldiğini belirtmektedir. Donay, 78.

³⁶ Hakeri, bu suç tipiyle ilk planda korunan yararın kişinin sağlık hakkı olduğunu, ikinci olarak da toplumun sağlığı, sağlıklı bireylere bağlı olduğu için toplumun sağlık hakkının da korunduğunu belirtmektedir. Hakeri, 474.

³⁷ Hakeri,474.

edindikleri bilgileri hukuka aykırı olarak açıklayacağı endişesi taşımadan, sağlık hakkını kullanmaları sağlanmaktadır. Ayrıca tıp mesleğini yerine getiren kişilerin meslekleri nedeniyle edindikleri kişinin sağlık durumuna ait verilerin gizli kalacağı konusundaki toplumun yararı da bu suç tipiyle korunmaktadır.³⁸ Nitekim AİHM'de tıbbi verilerin gizliliğinin korunmasında hastanın ve toplumun yararı olduğunu kabul etmektedir.³⁹

2. Suçun Konusu Kişisel Verinin Kapsamı

Öncelikle tekrar belirtelim ki TCK m. 136'da öngörülen suçta "kişisel veri"den söz edilmekte olup, kişisel verilerin her hangi bir kimse tarafından hukuka aykırı olarak verilmesi, yayılması veya ele geçirilmesi halinde kişinin TCK m. 136'daki suçtan sorumluluğu doğar. Tıp mesleği mensubu bir kimşenin de mesleği dolayısıyla edinmiş olmasa dahi, herhangi bir kişisel veriyi açıklaması halinde TCK m.136'daki suçtan ceza sorumluluğunun doğacağı kuşkusuzdur. Hekimler, diş hekimleri, eczacılar, ebeler ve bunların yardımcıları ve diğer bütün tıp meslek veya sanatları mensupları bakımından, bu kişilerin meslek dolayısıyla edindikleri kişisel verilerin açıklanması söz konusu olduğunda ise, TCK m. 136'daki suçtan sorumluluğu doğacak kişinin cezası TCK m. 137 gereğince artırılarak verilecektir.

Sınırlı sayıda kişiler tarafından bilinen ve gizli kalmasında hastanın haklı bir yararının olduğu hastaya ait her türlü bilgi kişisel veridir. Gizli kalmasında hastanın bir yararının bulunduğu bilginin subjektif unsuru, sahibinin belli olguları gizli tutulması yönündeki iradesi iken başka bir ifadeyle gizli kalması istenen olgunun başkalarının öğrenmesinin istenmemesi, objektif unsuru bu olgunun başkaları tarafından

³⁸ Tezcan - Erdem, 113; Bkz. Donay, 72-76.

³⁹ Bkz. Case of Z v. Finland, Strasbourg, 25February 1997, (9/1996/627/811), parg 97.

HANDAN
YOKUŞ
SEVÜK'ÜN
TEBLİĞİ

bilinmemesidir.⁴⁰ Gizli kalmasında hastanın yararı olan verileri, hastanın başkası tarafından duyulmasını istemeyeceği bilgiler olarak anlamalı ve bu konuda subjektif kriteri esas alarak, bizzat hastanın kişisel görüşüne göre başkalarının duyulmasını istemeyeceği bilgiler olarak anlamalıdır. Hastanın herkese anlattığı ya da hastanın bir bacağına olmaması, felçli olması gibi doğası itibarıyla açık olan bilgiler, kişisel veri olarak değerlendirilemez. TCK'da esasen verilerin gizli olması aranmamış, verinin kişisel olması yeterli görülmüştür. Bununla beraber, herkes tarafından bilinen veya kolaylıkla bilinmesi mümkün verileri bu kapsamda kabul etmek, maddenin kapsamını oldukça genişletecektir. Bu bakımdan "kişisel veri" kavramını, dar yorumlamakta zorunluluk vardır.⁴¹

Hastanın sağlık durumu ile ilgili her türlü veri kişisel veri kapsamında olup, bu hususların saklı kalması hekimin sır saklama yükümlülüğünün de sonucudur. Bu nedenle hastanın öyküsü, fiziki ve psikolojik durumuna ilişkin kayıtlı bilgiler, teşhis, tedavisine ilişkin tüm gözlemler, muayene, tahlil ve tetkik sonuçları ve bu bilgileri içeren hasta dosyası⁴² kişisel veri kapsamındadır. Vak'aların ilk durumları ile hastalığın seyir ve sonucunu tespit için çekilen film, fotoğraf ve

⁴⁰ Donay, 5 vd.

⁴¹ Hakeri, 476- 477; Ayrıca bkz. Akçakoca Mehmet, "Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğüne Aykırı Davranmasının Ceza Hukuku Açısından Doğuracağı Sorumluluk", *EÜHFD*, C.II, S.1-2,(2007), 108 vd.

⁴² Özel Hastaneler Yönetmeliği m.48/2'e göre, "Özel hastanelere başvuran her hasta için hasta dosyası düzenlenir. Hasta dosyasına hastanın tedavisiyle ilgili bütün müşahadeler ve yapılan muayene, tahlil ve tetkik sonuçları ile tedavi ve günlük değişiklikler yazılır.". 48. maddenin 3.fıkrasına göre ise, "Hasta dosyası içerisinde, asgari olarak aşağıdaki belgelerin bulunması şarttır: a) Hasta kabul kağıdı,b) Tıbbi müşahade ve muayene kağıdı,c) Hasta tabelası,d) Derece kağıdı,e) Röntgen istek kağıdı ve tetkik raporları,f) Laboratuvar istek kağıdı ve tetkik raporları,g) Ameliyat kağıdı,h) Hastanın muayene istek formu,ı) Çıkış özeti.i) (Değ/R.G:13.4.2003/25078) Uygulanacak tedavinin kabul edildiğine dair olan ve 1/8/1998 tarihli ve 23420 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Hasta Hakları Yönetmeliğininin 24 üncü maddesi uyarınca alınmış rızayı gösteren muvafakat formu.".

slaytlardan kim olduğu anlaşılıyorsa bu tür kayıtlar,⁴³ hasta giriş kağıdı, hastalara içerden ve dışardan verilen, kullanılan ve uygulanan bütün ilaçlar ve tedbirlerle, gündelik iyeş maddelerinin yazıldığı hasta tabelası, tabelada yazılı ilaç, tedavi gibi tedbirleri hastalara uygulayan hemşirelerin uygulama sonuçlarını yazdıkları hemşire defterlerinin⁴⁴ kişisel veri olarak kabulü gerekir. Ayrıca bir suçla ilişkin delil etmek için şüpheli, sanık veya diğer kişilerden alınan örnekler üzerinde yapılan genetik inceleme sonuçları, kişisel veri niteliğindedir (CMK m.80).

Kişisel verilerin açıklanması suçla ile korunan hukuki değer, aynı zamanda kişinin özel hayatının ve hayatın gizli alanının korunması olduğundan, hastanın özel yaşamı ve gizli alanına giren bilgiler kişisel veri kapsamındadır. Bu nedenle hastanın aile, iş, sosyal ve ekonomik duruma ilişkin bütün veriler de kişisel veri olarak değerlendirilmelidir. Bu bakımdan hastanın sağlık harcamaları da kişisel veridir. Kanımca, hekim veya diğer sağlık görevlisi kişilerin, meslekleri sebebiyle hastanın sağlık durumuna ilişkin edindikleri bilgiler ile hastanın kendilerine aktardığı başkalarının bilmesini istemediği bilgiler, hastanın sağlık kurumuna verdiği herkesçe bilinemecek bilgiler, kişisel veri olarak kabul edilebilir.

3. Maddi Unsur

Türk Ceza Kanunu m. 136'da düzenlenen suçun maddi unsuru, kişisel verileri "*verme, yayma veya ele geçirme*"dir.

⁴³ Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliğinin "Tıbbi Fotoğrafhane" başlıklı 34. maddesine göre; "Özellikle eğitim hastanelerinde bilimsel çalışmalar ve eğitim, öğretim materyali sağlamak için bir tıbbi fotoğrafhane bulunur. Bu fotoğrafhanede, uzmanların lüzum gösterdiği vak'aların ilk durumları ile hastalığın seyir ve sonucunu tespit için film, fotoğraf ve slayt çekilir. Bunlar fotoğrafhanenin özel arşivinde isme, hastalığa ve kullanılması istenen diğer ihtiyaçlara göre arandığında kolayca bulunacak şekilde kaydedilerek muhafaza edilir".

⁴⁴ Bkz. Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği m.71.

HANDAN
YOKUŞ
SEVÜK'ÜN
TEBLİĞİ

Verme, kişisel bilgilerin bir başkasına sözle veya yazılı olarak aktarılmasıdır. Yayma, bilgi sahibi olmayan üçüncü kişilere gizli tutulması gereken olgular hakkında bilgi verilmesi, böylece kişisel verilerin duyurulmasıdır.⁴⁵ Başka bir ifadeyle yayma, verilerin içeriğinin birçok kişinin öğrenebileceği şekilde başkalarının bilgisine sunulmasıdır.⁴⁶ Örneğin kişisel verilerin bir yayında kimlik belirtilmek suretiyle yayınlanması halinde yayma söz konusudur.⁴⁷ Ele geçirme ise, kişiye ait bilgiler üzerinde hukuka uygun olarak tasarruf yetkisine sahip olmadığı halde, bu bilgiler üzerinde tasarruf edebilecek şekilde edinmedir. Bir başka deyişle *"veriler başkasının tasarrufu altında iken bir başkası tarafından elde edilmesidir"*.⁴⁸

Kişisel veriler, hukuka uygun bir şekilde kaydedilebileceği gibi, hukuka aykırı olarak da kaydedilmiş olabilir.⁴⁹ Kişisel verilerin hukuka uygun şekilde kaydedilmiş olmasının bu suçun oluşumunda bir etkisi yoktur. Bir başka deyişle burada önemli olan ister kendisinin bizzat sahip olduğu, isterse kaydedilmiş verilerin verilmesi, yayılması veya ele geçirilmesidir. Verilerin hukuka aykırı olarak kaydedilmesi halinde ise TCK m.135'deki kişisel verilerin kaydedilmesi suçu oluşacaktır. TCK m.136'da düzenlenen suç seçimlik hareketli bir suç olup, verme, yayma veya ele geçirme hareketlerinden birinin yapılması halinde tek bir suç oluşur. Kişisel veriyi ele geçirip, bir başkasına veren kişi, tek bir suçtan dolayı sorumludur.

Kişisel verileri verme, yayma ve ele geçirme gerek hekim gerekse sağlık personeli açısından söz konusu olabilir.⁵⁰ Has-

⁴⁵ Tezcan-Erdem, 115.

⁴⁶ Soyaslan, 274; Hasta Hakları Yönetmeliği madde 23/3'e göre; "Hukuki ve ahlaki yönden geçerli ve haklı bir sebebe dayanmaksızın hastaya zarar verme ihtimali bulunan bilginin ifşa edilmesi, personelin ve diğer kimselerin hukuki ve cezai sorumluluğunu da gerektirir".

⁴⁷ Hakeri, 480.

⁴⁸ Soyaslan, 274.

⁴⁹ Soyaslan, 273.

⁵⁰ Öğretide Hakeri, sağlık personeli açısından söz konusu olabilecek olan husus, daha çok "verme ve yayma" olabileceğini belirtmektedir. Hakeri,

taya ilişkin bir kişisel verinin yetkisiz bir kimseye açıklanması veya kişisel veriye ilişkin bilgi içeren herhangi bir belgenin, yetkisiz bir kimseye ulaştırılması “verme” olarak kabul edilmelidir.⁵¹ Hasta Hakları Yönetmeliği m. 16’da hastanın sağlık durumu ile ilgili bilgiler içeren dosyayı ve kayıtları, kendisinin veya vekili veya kanuni temsilcisinin inceleyebileceği, bir suretini alabileceği öngörülmüştür. Bu durumda hastanın vekili veya kanuni temsilcisi dışındaki kişilere hastaya ait kişisel veriler içeren belgelerin verilmesi halinde, kişisel bilgilerin hukuka aykırı olarak verilmesi söz konusu olacaktır.

Hasta Hakları Yönetmeliği’nin 20. maddesinde, ilgili mevzuat hükümlerine ve hastalığın mahiyetine göre yetkili mercilerce alınacak tedbirlerin gerektirdiği haller dışında; hastanın sağlık durumu hakkında, ailesine veya yakınlarına bilgi verilmemesini isteme hakkının varlığı kabul edilmiştir. Bu nedenle söz konusu şartların olmadığı hallerde, hastanın bilgi verilmesini istememesine rağmen, hekimin bu konuda bilgi vermesi kişisel verinin açıklanması suçunu oluşturacaktır.

Sağlık personelinin kendi arasında bilgi alışverişi için hastaya ilişkin bazı verileri birbirine aktarması halinde verme veya yaymadan söz edilemez.⁵² Hastanın sağlık durumu ile bilgiler bulunan dosya ve kayıtlar sadece hastanın tedavisi ile doğrudan ilgili olanlar tarafından görülebilir (Hasta Hakları Yönetmeliği m. 16). Bu bakımdan söz konusu kayıtların, sağlık görevlileri tarafından hastanın tedavisi ile ilgili olmayan kişilere açıklanması veya bir örneğinin verilmesi halinde, kişisel verileri hukuka aykırı olarak verme söz konusu olur.

AIHM İsveç’e karşı M.S. davasında, başvurucuya ait tıbbi verilerin, tedavi gördüğü klinik tarafından Sosyal Sigorta

480; Oysa sağlık personeli açısından kişisel verileri ele geçirme de en az verme ve yayma kadar söz konusu olabilir.

⁵¹ Hakeri, 480.

⁵² Hakeri, 480.

HANDAN
YOKUŞ
SEVÜK'ÜN
TEBLİĞİ

Kurumu'na verilmesinin sözleşmenin 8. maddesini ihlal ettiği iddiasını incelemiştir. Başvurucu M.S bir kamu kurumu olan Sosyal Sigorta Kurumu'na, iş kazası sebebiyle sigorta tazminatı alabilmek dava açmıştır. Bu sebeple, avukatı tarafından Sosyal Sigorta Kurumu'ndan talep edilen dosyasında, kurumun M.S.'nin tedavi gördüğü klinikten hakkındaki tıbbi kayıtların Sosyal Sigorta Kurumu'nca elde edildiğini görmüştür.⁵³ Sigorta sadece belli tarihler arasındaki kayıtları talep etmesine rağmen, klinik talep edilen süre dışındaki bilgileri de göndermiştir. Açıklanan bilgiler arasında M.S.'nin kürtaj olduğuna ilişkin bilgi de vardır. Kayıtların gizli kalması gerekmesine rağmen, tıbbi verilerin bir kamu makamına açıklanmasıyla birçok kişi tarafından görülmesi söz konusu olmuştur. Mahkeme kürtaja ilişkin bilgiler de dahil söz konusu tıbbi kayıtların gizli kalması gerektiğini kabul etmektedir. Ancak tıbbi bilgiler klinikte tıbbi tedavi amacıyla saklanmasına rağmen, bu bilgilerin diğer bir kamu kurumuna gönderilmesi, M.S.'nin sigorta tazminat talebini incelemesi gibi farklı bir amaca hizmet etmektedir. Mahkeme, klinik tarafından bilgilerin açıklanmasının amacının, kurumun ilgilinin tazminat talebi hususunda karar vermesini sağlamaya yönelik olduğunu tespit etmiştir. Sigortadan tazminat talebi sebebiyle kamu kaynaklarının tahsisi söz konusu olacaktır. Bu nedenle AİHM tıbbi kayıtların açıklanması suretiyle özel hayata yapılan bu müdahalenin, ülkenin ekonomik refahını korumak amacı olduğunun kabul edilebileceğine dikkat çekmektedir.⁵⁴ Ayrıca kurumun klinikten bilgileri isteme yükümlülüğünün kanundan kaynaklandığı, tıbbi verilerin bir kamu kurumundan diğer kuruma iletilmesinde gizliliğin sağlandığını, verilerin kötüye kullanımını önlemek için etkili ve yeterli güvenceye ilişkin yasal düzenlemelerin varlığı mahkeme tarafından tespit etmiştir. Bu olayda mahkeme sözleşmenin 8. maddesinde

⁵³ Case of M.S. v. Sweden, 27 August 1997, (74/11996/ 693/885), parç.12,28.

⁵⁴ Case of M.S. v. Sweden, parç. 35-36- 38.

güvence altına alınan özel hayata saygı hakkının ihlal edilmediğine karar vermiştir.⁵⁵

4. Manevi Unsur

Bu suç ancak kasten işlenebilir. Suçun taksirle işlenmesi durumunda fail cezalandırılmaz. Hekim veya diğer sağlık görevlilerinin hastaya ait kişisel verileri hukuka aykırı olarak verme, yayma veya ele geçirmeyi bilerek ve isteyerek hareket etmesi gerekmektedir. Hekimin hastasına ait notları masa üzerinde unutması ve başkaları tarafından görülmesi durumunda hekimin kastı olmadığından suç oluşmaz.⁵⁶

5. Hukuka Uygunluk Nedenleri

Kişisel verilerin açıklanmasında bazen, kişinin ve/veya toplumun yararı olabilir. Kişisel verilerin açıklanması konusunda ilgilinin rıza göstermesi, kanun hükmünün yerine getirilmesi, zorunluluk hali gibi hukuka uygunluk nedenleri söz konusu olduğunda sağlık görevlileri cezalandırılmaz.

Hastanın kişisel verilerinin açıklanması konusunda rıza göstermesi halinde, kişisel verilerin açıklanması hukuka uygundur (TCK m.26/2).⁵⁷ Bu nedenle doktorunun kişinin hastalığı hakkında basına yaptığı açıklama, ancak kişinin rızasıyla hukuka uygun olur. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı'nın 6. maddesinde de kişisel verilerin kişinin açık

⁵⁵ Case of M.S. v. Sweden, parag. 43-44.

⁵⁶ Donay, 163; Hakeri, 483; Ayrıca hekimin, başkalarının görebilmesi için hasta dosyalarını özellikle açıkta bırakması halinde ise bu suçun ihmali hareketle işlenmiş olabileceği hususunda bkz. Hakeri, 480.

⁵⁷ Hasta Hakları Yönetmeliği madde 23/2'e göre; " Kişinin rızasına dayansa bile, kişilik haklarından bütünüyle vazgeçilmesi, bu hakların başkalarına devri veya aşırı şekilde sınırlandırılması neticesini doğuran hallerde bilginin açıklanması, bunları açıklayanın hukuki sorumluluğunu kaldırır."

HANDAN
YOKUŞ
SEVÜK'ÜN
TEBLİĞİ

rızasıyla işlenmesinin bir hukuka uygunluk nedeni olduğu kabul edilmiştir.

Tedavisi olmayan bir teşhis hastanın aksi yönde bir talebinin bulunmaması veya açıklanacağı şahsın önceden belirlenmemesi halinde ailesine bildirilir (Hasta Hakları Yönetmeliği m. 19/3). Hastalığın seyrinin ve sonucunun vahim görülmesi hallerinde ise hastanın sağlık durumu hakkında yakınlarına bilgi verme hekimin takdirine bağlıdır (Hasta Hakları Yönetmeliği m. 19/3). Türk Tabipleri Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları, m 9/2'e göre; hastanın onam vermesi ya da sırrın saklanması hasta ya da öteki insanların yaşamını tehlikeye sokması durumunda, hastanın kişilik haklarının zedelenmesi koşuluyla, hekim bu sırrı saklamakla yükümlü değildir. Kişinin bulaşıcı hastalığı, hasta ile temas halindeki yakınlarına bildirildiğinde, hastanın özel yaşamı ile yakınlarının sağlık hakkı, yaşam hakkı karşılaştırıldığında üstün olan değer korunmasından dolayı fiilin hukuka uygunluğu söz konusu olacaktır. Hekimin hastasına ilişkin kişisel verileri açıklaması, daha yüksek bir değer korunması amacıyla yapıldığında zorunluluk hali söz konusu olduğu için fiil hukuka uygundur.

Kişinin rızasını açıklayamayacağı bitkisel hayat, akıl hastalığı gibi durumlarda, kendisinin veya başkasının hayatını veya beden bütünlüğünü korumak amacıyla kişisel verilerin açıklanması halinde, kişinin rızasının olduğu varsayılır. Bu husus bir hukuka uygunluk nedeni olarak Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı m. 6/3-b'de öngörülmüştür.

Varsayılan rızanın kabul edilebilmesi için, hastanın hiç şüpheye yer kalmayacak şekilde, kişisel verilerinin korunmasına yönelik bir yararının söz konusu olmadığı görülmesi veya zamanında sorulamaması durumu mevcut olmalıdır. Özellikle yakın akrabalara bilgi verilmesi durumlarında genelde bu hukuka uygunluk sebebi söz konusu olmaktadır. Hasta ile ilgili bir konsültasyon söz konusu olduğunda, hastaya ilişkin verilerin diğer uzman hekimlerle paylaşılması ha-

linde, kişisel verilerin açıklanması hastanın varsayılan rızası sebebiyle hukuka uygundur. Öğretide, hastanın aksi yönde bir iradeye sahip olduğunu gösteren veriler olmadıkça konsültasyon açısından hastanın ayrıca rızasının alınmasına gerek olmadığı, hastanın ismi ve diğer belirgin özellikleri belirtmeksizin konsültasyon alma yoluna gidilmesinin de olası ihtilafları önleyebileceği belirtilmektedir.⁵⁸

Hekimin hastasına ilişkin kişisel bilgileri vermesi, bir kararın hükmünün yerine getirilmesi sebebiyle fiilin hukuka uygunluğu söz konusudur. Bu durumda hekim cezalandırılmaz (TCK m.24). Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı m.6/3-a da "*Kanunun öngördüğü bir zorunluluk dolayısıyla, kamu yararına veya resmi olarak verilmiş bir görevin yerine getirilmesi amacıyla veri işlenmesi*" halinde fiilin hukuka uygun sayılacağı öngörülmektedir.

Sağlık görevlilerine belirli bir hali ilgili makamlara bildirme görevi yüklenebilir. Bu bildirim yükümlülüğü ceza mevzuatından kaynaklanabileceği gibi, tıp mevzuatından da kaynaklanabilir. Örneğin, TCK 280. maddeleri gereğince, görevini yaptığı sırada bir suçun işlendiği yönünde bir belirti ile karşılaşan sağlık mesleği mensupları durumu yetkili makamlara bildirmekle yükümlüdür.⁵⁹ CMK m.159/1'e göre, sağlık işleriyle görevli kişiler, bir ölümün doğal nedenlerden meydana gelmediği kuşkusunu doğuracak bir durumun varlığı veya ölünün kimliğinin belirlenememesi halinde, durumu derhal Cumhuriyet Başsavcılığı'na bildirmek zorundadır. Çocuk Koruma Kanunu m. 6'da sağlık kuruluşlarının, korunma ihtiyacı olan çocuğu Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumuna bildirme yükümlülüğü öngörülmektedir. Tıp mevzuatına baktığımızda ise Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nda kolera, veba, humma gibi hastalıkların yanında⁶⁰ kuduz,

⁵⁸ Hakeri, 484-485.

⁵⁹ Krş. TCK m. 279'daki kamu görevlisinin suçu bildirmemesi suçu; ayrıca Alman Hukukunda durum için bkz. Hakeri, 490.

⁶⁰ Kolera, veba (Bübön veya zatürree şekli), lekeli humma, kara humma

HANDAN
YOKUŞ
SEVÜK'ÜN
TEBLİĞİ

verem, sıtma ve zührevi hastalıkları bildirme yükümlülüğü öngörülmüştür. AIDS hastalığı da ihbarı zorunlu hastalıklar arasındadır.⁶¹ Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 282. maddesinde, bu kanundaki zorunluluklara uymayanlar hakkında, kanunda ayrıca bir ceza hükmü gösterilmediği ve fiilleri Türk Ceza Kanunu'nda daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde, idari yaptırım uygulanacağı, fiilin işleniş şekli ve niteliğine göre de failin suça vasıta kıldığı meslek ve sanatın yedi günden üç aya kadar tatiline ve aynı süre kadar işyerinin kapatılmasına hükmedilebileceği öngörülmüştür.

Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği'nin 86. maddesinde "adli ihbar işlemleri" düzenlenmiştir.⁶² Buna göre "Yataklı tedavi kurumlarında muayene ve tedavi edilen vakalarda, bir suçun işlendiğine dair bir belirti ile karşılaşılmaması halinde Türk Ceza Kanunu'nun ilgili maddesi gereği gecikmeksizin Cumhuriyet savcılığına veya adli kolluğa haber verilmesi zorunludur. Ayrıca, yaralı ve cesetten çıkartılan delil niteliğini haiz eşyanın adli ma-

(hummayı tiroidi) daimi surette basil çıkaran mikrop hamilleri dahi - paratifoit humması veya her nevi gıda maddeleri tesemmümümatı, çiçek, difteri (Kuşpalazı) - bütün tevkiatı dahi - sarı beyin humması (İltihabı sahayai dimağii şevkii müstevli), uyku hastalığı (İltihabı dimağii sarı), dizanteri (Basilli ve amipli), lohusa humması (Hummai nifası) ruam, kızıl, şarbon, felci tıfli (İltihabı nuhai kuddamii sinca- bii haddı tıfli), kızamık, cüzam (Miskin), hummai racia ve malta humması hastalıklarından biri zuhur eder veya bunların birinden şüphe edilir veyahut bu hastalıklardan vefiyat vuku bulur veya mevtin bu hastalıklardan biri sebebiyle geldiğinden şüphe olunursa aşağıdaki maddelerde zikredilen kimseler vak'ayı haber vermeğe mecburdurlar. Kudurmuş veya kuduz şüpheli bir hayvan tarafından ısırılmaları, kuduza müptela hastaların veya kuduzdan ölenlerin ihbarı da mecburidir. (Umumi Hıfzıssıhha Kanunu m.57); İcrayı sanat eder her tabip 57 nci maddede zikredilen vakaları kati veya muhtemel teşhis vaz'ını mütaakıp ilk 24 saat zarfında sıhhiye dairesine, hükümet veya belediye tabibi bulunmadığı takdirde polis veya jandarma karakoluna hastanın isim ve adresiyle beraber tahriren veya şifahen haber verir. Polis ve jandarma daireleri ittila hasıl eyledikleri bu vakaları hiç vakit kaybetmeden alakadar makamlara bildireceklerdir (Umumi Hıfzıssıhha Kanunu m.58).

⁶¹ AIDS hastalığı 7.10.1985 tarih ve 3765 sayılı Bakanlık makamı onayıyla bildirim zorunlu hastalıklar arasındadır., Hakeri 489.

⁶² 86. maddedeki değişiklik için bkz. 5.5.2005 sayılı Resmi Gazete 25806

kamlara aynen ve gecikmeksizin teslimi gerekir.". Özel Hastaneler Tüzüğü.⁶³ m. 32'e göre; "Durumundan kuşku duyulan ve kimliği belli olmayan hastalarla adli olaylar güvenlik makamlarına derhal bildirilir". Tüzüğün 40. maddesinde ise bildirilmesi zorunlu hastalığa yakalanmış olanlardan iyileşmeden çıkanlarla bulaşıcı hastalık taşıyıcıları (portör) ile gidecekleri yerlerin sorumlu müdürlerce ilgili makamlara bildirme yükümlülüğü düzenlenmiştir. Bütün bu hallerde bildirim yükümlülüğünü yerine getiren sağlık görevlileri kanun hükmünü yerine getirdikleri için cezalandırılmaz.

Bildirim yükümlülüğünün kanun tarafından öngörülmesi ve tıbbi veriler hakkında gizliliğin sağlanması bakımından yeterli güvence sağlandığında, kişisel verilerin açıklanması özel hayata müdahale oluşturmayacaktır. AIHM İsveç'e karşı Anne-Marie Andersson Kararı'nda, başvuruçunun psikiyatristi tarafından hastanın oğlu hakkında Sosyal Hizmetler Kurumu'na koruma tedbiri alınmasını sağlamak üzere yaptığı bildirim hususunu değerlendirmiştir. Anne-Marie Andersson, Psikiyatristi tarafından Sosyal Hizmetler Kurumu'na bilgisi ve rızası olmaksızın kişisel verilerinin açıklanmasının 8. maddede garanti edilen özel hayatın gizliliğini ihlal ettiği iddiasıyla 11 Şubat 1992 de komisyona başvurmuştur. Komisyon başvuruçunun verilerin açıklanmasının özel hayata saygı hakkına müdahale olduğu konusundaki şikayetini, İsveç Sosyal Hizmetler Kanununda "sağlık ve ahlak" ile "başkalarını hak ve özgürlüklerini koruma" meşru amacına uygun bulmuştur. Komisyon, başvuruçuya daha önce önlem hakkında bilgi verildiğini ve söz konusu bilginin kamuya açıklanmadığını ve gizliliğine uyulduğunu tespit etmiştir. Başvuruçunun iddiasının aksine Sosyal Hizmetlerin müdahalenin gerekliliğini değerlendirirken sadece oğlu hakkında değil, kendisi hakkında da bilgi sahibi olması gerekmektedir. Psikiyatristin, annenin problemlerinin çocuğunu olumsuz etkileyeceği hususundaki

⁶³ 8/5747 sayılı 28 Şubat 1982 tarihli Özel Hastaneler Tüzüğü, 10 Ocak 1983 tarih 17924 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.

HANDAN
YOKUŞ
SEVÜK'ÜN
TEBLİĞİ

endişesi, çocuğun annenin rızasıyla özel okula yerleştirilmesini sağlayan sosyal hizmetlere sunulmuş okul raporuyla da desteklenmiştir. Psikiyatrist, sosyal hizmetlerin soruşturmasında hangi verinin önem taşıdığını değerlendirme konusunda geniş bir takdir yetkisine sahip olup, ilgiliyi sosyal hizmetlere bilgi verilmeden önce haberdar etme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bu nedenlerle, Komisyon, yetkililerin takdir hakkını kullanmasının demokratik toplumda gerekliliğine karar vermiştir. Komisyon tıbbi verilerinin açıklanması hususunun sözleşmenin 8. maddesinin ihlali hususundaki iddiasını kabul edilebilir bulmamış, bu nedenle Mahkeme bu konuda inceleme yapmamıştır.⁶⁴

Ceza Muhakemesi Kanunu m. 87'de ölümünden hemen önceki hastalığında öleni tedavi etmiş olan hekimin otopsi sırasında hazır bulunması ve hastalığın seyri hakkında bilgi vermesinin istenebileceği öngörüldüğünden, bu durumda hekimin bir ceza soruşturması kapsamında yaptığı, sadece hastalığın seyri hakkında verdiği bilgilerden dolayı sorumluluğu söz konusu olmaz. Ayrıca, kamu kurumu niteliğindeki sağlık kurumlarında görev yapan sağlık görevlilerince ceza soruşturması için gerekli hastaya ilişkin bilgilerin Cumhuriyet savcısına verilmesi halinde de kişisel verilerin açıklanması suçundan söz edilemez. Ceza Muhakemesi Kanunu m.161/4 ile kamu görevlileri bakımından yürütülmekte olan soruşturma kapsamında ihtiyaç duyulan bilgi ve belgeleri, talep eden Cumhuriyet savcısına vakit geçirmeksizin temin etmek yükümlülüğü getirilmiş⁶⁵ olup, bu durumda kişisel verilerin açıklanması hukuka uygun olacaktır. CMK m. 161 sadece kamu görevlilerine yönelik ve soruşturma kapsamında istenecek bilgilere ilişkin bir düzenleme getirmektedir. Oysa

⁶⁴ Bkz. Case of Anne-Marie Andersson v. Sweden, 27 August 1997, (72/1996/691/883), parç, 24, 30,35-36, 41.

⁶⁵ CMK m.161/5'e göre, kanun tarafından kendilerine verilen veya kanun dairesinde kendilerinden istenen adliye ile ilgili görev veya işlerde kötüye kullanma veya ihmalleri görülen kamu görevlileri hakkında Cumhuriyet savcılarınca doğrudan doğruya soruşturma yapılır.

CMK m. 332/1'de gerek suçların soruşturma gerekse kovuşturması sırasında, Cumhuriyet Savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından yazılı olarak istenen bilgilere on gün içinde cevap verme zorunluluğu öngörülmüştür.⁶⁶ Bu nedenle kamu veya özel sağlık kurumları ve burada görevli sağlık görevlileri, ceza soruşturması ve kovuşturması ile ilgili Cumhuriyet Savcısı, hâkim veya mahkemenin talebi karşısında, hastanın kişisel verilerine ilişkin açıklamalarından dolayı TCK m. 136'daki suçtan dolayı sorumlu tutulmayacaktır. Ceza soruşturması ve kovuşturmasında kişisel verilerin açıklanması halinde kişinin özel hayatına, suçun ve düzensizliğin önlenmesi ile başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla müdahale edildiğinden söz edilebilir. Ancak bu durumda da kişisel verilerin gizliliğinin yetkili makamlarca sağlanması, kişinin özel hayatına saygı hakkı gereği yetkisiz kişilerce öğrenilmesinin önüne geçilmesi gerekir. Özellikle tıbbi veriler söz konusu olduğunda bu verilerin açıklanmasının kişinin özel ve aile hayatına kadar sosyal ve iş durumunu da etkileyeceği, bazen HIV virüsü taşıdığına ilişkin verinin ceza kovuşturmasında alenilik kazanması örneğinde olduğu gibi kişinin toplumdan dışlanma tehlikesi doğurabileceği göz ardı edilmemelidir. Bu tür bilgilerin gizliliğinin sağlanması, müdahalenin yasal amaçlarla yapılmasındaki dengeyi tespit önem arz eder.⁶⁷

AİHM Finlandiya'ya karşı Z Kararında, Z'nin kocası X'e karşı açılan ceza davasında, başvuru Z'nin doktorlarının istem üzerine bilgi vermelerini, sözleşmenin 8. maddesinde güvence altına alınan özel ve aile hayatına saygı hakkı bakımından incelemiştir. Hem Z hem X, HIV virüsü taşımakta-

⁶⁶ CMK m.332/2'e göre, "Bilgi istenen yazıda yukarıdaki fıkra hükmü ile buna aykırı hareket etmenin Türk Ceza Kanunu'nun 257 nci maddesine aykırılık oluşturabileceği yazılır. Bu durumda haklarında kamu davasının açılması, izin veya karar alınmasına bağlı bulunan kişiler hakkında, yasama dokunulmazlığı saklı kalmak üzere, doğrudan soruşturma yapılır".

⁶⁷ Case of Z v. Finland, Strasbourg, 25 February 1997, (9/1996/627/811), par. 96.

HANDAN
YOKUŞ
SEVÜK'ÜN
TEBLİĞİ

dır. Finlandiya mahkemesi, X'in HIV virüsü taşıyıcısı olduğu hususunu ne zamandan beri bildiğini tespit için, tıbbi görevlileri tanık olarak dinlemek istemiştir. Bu delil, X'in sadece cinsel saldırıdan mı, yoksa ayrıca olay tarihinden önce HIV virüsünün pozitif sonucunu bilerek cinsel saldırı suçunu işlediğinin tespiti halinde ise taksirle adam öldürme suçundan da sorumlu tutulup tutulmayacağına karar verilebilmesi için gereklidir. Z'nin doktorlarının yerel mahkemede tanık olarak dinlenilmesi sonucu, Z'nin de HIV virüsü taşıdığı ortaya çıkmıştır. Mahkeme, bu suçların soruşturulmasında kamu yararı olduğu kanaatinde. Finlandiya Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki düzenleme, başvurusunun doktorlarının kişinin rızası olmadan tanıklığına izin vermemekle birlikte, en az 6 yıl hapis cezasını gerektiren ağır suçlara ilişkin suçlama söz konusu olduğunda ise tanık olarak dinlenebileceklerini öngörmektedir. Doktorlar, soruşturma esnasında hastayla ilgili tıbbi veriler hakkında, polise bilgi vermeyi meslek sırrı yükümlülüğünü ileri sürerek reddetmişler, fakat daha sonra yargı makamı olan mahkemede tanık olarak dinlenmişlerdir. Ancak mahkemede söz konusu tanık ifadelerinin gizliliği sağlanmıştır. Başvurusunun özel ve aile hayatına müdahalenin önlenmesi ve tıbbi verilerin kötüye kullanımını önlemek amacıyla etkili ve yeterli tedbirler alınmıştır. Bu bağlamda doktorların tanık olarak dinlenmelerinin, kanıt elde etmenin amaca uygunluğu ve yerel makamların bu konuda başka bir şekilde delil elde edemeyeceği anlaşılmıştır. Mahkeme incelediği hususta 8. maddenin ihlali olmadığına karar vermiştir.⁶⁸

⁶⁸ Bkz. Case of Z v. Finland, Strasbourg, 25 February 1997, (9/1996/627/811), parç. 102-105.

V. Suçun Özel Görünüş Biçimleri

1. Teşebbüs

Bu suça teşebbüs mümkündür. Örneğin kişisel verilerin belge vermek suretiyle açıklanması halinde, belgenin üçüncü kişiye verilmeden ele geçirilmesi halinde TCK m. 136'daki suça teşebbüs söz konusu olur. Kişinin sağlık durumunun sözle açıklanması durumunda, neticesi harekete bitişik suç söz konusu olup, verinin açıklanmasıyla suç tamamlanacağından, suça teşebbüsten söz edilemez.⁶⁹ Ancak ünlü bir sanatçının utanç verici bir hastalığının doktoru tarafından televizyonda açıklanacağına dair reklamlardan sonra, doktor programda bu konuda henüz konuşmaya başlamışken yayının mahkeme kararıyla durdurulması halinde, suç teşebbüs aşamasında kalmıştır.⁷⁰

Hareketin yayma veya ele geçirme olduğu hallerde de, teşebbüs mümkündür. Örneğin, hekim hastasının HIV virüsü taşıdığına ilişkin belgeleri bir dergide yayınlamak üzere göndermişken, belgelerin postada ele geçirilmesi hali.

2. İştirak

Bu suça iştirak özellik arz etmez.⁷¹ Suça azmettirme ve yardım etme şeklinde iştirak edilebilir. Ancak iştirakte bağlılık kuralı gereğince, hekimin kişisel veriyi açıklaması hukuksal uygun ise (TCK 40), hekimin fiiline iştirak eden kişiler de cezalandırılmaz. Bu suçun birlikte işlenmesi de mümkündür. Suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur (TCK m. 37). Ör-

⁶⁹ Donay, 111-112; Tezcan-Erdem, 116.

⁷⁰ Akçakoca, 118.

⁷¹ 765 sayılı TCK'da meslek sırrının açıklanması suçu özgü bir suç olduğundan, özgü suçlara iştirake ilişkin genel kurallar doğrultusunda suça iştirak mümkündür. Tezcan-Erdem, 117.

neğın, iki hekimin birlikte kişisel verileri açıklaması halinde, her biri TCK m.136'daki suçun faili olacaktır.

3. İçtima

Hekim önce kişinin sağlık durumuna ilişkin verileri kişisel veri olarak kaydedip, daha sonra bu kaydettiği veriyi açıklasa, hekimin sorumluluğu hem kişisel verilerin kaydedilmesi suçundan (TCK m. 135/2) hem de kişisel verileri hukuka aykırı olarak açıklama suçundan (TCK m. 136, m. 137) olacaktır.

Kişisel verinin açıklanması aynı zamanda hakaret suçunu (TCK m. 125) da oluşturuyorsa, bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet verildiği için, bu suçla hakaret suçu arasında fikri içtima söz konusu olur. Failin sorumluluğu en ağır cezayı gerektiren suçtan olacaktır.⁷²

VI. SONUÇ

Sağlık ile ilgili kişisel nitelikteki veriler özel nitelikli veriler olup, diğer kişisel verilere nazaran daha özel bir koruma gerektirmektedir. Bu verilerin toplanması ve işleme tabi tutulması sırasında temel hak ve özgürlüklere özellikle gizliliğe saygı hakkı sağlanmalıdır. Kişinin kendi sağlığıyla ilgili bilgiler bakımından özel yaşamına saygı gösterilmesini isteme hakkı söz konusudur. Tıbbi verilerin kötüye kullanımını önlemek için etkili ve yeterli güvenceye ilişkin yasal düzenlemelerin varlığı, kişinin özel hayatına müdahaleyi sınırlandıracaktır. Tıbbi verilerin korunması bakımından iç hukuk tarafından güvence sağlayan düzenlemeler yapılırken Sözleşmelerdeki, Anayasa'da ki temel ilkeler göz önüne alınmalıdır.

⁷² Tezcan-Erdem, 117.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, tıbbi verilerin korunmasını sözleşmenin 8. maddesinde garanti edilen kişinin özel ve aile yaşamına saygı hakkı kapsamında değerlendirmekte, sağlık kayıtlarının gizliliğinin sağlanmasının temel prensip olduğuna dikkat çekmektedir. AIHM, sadece hastanın gizliliğine saygının değil, aynı zamanda tıbbi görevlilere ve sağlık hizmetine duyulan güvenin de korunması gerektiğini vurgulamaktadır.

Hekimlerin ve diğer tıp mesleği mensuplarının sır saklama yükümlülüğü söz konusu olup, bu yükümlülüğün ihlali kişinin ceza hukuku bakımından sorumluluğunu doğurur. 5237 sayılı TCK 136. maddede kişisel verileri hukuka aykırı olarak verme, yayma ve ele geçirme suç olarak düzenlenmiştir. Tıp mesleği mensuplarının, kişisel verileri meslek ve sanatın sağladığı kolaylıkla elde etmeleri halinde, TCK m. 137 gereğince suçun nitelikli halinden sorumluluğu doğar.

Oturum Başkanı: Enteresan sunumunuz için çok teşekkürler, sayın Sevük. Konuşmacılar ilk gün kendini zamana göre ayarlıyordu, ikinci günde konuşma süresi enine doğru genişlemeye başladı. Sayın Doktor Erdem'in bu süreye uyup uyamayacağını göreceğiz. Çeyrek saatiniz var. Söz sizin.

Ja vielen Dank Frau Doktor Sevük für ihren interessanten Vortrag. Ich habe festgestellt am ersten Tag waren alle Referenten zeitlich orientiert noch, am zweiten Tagungstag gehen die Zeiten bei den Referaten hier völlig in die Breite. Ich weiss nicht Herr Doktor Erdem, ob Sie es schaffen. Sie haben eine Viertelstunde zur Verfügung. Ich würde sagen Sie unternehmen einen neuen Versuch. Ich gebe Ihnen das Wort jetzt.

Doç. Dr. Mustafa Ruhan ERDEM: Değerli meslektaşlarım; konuşmama başlamadan önce hepinizi saygıyla selamlıyorum.

Ben bu oturumumuzda HIV enfeksiyonu bağlamında hekimin bildirim yükümlülüğünden söz edeceğim. Zaten meslektaşımın benden önce bu konuda yapmış olduğu konuşma bir bakıma benim işimi kolaylaştırdı, bir bakıma zorlaştırdı. Zorlaştırdı, şu açıdan: Aşağı yukarı aynı konuları anlatma durumunda kalacağız, zaman zaman kolaylaştırdı, bazı konuları atlayıp bu nedenle de oldukça zaman kazanma durumunda kalacağız, tartışmalara daha geniş zaman ayırabilmek açısından.

Şimdi öncelikle şunu hemen belirtelim: Türkiye’de ve dünyada HIV -gerçi bazıları harflerin İngilizce okunuşunu söylüyorlar- ama ben onun Türkçe kısaltılmasının HIV olduğunu düşündüğüm için bu şekilde kullanmanın daha doğru olduğu düşüncesindeyim. Bu nedenle başından beri HIV olarak kullanacağım. HIV ve buna bağlı olarak AIDS’in giderek yayılması, hukuk alanında birçok sorunu da beraberinde getirmektedir. Bu açıdan bakıldığı zaman HIV ve AIDS tabii buna bağlı olarak ortaya çıkan, bağışıklık sisteminin bozulması sonucunda ortaya çıkan bir hastalık AIDS, yalnızca tıbbi açıdan veya sağlık politikası açısından değil fakat aynı zamanda hukuksal açıdan da çok ciddi bir sorun olarak karşı-

muza çıkmaktadır. Tabii güncel hayatımızda da bunun birçok örneğini görmemiz mümkün. Mesela birkaç yıl önce İzmir'de yaşanan bir olay, kan nakli yoluyla HIV bulaşan bir çocuğun ilkokula başlaması üzerine diğer ailelerin çocuklarını aynı okula göndermeme kararı alması, yine HIV taşıyıcısı olan yabancı uyruklu bir fahişenin yetkililerce televizyonlardan teşhir edilmesi bunlara verilecek birkaç örnekten birisidir.

HIV genellikle bunu taşıyan kişiyle girilen korunmasız cinsel ilişki, kan bağıışı, aynı enjeksiyondan birlikte uyuşturucu alınması veya doğum yoluyla bir başka kişiye taşınmaktadır. Enfeksiyondan sonra kural olarak 4 haftadan 6 haftaya kadar hatta bazı durumlarda daha erken bir süre içinde ilginin kanında tespit edilebilen bu virüs ortalama on yıllık kuluçka döneminden sonra AIDS'e yol açabilmektedir. Açabilmektedir diyoruz çünkü HIV'in mutlaka AIDS'e yol açması gibi bir zorunluluk yok. AIDS dediğimiz vücudun bağışıklık sisteminin bozulması şeklinde belki Türkçeye çevirebileceğimiz hastalık ise işte bu HIV adını verdiğimiz virüslerden kaynaklanmaktadır ki bu virüsler retrovirüs grubu içerisinde yer almaktadır. 1980'li yılların başından buyana patojen virüslerin bulunduğu ve bunların AIDS'e yol açtığı biliniyor. İnsanda AIDS'e yol açan virüsler içinde en yaygın olanı HIV1 virüsü. Bu virüs kesin olmamakla birlikte, Orta Afrika'dan dünyaya yayıldığı yönünde bir görüş var ama tam olarak kesinlik kazanmış değil.

Ancak yakın zamanda AIDS'e yol açan bir başka virüs olan HIV2 virüsü ortaya çıkmış ve hızla dünyada yayılmaya başlamıştır. AIDS'e yol açan virüslerin uzun süreden beri mevcut olduğu bilinmekle birlikte son zamanlarda, özellikle yaşam alışkanlıklarının ve cinsel tutumların değişmesine bağlı olarak giderek yayıldığı belirtilmektedir. İşte insan organizmasına giren HIV bağışıklık hücreleri olan CD4T hücrelerine tutunuyor ve bu hücrelerin sayısının mm³'de 200'ün altına düşmesiyle birlikte AIDS hastalığı ortaya çıkıyor. İşte HIV'in kendine özgü tehlikesi de buradan kaynaklanıyor, çünkü

MUSTAFA
RUHAN
ELDEM'İN
TEBLİĞİ

HIV enfeksiyonu gerçekleştiği andan itibaren, kuluçka dönemi içerisinde enfeksiyona işaret eden herhangi bir semptomla karşılaşmıyor vücutta. HIV taşıyıcısı kendisini son derece sağlıklı hissettiği için çoğu zaman HIV taşıdığına farkına bile varmıyor. HIV bulaşan kişinin biraz önce de söylediğim gibi her durumda mutlaka AIDS hastalığına yakalanacağı veya bunun sonucunda öleceği şeklinde bir kural yok. Tabii ki HIV bulaşan kişide bu hastalığın ortaya çıkıp çıkmayacağını önceden kestirmeye olanak yok.

Ancak yapılan istatistikler şunu gösteriyor: HIV taşıyanların ancak %5'i ila %19'u, tabii istatistikler bu konuda da farklı rakamlar veriyor, %19'u hastalık nedeniyle ölüm durumuyla karşı karşıya kalıyor. Yapılan araştırmalara rağmen bugün ölüm neticesinin gerçekleşmesi engellenemiyor, yalnızca geciktirilebiliyor. Şimdiye kadar AIDS'le ilgili olarak 40'ın üzerinde aşı denendiği ancak bir başarı elde edilemediği belirtiliyor. Tabii virüsün başlı başına ceza hukuku açısından birçok sorunu beraberinde getirdiği de ortada. Biz sadece, tabii bugünkü konu içerisinde HIV vakalarında hekimin bildirim yükümlüğü de sınırlı bir değerlendirme yapmaya özen göstermeye çalışacağız.

Şimdi öncelikle, biraz önce meslektaşım da işaret etti, hastanın sırlarının korunması, insan onurunun dokunulmazlığı ve bunun uzantısı olan kişilik haklarının korunmasının bir yansıması niteliğindedir. Gerçekten de hastalığı ile ilgili bilgileri hekime aktaran hasta, bu bilgilerin başkalarına aktarılmayacağı konusunda güvence altında olmalıdır. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de özel yaşamın gizliliğini düzenleyen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinden hareketle bireyle ilgili verilerin toplanması ve bunların depolanmasının özel yaşamın koruma alanına müdahale oluşturduğu ve bu nedenle de ancak yasal bir dayanak söz konusuyla bu yola gidilebileceğini belirtmektedir. Aynı zamanda söz konusu düzenleme, yani Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesindeki düzenleme kişinin

özel yaşam alanlarını ilgilendiren bir bilginin elde edilmesi durumunda, söz konusu bilginin ancak amacı doğrultusunda kullanılabilmesine olanak tanımaktadır. Dolayısıyla amaç dışı kullanımlar açısından da söz konusu düzenlemenin bir yasak öngördüğü Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nce kabul edilmektedir.

Nitekim bu görünüşünü yansıttığı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ni 1997 tarihli Finlandiya'ya karşı Z kararı, tıbbi verilerin Ceza Muhakemesi'nde kullanılmasıyla ilgili, biraz önce meslektaşım belirtti, yalnız orada bir ekleme yapacağım bu kararla ilgili olarak. Kararın ayrıntılarına zaten meslektaşım değindiği için burada tekrar üzerinde durmaya gerek yok, sadece şunu söyleme durumundayım. Başvurucunun tabii ileri sürmüş olduğu iddialardan bazıları ile ilgili olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 8. maddeyle ilgili bir ihlalin bulunmadığı sonucuna varmış; ancak tabii burada başvurucunun ileri sürdüğü iddialar 4 başlık altında toplanabilir. Başvurucu bu olayda doktorunun Ceza Muhakemesi'nde ifade vermek zorunda bırakılmasının, kendi hastalığı ile ilgili bir konuda ifade verme zorunluluğuyla karşı karşıya bırakılmasının 8. maddeye aykırılık oluşturduğunu ileri sürmüş, yine aynı şekilde kendisiyle ilgili hastanede bulunan tıbbi dokümanlara el konulmasının da 8. maddenin ihlalini oluşturduğunu belirtmiş, yine aynı zamanda mahkeme kararında isimlerinin ad ve soyadı ve kimliğine ilişkin bütün bilgilerinin gösterilmesi suretiyle kendileriyle ilgili bilgilerin kamuoyuna açıklanmasının da yine 8. maddenin ihlalini oluşturduğunu ileri sürmüş.

Şimdi tanık olarak dinlenmesi bakımından meslektaşım gerekli açıklamaları yaptı ben daha çok son kısım üzerinde duruyorum. Burada başvurucunun adının ve HIV taşıdığıının İstinaf Mahkemesi kararında yer alması ve kararın da halka açıklanması sonucunda kamuoyunca duyulması, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bunun kamuoyuna açıklanmasında haklı bir neden olmadığına ve bu nedenle de Sözleşme'nin 8.

MUSTAFA
RUHAN
ELDEMİN
TEBLİĞİ

maddesinin ihlalini oluşturduğu sonucuna varmış. Yani bu yönüyle ihlal tespiti yapmış ama diğer noktalara bakımından bir ihlal tespiti yapmamış. Onun dışında aynı zamanda mahkeme karar verirken bu kişinin HIV'le ilgili bilgilerinin sadece 10 yıl süre ile dosyada saklanacağı, ancak 10 yıllık süre geçtikten sonra dosyadaki bu bilgilerin kamuoyuna açıklanabileceği doğrultusunda da bir karar vermiş fakat Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi böyle bir kararın, daha doğrusu bu bilgilerin 10 yıllık süre geçtikten sonra kamuoyuyla paylaşılmasını haklı kılacak herhangi bir neden olmadığını ve dolayısıyla özel yaşama orantısız bir müdahale söz konusu olduğunu bunun da 8. maddenin ihlalini oluşturduğunu tespit etmiş.

İç hukukumuzda, sır saklama yükümlülüğünün pozitif dayanağını oluşturabilecek düzenlemeler üzerinde Sayın meslektaşım durdu, bunları burada tekrar edecek değilim. Tabii ben daha çok ceza hukuku açısından konuya yaklaşmaya çalışacağım. Tabii ki sır saklama yükümlülüğüne aykırı hareket edilmesi, beraberinde Ceza Kanunu ile de yaptırım altına alınıyor. Şimdi bir taraftan bakıyorsunuz Ceza Kanunu'nda hekim için sır saklama yükümlülüğü ama öbür taraftan da bakıyorsunuz bildirim yükümlülüğü. Her ikisi de suç. Şimdi bu durumda acaba hangi yararı üstün tutmak gerektiği gibi bir sorunla karşılaşılıyor. Şimdi bu düzenlemelerden çıkarabileceğimiz sonuç şu: hekimin sır saklama yükümlülüğüne demek ki bazı durumlarda istisna getirilebiliyor.

Hekimin sır saklama yükümlülüğüne getirilen bu istisnalar, hukuka aykırılığı ortadan kaldıracı bir etki meydana getiriyor. Söz konusu hukuka uygunluk nedenleri ki bunların hepsini burada değerlendirmek durumunda değiliz, ben özellikle bu hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir neden olarak özellikle bildirim yükümlülüğü üzerinde duracağım. Bu hukuka aykırılığı ortadan kaldıran nedenlerden bazıları hekime sırrı açıklama hakkı veriyor. Bazı hukuka uygunluk nedenleri de sırrı açıklamakla yükümlü tutuyor. Özellikle bulaşıcı hastalıklar söz konusu olduğu takdirde, biraz önce meslektaşım da

belirtti, mesela Umumi Hıfzıssıhha Kanunu bulaşıcı hastalıklara ilişkin bir bildirim yükümlülüğü öngörmüş. Dolayısıyla hekim bu durumları yetkili makamlara bildirmekle yükümlü tutulmuş. Dolayısıyla bu bildirim yükümlülüğünün söz konusu olduğu durumlarda yani Umumi Hıfzıssıhha Kanunu kapsamında hekim açısından bildirim yükümlülüğünün söz konusu olduğu durumlarda, hekimin normun içermiş olduğu hukuka uygunluk nedeninden yararlanıp yararlanmama konusunda bizzat karar verme hakkına sahip değildir ve bu konuda açıklamada, daha doğrusu sırrı açıklamak yükümlülüğü altındadır.

O halde sır saklama yükümlülüğü açısından bakıldığı zaman bildirim yükümlülüğü, yani bulaşıcı hastalıklara ilişkin bildirim yükümlülüğünün de meslek sırrının bir istisnası olarak karşımıza çıktığını rahatlıkla söyleyebiliriz. Hatta bunun için Kanun açıkça bildirim yükümlülüğünün sır saklama yükümlülüğünün bir istisnası olduğunu da belirtmiş olmasına gerek yoktur. Gerçekten de eğer sır saklama yükümlülüğüne her durumda öncelik tanınacak olursa, bu takdirde bildirim yükümlülüğüne ilişkin yükümler de pratik açıdan gereksiz ve işlevsiz hale gelecektir. Yasada öngörülen bu bildirim yükümlülüğü Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nda, biraz sonra ayrıntıları üzerinde duracağım. Bu bildirim yükümlülüğüne ilişkin düzenleme aynı zamanda zorunluluk haline ilişkin düzenlemenin özel bir yansıması niteliğinde sayılıyor. Dünkü oturumda bundan bahsedilmiş zannediyorum ama ben tabii burada olmadığım için oturumda neler tartışıldı açıkçası bu konuda bilgi sahibi değilim.

Gerçekten de bir kişi eğer enfeksiyon tehlikesi olan bir hastalığa yakalanmış ise bu durum onun sosyal çevresi içerisinde, sosyal çevresi bakımından da bir bulaşma rizikosunu oluşturmaktadır. Bu durumda hastanın sağlık durumunun gizlenmesine ilişkin yararı ile enfeksiyon rizikosu altında bulunan kişinin yaşamı ve beden bütünlüğünün korunmasına ilişkin yararı arasında bir değerler tartımına gidilmesi gereke-

MUSTAFA
RUHAN
ELDEM'İN
TEBLİĞİ

cektir. İşte Kanun da bazı enfeksiyon hastalıkları bakımından açıkça bildirim yükümlülüğüne yer vermek suretiyle değerler tartımını bizzat yapmış ve hastanın sırlarının korunmasına ilişkin yararına göre, kamunun veya üçüncü kişilerin enfeksiyon rizikosuna karşın korunmasına ilişkin yararlarına öncelik tanımıştır. Bu açıdan bakıldığı zaman Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 57. maddesi, bildirim zorunlu olan hastalıkları saymakta ve 58. maddesinde de bu bildirim hangi makamlara yapılacağını göstermektedir. Kanunda açıkça düzenlenmiş olmasa bile, bildirim yükümlülüğü kapsamına alınacak olan hastalıklar Sağlık Bakanlığı tarafından sonradan bu listeye eklenebilmektedir. Nitekim 1985 tarihli bir Bakanlık onayı ile AIDS hastalığı da bildirilmesi zorunlu olan hastalıklar arasına alınmıştır.

Karşılaştırmanın hukukta, bu gibi durumlarda nasıl bir çözüm ortaya konulduğu ile ilgili olarak da Avusturya ve Almanya örneğini vereceğim. Şimdi Avusturya'da 1986 tarihli bir AIDS Yasası var. Söz konusu yasa ilgili hastanın isminin açıklanması konusunda hekim için bir yükümlülük getiriyor. Getirilen yükümlülük hekim açısından getirilen yükümlülük AIDS hastalığına ilişkin ölüm vakalara söz konusu olduğunda hastanın ad ve soyadının baş harfleri, sadece baş harfleri, doğum tarihi ve hastanın cinsiyetine ve önemli klinik verilere ilişkin bilgiler içermektedir. Bu bildirim yükümlülüğünün kapsamına sadece bunlar girmektedir. Oysa biraz önce de meslektaşım üzerinde ayrıntılı olarak durdu, bir sırrın açıklandığından söz edilebilmesi için sırla bağlantılı olan kişinin isminin de açıklanması gerekiyor. O halde Avusturya hukuku bakımından söylemek gerekirse, burada 1986 tarihli AIDS Kanunu'nun hastanın anonimliğini güvence altına almış olması nedeniyle hekimin sır saklama yükümlülüğüne getirilmiş bir istisnadan söz etmek de mümkün değildir diye düşünüyorum. Şimdi aynı yönde bir eğilim Almanya'da da görülüyor.

Almanya'da da bazı enfeksiyonlar için 2001 yılında bir kanun çıkarılmış. Enfeksiyonlara Karşı Koruma Kanunu. Bu kanunda yine Avusturya'da olduğu gibi anonim bir bildirim yükümlülüğü getiriyor. Gerçi hepatit gibi bazı virüsler bakımından anonim bildirim yükümlülüğünün istisnalarına da yer verilmiş ve böyle birtakım virüsler söz konusu olduğunda, daha doğrusu hepatit virüsü söz konusu olduğu takdirde, hekimin isminin de bildirilmesini aramış. Ama bunun dışındaki durumlarda hastanın isminin de bildirilmesi zorunluluğu yok. Bildirim nereye yapılacak Alman Kanunu açısından? Hekim tarafından yerel sağlık müdürlüğüne yapılacak. Aynı zamanda Berlin'deki Robert Koh Enstitüsü'ne de bu bilgiler ilgili sağlık müdürlüğü tarafından iletilecektir. Getirilen bu düzenlemelerin temel amacı, ilgiliye, daha doğrusu yerel makamlara yapılan bildirim temel amacı ilgiliye gerekli yardımın yapılmasını sağlamak, ancak tabii enstitüye yapılan bildirim amacı ise AIDS hastalarının sayısına ilişkin ülke genelinde bilgilere ulaşabilmek zannediyorum olsa gerektir.

Şimdi tabii ki hekimin sır saklama yükümlülüğünün istisnalarının mutlaka Kanunda açıkça düzenlenmiş olması gerekir mi? Tabii burada özellikle problem nerede ortaya çıkıyor? Acaba genel kurallardan hareketle de hekimin saklama yükümlülüğüne bir istisna getirilebilecek midir? Tabii bu açıdan bakıldığı zaman özellikle sorun ceza hukuku açısından hekimin sırrı açıklama olanağını kullanmamasının ihmali bir davranış olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği konusunda ortaya çıkar. Acaba hekimin sırrı açıklama yükümlülüğü, ihmali bir davranışın cezalandırılabilir olmasından da kaynaklanabilir mi? O halde bu soruya cevap verebilmemiz için öncelikle Ceza Kanunu'nda hekimin ihmali bir davranışını ceza yaptırımına altına alan veya sadece hekim açısından değil de herhangi bir ihmali davranışı ceza yaptırımına altına alan herhangi bir düzenleme var mı? Ona bakmak gerekiyor.

Bu bağlamda öncelikle tartışılacak noktalardan bir tanesi Türk Ceza Kanunu'nun 98. maddesi. Burada bildirim ve

MUSTAFA
RUHAN
ELDEMİN
TEBLİĞİ

yardım yükümlülüğünün yerine getirilmemesi suçuna yer verilmiş. Acaba bu hükümden hareket ederek HIV taşıyan bir hastanın cinsel partnerine hekimin bilgi vermekle yükümlü olduğu sonucunu çıkarabilecek miyiz? Şimdi anılan hükme bakıyoruz, 98. maddeye, "Yaşı, hastalığı ve yaralanması dolayısıyla ya da başka herhangi bir nedenle kendini idare edemeyecek durumda olan kişiye hal ve koşulların elverdiği ölçüde yardım etmeyen ya da durumu derhal ilgili makamlara bildirmeyen kişi cezalandırılır." şimdi bu düzenlemede ilk dikkati çeken nokta hastalık ve yaralamadan söz ediyor ve yaştan söz ediyor fakat tabii maddenin kapsamına girecek durumlar sadece bunlardan ibaret değil, başka herhangi bir nedenden söz edilmiş, dolayısıyla pekala HIV, daha doğrusu söz konusu kişinin cinsel partnerinin HIV taşıyıcısı olduğunun, belki bu anlamda başka bir neden kavramı içerisinde ele almak mümkün.

Ancak burada problem nerede ortaya çıkıyor? 1998. maddenin uygulanabilmesi bakımından mağdurun kendini idare edemeyecek durumda olan bir kimse olması aranmış. Şimdi HIV enfeksiyonunun söz konusu olduğu durumlarda acaba mağduru bu anlamda kendisini idare edemeyecek durumda bir kimse olarak kabul etmek mümkün olabilecek midir? Benim kanaatimi soracak olursanız, hayır. Dolayısıyla da 98. maddenin enfeksiyon tehlikesine karşı HIV taşıyıcısının cinsel partnerini uyarmak açısından hekim için bir yükümlülük getirdiğini söylemek mümkün değildir. Tabii bu durumda acaba başka bir hukuka uygunluk nedeni düşünülebilir mi, sır saklamak yükümlülüğü açısından? Burada belki üzerinde durulabilecek diğer bir hukuka uygunluk nedeni de hastanın sosyal çevresine enfeksiyon tehlikesinden haber verilmesinin zorunluluk hali, ya da meşru savunma, hukuka uygunluk nedeninin uygulama alanına girip girmeyeceğidir. Gerçi şöyle bir iddia ileri sürülebilir. Denilebilir ki yasa koyucu zaten 3. kişilerin korunmasına ilişkin gereksinimi zaten ne yapmış, hekimi belirli durumlarda yetkili makamlara bilgi vermekle yükümlü kılmak suretiyle zaten göz önünde bulundurmuş.

Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'na göre ilgili makamlara bilgi verilmesi zorunluluğu nereden kaynaklanıyor? Çünkü hekim ilgili kurumlara gerekli, yetkili kurumlara bilgiyi verecek ve yetkili kurumlar da gerekli önlemleri alacak ve bu çerçevede belki de AIDS rizikosuyla karşı karşıya bulunan hastanın sosyal çevresindeki kişileri de belki bu konuda bilgilendirecek. Şimdi burada şu soru ortaya çıkıyor. Acaba hekimin Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'na göre ilgili makamlara bildirim yapmış olması, hastanın sosyal çevresine de ayrıca bilgi verme zorunluluğunu ortadan kaldırır mı? Öğretide bildirim yükümlülüğüne ilişkin mevcut Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'ndaki bu düzenlemeye rağmen zorunluluk halinin tehlikede bulunan kişilere hekim tarafından bizzat bilgilendirme konusunda bir yetki tanıdığı da kabul edilmektedir. Ancak burada hekime tanınan sadece bir yetkidir yoksa bir yükümlülük değildir. Çünkü 3. kişi lehine ıstırar hali dediğimiz durumda, 3. kişinin mutlaka tehlikeyi savuşturmak, tehlikeye karşı koymak gibi bir yükümlülüğü söz konusu değildir ama böyle bir bildirimde bulunmuş olması, daha doğrusu hastanın sosyal çevresi içerisinde yaşayan kişilere böyle bir bildirimde bulunması, hukuka uygunluk nedeni bulunan zorunluluk hali içerisinde ele alınacağı için sırrın açıklanması çerçevesinde Ceza Kanunu'nda yer alan suçları oluşturmaya-caktır diye düşünüyorum.

Ancak tabii burada problem özellikle nerede ortaya çıkıyor? HIV tehlikesiyle karşı karşıya olan kişinin, çevresinin, yaşadığı sosyal çevrenin somut olarak belirlenmesinin imkansızlığından ortaya çıkıyor. Ama tabii ki özellikle cinsel partnerinin, bir veya birden fazla cinsel partner söz konusuysa, özellikle bunlar açısından bildirim hakkı, daha doğrusu yükümlülüğü demeyeyim de hekim açısından böyle bir hak olduğu kabul ediliyor. Şimdi bu konu Almanya'da da Frankfurt Eyalet Mahkemesinin bir kararına konu olmuş, 2000 tarihli bir kararında Frankfurt Eyalet Mahkemesi şöyle diyor, "Eğer hekim hastasında AIDS hastalığı tespit etmiş ve HIV enfekte olan hastanın cinsel partneri de aynı kurumda tedavi altın-

MUSTAFA
RUHAN
ELDEM'İN
TEBLİĞİ

da ise, cinsel partnere ait yararların sır saklamaya göre öncelikten yararlanacağı"nı belirtmiş Frankfurt Eyalet Mahkemesi. O da şu gerekçeyle bu sonuca varıyor, çünkü diyor burada hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir zorunluluk hali söz konusudur. HIV taşıyıcısına ait sırların korunmasına ilişkin yarar, her halükarda cinsel partnerin karşı karşıya kalacağı akut tehlikeden daha az ağırlık taşır diyor.

Bunun dışında 279 ve 280. maddeler açısından da belki bir değerlendirme yapmak gerekebilir ama İlhan arkadaşım zaten bu konuyu ayrıntılı olarak ele alacağı için ben sabrınız için teşekkür ediyorum ve konuşmama burada son veriyorum.

Oturum Başkanı: Son derece ilginç bir sorunsallığı ele aldığınız için çok teşekkür ederim, Sayın Erdem. Üçüncü konuşmacının süresinden 10 dakika çaldık. Hemen sözü sayın Üzülmöz'e vermek istiyorum.

Vielen Dank, Herr Doktor Erdem für diese hochinteressante Problematik. Wir sind jetzt 10 Minuten nach dem dritten Referat eigentlich. Und deshalb möchte ich sofort Herr Üzülmöz das Wort geben.

Doç. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ (DPÜ İİBF Kamu Yönetimi
Bölümü Öğretim Üyesi):*

GİRİŞ

Ceza muhakemesi, bir suçun işlenip işlenmediği, işlenmişse bunun kim tarafından işlendiği ve yaptırımının ne olacağı sorununu çözüme kavuşturmak amacıyla iddia, savunma ve yargılama niteliğindeki bir dizi faaliyetin gerçekleştirilmesine denilmektedir.¹ Bu süreç, suç işlendiği haberini alan soruşturma makamlarının işin aslını öğrenmek için harekete geçmesiyle işlemeye başlamakta, iddianamenin hazırlanıp mahkemece kabul edilmesiyle iddia ortaya konulmakta, buna karşı savunma makamı müdafaasını gerçekleştirmekte ve yargılama makamı da bunlar ışığında bir karara varmaktadır. Soruşturma mercileri bir suçun işlendiğini ya bizzat ya da ilgilinin şikâyeti üzerine veya ihbar yoluyla öğrenmektedirler. Ancak soruşturma mercilerinin çoğunlukla ihbarlar vasıtasıyla bir suçun işlendiğinden haberdar olduklarını belirtmek gerekmektedir. Suç işlendiğinin herhangi bir kişi tarafından

* "Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu (TCK m. 280)" başlıklı tebliğ.

¹ Bahri Öztürk/Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 11 Baskı, Ankara 2007, s. 59.

yetkili makamlara herhangi bir şekilde bildirilmesine ihbar denilmektedir.²

İhbar suçtan zarar gören veya suçla ilgisi olmayan diğer kişiler ya da kamu makamları tarafından da yapılabilmektedir. Bir suçun işlendiğini öğrenen bireylerin yetkili makamlar nezdinde bildirimde bulunması, hukuka uygunluk nedeni olarak bir hakkın kullanımından ibarettir. Bunun dışında "Suçluların cezalandırılmasını devletten istemek, kişi açısından bir hak olduğu gibi; herhangi bir suç olgusunun gerçekleştiğini öğrenen kişinin durumu suçu takibe yetkili makamlara bildirmesi, aynı zamanda bir yükümlülüktür. Bu itibarla, herhangi bir suç olgusunun gerçekleştiğini öğrenmesine rağmen durumun suçu takibe yetkili makamlara bildirilmemesi, genel olarak haksız bir davranıştır. Ancak, izlenen suç siyaseti gereğince sadece belli suçların bildirilmemesi veya sadece belli kişilerin bildirim yükümlülüğünü yerine getirmemesi, suç olarak tanımlanmıştır".³ Kısacası hukuk düzeni izlenen suç siyaseti gereğince kural olarak herkese işlenmiş bir suçu ihbar yükümlülüğü getirmemektedir.⁴ Gereğince belirtildiği üzere böyle bir yükümlülük belli suçlar ve belli kişiler bakımından istisnai bir durum olarak öngörülmüştür.

İhbar yükümlülüğü, ilk olarak, işlenmekte olan suçlar (suçüstü) bakımından herkes için öngörülmüştür. Gerçekten Türk Ceza Kanunu'nun 278. maddesine göre, "(1) İşlenmekte olan bir suçu yetkili makamlara bildirmeyen kişi, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) İşlenmiş olmakla birlikte, sebebiyet verdiği neticelerin sınırlandırılması halen mümkün bulunan bir suçu yetkili makamlara bildirmeyen kişi, yukarıdaki fıkra hükmüne göre cezalandırılır. (3) Mağdurun on beş yaşını bitirmemiş bir çocuk, bedensel veya ruhsal bakımdan özürlü olan ya da hamileliği nedeniyle kendisini savunamayacak durumda bulunan kimse olması halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza, yarı oranında artırılır."

² Öztürk/Erdem, s. 694 vd.

³ TCK 278. madde gerekçesi.

⁴ Faruk Turhan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 1. Baskı, Ankara 2006, s. 314-315.

Bunun dışında TCK'nın 279. maddesiyle kamu görevlileri bakımından ihbar yükümlülüğü getirilmiştir. Buna göre, "(1) Kamu adına soruşturma ve kovuşturmayı gerektiren bir suçun işlendiğini göreviyle bağlantılı olarak öğrenip de yetkili makamlara bildirimde bulunmayı ihmal eden veya bu hususta gecikme gösteren kamu görevlisi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Suçun, adlî kolluk görevini yapan kişi tarafından işlenmesi halinde, yukarıdaki fıkraya göre verilecek ceza yarı oranında artırılır." Kamu görevlileri re'sen takip edilebilen bir suçun işlendiğini göreviyle bağlantılı bir şekilde, yani görevin ifası sırasında öğrendikleri takdirde, yetkili makamlara bildirmekle yükümlü tutulmuşlardır. Görevle bağlantı kurulamayan durumlarda eğer şartları oluşmuş ise, ancak normal bir birey gibi 278. madde çerçevesinde konunun değerlendirilmesi gerekmektedir.⁵

Son olarak sağlık mesleği mensupları bakımından görevleriyle bağlantılı bir ihbar yükümlülüğü öngörülmüştür. Aşağıda özel olarak sağlık mesleği mensupları bakımından öngörülen bu yükümlülüğün ihlâlini cezalandıran TCK'nın 280. maddesi ele alınacaktır.

I. SUÇ TİPİ HAKKINDA GENEL BİLGİLER

Türk Ceza Kanunu'nun "sağlık mesleği mensuplarınının suçu bildirmemesi" başlıklı 280. maddesi, özel hükümlere ilişkin İkinci Kitabın Millete ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükümler başlıklı Dördüncü Kısmı'nın İkinci Bölümü'nde Adliyeye Karşı Suçlar arasında düzenlenmiştir. Söz konusu madde aynen "(1) Görevini yaptığı sırada bir suçun işlendiği yönünde bir belirti ile karşılaşmasına rağmen, durumu yetkili makamlara bildirmeyen veya bu hususta gecikme gösteren sağlık mesleği mensubu, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Sağlık mesleği men-

⁵ Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz: Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/A. Caner Yenidünya, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 8. Bası, Ankara 2007, s. 885 vd.

İLHAN
ÜZÜLMEZ'İN
TEBLİĞİ

subu deyiminden tabip, dış tabibi, eczacı, ebe, hemşire ve sağlık hizmeti veren diğer kişiler anlaşılır” şeklindedir. Madde, kanunun kabul edildiği 26.09.2004 tarihinden beri herhangi bir değişikliğe uğramamıştır.

Bu suç tipi, mülga 765 sayılı TCK'nın 530. maddesinde kabahat olarak düzenlenmişti. Buna göre; “*Hekim, cerrah, ebe yahut sair sıhhiye memurları şahuslar aleyhinde işlenmiş bir cürüm asarını gösteren ahvalde sanatlarının icabettiği yardımı ifa ettikten sonra keyfiyeti adliyeye veya zabıtaya bildirmezler yahut ihbar hususunda teahhur gösterirlerse bu ihbar kendisine yardım ettikleri kimseyi takibata maruz kılacak ahval müstesna olmak üzere otuz liraya kadar hafif cezayı nakdiye mahkûm olurlar*”. Her iki düzenleme arasında ilk olarak bildirim yükümlülüğünün kapsamına ilişkin bir farklılığın bulunduğu görülmektedir. Yeni düzenleme görevle bağlantılı bir şekilde işlendiği öğrenilen her suç için bildirim yükümlülüğü getirmişken, mülga Kanun sadece şahıslara karşı işlenmiş cürümler bakımından bildirim yükümlülüğü getirmişti. Bunun dışında mülga Kanunda sağlık mesleği mensuplarının bildirimde bulunmaları kendisine yardım ettikleri kimseyi takibata maruz bırakacak ise, ihbarda bulunmamanın suç teşkil etmeyeceği kabul edilmişti. Oysa yeni kanunda bildirim yükümlülüğü bakımından böyle bir ayrımın yapılmadığı görülmektedir.⁶ Yaptırım yönünden iki düzenleme arasında önemli fark söz konusudur.

II. KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi, adliyeye karşı işlenen suçlar arasında düzenlenmiştir. Dolayısıyla bu suçla, adliyenin fonksiyonunu icra etmesindeki yararlar korumaya alınmıştır.⁷ Adliyenin fonksiyonunu icra edebilme-

⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz: Hakan Hakeri, *Tıp Hukuku*, Ankara 2007, s. 523 vd.

⁷ Bkz: Nevzat Toroslu, *Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu*, Ankara 1970, s. 365.

si suçlardan ve faillerinden haberdar olmasına bağlıdır. Sağlık mesleği mensuplarının işlenen suçları yetkili makamlara bildirmemeleri, devletin suçla mücadelesini gereği gibi yerine getirmesini, adliyenin fonksiyonunu icra etmesini engellediği için yaptırım altına alınmaktadır⁸. Buna göre, suç tipiyle korunan hukuki değer adliyenin faaliyetini ve fonksiyonunu yerine getirmesindeki yararlarıdır.⁹

III. SUÇUN UNSURLARI

A. Tipikliğin Objektif Unsurları

1. Fiil

Suçun maddi unsurları maddede sağlık mesleği mensubunun görevini yaptığı sırada bir suçun işlendiği yönünde belirtile karşılaşılmış olmasına rağmen, bu durumu yetkili makamlara bildirmemesi veya geç bildirmesi olarak belirtilmiştir. Maddede gerçek ihmali bir suç düzenlenmiştir. Bu tür suçlarda tipik bir fiilin varlığından bahsedilebilmesi için, öncelikle kanuni tanıma uygun durumun oluşması, yani icrai harekette bulunma yükümlülüğünü doğuran şartların oluşması, daha sonra ise emredilen hareketin yapılmamış olması, yani ihmal edilmiş olması gerekmektedir. Bunun dışında ihmali suçlardan dolayı sorumluluğun söz konusu olabilmesi için, emrin muhatabının yükümlülüğü yerine getirme imkânına sahip olması, yani icrai harekete geçmenin ilgiden beklenebilmesi gerekmektedir. Ancak gerçek ihmali suçlarda beklenebilirliğinin haksızlığın mı, yoksa kusurun mu unsuru olduğu tartışmalıdır.¹⁰ Beklenebilirlik kanaatimizde de kusur-

⁸ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 885-886.

⁹ Ayrıca bkz: Özlem Yenerer Çakmut, "Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu (TCK m. 280)", *Doç. Dr. Mehmet Somer'in Anısına Armağan*, İstanbul 2006, s. 1051.

¹⁰ Bu hususta bkz: Hakan Hakeri, *Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmalî Suçların Çeşitleri -İcra-İhmal Ayrımı-İhmalî Suçların Unsurları-*, Ankara 2003, s. 248 vd.

luluk kapsamında değerlendirilmesi gereken bir unsuru teşkil etmektedir.

Buna göre 280. maddedeki suçun oluşumu, sağlık mesleği mensubunun görevini yaptığı sırada, yani *göreviyle bağlantılı bir şekilde bir suçun işlendiğini belirtilerden öğrenmiş olmasını* ve durumu *yetkili makamlara bildirmemesini veya geç bildirmesini gerektirmektedir*. Burada görevini yaptığı sırada bir suçun işlendiğini belirtilerden öğrenmiş olmak, yükümlülüğün doğumunu ifade etmektedir. Yükümlülük doğmuş olmasına rağmen bildirim yapılmaması veya geç bildirimde bulunulması ise ihmali fiili oluşturmaktadır.

Sağlık mesleği mensubunun suçu bildirme yükümlülüğü, görevini ifa ettiği sırada işlendiğini mevcut belirtilerden öğrendiği suçlar bakımından söz konusudur. Suçun işlendiğinin görevin ifasıyla bağlantılı bir şekilde öğrenilmesi gerekmektedir.¹¹ Örneğin mide ağrısı şikâyetiyle gelen bir hastanın muayenesinin yapıldığı sırada karın bölgesinde derin kesik izlerinin bulunduğu görülmesi üzerine böyle bir bildirim yükümlülüğü söz konusu olacaktır. Görevin ifasıyla bağlantılı olmayan öğrenmeler bildirim yükümlülüğünün kapsamına girmemektedir.¹²

Suçun oluşumu bakımından suçun işlendiği yolundaki belirtinin görevin ifası sırasında, görevin icabı gereği olarak yapılan işlemler sırasında öğrenilmiş olması gerekir. Görevin ifası durumunda olup olunmadığı hususu, sağlık mesleği mensuplarının statülerini düzenleyen mevzuata bakılarak belirlenmelidir.

Öncelikle sağlık mesleği mensubunun işbaşında olduğu, mesleğini icra ettiği sıradaki durumu görevin ifası kapsamına girmektedir. Bir sağlık mesleği mensubunun, gerek şahsi muayenehanesinde veya işyerinde, gerekse akdettiği iş söz-

¹¹ Çakmut, s. 1053.

¹² Hakeri, *Tıp Hukuku*, s. 526.

leşmesi çerçevesinde bir işyerinde işini icra etmesi, kanunun ifadesiyle "görevini yaptığı sırada" durumunu oluşturmaktadır. Tabiatıyla görevini yaptığı sırayı sadece muayenehane ile veya bilfiil işyeriyle sınırlı şekilde anlamamak gerekmektedir. Örneğin bir doktorun özel muayene için veya acil bir durumda müdahale için çağrıldığı haller de görevin ifası kapsamına girer. Buna göre "görevini yaptığı sırada" ibaresi, sadece işin sadece işyeriyle bağlı bir şekilde icrasını değil, aynı zamanda böyle bir işe sahip olmak nedeniyle çağrı üzerine işin işyeri dışında icrasını da kapsamaktadır.

Bunun dışında Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 3. maddesinde, "Tabip, vazifesi ve ihtisası ne olursa olsun, gerekli bakımın sağlanamadığı acil vakalarda, mücbir sebep olmadıkça ilk yardımda bulunur" denilmektedir. Bu hüküm hekimlere görevlerinin ifası sırasında tabi oldukları muayene, teşhis ve tedavi yükümlülüklerine ek olarak,¹³ konu kendi uzmanlık alanına girmese dahi acil durumlarda mücbir sebep olmadıkça vakaya müdahale yükümlülüğü getirmektedir. Yükümlülüğün kapsamı ilk yardımda bulunma olarak belirlenmiştir. Bu noktada, hekimler için acil durumlarda söz konusu olan ilk yardım yükümlülüğünün, görevin ifası kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği hususu önemli hale gelmektedir. Kanaatimizce Tüzüğün 3. maddesiyle hekimler için "görevini yaptığı sırada sayılma" olarak adlandırılacak bir durum yaratılmıştır. Zira hekim için acil durumlarda söz konusu olan müdahale yükümlülüğünün ihlali mücbir sebeplerden kaynaklanmadıkça sorumluluğu gerektirecektir. Dolayısıyla tüzükten kaynaklanan bu yükümlülük gereğince hekimin mutlaka ilk yardım şartları çerçevesinde görevini ifa etmesi gerekmektedir. Hekimin acil durumda ilk yardım kapsamında yapmış olduğu bu müdahale sırasında bir suçun işlendiğini gösteren belirtilere rastlaması halinde, durumu yetkili makamlara bildirme yükümlülüğü doğmuş olmaktadır.

¹³ Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. Hakeri, *Tıp Hukuku*, s. 196 vd.

2219 sayılı Hususi Hastaneler Kanunu'nun 32. maddesine göre, "Ani bir arıza veya kaza neticesinde müstacelen tedaviye muhtaç olan şahısların hususi hastanelere müracaat veya nakillerinde hastanece derhal acele tedavilerini yapmak mecburidir". Bu mecburiyetin sonucu olarak özel bir hastaneye kabul edilen hastaların tedavisi sırasında üzerlerinde bir suçun işlendiğini gösteren emarelere rastlanması halinde bildirim yükümlülüğünün doğduğu hususu esasen izahatı gerektirmez.

765 sayılı kanununun 530. maddesinde sağlık mesleği mensuplarının "sanatlarının icap ettiği yardımı ifa ettikten sonra" bildirimde bulunacağı belirtilmişken, 280. maddede bu hususa yer verilmemiştir. Esasen sağlık mesleği mensupları bakımından öncelikli görev kendi mesleklerini icra etmektir. Bu sırada işlendiğini öğrendikleri suçları bildirim yükümlülüğü ise, muayene, teşhis, tedavi veya sağlıkla ilgili diğer görevlerin ifasından sonra yerine getirilecek bir vazifedir.¹⁴ Dolayısıyla işin doğasında bulunan bu hususa yeni düzenlemede yer verilmemiştir.

Bildirim yükümlülüğü suç teşkil eden haksızlıklar bakımından öngörülmüştür. Dolayısıyla suç oluşturmeyen haksızlıklar bakımından bildirim yükümlülüğü yoktur. İşlendiği yolunda emarelere rastlanılan suçun mahiyeti önemli değildir. Bu hususta kanun koyucu herhangi bir sınırlama getirmemiş, her türlü suç bakımından yükümlülüğün söz konusu olduğunu kabul etmiştir. Dolayısıyla bildirim yükümlülüğüne konu olan suçun, kasten veya taksirle işlenebilmesi, re'sen veya şikâyet üzerine kovuşturulabilmesi önemli değildir.¹⁵

Doktrinde şikâyete bağlı suçlar bakımından, şikâyete tabi suçlarda şikâyet hakkı olan kişinin bu hakkını kullanmazken, bunu ihbar etmeyen sağlık mesleği mensubunun suç işleminin söz konusu olacağı belirtilmekte, diğer yandan 279. maddede kamu görevlilerinin ihbar yükümlülüğünün re'sen

¹⁴ Hakeri, *Tıp Hukuku*, s. 525.

¹⁵ Çakmut, s. 1053.

kovuşturulan suçlar yönünden olduğunun kabul edilmesi karşısında sağlık mesleği mensuplarının şikâyete tabi suçlar bakımından da bildirim yükümlülüğüne tabi tutulmasının haklı bir gerekçeye dayanmadığı ifade edilmektedir.¹⁶ Muh-temeldir ki kanun koyucu, sağlık mesleği mensuplarına bildirim külfetini yükledikten sonra ayrıca bunun re'sen veya şikâyet üzerine kovuşturulabilen suçlardan olup olmadığını araştırma yönünde ek bir külfet getirmek istememiştir. Ancak sebep ne olursa olsun, sağlık mesleği mensuplarına her türlü suç bakımından getirilen bildirim yükümlülüğünün kimi suç-ların takibinin şikâyete bağlanmasındaki gaye ile bağdaşma-dığını belirtmek gerekmektedir.

Bildirim yükümlülüğüne tabi olma bakımından suçlar arasında ihlâl ettikleri hukuki değerler yönünden de herhan-gi bir ayırım yapılmamıştır. 765 sayılı kanunun 530. madde-sindeki düzenlemede sadece şahıs aleyhine işlenen suçlar ba-kımından böyle bir yükümlülük öngörülmüştü.

Suçun oluşumu için görevin ifası anında bir suçun işlendi-ği yönünde bir belirtiyile karşılaşılması gerekmektedir. Göre-vin ifası sırasında işlenmiş bir suçun anlaşılmasına yarayacak emarelerin varlığı halinde böyle bir bildirim yükümlülüğünün doğumundan bahsedilebilir. Belirti ceza muhakemesi huku-kunda belge ve beyan gibi diğer bir delil çeşidini oluşturmak-tadır.¹⁷ Belirti, bir olayın veya durumun anlaşılmasına yardım eden şey veya alamettir.¹⁸ İspat edilecek olayın dolaylı olarak ispatına yardımcı olan vakıalara ve izlere belirti denilmekte¹⁹ ve belirti mahiyeti itibariyle daima dış dünyada müşahede edilebilen maddi olaylardan oluşmaktadır.²⁰ Kanun koyucu bildirim yükümlülüğünün doğumunu, bir suçun işlendiğinin

¹⁶ Hakeri, *Tıp Hukuku*, s. 525.

¹⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz: Öztürk/Erdem, s. 414.

¹⁸ <http://www.tdk.gov.tr/TR/SozBul.aspx?F6E10F8892433CFFAAAF6AA849816B2EF05A79F75456518CA>

¹⁹ Öztürk/Erdem, s. 414.

²⁰ Çakmut, s. 1054.

görevin ifası sırasında böyle maddi bir emareden anlaşılmasına bağlamıştır. Buna göre bir hekimin, yaptığı muayene sırasında bir suçun işlendiğini gösteren emarelerle karşılaşması durumunda bildirim yükümlülüğü doğacaktır. Aynı şekilde bir laborantın, yaptığı tahlil sırasında bir hastaya ait numunelerde kullanılması suç teşkil eden bir maddeye rastlaması halinde de bildirim yükümlülüğü söz konusu olacaktır. Yine bir ebeğin, kendisine getirilen hamile bir kadına düşük yapması için yasal olmayan müdahalelerde bulunduğu belirlenmesi halinde, bildirim yükümlülüğü söz konusu olacaktır.

Belirtiyi, olayın iz ve eseri olarak kabul edince görevin ifası sırasında bir suçun işlendiğinin emarelerden değil de, hastanın beyanından öğrenildiği hallerde bildirim yükümlülüğünün doğmadığını belirtmek gerekmektedir. Örneğin mide ağrısı şikâyetiyle gelen bir hastanın, ağrısının maruz kaldığı kapkaç olayının ardından başladığını belirtmesi halinde, bir suçun işlendiğini öğrenmesine rağmen sağlık mesleği mensubu bakımından herhangi bir bildirim yükümlülüğü doğmayacaktır. Hekim, her ne kadar hastanın şikâyetinin bir gün önce maruz kaldığı olayın etkisiyle başladığını söylemesi üzerine bir suçun işlendiğini öğrenmiş ise de; bu, kanunun deyimiyile belirtiyeye değil beyana dayanmaktadır. Oysa tipik bir fiilin varlığı maddi bir olayın, emarenin bizzat hekim tarafından görülmesi ve müşahede edilmesini gerektirmektedir. Aksi kabul suçun kapsamının katlanılamayacak derecede genişlemesine yol açacaktır. Bu çerçevede örneğin bir psikiyatra, hastası bir kimseyi öldürdüğünü söylemiş olabilir. Burada psikiyatr bir suçun işlendiğini öğrenmiştir. Ancak bu öğrenme, görevin ifası sırasında müşahade edilen belirtilerden değil dinlediği hastasının beyanından dolaydır. Suçun oluşumu görevi ifası sırasında bir suçun işlendiğini gösteren belirtinin bulunmasını gerektirdiğinden beyandan kaynaklanan öğrenmeler bildirim yükümlülüğünü doğurmayacaktır.²¹ Ancak işlenmiş bir

²¹ Hakerî'ye göre psikiyatr tamamlanmış bir suçu öğrendiği hallerde saklama yükümlülüğü altındadır. Bu nedenle bildirimde bulunması gerek-

suçu ihbar etme bir hak olduğundan psikiyatr kendiliğinden yetkili makamlara bildirimde bulunabilecektir. Ancak bildirimde bulunmaması 280. maddedeki suçu oluşturmayacaktır. Bunun dışında psikiyatr yine dinleme sırasında hastasının halen işlemekte olduğu bir suçu öğrenmiş olabilir. Örneğin hasta bir kişiyi kaçırıp bodrumda rehin tuttuğunu söylemiş olabilir.²² Bu durumda suçun işlenmekte olduğu belirtilerden öğrenilmediğinden 280. maddedeki suçun unsurları oluşmamıştır. Buna karşılık işlenmekte olan bir suç bakımından herkes için bildirim yükümlülüğü getiren 278. madde çerçevesinde, psikiyatr işlenmekte olan bu suçu yetkili mercilere bildirmekle yükümlü olacaktır.²³

Ayrıca bildirim yükümlülüğünün doğması açısından bir suçun işlendiğine yönelik belirtileri ortaya koyan tıbbi müdahalenin konusunu oluşturan bir hastanın varlığı yeterli görülmüştür. Bildirim yükümlülüğünün doğması açısından bağlantı noktasını tıbbi bir müdahaleye konu olan hasta oluşturmaktadır. Dolayısıyla sağlık mesleği mensubunun önüne gelen kişinin işlenen suçun faili mi, yoksa mağduru mu olduğuna bakmaksızın bildirimde bulunmakla yükümlüdür. Böylelikle 765 sayılı TCK'nın 530. maddesindeki ihbarın kendisine yardım edilen kimseyi takibata maruz bırakmaması şartının kabul edilmediği ve bildirim yükümlülüğünün kapsamının genişletildiği görülmektedir. Örneğin kolluk kuvvetleriyle girdiği çatışmada yaralanıp kaçtıktan sonra hastaneye tedavi için gelen kişi bakımından da,²⁴ yine hız kurallarına riayet etmeyen bir sürücü tarafından yaralanıp hastaneye kaldırılan kişi açısından da bildirim yükümlülüğü doğacaktır. Doktrinde kanundaki düzenlemeye yönelik olarak, tıbbi müdahaleye ihtiyacı olan kimseleri ihbar endişesiyle hastalığı veya ölümü

li değildir. Hakeri, *Tıp Hukuku*, s. 527.

²² Örnek için bkz. Hakeri, *Tıp Hukuku*, s. 527.

²³ Hakeri, *Tıp Hukuku*, s. 527.

²⁴ Hakeri, *Tıp Hukuku*, s. 526.

göze alıp hekime gitmekten alıkoyacağı eleştirisi yapılmaktadır.^{25, 26}

Yukarıda mahiyeti belirtilen şartlara uygun olarak bir suçun işlendiğini öğrenen sağlık mesleği mensubu bakımından bildirim yükümlülüğü doğmuş olur. Bu noktadan sonra bildirim yükümlülüğünün ihmali ile suç tamamlanmış olacaktır. Kanun koyucu yükümlülüğün iki şekilde ihmal edilebileceğini kabul etmiştir. Sağlık mesleği mensubu ya bildirim yapmamış olmalı ya da bildirim yapma konusunda gecikme göstermelidir. Kanun koyucu yükümlülüğün hiç yerine getirilmemesiyle, geç yerine getirilmesini aynı ağırlıkta ihlaller olarak değerlendirmiştir. Geç bildirimden hiç bildirmeme gibi kabul edilmesinin nedeni, bazı hallerde gecikmenin bildirim anlamsız hale getirecek olmasıdır.

Bildirim yapılmaması, bu konudaki yükümlülüğün ihmal edilmesini ifade eder. Bu noktada asıl cevaplanması gereken, "*bildirim yapma konusunda gecikme gösterme*"den ne anlaşılacağı hususudur. Bu hususta önceden kesin bir ölçüt koymanın mümkün olmadığı açıktır. Kanaatimizce somut olayın özellikleri göz önünde bulundurularak, sağlık mesle-

²⁵ Hakeri, *Tıp Hukuku*, s. 526.

²⁶ Maddeye ilişkin TBMM Adalet Alt Komisyonu'nda 07.07.2004 tarihinde yapılan görüşmelerde bu hususun tartışıldığı görülmektedir. Bu görüşmelerde Soysalan düzenlemenin Ceza Muhakemesi Kanunu'nda ebe, hemşire ve doktorlar için getirilen tanıklıktan çekinme hakkıyla bağdaşmadığını belirterek, maddenin sağlık hakkının feda ettiği yönünde eleştiride bulunmuştur. Buna karşılık Sözüer, suç vakıası durumunda tanıklıktan çekinmenin söz konusu olamayacağını, dava açıldıktan sonra daha önce tanıklıktan çekinme hakkına sahip olan ebe, hemşire ve doktora anlatılan hususların tanıklıktan çekinme hakkının kapsamına girdiğini ifade ederek, bir suçun işlendiği yönünde belirtiyile karşılan hekimin durumu yetkili mercilere bildirmemesinin ciddi suistimallere yol açacağı belirtmiştir. Ayrıca bu maddenin terör örgütleri bakımından düşünüldüğünü, böyle bir ihbar yükümlülüğü getirilmediği takdirde polisle, askerle çatışan kişilerin bazı yerlerde tedavi edilmesini sonuçlayacağını ifade etmiştir. Bkz: <http://www.yayin.adalet.gov.tr/tck/267-345.maddeler.pdf> (29.12.2007).

ği mensubunun ilk ne zaman bildirimde bulunma imkânına sahip olduğunu belirleyip buna göre olağan sayılabilecek bir zaman diliminin aşılip aşılmadığını belirlemek gerekir.²⁷ Buna göre belirlenecek makul süreyi aşarak gerçekleştirilen bildirimler gecikmiştir.

Bildirim, görevin ifası sırasında işlendiği emarelerden anlaşılan suçtan yetkili mercilerin haberdar edilmesini ifade eder. Yetkili makamdan kast edilen, ceza muhakemesi kuralları çerçevesinde bildirim üzerine soruşturmaya başlamak veya bildirimi soruşturma yapacak makama iletmek yükümlülüğü altında olan mercidir.²⁸ Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 158. maddesinde ceza soruşturması ve kovuşturması bakımından ihbar ve şikâyetleri kabule yetkili merciler gösterilmiştir. Buna göre, suça ilişkin ihbar veya şikâyet, Cumhuriyet Başsavcılığı'na veya kolluk makamlarına yapılabilir. Ayrıca ilgili Cumhuriyet Başsavcılığı'na gönderilmek üzere valiliğe veya kaymakamlığa ya da mahkemeye de ihbar ve şikâyetle bulunmak mümkündür. Bunun dışında doktrinde sağlık mesleği mensubunun görevinin ifası sırasında bir suçun işlendiği yolunda belirtiyile karşılaşması durumunda çalıştığı kurumun idaresine durumu bildirmesinin de yetkili makama bildirme olarak kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir.²⁹

Sağlık mesleği mensubu bildirimini yazılı olarak gerçekleştirebileceği gibi, tutanağa geçirilmek üzere sözlü olarak yapılabilir (CMK m. 158/5). Bu yollarla gerçekleştirilen bir bildirim ile sağlık mesleği mensubu üzerine düşen yükümlülüğü yerine getirmiş olmaktadır. İşlenen suçları takiple görevli kimselerin yapılan bildirim üzerine soruşturmaya başlamaması TCK 280. madde kapsamında değerlendirilmez.³⁰

²⁷ Ayrıca bkz: Çakmut, s. 1056; Hakeri, *Tıp Hukuku*, s. 527

²⁸ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 888.

²⁹ Çakmut, s. 1055; Hakeri, *Tıp Hukuku*, s. 527.

³⁰ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 888.

Suç, bildirim yükümlülüğünün ihmaliyle veya bildirim geç yapılmasıyla işlenebildiğinden gerçek ihmali suçlardır. Gerçek ihmali suçlar, ihmali hareketin bizzat suç tipinde gösterildiği suçlardır. Bu suçlar, kanunda tanımlanan belli bir emredici normun kasten yerine getirilmemesiyle gerçekleşir. Gerçek ihmali suçlar sırf hareket suçları olup, failin kanun tarafından yapılması istenilen hareketi yapmamasıyla oluşurlar.³¹ Bu suçlarda icrai harekette bulunma hukuki yükümlülüğü doğrudan o suçun kanuni tanımından doğmaktadır.

Bunun dışında suç, hiç bildirimde bulunmayarak veya bildirimde bulunmayı geciktirerek işlenebildiğinden seçimlik hareketlidir. Başka bir anlatımla sağlık mesleği mensubu bu suçu, bildirim yükümlülüğünü tamamıyla ihmal ederek işleyebileceği gibi, geciktirerek de işleyebilecektir

2. Fail

Suç, sağlık mesleği mensupları tarafından işlenebilecektir. Sağlık mesleği mensubu tabirinden ne anlaşılacağı 280/2. maddede gösterilmiştir. Buna göre, sağlık mesleği mensubu deyimi tabip, diş tabibi, eczacı, hemşire ve sağlık hizmeti veren diğer kişileri kapsamaktadır Sağlık hizmeti veren diğer kişiler ibaresi, muayene, teşhis ve tedaviyle ilgili sağlık hizmeti niteliğindeki işleri yapan diğer kişileri ifade etmektedir. Madde gerekçesinde de belirtildiği üzere örneğin tıbbi tahlil laboratuvarında görev yapan kişiler de bu kapsamda değerlendirilecektir. Suç sadece sağlık mesleği mensupları tarafından işlenebileceğinden mahsus bir suçtur.³²

Suçun faili olabilecek sağlık mesleği mensupları serbest olarak mesleğini icra eden veya özel teşebbüslerce işletilen hastanelerde çalışan kişilerdir. Zira devlet eliyle işletilen sağ-

³¹ Jescheck, Hans- Heinrich/Weigend Thomas, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Berlin 1996, s. 605.

³² Çakmut, s. 1052.

lık kuruluşlarında görev yapan sağlık mesleği mensupları, kamu görevlisi sıfatını taşımaları itibarıyla 279. madde çerçevesinde sorumlu tutulacaklardır.³³

3. Mağdur

Suç kanunda, "Millete ve Devlete Karşı Suçlar" arasında düzenlenmiştir. Suçun konusu, adli faaliyetler ve adliyenin işleyişidir. Adli faaliyet, toplum adına yürütülen adli işlerin bütünüdür. Dolayısıyla suçun konusu, toplumu oluşturan bütün bireylerin müşterek sahip olduğu bir unsur olarak karşımıza çıkmaktadır. Mağdur, ceza hukuku kavramı olarak, suçun konusunun ait olduğu kişiyi veya kişileri ifade eder.³⁴ Buna göre, 280. maddede düzenlenen suçun mağduru toplumu oluşturan herkeştir.

B. Tipikliğin Sübjektif Unsuru

Sağlık mesleği mensubunun suçu bildirmemesi kasten işlenebilen suçlardandır. Suç tipi bakımından failin bilerek bildirim yükümlülüğünü yerine getirmemesi veya bildirim geciktirmesi kasten hareket ettiğini gösterir. Suçun oluşumu bakımından kastın dışında başkaca manevi unsurun varlığı aranmamıştır. Dolayısıyla suçun hangi saik ve gayeyle işlendiği önemli değildir. Failin bilerek bildirim yükümlülüğünü yerine getirmemesi veya bildirim geciktirmesi suçun oluşumu açısından yeterlidir.³⁵

Suçun oluşumu kastın varlığını gerektirdiğinden somut olayda kast üzerinde etkili, daha yerinde bir deyişle kastı kaldıran bir hatanın gerçekleşmemiş olması da gerekmektedir.

³³ Bkz. Madde gerekçesi.

³⁴ İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 2. Bası, Ankara 2007, s. 206.

³⁵ Çakmut, s. 1056.

İLHAN
ÜZÜLMEZ'İN
TEBLİĞİ

Ceza Kanunu'nun sisteminde maddi unsurlardaki hata (m. 30/1), hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarındaki hata (m. 30/1), suçun nitelikli hallerinde hata (m. 30/2) ve nihayet hukuka uygunluk sebebinin sınırındaki hata kastı kaldırmakta (m. 27/1)³⁶ ve failin taksirli sorumluluğu saklı tutulmaktadır. Burada maddi unsurlardaki yanılğı ele alınacaktır.

Suçun maddi unsurlarındaki yanılğı failin kastını kaldırır. Ancak kastı kaldıran hatanın varlığından bahsedilebilmesi için, failin tasavvuru gerçeğe uygun olsaydı gerçekleştirmiş olduğu fiil suç teşkil etmezdi denilebilmesi gerekmektedir. Sağlık mesleği mensubunun bu nitelikteki maddi unsurlara ilişkin yanılğısı kastı kaldıracağından işlemiş olduğu fiilin haksızlık teşkil etmesini engelleyecektir. Suç tipi itibariyle kastı kaldırabilecek unsur yanılğısı, sağlık mesleği mensubunun belirtiler hakkındaki yanılğısı olabilir. Mevcut belirtiler işlenmiş bir suçun eseri olmasına rağmen, bir sağlık mesleği mensubu bunun suç teşkil eden fiilden değil başka bir sebepten kaynaklandığını düşünerek bildirim yükümlülüğünü ihmal etmişse kastı kalkmış olacağından suç oluşturmayacaktır. Örneğin darp eseri olan bir çıkışın futbol karşılaşması sırasında yanlış hareketten kaynaklandığı beyanının çıkışın mahiyeti dikkate alınarak doğru kabul edilip bildirim yükümlülüğünün ihmal edilmesinde durum budur.

C. Hukuka Aykırılık Unsuru

Sağlık mesleği mensubunun suçu bildirmemesinin suç teşkil edebilmesi hukuka aykırı olmasına bağlıdır. Dolayısıyla somut olayda bildirim yükümlülüğünü ihmale izin veren hukuka uygunluk sebebinin varlığı halinde suç oluşmayacaktır.

³⁶ Mahmut Koca/İlhan Üzülmöz, "Hukuka Uygunluk Sebeplerinde Sınırın Aşılması (TCK. M. 127)", *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XI, 2007/1-2, s. 42 vd.

IV. KUSURLULUK

Sağlık mesleği mensubunun görevinin ifası sırasında mevcut belirtilerden işlendiğini öğrendiği bir suçu yetkili makamlara bildirmemesi veya geç bildirmesiyle haksızlık gerçekleşmiştir. Ancak failin gerçekleştirmiş olduğu bu haksızlıktan dolayı kusurlu sayılması halinde cezalandırılması mümkün olacaktır. İşlemiş olduğu haksızlık bakımından failin kınana-bildiği, yani hukukun icaplarına göre davranışlarını yönlendirme imkânına sahipken aksi yönde davrandığı hallerde failin kusurlu olduğundan bahsedilebilecek ve gerçekleştirmiş olduğu haksızlıktan dolayı cezalandırılabilir.³⁷

Hemen belirtelim ki, sağlık mesleği mensubu bakımından bildirim yükümlülüğünü ihmalden dolayı kusurlu sayılabilmesi için, onun bildirim yükümlülüğünün yerine getirme imkânına sahip olması, emrin gereğini yerine getirmenin ondan beklenebilir olması gerekmektedir. Emrin gereğinin yerine getirilmesinin failden beklenemediği hallerde kınama yargısında bulunmak mümkün değildir.

Anayasa'nın 38/5. maddesine göre hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamayacaktır. Hüküm ile kişilerin kendisini veya kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamayacağı belirtilmektedir. Nemo tenatur ilkesi olarak adlandırılan bu esas, ceza muhakemesinin yürüyüşüne ilişkin bir insan hakkını oluşturmaktadır.³⁸ İlke kişiyi, sadece kendisini değil, yakınlarını da suçlayıcı beyanlarda bulunmaya zorlamaktan korumaktadır. Hükümle, kişilerden kendisini veya yakınlarını suçlayıcı beyanlarda bulunmasının veya bu yolda delil göstermesinin beklenemeyeceği belirtilmiş, böylelikle bildirim yükümlülüğünün ihmali bakımından bir mazeret sebebi oluşturulmuştur.

³⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz: Özgenç, s. 340 vd.

³⁸ Öztürk/Erdem, s. 193-194.

İLHAN
ÜZÜLMEZ'İN
TEBLİĞİ

Anayasada yakın kavramının mahiyetini belirleme işi kanuna bırakılmıştır. Burada kastedilen kanun Ceza Muhakemesi Kanununu'dur.³⁹ Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 48. maddesine göre tanık kendisini ve 45/1. fıkrasında gösterilen yakınlarını ceza kovuşturmasına uğratabilecek nitelikteki sorulara cevap vermekten kaçınabilecektir. CMK 45/1. maddede belirtilen yakınlar, "şüpheli veya sanığın nişanlısı", "evlilik bağı kalmasa bile şüpheli veya sanığın eşi", "şüpheli veya sanığın kan hısımlığından veya kayın hısımlığından üstsoy veya altsoyu", "şüpheli veya sanığın üçüncü derece dâhil kan veya ikinci derece dâhil kayın hısımları" ve nihayet "şüpheli veya sanıkla aralarında evlâtlık bağı bulunanlar" dır. Bunu TCK'nın 280. maddesine uygulayacak olursak, bir sağlık mesleği mensubu, nişanlısı, evlilik bağı kalmasa bile eşi, kan hısımlığından veya kayın hısımlığından üstsoy veya altsoyu, üçüncü derece dâhil kan veya ikinci derece dâhil kayın hısımları ve evlatlığını ceza takibatına uğratacak beyanlarda bulunmama hakkına sahiptir. Dolayısıyla sağlık mesleği mensubu bu kişilerden birinin suç işlediğini görevinin ifası sırasında mevcut belirtilerden öğrendiğinde bildirimde bulunmak yükümlülüğü doğar. Ancak yükümlülüğü ihmal etmesi halinde, mazereti nedeniyle kusurlu sayılamayacağı için cezalandırılması mümkün değildir.

Sağlık mesleği mensubunun suç işleyen yakınının CMK'da belirtilen kişilerden olup olmadığı hususunda yanılması mümkündür. Örneğin dördüncü dereceden kan hısımlığının üçüncü dereceden kan hısımlığı olduğunu düşüncesiyle bildirim yükümlülüğünü ihmal ettiği hallerde kusurluluğu etkileyen mazeret sebebinin maddi şartlarında hatadan bahsedilir. Hatanın kaçınılmaz olduğu hallerde, sağlık mesleği mensubu bu hatasından yararlanacaktır (30/3).

³⁹ Anayasa'da yer alan yakın kavramının kimleri kapsayacağı hususunun Medeni Kanun hükümleri çerçevesinde belirlenmesi gerektiği yolunda bkz. Çakmut, s. 1056.

Sağlık mesleği mensubu bir kötülüğe uğratılacağı beyanıyla korkutulup bildirimde bulunmayı ihmale zorlanabilir. Tehdit halinde gerçekleştirileceği bildirilen kötülüğün, buna muhatap olan sağlık mesleği mensubunu kendisinden talep edilen ihmali gerçekleştirmeye mecbur edecek boyutta olduğu hallerde, fail kusurlu addedilemeyeceği için cezalandırılmayacaktır.

V. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜM ŞEKİLLERİ

TCK m. 280'de düzenlenen suç gerçek ihmali suçlardır. Doktrinde ihmali suçların teşebbüse elverişli olduğunu kabul edenler olduğu gibi,⁴⁰ kabul etmeyenler de vardır.⁴¹ Ka-naatimizce de gerçek ihmali suçlar, ihmali belirten hareketin gerçekleştirilmesiyle tamamlandığından teşebbüse elverişli değildir. Dolayısıyla sağlık mesleği mensubunun suçu bildirmemesi teşebbüse elverişli olmayan suçlardandır.⁴²

İştirak bakımından genel hükümler geçerlidir. Ancak bu suç özgü suçlardandır. Dolayısıyla özel faillik vasfını, yani sağlık mesleği mensubu sıfatını taşımayanların bu suçun faili olabilmesi mümkün değildir. Bu sıfatı taşımayanlar, suçun işlenişine ancak azmettiren veya yardım eden (şerik) olarak katılabileceklerdir. Buna göre, bir olaya birlikte müdahale eden sağlık mesleği mensupları, birlikte aldıkları karar çerçevesinde bildirim yükümlülüğünü ihmal ederlerse müşterek fail olarak haksızlığı gerçekleştirmiş olacaklardır⁴³. Buna karşılık faili bildirim yükümlülüğünü ihmale karar verdiren kişi azmettiren olarak, gerçekleştirmiş olduğu katkıyla bildirim yükümlülüğünü ihmali kolaylaştıranlar ise yardım eden olarak sorumlu olacaklardır.

⁴⁰ Örneğin, Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband II, München 2003, § 29, kn: 292.

⁴¹ Örneğin, Özgenç, s. 434-435.

⁴² Aynı şekilde bkz: Çakmut, s. 1057.

⁴³ Bkz: Çakmut, s. 1058.

VI. YAPTIRIM VE KOVUŞTURMA USULÜ

Sağlık mesleği mensuplarının haksızlık teşkil eden ihmal-
lerinin karşılığı olarak hürriyeti bağlayıcı ceza niteliğinde bir
yaptırım öngörölmüştür. Buna göre, görevinin ifası sırasında
belirtilerden işlendiğini öğrendiği bir suççu bildirmeyi ihmal
eden sağlık mesleği mensubu, bir yıla kadar hapisle cezalan-
dırılacaktır. Hapis cezasının üst sınırı bir yıl olarak belirlendi-
ğinden somut olayda bu sınırın üstüne çıkılamayacaktır. Do-
layısıyla bu suç bakımından hükmedilecek ceza her durumda
kısa süreli hapis olacaktır (TCK m. 49/2). Kısa süreli hapis
cezası, ilgili maddelerde öngörülen şartların gerçekleşmesi
kaydıyla seçenek yaptırımlara çevrilebilmeye elverişli oldu-
ğu gibi (TCK m. 50), erteleme kapsamına da (TCK m. 51) gir-
mektedir.

Bir sağlık mesleği mensubunun bu maddeden kaynakla-
nan hapis cezasına mahkûmiyetinin seçenek yaptırımlardan
birine çevrilmesine karar verildiği hallerde, 50. maddede dü-
zenlenen seçenek yaptırımlardan ya adli para cezasına ya da
mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle
ve gönüllü olmak koşuluyla kamuya yararlı bir işte çalıştırıl-
ma tedbirine çevrilebilecektir. Bu konuda takdir yetkisi somut
olayın şartlarını gözetmek kaydıyla hâkime aittir.

Bu mahkûmiyet 51. maddedeki şartların gerçekleşmesi
kaydıyla ertelenebilir de. Erteleme kararının verilmesi ha-
linde, cezası ertelenen hükümlü hakkında, bir yıldan az, üç
yıldan fazla olmamak üzere, bir denetim süresi belirlenir. Bu
sürenin alt sınırı, mahkûm olunan ceza süresinden az olamaz
(m. 51/3). Denetim süresi içerisinde sağlık mesleği mensubun
bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sa-
natı icra eden bir başkasının gözetimi altında ücret karşılığın-
da çalıştırılmasına karar verilebilecektir (m. 51/4). Bununla
birlikte mahkeme, hükümlünün kişiliğini ve sosyal durumu-
nu göz önünde bulundurarak, denetim süresinin herhangi bir
yükümlülük belirlemeden geçirmesine de karar verebilecektir

(m. 51/6). Denetim süresi sorunsuz geçirildiği takdirde mahkûm olunan ceza infaz edilmiş sayılacaktır (m. 51/8).

Bu suç tipiyle bağlantılı olarak hapis cezasına mahkûmiyetin kanuni sonucu olarak uygulanacak diğer bir yaptırım hak yoksunluğudur (m. 53). Sağlık mesleği mensubu mahkûm olduğu cezanın infazı tamamlanıncaya kadar mesleğini icra etmekten yoksun bırakılacaktır (m. 53/1, e). Ancak mahkûm olunan kısa süreli hapis cezası ertelendiği hallerde 53/3. madde hükmü gereğince mesleğini icra etmekten yoksun bırakma tedbirinin uygulanmamasına karar verilebilecektir.

Bunun dışında bildirim yükümlülüğünün ihlâli bir kamu kurumunun veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşunun iznine tabi bir meslek veya sanatı, kendi sorumluluğu altında serbest meslek erbabı olarak icra etme hak ve yetkisinin kötüye kullanımını oluşturmamaktadır. Zira bildirim yükümlülüğünü sağlık mesleği mensuplarının mesleklerinin icrası kapsamına giren bir husus değildir. Bu nedenle, 53/5. madde çerçevesinde hapis cezasının infazından sonra işlemek üzere hak yoksunluğuna hükmetmek mümkün değildir.

Sağlık mesleği mensubunun suçu bildirmemesi re'sen kovuşturulan bir suç olup takibi şikâyete bağlı değildir.

SONUÇ

TCK'nın 280. maddesiyle sağlık mesleği mensuplarının işlenen suçları yetkili makamlara bildirme yükümlülüğünün esasları düzenlenmiştir. Bildirim yükümlülüğünün doğumu açısından görevin ifası sırasında belirtiden, maddi bir izden suçun işlendiğinin öğrenilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla belirti dışındaki yollardan, örneğin beyandan suçun işlendiğinin öğrenildiği hallerde bildirim yükümlülüğü doğmayacaktır. Ayrıca "görevin ifası sırasında" olmaya verilecek anlam maddenin uygulanabilirlik alanını önemli ölçüde etkilemektedir. Maddede geçen "görevin ifası sırasında" ibaresini, belli

İLHAN
ÜZÜLMEZ'İN
TEBLİĞİ

bir yerde mesleğin icra edildiği hallerin yanı sıra mevzuat gereğince müdahale yükümlülüğünün bulunduğu haller ile işyeri dışında çağrı üzerine mesleğin icra edildiği durumları da kapsar şekilde anlamak gerekmektedir.

TCK 280. maddenin sağlık mesleği mensuplarının sır saklama yükümlülüğüyle bağdaşmadığı yolundaki eleştiriler kanaatimizce yerinde değildir. Zira bir hukuk devletinde işlenmiş bir suçun saklanmasıyla ilgili bir yükümlülükten veya haktan bahsedilemez. Tam aksine bir hukuk toplumunda toplumsal düzenin barış içerisinde devamını engelleyen fiillere engel olunması yükümlülüğü söz konusudur. Yine böyle bir toplumda ancak hukuka uygun olan, hukuk düzenini ihlal etmeyen hususlar "sır" olarak nitelendirilebilir ve "hukuki değer" olarak korumaya alınır.

Bunun dışında sağlık mesleği mensuplarının suçları bildirmemesini yaptırım altına alan bu düzenlemenin "hekimlere, diş hekimlerine, eczacılara, ebelere ve bunların yardımcıları ve diğer bütün tıp meslek veya sanatları mensuplarına" tanıklıktan çekinme imkânı veren CMK'nun 46. maddesiyle çeliştiği de söylenemez. Zira tanıklık ceza muhakemesi müessesesi olarak, ancak bir soruşturma faaliyetinin başladığı andan itibaren gündeme gelebilecek bir konuyu oluşturmaktadır. Oysa 280. maddede öngörülen ihbar yükümlülüğü böyle bir faaliyetin başlamasını temine yönelik bir yükümlülük öngörmektedir. Dolayısıyla henüz başlamış bir soruşturma faaliyeti olmadığına ve bu safhada tanıklıktan bahsedilemeyeceğine göre, 280. maddenin tanıklıktan çekinme hakkıyla bağdaşmadığı söylenemeyecektir.

Oturum Başkanı: Çok ilgimi çeken açıklamalarınız için çok teşekkür ederim Sayın Üzülmöz.

İzninizle Alman bakış açısını da sunmak istiyorum. Alman hukukunda olmayan bir şey var, o da suçları ihbar etme

yükümlülüğüdür. Normatif açıdan bu düzenleme anlamlı mı veya burada ihbar veya bildirim yükümlülüğünden feragat etmemiz gerekmiyor mu? Alman hukukunda sadece olası suç tehlikesi varsa, yani işlenmeden önce, suç ihbar edilir. Yani suç işlenmiş ise sadece suçu aydınlatmak amacıyla bildirim yükümlülüğü yoktur. İzinizle ikinci bir yorum daha yapmak istiyorum. Dün de dikkatimi çekti. Türk ceza hukukunda zorunluluk hali gerekçesine (Alman hukuku) 203. madde gizlilik yükümlülüğü bağlamında da çok başvuruluyor. Bu bize yabancı bir durum.

Aslında gizlilik yükümlülüğü sadece çok kısıtlı hallerde zorunluluk haliyle ihlal edilebilmelidir. Frankfurt'tan bir örnek verdiniz, ama bu çok dar bir alanda, yani hukuka uygunluk olan zorunluluk haliyle ilgili olup somut bir tehlike gerektirdi. Hukuk sistemleri bu anlamda farklıdır. Hangisinin kuralları daha uygun sizce? Ama bu her üç konuşmacıya yönelik bir soru. Tartışmayı yöneten kişi olarak fazla da karışmak istemiyorum. Sizi soru sormaya davet ediyorum. Tartışma katkılarını rica ederim. Teşekkürler.

Ja vielen Dank Herr Doktor Üzülmaz für Ihre Ausführungen, die mich sehr interessiert haben. Erlauben Sie mir aus deutscher Sicht eine Anmerkung. Was dem deutschen Recht an sich fremd ist, ist eine Anzeigepflicht für Straftaten. Mich würde mal normativ interessieren, ob die sich wirklich begründen lässt sinnvoll, oder, ob es nicht sinnvoller ist, auf eine Anzeigepflicht, Mitteilungspflicht, zu verzichten. Das deutsche Recht kennt eine Anzeigepflicht nur dann, wenn Straftaten drohen, aber nicht wenn Straftaten begangen worden sind, und jedenfalls nur aufgeklärt werden müssen. Und erlauben Sie mir noch eine zweite Anmerkung. Das ist mir schon am gestrigen Tag aufgefallen. Im türkischen Strafrecht wird sehr oft mit Notstand argumentiert, auch im Rahmen von 203, der deutschen Schweigepflichtgarantie. Dieses ist uns auch fremd. Also jetzt man kann eigentlich die Schweigepflicht nur in einem ganz eng begrenzten Bereich eigentlich durchbrechen mit der Notstandsregelung. Sie haben einen Fall genannt, der in Frankfurt gespielt

TARTIŞMA

hat, aber der ist in einem ganz engen Bereich, im Bereich des rechtfertigenden Notstandes, der eine konkrete Gefahr erforderlich ist. Mich würde mal interessieren welches Rechtssystem und da unterscheiden sich die Rechtssysteme eigentlich, die angemessenen Regeln hat. Aber gut das ist vielleicht eine Frage, die an alle drei Referenten geht. Und jetzt will ich mich als Diskussionsleiter nicht so sehr viel einmischen und will Sie bitten, Fragen zu stellen, ich bitte um Diskussionsbeiträge. Ja...Vielen Dank.

Doç. Dr. Faruk TURHAN (Süleyman Demirel Üniversitesi): Birinci sorum Mustafa arkadaşımıza. Kendisi "AIDS virüsü olan kişinin, bu durumun hekim tarafından onun sosyal çevresine bildirilmesini zorunluluk hali kapsamında görülür, ancak sosyal çevresinin tespiti her zaman mümkün olmayabilir" dedi, burada noktayı koydu. Ben buradan devamına bir şey sormak istiyorum. Şimdi basından da takip ediyoruz. Yabancı uyruklu kadınların fuhuş amacıyla geldiği ve kolluk tarafından yakalandığı, hatta bunların adli muayenesi sonunda bir kısmının AIDS virüsü taşıdığı belirtiliyor ve basında da artık nasıl oluyorsa, ya kolluk görevlileri bunu bildiriyor ya da muayene eden hekim, işte bu kişinin, AIDS'li hastanın isim ve resmi basına aksettiriliyor. Başında yer alıyor. İşte 200 kişi akut tehlike altında, bunların acil hekime başvurusu veya tedbir alması gibi. Acaba bu gibi durumlarda zorunluluk hali kapsamında görülebilir mi? çünkü ilişkide bulunan kişinin sosyal çevresini, kimler olduğunu belirlemek mümkün değil, bazen yüzlerce kişiden bahsediliyor. Bu gibi hallerde de isim veya resminin basında yer almasının ki yer alıyor görüyoruz, takip ediyoruz, zorunluluk hali kapsamında mı yer alır, yoksa suç teşkil eder mi?

İlhan arkadaşımıza sorum var. Şimdi kendisi tebliğinin en son kısmında da belirtiyor: Sağlık personelinin işlenmiş suçu bildirme yükümlülüğü, sır saklama yükümlülüğünün ihlalini oluşturmaz diye. Bu daha çok tartışmalı bir konu, görüşü o yönde. Şimdi bu görüşe katılabilir veya tartışabiliriz. Bir diğer husus da yine sır saklama yükümlülüğü kapsamın-

da bütün sağlık personeline tanınmış olan Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 46. maddede yer alan, hekimlerin tanıklıktan çekinme yükümlülüğü. Yani sadece hekimler değil, bütün sağlık mensupları için. Şimdi buradaki tanıklıktan kaçınma yükümlülüğü ile amacın hem tıbbi deontoloji kuralları, hem de hekimin sır saklama yükümlülüğünün korunması. Bununla aynı zamanda ihbar yükümlülüğünü de getirdiğimiz zaman bir çelişki olmuyor mu? Bu çelişkiyi nasıl gidereceğiz? Acaba tanıklıkla, buradaki ihbarı suç bildirme yükümlülüğü çelişmiyor mu diyeceğiz? Bu konudaki görüşünü öğrenmek istiyorum.

Teşekkür ederim.

Ziynet ÖZÇELİK: Teşekkür ediyorum.

Ben her üç konuşmacıya da soru yöneltmek istiyorum. Gerçekten bu oturum tıp alanı ile uğraşan bizler için çok önemli bir oturum. Hayatın her alanında her yeni sorunlar ortaya çıkıyor. O nedenle düşünceleri bizim için çok önemli. Hemen sondan başlayarak Sayın Üzülmez'e sormak istiyorum bu suç bildirimle ilgili, Türk Ceza Kanunu'nun bir de uyuşturucu ile ilgili düzenlemeleri var. 192. maddenin son fıkrası, uyuşturucu madde kullanan kişiler, kendileri, kendi istekleriyle tedavi olmak istediklerinde, etkin pişmanlıktan yararlandırılıp tedavileri yapılıyor. Şimdi düşünün psikiyatrlar açısından bağımlılık tedavisi yapanlar açısından ciddi bir sorun. Kendisine gelen kişiyi önce ihbar edecek 280'e göre. Sonra o kişi oralara gidecek, ondan sonra gelecek, ona tedavi olacak. Şimdi hangi bağımlılıktan kurtulmak isteyen insan kendisini bildireceğini düşünen bir hekime gider. Acaba onu bağımlılıktan kurtarmak mı daha önemli bir amaçtır, yoksa gerçekten işlenmiş bir suçun artık sona erdirilmiş bir suçun yakalanması, yargılama amacı mı daha önemlidir?

Gerçekten ben kanun koyucunun kafasının bu noktada ciddi karışıklık içinde olduğunu düşünüyorum. Öte yandan ben Türk Tabipleri Birliği adına heyetle henüz bu tasarı halin-

TARTIŞMA

de iken alt komisyona da gittiğimizde, eleştirilerimizi söyledik, gerek 280, gerekse diğer maddelere ilişkin. Sayın Hakkı Köylü tarafından bize şu söylendi gerekçe olarak, kanun koyucunun iradesinden söz etti. Sayın Üzülmaz dedi ki burada, "biz şunu istiyorduk Türk Tabipleri Birliği olarak, eski Türk Ceza Kanunu'nun 530. maddesi paralelinde bir düzenleme yapılması gerektiğini söylüyorduk." Bize şunu söyledi: "Hayır efendim, çünkü o madde birtakım hekimlerin, yasa dışı örgütün doktorluğunu yapmasına neden olmuştur." Biz şu soruyu yönelttik, "Sayın Köylü, acaba bu tür tedavi uygulamaları yapan hekimlerden hiç TCK m. 530'dan yargılanmış ve mahkûmiyet almış hekim var mıdır?" dediğimizde, "Hayır yoktu, biz biliyorduk, onlar zaten yardım ve yataklıkta yargılanmışlardı." Şimdi ortada böyle ciddi bir sorun var. Acaba kendisi bu konuda ne düşünüyor?

Diğer sorularım yine çok güncel alanlara ilişkin, bu sorumu ben Sayın Yokuş'a ve Sayın Erdem'e yöneltmek istiyorum. 1774 sayılı Kimlik Bildirme Kanunu var. Bunun 1. maddesinde özel ve resmi her türlü bakım ve tedavi kuruluşunun kendisinde kalanların, yatırılanların kimliklerinin, ne kadar kaldıklarının bildirilmesini öngörüyor. Buna ilişkin yine 2001 yılında çıkarılmış bir Bakanlar Kurulu kararı var. Bu kararlar bilgisayar sistemi kurulup, her türlü kaydın kolluğun incelemesine açık tutulmasını istiyor. Buna ilişkin Anayasa Mahkemesi'nin önüne geliyor bu düzenleme ve Anayasa Mahkemesi, sağlık kuruluşuna gelen her hastanın bütün bilgilerinin kolluk kuvvetinin her an incelemesine açık olmasının temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunmadığını, ilgisi bulunmadığını, ayrıca böyle bir faaliyetin kolluk hizmetlerinin yürütülmesinde büyük faydalar sağlayacağı, kamu hizmetlerini ifa eden diğer kuruluşlar için de gerektiğinde yararlanılacak değerli kaynak olduğunu söylüyor. Acaba siz bu Anayasa Mahkemesi kararı hakkında ne düşünüyorsunuz?

Diğer birçok önemli alanımıza soru, uzatıyorum belki ama önümüze sıkça çıkan sorunlar olduğu için, görüşlerinin bu alanda ben bir şey açacağını düşünüyorum.

Sağlık Bakanlığı "telediyoloji" adı altında yeni bir uygulama başlattı. Bu da şu: Hastalara ait görüntülerin ve bilgilerin elektronik ortamda paylaşılmasını, konsültasyon ya da doğrudan yorumlama olanağı getirilmesini sağlıyor. Böyle bir, tabii ki bunlar kişisel veri kavramı içinde diye düşünüyoruz sizce girer mi? Ayrıca da bu verileri paylaşırken bir düzenleme yapılması gerekir mi, güvenliğe ilişkin? Bilgi olarak söylüyorum, henüz bu konuda ülkemizde herhangi bir düzenleme yok.

Diğer bir sorum: Bütçe uygulama talimatları yayımlanıyor her yıl. Bu bütçe uygulama talimatlarında ödeme için, geri ödeme yapacak kuruluşlar için diyorlar ki şu belgeler bize gerekiyor, hastanın tanısı, kimliği zaten gidiyor, tanısı da gidiyor. Şimdi bu belgeleri geri ödeme kuruluşlarında hekimler incelemiyor, hekim olmayan bir sürü diğer personelin elinden geçiyor. Acaba bu uygulama biraz önce sizin sunumunuzda belirttiğiniz uluslararası ve iç hukukta yer alan gerek özel hayatın korunması, gerek kişisel veriler, gerekse sır saklama ile ilgili yükümlülüklerle aykırı düşüyor mu?

Son olarak da, şöyle bir soru daha yöneltmek istiyorum. Bizim başımıza geldi, tıpta uzmanlık dernekleri adı altında dernekler var. Genellikle kamu yararına bu dernekler. Bu dernekler üyelerinin deontolojiye aykırı hareketlerini soruşturuyorlar ve gerekirse yaptırım uyguluyorlar. Hastalar da şikâyetinde bulunuyor. Şimdi hastaya ilişkin veriler, şikâyetinde bulunan hasta buraya veriyor ve bu derneklerin üyeleri bütünüyle hekimlerden oluşuyor. Bir şikâyet kapsamında ama doğrudan hastaya yönelik dosyaya ilişkin değil bu, dernekler müdürlüğüne bağlı müfettişler geldiler ve bu dosyaları da incelemek istediler. Biz de dedik ki, sizin genel inceleme yetkiniz var. Bu hastaların verileri bu mevzuat uyarınca saklanması gereken verilerden, inceleyebilmeniz için özel yetki kuralı gerekir. Bu olmadığı için inceleyemezsiniz. Ama onlar inceleyebileceklerini belirttiler. Bu konudaki düşüncelerinizi belirtiyorum.

TARTIŞMA

Özür diliyorum bir soru daha ve bitiriyorum. O da şu: sağlık sigortaları ve mesleki sorumluluk sigortaları var. Şu an hayatımıza çokça girmiş, sağlık sigortalarında kişiler hastaneye gittiklerinde sigorta şirketi ödeme yapmak için her bir adımda provizyon alınmasını öngörüyor. Onun için hekimler her bir işlem için tanıyı koyuyorlar ve sigorta şirketine göndererek onay istiyorlar. Hastanın rızası alınmaksızın, hekimlerin onay almak için sigorta şirketlerine yaptırdıkları bu bildirimleri nasıl değerlendiriyorsunuz, sözünü ettiğim kurullar çerçevesinde? Mesleki sorumluluk sigortalarında da sigorta şirketleri sigorta poliçelerine hekimin, hastalarına ilişkin kayıtlarını her an incelemesine hazır bulundurulmasını istiyor, buna ilişkin şart koyuyor. Bu şartı da nasıl değerlendiriyorsunuz.

Teşekkür ederim.

Salondan: İlhan bey, bir baba düşünün, tabancasıyla oynarken evde oğlunu yaralıyor, bu çocuk ölecek, doktora götürüyor. Doktor "*bildireceğim seni*" diyor, baba çocuğunu tedavi ettiremiyor. Bildirme korkusu olduğu için özel bir doktora götürüyor. Kamuya götürse tabii devlet hastanesi, alenileşiyor, onu bildirecek. Özel doktor onu söyleyince vazgeçiyor ve adam çocuğu kaybediyor, ölüyor, bu bir. Eğer biz bu doktordan bildirme yükümlülüğünü arar isek yararı açısından düşünün. Amacımız şudur: Efendim kamu düzenini sağlayacağız, suçluları takip edeceğiz diyoruz ya, beni o kadar ilgilendirmiyor kamu düzeni. Sağlık hakkımı, yaşam hakkımı elimden alıyorsun, doktor müdahale etmediği için ölüyorum. Bunu 56. maddeyle nasıl bağdaştırıyorsun? Sağlık hakkına ilişkin Anayasa'nın 56. maddesini aç oku lütfen, nasıl bağdaştırıyorsun? Bana bağdaşmıyor gibi geliyor. Yararlar arasındaki dengeye de baktığımızda. Peki, burada doktor müdahale eder, çocuğu kurtarırsa, güvenlik güçleri niçin müdahale etmedin diye baş ağrıtabilir mi? Bana zaruri hali var gibi geliyor değerleri tartıştığımızda. Bir de 46. madde emri, Faruk bey söyledi, hekimsiniz, saklamak zorundasınız hastanızın

durumunu. Tanıklık yapmayacaksınız, nerede tartışılacak? Mahkemenin önünde. Mafyayı teşvik ederiz biz, mafyayla, yüksek paralarla doktorlar gizli şekilde muayene eder eğer bu kapıyı kapatırsak.

Teşekkür ederim.

Salondan: Ben de iki tane soru soracağım. Birincisi Handan hanımla Mustafa beye ortak. Hangisi cevap vermek isterlerse, hep HIV'den bahsettiniz AIDS'ten, oysaki tıbbi bilgilerimiz söylüyor ki, aslında HIV virüsü taşıyanlardaki ölüm oranı, Hepatit B virüsü taşıyanlara göre çok düşük. Yani Hepatit B'ye yakalanmadaki ölüm riski, HIV virüsü taşımaktan daha fazladır. Özellikle HIV'i cinsel yolla bulaşan böyle sosyal bir rahatsızlık olduğundan dolayı mı özellikle aldınız, yoksa dedikleriniz diğer bulaşıcı hastalıklara da şamil edilebilir mi, onları da kapsayabilirler mi?

Bir diğeri de: Sosyal yaşantı dediğimiz yer aslında çok muğlak bir yer. Mesela bir hekimi alalım; hekim HIV taşıyabilir, Hepatit B taşıyabilir, C taşıyabilir operasyon yapacak, hastalarına bakacak. Bu bir hemşire olabilir, ebe olabilir. Hastalarını bulaştırma ihtimali çok fazla veya bu bir meslek adamı olabilir, kasap olabilir, şu olabilir. Acaba müşterilerine de bildirecek miyiz? Hastalarına da bildirecek miyiz? Yoksa hekimi tamamen mesleğinden uzaklaştıracak mıyız?

Sayın Üzülmez'e de, sorum da değil de artık katkı olacak, bu hekimler açısından çok tartışılan bir husus gerçekten, hekimlerin, özellikle hocamın da belirttiği gibi, burada korunan değer ne? Yani böyle bir ihbar yükümlülüğünde korunan değer ne? Yaşam hakkının üstünde birinci sıraya oturtulması gereken bir değer var mı? Onu merak ediyorum.

Kerem ÇELİK (Galatasaray Üniversitesi): Ben Handan hanıma çok kısa bir soru soracağım, tıbbi, kişisel bilgilerin açıklanması konusunda kasttan bahsetti. Buradaki kast sadece bilgilerin gerekli kişilere verilmesi eylemiyle ilgili bir kast

TARTIŞMA

mı? Yoksa bunun hukuka aykırı olduğu bir hukuka aykırılık bilincini de arıyor muyuz? Yani eğer kişi bilerek ve isteyerek bu bilgileri hiç yetkisi olmayan bir kişi verdiğinde doğrudan suçu işlemiş mi oluyor? Yoksa burada suç işlediğini bilerek hukuka aykırılık bilinciyle mi hareket etmiş olmasını arıyoruz?

Teşekkürler.

Prof. Dr. Henning ROSENAU: Sayın Erdem'e yönelik bir sorum ve eleştirim olacak. Cevabınızı rica ediyorum. HIV ile enfekte olan bir kişi söz konusu olduğunda gizlilik yükümlülüğü ihlal edilebilir dediniz. Zorunluluk halinden dolayı sosyal çevreye durumu bildirme hakkı geçerlidir dediniz. Sayın Schroth'un da değinmiş olduğu bir konuya gelmek istiyorum. Gizlilik yükümlülüğünden geriye ne kalıyor? Sayın Yokuş tüm genişliğiyle gizlilik yükümlülüğü gerektiren halleri saydı, ne zaman ve nasıl geçerli olduğunu anlattı. Ama iş uygulamaya gelince gizlilik yükümlülüğü ihlal ediliyor. Belki dersiniz ki, geçen hafta grip olduğumu hekim kimseye söyleyemez, ama hasta olarak bu beni ilgilendirmiyor. Ama HIV olduğumun bilinmesini istemiyorum. Ama burada toplumun menfaati söz konusu, hemen bildirilmeli deniliyor. Böyle yaparsak gizlilik yükümlülüğü zarar görmüyor mu? Bu kadar uzanmak doğru değil bence. Burada bulaştan koruma olan kamunun menfaati karşısında ne var diye düşünebiliriz. Kişinin menfaati, özel bilgilerin gizli tutulması hakkı, verilerin korunması hakkı, kişilik hakları, ama bir hak daha var, o da hekim-hasta ilişkisinin gizliliğidir. Hekim-hasta ilişkisinin gizliliğinin arkasında da hukuki olarak korunan başka bir kamu yararı daha var: HIV hastasının hekimine güvenmesi ve tedavi olmayı istemesi. Bu da korunan bir hukuki değerdir. İkisini teraziye koyarsak, kamusal yarar, kamuyu bulaştan koruma kefesi, gizlilik yükümlülüğü kefesinden daha ağır gelmez. Bence ancak ve ancak üçüncü kişiler için somut bir tehlike varsa gizlilik yükümlülüğü ihlal edilebilir.

Ich habe eine Frage und Kritik, die sich vielleicht auch insbesondere an Herrn Erdem richtet. Und da hätte ich gerne eine kleine Antwort. Sie haben gesagt, man könnte das Schweigerecht bei einem HIV Infizierten durchbrechen. Man sei berechtigt, dem sozialen Umfeld davon Mitteilung zu machen aus dem Notstand heraus. Da wäre meine Frage, die in die Richtung auch geht, was Herr Schroth schon andeutete, bleibt vom Schweigerecht überhaupt noch etwas über. Frau Yokuş hat uns in aller Breite erzählt, wo das Schweigerecht geschützt ist und wie es geschützt ist, hier und dort. Und wenn es wirklich darauf ankommt, dann wird das Schweigerecht sofort durchbrochen. Sie werden noch sagen können, na ja, ob ich letzte Woche Schnupfen hab, das darf der Arzt nicht sagen. Aber das interessiert mich natürlich als Patienten nicht. Jederman darf wissen, dass ich letzte Woche Schnupfen hab. Aber dass ich HIV habe, das möchte ich natürlich geschützt wissen. Und da wird dann gleich gesagt, das ist ein allgemeines Interesse, darf sofort verkündet werden. Zerbröselt nicht das Schweigerecht, wenn wir so weit gehen. Und ich glaube, es ist auch falsch, so weit zu gehen. Denn wir könnten zum einen überlegen, was steht gegen das Interesse der Allgemeinheit an, ein Schutz vor Ansteckung. Einmal das persönliche Interesse, Recht auf informationelle Selbstbestimmung, mein Persönlichkeitsrecht. Aber noch viel mehr, nämlich das Arzt-Patienten-Verhältnis steht auf der anderen Seite. Dass der Patient vertrauensvoll zu seinem Arzt gehen kann und er weiss, er wird behandelt, und nicht verpfiffen. Und hinter dem Arzt-Patienten-Verhältnis steht nämlich tatsächlich auch noch ein Allgemeinrechtsgut, dass die Kranken, die HIV-Patienten, zum Arzt gehen und sich behandeln lassen. Das ist auch ein Allgemeininteresse und wenn wir das alles auf die Wagschale zugunsten der Schweigerechts legen, dann wird die andere Seite der Wagschale, Schutz der Allgemeinheit vor Ansteckung, ist dann nicht mehr so gewichtig und deswegen glaube ich auch, man darf nur wenn tatsächlich konkrete Gefahr besteht für Dritte, dieses Schweigerecht durchbrechen.

Oturum Başkanı: Başka söz almak isteyen var mı? Yok. Konuşmacılara sunum sırasına göre söz vermek istiyorum.

TARTIŞMA

Sayın Doktor Sevük, ilk önce siz, daha sonra Sayın Erdem ve siz. Lütfen 5 dakikayı geçmeyelim.

Gibt es jetzt noch Wortmeldungen. Ich sehe keine mehr. Und dann würde ich jetzt den Referenten in der Reihenfolge der Referate das Wort erteilen, also zunächst Frau Doktor Sevük, dann Herr Doktor Erdem und dann Ihnen. Vielleicht aber, dass man sich bescheidet auf 5 Minuten.

Yrd. Doç. Dr. Handan Yokuş SEVÜK: Öncelikle Sayın Çelik'in kasta ilişkin sorusunu cevaplamak istiyorum. Buradaki kast, hekim veya diğer sağlık görevlilerinin hastaya ait kişisel verileri hukuka aykırı olarak verdiğini, yaydığını, ele geçirme eylemini bilerek ve isteyerek hareket etmesi şeklinde anlamak lazım. "Hukuka aykırılık bilincini de kapsayacak mı?" diye sordunuz yanılmıyorsam. Bu hukuka aykırılık bilinci, yani haksızlık yanılığısı söz konusu olursa, yani kaçınılmaz bir hatası söz konusu olursa Ceza Kanunu'nun 30. maddesi-nin 4. fıkrasından yararlanacağı açıktır.

Diğer soruları takip etmeye çalıştım. Hanımefendinin sorduğu soru bu, kimlik bilgilerinin sağlık kuruluşları tarafından verilmesine ilişkin sorusundan, kolluk hizmetine yarar mı, yoksa diğer üstün bir yarar olan özel hayatın gizliliği ile karşılaştırdığımızda hangisinin daha üstün olduğuna değerlendiren Anayasa Mahkemesi kararına ilişkin sorusunda, bence özel hayatın gizliliğini düzenleyen Sözleşmenin 8. maddesinden sınırlandıran, yani müdahaleyi haklı kılan amaçlarından birisi, suçun ve düzensizliğin önlenmesiydi. Bu amaç, eğer demokratik bir toplumda gerekliyse, bu müdahalenin yapılabileceğini, 8. madde bu anlamda sınırlandırılabilceğini öngörüyordu. Bu bakımdan Anayasa Mahkemesi'nin suçun önlenmesi, düzensizliğin önlenmesi amacıyla sınırlandırdığı düşüncesiyle belki özel hayatın gizliliğinin ihlali olmadığını ve bu müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olduğu hususuna değinmiş olduğunu düşünüyorum. Kararı ben görmedim ama bu sebeple sınırlandırdığını düşünüyorum.

Bir başka soru sigorta şirketi tanılarının ve hastanın rızası olmaksızın sigorta şirketine hekimin bildirimini değerlendirmemi istiyordunuz. Bir kere Hasta Hakları Yönetmeliği'nde çok açık şekilde hastaya ilişkin verilerin kim tarafından verileceğini ve bu konuda da hasta tarafından yetkilendirilmesi gerektiğini düzenliyor, 16. maddeyi yanılmıyorsam. Bu nedenle eğer yetki belgelendirilemiyorsa, kişisel verilerin açıklanması suçunun işlendiğini ve hekimin de meslek sırrını ihlal ettiğini söyleyebiliriz. Özellikle özel sağlık hizmeti veren sigorta şirketlerinin, sigortaladıkları müşterileriyle ilgili tıbbi verilere ulaşmak bu şekilde de sigorta riskini hesaplamak bakımından, hastaya ilişkin daha önceki hastalıklarına ilişkin bilgiler istediği bilinmektedir. Hastanın sağlık durumu hakkında bilgi almak üzere bu şirketlere yetki verilmeden, hastanın rızası olmadan, eğer hastaya ilişkin bu veriler açıklanırsa, kanımca, hekim kişisel verilerin açıklanması suçundan dolayı sorumluluğu söz konusu olabilecektir.

Belki burada bir başka mahkemenin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin başka bir kararına değinmek mümkün. Burada sigorta şirketinden, MS davası bu 1997 tarihli, İsveç'e karşı. Bu davada MS sosyal sigortalar kurumuna iş kazası sebebiyle tazminat almak için dava açıldığında, sigorta kurumunun, hekimden kendisine ilişkin bütün verileri elde ettiğini, oysa kurumun belli zaman aralıklarında hastaya ilişkin bilgileri talep etmesine rağmen, hastanın bütün hastalıklarına ilişkin, bütün özel yaşamına da müdahale oluşturacak şekilde bütün verilerinin kuruma verildiğini ve bu nedenle de 8. maddenin ihlal edildiğine ilişkin şikâyetini değerlendiren mahkeme, bu konuda bir kurumun başka bir kuruma bilgi vermesinin, olayımızda sigorta kurumuna hekimin bilgi vermesinin, ülkenin ekonomik refahını korumak amacıyla olduğuna dikkat çekmekte ve dolayısıyla 8. maddeye ihlal bulmamaktadır. İş kazası sebebiyle konuyu ele almasına rağmen, belli tarihler arasında talep olmasına rağmen, burada MS'nin daha önce kürtaj geçirdiği, ne kadar kürtaj olduğuna ilişkin bilgiler de söz konusuydu. O zaman şunu söyleyebil-

TARTIŞMA

riz kısaca: 8. madde, Anayasa'nın 90. maddesine göre kanun hükmünde olduğu için, sözleşmenin 8. maddesinde belirtilen amaçlar doğrultusunda ve demokratik bir toplumda gerekliyse, o amaçlar doğrultusunda özel hayata müdahale hakli olabilir diyebileceğim.

Sayın hocam Gök'ün sorusu: "*Bulaşıcı hastalıkların Hepatit B gibi hastalıkların, özellikle mi HIV virüsünü aldınız?*" dedi. O da herhalde Sayın hocam cevaplayacaklardır ama ben şuna vurgu yapmakta yarar görüyorum. Bildirim yükümlülüğü öngören düzenleme Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nda bütün bulaşıcı hastalıkları tek tek ismen saymak suretiyle belirtmiş. HIV virüsü de zaten Bakanlar Kurulu'nun kararıyla eklenmiş. Orada Hepatit B var mı açıkçası bilgim yok ama bulaşıcı hastalıklar dediği için o kapsamda değerlendirilebilir diye düşünmüştüm.

Teşekkür ederim.

Yrd. Doç. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ: Şimdi öncelikle Faruk hocamın sorduğu soruya cevap vermeye çalışacağım. Şimdi AIDS'in, daha doğrusu HIV taşıyıcısı olan yabancı uyruklu kadınların, bunlarla ilişkiye giren kişilerin isim ve resimlerinin basında yayınlanmasının da acaba zorunluluk hali çerçevesinde açıklayabilir miyiz? Doğru mu anladım soruyu bilmiyorum hocam?

Şimdi biraz önce de söyledim, AIDS şöyle bir hastalık, çünkü bu şekilde bir hastalığa yakalandığı bilinen kişinin sosyal çevresiyle olan ilişkileri de hemen hemen imkânsız hale geliyor. Bu nedenle zorunluluk olmadığı sürece hastayla ilgili bilgilerin kamuya paylaşılmaması gerektiğini söyledim. Hatta bununla ilgili Avusturya ve Almanya kanunların örnek verdim. Orada mesela sadece ismin baş harfleri ile sınırlı bir bildirim yükümlülüğünün olduğunu söylemiştik, dolayısıyla bırakın ismini, resimlerini de basında teşhir etmenin doğru bir yaklaşım olacağını düşünmüyorum. Hatta biraz önce sözünü etmiş olduğumuz Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Z

kararında, bırakın basında teşhir etmeyi, mahkeme kararında bile söz konusu kişinin isminin açıklanması ve bu yolla kişiye ait bilgilerin kamuoyuyla paylaşılmasını dahi 8. maddeye aykırı görmüştür demiştim.

Dolayısıyla o çerçevede o kadar geniş değerlendirilemeyeceği düşüncesindeyim. Zaten zorunluluk halinin, işin yükümü açısından bakıldığı zaman da bir bakıma Her Rosenau'nun da cevabını oluşturuyor, burada tehlikenin yöneldiği kişinin bir veya birden fazla kişi olması gerekir. Ben AIDS'in, HIV'in hangi yollarla bulaşıcı olduğu konusunda birtakım bilgiler verdim. Dolayısıyla sosyal çevresi denildiği zaman, bunun içerisinde ele alınabilecek olan kişiler tabii ki bu yolla enfeksiyon taşınma riskiyle ciddi anlamda karşı karşıya bulunan kişiler. Yoksa dediğimiz gibi herhangi bir kimseye bilgi verme gibi bir durumdan söz etmedim. Öyle anlaşılırdıysa da yanlış anlaşılışımdır. Onu düzeltmek isterim.

Aslında İlhan hocamıza sorulan bir soruydu ama ben de bir noktada bu endişelere katılıyorum, sağlık personelinin bildirim yükümlülüğü ile ilgili getirilen düzenlemeye. Getirilen düzenlemenin, hükmün bulunduğu başlık, "Adliyeye Karşı Suçlar." Yani burada kanun koyucunun birinci derecede amacı, suçun aydınlatılması. Burada yine değerler tartımı, "sırrın saklanmasına ilişkin hekimin yükümlülüğü mü, yoksa suçun aydınlatılmasına ilişkin kamusal yarar mı, hangisi ağırlık taşıyor?" diye sorabilirsiniz. Biraz önce Doğan hocam, Anayasa'nın 56. maddesini burada örnek gösterdi. Ben doğrudan doğruya Anayasa'nın 17. maddesi, yani yaşama hakkını düzenleyen 17. maddesi çerçevesinde de sorunun ele alınması gerektiğini düşünüyorum. Çünkü kendisinin kovuşturma organına ihbar edileceğini düşünen bir hasta, eğer sağlık personeliyle ilişkiye girmediği takdirde, bu yaşamı veya beden bütünlüğü açısından çok ağır riskler ortaya çıkarabilir. Bu nedenle, ben bunu daha önce de söylemiştim, şimdi tekrar tekrar söylüyorum, sağlık personelinin ihbar yükümlülüğünü öngören söz konusu hüküm Anayasa'nın 17. maddesine aykırıdır.

TARTIŞMA

Aynı şey Kimlik Bildirme Kanunu'yla ilgili hüküm, orada yer verilen düzenlemeler açısından da söz konusu. Anayasa Mahkemesi'nin kararından benim de bilgim var. Bu kararda ileri sürülen görüşü paylaşmadığımı belirteyim. Burada tabii hakkın özüne yönelik bir müdahale olup olmadığı ayrıca tartışılabilir. Getirilen bir düzenlemenin Anayasaya aykırılık oluşturabilmesi için mutlaka hakkın özüne bir müdahale oluşturması gibi bir zorunluluk da olmaması gerektiğini düşünüyorum. Burada sorun nedir? Biraz önce üzerine basa basa sürekli olarak vurguladığım bir şey var, o da değerler tartımı.

Bu kanunun, Kimlik Bildirme Kanunu'nun getiriliş amacı nedir; kim nerede oturuyor, o an nerede bulunuyor, bunun devlet organları tarafından bilinmesini sağlamak. Ama öbür taraftan da sağlık kurumunda bulunan bir kimsenin kendi sağlık durumuyla ilgili bilgileri başkalarıyla paylaşmama hakkı var. Dolayısıyla bu hakkın her halükârda devlete ait bu yarardan daha üstün tutulması gerektiğini düşünüyorum. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi'nin kararda ileri sürmüş olduğu görüşü paylaşmadığımı da belirtmek isterim.

Burada tele radyoloji sorusu vardı, hastalara ait bilgilerin elektronik ortamda paylaşılması. Tabii "*sır saklama yükümlülüğünün muhatabı kimler?*" diyebilirsiniz ve "*bu yükümlülük altında bulunan kişiler kimler?*" diyebilirsiniz. Tabii ki birden fazla, daha doğrusu siz hekimsiniz galiba, değil mi? Hekimlerin avukatısınız. Ama biliyorsunuz ki, bugün genellikle operasyonlar ekip halinde gerçekleştiriliyor. Dolayısıyla aynı sırrı birden fazla kişinin bir arada öğrenmeleri de çoğu zaman bir zorunluluk olarak karşımıza çıkabiliyor. Sır saklama yükümlülüğü tüm sağlık personeli açısından geçerli. Dolayısıyla tabii ki burada riziko nerede; bu bilgilere dışarıdan başka kişilerin ulaşması açısından elbette ki ilgili sağlık kuruluşunun dışarıdan yapılacak müdahalelere karşı gerekli tedbirleri de alması gerekir diye düşünüyorum.

Tıpta uzmanlık denemeleriyle, ilgili derneklerinin dosyaları inceleme yetkisiyle ilgili bir hükümden söz etmişsiniz. Kanunda hekim açısından tanıklıktan çekilme yükümlüğü öngörülmüş. Hatta bir suçun soruşturması nedeniyle hekimin kendi nezdindeki belgelere dahi el konulamayacağı, tanıklıktan çekilme yetkisine sahip olan kişiler bakımından. Dolayısıyla böyle bir durumda böyle bu mümkün değilken, nasıl müfettişler tarafından dosya incelenebilir? Müfettişler demişsiniz, değil mi? Bunun mümkün olmaması gerektiğini düşünüyorum, çünkü ceza muhakeme usulünde kıyas, yani ceza mahkemesinde bile böyle bir olanak yokken, bu gibi durumlarda hasta dosyalarının incelenmesinin de mümkün olmaması gerektiğini düşünüyorum.

Biraz önce sorulan bir soru vardı, "neden HIV üzerinde bu kadar durdunuz, yani diğer hastalıklar çok daha az mı önemli?" Elbette ki diğer hastalıklar çok daha az önemli değil. Ben, hatırlarsanız, biraz önce Alman kanununda bir örnek vermiştim. Orada özellikle Hepatit virüsüyle ilgili olarak bir istisna da getirildiğini, mesela HIV taşıyıcıları bakımından anonimliğin sağlanmaya çalışıldığı, ama buna karşılık Hepatit virüsü bakımından bu anonimliğin dahi öngörülmediğini söylemiştim. Bu da Alman yasa koyucusunun tabii ki Hepatiti HIV'den daha ciddi bir tehlike olarak gördüğünü gösteriyor. Tabii burada HIV'in bulaşma rizikosu açısından özel birtakım sorunlarla karşılaştığı için, onu temel alarak genel olarak dikkat ederseniz, yaptığım açıklamalar sadece HIV'e yönelik değil, diğer hastalıklar bakımından da yaptığım açıklamalardan birtakım sonuçlar çıkarılabilir. Zaten biraz önce meslektaşım da bunu söyledi, buna ilişkin Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nda öngörülmüş olan düzenleme, zaten tüm bulaşıcı hastalıkları içeren bir düzenleme.

Bir de tabii yine aynı şekilde Herr Rosenau ile birlikte belki aynı kapağa çıkabilecek bir sorunuz olmuştu. Bu sosyal çevre kavramı açısından bir eleştiri olarak algılıyorum sorunuz, aynı eleştiri Herr Rosenau da yaptı. "Acaba bu kadar

TARTIŞMA

bir muğlak kavram üzerine zorunluluk haline dayanarak sır saklama yükümlülüğüne istisna getirilmesi mümkün olmalı mı?" dedi. Rosenau da bu endişelerini paylaştı. Ben bu endişelere zaten katılıyorum. Biraz önce söyledim, zorunluluk haline ilişkin hükümlerin uygulanabilmesi bakımından gerek korunmaya, gerekse tehlikeye yönelik bazı şartların olması gerekiyor. Dolayısıyla gelişigüzel her durumda zorunluluk halinin her derde deva bir ilaç olmadığını da söyledim.

Ancak şunu da belirtiyim: Tabii hekimin sır saklama yükümlülüğü açısından söz konusu olabilecek istisnalar -ki bu istisnalar aynı zamanda bunun bir hukuka uygunluk nedenini de oluşturuyor demiştim- zaman içerisinde genişlemiştir, oldukça genişlemiştir. Aynı eleştiri, aynı endişe mesela Almanya'da da var. Ben Alman literatürünü de takip ettim. Mesela onlar da sürekli olarak sır saklama yükümlülüğüne ilişkin getirilen düzenlemenin kapsamının daraltılmasından şikâyet ediyorlar. Mesela son zamanlarda Almanya'da çıkarılan birçok kanunda sır saklama yükümlülüğüne sürekli istisnalar getirilmeye çalışılıyor.

Burada önemli olan nedir; yararlar dengesi. Tabii ki biraz önce söylediniz, sır saklama yükümlülüğünün altında yatan düşünce, tabii ki kamu yararı. Bunun hangi gerekçeye dayandığını, hatta kişinin yaşam hakkıyla ilgili dahi boyutları olduğunu söylemiştim. Ben bunu küçümsüyor değilim. Ancak öbür taraftan da kamu yararı yanında, aynı zamanda böyle bir rizikoyla karşı karşıya, akut bir rizikoyla karşı karşıya bulunan bir kişinin yaşamı ve vücut bütünlüğü söz konusu. Dolayısıyla her somut olay bakımından elbette ki bu ikisi arasında bir denge kurarak ona göre zorunluluk halinin bir hukuka uygunluk nedeni oluşturup oluşturmadığı yönünde bir değerlendirme yapmak daha doğru olur diye düşünüyorum. Yoksa ben genelleme yapmadım, her durumda zorunluluk hali bir hukuka uygunluk nedeni olarak karşımıza çıkar demedim. Tabii ki bu, kişinin beden bütünlüğüne ve yaşamına

yönelik tehlikenin ağırlığıyla orantılı olarak ele alınması gereken bir konudur.

Teşekkür ediyorum.

Doç. Dr. Mustafa Ruhan ERDEM: Sırasıyla yöneltilen soruları cevaplamaya çalışacağım.

İlk olarak sır saklama yükümlülüğüyle ne derece bağdaşıp bağdaşmadığı hususunda 280. maddedeki düzenleme soruldu. Bir hukuk toplumunda kanaatimce sır oluşturacak ve hukuki değer olarak korunacak olan hususlar, hukuka uygun olan hususlardır. Dolayısıyla suç, hukuka aykırı bir durum belirttiği için, sır kapsamına girmez. Dolayısıyla sır saklama yükümlülüğünü bu çerçevede düşünmek ne derece sağlıklı olur, bilmiyorum, ben aynı kanaatimi korumaktayım, onu da belirteyim.

Bunun dışında, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 46. maddesindeki düzenlemeyle ilgili bir soru yöneltildi, yani hekimlerin tanıklıktan çekilme hakkıyla bağdaşıp bağdaşmadığı yolunda bir soru yöneltildi. Tanıklık hususu, soruşturma evresiyle gündeme gelen ceza muhakemesi kurumu. Biz burada ise henüz daha o aşamaya gelmedik, yani ihbarla ilgili bir hususu ifade ediyoruz. Dolayısıyla ihbar bakımından bir yükümlülük öngörülmüş. Ancak daha sonra soruşturma aşamasında veya kovuşturma aşamasında bu hekime dönülüp "*arkadaş, ne gördün, bir anlat bakalım*" denildiği zaman, "*hayır*" diyebilir. Ama kanun koyucu, bu noktada öyle bir değerlendirmeyi uygun bulmuş, yani o noktadaki bağlantı kanaatimce böyle. Ben bu çerçevede düşünülmesi gerektiğini en azından şimdilik söyleyebilirim. Zira tanıklık hususu, soruşturma aşamasının başlamasıyla birlikte, yani bir şekilde soruşturma mercilerinin suçun işlendiğinden haberdar olmasından sonra gündeme gelebilecek husustur. Biz bu noktada henüz orada değiliz daha. Suç işlenmiş, yetkili mercilerin bundan herhangi bir haberi yok, soruşturma falan başlamamış. Bu noktada bir yükümlülük öngörmüşüz. Ancak daha sonraki durumda

TARTIŞMA

tanıklıktan çekilme hakkı kapsamı tartışılabilir. Ben iddiaların aksine, herhangi bir problem olduğunu düşünmüyorum.

Değerli meslektaşımızın 192. maddeyle bağlantılı bir sorusu oldu. 192. maddenin 4. fıkrasıydı değil mi? Bahsedilen düzenleme, "*Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişi, hakkında kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak, kabul etmek veya bulundurmaktan dolayı soruşturma başlatılmadan önce resmi makamlara başvurarak tedavi ettirilmesini isterse cezaya hükmolunmaz.*" Madde başlığına baktığımız zaman, madde başlığı etkin pişmanlık. Ceza hukuku teorisinde bunun adı şahsi cezasızlık sebebi. Dolayısıyla şahsi cezasızlık sebebi olan ve hâkimin değerlendirmesi neticesinde hakkında karar verilecek bir olaya burada yer verilmiş, aynı zamanda hekimler için de böyle bir yükümlülük getirilmiş. Uyuşturucu madde kullanılması da bir suç. Peki, ne şekilde bağdaştırılacak? Kanaatimce atladığımız bir husus var; o da kamu davasını açmada takdir yetkisine ilişkin 171. madde. Bu madde, cezayı kaldıranın şahsi sebep olarak etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını gerektiren koşulların ya da şahsi cezası sebebinin varlığı halinde, cumhuriyet savcısı kovuşturmaya yer olmadığı kararı verebilecektir. Yani böyle bir olay varsa, savcı kovuşturmaya yer olmadığı kararı verip ilgili kişiyi tedaviye gönderebilir. Bu itiraza kapalı olan bir yoldur, onun için de orada bir çelişki yok. Kullanıp kullanmayacağına ilişkin tartışma ayrı bir şey, ama mevzuatta bu konuya ilişkin bir boşluk yok, düşünülmüş ve bu durum eğer savcının önüne gelirse ve savcı da bu konuda gerçekten kullanan kişinin tedavi olmaya niyeti olduğuna kanaat getirirse, bu yetkisini kullanıp davayı açmayabilir ve dolayısıyla bu değinilen husus bakımından herhangi bir sıkıntıyla karşılaşılacaktır.

Hocamın sorusuna yönelik olarak bir iki hususu belirtmek istiyorum. Esasen Hocam aynı örneği de herhalde Türkiye Büyük Millet Meclisi Adalet Alt Komisyonu'ndaki görüşmelerde belirtmişti, ben de çalışmaya koydum, orada var. Hocam, zaten böyle bir örnekte baba, tehlikeli hareketinden kaynak-

lanan bir garantör durumuna girmekte. Bırakın suçu bildirme yükümlülüğünü, eğer bu yükümlülüğünü ihmal ederse, ihmali suretle olası kastı söz konusuysa, 83. maddeden dahi sorumluluğu gündeme gelebilecektir. Doktor bakımından belirtmek gerekirse, esasen Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 3. maddesinde acil vakalarda müdahale yükümlülüğü getirilmiş. Dolayısıyla önüne öyle bir olay geldiği zaman, doktor mecburen müdahale edecek zaten. O zaman getirmeyecek olan baba, baba zaten kendi hareketinden dolayı yükümlülük altına girmiş. Haksızlık gerçekleşmiş; haksızlık gerçekleştiren her kişi gibi, baba da bunun sonucuna katlanacak. Netice itibarıyla, yani bilmiyorum, şöyle bir soru da aklıma gelmişti, söylemedim: Öyle baba düşünün ki, çocuğunu yaralayacak ve hastaneye ceza alacağım diye götürmeyecek, yani orada zaten başka bir problem var diye düşünmek lazım. Bunu tartışmanın ne derece anlamı olduğunu vallahi bilmiyorum.

Teşekkür ediyorum.

Salondan: Aslında burada problem nereden kaynaklanıyor? Eski Türk Ceza Kanunu'nun 530. maddesinde çok önemli bir güvence vardı. O da tabii ki takibata maruz kılmama. Bu çok önemsiz bir ayrıntı değil aslında, zaten sorunun temeli de buradan kaynaklanıyor. Sorun da bu ifadeye yeni düzenleme biçimi içerisinde yer verilmemiş olmasından kaynaklanıyor. Hatta daha da ileri giderek, kamu adına kovuşturulabilecek bir suç olmasından söz ediyor 279. maddede. 280. maddede öyle bir ifade de yok. Acaba şikâyete bağlı bir suçu da mı hekim ihbar etmek zorunda kovuşturma organlarına; böyle bir sorun ortaya çıkıyor. Dolayısıyla ben, başlı başına söz konusu düzenlemenin Anayasaya aykırı olduğu düşüncesinde ısrarımı hâlâ muhafaza ediyorum.

Oturum Başkanı: Konuşmacılara ve tartışmaya katılanlara teşekkür ederim. Gerçekten zor bir iş yapan tercümanlara da teşekkür ederim. Hekim-hasta gizliliği konusundan Almanya ve Türkiye arasında belki bir hukuk karşılaştırması

V. TÜRK - ALMAN TIP HUKUKU SEMPOZYUMU

TARTIŞMA

yapılabilir. Buna değer. Herkese teşekkürler. Yarın yeniden görüşmek dileğiyle.

Lassen Sie mich den Referenten danken. Lassen Sie mich den Diskutanten danken. Und ich danke auch den Dolmetschern, die wahre Schwerarbeit leisten mussten. Und ich habe die Erwartung, vielleicht gibt es einen Rechtsvergleich, was den Schutz des Arzt-Patienten-Verhältnisses zwischen Deutschland und Türkei. Ich denke es ist lohnenswert. Ich danke allen. Wir sehen uns morgen dann wieder.

Türkiye Barolar Birliği
V. TÜRK- ALMAN TIP HUKUKU
SEMPOZYUMU
Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları

Üçüncü Gün
1 Mart 2008

Sekizinci Oturum

Oturum Başkanı
Prof. Dr. M. Emin ARTUK

Prof. Dr. M. Emin ARTUK (Oturum Başkanı): Sayın hocalarım, değerli izleyiciler, V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu'nun son gününün ilk oturumunu açıyoruz. Bu sempozyumla ilgili olarak şu ana kadarki izlenimlerime göre Türkiye Barolar Birliği'ne teşekkür etmek istiyorum. Çok güzel bir organizasyon icra ettiler. Aynı zamanda iyi bir tesadüf olarak şu anda sağ tarafımda Doç. Dr. Yener Ünver, sol tarafımda Prof. Dr. Hakan Hakeri, iki değerli genç meslektaşım bu organizasyonda yer aldılar. Kendilerine şahsım adına teşekkür borçluyum. Fevkalade bir organizasyon.

Sayın Yenisey; buyurun.

Prof. Dr. Feridun YENİSEY (Bahçeşehir Üniversitesi):*

1. Giriş

Mülga Ceza Kanunu, kanunda açıkça gösterilmemiş bazı hallerin hukuka aykırılığı ortadan kaldırmasını kabul etmekte idi. Kanunun cezalandırılmakla güttüğü maksadın ortadan kalktığını gösteren veya diğer kanunlar tarafından öngörülen, "hakkın icrası ve mağdurun rızası" gibi bir kısım hukuka uygunluk halleri kabul edilmişti. Yeni Kanun bunları yazılı hale getirdi. "İlgilinin rızası" adlı "hukuka uygunluk sebebi" konusunda mülga Ceza Kanunu'nda bir açıklık yoktu. 2002 TCKT 29. maddesinin ikinci fıkrasında ise, "mağdurun üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez" denilmektedir. Dönmezer Tasarısı'ndaki bu düzenleme, (Yeni) Türk Ceza Kanunu'nda, "mağdur" kelimesi yerine "ilgili" kelimesini ikame edilerek, aynı tanımı benimsemiştir (CK 25/2).

Kişinin üzerinde mutlak biçimde tasarruf edebileceği hakların başında mal varlığına ilişkin haklar geldiğinden, bu hakların ilişkin olduğu suçlarda mağdurun rızası hukuka ay-

* "Tedavi Açısından İlgilinin Rızası" başlıklı tebliğ.

kırılığı kaldırır. Bu kısa çalışmada sadece tıp hukukunda tedavi açısından rıza üzerinde durulacaktır.¹

Tıp hukuku açısından ilgilinin rızası konusunda üzerinde durulması gerekli iki önemli problem beden bütünlüğüne ve yaşama hakkına ilişkin haklar bakımından bunlar üzerinde tasarrufun geçerli olup olmadığıdır.² İnsanın, kendi organlarına sınırsız olarak tasarruf edebilme hakkına sahip bulunmadığı bilinmektedir. Organ nakli hakkındaki kanundaki koşullara uyarak organ nakline razı olmak mümkün bulunduğu halde beden üzerinde diğer tür tasarruflar geçerli değildir. Her insan kendi hayatına son vermek olanağına sahipse de, mağdurunun isteği üzerine bir kimseyi öldüren kişinin fiili Türk hukukuna göre hukuka aykırıdır. 2002 TCKT'nin "acıyı dindirme saiki" başlıklı 138. maddesinde "iyileşmesi olanağı bulunmayan

¹ **İnfaz Hukuku açısından rıza.** Rızası olsa dahi, hiçbir hükümlü üzerinde tıbbi deney yapılamaz (CGİK 78/3). Hükümlü kendisine verilen yiyecekleri reddetmesi halinde, bu hareketlerin bırakacağı kötü sonuçlar, bedensel ve ruhsal hasarlar hakkında bilgilendirilir, psiko-sosyal hizmet birimi vazgeçirme yolunda çalışmalar yapar, sonuç alınamazsa, beslenmelerine kurum hekimlerince belirlenen rejime göre uygun ortamda başlanır (CGİK 82/1). Yapılan çalışmalara rağmen, hükümlü hayati tehlikeye girerse veya bilincinin bozulduğu hekim tarafından belirlenirse, isteklerine bakılmaksızın kurumda, olanak bulunmadığı takdirde derhal hastaneye kaldırılmak suretiyle muayene ve teşhise yönelik tıbbi araştırma, tedavi ve beslenme gibi tedbirler, sağlık ve hayatları için tehlike oluşturmamak suretiyle uygulanır (CGİK 82/2). Bunun dışında, bir sağlık sorunu olup da muayene ve tedaviyi reddeden hükümlülerin sağlık veya hayatlarının ciddi tehlike içinde olması veya ceza infaz kurumunda bulunanların sağlık veya hayatları için tehlike oluşturan durumun varlığı halinde de aynı hükümler uygulanır (CGİK 82/3). İnfaz kurumlarına girişlerde yapılan aramalar (CGİK 86/3). Hükümlünün odalarından çıkış ve dönüşlerinde ayrı yerlerde ve farklı memurlarca üst ve eşya aramasına tabi tutulurlar (CGİK 86/6). **Ceza Muhakemesi Hukuku açısından rıza.** CMK 250/1 de yer alan suçlarla ilgili olarak alınan bilgilerin doğruluğunun araştırılması bakımından zorunlu görülen hallerde, hükümlü veya tutuklular, rızaları alınmak koşuluyla, ilgili makam ve Cumhuriyet Başsavcılığının talebi üzerine hakim kararı ile geçici sürelerle ceza infaz kurumundan alınabilirler (CGİK 92/2 "2005-5351"). Üst araması ve kotonutta yapılan arama açısından, Türk Hukukunda ilgilinin rızanın hiç bir koşul altında kabul edilmemesi, ilginçtir.

² Sulhi Dönmezer, *Genel Ceza Hukuku Dersleri*, İstanbul 2004, No. 320.

FERİDUN
YENİSEYİN
TEBLİĞİ

ve ileri derecede ıstırap verici bir hastalığa tutulmuş bulunan bir kimsenin bilincinin ve hareketlerinin serbestliğine tam olarak sahip iken yaptığı ısrarlı talepleri üzerine ve sadece hastanın ıstıraplarına son vermek maksadıyla öldürme fiilini işlediği sabit olan kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir” denilmiştir. Bu hüküm yeni Ceza Kanunu’na alınmamıştır.

Tıbbi müdahalede bulunan kimse de tıp meslek veya sanatının mensuplarına tanıdığı hakları kullanmış olur. Böylece söz konusu mesleğin tanıdığı sübjektif hakkın sınırları ve koşulları içinde gerçekleşen tıbbi müdahalelerde hukuka aykırılık yoktur.

Tıbbi müdahalede bulunmak, ilgilinin rızası ve sübjektif hakkın kullanılması³ kapsamında ele alınabilir. Tıbbi müdahalede bulunmak hakkına sahip bulunmayan kimselerin müdahalelerinde hukuka uygunluk yoktur. Bu takdirde ıztırar haline ait koşulların ayrıca bulunup bulunmadığını araştırmak gerekir. Mesleğin getirdiği hakkın objektif ve sübjektif

³ Doktrinde tıbbi müdahalelerde bulunan kimselerin cezalandırılmaması sebebini belirlemek için çeşitli görüş ve teoriler öne sürülmüştür: Tıbbi müdahalelere ceza verilmemesinin nedenini ilk bir görüş, hareketin kanundaki tanıma uygun, tipik bir ihlal oluşturulmasına bağlamaktadır (308.-); şifa vermek maksadıyla yapılan müdahalenin kanunun müessir fiilleri cezalandırmak için koyduğu modele uymadığı söylenmektedir. Tıbbi müdahalelere ceza verilmemesini, ikinci bir görüş, tıbbi müdahalenin zarar vermek için değil fakat şifa vermek için yapılmış olmasına bağlamaktadır; hekimdeki maksat kastı ortadan kaldırmakta ve suçu yok etmektedir. Fakat kusur varsa hekimin taksire dayalı sorumluluğundan söz etmek olanağı vardır. Üçüncü bir görüş, tıbbi müdahalenin nedeni bireysel yarar olduğu hallerde fail bu müdahalelere rızasını açıklarsa fiilin hukuka uygun olacağını kabul etmektedir. Toplum yararlarının, mecburi aşılmalarda olduğu gibi, müdahaleyi gerektirdiği hallerde ise bunu haklı kılan toplumun bütün yararadır. Bazı yazarlara göre tıbbi müdahalenin cezalandırılmamasının nedeni mağdurun rızasıdır. Bu görüşe nazaran estetik cerrahi halinde, bir kişinin şifa vermek maksadı dışında vücuduna tasarrufta bulunabilmesi için rıza açıklamasına hakkı olamayacağından, rıza hukuka uygunluk nedeni olmaz. Nihayet, bizim de yanında olduğumuz beşinci bir görüş tıbbi müdahaleyi yukarıda da belirtildiği üzere mesleki bir sübjektif hakkın icrası olarak kabul etmektedir (Dönmezer, 2004, 307).

sınırları içinde kalındığı takdirde, hukuka uygunluk nedeni söz konusu olur: Tedavi maksadı dışında bilimsel bir deney amacıyla hastası üzerinde müdahalede bulunan hekim söz konusu hakkın sınırını aşmış bulunacağından hukuka uygunluk nedeninin varlığı artık söz konusu edilemez. Müdahalede bulunuyorken mesleğin izin vermeyeceği hatada da bulunmamak gerekir. Bu bakımdan mesleki cesaret de bir tür taksir oluşturabilir. O halde Tıp mesleğinin icrasında doğal olan ve izin verilebilen hatalar ve söz gelimi teşhis hataları dışındaki hallerde hekimin yanlış fiil ve hareketi hakkın kötüye kullanılmasını ifade eder ve hukuka aykırı olur.

Vücut dokunulmazlığı (*bodily inviolability*) Bir kişiye, elini sıkmak için dokunmak, hukuka uygun kabul edilirse de, kötü niyetle ve zarar verme kastı ile yapılan dokunuşlar, (*battery oluşturur*) ve korunmaz; doktorun rıza dışı olarak hastaya müdahalede bulunması da (*battery*) teşkil eder.⁴ Bu kabul, kişinin kendi bedeni üzerindeki tasarruf hakkının garantisini oluşturur. "Rıza", "self deteminasyon" unsuru olup, kişinin kendi kendisini idare etmesini sağlar. Demokratik bir toplum olmanın ön koşulu da budur.

2. Tıp Hukuku Açısından "Aydınlatılmış Rıza" Kavramı (*informed consent*)

Başlangıçta sadece rızanın mevcudiyeti aranıyordu.⁵ Daha sonraki teknik gelişmeler üzerine, rızanın kalitesi üzerinde durmağa başlandı: hastanın verdiği rızanın geçerli olabilmesi için, yapılacak tedavi yöntemlerinin ayrıntıları ve muhtemel sonuçları hakkında önceden bilgilendirilmiş olması gerektiği kabul edildi. Daha sonraki gelişme, aydınlatma yükümünün kapsamı üzerinde oldu: Böylece, "the reasonable

⁴ David W. Meyers, *The Human Body and the Law*, Second Edition, Stanford University Press, Stanford, California, 1990, p. 122.

⁵ Meyers, 1990, 123.

physician standart" ve "*the material risk standart*" kavramları ortaya çıktı.

a. Makul bir doktor ölçütü (*the reasonable physician standart*): Bu görüşe nazaran, aynı tedaviyi uygulayan makul (*reasonable*) bütün diğer doktorların yapmasının beklendiği kadar, hastaya tedavinin riskleri ve alternatif tedavi yöntemlerinin açıklanmış olması yeterlidir.⁶ Bu görüş, hastaya yapılacak olan açıklamanın kapsamını tayin etmeyi, doktora bırakır. Fakat makul (*reasonable*) doktor ile özenli (*prudent*) doktor arasında bir ayırım yapılmaktadır. Mesela 40 yaş altında genellikle görülmeyen bir hastalığı araştırmayan doktor (makul doktor) olarak değerlendirilirken, bunu araştıran doktor (özenli doktor) olarak nitelendirilmektedir. Justice Oliver Wendel Holmes, genellikle yapılan ile yetinmemek gerektiğini vurgulayarak, "*reasonable prudence*" standartının uygulanmasını tercih etmiştir.⁷ Böyle durumlarda hastaya her bir ayırının açıklanması gerekip gerekmediği tartışılınca, "*the material risk standart*" ölçütü doğmuştur.

b. Somut risk ölçütü (*the material risk standart*): (*Prudent patient standartı*) da adı verilen bu ölçüt; aydınlatma görevini "*hastanın bilmesi gerektiği kadar açıklama*" yapılması ile yetinmesini ifade eder, yani, aydınlatmanın kapsamı "*tıbbi standartlara göre*" belirlenmez.⁸ Bu kritere göre, hasta ön plana çıkar: makul (*reasonable*) bir hastanın, içinde bulunduğu o koşullar içinde ne kadar bilmesi gerekiyorsa, hastaya o kadar bilgi verilmesi yeterlidir. Böylece, doktor "*hastanın ne kadar bilmek istediğine*" bakar, aynı durumdaki diğer meslektaşlarının uygulamalarına bakmaz. Böylece, asgari bilgilerin (maddi risklerin) açıklanması söz konusu olur, ama hasta isterse, daha ayrıntılı bilgi verilmesi gerekir. "*Makul hasta*" kavramı ise, aynı durumda olan diğer hastaların davranış özelliklerini yansıttığı için, bu da objektif nitelikte bir ölçüttür. Hastaya teklif edi-

⁶ Meyers, 1990, 124.

⁷ Texas and P.R. Co. V. Behrmer (1903) 189 U.S. 468, 470.

⁸ Meyers, 1990, 124.

len tedaviyi kabul ettiği veya reddettiği hallerde karşılaşacağı risklerin açıklanması gerekir. Bu nedenle de görüşün adı (*the material risk standart*) olarak verilmiştir. Amerika'da mahkemelerin ve kanun koyucuların bu standardı daha çok tercih ettikleri belirtilmektedir.

3. Aydınlatma Yükümünün İstisnaları (*Exceptions to disclosure*):

Bazı risklerin mevcudiyeti halinde,⁹ rıza alınması için girişimde bulunulması yerinde olmaz.¹⁰ Eğer zarar veya komplikasyon riski "*Ganallıkla rastlanan türden değil ise veya uzak bir risk ise,*" (*uncommon or remote*), aydınlatma yükümü yoktur.¹¹ Ancak, uzak riskin (ölüm gibi) önemli sonuçları varsa, aydınlatma yükümü bulunduğu açıktır. Makul bir hastanın "*önemli*" olarak kabul edebileceği uzak risklerin, makul bir doktor tarafından hastaya açıklanması gerekir. Buna karşılık, risk çok ağır değil ise, aydınlatma yükümü yoktur.¹² Ayrıca, hasta aydınlatılmayı istememişse veya açık bir yaranın mikrop kapabileceği gibi, herkesin bilebileceği bir risk söz konusu ise veya tıp mesleği mensuplarının genellikle bilmedikleri bir risk söz konusu ise, aydınlatma yükümü doğmaz.

a. Hastanın tedavisi açısından yararlı olan hallerde aydınlatma yükümünün yerine getirilmemesi (*the therapeutic exception to disclosure*). Doktor, hastanın genel durumunun aydınlatma ile sarsılacağı konusunda makul bir karar verme durumunda¹³ ise (*agitated or psychologically unstable patient*), aydınlatma yükümü yoktur.¹⁴ Ancak, bu istisnanın uygulanmasında sınırlı davranılması gerekir; maddi risklerin asgari

⁹ Meyers, 1990, 126.

¹⁰ LSA.R.S. 40: 1299, 40; Douget v. Touro Infirmary (1988, La.App.) 537.

¹¹ State v. Kehoe, (1974) 38 Cal.App. 3d 819; Cobbs v. Grant.

¹² Slatter v. Kohoe; Collins v. Itol (1972, Mont.) 503 P. 2d 36.

¹³ Meyers, 1990, 126.

¹⁴ Canterbury v. Spence, 464 Fed. 2d 772, 789.

FERİDUN
YENİSEYİN
TEBLİĞİ

düzeyde bildirilmesi beklenir. Görüldüğü gibi, burada doktora geniş bir takdir yetkisi verilmektedir: doktorun, "tam olarak aydınlatmanın doğurabileceği tıbbi zarar" ile "hastanın tam olarak aydınlatılma hakkı" arasında, ölçülülük kuralları çerçevesinde bir denge kurması gerekmektedir. Bunların biri tıbbi, diğeri hukuki kavram olduğu için, doktorun kararı zor bir karardır.

b. Yasal istisnalar (*statutory limits on informed consent*): Amerika'da aydınlatılmış rıza konusunda mahkeme kararları ile gelişen "common law" hukukunun "kanun" ile düzenlenmesi¹⁵ yöntemi de denenmiştir.¹⁶ Bu doğrultuda olmak üzere, genellikle mahkeme kararları ile gelişen "aydınlatılmış irade" yönünün aksine, "yapılacak olan tedavinin genel gidişatı hakkında bilgi verilmesi" (general terms of the nature of the treatment), veya "tedavi yönteminin doğurabileceği maddi risklerini bildirilmesi" yöntemi tercih edilmiştir. Oregon Kanunu ise, iki aşamalı bildirim yapılmasını öngörmektedir: hastaya önce tedavinin genel amacı ve bilinen genel riskler anlatılmakta, daha sonra da, hasta açıkça talep ederse, ayrıntılı bilgi verilmektedir.¹⁷

c. Deney amaçlı olan veya genellikle uygulanmayan tedavi yöntemlerinin açıklanması. "Federal Food and Drug Administration" tarafından onaylanmış olmayan bir tedavi yöntemi veya ilaç kullanılacaksa, şu hususları içeren¹⁸ yazılı bir onam belgesi düzenlenmelidir: a. Hastaya teklif edilen tıbbi tedavi yöntemleri ve takip edilen amaç; b. deney amaçlı uygulanacak olan yöntemin açıklanması; c. Makul olarak beklenebilecek olan rahatsızlıkların açıklanması; d. Makul olarak beklenebilecek yararların açıklanması; e. Hastanın sormak istediği sorular varsa, bunların cevaplandırılacağı konusunda bilgilendirme; f. Hastanın yararlanabileceği başka alternatif tedavi yöntemleri varsa, bunların açıklanması; g. Tedaviye

¹⁵ Meyers, 1990, 127.

¹⁶ Georgia Medical Consent Law, § 88-2906 (1971); Florida Statute § 758.46 (1983); Iowa code Ann. § 147.137 (1977).

¹⁷ Ore.R.S. §677.097

¹⁸ Meyers, 1990, 128.

başlandıktan sonra her zaman hastanın rızasını geri alabileceğine ilişkin bir açıklama.

d. İlliyet bağı bulunmayan haller (*causation: lack of disclosure and harm to the patient*): Aydınlatma yükümünün yerine getirilmediği iddia edilerek tazminat davası açıldığı durumlarda, hastanın "doktor tarafından, riskler konusunda yeterince aydınlatılmamış olması" ile, "meydana gelen zarar" arasında "illiyet bağı" bulunduğunu oraya koyması (show) gerekir.¹⁹ Doktorun "aydınlatma yükümünü ihlal etmiş" olmasına rağmen, eğer herhangi bir zarar doğmamış ise, sorumluluk söz konusu olmaz. Doktor riskler konusunda hastayı yeterince aydınlatmış ve hasta tedaviyi buna rağmen kabul etmiş ise, "hukuki açıdan illiyet bağı" mevcut bulunmadığı için, doğacak zarardan doktor sorumlu olmayacaktır. İlliyet bağı konusunda "objektif" bir kriter uygulanması için, sadece somut olaydaki hasta nazara alınmaz; makul ve orta zekalı bir hastanın vereceği karara bakılır: makul ve orta zekalı bir hasta, doktor tarafından yapılan açıklamaların arkasından böyle riskli bir tedaviyi kabul etmeyecek idi ise, doktorun sorumluluğu yoktur.²⁰

e. Örtülü rıza sorunu (*implied consent*): Hastanın acil bir şekilde tedavi edilmesi gereken hallerde, rızanın varlığı farz olunur (*concent is implicated*).²¹ Mesela, hastanın yaralı olması halinde aydınlatılmış rıza vermeğe muktedir olmadığı, fakat hayatının veya bir organının (*limb*) kurtarılması veya ağır bir zararın önlenmesi için derhal müdahalede bulunulmasının zorunlu (*necessary*) bulunduğu durumlarda, hastanın rızasının bulunduğu var sayılır; iradesi açık olsa idi, rıza göstereceği karinesi vardır. "Müdahale edilmediği takdirde doğabilecek olan zarar riski", "müdahalenin yapılması ile doğabilecek zarar riskinden" fazla ise, müdahalede bulunmak makul ve hukuka uy-

¹⁹ Meyers, 1990, 128.

²⁰ Adams v. El-Bash (1985, W.Va.) 338 S.E. 2d 381.

²¹ Meyers, 1990, 128.

FERİDUN
YENİSEYİNİN
TEBLİĞİ

gundur.²² Burada "zorunluluk hali" (CK 25/2, organ ve doku satmada zorunluluk; CK 92) söz konusu olup, İngiliz Hukuku da buna dayanmaktadır.²³ Ancak, zorunluluk hali sadece "acil hallerde" yapılan müdahalelerde bir "hukuka uygunluk sebebi" olmakta, hastanın kendisi üzerinde yapılan tıbbi müdahalelere ses çıkartmaması (*acquiescence*) durumunda bir çözüm getirmemektedir. Oysa günlük tedavi uygulamalarında, basit ameliyatlara dahil, doktorlar hastalarına ayrıntılı açıklama yapmaksızın tıbbi müdahalelerde bulunmaktadırlar. Eğer hasta yapılan tıbbi müdahaleye ses çıkarmamışsa, örtülü rızasının bulunduğu kabul edilmektedir. Bu gibi hallerde, doktorun hastaya genellikle bilinen mutad riskleri önceden açıklamış olması ve (*minor ve remote*) risklerin açıklanmış olması koşulları da aranmamaktadır.

4. Rıza açıklama Yeteneği Bulunmayan Hastaların (Incompetent Patients) Durumu:

Yaşı küçük çocuk veya akıl hastası oldukları için, teklif edilen tedavinin niteliğini kavrayamayan ve risk ile yararın değerlendirmesini yapamayan kişiler hakkında "aydınlatılmış rıza" söz konusu olamayacağı için, bu konuda farklı kurallar uygulanır.²⁴ Kişi kendisi hakkında rıza verecek kadar irade sahibi değilse, çocuklarda "hak ve sorumluluklar" içeren, ana-babanın iradesi önem kazanır. Ancak, ana-baba bu konuda tamamen serbest değildir: verecekleri kararın "çocuğun yüksek menfaatini gözetilen bir karar" (*protect the welfare and best interest of the child*) olması koşulu vardır.²⁵ Karar verme yeteneği bulunmayan diğer kişiler açısından ise, vasi tayini veya hakim karar vermesi yöntemleri uygulanabilir.

²² Stafford v. Louisiana State University (1984, La. App.) 448 So. 2d 852.

²³ R. v. Bourne (1939) 1 K.B. 687.

²⁴ Meyers, 1990, 129.

²⁵ Meyers, 1990, 155.

a. Çocuklar: Prensip olarak ana-babanın çocuk üzerinde yapılacak olan tedavi amaçlı müdahalelere izin vermek hakları vardır. Özel hayatın temel ilkeleri arasında ana-babanın çocuklarını uygun gördükleri şekilde yetiştirme ve büyütme hakları da vardır. Devletin evlilik, çocuk yapma (*procreation*), hamileliği önleme (*contraception*), aile içi ilişkiler ve çocuklarını yetiştirmek (*child rearing*) ve eğitmek (*education*) konularında müdahalede bulunabilmesi için, toplumun üstün basan bir yararının (*compelling interest*) mevcut bulunması gerekir.²⁶ Tedavi açısından ise, mevcut iki tedavi yöntemi varsa, ana-baba bunlardan bir tanesini seçmekte hürdür; fakat ana-babanın vereceği tedavi etme veya ettirmeme kararı, çocuk için ciddi bir risk doğurma tehlikesi içeriyorsa, devlet çocuğun üstün yararını korumak üzere, mahkeme kararı almak şeklinde müdahale edebilir.²⁷ Mesela, kan naklinin günah olduğuna inanan Yehova Şahitleri'nin, çocuklarının hayatının kurtarılması söz konusu olduğu durumlarda, çocuğa kan nakli yapılmasına izin vermeleri gerekir.²⁸ Çocuk hayati tehlike altında olmasa dahi, devlet ana-babanın tedavi konusunda verecekleri karara müdahale edebilir: çocuk için mevcut bir riski ortadan kaldırmak söz konusu ise, bu kural geçerlidir. "Christian Science" grubuna mensup ana-baba, çocuklarında % 40 oranında kanser olma riski bulunduğu tespit edilmesi üzerine, doktorların tedaviye başlama önerilerini kabul etmemişlerdi. Kaliforniya mahkemesi "*parens patriae*" erkini kullanarak, çocuğun tedavi edilmesi gerektiğine karar vermiştir.²⁹ Bu gibi hallerde, çocuğun gelişme aşamasının da önemli bir rol oynayacağı göz önünde tutulmalıdır. Mesela, 12 yaşındaki bir

²⁶ Pierce v. Society of Sisters (1925) 268 U.S. 510; Prince v. Massachusetts (1944) 321 U.S. 158; Paul v. Davis (1976) 424 U.S. 693.

²⁷ Ana-babanın kararı, çocuğu ağır bir hastalık veya ölüm tehlikesi ile karşı karşıya bırakmamalıdır (Prince v. Massachusetts; Wisconsin v. Yoder (1972) 406 U.S. 205).

²⁸ Jehova's Witnesses of Washington v. King County Hospital (1967, W.D.Wash) 278 F.S. 488 U.S. 598; Interest of J.V. v. State (1987, Fla App) 516 So. 2d 1133.

²⁹ In re Eric B. (1979) 92 Cal. App. 3d 996.

çocuğun adale kasılmalarının (*grand mal seizures*) tedavi edilmesi için yapılan bir öneriyi reddetmesi, geçerli olarak kabul edilmiştir. Amerika'da genellikle, 14 yaşın üzerindeki çocuklar bakımından (hayati tehlike taşıyanlar hariç), tıbbi müdahaleler için, çocuğun rıza verme ehliyetinin bulunduğu kabul edilmektedir.³⁰

Tıp biliminin detayları hakkında bilgi sahibi olan bir doktor, hangi tedavinin hastanın yararına olacağını daha iyi bilir.³¹ Bu nedenle, bazı istisnai hallerde, tedavi konusundaki kararı hastanın değil, doktorun vermesinin daha yararlı olduğu görüşleri ileri sürülmüştür.³²

Bir kişinin doktora gitmesi, tedavi olmak isteğinin açıklanması olup, örtülü bir tedavi rızası olarak kabul edilebilir. Bu gibi hallerde doktor, genellikle, tedaviye başlayabilir. Fakat hasta baygın ise veya yaşı küçük ise, durum değişir. Baygın bir hasta hastaneye getirilmişse, tedavi edilmesi konusunda örtülü bir istek olduğu kabul edilebilir. Bu gibi hallerde, zorunluluk hali kurallarının uygulanmasını kabul edenler de vardır. Mesela, Marshall v. Curry davasında³³ doktor bir başka nedenden dolayı yaptığı ameliyat sırasında, hayati tehlike yaratacak şekilde hasta olduğunu gördüğü testisi de almıştır. Mahkeme bu olayda, operasyonunun geciktirilmesinin de tehlikeli olduğunu gördüğünden, doktorun hayat kurtarmak için rıza dışı bir operasyon yapmasını zorunluluk hali kabul ederek, doktorun davranışını hukuka uygun bulmuştur. Buna karşılık, Murray v. McMurch kararında³⁴ sezeryan ameliyatı yaparken, uterusun daha sonraki doğumlarda zarar göreceği-

³⁰ California Probate Code, s. 2353.

³¹ Mason/Laurie, *Law and Medical Ethics*, Seventh Edition, Oxford University Press, New York 2006, p. 349).

³² Mason/Laurie 2006, 348. The legal justification. Cardozo J., "Every touching of a patient by way of medical treatment is potentially a battery." (Schloendorff v. Society of New York Hospital 105 NE 92 (NY, 1914); Mason/Laurie 2006, 349)

³³ 3 DLR 260; Mason/Laurie 2006, 351 den naklen.

³⁴ 1949 DLR 442; Mason/Laurie 2006, 351 den naklen.

ni belirleyerek, kadının tüplerini, çocuk yapmasını engelleyecek şekilde, rızasını almadan diken doktorun davranışını ise, rıza alınarak tedavi uygulanması için acil bir durum bulunmadığı gerekçesi ile hukuka aykırı bulmuştur.

Başkası tarafından kullanılan rıza verme hakkı (*proxy consent*), sadece ilgilinin açıkça izin verdiği durumlarda geçerlidir.³⁵ Yaşı 16 ile 18 arasında olan çocukların rıza ehliyetine sahip oldukları, genellikle kabul edilmektedir.

b. Karar verme yeteneği bulunmayan veya akıl hastası olanların durumu. Bunlar bakımından hakim kararı aranması yaygın bir uygulamadır.³⁶ 2000 yılında İskoçya'da bu durumu düzenleyen "*Adults with Incapacity Act*" adlı kanun yürürlüğe girmiştir.³⁷

Diğer bir hal ise, kişinin karar verme yeteneğini kaybetmesi durumudur. Yehova Şahidi olan hamile kadın trafik kazası geçirir ve annesi ile görüşükten sonra, kan nakli yapılmasını istemediğine dair bir evrak imzalar. Daha sonra durumu kötüleşince, sezaryenle artık yaşamayan bebek alınır, fakat kan nakli yapılması gerektiğinden, hakim kararı ile kan nakli yapılır. Temyiz edilen hakim kararı, temyizde de onanır. Bu kararda mahkeme, kan nakli yapılmadığı için durumu giderek kötüleşen hastanın "*ölmek ve kan nakli yapılmasını kabul etmek*" hakkında bir karar verme yeteneğini kaybettiği gerekçesi ile hakimin hastanın hayatının korunması yolunda karar verebileceğini kabul etmiştir.³⁸

³⁵ Mason/Laurie 2006, 353.

³⁶ The *parens patriae* jurisdiction; Mason/Laurie 2006, 360.

³⁷ Mason/Laurie 2006, 365.

³⁸ In R T. (1992) 4 All ER 649; Mason/Laurie 2006, 373 den naklen.

V. TÜRK - ALMAN TIP HUKUKU SEMPOZYUMU

FERİDUN
YENİSEYİN
TEBLİĞİ

Oturum Başkanı: Doç. Dr. Yener Ünver, Yeditepe Üniversitesi'nden değerli meslektaşım. Onun makalelerini her zaman dikkatle okumuşumdur. Kendileri tıp ceza hukukunda güven ilkesinden bahsedecekler. Prof. Dr. Hakan Hakeri ise tıp ceza hukukunda yanılığdan bahsedecekler. Prof. Dr. Hakan Hakeri de Konya Selçuk Üniversitesi'nden katılıyor.

Buyurun Yener bey, söz sizde.

Doç. Dr. Yener ÜNVER (Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Öğretim Üyesi):*

I. GENEL AÇIKLAMALAR

Bilim ve teknoloji alanındaki gelişmeler, birçok alanda birden fazla insanın ekip halinde hareket etmesini, kendi içinde uzmanlaşmayı ve bunlardan her birinin diğerinin kendi üzerine düşen yükümlülüğü yerine getireceğine güvenmeyi ya da taksirli suçlarla tehlike suçlarının önlemeye çalıştıkları hukuksal değer ihlallerinin meydana gelmemesi için aynı alandaki kimselerin diğerlerinin 'oyunun kuralları'na uygun hareket edeceğine güvenmesini gerektirmektedir. Hukuk da bu güveni koruyucu normlar oluşturmak, bu güvenin nitelik, koşul ve kapsamını belirleyici teknik güvenlik normları yaratmak ve güvene dayalı hareketi koruyarak sorumluluk alanında sonuçlar bağlamak zorundadır. Trafik, tıbbi müdahaleler, sportif faaliyetleri ve diğer alanlardaki mesleki işbölümü biçiminde yürütülen faaliyetler buna örneklerdir. Öğretide bu güven ilkesi adıyla formüleştirilmiştir.¹

* "Tıp Ceza Hukukunda Güven İlkesi", başlıklı tebliğ.

¹ Bkz. Roxin, Claus, Strafrecht Allgemeiner Teil., Band I, Grundlagen · Der Aufbau der Verbrechenslehre, 4. Auflage, München 2006, s. 1071.

Birden fazla uzman kimse tarafından işbölümü yapılarak ekip halinde gerçekleştirilen riskli tıbbi faaliyetlerin de dahil olduğu bu davranış tarzları, hiyerarşik yükümlülüğünün bulunduğu ve dolayısıyla belirli kişiler tarafından denetim ve gözetim yükümlülüğünün var olduğu işbölümü modelleri biçiminde olabileceği gibi, işbölümünün soyut genel anlamda kanun koyucunun kurallastırdığı güvenlik kuralları biçiminde ortaya çıktığı trafikte aynı zamana ve mekanda ve fakat özel bir işbölümünün olmadığı ve ekip halinde davranılmayan hareketler biçiminde de olabilir.

II. GÜVEN İLKESİ

Güven ilkesi, varlığı halinde ilgili kimse açısından *fülin objekif isnadiyetini* ortadan kaldıran bir kuramdır. Bu kuram günümüzde özen yükümlülüğünün ve *fülin objektif isnad edilebilirliğinin* belirlenmesi açısından geçerli bir ilke olarak da adlandırılmaktadır. Bir taraftan izin verilen-verilmeyen tehlikenin varlığını tespit açısından önemli bir yardımcı araç olan bu kuram, esasında bireylerin belirli tehlike kaynaklarını önceden tahmin edip, kendisinden kaçınmak için strateji geliştirmesi gereken tehlikenin belirlenmesine ilişkin bir kuramdır.

Bu yönü itibariyle, ihmali suçlarda hukuksal yükümlülük altında bulunan (=Garantör) kimsenin ve bu yükümlülüğün sınırlarını ve istisnalarını belirleyerek adil, doğru ve subjektif ceza sorumluluğu esasına dayalı bir uygulamaya yardımcı olur. Bu açıdan ilke, belirli bir trafiğe, birden fazla kimsenin hareketinin aynı anda söz konusu olduğu veya etkilerinin aynı alanda var olduğu alanda harekette bulunan veya hareketsiz kalan yahut teknik güvenlik kurallarına riayet etmeyen ya da olası tehlikeyi savuşturmak için tedbir almayan kimsenin, aynı alanda bulunan bir kimsenin hareketi veya hareketsizliğinin yol açacağı davranışının yol açacağı zarar veya tehlike (hayati tehlike gibi) neticesini hesaba katmayabileceğini ve bu alana giren başka kimsenin yükümlülüğüne aykırı

davrandığını gösterir 'belirtiler'in bulunması durumunda istisnaen ne zaman hesaba katması gerektiğini belirler. Bunun nedeni, başka kimselerin davranışlarının yarattığı risklerin diğer risklerden, örneğin doğadan kaynaklanan riskten daha ağır-büyük olmadığı olmayıp, her zaman bu riski önceden tahmin edip önlemler almayan kimselere isnadının doğru ve haklı olmadığı, esasen o riski, istisnai durular hariç, kendisini yaratan kimseye hukuken yüklemenin gerekli olmasındadır.²

Bu olgu, *ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesinin ve objektif ceza sorumluluğu yasağından* kaynaklandığı gibi, esasen herkesin yaşamda sürekli başkalarının olası hatalı veya tehlikeli davranışlarına dikkat etmesi ve başkalarının olası özen yükümlülüğünün ihlalini veya bu ihlalin doğuracağı zarar veya tehlike neticesini bertaraf etmek, buna sürekli hazırlıklı olmak zorunda bırakılmayacağı, bu gibi bir tutumun hukuksal olmayacağı gibi, hayatı statik hale getireceği, her olayda olayın tarafı herkesi kusurluymuş ve neticeye az veya çok neden olmuş gibi sorumlu tutma varsayımını kabul etmek hatası gibi, birden fazla kimsenin bulunduğu alana girmenin potansiyel suçluluk varsayımını üstlenmek sakıncasını doğuracağı ve keza insanları ekip halinde işbölümü biçiminde gerçekleştirecek eylemlerde inisiyatif almaktan kaçınmaya sevk ederek istenmeyen daha sakıncalı sonuçlara yol açacağı nedeniyle de böyledir.

Tehlikeli çalışmaların yapılması, birden fazla kimsenin aynı mekanda harekette bulunması veya sadece var olmaları ve keza tehlikeli bir işletmenin işletilmesi halinde, normalden fazla ve farklı güvenlik önlemlerinin alınması ve bu yönde olası tehlikeleri engelleyen veya etkilerini azaltan teknik güvenlik normları oluşturulmuştur. Trafikteki araç hızını sınırlayan yasaklar gibi, bir tıbbi müdahale için müdahalede kullanılacak aracın ve mekanın steril halde bulundurulması genel emri de böyledir. Bunlar ileriye yönelik olası tehlike-

² Ünver, Yener, *Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk*, İstanbul 1998, s. 338.

leri ortadan kaldırarak üçüncü kimselerin hukuksal değerlerini çeşitli ihlallere karşı güvenceye almak amacını güderler. Örneğin bu bağlamda, bir klinik doktoru hemşirenin kendisi tarafından hastalara ilaç iştirilmesine veya belirli bir iğnenin hazırlanmasına ya da yapılmasına yönelik verdiği emri hemşirenin doğru anladığı ve bunu istenilen biçimde yerine getireceğine inanıp güvenerek hareket etmek durumundadır.³

Çünkü bu birden fazla kimsenin birden fazla hareketi arasında bir ahengin bulunması gereklidir. Aynı amaca yönelik veya farklı amaçla da hareket etse aynı alanda bulunan ve aynı tip-benzer davranışlarda bulunan kimselerin diğer ilgili tüm kişilerin ilgili davranış kurallarına uygun davrandığına/davranacağına güvenmek, bunu diğer kişi veya kişilerden bekleyebileceği kabul edilmekte⁴ ve hukuk bunu korumaktadır.

Bu nedenledir ki, güven ilkesinin esasında bir 'değerlerin dengelenmesi' kurumu olduğu ve hareket noktası olarak günlük faaliyetlerde başkalarının yanlış hareketlerinin hesaplanamayacağı ve buna uygun tepkiler göstermek zorunda olmadığı gösterilmektedir. Bu nedenle de, güven ilkesi nedeniyle özen yükümlülüğü genel olarak sınırlanmaz, istisnaen bir daraltmaya gidilir. Bu ilke, hekime özen yükümlülüğüne aykırı hareket etmesi için yardımcı olmaz. Hekim, işbölümünü hatalı yapmış veya üzerine düşen kontrol-denetim yükümlülüğünü yerine getirmeyerek hastanın yaşam veya sağlığını, vücut bütünlüğünü tehlikeye sokar ya da zarar verirse, bu ilke kendisine sorumluluktan kurtulması için yardımcı olmayacaktır.⁵ İlke önemlidir ve fakat ceza sorumluluğunu ortadan kaldırmak veya ekibe dahil olmakla kişilerin yükümlülüklerinde daraltmaya gidilmesini

³ Ünver, *Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk*, s. 339.

⁴ Delogu, Tullio, *Modern Hukukta Taksirli Suçun Önemi* (Çev.: Yüksel Ersoy), *AÜHFHD* 1982-1987, C: XXXIX, S. 1-4, s. 123.

⁵ Tag, Brigitte. *Der Körperverletzungstatbestand im Spannungsfeld zwischen Patientenautonomie und Lex artis* (Eine strafrechtliche Untersuchung), Berlin-Heidelberg-New York 2000, s. 259.

ve ceza sorumluluğu alanını da daraltılmasına yol açacak *sihirli bir formül değildir*: bu alandaki sorunların tümünü çözecek tek veya en önemli ilke olarak görülmemelidir.

Bu ilkeye duyulan ihtiyaç da bu ilkenin aşağıda görülen istisnaları yani alanının sınırlandırılması da, ekip halinde yürütülen tıbbi faaliyetlerde esasen bulunmalıdır. Hekimin hastasını mutlak iyileştirme borcu olmasa dahi, tedaviyi üstlenmekle birlikte hekim hastasının sağlığı açısından bir yükümlülük altına girmektedir.⁶ Bu ise, o doktora yapacağı müdahalelerde birlikte çalışacağı kişileri seçmekten, onlara yapacağı görev dağılımı, araç ve gereç seçimi, gerekli ortamın hazırlanması kadar onların denetimi ve gözetimi açısından da yükümlülüğü de beraberinde getirmektedir. Ancak dikkat edilmelidir ki, *güven ilkesine dayanabilecek olan sadece ekip şefi doktor değil, aynı zamanda ekipteki diğer sağlık personelidir*. Arada yalpan işbölümü, herkesin yükümlülük alanını netleştirip belirlemekte, ahenkli ve hastanın daha yararına daha az riskli bir operasyonu mümkün kılmaktadır. *Bu işbölümü sorumluluğu paylaşdırmak için değil, tıbbi müdahalenin çok daha iyi ve daha az riskli biçimde icra etmek için yapılır*. Sorumluluk alanının daralması, bunun bir nedeni değil, sonucudur. Hatta işbölümü halinde müdahale timinin ekip şefi de, çoğu kez olduğu gibi, operasyona fiilen katıldığında, ekipteki diğer kimselere rağmen daha çok hukuksal yükümlülüğü vardır; yani ekip şefi olması yükümlülüğünü, bir taraftan ekipteki kimselerin davranışlarından sorumlu olmayacağı için azaltır görünürken, onları seçmek, denetleyip gözetmek, yanlış davranışlarda müdahale etmek ve bazen de belirli acemi kişilere nezaret ederek müdahaleyi birlikte yapmak ödevi yüklemesi açısından da yükümlülük alanı genişlemektedir.

Esasen karayolu trafiği örneği de göstermektedir ki, *birden fazla kimsenin hareketinin aynı zaman ve mekanda bulunduğu ve özel bir işbölümünün bulunmadığı hallerde dahi güven ilkesi-*

⁶ Tag, Der Körperverletzungstatbestand im Spannungsfeld zwischen Patientenautonomie und Lex artis, s. 260.

YENER
ÜNVER'İN
TEBLİĞİ

nin uygulanması hem taksirin hem de kusurun varlığının tespiti için gerekli ve yararlı olduğu gibi, tıbbi müdahalelerde mesleğin bir işbölümü halinde yürütülmesinde bu ilkeyi uygulamak öncelik/eleviyetle böyledir. Trafığe çıkan bir kimsenin trafikteki diğer kişi veya kişilerin trafik kurallarına uyduklarına veya uyacaklarına güvenmesi gibi, ekip halinde icra edilen bir tıbbi ameliyenin şefi doktor da, ekibindeki herkesin üzerine düşeni yapacağına, hem görevini, tıbbi işbölümü içinde payına düşeni icra edeceğine hem de teknik güvenlik normlarına uygun davranacağına güvenebilecektir.

İlkenin mantığı, belirli riskli bir hareketi yapan kimsenin, benzer harekette bulunan kimsenin hukuken riskleri azaltmak veya ortadan kaldırmak amaçlı olarak kabul edilmiş teknik güvenlik normlarına uygun davranacaklarına güvenebileceğini, bu güvenmesinin kendisi aleyhine hukuksal sonuç çıkarmak için yorumlanamayacağı, insanların hareketlerini sürekli başkalarının olası hatalı davranışlarına göre şekillendirmek zorunda olmadıkları, her ne kadar başkaları 'oyunun kurallarına uygun' davranmadığı için kazalar veya diğer istenmeyen tehlike veya zarar neticelerinin doğduğu bir vaka ise de hiç kimsenin diğerinin hareketinin doğuracağı tehlikeyi azaltmak veya ortadan kaldırmak ve ondan sonra veya o çerçevede kendi hareketini gerçekleştirmek yükümlülüğü bulunmadığı biçiminde anlaşılabilir.

III. İSTİSNALAR

Şüphesiz bu kuralın, tıp hukuku alanında da kara-hava-deniz trafiği başta olmak üzere diğer alanlarda da istisnalarıyla birlikte uygulanması gerekmektedir.

Bu bağlamda, güven ilkesi, bazen başkasının hatasına itiraz etmek, onu uyarmak ve düzeltmek gerekliliğini de ifade etmektedir ve bu yapılmayınca, güven ilkesinden yararlanılamayacaktır. Bu özellikle kamusal anlamda hiyerarşik olsun bu anlamda olmasa dahi bir tıp ekibinin şefinin yetkisi gibi kendine özgü nitelikte

de olsa, üst görev alanların ve yetki kullananların veya ekibin liderinin yükümlülükleri kapsamındadır. Ekip şefi hekim ameliyat araç-gereçlerini ve ortamının olması gerektiği gibi noksansız ve steril olmasını sağlamak zorunda olduğu gibi, ekibinin faaliyetlerini de denetlemek ve hatalı eylemlerin varlığı halinde uyararak hataların önüne geçilmesini sağlamak ve daha önemlisi bir taraftan ekibi olması gereken uzman, bilgili ve yetenekli kimselerden oluşturmak ve tecrübesiz asistanlar veya intörn öğrencilerin belirli ameliyatları yapmayı, tıbbi müdahaleleri öğretmek anlamında eğitim amaçlı olarak ekibe dahil edilmeleri halinde de onların hareketlerinin devamlı kontrolü gerekmektedir.⁷

Örneğin, bir cerrahi operasyonda anestezi uzmanı sarhoş olduğu için tıbbi hata yapar ve hasta ölürse, bu takdirde hem ekip şefi cerrahın hem anestezi uzmanının ceza hukuku sorumluluğu vardır. *Burada cerrahi ameliyat ekibini oluştururken, uzmanlığına rağmen, o anda sarhoş olan anestezi uzmanı ile ameliyata girmemeliydi.* Cerrah bunu yapmakla üzerine düşen özen yükümlülüğünü ihlal etmiştir ve somut tipik neticenin doğmasında gerek cerrahın gerek anestezi uzmanının neden-sonuç taşıyan taksirli hareketler vardır; cerrahın güven ilkesine dayanabilmesi mümkün değildir. Bu da bize, güven ilkesinin belirli durumlarda kişinin cezalandırılabilirliğini ortadan kaldıran bir kurum olmadığını, bir kimsenin ceza hukuku sorumluluğunun doğması için kendi taksirli hareketi.

⁷ Alman doktrininde bazı yazarlar bu ilkenin belirtilen istisnasını reddetmekte ve ekibini iyi oluşturmayan, cemi elemanını denetlemeyen hekimin tecrübesiz elemanının hatalı davranışından sorumlu olmayacağını savunurken, diğer bir grup yazar ise, bu istisnayı kabul etmekte ve istisnanın varlığı halinde o ekip şefi doktorun elemanının, ekipteki diğer kimsenin eyleminin yol açtığı neticeleri denetim-gözetim, elemanı iyi seçme, ekibi olması gerektiği gibi oluşturma, alet/araçların steril halde bulundurulmasını kontrol ve ameliyatı denetlemek ve koordinatör olarak denetlemek görevini yerine getirdiği için sorumlu tutulacağını savunmaktadırlar (Bkz. DELOGU, Modern Hukukta Taksirli Suçun Önemi, s. 124.). Karş.: Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, s. 1070-1071.

ile neticeye sebebiyet vermesi gerektiği subjektif ceza hukuku sorumluluğunu temellendirdiğini göstermektedir.⁸

Şüphesiz burada, ekip şefi hekimin asistanların her tür davranışını sürekli denetleyip, uyarması ve hataların önüne geçilmesini sağlama yükümlülüğü yoktur. Aksi halde bir işbölümünden ve ekip halinde yürütülen bir tıbbi müdahaleden söz edilemez. Esasen bu beklentinin fülüyatta da gerçekleşmesi mümkün değildir; çünkü bazı tıbbi müdahaleler birden fazla kimsenin işbölümünü gerektirmektedir ve herkes farklı bir görevi yerine getirmeyi üstlenmektedir. Bu tür müdahalelerde ekip şefi doktor her şeyi yapamaz ve ekip oluşturmadan veya kendisinin uzmanı olmadığı ve gerçekte ekipte yer alacak başka bir kimsenin (narkoz uzmanı v.s.nin) yapacağı işi yapmaya kalkarsa ne ekip halinde bir tıbbi müdahalen söz edilecek ne de tıbbi müdahalenin tıbbi standartlara uygun icra edildiğinden söz edilecektir.⁹ Ekibi oluşturmak, müdahaleyi yönetmek açısından şef olan bir cerrah ekip içindeki bir kimsenin uzmanlık bilgi ve becerisine sahip olmayabilir; çünkü herkesin uzmanlığı ayrıdır ve işbölümü halindeki bir tıbbi ameliyede farklı konularda uzman ve biden fazla sayıda insanın varlığına ve bunların ahenk içinde üzerlerine düşen görevi layıkıyla yapmaları gereklidir.

Ancak ekip şefi, ekibi olması gerektiği gibi oluşturmaz, hiçbir tecrübesi olmayan bir öğrenciye önemli bir hareketi başlatarak ve ameliyathaneden çıkıp dinlenmeye veya başka bir işini görmeye giderse veyahut bir hastayı diğer bir doktordan alan kimsenin hiçbir inceleme yapmadan önceki doktorun teşhis ve tedavisini otomatikman kabul ederek devam ettiren doktor, güven ilkesinden yararlanamayacaktır ve doğan

⁸ Brose, Johannes. Afgabenteilung im Gesundheitswesen. Horizontale und vertikale Arbeitsteilung auf klinischer und präklinischer Ebene., in: Medizinstrafrecht - Im Spannungsfeld von Medizin, Ehtik und Strafrecht (Roxin/Schroth-(Hrsg.-)., Boorberg 2000, s. 53, dipnot: 7.

⁹ Farklı görüş ve gerekçeler için Bkz. Brose, Afgabenteilung im Gesundheitswesen, s. 57-60.

neticeler açısından kastı yoksa, taksirli bu hareketi nedeniyle ceza hukuku sorumluluğu doğacaktır.¹⁰

Özetle, aynı alanda hareket eden kimsenin kurallara uygun davranmadığına/davranmayacağına duyulan güvenin yerinde olmadığı, bu güveni sarsacak belirtiler bulunuyor veya sarsıldığı görülmüyorsa, başkalarının 'oyunun kurallarına uygun' davranmadığı görülüyor veya davranmayacağından kuşkulanılmayı haklı kılan emareler varsa, bu takdirde güven ilkesi uygulanmayacaktır.¹¹ Bu durumda, gerektiği şekilde davranmayan kimsenin davranışı hatalı da olsa, bunu öngören kimse davranışlarını zarar veya tehlikeyi önleyecek biçimde ayarlamak düzenlemek ve yönlendirmek zorundadır. Güven ilkesinin geçerliliği için hukuken korunan, haklı bir güvenin koşullarının bulunması gereklidir. Bu ilke, kurala uygun davranmayan kimsenin bu davranışını fırsat bilerek hukuka aykırı veya suç teşkil eden bir davranışı gerçekleştirmek imtiyazı/dokunulmazlığı olarak algılanmamalıdır.

Keza bazen aynı alanda hareket eden kimselerin hareketleri birbirini zaman itibariyle zaman itibariyle takip ederse, önceki hareketi yapan hekimin/sağlık personelinin davranışlarına güvenen kimse, üzerine düşen muayene, teşhis ve tedavi için gerekli incelemeleri yapmadan önceki bir sağlık personelinin eylemlerini sürdürürse, burada güven ilkesine dayanamaz ve güven ilkesi bu kimsenin davranışının taksirli davranış olarak nitelendirilmesini önleyemez. Bir önceki hekimin yaptığı hatalı teşhis ve tedaviyi kontrol etmeden doğru kabul eden hekim veya önceki teşhis ve/veya tedavinin doğru olmasına karşılık aradan geçen süreçte hastalığın seyri veya ilave olay gelişimleri nedeniyle hastanın durumunda meydana gelen değişiklikleri incelemeyen, önceki tedavi araç ve yöntemlerini doğru varsayarak tedaviye devam eden kimse, önceki teşhis ve/veya tedavinin hatalı olduğunu bilerek

¹⁰ Ünver, Yener, Hekimin Cezai Sorumluluğu., Roche Sağlık Hukuku Günleri - 7 Bölge 7 Nokta., Cilt: II, (Soru ve Cevaplar), İstanbul 2007, s. 192.

¹¹ Örnek olaylar, doktrinadaki görüş ve yargı kararları için Bkz. Ünver, Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk, s. 342-344.

V. TÜRK - ALMAN TIP HUKUKU SEMPOZYUMU

YENER
ÜNVER'İN
TEBLİĞİ

veya aradan geçen zaman sürecinde önceki teşhisin hastanın o andaki hastalığının teşhisi açısından yerinde olmaması durumunda, fail bunu kasten yapmıyorsa, doğan neticeden taksirle ceza hukukuna göre sorumlu tutulmalıdır. Burada şüphesiz önceki davranış öngörülebilir ve önlenebilir nitelikte olmalıdır.

Dikkat edilirse, güven ilkesinin istisnaları ya da başka bir ifadeyle uygulanamayacağı haller, ekipteki diğer kimsenin özen kurallarına dikkat etmediğinin, tehlikeli hukuka aykırı davranışta bulunduğu somut olayda da öngörülmesine ve bunun objektif olarak da öngörülebilir ve önlenebilir nitelikte olması ve ikinci olarak ise diğer kimselerin davranışlarının özel konum nedeniyle denetlenip kontrol edilmesinin, gözetlenmesinin bir yükümlülük olarak ortaya çıkması halleridir.¹²

Buna karşılık, Alman hukukunda bazı hukukçularca ileri sürülen¹³ ve güven ilkesinin gözetim ve denetim yetkisine sahip bir cerrah hakkında uygulanmayacağı görüşü hatalı olduğu gibi, bu görüşün teori olarak savunulabilirliğinin destekleyen ciddi bir gerekçe de bulmak güçtür.

Ekip halinde yürütülen tüm faaliyetlerde bu ilkenin uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalı olmakla birlikte,¹⁴ *başta tıp mensupları olmak üzere özellikle işbölümü yapılan (ameliyat gibi) ve fakat işbölümü yapılmadan da birden fazla kimsenin katıldığı bir faaliyetin icrasına ilişkin olarak bu ilkenin uygulanması gerektiği kanısındayım.*

Diğer yandan bir kimsenin kasten bir suç işlemediğine güven duyulan hallerde de güven ilkesi uygulanma alanı bulacaktır. Alman öğretisinde bu, 'herkesin kural olarak başkasının kasten bir suç işlemediğine güvenebileceği' biçiminde ifade edil-

¹² Aynı yönde: Katoğlu, *Ekip Halinde Yürütülen Faaliyetlerde Güven İlkesi ve Ceza Sorumluluğu*, s. 32.

¹³ Aktaran Katoğlu, *Ekip Halinde Yürütülen Faaliyetlerde Güven İlkesi ve Ceza Sorumluluğu*, s. 33.

¹⁴ Ünver, *Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk*, s. 345.

mektedir.¹⁵ Bu güvenle harekette bulunan bir kimse, esasen yanıldığı için, yani güven duymasının aksine başkası bir suç işler ve bu da güvenen kimsenin bir zarar veya tehlike suçuna neden olmasına yol açarsa, güvenmek konusunda yanılan kimsenin güven ilkesinden yaralandırılması gerekmektedir. Şüphesiz, güven ilkesinin istisnası, yani üçüncü şahsın bir suç işlemiş olabileceğine ilişkin karineler var ise, artık burada üçüncü şahsın suç işlemediğine ilişkin güven hukuken korunmayacak, yani güven ilkesi bu kimsenin ceza sorumluluğunu ortadan kaldırmayacaktır.

Burada önemli olan ilgili kimselerin görev/yükümlülük alanlarını ve sınırlarını belirlemektir. Bu iş/görev paylaşımı yani somut tıbbi müdahaleye ilişkin yükümlülüklerin paylaşımı ekip halinde icra edilen tıbbi faaliyetlerde ekip şefi/lideri doktor tarafından ekipteki diğer kimselerle konuşup uzlaşarak yapılabilir, bazen pozitif hükümlerle (kanun, tüzük veya yönetmeliklerle) belirlenebilir, bazen uzmanlık alanlarının gereklilikleri aracılığıyla belirlenebilir ve bazen de işin doğası-yapısından (örneğin anestezi uzmanının hastanın ameliyat sonrası ayılmasına kadar yanında beklemesi gerekliliği ve uygulaması gibi), sürekli uyulan mutad mesleki alışkanlıkların sürdürülmesinden ortaya çıkar.

Ancak, ekip halindeki bir faaliyette bir işbölümü yapılmamış veya yapılan işbölümü hatalı-hukuka aykırı ise, bu takdirde, işbölümü/görev dağıtımının bulunmamasını veya hatalı işbölümünü bahane eden doktor, ekipteki diğer doktor veya sağlık personelinin gerekli güvenlik önlemlerini düşünüp aldığını varsayamaz, buna güvenemez; güvenirse hukuk bunu korumaz, korumamalıdır.¹⁶

¹⁵ Açıklama ve örnekler için Bkz. Ünver, *Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk*, s. 346. Ayrıca Bkz. RGSt 76, s. 1 vd. ve 9. HD. 25. 11. 1994., E. 6472, K. 11467 (YKD 1995, sy: 1, s. 86-90).

¹⁶ Örnekler için Bkz. Brose, *Afgabenteilung im Gesundheitswesen*, s. 54-57; TAG, Brigitte. *Der Körperverletzungstatbestand im Spannungsfeld zwischen Patientenautonomie und Lex artis*, s. 262-264.

IV. KANUNİ DÜZENLEME

Doktrinde izin verilen riskin açık bir kanuni düzenlemesi biçiminde de kabul edilen güven ilkesi ilk açık kanuni düzenlemesini *Avusturya Karayolları Trafik Kanunu'nun 3. paragrafında* bulmuştur. Burada açıkça, belirli istisnai haller dışında, karayolunu kullanan kimsenin diğer insanların da bu yolun kullanılması bakımından ilgili hukuk kuralına uyduklarına güvenebileceği ifade edilmiştir.¹⁷

Dikkat edilirse, *güven ilkesinden yararlanacak kimsenin, mutlaka karayolunda araç kullanması, tıbbi müdahale ekibinin içinde yer alması gerekmemektedir.* Bu güven ilkesinden, karayolunu yaya olarak kullanan kimse de üzerinde bir tıbbi müdahale yapılan kimse de yararlanabilir; kişiler aynı alandaki diğer bir kimsenin o alanın ve hal ve koşulların gerektirdiği hukuk kurallarına uygun davranacaklarına güvenmeleri nedeniyle kınanamamaktadırlar. Çünkü bu durum kendileri açısından beklenilemez ve önlenemez durum arz edip, bunun nedeni ise güven ilkesi gereğince diğerinin davranışına güvenmeleridir. Diğer kimselerin gerektiği biçimde davrandığına ve davranacağına güvenen kimselerin taksirli ve/veya kusurlu davrandıkları söylenemez.

V. ÖZEL SORUN

Kişinin Kendisi Hukuk Aykırı Davranıyorsa, Güven İlkesinden Yararlanabilir Mi?

Alman yargı uygulamasında benimsenen ve doktrinde bu uygulamayı destekleyen görüşe göre, bir kimsenin kendisi oyunun kurallarına aykırı davranıyorsa, güven ilkesinin gereklerinden yararlanamayacaktır.¹⁸

¹⁷ Bkz. Ünver, *Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk*, s. 341.

¹⁸ Ünver, *Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk*, s. 343.

Bilindiği üzere, mesleki bilgi eksikliği, tıp/sağlık mesleği mensubunun bilgilerini güncellememesi, kendisini geliştirmemesi, yeni literatürü takip etmemesi, yeni metod ve araçların nitelik, işlev ve kullanımını öğrenmemesi meslekte acemilik anlamına gelip, doktrinde taksirli davranış olarak kabul edilmektedir. Keza bir ameliyatta enfeksiyonu önleyici teknik güvenlik normlarına, önleyici kuralarla uymayan bir hekim de yaralama veya ölüm neticesine yol açtığında, neticeden taksirinden sorumlu olacaktır.¹⁹

*Ancak kanımızca bu genel kabul, somut birçok olayda adil bir çözüm sunmamaktadır. Bu da bize, güven ilkesinin tek sonucunun bir kimsenin taksirli davranışının var olup olmadığını tespit değil, bazen taksirin varlığına karşı o kimsenin kusurunun azaldığı veya ortadan kalktığı kabulünü gerektirdiğini, yani taksirin varlığı-yokluğunu tespit dışında da uygulanabileceğini göstermektedir.*²⁰ Örneğin kurala aykırı davranan kimsenin taksirli davranışının ilgili bir trafik kazası veya hatalı bir tıbbi müdahalede nedensel olmadığı olaylarda, bu kimseyi güven ilkesinden yararlandırmamak yerinde olmadığı gibi hukuka uygun ve adil olmayacaktır. Burada esasen, kendisi kurala aykırı davranan kimsenin bu davranışının yaptırımını bu ilkedden yararlandırmamak değil, somut olayın koşullarına göre taksirinin varlığı, eyleminin başka bir haksız fiil veya suç teşkil etmesi ya da taksirli davranışına karşın nedensellik bağının bulunmaması nedeniyle sorumsuz olması ya da başka bir tehlike suçuna vücut verdiği için o suç nedeniyle sorumlu tutulması olabilir.

Ancak bu hatalı davranışta bulunan kimse de diğer kimselerin kurala uyacağına güvenebilir, bir kimsenin kurala aykırı davranması diğerine de bu şekilde hareket etmek olanağı vermez.

Güven ilkesinden yararlanacak kimsenin, hatalı davranmasaydı dahi somut olayda netice değişmeyecek idi ise, bu durumda o kimse-

¹⁹ Delogu, *Modern Hukukta Taksirli Suçun Önemi*, s. 120.

²⁰ Aynı yönde: Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, s. 1072.

YENER
ÜNVER'İN
TEBLİĞİ

*yi güven ilkesinden yararlandırmamak yerinde değildir kanısında-
yım. Somut zarar veya tehlike neticesinin meydana gelmesini
etkilemeyen ve tesadüfen ihlal edilen bir kuralın varlığı nede-
niyle, esasında başka nedenlerle meydana gelen bir netice ne-
deniyle bu kimsenin güven ilkesinden yararlandırmamasına
yol açmamalıdır.*

*Diğer yandan, kurala aykırı davranan kimsenin bu davranışı
diğer bir kurala, örneğin bir tehlike suçuna vücut verirse, burada
kişi sorumlu tutulabilir ise de, bu sorumluluğun nedeni o kimsenin
güven ilkesinden yararlanmaması olmayıp, kişinin taksirli/kastlı
davranışının bir suç teşkil eden neticeye sebebiyet vermesi ve ku-
rala aykırı davranan diğer kimsenin hareketinin failin hareketinin
nedensellik bağının önüne geçen yeni bir illi seriyi başlatmamış ol-
masıdır. Özen ilkesi kurala aykırı davranan kimselerin sorum-
luluğunu sınırlamak değil, kimin hangi özen yükümlülüğü
altında olduğunu belirleyici fonksiyon görür.²¹*

VI. YARGI KARARLARI

1. Yabancı Ülke Yargı Kararları

Bu kural ilk olarak kara trafiği alanında ortaya atılmış ve trafikteki bir kimsenin trafiğe katılan diğer kimse veya kimselerin de trafik kurallarına uyararak hareket edeceğine güvenebileceği kabul edilmiştir. Trafiğin engellenmeksizin akışındaki hukuksal yararlar o kimselerin bizatihi trafiğe katılmakla yol açabilecekleri tehlikelere nazaran daha üstün/önemlidir; meğerki, trafiğe katılan üçüncü şahsın kurala aykırı davranışı öngörülmüş olsun. Konuya ilişkin Alman Federal Yüksek Mahkemesi kararlarında da trafikteki herkesin trafiğe katılan diğer kimsenin de trafik kurallarına uyararak araç kullanabileceğine güvenebileceğini ve fakat bulunduğu yer itibarıyla olası tehlikeleri öngöremeyeceği (örneğin bir kavşak veya

²¹ Ayrıntılı bilgi için Bkz. Ünver, *Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk*, s. 343-344.

okul çıkışları gibi yerlerde hızını azatlara ani tehlike anlarında durabileceği biçimde ayarlaması gerektiği ifade edilmiştir. Aynı alandaki kimselerin davranışlarının mutlaka birlikte ve külli olarak değerlendirilmesinin geremediği, tek kişinin hareketinin bulunduğu durumlardakinden daha fazla güvenlik önlemlerine uyma yükümlülüğü bulursa ve özellikle ekip şefi statüsünde bulunan kimsenin ilave dikkat yükümlülükleri olsa dahi, failin hareketinin mutlaka üçüncü şahsın hareketi ile birlikte değerlendirilmek zorunda olmadığını ifade eden bu kuram çeşitli biçimlerde ele alınarak, farklı alanlarda da uygulanmış ve trafik dışında en çok tıp hukuku alanında ekip halinde icra edilen tıbbi müdahalelerdeki işbölümüne izafe edilmektedir.²²

İtalyan Yargıtayı ise, başlangıçta güven ilkesinin trafik konusunda taksiri önleyici derini reddederken, özellikle 80'li yıllar ve sonrasında bu ilkeyi kabul etmiş ve ilkeyi aşağıda değinilecek istisnasıyla birlikte benimseyerek, üçüncü kişinin o alandaki geçerli hukuksal kurallara veya ortak deneye/ tecrübeye dayalı kurallara uymayacağı öngörülebilir ise, bu ilkenin uygulanmayacağına karar vermiştir.²³ Ancak İtalyan Yüksek Mahkemesi'nin güven ilkesini kabul ederken, taksir için aranan özen yükümlülüğü yanında ayrıca fail tarafından '*zararlı sonucu engellemeye yönelik tüm toplumsal davranış kurallarına uyulması*' gerekliliğini aramasını²⁴ yerinde bulmadığım gibi, taksir sorumluluğu açısından da hatalı görmekteyim.

İtalyan Temyiz Mahkemesi ameliyatta cerrahın hastanın karnında tampon unutması nedeniyle ekibi denetleme görevi olmayan anesteziistin ceza sorumluluğu olmadığını ve fakat ameliyat sırasında asistanın davranışlarını denetleyip izlemekle görevli cerrahın denetleme görevini ihlal etmesi nede-

²² İlkenin farklı uygulanma alanları ve Yüksek Mahkeme kararları için Bkz. Ünver, *Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk*, s. 339-340.

²³ Delogu, *Modern Hukukta Taksirli Suçun Önemi*, s. 124.

²⁴ Bkz. Katoğlu, Tuğrul, *Ekip Halinde Yürütülen Faaliyetlerde Güven İlkesi ve Ceza Sorumluluğu*, *TBB Dergisi*, 2007, sy: 68, s. 33.

niyle sorumlu olduğuna karar vermiştir. Burada ise, diğer kişinin riskli davranışının öngörülebilir ve önlenabilir nitelikte olmasını bir ölçüt olarak kabul etmiştir. Bu örneklerden ilkini doğru buluyorum. Ancak, ikinci olaya ilişkin varılan sonucun genel geçerli bir kabul olarak ele alınmaması gerektiğini, somut olayın koşullarına göre değerlendirmek gerektiğini, yetişkin, uzman ve konusun bilen, tecrübesi olan bir asistanın sürekli ekip başkanı cerrah/hekim tarafından denetlenmesinin beklenilemeyeceğini, bu durumda sorumluluk için ancak somut olayda acemilik veya hatalı davranışların veya belirtilerinin görülmesine karşın müdahale edilmemesinin gerektiği kanısındayım. Ancak asistan uzman değil, o branşta değil veya gerekli nitelikleri haiz değilse daha baştan itibaren ekibin kurulmasında elemanın seçimindeki gerekli özennin gösterilmemesi nedeniyle, bu yetenekler olmasına karşın acemi ve yeterli tecrübeye sahip değil ve bunu elde etmek için ekibe katılıyorsa, yaptığı ameliyenin sürekli denetlenmesi ve eğer denetlenmez ve netice meydana gelirse, güven ilkesinin bir koruma getirmeyeceğini ve ekip şefi hekimin de sorumluluğunun bulunduğu kanısındayım.

2. Türk Yargı Kararları

Yargıtay 2. Ceza Dairesi, bir önemli kararında bu ilkedan açıkça söz etmemekle birlikte, bir ameliyatta gözetim ve denetim yükümlülüğü bulunan kimsenin ameliyat esnasında tecrübesiz kimseleri gözetip denetlemek ve hataları konusunda uyararak hukuksal yükümlülüğü bulunduğunu ve bunu ihmal etmesi durumunda başkasının hatalı davranışı halinde buna ilişkin yükümlülüğünü yerine getirmediği için bu kimsenin taksirli eyleminin bulunduğunu ve ceza sorumluluğunun doğduğunu kabul etmiştir. Karara konu olayda, ameliyata başladıktan sonra esasen bir saatlik bir ameliyat için kullanılan oksijen tüpünün içinde 15 dakikalık oksijen kaldığı anlaşılmış, yeni tüp takıldıktan sonra hastanın kötüleşmesi nedeniyle yeni takılan tüpün oksijen yerine karbondi-

oksit tüpü olduğunun farkına varılmış, sonradan anestezi ve reanimasyon uzmanının tüpleri ameliyat öncesi kontrol edip ameliyata hazırlamak görevini ihmal ettiği, bunu yapacak teknisyenlere nezaret etmediği, anestezi uzmanı teknisyenlerin de tüpü değiştirme e kontrol işini kendileri yapmaları gerektiği halde bunu bir hizmetliye yaptırdıkları, bunlar nedeniyle hastanın öldüğü olayda, Yargıtay, gerek anestezi uzmanı teknisyenlerin gerek bunları kontrol etmesi gereken uzmanın sorumlu olduğuna karar vermiştir.²⁵ Bu karar, denetim görevini yerine getirmeyen ve bu görevini ihmal eyleminin netice açısından nedensellik değeri taşıdığı bir durumda, ilgili kimsenin güven ilkesine dayanamayacağını (kararda açıkça güven ilkesinden söz etmemekle birlikte, mantık olarak) kabul ettiği görülmektedir.

Diğer taraftan Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, bir çocuğun doktor ve hemşire gözetimindeki tedavisi sırasında ölmesine ilişkin verdiği bir kararda, yalnızca yanlış enjeksiyonu yapan hemşirenin değil, doktorun yanlış uygula verdiği bir karardan enjeksiyona müdahale imkanı varken bunu yapmamasını ve serum setini yukarıya kaldırarak iğnenin daha hızlı verilmesini sağladığı için doktorun da (hemşire yanında) sorumlu olduğuna karar vermiştir.²⁶ Kararın ceza sorumluluğunun şahsiliği ve güven ilkesi ve bu ilkenin istisnasına uygun olduğu kanısındayım.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu ise, tıp hukukuna ilişkin olmayıp iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili bir olaya ilişkin verdiği, güven ilkesi açısından da bir önem arz etmeyen ve fakat bir taraftan taksir sorumluluğu diğer taraftan ise ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi açısından önemli ve aynı zamanda *tıp hukuku alanını da etkileyecek bir kararda*, herhangi bir kurs veya eğitim görmemiş, yeterlilik belgesi bulunmayan bir kim-

²⁵ Kararın tam metni için bkz. 2. CD, 05. 02. 1996., E. 268, K. 1025 (YKD 1996, sy: 9, s. 1483-1485).

²⁶ Ünver, Yener, Hekimin Cezai Sorumluluğu, *Roche Sağlık Hukuku Günleri* - 7 Bölge 7 Nokta., Cilt: I, (Tebliğler), İstanbul 2007, s. 154, dipnot: 59.

YENER
ÜNVER'İN
TEBLİĞİ

seyi bir fabrikanın kazan dairesinde çalışmak için işe alan ve gerekli güvenlik önlemlerinin alınmasını da öğretmeyen işveren, bu işçinin taksirli hareketi nedeniyle kazanın patlaması ve bizatihi bu işçinin ölmesi olayından sorumlu olduğuna karar vermiştir.²⁷

VII. CEZA SORUMLULUĞUNUN ŞAHSİLİĞİ, OBJEKTİF CEZA SORUMLULUĞUNUN YASAK OLMASI VE GÜVEN İLKESİ

Ceza sorumluluğunun şahsiliği temel ilkesi, yani herkesin ancak 'kendi' 'kusurlu' eyleminden sorumlu tutulabileceği ve başkasının eyleminden sorumlu tutulamayacağı kuralı evrensel bir ceza hukuku ilkesi olup, gerek anayasamızda gerek TCK'da açıkça düzenlenmiştir. Bu ilke aşağıda değinilecek birçok hukuksal sonucu yanında, özellikle objektif veya kolektif ceza sorumluluğuna yol açabilecek kanun hükümlerini yasakladığı gibi, mevcut kanun hükümlerinin de objektif veya kolektif sorumluluğa yol açacak şekilde yorumlanıp uygulanmasını yasaklamakta ve ceza hukukunun özüne aykırı kılmaktadır.²⁸

Konuyla doğrudan ilgili olarak, AY. m. 38'in ilke ile ilgili fıkraya ilişkin gerekçesi şöyledir: "...fıkra ceza sorumluluğunun "şahsi" olduğu, yani failden gayri kişilerin suç sebebiyle cezalandırılmayacağı hükmünü getirmektedir. Bu ilke dahi ceza hukukuna yerleşmiş ve 'kusura dayanan ceza sorumluluğu' ilkesine dahil, terki mümkün olmayan bir temel kuraldır.²⁹ AİHS m. 6 de

²⁷ CGK. 15. 10. 1990., E. 2/214, K. 236 (Nakleden Katoğlu, Ekip Halinde Yürütülen Faaliyetlerde Güven İlkesi ve Ceza Sorumluluğu, s. 36, dipnot: 31).

²⁸ Bkz. Ünver, Yener, *Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk.*, *Ceza Hukuku Günleri*, 70. Yılında Türk Ceza Kanunu -Genel Hükümler- (26-27 Mart 1997-İstanbul), İstanbul 1998, s. 109 vd.

²⁹ Bkz. Madde ve fıkra gerekçesi.

tıpkı yukarıda değinilen AY'nın 38. maddesi gibi ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesini düzenlemiştir.

TCK m. 20/1'deki düzenlemeyle, AY'nın yukarıda belirtilen maddesine uygun olarak ceza sorumluluğunun şahsiliği kuralı vurgulanmıştır.³⁰ Bu madde metnine göre, "Ceza sorumluluğu şahsidir. Kimse başkasının fiilinden dolayı sorumlu tutulamaz".

Günümüz çağdaş hukuktaki ceza sorumluluğu subjektif sorumluk esasına dayanmaktadır. Buna göre, kişi ancak kendi kusurlu fiilinden sorumlu tutulabilir ve ceza hukukundaki sorumluluk değerlendirmesi ancak bireysel olarak yapılabilir. Bu husus hem kastlı suçlarda hem de taksirli suçlarda böyledir. Kastlı suçlar açısından suça iştirak (=suç ortaklığı) kurallarının (TCK m. 37-41) varlığı ve cezanın iştirak statüsüne göre belirlenmesi ve taksirli suçlarda ise taksirin her kişi açısından ayrıca değerlendirilmesi ve taksirin eyleme katılanlar arasında paylaştırılmasının yasaklanması (TCK m. 22/4 ve 5) bu nedenledir. Ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi başkasının fiilinden sorumluluğu yasaklarken, ayrıca hem kusursuz ceza sorumluluğunun olamayacağını hem de bir kişinin harekette bulunması ile bu hareketinin suç neticesi açısından nedensellik bağı taşıdığına ispatını zorunlu kılmaktadır. Yani ne sadece taksirli (veya kastlı) bir davranış ne de sadece hareket ile netice arasındaki nedensellik bağı sorumluluk için yeterli değildir.

Ceza hukukunda objektif, kusursuz veya netice veyahut kolektif ya da kanuni sorumluluk olmaz. Netice nedeniyle ağırlaşan suçtan farklı bir şey olan netice nedeniyle sorumluluğunun ceza hukukunda yeri olamaz.³¹ Ceza sorumluluğu için, suç tipine uygun haksız bir davranışın varlığı, bu davra-

³⁰ Bkz. Madde gerekçesi.

³¹ İçel, Kayıhan, Ceza Kanunlarında Yenileştirme Eğilimleri ve İlkeleri Kolokiyumu, Kolokiyumlar ve Tartışmalar, İstanbul 1981, s. 63-64.

nişla netice arasında nedensellik bağının varlığı ve bu davranışın failin kusuruna bağlı olması gereklidir.³²

Kişilere kolektif ceza verilemez ve hiç kimse başkasının fiilinden sorumlu tutulamaz.³³ Objektif sorumluluk bugün artık tarihin karanlıklarında kalmış ve ceza hukuku açısından kabul edilemez bir sorumluluk olarak değerlendirilmektedir.³⁴

Özetle bir kimse açısından ceza sorumluluğunun doğabilmesi için, diğer koşullar ve suçun diğer unsurları yanında, özellikle bir fiilin o ilgili kimseye isnad edilebilmesi gerekir. Bu isnadiyetin yapılabilmesi için de, fiilin o failin eseri olması, yani hareketi ile netice arasında nedensellik bağının bulunması ve o fiilin meydana getirilmesi açısından failinin kusurunun bulunması gereklidir. Özel hukukta geçerli olan hakkaniyet/adalet/fedakarlığın denkleştirilmesi veya kusursuz sorumluluk ilke ve uygulamaları ceza hukukunda geçerli değildir. Ceza hukukunda bu gibi sorumluluk ilkeleri kabul edilemeyeceği gibi, sırf statü veya işveren ya da istihdam edenin sorumluluğu gibi ilkeler de geçerli olamaz.

Ceza sorumluluğu açısından "kusur" ile "kader" arasındaki fark, yani kusura dayalı sorumluluk ile kişiden bireysel olarak yerine getirilmesi beklenemeyecek ve insanüstü yükümlülüklerden sorumluluk arasındaki fark budur. Hukuk, özellikle de ceza hukuku hangi statüde olurlarsa olsunlar, insanlardan hiçbir zaman imkansız istemez, isteyemez.³⁵

İşte güven ilkesi ve bu ilkenin istisnası da, ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesine hizmet etmekte gerek taksirin

³² Erman, Sahir. Mesleki İhmalde Doğan Cezai Sorumluluk (Çev.: Süheyl Donay), İÜHF 1969, c:34, S. 1-2, s. 589.

³³ Anayasa Mahkemesi de ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesini önemle vurgulamaktadır (Bkz. AyMK 11. 12 1980., 63/68 = AMKD Ankara 1981, S. 18, s. 388).

³⁴ Bkz. Ünver, a. g. e., s. 120,

³⁵ Bkz. Ünver, a.g. e., s. 126.

varlığını tespitte sübjektif ceza hukuku ilkelerine zemin hazırlaması gerek üçüncü şahsın eyleminden sorumluluğu engellemesi gerek somut olay adaletinin gerçekleştirilmesine hizmet etmesi nedeniyle, birden fazla kişinin eyleminin netice açısından doğrudan veya dolaylı etkili olduğu durumlar için mutlaka dikkate alınması gerekli bir ilkedir.

YENER
ÜNVER'İN
TEBLİĞİ

**VIII. CEZA HUKUKUNDA TAKSİR,
HERKESİN KENDİ KUSURUNA GÖRE
CEZALANDIRILACAĞI VE KUSURUN
HER BİREYE GÖRE AYRI TESPİT EDİLECEĞİ
KURALI (TCK m. 22/5) VE
GÜVEN İLKESİ İLİŞKİSİ**

Öncelikle, TCK'nın 22. maddesinde açıkça yazılmamakla birlikte, mülga TCK'nın hükümlerinde düzenlendiği (m. 455 ve 459) gibi, meslekte acemilik ve talimatlara riayetsizlik de tıpkı tedbirsizlik ve dikkatsizlik gibi, objektif özen yükümlülüğünün bir türü olarak taksir değerlendirmesinde dikkate alınmalıdır.³⁶

Birden fazla kimse tarafından ekip halinde ve işbölümü biçiminde gerçekleştirilen faaliyetlerde; 1) bir taraftan neticeye davranışıyla neden olan kişi veya kişilerin saptanması, 2) diğer taraftan bu kişilerin neticeye neden hareketlerinin taksirli olup olmadığını ve 3) nihayet bu taksirli harekete rağmen o kimsenin ceza hukuku sorumluluğunun olup olmadığını saptamak gerekir.

Taksirli eylem nedeniyle ceza sorumluluğunun belirlenmesi, objektif özen yükümlülüğünün ihlalinin varlığını saptamak için, 'öngörülebilirlik ve önlenebilirlik' ölçütlerinden yararlanılmakla birlikte, özellikle ekip halinde yürütülen faaliyetlerde tek başına bu ölçütlere başvurmak sorunu adil biçim-

³⁶ Ünver, Hekimin Cezai Sorumluluğu, Roche Sağlık Hukuku Günleri, Cilt: I, (Tebliğler), s. 122.

de çözmemektedir. Çünkü ekip üyelerinin uzmanlaşmalarını ve yükümlülüklerinin bu uzmanlık alanına uygun belirlenmesinin hem işbölümü ve uzmanlaşmanın bir gereği olması hem de ekipteki herkesin diğerinin hareketlerinin doğuracağı riski önlemek için onun hareketlerini gözetleyip denetlemesi, dikkatini buna vermesi, bu kontrol amaçlı denetim davranışına rağmen gerçekleşmesi istenmeyen risklerin doğmasına, kişinin kendi hareketlerinde objektif özen yükümlülüklerine aykırı davranmasına ve kendi üzerine düşen görevi layikiyle yapamamasına neden olacaktır.³⁷

Ekipteki diğer kimsenin hukuk kurallarına uygun, uzmanlık ve mesleğinin gerektirdiği biçimde ve risklere yönelik gerekli dikkat ve özeni göstereceğine davranacağına güvenerek harekette bulunan bir kimse, kendi davranışları açısından da üzerine düşen objektif özen kuralına uygun davranmışsa, taksirinden söz edilemeyecektir. Burada sadece bir kimsenin taksirinin olmadığı kabulü için, ekipteki diğer kimsenin davranışlarına güvenerek hareket etmesi yeterli olmayıp, kendisinin de somut olayda özen yükümlülüklerine uygun davranması gerekir.³⁸

TCK'nın 22/5. maddesi, birden fazla kişinin taksirle işlediği suçlarda, herkes kendi kusurundan dolayı sorumlu olacağını ve her failin cezasının kusuruna göre ayrı ayrı belirleneceği hükmünü düzenleme altına almaktadır.

Öncelikle belirtelim ki, bu 5. fıkranın son cümlesindeki cezanın kusura göre saptanması esası, birden fazla kimselerin taksirle işlediği suçlar dışındaki haller açısından ise 4. fıkrada tekrarlanmıştır. *Bu hükmün taksirle ilgili maddede düzenlenmesi hatalı olup, gerek varsa TCK'nın cezanın tespit ve tayinini düzenleyen 61. maddede düzenlenmesi gerekirdi.* Burada sözü edilen ku-

³⁷ Katoğlu, *Ekip Halinde Yürütülen Faaliyetlerde Güven İlkesi ve Ceza Sorumluluğu*, s. 30.

³⁸ Katoğlu, *Ekip Halinde Yürütülen Faaliyetlerde Güven İlkesi ve Ceza Sorumluluğu*, s. 31.

sur, taksir olmayıp, taksirli hareketin neticeye katkı oranıdır. Ancak TCK'nın 61. maddesinde ise zaten cezanın tespit ve tayininde kusurun ağırlığının, kastlı suçlar açısından ayrıca failin güttüğü amaç ve saikin göz önünde tutulacağı düzenlenmiştir. Esasen TCK'nın cezanın tespit ve tayinini düzenleyen ve genel hüküm olan 61. maddenin 1/f fıkra ve bendinde tespit ve tayin edilirken, yani faile uygun ceza tür ve miktarı seçilip uygulanırken dikkate alınması istenilen kusurun da kast ve taksire dayalı olması aranmış ve 22/3-5 ile tereddüt uyandıracak bir durum doğurmuştur. Kavramları net kullanmak gereklidir.

TCK'nın taksirle ilgili maddesi kusurla doğrudan ilgili değildir, suçun manevi unsuru ile ilgilidir. Ancak kusurluluk ve sorumluluk değerlendirmesinde suçun tipe uygun eylem ve hukuka aykırılık unsuru ile varlığı suçun oluşumu için gerekli manevi unsuru saptandıktan sonra, ceza sorumluluğunun saptanması için yapılması gereken ceza sorumluluğu değerlendirmesinde (bir görüşe göre objektif isnadiyet teorisinin uygulanmasında) kusur yeteneği ve kusurluluğu etkileyen hallerin birlikte dikkate alınması gereklidir. Taksirle ilgili maddedeki herkese verilecek cezanın kusuruna göre olacağını düzenleyen 4. maddesinin 61. maddede gerek kastlı gerek taksirli gerekse de netice nedeniyle ağırlaşan suçlarda uygulanmak üzere düzenlenmesi gerekirdi. Buna karşılık, birden fazla kişinin taksirli hareketinin birleştiği durumlarda herkesin kendi kusurundan sorumlu olacağı ve her failin cezasının kendi kurusuna göre belirleneceğini düzenleyen hükmün, kanımca ayrıca düzenlenmesine gerek ulunmamakta ve bunun esasen TCK'nın ceza sorumluluğunu şahsiliğini düzenleyen 20. maddesinde zaten var olduğunu, buna rağmen kuralın taksirli suçlar için tekrarlanması isteniyorsa bu 20. maddeye konulması gerektiğini, ikinci cümlenin ise cezanın tespit ve tayinine ilişkin 61. maddede her tür kusurluluğa ilişkin olarak düzenlenmesi gerekmektedir. Kusur değerlendirmesi, cezanın tespit ve tayini derlendirmesini de içeren objektif isnadiyet değerlendirmesidir. Yani TCK'nın 22. maddesinin 4. ve

5. fıkralarındaki kusurla ilgili düzenlemeler kusurla, kusurun esasıyla, kusurun tespitiyle ve dolayısıyla da ceza sorumluluğunun tespiti ile ilgilidir. Kusurun her fail açısından ayrı ayrı ele alınıp tespitinden sonra TCK m. 61 anlamında kusur cezanın tür ve miktarının belirlenmesini doğrudan etkileyecektir.³⁹

Ancak taksirle ilgili maddede düzenlenen ve birden fazla kişinin katılmasına ilişkin 5. fıkra düzenlemesindeki hükümdeki 'kusur' terimiyle 'taksir'in kastedilmediği, taksirle ilgisinin bulunmadığını, bir kimsenin hareketinin neticeye neden-sonuç ilişkisi ve bunun oranını ifade ettiği biçiminde anlaşılması gerekir. Kast ve taksirin ceza hukukunda derecelendirilmesi, bu ayırımın özel hukuktan ceza hukukuna taşınması yerinde olmadığı gibi, fiilen de taksir veya kastın bu derecelendirilmesinin uygulanabilmesinin mümkün olmadığı kanısındayım. Burada Alman ceza hukukunda özel hukuktan esinlenilerek yapılan ağır-hafif taksir (*grob und leicht Fahrlässigkeit*) kavramı Türk ceza hukuku açısından bu yargıyı değiştirecek nitelikte değildir. Taksirin kendisi de taksirin bu türleri de istisnai olup, Alman hukukunda dahi, ancak düzenlendiği suç tipi açısından etkilidir. Suçta ve cezada kanunilik ilkesi bunu gerektirmektedir. Nitekim Alman hukukunda da bu sınırlı suçlar için o suçlara ilişkin maddelerde ayrıca ve açıkça düzenlendiği için kabul görmektedir ve Alman öğretisi ve uygulaması bu kavramlara çok uzun yıllar boyunca belirli anlamlar vermişlerdir.⁴⁰

Buna karşılık, kusur derecelendirilebileceği gibi, öne geçen yeni illi seri, bir neticeye birden fazla hareketin katkısı oranı derecelendirilebilir ve bunun her kişi açısından ayrı

³⁹ TCK'nın 22. maddesinin 4. ve 5. fıkralarındaki düzenlemenin kusurun esasına, mevcudiyeti koşullarına ilişkin olmadığı, bunun cezanın tayinine ilişkin olduğu biçimindeki farklı görüş için Bkz. Katoğlu, *Ekip Halinde Yürütülen Faaliyetlerde Güven İlkesi ve Ceza Sorumluluğu*, s. 40.

⁴⁰ Bkz. Jescheck, Hans-Heinrich-Weigend, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts - Allgemeiner Teil*, 5. Auflage, Berlin 1996, s. 568-570.

ayrı derlendirilmesi gerekmektedir. Bir neticenin birden fazla nedeni olabilir, bu hareketlerin katkı oranları farklı olabilir. Bu katkı derecesinin her fail açısından bağımsız değerlendirilmesi ve belirli bir oranı tamamlamak için failer arasında bu oran tamamlanuncaya kadar veya ölçüde paylaştırılmaya gidilmememi gerekir.

Mülga TCK'nın 455 ve 459. maddelerinin son fıkrasına eklenen ve kusurun derecesine göre taksirli suçlarda cezanın hakim tarafından sekizde bire kadar indirilebileceği hükmünün uygulamada birden fazla taksirli hareketin varlığı halinde bu 8/8 oranının failer arasında paylaşılması uygulaması yerinde değildi. Ancak oradaki düzenlemedeki kusur terimi de 5237 sayılı TCK'daki düzenlemedeki '*kusur*' terimi de, hareketlerin neticeye katkı oranıdır. Kusurun derecesinin ceza tür ve miktarını etkilemesi, taksirin derecesi veya doğrudan kusurluluğu etkileyen nedenlerin varlığı olmayıp, hareketin neticeye nedensel katkı oranı nedeniyle şekillenen kusurun oranı nedeniyledir.

Diğer taraftan unutulmaması gereken önemli bir husus, mülga TCK'nın 455. ve 459. maddelerine eklenen son fıkralar, hakime somut olayda failin kusurunun azlığı halinde hükmedeceği cezayı sekizde bire kadar indirme yetkisi tanımaktaydı. Bu düzenleme TCK'nın özel hükümler, yani suçlara ilişkin kısmında ve iki suç için öngörüldüğü için o maddelere ilişkin maddede düzenlenmesi yanlış değildi. Şimdi ise bunun genel hükümler içerisine konulması ve her suç için uygulanma amacı güdülmesi, en azından düzenleme yeri açısından hatalı olup bunun TCK'nın 61. maddesinde yer verilmeliydi. Diğer yandan mülga TCK'daki hükümler cezayı indirme imkan veren hükümlerdi, oysa TCK'nın 22. maddesinin 5. fıkrasındaki hüküm ise indirim nedeni değil, somut olaydaki kusurun verilecek cezayı sınırlandırıcı ve temellendirici bir özelliğe sahiptir. Keza mülga TCK'nın hükmü hiçbir zaman, uygulamada yapıldığı gibi, birden fazla fail arasında verilecek cezayı sekiz rakamına bölerek paylaşırma yükümlülüğü

YENER
ÜNVER'İN
TEBLİĞİ

getirmemekteydi. O hüküm de ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesine uygundu ve her bireyin fiilinin kusur açısından ve dolayısıyla da ceza sorumluluğu açısından ayrı ayrı değerlendirilmesini gerektiriyordu. Uygulamamızda hakimler ve bilirkişiler sağlıklı gerekçe göstermekten kaçınmak ve hesaplama kolaylığı nedeniyle bu tür hatalı bir uygulamayı tercih etmişlerdi. Gerek 1997 yılında Adli Tıp Genel Meclisi'nin verdiği bir karar gerek bunu yaklaşık iki yıl izleyen Türk uygulaması da bu fıkraları sekizde sekiz oranını her birey açısından ayrı derlendirmek ve faillerin ceza miktarlarının o suçun tek kişi tarafından işlenmesi halinde verilecek ceza miktarının sekize bölünmesinden daha çok orana ulaşmasını kabul etti. Ancak bu uygulamada hakimleri ve ilişkileri neden bu fıkraları uyguladıkları ve cezayı neden indirdikleri hususunda sağlıklı gerekçe bulaya zorladığı için, hemen terk edildi ve bir tazminat miktarını müteselsil ilgililerden tahsili için paylaşılması için tek kişinin işlemesi halinde verilecek bir ceza miktarı sekize bölünerek, bu miktar olaya karışan kimselere bilirkişi raporuna dayalı olarak hakimlerin yükledikleri kusur paylarına gere ve fakat tümünün toplamı sekizde sekizi geçmeyecek biçimde dağıtılarak cezaya hükmetmek uygulamasına yeniden dönüldü. Hatta uygulama durumu abartarak, tek kişinin işledi bir taksili adam öldürme veya taksirli yaralama suçunda, file sekiz üzerinden bir kusur oranı izafe ederek cezaya hükmetmek ve diğer kusur oranını ise yola, hava koşullarına, yağmura, karayolu kavşağına v.s. ye izafe etmeyi tercih etti. Çünkü mülga TCK'nın 455. ve 459. maddelerinin son fıkralarının uygulanabilmesi için mutlaka suçun birden fazla kimse tarafından işlenmesi gerekli değildi. Bu uygulama doktrinde eleştirilmiş ve bunun ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesine aykırı olduğu vurgulanmış ise de,⁴¹ TCK'nın 22. maddesine 4-5, fıkralar konuluncaya kadar bu uygulama devam ettirildi.

⁴¹ Ünver, Yener, *Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk*, Ceza Hukuku Günleri, 70. Yılında Türk Ceza Kanunu -Genel Hükümler- (26-27 Mart 1997-İstanbul), İstanbul 1998, s. 109 vd.

Maddenin gerekçesinde de (kanun metnindeki terminoloji kullanılarak) birden fazla kişinin hareketinin neticeyi doğurması durumunda, herkesin kusurluluğunun birbirinden ayrı belirlenmesi gerektiği ifade edilmiştir. Gerekçede açıkça, *birden fazla kişinin katılımıyla gerçekleştirilen bir ameliyatın ölüm veya sakatlıkla sonuçlanması durumunda, ameliyata katılan kişilerin müştereken hareket ettikleri, tıbbın gereklerine aykırılık dolayısıyla ölüm veya sakatlıkla sonuçlanan bu ameliyatta işlenen taksirli suçun işlenişi açısından suça iştirak kurallarının uygulanamayacağını, iştirak kurallarının kasten işlenen suçlarda suçun işlenişine iştirak eden kimselerin sorumluluk statülerinin belirlendiğini, birden fazla kimsenin katılımıyla yapılan ameliyat sırasında meydana gelen ölüm veya sakatlık neticeleri bakımından her bir kişinin sorumluluğunun kendi kusuru göz önünde bulundurularak belirleneceği ve bu tespit yapılırken ise diğer kişilerin kusurlu olup olmadıkları hususunun dikkate alınmayacağı* belirtilmiştir.

Bu da bize, taksirin bir statü veya iş sahipliği ya da işyerindeki önemli bir mevkiinin işgaliyle eşdeğer anlama gelmediğini, herkesin davranışının hukuk nazarında değerlendirilmesi ve gerek bir ihmalin var olup olmadığının gerekse varsa eğer ihmal bunun taksir teşkil edip etmediğinin diğerinden ayrı olarak değerlendirilmesi gerektiğini ve nihayet diğer kimselerin tümünün veya bir ya da ikisinin taksirli davranışının bulunmasının otomatikman ekip şefi doktorun taksirli davranışının ve/veya kusurunun da bulunduğu anlamına gelmediğini açıkça göstermektedir.

Dikkat edilirse, güven ilkesinin öncelikli hizmeti bir kimsenin taksirinin var olup olmadığını tespittir. TCK'nın 22/5. maddesi bu açıdan herhangi bir işlev görmeyecektir. Çünkü, önce bir kimsenin taksiri bir eylemi tespit edilecek ve daha sonra o kimsenin kusuruna göre, sadece kendi kusuru dikkate alınmak suretiyle ceza sorumluluğu saptanacaktır.

Güven ilkesinin taksirle bu anlamda ilişkisi belirlenirken, şüphesiz *ihmali nitelikteki taksirli eylemlere* de değinmek gerekmektedir:

Bilim ve tekniğin ilerleyebilmesi, ticari ve ekonomik yaşamın devamı için belirli risklerin göze alınması zorunludur. Özellikle sanayi, fabrikaların işletilmesi, patlayıcı madde üretimi, maden ocağı işletmeleri ve riskli işletmeler böyledir. Hukuk bunlar açısından belirli güvenlik tedbirlerinin alınması koşuluyla bunların gerçekleştirilmesine izin verir ve buna rağmen bir istenmeyen netice meydana gelirse bunu *izin verilen risk* sayarak suç ve ceza sorumluluğunun doğmayacağını kabul eder. İnsanlar için tehlikelerden mutlak surette kaçınma zorunluluğunun bulunmadığı için, sadece tehlikeli bir işe girişme taksir olarak kabul edilemez ve ceza sorumluluğunu gerektirmez.⁴²

Taksir ceza hukukunda istisnai ve normatif bir manevi unsur türüdür. Taksirin esasını objektif özen ve dikkat yükümlülüğüne aykırılık oluşturup, ancak kanunda açıkça taksirin cezalandırılacağı hususunda bir bulunduğu suçun olduğu kabul edildiği için, öncelikle böyle bir yükümlülüğün var olması gerekmektedir. Dikkat ve özen yükümlülüğünün kaynağı olabilecek hususlar kanun (TCK. m. 83), sözleşme veya failin kendi öngelen bir davranışı olabilir.⁴³ Eğer bu belirtilen kaynaklardan birisi bir kimseye bir yükümlülük yüklemeye ise, o kişinin hareketsizliği taksirli davranış olarak kabul edilemez.

İhmali hareket de icrai hareket de hem kasten hem de taksirle gerçekleştirilebilir. Menfi, olumsuz hareket olarak da betimlenen ihmalin lügat anlamı, gereken ilginin gösterilmemesi, savsama, önem vermeme, üzerine/üste düşeni yapmama olarak belirtilir.⁴⁴ *Yargıtay*, pasif davranma, edilgen tutum veya etkin olmayan hareket olarak tanımlamaktadır.⁴⁵

⁴² İçel, Kayıhan/Evik, Ali Hakan, *İçel Ceza Hukuku - Genel Hükümler*, 2. Kitap, 4. Bası, İstanbul 2007, s. 203.

⁴³ İçel/Evik, *İçel Ceza Hukuku - Genel Hükümler*, s. 200.

⁴⁴ Hakeri, Hakan, *Ceza Hukuku*, 5. Bası, Ankara 2007, s. 119-120.

⁴⁵ 4. CD. 19.9.1995, K. 5753.; 4. CD. 22.12.1997, K. 11404 ve 4. CD. 25.1.1996, K. 491 (=İntegra Yazılım).

Burada bir icrai davranışta bulunmak hususunda açık hukuki/kanuni bir yükümlülüğü olan bir kimse özensiz-tedbir-siz davranır ve bir neticenin gerçekleşmesine engel olabilecek tedbirleri almayarak önlenmek istenin neticeye neden olursa hukuki anlamda bir ihmal suretiyle suç işlendiğinden söz edebiliriz. Tedbirsizlik ceza hukuku doktrinde ihmali bir hareket olarak kabul edilir. *Ancak o kişinin ihmali ile bir suç işlediğinden söz edilebilmesi için, eylem öncesinde bu konuda icrai bir hareket yapmak hususunda (örneğin güvenlik tedbirlerini almak hususunda kanuni/hukuki bir yükümlülüğünün) var olması gerekir.*⁴⁶

Yargıtay da, hukuksal/kanuni bir yükümlülüğün var olduğu ve bunun ihmal edildiğinin ispatlanmadığı durumlarda, hareket ile netice arasında nedensellik bağının bulunmadığını ve ilgili kişiye ceza verilemeyeceğini kabul ederek, aynı sonuca ulaşmaktadır.⁴⁷

Sadece icrai bir harekette bulunmamak ve hatta nedensellik bağı yeterli olmayıp, aynı zamanda ve bu tespite öngelen/takaddüm eden bir biçimde kişinin özenli bir icrai davranışta bulunmak hukuksal yükümlülüğünün varlığını gösterir açık kanuni norm olması gereklidir⁴⁸. Tipik netice, hukuksal yükümlülükten kaynaklanan özen ve dikkat görevinin taksirli davranışla ihlali sonucu gerçekleşmelidir. Aksi halde o kişinin bir suç işlediğinden söz edilemez.

VIII. SONUÇLAR

1. Güven İlkesi gereklidir, ceza hukuku uygulama ve öğretisinde genelde kabul edilmemesi sakıncalıdır. Bu ilkenin

⁴⁶ Özbek, Veli Özer, *Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı*, Cilt: 1, 3. Baskı, Ankara 2006, s. 299.

⁴⁷ Bkz. 4. CD. 4.5.1976., 3128/3121 (YKD 1976, sy: 9, s. 1384). Aynı yönde: CGK. 21.2.1949., 140/66 (Karar için Bkz. Önder, Ayhan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Cilt: II, İstanbul 1992, s. 105).

⁴⁸ Hakeri, a.g. e., s. 120-123.

Alman Nazizmiyle, Nasyonal Sosyalist Ceza Hukuku ile ilgisi olmadığı gibi, aksine Alman uygulamasının ceza hukukuna hediye ettiği ve olumlu yönde önemli katkıları olan bir kurumdur. Bu ilke dikkate alınmadan yapılacak uygulamalar da hem ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesine hem de hukuksal değerlerin ihlal biçim ve oranlarıyla ceza yaptırımları arasındaki olması gereken dengeye aykırı uygulamalara neden olacaktır. Bu ilkeye ilişkin ilk yargı uygulamasının Almanya'da ve 1038 yılında yapılması, bu ilkenin Nasyonal Sosyalist Hukuk Döneminde ortaya atıldığını ve bu hukukun bir ürünü olduğunu kabule elverişli değildir.

2. Bu ilke ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesinin bir gereği ve tamamlayıcısıdır. Güven ilkesi hem ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesine hizmet etmekte hem de tıpkı iştirak kurallarının ceza sorumluluğunun esasını oluşturmak ve ceza miktarını belirlemek ve ceza taksirli suçlarda eyleme neden olan herkesin ancak kendi kusurundan sorumlu olması kurullarıyla uyumlu ve bunları tamamlayan bir kurumdur. Özel hukuk uygulamamızda ve öğretisinde daha yaygın olan bu kurumun ceza hukuku açısından da kabul edilmelidir.⁴⁹ Bu ilke statü veya mevkiye dayalı sorumluluk tespitini reddetmekte ve ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesine hizmet etmektedir.

3. İlkenin temel fonksiyonu bir eylem açısından failin taksirinin varlığı veya yokluğunu tespit etmektedir. Bazen ise, taksirin varlığına rağmen, kusurun yokluğu nedeniyle ceza verilmesini önlemektir.

4. Kastlı suçlarda bu ilkenin asıl işlevini suç ortaklığı (suça iştirak) hükümleri görmektedir. Buna karşılık, yanılmanın nedeni ekipteki diğer sağlık personelinin davranışı ise ve

⁴⁹ Ünver, Yener, *Hekiminin Cezai Sorumluluğu*, Roche Sağlık Hukuku Günleri - 7 Bölge 7 Nokta., Cilt: II, (Soru ve Cevaplar), İstanbul 2007, s. 169.

bu yanılma kaçınılmaz nitelikte (eski ifadeyle esaslı yanılma) ise, kastlı suçlarda sadece TCK. m. 30 (ve taksirli suçlarda ise sadece TCK. m. 22/5) yeterli olmayıp, AY. m. 38 ve TCK. m. 20 ve bunların bir gereği olan güven ilkesi de dikkate alınmalıdır. Ancak dikkat edilmelidir ki, güven ilkesi burada sadece bir neden olmakta ve asıl uygulanacak kurum, kusurluluğu etkileyen veya ortadan kaldıran hallerdir.

5. Dikkat edilirse, güven ilkesi bazen taksirin var olmadığı tespitinin yapılmasını, ama çoğu kez de, üçüncü kimsenin eyleminden sorumluluğu engellemeğe hizmet etmektedir. Bu nedenle, Türk yargı uygulamasında sıklıkla (hatta kastlı suçlarda dahi) gördüğümüz bir olayla ilişkini herkes, bir dernek veya şirketin tüm yönetim kadrosu hakkında iddianame düzenleyerek dava açmak uygulamasına son verilmiştir. Aksi hal hem ceza muhakemesi hukuku açısından hatalıdır ve CMK'nın iddianamenin düzenlenmesi esnasında delillerin kişi ve eylemlerle ilişkilendirilmesi gereğine (CMK. m. 170 vd.) aykırı olacaktır hem de (daha önemlisi ise) ceza sorumluluğunun şahsiliği, üçüncü kimsenin eyleminden ceza hukuku sorumluluğu olamayacağı kuralının (AY. m. 38 ve TCK. m. 20) ihlaline neden olacaktır. Hem soruşturma evresinin filtre-ayıklama fonksiyonu gereğince işletilmeli hem de neticenin asli nedeninin başkası olduğu durumlarda sırf o kimse ile aynı ekipte veya aynı alanda faaliyette bulunmak nedeniyle insanların sorumluluğuna gidilmeyerek, sübjektif ceza hukuku kuralları yaşama geçirilmelidir.

6. İşbölümü halinde gerçekleştirilen faaliyetlerde uygulanır ama bu işbölümünü mutlaka bir ameliyatın birlikte yapıldığı bir olayla sınırlı anlamamak gerekir. Trafikte olduğu gibi, görüş ve eylem birliği içinde olmasa da aynı alanda aynı anda harekete bulunan kimselerin davranışları akında da uygulanır. Trafikte nasıl karşıdan gelen veya yola aniden atlayan bir kimse için uygulanıyorsa, doktorun hastane yönetiminin ameliyat sırasında elektriğin kesilmeyeceğine güvenmesi veya ilgili ameliyat ya da genel olarak hastanenin steril

koşullarda bulundurulduğuna güvenmesinde durum böyledir.

7. Bir kimsenin kurala aykırı hareketi var olduğunda, 'o kimsenin esasen olması gerektiği gibi davranması halinde dahi neticenin yine de meydana geleceği tespit ediliyorsa' Yargıtay'a göre⁵⁰ nedensellik bağı bulunmaktadır, kanımca ise buradaki hipotez/varsayımsal nedensellik kuramı gereğince, o netice faile isnad edilemez ve fail cezalandırılmaz. İşte bu gibi durumlarda, kanımca sorumluluk değerlendirmesi genel kurallara göre yapılmalıdır ve güven ilkesine ihtiyaç bulunmamaktadır.

8. Güven ilkesi, ihlal neticesinin tamamen veya kısmen mutlaka kendisine güven duyulan kimseye isnat edilmesini ve kendisinin ceza hukuku açısından sorumlu tutulmasını gerektirmemektedir. Bazen farklı diğer hukuksal neden ve kurumlar dolayısıyla, neticenin tamamen veya kısmen bu kimseye isnad edilmemesi de gerekebilir ve bu durum güven ilkesine aykırı olmadığı gibi, güven ilkesi burada ters bir fonksiyon üstlenip, madem üçüncü kimseye isnad edilmedi o halde bu neticenin ve gerektirdiği ceza sorumluluğu bu üçüncü kimseye isnad edilsin mantığını içermemektedir. Güven ilkesinin temel amaç ve fonksiyonu neticenin nedensel değerini o hareket alanındaki herkese veya bazılarına paylaşmak olmayıp, ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesine uygun bir hukuki uygulamanın yapılmasını güvenceye almaktır. Bu son verilen örnekte güven ilkesi nedeniyle, başkasının kurala uyacağına güvenen kimse ya hiç veya kısmen kusurlu sayılarak eylemi eylemsizliği hukuksal değerlendirmeye tabi tutulurken, kendisine güvenilen kimse, kusurluluğu ortadan kaldıran veya etkileyen başka bir nedenle (örneğin beklenilmeyen hal, ıztırrar hali, cebir-şiddet, önlenemeyen hal, kusursuz arızı neden v.s. nedeniyle) hiç veya indirilmiş bir ceza yaptırımına maruz kalabilir.

⁵⁰ 4. CD. 11. 2. 2004., E. 1064, K. 2055 (=Ünver, *Hekimin Cezai Sorumluluğu*, Roche Sağlık Hukuku Günleri, Cilt: I, (Tebliğler), s. 157, dipnot: 111).

9. Ekip şefi olmak, bu ilkedен yararlanmayı engellemez. Ekip halinde icra edilen tıbbi müdahalelerde ekip şefinin öncelikle bizzat yerine getirmesi ve bazen müdahale süresince de devam eden yükümlülükleri vardır; ancak bunları yerine getiren bir kimse, ekip şefi de olsa güven ilkesinden yararlanacaktır.

10. Avusturya Karayolları Trafik Kanunu gibi açık bir hükme gerek yoktur. Uygulamaya ilişkin her ayrıntının kanunda düzenlenmesi gerekmemektedir. Grek AY. m. 38 gerek TCK m. 20 bu kurama yönelik genel uygulama direktifini zaten içermektedir. Ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi ile objektif ceza sorumluluğu uygulaması yasağı diğer ilke ve gerekliliklerle de bu kuramla da renklendirilip amaca uygun ideal uygulama yapılabilir ve yapılmalıdır. Uygulamayı olduğu kadar öğretilerdeki gelişim veya değişikliği kanunla dondurma ve yorum açısından da öğreti veya uygulamada gerek somut olay gerek ilerideki olaylara ilişkin olması gerekeni aramak uygulamaları ve görüş-gerekçe geliştirmeyi, biat kültürü ile dondurup, *'böyle düşünüp böyle uygulayacaksınız, biz sizin ceza hukukunda benimsemek zorunda olduğunuz sistem ve teoriyi de kanunla tespit ettik'* mantığının öğreti ve uygulamaya yansması, en az ama en az objektif ceza sorumluluğunun kabulü kadar tehlikelidir. Kanuni düzenlemeye gerek yoktur, ama gerek kanunun gerekçesi gerek kanun metnine karşın, hukuksal alanda kalmak kaydı ile hukukçunun farklı söylemi, olması gerekeni kendisine göre anlayıp savunma ve kanun ya da uygulama örnekleri teklif etme hakkını bilimin bir gereği olarak engellemek gerekir.

Belki kanuni düzenleme bu ilkenin uygulamada dikkate alınmasına katkı sağlayabilir. Ancak, istisnaları ve uygulanma alanları açısından kanuni düzenlemede yer alacak olası boşluklar ilkenin hatalı uygulanmasına ve ilkenin anlam ve amacına aykırı uygulamaların kemikleşmesine (en azından basit, kolay, gerekçe göstermek alışkanlığının bulunmadığı Türkiye uygulaması açısından) yol açacaktır. Kuramın öğreti

ve Yüksek Mahkeme tarafından geliştirilip uygulamaya geçirilmesi aha yararlı olacaktır.

11. Uygulamada, hem soruşturma evresinin filtre fonksiyonuna uyularak mümkün olan en önceki zamanı diliminde ilgili kimseler şüphelilik statüsünden çıkarılmalı hem de son sözü mahkeme söylesin mantığı ile götürü olarak ilgili ilgisiz herkes hakkında sırf aynı alanda faaliyette bulunuyorlar diye topluca dava açılmamalıdır: CMK m. 170 vd. gereklerine uyulmalı ve ilgili deliller hakkında dava açılmasını gerektirecek kuvvette bulunmayan ve/veya kendisiyle ilişkilendirilmeyen kimse hakkında iddianame düzenlenmemelidir.

12. Bizatihi kendisi kurala aykırı davranan kimse de, yukarıda da açıklandığı üzere, çoğu kez bu ilkeden yararlanabilecektir. Kişinin taksirli davranışının varlığı, güven ilkesinin tüm sonuçlarını o kimse açısından ortadan kaldırmamaktadır kanısındayım. Yeter ki, bu kimsenin taksirli hareketi netice ile nedensellik bağı taşımamış olsun.

KAYNAKLAR

Bayraktar, Köksal, *Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu*, İstanbul 1972.

Brose, Johannes, Afgabenteilung im Gesundheitswesen, Horizontale und vertikale Arbeitsteilung auf klinischer und präklinischer Ebene., in: *Medizinstrafrecht - Im Spannungsfeld von Medizin, Ehtik und Strafrecht* (Roxin/Schroth-(Hrsg.-)., Boorberg 2000, s. 51 vd.

Delogu, Tullio, *Modern Hukukta Taksirli Suçun Önemi* (Çev.: Yüksel Ersoy)., AÜHFD 1982-1987, C: XXXIX, sy: 1-4, sh: 115-124.

Dönmezer, Sulhi-Erman, Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, Genel kısım, C: II, 10. Bası, İstanbul 1994.

- Erman, Sahir, *Mesleki İhmalden Doğan Cezai Sorumluluk* (Çev.: Süheyl Donay), İÜHF 1969, c:34, sy: 1-2, sh: 589.
- Hakeri, Hakan, *Ceza Hukuku*, 5. Bası, Ankara 2007.
- Hakeri, Hakan, *Ceza Hukuku*, 6. Bası, Ankara 2007.
- İçel, Kayıhan, *Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk*, İstanbul 1967.
- İçel, Kayıhan-Evik, Ali Hakan, *İçel Ceza Hukuku – Genel Hükümler*, 2. Kitap, 4. Bası, İstanbul 2007.
- İçel, Kayıhan. *Ceza Kanunlarında Yenileştirme Eğilimleri ve İlkeleri Kolokyumu, Kolokyumlar ve Tartışmalar*, İstanbul 1981, sh: 63 vd.
- Jescheck, Hans-Heinrich-Weigend, Thomas, *Lehrbuch des Strafrechts – Allgemeiner Teil*, 5. Auflage, Berlin 1996.
- Katoğlu, Tuğrul, Ekip Halinde Yürütülen Faaliyetlerde Güven İlkesi ve Ceza Sorumluluğu., *TBB Dergisi*, 2007, sy: 68, sh: 29-42.
- Önder, Ayhan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Cilt: II, İstanbul 1992.
- Özbek, Veli Özer, *Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı*, Cilt: 1, 3. Baskı, Ankara 2006.
- Roxin, Claus, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen – Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4. Auflage, München 2006.
- Tag, Brigitte, *Der Körperverletzungstatbestand im Spannungsfeld zwischen Patientenautonomie und Lex artis (Eine strafrechtliche Untersuchung)*, Berlin-Heidelberg-New York 2000.
- Ünver, Yener, *Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk*, İstanbul 1998.
- Ünver, Yener, *Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk*, *Ceza Hukuku Günleri*, 70. Yılında Türk Ceza Kanunu –Genel Hükümler- (26-27 Mart 1997-İstanbul), İstanbul 1998, s. 109 vd.

V. TÜRK - ALMAN TIP HUKUKU SEMPOZYUMU

YENER
ÜNVER'İN
TEBLİĞİ

Ünver, Yener, *Hekimin Cezai Sorumluluğu*., Roche Sağlık Hukuku Günleri - 7 Bölge 7 Nokta., Cilt: I, (Tebliğler), İstanbul 2007, sh: 118-158.

Ünver, Yener, *Hekimin Cezai Sorumluluğu*, Roche Sağlık Hukuku Günleri - 7 Bölge 7 Nokta, Cilt: II, (Soru ve Cevaplar), İstanbul 2007, s. 162-199.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (Gerekçeli-Karşılaştırmalı-Atıflı)., Aksaray 2004.

Oturum Başkanı: Değerli meslektaşımız Doç. Dr. Yener Ünver'in "*Tıp Ceza Hukukunda Güven İlkesi*" isimli akıcı konuşmasından dolayı kendisine teşekkür borçluyuz.

Bizim ülkemizde, bildiğim kadar, tıp hukuku üzerinde çalışmalar yapılmış, çok eski tarihlerde bir iki esere rastlamıştım. Bunlardan bir tanesi Ordinaryüs Profesör Mustafa Reşit Belgesay'ın bir eseri. Diğer taraftan, yine bir tıp tarihi hocalarından, minyatür uzmanı aynı zamanda, Ordinaryüs Profesör Süheyl Ünver'in eserleri. Tıp hukuku üzerinde çalışmalar ülkemizde de var. Şimdi bu çalışmalardan, son zamanlarda tıp hukuku üzerinde kapsamlı bir eser yazan, değerli meslektaşım Hakan Hakeri'yi dinleyeceğiz. Kendisi "*Tıp Ceza Hukukunda Yanılgı*" adlı konuşmasını yapacaklar. Buyurun Hakan bey.

Prof. Dr. Hakan HAKERİ (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi):

I. GENEL BİLGİLER

Gerçekleşen ile tasavvur edilen arasındaki farklılığa yanılğı adı verilmektedir. Ceza hukukunda esas kusur prensibi olduğuna göre, failin tasavvuru ile gerçekleşen arasında bir fark bulunması halinde, bu halin kusura etkili olacağı ve dolayısıyla da kusuru azaltacağı veya ortadan kaldıracağı açıktır. Mesela kendisinin sanarak bir başkasının eşyasını alan kişinin kusurluluğundan söz edilemez, zira başkasının malını alma kastı yoktur.¹

Yanılğı kast kavramı ile yakından bağlantılı olarak ele alınır. Kastı suç tipindeki objektif nitelikteki unsurların bilinmesi ve istenmesi olarak tarif ettiğimize göre, yanılğının öncelikle suç tipinde yer alan objektif nitelikli unsurlar bakımından söz konusu olabileceği kendiliğinden anlaşılır. Bununla beraber, suç tipinde sübjektif nitelikli ve kusurluluğu ilgilendiren unsurlar

* "Tıp Ceza Hukukunda Yanılğı" başlıklı tebliğ.

¹ Önder, Ayhan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, C.II, İstanbul 1989, 343.

HAKAN
HAKERİ'NİN
TEBLİĞİ

da bulunmaktadır. Dolayısıyla "Tıp Ceza Hukuku"nda yanılğı üç şekilde söz konusu olabilir:

Unsur yanılğı, ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan sebeplerde yanılğı ve hukuki yanılğı. Bütün bu yanılğı türleri Türk Ceza Kanunu'nun 30. maddesinde düzenlenmiştir:

II. SUÇ TİPİNDEKİ UNSURLARDA YANILGI

Bir fiilin suç oluşturması için bulunması gerekli unsurlarda yanılğı, unsurlara ilişkin yanılğıdır.

"Fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hali saklıdır" (TCK 30/1).

Failin suç tipindeki bir unsurda yanılması, bu suçun kasten işlenmesini engeller. Bu takdirde suç taksirle işlendiği takdirde cezalandırılabilen bir suç ise, sorumluluk *taksirli suçtan* dolaydır. Hekim, verilen ilacın döllenmeyi önlediği gerekçesiyle ve kadının henüz döllenmediği düşüncesiyle ilaç vermesi ve ilacın çocuğun düşmesine sebebiyet vermesi halinde unsur yanılğı söz konusu olur ve cezalandırılmaz (kasti kalkmış olur).²

Kişisel verilerin açıklanması suçunda hekim yanılarak, verilerin zaten herkes tarafından bilindiğini zannederse, unsur yanılğı vardır ve kasti ortadan kalkar ve bu suçtan dolayı artık cezalandırılmaz, zira suçun taksirli hali cezalandırılmamaktadır.

Sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi suçunda, sağlık mesleği mensubunun belirtiler hakkındaki yanılğı unsurlara ilişkin yanılğıdır. Bu tür yanılğı, ortadaki belirtilerin bir suça ilişkin olmasına rağmen, hekimin suçtan değil de, başka bir sebepten kaynaklandığını zannetmesi halinde söz

² Bkz. Hakeri, *Hakan, Tıp Hukuku*, Ankara 2007, 462, 463.

konusu olabilir. Örneğin yaralama sonucunda meydana gelen bir kırığı, futbol karşılaşması sırasında yanlış hareketten kaynaklandığı beyanı üzerine, kırığın mahiyeti dikkate alınarak doğru kabul edilip bildirim yükümlülüğünün ihmal edilmesinde durum budur.³

Unsur yanılığında, fiil, taksirle işlendiği takdirde cezalandırılan bir suç değilse, fail hiçbir şekilde cezalandırılmaz.

Taksirli suçlarda yanılığın halinde sorumluluk nasıl belirlenecektir? Mesela bir hekim yanlış ilaç vererek hastanın ölmesine yol açarsa, yanılığın taksiri ortadan kaldırmaz. Gerekli özeni göstermiş olsaydı, ölüm neticesi meydana gelmeyecekti. Buna karşılık, birisi hekimin haberi olmaksızın ilaçların yerini karıştırırsa, yanılığın varsa da taksir yoktur. Bu durumda herhangi bir hukuksal sorumluluk söz konusu olmayacaktır.

Failin konu bakımından yanılığının ne suçun vasfını ne de ağırlığını etkilemeyeceği haller de söz konusu olabilir: Örneğin, hastasını arsenik şırınga ederek öldürmek isteyen hekim, yanlışlıkla asit şırınga ederek öldürürse, bu yanılığının kural olarak herhangi bir etkisi yoktur.⁴

III. SUÇUN NİTELİKLİ HALLERİNDE YANILGI

Bir suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerinin gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır (TCK 30/2).

Bu tür yanılığın ile tıp ceza hukukunda çok karşılaşılmaz. Pratikte gerçekleşmeyecek bir örnek olarak, eşine öldürücü bir ilaç şırınga ederek öldürmek isteyen hekimin, yanlışlıkla bir

³ Üzülmez, İlhan, *Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu* (TCK 280), (bu kitapta yayınlanacak olan makale).

⁴ Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, C.II, 12.B., İstanbul 1999, 326.

V. TÜRK - ALMAN TIP HUKUKU SEMPOZYUMU

HAKAN
HAKERİ'NİN
TEBLİĞİ

üçüncü kişiye veya çocuğuna ya da üçüncü bir kişiye şırınga etmek isterken yanlışlıkla eşine bu ilacı şırınga etmesi gösterilebilir.

İlk örnekte, yani eşine şırınga etmek isterken, başka birine şırınga eden kimse hakkında eşinden kaynaklanan cezayı artıran nitelikli hal uygulanmaz. Burada gerçekleşen durum esas alınır. Aynı şekilde, üçüncü kişiye şırınga etmek isterken, yanlışlıkla eşine şırınga etmesi halinde de bu kez irade esas alınarak, yine nitelikli hal uygulanmaz. Daha da ilginç olan husus, eşine şırınga etmek isterken çocuğuna şırınga eden hekimin durumudur. Kanunumuz hem eşin hem de çocuğun öldürülmesine cezayı artıran nitelikli hal olarak öngörmüştür. Bu nedenle, aslında hekimin iradesi de, gerçekleşen durum da nitelikli bir hale işaret etmektedir. Ancak öğretisi ve uygulamanın vardığı netice ilginçtir: Hekim eşini öldürmek istediği halde netice öyle gerçekleşmediğinden neticeye bakılarak bu ağırlatıcı sebep uygulanmayacak, çocuğunu öldürmek de istemediğinden iradeye bakılarak ondan kaynaklanan ağırlatıcı sebep de uygulanmayacaktır. Bu durumda fail hakkında basit insan öldürmeye ilişkin hükümler uygulanacaktır (TCK 81).⁵ Yargıtay da aynı yönde kararlar vermektedir.⁶

IV. NEDENSELLİK BAĞINDA YANILGI

Örnek: Hekim, hastasını zehir şırınga ederek öldürdüğünü zanneder ve fakat hastanın ölümü, hekimin olaya intihar süsü vermek için hastanın serumunu çekmesi neticesinde gerçekleşir.

Buradaki yanılgi ölüme neden olan etken konusundaki yanılgidır. Teknik ifadeyle nedensellik bağındaki yanılgidır. Bu yanılgi kural olarak önemsizdir. Hekimin istediği netice-

⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Hakeri, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Ankara 2007, 269 vd.

⁶ 1. CD. 20.11.2000, 3202.

nin gerçekleşme biçimi atipik bir gelişme göstermediği ve objektif olarak bu neticenin hekime yüklenebilmesi mümkün olduğu sürece, nedensellik bağındaki yanılğı önemli değildir.⁷

HAKAN
HAKERİ'NİN
TEBLİĞİ

V. CEZA SORUMLULUĞUNU KALDIRAN VEYA AZALTAN NEDENLERDE YANILGI

A. HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİNDE YANILGI

1. GENEL OLARAK

Burada öncelikle şunu açıklığa kavuşturmak gerekir: Failin esasen hukuk düzenince kabul edilmemiş olan bir hukuka uygunluk sebebinin mevcut olduğunu sanmasının önemi yoktur. Sözgelimi hastanın rızasının önemli olmadığını, hekimin tıbbi müdahaleyi zorunlu görmesinin yeterli olduğunu zanneden veya bulaşıcı hastalığı olan herkesin zorla tedavi edilebileceğini zanneden kimse, mevcut olmayan böyle bir hukuka uygunluk sebebinden faydalanamaz⁸ Bu durumda hukuka uygunluk sebeplerinde yanılğı değil, TCK 30/4 anlamında hukuksal yanılğı söz konusu olur.

Bu ön belirlemeyi yaptıktan sonra konuyu ikili bir ayırım içinde ele almakta yarar vardır:

• Olayda hukuka uygunluk sebebi vardır, ancak bunu fail bilmemektedir. Hukuka uygunluk sebepleri objektif nitelikli olduklarından, fail neticeden sorumlu tutulmaz. Varlığından haberdar olmasa dahi, hukuka uygunluk sebebi uygulanır⁹. Bu nedenle, hastanın rızası ile onu ameliyat eden

⁷ Önder, 348, 349.

⁸ Önder, 177.

⁹ Önder, 176; Aksi görüşte, Özgenç, *İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 2. B., Ankara 2007, 409; Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Yeni-dünya, A. Caner, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 3. B., Ankara 2007, 690; Koca, Mahmut, YTCK'da Hukuka Uygunluk Sebepleri, *CHD*, Ekim 2006, 122.

V. TÜRK - ALMAN TIP HUKUKU SEMPOZYUMU

HAKAN
HAKERİ'NİN
TEBLİĞİ

hekim, rızası olsa bile ameliyat yapmaya hakkı olmadığını zannederek, aslında cezalandırılacağını düşünse bile, bu hukuka uygunluk sebebinden yararlanacak ve cezalandırılmayacaktır.

• Olayda fail hukuka uygunluk sebebi içinde olduğunu zannetmekte ve fakat esasen failin hukuka uygunluk sebebinden faydalanmasını gerektiren bir durum yoktur. Mesela, hekim hastanın rızası olduğunu zannetmektedir; aslında hasta tıbbi müdahaleye rıza göstermiş değildir ya da hasta sadece teşhis için rıza göstermiş, ancak hekim hastanın ameliyat için de rıza gösterdiğini zannetmektedir. Bu durum, TCK 30/3'te düzenlenmiştir. Buna göre, *"ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır"*. Bu takdirde şöyle bir değerlendirme yapmak gerekir: Hukuka uygunluk sebebinin koşullarının gerçekleştiği noktada failde var olan hatada, faille yüklenebilecek bir kusur söz konusu mudur? Başka bir ifadeyle, esasen fail bu hataya düşmemesi gerekirken, yani yanılığısı kaçınılabiliyor mi bu hataya düşmüştür? Eğer bu soruyu olumlu cevaplayabiliyorsak, yani hataya düşmesinde kusuru var, esasen hataya düşmeyebilirdi diyebiliyorsak, hukuka uygunluk nedeninden, kanunumuzun ifadesiyle ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerden yararlanamayacaktır. Buna karşılık fail bu hatayı önleyemeyecek idiyse, yani hataya düşmesi kaçınılmaz ise kastı kalkmış olur ve kendisine ceza verilemez. Bu düzenlemenin tartışmaya son derece açık bir yönüne de işaret etmek istiyorum: Kanımca, her ne kadar 30. maddenin 1. fıkrasında bu durumda taksirli sorumluluk halinin saklı olduğu açıkça belirtilmiş ve fakat 3. fıkrada bu husus düzenlenmemiş olsa da, genel hükümler gereğince, failin kastından dolayı sorumlu tutulamayacak olması, varsa taksirinden ötürü sorumlu tutulmasına engel değildir. Nitekim öğretilerde de¹⁰ kaçınılabılır bir hatadan, özensiz

¹⁰ Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi*, Ankara 2005, 430; Soyaslan, Doğan, *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, 3.B., Ankara 2005, 447; Özbek, Veli Özer, *TCK İzmir Şerhi, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı*, C.I, 3.B., Ankara 2006, 394.

davranışı nedeniyle kaçınmamış olan bir kimsenin, eylemin taksirli şeklinin cezalandırıldığı suçlardan olması durumunda meydana gelen neticeden taksiri nedeniyle sorumlu tutulacağı belirtilmektedir. Bununla beraber öğretide açık düzenleme olmaması eleştirilerek¹¹, kişinin yanlıgısı durumunda kastının bulunmadığı ve kasti dolayısıyla sorumlu tutulamayacağı; ancak bu takdirde durumu yanlış değerlendirdiği ve gerekli özeni göstermediği, bu itibarla taksirinin bulunduğu; bu nedenle de sorumluluğunun taksire göre belirlenmesi gerektiği belirtilerek, kanunun bu konuyu açık bırakması eleştirilmektedir. Kanımca da bu konuda açık bir hüküm konulmasında yarar bulunmaktadır.¹²

*"Bu yanılıgının kaçınılabılır olup olmadığıнын tayini, taksirle işlenen haksızlıklar açısından söz konusu olan özen yükümlülüğünün ihlaline ilişkin ölçütler doğrultusunda yapılacaktır."*¹³ Dolayısıyla, örneğın, *"fail hukuka uygunluk sebebinin mevcut olup olmadığı konusunda kati bir kanaate sahip olmadığı halde, olsa da olmasa da fark etmez diyerek fiili işlemiş olduğu durumda, hukuka uygunluk sebebinden yararlanamayacaktır"*.¹⁴

2. TIP CEZA HUKUKUNDA BAZI AÇILARDAN YANILGI

AYDINLATMA VE RIZA

Hekim, hastanın rıza göstermeyeceğini bilir, fakat yine de tıbbi müdahalenin hukuken caiz olduğunu, zira tıbben gerekli bir müdahaleyi yaptığını düşünürse hukuka uygunluk sebebinde yanılıgı söz konusu olur. Bu takdirde hekim, hastanın

¹¹ Roxin, Claus/İsfen, Osman, "Der Allgemeine Teil des neuen türkischen Strafgesetzbuches", GA 2005, 239; ayrıca bkz. Ünver, Yener, YTCK'da Kusurluluk, CHD, Ekim 2006, 63.

¹² Aynı yönde, Yıldız, Ali Kemal, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, İstanbul 2007, 67.

¹³ Özgenç, Genel Hükümler, 410.

¹⁴ Önder, 178.

HAKAN
HAKERİ'NİN
TEBLİĞİ

kendi geleceğini bizzat belirleme hakkını ihlal etmiş ve böylece hukuka uygunluk sebebinin sınırları konusunda yanılmış olur ve bu da kastını kaldırmaz.¹⁵ Bu yanılığın kaçınılabilir ise, hekim cezalandırılır (TCK 30/3).

Hekim, hatalı olarak, hastayı yeterince bilgilendirmediğini veya daha önce bilgilendirildiğini ya da bilgilendirilmekten vazgeçtiğini zannederse, "rıza" hukuka uygunluk nedeninin şartlarında yanılmış olur.¹⁶ Aynı şekilde, hekim hastanın rıza yeteneği konusunda yanılırsa; alternatif tedavi yöntemlerini önerilen yöntemle nazaran eşit nitelikte görürse, yani başka ifadeyle, önerilen yöntemden farklı bir fayda veya zararı olmadığını düşünürse veya yazdığı ilacın ruhsatsız olmasına rağmen, ruhsatı bulunduğunu zannederse ve bu nedenlerle hastayı bu konularda aydınlatmazsa, hukuka uygunluk sebebinde yanılmış olur. Bu takdirde, hekimin ceza sorumluluğunu kaldıran bir nedene ait koşulların gerçekleştiği konusunda bir hataya düşmesi söz konusudur. Bu halde hekimin cezalandırılmaması için hatasının kaçınılmaz olması gerekir (TCK 30/3). Kaçınılabilirlikten kasıt, hekimde aydınlatmanın kurallarına uygun olarak yapıldığına ilişkin olarak tereddütler oluşmasının gerekiyor olmasıdır.¹⁷ Nitekim aşağıdaki yüksek mahkeme kararında bu hususa işaret edilmiştir: "*Sanık, somut olayda sağlık müdürü tarafından kendisine verilen hastanın rıza açıklamasıyla yetinmemeliydi. Hasta ile yapılacak kısa bir telefon görüşmesi, sterilizasyonun tıbben gerekli olmadığı ve bu tıbbi müdahale sonrasında artık çocuk sahibi olamayacağını bilincinde olup olmadığı konularında hastanın bilgi sahibi olup olmadığı konusunu kolaylıkla açıklığa kavuşturacaktı. Bu nedenle hekimin bunu yapmamış olması dolayısıyla aydınlatma yükümlülüğünü ihlal ettiği açıktır*".¹⁸

¹⁵ BGH 45, 224, 225.

¹⁶ Ünver, Yener, *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, Ankara 2003, 980.

¹⁷ Bkz. Hakeri, *Tıp Hukuku*, 175, 176.

¹⁸ BGH NStZ 1981, 353.

Keza hekim rızanın örneğin tehditle alındığını ve dolayısıyla geçersiz olduğunu fark etmeyerek, geçerli bir rızanın bulunduğu zannederse hukuka uygunluk sebeplerinin koşullarında yanılığ vardır.¹⁹

Bir mahkeme kararına konu olayda, erkek hasta sünnet edilmiş, sünnet tıbbi kurallara ve standartlara uygun bir şekilde gerçekleştirilmiştir. Ancak, hasta çok şişman olduğundan ve penisi küçük olduğundan, dikilen yer dolayısıyla artık cinsel ilişkiye girememektedir. Dosyanın kendisine gönderildiği bilirkişinin raporuna göre, bu tür hastalarda bu sonuç bu ameliyatın hemen hemen zorunlu sonucudur. Ancak hasta, durumun kendisine açıklanmadığını, sadece önceki ameliyatların sorulduğunu ve bir rıza formunu doldurduğunu söyleyerek şikâyetçi olmuştur.²⁰ Yüksek mahkemeye göre, ameliyat öncesi doldurulan ve imzalatılan form ile verilen rıza, geçerli bir rıza değildir. Rızanın geçerli olabilmesi için, hastanın kararını verebilmesine yönelik olarak bahsedilen ve beklenen ameliyat sonrası durumlar hakkında aydınlatılması gerekir. Olayda, hekim bu gerekliliği inkâr etmemekle beraber, bu sonucu kendisinin de bilmediğini belirtmektedir. Bu durumda hekim rızanın geçersiz olmasına neden olacak durumları bilmemektedir. Böylece hekimin bir hukuka uygunluk sebebinin varlığı konusundaki bir hatası söz konusu olmaktadır²¹. Hekimin bu yanılığı kaçınılmaz olmadığından, hekim rızasız tıbbi müdahaleden dolayı sorumlu tutulacaktır.

VARSAYILAN RIZA

Hekimin hastanın varsayılan rızasına göre hareket ettiğini zannettiği, ama varsayılan rızanın bulunmadığı hallerde de hukuka uygunluk sebebinin varlığında yanılığ vardır.

¹⁹ Bkz. Hakeri, *Tıp Hukuku*, 176.

²⁰ BGH NJW 1975, 603.

²¹ BGH NJW 1975, 604.

HAKAN
HAKERİ'NİN
TEBLİĞİ

Nitekim yargıya intikal eden bir olayda da aynı yönde karar verilmiştir: Hekim, hastanın varsayılan rızası konusunda yanılırsa, bir hukuka uygunluk sebebinin şartlarının varlığında yanılmış olur ve bu nedenle kasten yaralama suçunu işlemiş olmaz.²²

Ameliyatın genişletilmesinde varsayılan rıza söz konusu olduğundan, bu alandaki yanılğı da burada ele alınmalıdır. Ameliyatın genişletilmesi ihtimali ameliyat öncesinde de mevcut ise ve hekim bu ihtimalden hastaya bahsederek rızasını almamış ise ve hastaya zamanında haber vermiş olsaydı, nasılsa muvafakat edeceği hususunda yanılığa düşerse, varsayılan rıza hukuka uygunluk sebebinin şartları hususunda yanılmış olur ve kastı kalkar. Hekimin yanılığısı taksirli davranışından kaynaklanıyorsa, örneğin ameliyattan önce ameliyatın genişleme ihtimalini görmesi gerekiyor ve hasta da bu genişlemeye rıza göstermeyecek idiyse, hekim taksirli yaralamadan dolayı sorumlu olur.²³

ENDİKASYON

Endikasyon konusundaki yanılğı da hukuka uygunluk sebeplerinde yanılğıdır, yanılğı kaçınılmaz ise fail cezalandırılmaz (TCK 30/3).

ÇOCUK DÜŞÜRTME SUÇU

Çocuk düşürtme suçunda, hekimin annenin rızası olduğunu zannetmesi durumunda hukuka uygunluk sebebinin varlığında yanılğı söz konusu olur ve TCK 30/3 gereğince bu yanılğı kaçınılmaz olduğu takdirde hekim cezalandırılmaz

²² BGH, MedR 1988, 248, 249.

²³ BGH, MedR 1988, 248, 249.

Aynı şekilde hekimin tıbbi zorunluluk bulunduğu konusundaki yanılığsı da aynı hükme tabidir.²⁴

Hekim gebeliğin süresi konusunda yanılırsa, örneğin 11 haftalık bir gebeliğin 9 haftalık olduğunu zannederse, TCK 30/1 hükmü gereğince taksiri söz konusu olacağından, cezalandırılmaz.²⁵

HAKAN
HAKERİ'NİN
TEBLİĞİ

KİŞİSEL VERİLERİN AÇIKLANMASI SUÇU

Kişisel verilerin açıklanması suçuna ilişkin 136. maddede yer alan "hukuka aykırı olarak" ifadesi suçun unsuru olmayıp, hukuka uygunluk sebebine işaret etmektedir. Bu itibarla, hukuka uygunluk sebebinin şartlarının gerçekleştiği konusunda hekimin yanılığa düşmesi halinde, örneğin hastanın rızasının bulunduğunu zannetmesi veya zorunluluk halinin (hastaya gelebilecek zararları önlemek amacıyla açıklama gibi) bulunduğunu düşünmesi durumunda, hukuka uygunluk sebeplerinde yanılığsı söz konusu olur.²⁶

Uygulamada bu konuya ilişkin verilen bir kararda bu konudaki yanılığsı unsur yanılığsı olarak kabul edilmiştir. Karara konu olan olayda, bir avcı tarafından yaralanan kişiyi tedavi eden hekim, avcının sigorta şirketinin hekimden konuya ilişkin bir yazılı rapor istemesi üzerine, rapor düzenleyerek sigorta şirketine vermiştir. Sigorta şirketi yazısında, durumdan hastanın haberdar olduğunu ve izin verdiğini belirtmiş, hekim ayrıca sigorta şirketini arayarak da sözlü teyit almıştır. Hasta ise sır saklama yükümlülüğünün ihlal edildiği gerekçesiyle savcılığa suç duyurusunda bulunmuştur. Mahkeme olayda hukuka uygunluk sebeplerinde yanılığsı değil, unsur yanılığsı olduğuna karar vermiştir. Kanundaki "hukuka aykırı

²⁴ Erman, Sahir/Özek, Çetin, *Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, İstanbul 1994, 200, 201.

²⁵ Erman/Özek, 200.

²⁶ Bkz. *Hakeri, Tıp Hukuku*, 491.

HAKAN
HAKERİ'NİN
TEBLİĞİ

olarak" ifadesinin suçun unsuru olduğu ve dolayısıyla unsur yanılığı olduğu ifade edilmiştir. Bunun sonucu olarak hekimin yanılığı kastını ortadan kaldırır ve suç taksirle işlendiği takdirde cezalandırılan suçlardan olmadığından, hekime ceza verilmez.²⁷

Hemen belirtelim ki, "hukuka aykırı olarak" ifadesinin işaret ettiği hukuka uygunluk sebebi bir kanun hükmü olabileceği gibi, olayda olduğu gibi hastanın rızası da olabilir. Bu itibarla, bu konudaki yanılığı hukuka uygunluk sebebinde yanılığdır ve ona göre hüküm vermek gerekir (TCK 30/3).²⁸ Burada akla gelen bir soru, sigorta görevlilerinin kişisel verileri verme suçuna azmettiren olarak cezalandırılıp cezalandırılmayacağıdır. Olaydaki yanılığın unsur yanılığı olduğu kabul edildiği takdirde, bu soruya da olumsuz cevap vermek gerekir, zira hekimin eylemi taksirle işlenmiş olduğundan, taksirle işlenen bir suça iştirak da cezalandırılmayacaktır.²⁹ Buna karşılık yanılığın hukuka uygunluk sebebinde yanılığı olarak kabul edilmesi durumunda ki, -kanımca bizim hukukumuzda göre bu şekilde kabul etmek gerekir- hukuka uygunluk sebeplerinde yanılığı halinde hekimin kastı vardır, ancak yanılığı kaçınılmaz (olayda sigorta şirketinin yazı yollamış olması ve ayrıca sözlü olarak teyit ettirilmiş bulunması dolayısıyla, yanılığın kaçınılmaz olduğu söylenebilir kanısındayım) ise hukuka uygun hareket ediyordur. Bu durumda bağlılık prensibi gereğince asıl fiil hukuka aykırı olmadığından (TCK 40), hekimin fiiline iştirak eden kişiler de cezalandırılmayacaktır. Ancak olayda sigorta görevlilerinin dolaylı fail olarak cezalandırılması söz konusu olabilir (TCK 37/2).

²⁷ OLG Köln, MDR 1962, 591, 592.

²⁸ Bkz. Hakeri, *Tıp Hukuku*, 492.

²⁹ OLG Köln, MDR 1962, 591, 592.

B. CEZA SORUMLULUĞUNU KALDIRAN VEYA AZALTAN DİĞER NEDENLERDE YANILGI

HAKAN
HAKERİ'NİN
TEBLİĞİ

Kusurluluğu ortadan kaldıran nedenlerin maddi şartlarında yanılma varsa, örneğin zorunluluk halinin şartlarında bir yanılma varsa nasıl hareket edilecektir? Örneğin hekim anenin hayatı bakımından tehlike olmadığı halde tehlikede olduğunu düşünerek cenini almışsa zorunluluk halinin maddi şartlarında yanılma vardır. Hekim bu yanılığında yararlanır. Ancak burada kusurluluk üzerinde etkili olan bir yanılma söz konusu olup, bu takdirde faile CMK 223/3-d gereğince "kusurunun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararı" verilecektir.

Kusurluluğu azaltan nedenlerin varlığında da yanılıya düşülmüş olabilir. Örneğin, eşinin kendisini hastasıyla aldatığını zanneden hekim, hastasına zarar verdiği takdirde ceza sorumluluğunu azaltan bir nedenin maddi şartlarında yanılma söz konusudur. "Failin haksız davranışın kendine yöneldiği samisiyle ve bunun etkisiyle suç işlemesi durumunda da varsayılan kışkırtma nedeniyle bu indirici nedenden yararlanacağı açıktır"³⁰ Bu durumda da yanılığın yararlanılabilmesi için yanılma kaçınılmaz olmalıdır. "Sanığın, karısıyla maktul arasındaki gayri meşru münasebete inanarak ve bu kanaatle suçu işlemiş olduğuna nazaran cezanın 51. madde (TCK m. 29) ile indirilmesi gerekirken şartları dedikodu hududunu geçmediğinden bahisle 59. maddenin (TCKm. 62) tatbiki yolsuzdur".³¹

Sağlık mesleği mensubunun suç işleyen yakınının, tanıklıktan çekinme hakkı kapsamındakilerden olup olmadığı hususunda yanılması mümkündür. Örneğin hekimin dördüncü dereceden kan hısımının üçüncü dereceden kan hısımı olduğu düşüncesiyle bildirim yükümlülüğünü ihmal ettiği hallerde kusurluluğu kaldıran sebeplerin maddi şartlarında

³⁰ 4. CD.17.4.1996, 3547.

³¹ 1. CD. 19.6.1953, 3132.

yanılığdan bahsedilir. Yanılığın kaçınılmaz olduğu hallerde, sağlık mesleği mensubu bu yanılığından yararlanır (30/3).³²

VI. HUKUKİ YANILGI

Bir normun varlığında veya bu normun yorumlanmasında ki yanılmaya hukukumuzda bir değer tanınmamaktadır. TCK 4'e göre, "*ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz*". Bununla beraber, haksızlık yanılığına değer tanınmıştır. Hata konusunun düzenlendiği 30. maddenin 4. fıkrasına göre, "*işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi cezalandırılmaz*". Buna göre kişi, işlediği fiilin hukuken kabul görmez bir davranış olduğunun bilincinde olmalıdır. İşlenen fiilin hukuken kabul görmez bir davranış oluşturduğu hususundaki hatanın kaçınılmaz olması halinde kişi kusurlu sayılamaz. Hatanın kaçınılmaz olduğunun belirlenmesinde ise, kişinin bilgi düzeyi, gördüğü eğitim, içinde bulunduğu sosyal ve kültürel çevre koşulları göz önünde bulundurulur (madde gerekçesi).

Yanılığın sakınılabılır olup olmadığı konusunda failin sosyal konumu, kişisel yetenekleri, mevcut bilgisini kullanmasının ondan ne ölçüde beklenebilir olduğu ve hukuksal-ahlâki değer yargıları göz önünde bulundurulacaktır.³³

Aydınlatma ve rıza konusunda hekimin yanılığısı hukuksal yanılığı niteliğinde olabilir. Hekimin aydınlatma ve rıza gibi bir yükümlülüğünün bulunduğunu bilmemesi halinde yanılığısı hukuksal yanılığı niteliğindedir. Keza, hekimin rızanın hukuksal gerekliliği konusundaki yanılığısı hukuksal yanılığıdır. Buna göre, hekimin örneğin endikasyonun mevcut bulunduğu ve tıbbi standarda uygun hareket ettiği için hasta-

³² Üzülmüş, İlhan, Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu (TCK m. 280), (bu kitapta yayınlanacak olan makale).

³³ Bkz. Hakeri, *Genel Hükümler*, 282 vd.

nın rızasına gerek olmadığını zannetmesi halinde, hukuksal yanılığın söz konusu olur.³⁴

Hekim, her ameliyatta yeni bir bulguya rastlandığında, bu bulguya yönelik olarak da ameliyatı genişletmeye hakkı olduğunu zannediyorsa³⁵ hukuksal yanılığın vardır ve bu tür hallerde, fail kasten hareket ediyor demektir; ancak fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen hekim cezalandırılmaz. Hata kaçınılmaz değilse, hekim cezalandırılır (TCK 30/4).

Şiddetli baş ağrıları çeken bir hasta, diş hekimine giderek, ağrılarının nedeninin dişleri olduğunu ve dişlerinin hepsinin çekilmesini talep eder. Diş hekimi, hastanın ısrarı üzerine bütün dişlerini çekerse de, ağrıları geçmeyen hasta, hekimi şikâyet eder. Olaya bakan mahkeme, kararında endikasyon yokluğu dışında rızanın da bulunmadığına işaret ederek, ilginç bir değerlendirmede bulunmaktadır. Mahkemenin gerekçesi şöyle açıklanmıştır: Mağdurun durumunu değerlendirecek karar verme yeteneği bulunmamaktadır. Her ne kadar diş hekimi, diş çekilmesi ile baş ağrısı arasında bir ilişki olmadığını söylemişse de, hastanın rızası bizzat dişlerin çekilmesine yönelik değildir. Hastanın tasavvuruna göre yapılan bir iyileştirme ameliyesidir, her ne kadar kesin olmasa da, uzak bir ihtimal de olsa iyileşme ihtimali vardır. Dolayısıyla rıza bir iyileştirme ameliyesi için verilmiştir. Buna karşılık hekim bir iyileştirme ameliyesi yapmamıştır. Bu da rızanın geçersizliğine neden olur. Hekimin, tıbbi endikasyonun yokluğuna işaret etmiş olmasının hukuken önemi yoktur. Diş hekimi hareketinin suç oluşturduğunu bilmediğini ileri sürmüşse de, verilmiş olsaydı bile geçersiz olacak olan bir rızanın var olduğunu sanmak hukuksal hatadır ve hekimin sorumluluğunu kaldırmaz.³⁶

³⁴ Hakeri, *Tıp Hukuku*, 177.

³⁵ ULSENHEIMER, I §1, kn. 137.

³⁶ BGH NJW 1978, 1206.

TARTIŞMA

Kişisel verilerin açıklanması suçunda, açıklama yetkisinin sınırları konusunda yanılır veya örneğin sır saklama yükümlülüğünün örneğin diğer hekimlere karşı geçerli olmadığını zannederse, hukuksal yanılıdır³⁷ ve bu yanılı kaçınılmaz ise fail cezalandırılmaz (TCK m. 30/4).

Hepinize teşekkür ediyorum, saygılar sunuyorum.

Oturum Başkanı: Sayın Hakan Hakeri'yi bu konuşmasından dolayı kutluyoruz.

Şimdi efendim, tartışmalara geçiyorum. Söz almak isteyenler söz alsınlar ve söz alırken de kendilerini takdim etsinler. İsterseniz bu taraftan başlayayım, ondan sonra o tarafa doğru geleceğim.

Buyurun efendim.

Çetin AŞÇIOĞLU (Yargıtay Onursal Üyesi): Teşekkür ederim.

Efendim, ben aslında özel hukukçuyum. İsmim Çetin Aşçıoğlu. Yargıtay Onursal Üyesiyim. Ben özel hukukçuyum ancak özellikle Yener Ünver'in bugünkü bildirisindeki güven ilkesiyle ilgili daha önce de çalışma yaptığım için söz almak gereğini duydum.

Güven ilkesi, Türk hukukunda uygulamada bilinçli olarak uygulanan bir kural değil. Ben, kusur kavramı üzerinde 1980 yıllarının başlarında çalışırken *Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi'nde* bir İtalyan hukukçunun bu konuda yazısını okudum ve işte Türk hukukuna belki ilk defa bu İtalyan hukukçunun açıklamasıyla güven ilkesi girmiş oluyordu. O sırada daha başka açıklamalar da vardı, -şimdi ismini tam olarak hatırlayamayacağım- fakat daha sonra Yener Ünver'in izin verilen risk ile ilgili bir yapıtı var bu konuda. Fakat bunlara

³⁷ BayObLG NSTZ 1995, 188.

rağmen bazı hususlar değişmiyorsa, Türk hukukunda, dedim ki, bu uygulama olanı bilinçli olarak söz konusu değil.

Ben o zaman bunu okuduğum zaman çok ilginç buldum, çünkü bilmiyordum. Ben bilmediğim gibi, uygulamada kimse bilmiyordu bunu. Birkaç defa çalıştığım dairede dile getirdim ve sanıyorum 1990'dan evvel iki karar bu konuda çıktı, ondan sonra başka karara rastlamadım ama Sayın Ünver bir Genel Kurul kararından bahsettiler, ondan da bilgi sahibi değilim. Gerçekten orada güven kuralı bilinçli olarak işlenmişse, muhakkak surette uygulamaya da yön verecek niteliktedir.

Ama şimdi bir sorun var Türkiye'de. Sorun şu: Öğretide konular, kuramlar inceleniyor, işte bakın, dediğim gibi dergilerde yayınlandı, bilim insanlarımız bunları incelediler. Fakat bu teorideki kuramsal bilgiler uygulamaya yansımıyor. Burada üç gün Sempozyum devam ediyor. Ben buna bilgi şöleni diyorum. Bu bilgi şölenindeki bilgiler yayınlanacak, fakat kimse okumayacak. Uygulamada okumayacaklar. Nitekim bundan 5-6 sene evvel Samsun'da Barolar Birliği'nin yaptığı bilirkişilikle ilgili bir sempozyum vardı, mesela Yargıtay'da bir şey yapılmıştı bu bilirkişilikle ilgili, bunları kimse okumadı ve sistem değişmedi. Bozuk sistem aynen devam ediyor. Buna bir çözüm bulmak gerekir.

Dün de ben bir kısmını izledim. Birkaç yargıç veya savcı arkadaş vardı, bunun dışında kimse yok. Bugün de tahmin ederim, bir veya iki tane var mı, bilmiyorum. Varsa elini kaldırsın. Güzel, güzel, çok güzel, üç tane oldu. Ama bakın, dün daireler, Yargı çalışıyordu, bugün çalışmıyor. "Niye gelmiyor yargıçlar?" diyeceksiniz. Öyle bir kopukluk var ki, bu bireyin doğru ve güvenli yargılama hakkını tehdit eder bir duruma geldi. Uygulama teoriden, bilgiden, akıldan uzaklaşıyor. Bunu çok iyi bilmek mecburiyetindeyiz.

Yine Sayın Ünver bu kusurun uygulanmasıyla ilgili olan eski, önceki Ceza Kanunu'ndaki 1/8'e kadar indirilir kuralının nasıl yanlış uygulandığını söyledi, ben de bunu senelerce

TARTIŞMA

dile getirdim ceza hukukçusu olmamama rağmen ama anlamadım. Binaenaleyh, teoriyle pratiği nasıl birleştiririz, bu Türkiye'nin bir sorunudur. Teşekkür ediyorum.

Oturum Başkanı: Sayın Aşçıoğlu'na katkılarından dolayı teşekkür ederiz.

Buyurun Hocam.

Doç. Dr. Mustafa Tören YÜCEL: Günaydın. Ben Yener Ünver ve Hakan Hakeri'ye ve katkılarından dolayı da Emin Artuk'a teşekkür ederim.

Bu bence Türkiye ölçeğinde çok önemli bir Sempozyum. Bundan takriben iki ay önce de Ankara Hukuk Fakültesi'nde bu türden bir sempozyum icra edildi. Demek ki konu çok önemli. Tabii, gönül isterdi ki o platformda bir doktor arkadaş da bulunsun ve şimdiye kadar doktorlarla, hukukçular arasındaki o Çin Seddi aşılabilsin.

Realite, sizin anlatımınızda olduğu gibi açık, net değil. Öyle flu alanlar var ki ve bu flu alanları daha flu yapan keyfiyet de şuradan kaynaklanıyor, çünkü hakimlerimiz bilirkişi raporuyla bağlı. Hakim trafik memuru olarak, sadece bir oyunu hakem gibi bakıyor, oyun nasıl oynanıyor diye. Ondan sonra işi gücü bilirkişiye havale etmek bir an evvel. Hukuk hakimi bile ceza davasında olayı ceza mahkemesindeki meseleyi müstehir olarak addediyor, oraya havale ediyor. Apayrı bir keyfiyet.

Bakın size somut bir örnekle konunun soru babında arzını söyleyeceğim. Şimdi rıza güzel, Hakan Hakeri bakımından, yani rıza verilsin, varsayılan bir rıza olarak kabul edilsin ama rıza ameliyata beş dakika kala veriliyor ve bu rıza da sadece matbu bir evrakın hasta tarafından imzalanması şeklinde, buna nasıl bilinçli bir rıza diyebilirsiniz. Haddizatında imza var orada ama arkasından o resmi yazılı formda tanık da gösteriliyor, tanık imzası da var. Meşruatlı bir bilinçli bir imza olduğu keyfiyetinin çok ciddi ameliyatlarda hiç olmaz-

sa bayağı canlı olarak, somut olarak ekranda hastaya anlatılması lazım bilinçli imzalaması için. Hasta zaten doktoruna güvenmiş. Bazı doktorlar da, empati sağlamak bakımından çok ehil kişiler. Öyle güven telkin ediyorlar ki, hastanın aklına bile gelmiyor bunun ayrıntısına girmek, riski var mı, yok mu, diye. Kendini teslim ediyor doktora.

Evet, tamam, izah olmuştur, sözde izah olmuştur, biçimsel olarak imza var. Bakıyorsunuz, çok önemli keyfiyet, daha somuta gireyim, LAGP denilen bir olay var. Radyolojik girişimle mesela bir safra taşı veyahut herhangi bir safra yolunda tıkanıklığın giderilmesi olayı. Operasyon başlayalı normal 30-35 dakikalık bir olay. İşleme iki doktor giriyor, biraz daha abartayım. Ama bakıyorsunuz 30-35 dakikalık olay 2 saat devam ediyor. Sonra anlaşılıyor ki, doktorlar birbirlerine topu atıyorlar. *"Ben beceremedim, sen devam et"*, o beceremedi o devam et, dört kere hastaya müdahale yapılıyor ve sonra hasta, öyle müdahaleler yapılıyor ki, pankreas maalesef zedeleniyor ve hasta akut pankreatit nekroz'dan ex oluyor.

Bu durumda öyle sorular var ki, evet, bir rıza var ama bu çok basit bir operasyon, 35 dakikalık bir işlem, ahvali adiyeden gibi gözüküyor ama sonra bakıyorsunuz doktorlara, burada önemli nokta şu: İşlem başlamış, Hakan'ın bahsettiği o uygunluk meselesinde ameliyatın genişletilmesine benzer bir durum. Nasıl devam edebiliyor? Bence çok önemli bir şey. Hakan'ın ortaya koyduğu o güven ilkesine ben makullük ilkesi de değerlendiriyorum, çünkü reasonable, ta Kant'a kadar götürebiliriz. Pratik aklın yolu bu. Pratik akıl ne diyor? Durmasını bil, yani okulun önünden geçerken eğer vatandaşlar gördüyse dön. Burada durmayan doktorların sorumluluğu meselesi. Ehil bir cerrah nerede durması gerektiğini bilmesi lazım. Akıl bunu gerektirir. Durmadığı zaman, takdirinize sığınıyorum, saygılar.

Oturum Başkanı: Teşekkür ederiz Sayın hocam. Ondan sonra bu tarafa geleceğim. Buyurun Mustafa Ruhan Erden.

TARTIŞMA

Doç. Dr. Mustafa Ruhan ERDEM: Öncelikle konuşmacılara teşekkür ediyorum, Sayın Başkanım aynı teşekkürler sizin için de geçerli. Benim sorum Hakan Hakeri'ye.

Bu 30. maddenin 2. fıkrasında hukuka uygunluk nedenlerinin gerçekleşme koşullarına ilişkin hata açısından burada acaba taksiri sorumlulukla ilgili bir düzenleme yok, fakat buna rağmen yine de biz taksirli sorumluluğu kabul edebiliriz şeklinde bir görüş ileri sürdünüz. Hemen şunu söyleyeyim, tabii Alman hukukuyla karşılaştırmalı gideceğim ben, Alman Ceza Kanunu'nda yanılmayı düzenleyen maddede bizim 30. maddenin 2. fıkrasını karşılayan bir düzenleme yok, fakat Alman hukukunda "*sınırlı kusur teorisi*" adını vermiş olduğumuz bir teori var ve bu teori hukuka uygunluk nedenlerinin gerçekleşme koşullarına ilişkin yanılmayı da, siz "*unsurlarda yanılma*" dediniz ama tipiklikte yanılma çerçevesinde ele alıyor. Tabii tipiklikte yanılma dediğiniz zaman burada kaçınırlılık veya kaçınırlılık bir ölçü olmaktan çıkıyor. Oysa bakıyoruz bizim 30. maddenin 2. fıkrasına, bir de kaçınılabilirlik kriteri getiriyor. Aynı kriter 30. maddenin son fıkrasında da var. Kaçınılabilirlik denildiği zaman ben bunu artık kastlı, daha doğrusu kaçınılabilirlik denildiği zaman ben bu hatanın kusurluluğu ortadan kaldıran bir hata olması gerektiği sonucuna ulaşıyorum. Siz de zaten bunu söylediniz en sonunda. Kusura etkili dediniz, ortadan kaldıran demediniz ama böyle söylediğinize göre, benim düşünceme göre bu gibi durumlarda taksirli sorumluluğun dahi söz konusu olmaması gerekir, diye düşünüyorum. Siz ne düşünüyorsunuz bilemiyorum.

Prof. Dr. Doğan SOYASLAN: Teşekkür ederim Sayın Başkan.

Ben katkı niteliğinde bir şey söylemek istiyorum. Bu taksirli fiillerin 1'den fazla işlenmesine ilişkin eski kanun, ceza hukuku ilkelerine uygun değildi. 8 üzerinden bölmek doğru değildi. Özel hukuk mantığının ceza hukukuna yansımasydı. Ceza hukuku nedensel bağa bakar, o kadar. O bağın derecesine göre de hakim ceza belirler. Şu durumda asgari iki sene

vermek zorunda. En ufak kusuru olan, çok hafif kusuru olan kişiye de iki sene vermek zorunda.

Kanun yapılırken tüm cezacılar, başta Dönmezer hoca da müttefikti bu fikirde, "Bunu değiştirelim" dedik. Yargıtay üyeleri hep beraber hopladılar. Yargıtay üyeleri şöyle hopladılar: "Bu muazzam işimize yarıyor" dediler. Bana biraz haklı geliyor onlar. Niye biliyor musunuz? İşte boğulmuşlar. Yargıtay üyeleri ve hakimler teoriye zaman ayıracak, belki ilk derece mahkeme sakınlarının hiç zamanı yok, belki Yargıtay üyelerinden biraz daha bekleriz de, işe yaramadığı kanaatinde idiler. O yüzden eski hükme dönüldü kanun yapılırken, yeniden kondu.

Teşekkür ederim. Ben katkı niteliğinde konuştum.

Cahid DOĞAN (Sağlık Bakanlığı Hukuk Müşaviri): iki soru soracağım.

Birincisi Sayın Prof. Dr. Hakan Hakeri ve Doç. Dr. Yener Ünver'in cevaplamasını istiyorum: Hekim, yazdığı reçeteden dolayı oluşan zarardan sorumluluğunu açıklar mısınız?

İkincisi, Prof. Dr. Hakan Hakeri'ye soruyorum: Yapay dölleme hekim, çiftlerden birindeki, örneğin AIDS gibi bir hastalığa duçar olduğunu bildiği halde yapay döllemeyi gerçekleştirirse sorumluluğunu söyleyebilir misiniz?

Saygılarımı sunarım.

Prof. Dr. Henning ROSENAU: Sayın Başkan; teşekkürler.

Sayın Ünver'in açıkladığı konu ile ilgili olarak şunu söylemek istiyorum: İş bölümünün olduğu bugünün çağdaş dünyasında güven ilkesi bir olmazsa olmazdır. Mahkemede bu ilkeyi bilinçli veya bilinçsiz olarak uygulayıp uygulamadığımız çok önemli değil, bence mahkemenin sağduyu yoluyla bu ilkeyi dikkate alıp, doğru sonuca varması yeterlidir. Tıp böyle bir ilkeyi uygulamasaydı işlevselliğini yitirirdi. Özel

TARTIŞMA

hukukta çalışan meslektaşımızın dediği şey doğrudur. Ama bir noktada kendisine itiraz ediyorum. Bu Türkiye'ye özgü bir sorun değil. Almanya'da da aynı sorunu yaşıyoruz. Teori ve pratik arasında çok zor köprülenebilen bir uçurum var. Bundan sürekli şikayet edilir, ama bilim adamı olarak kendimize sormamız lazım: Bu uçurumdan biz de sorumlu değil miyiz?

Uygulamaya biz de katkı yapmıyor muyuz? Duruşma hakimi hukuka uygun olan ve suçu ortadan kaldıran zorunluluk haliyle ilgili 25 teori sorgulaması gerektiğini görürse, teoriden soğuması beni şaşırtmaz. Bu bilimin politika yönüne dair bir yorumdu. Şimdi ise güven ilkesine geri dönmek istiyorum: güven ilkesiyle ilgili şöyle bir sorun var. Sorumsuzluğa götürülebilir: "Ben onun bu işi doğru yapacağına güvenmişim. Ben de onun bu işi doğru yapacağına güvenmişim." Bir kaç kez böyle gidip gelirse ortada sorumlu kalmaz. Bu nedenle, Almanya'da medeni hukukta ve BGH'da güven ilkesi daraltılarak uygulanmaktadır. BGH'nin bir kararında şöyle bir açıklama yer alıyor: aydınlatma beyanı kıdemli hekime devredilirse, bu süreçte hasta ölürse ve aydınlatılıp aydınlatılmadığı kanıtlanamazsa, başhekim kıdemli hekimi denetlemekle görevli olduğu için kontrol tedbirleri olarak aydınlatmanın gerçekleşmesini temin etmek onun görevi olduğu için yükümlülüğü söz konusudur. Güven ilkesine evet, ama daraltılarak evet.

Vorsitzender, herzlichen Dank. Herr Ünver, zunächst eine Bemerkung an Sie. Ich glaube in der heutigen Zeit der modernen arbeitsteiligen Welt ist der Vertrauensgrundsatz einfach unverzichtbar. Ob wir ihn nun bei Gericht bewusst oder unbewusst anwenden, ist mit nicht unbedingt wichtig, wenn aber das Gericht aus gesundem Menschenverstand zum richtigen Ergebnis kommen würde, würde mir das schon genügen. Aber sonst würde die Medizin nicht funktionieren, wenn sie mit einem solchen Prinzip nicht arbeiten könnte. Was unser zivilrechtlicher Kollege gesagt hat, ist sicher richtig, in einem Punkt würde ich ihm widersprechen. Es ist kein türkisches Problem. Wir haben in Deutschland genau das gleiche Problem: ei-

nen breiten Graben zwischen Theorie einerseits und Praxis andererseits, der ganz schwer zu überwinden ist. Das wird auch ständig beklagt, allerdings müssen wir vielleicht als Wissenschaftler uns auch fragen, ob wir nicht eine gewisse Verantwortung für diesen Graben tragen, ob wir nicht mit unserer Hypertrophie der Dogmatik den letzten Verästelungen hinein dazu beigetragen haben. Wenn ein Richter, ein Gericht sieht, das es 25 Theorien zur Frage gibt, ob der Notstand entschuldigend oder rechtfertigend wirkt, dann wundere ich mich nicht, dass der Richter sich schauernd abwendet von der Theorie. Aber das mehr als wissenschaftspolitische Bemerkung. Zurück zum Vertrauensgrundsatz. Der Vertrauensgrundsatz hat ein gewisses Problem. Er kann natürlich in den Weg der Verantwortungslosigkeit führen. Ich habe darauf vertraut, dass der alles richtig macht. Der sagt, ich habe darauf vertraut, dass der alles richtig macht. Und dann haben sie auf einmal, wenn sie das mit mehreren Personen haben, dann niemanden mehr, der verantwortlich ist. Deswegen ist auch zumindest in Deutschland, wird in den Zivilgerichten, von der BGH, der Vertrauensgrundsatz sehr, nicht sehr, aber schon restriktiv gehandhabt. Wenn man etwa die Aufklärung an sein Oberarzt abgibt, hat der BGH jüngst entschieden, und hinterher im Verfahren, im Prozess, ist der Patient gestorben, die Aufklärung lässt sich nicht nachweisen, dann sagt der BGH der eigentliche Chefarzt hat den Oberarzt zu kontrollieren, und hat durch Kontrollmechanismen sicherzustellen, dass die Aufklärung, die seine Aufgabe eigentlich ist, auch erfolgt war. Also, Vertrauensgrundsatz ja, aber mit Grenzen.

Dr. Yaşar BİLGE (Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi):
Öncelikle bu güzel sunumlar için çok teşekkür ediyorum. Hakan Beye bir soru sormak istiyorum.

Pratikte teorik arasında çok büyük sorunlar oluyor. Bu pratikle ilgili sorunu gündeme getirmek istiyorum. Bu da şu: Bir kişi kolundan yaralanıyor. Damar yaralanması söz konusu. Cerraha gidiyor, cerrah diyor ki, "Kolunu keseceğiz." Bu olayda hastadan rıza da alıyor, kesiyor da. Fakat daha sonraki günlerde bir iddia var. Bu iddiaya göre kesilmeseydi, damar

TARTIŞMA dikilseydi kolu kurtulurdu, diye. Buradaki yanılığda hekim sorumlu tutulabilir mi?

Teşekkür ederim.

Ziyinet ÖZÇELİK: Teşekkür ederim.

Ben her iki konuşmacıya da birer soru yöneltmek istiyorum. Öncelikle Sayın Hakeri'ye yönelteceğim soru şu: Dün infaz tıp hukukuna ilişkin konuşmaları yaparken hayati tehlikenin varlığı halinde ya da bilinci kapalıysa tutuklu ya da hükümlünün hekimin müdahale etmesi zorunluluğundan söz eden maddeleri konuştuk. Şimdi de siz, çok haklı olarak dediniz ki, kan naklini de örnek vererek, hayati tehlike olsa bile, eğer kişinin inancı ya da tutumu gereği bu konuda eğer rızası yoksa ölüme yol açılacak olsa bile, hekimin, yanılığa düşerek de olsa -ki araştırma olanağı varsa taksir ve sorumluluk da var dediniz- peki, o zaman gerçekten çağdaş ceza hukuku ilkeleri ve evrensel insan hakları kurallarına göre kişiler arasında hekimler yönünden rızayı kimde arayacağım, kimde aramayacağım gibi bir kurala uymalarını beklemek, ona göre de ayrı ayrı cezalandırmak ya da cezalandırmamak olanaklı mı? Bu uygulamayı nasıl değerlendiriyorsunuz?

Sayın Ünver'e de şu soruyu yöneltmek istiyorum. Öncelikle sunumuzdan çok yararlandım, teşekkür ediyorum. Gerçekten uygulamada şöyle sorunlar sıkça çıkıyor önümüze. Katkı sunan sayın katılımcılar da belirttiler, hakimlerimiz ne yazık ki büyük ölçüde evet, trafik polisliği yapıyorlar. Genellikle sağlık hizmeti bir ekip hizmeti olduğu için, sizin de belirttiğiniz gibi ekip halinde yargılanıyorlar. Hemen somut bir örnekle size sorumu yöneltmek istiyorum. Bir ameliyat ekibi, zor ve uzun bir ameliyat, bitmiş, cerrah çok yorgun ve hastanın karnının kapatılmasını ve dikişlerinin atılmasını asistanlarına bırakmış. Asistanlar da 3. ve 4. yıldaki kıdemli asistanlar. Hastanın karnında bir cisim unutulmuş, ameliyat malzemelelerinden. Ne bilirkişi aşamasında, ne de savcılık aşamasında ne de yargıçlık aşamasında şu soruyu biz tartıştıramadık: Ger-

çekten asistanların eğitim düzeyleri nedir ve böyle bir sorumluluğu almaları gerekir mi, kendilerine güvenilmesi gerekir mi? Hepsinde cerraha önemli ölçüde sorumluluk yüklendi. Siz acaba gerçekten bu ekipteki her birinin sorumluluğunu yükledikleri görevler ve eğitimlerine göre soran bir yargıca ya da cumhuriyet savcısına rastladınız mı?

Teşekkür ediyorum.

Av. Tuğba Tuna TARAKÇI (Sakarya Barosu): Benim sorum aslında genele yönelik olacak. Uygulama ve pratik arasındaki Yargıtay Onursal Üyemiz bahsetti burada. Ben geçen sene Uzlaşmaya Çapraz Sorgu Seminerine gittim, Bahçeşehir Üniversitesi'nde. Orada Amerikan hocalar bununla ilgili seminer verdiklerinde nedense bizim hocalarımız seminerlerinde sürekli teoriye ilişkin anlatırken ben Alman hocalarımızdan da bunu fark ettim. Daha çok pratik, işte, mahkeme kararları örnek veriliyor. Hayatımda gittiğim en güzel seminerlerden bir tanesiydi. Çapraz sorgu ve uzlaşmayla ilgili çok güzel şeyler öğrendim. 2,5 yıllık avukatım, arkadaşım ile beraber ortak yürütmüş olduğumuz bir davada öğrenmemizin ve genç olmamızın da getirdiği bir hevesle, *"Madem böyle bir şey öğrendik, bu davada sana çapraz sorgu yapalım"* dedik. Arkadaşım soruyu sordu ve hakim bey, eminim çapraz sorguyla ilgili bizim öğrendiklerimizi bilmediği için, arkadaşımı herkesin içerisinde azarladı, *"Lütfen, olayı bu kadar civitmanın anlamı yok"* dedi ve arkadaşım ile ben hakikaten çok kötü olduk. Şu an bile titriyorum. Çok üzüldüm, çünkü ben o seminer için Adapazarı'ndan İstanbul'a bütün işlerimi bırakarak saat 16:00'da yola çıktım, gece 24:00'de evimdeydim.

Buraya da hakikaten çok büyük bir hevesle geldim. Bütün duruşmalarımı, bütün işlerimi bıraktım, üstelik de hamile bir bayanım, altı aylık hamileyim. Hakikaten bunların hepsini bırakarak ben buraya geldim, yalnız başıma ama inanıyorum ki burada öğrendiğim şeyler, gittiğim zaman bu ayrı bir dünya. Bizim hocalarımız ayrı bir dünyada, biz ayrı bir dünyadayız. Ben 2004 yılında mezun oldum, iyi bir dereceyle mezun ol-

TARTIŞMA

dum, çok çalışarak mezun oldum. Avukat olmak için girdim, şu an avukatım ama avukat olduğum halde ben 2004 yılında mezun olduğum zaman stajyerlik için çıktığımda ben sudan çıkmış balık gibiydim ve anladım ki okulda öğrendiklerimiz farklı, uygulamada öğrendiklerimiz farklı. Biz hakikaten uygulamaya yönelik hiçbir şey öğrenmiyormuşuz.

Ben genel olarak söylemek istiyorum, bu sıkıntılarımızı nasıl açacağız? Teşekkür ediyorum.

Mehmet ASLAN (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi 3. Sınıf Öğrencisi): Benim sorum Hocam Hakan Hakeri'ye olacak. İntörn hekimler ya da asistan hekimlere devredilebilir ya da devredilemeyen edimler yönünden bir hata kaçınılabilir yanılı mı oluyor, kaçınılamayan yanılı mı oluyor?

Teşekkürler.

Doç. Dr. Yener ÜNVER: Bütün katılımcılara soru sordukları için, bazı şeyleri söyleme fırsatı verdikleri için çok teşekkür ediyoruz. Sayın Aşçıoğlu çok değerli bir hukukçu, her zaman eserlerini gençlere de tavsiye ediyoruz, çünkü artık moda oldu, internette gördükleri ya da rafta gördükleri kitaplar dışındakilere bakmıyorlar. Aşçıoğlu hocamızın eserlerine baksınlar. Bizim için hâlâ çok çok değerli, başköşemizde duruyor. Hocamız haklı, açıklamaları da doğru. Hocamızın sorusunu ya da açıklamalarını bayan avukat hanımın sorusuyla birlikte değerlendirmek istiyorum.

Evet, uygulamayla teori farklı. Biz çok eleştiriyoruz uygulamayı. Bunun birçok da sebebi var. Haklı olduğumuz hususlar da var. Ama gerçekten bir düşünün ki, binlerce dosyanın altında kalmış yargıçtan biz, git kütüphaneye, falanca teoriye bak, yabancı ithalatı incele, bu mümkün değil. Geçen yaz, Yeditepe Hukuk Fakültesi öğrencileriyle birlikte Basel'de bir sempozyum yaptık. Orada hukuk fakültesi hocamız, çok önemli bir değerli ceza hukukçusu, Alman ama İsviçre'de hocalık yapıyor, Prof. Dr. Kurt Seelmann. Yanında ayrıca

Lozan'da Federal Yüksek Mahkeme'de görev yapan bir yargıcı getirdi, bu seminerlere katıldı ve bizimle birlikte bir hafta orada bu seminerlerde, tartışmalarda şunu söyledi: *"ilginçtir, bazen çok önemli şeyler oluyor, bizim bunun Federal Mahkeme kararında da zikredilmesini istiyoruz. Karar doğru, karara üniversite hocalarının katkıda bulunması, değiştirmeleri mümkün değil."* Hem hoca, hem oradaki yargıç şu ihtiyacı hissediyor: Zaman zaman teorideki ve yabancı ülkelerdeki gelişmeleri de yargı kararlarına yansıtma ihtiyacı.

Nisan ayında, birazdan duyurusunu yapacağım, yapacağımız bir sempozyuma o İsviçreli Federal Yüksek Mahkeme yargıcı da gelecek. İsviçreli profesör bana diyor ki; *"bu çok akıllı bir delikanlı, doktora yaptı tıp hukukunda. Getiriyoruz, çağırıyoruz ve önemli şeylerde Yargıtay içtihatlarına o bilgilerin girmesini sağlıyoruz"* dedi. İşbirliğine bakın, zaman rahatlığına bakın. Ben de sizin gibi çok uygulamayı eleştiriyorum ama uygulama farklı, teori farklı, hocalarımız da *"uygulamayı anlatsınlar"* demek doğru olmayacaktır. Tabii ki sizin kastınız o değil. Biz uygulamayı bütün pratik çalışmalarında buradaki bir sürü değerli hocalarım da var, hepimiz mümkün olduğu kadar derslerde aktarıyoruz. Eleştiriyoruz, tartışıyoruz, bu kadar öğretebiliyoruz; ama bütün ders eğitimini bizim duruşma salonunda geçirebilmemiz mümkün değil. Zaten o zaman teorinin de gelişebilmesi mümkün değil.

Şüphesiz farklılık olacaktır. Mutlaka eleştirdiğiniz noktalarda yüzde yüz haklılık payı vardır. Çapraz sorguda da böyle. Hâlâ daha işlemeye başlayamadı, çok zor bir iki olay dışında. Reddedilen bilirkişi veya tanığı avukatın hakime rağmen getirip duruşmada dinletmesi kesinlikle işlemiyor. Hakim diyor ki, *"50 tane dosyaya bakıyorum, bir avukat gelecek, yanında tanık getirmiş, soru soracak, ben de kenarda duracağım, seyredeceğim, o da saatlerce sorgulayacak."* Bu uygulanmıyor. Bunu çözmemiz lazım. Onun için de hemen Yargıtay'ı iki daireye indir, emekli et kıdemli yargıçları ve sorunu hallet. Sorun böyle çözülmü mü? Bölge adliye mahkemeleri kurulup, kurulmayacak belli

TARTIŞMA

değil. Hakimlere uyumayın, yemeyin, içmeyin, mahkemede geceleyin ve gece de olsa, hafta sonu da olsa orada iş yapın, demek de bir çözüm değil. Bir kişiye 50.000 dosya ver, yapmasını bekle! Bu da bir çözüm değil, gerçekçi yaklaşım değil. Demek ki sorunun başka sebepleri de var.

Tamam, çalışmıyoruz, bakamıyoruz, edemiyoruz ama uygulamayla teori bütün ülkelerde zaman zaman farklı olur. Profesör Rosenau da bunu söyledi. Bizde çok fazla, hakikaten çok fazla. Uygulamaya, bırakın teorileri, yasadaki bir maddeyi uygulatamıyorsunuz ve bazen öyle örnekler getiriyorlar ki öğrencilerimiz, bu olmaz, diyorum, mümkün değil. Bu madde böyle diyor. Ama belki de hakim bakmamıştır bile o iş yüküyle, 4 dakikada bir duruşma yapıyor. Başka sebepleri de var. O sebepler de tabii ki yargıyı mazur göstermiyor ama dediğiniz sorunda haklısınız. Bizden uygulamayı haklı kılmak, uygulamayı legalleştirmek, "*uygulama doğrudur*" u ve "*bize uygulamayı, hukuk fakültesinde uygulamayı anlatın*" demek doğru değil. Bizim görevimiz, akademisyen olarak sadece sınıfta ders anlatmak değil, işte bu araştırmaları yapmak, sizlerin değer katkılarıyla bunları üretmek, etkilemeye çalışmak. Kolay değil. Bakın, İtalyan Yargıtay'ı, bir sürü İtalyan hukukçusu ki, bizden daha fazla ilgi göstermişler geçmişte, Alman hukukunu öğrenmişlerdir, birçok şeyi onlar bile çok sonra, 20 yıl sonra anlayabiliyor basit bir şeyi.

O yüzden bizim belki daha çok gayret sarf etmemiz lazım, yılmamamız lazım. Yanlış giden uygulamayı doğru hale, mutad biçimde, "*böyle gelmiş, böyle gider*" demememiz lazım. Sizin de canınız sıkılacak, benim de canım çok sıkılıyor. Belki o kararı veren yargıcın da canı sıkılıyor: ama bizim bunu birlikte aşmamız lazım. Götürü çözümlerden kaçmamız lazım, sıkıntıyı çekmemiz lazım. Çözüm önerisi dersiniz, bu genel bir soru, benim tebliğ konum değil, Türkiye'de yargının sorunları konusu olur bu.

Soru soran ve ön sıralarda oturan hanımefendi "*hamileyim*" dediniz, tebrik ediyorum. Hastalık değil, burada bir sürü

tıpçı var. Hamilelik anne için en güzel anlar, en güzel hediye, hastalık olarak yaşamayın.

Uzlaşma konusu da öyle. Bizde yeni bir kurum. Birçok hocamız bunu anlattı. Evet, bizim hocalarımız için de yeni bir kurum ve burada değerli bir hocam var, Timur Demirbaş, diğer başka bir hocam var birlikte, inanılmaz hizmet verdiler Yenisey hocamla birlikte. Bizler ucundan, köşesinden Özer bey, Hakan bey yardım etmeye çalıştık ama asıl lokomotif diğer hocalarımızda. İnanılmaz bir emek. Bu emek de boşa gidiyor. Ben de Yeditepe'den öğrencilerimi gönderiyorum. Bütün o seminerlere katılıyorlar iki hafta, *"Hocam uygulama öyle değil. Bizi götürdünüz, sertifika aldık elimize. Ne uzlaşması, soru bile soramıyorum"* diyor. Ama öğrenmemiz lazım. Bu maddeler bizim kanunlarımızdaki maddelerimiz. Hukukumuzda bu olması gereken uygulamayı inadına geçirmemiz lazım. Bazen azarlanmak, bazen de hakime, *"Sen niye böyle yaptın?"* dediğimizde hakaretten hakkımızda soruşturma açılabilir ama bunu yapmamız lazım. Hukuk mücadelesi veriyoruz, kolay değil ama her zaman da yargıyı kötü niyetli olarak yargılamayalım. Burada birazcık insafli olalım. Uygulama, o size takılan tutum yanlıştır, ben de katılıyorum ama birçok sebebi vardır bunun: Yargıçlar da çok ağır iş yükü altındalar.

Profesör Rosenau'nun söylediklerine kesinlikle katılıyorum. Ben de tebliğimde o yüzden sihirli formül değil dedim, biraz itinalı yaklaşmamız gerekir. Güven ilkesinin zaten amacı ve fonksiyonu, ortaya çıkışı da, insanları ceza hukuku sorumluluğundan kurtarmak değil ya da işi başkasına devretmek değil. Rosenau'nun söylediklerine kesinlikle katılıyorum, aynı düşüncedeyim ama güven ilkesine de karşı çıkıp almamak yanlış. Bilmeden hemen ne oldu, yeni bir kavram daha geldi. Şimdi, oturup bir de ona bakacağız. Ne bu? Zaten bunların hepsini, kastın yokluğu ya da suç işleme niyetinin yokluğundan hallediyoruz zaten. Bu bilimsel değil, sistematik değil. Götürü cezalandırmak, götürü dava açma, o zaman adalet falan sağlamıyoruz. Bir şüphede o zaman alın bütün

TARTIŞMA

mahalle halkını, istediğinizi yapın, soruşturmayı da öyle yapın. Bizim bir kişiyi haksız yere şüpheli konumuna getirmemiz konusunda da hassas olmamız gerekir.

Yargımız adım adım ama ne kadar etkilenebilirse bu teorilerden o kadar iyi olacaktır. Rosenau'nun söylediği gibi, tıbbın müdahalelerini bu ilke olmaksızın yürütebilmemiz mümkün değil, hukuk falan uygulamayız orada. O doktordan da sizin artık normal bir ameliyat yapması, doktorlar bu şekilde korkutmak da mümkün değil. İşbölümündesin, herkes başka bir şey yapacak, doktorun sırtı dönük, birisi orada oksijen tüpünü görecektir, arkanda gözün var görecektin. Hayır, orada demek ki işbölümüne de evet, özen gösterecek ama işbölümü yapıp hukuksal yükümlülüğü almışsa, *"ben, şu iğneyi zikret şu hastaya, öbür hastayı şimdi muayene ediyorum"* dediği zaman hemşirenin zikredeceğini iğneyi, yoksa iğnenin steril halini bozacak bir şey yapmayacağına güvenmem lazım.

Sayın Yücel'in eserlerini biliyoruz, çok çok değerli bir hukukçu kendisi. Kendini tanıtmadı ama bizler çok iyi tanıyoruz, takdirle karşılıyoruz çalışmalarını ama sadece şunu söyleyebilirim: Bu toplantıları Hakan beyle sadece ben değil, değerli hocalarımızın katkısı olmasa düzenleyebilmemiz mümkün değil. Hocalarımıza güveniyoruz, bize inanılmaz prim veriyorlar. Bir toplantı yapıyoruz, Doğan Soyaslan hocama telefon açıyoruz, hemen atlıyor, geliyor, işini gücünü bırakıyor Ankara'dan. Emin Artuk hocam hiç yalnız bırakmadı, Prof. Centel ve Timur keza öyle. Hocalarımız sayesinde yapıyoruz ama bir şeyi belki, bilgi olsun diye söylüyorum, bu toplantılarımızın, şu spesifik bir toplantı. Bunun dışındakilerin hepsinde mutlaka ama mutlaka etikçilerde normal, bizatihi tıbbi müdahale yapan doktorlar da, hatta hukuk felsefecileri de katılıyor. Mutlaka onlar da oluyor. Nisan ayında yapacağımız, 8 ülkeden katılan bir toplantı olacaktır İstanbul'da Yeditepe Üniversitesi'nde. Orada da, 32-34 kişi katılıyor, hukuk felsefecisinden etikçisine kadar hepsi var. Kesinlikle doktordan ayrı değil. Hatta bugün akşamüzeri burada başka bir

hem hukukçu, hem doktor hocam var, Antalya'ya geçiyoruz. Yarın Antalya'da doktorlarla, orada da ben tek yalnız hukukçuyum, yani kesinlikle ayrı olmuyoruz. Fakat bunu entegre edemiyoruz. Onları kesinlikle dışlamıyoruz, organizasyon için söylüyorum, burada istediğimiz şey şuydu, bütün ceza hukuku hocalarımızla bir araya gelelim ve ceza hukuku özel hükümler kısmını irdeleyelim. Amacımız buydu, yoksa diğer toplantılarda hepsinde mutlaka onlarla işbirliği yapıyoruz.

Biz söylediğimiz zaman hukuk kuralını, hekim arkadaşlar zannediyorlar ki *"cellatlar, kasaplar geldi, hepsi bize fatura çıkarıyor."* Çok da irite oluyorlar. Hukuk kuralı bunu söylüyor. *"Bak şöyle bir yanlış davranışta bulunursan sorumluluğu da ağır"* diyoruz. Hakikaten bazen salonda hakarete uğrayacak derecede sözlere muhatap kalıyoruz. Halbuki bizim söylemek istediğimiz şey, bu bir hukuk ortamı, bunu birlikte oluşturacağız. Bu bir multi disiplin. Bizim hukukçularımızın, ben kendimi en azından söyleyeyim, tıpçılardan öğreneceğimiz mutlaka çok şey var. Ortak dili konuşmamız gerekiyor ve orada kesinlikle çok özveriyle çalışan tıp mensuplarını karalamak, kötülemek değil, ortak üreteceğimiz bunu, ama bilimsel ve zeminin hukuk olduğunu unutmadan. Genel soyut, etik ilkelerin arkasına sığınmadan, sorumluluktan kaçmadan. Bir doktorun da, *"Ben doktorum, çok ulvi bir meslek yapıyorum ama ben tıp hukuku karşısında, hukuk kuralları karşısında imtiyazım yok"* demesi, anlaşılır ve kabul edilir birşey değil. Türkiye'de bunu anlamamız gerekiyor. Maalesef çok az doktor var burada yahut da çok az sağlık personeli. Gerçeklikle kesinlikle biz hukuktan muafız anlayışı egemendir. Karalamıyorum, genelleştirmiyorum ama budur. En ufak, en basit bir hukuk kuralını bir doktorun önüne çıkardığınız zamandan itibaren inanılmaz rahatsız oluyorlar. Halbuki bunları söylememiz, ortak konuşmamız, önceden bilmemiz, çoğu kez doktora hizmeti diyor, hata yapmasını veya hukukla problemi olmasını engelliyor ki bu da iyidir.

TARTIŞMA

Yazılı bir reçeteden hekimin sorumluluğunu sordu, Sayın Cahit Doğan, burada şuna dikkat etmemiz lazım. Reçeteyi doğru yazmıştı, tıbbi standarda uyarak yazmışsa ve git şunu eczaneden al, getir ya da eczacıya sor, sana nasıl kullanılacağını söylemiş, ondan sonra adam gitmiş ilacı başka bir ilaçla karıştırmış. Bir tane alacaksın, demiş, dört tane tableti almış ya da kullanmamış veya ilacı bir merhem veya başka tentürdiyot gibi bir steril hale getirecek bir ilaç olduğunu düşünelim, iyileştirici bir ilaç. Yapmamış, cildi enfeksiyon kapmış. Tabii ki doktorun sorumlu olması mümkün değil burada. Çünkü nedensellik bağı yok. Evet, ben söyledim, ben ilacı verdim, hatta bizzat doktor ilacı da verebilir ama söylüyor, aydınlatıyor, *"bunu böyle kullanacaksın"* diyor. Bizim o doktordan bir daha gidip adamın başında durup, saati geldi, sen o ilacı al, bu kadar al demesini beklememiz mümkün değil. Tabii ki sorumluluk doktorun sorumluluğu ama doktorun orada reçeteyi doğru yazması lazım. Biz öyle olaylarla uğraşıyoruz ki, hastalık adı altında gözlük, şampuan, terlik aldırın ya da başka mahallede kime ilaç gerekiyorsa onu yazan doktorlar var. Tabii ki burada hastayı görmeden yazılan bir ilaç, kurul raporlarını ayırıyorum, kesinlikle doktoru sorumluluktan kurtarmıyor. Doktor diyor ki, *"Bana geldi, söyledi. 'Annem 10 yıllık hasta ve şu ilacı kullanıyor' dedi."* Başka bir yere alacak mı, satacak mı, başka birisine mi verecek? Doktor hastayı görmeden döşeniyor ilacı yazıyor. Tabii ki orada ceza sorumluluğu olacak.

Şu bir kere evrakı yanlış düzenlediği için evrakta sahtecilik suçundan hiç kuşkunuz olmasın. Kullanıyor, düzenliyor ve geçerli kuralı kullanıyor. İkincisi, eğer verdiği, yaptığı müdahaleden dolayı doktorun nedensellik bağı devam ediyorsa kusurlu, yaralanmışsa yaralanmış, ölmüşse ölmüş. Size şimdi yanlış bir ilaç yazayım ve tıp standardına aykırı. Dikkat edin, biz hep neticeye bakarak değerlendiriyoruz, genelde söylüyorum, doğru değil. Doktorun hastayı iyileştirme yükümlülüğü yok. İyileştirmek için çaba sarf eder. Muayeneyi, teşhisi üstlendi diye kesinlikle hastayı iyi edecektir,

sonuca ulaşacaktır, bak iyileştiremedi, böyle bir yükümlülük altına giremez. Bizim ondan istediğimiz, tıp standardına uygun bir şekilde o gün çağdaş bir tıbbi hizmete sunması, özenu göstermesi, kasten veya taksirle kusurlu bir şekilde yanlış bir teşhis-tedavide bulunmaması. Ama bütün tıbbi standardı uygulamasına rağmen o gün doktor teşhiste yanılabilir veya doktorun o andaki yeni bir yöntem çıkmıştır, yeni bir ilaç çıkmıştır, onu kullanmamıştır. Doktordan bu anlamda *"hastayı iyileştirmedin, sakat kaldı, ağırlaştı, ex oldu, hadi sorumlusun"* anlayışı tabii ki doğru değil.

Ameliyat sonrası asistana bırakırsam ne olur? Burada şüphesiz dikkat edeceğim şey, ben tebliğde de onu söyledim, sunuşta da, asistanı seçerken uzman, tecrübeli, bırakmış, ama lütfen gidip yukarda çay içmesin, operasyon devam ediyor, dursun orada. Eğer, hayır, asistana yaptırdı ve kendi de başında durdu ve her olayına müdahale etti. *"Sağdan al, düğüm at"*, bunu demez, öğretiyor. Eğer biz ekip şefini sürekli her yaptığı asistanın hareketini kontrolle yükümlü kılırsak işbölümünden ve güven ilkesinden eser kalmaz. O zaman kendisi yapsın başkasına bırakacağına, daha güvenli olur. Ama diğer taraftan da öğretmemiz lazım. Bu asistanın da öğretmesi lazım. Kardeşim doktor, mezun oldu, mesleğe başladı. İki yıl sonra bir sağlık ocağındaki hemşireden dikiş atmasını öğrendi. Önemli bir tıp fakültesinden mezun. Uygulamalı göstermemişler. Öğrenmesi lazım. Bizim o doktorun da, o uzman asistanın da tabii ki dikiş atmasını öğrenmesi lazım. Ama tecrübesizse şefin sorumluluğunu kaldırmıyor. Orada duracak, gösterecek, uyaracak, öğretecek.

Tecrübeli, daha önce de bir sürü yapmış, bırakabilir ama operasyon onun kontrolünde. Orada dikkat edecektir, evet, operasyon bitmiş, diğerleri çekilmiş, dikiş atılacaktır. Bakacaktır doğru atıyor mu, atmıyor mu, diye. Sürekli denetim değil. O anda başka bir şey yapıyordur doktor, bir yere dikiş atıyordur, iki yeri açılmıştır, öbürünü dikiyordur, arada bir bakıyordur ama tecrübesizse, hata yaptığına ilişkin belirtiler

TARTIŞMA

görüyorsanız, titremiş, uykusuz, alkollü, o gün başka bir problemi var, bunlar belirtiler, davranışını görüyorsanız müdahale edecek. Ne yapayım, falanca belgesi var, ben bu doktora bırakırım. 10 yıllık asistan, 100 tane ameliyatta dikiş atmış, o gün alkollü gelmiş, o gün başka bir problemi var, almayacaksınız ekibe ya da kendiniz sürekli kontrol edeceksiniz.

Teşekkür ediyorum.

Prof. Dr. Hakan HAKERİ: Öncelikle Mustafa beyin sorusuna cevap vermek istiyorum. Bu, yeni Türk Ceza Kanunu'nun hekimler açısından şöyle bir faydası oldu. Birden paniğe kapıldılar ve hepsi yeni TCK çıktı, bundan sonra yandık, bittik, aydınlatma formları hazırladılar. Ben yaklaşık 4-5 senedir hekimlerle seminer yapıyorum. Çok kapsamlı aydınlatma formları var artık. Eskisi gibi ameliyata beş dakika kala basit bir matbu formun verildiği ve bu hastanede yapılacak her türlü tıbbi müdahaleyi kabul edip, sonuçlarına katlanıyorum şeklindeki bir şey herhalde tahmin ediyorum çok kalmadı. En azından benim muhatap olduğum hekimlerin hepsi aydınlatma formlarını ayrıntılı olarak hazırlamışlar. Dolayısıyla bu bakımdan bir gelişme var. Ama şunu de yine de söylemek lazım: Biz tıp hukuku açısından tamamen matbu aydınlatma formlarını da kabul etmiyoruz. Aydınlatma işinin aslında yazılı olması şartı bile yok. Aydınlatma hekimle hasta arasındaki bir sohbet niteliğindeki bir uygulamadır. Dolayısıyla bunu matbu, al, oku, imzala şeklinde değil de karşılıklı otururlar, elbette yapılacak olan operasyona ilişkin her hasta açısından meydana gelebilecek rizikolar, alternatifler, yan etkiler, hepsi yazılır ama ondan sonra mutlaka boşluklar olur ve bu boşluklar somut hastanın durumuna göre hekim tarafından doldurulmalıdır. Yüzde yüz matbu bir formu biz bu bakımdan geçerli bir form olarak kabul etmiyoruz. Sizin de bahsettiğiniz gibi, rıza bakımından geçerli bir rıza olarak kabul edilemez.

Basit operasyonun sonradan çok uzaması, vesaire, bunlar her operasyonda olabilir. Yalnız, burada belki şu sorun karşımıza çıkabilir. Hekim, bu konuda hastayı aydınlatmamışsa

aydınlatmada eksiklik olabilir. Hekim, ne olursa olsun, 30-35 dakikalık bir ameliyat, diye alır hastayı ama hiç belli olmaz, komplikasyonlar çıkabilir, bazı ek ihtimaller ortaya çıkabilir. Dolayısıyla bir ameliyat uzayabilir, diye de mutlaka hastasını aydınlatmalıdır. Bu bakımdan da aydınlatma zorunluluğu vardır, aksi durumda aydınlatmanın geçersiz olduğundan bahsedebiliriz. Ama şunu da söylemek lazım, dediğim gibi, her ameliyatın uzaması da burada hekimin hatasına işaret etmez. Bu da bir komplikasyon olarak değerlendirilebilir. Ameliyat öngörülenden de daha uzun olabilir. Bundan dolayı hekimin hatasının olduğunu söylememiz her zaman için mümkün olmaz.

Değerli meslektaşım Mustafa Ruhan Erden'in sorusu açısından, ben genel hükümler açısından değerlendirdiğimde, baştan da söyledim, kusur açısından baktığımızda, evet, kişinin kasttan dolayı sorumluluğunu değerlendiriyoruz ama burada eğer bu bakımdan bir sorumluluk olmasa bile, en azından bu sefer taksirine bakmamız gerekir genel hükümler dolayısıyla. Tabii, o konuyu ben düşünmedim. Sizin dediğiniz nokta, yani kaçınılabilirlik noktasında eğer biz zaten değerlendiriyorsak taksir açısından vesaire... Ama burada da genel kurallar çerçevesinde, her seferinde de biz birinci fıkra açısından da yine aynı şeyi yaparken, burada taksirden dolayı sorumlu tutmamız bana bir tezat olarak gözüküyor. Kanunda açık hüküm yok. Burada bunu uygulayabilir miyiz? Hiç şu ana kadar da bir karar çıktı mı, o bakımdan da herhangi bir bilgin yok. Ama en azından belki Kanunun böyle değiştirilmesi bence daha adil olur diye en azından düşünüyorum.

Yapay dölllenme açısından, burada anneye yönelik, vücuduna bir şey aktarıldığında, AIDS'li bir sperm aktarılıyor, bu AIDS'li spermden dolayı anne de AIDS'li oluyorsa, burada olası kasttan veya kasttan dolayı sorumluluğu söz konusu olabilir. En azından annenin ölümü bundan dolayı söz konusu olursa, ölüm söz konusu olabilir. Eğer doğrudan kast varsa

TARTIŞMA

ve anne henüz ölmemişse, öldürmeye teşebbüsten dolayı burada sorumluluk söz konusu olabilir.

Yaşar Beyin sorduğu soru noktasında, burada yanılığdan ziyade doğrudan bir tıbbi hata söz konusudur. Hekim, bunu önceden belirlemesi mümkün iken, yani doğrudan kesmeyi önermeyip de başka yöntemlerle tedaviyi araştırmadan yaptığı için burada iyi bir tedavi uygulamamıştır, uygulama hatası yapmıştır, dolayısıyla basit bir tıbbi hatası vardır. Bundan dolayı, taksirden dolayı sorumluluğu söz konusu olacaktır.

İnfazla ilgili olarak; genel kurallar çerçevesinde değerlendirildiğimizde, Anayasanın 17. maddesi de, dünden beri konuşuluyor, rıza şartını getiriyor. Gerek medeni hukukta olsun, gerek ceza hukukunda olsun ki ceza hukukunda şimdi açık kuralımız da var rızayla ilgili olarak, bir kişinin vücuduna müdahale ediyorsunuz, rızasının olması mutlaka gerekir. Aksi takdirde ona asla müdahale edemezsiniz. Ne olursa olsun. Hekimlerden de çok soru geliyor. Hocam, adam 10 tane hap içmiş, gelmiş tıbbi müdahaleyi reddediyor. Temizlememiz lazım midesini. Ne yapacağız? Reddediyorsa reddediyor. "Ama hocam, ölecek." Ölecekse ölecek, ne yapalım, istemeden hiç kimseye müdahale edemezsiniz. Böyle bir hakkınız yok.

Hocam kızıyor şimdi. Tabii, şu düşünülebilir gene de, ben bunu her zaman hekimlere bu kadar net söylemiyorum ama zorunluluk hali bu sefer. Bir tarafta rıza, öbür tarafta yaşam, burada müdahale ederse zorunluluk

Hocam, burada ama farklı bir durum var, çünkü doğrudan kişi asla vücuduna müdahale edilmesini istemiyor. Bilinç kaybını şimdi söyleyecektim ama hemen şunu söyleyeyim: Şunu düşünün, belki getirdiler şöyle bir hastaneye, hastanenin ortamına baktı. "Burada zaten bana müdahale edilirse daha kötü olacağım" diye düşündü ve istemiyor. Biz ille zorla yapabilir miyiz bu müdahaleyi? Burada aslolan rızadır.

Genel olarak kurallara göre rıza dedikten sonra bilinç kaybı halinde, hocamın da söylediği gibi, o zaman burada diyoruz ki, evet, burada varsayılan rızadan yola çıkabiliriz. Fakat burada yine şöyle bir sorunla karşı karşıya kalabiliriz. 70. maddede rızayla ilgili olarak hüküm var. Ben de aynısını zaten söyledim. O hüküm olmasa bile genel kurallara göre aynısını söylemek durumundayız. Konu biraz genişledi ama burada belki intihar açısından şu düşünülebilir: Denilebilir ki, bu adam zaten intihar etmiş, bilincini de kaybetmiş, intiharla iradesini zaten ortaya koymuştur. Bilinci kapalı, varsayılan rızasından yola çıkamayız, denilebilir belki. Ama ben şöyle bir görüş savunuyorum bu noktada: Burada biz, evet, gerçek rızasını kabul edemiyoruz, ulaşamıyoruz ama varsayılan rızası noktasında belki elimizde işaretler var, intihar etmiş olması zaten ölümü tercih etmiş olması ama yine de net değiliz, çünkü birçok insan intihara rağmen sonradan diyebiliyor ki, "İyi ki kurtarılmışım." Sonra yaşama bağlanabiliyor. O nedenle burada çok net bir rıza durumu yok, iradesini tespit etme durumu yok, onun için şüphe var.

Biz ceza hukukunda şüpheden sanık yararlanır diyoruz. Ben de burada şüpheden yaşam yararlanır, diyorum. Dolaşısıyla biz yaşamı yararlandıralım, adama müdahale edelim, illa intihar edecekse gitsin bir daha intiharını yapsın.

İnfaz noktasında baktığımızda, burada bilinci kapanana kadar asla ve asla, cezaevinde olsun, nerede olursa olsun, tıp hukukunun genel prensipleri gereğince, kişiye biz müdahale edemeyiz. Bilinci kapandıktan sonra varsayılan rıza çerçevesinde müdahale edebiliriz. Fakat İnfaz Kanunu'nda açık hüküm kondu. Biz genel hükümlere göre bunu anlatırken İnfaz Kanununa açık hüküm konuldu. Şimdi, siz hekim olarak, hele bir de kamu görevlisiyseniz, olmasanız bile, sonuçta acil hallerde bir de müdahale yükümlülüğünüz var. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'ne göre, burada müdahale yükümlülüğünüz var. "Rıza olmadan ben etik kurallarına göre asla müdahale etmem." Arkadan da Nezih hocam bana bakıyor, o da kızacak.

TARTIŞMA

Olmaz, diyemezsiniz, çünkü Kanun artık etğin önüne geçmiştir, sizi zorluyor.

Peki, biz bir hukukçu olarak ne yapabiliriz bu noktada. Bu noktada Anayasa'ya gideriz. Anayasa'ya göre deriz ki, bu aykırı Anayasa'ya, çünkü Anayasa rıza şartını arıyor, sen burada rıza almadan müdahaleyi öngörüyorsun. Bunu söyleyebiliriz. Fakat bu sefer Anayasa diyor ki, "*İstisnalar Kanunla getirilebilir.*" Hangi Kanun? İnfaz Kanunu. Elimiz, kolumuz bağlandı. İnsan Hakları Mahkemesi'ne gidip de bir şey yapılabiliyorsa, Durmuş hoca olsaydı ona sorardık.

Ölüm hakkını tanımıyor İnsan Hakları Mahkemesi.

Prof. Dr. Doğan SOYASLAN: İnsanın değer olması ilkesine aykırı olur; onu ölüme terk etmek, seyretmek. Özüne aykırı ya. Mecbursun bilinç kaybından sonra müdahale etmeye.

Prof. Dr. Hakan HAKERİ: Ben farklı bir şey demedim Hocam.

Karşılıklı soru olayına başlarsak çok uzayacak. İsterseniz, sorularınız olursa ben yine ayrıca cevaplandırırım. Burada-
yım bütün gün.

Uygulamayla ilgili olarak eleştiri geldi. Bizim öğrencilerimizden de çok geliyor. Fakat benim tespitim şu: Doğru, biz de uygulamadan uzağız. Bu noktada hatta bizim Fakültede bu Anayasa çalışmasında olan bir hocamız var. O bana "*Cezayla ilgili maddelere bir bak, bir hatamız olmasın*" diye gönderdi. Ben de o arada araya bir şey sıkıştırdım, daha doğrusu iki şey sıkıştırdım; birisi askerlikle ilgili vicdani retle ilgili olarak, onu da kabul etmedi. İkincisi de, dedim ki, şöyle bir hüküm ekleyelim, Almanya'da örneği var bunun, hukuk fakültelerinin tam zamanlı hukukçu öğretim üyelerinin istinaf mahkemelelerinde yarı zamanlı çalışmalarına ilişkin esaslar kanunla düzenlenir. Böylelikle biz en azından bir gün, ben Konya'dayım, Konya'da istinaf kurulacak inşallah, gider istinafta bir gün çalışırım. Hem dosyaları ben görürüm, uygulamayı öğrenirim,

hem de uygulama benden bir şey öğrenir. Fakat kabul etmediler. Biz bunu daha önce komisyonda görüştük, benimsenmedi. Özel üniversitelerde hocalar var, onlar reklam yaparlar, ben mahkemede üyeyim falan, bunlar tabii mazeret değildi ama benim anladığım kadarıyla hepsi Anayasacı. Bunların istinafta filan çalışması da mümkün değil. Onun için reddettiler gibime geliyor. Ben öyle düşünüyorum.

Bu tip şeyler olsa yararı olur. Bizim elbette uygulamadan kopukluğumuz var, bunu kabul ediyorum. Ama şöyle de bir gözlemim var: Uygulama kendi kendine teoriden koparak da bazı şeyleri geliştiriyor. Biz tamamen teoriden ayrılıp bu sefer uygulama madem böyle, uygulamayı da bu şekilde öğrenciye aktaracak olursak, o zaman iyice uygulama çığırından çıkacak. Öğrenci fakültede de teoriyi öğrenmeden, doğrudan kanundan çoğu kez uzaklaşmış olan uygulamayı öğrenip, bir de uygulamada da bunun içine girerse iyice farklı olacak. 4 yıl bu adamlar elimizde, hiç olmazsa burada teoriyi öğrensinler. Dışarıda elbette farklılıklar olacak, bunları öğrenecekler. Staj denilen şey de bunun için.

Mesela çok basit bir örnek vereyim: CMK 140'da "teknik araçlarla izleme" diyor Kanun. Bunu uygulama "teknik takip" demeye başladı. Geçen bir karar geldi, "teknik takip için sulh ceza mahkemesine" diyor. Biz buna "teknik araçlarla izleme" diyoruz, Kanun öyle diyor. Öğrenci mezun oluyor, geliyor, diyor ki, "Hocam, böyle bir şey yokmuş, teknik takip diye bir şey var, biz hiç duymadık." Ben ne yapayım şimdi. Kanun bunu böyle söylüyor. Uygulama buna "teknik takip" demeye başlarsa ben de mi "teknik takip" diyeyim. Kanun bunu söylüyor, ben kanuna göre hareket etmek durumundayım. Ama uygulamada şöyle şöyle şeyler oluyor diye bildiğim kadarıyla da bunu aktarmanızda da elbette yarar var bilebildiğimiz ölçüde.

İntörn hekimlerle asistan hekimlerin yanılışı noktasında, burada bir hukuksal yanılışı belki düşünülebilir. Tıbbi müdahale yapma yetkisine sahip olan kişiler ancak tıp fakültesini bitirmiş olan hekimlerdir ama bu konuda bir yanılışı içine dü-

V. TÜRK - ALMAN TIP HUKUKU SEMPOZYUMU

TARTIŞMA

şüp de örneğin, kendi yapması gereken tıbbi müdahale bir başka intörn hekime aktarması durumunda bu konuda yanlış hukuki yanıldır ve bu yanılda haksızlık bilinci açısından geçerli bir yanıldı değildir. Hekim bu konudaki yanıldı-sından yararlanamaz.

Hepinize teşekkürler, saygılar.

Oturum Başkanı: Konuşmacılara ve sual soranlara, katkıda bulunanlara teşekkür ediyoruz. Bu şekilde bugünün ilk oturumunu kapatıyoruz. Yarım saatlik bir aradan sonra tekrar burada buluşacağız.

Türkiye Barolar Birliği
V. TÜRK- ALMAN TIP HUKUKU
SEMPOZYUMU
Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları

Üçüncü Gün

1 Mart 2008

Dokuzuncu Oturum

Oturum Başkanı
Prof. Dr. Doğan SOYASLAN

Prof. Dr. Doğan SOYASLAN (Oturum Başkanı): Dokuzuncu Oturuma başlıyoruz.

Yüksek Sağlık şurası'nın bazı kararlarını geçmişte inceledim. Üzüntümü söyleyeyim. Sevincimi de kısmen söyleyeyim ama üzüntümü şunun için söylüyorum: Acaba bir hukuki görüş niye almadılar, diye sormuşumdur, fazla tıbbi bulunmuşumdur bazı kararlarını. Sayın hocam, hukukçulara yakın bir hoca, uzun yıllar Erzincan'da Hukuk Fakültesi Dekanlığı yaptı. Hukuka da herhalde meraklı olmalı ki bunu yapmıştır. Bizi hem tıbbi açıdan, hem hukuki açıdan aydınlatacaktır.

Yalnız, izin verirseniz bir hususu söyleyeyim. Demin bir soru soruldu ben Hakan'ı cevaplandırırken, insanın değeri olduğu üzerine. "Ötenaziyi nasıl açıklayacağız" diye bir soruydu. Onurlu yaşama hakkı diye bir kavram var. Yaşamın da ölmeden evvel onurlu olması, insanın onuruyla ölmesi kavramı var. Ötenaziyi o kavramla açıklarız. Bir adam tamamen saygınlığını kaybetmişse, insan olarak değer değilse, istiyorsa ölümü, çekilmez hale gelmişse burada tanınmalıdır. Ben ötenaziye karşı değilim, yanlış anlaşılmasın. Sadece söylediğim şu: İnsanın ölümüne seyirci kalamazsınız. Köküne aykırı hukukun, çünkü kökü insanın değer olduğuna, insanın onurunun her şeyin üstünde olduğuna dayanıyor.

V. TÜRK - ALMAN TIP HUKUKU SEMPOZYUMU

TARTIŞMA

Sayın hocam konuştuktan sonra Sunay hanım konuşacak, hekimin cezai sorumluluğu bakımından bizi aydınlatacak. Umarım kapsamlı bir aydınlatma yapar. Düşünüyoruz ama benim de çok merak ettiğim konulardan biri.

Sayın Prof. Dr. Ahmet Nezih Kök hocam, buyurun.

Prof. Dr. Ahmet Nezh KÖK: Sayın hocalarım, sevgili meslektaşlarım, hepinizi öncelikle saygıyla selamlıyorum. Ayakta sunuşum belki zorluk çıkarabilir teknik açıdan ama bunu buradan gidermeye çalışacağız.

Ben sizlere konum olarak yüksek sağlık şurası kararlarında hekim kusurunun tespitine ilişkin sorunlardan bahsedeceğim. Yüksek Sağlık Şûrası'nda 5 yıl kadar çalıştım fiilen. Birçok kararda bizim de imzamız var tavsiye kararlarında. Burada edindiğimiz tecrübeleri sizlere aktarmaya çalışacağız. Bunları yaparken de tabii ki önce birkaç gazete kupürü göstereceğim. Bundan dün de bahsedilmişti. AIDS'li ailenin hukuk savaşı, doktor karnında sargı bezi unuttu, ölümden döndü, Adli Tıp, bizim branşımızla ilgili bir hata, bir test sonucu, babalık testindeki yanlışlar, hatalar, son zamanlarda özellikle güncel olan zayıflama uğruna, estetik uğruna ölüm vakaları, bir anesteziyle ilgili tazminat haberi, gene bir gence AIDS'lisin deyip şahıs intihar ediyor ve ondan sonra otopside alınan kanda AIDS'li olmadığına dair kesin bulgular elde ediliyor, Erzurum yöresinden doktor arkadaşlarımızı, hastaların yakınlarının linçinden polis panzerleri kurtarıyor ve geliyoruz.

AHMET
NEZİH
KÖK'ÜN
TEBLİĞİ

Türkiye'de çıkan 3-5 tane gazeteyi bir hafta takip etsek, gerçekten iyi bir koleksiyon olur hekim hatalarıyla ilgili, hekimin dövülmesiyle ilgili, hekime yapılan suçlamalarla ilgili olarak. Ama bunun bu kadar da kolay olmadığını, çok da haklı olmadığını dilimiz döndüğünce sizlere aktarmaya çalışacağız.

İki meslek grubu var ki, gerçekten ikisine de mensup olduğum için kendimle gurur duyuyorum. Biri tıp, biri de hukuk. Hep insanla uğraşırlar. Şöyle bir yaşam dediğimiz sürece baktığımızda hem o süreçte, hem onun öncesinde, hem de onun sonrasında hep tıp ve hukuk vardır. Evliliğe giden yolda arkadaşlık dönemi, evlenme, gebelik, doğum, yaşamın kendisi, ölüm olayının kendisi, ölümden sonra organ nakli ve ölümün tıbbi ya da adli yönünün araştırılması aşamasında yapılan faaliyetler ve cesedin defnedilmesi. Bunların hepsinde hem tıp vardır, hem hukuk vardır. O nedenle bu iki meslek adamı, meslek grubu birbirini iyi anlamak zorundadır ve kelime itibarıyla da hem hekim, hem hakim hükmetme kökünden gelir. Öyle olunca da çok benzerliklerimiz var teorikte ama uygulamaya baktığımızda hekimlerin birden bire bazı yeteneklerini hakimler karşısında kaybettiklerini görüyoruz. Acaba bunun gerçek müsebbibi hekimler midir, yoksa sistemin kendisi midir?

Tarihsel sürece baktığımızda tıp her zaman olmuş. Bilgi birikiminin az olduğu dönemlerde, hatta Adem'le Havva'dan başladığımız anti laik sisteme veya sulardan hayatın başladığına dair, laik sisteme dair, hayatın başlangıcına dair bilgilere erişecek olursak, her dönemde tıp vardı ve dinsel kökenliydi. Baktığımızda bizim eski Türk toplumunda da Şamanizm'le birlikte ruhlara inanç ve "Kam" adındaki sihirbaz hekimler ve özellikle eski Yunan'da Asklepios, sağlık Tanrı'sının etrafında biçimlenmiş bir dinsel odaklı tıp vardı. Hipokrat'la birlikte tıp bilimselleşmeye başladı ve deneme yanılma yöntemiyle ampirik bir tıp oluştu. Bizim de Doğu Kültürü itibarıyla medarı iftiharımız tabii ki İbn-i Sina'dır. Avrupalıların "Avicen-

na" olarak bildiği tıbbın şahı. Bir müddet sonra da, özellikle Avrupa'da yaşanan aydınlanma dönemi neticesinde her alanda olduğu gibi tıp da tamamen deneye dayalı, laik bir bilimsel yapıya kavuştu.

AHMET
NEZİH
KÖK'ÜN
TEBLİĞİ

Tıptaki bu gelişim süreci hekimin sorumluluğunu da belirledi. Din kurallarının egemen olduğu, dinsel hayatın egemen olduğu dönemlerde hekim sorumluluğu genellikle din kurallarıyla belirlendi ki, genellikle de tabii ki din adamları aynı zamanda metafizik güçlere sahip olduğundan çok fazla sorumlulukları da olmadı.

Hipokrat'la birlikte hekimin sorumluluğu etik zemine oturtuldu, çünkü hekim bir görev adamıydı, deontolojik ilkeleri olması gerekirdi ve bu görevini yaparken de herkesin kabul ettiği etik ilkeleri kullanmak zorundaydı ve özellikle Sokrat'tan aldığı etik prensipleri tıp mesleğine çok iyi bir şekilde adapte etti. Aydınlanma döneminden sonra da hekimin sorumluluğunu laik, çağdaş, hukuk sistemlerinde hukuk kuralları almaya başladı.

Hekim sorumluluğunun oluşumunda en temel nokta, tabii ki, hekimin yaşamla ilgili ve yaşamın kaliteli bir şekilde sürdürülebilmesi için en önemli bileşeni olan sağlıkla ilgili bir uğraşı alanı olmasıdır. O nedenle insan hakları kavramı aslında bizim mesleğimizin temelini teşkil eder, çünkü tanımdan da söylediğimiz gibi, vazgeçemeyeceğimiz bu haklar içerisinde yaşam hakkı ve onun en önemli bileşeni olan sağlık hakkı en önemli hakkımızdır. Böyle olunca da, bütün hakların ön şartı olan bu yaşam hakkının korunması, geliştirilmesi bazında çalışan hekimlerimizin tabii ki sorumluluklarının da mutlak olması gereken bir durumdur.

Anayasa'ya baktığımızda da, Anayasa'nın 17. maddesi hem hekime hekimlik yapma hakkını verir, hastaya el sürme hakkını verir, hem de hekimin sorumluluğunu belirler. O nedenle tıbbi zorunluluklar dediğimiz takdirde bu tıbbi zorunlulukların neler olduğunu, bu tıbbi zorunluluklara uygun bir

AHMET
NEZİH
KÖK'ÜN
TEBLİĞİ

şekilde müdahale yaparken rızanın mutlaka alınması gerektiği de anayasal bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır.

Yaşam hakkıyla ilgili olarak, sağlık hakkıyla çalışan hekimlerimizin temel amacı, tabii ki, sağlığın korunmasıdır. Eğer sağlık bir şekilde bozulmuşsa bu sefer bozulan sağlığın tedavi edilmesi amacını taşır ve bozulan sağlık eğer tam anlamıyla yerine konulamıyorsa o zaman hekimin asli görevlerinden birisi de rehabilitasyon hizmetleridir. Hekim, hem koruyucu hekimlik hizmetlerini, hem tedavi edici hekimlik hizmetlerini, hem de rehabilitasyon hizmetlerini iyi bir şekilde yerine getirmek zorundadır. Eğer hekime verilen bu görevler ve görevle birlikte verilen hak ve bu hakkının kullanılması sırasında donatılmış yetkiler, zamanında ve usulüne uygun kullanılmayacak olursa, bir yetki aşımı ya da bir yetki zafiyeti olacak olursa işte hekimin sorumluluğundan bahsediyoruz ki, özellikle ceza hukuku açısından tabii hekimin sorumluluğu medikal malpraktis veya tıbbın kötü uygulanması olarak da adlandırılabilir.

Dünya Tabipler Birliği'nin tanımına baktığımızda hekimin tedavi sırasında standart uygulama yapmaması, beceri eksikliği ya da tedavi uygulamama sonucu hastaya zarar vermesi olarak nitelendirilmiştir. Buradaki en önemli kelime "*standart uygulama*"dır. Biraz sonra Yüksek Sağlık Şûrası kararlarında göreceğiz -ki İnsan hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin 4. maddesinde de her hastanın, her kişinin standart bir tıbbi uygulama bekleme hakkı belirtilmiştir.

Bu standart uygulamanın ne olduğu şûra kararlarında problem yaratmaktadır. Standart uygulamayı kim belirleyecektir? Tıbbın gelişimi içerisinde standart uygulamalar değişebilir mi? Bunlar şûrada hekim kusurunun belirlenmesi aşamasında önemli kavramlardır.

Bence, Türk Tabipleri Birliği'nin hekimliğin kötü uygulanmasıyla ilgili tanımı, Dünya Tabipler Birliği'nin tanımından çok daha anlamlı. Burada bilgisizlik, deneyimsizlik ya da

ilgisizlik nedeniyle hastanın zarar görmesi belirtiliyor -ki burada da en can alıcı kelime "ilgisizlik"tir. Güven ilişkisine göre kurulmuş bir hekim-hasta ilişkisinde hekimin ilgisiz tavırları nedeniyle hastanın zarar görmesi kabul edilebilir bir durum değildir. Ancak bilgi ve deneyim eksikliği her meslekte olabileceği gibi hekimlikte de, her meslek adamında olabileceği gibi de hekimlerde de olabilir, çünkü bilgi ve deneyimin sonu yoktur ve alınması da farklılık arz eder. O nedenle buradaki can alıcı kelime "ilgisizlik"tir.

Hekimliğe baktığımızda hekimliğin kendine ait bir metodolojisi vardır, yöntemi vardır. Hani "iki tık tık, bir şık şık yaptı, şu kadar paramızı aldı" derler ya, o kadar değil. O iki tık, bir şık şika gelinceye kadar hekimler en azından 6 yıl bir eğitim görmekte dirler ki, uzmanlıklarını saymıyoruz.

Hasta geldiğinde, bir kere hekimi harekete geçiren şey hastanın ona gelmiş olmasıdır. Bilinçli bir hastanın tabii ki. Burada hastalığından bahseder. Bu hastalığıyla ilgili bilgiler aktarır. Buna "Anamnez" diyoruz. Tabii ki bu aşamadan itibaren hukuk tarafından korunan bir ilişki oluşturulmuş olur. Sır saklama yükümlülüğü de dahil olmak üzere, Anamnez'in alınmasıyla birlikte artık hekimle hasta arasında güven ilişkisine dayanan ve hukukça korunan bir ilişki vardır.

Daha sonra hekimin mutlaka hastasını muayene etmesi gerekir amacına uygun bir şekilde. Tabii ki psikiyatrik muayene ayrı şeydir, genital muayene ayrı şeydir, tabii ki cildiye muayenesi ayrı şeydir. Amaca uygun bir şekilde muayene yapar. Daha sonra bu Anamnez ve fizik muayene bulgularından sonra bir ön tanıya varır ve bunu destekleyecek, eğer gerekiyorsa laboratuvar uygulamaları, gene amaca uygun bir şekilde. Eğer ön tanı kesinleştirilememişse, birden fazla tanı konulmuşsa bunların ayırıcı tanısını yapar ve ondan sonra tanıya ulaşır ve akabinde de buna uygun tedavi yöntemini seçer. İşte, bu aşamada herhangi bir standarda uygunluk yoksa bu aşamanın hangi birisinde olursa olsun aslında bir malpraktis söz konusudur. Bu aşamaların hepsinde hekimden beklenen

AHMET
NEZİH
KÖK'ÜN
TEBLİĞİ

şey aslında hastaya karşı güvenin oluşturulmasıdır. Hastaya güven oluşturmanın en önemli yolu da tabii ki, dikkat ve özen yükümlülüğünü yerine getirmektir. Eğer hekim dikkatli davranıyorsa, özenli davranıyorsa hasta ona güvenecektir. Bunun neticesinde de ilişkiler iyi yürüyecektir. Ama demin saydığımız bu metodolojik basamakların herhangi birisinde hekimin dikkatsiz ya da özensiz tavırları, hekimin sorumluluğunun oluşmasına neden olacaktır.

İşte, bilirkişilik böyle bir iddianın olması durumunda, yani metodolojik olarak basamakların birinde güvenin oluşmadığı, dikkat ve özen eksikliğinin olduğu iddiası durumlarında bilirkişilik bunun ne olduğunu tespit etmeye yarayacaktır. Nerede özen eksikliği vardır, nerede dikkat eksikliği vardır, onunla ilgilenecektir ki Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 63. maddesinde bilirkişiyle ilgili tanımlar verilmektedir. İşte bu bilirkişinin asli görevi dikkat ve özen yükümlülüğünün ne kadar ihlal edildiğinin tespitidir. Bu nedenle elimizdeki kriter şu olacaktır: Bir ideal davranış olacak. Bu ideal davranışa hekimin davranışı ne kadar yakınsa dikkat ve özen yükümlülüğü o kadar yerine getirilmiştir. Eğer bu ideal davranıştan hekimin yapmış olduğu davranış ne kadar uzaklaşıyorsa hekimin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davrandığı o kadar fazla olacaktır. Buradaki sıkıntı bu ideal davranışın ne olduğunun tespit edilebilmesidir ki, Türkiye'de maalesef bu sorun vardır.

Ülkemizde bu dikkat ve özen yükümlülüğünün ne kadar ihmal edildiği, ne kadar yerine getirilmediğiyle ilgili bilirkişilik kurumları vardır ki, bunlardan Yüksek Sağlık Şûrası ve Adli Tıp Kurumu tabii ki kanunlarda yer alan bilirkişilik kurumlarıdır. Bunun haricinde özellikle, biraz sonra da bahsedeceğim, soruşturma aşamasında savcılarımız Türk Tabipleri Birliği'nden, uzmanlık derneklerinden ya da üniversitelerin adli tıp anabilim dalları ya da enstitülerinden de görüş almaktadır.

Yüksek Sağlık Şûrası Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin Atatürk döneminde çıkardığı ve zamanına göre gerçekten çok ilerici, çok çağdaş ve her şeye şamil bir yasadır. Zamanın Dr. Refik Saydam'ın sözleriyle, tüm sağlık teşkilatını tek bir kanunda toplayabilen ve yıllarca da geçerliliğini koruyabilecek bir kanundur ki, gerçekten de öyle olmuştur. Yıl 2008, hâlâ kanun yürürlüktedir. Bu kanunun 10. ve devamı maddelerinde Yüksek Sağlık Şûrası'yla ilgili hükümler mevcuttur.

Yüksek Sağlık Şûrası'nı etkin hale getiren kanun ise 1219 sayılı, hekimler için olmazsa olmaz kanun, Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarz-ı İcrasına Dair Kanun'dur. Bu kanunun 75. maddesi gereğince ceza mahkemelerinde sağlık personeli aleyhine görülen davalarda mutlaka ceza mahkemesi Yüksek Sağlık Şûrası'ndan görüş almak zorundadır.

Yüksek Sağlık Şûrası'nın görevi iki tanedir. Tabii bu görevi hem yasada mevcuttur, hem de Çalışma Yönergesi'nde mevcuttur. Bunlardan birincisi, bazı önemli konularda, tabii Sağlık Bakanlığı'nın öne sürdüğü önemli konularda tavsiyelerde bulunmak ve ikincisi de yasalarla belirlenmiş sağlık personelinin görevi esnasında, meslek uygulamaları esnasında doğabilecek konularda adli mercilere bilirkişi görüşü niteliğinde görüş bildirmektir. 181 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'de de Sağlık Bakanlığı'nın teşkilatlanmasıyla ilgili Yüksek Sağlık Şûrası Başkanlığı'nı sürekli bir kurulu olarak belirtilmiştir. Ama ne kadar sürekli ondan bahsedeceğiz.

Esas konumuza burada geldik, hocam 4 dakika var dedi de, biraz yetmeyecek gibi sanki.

Bir, Şûra'nın yapısından kaynaklanan sorunlar vardır. Yüksek Sağlık Şûrası evet, kanunla kurulmuştur, çok iyi çalışmaktadır, özverili çalışmaktadır ama yüksek yargı kararlarına baktığımızda da Sağlık Şûrası'nın kararlarıyla ilgili sıkıntılar vardır. Bu sıkıntılar neden kaynaklanmaktadır. Birincisi, yapısından kaynaklanan sorunlar, ikincisi sağlık personelinin kendin kaynaklanan sorunlar, sağlık kurumundan kaynak-

AHMET
NEZİH
KÖK'ÜN
TEBLİĞİ

lanan sorunlar, yargısal faaliyetin kendisinden kaynaklanan sorunlar ve tıp mesleğinin kendine özgü bir uğraşı alanı olmasından doğan sorunlardır.

Şûra'nın yapısıyla ilgili, bir kere her şeyden önce resmi bilirkişilik kavramı diye bir kavram vardır. Bu, hem Adli Tıp Kurumu için, hem de Yüksek Sağlık Şûrası için belirtilen bir kavramdır. Böyle olunca da yargı tabii ki bunlardan illa ki bir görüş almak zorunda kalmaktadır. Her halükarda görüş almak zorunda kalınınca da, tabii ki, bilirkişiliğin o kendine has olayları yorumlayıcı durumu bazı yerlerde sekteye uğramaktadır. Nasıl sekteye uğramaktadır? Çünkü resmi bilirkişilik dediğimizde kuruma bir atıf yapılmaktadır. Oysaki bilirkişi gerçek ya da tüzel kişi olarak bilgisi nedeniyle değerlendirilmesi gerekir. Üyelerin seçimine baktığımızda, üyelerin seçimi Sağlık Bakanının tercihindedir. Sağlık Bakanı'nun seçtiği bir liste aynı zamanda Yüksek Sağlık Şûrası'nın listesidir. Böyle olunca o seçimde yasanın öngördüğü husus, oraya üye seçerken "*Türkiye'de mesleki çalışmalarıyla ön plana çıkmış kişiler seçilir*" diyor ama bunun ne kadar objektif bir şekilde değerlendirildiği tartışmalıdır.

Bir diğeri, Şûra'nın toplanmasıyla ilgilidir. Hem Yüksek Sağlık Şûrası sürekli bir kuruldur, hem de yasada diyor ki, "*Yılda en az bir kere toplanır.*" Tabii, 1930 yılında böyle bir şey doğruydu ama bugün o kadar çok meslek adamlarıyla ilgili şikayet var ki, son zamanlarda ayda bir toplanmaya başlamıştır, bu da yeterli olmamıştır. Bunun sonucunda da şûrada 11 kişinin görevi yerine getiremeyeceği kanaati, dosyaların yığılacağı kanaati oluşunca da Çalışma Yönergesi'nde bazı değişiklikler yapılmış ve Şûranın alt komisyonları oluşturulmuştur. İhtisas kurulları dediğimiz bu kurullarda da gelen dosyalar ihtisas alanlarına göre önce alt komisyonlara gönderilmiş, alt komisyonlar bir görüş hazırlamakta, onlar daha sonra şûraya sunulmaktadır.

Burada sıkıntılardan birisi şu olabilir: Alt komisyonun kararlarıyla şûranın kendi kararları çatışacak olursa ne olur veya alt komisyonda verilen kararlar acaba oraya seçilmiş üyelerden oluşan 11 hocayı etkileyebilir mi? Bunlar bir sıkıntıdır. O nedenle Şûranın yapılanmasıyla ilgili farklı bir düzenlemenin olması gerektiği kanısındayım.

Bir diğeri, Cumhuriyet Savcıları tarafından yapılan soruşturma aşamasında gönderilen dosyalar şûraya kabul edilmemektedir. Böyle olunca da soruşturma aşamasında diğer saydığımız bilirkişi kurumları veya bilirkişilerden yararlanmakta ama ilk verilen bilirkişi raporlarıyla Şûranın bilirkişi raporları çatışabilmektedir, eğer ceza mahkemesine dava açıldıysa ya da şöyle bir durum olmaktadır: Soruşturma aşamasında kaliteli bir şekilde yapılmayan bilirkişi raporlarıyla bazı hekimlerimiz sorumsuz hale getirilebilmektedir ya da değişik bir yöntem, bütün memur hekimler aleyhine açılan davalarda idare mahkemeleri çoğunlukla "yargılansın" hükmü vermektedir, yapılan idari soruşturmanın akabinde. Böyle olunca da hekim arkadaşlarımız bazen hiç yoktan demeyeyim de, sonradan beraat ettirildiği davalarda birçok kez mahkemelere gidip gelme zorunda kalmakta ve mesleklerini uygulamada da sıkıntılara girilmektedir.

Bir diğeri, şûranın yapısıyla ilgili, şûra, dosya üzerinden karar vermektedir. Özellikle yaşayan hastalarla ilgili olarak yapılan görüşmelerde hastanın son durumuyla ilgili bilgi veya belgeler bulunmamaktadır. Dosyada ne varsa onunla karar verildiği için de dosyadaki eksiklikler şûranın eksikliği haline gelebilmekte ve kararları tartışılır hale gelmektedir. Bu nedenle Adli Tıp Kurumu'nun eşdeğer dairesi olan 3. İhtisas Kurulu'na göre şûra hastaları değerlendiremediği için tabii ki raporları da Adli Tıp 3. İhtisas Kurulu raporlarına göre biraz daha çekinik olmaktadır.

Bir diğeri, sağlık personelinin kaynaklanan sorunlar: Bu gerçekten çok önemli ve sağlık personelimizin gerçekten

V. TÜRK - ALMAN TIP HUKUKU SEMPOZYUMU

AHMET
NEZİH
KÖK'ÜN
TEBLİĞİ

tamamen sorumlu olduğu bir durum. Kayıtların hiç tutulmaması ya da eksik tutulmasıdır.

Tıp, kayda dayalıdır, çünkü bu, aynı zamanda bir ispat aracıdır. Şûrada yaptığımız toplantılarda şu görüşe vardık: Yazılmamış eylemler, tıbbi müdahaleler yapılmamış olarak kabul edilmiştir. Böyle olunca da bunlar tabii ki hekim arkadaşlarımızın veya sağlık personelinin aleyhine de olmuştur. Oysaki bazı durumlarda sadece kayda girmek değil, o eylemin hangi dakikada size böyle bir ihbar geldikten sonra ne kadar sürede yaptığınız bile önemlidir. 5 dakika sonra mı yaptınız, 3 dakika sonra mı müdahale ettiniz, ne yaptınız? Bunlar bu kadar çok önemliken maalesef sağlık personelimiz bu kayıtları tutmayı bir angarya olarak görmektedir. Oysaki angarya olmadıklarını, eğer haklarında bir ceza davası açıldığında çok iyi anlamaktadır ama iş işten geçmektedir.

Gene sağlık kurumundan kaynaklanan sorunlar: Bu da yataklı tedavi konumları İşletme Yönetmeliği'nin 32. maddesine göre her yataklı tedavi kurumu mutlaka tıbbi arşivini oluşturmak zorundadır ve bu tıbbi arşivin de tabii ki, fiziksel şartları itibarıyla iyi bir arşiv olması lazım. Ama bakıyoruz şûraya gelen dosyalara, EKG'ler konfeti haline gelmiş, yırtık, dökük. Bir miyokard enfarktüsünün kesinkes tanısını bize gösterecek olan EKG'nin yarısı yok, isim yok, değerlendiremiyorsunuz. Röntgen grafileri yapışmış, yırtılmış, üzerlerinde isim yok, dosyalar birbirine karışmış, sararmış. Tabii ki sağlık kurumlarının yöneticilerinin bu görevlerini mutlaka yerine getirmeleri lazım. Eğer herhalde iyi bir takibat yapılacak olursa böyle bir arşive, kötü bir arşive sahip olan sağlık kurumu personeli aleyhinde de cezai yaptırımlar getirilebilir.

Yargısal faaliyetin kendisinden kaynaklanan sorunlar: Maalesef bazen soruşturmalarda eksiklikler var. Bunların en önemlisi de, ölümlü sonuçlanmış ve hekim hatası ileri sürülen vakalarda ölü muayenesi yok, otopsi yok. Otopside parça alınmamış, hiçbir şey yapılmamış. Böyle bir durumda tabii ki Yüksek Sağlık Şûrası'nın otopsi raporu olmadan, patolojik

inceleme olmadan böyle bir ölüm kararını sağlıklı bir şekilde söylemesi ve bu ölümden hangi kişilerin ne kadar dikkat ve özen yükümlülüğünü yerine getirmediğini söyleyebilmesi neredeyse yazı turaya kalmış bir duruma gelmektedir.

Bir diğeri, en önemlisi ve hukukçularla tıpçılar arasında tartışılması gereken de tıp mesleğinin kendine özgü bir uğraş alanı olmasıdır. Hukuk açısından bakınca, hele pozitif hukuk açısından bakınca hekime pek yaşam şansı vermiyoruz. Bu durumda ne olacaktır? Aslında yasalar yapılmadan önce mutlaka hukuk felsefesi açısından, tıp etiği açısından bu çıkarılacak yasaların, tasarıların iyi tartışılması gerekir.

Mesela, tıp, multidisipliner bir uğraştır. Bu ne demektir? Radyolojiye gittiğinizde, radyolojideki görüntülerdeki artefaktı bazen bir rahatsızlık belirtisi olarak görebilirsiniz. Burada fizik mühendisi de işin içerisinde veya bir dahiliyeciy-le bir kardiyolog aynı yerde olabilir. Bir biyokimyacıyla bir genetikçi aynı yerde olabilir. Multidisipliner yaklaşım olması nedeniyle bu disiplinlerin bir yerde kesişmesi lazım ama kesişirken de hiçbir disiplinin diğerine kendisini feda etmemesi gerekir.

Bir diğeri, tıp bir sanattır. Sanat ne demektir? Verirsiniz 2 metre küp keresteyi adamın eline, birisi bir koltuk yapar farklı bir şey, biri bir yatak odası takımı yapar, biri dolap yapar. Burada sanat yönü vardır. Hekimler de öyledir. O bilgiyi kullanırken hekimler bir sanat uygulurlar. Hastayı ikna etmesi ayrı şeydir, çocuğu muayene etmesi ayrı şeydir, psikiyatrik hastaya yaklaşım ayrı şeydir. O nedenle tıbbın bu sanat yönünü hiçbir zaman unutmamak gerekir.

Bir diğeri, tıpta kabul edilebilir risk vardır. Mesela yargıda kabul edilebilir risk diye bir şey var mı? Yok. Tıpta kabul edilebilir riskle komplikasyon kavramlarını iyi bilmemiz lazım, çünkü hasta da dahil olmak üzere, hekimin yaptığı işin sonucunu yüzde 100 belirleyebilmesi mümkün değildir. İlaç firmacısı var, medikalçileri var, hastanın kendi psikolojik yak-

AHMET
NEZİH
KÖK'ÜN
TEBLİĞİ

laşımı var, bünyesi var, atopik bünye var. Bunların hepsinde verilen ilaçlar 100 kişiye verilse farklı farklı sonuçlar çıkarabilir. O nedenle hekimlikte kabul edilebilir risk kavramını mümkün olduğunca geniş tutmakta yarar vardır.

Bir diğeri de, bu çok önemli, Hipokrat'tan bu yana hep etik ilkeler, etik ilkeler diyoruz. Hayatımızın her döneminde etik ilkeler diyoruz. Tıpta etik ilkeler vardır. Bu etik ilkeleri de görmezden gelemeyiz. Hakan hocamın dediği gibi, hukuk varsa, hele pozitif hukuk varsa etik yoktur tabii ki. Ama her kanundaki yazılanlar da bazen doğru olmuyor, işte tartışıyoruz, hekimlerin ihbar yükümlülüğüyle ilgili konuda olduğu gibi. O nedenle tıptaki etik ilkelerini de iyi anlamlandırmak lazım ve bunları uygulamaya çalışan hekimlere de çok da fazla rigid davranmamak gerekir, diyorum.

Yüksek Sağlık Şûrası kararları bilirkişi görüşü niteliğinde olduğundan yargıç bu görüşle bağlı değildir. Gayet doğal ama sıkıntımız nerede? Sıkıntımız, Şûra kararlarını belirtirken yüce Yargıtay'ın kullanmış olduğu kelimeler. Ne diyor? *"Tedavinin doğru olduğu, kusurunun bulunmadığının bildirildiği suretle yaklaşım ve sonuç itibarıyla çelişki yaratıldığı nazara alınarak olayda sanığın kusurlu olup olmayacağına yeniden incelenmesi."* Şûrada da ayrı ayrı 3/8'er kusur hiçbir gerekçe gösterilmeden mücerret bir ifadeyle 5/8 oranındaki kusurda diğer faktörlere bağlayan raporunun değerlendirilmemesi gerektiği yönünde.

Bunlar tabii ki Yüksek Sağlık Şûrası'nın raporlarına bir güvensizlik yaratıyor. Eğer gerekçesiz bir bilirkişi raporu varsa bu hoş bir şey değil. Bu yüce yargının deyimiyle gerekçesiz rapor, yani Yüksek Sağlık Şûrası'na yakışmıyor. 3/8'i verdiysen niye verdin, 5/8'i verdiysen niye verdin, kusursuz dediysen niye kusursuz? İdeali neydi? Bunları belirtmesi lazım Yüksek Sağlık Şûrası'nın ve bu nedenle de Yüksek Sağlık Şûrası'nın ayda bir falan değil de sürekli kurul olması nedeniyle gerçekten her an o dosya üzerinde çalışan bir yapı haline kavuşturulması gerekir, diyorum.

Son slaydımda bir hata var. Her şey allak bullak olmuş ama burada sıkıntı kimde, hangi arabada? Poliste mi, yolun yapımı mı kötü, kaygan bir zemin mi var, otobüs mü hatalı? Getirip de burada kafamıza göre şuradaki otobüs hatalı veya ortadaki minibüs hatalı dersek, bu adalete uygun olmaz. O nedenle hekimlik bir ekip işidir. Bunun içerisinde hekim vardır, ebe vardır, hemşire vardır, ambulans şoförü vardır, elektrik idaresi vardır, Sağlık Bakanlığı vardır, devlet vardır, sigortacılar vardır, ilaç firmaları vardır, tıbbi malzeme satan medikalçiler vardır. Bunların hepsinin mutlaka bu sistem içerisinde önemli bir yeri var. Bu sorunların ortaya çıkmasında da mutlaka az ya da çok bir katkı payı var. Bunların hepsinin getirilip de hekimin üzerine, omuzlarına yükletilmesi de pek adil görülmemektedir. O nedenle eğer buradaki trafiği çözmek istiyorsak her şeye değişik açılardan bakmamız gerekir, diyorum.

Süremi aştığım için kusura bakmayın; sabrınız için teşekkür ediyorum.

AHMET
NEZİH
KÖK'ÜN
TEBLİĞİ

Av. Sunay AKYILDIZ (İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Komisyonu Başkanı):*

I. Giriş

Hekimler meslekleri gereği kişilerin temelde dokunulmaz olan vücut bütünlüğüne iyileştirme amacıyla müdahale ederler. Bu müdahalenin hukuka uygunluğu bağlamında yasa koyucu, hakkın icrası, hastanın rızası ve yapılacak müdahalenin tıp biliminin verilerine, gerek ve standartlarına uygun olması şartlarını aramaktadır.

Yeni Ceza Kanunu hekimlerle ilgili olarak bir çok düzenleme yapmak suretiyle hekimin cezai sorumluluğu kavramını yeniden düzenlenmiştir.

Bu çalışmada, hekimin cezai sorumluluğu bakımından uygulamada yaşanan sorunların irdelenmesi, çözümler önerilmesi ile Anayasa'mızda yer alan "yaşam hakkı", "sağlık hakkı" kavramlarının öneminin vurgulanması amaçlanmıştır.

* "Hekimin Cezai Sorumluluğu Bakımından Uygulamada Sorunlar" başlıklı tebliğ.

II. Hekimin Statüsü

Hekimlik mesleği dünyanın en eski mesleğidir. Mesleğin tarihsel gelişiminde başlangıçta hekim-hasta arasındaki ilişki babacıl (paternalist) iken hızla değişen ve gelişen tıp bilimi günümüzde, bu ilişkide hekimi defansif tıbbı yöneltir hale gelmiştir.

Ülkemiz açısından da bu süreç Yeni Ceza Kanunu ile başlamıştır.

Hekimin, amacı hastayı sağlığına kavuşturmaktır ve bu amaca ulaşmak için de tıp bilimine uygun hareket eder, tıbbi teşhis, tedavi ve müdahalelerde bulunur. Temelde dokunulmaz olarak kabul ettiğimiz insan vücudu hekimin uygulama alanını teşkil etmektedir. Bu nedenle de hekimlik mesleği diğer mesleklerden farklı ve ağır risk taşıyan bir meslektir. Zira hekimin en ufak bir dikkatsizlik ya da tedbirsizliği, insan (hasta) hayatını, sağlığını bir başka deyişle "yaşam hakkı"nı, "sağlık hakkı"nı tehlike altına sokabilmektedir.

- Hekimin tıbbi müdahalesinin hukuka uygunluk şartları:

1. Hekimin tıbbi müdahalesinin hukuka uygunluğunun ilk şartı, hastaya müdahalede bulunacak kimsenin (hekimin) kanunen yetkili olmasıdır.

Hakkın yerine getirilmesi veya hakkın icrası olarak tanımladığımız bu kavram gereği ve yine 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 1-4 maddelerine uygun olarak;

- Tıp Fakültesi mezunu olmak ve hekimlik diplomasına sahip olmak

- Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olmak

- Türk Tabipler Birliği'ne kayıtlı olmak

- Hekimlik mesleğini yapmaya sürekli ya da geçici bir engeli bulunmamak gerekmektedir.

Ceza Kanunu m. 26 ile hakkın yerine getirilmesi kavramını somutlaştırmakta ve *"hakkını kullanan kimseye ceza verilemez"* şeklindeki düzenleme ile ifade edilmektedir.

Prof. Bayraktar ve Prof. Yarsuvat bu madde ile hekimin, hukuk karşısında konumunun güçlendiğini belirtmektedirler. Bu hukuka uygunluk şartının sözkonusu olabilmesi için elbette hekimin, tıbbi müdahaleyi iyileştirme amacıyla yapması ve müdahalenin tıp biliminin veri, gerek ve standartlarına uygun hareket etmesi gerekmektedir.

2. Hekimin tıbbi müdahalesinin hukuka uygunluk şartı bu müdahaleye hastanın rıza göstermesidir. İşbu rızanın hukuka uygunluğu için de uygulanacak olan teşhis, tanı ve tedavi yönteminin ayrıntı ve sonuçları bakımından, kişinin (hasta veya hasta yakınları), müdavi hekimi tarafından yeterince bilgilendirilmiş, aydınlatılmış olması gerekmektedir. Öğretide *"Aydınlatılmış Onam"* olarak adlandırdığımız bu kavram temel hasta hakları içinde yer almaktadır.

(Biyotıp Sözleşmesi 5. maddesi, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 70. maddesi, 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması Hakkında Kanunun 6. maddesi, 23420 sayılı Hasta Hakları Yönetmeliği m. 5, 25)

Bazı acil hallerde ise hasta aydınlatılacak veya rızasını ifade edecek durumda olmayabilir. Bu gibi durumlarda, hekimin, hastaya tıbbi müdahalede bulunulması gerekmektedir. Ör.: Trafik kazaları, koma hali vb.

Zira, hekimler, resmi ve insani görevleri ve tıbbi deontoloji kuralları gereğince hastayı iyileştirilme amacına yönelik gerekli müdahalelerde bulunmakla yükümlüdürler. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 18.maddesine göre de, hekim

"zorunlu ve acil durumlarda hastaya tıbbi yardımda bulunmak" yükümlülüğündedir.

3. Tıbbi müdahalenin bir diğer hukuka uygunluk şartı da, yapılacak müdahalenin tıp biliminin verilerine, gerek ve standartlarına uygun olmasıdır. Tıp biliminin o günkü standartlarına uygun olmayan her tür müdahale, teşhis ve tedavi amacıyla yapılmış ve hastanın açık rızasıyla gerçekleşmiş olsa da hukuka aykırıdır.

III. Hekimin Hukuksal Sorumluluğu

Hekim mesleğini ifa ederken, tıp sanatını uygularken amacı hastasını sağlığına kavuşturmaktır ve bu amaçla çeşitli faaliyetlerde bulunur. İşte hekim tüm bu işlemleri ifa ederken tıp biliminin kurallarına uygun hareket etmelidir, aksi halde yani tıp bilimini yanlış, kötü veya eksik uygulamış, ya da mesleki özensizlik göstermişse mesleki kusuru sözkonusu olacaktır ki; bu durumda da eylemi, hukuka aykırılık nedeniyle hekimin sorumluluğunu gerektirecektir.

Türk Tabipler Birliği *"Meslek Etiği Kuralları"* 13. maddesi;

"Bilgisizlik, deneyimsizlik ya da ilgisizlik nedeni ile bir hastanın zarar görmesi "hekimliğin kötü uygulanması" anlamına gelmektedir" şeklindedir.

Genel olarak, hasta-hekim veya sağlık kurum ve kuruluşları arasındaki ilişkiler Türk hukukunda Borçlar Kanunu 386. maddesi ve devamı maddelerinde tanımlanan vekalet sözleşmesi kapsamında değerlendirilmektedir.

Hekim hastasının sağlığına kavuşması için gerekli müdahaleleri yapmayı sözleşme gereği üzerine almıştır ancak hastayı iyileştirmek hekimin borcu değildir. Ancak eser sözleşmesi olarak nitelediğimiz estetik ameliyatlar ve diş protezlerinde işin istenilen şekilde ve ayıpsız teslimi esastır.

SUNAY
AKYILDIZ'IN
TEBLİĞİ

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi 13. maddesi:

"Tabip ve dış tabibi, ilmi icapları uygun olarak teşhis koyar ve gereken tedaviyi tatbik eder. Bu faaliyetlerinin mutlak surette şifa ile neticelenmemesinden dolayı, deontoloji bakımından muaheze edilemez." şeklindedir.

Ülkemizde tıbbi müdahalelerden doğan sorumluluk kuralı olarak kusur sorumluluğu'na dayanır. Ve kural olarak herkes hukukça korunan mal ve şahıs varlıklarında meydana gelen zararlara bizzat katlanmak zorundadır. Ancak zarar, kusurlu bir davranışın sonucu olarak meydana gelmişse, sözkonusu zarara zarar gören değil, hukuk düzenince kınanan, kusurlu davranışta bulunan, zarar veren katlanır. Borçlar Kanunu'nun 41. maddesi ile kusuru, kasıt ve ihmal olarak ikiye ayırmıştır ve kusur sorumluluğunun sübjektif şartıdır.

Hekimin davranışlarında kusur ise; hekimin, kendisinden beklenen gerekli özeni ve sadakat borcunu eksik veya hiç yerine getirmemesi durumunda ortaya çıkar. Sorumluluğun ana unsuru kusur olduğundan, hekim, tıbbi faaliyetleri sonucu meydana gelen zararlardan ancak kusurlu olduğu takdirde sorumlu olur, kusuru yoksa sorumluluğu da yoktur. Hekimin sorumluluğu, hekim-hasta arasındaki sözleşme ilişkisinden veya bir haksız fiilden doğar.

Uluslararası bildirgeler ve 1998 tarihli Hasta Hakları Yönetmeliği'nin belirttiği gibi hekim ile hasta arasında kurulan sözleşme ilişkisinde hekimin asıl borcu hastalığa tanı koymak ve tedavi etmektir. Ancak yukarıda belirttiğimiz gibi hastanın sağlığına kavuşması sonucunu hekim sözleşme ile üstlenmemiştir.

Bunun yanı sıra hekimin hastasına karşı; aydınlatma ve onam alma, kayıt tutma ve saklama, sır saklama, sadakat ve özen borcu, teşhis ve tedavi gibi yan yükümlülükleri vardır.

Diğer taraf olan hastanın ise hekime karşı; hekime sözleşme ile kararlaştırılan ücreti ödeme, hekimin sorularına doğru

yanıt verme, tedaviyi başarısız kılacak davranışlardan kaçınma, tedaviye uygun davranma vb. yükümlülükleri vardır.

SUNAY
AKYILDIZ'IN
TEBLİĞİ

IV. Hekimin Cezai Sorumluluğu ve İlgili TCK Hükümleri

Doktrinde genel kabul gören "*Suç Genel Teorisine*" göre, suçların oluşumunda dört unsur söz konusudur:

1. Kanuni Unsur
2. Hukuka Aykırılık Unsuru
3. Maddi Unsur
4. Manevi Unsur

Kanuni unsur, suç niteliği taşıyan fiilin kanunda tanımlanmış olmasıdır. Bu unsurun temeli "*Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi*"ne dayanmaktadır. İşlenen fiil ile ceza kanunlarında yer alan suç tanımlarından birinin örtüşmediği hallerde fiilin suç olarak nitelendirilmesi mümkün değildir.

Maddi unsur, kanunda yer alan tanıma uygun fiili ifade etmektedir. Maddi unsurun, hareket, netice ve bu iki noktayı birleştiren nedensellik bağlantısı öğeleri mevcuttur. Hareket, iradenin olumlu ya da olumsuz bir hareket ile dış dünyada açığa vurulmasıdır. İcrai ve ihmali hareket olmak üzere iki şekilde açığa vurma söz konusu olur. Bu husus hekimler açısından oldukça önem arz etmektedir. Zira uygulamada karşılaşılan fiiller, çoğunlukla hekimlerin ihmalleri neticesinde suça vücut vermektedir. İhmal, beklenen hareketlerin hiç yapılmaması ya da geç yapılması şeklinde olabilmektedir. Ayrıca ihmalin söz konusu olabilmesi için hekimin, neticeyi önleyebilecek hareketi yapma imkânının bulunması (objektif) ve hekimden harekete geçmesi beklenebilir olması (subjektif) gerekmektedir. Hekimler açısından, ihmalin temel unsurunu, vekâlet aktinden kaynaklanan özen gösterme kavramı belirlemektedir.

SUNAY
AKYILDIZ'IN
TEBLİĞİ

Hekimin, yasal olarak aktif bir hareketi icra etmesi gerekirken, müdahale etmemesi ihmali bir harekettir. Fakat başlamış olan bir sürecin 3. bir kişi tarafından kesilmesi ise aktif bir harekettir ve ihmali suretiyle icrai bir suç oluşturmamaktadır. Bu hususun en belirgin örneği; kalp masajı yapmakta olan bir hekimin, üçüncü bir kişinin müdahalesi ile engellenmesidir. Bu durumda ihmali suretiyle icra suçunu oluşturmaktadır. Zira ortada engelleyici aktif bir hareket mevcuttur.

Nitelikli ihmali suçlar ise, ihmali suretiyle icrai suçlardır. Bu tür suçlar sıkça taksirli icrai suçlarla karıştırılmaktadır. Oysa taksirli icrai suçlarda söz konusu olan dikkat ve özen yükümlülüğüne uymama biçimindeki pasif hareket, nitelikli ihmali suçlarında söz konusu olan ihmali hareket değildir. Bu noktada suçun sebebi, kanunun düzenlediği özen yükümlülüğüne aykırı hareketin pasif bir şekilde işlenmesidir. Nitelikli ihmali suçlarında ise, failin önleme hareketini yapma imkanının bulunması ve bu hareketi yapması kendinden beklenebilmesi nitelikleri ön plana çıkmaktadır. Bu suçlar genellikle kasten işlenebilmektedir.

Saf ihmali suçların faili herkes olabilirken, nitelikli ihmali suçların faili ancak neticeyi önleme yükümlülüğü bulunan kişiler olabilirler.

Netice ise ihmali ya da icrai hareketin dış dünyada meydana getirdiği değişikliktir. Bu değişiklik, suçun tanımına uyuyorsa (suçta ve cezada kanunilik ilkesi) suçun oluştuğundan bahsedilebilir.

Kanun koyucu, saf ihmali suçlarda, sadece ihmali hareketin gerçekleşmesiyle suçun oluştuğunu kabul etmekte, ayrıca bir neticenin gerçekleşmesi şartını aramamaktadır. Yani saf ihmali suçlarda netice harekete bitişik iken, nitelikli ihmali suçlarda ise netice hareketten ayrılabilir. Buna bağlı olarak, nitelikli ihmali suçlarda teşebbüs mümkündür.

Nedensellik bağı, ihmali ya da icrai hareket ile dış dünyada meydana gelen değişiklik arasındaki bir sebebiyet ilişkisidir. Bu bağ yoksa hareket kanundaki tanıma uysa bile suç oluşmamaktadır.

Hukuka aykırılık unsuru, suç oluşturan fiile hukuk düzeni tarafından ceviz verilmemesi halidir. Bunun için fiili hukuk düzenine uygun hale getirecek bir sebebin bulunmaması gerekmektedir. Bu sebepler hukuka uygunluk sebepleridir. Bu durumda fiil hukuka aykırı olmadığından suç oluşmamaktadır. Bu sebepler hekimin cezai sorumluluğu açısından:

1. Kanun hükmünü ifa (Türk Ceza Kanunu m. 24/1). Bu hallerde ilgilinin rızası olmasa da suç oluşmamaktadır.

2. Amirin emrini ifa (Türk Ceza Kanunu m. 24/2). Konusu suç olan emirler Anayasa m. 137 ile bu hükmün dışında tutulmuştur.

3. Meşru savunma ve zorunluluk hali (Türk Ceza Kanunu m. 25/1). Her iki halde de mevcut ya da müstakbel tehlike ile işlenen fiil arasında bir orantılılık olmalıdır.

4. Hakkın icrası (Türk Ceza Kanunu m. 26/1). Burada da önemli nokta, mevcut hakkın sınırları içinde kullanılmış olmasıdır.

5. İlgilinin rızası. (Türk Ceza Kanunu m. 26/2). Bu rıza tıp hukukunda "AYDINLATILMIŞ ONAM" adını almaktadır. Rıza açıklamaya ehliyeti olmayanlar adına rıza, özel kanunlarda gösterilen kişiler tarafından verilmiş olmalıdır. İstisnai hallerde rıza alınması aranmamaktadır. Uygulamada bu hususta rastlanılan en büyük sorunlar rızanın açıklanma şekli noktasındadır. Zira bazı tıbbi ameliyelere dair istisnalar hariç, rıza yazılı olarak açıklanabildiği gibi sözlü olarak da açıklanabilir. Fakat bu durumda da ispat zorluğu gündeme gelecektir. Bu sebeple en sağlıklı şekil, rızanın konusunun spesifik olarak belirtilmesi ve yazılı olarak alınmasıdır.

V. TÜRK - ALMAN TIP HUKUKU SEMPOZYUMU

SUNAY
AKYILDIZ'IN
TEBLİĞİ

Bu hukuka uygunluk sebeplerinde, kast olmaksızın, kanunun tarafından öngörülen sınırlar aşıldığı takdirde hukuka uygunluk durumu kısmen ortadan kalkmaktadır. Buna göre kanunda belirtilen cezadan indirim yapılması yoluna gidilmektedir.

Manevi unsur, yani kusurluluk unsuru ise, failin isnad yeteneğine sahip olması ve hareketin istenerek yapılması yani iradi olması şartlarını gerektirmektedir. İradi şart, kast ya da taksir şeklinde ortaya çıkmaktadır. Olası kast ve bilinçli taksir ayırımı uygulamada oldukça zor ve önemlidir.

Türk Ceza Kanunu'nda suçlar bakımından hekimlerin eylemlerinde, "olası kast" ve "ihmal suretiyle icrai suç" kavramları kasten adam öldürme suçu bakımından önem kazanmıştır. Zira Türk Ceza Kanunu m. 83/1-2'nin gerekçesinde örnek olarak hekim gösterilmiştir. Yine gerekçede, hekimin yapmakla yükümlü olduğu icrai davranışta bulunmaması halinde, sonuçta oluşabilecek suçu öngörebilmişse olası kastın; objektif özen yükümlülüğüne aykırı olarak öngörmemişse taksirin varlığına dikkat çekilmiştir. Fakat burada ek olarak olası kastın gerçekleşmiş sayılabilmesi için öngörmenin yanında sonucun istenmemiş olması gerekmektedir; yani fail sonucu göze almıştır. Elbette bu hususun ispatı çok zor olduğu gibi bir kusurluluk çeşidi gibi ortaya konması bu açıdan uygulamanın hayli zor olacağını göstermektedir.

Türk Ceza Kanunu'nda hekimleri ilgilendiren bir diğer kusur ölçütü, "bilinçli taksir" dir. Bilinçli taksirden söz edilebilmesi için kanunda yer alan "öngörmeye karşın neticenin meydana gelmesini istememesi" tanımına ek olarak hekimin "sonucun gerçekleşmemesi için her türlü eylemde bulunmuş olması" gerekmektedir. Bilinçli taksiri, olası kasttan ayıran önemli nokta budur.

Öte yandan, gerekçede verilen örneklerle, hekimin hastaya bakmaması ve tedavi edici eylemlerde bulunmamasının kasten veya taksirle adam öldürme suçuna vücut vereceği

belirtilmiş; böylece uygulamada hekimin cezai sorumluluğunun sınırları genişletilmiştir.

Hekim, hakkının objektif (tıp biliminin gerekleri ve verileri) ve sübjektif sınırını (hastanın iyileştirilmesi ve sağlığına kavuşturulması) aşmadığı halde, hastanın ölmesi ya da müessir fiile maruz kalması halinde, hekim böyle bir sonucu istemediğinden, kastından söz edilemeyecektir. Fakat hekim, tedbirsizce, acemice, dikkatsizce davrandığında mesleki tak-siri gündeme gelecektir.

Türk Ceza Kanunu'nda yeniden düzenlenen taksirle adam öldürme ve taksirle yaralama hükümlerinde, eski Türk Ceza Kanunu'na oranla, daha ağır yaptırımlar getirilerek, kemik kırılması ve bitkisel hayata girme gibi yeni ağırlaştırıcı nedenler yer almış ve sekize bölünmüş kusur oranı kavramı bırakılmıştır.

Hekimlerin cezai sorumluluğu hakkında diğer bir önemli düzenleme ise;

Türk Ceza Kanunu'ndaki madde 53/6'da yer alan, belirli bir meslek veya sanatın icrası sırasında hasıl olan dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılığın, taksirli suça vücut vereceği hükmüdür.

Ceza mahkûmiyetinin doğal bir sonucu olan "meslek ve sanatın tatili icrası"nın Türk Ceza Kanunu'nda ayrı bir emniyet tedbiri olarak düzenlenmiş olması, suç failinin ıslah edilmesi için hükmedilen emniyet tedbirlerinin amacına aykırı bulunmaktadır.

Kendilerine yapılan tıbbi uygulamada hekimin kusuru ve ihmali neticesinde zarar gören, hakları ihlal edilen hasta ve hasta yakınlarının, doğrudan hekimin cezai sorumluluğuna müracaatla Cumhuriyet Savcılıklarına şikayette bulunma hakları mevcuttur. Bu hakkın kullanımı için hastanın ya da yakınlarının suç teşkil eden hususlarda Cumhuriyet Savcılığı'na ya da hekim kamu kurum ve kuruluşunda çalışıyorsa Memu-

SUNAY
AKYILDIZ'IN
TEBLİĞİ

rin Muhakemat Yasası'na göre bağlı olduğu kuruma (idareye) başvurması gerekmektedir.

Türk Ceza Kanunu'nun 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93. maddeleri hekimin sağlık hizmeti verirken yapacağı hukuka aykırı kasdi ve taksirli eylemleri hakkında ceza hükümlerini içermektedir. Yani hekimin yaptığı hukuka aykırı davranışların, tasarlanarak (kasdi) ya da taksirli suçlardan oluşup oluşmadığına göre hakkında açılacak ceza davasında hüküm kurulacaktır.

Genel olarak ceza hukukunda hekimlerle ilgili spesifik düzenlemeler ve ayrıntılı hükümler mevcuttur. Öyleki; tıbbi girişimler sonucunda ölüme yol açma, yaralama veya bir kusur sonucu sakat bırakma, sağlık mensuplarının suçu bildirmemesi, organ ve doku ticareti, insan üzerinde deney, yeterli tıbbi yardımda bulunmama gibi farklı suç tipleri ve otuza yakın hüküm mevcuttur.

Hekimin TCK'ya göre suç oluşturan eylemleri:

- Kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi
- Taksirle öldürme
- Kasten yaralama
- Kasten yaralama eyleminin ihmali davranışla işlenmesi hali
- Taksirle yaralama eylemi
- İntihara yardım etme
- İnsan üzerinde deney
- Çocuklar üzerinde deney
- Organ ve doku ticareti
- Yardım veya bildirim yükümlülüğünü yerine getirilmemesi
- Çocuk düşürtme eylemi
- Kısırlaştırma eylemi
- Ayrımcılık eylemi

Verileri hukuka aykırı verme veya ele geçirme
Radyasyon yayma
Bozulmuş ya da değiştirilmiş gıda veya ilaçların ticareti
Kişilerin hayatını veya sağlığını tehlikeye sokacak biçim-
de ilaç yapma ya da satma
Uyuşturucu veya uyarıcı yapma ticareti
Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaş-
tırma
Resmi belgede sahtecilik
Resmi belgeyi bozmak, yok etmek ya da gizlemek
Çocuğun soybağını değiştirmek
Rüşvet
Görevi kötüye kullanma
Hekimin ticaret yapması
Gerçeğe aykırı bilirkişilik ya da tercümanlık
Sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi
Genital muayene

Bu hükümler gözönüne alındığında, konumuz başlığı olan hekimin cezai sorumluluğu bakımından uygulamadaki sorunların önemi yadsınamaz, önümüzdeki yıllarda hekimin sorumluluğu konusu gerek yargıda açılacak davalarla ve gerekse bilimsel ve etik platformlardaki tartışmalarla ülke gündeminde kalacaktır.

V. Hekimin Cezai Sorumluluğu Bakımından Uygulamada Sorunlar

Anayasamız gereği Türkiye Cumhuriyeti sosyal bir hukuk devletidir; bu bağlamda sağlık hizmetlerinin sunumu, ister kamu ister özel sektör eliyle işletilsin, bütün sağlık kuruluşlarının mevzuatla belirlenmiş teknik koşullara uygunluğunun sağlanması ve bu amaçla denetlenmesi devlet için bir görevdir.

V. TÜRK - ALMAN TIP HUKUKU SEMPOZYUMU

SUNAY
AKYILDIZ'IN
TEBLİĞİ

Diğer yandan Anayasa'nın 17. ve 56. maddelerinde ifade bulan "yaşama hakkı" ve "sağlık hakkı" her birimiz için yaşamsal öneme sahip ve vazgeçilmez haklardır.

Bu maddelerin metni;

Anayasa 17. madde; "Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz"

Anayasa 56. madde; "Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir". "Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir" şeklindedir.

Devlet bu anayasal görevini Sağlık Bakanlığı'na bağlı kamu görevlileri eliyle yerine getirmektedir. Ayrıca sağlık hizmetlerinin denetimi görevinin mevzuata uygun olarak yerine getirilmemesi, kamu görevlilerinin disiplin ve ceza hukuku yönlerinden sorumluluğunu gerektirir.

İlgili Anayasa maddeleri;

Anayasa 40/3. madde; "Kişinin, resmi görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir."

Anayasa 125/1 ve 2. madde; "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır" "İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür."

Anayasa 129/5 madde; "Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir."

1. Kamu-Özel Sektör Ayırımı

Ülkemizde kamuda çalışan hekimler ile özel sektörde çalışan hekimler aleyhine, cezai sorumluluğa müracaat için farklı prosedürler izlenmektedir.

Son yıllarda Uyuşmazlık Mahkemesi ve Yargıtay hekimin tazminat sorumluluğuna ilişkin kararlarında, kamuda çalışan hekimlere karşı, "görevden ayrılabilir kişisel kusurları" söz konusu olduğunda adli yargıda tazminat davası açılabileceğini hüküm altına almıştır.

Ceza Hukuku açısından kamuda çalışan-özel sektörde çalışan hekim ayırımının kalkmasını, kamuda çalışan hekimin ayrı bir statüyle, lüzüm-u muhakeme kararı kalkanı ile korunmasının, kaldırılması gerektiğini düşünmekteyiz.

Tibbin kötü uygulanmasından doğan davalarda, soruşturma aşamasında savcılık, dosyayı, incelenmek üzere resmi bilirkişilik kurumu olan Adli Tıp Kurumu'na göndermektedir. Ve iddianame bu incelemeyi tamamlanmaktadır, o halde kamuda çalışan hekim için ayrı bir statü oluşturulmasının bürokrasi ve zaman kaybından başka hiç bir anlamı yoktur.

Uygulamada, lüzüm-u muhakeme kararı beklerken men-i muhakeme kararı ile karşılaşan mağdur, hasta veya hasta yakını ise hak arama yoluna devam etmemektedir.

a. Hekimin Kamu Sağlık Kurum veya Kuruluşunda Çalışması Hali

Kamuda çalışan hekim 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na bağlı olmaktadır, bu nedenle de anılan kanuna göre hak ve sorumluluğu gözönünde tutulur. Yükümlülüklerini yerine getirmediği veya savsakladığı takdirde bu kanuna göre disiplin cezasına çarptırılabilir gibi ayrıca hakkında kamu davası açılması da mümkün olabilecektir. Burada göz

V. TÜRK - ALMAN TIP HUKUKU SEMPOZYUMU

SUNAY
AKYILDIZ'IN
TEBLİĞİ

önünde tutulacak husus, hekimin sağlık hizmet verirken yaptığı işlemin sorumluluğunun, disiplin suçu mu yoksa cezai bir suç mu olduğu hususudur.

Kamu görevlisi hekimlerin ve sağlık personelinin görevleri nedeniyle haksız eylemleri yani işledikleri suçlar 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanunu'na göre ceza soruşturmasına bağlı bulunmaktadır. Burada yetkili mercii ya da itirazı inceleyen makamın hekim ya da sağlık personeli hakkında soruşturma izni vermemesi halinde, kamu görevlisi statüsünde olan hekim ya da sağlık personeli hakkında Cumhuriyet Başsavcılığı'nca doğrudan soruşturma yapılamamaktadır.

Ancak bu kuralın istisnaları vardır. Bunlar:

1. 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu'nun 5020 sayılı kanun ile değişik 17/1 maddesi'nde belirtilen suçlar, örneğin rüşvet, irtikap, basit ve nitelikli zimmet;

"Bu Kanunda ve 18.6.1999 tarihli ve 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nda yazılı suçlarla, irtikâp, rüşvet, basit ve nitelikli zimmet, görev sırasında veya görevinden dolayı kaçakçılık, resmî ihale ve alım ve satımlara fesat karıştırma, Devlet sırlarının açıklanması veya açıklanmasına sebebiyet verme suçlarından veya bu suçlara iştirak etmekten sanık olanlar hakkında 2.12.1999 tarihli ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümleri uygulanmaz."

2. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 161/5 ve 4483/2.son maddesi'nde belirtilen suçlar, örneğin görevi kötüye kullanma, ağır cezayı gerektiren suçüstü hali;

161/5. madde; *"Kanun tarafından kendilerine verilen veya kanun dairesinde kendilerinden istenen adliye ile ilgili görev veya işlerde kötüye kullanma veya ihmalleri görülen kamu görevlileri ile Cumhuriyet Savcılarının sözlü veya yazılı istem ve emirlerini yapmakta kötüye kullanma veya ihmalleri görülen kolluk âmir ve*

memurları hakkında Cumhuriyet savcılarınca doğrudan doğruya soruşturma yapılır. Vali ve kaymakamlar hakkında 2.12.1999 tarihli ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümleri, en üst dereceli kolluk amirleri hakkında ise, hâkimlerin görevlerinden dolayı tâbi oldukları yargılama usulü uygulanır."

2. madde; "Bu Kanun, Devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürüttükleri kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri ifa eden memurlar ve diğer kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri suçlar hakkında uygulanır."

"Görevleri ve sıfatları sebebiyle özel soruşturma ve kovuşturma usullerine tabi olanlara ilişkin kanun hükümleri ile suçun niteliği yönünden kanunlarda gösterilen soruşturma ve kovuşturma usullerine ilişkin hükümler saklıdır."

"Ağır cezayı gerektiren suçüstü hali genel hükümlere tabidir."

"Disiplin hükümleri saklıdır."

b. Hekimin Özel Sağlık Kurum ve Kuruluşunda Çalışması Hali

Özel sağlık kurum ve kuruluşunda sağlık hizmeti veren hekim hakkında, Cumhuriyet Savcılığı, 5721 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu gereğince doğrudan soruşturma yapabilecektir.

Adliyelerimizde, basın ve marka hukuku şikayetleri için müracaat edilecek savcılar belirli ve dolayısıyla konu hakkında savcılık makamı ihtisaslaşmış iken, yaşamsal öneme haiz, malpraktis davalarında, böyle bir uygulama yoktur. Oysaki tıp ceza hukuku alanında ihtisaslaşmış ve hasta ile hekime aynı mesafeden bakabilen savcılık makamı, bu tip davalarda özellikle hak arama mücadelesi veren mağdur ve avukatların

sorunlarını, soruşturma evresinde büyük oranda çözümleyecektir.

Yine bu sayede sağlık alanında yaşanan mağduriyetler ve insan hakkı ihlalleri önlenebilecektir.

2. Tıbbi Kayıtların Tutulması ve Saklanması

Kamu ya da özel sağlık kurum ve kuruluşları, kendilerine müracaat eden hastaların, tıbbi kayıtlarını tutmakla yükümlüdürler. Bu yükümlülükleri mevzuatımızda farklı yönetmelik, tüzük ve yönergeler ile düzenlenmiş bulunmaktadır.

1998 tarih ve 23420 sayılı Hasta Hakları Yönetmeliği, hasta hakları arasında "kayıtları inceleme ve kayıtların düzenlenmesini isteme"yi 16. ve 17. maddelerle hüküm altına almıştır.

Mevzuatımızda tıbbi kayıtların tutulması ve saklanması ile ilgili olarak:

Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanun'un 10. maddesi; "Sağlık ocakları ve evlerinin, her türlü koruyucu hekimlik hizmetleri ile hastaların muayene ve tedavisinin yanı sıra, sağlık ocağına kayıtlı şahısların sağlık sicillerini tutmakla mükellef oldukları", Ayakta Teşhis Ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmeliği'nin 17. maddesi; (sağlık kuruluşunda çalışan tabipler, hastasına ait muayene, teşhis ve tedavi işlemlerini uygun şekilde kaydetmekten sorumludur.), 27. maddesi; "sağlık kuruluşuna başvuran hastaların teşhis ve tedavi bilgileri ve varsa yapılan cerrahi müdahale, gözlem altındaki tıbbi işlemler, hastalar adına açılmış dosyalara ve ilgili defter/defterlere işlenir. Bu belgeler, arşivo ile ilgili mevzuat hükümlerine uygun şekilde sağlık kuruluşu tarafından muhafaza edilir.", Acil Sağlık Hizmetleri Yönetmeliği'nin 8. maddesi; (resmi ve özel sağlık kurum ve kuruluşları bünyesinde acil sağlık hizmeti veren hastane acil servislerinde, verilen hizmet ile ilgili kayıt tutma

zorunluluğu bildirilmiş), Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği'nin 12. maddesi; "poliklinikte muayene edilen bütün hastaların kaydedileceği ve ağır, acil ve adli vak'aların kuruma müracaat saatlerinin de mutlaka yazılacağı" ve Özel Hastaneler Yönetmeliği ve Özel Hastaneler Tüzüğü, Yataklı Tedavi Kurumları Merkezi Tıbbi Kayıt ve Arşiv Hizmetleri Yönergesi içersinde de çeşitli hükümler mevcuttur.

Örneğin; Özel Hastaneler Yönetmeliği'nde; özel hastanelere, muayene, teşhis ve tedavi amacıyla başvuran hasta, yaralı, acil ve adli vakalar ile ilgili olarak yapılan tıbbi ve idari işlemlere ilişkin kayıtların tutulması ve saklanması, tıbbi arşiv zorunluluğu ile bu kayıtların, en az yirmi yıl süre ile saklanması gerektiği hüküm altına alınmıştır.

Malpraktis davalarında en önemli delillerimiz tıbbi kayıtlardır, ispat açısından da işbu delilleri elinden alınan hasta ya da hekim açısından olayın aydınlanması mümkün olamayacaktır.

Uygulamada karşılaştığımız önemli bir sorun olan sağlık kurum ve kuruluşlarının, tıbbi kayıtları tutmaması, saklamaması veya mahkemelere göndermemesi ya da silinti ve eklenmelerle göndermesi halleridir.

Tıbbi dosyalardaki kayıtların tutulmaması, eksik tutulması veya saklanmaması Türk Ceza Kanunu'nun 257. maddesi kapsamında görevin kötüye kullanılması olarak değerlendirilmektedir. Tıbbi kayıtların tutulmaması veya kaydedilmemesi, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 125. maddesi ile Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliği'nin 5 ve 8. maddeleri kapsamında da idari cezayı gerektirmektedir.

Anılan maddenin 2. fıkrası: "Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan hâller dışında, görevinin gereklerini yapmaktan ihmal veya gecikme göstererek, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir kazanç sağlayan kamu görev-

V. TÜRK - ALMAN TIP HUKUKU SEMPOZYUMU

SUNAY
AKYILDIZ'IN
TEBLİĞİ

lisinin, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı” şeklindedir.

Kayıtların eksik veya yanlış tutulmasından ya da saklanmamasından dolayı hasta zarar görmüşse, uğradığı zararın tazminini isteyebileceği gibi, bu işlem hatasından doğacak zarar, Ceza Kanunu'nda yer alan ve hekimin eylemine uyan; öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi, yaralama, yaralamasının ihmali davranışla işlenmesi, resmi belgede sahtecilik, resmi belgeyi yok etmek gibi suçlara sebebiyet verebilecektir

Özetle, tıbbi kayıtlar malpraktis davalarında delil niteliğine haizdirler ve bu nedenle tıbbi kayıtların ayrıntılı ve düzenli tutulmaları, saklanmaları ve mahkemeye sunulmaları, dava konusu olayın aydınlatılması, suçun ispatı açısından büyük önem taşımaktadır.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 332. maddesi gereğince; *“hekimlerin savcılık veya mahkeme tarafından istenen tıbbi kayıtları on gün içinde göndermesi; gönderemiyorsa neden gönderemediğini ve ne zaman gönderebileceğini aynı süre içerisinde istemde bulunan adli makama bildirmesi zorunluluğu” hüküm altına alınmıştır. Aksi tutum TCK 257.maddesine aykırılık teşkil ettiğinden yasama dokunulmazlığı saklı kalmak üzere ilgili hekim hakkında soruşturma iznine gerek kalmaksızın doğrudan soruşturma yapılır.”*

Uygulamada sıkça yaşanan tıbbi kayıtlara erişim probleminin çözümü olarak, Avrupa Hasta Haklarının Geliştirilmesi Bildirgesi'nde yer aldığı üzere, *“hastaların sağlık kurumlarından taburcu edildiklerinde, tanıları, tedavileri ve bakımları ile ilgili bir yazılı özet alma ve isteme hakkına sahip olduğu”* kuralının ülkemizde de uygulanmasını, tıbbi kayıtların bir suretinin hastaya verilmesini ve bu konuda sıkı şekil şartlarına haiz yasal bir düzenlemenin yapılmasını önermekteyiz.

Bir diğer önerimiz de tıbbi kayıtların tutulması, saklanması ve mahkemeye gönderilmesi konusundaki görevlerini

yerine getireyen, ihmal eden ya da savsaklayan hekimler hakkında gerekli kovuşturma ve soruşturmanın yapılmasıdır.

Nitekim, Yüksek Sağlık Şurası'nda alınan kararların olumsuz olmasını etkileyen nedenler arasında, hasta dosyalarındaki bilgilerin tam olarak tutulmaması ve kayıtlardaki eksiklikler sayılmaktadır.

3. Kusur, Zarar, illiyet Bağı ve Bilirkişilik

Tıbbın kötü uygulanmasına ilişkin davalarda hekimin sorumluluk unsurlarının tespiti için uygulamada müracaat edilen resmi bilirkişilik kurumları, Yüksek Sağlık Şurası ve Adli Tıp Kurumları'dır.

Bu tespit uygulamanın, tıp biliminin bugün ulaştığı bilimsel ve teknik düzeyi, uygulamanın yapıldığı ortamın koşullarını, uygulamayı yapanın eğitim düzeyi gözönünde bulundurulduğunda; aynı ortam ve aynı yetkinlik düzeyinde bir hekimin göstermesi gereken özeni gösterdiği halde öngörüle-meyecek bir sonuç ise bu istenmeyen bir sonuçtur ve hekimin bunda sorumluluğu yoktur.

Hekimden beklenen, olası risklere karşı gerekli olan önle-mi alması ve tıbbi uygulama esnasında yeterli dikkat ve özeni göstermesidir. Zira hemen hemen her tür tıbbi uygulamanın birtakım riskleri vardır. Hekim uygulama yapacakken bu öngörüle-bilen riskleri hastanın yarar-zarar dengesini gözete-rek alır. Tıbbi uygulama hataları olgularında temel kavram komplikasyon ile hata arasındaki ince sınırdır.

Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair 1219 sayılı Kanun'un 75. maddesi gereğince "tıp mesleğinin icrasın-dan doğan suçlarda" Yüksek Sağlık Şurası'ndan görüş alınması zorunludur.

SUNAY
AKYILDIZ'IN
TEBLİĞİ

Ancak mahkemeler açısından Yüksek Sağlık Şurası'nın görüşü bağlayıcı değildir ve yine mahkemelerin uygun göcekleri bilirkişilere başvurma hakkı saklı tutulmuştur.

Yüksek Sağlık Şurası ve Adli Tıp Kurumu çelişkisi

Uygulamada büyük oranda Yüksek Sağlık Şurası ve Adli Tıp Kurumu görüşleri çelişmektedir...

Genellikle, Yüksek Sağlık Şurası'dan gelen rapor "*hekimin kusuru yoktur, ortaya çıkan sonuç komplikasyondur*" şeklinde ise Adli Tıp Kurumu raporu "*ortaya çıkan sonuç hekimin kusurlu davranışından doğmuştur*" sonucuna varmaktadır...

Bu önemli bir sorundur, zira tıbbın kötü uygulanmasından doğan davalarda, istisnai kararlar olmakla birlikte, bilirkişi görüşü genelde belirleyicidir. Bu yönde, uygulamada bilirkişi raporları arasındaki çelişki hususunu çarpıcı bir şekilde kanıtlayan Dr. F. A olayını çalışmamıza örnek olarak, eklemek istemekteyiz...

Dr. F. A Örneği: 17 yaşındaki hasta şiddetli karın ağrısı şikayetiyle devlet hastanesine müracaat eder. Doktorların ilk muayenedeki bulgularına göre ağrı kesici ve sakinleştirici iğne yapmaları üzerine hasta eve gönderilir. Hasta, birkaç saat sonra mide bulantısı ile tekrar aynı hastaneye müracaat eder ve bu kez ağrı kesici bir iğne yapılarak müşahade altına alınır.

Gece boyunca zaman zaman nöbetçi doktorun kontrolü altında sabaha kadar kontrol altında tutulur. Bu sırada, gece boyunca icapçı olan Dr. F. A.'ya hiçbir şekilde haber verilmemiştir. Sabah mesai saatinde, genel cerrahi bölümünde yatmakta olan hasta, servisin uzman doktorlarından biri olan, aynı zamanda önceki gece icapçı doktor olan sanık Dr. F. A. tarafından muayene edilir; karnındaki morarmayı farketmesi üzerine Dr. F. A. ile diğer sanık doktorun konsültasyonu so-

nucunda, hasta yakınlarına; *"bu aşamada hastaya buldukları hastanede müdahale edilemeyeceğini, zira hastanelerinde gerekli tıbbi donanımın ve yoğun bakım ünitesinin bulunmadığını bildirerek, derhal tam teşekküllü bir hastaneye gitmeleri gerektiği"* açıklamasını yaparlar.

SUNAY
AKYILDIZ'IN
TEBLİĞİ

Akabinde, hasta bir hemşire nezaretinde ambulansla en yakın yerdeki tam teşekküllü bir tıp fakültesi hastanesine sevk edilir, burada ameliyata alınır ve ameliyat sonrasında eve dönüşte ex olur.

Bunun üzerine hasta yakınları, hastanın ölümünden dolayı, sevk kararı veren icapçı Dr. F. A. ve diğer sağlık çalışanlarına karşı şikayette bulunurlar, dava açılır, uzun süren bir ceza yargılaması yapılır.

Bu yargılamada üç farklı rapor vardır; ilk raporda Adli Tıp İhtisas Kurulu, doktor hakkında atfı kabil kusur olmadığı yönünde olumlu görüş bildirir, ardından diğer resmi bilirkişilik kurumu olan Yüksek Sağlık Şurası, aynı doktor F. A.'nın 3/8 oranında kusurlu olduğuna dair olumsuz görüş bildirir. Dosya son mercii olarak Adli Tıp Genel Kurulu tarafından incelenir ve burada kurul üyeleri 21'i olumlu ve 21'i olumsuz oy olmak üzere görüşlerini bildirirler.

Adli Tıp Genel Kurulu'nda, bu şekildeki eşitliklerde Genel Kurul başkanının oyunu üstün oy sayılacağından, sanıklardan icapçı doktor F. A. hakkında, Adli Tıp Genel Kurul'unda kusurlu olup olmadığı konusunda tam bir eşitlik olmasına rağmen, başkanın üstün kabul edilen oyu sonucunda, Dr. F. A. hakkında *"oy çokluğu ile kusurlu bulunduğu dair"* rapor düzenlenmiştir.

Ve işbu rapor sonucunda da yerel mahkeme ceza yargılamasına sonlandırır, Dr. F. A. hakkında mahkumiyet kararı verir ve halen karar kesinleşmiştir.

SUNAY
AKYILDIZ'IN
TEBLİĞİ

Dr. F.A'nın Ceza Yargılamasındaki Bilirkişi Rapor Örnekleri

1. Adli Tıp İhtisas Dairesi Raporu:

"SONUÇ: tarihinde şiddetli karın ağrısı ile başvurduğu Devlet Hastanesi'nden tarihinde Tıp Fakültesi-ne sevk edildiği, aynı tarihte ameliyata alındığı, "mezenterik vena oklüziif" hastalık tanısı konulduğu ve 'da ambulans ile hasta yakınlarının isteği doğrultusunda evine giderken yolda öldüğü bildirilen kızı 16 yaşında Ö. C. hakkında düzenlenmiş adli ve tıbbi belgelerde bulunan, yukarıya kaydedilen bilgi ve bulgular dikkate alındığında,

Her ne kadar otopsi yapılmamış olmakla birlikte operasyon bulgusuna göre kişide mezenter ven trombozu olduğunun saptandığı, mezenter ven trombozunun bu yaş grubunda beklenir bir hastalık olmadığı, ön görülen tanı için gerekli tahlillerin yapıldığı kişinin hastaneye başvurduğunda klinik tablosuna göre yapılan müdahale ve yoğun bakım olan daha donanımlı bir hastaneye sevk işleminin doğru olduğu, mezenter ven trombozu hastalığının mortalitesi yüksek ve genellikle operasyon esnasında hastalığın teşhisi konabildiği dikkate alındığında, yapılan müdahalenin tıp kurallarına uygun olduğu, bu nedenle kişiye müdahale eden Dr. K.G, Dr. F.A, Dr. Z.P, E.İ., Ö.Ö. ve S.D.'e yüklenecek atfi kabil kusur bulunmadığı oy birliğiyle müतालaa olunur."

2. Yüksek Sağlık Şurası Raporu:

"SONUÇ : Dosyadaki bilgi, belge ve bulgular değerlendirildiğinde; tanı konulmayan karın ağrısına Novalgin ve Diazem yaptırılan Dr. K. G.'nin 2/8 (sekizde iki) oranında KUSURLU olduğuna,

Hastada birit ileusa bağlı strongülasyon olduğunu, strongülasyonun ileri aşamada bulgusu ve karında morarma olduğunu görmesine rağmen başka yere sevk eden Dr. F. A.'nın 3/8 (sekizde üç) oranında KUSURLU olduğuna,

Hastanede Nöbetçi Dahiliye Uzmanı olan ve hastaya gerekli ilgi ve itinayı göstermeyerek tıbbi usullere uygun takip ve tedavilerini yapmayan Dr. Z. P.'nin 3/8 (sekizde üç) oranında KUSURLU olduğuna,

SUNAY
AKYILDIZ'IN
TEBLİĞİ

Dr. E. S. ve Hemşireler E. İ., Ö. Ö. ve S. D.'in KUSURSUZ olduklarına, Şuramızca oy birliği ile karar verildi."

3. Adli Tıp Genel Kurulu Raporu:

"SONUÇ: Dosyada mevcut adli ve tıbbi belgelerden elde edilerek yukarıya kaydedilen bilgi ve bulguların değerlendirilmesinde;

Tanı konulamamış olan karın ağrısına Novalgin ve Diazem yaptıran pratisyen Dr. K. G.'nin kusurlu bulunduğu, kusur oranının 1/8 (sekizde bir) oranında olduğu,

Hastanede nöbetçi olan ve hastaya gerekli özeni göstermeyen ve uygun takibini yapmayan dahiliye uzmanı Dr. Z. P.'nin kusurlu bulunduğu, kusur oranının 3/8 (sekizde üç) oranında olduğu,

Kişiyi sabahleyin muayene eden, genel durumu bozuk olmasına rağmen tanı koymadan ve gerekli özeni göstermeden başka yere sevk eden Genel Cerrahi Uzmanı Dr.F.A.'in kusurlu bulunduğu, kusur oranının 3/8 (sekizde üç) oranında olduğu,

Geceleyin kişiyi gördüğü konusunda çelişkili tanık ifadeleri bulunan Genel Cerrahi Uzmanı

Dr. E. S.'in geceleyin kişiyi gördüğünün mahkemece kabulü halinde, gerekli ilgi ve özeni göstermediğinden kusurlu bulunduğunu, kusur oranının 3/8 (sekizde üç) oranında olduğu,

Hemşireler E. İ., Ö. Ö. ve S. D.'e atf-ı kabil kusur bulunmadığı oy çokluğu ile mütalaa olunur."

SUNAY
AKYILDIZ'IN
TEBLİĞİ

İlgili Karar:

T.C.

.....

ASLİYE CEZA MAHKEMESİ

ESAS NO: 2000/.....

KARAR NO: 2005/.....

C. SAV. ES. NO: 2000/.....

KARAR

Yukarıda açık kimliği yazılı sanık hakkında mahkeme-
mizce yapılan açık yargılama sonunda, Dosya incelendi

GEREĞİ DÜŞÜNÜLDÜ:

İDDİA; Sanıklar hakkında Tedbirsizlik dikkatsizlik sonu-
cu ölüme sebebiyet suçundan cezalandırılmasına karar veril-
mesi için Cumhuriyet Başsavcılığı'nın iddianamesiyle
kamu davası açılmıştır.

SAVUNMA; Sanık K.G. savunmasında; 30 Ağustos 1999
tarihinde Devlet Hastanesi Acil Servisinde nöbetçi
doktor olarak görevli olduğunu saat 20.00-21.00 sıralarında
yakınları tarafından acil polikliniğine getirildiğini hastanın
daha önce ameliyat geçirdiğini yakınlarının söylemesi ile mu-
ayene ettiğini ameliyat izlerini gördüğünü muayeneden son-
ra acil bir müdahale gerekmediği kanısına vardığını yine de
nöbetçi dahiliye uzmanı sanık Z.P. ile de görüşerek onun da
görmesini istediğini bu uzman hekim tarafından da muayene
edildikten sonra Diazem ve Novaljin karışımı serum takılma-
sına karar verilerek hastaneye yatırdıklarını gece saat 03.00
sıralarında nöbetçi hemşire sanık Ö.Ö. arayarak hastanın du-
rumunu iletildiğini tekrar yaptığı muayenede acil bir müdahale
gerekmediği kanısı ile yarım ampul diazem yapılmasını iste-
diğini ve oradan ayrıldığını bilahare sabah genel cerrah uz-
manları tarafından hasta muayene edilerek sevke tabi tutul-
duğunu olay hakkında suçunun olmadığını beraatine karar
verilmesini talep etmiştir.

Sanık F. A. savunmasında; 31 Ağustos 1999 tarihinde görevli olduğu Devlet Hastanesindeki görevine geldiğinde maktulün müşahade altına alındığını söylenmesi üzerine maktulün yatış tarihi olan 30.08.1999 tarihinde muayene saatine kadar tüm tedavilere ilişkin film grafik gibi tahlilleri incelediğini önemli bir rahatsızlık tespit edemediğini maktulün fiziki muayenesinde karın bölgesinde bir morarma fark ettiğini yakınlarına sorduğunda küçük yaşlarda bağırsak düğümlemesi nedeni ile ameliyat olduğunun söylendiğini bu ameliyattan kısa bir süre sonra aynı mahiyetli ikinci bir ameliyatın gerçekleştirildiğini ifade ettiklerini yapılan tahliller sonunda farklı bulgulara ulaşamayınca olası bir ameliyat gerekliliği karşılığında hastane donanımının yetersizliği sebebi ile risk taşıyacağı kanısı ile üniversite hastanesine sevk edilmesi gerektiğini düşündüğünü sanık E.K.'i de çağırarak bir kez de onunla hastayı muayene ettiklerinde aynı kanaate vardıklarını ambulans ile hemşire refakatinde Tıp Fakültesine sevkini gerçekleştirdiğini maktulün annesinin İstanbul'a sevkini istemesi karşısında deprem sebebi ile hastanelerin dolu olabileceği mesafenin uzak olduğu hususunda kendisini ikna ettiklerini suçsuz olduğunu savunmuşlardır.

Sanık E.İ. savunmasında; 30.08.1999 tarihinde Devlet Hastanesinde acil servisinde nöbetçi hemşire olduğunu saat 18.00 sıralarında maktulün yakınları tarafından hastaneye getirildiğini sanık K.G. tarafından muayenesi sonucu onun talimatı ile maktule Novaljin iğne yaptığını ve rahatsızlığının tekrarı halinde getirilmesi uyarısı ile doktor tarafından gönderildiğini aynı gün saat 21.00 sıralarında tekrar geriye getirildiğini Nöbetçi doktor sanık K.G. tarafından muayenesi sonucu Novaljin-Diazem karışımı iğne yapılarak cerrahi servise sevk edilerek acil polikliniğinden gönderildiğini bir daha da maktulü görmediğini savunmuştur.

Sanık Ö.Ö. ve S.D. benzer savunmalarında; 30 Ağustos 1999 tarihi ile 31 Ağustos 1999 tarihi arasında Devlet Hastanesi cerrahi servisinde nöbetçi hemşire olduklarını gece

V. TÜRK - ALMAN TIP HUKUKU SEMPOZYUMU

SUNAY
AKYILDIZ'IN
TEBLİĞİ

00.30 sıralarında acil servisten bir hasta getirildiğini hastayı müşahade odasına aldıklarını gece saat 03.30 sıralarına kadar hastaya bir işlem yapılmadığını bu saatte hastanın aniden bağırmaları üzerine acil serviste nöbetçi olan doktor K.G.'yi arayarak durumu bildirdiklerini K.G.'nin gelip hastayı muayene ettikten sonra diazem ampul yapılmasını istediğini kalçadan diazem ampul iğne yaptıktan sonra hastanın sabaha kadar herhangi bir şikayetinin olmadığını tedavi de uygulanmadığını o gece kendisinin bulunduğu müşahade odasında hastanın sanıklar F.A. ve E.S. tarafından görülmediğini sabah da saat 08.00'de nöbeti devrederek hastaneden ayrıldıklarını devamında ne şekilde tedavi edildiğini bilmediklerini savunmuştur.

Sanık E.S. savunmasında; görevli olduğu Devlet Hastanesi'nde 30 Ağustos 1999 tarihinde 08.00-16.00 mesai yaptıktan sonra hastaneden ayrıldığını ertesi günü 31 Ağustos 1999 günü sabah mesaiye geldiğinde sanık doktor F.A.'nın daveti ile birlikte hastayı muayene ettiklerini hastanenin yetersizliği sonucu hastanın sevkini uygun olacağı yönünde görüş birliğine vardıklarını ve hastayı fakülteye sevk ettiklerini başkaca hastaya müdahalesinin olmadığını beraatine karar verilmesini talep etmiştir.

Sanık Z.P. savunmasında; 30.08.1999 günü pratisyen hekim doktor K.G. ile hastane nöbetçisi olduğunu birden çok hastayı muayene ettiği için maktul ile ilgili olayları hatırlamadığını acil servis doktorlarının kuşkulu gördüğü hastalar hakkında kendilerine danıştıklarını bunun sonucunda muayene ettikten sonra müşahadeye yatırdıklarını maktul hakkında da olayların bu şekilde gelişmiş olabileceğini savunmuştur.

DELİLLER; Sanık savunması, müşteki anlatımı, tanık beyanları, nüfus sabıka kaydı,

MÜDAHİL ŞİKAYETİNDE; 30.08.1999 tarihinde saat 17.00 sıralarında maktul kızının rahatsızlanması sonucu kızını Devlet Hastanesi acil servisine getirdiğini burada

nöbetçi doktor sanık K.G. tarafından muayenesi sonucu diazem iğne yapıldığını rahatsızlığının tekrarı halinde tekrar getirilmesi için taburcu edildiklerini Kasabasındaki evine döndükten sonra kızının tekrar rahatsızlanması üzerine hastaneye döndüklerini görevli doktor kızının gaz problemi olduğunu belirtmesi üzerine doktora kızının daha önce bağırsak düğümlenmesi nedeni ile ameliyat olduğunu önemli bir problemi varsa Cerrahpaşa hastanesine götürebileceğini söylemesi karşısında görevli doktorun rahatsızlığının önemli olmadığını ifade ederek tetkiklere devam ettiğini daha sonra da cerrahi servise sevk edildiğini görevli hemşire Ö.Ö.'nün hastanın yanında annesinin kalmasının yeterli olduğunu beyan etmesi karşısında hastaneden ayrıldığını ertesi gün saat 10.00 sularında kızının sanık doktor F.A. tarafından ileri tetkik ve tedavi için Tıp Fakültesi hastanesine sevk edildiğini ambulans yakıt bedelini karşılayarak kızını sevk edilen hastaneye götürdüklerini bu tedaviler esnasında kızının önceden geçirdiği rahatsızlıklarını sürekli dile getirmesini rağmen görevli doktorlar tarafından tetkiklerin zamanında yapılmaması nedeniyle tedavide geç kalındığını bu sebeple sanıklardan şikayetçi olduğunu beyan etmiştir.

TANIK G. C. BEYANINDA: 30.08.1999 tarihinde saat 17.00 sıralarında maktul kızının rahatsızlanması sonucu kızını Devlet Hastanesi acil servisine getirdiğini burada nöbetçi doktor sanık K.G. tarafından muayenesi sonucu diazem iğne yapıldığını rahatsızlığının tekrarı halinde tekrar getirilmesi için taburcu edildiklerini Kasabasındaki evine döndükten sonra kızının tekrar rahatsızlanması üzerine hastaneye döndüklerini görevli doktor kızının gaz problemi olduğunu belirtmesi üzerine doktora kızının daha önce bağırsak düğümlenmesi nedeni ile ameliyat olduğunu önemli bir problemi varsa Cerrahpaşa hastanesine götürebileceğini söylemesi karşısında görevli doktorun rahatsızlığının önemli olmadığını ifade ederek tetkiklere devam ettiğini daha sonra da cerrahi servise sevk edildiğini görevli hemşire Ö.Ö.'nün hastanın yanında annesinin kalmasının yeterli olduğunu be-

V. TÜRK - ALMAN TIP HUKUKU SEMPOZYUMU

SUNAY
AKYILDIZ'IN
TEBLİĞİ

yan etmesi karşısında kızı ile birlikte müşahade odasında kaldığını buradan sanık hemşire Ö. Tarafından kızına iğne yapıldığını ilerleyen saatlerde doktor E.S.'nin bulunduğu servise gelerek hastayı buraya kimin yatırdığını sorduğunda K.G. yatırdı diye cevap verdiğini kızını herhangi bir muayene ve tedavi etmeden oradan ayrıldığını kızının tüm bağırmalara rağmen o saatten sonra hiçbir doktor ve hemşire tarafından müdahale edilmediğini başka doktora haber verilmediğini kendisinin de telefon ile haber verilmesine müsaade edilmediğini beyan etmiştir.

TANIK Ö.C. BEYANINDA; 30.08.1999 tarihinde kardeşi Ö.'nün aniden rahatsızlanması sonucu Devlet Hastanesi acil servisine müracaat ettiklerini burada nöbetçi doktor K.G. tarafından kardeşinin muayenesi ve tahlillerinin yapıldığını iğne yapıldığını doktorun gaz problemi tanısı ile taburcu ettiğini rahatsızlığının tekrarı halinde geri getirmelerini söylediğini eve geldikten bir süre sonra maktul kardeşinin tekrar rahatsızlanması ile müdahil babası ve tanık annesi G. ve yanlarında tanık H.T. olduğu halde tekrar hastaneye gittiklerini kendisinin evde kaldığını tedavilerinin devamı şeklinde görüşünün olmadığını beyan etmiştir.

TANIK N.B. BEYANINDA; Maktul Ö.C.'nin Tıp Fakültesine sevki sonucu ambulansa hastanın yanında gittiğini başka da yanında kimse olmadığını gidiş sırasında hastaya serum takılı olduğunu ve hastaneye teslim ettikten sonra döndüğünü olay hakkında başkaca bilgisinin olmadığını beyan etmiştir.

TANIK H.T. BEYANINDA; 30.08.1999 tarihinde teyzesinin kızı olan maktulün rahatsızlanması sonucu Devlet Hastanesine götürdüklerini burada yapılan muayene sonucu gaz var diye bir kısım ilaçlar vererek eve gönderdiklerini eve döndüklerinde yeniden rahatsızlanması sonucu hastaneye döndüklerini hastanede maktule röntgen filmi çekildiği serum takıp diazem iğnesi yaptıklarını ve cerrahi servise yatır-

dıklarını oradan da dönüp geldiğini olay hakkında bilgi ve görgüsünün bundan ibaret olduğunu beyan etmiştir.

SUNAY
AKYILDIZ'IN
TEBLİĞİ

GEREKÇE: Sanık savunmaları, müdahil şikayeti, tanık beyanları, tıbbi evraklar, Yüksek Sağlık Şurası raporu ve dosyadaki tüm delillerin değerlendirilmesinden de anlaşılacağı üzere;

Müdahilin 30.08.1999 tarihinde maktul kızı Ö.'nün rahatsızlığı nedeni ile Devlet Hastanesine getirdiği olay günü Devlet Hastanesi acil servisinde nöbetçi doktor K.G. tarafından muayenesinin yapıldığı müdahile hastanın önemli bir şeyi olmadığı söylendiğinde maktulün daha önce de bağırsak düğümlenmesi nedeni ile ameliyat olduğunun önemli bir durum halinde Cerrahpaşaya sevk edeceğini müdahilin söylediği buna rağmen sanık doktor K.'nin hastanın durumunda önemli bir şey olmadığı rahatsızlığı halinde tekrar getirmeleri uyarısı ile taburcu edildiği müdahil tarafından hastanın alınıp evine döndükten sonra ani rahatsızlığı sonucu tekrar devlet hastanesine getirildiği sanık K.'nin maktulü tekrar muayenesi ile nöbetçi dahiliye uzmanı doktor Z.P.'nin de görüşünü alarak maktule serum takılmak suretiyle müşahade altına aldıkları olay gününü takip eden 31.08.1999 tarihinde görevine gelen doktor F.A.'nın maktulün müşahade altına alındığının öğrenilmesi üzerine yaptığı tetkik ve incelemelerde karın bölgesinde morarma tespit ederek sanık doktor E.S.'yi de çağırıp onun da görüşünü aldıktan sonra devlet hastanesinin donanımının yetersizliği sebebi ile Tıp Fakültesine sevkini sağladığı müdahilin daha önce İstanbul'dan maktulün ameliyat geçirdiğini söylemesine rağmen oraya sevkini istediğinde hastanın durumu ve mesafe uzaklığı da dikkate alınarak'ye sevki için müdahili ikna ettikleri Tıp Fakültesi Hastanesinde hastanın ameliyata alındığında bağırsak damarlarının tıkanmış olduğu kurtuluş ümidi olmadığı müdahile söylenerek imzasının alınıp hastayı eve götürebileceğinin söylendiği müdahil de maktul kızını alıp hastaneden döndüğü sırada Ö.'nün öldüğü; Adli Tıp Kurumu Genel

V. TÜRK - ALMAN TIP HUKUKU SEMPOZYUMU

SUNAY
AKYILDIZ'IN
TEBLİĞİ

Kurulu'nun 17.02.2005 tarihli kararına göre, tedbirsizlik ve dikkatsizlik sonucu ölüme sebebiyet vermek suçundan sanıklar, tanı konulmamış olan karın ağrısına novalgine ve diazepam yaptıran sanık doktor K.G.'nin 1/8, hastanede nöbetçi olan ve hastaya gerekli özeni göstermeyen uygun takibini yapmayan dahiliye uzmanı sanık doktor Z.P.'nin 3/8, kişiyi sabahleyin muayene eden genel durumu bozuk olmasına rağmen genel tanı koymadan ve gerekli özeni göstermeden başka yere sevk eden genel cerrahi uzmanı sanık doktor F.A.'nin 3/8, hastayı görüp gerekli ilgi ve özeni göstermeyen sanık doktor E.S.'nin 3/8, oranında kusurlu olduklarının anlaşıldığı ancak; sanık hemşireler E.İ., Ö.Ö. ve S.D.'nin atfı kabil kusurlarının bulunmadığı anlaşıldığından sanıklar hakkında aşağıdaki hüküm kurulmuştur.

HÜKÜM; Gerekçesi yukarıda açıklandığı üzere,

1- Sanıklar E.İ., Ö.Ö. ve S.D. hakkında her ne kadar TCK'nun 455/1-son maddesi gereğince kamu davası açılmış ise de; olayın oluşunda sanıkların kusuru olmadığı anlaşıldığından müsnet suçtan ayrı ayrı BERAATLERİNE.

2- a) Sanıklar F.A., E.S. ve Z.P.'nin üzerilerine atılı suçu işledikleri anlaşıldığından TCK'nun 455/1 maddesi gereğince suçun işleniş şekli suç sebep ve Saikleri dikkate alınarak takdiren ayrı ayrı 2 yıl hapis 60,00 YTL Ağır Para Cezasıyla Cezalandırılmalarına.

b) Sanıklar olayın oluşunda 3/8 oranında kusurlu oldukları anlaşıldığından TCK'nun 455/son maddesi dikkate alınarak sanıkların ayrı ayrı 9 ay hapis 22,00 YTL Ağır Para Cezasıyla Cezalandırılmasına.

c) Sanıkların duruşmada hal ve tavırları lehlerine hafifletici sebep kabul edilerek TCK'nun 59 maddesi gereğince verilen cezanın 1/6 oranında indirilmesine, sanıkların ayrı ayrı

7 ay 15 gün hapis, 18,00 YTL Ağır Para Cezasıyla Cezalandırılmalarına.

d) Sanıklara verilen kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezanın suçun işlenmesindeki özellikler dikkate alınarak 647 sayılı yasanın 4. maddesi gereğince günlüğü 2,00 YTL'den paraya çevrilerek sanıkların ayrı ayrı neticeten 450,00 YTL ağır para cezası ile cezalandırılmalarına.

e) TCK'nun 72. maddesi gereğince sanıklara verilen aynı neviden para cezalarının içtimaina sanıkların ayrı ayrı 468,00 YTL Ağır Para Cezasıyla cezalandırılmalarına.

f) Sanığın geçmişteki hali ve suç işleme hususundaki eğilimine göre cezasının ertelenmesi halinde sanığın ileride bir daha suç işlemeyeceği hususunda mahkememizce olumlu kanaat edinildiğinden sanığın cezasının 647 sayılı yasanın 6. maddesi gereğince ERTELENMESİNE, TCK'nun 94. maddesi gereğince ihtarata yapılmasına (E.S.'e ihtarata yapıldı, diğer sanıklara yapılamadı)

3- a) Sanık K.G.'nin üzerine atılı suçu işlediği anlaşıldığından TCK'nun 455/1 maddesi gereğince suçun işleniş şekli suç sebep ve Saikleri dikkate alınarak takdiren 2 yıl hapis 60,00 YTL Ağır Para Cezasıyla cezalandırılmasına.

b) Olayın oluşunda sanığın 1/8 oranında kusurlu olduğu anlaşıldığından TCK'nun 455/son maddesi dikkate alınarak sanığın 3 ay hapis 7,00 YTL Ağır para Cezasıyla Cezalandırılmasına

c) Sanığın duruşmadaki hal ve tavırları lehine hafifletici sebep kabul edilerek verilen cezanın TCK'nun 59. maddesi gereğince 1/6 oranında indirilmesine, sanığın 2 ay 15 gün hapis 5,00 YTL Ağır Para Cezasıyla cezalandırılmasına.

d) Sanığa verilen kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezanın suçun işlenmesindeki özellikler dikkate alınarak 647 sayılı yasanın 4. maddesi gereğince günlüğü 2,00 YTL'den paraya

V. TÜRK - ALMAN TIP HUKUKU SEMPOZYUMU

SUNAY
AKYILDIZ'IN
TEBLİĞİ

çevrilerek sanığın neticeten 150,00 YTL ağır para cezası ile cezalandırılmasına,

e) Sanığa verilen aynı neviden para cezalarının TCK'nun 72 maddesi gereğince içtimaina sanığın 155,00 YTL Ağır Para Cezasıyla cezalandırılmasına.

f) Sanığın geçmişteki hali ve suç işleme hususundaki eğilimine göre cezasının ertelenmesi halinde sanığın ileride bir daha suç işlemeyeceği hususunda mahkememizce olumlu kanaat edinildiğinden sanığın cezasının 647 sayılı yasanın 6. maddesi gereğince ERTELENMESİNE, TCK'nın 94. maddesi gereğince ihtar yapılmasına (ihtar edilemedi)

4- Müdahil vekili yararına karar tarihinde yürürlükte bulunan avukatlık ücret tarifesiince belirlenen 350,00 YTL maktu ücreti vekaletin mahkum olan sanıklardan eşit olarak tahsili ile müdahile verilmesine.

5- Beraat eden sanıklar için yapılan yargılama giderlerinin kamu üzerinde bırakılmasına,

6- 58,45 YTL posta gideri 253,00 YTL Adli Tıp Kurumu giderinden ibaret toplam 311,45 YTL yargılama giderinin sanıklardan eşit olarak tahsili ile hazineye irat kaydına.

Dair verilen karar Müdahil M.C. ve vekili Av.B.U., sanık E.S. ve bir kısım sanıklar vekili Av. N.T., sanık F.A. vekili Av.A.Ş., sanık Z.P. vekili Av.C.Ç. yüzüne karşı diğer sanıkların yokluğunda C.savcısı V.E.'nin huzuru ile talebe uygun olarak yasa yolları açık olmak üzere açıkça okunup usulen anlatıldı.

Sonuç olarak, uygulamada hekimin cezai sorumluluğuna ilişkin davalarda;

Kamu ve özel sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışan hekimlerin farklı prosedürlere tabi tutulması, mağdur olan hasta ve hasta yakınlarının hak arama yolunda önemli bir engel olarak karşımıza çıkmaktadır. Yine tıbbi kayıtların yasa ve

mevzuata uygun tutulmaması, saklanmaması veya ilgili kayıtların mahkemeye sunulmaması sonucunda, malpraktis davaları sürüncemede kalmakta veya aydınlatılamamaktadır.

SUNAY
AKYILDIZ'IN
TEBLİĞİ

Resmi bilirkişilik kurumları olan, Yüksek Sağlık Şurası ve Adli Tıp Kurumu'nun görüşleri arasındaki çelişki ise; davanın tarafları olan, hasta-hasta yakını ve hekimin mağduriyetine sebebiyet vermekte, yargılamayı uzatmakta, bazı hallerde davaları zamanaşımına uğratmakta ve dolayısıyla en kısa sürede gerçeğe ve adalete ulaşmayı engellemektedir...

KAYNAKLAR

Prof. Dr. Duygun Yarsuvat,/Prof. Dr. Köksal Bayraktar, *Yeni Türk Ceza Kanunundaki Bazı Suçlar Karşısında Tıbbi Uygulamaların Durumu*, İstanbul 2006, Galatasaray Üniversitesi.

Prof. Dr. Hakan Hakeri, *Tıp Hukuku*, Ankara 2007, Seçkin Yayınları.

Doç. Dr. M. Sunay Yavuz, "Tıbbi Kayıtların Düzenlenmesi ve Saklanması Görülen Eksiklikler ve Hukuki Sonuçları" başlıklı makale *A'dan Z'ye Sağlık Hukuku*, 2007 İstanbul Barosu Yayınları.

TARTIŞMA

Oturum Başkanı: Sayın Akyıldız'a teşekkür ediyorum. 15 dakikamız var, 5 dakika uzatarak 15 dakika diyorum. Sorular korsan tebliğ niteliğinde olmasın, teknik olsun lütfen.

Yaşar hoca buyur.

Dr. Yaşar Bilge ÖZGE (Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi): Öncelikle değerli sunumlar için çok teşekkür ediyorum.

Bilirkişi mevzuunun bir sorun olduğu anlaşılıyor anlatılanlardan ve bu sorunun da çözümü gerekiyor. O halde acaba bu sorunun çözümü için "bu kadar çok işbirliğini gerektiren alanda ne yapmamız gerekiyor?"u artık ciddi olarak sormamız gerekiyor. Bu yönden de bazı kuruluşlar bu konuda önerilerde bulunuyorlar. Acaba bu önerileri de dikkate alabilir miyiz? Mesela, üniversite hastanelerinden daha çok yararlanmak üzere bilirkişi konumunda işbirliği yapılması önerilebilir mi ve bu konuda acaba Cumhurbaşkanlığı makamında bir üst kuruluş kurularak bir organize sistem, adli tıp alanında organize bir yapılanma söz konusu olabilir mi, diye insanın aklına geliyor. Burada şunu söylememiz gerekiyor: Bu bilirkişilik mevzuunda, sorunların çözümü açısından ciddi olarak kurumlar arası işbirliği gerekiyor.

Cahid DOĞAN (Sağlık Bakanlığı Hukuk Müşaviri): 19.10.2000 tarih ve 6831 sayılı makam onayı ile yürürlüğe giren Yüksek Sağlık Şûrası Çalışma Yönergesi'nin 1. fıkrasının 1. cümlesine göre, Şûr'a da görüşülmek üzere intikal eden dosyaların ön incelemesini yapmak üzere birim Hukuk Müşaviri olarak görevlendirilmiştim. Yüksek Sağlık Şûrasının sekretarya bürosunda yönergenin 12. maddesine göre, bir adet Avukat kadrosu da bulunmakla beraber atanmış Avukat bulunmamaktaydı.18/07/2007 tarih ve 4167 sayılı makam onaylı Yüksek Sağlık Şûrası Çalışma Usûl ve Esasları Hakkında Yönerge de ise, sekretarya da personelin kimlerden olduğu belirtilmediği gibi Avukatlık kadrosu da iptal edilmiştir. Yeni yönergenin 13. maddesinin (a) bendin de, "...dosyaların Hukuk Müşavirliği'nce görevlendirilen hukuk müşavirinin de içinde

bulunduğu sekreteryaya tarafından ön inceleme yapılır.” Diyerek ön inceleme, kimlerin görevlendirildiği belirli olmayan meslek mensupları ile hukuk müşavirince birlikte karar altına alınacaktır. Yeni yönergenin 14. ve 15. maddesi gereği oluşturulan kurul ve komisyonlara da olmak üzere iki adet hukuk müşavirinin görevlendirilmesi gerekir.

Diğer bir konuda da bilgi vermek istiyorum. Sayın Av. Sunay hanım İstanbul Barosu bünyesinde *“Sağlık Hukuku Komisyonu”* olduğunu söyledi. Sayın Ankara Barosu Başkanı Av. Vedat Ahsen Coşar'ın büyük destekleriyle bizim Ankara Barosu bünyemizde de *“Sağlık Hukuku Kurulumuz var. Geçen sene kurultay yaptık. Birçok hocalarımız katkıda bulundu. Ankara Barosu'nca gelecek hafta büyük ihtimal Kurultay kitabımız yayımlanacaktır. Biz düzenli toplantı yapıyoruz”*. Bunu da bilgi olarak vermek istedim.

Saygılar sunarım.

Recep Aydın GÜLEÇ (Sağlık Bakanlığı Hukuk Müşaviri): Sunumlardan içimiz karardı. Bunlardan birincisi Nezh hocamın söylediği EKG raporları hılım hılım geliyor, her şey kötü diye merak buyurmasın, hazirun da merak buyurmasın, 2007 yılı içinde elektronik olarak da bütün hasta kayıtlarını tutmaya başladık. Gönlünüz rahat olabilir. Ayrıca şunu hemen iki cümleyle belirtmek istiyorum: Türkiye'deki tıp ceza hukukunun en büyük taraflarından birisi olan Sağlık Bakanlığı da eğer bu sempozyuma dahil edilseydi eminim konular çok daha rahat aydınlatılırdı. Uygulamada karşılaşılan sorunları hem Bakanlık tarafı not alırdı hem de hazirunca konuşmacılar da bilinmeyen hususları açıklayarak hakkı sağlardı. Bunu da belirtmek istiyorum.

Teşekkür ederim.

Oturum Başkanı: Ben de o eleştiriye katılıyorum. Aramızda umduğum doktorlar yok. Bu tebliği ben doktorlara

TARTIŞMA

verdim, geliriz dediler gelmediler. Diyorlar şimdi, hani doktor aranızda. Haklılar gibi geliyor. Buyurun bayan.

Ziyet ÖZÇELİK: Teşekkür ederim.

Ben sorumu Ahmet Nezih Kök hocaya yöneltmek istiyorum. Dedi ki, *"biz dosya üzerinden inceleme yapıyoruz."* Biliyoruz ki Yüksek Sağlık Şûrası da bazı olaylarda muayene yapıyor, ama dosya üzerinden inceleme yapıyor. İlk bu sempozyumun hemen ilk sunumunu yapan Sayın Köksal Bayraktar hocamızı dedi ki, *"ben sadece bilirkişilere bırakılmaması gerektiğini araştırmanın, hakimnin bizzat sağlık hizmetine etki eden unsurlara ilişkin kanız toplaması gerektiğini düşünüyorum."*

Somut olay vereceğim ve sorumu yönelteceğim Sayın Soyaslan. Trakya'da bir tıp fakültesinde bebek ölümleri ölmüştü yoğun bakımda, arka arkaya. Bir dava açtım, hekimi haftada 65 saat çalıştırıyor Sağlık Bakanlığı bir sağlık kuruluşunda. Biliyoruz ki Avrupa Birliği'nde direktiflerle günde 11 saatle sınırlandırılmış çalışma süreleri en fazla, fazla çalışma da dahil, yani haftalık 48 saat.

Bir başka örnek, hizmet satın alıyor hastanelerde, üniversitelerimiz de dahil olmak üzere, somut bir örnek vereceğim. Hastanelerin, tıp fakültelerinin gıda hazırlama bölümlerinin de hizmetleri satın alma yoluyla gördürülüyor. Yoğun bakımdan çıkmış bir hastaya, diyabetik bir hasta, diyetisyene gönderiliyor özellikleriyle birlikte ve bu hastaya kahvaltıda şeker veriliyor, şeker yükseliyor ve hasta gerçekten hayati tehlikeye girdi.

Ben şunu öğrenmek istiyorum: Bu verdiğim örneklerde Trakya'da kök neden araştırması yapıldı bir ekip tarafından, bu resmi bilirkişiler kurumu tarafından değil. Orada hizmet satın almadan, alanın yetersizliği, temizliğe ilişkin sorunlardan hemşire sayısının yetersizliğine kadar birçok nedenin bu sonucu ortaya çıkardığı yönünde bir tespit var.

Acaba, bu bilirkişi incelemelerinde o sağlık hizmetine etki eden unsurlara yönelik, o hizmetten önceki nöbet saatleri, sağlık personeli nasıl çalışıyor, mevcut mevzuat kuralları uyarınca yeterli sayıda mı, teknolojik olanakları uygun düzeyde mi ve benzeri sorular sorulmadan yapılan incelemelerin ve sonuçlarının adaletli olduğunu ve sağlıklı olduğunu söylemek olanaklı mı? Yoksa kök neden araştırması konusunda özel bir yapılanmaya ihtiyacımız var mı? Teşekkür ederim.

Dr. Halis TOKGÖZ (Mersin Üniversitesi Tıp Fakültesi Adli Tıp Anabilim Dalı): Ben sorumu Ahmet hocaya sormak istiyorum. Benim sorum bilirkişilik kurumuyla ilgili. Resmi bilirkişilik kurumu olarak Sunay Hanım Adli Tıp Kurumu ve Yüksek Sağlık Şûrası'nı saydı. Nezih hocam ve Ahmet hocamsa başka kurumlardan da bahsetti; üniversiteler adli tıp anabilim dalları, enstitüler gibi.

Yüksek Sağlık Şûrası'nın yılda en az bir kez toplanması gerektiğini biliyoruz. Olgu görmediğini biliyoruz, yani dosya üzerinden değerlendirdiğini biliyoruz. Bunun tıp açısından bir defa sakıncalı olduğunu biliyoruz, çünkü bazen anamnezle, öyküyle pek çok şeyi elde etme şansımız var. Bu değerlendirmeyi bilimsel buluyorlar mı?

Diğer açıdan Adli Tıp Kurumu'nda da beş yıl çalıştım ben, 2. İhtisas Kurulu'nda, Morg İhtisas Dairesi'nde. O dönemde çalıştığım sürede malpraktis iddiaları farklı kurullarda değerlendiriliyordu. Son değişikliklerle birlikte tüm olgular 3. İhtisas Kurulu'nda değerlendiriliyor. Sıkıntı olursa Genel Kurul'a gidiyor, vesaire. O yapı içerisinde tüm Türkiye'deki malpraktis iddialarının sağlıklı ve bilimsel bir şekilde değerlendirilmesi pek olanaklı gözüküyor açıkçası.

Ben burada bu kadar hukukçu da varken şu soruyu yöneltmek istiyorum. Neden üniversitelerden, örneğin Erzurum'da Ahmet hocamız var, oradan görüş alınmıyor da Adli Tıp Kurumu'na, Yüksek Sağlık Şûrası'na yönlendiriliyor.

TARTIŞMA

Teşekkür ediyorum.

Gülsün AYGÖRMEZ (Bilefeld Üniversitesi Hukuk Fakültesi): Doğan hocam, size sormak istiyorum. Sunay hanım bu bilirkişi raporları arasındaki tutarsızlıklardan bahsetti ve yanılmıyorsam bu son verilen örnekte de bu tutarsız bilirkişi raporunun hükmü esas alındığını söyleyerek hekimin sorumlu tutulduğunu söyledi. Siz bunu, şüpheden sanık yararlanır ilkesi ışığı altında nasıl değerlendiriyorsunuz. Orada da kusurluluğun kesin olmadığı, hatta kesinlik sınırında yatan bir olasılığın bile olmadığı bir durumda şüpheden sanık yararlanır ilkesi açısından olayı değerlendirmenizi rica edeceğim. Teşekkür ediyorum.

Çetin AŞÇIOĞLU (Yargıtay Onursal Üyesi): Teşekkür ederim. Efendim ben öncelikle Sayın Soyaslan'ın başlangıçta yaptığı girişle ilgili bir şey söylemek istiyorum.

Bilirkişi Yüksek Sağlık Şûrası raporlarının, genellikle bilirkişi raporlarının nasıl yazılacağı konusunda herhangi bir yöntem geliştirilmemiş. Özellikle tıp konusunda hekimlerin düzenlediği bilirkişi raporlarını, ne yargıçların, ne avukatların ne de yargılanan sanığın anlaması mümkün değil. Bu nedenle, özellikle bilirkişi raporlarının, Yüksek Sağlık Şûrası da dahil tabii buna, bu raporların en azından sanığın anlayacağı şekilde, en azından diyorum, bakın, en azından sanığın anlayacağı şekilde düzenlenmesi lazım. Bu adil yargılanma için kaçınılmaz bir kural. Tabii gerekçe konusu da son derece eksik.

Şimdi ben soruna giriyorum. Sayın Kök, Yüksek Sağlık Şûrası'ndaki sorunları belli bir kategori içerisinde sınırlayarak açıkladı. Fakat ben bu açıklanan konuların hepsini ikinci derecede olduğunu kabul ediyorum. Asıl sorun nedir? Asıl sorun, hem Yüksek Sağlık Şûrası'nın, hem yargının kusur kavramını bilmemesinden kaynaklanıyor. Eğer kusur kavramı bilinirse, kurallarına uygun olarak hareket edilse, o ikinci derecede dediğiniz bütün sorunların hepsi çözülecek. Kusur kavramını

hukukçu bilmiyor. Bu konuda ilk çalışmayı yapan kişilerden bir tanesi benim, daha sonra bunu yaptıklarımda da geliştirdim. İlgililer buradan yararlanabilirler. Ama kusur kavramını bilmeden, özellikle Yüksek Sağlık Şûrası'nın "*kusur vardır veya yoktur*" demeye hakkı yok. Böyle bir şey derse suç işlemiş olur. Nasıl? Efendim, Ceza Muhakemeleri Usul Kanunu'nda 63. madde açıkça hukuki konularda bilirkişi görüşü alınmaz diyor. Kusur hukuki bir kavram. Bunun çok detayına girip de izah etmeye vaktim yok. Bir tebliğ meselesi bu. Hukuki bir kavram. Kaldı ki, daha sonraki bilirkişi raporlarıyla ilgili olan düzenlemede maddesi, numarası hakkında değil, orada da bilirkişinin hukuki konularda açıklama yapamayacağı açıkça yazılmış. Buna rağmen Yüksek Sağlık Şûrası "*kusur vardır, kusur yoktur*" diyor. Hukuki kavramı getiriyor. Binaenaleyh burada aynı zamanda bir suç da oluşmuş oluyor benim kişisel kanıma göre, tartışılabilir. Sayın hocamız Kök, birçok konularda değindiler. Tıp konularına müdahale edilmesin, doğru. Hukuk konularına da müdahale edilmeyecek. Sizin bileceğiniz, yani hukuki açıdan kusur kavramını bir tıpçının veya bir mühendisin bilmesi mümkün değildir. Eğer ki kusur kavramı kurallara uygun olarak, bilimsel olarak uygulanırsa bütün sorunlar çözülebilir.

Bir noktaya daha değineceğim. O da şudur: Kusurun derecesini de belirliyorlar. Gerçi şimdi Ceza Kanunu'nda bir değişiklik yapıldı. Derece belirlemiyorlar ama oranlama yapmıyorlar ama ne yapıyorlar bunun karşısında, "*ağır kusurludur, hafif kusurludur.*" Efendim, kusurun ister oranlama -ki o son derece yanlıştır- isterse ağır kusur, hafif kusur olarak değerlendirilmesi tamamen bir takdir meselesidir. Hiçbir ölçüsü yoktur. Ben bilim adamlarına soruyorum, hukukçulara soruyorum, eğer bunun bir ölçüsü varsa lütfen söylesinler. Hiçbir ölçüsü yoktur. Eğer "*ölçü var*" diyorlarsa bunu da izah ederler, "*ölçüsü budur*" diye.

Bir noktaya daha değineceğim. Yüksek Sağlık Şûrası'nın ve diğer bilirkişi raporlarında da bu geçerli, yaptığı hatalar-

TARTIŞMA

dan bir tanesi şudur: O hata değil de, işin özünden oluşuyor. Bilirkişinin görevi nedir? Tıp konusunda genel kabul görmüş tıbbi kuralları bildirmek. Bunlar objektif kurallar niteliğinde oluyor ve bunlar doğru kurallardır. Bilim eğer bunu bu şekilde belirlemişse bunlar doğrudur. Bunun yanlış olarak ifade edilmesi, o ayrı bir sorun. Ama kural olarak doğrudur. Siz bu teknik kurallardan bir yorum yaparsanız işte risk orada doğuyor. Çünkü burada bir gerçeklik söz konusu. Doğrulukla gerçekliği ayırmak lazım. Gerçeklik içersinde doğrular da vardır, yanlışlar da vardır. Hanımefendinin demin bilirkişi raporları arasında çelişki olarak gösterdiği örneğin nedeni de budur. Bu risk altına girildiği sürece bu şekilde çelişkili raporlar çıkacak. Bunlar da çok doğaldır. Bu nedenle, teoride ve uygulamada da böyle. Türk hukukunda demiyorum. Türk hukukunda böyle bir şey yok. Şöyle bir şey var: Bir bilirkişi incelemesiyle sorunun çözümlenmesi gerekir. Eğer bunu yapmıyorsanız sorunlar ortaya çıkacak.

Teşekkür ediyorum efendim.

Prof. Dr. Ahmet Nezih KÖK: Tabii bilirkişilikle ilgili olarak Türkiye'mizdeki sorunlar herkesin malumu. Hocamızın, özellikle Çetin hocamın konuşmasından başlayayım. Şurada da çalışırken, Adli Tıp'ta da çalışırken mahkeme aynen şöyle soruyor: "*Burada görevi ihmal mi vardır, görevi kötüye kullanma mı vardır?*" Mahkeme bunu bize soruyor. Kusurlu olup olmadığı Şûra'ya gelen müzekkereler aynı: "*Sanıkların kusurlu olup olmadıkları, kusurları varsa 8 üzerinden derecelendirilmesinin yapılarak mahkememize acilen gönderilmesi.*"

Orada yargısal faaliyetler içerisindeki sorunlar, yargısal faaliyetler içerisinde söylerken tabii ki herkes işneyi önce kendisine batıracaktır. Hâlâ üniversitelerdeki adli tıp anabilim dallarıyla Adalet Bakanlığına bağlı Adli Tıp Kurumu'nu ve Adli Tıp Şube Müdürlükleri'ni tefrik edemeyen maalesef yargı mensupları vardır. Nereye, hangi evrakını göndereceğini bilmeyen veya ihtisas dairelerinin ne işe yaradığını bilmeyen ve ona göre de dosya gecikmesine neden olanlar vardır. Bu-

rada bizim söyleyeceğimiz en önemli şey şu: Tabii ki bilirkişinin görevi, bunun altını kalınca çiziyoruz, sağlık mesleğinin uygulanmasıyla ilgili, mesleğiyle ilgili özen yükümlülüğünü, dikkat yükümlülüğünü ne kadar iyi yerine getirip getirmediği veya ne kadar yerine getirmediğidir.

Hekimin burada, Ziynet hanım, sizin sorunuza cevap olarak geliyor bu, kökeninin araştırılması, kök nedenlerinin araştırılması Yüksek Sağlık Şûrası'nın veya bilirkişinin görevinden çıkmaktadır. Onu mahkeme kendisi yapacaktır ama Yüksek Sağlık Şûrası'nın yapılanmasına baktığımızda 11 seçilmiş üyenin yanı sıra orada Temel Sağlık Hizmetleri Genel Müdürü, Tedavi Hizmetleri Genel Müdürü, Müsteşar, 1. Hukuk Müşaviri de yer almakta, bazen katıldığımız şeylerde olayın geçtiği sağlık kurumuyla ilgili bilgiler alınabiliyor. Mesela bir kafa travmasında MR çekilmemiş. Orada Temel Sağlık Hizmetleri Genel Müdürümüz diyor ki, "*Orası da büyük bir hastanedir aslında, niye çekirmemiş MR?*" Böyle gayri resmi kurumun şartlarıyla ilgili veya orada cerrah var mı, yok mu, MR var mı, yok mu, acil üniteleri var mı, yok mu, bununla ilgili gayri resmi bilgiler alınabilmektedir. Ama Yüksek Sağlık Şûrası'nın bu görev kapsamı içerisinde değildir, dikkat ve özen yükümlülüğünün tespiti açısından.

Bir diğeri, Yüksek Sağlık Şûrası bilimsel mi, diğer yerlerden, özellikle de üniversitelerden görüş alınamaz mı? Biz de bunu diyoruz. Şimdi ben Adli Tıp Şube Müdürlüğü'nde çalıştım 5 yıl, aynı zamanda da Tıp Fakültesi Adli Tıp Anabilim Dalı Başkan'ıyım. Tıp fakültesinden rapor veriyoruz, bir hafta on gün sonra aynı rapor benim karşıma geliyor. Arıyoruz, diyoruz, "*Hakim bey, Savcı bey bu raporu vermişiz, üç imzalı.*" "*Bir de Adli Tıp'tan geçsin dedik*" diyor. Ben aynı kişiyim, nasıl olur, değiştirmem, etmem. Diyor ki, "*Ama Yargıtay bozuyor.*" Böyle bir yargılama faaliyeti olamaz. Bilirkişinin niteliği önemlidir. Nerede çalıştığı önemli değildir. Bilirkişi bilgisi, becerisi, mesleki tercümesiyle görüş bildirir, yoksa Adli Tıp'ta çalışanlar bizden fazla bir şey biliyorlar, dersek o zaman bizlere yazık

TARTIŞMA

olur. Biz onlara uzmanlık veriyoruz, doçent yapıyoruz, profesörlük raporlarını yazıyoruz. Ama Yargıtay'ın görüşü, "Adli Tıp'tan geçmediği için, üniversiteden alındığı için bu iyi değildir." Sayın Yargıtay üyesi, özür diliyorum, aynı Yargıtay'a soruyorum, "iki tane çocuk gofret alıyor, eski tabirle farik mümeyyiz mi değil mi, yeni tabirle hukuki anlam ve sonuçlarını algılayabiliyor mu? Bunu pratisyen verirse olmaz, uzmana göndereceksin. Psikiyatrdan alacaksın veya Adli Tıp uzmanından" diyor. Yargıtay bozuyor bunu. Diyoruz ki, "Otopsiyi kim yapıyor?" Pratisyene otopsi yaptırıyor, otopsi çok mu kolay iş, iki gofreti çalmayı belirlemede. "O yasa gereği" diyor. Yasalar bazen doğru olmuyorlar. Esas yasaları hazırlarken bunların görüşülmesi lazım.

Pozitif hukukta yasa çıktıktan sonra, "Ben bunu uygulamıyorum" diyemezsiniz ki, zaten uyguluyorsunuz. Uygulayınca da böyle oluyor işte. Ama yasa hazırlanırken biz bunları söylüyoruz. Bizlerden görüş alınsa, en önemlisi de alınan görüşler değerlendirilse, uygulansa. Görüş almak da önemli değil. Yaz, yaz gönder, tozlu raflarda biriksın. Kaç kere yazdık bunları ama maalesef yok. O nedenle bu bilirkişilik aslında adaletle hizmettir. Yargının en önemli bir parçasıdır. Bunu böyle görmek lazım. Sorun bilirkişinin sorunu değildir, Şûranın sorunu değildir. Sorun, aslında adaletin sorunudur, onun için böyle değerlendirmek gerekir.

Bunun haricinde hukukçu sayısı ile ilgili bir soru daha vardı. Hukukçu sayısını arttırmakla da bu olmaz, hekim sayısını arttırmakla da olmaz. Orada çok önemli bir laf etmiştim. Ekoller vardır tıpta. Gidin, bakın, bugün bile Hacettepe ekolü farklıdır, İstanbul ekolü farklıdır, Ankara tıp ekolü farklıdır. Bu hukukta yok mu? İstanbul Hukuk'la Ankara Hukuk'u yan yana koyabilir misiniz? Bazen oluyor çatışmalar. Bu ekol farkı hata değildir. Bunu iyi değerlendirmesi lazım ama Sağlık Bakanı bir kişiyi şûraya seçiyor. Diyelim ki, Adli Tıp'tan beni seçti. Adli Tıp biraz daha objektiftir hiç değilse. Cerrahiden birisini seçti, o cerrahın yetiştiği ekol çok önemlidir. O cerrahın o hastada tutum ve davranışı, onu çıkarıp başka bir cer-

rahı getirdiğinizde farklılaşabilir ama o cerrahın görüşü çok önemli oluyor.

Demir Sunay hanımın dediği gibi, 21-21 biten oylamada başkanın görüşü 43 oy olmuş oluyor. Böyle bir şey olamaz. Bu tamamen adaletsizliği ortaya çıkaran bir adalet sistemidir. Onun için biraz daha adaleti hakkaniyete uygun bir şekilde, nasafete uygun bir şekilde gerçekleştirmemiz gerekir. Yoksa parmak hesabıyla hukukçuyu da getirseniz, hekimi de getirseniz bazen verilen kararlar doğru olmayacaktır, onun için ideal davranışın ne olduğunu hekim de orada belirtecektir ki, çapraz sorgu mutlaka getirilmesi lazım. Bilirkişi gelecek, *"sen buna niye dikkat ve özen yükümlülüğünü yerine getirmedin"* dediğinde hakimin karşısında, avukatın karşısında, savcının karşısında, tanığın karşısında kendisini savunabilecek veya bilgisini ortaya koyabilecek. Yoksa o konuda bilgisi olmayan insanlar parmak kaldırıyor Genel Kurul'da, Adli Tıp Genel Kurulu öyledir, İhtisas Kurulu kusursuz veriyor, ondan sonra Genel Kurul'a giriyor, hiç alakası olmayan insanlar parmak kaldırıyor. Diyoruz ki, *"kusurlusun."* Bu da olmaz, bunlar yanlışdır.

Sunay AKYILDIZ: Değerli katılımcılar; sağlık hukuku multidisipliner bir alan. Öncelikle sadece Adalet Bakanlığı'nın, sadece hukukçuların tek başına bu konuda çözüm üretmesi mümkün değil. Hukukçular ve hekimlerin işbirliği içinde çalışması şart. En önemlisi sağlık hukuku derslerinin artık Türkiye'de uygulanmasının zorunlu hale gelmesi gerektiğini düşünüyorum. Sivil toplum örgütleri çok önemli. Her birimize bu konuda görev düşüyor. Biz son dönemde tıp hukuku derneği olarak bir dernek kurduk örneğin. Sağlık Bakanlığı hakikaten son dönemde hepimiz biliyoruz, çok büyük yenilikler içinde. Genel Sağlık Sigortası başta, sağlıkta dönüşüm programı olmak üzere, fakat biz hukukçular olarak açıkçası bir arpa boyu yol ilerleyemediğimizi düşünüyoruz. Bizim hakikaten mücadelesini verdiğimiz Hasta Hakları Yasası dahi çıkmadı. Hasta hakları hastanelerde tabela olarak yer aldı. O

TARTIŞMA

kurullar vardı ama hukukçular hiçbir zaman yoklar. Biz bu konularda ilerleme istiyoruz Sağlık Bakanlığından ama tabii ki işbirliği içinde çalışmalıyız. Biz buna hazırız.

Hepinize değerli katkılarınız için teşekkür ediyorum.

Oturum Başkanı: Ben size teşekkür ediyorum. Şimdi bana da soru yöneltildi, onu cevaplandırayım.

Ona girmeden önce bilirkişilik hakkında iki söz söyleyeyim izin verirseniz. Bizim sistem kara Avrupa'sı sisteminden geliyor, Fransız-Alman kökenli kanun. Hakim vicdanıyla bağlı hüküm verirken. Son sözü vicdanıyla beyninin uyuşması söyler. Bilirkişi de hakimın yardımcısı, kökü bu. Bilirkişi hakimi teknik konuda aydınlatan şahıstır. Kökü bu sistemin. Bu sisteme istisna, şimdiki CMUK m. 179, eski m. 215, bunlar Anglosakson sisteminden etkilenmiş, yani taraf bilirkişiliği de böylece gelmiş. Çapraz sorgu da buralarda var. Çapraz sorgu sistemin mahiyetiyle uyuşmuyor, daha doğrusu Türk hukuk kültürüyle şu anda uyuşmuyor. Hakimler kızıyor, buranın egemeni benim, diyor. Avukatlarımız da biraz bu işi suistimal edebilir, diye düşünüyorum ben. Lüzumlu lüzumsuz tanığı getirir, hakim buna da kızar. Her neyse bunun kültürü tam oturmadı. Bir sistem meselesi.

Arkadaşlar, hakim bilirkişinin de bilirkişisidir. Bilirkişinin verdiği rapor tatmin etmiyor mu vicdanını vereceği hükmün? Etmiyor. İkinci bir bilirkişiye gider. Söze başlarken ben, Yüksek Sağlık Şûra'sının bazı kararlarına baktım, şoke oldum. Sana da söyledim herhalde, aralarında hukukçu yok mu bunların, diye. Aslında hukukçunun yardımından yargılanmaları gerekir. İşte o kararlarını Yargıtay bozmuş, demiş ki, "*Niye Adli Tıbbı gitmiyorsun?*"

Arkadaşlar, Adli Tıp'ın kararları da hakimın vicdanının üstünde değil. Eğer hakim tatmin olmuyorsa başka bir kuruma gidecek ama Adli Tıp gibi bir kurum varken buna karşı rakip hangi kurum olabilir, bunu bilen varsa söylesin. Büyük

bir kurum, güçlü bir kurum. Üniversitelerden yararlanabilir, o denk olabilir, falan. Bir, bir tane tayin etti, kabul etmedi. İki, kabul etmedi, birbirine uymadı, bir üçüncüyü tayin edebilir veyahut da ikinciyle yetinebilir, mademki vicdanı söylüyor son sözü. Durum bu.

Hanımfendi'nin sorduğu soru: Hakim raporları aldı, o sorulan şahısa ilişkin kusuru yoksa bu olayda, taksir de-recesinde kusuru kast ediyorum, hakim vicdanını tatmin etmiyorsa buna rağmen beraat verebilir, vermelidir, çünkü sistemin mantığında şu var: Bir suçsuz cezaevinde olacağına 10 veya 100 suçlu dışarıda gezsün, kara Avrupa'sı sisteminin mantığı bu. Emil Garson'un sözüdür bu, Fransız.

Her ne ise, 10 veya daha fazla, benim anlatmak istediğim adalet duygusu.

Teşekkür ederim, tamam bu kadar.

Türkiye Barolar Birliği
V. TÜRK- ALMAN TIP HUKUKU
SEMPOZYUMU
Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları

Üçüncü Gün

1 Mart 2008

Onuncu Oturum

Oturum Başkanı
Prof. Dr. Hakan HAKERİ

Oturum Başkanı (Prof. Dr. Hakan Hakeri): Değerli konuklar; hepiniz tekrar hoş geldiniz.

Karınları doyurduktan sonra vücut karındakilerle uğraşmış, beyni biraz boş bırakıyormuş. Dolayısıyla bu arkadaşların işi zor, sizinki daha zor ama bu sürelerle uyarsak hızlı bir şekilde işimiz daha kolay olur, diye düşünüyorum. Zamanında başlamaya çok önem veriyoruz. Bu sempozyumda zamanında bitiremediyse bile hep zamanında başladık. Zamanında başlayalım ki bu Türkiye’de bir gelenek olsun. *“İnsanlar zaten geç başlıyorlar, niye erkenden gideyim?”* demesinler. O nedenle hemen biz başlamak istiyoruz.

Üç tane sunum olacak. Buradaki programdan biraz değişiklik yaptık daha mantıklı olması bakımından, onun için buradaki sıraya göre ben konuşmacıları tanıtacağım.

Doç. Dr. Faruk Turhan, kendisi Süleyman Demirel Üniversitesi’nde Ceza Hukuku Öğretim Üyesi. İnşallah yakında Süleyman Demirel Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi diyeceğiz. *“Ceza Muhakemesi’nde Beden Muayenesinden Kaynaklanan Tıp Hukuk Sorunları”*nı anlatacak. Sağ tarafımda Doç. Dr. Veli Özer Özbek meslektaşım da 9 Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde Ceza Hukuku Öğretim Üyesi. *“Tıp Ceza Huku-*

V. TÜRK - ALMAN TIP HUKUKU SEMPOZYUMU

kunda DNA İncelemesi"ni anlatacak. Son olarak da Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden tıp hukukuyla ilgili çalışmalarından da tanıdığınız Yrd. Doç. Dr. Özlem Yenerer Çakmut da bundan önceki oturumda da tartışılan "*Tıp Ceza Hukukunda Bilirkişilik*" konusunda bir sunum yapacak.

Öncelikle sözü Doç. Dr. Faruk Turhan'a veriyorum. Buyurun.

Doç. Dr. Faruk TURHAN (Süleyman Demirel Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Kamu Yönetimi Bölümü, Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı Öğretim Üyesi):*

I. GENEL OLARAK

Şüpheli veya sanığın beden muayenesine ilişkin Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 75. maddesi, kanunun hazırlık çalışmaları sırasında, TBMM Adalet Alt Komisyonu'nda ve daha sonra 5353 sayılı kanun ile üzerinde en çok değişiklik yapılan maddelerden birisini oluşturmaktadır.¹ Yine bu konuda çıkarılan, Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik² hükümleri ile CMK m. 75 hükmü arasında önemli bir takım farklılıklar söz konusudur.³ Yapılan değişikliklere rağmen

* "Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi ve Tıp Hukuku (Özellikle AİHM Kararları Işığında Şüpheli veya Sanığın Zorla Muayenesi Konusunun Değerlendirilmesi)" başlıklı tebliğ.

¹ Bahri Öztürk/Mustafa Ruhan Erdem, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 11. Bası Ankara 2007, s. 616; CMK m. 75'in yasalaşma süreci ve yapılan değişiklikler hakkında bkz. Cumhur Şahin, *Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi*, Ankara 2005, s. 237 vd.

² *Resmî Gazete* 01.6.2005, Sayı: 25832.

³ Beden Muayenesi Yönetmeliğinin hazırlanması ve üzerindeki tartışmalar konusunda bilgi için bkz. Hakan Kızılarlan, *Vücudun Muayenesi*,

şüpheli veya sanığın beden muayenesi ve vücudundan örnek alınmasına ilişkin CMK ve yönetmeliğin getirdiği yeni düzenlemelere yönelik bir takım eleştiriler yapılmaktadır.⁴

Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması hem koruma tedbiri özelliğine sahiptir, hem de bilirkişi incelemesi niteliğindedir. Çünkü işlenen bir suç nedeniyle delil elde edilmesi, temel haklardan olan kişinin vücut bütünlüğüne ve özel hayatına müdahale teşkil ettiği ve gerektiğinde zor kullanılarak yerine getirildiği için koruma tedbiri özelliğine sahiptir. Diğer taraftan muayene ve örnek almayı gerçekleştirecek olan hekim veya diğer sağlık mesleği mensubu kişi açısından ise bilirkişi incelemesi niteliğini taşımaktadır.⁵

Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması koruma tedbiri niteliği taşıdığı için, bu tedbirin kapsam ve koşulları kanun ile ayrıntılı olarak düzenlenmelidir. Halbuki CMUK m. 66' da yer alan, "Hazırlık soruşturmasında muayeneleri icabeden kimselerin muayeneleri, Cumhuriyet savcılarının talebi ile yapılır" hükmü ile beden muayenesi oldukça yetersiz bir şekilde düzenlenmişti.⁶ Yeni CMK ise, beden muayenesini, şüpheli veya sanığın beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması (m. 75), diğer kişilerin beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması (m. 76) ve kadının muayenesi (m. 77) olmak üzere üç ayrı hükümde ayrıntılı olarak düzenlemiştir. Yine 1 Haziran 2005 tarihli "Ceza Muhakemesinde Beden Muayene-

"Yeni Yasalar Çerçevesinde Beden Muayenesi ve Örnek Alma", 12. Adli Tıp Günleri - Paneller ve Poster Sunumları, Antalya 28 Eylül - 2 Ekim 2005, Adli Tıp Kurumu Yayınları 15, İstanbul 2006, s. 53-56.

⁴ Eleştiriler için bkz. Öztürk/Erdem, s. 617 vd.; Nurullah Kunter/Feridun Yenisey/Ayşe Nuhoğlu, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 15. Baskı, İstanbul, 2006, no.57/2; Hakan Kızılarlan, *Ceza Muhakemesi ve Adli Tıp Biliminde Vücutun Muayenesi ve Örnek Alma (Kızılarlan, Vücutun Muayenesi)*, Ankara 2007, s. 150 vd.; Özbek, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, s. 367.

⁵ Bkz. Veli Özer Özbek, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, s. 366; Kızılarlan, *Vücutun Muayenesi*, s. 185 vd, 287.

⁶ Bkz. Nur Centel/Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 1. Bası, İstanbul 2003, s. 28

si, *Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik*" (Bu çalışmada Yönetmelik olarak belirtilecektir) ile de beden muayenesinin koşulları oldukça kapsamlı bir şekilde belirlenmiştir. CMUK m. 66'nın yetersiz düzenlemesi karşısında, yeni CMK ve yönetmeliğin getirdiği ayrıntılı hükümlerin, insan haklarının korunması ve hukuk devletinin gereğinin yerine getirilmesi açısından önemli bir aşamanın ifadesi olduğunu belirtmek gerekir.

Kanunda, diğer kişilerin beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması (m. 76), şüpheli veya sanığın beden muayenesi ve vücudundan örnek alınmasına (m. 75) göre daha katı koşullara tabi tutulmuştur.

Beden muayenesi ve vücuttan örnek alma konusunda bazı çalışmalar yapılmış olmasına rağmen, zorla muayene ve örnek almanın Anayasa ve AİHS'de güvence altına alınan hak ve özgürlükleri (özellikle insanlık dışı veya onur kırıcı muamele yasağı, özel hayata saygı, hakkaniyete uygun yargılama) ihlal edip etmeyeceği sorunu henüz yeterince tartışılmamıştır. Zorla muayene konusu, hem kararı verecek olan hâkim veya Cumhuriyet Savcısı, hem de kararın icrasına katılan kolluk görevlileri ile muayene ve örnek almayı gerçekleştirecek olan hekim ve duruma göre sağlık görevlileri açısından önem taşımaktadır. AİHM, konuyla ilgili kararlarında soruna açıklık getirecek içtihatlar ortaya koymuştur. Özellikle, Almanya'da uygulanan yutulmuş olan uyuşturucu kapsüllerinin zorla kusturucu şurup ve ilaç verilerek sanığın kusturulması suretiyle ele geçirilmesi olayı ile ilgili olarak AİHM'nin Jalloh/Almanya kararındaki içtihatları, zorla muayene ve örnek almanın koşulları ve sınırlarını göstermesi açısından önemlidir.

Aşağıda önce beden muayenesi ve vücuttan örnek almaya ilişkin kavramlar açıklanmış, arkasından beden muayenesi ve örnek almanın CMK ve yönetmelik hükümlerine göre hangi koşullara tabi olduğu incelenmiştir. Çünkü beden muayenesinin tıp hukukunu ilgilendiren yönü sadece zorla muayene

FARUK
TURHAN'IN
TEBLİĞİ

konusu ile sınırlı değildir. Son olarak da AİHM'nin kararları ışığında zorla muayene konusu incelenmiştir. Konunun kapsamını genişletmemek için şüpheli veya sanığın beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması esas alınarak konu incelenmiş, zorunlu olan durumlarda mağdur ve diğer kişilerle ilgili konulara da değinilmiştir.

II. BEDEN MUAYENESİ İLE İLGİLİ TANIMLAR

Bu koruma tedbiri ile ilgili olarak CMUK m. 66/5'te, "muayeneleri icap eden kimseler" ifadesine yer verilmiş, doktrinde ise tedbir, genellikle "vücudun muayenesi" olarak adlandırılmıştı.⁷ Yeni CMK ve yönetmelik, muayene için "beden muayenesi", örnek alma için ise "vücuttan örnek alma" terimlerini kullanmıştır. Vücut ile beden kelimeleri aslında aynı anlamda kullanılmasına rağmen kanun koyucunun muayene ile örnek almayı birbirinden ayırmak için bu şekilde bir ayırım yaptığı görülmektedir.

1. İç Beden Muayenesi

a. İç ve Dış Beden Muayenesi Ayrımı

Kanun koyucu beden muayenesini iç ve dış beden muayenesi olarak ikiye ayırarak, şüpheli veya sanığın iç beden muayenesini 75. maddede düzenlemişken, dış beden muayenesini sükutla geçmiştir. Ancak, kanunun ifade şeklinden dış beden muayenesinin de kabul edildiği anlaşılmaktadır. Çünkü şüpheli veya sanık dışındaki kişiler için 76. maddede hem iç beden hem de dış beden muayenesi birlikte düzenlenmiştir.

⁷ Bahri Öztürk/Mustafa Ruhan Erdem/Veli Özer Özbek, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 6. Bası, Ankara 2001, s. 636, n. 764; Nurullah Kunter/Feridun Yenisey, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 11. Bası, İstanbul 2000, no. 45.34 (385a); Centel/Zafer, s. 285; Nur Centel, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Vücudun Muayenesi*, Fakultatis Decima Anniversaria Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 10. Yıl Armağanı, İstanbul 1993, s. 75 vd.

Yine yönetmelik de şüpheli veya sanığın iç ve dış beden muayenelerini ayrı ayrı düzenlemiştir. Kanun ve Yönetmelikte iç ve dış beden muayenesinin özellikle muayeneye karar verecek merci ve muayenenin kapsamı açısından farklı koşullara tabi tutulduğu görülmektedir.

İç beden muayenesi CMK m. 75'te düzenlenmiş olmasına rağmen, dış beden muayenesine yer verilmemesinin nedeni 5353 sayılı kanunla CMK m. 75'te yapılan değişikliğin gerekçesinde şu şekilde açıklanmıştır: *"Dış beden muayenesi ayrıca düzenlenmemiştir. Dış beden muayenesi için herhangi bir karar alınmasına gerek bulunmayıp soruşturma ve kovuşturma makamları bu işlemi kendileri yapabileceklerdir."*⁸ Bunun anlamı, dış beden muayenesini üst aramasına ilişkin hükümlere tabi tutarak, gerektiğinde kolluk amiri tarafından karar verilebilmesini ve kolluk görevlilerinin bu işlemi icra edebilmelerini sağlamaktır.⁹ Ancak, aşağıda belirtileceği üzere Yönetmelik kolluğa dış beden muayenesini yapma yetkisi vermemiştir.

Muayenenin iç ve dış beden muayenesi şeklinde ikiye ayrılması ve yapılan tanımlar doktrinde eleştirilmektedir.¹⁰ Bu ayırım yerine Alman hukukunda olduğu gibi (Alman Ceza Muhakemesi Kanunu § 81a) muayenenin ağırlığına göre basit beden muayenesi (einfache körperliche Untersuchung) ve vücuda müdahale niteliğindeki beden muayenesi (körperliche Eingriffe) ayırımına yer verilmesi daha isabetli olurdu.¹¹

Yönetmelik beden muayenesini, *"tabip tarafından tıbbi yöntemler kullanılarak yapılan değerlendirmeler"* olarak tanımlamıştır (m. 3). Diğer taraftan Yönetmelik, muayene yanında bir de müdahale kavramına yer verilmiştir. Yönetmeliğe göre müdahale, *"tabip veya diğer sağlık personeli tarafından tanı, te-*

⁸ Bk. Şahin, s. 239.

⁹ Öztürk/Erdem, s. 617.

¹⁰ Eleştiriler için bkz. Kızılarlan, *Vücutun Muayenesi*, s. 150-151.

¹¹ Alman hukukundaki düzenlemeler için bkz. Kızılarlan, *Vücutun Muayenesi*, s. 151 vd.; Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, no. 57.8.

FARUK
TURHAN'IN
TEBLİĞİ

davi, rehabilitasyon veya önlem amacıyla yapılan muayene, tedavi veya diğer tıbbi işlemler"dir (m. 3).¹² Yönetmeliğin yaptığı bu tanımların tıbbi açıdan kapsam ve doğruluğunu bir tarafa bırakırsak, müdahalenin, muayeneden daha geniş kapsamlı olarak kabul edildiğini söylemek mümkündür.

b. İç beden Muayenesinin Tanımı

Yönetmeliğin 3. maddesine göre iç beden muayenesi, "*kafa, göğüs ve karın boşlukları ile cilt altı dokularının incelenmesi*"dir. Cinsel organlar ve anüs bölgesinde yapılan muayene de iç beden muayenesi olarak kabul edilmiştir (CMK m. 75/4, Yönetmelik m. 4/4). Bu tanımdan hareketle iç beden muayenesi ile dış beden muayenesini birbirinden ayırmak pek kolay görünmemektedir. Bu nedenle Yönetmelik, "*girişimsel olmayan tıbbi görüntüleme yöntemleri de bedenün dış muayenesi sayılır*" diyerek, röntgen çekimi, ultrasonografi gibi vücudun içine müdahale teşkil etmeyen işlemleri dış beden muayenesi olarak kabul etmiştir (m. 5/4). Ancak, EMAR çekiminde olduğu gibi, tıbbi görüntüleme için vücuda çeşitli maddelerin alınması gereken durumlarda iç beden muayenesinin söz konusu olduğunu kabul etmek gerekir. Yine endoskopi, retroskopi gibi vücudun içinde yapılan tıbbi görüntüleme yöntemleri de iç beden muayenesi teşkil eder.

2. Dış Beden Muayenesi

Yönetmeliğin 3. maddesine göre dış beden muayenesi, vücudun dış yüzeyi ile kulak, burun ve ağız bölgelerinin gözle ve elle yapılan yüzeysel tıbbi incelemesidir. Girişimsel

¹² Tıbbi müdahale ile ilgili birçok tanımlar yapılmaktadır. Bu konuda bkz. Hakeri, s.31-33; M. Tefvik Gülsoy/A. Nezih Kök, "Tıbbi Müdahale Yoluyla Delil Elde Etme", *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* Cilt: IX, sayı: 1-2, 2005, s.14.

olmayan tıbbi görüntüleme yöntemleri de bedenın dış muayenesi olarak kabul edilmiştir (Yönetmelik m. 5/4). Bu inceleme, şüpheli veya sanığın vücudunda başkasına ait belirti ve delillerin araştırılması amacıyla yapılabileceği gibi, vücut organlarının yapısı, vücutta iz ve yara gibi hususların belirlenmesi amacı ile de yapılabilir.

Yönetmeliğin 5. maddesinde, dış beden muayenesi ayrıca düzenlenmiş, koşulları da büyük oranda iç beden muayenesinin koşullarına paralel şekilde belirlenmiştir. Böylece CMK'da düzenlenmeyen bir husus, Yönetmelikte düzenlenmiş olmaktadır. Dış beden muayenesi de vücut dokunulmazlığına müdahale teşkil ettiği için aslında kanunda düzenlenmesi gerekirdi. Kanun koyucunun bu tutumunu, dış beden muayenesinin düzenlenmesini yönetmeliğe bıraktığı şeklinde anlamak gerekir. Konunun yönetmelik ile düzenlenmiş olması da temel hak ve özgürlükler açısından bir güvence teşkil eder. Yönetmeliğin düzenlemesinde temelde kanuna aykırı bir durum da söz konusu değildir. Çünkü m. 75 ve 76'da beden muayenesinin iç ve dış beden muayenesi olarak ikiye ayrıldığı kabul edilmektedir. Kanun, şüpheli veya sanığın dış beden muayenesinin yapılmasını kabul ettiği için, bu konunun çıkarılacak bir yönetmelikte ayrıntılı olarak düzenlenmesine engel bir durum yoktur. Ancak, Yönetmelikte dış beden muayenesi düzenlenirken, CMK m. 75'in değişiklik gerekçesi dikkate alınmamıştır.

Kanunun değişiklik gerekçesinde, dış beden muayenesini, soruşturma ve kovuşturma makamlarının kendileri yapabilecekleri belirtilirken; yönetmelik, sanık hakları ve vücut dokunulmazlığı açısından daha güvenceli gördüğü için, muayenenin ancak bir hekim veya başka bir sağlık mesleği görevlisi tarafından yapılmasını kabul etmiştir. Bu konu üzerinde aşağıda (IV., 6., b) durulacaktır.

Diğer taraftan, dış beden muayenesinin kapsamının yönetmeliğin 23. maddesi ile önemli oranda sınırlandırıldığı

görülmektedir. Bu hükme göre, kişinin vücut yüzeyinde bulunan atış artığı gibi biyolojik olmayan örnekler, elbiseleri ve diğer eşyaları üzerinde bulunan örnekler ile vücut yüzeyinde başkasına ait olduğu açıkça belli olan kıl, tüy, lif gibi örnekler olay yeri inceleme uzmanları tarafından alınacaktır. Yönetmelikte böyle bir düzenleme getirilmesinin nedeni; söz konusu örneklerin alınmasını olay yeri incelemesi olarak nitelendirerek, beden muayenesi, vücuttan örnek alınması ve hatta üst aramasına ilişkin koşullara tabi olmadan, kolluğa delil elde etme imkanı sağlamaktır. Bu düzenlemenin amacına ulaştığını söylemek mümkün değildir. Çünkü Adli ve Önleme Araştırmaları Yönetmeliğinin¹³ olay yeri incelemesini düzenleyen 9. madde hükmü göz önünde bulundurulmamıştır.¹⁴

3. Vücuttan Örnek Alınması

Vücuttan örnek alınması, bir suçla ilgili olarak delil elde etmek amacıyla, inceleme yapmak üzere ilgililerden biyolojik ve diğer materyalin alınmasıdır (Yönetmelik m. 3). Örnek alma ancak soruşturulması yapılan bir suçla ilgili olabilir. Soruşturulan suçla ilgili moleküler genetik inceleme (DNA) yapmak amacıyla da örnek alınabilir. Ancak CMK'nın mevcut düzenlemesi karşısında, *sanık tarafından ileride işlenmesi muhtemel suçlarda kullanılmak üzere örnek alınarak DNA incelemesi yapılamaz.*¹⁵

Midede veya deri altında bulunan yabancı cisimlerin alınmasında olduğu gibi, vücudun içinde bulunan suç delili oluşturabilecek yabancı cisimlerin -özellikle zor kullanılarak- tıb-

¹³ Resmi Gazete 01.6.2005, Sayı: 25832

¹⁴ Bu konuda bkz. Faruk Turhan, "Kolluğu İlgilendiren Yönüyle Şüpheli veya Sanığın Beden Muayenesi ve Vücutundan Örnek Alınması", *Polise Görev, Yetki ve Sorumluluk Veren Mevzuat Uygulamaları Eğitim Projesi (MUYEP) Tebliğleri -II*, 23-28 Ekim 2007, T.C. İçişleri Bakanlığı, Emniyet Genel Müdürlüğü, EGM Yayın Katolog No: 44, Ankara 2008, s. 303-314.

¹⁵ Faruk Turhan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Asil Yayınevi, Ankara 2006, s.300-301.

bi müdahale yoluyla alınmasının, 75. madde kapsamında değerlendirilebileceği tartışılabilir.¹⁶ Çünkü m. 75, şüpheli veya sanığın vücudundan "kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi" örnekler alınabilmesini düzenlediği için, maddenin lafzi yorumundan bunlara benzemeyen maddelerin şüpheli veya sanığın vücudundan alınamayacağı sonucuna varılabilir. Örneğin şüphelinin yutmuş olduğu uyuşturucu maddenin veya silahlı çatışma sırasında vücuda giren mermi veya saçma taneciklerinin maddede sayılan saç, tükürük ve tırnak gibi bedene ait örneklerle benzemediği açıkça ortadadır. Bu maddelerin ele geçirilmesi için yapılacak bir müdahale CMK m. 116 ve devamında yer alan arama ve elkoymaya benzerdir. Ancak, arama ve elkoymaya ilişkin bu hükümler sadece kişinin üzerinin aranmasına izin vermektedir. Diğer taraftan Yönetmeliğin iç beden muayenesine ilişkin tanımında müdahaleden değil, incelemekten söz edilmektedir.

Vücuttan örnek alınması hem m. 75'te hem de m. 76'da beden muayenesi ile birlikte düzenlenmişken, yönetmelikte ise ayrı birer tedbir gibi düzenlenmiştir. Vücuttan örnek alma temelde vücudun muayenesini de gerektirdiğinden, muayenenin kapsamına örnek alma da girmektedir.¹⁷ Kanun koyucu vücuttan kan, sıvı, idrar, cinsel salgı¹⁸ gibi örneklerin alınması

¹⁶ Aynı görüşte Özbek, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, s. 364.

¹⁷ Aynı yönde bkz. Özbek, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, s. 364.

¹⁸ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu'na göre (no.57/2), CMK m. 75'in düzenlemesi karşısında şüpheli ve sanığın vücudundan cinsel salgı alınmasının kabul edilmediği görüşündedirler. Bu görüşe katılmak mümkün değildir. Vücuttan örnek alınması kapsamına cinsel salgı alınması da girer. Kanun vücuttan alınacak örneklerin cinsi ile ilgili herhangi bir sınırlama getirmemiştir. Kanun, beden muayenesi ve vücuttan örnek alma dışında ayrı bir muayene şekli olarak cinsel organlar ve anüs bölgesinde muayene ya da örnek alma diye ayrı bir tedbir kabul etmemiştir. CMK m. 75/4'te, cinsel organlar veya anüs bölgesinde yapılan muayeneden açıkça bahsedilmesinin nedeni, 5353 sayılı değişiklik kanununun gerekçesinde de belirtildiği gibi, aslında dış beden muayenesi kapsamında olan cinsel organlar ve anüs bölgesinde yapılacak muayeneyi, iç beden muayenesi olarak kabul edip, diğer dış beden muayenesi işlemlerinin yapılmasını

FARUK
TURHAN'IN
TEBLİĞİ

ile beden muayenesini birlikte düzenlemiş ve temelde aynı koşullara tabi tutmuştur.

Diğer taraftan 75. maddenin düzenlemesinden vücuttan örnek almanın, "vücuttan kan veya benzeri biyolojik örnekler" alınması ve "saç, tükürük, tırnak gibi örnekler" in alınması şeklinde iki ayrı kategoride düşünüldüğü ve bu ikisinin koşulları arasında da bazı farklılıklar öngörüldüğü anlaşılmaktadır. Yönetmelik ise her iki kategoriyi de aynı koşullara bağlamıştır.¹⁹ Bu durum, Kanunun hükmüne göre mi, yoksa yönetmelik hükmüne göre mi işlem yapılacağı konusunda tereddüde neden olmaktadır.

Çocuğun soybağının tespiti amacıyla kan veya başka örnekler alınması da m. 75 ve 76'daki koşullara tabidir. Ancak, burada söz konusu olan bir suçun aydınlatılması amacıyla soybağının araştırılmasıdır. Herhangi bir suçun aydınlatılması veya failin tespiti amacı taşımayan mahkeme kararıyla soybağı araştırmaları hukuk muhakemesi hükümlerine tabidir.²⁰

da üst araması gibi kolluğa bırakmaktı. Ancak, 75. maddenin değişiklik gerekçesi doğrultusunda Yönetmelikte gerekli düzenleme yapılmadığı için, dış beden muayenesinin kolluk tarafından değil, hekim tarafından yapılması kabul edilmiştir.

¹⁹ 75. maddenin ifade şeklinden böyle bir ayrımın göz önünde bulundurulduğu anlaşılmaktadır: Vücuttan örnek alınmasına kimin tarafından ve nasıl karar verileceğinin düzenlendiği m. 75/1 ve hangi suçlarda bu tedbire başvurulabileceğinin düzenlendiği m. 75/5'te "vücuttan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilmesine" ifadesine yer verilmişken, sağlığa zarar verme tehlikesinin düzenlendiği m. 75/2 ve örneğin kimin tarafından alınacağını düzenlendiği m. 75/3'te "vücuttan kan veya benzeri biyolojik örnekler alınması"ndan söz etmektedir.

²⁰ Ayşe Nuhoğlu, "Beden Muayenesi", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Özel Sayı: *Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu*, Cilt: 3, Sayı: 2, Yıl: 2006, s. 324-325.

III. BEDEN MUAYENESİNİN BENZER MUHAKEME TEDBİRLERİNDEN FARKLARI

FARUK
TURHAN'IN
TEBLİĞİ

Beden muayenesi ile bağlantılı olması veya beden muayenesine benzemesine rağmen beden muayenesi sayılmayan bazı ceza muhakemesi işlemleri söz konusudur. CMK m. 75 ve 76 anlamında beden muayenesi sayılmayan bu işlemler şunlardır:

1. Üst Araması

Kişinin üzerindeki elbise içinde veya altında, kişinin vücudu üzerinde ve doğal vücut boşluklarında tıbbi araçlar kullanılmaksızın gözle veya elle yapılan delil olabilecek eşya ve iz araştırmasına üst araması denir.²¹ Ancak, üst araması ile beden muayenesi -özellikle dış beden muayenesi -bir birine yakın tedbirler olmakla birlikte ikisi arasında bazı farklılıklar söz konusudur. Bu farkları şu şeklide belirtmek mümkündür:²²

1. Her iki tedbirin amaçları farklıdır. Beden muayenesi, vücudun ve organların yapısının, tabii vücut boşluklarında yabancı maddelerin bulunup bulunmadığının ve sanığın psikolojik durumunun incelenmesi amacıyla yapılır. Buna karşılık *üst araması* ise, vücut üzerindeki elbisenin içinde ve altında, vücudun dış yüzeyinde ya da tabii vücut boşluklarında "*saklanmış olan şeyin aranması*" amacıyla yapılmaktadır.²³ Üst aramasında elbisenin, vücudun ve doğal vücut boşluklarının tıbbi araç ve yöntemler kullanılmaksızın elle yoklanması veya

²¹ Nuhoglu, s. 324; Kunter/Yenisey/Nuhoglu, no. 57/2.

²² Bu konunun ayrıntısı için bkz. Faruk Turhan, "Kolluğu İlgilendiren Yönlü Şüpheli veya Sanığın Beden Muayenesi ve Vücudundan Örnek Alınması", s. 311 vd.

²³ Meyer/Grossner, § 81a, no. 9.

gözle incelenmesi söz konusudur. Bir kimsenin üstünün aranması, o kişinin bedenine müdahale yetkisi vermez.²⁴

Kanun koyucu şüpheli veya sanığın ar ve hayâ duygularının korunması amacıyla cinsel organlar ve anüs bölgesinde yapılan muayeneyi iç beden muayenesi olarak kabul etmiştir (CMK m. 75/4, Yönetmelik m. 4/4). Bu nedenle, cinsel organlarda veya anüste saklanmış olan şeylerin (örneğin uyuşturucu maddenin) aranması, ne üst araması, ne de dış beden muayenesi kapsamında yapılabilecektir. Bu arama, daha ağır şartlara tabi olan iç beden muayenesinin şartlarına göre yapılabilecektir. Ancak, üst araması sırasında cinsel organa yapılmış şekilde gözle görünen uyuşturucu maddenin çekip alınmasında olduğu gibi, vücut üzerinde muayeneyi gerektirmeyen gözle yapılan aramalarda üst araması kurallarının uygulanması gerekir. Çünkü kanunun yasakladığı cinsel organların görülmesi ve oradaki delil oluşturabilecek şeylerin çekip alınması değil, muayene kapsamında yapılabilecek incelemelerdir.²⁵

2. Üst aramasına da kural olarak hâkim karar verebilir.

Ancak gecikmede sakınca halinde Cumhuriyet Savcısının, savcıya ulaşılamayan hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile de kolluk görevlileri şüpheli veya sanığın üstünde arama yapabilir (CMK m. 119). Buna karşılık kolluk görevlisi, kişinin dış beden muayenesine doğrudan karar verebilir.

3. Rızanın etkisi bakımından üst araması ile dış beden muayenesi arasında farklılık söz konusudur. Dış beden muayenesine kolluk görevlileri de doğrudan karar verebildiği için muayeneye karar verme açısından rızanın etkisi yoktur. Buna karşılık aramada ilgilinin rıza göstermesi halinde arama kararına gerek olup olmadığı konusunda CMK'da herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Adli ve Önleme Arama-

²⁴ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, no.57/1; Nuhoğlu, s. 326; Öztürk/Erdem, s. 617.

²⁵ Aynı yönde Öztürk/Erdem, s. 617.

ları Yönetmeliğinin 8. maddesinin f) fıkrasında düzenlenen; ilgilinin rızası halinde arama kararına gerek olmadığı hükmü Danıştay tarafından iptal edilmiştir.²⁶

4. Dış beden muayenesi hekim tarafından yapılacaktır. Yönetmelik, girişimsel olmayan tıbbi görüntüleme yöntemlerinin kullanılmasını da dış beden muayenesi olarak kabul etmiş, ancak bu tür muayenelerin hekim veya onun gözetiminde sağlık mesleği mensubu diğer kişiler tarafından da yapılabilmesine izin vermiştir (m. 5/4). *Üst araması ise yetkili kolluk tarafından* Arama Yönetmeliği m. 28'de gösterilen şekilde icra edilecektir.

2. Yakalanan veya Gözaltına Alınan Şüphelinin Muayenesi

CMK, yakalanan veya gözaltına alınan kişilerin sağlık kontrolünden geçirilmesini kabul etmiş, ancak bunun nasıl yapılacağına çıkarılacak bir yönetmelikle düzenlenmesini öngörmüştür. CMK m. 99 uyarınca çıkarılan "*Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği*"nin²⁷ (Yakalama ve Gözaltı Yönetmeliği) 9. maddesi; yakalanan veya gözaltına alınan kişilerin sağlık kontrollerinin nasıl yapılacağını ayrıntılı olarak düzenlemiştir. Bu düzenlemenin amacı, yakalama sırasında zor kullanılmışsa, zor kullanmada sınırın aşılmış ve özellikle de gözaltında iken şüphelinin işkence veya kötü muameleye maruz kalıp kalmadığının tespitidir. Bu kontrollerin bir diğer amacı da; gözaltına alınan kişinin serbest bırakılmasından sonra asılsız işkence iddialarına karşı kolluk görevlilerini korumaktır.

Yakalama ve Gözaltı Yönetmeliği'ndeki söz konusu bu sağlık kontrolü, CMK m. 75 ve 76 anlamında beden muaye-

²⁶ Danıştay 10.Daire, 13.03.2007 tarih ve E.2005/6392, K. 2007/948 sayılı kararı.

²⁷ Resmi Gazete 01.6.2005, Sayı: 25832.

FARUK
TURHAN'IN
TEBLİĞİ

nesi ve vücuttan örnek alınması niteliğinde olmadığı için, bu hükümlerde yer alan koşullara tabi değildir. Ancak, Yakalama ve Gözaltı Yönetmeliği'nin 9. maddesine göre, hekim muayene sırasında işkence veya eziyet suçlarından birisinin işlendiği yolunda herhangi bir bulguya rastladığı takdirde durumu derhal Cumhuriyet Savcısına bildirecektir. Bu durumda Beden Muayenesi Yönetmeliği'nin şüpheli veya sanıktan başka kişilerin beden muayenesi ve vücudundan örnek alınmasına ilişkin 7. ve 8. maddelerine göre işlem yapılacaktır. Yakalama ve Gözaltı Yönetmeliği'nin 9. maddesi bu durumda, aslında bir suçun şüphelisi olarak gözaltına alınan kişinin bir suçun mağduru olarak beden muayenesine tabi tutulmasını öngörmektedir.

AİHM, 22.7.2003 tarihli Y.F./Türkiye kararında;²⁸ gözaltına alınan bir şüphelinin karşı çıkmasına rağmen kolluk görevlileri tarafından jinekolojik (genital) muayeneye zorlanmasını Sözleşmenin 8. maddesinde yer alan özel hayata saygı gösterilmesi hakkının ihlali olarak nitelendirmiştir. Aşağıda üzerinde ayrıntılı olarak durulacağı üzere ihlal gerekçesi olarak Mahkeme, öncelikle, müdahalenin kanunla öngörülmüş olma koşulunun bulunmadığını belirtmiştir. Mahkemeye göre, bir kimsenin vücut bütünlüğüne yönelik bir müdahale, kanunla öngörülmüş olmalı ve ilgili kişinin rızası bulunmalıdır.²⁹

Müdahalenin söz konusu olduğu 20 Ekim 1993 tarihinde gözaltına alınan kişilerin sağlık kontrolünden geçirilmesini öngören bir düzenleme ne kanunda ne de bir yönetmelikte bulunmadığı için Mahkemenin kararı yerindedir. Yeni CMK m. 99'da gözaltına alınan kişilerin sağlık kontrollerinin nasıl yapılacağına çıkarılacak bir yönetmelikte düzenlenmesini kabul ederek, gözaltına alınan kişilerin sağlık kontrollerinin yapılmasının yasal dayanağını belirtmiştir. Ancak, sağlık kon-

²⁸ Y.F./Türkiye Kararı, Başvuru No. 24209/94, kararın Türkçesi için bkz. <http://ilhami.anadolu.edu.tr/aihmgoester.asp?id=3834> (erişim tarihi: 11.01.2008).

²⁹ AİHM, Y.F./Türkiye Kararı, parag. 43.

trollerine ilişkin temel ilkelerin yönetmelikte değil de kanunla düzenlenmesi AİHM'nin kriterlerini karşılama açısından yerinde olurdu. Özellikle, sağlık kontrolünün Cumhuriyet Savcısının kararı ile yapılması, kişinin onur ve saygınlığına zarar vermeyecek şekilde gerçekleştirilmesi ve utanma duygusunu ihlal edecek muayeneye tabi tutulmaması gibi temel ilkeler kanunda gösterilmeliydi. Ancak, m. 99 ve Yakalama ve Gözaltı Yönetmeliği'ndeki düzenlemelerin AİHM'nin aradığı asgari standardı karşıladığını söyleyebiliriz.

3. Gözlem Altına Alınma

CMK m. 74'te düzenlenmiş olan gözlem altına alınma tedbiri, şüpheli veya sanığın akıl hastası olup olmadığının, akıl hastası ise ne zamandan beri akıl hastası olduğunun ve bu durumun kişinin davranışları üzerinde ne gibi etkileri olduğunun tespiti için başvurulacak bir koruma tedbiridir.³⁰ Gözlem altına alınma ile beden muayenesi, öncelikle her iki tedbirin amacı ve yapılaş şekli açısından farklıdır. Çünkü beden muayenesi soruşturması veya kovuşturması yapılan suçla ilgili delil elde etmek amacıyla yapılırken, gözlem altına alınma ise, şüpheli veya sanığın kusur yeteneğinin araştırılması amacıyla yapılmaktadır. Bu nedenle beden muayenesine ilişkin 75. maddedeki koşullar gözlem altına alınmada uygulanmaz.

4. TCK Madde 287 Uyarınca Suç Oluşturan Genital Muayene

TCK m. 287'de hâkim veya savcı kararı olmadan kişilerin genital muayeneye gönderilmesi veya muayenesinin yapılması cezalandırılmaktadır. Bu hükümlerle, CMK'daki beden muayenesine ilişkin hükümlere aykırı olarak şüpheli, sanık veya mağdurun cinsel organlarında veya anüs bölgesinde ya-

³⁰ Turhan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 287.

FARUK
TURHAN'IN
TEBLİĞİ

pılacak muayene cezai yaptırım altına alınmaktadır. Bu suç ile hâkim veya savcı kararı olmadan muayeneye gönderme ve muayene yapma fiili cezalandırılmaktadır. Ancak, muayeneye gönderme fiilinin mutlaka adli bir soruşturma veya kovuşturma nedeniyle yapılması zorunlu değildir. Örneğin, bir öğrenci yurdu müdürünün, yurt öğrencilerini genital muayeneye göndermesi halinde de bu suç oluşur.³¹

Cinsel organların ve anüs bölgesinin muayenesinin kişinin özel hayatına daha fazla müdahale teşkil etmesi ve kişinin utanma duygusuna zarar vermesi nedeniyle³² şüpheli ve sanık açısından iç beden muayenesi kapsamında kabul edilerek dış beden muayenesine göre daha ağır koşullara tabi tutulmuştur. Buna göre, hâkim kararı, gecikmede sakınca halinde Cumhuriyet Savcısının kararı olmadan şüpheli veya sanığın cinsel organlarının muayenesi yapılamaz. Yapılması halinde TCK m. 287'de söz konusu olan suç işlenmiş olur. Şüpheli veya sanık cinsel organların muayenesine rıza gösterse bile, hâkim kararı yine de gerekli olduğu için, rıza fiili hukuka uygun hale getirmez.

Bir suç mağdurunun beden muayenesi için de hâkim kararı, gecikmede sakınca halinde ise Cumhuriyet Savcısının kararı gerekir. Ancak, mağdurun rızası halinde hâkim veya savcı kararı olmadan da beden muayenesi yapılabildiği için (CMK m. 76/2) bu durumda genital muayene suçu söz konusu olmaz. Tedavi amaçlı muayeneler de genital muayene suçunu oluşturmaz.³³

³¹ Hakan Hakeri, *Tıp Hukuku*, Ankara 2007, s. 530. Aksi görüşü savunan Nuhoglu'na göre (s. 324 ve orada dipnot. 7); "Tedavi amaçlı veya diğer amaçlı muayeneler, örneğin bekaret kontrolleri Kanun ve Yönetmelik kapsamında olmadığı gibi, bu hallerde TCK'nın 287. maddesinin de uygulanması düşünülemez. Zira, adli amaçlı olmayan beden muayenelerinde hâkim veya savcı kararı aranmayacağı için 287. maddenin unsurlarının oluşması söz konusu olmaz."

³² Kızılarslan, *Vücutun Muayenesi*, s.170.

³³ Hakeri, s. 529.

IV. ŞÜPHELİ VEYA SANIĞIN
BEDEN MUAYENESİ VE
VÜCUDUNDAN ÖRNEK ALINMASININ
GENEL KOŞULLARI

FARUK
TURHAN'IN
TEBLİĞİ

Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması koruma tedbiri niteliği ağır basan bir ceza muhakemesi işlemi olduğu için, diğer koruma tedbirlerinde olduğu gibi bu tedbire başvurulabilmesi için de birtakım koşulların bulunması gerekmektedir. Bu çalışmanın temel amacı beden muayenesi ve örnek almada özellikle tıp hukuku yönünden ortaya çıkan sorunlar olduğu için, tedbirin koşulları üzerinde ana hatları ile durulacak, tıp hukukunu ilgilendiren koşulları ise detaylı olarak incelenecektir.

CMK ve Beden Muayenesi Yönetmeliği'nin hükümlerine göre, beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasının koşulları ana hatları ile şunlardır:

1. İşlenmiş Bir Suçla İlgili
Delil Elde Etme Amacı Olmalıdır

Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasının *amacı, şüpheli veya sanığa isnat edilen suçla ilgili delil elde etmektir* (CMK m. 75/1, Yönetmelik m. 4 ve 5). Diğer bir ifade ile şüpheli veya sanık tarafından işlendiğinden şüphelenilen bir suç konusu değilse, beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasına karar verilemez. Bu nedenle m. 75 vd. uyarınca, bilimsel araştırma veya veri bankası oluşturmak için beden muayenesi yapılması veya vücuttan örnek alınması yoluna başvurulamaz.³⁴ Madde. 75'e dayanarak yapılan beden muayenesi sonucu elde edilen sonuçlar, aynı suçla ilgili olsa bile açılmış olan hukuk davası kapsamında kullanılamaz. Hukuk dava-

³⁴ Cumhuriyet Şahin, *Gazi Şerhi*, s. 240

larında beden muayenesi ve vücuttan örnek alma işleminin, hukuk muhakemesi kurallarına göre yapılması gerekir.³⁵

Diğer taraftan muayeneye karar verilebilmesi için, *elde edilmek istenen delillerin şüpheli veya sanığın bedeninde bulunduğuna ilişkin belli bazı olguların varlığı da gerekir*. Bu olgular; suç, şüpheli veya sanığın failliğini veya failin kusurunu ispatlayabilir ya da sanık hakkında verilecek hükmün belirlenmesini etkileyebilecek nitelikte olabilir. Örneğin, sanığın vücut ve organlarının yapısı, kan veya vücut sıvıları ya da vücutta bulunan yabancı cisimler bu nitelikte olgulardır.³⁶

2. Delil Elde Etmek İçin Yapılacak Muayene veya Müdahale Ölçülülük İlkesini İhlal Etmemelidir

a. Genel Olarak

Kişinin vücut dokunulmazlığı ve özel hayatına müdahale teşkil ettiği ve gerektiğinde zor kullanılarak yerine getirileceği için diğer koruma tedbirlerinde olduğu gibi beden muayenesi ve örnek almada da ölçülülük ilkesi dikkate alınmalıdır. Kanun koyucu ölçülülük ilkesinin somut bir göstergesi olarak hafif suçlarda iç beden muayenesi ve örnek almayı yasaklamıştır.

Diğer taraftan müdahalenin ağırlığı ile faile isnat edilen suçla ilgili şüpheler arasında da makul bir orantı (ölçülülük) olmalıdır. Bu nedenle, tedbire başvurmak zorunlu olmalı ve tedbir kapsamında yapılacak müdahale soruşturması yapılan

³⁵ Hukuk muhakemesinde soybağının tespiti açısından beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması konusunda bkz. "Yeni Yasalar Çerçevesinde Beden Muayenesi ve Örnek Alma", Tartışmalar, s. 81-82 (Yargıtay 2. Hukuk Dairesi Başkanı Hakkı Dinç'in açıklamaları), 12. Ulusal Adli Tıp Günleri, Paneller ve Poster Sunumları, Antalya, 28 Eylül - 2 Ekim 2005, Adli Tıp Kurumu Yayınları - 15, s. 81.

³⁶ Meye/-Grossner, § 81a no. 6.

suçun ağırlığı ile orantılı olmalıdır. Öncelikle basit bir muayene ile yetinilmeye çalışılmalıdır.³⁷

Tedbire karar verecek merci, beden muayenesi ile elde edilecek yarar ile verilmesi muhtemel zarar arasında bir oran bulunup bulunmadığını dikkate alarak, elde edilecek yararın fazla olması halinde tedbire karar vermelidir. Ancak sanığın sağlığına zarar verme tehlikesi varsa artık tedbire başvurulmaz.³⁸

b. İki Yıldan Daha Az Hapsi Gerektiren Suçlarda Muayene ve Örnek Alma Yasası

Kanun koyucu üst sınırı iki yıldan daha az hapsi cezasını gerektiren suçlarda iç beden muayenesine ve vücuttan örnek alınmasına izin vermemiştir (CMK m. 75/5). *Üst sınırı iki yıldan daha az hapsi gerektiren suçlarda iç beden muayenesinin yasaklanması, koruma tedbirlerinin temelinde yatan ölçülülük ilkesinin gereklerinden birisinin kanunda açıkça gösterilmesidir.*³⁹ Böyle bir ölçünün kabul edilmesinin nedeni; iç beden muayenesine kişinin rızası olmadan da başvurulabilmesi, yine kişinin kendi aleyhine delil elde edilmesine katlanmak zorunda olması ve gerektiğinde kişinin bedenine cerrahi müdahalenin yapılabilmesidir. Bu nedenlerle CMK, basit suçların soruşturulmasında ağır sonuçları olan müdahalelere izin vermemiştir.⁴⁰ Aşağıda üzerinde durulacağı üzere AİHM, zorla beden muayenesine başvurma AİHS m. 3 uyarınca insanlık dışı veya onur kı-

³⁷ Meyer/Grossner, § 81a no. 18 ve orada zikredilen mahkeme kararları.

³⁸ Özbek, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, s. 368; Kızılarşlan, *Vücudun Muayenesi*, s. 231.

³⁹ Şahin, s. 240.

⁴⁰ İki yıldan daha az hapsi gerektiren bir suçta şüpheli veya sanığın aleyhine olan suç şüphelerinden kurtulmak amacı ile bizzat kendisinin hekim veya sağlık kuruluşuna başvurup, beden muayenesi yaptırarak veya örnek vererek sonuçlarını delil olarak mahkemeye sunmasına herhangi bir engel yoktur.

ricı muamele teşkil edip etmediğini incelerken, soruşturması yapılan suçun ağırlığını da göz önünde bulundurmaktadır. Mahkemenin içtihatlarından, hafif suçların soruşturmasında zorla muayene için uygulanan zorlamanın, sözleşmenin 3. maddesini ihlal edeceği sonucunu çıkarmak mümkündür. Suçun cezası ile ilgili olarak CMK m.75/5'de öngörülen bu sınırlama, AİHS'de güvence altına alınan insanlık dışı ve onur kırıcı muamele (m. 3) ile kişilerin özel hayatının korunması açısından (m. 8) yerinde bir düzenlemedir.⁴¹

Getirilen bu sınırlamanın, iç beden muayenesinin sıklıkla uygulanmasını gerektiren birçok suçta sorun çıkaracak nitelikte olduğu görüşüne⁴² katılmak mümkün değildir. Çünkü uygulamada beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasının söz konusu olabileceği uyuşturucu suçları ve cinsel suçların çoğunda öngörülen cezaların üst sınırı iki yıl ve daha fazla hapsi gerektirmektedir.

Örneğin, TCK m. 191'de düzenlenmiş olan kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak, kabul etmek veya bulundurmamak suçunda, failin uyuşturucu kullanıp kullanmadığının muayene yoluyla veya kan örneği alınarak tespiti mümkündür.⁴³ Çünkü bu suçla ilgili olarak TCK m. 191/1'de fail hakkında "*bir yıldan iki yıla kadar hapis cezası*" öngörülmüştür. Burada cezanın üst sınırı iki yıldır ve "*üst sınırı iki yıl hapsi*" gerektiren suçlar beden muayenesi ve örnek alınması yasağı kapsamında değildir. Getirilen yasaklama, "*üst sınırı iki yıldan daha az hapis cezasını gerektiren*" suçlarda söz konusudur.⁴⁴

⁴¹ Kızılarşlan (s. 324), m. 75/5 hükmünün uygulamada meydana getirdiği ve meydana getireceği karışıklık nedeniyle kanun metninden çıkarılması gerektiği görüşündedir.

⁴² Bkz. Veli Özer Özbek, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara 2006, s. 483; Kızılarşlan, *Vücutun Muayenesi*, s. 324.

⁴³ Aksi görüş, Nuhoglu, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, s. 331; Özbek, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 483.

⁴⁴ Üst sınırı iki yıla kadar hapis cezasını gerektiren cinsel dokunulmazlığa

Dış beden muayenesi için Kanun ve Yönetmelikte herhangi bir sınırlama getirilmemiştir. Bu nedenle *bütün suçlar açısından dış beden muayenesine başvurulabilmektedir.*⁴⁵

CMK yürürlüğe girmeden önce, m. 75'te öngörülen iki yıldan az hapsi gerektiren suçlarla ilgili yasaklama, özellikle Karayolları Trafik Kanununda düzenlenmiş olan trafik suç ve kabahatleri açısından eleştirilmişti.⁴⁶ Çünkü bu suçlarda en önemli delil olan alkol muayenesi ve kan örneğinin alınmasının yasak nedeniyle imkansız hale gelmesi söz konusu oluyordu. 5353 sayılı Kanunla CMK m. 75'e eklenen 7. fıkra ile "*özel kanunlardaki alkol muayenesi ve kan örneği alınmasına ilişkin hükümler(in) saklı*" olduğu kabul edilerek, alkol muayenesi ve kan örneği alınmasının sıklıkla başvurulduğu trafik suçlarına ilişkin düzenlemelere geçerlilik sağlanmıştır.⁴⁷

karşı suçlarda beden muayenesi ve örnek alınması mümkündür. Örneğin, reşit olmayanla rıza üzerine cinsel ilişki (TCK m. 104: altı aydan iki yıla kadar hapis), cinsel taciz (m. 105/1: üç aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası) yasak kapsamında değildir. Buna karşın çocuk düştürme suçunda (TCK m. 100: bir yıla kadar hapis veya adli para cezası) cinsel organların muayenesi mümkün değilken, yeni doğmuş çocuğu terk eden (TCK m. 97: üç aydan iki yıla kadar hapis) annenin belirlenmesi için vajinal muayene yapılması ve kan örneği alınması mümkündür.

⁴⁵ CMK m. 75, 5353 sayılı kanunla değiştirilmeden önce iç ve dış beden muayenesi ayrımı yapılmamış ve m. 75 fık. 3'te iki yıldan daha az hapsi gerektiren bütün suçlar açısından beden muayenesi yapılması ve örnek alınması yasaklanmıştı. Söz konusu değişiklikle iç ve dış beden muayenesi ayrımı yapılarak, dış beden muayenesi yasak kapsamı dışına çıkarılmıştır.

⁴⁶ Bu konuda bkz. Kızılarlan, *Vücudun Muayenesi*, s. 323.

⁴⁷ Kandaki ve nefesteki alkol yoğunluğunun belirlenmesi konusunda bkz. Feridun Yenisey, "*Ceza Muhakemesi Hukukunda Kanda ve Nefeste Alkol Yoğunluğunun Belirlenmesi*", *Trafik ve Ceza Hukuku, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 6*, Kayhan İçel/Yener Ünver, Ankara 2006, s. 13-26.

FARUK
TURHAN'IN
TEBLİĞİ

**3. Tedbire Hâkim Tarafından,
Gecikmede Sakınca Halinde Cumhuriyet Savcısı
Tarafından Karar Verilmelidir**

Tedbire karar verecek merci açısından iç ve dış beden muayenesinin farklı olarak düzenlendiği görülmektedir.

a. İç beden Muayenesi Açısından

İç beden muayenesinin yapılabilmesi için hâkim kararı gerekir. Ancak *gecikmede sakınca halinde Cumhuriyet Savcısının emri ile de tedbire başvurulabilir*.⁴⁸ Karar, hâkim tarafından re'sen verilebileceği gibi, Cumhuriyet Savcısının veya mağdurun talebi üzerine de verilebilir. Cumhuriyet Savcısının kararı yirmi dört saat içinde hâkim onayına sunulmalıdır (m. 75/1).

b. Dış Beden Muayenesi Açısından

Yukarıda belirtildiği gibi, dış beden muayenesi CMK'da açıkça düzenlenmemiş, kanunun gerekçesinde bu konuda herhangi bir karar alınmasına gerek olmadan soruşturma makamlarının bunu kendilerinin yapabileceğine ilişkin bir açıklamaya yer verilmiştir. Ancak, Yönetmelikte dış beden muayenesinin, "*Cumhuriyet Savcısı ile emrinde adli kolluk görevlileri veya kovuşturma makamlarının talebiyle*" yapılabileceği belirtilmiştir (Yönetmelik m. 5/1). Yönetmelikte, Cumhuriyet Savcısı veya adli kolluk görevlilerinin "*talebiyle yapılabilir*" ifadesini, savcı ve kolluk görevlilerinin muayeneye karar verme konusundaki takdir yetkisine sahip olduğu şeklinde anlamak gerekir.⁴⁹ Yönetmeliğin bu düzenlemesine göre, soruşturma

⁴⁸ Gecikmede sakıncadan ne anlaşılması gerektiği Yönetmelik m. 3'te "derhal işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması veya şüphelinin kaçması veya kimliğinin saptanamaması ihtimalinin ortaya çıkması hali" olarak tanımlanmıştır.

⁴⁹ Özbek'e göre (*Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, s. 367 ve *Ceza*

aşamasında dış beden muayenesine hâkim kararına gerek olmadan, savcı veya kolluk karar verebilecektir. Kolluğun dış beden muayenesine karar verebilmesi için, Cumhuriyet Savcısına ulaşılamamış olması ya da gecikmede sakınca bulunması da gerekli değildir. Yönetmelikte "adli kolluk görevlileri"nden bahsedildiği için, kolluk amirinin yazılı emri olmadan da kolluk görevlileri doğrudan dış beden muayenesine karar verebilecektir.

Yeni CMK, koruma tedbirlerine karar verme konusunda kural olarak hâkimi, gecikmede sakınca halinde Cumhuriyet Savcısını yetkili kılmıştır. Dış beden muayenesi ise, kolluk görevlilerinin doğrudan karar verme yetkisine sahip olduğu ender koruma tedbirlerinden birisidir.

Kanun koyucu iç beden muayenesine kimin karar vereceğini kanunda gösterirken, dış beden muayenesine karar verecek mercii kanunda değil de yönetmelikte göstermiş olması 75. madde hükmünün Anayasaya aykırılığını gündeme getirmektedir. Çünkü -yukarıda belirtildiği gibi- beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması kişinin Anayasa m. 17'de güvence altına alınan vücut dokunulmazlığı ve m. 20'de güvence altına alınan özel hayatın gizliliğine müdahale teşkil ettiği için, bu tedbirlere başvurulabilme koşullarının Anayasa gereğince kanunda gösterilmesi gereklidir. Bu koşulların kapsamına, tedbire hangi mercii karar vereceği de girer.⁵⁰ Bu noktada, CMK'nın aramaya ilişkin hükümlerinin dış beden muayenesi için de yeterli hukuki temel oluşturduğu şüphelidir.

Muhakemesi Hukuku, s. 482) ise, Yönetmeliğin bu düzenlemesine rağmen dış beden muayenesine kimin tarafından karar verilebileceği belirsizdir. Çünkü Yönetmeliğin ilgili hükmünde "talebiyle yapılabilir" denmekte, bu konuda karara yetkili makam gösterilmemektedir. Aynı görüşte, Kızılar, *Vücutun Muayenesi*, s. 322.

⁵⁰ Özbek'e (*Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, s. 367 ve *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 482.) göre, beden muayenesine karar verecek makamın kanunda açıkça düzenlenmesi gerekir. Aksi takdirde yapılacak uygulamalar Türkiye'nin AİHM tarafından tazminata mahkum edilmesine neden olacaktır.

c. Vücuttan örnek alınması açısından

Vücuttan örnek alma, iç beden muayenesinde olduğu gibi, hâkim kararı, gecikmede sakınca halinde Cumhuriyet Savcısının emri ile mümkündür. Saç, tükürük, tırnak gibi tıbbi bir müdahaleyi gerektirmeden alınabilecek örneklerin şüpheli veya sanıktan alınmasına karar verme konusunda dış beden muayenesinde olduğu gibi olayı soruşturan adli kolluğa yetki verilmesi yerinde olurdu.⁵¹

4. Muayene ve Örnek Almanın Kişinin Sağlığına Zarar Verme Tehlikesi Olmamalıdır

Hem iç beden ve dış beden muayenesinin yapılabilmesi, hem de vücuttan örnek alınabilmesi için, yapılacak müdahalenin kişinin sağlığına açıkça ve öngörülebilir zarar verme tehlikesinin bulunmaması gerekir (CMK m. 75/2, Yönetmelik m. 4/3, 5/3, 6/3). Yapılacak tıbbi müdahalenin şüpheli veya sanığın sağlığı açısından tehlike oluşturup oluşturmayacağı gerektiğinde uzman hekimin görüşü alınarak hâkim tarafından belirlenmelidir.⁵²

Dış beden muayenesi tıbbi bir müdahaleyi gerektirmediği için kişinin sağlığı açısından zarar verme tehlikesi de söz konusu olmayacaktır.⁵³ Buna karşın iç beden muayenesi ve

⁵¹ 5353 sayılı kanunla CMK m.75/5'te değişiklik yapılmadan önce, şüpheli veya sanığın vücudundan saç, tükürük, tırnak gibi örneklerin alınması- na Cumhuriyet savcısı da karar verebiliyordu.

⁵² Özbek, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 483.

⁵³ Tanımından da anlaşılacağı üzere dış beden muayenesinde "gözle ve elle yapılan yüzeysel tıbbi inceleme" söz konusudur (Yönetmelik m. 3). M. 75/2'de de zarar verme tehlikesini sadece iç beden muayenesi ve vücuttan kan veya benzeri biyolojik örnekler alınması halinde göz önünde bulundurulacağını belirtmektedir. Bu durumu dikkate almayan Yönetmelik m. 5/3'te, dış beden muayenesi için de "müdahalenin, kişinin sağlığına açıkça ve öngörülebilir zarar verme tehlikesinin bulunmaması"

vücuttan örnek alınması⁵⁴ vücudun içine müdahaleyi de gerektirebilir. Bu müdahale için kanun, kişinin sağlığına "zarar verme tehlikesinin" bulunmaması şartını ararken (m. 75/2), yönetmelikte ise, kişinin sağlığına "açıkça ve öngörülebilir zarar verme tehlikesinin" bulunmaması şartını getirerek kanaatimce müdahalenin kapsamını genişletmeye çalışmıştır.

Muayenenin verdiği acılar ve diğer geçici rahatsızlıklar tek başlarına zarar verme tehlikesi olarak kabul edilmemelidir. Ancak, muayene süresini oldukça aşan bir süre etkisini devam ettiren bedensel huzuru bozucu rahatsızlıklar, zarar tehlikesi olarak kabul edilebilir. Yine muayeneden korkmak veya muayenenin meydana getirdiği ruhsal baskı da sağlığa zarar veren tehlike kapsamında görülmemelidir.⁵⁵

Sağlığa zarar verme tehlikesinin bulunup bulunmadığı belirlenirken müdahalenin şekli değil, somut olarak ilgili kişinin sağlık durumu dikkate alınmalıdır.⁵⁶

Alman hukukunda, bilgisayar tomografisi, elektronencephalografi (beyin dalgalarının muayenesi), elektrokardi-yografi (EKG), röntgen çekimi, mide sıvısının alınması gibi müdahalelere izin verilmektedir. Ağır suçların aydınlatılması için beyin ve omurilik sıvısının alınması da kabul edilmektedir. Buna karşılık angiografi ve kateter ile idrar alınması sağlık açısından tehlikeli olduğu için kabul edilmemektedir.⁵⁷

koşulunu aramaktadır.

⁵⁴ Şüpheli veya sanığın vücudundan "kan veya benzeri biyolojik örnekler alınması" sağlığa zarar verme tehlikesi oluşturabilirken, "saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınması"nda böyle bir tehlike söz konusu olmayacaktır. Nitekim m. 75/2'de, sağlığa zarar verme tehlikesinin düzenlendiği m. 75/2'de kanun koyucu sadece bilinçli olarak "kan veya benzeri biyolojik örnekler" alınmasından bahsetmekte, "saç, tükürük, tırnak gibi örnekler"den söz etmemektedir. Buna karşın Yönetmelik m. 6/3'te böyle bir ayırım yapmadan vücuttan alınacak bütün örnekler açısından sağlığa zarar verme tehlikesinin bulunmaması şartını öngörmüştür.

⁵⁵ Meyer/Grossner, § 81a, no. 17

⁵⁶ Meyer/Grossner, § 81a, no. 17; Şahin, s. 242.

⁵⁷ Meyer/Grossner, § 81a, no. 20, 21; Karlsruher Kommentar- Senger, § 81a,

FARUK
TURHAN'IN
TEBLİĞİ

Diğer taraftan yutulmuş olan uyuşturucu kapsüllerinin çıkarılması için sanığa kusturucu maddenin verilmesi konusu Alman doktrin ve uygulamasında oldukça tartışmalı bir konudur. Doktrindeki çoğunluk görüşü ve mahkeme kararlarında bu müdahale şeklinin Ceza Muhakemesi Kanunu § 81a'ya uygun olduğu kabul edilirken, bazı yazarlar ve bazı mahkeme kararlarında aksi görüş savunulmaktadır.⁵⁸

Ancak, AIHM -aşağıda üzerinde detaylı olarak durulacak olan- 1 Temmuz 2006 tarihli Jalloh/Almanya kararında bu müdahale şeklini AIHS'nin ihlali olarak kabul etmiştir.⁵⁹ Mahkemenin tespitine göre, zor kullanılarak sanığa kusturucu madde verilmesi ve apomorfin maddesi enjekte edilmesinin sağlık açısından tehlikeli olup olmadığı hekimler arasında tartışmalıdır. Ancak mahkeme, maddenin zorla verilmesi nedeniyle Almanya'da iki kişinin hayatını kaybettiğini de göz önünde bulundurarak, uygulanan metodun sağlık açısından tehlikeli olduğu sonucuna varmıştır.

Kanunda, şüpheli veya sanığın bedeninin muayenesi veya vücudundan örnek alınması için, cerrahi müdahale yapılmasına da izin verilmektedir. Çünkü mağdur ve diğer kişilerin beden muayenesi ve örnek alınmasında açıkça cerrahi müdahale yasaklanırken (CMK m. 76/1), şüpheli ve sanık açısından cerrahi müdahaleyi yasaklayan bir hükme yer verilmemiştir.⁶⁰ Ancak, yapılacak cerrahi müdahalenin şüpheli veya sanığın sağlığına zarar verme tehlikesi olmamalıdır. Bu nedenle örneğin, sanığın vücudundaki bir kurşunun narkoz verilerek cerrahi müdahale ile alınması kabul edilemez. Çünkü narkoz verilmesinde sağlık açısından tehlike söz konusudur.⁶¹ Ancak bu kurşunun tedavi amaçlı tıbbi müdahale kapsamında çıkarılarak mahkemeye delil olarak sunulmasına engel yoktur.

no.7.

⁵⁸ Meyer-Grossner, § 81a, no. 22.

⁵⁹ AIHM, 11.7.2006, Başvuru no.54810/00.

⁶⁰ Özbek, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 479.

⁶¹ Meyer-Grossner, § 81a, no. 16.

**5. Tıbbi Muayene ve Müdahaleler
Hekimlik Sanatının Kurallarına
Uygun Olarak Yapılmalıdır**

FARUK
TURHAN'IN
TEBLİĞİ

Kanunda yer almamakla birlikte yönetmelikte, tıbbi müdahalenin, "*hekimlik sanatının ve tıp biliminin kabul ettiği yöntem ve araçlarla*" yapılması, vücuttan örnek almanın koşulları arasında sayılmıştır (m. 6/4, 8/3). Yine Yönetmeliğin tanımlara ilişkin 3. maddesinde, "*tıbbi muayene*" tanımı yapılmıştır. Bu hükme göre tıbbi muayene, "*tabip tarafından tıbbi yöntemler kullanılarak yapılan değerlendirmeler*" olarak tanımlanmıştır.

Kaynak Alman Ceza Muhakemesi Kanunu § 81a'da tıbbi müdahalenin "*hekimlik sanatının kurallarına göre*" yapılması gerektiği koşuluna açıkça yer verilmiştir. Bunun sonucu olarak yeni denenmekte olan muayene metotlarında olduğu gibi, bu konuda henüz bir kural söz konusu değilse, müdahale yapılması caiz değildir. Sanık deney konusu yapılamaz. Yine hipnoz uygulanması, narkoz kullanılması ve ruhi durumdaki diğer değişiklikler daima hukuka aykırıdır.⁶²

Yönetmeliğin söz konusu düzenlemesi ile beden muayenesi ve vücuttan örnek almanın tıp biliminde öngörülen usullerle yapılması gerektiği açıklığa kavuşturulmuştur. Aslında böyle bir düzenleme olmasa da, tıbbi muayene ve vücuttan örnek almanın tıp biliminin kabul ettiği usule uygun olarak gerçekleştirilmesi gerektiği kendiliğinden anlaşılacaktır.⁶³ Yönetmelikle konunun önemi vurgulanmak istenmiştir.

Tıbbi muayene için özellikle üzerinde durulması gereken bir diğer konu, muayene ve örnek almak için yapılacak müdahaleden önce hastanın anamnezinin alınmasıdır. Tıp literatüründe anamnez ya da öykü alma, hastanın şikayet ve hikayesinin hekim tarafından dinlenmesi faaliyetidir. Anamnez alma, muayenenin başlangıcı ve etkili bir teşhisin vazge-

⁶² Meyer/Grossner, § 81a no. 16.

⁶³ Tıbbi yönüyle beden muayenesi ve örnek alma hakkında geniş bilgi ve bilgi kaynakları için bkz. Kızılarşan, *Vücutun Muayenesi*, s. 77 vd.

V. TÜRK - ALMAN TIP HUKUKU SEMPOZYUMU

FARUK
TURHAN'IN
TEBLİĞİ

çilmez bir unsurunu oluşturmaktadır. Anamnez alma fiziki muayeneden önce yapılması gerekmekte ise de, acil durumlarda muayeneden sonraya da bırakılabileceği kabul edilmektedir.⁶⁴

Tıbbi deontolojide anamnez alma ile ilgili genel bir sıra ve birtakım ana ilkeler kabul edilmektedir. Her anamnez alma, hekimin kendini ve yapılacak işlemin amacı ve niteliğini tanıtmaması ve muayene edilenin kimliğinin tespitiyle başlamaktadır. Bunu sırasıyla, muayene edilecek kişinin şikayeti, açık anlaşılır şekilde ve teşhise yardım edecek hikayesi, özgeçmişi, kullanmakta olduğu ilaçlar, soy geçmişi, bedensel fonksiyonları, sosyal durumu, alışkanlıkları ve ilaç alıp almadığına ilişkin soru ve cevaplar takip etmelidir.⁶⁵

Delil elde etmek için beden muayenesi ve örnek almada muayene ve örnek almaya niçin gerek olduğu, hangi işlemin yapılacağı, elde edilecek muayene sonuçlarının soruşturulması yapılan suç açısından önemi ve bu sonuçların nasıl kullanılacağı konularında da ilgili kişi muayene ve örnek alma işleminden önce bilgilendirilmelidir. Bu bilgilendirme muayene veya örnek almayı icra edecek hekim tarafından yapılması gerekir.

AİHM, Jalloh/Almanya kararında, tıbbi müdahaleden önce yeterli bir şekilde sanığın tıbbi anamnezinin alınmasının önemini vurgulamıştır. Mahkemeye göre; bu olayda tıbbi müdahaleden önce yeterli bir şekilde anamnez alınmaması ve müdahalenin ilgilinin sağlığı açısından meydana getireceği tehlikenin özenli bir şekilde dikkate alınmamış olması, başvurunun (sanığın) sağlığı için tehlike oluşturmuştur.⁶⁶

⁶⁴ Kızılarşlan, *Vücutun Muayenesi*, s. 87; Hakeri, s. 202-203.

⁶⁵ Kızılarşlan, *Vücutun Muayenesi*, s. 90 ve orada zikredilen diğer kaynaklar. Anamnezin yapılmasına ilişkin diğer hususlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kızılarşlan, *Vücutun Muayenesi*, s. 88 vd.

⁶⁶ AİHM, Jalloh/Almanya kararı, 11.7.2006, Başvuru no. 54810/00 (kararın Almanca çevirisi için bkz: http://www.coe.int/d/menschenrecht-sgrichtshof/dokumente_auf_deutsch/volltext/urteile/20060/11-Jalloh).

6. Muayene ve Örnek Alma Bir Hekim veya Sağlık Mesleği Mensubu Başka Bir Kişi Tarafından Yapılmalıdır

FARUK
TURHAN'IN
TEBLİĞİ

a. İç beden muayenesi

Madde 75/3'e göre, *iç beden muayenesi ancak hekim veya diğer bir sağlık mesleği mensubu tarafından yapılabilir.* Buna karşılık Yönetmelik, iç beden muayenesinin sadece hekim tarafından yapılabilmesini kabul etmiştir (m. 4/2). Yönetmeliğin düzenlemesi, kanunun hükmüne göre AİHM içtihatlarının gereğini karşılamak açısından daha güvenceli ve yerinde bir düzenlemedir. Aşağıda belirtileceği üzere, kanunun bu hükmüne dayanarak hekim dışındaki sağlık mesleği mensuplarının iç beden muayenesi yapması AİHM'nin içtihatlarına aykırılık teşkil edebilir.

b. Dış beden muayenesi

Dış beden muayenesi de ancak hekim tarafından yapılabilir. Yukarıda belirtildiği gibi, CMK'da beden muayenesi iç ve dış beden muayenesi olarak ayrılmasına rağmen dış beden muayenesinin kanunda düzenlenmemiş olmasının nedeni; dış beden muayenesini hâkim kararı alınmasına gerek olmaksızın soruşturma ve kovuşturma makamlarının bizzat

asp, erişim tarihi: 12.11.2007), parag. 80. Olayda anamnez yapılıp yapılmadığı tartışmalıdır. Müdahaleden önce anamnez yapılıp yapılmadığına ilişkin olarak kararın 82. paragrafında Mahkeme şu tespiti yapmaktadır: "Ancak, ilgili kişinin karşı koymasına rağmen preparat (kusturucu madde) verilmesinin meydana getirebileceği sağlığa zarar verme risklerinin dikkate alınabilmesi için müdahaleden önce bir hekim tarafından başvurucunun anamnezinin alınıp alınmadığı taraflar arasında tartışmalıdır. Başvurucu müdahaleye şiddetli bir şekilde karşı koyduğu, Almanca bilmediği ve çok az İngilizce konuşabildiği için, hekimin sorularını cevaplandıramadığı veya cevaplandırmak istemediği veya ön muayeneyi istemediği ve bu nedenle ön muayenenin yapılmadığı muhtemel görünmektedir. Hükümet tarafından, bu durumun aksini ispat edecek yazılı veya başkaca bir belge sunulmamıştır."

FARUK
TURHAN'IN
TEBLİĞİ

yapabilmelerine imkan sağlamaktı. Ancak Yönetmeliğin 5. maddesinin 2. fırcasında, "şüpheli veya sanığın dış beden muayenesi ancak bir tabip tarafından yapılabilir" hükmü ile kanunun değişiklik gerekçesinde belirtilen amaca aykırı bir düzenleme getirilmiştir.⁶⁷ Kanun, dış beden muayenesini bir üst araması gibi kolluk tarafından yapılmasına imkan tanımak isterken, yönetmelik muayene kararı için kolluğa yetki vermekle birlikte, muayenenin icrası bakımından sadece hekimi görevlendirmiştir. Kanunun bu şekildeki düzenlemesi doktrinde eleştirilmektedir.⁶⁸ Yönetmeliğin düzenlemesi kanunun değişiklik amacı ile çelişmekle birlikte, bu durumu kanuna aykırılık olarak nitelendirmemek gerekir.⁶⁹ Çünkü kanunda şüpheli veya sanığın dış beden muayenesinin yapılabilmesi konusunda kolluğa açık bir yetki verilmemiştir. Bu nedenle de kanun ile verilen bir yetkinin yönetmelikle geri alınması da söz konusu değildir. Madde gerekçesi de bu açıdan bağlayıcı değildir. Diğer taraftan beden muayenesinin hekim veya başka bir sağlık görevlisi tarafından yapılması amaca daha uygundur. Çünkü yukarıda tanımlandığı gibi muayene tıbbi bir işlemdir ve bu konuda uzmanlığı gerektirir. Tanım ve amacından da anlaşılacağı üzere dış beden muayenesinde, vücudun ve organların yapısı, tabi vücut boşluklarında yabancı maddelerin bulunup bulunmadığının incelenmesi ve sanığın psikolojik durumunun tespiti söz konusudur. Bu da tıbbi bir muayene işlemini gerektirir. Eğer vücut üzerinde saklanmış olan şeyler aranmak isteniyorsa, bu durum üst araması niteliğindedir ve zaten bu konuda kolluk hem karar verebilmekte hem de bizzat aramayı kendisi gerçekleştirebilmektedir.

⁶⁷ Şahin, *Gazi Şerhi*, s. 241.

⁶⁸ Bkz. Öztürk/Erdem, s. 617: "TBMM' de yapılan bu yeni düzenleme, şüpheli veya sanığın, adli kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevlileri tarafından çırlıçıplak soyulabilmesine, anüs ve cinsel organların görülebilmesine engel değildir. Zira CMK, m. 75'in yeni şeklinde yasak olan görmek değil, muayenedir. Bilindiği gibi muayene müdahaleyi gerektiren bir işlemdir."

⁶⁹ Aksi görüş Şahin, s. 241.

c. Vücuttan örnek alınması

Vücuttan örnek alınması hekim veya sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından yapılabilir. Dış beden muayenesinin yapılmasında olduğu gibi, vücuttan örnek alınması konusunda da CMK'nın düzenlemesi ile yönetmeliğin düzenlemesi arasında farklılık söz konusudur. CMK m. 75/2'ye göre, vücuttan kan veya benzeri biyolojik örnekler alınması ancak hekim veya sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından yapılabilir. Buna karşılık yönetmelik m. 6/2 uyarınca, kan veya benzeri biyolojik örneklerle, saç, tükürük, tırnak gibi örnekler hekim tarafından veya onun gözetiminde sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından alınabilecektir.

Kanun koyucu m. 75/2'de sadece "*vücuttan kan veya benzeri örnekler alınması*"ndan bahsetmekte, ayrıca "*saç, tükürük, tırnak gibi örnekler*"den bahsetmemektedir. Halbuki m. 75/1'de, vücuttan örnek alınmasının kapsamına sadece kan veya benzeri biyolojik örnekler değil, saç tükürük, tırnak gibi örneklerin de girdiği açıkça belirtilmektedir.

Madde 75/2'deki bu düzenlemenin, bir unutmaya sonucu mu olduğu yoksa bilinçli bir tercih mi olduğu sorusu akla gelmektedir. Hükmün değişiklik gerekçesinde de bir açıklık yoktur. Bunun bir unutmaya değil, dış beden muayenesinde olduğu gibi, bilinçli bir tercih olduğu, şüphelinin vücudundan saç, tükürük ve tırnak gibi tıbbi müdahaleyi gerektirmeyen örneklerin alınmasında hekim veya sağlık görevlisine başvurmaya gerek kalmadan kolluk görevlileri tarafından bizzat yapılabilmesine imkan sağlamak olduğu, TBMM Adalet Komisyonu'nda CMK'nın hazırlık ve değişiklik çalışmalarına katılan akademisyenler tarafından ifade edilmektedir. Ancak Yönetmelik, dış beden muayenesinde olduğu gibi, saç, tükürük, tırnak gibi örneklerin alınması konusunda da kolluğa yetki vermemiştir.

Kanunda açık bir düzenlemeye yer verilmemesinin nedeni kolluğa bu konuda yetki vermek olsa bile, bu konu Yö-

FARUK
TURHAN'IN
TEBLİĞİ

netmelikte açıkça düzenlendiği için, kolluk görevlileri şüpheli veya sanıktan saç, tükürük ve tırnak gibi örnekleri bizzat alamaz. Ancak burada söz konusu olan yasak, şüpheli veya sanığın bedeninde olup kendisine ait olan örneklerin alınması ile ilgilidir. Eğer şüpheli veya sanığın bedeninde olmakla birlikte, kendisine ait olmayan (örneğin mağdura ait olan) kıl, tüy, lif gibi örneklerin alınması söz konusu ise, bu işlem kolluk tarafından yapılabilecektir (Yönetmelik m. 23).⁷⁰

7. Karar Vermeye Yetkili Merciiin Belirlenmesi Açısından Rızanın Etkisi

Beden muayenesi ve örnek almaya ilgili kişinin rızası iki açıdan önem taşır. Birincisi, karar verecek merciin tayini, ikincisi ise bizzat muayene ve örnek almanın icrası açısından. Bu başlık altında tedbire karar verecek merciin tayini açısından rızanın etkisi incelenecek, tedbirin icrası bakımından rızanın etkisi ise aşağıda zorla muayene konusunda ele alınacaktır.

CMK'da şüpheli veya sanığın beden muayenesi ve vücudundan örnek alınmasının koşulları düzenlenirken ilgili kişinin rızasına yer verilmemiştir. Halbuki şüpheli veya sanık dışındaki diğer kişilerle ilgili beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasında mağdurun rıza göstermesi halinde hâkim veya savcının kararına gerek olmadığı açıkça belirtilmiştir (m. 76/2).

Kanunda şüpheli veya sanığın rızası ile ilgili bir düzenlemeye yer verilmemiş olmasından, şüpheli veya sanık iç beden muayenesi ve vücudundan örnek alınmasına rıza gösterse bile, m. 75/1 uyarınca, hâkim veya gecikmesinde sakınca halinde savcı kararının zorunlu olduğu sonucu

⁷⁰ Ancak bu örneklerin şüpheli veya sanığa ait olup olmadığının kolluk tarafından çıplak gözle ayırt edilmesinin kolay olmadığını da belirtmek gerekir.

çıkılmaktadır. Uygulamada kötüye kullanılabileceği ve hâkim kararı zorunluluğunu ortadan kaldırmak için bu yola başvurulabileceği endişesiyle, rıza olsa bile kolluğa iç beden muayenesine ve vücuttan örnek alınmasına karar verme yetkisi tanınmamıştır.⁷¹

Diğer taraftan, yönetmeliğin ilgilinin rızası başlığını taşıyan 18. maddesinin 3. fıkrasında, "Bir suçun aydınlatılmasını sağlamak amacıyla, şüpheli, sanık ve diğer kişilerin kendiliğinden başvurarak rıza göstermesi halinde, soruşturma evresinde Cumhuriyet Savcısının istemi, kovuşturma aşamasında ise hâkim veya mahkeme kararıyla tıbbi muayeneleri yapılabilir ya da vücutlarından örnek" alınabilir şeklinde bir düzenlemeye yer verilmiştir. Yönetmeliğe göre, şüpheli veya sanık rıza gösterdiği takdirde Cumhuriyet Savcısının kararı ile iç beden muayenesi yapılabilir ve vücutundan örnek alınabilecektir. CMK m. 75'e göre, Cumhuriyet Savcısı ancak, gecikmesinde sakınca varsa vücuttan örnek alınmasına karar verebilirken, Yönetmelik ise, şüpheli veya sanığın kendiliğinden başvurarak örnek alınmasını istemesi halinde gecikmede sakınca olmasa bile bu konuda savcı kararı yeterli kabul edilmiştir. Bu hükme rağmen ağır tıbbi müdahaleyi gerektiren durumlarda Anayasa ile güvence altına alınmış vücut bütünlüğünün korunması açısından hâkim kararı üzerine muayene yapılmalıdır. Aksi takdirde, yönetmeliğe dayanılarak verilecek bir karar CMK m. 75'e ve dolayısıyla Anayasaya aykırılık teşkil edecektir.

Dış beden muayenesinin yapılmasına kolluk tarafından karar verilebildiği için, bu açıdan rızanın önemi söz konusu değildir.

⁷¹ Turhan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 294; ayrıca bkz. Şahin s. 241.

IV. ZOR KULLANILARAK YAPILAN BEDEN MUAYENESİ VE ÖRNEK ALMANIN İNSAN HAKLARI AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

1. Genel Olarak

İç beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması kural olarak hâkim kararı ile yapılabileceği için, muayene ve örnek alma işleminde yargı makamının vermiş olduğu bir kararın yerine getirilmesi söz konusu olmaktadır.⁷² Şüpheli veya sanık muayene veya örnek almayı kendi rızası ile yaptırması halinde, kararın yerine getirilmesi için herhangi bir zor kullanma söz konusu olmayacaktır. Buna karşılık şüpheli veya sanığın muayene veya örnek almaya karşı çıkması halinde işlemin nasıl yerine getirileceği konusunda CMK'da bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nda muayeneye razı olmayan sanığın zorla muayene edilmesi kabul edilmektedir.⁷³ Buna karşılık Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu'nda zorla muayeneye izin verilmemekte ancak, muayeneye karşı çıkan kişiye hâkim kararına uymama nedeniyle para cezası uygulanmaktadır.⁷⁴

Kanunda, şüpheli veya sanığın beden muayenesi ve örnek alınması konusunda rızasına yer verilmediği için, rıza

⁷² Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, no.57/2.

⁷³ Ayrıntılı bilgi için bkz Meyer-Grossner, § 81a no., 1-4, § 81c no.1-4, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu § 81a'ya göre, sanığın beden muayenesinin temel koşulları şunlardır: 1) ceza muhakemesi için önem taşıyan olguların tespiti amacı olmalıdır. 2) şüphelinin sağlığına zarar verme tehlikesi olmamalıdır. 3) bedene müdahale teşkil eden tedbirler bir hekim tarafından tıp sanatının kurallarına göre icra edilmelidir. 4) Müdahale sanığın sağlığına zarar verme tehlikesi bulunmamalıdır. Alman Ceza Muhakemesi Kanununun beden muayenesi ile ilgili kanun hükümlerinin Türkçe çevirisi için bkz. Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, No. 57/2, dipnot: 8 vd.; Kızılarlan, s. 37 vd., dipnot 152.

⁷⁴ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, no. 57.2; diğer Avrupa ülkelerindeki düzenlemeler hakkında bilgi için bkz. Kızılarlan, *Vücutun Muayenesi*, s. 215.

olmasa da muayene ve örnek alınmanın gerektiğinde zor kullanılarak gerçekleştirilmesi mümkündür. Yönetmelikte, muayene ve örnek alınması konusunda şüpheli veya sanığın aydınlatılmış olmasına rağmen, karşı çıkması halinde Cumhuriyet Savcılığınca gerekli tedbirlerin alınacağı belirtilmiştir. Gerekli tedbirler kapsamına, muayene veya örnek almayı gerçekleştirmek için zor kullanma da girer. Ancak, muayene yapılması ve örnek alınması için uygulanacak zorlama orantılı olmalı,⁷⁵ kişiyi küçük düşürücü veya insanlık dışı veya onur kırıcı muamèle boyutuna ulaşmamalıdır. Özellikle, zor kullanılarak yapılacak muayene sonucu elde edilecek delile daha hafif bir müdahale yoluyla ulaşılması mümkün ise, daha hafif müdahale yolunun tercih edilmesi gerekir.⁷⁶

Beden muayenesi ve vücuttan örnek almasının adli tıpçılar tarafından en fazla tartışılan ve eleştirilen yönünü zorla muayene yapılması oluşturmaktadır.⁷⁷ Aydınlatılmış olmasına rağmen, muayene ve örnek almaya karşı çıkan şüpheli, sanık veya mağdurun zor kullanılarak işlemin yapılmasına tıp bilimi mensupları karşı çıkmaktadırlar. Adli tıpçılara göre, zorla muayene hem hekimlik mesleğinin ilkelerine aykırıdır, hem de çoğunlukla kişinin sağlığını tehlikeye sokmadan yapılması teknik olarak mümkün değildir.⁷⁸ Yine zor kullanılarak yapılacak muayene tıbbi etik kurallarıyla da bağdaşmaz.⁷⁹

⁷⁵ Şahin, s. 242.

⁷⁶ Jalloh/Almanya, parag. 82.

⁷⁷ Bkz. Kızıllar, *Vücutun Muayenesi*, s. 213; Gürsel Çetin, "Yeni Yasalar Çerçevesinde Beden Muayenesi ve Örnek Alma", 12. Ulusal Adli Tıp Günleri, Antalya 28 Eylül - 2 Ekim 2005, Adli Tıp Kurumu Yayınları, 15, İstanbul 2006, s. 58 vd; Şebnem Korur Financı/Coşkun Yorulmaz, "Beden Muayenesi", İ.Ü. Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Sürekli Tıp Eğitimi Etkinlikleri, Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuku ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi, s.142-146.

⁷⁸ Çetin, s. 58-59.

⁷⁹ Çetin, s. 58-59; Financı/Yorulmaz, s.143.

2. AİHS'nin 3. ve 8. Maddeleri Açısından Zorla Muayene ve Örnek Alma

Beden muayenesi ve örnek almaya rıza göstermeyen şüpheli, sanık veya mağdura zor kullanılarak bu işlemlerin yapılması AİHS m. 3'te güvence altına alınmış olan insanlık dışı veya onur kırıcı muamele yasağı ile m. 8'de güvence altına alınmış olan özel hayata saygı gösterilmesi hakkını ihlal edebilir. Yine bu hükümlerin ihlali yoluyla elde edilen delillere dayanılarak sanığın cezalandırılması sözleşmenin 6. maddesinde güvence altına alınmış olan hakkaniyete uygun (adil) yargılanma hakkının ihlali sonucunu doğurabilir.

AİHM, bazı kararlarında ceza muhakemesinde delil elde etmek amacıyla sanığın rıza göstermemesine rağmen yapılan tıbbi müdahaleleri sözleşmedeki söz konusu hak ve güvenceler açısından değerlendirmiştir. Aşağıda, önce delil elde etmek amacıyla zorla müdahalenin özellikle insanlık dışı veya onur kırıcı muamele teşkil edip etmediği sorunu üzerinde durulacak, arkasından da konu sözleşmenin 8. maddesi açısından incelenecektir.

Zorla icra edilen tıbbi müdahalede kişiye kasten acı ve ıstırap verilmesi amacı değil, soruşturması veya kovuşturulması yapılan bir suçla ilgili olarak kişinin vücudundan delil elde edilmesi söz konusu olduğu için, Sözleşmedeki işkence yasağının ihlali söz konusu olmaz. Ancak, yapılan müdahale insanlık dışı veya onur kırıcı muamele niteliği taşıyabilir.

Mahkemeye göre, sözleşmenin 3. ve 8. maddeleri, ceza muhakemesinde bir suçla ilgili delil elde etmek amacıyla sanığın rıza göstermemesine rağmen tıbbi müdahalede bulunulmasını ve vücuttan örnek alınmasını kural olarak yasaklamaktadır. AİHK ve AİHM, sanığın karşı çıkmasına rağmen, bir suçun soruşturması kapsamında kan veya tükürük örneği

alınmasının sözleşmenin bu hükümlerini ihlal etmediğine birçok defa karar vermiştir.⁸⁰

AIHM'ye göre, zorla tıbbi müdahale yoluyla yapılan beden muayenesinin veya vücuttan alınan örneklerin ceza muhakemesinde delil olarak kullanılması AIHS'nin 6. maddesinde güvence altına alınmış olan adil yargılanma kapsamında hakkaniyete uygun yargılama ilkesini de ihlal edebilir. Jalloh/Almanya kararında mahkeme, sözleşmenin 3. Maddesinin ihlali yoluyla elde edilen delillerin sanık hakkındaki ceza muhakemesinde kullanılmasını adil yargılama hakkı kapsamında kabul edilen hiç kimsenin kendisi aleyhine delil göstermeye zorlanamaması (nemo tenetur) ilkesinin ihlali olarak değerlendirmiştir.⁸¹ İspat hukukunu da ilgilendirdiği ve detaylı bir çalışmayı gerektirdiği için bu konu üzerinde durulmayacaktır.

3. Zorla Tıbbi Müdahalenin Sözleşmenin 3. Maddesine Uygunluğu İçin Gerekli Koşullar

AIHM, ceza muhakemesinde zorla icra edilen tıbbi müdahalenin Sözleşme ile güvence altına alınan hakları ihlal etmemesi için müdahalenin hangi koşulları taşıması gerektiğini daha önceki kararlarındaki içtihatlarını da göz önünde bulundurarak 11 Temmuz 2006 tarihli Jalloh/Almanya kararında tekrar vurgulamıştır.⁸²

Karara esas teşkil eden olay kısaca şöyle gerçekleşmiştir:⁸³ Başvurucunun 29 Ekim 1993 tarihinde küçük plastik poşetleri

⁸⁰ AIHK, X/Hollanda Kararı, Başvuru No. 8239/78; AIHM, D.-H.S./Almanya, 5 Ocak 2006 tarihli kabul edilmezlik kararı, Başvuru No. 32352/02; AIHM, Jalloh/Almanya kararı, parag. 70.

⁸¹ Jalloh/Almanya parag. 87 vd.

⁸² Kararın eleştirisi için bkz. Susanne Reindl, Zur Zulaessigkeit körperlicher Eingriffe im Strafverfahren/EGMR, Urteil vom 11. Juli 2006, Jalloh gegen Deutschland, No. 54810/00

⁸³ AIHM, Jalloh/Almanya, parag. 11 vd.

V. TÜRK - ALMAN TIP HUKUKU SEMPOZYUMU

FARUK
TURHAN'IN
TEBLİĞİ

(Bubble) ağzından çıkarıp başka bir kişiye para karşılığı verdiği dört sivil polis tarafından en az iki defa gözetlenmiştir. Plastik poşetlerin uyuşturucu içerdiği şüphesiyle başvurucu, polisler tarafından yakalanmıştır. Başvurucu yakalama sırasında ağzında sakladığı bir başka plastik poşeti yutmuştur. Gecikme nedeniyle soruşturmanın tehlikeye düşeceği gerekçesi ile savcı, başvurucunun yuttuğu poşetin kusturularak çıkarılması için bir hekim tarafından kendisine kusturucu madde verilmesine karar vermiştir. Bu amaçla başvurucu bir hastaneye getirilmiş ve kusmayı sağlayacak şurubu içmeyi reddetmesi üzerine dört polis tarafından sıkıca tutulmuş, bir doktor tarafından burnundan midesine salınan bir sonda ile önce tuz çözeltisi arkasından da kusturucu şurup (Ipecacuanha şurubu) zorla verilmiştir. Ayrıca sanığa doktor tarafından kusturmayı sağlayıcı bir morfin çeşidi olan apomorfin enjekte edilmiştir. Bu müdahale sonunda başvurucu, yutmuş olduğu 0,2182 gram ağırlığındaki (plastik poşet içindeki) kokain kapsülünü kendisini gözetim altında tutan polislerin önünde kusmuştur. Yakalanmasından yaklaşık bir buçuk saat sonra başvurucu bir doktor tarafından muayene edilmiş ve tutuklanmasına engel bir durum olmadığı tespit edilmiştir. 30 Ekim 1993 tarihinde başvurucunun mahkeme tarafından tutuklanmasına karar verilmiştir. Ancak, iki husus taraflara arasında tartışmalı kalmıştır: Birincisi, müdahaleden önce tıbbi anamnez alınmış olup olmadığı ve ikincisi ise, başvurucunun sağlığı ile ilgili ileri sürdüğü şikayetlerin müdahale nedeniyle meydana gelip gelmediği. Başvurucu, anamnez alınmadığını ve zorla müdahalenin meydana getirdiği yaralanmalar nedeniyle iki hafta boyunca burun kanamaları geçirdiğini ve mide bölgesinde ağrılar çektiğini ileri sürmüştür.

Yapılan yargılama sonunda başvurucu, uyuşturucu ticareti yapmaktan bir yıl hapis cezasına mahkum olmuş ve bu cezanın infazı ertelenmiştir. Ancak Eyalet Yüksek Mahkemesi

bu cezayı 6 ay hapis cezasına indirmiş ve cezanın infazını ertelemiştir.⁸⁴

AİHM bu müdahaleyi, aşağıda belirtilen gerekçelerle insanlık dışı ve onur kırıcı muamele olarak nitelendirerek, sözleşmenin 3. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.⁸⁵

Mahkemenin içtihatlarına göre, ceza muhakemesinde delil elde etmek amacıyla vücuda yapılacak tıbbi müdahale veya muayenenin, sözleşmenin 3. maddesinde güvence altına alınmış olan insanlık dışı ve onur kırıcı muamele yasağını ihlal etmemesi için, bazı koşulları taşıması gerekir.

AİHM'ye göre, zorla tıbbi müdahalenin insanlık dışı veya onur kırıcı muamele niteliği taşıması için şu koşulların gerçekleşmesi gerekir:

**a. İcra Edilen Tıbbi Müdahalenin Gerekliliği
İkna Edici Bir Şekilde İspatlanmalıdır**

Mahkemeye göre, bir suçla ilgili delil elde etmek amacıyla zorla icra edilen her tıbbi müdahalenin gerekliliği, olayın özelliğine göre ikna edici bir şekilde ispat edilmeli (haklı kılınmalıdır). Müdahale, ilgili kişinin vücudundan kendisine isnat edilen bir suç nedeniyle maddi bir delilin elde edilmesi amacıyla yapılıyorsa, müdahalenin haklılığının ispatı özellikle gereklidir. Bu durumda, olayın bütün yönleri dikkatli bir şekilde göz önünde bulundurulmalıdır. Bu bağlamda incelenmesi ve göz önünde bulundurulması gereken hususlar şunlardır.⁸⁶

1. Soruşturulması yapılan suçun ağırlığı layığıyla göz önünde bulundurulmalıdır.

⁸⁴ AİHM, Jalloh/Almanya, parag. 20.

⁸⁵ AİHM, Jalloh/Almanya, parag. 75-83.

⁸⁶ Jalloh/Almanya, parag. 71.

FARUK
TURHAN'IN
TEBLİĞİ

2. Yetkili makamlar, alternatif soruşturma ve delil elde etme seçeneklerinin bulunup bulunmadığını dikkate aldıklarını da ispat etmelidirler.

3. Ve nihayet müdahale, sanığın sağlığını süreklilik arz eden bir zarar verme tehlikesine maruz bırakmamalıdır.

b. Tıbbi müdahale, Sözleşmenin 3. Maddesi ile İlgili Olarak Mahkemenin Kabul Etmiş Olduğu Asgari Ağırlık Düzeyinin Altında Olmalıdır

Tedavi amaçlı tıbbi müdahalelerde olduğu gibi, bir kimşenin vücudundan delil elde etmek amacıyla zorla icra edilen bir tıbbi müdahalenin yapılış şekli de sözleşmenin 3. maddesi ile ilgili olarak AİHM'nin içtihatlarında belirlemiş olduğu asgari düzeyin altında kalmalıdır. Bu bağlamda zor kullanılarak icra edilen tıbbi müdahalenin ilgili kişide büyük acılara veya fiziki ıstıraplara neden olup olmadığı sorunu özellikle açıklığa kavuşturulmalıdır.⁸⁷

c. Tıbbi Müdahale Hekim Tarafından Yapılmalıdır

Tıbbi müdahale ile ilgili olarak üzerinde durulması gereken bir diğer faktör de, zorla tıbbi müdahalenin icrasına bir hekim tarafından karar verilmiş, müdahalenin bir hekim tarafından icra edilmiş ve ilgili kişinin de sürekli hekim kontrolünde bulundurulmuş olup olmadığıdır.⁸⁸

⁸⁷ Jalloh/Almanya, parag. 72 ve orada atıfta bulunulan diğer kararlar.

⁸⁸ Jalloh/Almanya, parag. 73 ve orada atıfta bulunulan AİHK'nın Iljiov/Bulgaristan kararı (karar no. 33977/96).

**d. Tıbbi Müdahale Kişinin Sağlık Durumunu
Kötüleştirmemlidir**

FARUK
TURHAN'IN
TEBLİĞİ

Bu müdahalenin, ilgilinin sağlık durumunu kötüleştiren ve sağlığı açısından süreklilik arz eden bir sonuç doğurup doğurmadığı da dikkate alınmalıdır.⁸⁹ Doktrinde, şüpheli veya sanığın vücut muayenesine katılmak zorunda olduğu ancak, muayeneye aktif olarak katılmak zorunda olmadığı kabul edilmektedir.⁹⁰

**4. AİHM'nin Jalloh/Almanya Kararı Işığında
CMK ve Yönetmeliğin Beden Muayenesi ve
Örnek Almaya İlişkin Hükümlerinin
Değerlendirilmesi**

AİHM'nin Jalloh/Almanya kararındaki değerlendirmeleri insan haysiyetinin ve vücut bütünlüğünün korunması açısından oldukça önemli ve somut olay açısından da isabetli kriterleri içermektedir.

1. Mahkemeye göre "tıbbi müdahalenin gerekliliği", soruşturulması yapılan her somut olayın özelliğine göre ispatlanmalıdır. Bu hususta göz önünde bulundurulacak birinci kriter "suçun ağırlığı"dır. Jalloh/Almanya kararında mahkeme, uyuşturucu madde ticaretini ağır bir suç olarak nitelendirmiştir. Ancak mahkeme, somut olayda ilgili kişinin sadece bir sokak satıcısı olduğunu, ağzında muhafaza edebilecek kadar az miktarda uyuşturucu madde bulduğunu ve nihayet kişi hakkında hükmedilen cezanın azlığını da dikkate almıştır.⁹¹

⁸⁹ Jalloh/Almanya, parag. 74 ve orada atıfta bulunulan Iliyikov/Bulgaristan kararı, Krastanov/Bulgaristan kararı (30.9.20004 - Karar no. 50222/99, parag. 53).

⁹⁰ Meyer-Grossner, § 81a no. 10; Şahin, s. 240; Turhan, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 293.

⁹¹ Jalloh/Almanya, parag. 77.

V. TÜRK - ALMAN TIP HUKUKU SEMPOZYUMU

FARUK
TURHAN'IN
TEBLİĞİ

Yeni CMK, üst sınırı iki yıldan az hapsi gerektiren suçlarda beden muayenesi ve örnek almayı yasaklamakla, suçun ağırlığı koşulunu göz önünde bulundurmıştır. Ancak, üst sınırı iki yıl ve daha fazla hapsi gerektiren her suçta bu tedbire başvurulmasının, sözleşmeye uygun olduğu şeklinde anlaşılması gerekir. Mahkemeye göre, soruşturması yapılan suçun ağırlığı ile delil elde etmek için yapılan müdahalenin ağırlığı arasında bir oran bulunması gerekir.

2. Yetkili makamlar, alternatif soruşturma ve delil elde etme seçeneklerinin bulunup bulunmadığını dikkate aldıklarını ispat etmelidirler. AİHM, Jalloh/Almanya kararında, soruşturma organlarının, yutulmuş olan uyuşturucu maddenin tabii yollardan bırakılmasını bekleyebileceklerini belirterek, olayda alternatif delil elde etme seçeneklerinin dikkate alınmadığını tespit etmiştir.⁹²

CMK, birçok koruma tedbirinde aradığı, “*başka suretle delil elde edilmesi imkanı bulunmaması*” kriterine⁹³ beden muayenesi ve örnek alma açısından yer vermemekle birlikte, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırı olarak Anayasa’da (m. 13) açıkça düzenlenmiş olan⁹⁴ ve koruma tedbirlerine başvurunun da temel koşullarından biri olan ölçülülük ilkesiyle de aynı sonuca ulaşılabilir.⁹⁵

3. Tıbbi müdahalenin ilgilinin sağlığına süreklilik arz eden bir zarar verme tehlikesine maruz bırakmaması koşuluna da

⁹² Jalloh/Almanya, 77.

⁹³ Örneğin, CMK m. 134/1, 135/1, 139/1, 140/1.

⁹⁴ Anayasa’nın 13. maddesine göre ölçülülük ilkesi hakkında bkz. Yüksel Metin, *Ölçülülük İlkesi - Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelmesi*, Ankara, 2002, s. 209 vd.

⁹⁵ Öztürk/Erdem’e göre (s. 615), bu konuda üç kademeli bir yol izlenmelidir. İlk olarak kişinin peşine düşülerek bir yerde bıraktığı idrar, tükürük, saç vs. gibi artıklar toplanarak sonuca gidilmeye çalışılmalıdır. Bu olmazsa, yani kişi ihtiyaç duyulan artığını bırakmazsa, ikinci kademe olarak bunları vermesi kendisinden istenecektir. Vermediği takdirde ise üçüncü kademe olarak zorla alınmalıdır. Ancak uygulamada bunun yerine getirilmesi oldukça zor olduğunu kabul etmek gerekir.

CMK m. 75/2 ve 76/1'de açıkça yer verilmesi ile Mahkemenin içtihadına uygunluğunu göstermektedir. Jalloh/Almanya kararında Mahkeme, zorla kusturucu madde verilmesi sonucu Almanya'da iki kişinin öldüğünü de göz önünde bulundurarak, bu müdahalenin ilgilinin sağlığı açısından önemsiz bir risk oluşturduğu görüşünü kabul etmemiştir. Mahkeme ayrıca söz konusu metodun sağlık açısından taşıdığı riskler nedeniyle Avrupa Konseyine üye ülkelerin çoğunda uygulanmadığını da göz önünde bulundurmuştur.⁹⁶

Mahkemenin içtihadında da belirttiği gibi, basit veya geçici zarar verme tehlikesi Sözleşmeye aykırılık teşkil etmeyecektir. Aksi takdirde kan alma gibi basit bir tıbbi müdahale de kişinin sağlığına zarar verme tehlikesi nedeniyle imkansız hale gelir ve birçok ağır suçun aydınlatılmasını engelleyebilir. Tıp bilimcilerinin itiraz ettikleri zorla genital muayene veya anestezi verilerek muayene gibi muayene şekillerine, bu kriter nedeniyle uygulamada başvurulması mümkün olmayacaktır.

4. Üzerinde durulması gereken bir diğer konu da *tıbbi müdahalenin AIHM'nin, sözleşmenin 3. maddesi ile ilgili olarak kabul ettiği asgari düzeyin altında kalmasıdır*

Yukarıda belirtildiği gibi, AIHM, delil elde etmek amacıyla zor kullanılabileceğini kural olarak kabul etmektedir. Örneğin, zor kullanılarak sanıktan kan alınması kural olarak sözleşmeye aykırılık teşkil etmemektedir. Ancak, mahkeme, tıbbi müdahalenin yapılaş şeklinin sözleşmenin 3. maddesi ile ilgili içtihatlarında belirlemiş olduğu asgari düzeyin altında kalmasını aramaktadır. Eğer zor kullanılarak icra edilen tıbbi müdahale, ilgili kişide büyük acılara veya fiziki ıstıraplara neden olursa bu müdahale ile 3. maddedeki eşik aşılmış olur.

Jalloh/Almanya olayında mahkemenin tespitlerine göre, başvurucu kusturucu maddeyi içmeyi reddetmesi üzerine dört polis tarafından neredeyse vahşi bir şekilde bastırılarak

⁹⁶ Jalloh/Almanya, parag. 78

FARUK
TURHAN'IN
TEBLİĞİ

tutulmuş, burnundan midesine indirilen bir sonda ile tuz çözeltisi ve arkasından da kusturucu Ipecacuanha şurubu verilmiş ve buna ek olarak da kusturucu bir madde daha enjekte edilmiştir. Mahkeme, yapılan bu müdahalenin başvuruca acı ve korkuya neden olduğunu, verilen maddenin etkisini gösterip kusuncaya kadar olan sürede başvuruca çekmiş olduğu ruhi acılara dikkati çekmektedir. Bu süre içinde başvuruca polisler tarafından tutulmuştur. Bu koşullar altında başvuruca kusmaya zorlanması mahkemenin tespitine göre onur kırıcı bir muamele teşkil etmektedir.⁹⁷

CMK'da zorla beden muayenesinin icrasına ilişkin bir düzenleme yer almamakla birlikte Yönetmelik m. 18'de ilgili Cumhuriyet Savcılığınca "gerekli önlemler" in alınacağından söz etmektedir. Yönetmeliğin bu ifadesi, zorla muayene için her türlü tedbirin alınabileceği şeklinde anlaşılmalıdır. Uygulamada, AİHM'nin bu içtihadı göz önünde bulundurulacak zorlamanın onur kırıcı muamele eşiğine ulaşmamasına dikkat edilmelidir.

Bu açıdan örneğin mağdurun elleri ve ayaklarının tutularak zorla genital muayeneye tabi tutulmasının Sözleşme kapsamında onur kırıcı muamele teşkil edeceğinden şüphe etmemek gerekir.

5. Tıbbi müdahalenin *hekim tarafından yapılması* koşulunu da CMK m. 75/2 ve yönetmelikte (m. 4/2, 5/2, 2, 7/2) öngörülen düzenleme karşılamaktadır. Maddde 75/3'e göre, şüpheli veya sanığın iç beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması hekim veya sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından yapılabileceği belirtilmişken, yönetmelikte iç beden muayenesinin ancak hekim tarafından, vücuttan örnek alınması ise hekim veya onun gözetiminde diğer bir sağlık mesleği mensubu tarafından yapılmasını kabul etmiştir. Yönetmeliğin bu düzenlemesi kanundaki düzenlemeye göre

⁹⁷ Jalloh/Almanya, parag. 79.

AİHM'nin içtihatları ile daha uyumludur. Mahkeme, tıbbi müdahale öncesinde müdahalenin sanığın sağlığı açısından oluşturabileceği risklerin belirlenmesi açısından sanığın tıbbi anamnezinin alınmasına da önem vermektedir.

FARUK
TURHAN'IN
TEBLİĞİ

5. Zorla Tıbbi Müdahalenin Sözleşmenin 8. Maddesi Açısından Değerlendirilmesi

a. Zorla Tıbbi Müdahale ve Özel Hayata Saygı Gösterilmesi Hakkı

AİHS'nin 8. maddesinde herkesin özel ve aile hayatı ile konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkı güvence altına alınmıştır. Sözleşmede güvence altına alınan özel hayata yönelik bir ihlal başvurusu halinde AİHM, üç aşamalı bir inceleme yapmaktadır: Birinci aşamada başvuru konusu olay veya işlemin sözleşmenin 8. maddesinin birinci fıkrasında yer alan kavramlardan birine (özel hayat, aile hayatı, konut, haberleşme) girip girmediğini, yani 8. maddenin olaya uygulanabilirliğini tespit etmektedir. Bu soruya olumlu cevap verilmesi halinde, ikinci aşama olarak yapılan işlem veya alınan tedbirin bir müdahale teşkil edip etmediğini incelemektedir. Bu soruya da olumlu cevap verilmesi halinde üçüncü aşama olarak gerçekleşen bu müdahalenin 8. maddenin 2. fıkrası karşısında meşruluk kazanıp kazanmadığını tespit ederek sonuca varmaktadır.⁹⁸

Zorla beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması işleminin ilk bakışta kişinin özel hayatı kapsamına girmediği şeklinde algılanabilir. Ancak AİHM, yerleşmiş içtihatlarında, sözleşmenin 8. maddesinde güvence altına alınmış olan özel hayat kavramının kapsamına, kişinin beden ve ruh bütünlüğüne ilişkin müdahalelerin de girdiğine karar vermiştir. Mah-

⁹⁸ Gölcüklü/Gözübüyük, s. 331 ve orada zikredilen AİHM kararları; ayrıca bkz. Metin, s. 88-89.

FARUK
TURHAN'IN
TEBLİĞİ

kemeye göre, kişinin iradesine aykırı olarak yapılan kan veya tükürük örneği alma, alkol, DNA testleri kişinin özel hayatına müdahale teşkil etmektedir.⁹⁹ Mahkemeye göre, bir kimsenin bedeni o kimsenin özel hayatının en mahrem yönünü oluşturur. Bu nedenle, çok küçük çapta da olsa zorla yapılan bir tıbbi müdahale, bu hakka bir müdahale teşkil eder.¹⁰⁰

Ancak özel hayata yönelik bir müdahale 8. maddenin 2. fıkrası karşısında meşruluk kazanabilir. Üçüncü aşama olan müdahalenin meşruluğunun incelemesinde AİHM, 1) müdahalenin kanunla öngörülmüş olmasını, 2) güdülen amacın meşruluğunu ve 3) müdahalenin demokratik bir toplumda gerekliliğini araştırmaktadır.¹⁰¹

Buna göre, zorla tıbbi müdahale yoluyla beden muayenesi ve vücuttan örnek almanın meşruluk kazanabilmesi için; 1) müdahale "*kanunla öngörülmüş*" olmalı, 2) müdahale 8. maddenin 2. fıkrasında belirtilen "*meşru amaç*"lardan (sınırlama sebeplerinden) birine veya bir kaçına dayanmalı ve 3) müdahale bu amaca ulaşmak için "*demokratik bir toplumda gerekli*" olmalıdır. Bu koşullardan birisinin bulunmaması halinde yapılan tıbbi müdahale özel hayata saygı gösterilmesi hakkını ihlal edecektir.¹⁰²

b. Zorla Beden Muayenesinin AİHS m. 8'e Uygunluğu ve Türk Hukuku

Bu başlık altında özel hayata müdahalenin meşruluğu için yukarıda belirttiğimiz kriterler zorla tıbbi müdahale yo-

⁹⁹ Gölcüklü/Gözübüyük, s. 334.

¹⁰⁰ AİHM'nin 22 Temmuz 2003 tarihli Y.F./Türkiye Kararı, Başvuru No. 24209/94, kararın Türkçesi için bkz. <http://ilhami.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=3834>, parag. 33 (erişim tarihi 11.01.2008).

¹⁰¹ Gölcüklü/Gözübüyük, s. 331; Metin, s. 89; Y.F./Türkiye Kararı, parag. 36 ve orada zikredilen diğer kararlar.

¹⁰² Y.F./Türkiye Kararı, parag. 36 ve orada zikredilen diğer kararlar.

luyla beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması açısından ana hatları ile incelenecektir.

1. Müdahalenin kanunla öngörülmüş olması: CMUK m. 66/2'nin çok yetersiz düzenlemesi karşısında yeni CMK ve yönetmeliğin beden muayenesi ve vücuttan örnek almaya ilişkin kapsamlı düzenlemeleri, AİHM'nin 8. madde ile ilgili olarak tıbbi müdahalenin kanunla öngörülmüş olma kriterini karşılamaya yeterlidir.

Yukarıda gözaltına alınanların sağlık kontrolünden geçirilmesi konusunda değinmiş olduğumuz AİHM'nin, 22.7.2003 tarihli Y.F./Türkiye kararı bu açıdan önem taşımaktadır. Mahkeme söz konusu kararında, gözaltına alınan bir şüphelinin polis memurlarının kararıyla iradesi dışında jinekolojik (genital) muayeneye zorlanmasını sözleşmenin 8. maddesindeki özel hayata saygı gösterilmesi hakkının ihlali olarak nitelendirmiştir.¹⁰³ Muayenenin yapıldığı tarihte gözaltına alınan kişilerin sağlık kontrolünden geçirilmesini öngören kanuni bir düzenlemeye hukukumuzda yer verilmediği için AİHM, yapılan müdahalenin kanunla öngörülmüş olma koşulunu taşımadığına ve sözleşmenin 8. maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir. Yukarıda açıklandığı üzere, yeni CMK m. 99 ve Yakalama ve Gözaltı Yönetmeliği bu konuda ayrıntılı hükümler içermektedir.

2. Müdahalenin meşru bir amaca hizmet etmesi: Ceza mahkemesinde delil elde etmek için şüpheli, sanık veya mağdurun beden muayenesi veya vücutlarından örnek alınması, sözleşmenin 8. maddesinin 2. fıkrasında yer alan ulusal güvenlik, kamu güvenliği ve suç işlenmesinin önlenmesi amaçlarına hizmet ettiği için müdahalenin meşru bir amaca sahip olması açısından herhangi bir sorun söz konusu değildir.¹⁰⁴

¹⁰³ Kararın değerlendirilmesi ile ilgili olarak bkz. Gülsoy/Kök, s. 3-21.

¹⁰⁴ AİHM, 5.1.2006 tarihli D.-S.H./Almanya, kabul edilmezlik kararı, Başvuru no. 32352/02, kararın Almanca metni için bkz. http://www.coe.int/T/D/Menschenrechtsgerichtshof/Dokumente_auf_Deutsch/Volltext/Entscheidungen/ (erişim tarihi: 11.1.2008)

FARUK
TURHAN'IN
TEBLİĞİ

3. Müdahalenin demokratik bir toplumda gerekliliği: Müdahalenin meşruluğu açısından üçüncü ve en önemli sorun, zorla beden muayenesi ve örnek almanın kişinin özel hayatına saygı açısından demokratik bir toplumda gerekli olmasıdır. Anayasa'nın 13. maddesinde temel hakların sınırlandırılması ölçütlerinden biri olarak da kabul edilmiş olan, müdahalenin "demokratik bir toplumda gerekliliği"ni AİHM, -diğer kriterler yanında- müdahalenin "zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılaması" ve "meşru amaçla orantılı" (ölçülü) olması gerektiği şeklinde iki temel kritere dayandırmaktadır.¹⁰⁵ Bu iki kriteri zorla tıbbi müdahale açısından ifade edersek, müdahale, zorunlu toplumsal bir ihtiyacı karşılamalı ve meşru amaç ile kişinin özel hayatının korunması arasında makul bir ölçünün bulunması (dengenin kurulmuş olması) gerekir.¹⁰⁶

Zorla tıbbi müdahale açısından belki de en önemli husus, ölçülülük ilkesinin göz önünde bulundurulmasıdır. Yukarıda açıklandığı üzere, diğer koruma tedbirlerinde olduğu gibi beden muayenesinde de ölçülülük ilkesi göz önünde bulundurulmalıdır. Zorla muayene veya vücuttan örnek alma ilk başvurulacak tedbir olarak değil, kişinin haklarına daha az müdahale teşkil eden bir yolla delil elde etme imkanı bulunmadığı takdirde başvurulacak bir tedbir olarak uygulanmalıdır.

Ancak, başka delillerin bulunması her zaman tıbbi müdahale veya örnek almayı Sözleşmeye aykırı hale getirmez. AİHM, D.-H.S/Almanya¹⁰⁷ kabul edilmezlik kararında, sanığın polisteki sorgusu sırasında ikrarda bulunması, olayda kullanılan daktilonun ele geçirilmiş olması gibi delillerin olmasına rağmen, sanıktan kan ve tükürük örnekleri alınmasını sözleşmeye aykırı bulmamıştır. Çünkü sanık muhakemenin ileri aşamasında ikrarını geri çekmiş ve ikrarın doğru olmadığını ileri sürmüştür. Ayrıca olayda soruşturması yapılan

¹⁰⁵ Bu konuda bkz. Gölcüklü/Gözübüyük, s. 377 vd. ve orada zikredilen kararlar

¹⁰⁶ AİHM, D. -S.H/Almanya kararı.

¹⁰⁷ AİHM, D.- S.H/Almanya kararı.

suçun ve bu suçla bağlantılı olan suçların ağırlığı da mevcut bütün delillerin toplanmasını haklı göstermektedir. Bu nedenle muayene ve örnek almanın gerekliliğini başvurulacak son çare şeklinde anlamamak gerekir.

V. SONUÇ

1. Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması Yeni CMK'nın getirdiği en önemli reform hükümlerinden birisini teşkil etmektedir. Bu delil elde etme yöntemiyle, delilden şüpheliye ulaşma ve ceza muhakemesinde işkence, insanlık dışı ve onur kırıcı muamelenin önlenmesi açısından da önemli bir tedbir olarak soruşturma makamlarının hizmetine sunulmuştur. Ancak, zorla muayene işlemin bizzat kendisi insanlık dışı veya onur kırıcı muamele niteliğine dönüştürülmemelidir.

2. Beden muayenesinin iç ve dış beden muayenesi olarak ikiye ayrılması ve CMK ile yönetmelik hükümlerinin farklı düzenlemeleri doktrinde haklı olarak eleştiri konusu olmakta ve uygulamacıları da tereddüde sevk etmektedir. Bu açıdan öncelikle dış beden muayenesinin CMK m. 75'te açıkça düzenlenmesi ve yönetmelik ile CMK arasındaki çelişkilerin giderilmesi gereklidir. Ancak, yönetmelikteki düzenlemelerin AİHM içtihatlarını karşılama açısından yerinde olduğu göz önünde bulundurulmalıdır.

3. Suçun aydınlatılması ve failin cezalandırılmasındaki kamu yararı nedeniyle şüpheli, sanık veya mağdurun muayene ve örnek alma tedbirlerine katlanması gerekir. Tedbir hakkında bilgilendirilmiş olmasına rağmen ilgili kişi muayene veya örnek almaya karşı çıkması halinde, tedbirin zorla yerine getirilmesi söz konusudur.

4. AİHM'ye göre, bir suçun aydınlatılması için delil elde etmek amacı ile zorla muayene ve vücuttan kan, tükürük gibi örnekler alınması kural olarak sözleşmeye aykırı değildir. Ancak, bunun için öncelikle delil elde etmek amacıyla tıbbi müdahale gerekli olmalıdır. Gereklilik ise, soruşturması ya-

FARUK
TURHAN'IN
TEBLİĞİ

pılan suçun ağırlığı, alternatif soruşturma seçeneklerinin göz önünde bulundurulması ve sanığın sağlığına zarar vermeme kriterleri göz önünde bulundurulmuş olarak değerlendirilmektedir. İkinci olarak yapılacak müdahale, sözleşmenin 3. maddesiyle ilgili olarak mahkemenin kabul etmiş olduğu asgari ağırlık düzeyinin altında kalmalı, müdahale hekim tarafından yapılmalı ve müdahale kişinin sağlık durumunu kötüleştirme-melidir. CMK ve yönetmeliğin düzenlemeleri kural olarak Mahkemenin ortaya koymuş olduğu bu kriterleri karşılayacak niteliktedir. Ancak, CMK'da başka türlü delil elde etme imkanına ilişkin bir kritere yer verilmemiş olması dolayısıyla sorun ortaya çıkabilir. Bu sorun da, soruşturma ve kovuşturma makamlarının AİHM'nin içtihatlarını dikkate almasıyla aşılacaktır. Mahkemenin içtihatları dikkate alındığında, uygulamada zorla muayene ile ilgili olarak ortaya atılan endişelere de yer kalmayacaktır.

5. Delil elde etmek amacı ile zorla tıbbi müdahale kural sözleşmenin 8. maddesinde güvence altına alınmış olan özel hayata saygı gösterilmesi hakkını da ihlal etmez. Ancak, bunun için yapılacak müdahalenin bir takım ölçütlere uygun olarak gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Bu kriterler içinde en önemlisi ölçülülük ilkesi olarak nitelendirilen suçun aydınlatılması, kamu güveni ve ulusal güvenliğin sağlanması ile kişinin özel hayatının korunması arasında makul bir dengenin (ölçünün) bulunmasıdır. Bu kriterin gereği olarak, delil elde etmek için zorla muayene veya vücuttan örnek alma ilk tedbir olarak değil, kişinin haklarına daha az müdahale teşkil eden bir yolla delil elde etme imkanı bulunmayan hallerde başvurulması halinde AİHS'ye aykırılık söz konusu olmayacaktır.

Zamanı aştığım için özür dilerim. Teşekkür ederim.

V. TÜRK - ALMAN TIP HUKUKU SEMPOZYUMU

Oturum Başkanı: Sayın Faruk Turhan'a teşekkür ediyorum. Kendisi 7 dakika süresini aşmış bulunuyor. İnşallah diğer konuşmacılara kötü örnek olmaz diye ümit ediyorum.

FARUK
TURHAN'IN
TEBLİĞİ

Şimdi söz Doç. Dr. Veli Özer Özbek'te, konusu "*Tıp Ceza Hukukunda DNA İncelemesi.*"

Buyurun Sayın Özbek.

Doç. Dr. Veli Özer ÖZBEK (DEÜ Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi):*

I. Terim-Kavram

A. Terim

Gen, bir organizmaya ait tüm genetik bilgiyi içerir. Gen analiz ise, insanın genetik özelliklerinin belirlenmesine hizmet eden bir yöntemdir. Değişik genetik analiz usullerinin varlığı "*geniş anlamda gen analiz*" kavramının üst bir kavram olarak kabul edilmesini gerektirir. Gerçekten "*geniş anlamda gen analizi*" ne çeşitli alanlarda ve farklı amaçlar için başvurulur. Bu anlamda gen analizinin dört farklı alanda yapıldığı görülür: Fenotip alanda, kromozom alanında, gen üretimi (biyokimya) alanında ve nihayet DNA alanında. Görüldüğü üzere, DNA incelemesi (analizi) ya da moleküler genetik incelemeler gen analizinin sadece bir kısmını oluşturur ve ceza muhakemesini ve dolayısıyla *Tıp Ceza (Muhakemesi) Hukuku*'nu ilgilendiren kısmı da budur.

DNA, İngilizce bir terim olan "*Dezoksiribonükleik asit*" in kısaltmasıdır. Ülkemizde bilimsel alanda ve günlük yaşamda daha çok DNA teriminin kullanıldığı söylenebilir. Bununla birlikte, Alman literatüründe bir yandan genetik bir araştır-

* "*Tıp Ceza Hukukunda DNA İncelemesi*" başlıklı tebliğ.

maya dayalı bulunması ve diğer yandan da parmak izi gibi her insanda farklı olması nedeniyle DNA-Analizi terimi yerine "genetik parmak izi testi" terimi de kullanılmaktadır. Bunun yanında DNA-Profil-Analizi, DNA-Mukayese-Analizi gibi terimlerin kullanıldığı görülmektedir. Konuyu düzenleyen A1.CMUK § 81d "moleküler genetik araştırmalar"¹ terimini tercih ederken, 1999 CMUK Tasarısı "genetik analiz" terimini kullanmaktaydı. 5271 sayılı CMK'da ise A1.CMUK esas alınmış ve "moleküler genetik incelemeler" terimi tercih edilmiştir. Yukarıda da açıklanmaya çalışıldığı gibi "genetik analiz" üst bir kavram olup, DNA-Analizi genetik analiz usullerinden sadece birisi ve ceza muhakemesi için gerekli olanıdır. Dolayısıyla daha önce tasarı için yönelttiğimiz eleştiriyi CMK için de tekrarlıyor ve terimin gözden geçirilmesinin yararlı olacağını düşünüyoruz. Bu açıklamalar çerçevesinde biz çalışmamızda DNA-Analizi teriminin kullanılmasının daha doğru olacağını düşünmekle birlikte terim kargaşası yaratmamak adına yasal terimi kullanmayı uygun görmekteyiz.

B. Kavram: Moleküler Genetik İnceleme (DNA Analizi) nedir?

Kromozom, hücre çekirdeğinin ortasında yer alan ve çekirdek bölünmesi sırasında görülebilen çomak biçimindeki cisimciklerdir. Kromozomlar üzerinde belirli mevkilerde DNA dizileri lokalize olmuştur;² bu diziler işlevsel olarak genleri temsil ederler. Kromozomlar bir kuşaktan diğerine kalıtsal etmenler, yani genler ile dağılırlar. Diğer bir deyişle, kalıtsal faktörler olan genler hücre çekirdeğinde bulunan kromozomlar üzerinde yer alır. Her canlı türünün yaşam çevrimi (döngü), organizmayı oluşturan tüm hücrelerde özdeş olan belli bir kromozom sayısı ile belirginleşir. İşte kalıtım yani soyaçekim canlı hücrelerin içindeki kromozomlarda yer alan ve

¹ = Molekulargenetische Untersuchungen

² = Genort

VELİ ÖZER
ÖZBEK'İN
TEBLİĞİ

başlı başına birer biyolojik varlık olarak kabul edilen genlere bağlıdır. Genlerin hücrelerdeki işlevi, hücresel proteinlerin sentezlenmesi işlemini yöneten şifreli mesajları depolamaktır. Genler hücrelerdeki protein sentezini düzenleyerek hücresel yaşamı kontrol eder. O halde, soyaçekim nasıl gerçekleşmektedir? Yani genler kendi kopyalarını nasıl bir mekanizma sonucu sağlamaktadır? Bu sorunun cevabını genlerin kimyasal yapısı vermektedir. Gerçekten kalıtsal madde, hücrede bulunan *dezoksiribonükleik asit* (DNA) molekülüdür. Diğer bir deyişle, genetik bilgiler DNA içine kodlanmıştır. Her DNA yaklaşık 50-100 bin arası gen içerir. DNA "*çift sarmal*" yapıya sahiptir. Bir DNA molekülü *nükleotit* olarak adlandırılan birimlerden oluşan biribiri etrafında sarmal biçimde dolanmış iki zincirden meydana gelir. Her bir nükleotit, *dezoksiriboz* denen özel bir şeker molekülü ile bir fosfat grubu ve Adenin (A), Guanin (G), Zitosin (Z) ve Timin (T) den oluşan dört azotlu bir bazın birinden meydana gelir. İşte genlerin kendi kendini aynen eşleyebilme yeteneği DNA'nın bu çift sarmal yapısıyla açıklanabilir. Gerçekten her bir zincir ikişer ikişer bir araya gelir ve böylece birbirine ters yönde ilerleyen paralel zincir üzerindeki her baz diğer bir bazı eş olarak alır (Zitosim/Guanin ve Adenin/Timin). Böylece sanki bir merdiven gibi inşa edilmiş olan çift sarmal yapı meydana gelir. Kalıtıma ilişkin bilgi, bazların birbirini takip eden bu zincir formu, yani *genetik şifre* içinde bulunur. Diğer bir deyişle periyodik olmayan bir şekilde sıralanmış olan bazlar asıl genetik bilgiyi içerir. Bazlar ve bazların dizilişi genetik bilginin kaydedilmiş olduğu sanki bir "*dil*"i sembolize eder. Mesela AAGTACGCC biçimindeki baz dizisi sonuç olarak başka bir anlam içeren GATGACAGT biçiminde meydana gelir. Dört harften oluşan silsile genetik yazının kodlayan metnini oluşturur. İşte bundan DNA kodu olarak söz edilir. İnsandaki DNA sayısının 3 ila 4 milyar arasında olduğu tahmin edilmektedir. Genetik şifrenin yazılması halinde yaklaşık 1 milyon sayfayı bulan bir kitap olacağı söylenmektedir. Genetik şifrenin en küçük bilgi içeriği Triplet'tir. Bir Triplet proteinin temel taşı olan bir aminoasit için bilgi

içerir. Protein albümin maddesi olup, insan organizmasının gelişim ve işlev yeteneğini mümkün kılar. İrsiyete ilişkin bilgiler DNA'nın tamamında bulunmaz. Kodlanan DNA sıraları diğer bir deyişle genler arasında farklı uzunlukta DNA kırıkları yer alır. Bugüne kadar elde edilen bilgilere göre işlevi tam olarak aydınlanmış olmasa da kodlayan alanları mutasyona karşı korumak olduğu tahmin edilen bu bölümler genetik bilgi içermez. Zira söz konusu bölümler protein oluşturmadığından, insan vücudunun işleyişine herhangi bir etki yapabilecek durumda değildir. Yani bu bölümler kodlama işlevine sahip değildirler; bu nedenle *DNA'nın kodlamayan kısımları* olarak adlandırılır. İnsan DNA'sının % 60-95'inin bu kısımlardan oluştuğu söylenmektedir. Bu alanlar yüksek değişken alanlar olup, birbiri ardınca sıralanmış DNA silsilelerinden oluşur. Bu DNA silsileleri her insanda farklı uzunlukta bulunur. İşte bugün DNA analizi, insandan insana farklılık gösteren bu uzunlukların mukayesesi suretiyle yapılır.

DNA genleri içindeki, yani kodlayan alanlardaki genetik bilgiler çok yavaş bir şekilde evrim geçirerek değişirler. Bu değişim her bir baz silsilesinin diğeri yerine geçmesi ile gerçekleşir ki bu mutasyon olarak adlandırılır. Bu tür mutasyonlar organizmayı derinden etkilemezler. Şayet değişim kodlayan alanlarda meydana gelirse bu çoğu kere kanser hastalıklarına yol açar. Buna karşılık kodlamayan alanda meydana gelen değişimler saklı kalır ve bir sonraki nesle aktarılır. Genetik değişim, sonraki nesil bakımından genellikle herhangi bir sonuç doğurmaz. İşte bu durum söz konusu baz silsilelerinin insandan insana çok büyük çeşitlilik göstermesini sonuçlar. Bu değişken kesimler 2 biçime ayrılır: Bunlardan *birincisi*, monoton baz sırası vasıtasıyla sürekli bir şekilde yinelenen kesimlerin kesintiye uğramasıdır. Bu kesimler her insanda farklı uzunluktadır; hatta ana-baba ve çocuk arasında bile farklılık gösterir. *İkincisi*, öyle diziler keşfedilmiştir ki; bunlar hafif değişen biçimde sık tekrarlanan bir şekilde ortaya çıkar. Bu kesimler *minisatelit diziler* olarak adlandırılır. Bunlar DNA dizisinin dizilişindeki özellikleri ortaya koyarlar. Çünkü birey

söz konusu dizilerin sıklık ve dizilişindeki çeşitlilik sayesinde nitelendirilir.

Minisatelit diziler genin kodlanmayan alanına ait oldukları için bunların analize tabi tutulması caizdir. Diziler, her insanın her bir hücresinde özdeş olarak yapılanmıştır. Hem minisatelitler, hem de onun genlerdeki dağılımı bireyseldir; yani kişiden kişiye çok büyük farklıklar gösterir. Bu yüzden onun taşıdığı bilgiler "genetik parmak izi" olarak adlandırılır. Ancak, bu yüksek çeşitliliğin tek yumurta ikizlerinde bulunmadığı vurgulanmalıdır. İşte bu yüksek çeşitlilik nedeniyledir ki, DNA-Analizi kriminalistik alanında mukayase olanağı yaratmıştır.

Genetik parmak izi testinin ilk basamağını mevcut izden mümkün olan en yüksek moleküler DNA'nın çıkartılması oluşturur. Analiz yöntemine göre değişmekle birlikte³ böyle

³ DNA analizinin 1985 yılında bulunmasından sonra analiz yöntemleri de gelişerek değişmiştir. Jeffreys tarafından da kullanılan ilk yöntem Multi-Locus Sistem(MLS)'dir. Bu yöntemin duyarlılığı nispeten daha azdır. Analiz için 1-2 üg yani 10^{-6} gram DNA'ya ihtiyaç vardır. Bu 500.000-1.000.000 arası sperm ya da 1-2 tırnak büyüklüğünde kan anlamına gelir. Öte yandan, biyolojik izler bakterilerle kirletildiği için bu yöntemin aradığı özellikteki DNA'nın izlerde bulunamamasına yol açabilir. Yine DNA örnekleri uygulamada mesela, sperm ve vajinal hücrelerde olduğu gibi çoğu zaman birbiri içinde bulunur. İşte bu yöntemle, bunların yorumlanması çoğu kere mümkün olamamaktadır. Bu nedenlerle yöntemin başarı oranı % 10-20 de kalmıştır. Nitekim 1989 yılında bu yöntemden vazgeçilmeye başlanmıştır. Bu yöntemin yerini zamanla Single-Locus Sistem(SLS) almıştır. Kriminalistik açıdan kimlik tespiti için bu yöntemin kullanılması Multi Locus Sistem'e göre daha duyarlı olması nedeniyle daha fazla avantaj sunmaktadır. Mesela, bu yöntem ilkinde göre 10 kat daha duyarlıdır ve 100-200 ng yani 10^{-9} gram DNA gerektirir. Bu yöntemin uygulanması pek çok laboratuvar çalışmasını gerektirir ve nadiren yanlış sonuca ulaşılır. Ancak bu yöntem de kusursuz değildir: Bu yöntem de dejenere olmamış DNA örnekleri gerektirir. Bu ise çoğu zaman mümkün olmaz. İstatistiki değerlendirmeler de problemlere sebep olmaktadır. Analizin gerçek sonucuna ulaşabilmek amacıyla populasyon incelemeleri ve kalite kontrolleri icra edilmelidir. Uzmanlar bu analiz yönteminin başarı oranını %30-40 olarak değerlendirmektedir. Nihayet 80'li yılların ortalarında Kary B.Mullis Polymerase-Zincir reaksiyonu (PCR) keşfetmiştir. Bu yöntemde bir gen kopyeleme usulü söz konu-

bir araştırma için en az 10^{-6} gr. DNA'ya ihtiyaç bulunmaktadır; bu da tamamı kullanılabilir ise, yaklaşık 15 hücrenin DNA içeriğine karşılık gelmektedir. Daha da somutlaştırmak gerekirse 1 cm kare büyüklüğünde sperm (200 bin ila 1 milyon arası), 1-3 damla kan ya da örneğin, cinsiyetin güvenilir olarak tesbiti için en az 5 saç teline ihtiyaç vardır.

Bu şekilde elde edilen DNA'nın analizine ilişkin araştırmanın 7 değişik aşamadan geçtiği söylenebilir:

1. DNA'nın İzole Edilmesi: Çift sarmal biçiminde olan, birbirine dolanmış sarmal bir merdivene benzetilebilen ve bu merdivenin basamakları olarak da adlandırılabilir olan dört farklı azotlu bazdan (timin, adenin, guanin ve sitozin) oluşan DNA molekülü, mevcut hücre materyallerinden ayrıştırılır ve böylece saf DNA molekülü elde edilir.

2. Parçalara Ayırma: Çift sarmal biçimindeki DNA'nın enzimler tarafından birbirinden ayrılması (bölünmesi). Böy-

sudur. Gerçekten bu yöntemle bir kaç DNA molekülünden bir öğleden sonra 100 milyon kopye üretilebileceği söylenir. PCR yöntemi genin belli bir kısmının kısa bir zaman içinde çoğaltılmasını mümkün kılmıştır. PCR yönteminin bir faydası da diğer metotların aksine özel DNA dizilerinin sentezini mümkün kılabilmesi olmalıdır. Zincir reaksiyonunun hareket noktası istenen dizileri içeren DNA'dır. Bu diziler DNA-Polymerase yardımıyla çoğaltılır ve bunlar yüksek ısıya dayanıklı oldukları için bakterilerden izole edilir. DNA-Polymerase bir enzim olup, hem DNA'nın onarılmasına, hem de onun çoğalmasına hizmet eder. PCR yönteminin icrası için pek az DNA örneği yeterlidir. Laboratuvar deneylerinde bir mikrogramdan daha az DNA'nın yeterli olduğu görülmüştür. PCR bunun dışında tek bir DNA molekülünün çoğaltılmasına da yaramaktadır. Bu metod kısa DNA parçaları bakımından da özellikle başarılıdır ve bu yüzden küçülmüş DNA'da da olağanüstü başarıyla kullanılabilir. İşte PCR'nin diğer metotlardan daha avantajlı olması bu yüzden. Bu gerçek adli kriminalistik için olağanüstü büyük önem taşır. PCR ile DNA'nın olay yerindeki oldukça eski izlerden kurtulması mümkün olabilmektedir. Adli kriminalistik bakımından en büyük problem olan yeterli DNA materyalinin bulunması bu metodla en azından kısmen aşılmıştır. Ancak bu yöntemin istemeyen sonuçları da vardır: Üzerinde çalışılan materyalin temizlenmeden kalan en küçük kısımları ciddi sonuçlara yol açabilir, zira çoğaltma bunlarda da meydana gelmektedir. PCR tekniğinin başarı oranı % 90'a kadar ulaşır.

VELİ ÖZER
ÖZBEK'İN
TEBLİĞİ

lece DNA milyonlarca farklı büyüklükte parçalara ayrılır. Söz konusu enzimler albümin maddesi olup, bunlar bakterilerden izole edilir ve sanki kimyasal makaslar gibi DNA'yı belirli yerlerden kesebilir. Yani enzimler DNA'yı gelişigüzel değil, tam tersine ilgili enzim için karakteristik olan baz silsilesinin bulunduğu yerden keser. Böylece DNA enzim için karakteristik olan silsilenin sık ya da nadir bulunmasına göre farklı uzunluklarda kesilir. Ayırıcı enzimlerin etkisine göre oluşan parçaların sayı ve büyüklükleri bir insanın DNA'sı için karakteristik bir niteliğe, özelliğe sahiptir. Böylece her insan için bireysel olarak ortaya çıkan parça örneği, bireyin DNA parmak izini oluşturur.

3. Çözülüp Parçalanmış İletkenlik Yeteneği Olmayan Maddenin Nakli: DNA parçalarının elektrik akımı vasıtasıyla ayıklanması ve uzunluklarına göre tanzim edilmesi. Olay yerinde bulunan izden ve mukayese kişisinden (mesela, sanıktan) alınan ve yukarıdaki gibi elde edilen parçalar bir jel üzerine sürülür.

4. Sabitleme: Söz konusu parçaların taşıma materyali üzerine mevcut durumlarına göre sabitlenmesi. Böylece onların sonradan jel üzerindeki pozisyonlarının değişmesi engellenmiş olur. Özel emici mendil biçimindeki pek çok tabaka sünger etkisi yapar. Bunlar jel ve naylon zar vasıtasıyla aşağıdan tuz çözeltisini emer. DNA parçaları tuz çözeltisi ile hareket eder. Naylon zar bir filtre etkisi yapar ve DNA örneği onun üzerine geçer.

5. Kesişme: Naylon üzerinde kalan DNA parçaları uzunluklarına göre radyoaktif olarak işaretlenmiş DNA sondaları ile birleşir. Bu sonda ona uygun baz silsilesini gösteren tüm parçalara bağlanır. Böylece, mesela GATA sondası tamamlayıcısı niteliğindeki amaç silsile olan CTAT'a sürüklenir. Bağlantının sağlanmasına hidrojen köprüleri yardımcı olur. Burada yeni çift sarmal kesimler oluşur. Böylece baz silsilesi daha sonra önceden radyoaktif olarak işaretlenmiş sondalar vasıtasıyla görülebilir kılınır. Sondalar belirli, bilinen baz sil-

silesi ile DNA parçalarıdır. DNA sondalarının oluşumu farklı şekillerde meydana gelebilir.

6. Otoradyografi: Radyoaktif ışınlama yoluyla aranan DNA parçalarının bir röntgen filmi üzerinde görülebilir kılınması. Burada radoaktif sondalar DNA parçalarındaki bulunduğu yeri bir röntgen filminin karartılması vasıtasıyla gösterir.

7. Değerlendirme: Otoradyografi yoluyla elde edilen yatay ve uzunluğuna göre düzenlenmiş kodlamayan DNA parçalarını gösteren röntgen filminin değerlendirilmesi. Bu değerlendirmede sanık ya da mağdura ait vücut hücreleri ile olay mahallinden alınan iz DNA'sı mukayese edilir. Parçaların uzunluğunun uygun olması durumunda mevcut moleküller-genetik veriler vasıtasıyla tesadüfi bir uygunluğun olasılığı belirlenebilir.

DNA Analizinin en önemli faydası analiz için özel bir hücre materyalinin gerekli olmamasıdır. Yani insan vücuduna ait herhangi bir materyal, saç kepeği ya da kıl gibi, analiz yapmak için yeterlidir. Analiz sonucunun kesinliği, diğer muhakemelerden daha fazladır. Gerçekten analiz vasıtasıyla materyalin ait olduğu organizma kesine yakın bir şekilde (%99,86) ortaya konabilmektedir.

Bununla birlikte, DNA-Analizinde de bazı hata olasılıklarının bulunduğu söylenmektedir: Numunelerin karıştırılması, soruşturma materyalinin kirletilmesi⁴, DNA alınacak materyalin eski olması, analiz sırasında deformasyon, görsel değerlendirmede özensizlik ve yeterli popülasyon-genetik temel verilerin eksik olması. Bu hata kaynakları DNA Analizi sonuçlarının delil olarak değerlendirilmesinde mutlaka göz

⁴ Bu konuda Amerika'da görülen O. J. Simpson davası en güzel örneklerden birini oluşturur. Söz konusu davada her şey Simpson aleyhinde iken, savunma avukatlarınca soruşturmayı yapan polislerin özensiz davranışları nedeniyle izlerin bozulması tehlikesini yarattıkları ileri sürülmüş ve bu davanın beraatle sonuçlanmasına neden olmuştu.

VELİ ÖZER
ÖZBEK'İN
TEBLİĞİ

önünde bulundurulmalıdır. Bu nedenle DNA analizinin teorik olarak % 100 olan güvenilirliği her münferit olayda önemli ölçüde azalabilir.

İşte tıp ceza hukuku bakımından önemli olan yukarıdaki hata olasılıklarını en aza indirmek olmalıdır. Burada görev hem örnek alan hem de örneği inceleyen kişilere özellikle hekimlere düşmektedir.

İfade etmek gerekir ki DNA molekülü üzerinde çalışılan bölgeler ülkelere göre farklılık göstermektedir. Örneğin DNA profili elde edebilmek için Avrupa Topluluğu ülkelerinde 7 STR (Short Tandem Repeat), Amerika Birleşik Devletleri'nde 13 STR bölgesinin çalışılması zorunlu kılınmıştır. Bu bakımdan DNA analizinin güvenilirliği, aynı bölgeler üzerinde çalışılarak DNA profili elde edilmesine bağlıdır.⁵ Avrupa Birliği Konseyi'nin "DNA Analiz Sonuçlarının Değişimine Dair" 25 Haziran 2001 tarihli kararında, üye ülkelere, DNA verisi elde etmek amacıyla aynı gen bölgelerini incelemeleri ve birbiriyle uyumlu veri tabanı kurmaları tavsiye edilmiştir. Bugün çoğu Avrupa Birliği ülkesi benzer kimliklendirme teknolojilerini ve uluslararası standartları kullanmaktadır. Bu şekildeki yapılanma, suçla uluslar arası alanda mücadele edilebilmesi amacıyla ülkeler arasında veri değişim imkânı da vermektedir.⁶

⁵ Atasoy, "DNA Profilleri", <http://www.istanbul.edu.tr/enstituler/adli/dnahuman.htm>.; Atasoy, "Kriminal Amaçlı DNA", <http://www.istanbul.edu.tr/enstituler/adli/dnaprofiles.htm>.

⁶ DNA Verileri ve Türkiye Milli DNA Veri Bankası Kanunu Tasarısı, Genel Gerekçe, <http://www.kgm.adalet.gov.tr/gorus/dnaveribankasi.htm>., Erişim Tarihi: 29. 12. 2006; Atasoy, "Kriminal Amaçlı DNA", <http://www.istanbul.edu.tr/enstituler/adli/dnaprofiles.htm>.; Birgen, Nur, "5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ve 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Adli Tıp Uygulamalarına Yansıması", *HPD*, S: 8, Eylül 2006, s. 28.

II. Tanım

CMK *moleküler genetik incelemeyi tanımlamamıştır*. Bununla birlikte, Yönetmelik *moleküler genetik incelemeyi şu şekilde tanımlamaktadır: Gereken tür ve miktardaki biyolojik materyali kullanarak, kişiyi diğer kişilerden ayıran ve kalıtım kurallarına uygun olarak aktarılan hastalık dışındaki özelliklerinin moleküler düzeyde araştırılmasıdır* (Yönetmelik m. 3).

III. Hukuki Nitelik

CMK'da koruma tedbirleri başlığı altında düzenlenmemiş olmakla birlikte koruma tedbirlerinin özelliklerini taşıyan başka tedbirlerin de bulunduğu söylenmelidir. Bunlar daha çok keşif ya da bilirkişi incelemesi niteliği taşıyor olsa da özellikle temel haklara müdahale niteliği taşıyor olmaları koruma tedbirleri başlığı altında incelenmelerini zorunlu kılmaktadır. Bununla birlikte söz konusu tedbirlerin "*Gözlem altına alınma, Muayene, Keşif ve Otopsi*" başlığı altında CMK m.74 vd. da düzenlendiği hatırlatılmalıdır. Buna göre gözlem altına alınma (m. 74), beden muayenesi (m. 75-77), moleküler genetik incelemeler ve fizik kimliğin tespiti (m. 81) karma nitelikli koruma tedbiri özelliği taşır.

Moleküler genetik incelemeler aslında bağımsız bir tedbir değildir; bir yönüyle vücudun muayenesi koruma tedbirinin bir parçası, diğer bir yönüyle keşif veya olay yeri incelemesinin bir uzantısıdır.

Tedbirin başarısı bir önceki tedbire yani beden muayenesi, örnek alınması tedbirlerinin ve olay yeri incelemenin başarısına bağlıdır. Gerçekten şüpheli ya da sanıktan ve yine mağdur üzerinde veri elde edilebilsin ki, bu veri olay yerinden elde edilen verilerle karşılaştırılabilir. Burada ön koşulun DNA bankasının varlığı olduğu unutulmamalıdır. Böyle bir banka kurulmadığı sürece zorluklar yaşanacaktır.

VELİ ÖZER
ÖZBEK'İN
TEBLİĞİ

Beden muayenesi yoluyla elde edilen vücut materyallerinin genetik incelemeye tabi tutulması bu yöntemin sadece bir yönünü ortaya koyar. Bu durumda yöntem beden muayenesi koruma tedbirinin bir parçası olup, bilirkişi incelemesi ile bir arada uygulanır. Öte yandan, olay yerinden elde edilen iz materyallerin⁷ de moleküler genetik incelemeye tabi tutulması mümkündür. Bu yönüyle ise yöntem, vücudun muayenesi koruma tedbirinden ayrılmakta, daha çok keşif ve/veya olay yeri incelemesi sonrasında başvurulmuş bir bilirkişi incelemesi niteliğine bürünmektedir.

Görülüyor ki, moleküler genetik incelemenin iki yönü vardır:

Birincisi olay yerinden elde edilen “iz materyal” in analizi, **ikincisi** ise sanıktan alınan “vücut materyalinin” analizi. Bu durumda moleküler genetik inceleme sanık ve/veya mağdurdan alınan örnekler ile bir mukayeseyi gerektireceğinden her halükarda temel haklara müdahaleyi içinde barındırır. Kendine özgü uygulanma koşullarının varlığı moleküler genetik incelemenin farklı bir hukuki niteliğe bürünmesine neden olmakta ve onun beden muayenesi koruma tedbirinden ayrı madde/maddelerde düzenlenmesini zorunlu kılmaktadır.

Yasanın konuyu düzenleyen hükümlerinin keşif içinde ele alındığı görülür. Ancak bu durum ne beden muayenesinin, ne de moleküler genetik incelemenin bir koruma tedbiri olmadığı sonucunu doğurmamalıdır: Gerçekten adil yargılamanın temel gereklerinden biri de muhakemenin mümkün olduğunca kısa bir zamanda sonuçlandırılması ve hükmün infaz edilebilmesidir. Ceza muhakemesi sırasında başvurulmuş tutuklama, yakalama, arama, elkoyma gibi koruma tedbirleri bu amacı sağlamaya yö-

⁷ *Polisin Adli Görevlerinin Yerine Getirilmesinde Delillerin Toplanması, Muhafazası ve İlgili Yerlere Gönderilmesi Hakkında Yönetmelik* de buna imkan sağlamaktadır. Buna göre, olay yerinde alınması gerekli tedbirler alındıktan sonra olay yerinin incelenmesine geçilir. Bu inceleme sırasında olay yerinde, suç sanıklarının veya mağdurların bedeninden düşebilen ve yakabilen madde ve parçalar (kıl, kan, tırnak... gibi)... belirlenir, etkilenir ve not edilir.

nelik en önemli araçlardandır. Bu nedenle koruma tedbirleri, ceza muhakemesinin yapılmasını ve bunun sonunda verilecek kararın yerine getirilmesini ve muhakeme giderlerinin karşılanmasını sağlamak için verilen ve hükümden önce temel hak ve özgürlüklere müdahaleyi gerektiren yasal çareler şeklinde tanımlanır.

Moleküler genetik incelemeler yakından incelendiğinde koruma tedbirlerinin sahip olduğu özellikler ve koşulların hemen tamamının moleküler genetik inceleme için de geçerli olduğu görülmektedir: Belli bir suç şüphesinin gerekliliği, oranlılık ilkesinin aranıyor olması, temel haklara ağır bir müdahale oluşturduğu için tüm aşamalarda hakim kararının aranması, yasayla düzenlenme zorunluluğu gibi. Ancak şu hususlarda moleküler genetik inceleme ile koruma tedbirlerinin birbirinden ayrıldıkları görülür:

- İlk bakışta koruma tedbirlerinin *zorlama* özelliğinin moleküler genetik inceleme için her koşulda geçerli olmadığı söylenebilir. Bu durum özellikle olay yerinde ele geçirilen vücut materyalleri için söz konusudur. Zira bu halde artık sanık veya mağdurun veya üçüncü kişinin kendisine ait materyalin alındığından haberi dahi olmamaktadır. Bu yönüyle incelemenin analizin kişiyi zorlayıcı herhangi bir yönü de kalmamaktadır. Ancak iz materyalin her zaman bir mukayese materyale ihtiyacı vardır ki, bir sonuç doğurabilsin. Bu da çoğu zaman sanık veya üçüncü kişiden vücut materyali alınması ile gerçekleşir. Ancak daha önce bilgisayar ortamında saklanan verilerle yapılan mukayese ile sonuca ulaşılabiliyorsa artık materyal almaya gerek kalmayabilir. Bununla birlikte, sonuçtan emin olmak için DNA örneği uygunluk gösteren kişiden yeniden materyal alınarak analiz yapılması yerinde olacaktır. Bu da yine bir müdahaleyi gerektirir.

- Koruma tedbirleri *geçicidir*; yani bir yaptırım değildir. İstenilen amaca ulaşıldığında kendiliğinden sona erer. İlk bakışta aynı hususların moleküler genetik inceleme için de geçerli olduğu söylenebilirse de, aşağıda da değinileceği üzere mevcut ceza muhakemesinde kullanılmamakla birlikte ileride işlenmesi muhtemel suçlara ilişkin olarak yapılacak bir ceza

VELİ ÖZER
ÖZBEK'İN
TEBLİĞİ

muhakemesinde kullanılmak üzere moleküler genetik incelemelerin yapılabilir ve bunların veri bankasında saklanabilir olması, koruma tedbirlerinin geçici olması özelliği ile bağdaşmaz. Bu yönüyle moleküler genetik inceleme önleyici bir tedbir niteliğine de bürünmüş olmaktadır. Nitekim Alman DNA-Kimlik Tespiti Kanunu⁸ ile Alman CMUK'a eklenen § 81g ile, ileride yapılacak bir ceza muhakemesinde kimlik tespiti amacı ile belli suçları işlediği şüphesini taşıyan sanığa ait vücut materyali alınabilir ve moleküler genetik incelemeye tabi tutulabilir. Ancak bu her olay için geçerli olmayıp ancak koşullarının gerçekleşmesine bağlıdır. Konuya aşağıda tekrar dönülecektir.

● Nihayet moleküler genetik incelemenin *oranlılık ilkesine* uygun olması gerekiyor ise de, analiz için *gecikmede tehlike* bulunması zorunlu değildir. Zira gecikildiğinde analiz yapılamaz duruma düşülmemektedir. Elde edilen materyalin 2 yıl içinde analizinin yapılması mümkün olup; analizin o an için yapılmasının muhakemeyi yapılamaz, hükmü infaz edilemez veya muhakeme masraflarını tahsil edilemez hale getirmesi söz konusu değildir. Ancak, başlı başına bu durum moleküler genetik incelemeyi koruma tedbiri olmaktan çıkarmaz.

Ancak yine de moleküler genetik incelemenin kendine özgü bir niteliğinin varlığı ve iki farklı yönünün bulunduğu gözden uzak tutulmamalıdır: **MOLEKÜLER GENETİK İNCELEME HAKİM BAKIMINDAN BİR KEŞİF, ANALİZİ UYGULAYACAK DOKTOR VEYA UZMAN (YETKİLİ) BAKIMINDAN BİR BİLİRKİŞİ İNCELEMESİDİR.** Gerçekten hakimin muhakeme konusu olay ile ilgili hususları, beş duyusu aracılığı ile yani görerek, duyarak, tadarak, koklayarak ve dokunarak incelemesine *keşif* denir. Bu çerçevede, canlı cansız her şey keşfe konu olabilir. Bu anlamda fiilden hemen sonra olay yerinde yapılacak olan araştırma bir tür keşif niteliği taşır. Bununla birlikte uygulamada bu işlemi daha çok

⁸ = DNA-Id entitaetsfeststellungsgesetz.

kolluğun yaptığı görülmektedir. Kolluğun yaptığı olay yeri incelemesi ise artık bir keşif olarak nitelenemez. Bu daha çok arama, elkoyma veya vücudun muayenesi çerçevesinde gerçekleştirilen bir hazırlık soruşturması, bir delil toplama işlemidir. Elde edilen izler bakımından moleküler genetik incelemeye başvurup başvurmamak ise artık hakimın takdirine aittir. İşte hakimın moleküler genetik incelemeye başvurması halinde, artık yapılacak olan moleküler genetik inceleme bir bilirkişi işlemidir. Ancak bu, onun hukuki niteliği hakkında farklı bir değerlendirme yapmayı gerektirmez. Zira bilirkişi hakimın çözümü özel ve teknik bilgiyi gerektiren bir hususta başvurduğu bir yardımcı olup, bilirkişi raporu çoğu zaman sadece bir delil değerlendirme vasıtasıdır. Bilirkişiye başvurmak tedbirden sonraki aşamadır.

IV. TEMEL HAK VE ÖGÜRLÜKLER AÇISINDAN DNA ANALİZİ

Ceza muhakemesinin icrası sırasında daima iki menfaatin çatışma halinde olduğu söylenmelidir: Bireyin kişiliğinin korunması ve mümkün olduğu kadar etkili bir ceza muhakemesinin gerekleri.⁹ Bu çatışma başlıca iki sonuç doğurmuştur. İlki, her ne pahasına olursa olsun ceza muhakemesinin yapılamayacağı, ikincisi ise bireylerin ceza muhakemesi işlemlerine katlanma mükellefiyetlerinin varlığıdır.

Bu bağlamda öncelikle DNA-Analizinin *insan haysiyetine* aykırı olup olmayacağı tartışılabilir. "*İnsan haysiyeti, bilinçli olma, kendi kaderini tayin etme ve kendi çevresini şekillendirme yeteneği veren ve kişiliksizliği ortadan kaldıran ruhtur, manevi güçtür*", insanın hür iradesidir. İnsan bir obje değil, hakları ve yükümlülükleri olan bir hukuk sujesidir. Ancak belli hak ve özgürlüklere sahip olan bir kişi çevresini şekillendirebilir; bir kişilik kazanabilir. İnsan onuruna yaraşır bir yaşam, özellikle

⁹ Karşl. BVerfGE 19, 342 (347); 20, 45 (49).

VELİ ÖZER
ÖZBEK'İN
TEBLİĞİ

bir ruh ve düşünce özgürlüğünü zorunlu kılar. İşte bu nedenle insan onuru, özgürlükçü demokrasilerin, hukuk devletinin işlevini sağlayabilmesi için vazgeçilmez bir koşuldur. Fakat bu bağlamda insan onurundan da ancak bir hukuk devletinde söz edilebileceği unutulmamalıdır. Bu nedenle hukuk devletinin insan onurunun koruyucusu olduğu söylenmektedir. İnsan onuru, diğer temel hakların özüdür. İnsan onuru, insanın kişiliğini bizzat geliştirmesini ve özgürlüğünü bizzat gerçekleştirmesini şart koşar. Yani insan kendi geleceğini kendisi belirleyebilmelidir. Kısaca insan onuru, onun özgür iradesidir. Bu aynı zamanda bireyin davranış özgürlüğünü de gerektirir. İnsan istediği gibi davranabilmelidir ki, kişiliğini özgürce geliştirsin ve özgürlüğünü gerçekleştirebilsin. Ancak bireyin her istediğini yapabilmesi mümkün değildir. Bunun sınırı toplum halinde birlikte yaşamının gerekleridir. Gerçekten temel hak ve özgürlükler kişinin topluma ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da içerir (An. m. 12). Öte yandan devlet, insan onuruna dokunmamak biçiminde sadece pasif bir davranışla yetinemez; onu aktif bir şekilde korumalıdır. Devlet insan onuruna yönelik tehditleri hemen orada önlemeli, bunun için gerekli olan tedbirleri almalıdır. Bu önleme mükellefiyeti güncel tehditler yanında, geleceğe yönelik potansiyel tehditleri de içerir. Anayasamız da 2. maddesinde bir hukuk devleti olduğunu, 5. maddesinde insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmanın devletin temel amaç ve görevleri arasında bulunduğunu, 12. maddesinde herkesin, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahip olduğunu, ve nihayet 17. maddesinde bunlardan birisinin de herkesin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı olduğunu, kimsenin insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir muameleye tabi tutulamayacağını ifade etmektedir.

İnsan haysiyeti hukuk düzenimizin koruduğu en üst değerdir.¹⁰ Bu nedenledir ki, ceza muhakemesinde bazı soruşturma metotları ve delil elde etme araçları insan haysiyetini ihlal ettiği için kabul edilmemişlerdir. Mesela, yalan makinesi, narco-analiz gibi.¹¹ Moleküler genetik inceleme ise, bunlarla mukayese edilemez. Zira moleküler genetik inceleme ile yalan makinesi veya narco analizde olduğu gibi ne kişinin bilinçaltı ya da ruhsal davranışları incelenmekte, ne de düşünce, duygu ya da tecrübeleri açığa çıkaran sanığın kişiliği ortaya konmaya çalışılmaktadır. Bütün bu durumlarda birey muhakeme için sanki bir araç gibi kabul edilmektedir. Halbuki moleküler genetik incelemenin amacı, analize tabi tutulan kişinin olay yerinde var olup olmadığı, mağdur ile olan ilişkisidir; yoksa onun ruhsal durumu ya da duygularına ulaşılmaya çalışılmaz. Yine diğer genetik analiz yöntemlerinin aksine herhangi bir hastalık ya da karakteristik özelliğin teşhisi de söz konusu değildir. Kodlamayan alanda yapılan inceleme insanın manevi dünyasına bir müdahale oluşturmaz. Moleküler genetik incelemede sanığı muhakeme objesi haline indirgeyen kapsamlı bir araştırmadan söz edilemez. Moleküler genetik inceleme ile bireyin genetik bilgilerine ulaşıyor değildir.¹² O halde, artık giz altında tutulan ve fakat bir suç karşısında giz altında tutularak korunmaya değer olmaktan çıkan gerçek, sanığın vücuduna ait materyallerin yardımıyla ortaya çıkarılır. Sanık bu durumda bir obje halinde getiriliyor değildir. O, hala hakları da bulunan bir muhakeme sujesidir. Hatta gerçeğin ortaya çıkarılıp, sanığın aklanması onu bir eşya gibi muhakeme için her zaman emre amade olmaktan da çıkaracaktır. Kaldı ki, geni çevreleyen materyalde moleküler genetik inceleme yapılması, gerçeği de hiç bir şekilde değiştirmez.

Öte yandan, burada insan haysiyetinin dokunulmazlığı içinde değerlendirilen insanın kendi kendisini suçlandırması

¹⁰ BVerfGE 27, 1 (6); 50 166 (175).

¹¹ BGHSt 5, 332 vd.; OLG Hamm DRZ 1950, 212.

¹² BGH, NJW 1990, s.2944.

VELİ ÖZER
ÖZBEK'İN
TEBLİĞİ

da söz konusu değildir. Bugün genel olarak kabul edilen görüşe göre, sanığın bazı ceza muhakemesi işlemlerine katlanma yükümlülüğü vardır.¹³ Aksi halde, sorguya çekmek, parmak izi almak veya kanda alkol testi yapmak da bu bağlamda değerlendirilebilir ve sonuçta ceza muhakemesi yapılamaz bir hale gelebilirdi. Bu çerçevede moleküler genetik inceleme için vücut materyali elde edilmek amacıyla vücuttan kan alınması da sanığın katlanma yükümlülüğü içinde değerlendirilmelidir. Bu durumda sanığın kendi kendisini suçlandırması yasağına da herhangi bir aykırılık bulunmaz. Geleneksel kan tahlilinde olduğu gibi, moleküler genetik incelemede de vücutun sadece bir kısmı göz önünde bulundurulmaktadır. Gerçekten kan tahlilinde kandaki proteinlerin mukayesesi yapılırken, moleküler genetik incelemenin konusunu da DNA oluşturur. Burada da sanki bir kan alma söz konusudur. Bu, kişinin ruhsal tamlığına bir müdahale niteliği taşımadığı için genel kişilik hakkının korunma alanına dokunmaz. Moleküler genetik incelemenin, bireyin genetik bilgileri, diğer bir söyleyişle genetik kodunun öğrenilmemesi, bireyin kişiliğini belirleyen unsurları ortaya çıkarmaması garanti edildiği sürece, geleneksel parmak izinde olduğu gibi insan haysiyetini ihlal etmediği kabul edilmelidir.¹⁴ Gerçekten ceza muhakemesi ba-

¹³ BverfGE 56, 37 (43); Kleinknecht/Meyer-Gossner, § 81a, no.10, 11; Rademacher, Diss., 108 vd.

¹⁴ Alman mahkemeleri de DNA analizinin insan haysiyetini ihlal etmediğini kabul etmektedir: LG Berlin NJW 1989, 787; LG Darmstadt NJW 1989, 2338; LG Heilbronn NJW 1990, 784; BGH NJW 1990, 2328; BGHSt 37, 157; BGH NSTZ 1991, 399; BGH StV 1993, 58; BGH NSTZ 1993, 395; BGH NSTZ 1994, 554. Aksi görüşte olanlar da vardır. Bunlara göre, genler genetik bilgileri taşır ve bunlar insanın gizli alanına aittir. Bu görüşte olanlar irsiyete ait bilginin vücutta mı bulunduğu, yoksa asil hayatın özel alanı dışına mı çıkarılmış olduğu arasında fark görmezler. Hayatın gizli alanına ilişkin genetik bilgi gözönünde bulundurulacak olursa, şifresi çözülmek durumunda olan irsi bilgilerin kişinin içsel nitelikleri hakkında bilgi verip vermediği ya da yalnızca dışsal niteliklerini ortaya koyup koymadığı arasında mantık icabı herhangi bir fark bulunmaz. Hayatın gizli alanı dokunulmaz olduğuna göre, bu alana yapılacak her müdahale ve her etki yasak olmalıdır. Bu itirazların çok da haksız olmadığı söylenmelidir. Gerçekten DNA-Analizi yöntemiyle bireyin deyim yerindeyse genetik şifresi çözümlenmektedir. Bunun kötüye kullanıl-masının önüne geçilmesi her zaman kolay olmayabilir. Bu nedenle buna imkan sağlayan hü-

kımından DNA'nın sadece kodlanmayan alanı analiz edilir. Bu alan herhangi bir genetik bilgi içermediği için dokunulmaz bir alan oluşturmaz.¹⁵

Burada üzerinde durulabilecek diğer bir temel hak özel hayatın gizliliğidir. Moleküler genetik inceleme bireyin genetik kimliğini ortaya çıkarmaktadır. Bu noktada genetik kimliğin ortaya çıkarılması özel hayata nasıl bir müdahale gerektirir? Bireyin genetik kimliği bireyin hangi hayat alanına dahildir ve onun sunduğu korumadan yararlanabilir mi? soruları akla gelebilir. İnsan hayatının genel olarak iki yönü olduğu kabul edilir: Bunlar hayatın genel yönü ve özel yönüdür. Hayatın genel yönü, diğer bir deyişle ortak hayat herkesçe bilinip görülen, en dış ve genel alan olup, herhangi bir korumaya sahip değildir. Özel hayat ise, istenirse ancak en yakın bir veya bir kaç kişiyle paylaşılabilen, esasen gizli olan, nispi sırları barındıran bir alandır. Öte yandan, özel hayatın bir de gizli alanı vardır ki, kişinin kimseye paylaşmadığı sır, gizli duygu ve düşünce alanını oluşturur. Bu alana kişinin kendisiyle baş başa kaldığı alan, kişinin son sığınağı da denebilir. Hayatın gizli alanına girilmesi kişi için bir yıkımdır. Bu nedenle her türlü devlet müdahalesine karşı korunmuş olup, mutlak anlamda dokunulmazdır. Bu alanın ihlali aynı zamanda insan hâsiyetinin de ihlalidir. Gerçekten kişinin gizli hayatı dokunulmaz olmalıdır. Zira bu alanın ihlali, onun onuru ve dolayısıyla kişiliğini serbestçe geliştirme hakkını da ortadan kaldırır. Ancak bu mutlak dokunulmazlık hayatın gizli alanı ile sınırlı olmalıdır. Buna karşılık özel yaşam alanı ise, yine devlet

kümelerin en ince ayrıntısına kadar düşünülüp yasalaştırılması gerekir.

¹⁵ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin İHAS'nin hiç kimsenin hâsiyet kırıcı ceza veya muameleye tabi tutulamayacağı düzenlemesini getiren 3.m.si çerçevesinde vermiş olduğu kararlar incelendiğinde, buna ilişkin doğrudan bir karar olmamakla birlikte, DNA-Analizini de içeren genetik testleri işkence olarak nitelemediği görülmektedir. Bununla birlikte, Komisyon deney aşamasında olan ve ilgilinin rızası dışında gerçekleştirilen bir tıbbi müdahalenin belli koşullar altında İHAS nin 3.maddesini ihlal edebileceğini kabul etmekte ve fakat bu koşulların neler olduğu konusunda bir açıklık getirmemektedir (X/Danimarka, Başvuru no.9974/82, D.R. 32).

VELİ ÖZER
ÖZBEK'İN
TEBLİĞİ

müdahalesine karşı korunmuş olmakla birlikte dokunulmaz değildir; bu yönüyle nispi bir korumaya sahiptir. *Devletin suçla mücadelesinde kamu yararı nedeniyle ve oranlılık ilkesi çerçevesi içinde özel yaşam alanına müdahale mümkün olabilmelidir.* Böyle bir durumda oranlılık ilkesi, kamu yararı ve özel hayatın korunması arasında genel bir değerlendirme yapılması zorunluluğu yanında, alman tedbirin gerekli olup olmadığı, amacına ulaşılabiliyor ulaşılamayacağına da dikkat edilmelidir. Öte yandan, müdahale yetkisinin tanındığı hallerde bu müdahalenin sınırları çok kesin ve hassas olarak tanımlanmalı ve yasal bir niteliğe sahip olmalıdır. Anayasamız da 20. maddesinde herkesin özel hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğunu, adli soruşturma ve koğuşturmanın gerektirdiği istisnalar dışında özel hayatın gizliliğine dokunulamayacağını söylemektedir. Bu bağlamda burada tartışma konusu olan moleküler genetik incelemenin hayatın gizli alanına bir müdahale oluşturup oluşturmayacağıdır. Zira hayatın özel alanına yasalar çerçevesinde müdahale mümkündür. Diğer bir söyleyişle, buradaki sorun DNA'nın hayatın hangi alanına dahil olduğu sorunudur.

Öncelikle moleküler biyolojik araştırma için vücuda bir müdahalenin gerekli olduğuna dikkat çekilmelidir. Ancak, hemen yukarıda da açıklanmaya çalışıldığı üzere bu müdahale ruhsal tamlığa bir müdahale olmadığı için genel kişilik hakkının koruma alanına dokunmaz. Genel kişilik hakkına müdahale sadece vatandaşa birey olarak, kişi olarak zarar verilirse hukuka aykırı olarak kabul edilebilir.¹⁶ O halde burada ceza muhakemesinde, bu çerçevede moleküler genetik incelemeye izin verilmelidir.

Öte yandan, fiilin işlendiği yerdeki mevcudiyetinin sır olarak kalması, bireyin temel hak koruma alanına girmez. Ceza muhakemesinde sanığın suçun işlendiği yerde bulunmuş olup olmadığı delil araçları vasıtasıyla araştırılabilir. İn-

¹⁶ BVerfGR 27, 1 (27).

san tek başına yaşayan, izole edilmiş bir yaratık değil; tam tersine toplumsal bir varlıktır. Diğer insanlarla doğrudan veya dolaylı iletişime girmek suretiyle toplumla bağlantı kurar. O halde, toplumun da kendisinden bazı beklentileri olması doğal karşılanmalıdır. Her bireyin bu beklentileri karşılması, bazı mükellefiyetlere katlanması bundandır. Aksi halde, toplum halinde yaşamak mümkün olmaz. Böylece insan aslında kendisine ait ve dokunulmaz olan hayat alanını terk etmiş olmaktadır. Nitekim bugün gizlice kayda alınan teyp kasetlerinin, hastane kayıtlarının ve günlüğün ceza muhakemesinde delil olarak kullanılabilmesi kabul edilmekle¹⁷ esasen bunların hayatın gizli alanına dahil olmadığını da kabul etmiş olmaktadır. O halde, suçun ispatlanması için önemli olan DNA gizli alana ait olarak kabul edilemez. Zira buradan elde edilecek veriler bizi bir suça götürür. Diğer bir değişle müdahale hukuka, özellikle de oranlılık ilkesine uygun olmak koşuluyla bir suçun aydınlatılmasındaki kamu menfaati vücuda ait bir bulgunun soruşturulmasını da kapsar. Esasen suç da sosyal bağlantılı, deyim yerindeyse toplumsal bir faaliyet oluşturur. Gerçekten fail bir suçla bağlantılı ise toplumsal bir bağ da oluşmuş demektir. Bu bağ onu giz alanından çıkarıp, özel hayat alanına sokar ve böylece analiz mümkün hale gelir. Öte yandan, ulaşılan bu sonuç moleküler genetik incelemenin kimlik tespitini aşan verilerin elde edilmesi sonucunu doğurmayacağı için de haklı görünür. Sanık, bu analize maruz kalmakla onun biyolojik varlığının temellerinin ortaya çıkarılması gibi bir işleme maruz kalmış olmaz; böyle bir analizle sadece tamamen spesifik bir verinin tespiti amaçlanır. O halde, failin kimliğinin tespitini mümkün kılan bilgiler onun dokunulmaz gizli alanına değil, özel alanına ait olurlar. Bu durumda moleküler genetik incelemeye başvurulması hayatın gizli alanını ihlal etmiş olmaz¹⁸. Nitekim, Avrupa Konseyi

¹⁷ BVerGE 34, 238 (249 vd.); BVerfGE 32, 373 vd.; BVerfGE 18 146 (147); 80, 367 vd.

¹⁸ Bu çerçevede Komisyon babalığın reddi davası kapsamında mahkeme kararı ile zorla kan tahlili yapılmasını Sözleşmenin 8.m.sine aykırı bulmuş özel hayatın ve aile hayatının gizliliğini ihlal ettiği sonucuna ulaş-

VELİ ÖZER
ÖZBEK'İN
TEBLİĞİ

tarafından hazırlanan ve 1997 yılında imzaya açılan ve henüz yürürlüğe girmemekle birlikte Türkiye tarafından da imzalanan “*Biyoloji ve Tıbbın Uygulamalarına Karşı İnsan Hakları ve İnsan Onurunun Korunmasına İlişkin Sözleşme*”ye göre de herkesin sağlığına ilişkin bilgiler ile ilgili olarak özel hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkı bulunmaktadır. Bu hak ancak suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla ve kanunla sınırlanabilir. Bu bağlamda örneğin, bir suçun failinin belirlenmesi için adli makam genetik test yapılmasına karar verebilir. Ancak suçların önlenmesi ile kişinin özel hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkı arasındaki denge iç hukukta yapılacak düzenlemeyle belirlenecektir.

Nihayet vücut dokunulmazlığı temel hakkı üzerinde de durulmalıdır. Vücut dokunulmazlığı temel hakkı özellikle bireyin biyolojik ve psikolojik anlamda sağlığını korur.¹⁹ Anayasa da “*kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağını*” söylemektedir (AY m. 17/2). Analizin icrası ve suçun işlendiği yerde bulunan izlerle mukayese edilebilmesi için şüpheli veya sanığın hücre materyalinin elde edilebilmesi amacıyla ondan vücut materyali alınır. DNA bir insanın tüm hücrelerinde aynı olduğu için analizde herhangi bir vücut materyali kullanılabilir. Sonuç itibarıyla vücuda müdahale suretiyle materyal almanın vücut dokunulmazlığını ihlal ettiği ortadadır. Bununla birlikte böyle bir müdahale *yasal düzenlemelerle hukuka uygun hale getirilebilir*. Nitekim anayasa kanunda yazılı hallerin varlığı halinde vücut bütünlüğüne dokunulabileceği-

miştir. Komisyona göre, “*zorla yapılan bir tıbbi muamele önemine bakılmaksızın bu hakkı*” ihlal eder. Bununla birlikte Komisyon “*mahkemelerin kanıt elde etmek için, bilimsel olarak doğrulanmış zararsız metodlara başvurma yetkisinin bulunmasının kamu yararına olduğunu* ve olayda Sözleşmenin 8/2. m.sine göre demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun bir müdahalenin söz konusu olduğuna karar vermiş ve başvuruyu reddetmiştir (X/Avusturya, 13.12.1979, no.8278/78, DR 18, s.154). Yine Komisyon kişiyi zorunlu tıbbi muamelelere tabi tutma hallerini de özel hayata müdahale olarak kabul etmiştir (X/Almanya, 5.5.1981, no.8509/79, DR 24, s.131; R. Acmann et autres/Belçika, 10.10.1984, no.10435/83, Dr 40, s.251; Gölcüklü/Gözübüyük, 300).

¹⁹ BVerfG NJW 1981, 1656.

ni ifade etmektedir (AY m. 17/2). İşte bu noktada bireylerin muhakeme işlemlerine katılma yükümlükleri ortaya çıkar. Ancak burada öncelikle aşırılık yasağına dikkat edilmelidir. Bu yasak vücut dokunulmazlığı ve suçla korunan hukuki yarar arasında denge kurulmasını gerektirir. Bu anlamda somut bir müdahale yani moleküler genetik inceleme *gerekli, uygun ve oranlı* olmalıdır.

V. Tedbirin Amacı

Moleküler genetik inceleme hücre çekirdeğindeki genlerin, yani hücrenin çekirdeğindeki irsiyeti oluşturan yapının analizi olup, amacı DNA'nın yapısı ve işlevi hakkında neticelere ulaşmaktır. Diğer bir deyişle, bu test kalıtımın (soyaçekimin) kimyasal maddesi, yani genetik bilgilerin taşıyıcısı olan Dezoksiribonükleik asite ilişkin olup, insanın hücrelerindeki değişmez-değiştirilemez özellikleri somut hale getirir. Bu özellikler, mesela kan, sperm, saç, tükürük, deri, tırnak, kıl gibi maddelerden kolaylıkla saptanabilir ve bu maddeler fiilin işlendiği yerde veya fail ve/veya mağdur üzerinde aranıp bulunabilir. Bir insanın bir başka insanla DNA bakımından aynı olma olasılığının 5 milyarda bir olduğu söylenmektedir. Geleneksel kan grubu incelemesindeki oranın oldukça düşük olduğu düşünüldüğünde, bu yöntemin ceza muhakemesinde yeni bir dönemi başlattığı daha iyi anlaşılır. Gerçekten DNA yapısı bir insanın tüm hücrelerinde aynı olmakla birlikte, insandan insana farklılık gösterir. Bu yönüyle olay yeri inceleme ve fail veya mağdurun vücut sathında yapılacak inceleme ile vücut boşluklarında yapılacak muayene ceza muhakemesi bakımından hayati bir öneme sahiptir. Zira DNA Analizi ile sanığın ve/veya iz bırakan diğer bir kişinin mevcut vücut materyalleri (kan, saç, idrar, salya gibi) genetik olarak araştırılır ve mukayese edilir.

CMK m. 80 bu amacı şu şekilde ifade etmektedir: "CMK'nın 75 ve 76'ncı maddelerinde öngörülen işlemlerle elde edilen örnekler

VELİ ÖZER
ÖZBEK'İN
TEBLİĞİ

üzerinde, soybağının veya elde edilen bulgunun şüpheli veya sanığa ya da mağdura ait olup olmadığının tespiti". Benzer bir düzenleme yönetmelik m. 12'de de bulunmaktadır. Böylece şüpheli ya da sanığın veya mağdurun kimliği belirlenmeye çalışılmakta olayın aydınlatılması bakımından önemli bir basamak çıkmış olmaktadır.

Hemen ifade etmek gerekir ki alınan örnekler üzerinde bu amaçlar dışında tespitler yapılmasına yönelik incelemeler yasaktır.

İnceleme sadece şüpheli-sanık ya da mağdurdan alınan örnekleri değil, kime ait olduğu bilinmeyen örnekleri de kapsar. Nitekim m. 78/2'ye göre yapılabilen incelemeler, bulunan ve kime ait olduğu belli olmayan beden parçaları üzerinde de yapılabilir. Birinci fıkranın ikinci cümlesi, bu hâlde de uygulanır.

VI. Koşulları

A. Şüphe-Oranlılık ve İkincillik İlkeleri

Moleküler genetik inceleme bu yönetime başvuran hakim bakımından temel haklara müdahaleyi gerektiren bir tedbir niteliği taşır. Böyle olunca incelemeye başvurulabilmesi için hangi şüphe derecesinin aranacağı tartışılmalıdır. Maddede şüphenin yoğunluğu konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. O halde sorun genel hükümler çerçevesinde ve tedbirin niteliğine göre çözümlenmelidir.

Al.CMUK § 81'e henüz yasalaşmadan önce bu hükme ilişkin tasarıda moleküler genetik inceleme için kuvvetli şüphenin varlığı aranmaktaydı. Ancak bu yöntem sanığın şüpheli olmaksızın çıkarılması bakımından onun lehine olarak da kullanılabilmesi için yasalaşma sürecindeki tartışmalar sırasında basit bir başlangıç şüphenin de analize başvurabilmek bakımından yeterli olabilmesi gerektiği kabul edilmiş ve bu çerçevede yasaya bu konuda özellikle bir hüküm konulmamıştır. Öte yandan bu

bağlamda incelemenin bir soruşturma metodu olarak ikincil bir niteliğe sahip olmadığı, başka bir teşhis imkanının varlığı halinde dahi uygulanabileceği kabul edilmektedir. Bu durumda incelemeye başvurabilmek bakımından, tedbire maruz kalan kişinin sanık olması dahi gerekmediğine, hatta üçüncü kişilerin dahi tedbire katlanması zorunlu bulunduğuna göre basit bir başlangıç şüphesi incelemeye başvurmak bakımından yeterli olmalıdır. Ancak, yine de bunun için söz konusu tedbire neden olan suçun niteliği ve ağırlığına bakmak gerekir. O halde, özel hayatın gizliliği, vücut dokunulmazlığı gibi bazı temel hak ve özgürlükleri sınırlandıran moleküler genetik incelemeye başvurulabilmesi için başta oranlılık ilkesi olmak üzere ceza muhakemesine hakim olan ilkeler daima göz önünde tutulmalıdır.

Gerçekten böyle bir incelemeye başvurabilmek bakımından inceleme amaca ulaşmaya elverişli, bunun için gerekli ve elde edilmek istenen amaç ve verilmesi imkan dahilinde bulunan zarar ölçülü olmalıdır. Diğer bir deyişle, incelemeye başvurulabilmesi, soruşturması yapılan fiilin ağırlığı ile moleküler genetik araştırmanın muhtemel verimliliği arasındaki orana bağlıdır. İncelemenin ikincil niteliğe sahip olmaması bu koşulların gerekliliğini ortadan kaldırmaz. Zira ikincil olma özelliği oranlılık ilkesinin sadece bir yönünü ifade eder. Gerçekten yönetime en son çare olarak başvurulmasını gerektiren ikincillik ilkesi moleküler genetik inceleme için her zaman geçerli olamaz; sanığı fail olarak kabul edebilmek amacıyla analizi daha önce yapmak haklı ve amaca uygun olarak kabul edilebilir.

İnceleme ancak, irsiyetin tespiti ya da materyal izin sanık ya da mağdura ait olup olmadığını açıklığa kavuşturmak amacıyla kabul edilebilir. Gerçekten moleküler genetik incelemeler 75 ve 76'ncı maddelerde öngörülen işlemlerle elde edilen örnekler üzerinde, *soybağının veya elde edilen bulgunun şüpheli veya sanığa ya da mağdura ait olup olmadığının tespiti için zorunlu olması halinde* yapılabilir. Moleküler genetik inceleme beden muayenesi ve örnek alınması tedbirinin devamı niteliğinde olduğundan söz konusu düzenlemenin bu tedbirlere ilişkin koşullara ek bir

VELİ ÖZER
ÖZBEK'İN
TEBLİĞİ

koşul getirdiği söylenmelidir. Aslında bu oranlılık ilkesinin zorunluluk, gereklilik ve amaca uygunluk şeklindeki üç alt ilkesini ifade etmektedir.

O halde moleküler genetik incelemeler için üç kriter getirildiği söylenebilir:

1. Moleküler genetik incelemeye ancak suçun delil, iz, eser ve emarelerinin saptanması amacıyla başvurulabilir.

2. İncelemeye başvurmak kendisinden materyal alınan kişinin sağlığını tehlikeye düşürmemelidir.

3. İncelemeye ancak zorunlu ve başka türlü delil elde etme olasılığı bulunmayan durumlarda karar verilebilir. Yani oranlılık ilkesinin bir sonucu olarak moleküler genetik incelemeye başvurmak gerekli olmalıdır; başka bir olanak varsa veya yöntem daha önce kullanılmışsa artık gerekli değildir. Bu durumda yasanın oranlılık ve ikincillik ilkelerini açıkça kabul etmiş olduğu söylenmelidir. Bunun sebebinin insan hakları bakımından daha önceli olma isteği olduğu söylenebilir.

B. İncelemeye tabi olacak kişiler

1. Şüpheli-Sanık-Üçüncü Kişiler

Moleküler genetik inceleme şüpheli, sanık ve hatta üçüncü kişilere de uygulanabilir. Buna göre, şüpheli, sanık veya üçüncü kişiden kan, saç, tükürük, tırnak, cinsel salgı ve benzeri örneklerin alınmasına ve bu örneklerin genetik incelemeye tabi kılınmasına karar verilebilir. Bununla birlikte sanık, şüpheli veya üçüncü kişilerden *vücutun muayenesi çerçevesinde elde edilen materyalin* moleküler genetik incelemeye tabi tutulması ancak, *soybağının ya da fiilin tespiti için bulunmuş olan materyal izin şüpheliye mi, sanığa mı, yoksa mağdura ait mi olduğunun tespiti için gerekli olduğu sürece* mümkün olabilir. Bu amaçların dışında moleküler genetik incelemeye başvurabilmek mümkün olmamalıdır. Nitekim m. 78/1'e göre "alınan

örnekler üzerinde bu amaçlar dışında tespitler yapılmasına yönelik incelemeler yasaktır”.

Bununla birlikte m. 78/2'ye göre moleküler genetik inceleme, bulunan ve kime ait olduğu belli olmayan beden parçaları üzerinde de yapılabilir. Bir an için olay yerinden elde edilen materyallerin beden parçası olarak düşünülüp, bu fıkra kapsamında da incelemeye tabi tutulabileceği düşünülse de, bu mümkün değildir. Çünkü Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik'e göre beden parçası, bir bedenın tamamlayıcı unsuru olan baş, gövde, kol, el, bacak gibi uzuv ve iç organlardır. Yani tanıma göre bir materyalin beden parçası olabilmesi için bedenın tamamlayıcı unsuru olması gerekir. Bu durumda olay yerinden elde edilen örneğin saç, kıl, cinsel salgı gibi materyallerin bu fıkra uyarınca da incelemeye tabi tutulması mümkün gözükmemektedir. Kanuna bu yönde açık bir hüküm konulması uygun olacaktır.²⁰ Gerçekten olay yerinde bulunan naylon torba, sigara izmariti, olayda kullanılan maske genetik izler taşıyabilir.

Ancak buradaki *amacın da bulunmuş olan materyal izin sınığa mı, yoksa mağdura mı ait olduğunu tespit ile sınırlı olacağı* söylenmelidir. Yine analiz, bir sanık bulunmuş olmaksızın da materyalin zaman içinde bozulması tehdidinin bulunması halinde daha sonra kullanmak amacıyla da gerekli olabilir. Bu şekilde elde edilmiş olan materyal izlere ilişkin olarak yapılacak bir analiz de sadece mevcut ya da o soruşturmayla bağlı diğer bir muhakemede kullanılmak üzere yapılabilir. Bu amaç için gerekli olmadığı anlaşılır anlaşılmaz söz konusu materyal izler derhal ortadan kaldırılmalıdır.

Görüldüğü üzere moleküler genetik inceleme *ya vücudun muayenesi yoluyla elde edilen vücut materyalleri ya da olay yerin-*

²⁰ Altaş Ebru, Bir Koruma Tedbiri Olarak Moleküler Genetik İncelemeler ve DNA Verileri ve Türkiye Milli DNA Veri Bankası Kanunu Tasarısı, CHD., Y.2, S.3.

VELİ ÖZER
ÖZBEK'İN
TEBLİĞİ

de bulunan materyal izler için mümkün olabilir. Bu iki durumun dışında herhangi bir yolla elde edilmiş olan materyallerin analize tabi tutulması mümkün olamamalıdır. Aksi halde, soruşturma makamına bu materyalleri ya da materyal izleri ortadan kaldırma mükellefiyeti getirmenin herhangi bir anlamı kalmayacaktır. Bu nedenle farklı bir şekilde elde edilmiş olan materyallerin analize tabi tutulması caiz olmadığı gibi, muhakemede kullanılabilmesi de mümkün değildir.²¹ Örneğin, soruşturma konusu suçtan değil de uydurma bir suçtan dolayı gözaltına alınıp sorgulanan bir kişinin sorgusu sırasında içtiği sigara, içecek ya da benzeri tüketim maddelerinde moleküller genetik olarak değerlendirilebilen izlerin kalması halinde acaba bu izlerin moleküler genetik incelemeye tabi tutulması mümkün olabilecek midir? Bu sorunun cevabı olumsuz olmalıdır. Zira böyle bir uygulama aydınlatma yükümlülüğüne aykırı olacaktır (CMK. m. 147). Gerçekten bu hakkın bir yönü de sanığa hangi suçtan sorgulandığının bildirilmesidir. Soruşturma konusu suç için delil toplamak amacıyla uydurma bir suç yaratmak hukuka aykırıdır. O halde, bu şekilde delil elde edilmesi hukuka aykırı olacağından bu delilin muhakemede kullanılması da mümkün olmayacaktır (CMK m. 217). Yine sanığın soruşturma organlarının müdahalesine açık olduğu mesela, soruşturmaya uğrayan ya da ifadesi alınan kişinin tutulduğu hücredeki saçların toplanması gibi durumlarda iradi olmaksızın bırakılan izlerin, olay yerinden elde edilen izlerle mukayese edilmesi amacıyla emniyet altına alınması caiz değildir. Ceza muhakemesinde gizli muhakeme usullerine başvurmak, anayasal bir ilke olan sanığın kendisi hakkında beyanda bulunma özgürlüğüne aykırı olacaktır. Çünkü böyle bir durumda sanık iradesi dışında, yani onun bilgisi olmak-

²¹ Bununla birlikte bu kuralın DNA analizi yönteminin uygulama alanını son derece daralttığı da ileri sürülebilir. Gerçekten bu anlayış tarzı pek çok izin dar anlamda mağdurdan kaynaklanmadığını ve çoğu kere sanık ile mukayese edilebilme olanağının da bulunmadığını gözden kaçırmaktadır. Gerçekten mesela, bir otomobilde bulunan birkaç sigara izmaritinde olduğu gibi DNA analizine başvurulabilecek pek çok olayda bu sorunla karşılaşılmaktadır.

sızın bir delil aracı vermek durumunda kalabilir ve böylece vücut materyallerinin elde edilmesi bakımından hakim kararı aranmasına ilişkin yasal kural kanuna karşı hile yoluyla ortadan kaldırılmış olur.

“Üçüncü kişi” olarak adlandırdığımız kişiler bakımından ortaya çıkabilecek bir başka sorun polisin cinsel suçlardan veya adam öldürme suçlarından sonraki buluntular çerçevesinde bu kişilerin “potansiyel şüpheli” olarak değerlendirilmeleri nedeniyle onların izniyle alınan kan örnekleri ile DNA mukayesesi amacıyla bulunmuş olan sperm izlerini incelemesi bakımından söz konusu olmaktadır. Alman Anayasa Mahkemesi bu şekilde verilen iznin geçersiz olduğuna karar vermiştir.²² Zira böyle bir talebin reddedilmesi kişiyi şüpheli haline getireceğinden, izin söz konusu kişi tarafından sırf şüpheli durumundan kurtulmak amacıyla açıklanmış olacak; birey iradi olarak karar vermiş sayılamayacaktır. Nitekim CMK m. 76 “diğer kişileri” sadece “mağdur” ile sınırlamıştır. Mağdur, şüpheli ya da sanık dışında kalan kişiler bakımından örnek alma mümkün olmadığı gibi mağdurun rızasının varlığı halinde karar alınmasına gerek bulunmadığına ilişkin düzenleme de sadece mağdurları içine alacak biçimde düzenlenmiştir.

Burada esasen “Kendisini veya yakınları aleyhine tanıklıktan çekinme” hakkı veren m. 48 kıyasen uygulanmalıdır.

2. Moleküler Genetik İncelemenin Kişi Bakımından Sınırları:

Muayeneden ve tanıklıktan çekinme hakkı

CMK m. 76/4'e göre “Tanıklıktan çekinme sebepleri ile muayeneden veya vücuttan örnek alınmasından kaçınılabılır”. Bu düzenleme kıyasen moleküler genetik inceleme için de uygulanabilir.

²² BVerfG NStZ 96, 345

VELİ ÖZER
ÖZBEK'İN
TEBLİĞİ

Söz konusu düzenleme “Diğer kişilerin beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması” başlığını taşımaktadır. O halde söz konusu çekinme mağdur yanında diğer 3. kişileri de içine alacak şekilde anlaşılmalıdır. Buradan çıkan bir başka sonuç şüpheli ya da sanığın böyle bir çekinme hakkının bulunmamasıdır. Bu durumda akla şu soru gelmektedir: Şüpheli ya da sanıktan zorla örnek alınıp, analiz yapılabilir mi? Bilindiği üzere şüpheli ya da sanığın ceza muhakemesi işlemlerine boyun eğme yükümlülüğü bulunur. O halde şüpheli nasıl evimi aratmam, tutuklanmak istemiyorum diyemiyor dese bile bu hukuken önem taşıyor ise benzer durum örnek alma ve analiz için de geçerli kabul edilmelidir.

Üçüncü kişilerden moleküler genetik inceleme amacıyla vücut materyali alınması ve bunların analize tabi tutulması tanıklıktan çekinme sebeplerinde olduğu gibi aynı sebeplerle reddedilebilir. Gerçekten tanıklıktan çekinebileceklerin böyle bir işleme zorlanması, başta İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa olmak üzere mevzuata aykırı olur. Bu durumda ilgiliye, çekinme hakkının bulunduğu mutlaka hatırlatılmalıdır. Ancak buradaki tanıklıktan çekinme hakkının sınırlı olarak anlaşılması gerektiği söylenmelidir. Bu anlamda tanıklıktan çekinme hakkı sadece CMK m. 45’de öngörülen hallerde geçerli olacaktır. Bununla birlikte, bu durum “meslek ve sürekli uğraşları sebebiyle tanıklıktan çekinme halleri” (CMK m. 46) için geçerli değildir.

Moleküler genetik incelemeden çekinme hakkı birden fazla sanığın bulunması ve fakat yakınlık ilişkisinin yalnızca bunlardan birisi ile söz konusu olması halinde de devam eder.

Sanığın yakınlardan birinin incelemeden çekinmesi durumunda, bundan sanık aleyhine bir sonuç çıkarılması kabul edilemez. Ancak tanık gerçeği açıklar ve fakat ifadesinin doğruluğunu tespit için örneğin kan vermektan çekinirse, bu çekinmesi ifadesinin değerlendirilmesinde dikkate alınabilir.

İlgililer çekinme haklarının bulunduğu konusunda aydınlatılmak zorundadırlar. Diğer bir deyimle, çekinme hakkının kendilerine bildirilmesi gerekir. Bu durumda ilgili tanıklıktan çekinme sebebini bildirir ve bu husus yeminiyle onanır.

Çocuk ve akıl hastasının çekinmesi konusunda kanunî temsilcisi karar verir. Çocuk veya akıl hastasının, tanıklığın hukukî anlam ve sonuçlarını algılayabilecek durumda olması hâlinde, görüşü de alınır. Kanunî temsilci de şüpheli veya sanık ise bu konuda hâkim tarafından karar verilir. Ancak, bu hâlde elde edilen deliller davanın ileri aşamalarında şüpheli veya sanık olmayan kanunî temsilcinin izni olmadıkça kullanılmaz (CMK m. 76/4).

C. Suç Bakımından

Kanunda hangi suçlarla ilgili olarak bu tedbire başvurulacağı düzenlenmemektedir. Ancak moleküler genetik incelemeler 75 ve 76. maddelerde öngörülen işlemlerle elde edilen örnekler üzerinde yapılabileceğinden, bu maddelerde suç bakımından öngörülmüş bulunan düzenlemelerin moleküler genetik incelemeler bakımından da geçerli olduğu söylenebilir. Buna göre 75. maddenin 5. fıkrasında üst sınırı iki yıldan daha az hapis cezasını gerektiren suçlarda, kişi üzerinde iç beden muayenesi yapılamayacağı ve kişiden kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örneklerin alınamayacağı belirtilmiştir. O halde moleküler genetik incelemeler üst sınırı iki yıl ve daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlar bakımından yapılabilir.²³

Olay yerinden elde edilen materyaller bakımından böyle bir sınırlama bulunmamaktadır. Ancak her halde olay yerinden elde edilen materyali karşılaştırmak için, bir karşı materyale ihtiyaç duyulacaktır. Olay yerinden elde edilen materyal üzerinde yapılacak inceleme sonucunda elde edilecek veri-

²³ Atlas.

VELİ ÖZER
ÖZBEK'İN
TEBLİĞİ

nin, daha önceden sistemde kayıtlı bulunan verilerle karşılaştırılması suretiyle bir sonuca ulaşılabiliriyorsa, suç bakımından mevcut mevzuatımızda bir sınırlama bulunmamaktadır. Ancak olay yerinden elde edilen materyali karşılaştırmak için şüpheli, sanık, mağdur veya diğer kişilerden materyal alınması söz konusu ise vücuttan örnek alma hükümleri uygulanacaktır ve bu sebeple suçun yine üst sınırı iki yıl ve daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlardan olması gerekir.²⁴

Ancak hapis cezasının üst sınırı iki yıl ve daha fazla olsa bile bu tedbire başvurmak zorunlu değilse tedbir uygulanmayabilir. Nitekim kanun moleküler genetik incelemeler “yapılabilir” diyerek bu hususu vurgulamıştır. Burada araştırılması gereken tedbirin oranlılık ilkesine uygun olup olmadığı ve tedbirin uygulanmasında zorunluluk bulunup bulunmadığıdır. İnceleme kararı verilirken suçun niteliği ve ağırlığı göz önünde tutulmalıdır.²⁵ Başka bir deyişle yapılacak inceleme amaca ulaşmaya elverişli, bunun için gerekli ve elde edilmek istenen amaç ile verilmesi imkân dâhilinde bulunan zarar ölçülü olmalıdır.

Aslında maddede açıkça hangi suçlar bakımından bu tedbire başvurulabileceği öngörülme de, madde kendi kendini sınırlar niteliktedir. Şöyle ki, moleküler genetik incelemelere ancak soybağının tespiti veya elde edilen bulgunun şüpheli veya sanığa ya da mağdura ait olup olmadığının tespiti için başvurulabilmektedir. Bu amaçlar dışında tespit yapılması yasaklanmıştır. Dolayısıyla bu tedbire başvurabilmek için suçun niteliğinin kimlik tespitine veya soybağının araştırılmasına uygun olması gerekir. Bu bilgiler ışığında bu tedbire başvurabilmek için hapis cezasının üst sınırının iki yıl ve daha fazla olması, suçun niteliğinin bu tedbiri uygulamaya elverişli olması ve oranlılığın bulunması gerekir.²⁶ Türkiye Milli DNA

²⁴ Atlas.

²⁵ Atlas.

²⁶ Atlas.

Veri Bankası Kanunu Tasarısı'nda suç bakımından getirilmiş herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır.

Kabahatler bakımından moleküler genetik inceleme yapılması mümkün değildir.²⁷

D. Kararı Verecek Makam

Moleküler genetik incelemeler yapılmasına sadece *hâkim* karar verebilir. Kararda inceleme ile görevlendirilen bilirkişi de gösterilir.

Görüldüğü üzere, "*gecikmede tehlike bulunması halinde savcı ve/veya polisin*" bu tedbire başvurabilmesi olanağı tanınmış değildir. Gerçekten analiz için savcı veya polise böyle bir yetki vermek gerekli de değildir. Zira elde edilmiş olan materyalin 2 yıla kadar genetik incelemeye tabi tutulabilmesi mümkündür.

O halde, hakim kararı olmaksızın yapılan inceleme sonucu elde edilen delilin muhakemede kullanılabilmesi mümkün olmamalıdır.

İfade etmek gerekir ki 1999 CMUK Tasarısı'nda getirilen "*Bu hususta karar verilmeden önce şüpheli veya sanığın avukatı dinlenir*" hükmüne CMK'da yer verilmemiştir. Tasarıdaki farkın daha güvenceli hüküm getirme kaygısını taşımasından ileri geldiği söylenmelidir. Gerçekten şüpheli veya sanığın karar verilmeden önce dinlenmesi "*meram anlatma ilkesi*"nin bir gereğidir.

Burada üzerinde durulması gereken bir başka husus olay yerinde bulunan anonim niteliğindeki materyal izlerin hakim kararı olmaksızın analize tabi tutulabilmesi mümkün olması

²⁷ Alman Düzene Aykırılıklar Kanunu § 46 IV 3'e göre idari para cezasını gerektiren durumlarda DNA analizi yapmak amacıyla kan veya diğer vücut materyallerinin alınması caiz değildir.

gereğidir. Zira bu durumda artık sanık veya 3.kişi için taşıdığımız güvence kaygısının mevcut olmadığı söylenmelidir.

VII. İcrası-İncelemeyi Yapacak Bilirkişi

Moleküler genetik inceleme bilirkişi tarafından yapılmaktadır. Başka bir deyişle hakim inceleme için bilirkişiye başvurmak durumundadır. Bunun iki sonucu vardır: Birincisi, incelemenin diğer bir yönünü ortaya koymakta olup, bu da onun bilirkişi incelemesi niteliğindedir. İkincisi de, hakim bakımından bilirkişiye başvurma zorunluluğunu getiriyor olmasıdır.

Bilirkişi, gerçek ya da tüzel kişi olabilir (Yönetmelik m. 13/2).

İnceleme sonucunun güvenilirliği, incelemeyi yapacak bilirkişi ile doğrudan ilintilidir. Bu nedenle CMK konuya ilişkin özel bir düzenleme getirmiştir: Yapılacak incelemeler için bilirkişi olarak resmen atanan veya bilirkişilikle yükümlü olan ya da soruşturma veya kovuşturmayı yürüten makama mensup olmayan veya bu makamın soruşturma veya kovuşturmayı yürüten dairesinden teşkilât yapısı itibarıyla ve objektif olarak ayrı bir birimine mensup olan görevliler görevlendirilebilirler. Teşkilât yapısı itibarıyla üniversiteler, Emniyet Genel Müdürlüğü, Jandarma Genel Komutanlığı ve Adli Tıp Kurumu objektif olarak ayrı birimler sayılırlar (Yönetmelik m. 13/son). Bu kişiler, teknik ve teşkilât bakımından uygun tedbirlerle yasak moleküler genetik incelemelerin yapılmasını ve yetkisiz üçüncü kişilerin bilgi edinmesini önlemekle yükümlüdürler. İncelenecek bulgu, bilirkişiye ilgilinin adı ve soyadı, adresi, doğum tarihi bildirilmeksizin verilir.

Yönetmelik m.13/son'da yer alan düzenlemenin bir başka sonucu CMK anlamında incelemenin Emniyet, Jandarma ve Adli Tıp Kurumu'nca yapılabileceğinin kabulüdür. O halde bu konuda özel bir kurum ya da kuruluşa inceleme yetkisi verilmediği söylenmelidir.

Bilirkişiye gönderilen örneklerle ilgili olarak; hâkimlikler, mahkemeler ve Cumhuriyet başsavcılıkları gizliliği sağlamak ve karışıklığa yer vermemek için gerekli her türlü tedbiri alırlar. Bu amaçla güvenli ve gizli bir kayıt sistemi belirlenir. Bu kayıt sisteminde bedeninden örnek alınan kişinin adı, soyadı, adresi ve doğum tarihine karşılık gelmek üzere bir kod sistemi uygulanır (CMK m. 79/2; Yönetmelik m.13/4).

Böyle bir hükmün getirilmesindeki amacın, gizlilik sağlamak suretiyle analizin bireyin temel hak ve özgürlüklerine yaptığı müdahaleyi hafifletme çabası olduğu söylenebilir. Bu nedenle bilirkişinin dosyayı inceleme hakkı bulunmamaktadır. Bilirkişi sadece analizi yapar.

Kişinin genetik kimliğinin deşifre edilmesi sonucuna yol açan ve gen teknolojisinin bugün ulaştığı seviye karşısında kötüye kullanma olasılığının arttığı için *moleküler genetik incelemede gizlilik esastır.*

Gizliliğin ihlali durumunda TCK m. 285 düşünülebilir.

Hangi inceleme (analiz) yönteminin kullanılacağına kararında belirtilmesine gerek yoktur; bunun tamamen ilgili bilirkişiye bırakılması yerinde olacaktır. Bununla birlikte mahkeme kullanılan yöntemin teknik anlamda olası güvenlik gereklerine uygun olup olmadığı ve ilgilinin kişilik haklarına riayet edilip edilmediğini kararında irdelemelidir. Öte yandan hangi amaçla örneğin, irsiyetin tespiti amacıyla mı, yoksa failin tespiti amacıyla mı incelemeye başvurulduğu kararda gösterilmelidir.

Yasanın bu hükmü eleştirilebilir. Gerçekten incelemeye tabi tutulacak kişinin kimliğinin mutlak olarak anonim hale getirilmesi olay yerinde faaliyet gösteren ve bu nedenle fail ve mağdurun kimliği hakkında bilgi sahibi olan Emniyet Genel Müdürlüğü ya da Jandarma Genel Komutanlığı mensuplarının bu soruşturmadan tamamen dışlanması sonucunu doğuracaktır. Bu durumda tüm Müdürlük ya da Komutanlık bi-

VELİ ÖZER
ÖZBEK'İN
TEBLİĞİ

rimleri soruşturma dışına itilecektir. Bu durumda analizi Adli Tıp Kurumu yapmak zorunda olacaktır.

Yine bilirkişi aynı zamanda kişinin hangi akrabalık ilişkilerinin bulunduğu ve hangi etnik kökene sahip olduğunu bilmelidir. Böylece onun istatistiki değerlendirilmesi yapılabilir. Keza bilirkişi kişinin bireysel ilişkilerini de bilmelidir ki, böylece o kişinin olay yerinde gerçekten iz bırakabilip bırakamayacağı konusunda da bir değerlendirme yapılabilir. Öte yandan, moleküler genetik incelemeye ilişkin muhakeme işlemlerinde sağlanmaya çalışılan bu anonim hale getirme çabası çoğu zaman kağıt üzerinde kalmaya mahkumdur. Gerçekten iradi olarak verilmiş olan araştırma materyalleri bakımından bu anonim olma özelliği de kalkmış olacaktır. Zira artık materyali veren kişinin daha baştan buna razı olduğu kabul edilir. Kaldı ki, bilirkişi birey hakkındaki tüm kişisel verileri raporunda değerlendirecektir. Nihayet, analiz konusunun anonim hale getirilmiş olması bilirkişinin bilirkişilikten çekinmesi hakkını kullanamaması sonucunu doğuracağı gibi, sanığın bilirkişi raporunu reddetme hakkını kullanamaması sonucuna da yol açabilir. Bu durumda şayet daha sonra bilirkişi çekinme hakkı çerçevesinde raporu reddetmişse bilirkişi raporu diğer bilirkişi tarafından savunulabilir. Öte yandan analize tabi tutulacak materyalin anonim hale getirilmesi bir şekilde bu materyalin tanınır hale gelmiş olması durumunda bilirkişinin çekinmesi sonucunu doğurmamalıdır. Ancak bu durumun bir çekinme sebebi yaratabileceği de gözden uzak tutulmamalıdır. Bu durumda hakim de diğer bir bilirkişiyi görevlendirmesine herhangi bir engel yoktur.

Öte yandan, anonim hale getirme sadece mukayese edilecek materyal için geçerli olmalı; yoksa iz materyali kapsamamalıdır. Aksi halde bunun bilirkişinin analiz sonucunun inanılabilirlik kontrolünü gereksiz yere zorlaştırmış olacağı, hatta imkansız hale getireceği ve bunun da başka hatalara sebep olabileceği ileri sürülmektedir.

Bu çerçevede analiz edilecek materyalin bilirkişiye elden verilmesi daha uygun olacaktır. Posta ya da hiyerarşik yollar-
dan (savcılık ve kolluk aracılığıyla) gönderilmesi materyalin dokunulmazlığını ve anonim olma özelliğini zedeleyebilir.

Bilirkişi, caiz olmayan bir incelemeye engel olmak ve üçüncü kişiler tarafından yetkisiz bilgi alınması sonucundan korunmak amacıyla ona uygun gelen tarzda özel tedbirler alabilir. Bu tedbirlerin neler olacağı konusunda yasada herhangi bir açıklık yoktur. O halde teknik duruma göre mümkün olan ve öngörülebilir tüm tedbirleri alabilir. Bu çerçevede bilirkişi kendi ekibinden de sorumlu olup, bu kişiler vasıtasıyla bilgi sızmasını da engellemeli; durumun imkan verdiği her durumda materyali ve o ana kadar ulaşılmış olan sonuçları muhafaza altında tutmaya özen göstermelidir. İfade edilmelidir ki moleküler genetik incelemeyi yapmak tek başına yeterli değildir. Onun kadar önemli olan diğer bir husus da elde edilecek olan verilerin güvenilirliğidir.

VIII. Elde Edilen Verilerin İspat Kuvveti

Delil aracı olarak moleküler genetik incelemenin sonucu gerek failin serbest bırakılması²⁸ ve gerekse failin tespit edilmesi²⁹ bakımından önemli bir emare, bir ispat vasıtasıdır.³⁰ Bununla birlikte elde edilen sonuçların mutlak anlamda güvenilir bir delil değerine sahip olup olmadığı tartışmalı olup³¹, hükmün sadece moleküler genetik incelemeye dayanmasının mümkün olmadığı kabul edilmektedir.³² Geçekten, hakim daima bu incelemenin istatistiksel bir ifade içerdiğini unutma-

²⁸ LG Darmstadt, NJW 89, 2339.

²⁹ BVerfG StV 95, 620; BGH, NJW 90, 2944; MDR 92, 988; LG Heilbronn, JR 91, 29=NJW 89, 787; LG Darmstadt NJW 89, 2338; LG Berlin NJW 89, 787..

³⁰ BGH 38 324 (JZ 93 103).

³¹ BGH 37, 157.

³² BGH 38 320, JR 93, 123.

VELİ ÖZER
ÖZBEK'İN
TEBLİĞİ

ması gerekir. Bu nedenle moleküler genetik incelemeye başvurulmuş olması hüküm verilirken tüm delil vasıtalarının değerlendirilmesi gerekliliğini ortadan kaldırmaz.³³

Öte yandan, mahkemenin kararını verirken her münferit olay bakımından, kullanılan metodların bilimin o gün için ulaştığı seviyenin gerektirdiği güvenlik kurallarına uygun olduğuna ve ilgilinin kişilik haklarını oranlılık ilkesi çerçevesinde ihlal etmediğine inanması gerekir.³⁴ İşte mahkeme bu kriterleri göz önünde bulundurmak suretiyle inceleme sonucunu değerlendirip hükmünü verecektir. Bu çerçevede CMUK m. 254/2'ye aykırı olarak elde edilen inceleme sonucunun delil yasakları çerçevesinde muhakemede delil olarak kullanılabilmesi mümkün olamaz. Aksi halde bu bir temyiz sebebi olarak değer kazanacaktır.

Nihayet kişilik özelliklerine ilişkin bilgilerin tesadüfen ya da kaçınılmaz bir şekilde elde edilmiş olması durumunda, bu bilgilerin başka yerde ya da muhakemede kullanılması da mümkün değildir.

IX. Elde Edilen Verilerin Değerlendirilmesi ve Akıbeti

75, 76 ve 78. madde hükümlerine göre alınan örnekler üzerinde yapılan inceleme sonuçları, *kişisel veri* niteliğinde olup, başka bir amaçla kullanılamaz; dosya içeriğini öğrenme yetkisine sahip bulunan kişiler tarafından bir başkasına verilemez (CMK m. 80/1; Yönetmelik m. 14/1).

Bu bilgiler;

- kovuşturmayaya yer olmadığı kararına itiraz süresinin dolması,
- itirazın reddi,
- beraat veya

³³ BGH NStZ 94, 554.

³⁴ BGH 37, 157.

- ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilip kesinleşmesi,
hâllerinde Cumhuriyet Savcısının huzurunda derhal *yok edilir* ve bu husus dosyasında muhafaza edilmek üzere tutanağa geçirilir. Maddede verilerin ne şekil ve usulde yok edileceği belirtilmemiştir. Yönetmeliğe göre veriler Cumhuriyet Savcısının uygun göreceği usullerle yok edilir (m. 14/2). Olay yerinden elde edilen diğer delillere ilişkin hükümler saklıdır (Yönetmelik m.14/2). Bu durumda mahkumiyet kararı verilmesi halinde inceleme sonuçlarının yok edilmesi zorunluluğu bulunmamaktadır.

5353 sayılı kanunla değiştirilmeden önce inceleme sonuçlarının "*en geç on gün içinde*" yok edileceğinden söz edilmekteyse de hükmün son halinde bu sürenin kaldırıldığı görülmektedir. O halde belli bir süre belirlenmiş değilse de verilerin makul bir süre içinde yok edilmesi gerekir.

Yok etme yükümlülüğünün yerine getirilmemesi halinde TCK m. 135-138 hükümleri düşünülmelidir. TCK m. 137 nedeniyle faile ayrıca görevi kötüye kullanmadan ceza verilmez. Zira m. 135 vd. hükümleri özel norm niteliğindedir.

Bilirkişi tarafından yapılan analizler sonucu elde edilen bulgular ilgili makama gönderilir; bulgular üzerinden moleküler genetik incelemeler için izole edilen DNA örnekleri bilirkişi tarafından rapor hazırlandıktan sonra imha edilir ve bu husus raporda açıkça belirtilir. Moleküler genetik incelemelerin özel kalıtsal karakterler hakkındaki açıklamayı içermemesine, bilinen kromozom bölgesi ile sınırlı kalmasına özen gösterilir (Yönetmelik m. 14).

X. Kanun Yolu

Maddede moleküler genetik incelemeler için itiraz kanun yolu öngörülmüş olmamakla birlikte bu tedbire karşı hakim

VELİ ÖZER
ÖZBEK'İN
TEBLİĞİ

tarafından verilmiş olması durumunda itiraz kanun yoluna başvurulabileceği söylenmelidir (CMK m. 267).

Ancak söz konusu kararın mahkeme tarafından verilmiş olması durumunda bu yol ayrıca ve açıkça öngörülmediği için (karş. CMK m. 267) itiraz kanun yoluna gidilmesi mümkün değildir. Beden muayenesi ve örnek alınması için kabul edilen bu kanun yolunun DNA analizi (genetik inceleme) için kabul edilmemiş olması anlaşılır değildir. Bu durumda bu karara karşı hükümler birlikte istinaf/temyiz kanun yoluna başvurulacaktır.

XI. Hukuka Aykırı İnceleme

Hukuka aykırı olarak yapılacak inceleme sonucu elde edilen deliller kullanılamaz. CMK m. 217/2'ye göre yüklenen suç ancak hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş delille ispatlanabilir. Burada aslında hukuka aykırı olanın inceleme değil, inceleme yapmayı olanaklı kılan muayene ve örnek alma olduğu ve her iki tedbirin bir arada düşünülmesi gerektiği söylenmelidir.

Bu tedbire hukuka aykırı olarak başvurulmuş olması durumunda CMK m. 141 vd. da öngörülen hukuka aykırı koruma tedbiri nedeniyle tazminata ilişkin hükümlerin uygulanması mümkün değildir. Zira tedbir söz konusu hükümlerin kapsamı dışında kalmaktadır. O halde genel hükümler çerçevesinde tazminat talep etmek mümkün olabilecektir.

XII. Genetik Kimliğin Saklanması ve Gelecekteki Bir Ceza Muhakemesinde Kullanılması

CMK m. 80/1'e göre "Bu bilgiler, kovuşturmayaya yer olmadığına kararına itiraz süresinin dolması, itirazın reddi, beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilip kesinleşmesi hâllerinde Cum-

huriyet savcısının huzurunda derhâl yok edilir". Madde bilgilerin hangi hallerde yok edileceğini sınırlı bir şekilde saymıştır:

- kovuşturmayaya yer olmadığı kararına itiraz süresinin dolması,
- itirazın reddi,
- beraat veya
- ceza verilmesine yer olmadığı kararı.

O halde özellikle MAHKUMİYET KARARI VERİLDİĞİNDE SÖZ KONUSU BİLGİLERİN YOK EDİLMESİ ZORUNLULUĞUNUN BULUNMADIĞI söylenmelidir. Eğer bu düşünülüyor ise konunun yasada açıkça düzenlenmesi gerekmektedir. Nitekim yerindeliği tartışılmakla birlikte Yönetmelik hükümlerine göre *fizik kimliğin tespiti çerçevesinde elde edilen bilgiler mahkumiyet kararının varlığı halinde arşivlenir*. Benzer hususa CMK'da genetik incelemeler için de yer verilmesi yerinde olurdu.

XIII. DNA Verileri ve Türkiye Milli DNA Veri Bankası Kanunu Tasarısı

Adalet Bakanlığınca DNA Verileri ve Türkiye Milli DNA Veri Bankası Kanunu Tasarısı hazırlanmış ve görüşe gönderilmiştir. Söz konusu Tasarı hakkındaki görüşlerimizi şu başlıklar altında ifade edebiliriz:

1. Tasarı "*DNA verileri*", "*DNA analizi*", "*DNA profili*" vb. terimleri kullanmaktadır. Halbuki benzer konuyu düzenleyen 5271 sayılı CMK ve Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik "*moleküler genetik inceleme*" terimini kullanmaktadır. Böylece mevzuatımızda aynı konuyu düzenleyen farklı terimler yaratılmış olmaktadır. Kanımızca yasa koyucu terim konusunda bir tercih yapmak zorundadır.

VELİ ÖZER
ÖZBEK'İN
TEBLİĞİ

Yine Yönetmelik m. 3 *moleküler genetik incelemeyi* “Gereken tür ve miktarda biyolojik materyali kullanarak, kişiyi diğer kişilerden ayıran ve kalıtım kurallarına uygun olarak aktarılan hastalık dışındaki özelliklerinin moleküler düzeyde araştırılması” şeklinde tanımlamaktadır. Buna karşılık aynı konu tasarıda “DNA analizi: DNA profili elde etmek amacıyla DNA örneği üzerinde yapılan bilimsel test” şeklinde tanımlanmıştır. Bu da aynı konuda iki farklı tanımın varlığına yol açacaktır.

Yukarıda ayrıntılarıyla açıklandığı üzere DNA İngilizce bir terim olan “*Dezoksiribonükleik asit*”in kısaltmasıdır. Ülkemizde hem bilimsel alanda, hem de günlük yaşamda DNA terimi yaygın bir şekilde kullanılmaktadır. Bununla birlikte, Alman literatüründe bir yandan genetik bir araştırmaya dayalı olması ve diğer yandan da parmak izi gibi her insanda farklı olması nedeniyle DNA-Analizi terimi yerine “*genetik parmak izi testi*” terimi de kullanılmaktadır. Bunun yanında DNA-Profil-Analizi, DNA-Mukayese-Analizi gibi terimlerin kullanıldığını da görüyoruz. Konuyu düzenleyen Al.CMUK § 81d “*moleküler genetik araştırmalar*”³⁵ terimini tercih ederken, 5271 sayılı CMK m. 78’de de bu Kanundan esinlenildiği düşünülen “*moleküler genetik incelemeler*” terimini kullanmaktadır. Yine yukarıda da açıklanmaya çalışıldığı gibi “*genetik analiz*” üst bir kavram olup, DNA-Analizi genetik analiz usullerinden sadece birisi ve ceza muhakemesi için gerekli olanıdır. Dolayısıyla tasarıda yer alan terimin gözden geçirilmesi yararlı olacaktır kanısındayız. Doğru olanı tasarıda yer alan terimdir. Ancak CMK artık bir başka terimi kullandığına göre terim ve kavram kargaşası yaratmamak için CMK’daki terimden ayrılmaya gerek yoktur düşüncesindeyiz.

Nihayet aynı konunun iki farklı şekilde tanımlanması da doğru olmamıştır. Tanımlardan biri tercih edilmelidir.

2. Kanunilik ilkesi başlığını taşıyan m.3/2’de yer alan “MEŞRU AMAÇ” terimi açıklanmaya muhtaç belirsizdir.

³⁵ = Molekulargenetische Untersuchungen

Bilindiği üzere 5271 sayılı CMK m.79/1'e göre "78. madde uyarınca moleküler genetik incelemeler yapılmasına sadece hakim karar verebilir." Hatta "kararda inceleme ile görevlendirilen bilirkişi de gösterilir."

Bu durumda artık savcı ve yardımcısı olan kolluğa moleküler genetik inceleme yapılması kararı verilmesine yönelik bir yetki verilmiş değildir. Görüldüğü üzere, vücuttan örnek alınması kararı (CMK m.75/1 ve 76/1) ile materyalin genetik incelemeye tabi tutulması kararı birbirinden farklıdır. Ancak materyalin incelemeye tabi tutulması bakımından sanığın rızasının geçerli olup olmayacağı ve bu çerçevede hakim kararını gereksiz kılıp kılmayacağı tartışılabilir. Hükmün hakim kararını gerekli kılması, bizi artık burada birey üstü menfaatlerin korunması endişesinin bulunduğu sonucuna götürecektir. *bireyin izninin yeterli olmadığı kabul edilmelidir.* Kanımızca aksi bir kabul CMK ile aranan bir koşulun herhangi bir şekilde şüpheli ya da sanığın muvafakatının sağlanması suretiyle ortadan kaldırılması sonucunu doğurabilir.

3. Tasarı madde 10 "DNA izolatlarının saklanması ve yok edilmesi" konularını düzenlemektedir. Ancak Tasarının tanımlar başlığını taşıyan 2. maddesinde konuya ilişkin bir tanımlama bulunmamaktadır. Kanımızca terimin ifade ettiği saklamaya tabi tutulan husustan ne anlaşılması gerektiğine tanımlar içinde yer verilmesi daha doğru olabilirdi.

4. Kanımızca DNA analizinin istisnai niteliğini göstermesi açısından Tasarı m. 5/1'e (1) DNA analizi; ibaresinden sonra gelmek üzere "ancak" terimi eklenmelidir.

5. *Biyolojik örnekler ile DNA izolatlarının saklanması ve yok edilmesi* başlığını taşıyan Tasarı m. 10,

"a) 04/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda belirlenen esas ve usûller çerçevesinde vücuttan,

VELİ ÖZER
ÖZBEK'İN
TEBLİĞİ

c) *Kim olduğunu tespit etmek amacıyla, hukukî ve fiilî sebeplerle kimliği tespit edilemeyen kişiler ile vücut parçalarından ve ölmüş kişilerden,*

d) *Gönüllü kişilerden,*

Alınan biyolojik örnekler üzerinde DNA analizi yapılmak üzere laboratuvara gönderilen biyolojik örnekler ile bu örneklerden elde edilen izolatlar, DNA analiz sonuçları ortaya çıktıktan sonra, analizin yapıldığı laboratuvar yetkilileri tarafından bir tutanak düzenlenmek suretiyle yok edileceğini; tutanağın bir sureti ve DNA analizi sonuçlarının yorumunu içeren raporun, ilgili mercie gönderileceğini" ifade etmektedir.

Buna karşılık "b) *Bir suç sebebiyle olay yerinden,*" alınan ve DNA analizi yapılmak üzere laboratuvara gönderilen biyolojik örnekler DNA analiz sonuçları ortaya çıktıktan sonra ilgili mercie analiz sonuçlarının yorumunu içeren rapor ile birlikte gönderilir. Bu örneklerden elde edilen izolatlar *en az beş yıl saklanır.* Ancak gönderen merciin istemi üzerine laboratuvar yetkilileri tarafından yok edilir ve bu hususta düzenlenen tutanağın bir sureti, yok edilmesini isteyen mercie gönderilir." düzenlemesini getirmektedir.

Görüldüğü üzere tasarı *vücuttan alınan örnekler ile olay yerinden alınan örnekler* arasında fark yaratmakta olay yerinden alınan örneklerden elde edilen izolatların saklanabileceğinden söz etmektedir. Böylece izolatların gerek görüldüğünde DNA incelemesine tabi tutulabilmesi yolu açılmaktadır.

Buna karşılık konuyu düzenleyen CMK m. 80/2 *vücuttan alınan örnekler ya da olay yerinden alınan örnekler ayrımı* gözetmeksizin " (2) *Bu bilgiler, kovuşturmayaya yer olmadığı kararına itiraz süresinin dolması, itirazın reddi, beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilip kesinleşmesi hâllerinde Cumhuriyet savcısının huzurunda derhâl yok edilir ve bu husus dosyasında muhafaza edilmek üzere tutanağa geçirilir.*" düzenlemesini getirmektedir.

O halde tasarı ile CMK m.80/2 çelişmektedir. Bu çelişkinin giderilmesi gerekmektedir. Nitekim tasarı m. 10/3 "Ceza Muhakemesi Kanununun 80 inci maddesinin ikinci fıkrası hükmü saklıdır." düzenlemesine yer verilmiş ise de bu defa da Tasarı hükmünün bir anlamı kalmamaktadır.

Öte yandan Tasarı hükmünde yer alan 5 yıllık sürenin neye göre belirlendiği açık değildir.

Nihayet tasarı m. 10/2'de "Ancak gönderen merciin istemi üzerine laboratuvar yetkilileri tarafından yok edilir" denmektedir. Kanımızca "gönderen merci" ibaresi isabetli değildir. Zira CMK m. 79 hükmü ile birlikte değerlendirildiğinde bu merciin "mahkeme" olacağı açıktır.

6. Tasarı "biyolojik örnekler ile bu biyolojik örneklerden elde edilen izolatlar"ın saklanması ile "DNA profilleri"nin saklanması olarak iki ayrı saklama usulü öngörmektedir. Buna göre örnekler ve izolatlar laboratuvarlarda (Tasarı m.10), DNA profilleri ise Bankada saklanacaktır (Tasarı m.12).

Tasarı "DNA Verileri" adını taşımakta ve bunların saklanmasına ilişkin hükümler getirdiği izlenimini veriyor ise de iki ayrı saklama şekli düzenlemesi tasarı adını yansıtmamaktadır.

Bir başka sakınca biyolojik örnek ve izolatların saklanmasıdır. Böyle bir saklama DNA verilerinin saklanması ile neredeyse eşittir. Zira örnek ve izolatları her zaman DNA analizine tabi tutulabilir.

Söz konusu tasarı biyolojik örnek ve DNA analiz sonuçlarının kişinin beden tamlığı ve özel hayatının gizliliği haklarını sağlamak olduğu düşünüldüğünde biyolojik örnek ve izolatların da saklanmasına imkan tanınması ve m. 10 ile bunun kapsamının genişletilmesi tümüyle amaca aykırı bir yaklaşımı ortaya koymaktadır.

VELİ ÖZER
ÖZBEK'İN
TEBLİĞİ

Kaldı ki iki ayrı saklama usulüne yer verilmesi ve özellikle örnek ve izolatların saklanması veri bankasını anlamsızlaştıracak olması bir başka eleştiri konusudur ve kanun yapma tekniğine uygun düşmemektedir.

7. Kanımızca Tasarı m.11'de ifade zafiyeti vardır. Hüküm daha anlaşılabilir olması için f. 3 şu şekilde değiştirilmelidir:

“(3) Bu durumda DNA profilleri Banka tarafından ancak yabancı ülke makamlarının, eşdeğer ve uygun bir korumayı yazılı olarak taahhüt etmesi hâlinde yurt dışına aktarılabilir.”

Bu suretle uluslar arası hukukta önemli bir ilke olan karşılıklılık ilkesi çerçevesinde hareket edilmesi sağlanabilmektedir.

Kaldı ki, m. 11/5 *“Suç soruşturması ve kovuşturmasına ilişkin hükümler saklıdır.”* şeklinde bir düzenleme getirmek suretiyle sanki hiçbir güvence öngörülmezsizin m. 11'de usuller gözetilmeksizin DNA profillerinin yabancı ülkeye verilebileceği gibi bir izlenim yaratmaktadır.

8. Tasarı gerek örnek ve/veya izolatların ve gerekse DNA profillerinin saklanması bakımından ilgililerin denetim haklarının bulunup bulunmadığı ve silme ya da yok etmeyi talep haklarının bulunup bulunmadığı konusunda bir hüküm içermemektedir. Kanımızca bu tasarının en önemli eksiğinden biridir.

9. Tasarının 5. maddesine göre DNA analizi Ceza Muhakemesi Kanunu'nda belirlenen esas ve usullerle vücuttan alınan biyolojik örnekler yanında,

- Bir suç sebebiyle olay yerinden elde edilen,
- Kim olduğunu tespit etmek amacıyla, hukuki ve fiili sebeplerle kimliği tespit edilemeyen kişiler ile vücut parçalarından ve ölmüş kişilerden,

- Görevleri sebebiyle hayati risk taşıyanlardan,
- Gönüllü kişilerden,

alınan biyolojik örnekler üzerinde de yapılabilecektir. Kim olduğunu tespit etmek amacıyla, hukuki ve fiili sebeplerle kimliği tespit edilemeyen kişiler ile vücut parçalarından ve ölmüş kişilerden ve görevleri sebebiyle hayati risk taşıyanlardan DNA analizi amacıyla biyolojik örnek, ancak Cumhuriyet Savcısının gözetimi altında alınabilir.

Görüldüğü gibi kanun tasarısı olay yerinden elde edilen materyallerin de DNA analizinin kapsamına dâhil olduğunu belirterek bu konuda Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki boşluğu doldurmayı hedeflemiştir. Yine CMK'dan farklı olarak hukuki ve fiili sebeplerle kimliği tespit edilemeyen kişiler ile ölmüş kişilerden de kimlik tespiti amacıyla biyolojik örnek alınarak DNA analizinin yapılması tasarıyla mümkün hale gelmiştir. Bazı durumlarda örneğin yaş, akıl durumu, ağır yaralanma veya benzeri sebeplerle kişilerin kimliklerinin tespiti mümkün olamamaktadır. Tasarı yasalırsa bu gibi durumlarda DNA analiziyle kimliklendirme yapılabilecektir. CMK'nın 86. maddesine göre engelleyici sebepler olmadıkça ölü muayenesinden veya otopsiden önce ölünün kimliği her suretle ve özellikle kendisini tanıyanlara gösterilerek belirlenir ve elde edilmiş bir şüpheli veya sanık varsa, teşhis edilmek üzere ölü ona da gösterilebilir. Bu hükümle tasarı birlikte değerlendirildiğinde, CMK'da gösterilen usullerle ölünün kimliğinin belirlenememesi halinde DNA analizi yapılmasının yolu açılmış bulunmaktadır. Kanımızca özellikle teşhis için cesedin müsait olmaması hallerinde DNA analizi ile ölünün kimliklendirilmesi yerinde bir düzenlemedir.

Yine görevleri sebebiyle hayati risk taşıyanlardan vücut materyali alınarak DNA analizi yapılması ileride gerçekleşmesi muhtemel kazalarda veya başka durumlarda meydana gelebilecek ölümlerde, ölünün teşhisi açısından yerinde bir düzenlemedir. Maddenin gerekçesinde de belirtildiği üzere

VELİ ÖZER
ÖZBEK'İN
TEBLİĞİ

madencilik, itfaiye hizmetleri, askerlik gibi bazı meslekler bünyesinde bir risk taşır. Bu görevlerde bulunanların görevleri sırasında ölmeleri halinde veya öngörülemeyecek bazı durumlarda, kimliklerinin tespiti güç ve hatta imkânsız olabilir. Bu durumlarda bulunan kişilerin, kimliklerinin tespiti amacıyla kendilerinden biyolojik örnek alınması ve analize tabi tutulması olanaklı hale gelmektedir.

Son olarak tasarıda düzenlenen gönüllü kişilerden örnek alınarak DNA analizi yapılmasına değinilmelidir. Tasarıya göre gönüllü, kendi rızasıyla DNA profili elde etmeye yönelik biyolojik örnek veren kişiyi ifade eder. Yine tasarının 3. maddesinde, *“bu kanunlarda ve diğer kanunlarda öngörülen esas ve usullere uygun olarak ve ancak meşru amaçlarla ilgili kişinin açık rızasıyla da DNA analizi yapılabilir”*, düzenlemesi yer almaktadır. Bu hükümlerle de gönüllü kişilerden örnekler alınarak analiz yapılmasının mümkün olduğu açıklığa kavuşturulmuştur. Maddede ve gerekçesinde belirtildiği üzere kişinin açık rızasının olması analizi yapmak için yetmemekte, bu rızanın tasarıda ve diğer kanunlarda yer alan esas ve ilkelere uygun olarak gösterilmesi aranmaktadır. Yani kişinin açık rızasının kanunilik ilkesini bertaraf edecek bir araç olarak kullanılması önlenmek istenmiştir. Ancak bunun nasıl önleneceği konusunda kanun tasarısında bir açıklık bulunmamaktadır. İkinci olarak rızanın meşru amaçlarla gösterilmesi gerekir. Bu meşru amacın ne olabileceği tasarıda gösterilmemektedir. Gerekçede ise meşru amaç, hukukun cevaz verdiği bir amaç olarak değerlendirilmiş ve gösterilen rızanın hukuken korunan bir meşru amaç çerçevesinde bulunması gerektiği belirtilmiştir. Ayrıca meşru amacın tanımlanmasında ve bu meşruluğun takdir edilmesinde DNA analizini yapacak kurum ve mercilerin belirli bir takdir yetkisinin olduğu açıklanmıştır.

Tasarının gerekçesinde kişilerden örnek alınmasının amacının kimlik tespiti olduğu belirtilmiş fakat bunun yanında bazı muhtemel olumsuzlukların önüne geçilmesi amacıyla da biyolojik örnek alınabileceği belirtilmiştir. Kaybolan kişilerin

ya da yangın, deprem gibi doğal afetlerde ölenlerin kimliklerinin tespiti amacıyla veya başka kişisel sebeplerle karşılaştırma yapmak üzere biyolojik örnek verilebileceği söylenmiştir. Örneğin ölünün kimliğinin tespiti için DNA analizi yapılması durumunda, karşılaştırma yapmak için ölüye ait bir DNA örneği elde edilemiyorsa, ölünün annesinin DNA örneği vermek istemesi meşru bir amaç olarak kabul edilebilecektir. Ancak kanımızca hangi durumlarda gönüllü olarak DNA örneğinin verilmesinin mümkün olduğu tasarı yasalasmadan daha somut hale getirilmelidir.

Bununla beraber tasarımın 9. maddesinde gönüllü kişiden örnek alınmadan önce bu örnekler üzerinde ne türlü işlemlerin yapılacağı, nerede ve ne şekilde saklanıp kullanılacağı, kimlere aktarılacağı konularında kişinin aydınlatılması, haklarının anlatılması ve bu hususun tutanakla tespit edilmesi öngörülmüştür. Gönüllünün bu işlemlerin hukuki anlam ve sonucunu algılayabilecek durumda olmaması halinde kanuni temsilcisinin onayı alınacaktır. Kanuni temsilci yoksa veya tespit edilemiyorsa hâkim kararı aranacaktır. Gönüllü kişi kendisine ait profillerin silinmesini isteyebilir ve bu profillerin kullanılmasından ve saklanmasından her zaman vazgeçebilir. Gönüllü bu profillerin silinmesini isterse tasarıya göre 15 gün içinde bu profiller silinir ve kendisine bu husus bildirilir. Ayrıca elde edilen bu profiller belirtilen amaç dışında kullanılamaz ve başka bir yere aktarılamaz. Örneğin bir yakınının kimliğinin tespiti için örnek veren gönüllünün DNA profilleri bir suç soruşturması veya bir babalık davasında kullanılamayacaktır.

10. DNA Veri Bankası Kanunu Tasarısı'na göre Cumhuriyet Savcısı bir kişiye ilişkin DNA profilleriyle sisteme kayıtlı olan DNA profillerinin karşılaştırılmasını veri bankasından isteyebileceğine göre, olay yerinde bulunan anonim izlerin genetik analize tabi tutulmasını da isteyebilmelidir.

11. DNA Veri Bankası Kanunu Tasarısı'nın 6. maddesinde DNA analizi yapmaya Adli Tıp Kurumu, Jandarma Genel Komutanlığı Kriminal Daire Başkanlığı ve Emniyet Genel

VELİ ÖZER
ÖZBEK'İN
TEBLİĞİ

Müdürlüğü Kriminal Polis Laboratuvarları Dairesi Başkanlığı yetkili kılınmıştır. Bunun yanında tasarıya göre Sağlık Bakanlığı, DNA Veri Bankası'nın görüşünü alarak diğer gerçek ve tüzel kişilere ait olan laboratuvarlarda da DNA analizi yapılmasına izin verebilir. Bu, oldukça tehlikeli bir düzenlemedir. Gizliliğin son derece önemli olduğu moleküler genetik incelemeler açısından özel kişilere bu yetkinin verilmesi, adaletin selametini sekteye uğratabilecek niteliktedir. Kaldı ki, bu laboratuvarlardan gelen sonuçlara davanın tarafları her zaman şüpheyle yaklaşacak ve sonuçta Adli Tıp veya yetkili diğer kurumlardan tekrar inceleme yapılması istenecektir. Bu durum da adaletin gerçekleşmesini yavaşlatacak ve ekstra zaman ve masraf kaybına sebep olacaktır. Bu bakımdan tasarı yasalaşmadan, bu düzenlemenin gözden geçirilmesi yerinde olacaktır.

12. DNA Veri Bankası Kanunu Tasarısı'nın 5. maddesinin 3. fıkrasında da analiz için laboratuvara gönderilen örneklerin kime ait olduğunun, analizi yapacak olan görevlilerden kodlanmak suretiyle gizli tutulacağı hüküm altına alınmıştır. Ancak tasarının 7. maddesinde analize tabi tutulan kişinin, analizi yapan kurumdan veya laboratuardan, yapılan işlemin sonuçları hakkında bilgi alma, bunlara ilişkin kayıtların düzeltilmesini veya güncelleştirilmesini isteme hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Fakat analizi yapan kurum kişinin kimliğini bilmediğine göre, kişiye nasıl bilgi verecektir? Bu durumda kişinin kod numarasıyla analizi yapan kuruma başvurması düşünülebilirse de bu mümkün olmamalıdır. Çünkü bu defa kişi kendi kod numarasını öğrenmiş olacaktır ve özellikle analizi bir özel hukuk kişisi yapıyorsa analiz sonuçları tehlikeye girebilecektir. Analizi yapan kişiye verilebilecek büyük meblağlar karşısında analiz sonuçlarının değiştirilmesi gündeme gelebilecektir.

Kanun tasarısının 36. maddesinde 5. maddenin 3. fıkrasına aykırı davrananların Türk Ceza Kanunu'nun 135. maddesinin 1. fıkrasına göre cezalandırılacakları öngörülmüştür.

13. Verilerin Karşılaştırılması ve Yurt Dışına Aktarılması³⁶

Her iki konuyla ilgili ne Ceza Muhakemesi Kanunu'nda ne de yönetmelikte bir düzenleme bulunmamaktadır. Konuyu DNA Veri Bankası Kanunu Tasarısı düzenlemiştir. Buna göre veri bankasında kayıtlı verilerden ancak bir soruşturma, kovuşturma veya özel hukuk uyuşmazlığında gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi veya kimlik tespiti amacıyla yararlanılabilir. Mahkeme, hâkim veya Cumhuriyet Savcısı, bir kişiye ilişkin DNA profilleriyle sisteme kayıtlı olan profillerin karşılaştırılmasını bankadan isteyebilir. Yani karşılaştırmayı banka yapacaktır. Banka sisteme kaydedilen yeni DNA profilini, sisteme kayıtlı olan DNA profilleri ile karşılaştırarak, ortaya çıkan eşleşmeleri, en son incelemeyi isteyen mercie rapor halinde gönderir. Bu karşılaştırma sonucunda yapılmakta olan soruşturma, kovuşturma veya özel hukuk uyuşmazlığıyla ilgisi olmayan ancak diğer bir suçun işlendiği şüphesini uyandıracak bir eşleştirme elde edilirse, bu eşleştirme sonucu muhafaza altına alınır ve durum Cumhuriyet Savcılığı'na derhal bildirilir. Bu düzenleme CMK'nın 138. maddesinde düzenlenen, tesadüfen elde edilen delillere benzemektedir. Adli amaçlı DNA profilleri, ancak adli amaçlı ana dizinde yer alan DNA profilleriyle karşılaştırılabilir.

Profillerin yurt dışına aktarılması tasarınının 11'inci maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre DNA profilleri, ancak kişilik haklarının korunması açısından profilin istendiği yabancı ülkede eşdeğer ve etkin koruma bulunuyorsa yurt dışına aktarılabilir. Düzenlemeye göre böyle bir koruma bulunmasa dahi ilgili kişinin açık rızası ve bir hakkın tespiti, icrası veya korunması için aktarımın gerekli veya kanun gereği zorunlu olması halinde profiller yurt dışına aktarılabilir. Yabancı ülke makamlarının eşdeğer ve uygun bir korumayı yazılı olarak

³⁶ Aktaş.

taahhüt etmesi halinde de profiller banka tarafından yurt dışına aktarılabilir.

Banka veri transferinde, veri talep eden ülkeyle Türkiye Cumhuriyeti arasında veri aktarımına ilişkin fiili karşılıklılık durumunu, her somut veri transferine ilişkin olarak bunun amaç ve süresini, veriyi transfer edeceği ülke ve bu ülkede uygulanan konuyla ilgili kanunları, koruma tedbirleri ve verinin transfer edileceği yabancı ülke makamları tarafından yeterli önlemlerin alınıp alınmadığını değerlendirmek suretiyle karar verir.

XI. DNA verilerinin saklanması konusunda gizliliğin ve güvenilirliğin sağlanması önemli bir problemdir. DNA verileri veri bankalarında saklanmaktadır. Ancak bu işlemin yasal düzenlemelerle sıkı koşullara bağlanması ve sınırlarının çizilmesi gerekir.³⁷ Ülkemizde verilerin saklanması için oluşturulacak olan veri bankasının yasal dayanağını şu an tasarı halinde olan DNA Verileri ve Türkiye Milli DNA Veri Bankası Kanunu oluşturmaktadır.

Tasarının temel ilkeler başlıklı 4'üncü maddesine göre DNA verilerinin hukuka ve dürüstlük kurallarına uygun işlenmesi, kanunların belirtmiş olduğu meşru amaçlar için toplanması ve bu amaçlara aykırı olarak kullanılmaması ve aktarılmaması, toplandıkları amaçla bağlantılı, yeterli ve orantılı olması, kanunlarla belirtilen süre sonuna kadar saklanması, doğru olması ve gerektiğinde güncellenmesi gerekir. Tasarıda düzenlenen bu ilkelerin Türkiye tarafından da imzalanmış bulunan Avrupa Konseyi'nin hazırladığı Kişisel Nitelikli Verilerin Otomatikleştirilmiş Kullanımına Karşı Kişilerin Korunması Sözleşmesi'nde düzenlenen ilkelere paralellik gösterdiği söylenmelidir.

Daha önce de belirttiğimiz gibi tasarıda suç bakımından herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. Ancak ulusal DNA

³⁷ Aktaş.

bankası bulunan her ülkede yasalarla düzenlenmiş bir suçluluk listesi hazırlanmıştır. Avrupa ülkelerinin tamamında tecavüz suçlularının DNA profilleri mutlaka bankalanmaktadır. İngiltere hırsızlık dâhil olmak üzere tüm suçların DNA profillerini bankalamaktadır. İngiliz polisi DNA profiline dayanarak ülke genelinde haftada 300-500 olayı aydınlatabilmektedir. İngiltere Irak Savaşı'nın ikinci gününden itibaren sadece mahkûm edilenlerin değil şüphelilerin profillerini de bankaya eklemeye başlamıştır. 2005 yasa değişikliği ile polisin gerekli gördüğü herkesin profillerini DNA bankasına eklemektedir.³⁸ 2001 yılında yapılan düzenlemeyle beraat eden kişilerin profillerinin silinmemesi, saklanmasına devam edilmesi öngörülmüştür.³⁹ İskoçya'da trafik suçlarında dahi DNA profili alınmaktadır. ABD'de ise eyaletten eyalete değişen bir uygulama yürütülmektedir. Kaliforniya'da hemen her suçtan mahkûm olanın DNA profilleri bankalanmaktadır.⁴⁰

Alman hukukunda kişinin DNA profilinin saklanması için suçun belli bir ağırlıkta olması gerekir. Alman Ceza Muhakemesi Kanunu hükmün uygulama alanını geniş tutabilmek için bu konuda bir tanım getirmekten özellikle kaçınmıştır. Bununla birlikte hüküm içinde bazı örnek fiilleri sayarak bu belirsizliği de gidermeye çalışmıştır. Bu bakımdan suçun en az orta ağırlıktaki suçlardan olması gerekir. Fiil hukuki barışı ciddi şekilde bozmalı veya bozmaya elverişli bulunmalı, kişi güvenliğini önemli ölçüde ortadan kaldırmalıdır. Örnek olarak cinsel suçlar, müessir fiilin ağırlaşmış halleri, hırsızlık suçlarının ağır halleri, terör örgütü kurmak ya da şantaj suç-

³⁸ Atasoy, "DNA Bankasında Karar Zamanı", 19. 11. 2006, *Hürriyet Gazetesi*.

³⁹ Çelik, Adnan/ Sever, Hanifi, "İngiliz Hukuku ve Uygulamasında DNA Veri Bankalarının Kurulumuna Yönelik Yasal ve Pratik Uygulamalar ile Türkiye'ye Yönelik Eleştiri ve Öneriler", http://www.egm.gov.tr/StratejiGelistirmeDB/dergi/44/web/makaleler/Adnan_CELIK.htm, Erişim Tarihi: 12. 11. 2006.

⁴⁰ Atasoy, "Kriminal Amaçlı DNA", <http://www.istanbul.edu.tr/enstituler/adli/dnaprofils.htm>.

ları sayılabilir. Alman hukukunda da mahkûmların yanı sıra rızaları alınan şüphelilerin de bilgileri arşivlenmektedir.⁴¹

Bizim hukukumuzda ise adli amaçlı olarak 2 yıl ve üzeri hapis cezasını gerektiren suçlarda, zorunlu olması halinde moleküler genetik incelemeler yapılabileceği düzenlenmiştir. Bu durumda 2 yıl ve üzeri hapis cezasını gerektiren her suçtan dolayı analiz yapılmayacak, sadece suçun ispatı bakımından zorunluluk söz konusu ise analiz yapılabilecektir.

Önleme amaçlı analiz için ise herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. DNA Veri Bankası Kanunu tasarısı ile kurulacak bankada, CMK' ya göre zorunluluk arz eden durumlarda yapılan analizlerin sonuçları, maddede bilgilerin yok edilmesinin öngörüldüğü durumların dışında kalan durumlarda saklanabilecektir. Bunun dışında tasarıda, başka hangi verilerin saklanması öngörüldüğüne daha önce değinilmiştir.

Kanımızca belirli bir suç listesi hazırlanarak veya Alman hukukundaki orta ağırlıktaki suçlar uygulamasına benzer bir uygulama kabul edilerek, hangi suçlarda önleme amaçlı analiz uygulanacağı ve profillerin veri bankasında saklanacağı somutlaştırılmalıdır. Çünkü mevcut düzenleme adli amaçlı analiz bakımından bir sorun yaratmazken, verilerin saklanmasına yönelik önleme amaçlı analiz bakımından eşitlik ilkesine aykırılık yaratacak niteliktedir. Şöyle ki iki ayrı tecavüz suçu düşünelim. Birinde mağdura ormanlık bir yerde tecavüz ediliyor ve mağdurun yardım çağrılarını çevreden duyulup, fail suçüstü yakalanıyor olsun. Bu durumda CMK açısından moleküler genetik incelemeler yapmak zorunlu değildir ve fail suçtan mahkûm olduğu halde profilleri DNA bankasına girmeyecektir, çünkü inceleme yapılmamıştır. Diğer bir vaka ise mağdura evinde tecavüz ediliyor, fail kaçıyor olsun. Daha sonradan fail bir şekilde yakalanıyor ancak suçu inkâr ediyor. Bu durumda moleküler genetik incelemeler yapılması

⁴¹ Atasoy, "DNA Bankasında Karar Zamanı", 19. 11. 2006, *Hürriyet Gazetesi*.

zorunluluk arz eder ve failin mahkûm olması halinde profilleri DNA bankasında saklanır. İşte aynı suçu işleyen iki kişiden birinin, başka bir ifade ile eşit koşullarda olan iki kişiden birinin profilleri bankaya girerken, diğerinin girmemektedir. Bu da eşitlik ilkesine aykırıdır. Bu konuda bir düzenleme yapılması kanımızca zorunluluktur.

Tasarıda verilerin ne kadar süre ile saklanacağına ilişkin bir düzenleme yoktur. Alman hukukunda elde edilmiş olan veri istenildiği kadar uzun süre muhafaza edilebilir. Hatta elde edilmiş olan verilerin daha sonra bulunmuş izler vasıtasıyla kişiyi sanık olmaktan çıkarabilmesini, masum olduğunu ortaya koyabilmesini sağlamak bakımından kişinin ölümünden sonra da muhafaza edilmesi kabul edilmektedir.

DNA Bankası Ne İşe Yarar?

DNA bankasının temel amacı verileri karşılaştırarak gerçeğin ortaya çıkmasına yardımcı olmaktır. DNA Veri Bankası Kanunu Tasarısı'na göre elde edilen DNA profilleri, banka bünyesinde oluşturulan sisteme kodlanarak kaydedilebilir. Veri bankası sistemi adli amaçlı ve diğerleri olmak üzere iki ana dizinden oluşur. Sisteme veri girişi Adli Tıp Kurumu, Jandarma Genel Komutanlığı Kriminal Dairesi Başkanlığı, Emniyet Genel Müdürlüğü Kriminal Dairesi Başkanlığı tarafından yapılır. Laboratuvarlar tarafından elde edilen DNA profilleri ile adli merciler tarafından kaydedilmesi istenen DNA profilleri, Cumhuriyet savcısının talebi ile banka tarafından sisteme kaydedilir. Daha önce de belirttiğimiz gibi profilleri karşılaştırma işlemi banka yapar. Adli amaçlı DNA profilleri, ancak adli amaçlı dizinlerle karşılaştırılabilir.

DNA bankasında şu bilgiler yer alır:⁴²

⁴² Atasoy, "Kriminal Amaçlı DNA", <http://www.istanbul.edu.tr/enstituler/adli/dnaprofiles.htm>; Atasoy, "DNA Profilleri", <http://www.istanbul.edu.tr/enstituler/adli/dnahuman.htm>.

VELİ ÖZER
ÖZBEK'İN
TEBLİĞİ

• Olay yerinden elde edilen ve faile ait olduğu düşünülen biyolojik materyallerin DNA profilleri,

• Mağdurların üzerinden ve vücut boşluklarından elde edilen ve saldırganına ait olduğu düşünülen biyolojik materyallerin DNA profilleri,

• Belirli suçlardan mahkûm olmuş olanların DNA profilleri (Bizim hukukumuzda sadece CMK'ya göre 2 yıl ve üzeri hapis cezasını gerektiren suçlarda zorunlu olarak DNA analizi yapılmışsa ve fail mahkûm olmuşsa),

• Kimliği meçhul cesetlerin ve ceset kalıntılarının DNA profilleri,

• Kayıp kişilerin ve bunların yakınlarının DNA profilleri (Doktrinde öteden beri veri bankasında kayıp kişilerin DNA profillerinin de bulunması gerektiği ileri sürülmüş⁴³ ancak tasarıda bu yer almamıştır. Hukuki veya fiili sebeplerle kimliği tespit edilemeyen kişilerin DNA profillerinin saklanacağı öngörülmüştür, ancak bu tam olarak kayıp kişileri karşılamamaktadır),

• Görevleri sebebiyle hayati risk taşıyanlardan ve gönüllü kişilerden elde edilen DNA profilleri.

Veri tabanına yeni bir profil girildiğinde bu kategoriler arasında karşılaştırma yapılır ve böylelikle;

• Olay yeri- olay yeri arasında bir uyum bulunabilir. Aynı kişinin farklı yerlerdeki olayların suçlusu olduğu anlaşılır.

• Kişi-kişi arasında bir uyum bulunabilir, böylelikle farklı kimliklerle suç işleyen kişilerin aslında aynı kimse olduğu anlaşılır.

⁴³ Atasoy, "Kriminal Amaçlı DNA", <http://www.istanbul.edu.tr/enstituler/adli/dnaprofiles.htm>; Atasoy, "DNA Profilleri", <http://www.istanbul.edu.tr/enstituler/adli/dnahuman.htm>.

• Olay yeri-kışı arasında bir uyum bulunabilir, böylelikle olay yerindeki biyolojik delili şüphelinin bıraktığı anlaşılır. Örneğin farklı kişilere tecavüz eden kişinin aynı kişi olduğu anlaşılır. Ayrıca daha önce mahkûm olmuş ve tahliye edilmiş kimsenin, mahkûmiyetinden önce veya serbest kaldıktan sonra bu olayların da faili olduğu anlaşılır.⁴⁴

Bankanın Yapısı

Doktrinde öteden beri DNA verilerinin bir kamu kuruluşu tarafından saklanması gerektiği ileri sürülmüştür.⁴⁵ Tasarı ile kanunla kendisine verilen görevleri yerine getirmek üzere kamu tüzel kişiliğini haiz, bilimsel, idari ve mali özerkliğe sahip ve Başbakanlıkla ilgili, Türkiye Milli DNA Veri Bankası'nın kurulması hedeflenmektedir.

Doktrinde DNA bankasının, sonuçların kalitesini teminat altına alabilmek, gerektiğinde doğrulama analizleri yapabilmek ve veritabanına profil sağlayan laboratuvarlar arasında yeterlilik testleri uygulayabilmek amacıyla kendi laboratuvarına sahip olması gerektiği ileri sürülmüştür. Ancak tasarıya baktığımızda bankanın böyle bir laboratuvara sahip olmadığını görmekteyiz. Ayrıca yine bankanın, analizi yapacak laboratuvarların tümü için geçerli olacak kalite kıstaslarını belirlemekten sorumlu olması gerektiği de ileri sürülmüştür.⁴⁶ Doktrinde Türkiye'deki kriminal laboratuvarların akredite⁴⁷ olmaması en çok eleştirilen hususlardan biridir. Güvenilir

⁴⁴ Atasoy, "Kriminal Amaçlı DNA", <http://www.istanbul.edu.tr/enstituler/adli/dnaprofiles.htm>; Atasoy, "DNA Profilleri", <http://www.istanbul.edu.tr/enstituler/adli/dnahuman.htm>.

⁴⁵ Özbeke, "DNA Analizi", s. 560; Özbeke, *İzmir Şerhi*, s. 291.

⁴⁶ Himberg, s. 55.

⁴⁷ 4457 Sayılı Türk Akreditasyon Kurumu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'a göre akreditasyon bu kurum tarafından; laboratuvarların, muayene ve belgelendirme kuruluşlarının ulusal ve uluslararası kabul görmüş teknik kriterlere göre değerlendirilmesi, yeterliliğinin onaylanması ve düzenli aralıklarla denetlenmesini ifade eder.

analiz için laboratuvarların akredite olması, çalışanların güvenilirliğinin bağımsız bir organ tarafından sertifikalandırılması şarttır. Özellikle DNA çalışmalarının standardizasyonu amacıyla İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü, İçişleri Bakanlığı Emniyet Genel Müdürlüğü Kriminal Daire Başkanlığı ve Jandarma Kriminal Laboratuvarları tarafından kurulan Türkiye Adli Bilimler Ağı'nın üyelerinden ikisi (Üniversite ve Jandarma) her ne kadar Avrupa Adli Bilimler Ağı tam üyeliğine kabul edilmişlerse de, henüz hiçbirinin Avrupa ya da Amerika standartlarına göre akredite olmadığı ileri sürülmektedir.⁴⁸ Bu bakımdan en basit ve dünya üzerinde en geniş kabul gören kalite yaklaşımı, DNA araştırmalarında ISO 17025 standardına göre akreditasyon talep etmektir.⁴⁹ Türkiye' de 1999 yılında 4457 Sayılı Türk Akreditasyon Kurumu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun⁵⁰ ile laboratuvar, belgelendirme ve muayene hizmetlerini yürütecek yurt içi ve yurt dışındaki kuruluşları akredite etmek, bu kuruluşların belirlenen ulusal ve uluslararası standartlara göre faaliyetlerde bulunmalarını ve bu suretle ürün/hizmet, sistem, personel ve laboratuvar belgelerinin ulusal ve uluslararası alanda kabulünü temin etmek amacıyla, merkezi Ankara'da olmak üzere Başbakanlıkla ilgili, özel hukuk hükümlerine tabi, tüzel kişiliği haiz, idari ve mali özerkliğe sahip, Türk Akreditasyon Kurumu, kısa adıyla TÜRKAK kurulmuştur.

Oturum Başkanı: Ben de çok teşekkür ediyorum. 7 dakikalık süre aşımını 4'e düşürdük.

Özlem hanım, sıra sizde.

⁴⁸ Atasoy, "DNA Profilleri", <http://www.istanbul.edu.tr/enstituler/adli/dnahuman.htm>; Açıkgöz/ Hancı/ Çakır,

http://www.ankara.edu.tr/faculties/medicine/internal_medical/forensic_medicine/dnalabis.html; Atasoy, "Kriminal Amaçlı DNA", <http://www.istanbul.edu.tr/enstituler/adli/dnaprofiles.htm>.

⁴⁹ Himberg, s. 55.

⁵⁰ 27. 10. 1999 tarihli ve 4457 Sayılı Türk Akreditasyon Kurumu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun, RG, 4. 11. 1999- 23866.

Yrd. Doç. Dr. Özlem Yenerer ÇAKMUT (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi)

I. GİRİŞ

İnsan davranışlarını düzenleyen kurallar bütünü olan *hukuk*, toplumda barışı ve güvenliği sağlamak, kişisel çıkarları güvence altına almak, uyuşmazlıkları çözmekte başvurulacak akılcı ve güvenilir yargılama kurallarını belirlemek amacını taşır. Hukuk kurallarını diğer toplumsal davranış kurallarından ayıran ise devletin zor kullanma gücünün yani yaptırımının bulunması ve uyuşmazlıkların ne şekilde çözüleceğinin gösterilmiş bulunmasıdır. Hukuk bir bütündür, ancak bu bütünü rahat algılayabilmek için onun parçalara ayrılarak incelenmesinde fayda bulunmaktadır. Nitekim bu amaçla yapılan ayrımlara bakıldığında kamu gücünü temsil edenlerin katıldığı hukuk ilişkilerine uygulanan kurallar bütünü olarak tanımladığımız *kamu hukukunun* alt dallarından biri olarak *ceza hukuku* karşımıza çıkmaktadır. Toplumsal düzeni sağlama ve kişisel çıkarları koruma gereği olarak devlet tarafından bazı davranışların yapılması veya yapılmaması konusunda insanlara emirler verilmekte ve bu emirlere uymayanlara da yaptırım uygulanması öngörülmektedir. İşte kamu hukukunun alt ayrımında yer alan *ceza hukuku* belirttiğimiz yasakları, emir-

* "Tıp Ceza Hukukunda Bilirkişilik" başlıklı tebliğ.

leri ve yaptırımları incelemektedir. Daha genel bir anlatımla ceza hukuku suç ve cezalarını göstermektedir.¹

İnsan yaşamı, farklı alanlarda yaşanan çok taraflı ilişkilerle sürüp gitmektedir. Bu süreç içinde yapılan hareketler, ilgili oldukları konuları düzenleyen kurallar bakımından onaylandığı kadar kabul de görmeyebilirler. Hatta ilgili oldukları alanın yasal düzenlemelerine göre yaptırımlarla da karşılaşabilirler. Hastalıkları, sakatlıkları iyileştirmek, hafifletmek ya da önlemek amacıyla başvurulmuş teknik ve bilimsel çalışmaların tümü olarak tanımlanan² tıp da insan ilişkilerinin yoğun olarak yaşandığı alanlardandır. Elbetteki burada da ilgili kişilerin bazı davranışları yapmaları istenirken bazılarında da kaçınılması gerektiği açıkça düzenlenmektedir. Kaçınılmaması yaptırımlara bağlı kılınmıştır. Bu düzenlemeler genel mevzuat kadar konuya ilişkin özel mevzuatta da yer almıştır.

Çalışmamızın temelini tıp ceza hukukunda birliktirlik oluşturmaktadır. Bu konudaki sorunlar daha çok sağlık sektöründe çalışanlarla sağlık hizmetinden faydalananlar arasındaki ilişkilerden doğmaktadır. Ancak bunun ötesinde insanlar arası ilişkilerde ortaya çıkan problemlerin çözümünde de sağlık sektöründe faaliyet gösteren kişilerin uzmanlığından yararlanılması söz konusu olmaktadır. Her türlü risklerine rağmen, çok eski zamanlardan beri tıbbi faaliyetlere ve bunu gerçekleştirenlere izin verilmiş ve hatta özel olarak bu müdahaleleri gerçekleştirenler yetiştirilmiş ve desteklenmiştir. Ancak diğer taraftan bu faaliyetler gerçekleştirilirken önemli hakların ihlali de söz konusu olabilmektedir. Dolayısıyla tıp ceza hukuku bu hak ihlallerinde ilgililerin nasıl ve ne zaman sorumlu olacaklarını belirlemeye çalışmaktadır.³ Bu belirttiklerimiz tıp ceza hukuku alanının kapsamının genişliğini

¹ N. Centel/H.Zafer/Ö.Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, İstanbul 2006, 3.

² *Türkçe Sözlük*, 2, (L-Z), Türk Dil Kurumu, Ankara 1983, 1187.

³ Ö. Y. Çakmut, *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi*, İstanbul 2003, 19.

de ortaya koyar niteliktedir. İnceleme konumuz tıp ceza hukukunda bilirkişilik olduğundan ifade ettiğimiz hususların ayrıntısına girmemiz mümkün olmayacak, sadece tıp ceza hukuku alanında bilirkişilik ve bu konudaki sorunları ele almakla yetineceğiz.

II. BİLİRKİŞİ KAVRAMI

Bir davada gerçeğin ortaya çıkartılması çabası sırasında zaman zaman çözülmesi gereken sorunlarla karşılaşılır ve bunların çözümü özel ve teknik bilgiyi, bilimsel bir çalışmayı gerektirebilir. Uyuşmazlığın sonlandırılması bakımından önemli olan maddi olayın ispatı için birtakım sorunların çözülmesi zorunlu olmaktadır. Ancak bu sorunlar, çözümü için uzmana gitmeyi ondan yardım almayı gerektirir nitelikte olabilmektedir. Böyle bir durumda hakim, mahkeme, yasanın izin verdiği hallerde Cumhuriyet Savcısı kendilerine yardımcı olması için uzman kişilere başvurumaktadırlar.⁴ Hatta bazen bu başvuru hakim için bir zorunluluk oluşturmaktadır.⁵

Gerçekten de hakimin karşılaştığı her konu hakkında yeterli bilgiye sahip olduğunu düşünmek doğru değildir⁶. Ancak bu durum hakimin hüküm vermekten kaçınması mazereti de olamaz. Çünkü yargılamanın bir hükümlerle bitirilmesi yani kesin bir çözüme ulaştırılması gerekir. Özellikle teknik bilgi gerektiren, uzmanlık alanlarında konuyu aydınlatmak ve açıklığa kavuşturmak amacıyla donanımlı kişilere başvurulmaktadır. Hakim uzmandan aldığı görüşü göz önünde tutarak sorunu aydınlatacaktır.

⁴ A. K. Yıldız, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik", *EHFD*, X, 3-4 (2006), 273.

⁵ T. Taner, *Ceza Muhakemeleri Usulü*, Ankara 1955, 206-207.

⁶ M. R. Belgesay, *Hukuk ve Ceza Usulü Muhakemesinde Deliller*, İstanbul 1940, 109.

ÖZLEM
YENERER
ÇAKMUT'UN
TEBLİĞİ

Bilirkişi, çözümü uzmanlık, özel veya teknik bilgiyi gerektiren durumlarda oy ve görüşlerini almak üzere, kural olarak hakim veya mahkeme tarafından re'sen ya da Yasa'da gösterilmiş kişilerin istemi üzerine atanan, tarafsız kimsedir.⁷ Öte yandan soruşturma evresinde savcının da bilirkişi atayabileceği CMK m. 63/3'de düzenlenmiştir.

Öte yandan bilirkişi, *Ceza Muhakemesi Kanununa Göre İl Adli Yargı Adalet Komisyonlarının Bilirkişi Listelerinin Düzenlenmesi Hakkında Yönetmelik*⁸ m. 3'te de; "çözümü; uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hallerde oy ve görüşünü sözlü ya da yazılı olarak vermesi için başvurulan gerçek veya tüzel kişiyi" ifade eder biçiminde tanımlanmıştır.

Tarafların seçtiği bilirkişi Yasa tarafından CMK m. 67/6'da uzman olarak isimlendirilmiştir. O halde diyebiliriz ki, hakim, mahkeme ve koşulların varlığı durumunda Cumhuriyet Savcısı tarafından karşılaşılan ve özel ve teknik bilgiyi gerektiren sorunların çözümü için başvurulan uzman kişi Ceza Muhakemesi Kanunu tarafından "bilirkişi", hazırladığı rapor da "bilirkişi mütalaası" olarak adlandırılırken; diğer muhakeme sujelerinin aynı özelliklere sahip sorunların çözümü için başvurdukları kişi "uzman", hazırladığı rapor da "uzman mütalaası" olarak isimlendirilmiştir.⁹

⁷ V. Ö. Özbek, "Tıbbi Deliller ve Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu", *Özel Sayı: Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Yeditepe Üniversitesi HFD*, III, 2 (2006), 384; V. Ö. Özbek, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara 2006, 634. Farklı tanımlar için bkz. N.Centel/H. Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul 2008, 263; B. Öztürk/M. R. Erdem, *Öztürk Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara 2007, 469; N. Güreli, *Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik*, İstanbul 1967, 16; Ö. Tosun, *Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri*, I, Genel Kısım, İstanbul 1994, 786; E. Yurtcan, *Ceza Yargılaması Hukuku*, İstanbul 2007, 282; F. Yenisey, *Uygulanan ve Olması Gereken Ceza Muhakemesi Hukuku, Duruşma ve Kanun Yolları*, İstanbul 1990, 97; N. Toroslu/M. Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara 2006, 194; H. Hakeri/Y. Ünver, *Ceza Muhakemesi Hukuku, Temel Bilgiler*, Ankara 2007, 124; H. Yokuş-Sevük, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik", *İHF*, LXIV, 1 (2006), 49.

⁸ RG 01.06.2005, No.25832.

⁹ Yıldız, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik*, 275.

Hakimin hukuki sorunlar için bilirkişiye başvuramayacağı ise unutulmaması gereken bir husustur.¹⁰ Ancak bu noktada bir önemli hususu belirtmekte fayda görmekteyiz: Uluslar arası ilişkiler nedeniyle karşılaşılabilecek durumlardan olan yabancı ülkede işlenen bir suçun Türkiye’de yargılanması halinde TCK m. 19 çerçevesinde yabancı ülke mevzuatı ve uygulaması bakımından hukukçu bilirkişiden yararlanılabilmesine olanak tanınması da gereklilik olarak gözden uzak tutulmamalıdır.¹¹ Bu özel durum dışında hakimin hukuki konularda bilirkişiye başvuramayacağı Ceza Muhakemesi Yasası m. 63’ün getirdiği düzenlemede de “çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hallerde bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verileceği; ancak hakimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi ile çözülmesi olanaklı konularda bilirkişinin dinlenemeyeceği” şeklinde belirtilmiştir.

Bilirkişiye başvurulduğunda bilirkişi temelde üç hususta hakime yardım edecektir: 1) *Genel tecrübe kurallarını bildirerek*; ki bilirkişi bu biçimde önceden öğrendiği bilgileri kullanarak hakime belli bir hususta genel hayat deneyimlerini aktarır. 2) *Özel ve teknik bilgi sahibi olan bir kimsenin gözlemleyip algılayabileceği olguları belirleyerek*; ki bilirkişi bu durumda sadece özel ve teknik eğitim almanın sonucu olan ve uzmanlığı gerektiren bilgilerle gözlemlenerek algılanıp anlaşılabilir durumları ortaya koyar. 3) *Özel ve teknik eğitimle öğrenilebilecek bilgilere bilimsel kuralları uygulayıp sonuç çıkartarak*; ki bilirkişi bu halde somut olayın olgularını, aldığı uzmanlık eğitimi nedeniyle ulaştığı bilgiler ışığında değerlendirip onlara bilimsel ilkeleri ve kuralları uygular ve sonuçlar çıkartır.¹²

¹⁰ O. Mavioglu, “Bilirkişiye Başvurma Zorunluluğu ve Bilirkişi Raporları Karşısında Yargıcın Durumu”, *İHFİM*, XXXVI, 1-4 (1970), 371.

¹¹ Y. Ünver, “Ceza Muhakemesinde İspat, CMK ve Uygulamamız”, *CHD*, 1, 2 (Aralık 2006), 171; Y. Ünver, “Deliller ve Değerlendirilmesi”, *Legal HD*, 3, 32 (Ağustos 2005), 2894.

¹² Yurtcan, *Ceza Yargılaması Hukuku*, 283.

ÖZLEM
YENERER
ÇAKMUT'UN
TEBLİĞİ

Hakim yargılamada kararı verirken bilirkişi ona yardım eden konumundadır.¹³ Şüphe yok ki, yargılamada son söz, kendisine Anayasa tarafından millet adına yargılama yapma yetkisi verilmiş, tarafsız, bağımsız ve bağımsızlığı da yasal güvencelere dayandırılmış hakime aittir. Ancak bilim ve teknoloji alanındaki hızlı gelişmeler, bu sürecin artırdığı ihtiyaçlar ve bunların giderilmesinden kaynaklanan ilişkiler, insanlar arasında karmaşık sorunların yaşanmasına neden olmaktadır. Sorunun çözümü de karmaşıklığına paralel olarak teknik ve uzmanlık bilgisini gerektirmektedir. Dolayısıyla bu durum yargılamada hakimin bilirkişiye başvurmasını gerekli kılmaktadır Öte yandan belirtilen bu zorunlu ilişki hakimlerin hüküm kurarken bilirkişilerin mütalaalarında ortaya koydukları sonuçla bağlı olması tehlikesini de beraberinde getirmektedir. Özellikle tıbbi alanda, kadastro veya mimarlık konularında durum bu merkezdedir.¹⁴

Bilirkişi incelemeleri önemli ve değerli olmakla birlikte her zaman yanılma olasılığının varlığı gözden uzak tutulmamalıdır. Bu nedenle verilen raporların kesin olmayacağı, hatta kimi zaman aynı konuda birbirine zıt görüşlerin ortaya konulabileceği, dolayısıyla tespit edilen sonuçların takdiri bakımından hakimin serbestliğini kabulün zorunlu olduğu bilinmelidir.¹⁵ Bu nedenle hakim bilirkişinin raporuna ilişkin olarak tereddüde düşerse yeni bir bilirkişiye başvurabilecektir. Ancak bilirkişinin raporunu kabul etmeyen hakim in bu konudaki kararını ise gerekçelendirmesi zorunludur.¹⁶

Yargılama süresince delillerin takdiri daima hakime aittir. Ancak bilirkişi de yaptığı inceleme ile değerlendirme faaliye-

¹³ F. Erem, *Diyalektik Açından Ceza Yargılaması Hukuku*, 6.Bası, Ankara 1986, 404.

¹⁴ R. Arslan, "Bilirkişilik Uygulaması ve Bu Uygulamaya Yargıtay'ın Etkisi", *YD*, 15, 1-4 (Ocak-Ekim 1989), 156-157.

¹⁵ Taner, *Ceza Muhakemeleri Usulü*, 207.

¹⁶ Toroslu/Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 194.

tinde hakime yardımcı olmaktadır.¹⁷ Öte yandan bilirkişinin, hazırlayıp mahkemeye vereceği rapor ile gerçeğin ortaya konulması bakımından hakime yol göstereceği ve kararda az ya da çok etkili olacağı şüpheye yer bırakmayan bir gerçektir. Bu durum bilirkişinin görevinin hakimlik görevine yakın görülmesine ve bu nedenle hakimler için öngörülen bazı maddelerin benzer biçimde bilirkişiler için de düzenlenmesine neden olmuştur. Hakimin reddi kurumunun kabulü gibi bilirkişinin reddinin de benimsenmesi ve ne zaman ve hangi hallerde mümkün olacağını öngören maddenin varlığı bu duruma bir örnek oluşturmaktadır¹⁸. Nitekim CMK m.69'da "*Hakimin reddini gerektiren sebepler, bilirkişi hakkında da geçerlidir*" denilerek bu husus açıkça ortaya konulmuştur.¹⁹ Ayrıca hakim veya mahkeme, engel sebepler olmadıkça ret hakkına sahip olanlara, atanan bilirkişinin adını ve soyadını bildirecektir. Reddi isteyen kişi, bunun nedenini, dayandığı olguları göstererek açıklamak yükümlülüğündedir. Ret istemi, davayı görmekte olan hakim veya mahkeme tarafından incelenecektir. Öte yandan soruşturma evresinde, Cumhuriyet Savcısınca kabul edilmeyen ret istemi sulh ceza hakimi tarafından incelenecektir (CMK m. 69).

¹⁷ Erem, *Diyaletik Açından Ceza Yargılaması Hukuku*, (1986), 405.

¹⁸ Taner, *Ceza Muhakemeleri Usulü*, 208.

¹⁹ CMK m.22 ve m.24 düzenlemesi ışığında bilirkişinin reddi nedenleri şu şekilde sıralanabilir: a) Suçtan kendisi zarar görmüşse, b) sonradan kalksa bile şüpheli, sanık veya mağdur ile aralarında evlilik, vesayet veya kayımlık ilişkisi bulunmuşsa, c) şüpheli, sanık veya mağdurun kan veya kayın hısımlığından üstsoy veya altsoyundan biri ise, d) şüpheli, sanık veya mağdur ile aralarında evlat edinme bağlantısı varsa, e) şüpheli, sanık veya mağdur ile aralarında üçüncü derece dahil kan hısımlığı varsa, f) evlilik sona ermiş olsa bile, şüpheli, sanık veya mağdur ile aralarında ikinci derece dahil kayın hısımlığı varsa, g) aynı davada Cumhuriyet savcılığı, adli kolluk görevi, şüpheli veya sanık müdafiliği veya mağdur vekilliği yapmışsa, h) aynı davada tanık veya bilirkişi sıfatıyla dinlenmişse (CMK m. 22), ı) tarafsızlığını şüpheye düşürecek diğer bir sebebin varlığı durumunda (CMK m.24).

Bilirkişi diğer taraftan da tanığa benzemektedir.²⁰ Nitekim CMK m. 62'ye göre tanıklara ilişkin yasal düzenlemeler, bilirkişiler hakkında da -kuruma ilişkin maddelere aykırı olmamak koşuluyla- uygulanacaktır. Bu maddeye paralel olarak bilirkişi de tanık gibi görevine başlamadan yemin eder, belli hallerde çekinme hakkına²¹ sahiptir. Usulüne uygun olarak çağrıldığı halde gelmeyen veya gelip de yemin etmeyen, oy ve görüş bildirmekten çekinen bilirkişiler hakkında, tanıklıktan ve yeminden sebepsiz çekinmeyi ve yaptırımını düzenleyen CMK m. 60 uygulanacaktır (CMK m. 71).²² Ancak bilirkişiyi tanıkla aynı tutmak da olası değildir. Çünkü; **a)** tanık beş duyusu ile algıladığı olguyu anlatırken, bilirkişi hakkında önceden bilgi sahibi olmadığı, görmediği bir olayla ilgili olarak kendisine sorulan sorulara, teknik ve özel bilgiyle ulaştığı sonuçlarla cevap verir. **b)** Tanık reddedilemez. Sadece çekinme hakkını kullanmasını gerektirecek nedenler varsa çekinme hakkını kullanabilir. Bilirkişinin ise reddedil-

²⁰ Taner, *Ceza Muhakemeleri Usulü*, 208.

²¹ CMK m.45: "Aşağıdaki kimseler tanıklıktan çekinebilir:a)Şüpheli veya sanığın nişanlısı,/ b)Evlilik bağı kalmasa bile şüpheli veya sanığın eşi,/ c)Şüpheli veya sanığın kan hısımlığından veya kayın hısımlığından üstsoy veya altsoyu./ d)Şüpheli veya sanığın üçüncü derece dahil kan veya ikinci derece dahil kayın hısımları,/ e)Şüpheli veya sanıkla aralarında evlâtlık bağı bulunanlar,/(2)Yaş küçüklüğü, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı nedeniyle tanıklıktan çekinmenin önemini anlayabilecek durumda olmayanlar, kanunî temsilcilerinin rızalarıyla tanık olarak dinlenebilirler. Kanunî temsilci şüpheli veya sanık ise, bu kişilerin çekinmeleri konusunda karar veremez./ (3)Tanıklıktan çekinebilecek olan kimselere, dinlenmeden önce tanıklıktan çekinebilecekleri bildirilir. Bu kimseler, dinlenirken de her zaman tanıklıktan çekinebilirler".

²² Tanıklıktan ve yeminden sebepsiz çekinme (CMK m.60): "(1)Yasal bir sebep olmaksızın tanıklıktan veya yeminden çekinen tanık hakkında, bundan doğan giderlere hükmedilmekle beraber, yemininin veya tanıklığının gerçekleştirilmesi için dava hakkında hüküm verilinceye kadar ve her hâlde üç ayı geçmemek üzere disiplin hapsi verilebilir. Kişi, tanıklığa ilişkin yükümlülüğüne uygun davranması halinde, derhâl serbest bırakılır./ (2)Bu tedbirleri almaya naiپ hâkim ve istinabe olunan mahkeme ile soruşturma evresinde sulh ceza hâkimi yetkilidir./ (3)Davanın görüldüğü sırada bu tedbirler alındıktan ve yukarıdaki süreler suçun türüne göre tüümüyle uygulandıktan sonra o dava veya aynı işe ilişkin diğer davada tekrar edilmez./ (4)Disiplin hapsi kararına itiraz edilebilir".

mesi söz konusudur ve ret talebi ortaya konulmuşsa bu hususa ilişkin karar verilmelidir. c) Dava konusu olaya ilişkin olarak görüp işittiklerini anlatacak olan tanığın yerine bir başkasının geçmesi mümkün olmaz. Ancak bilirkişi bakımından hakim aynı davada aynı hususa ilişkin de olsa farklı bilirkişilere başvurabilmektedir. d) Tanığın yemin şekli (CMK m. 55)²³ ile bilirkişinin yemin şekli (CMK m.64/5)²⁴ birbirinden farklıdır. Öte yandan tanık, tanıklıktan önce veya sonra yemin edebilirken; bilirkişi görevlendirildiği zaman yemin etmek durumundadır.²⁵

III. BİLİRKİŞİ GÖRÜŞÜNÜN HUKUKİ NİTELİĞİ

Bilirkişinin ortaya koyduğu görüşün hukuki niteliği doktrinde tartışmalı bir konudur. Tartışmaların çıkış noktası Ceza Muhakemesi Kanunu'nun bilirkişiye ilişkin düzenlemelere, Birinci Kitabın Üçüncü Kısımında *"Tanıklık, Bilirkişi İncelemesi ve Keşif"* başlığı altında yer vermiş olmasından kaynaklanmaktadır. Konunun tanıklık ve keşif ile birlikte düzenlenmesi bilirkişi kurumu ve bilirkişi görüşünün hukuki niteliği bakımından görüş ayrılığı yaratmıştır. Bilirkişinin konumuna ilişkin açıklamaları yukarıda yaptığımızdan burada sadece bilirkişi görüşünün hukuki niteliği üzerinde durulacaktır.

Bir kısım düşünceye göre bilirkişi görüşü *"delil"* iken,²⁶ diğer bir kısım yazara göre söz konusu görüşler *"delil değer-*

²³ CMK m.55'e göre tanık bakımından yeminin biçimi şu şekildedir: a) Tanıklıktan önce; *"Bildiğimi dosdoğru söyleyeceğime namusum ve vicdanım üzerine yemin ederim."* b) tanıklıktan sonra; *"Bildiğimi dosdoğru söylediğime namusum ve vicdanım üzerine yemin ederim."*

²⁴ CMK m. 64/5'e göre bilirkişi bakımından yeminin biçimi şu şekildedir: *"Görevimi adalete bağlı kalarak, bilim ve fenne uygun olarak, tarafsızlıkla yerine getireceğime namusum ve vicdanım üzerine yemin ederim."*

²⁵ Taner, *Ceza Muhakemeleri Usulü*, 208-209.

²⁶ Taner, *Ceza Muhakemeleri Usulü*, 171, 207-209; L.Meyer-Großner, *Strafprozessordnung Mit GVG und Nebengesetzen, Beck'schekurz Kommentare*, Münih 2006, 242; Tosun'a göre ise bilirkişi görüşü delil değildir.

lendirme aracı"dır.²⁷ Kimi yazarsa bilirkişi görüşünün bazen delil bazen delil değerlendirme aracı olduğunu hatta bazen her iki niteliğe de sahip olabileceğini ileri sürmektedir.²⁸ Diğer bir düşünceye göre ise bilirkişi görüşü delillerin içeriğinin öğrenilip değerlendirilmesine olanak tanıyan bir araçtır, ancak başlı başına delil değildir.²⁹ Yine öğretide ileri sürülen bir diğer görüş de bilirkişinin hakimın yardımcısı; raporunun da delil değerlendirme aracı olduğu; bilirkişinin incelediği şeyin ise delil olabileceği şeklindedir. Öte yandan bu görüşü savunanlar bilirkişi raporunun kimi zaman delil fonksiyonuna da sahip olabileceğini belirtmektedir.³⁰ Ceza Muhakemesi Yasası m.62'nin Gerekçesi'nde ise konuya ilişkin olarak; "*bilirkişiliğin kendisi bir delil olmamakla birlikte, bilirkişi incelemesi sonucu elde edilen delil, iz, eser ve emare delildir. Başka bir deyişle bilirkişilik, delillere ulaşmak için bir araçtır*" denilmiştir.³¹

Kanaatimizce bilirkişi görüşü, delillerin elde edilmesi veya delillerin değerlendirilmesi aracıdır, ancak başlı başına delil değildir. Delil bilirkişinin incelemesi sonucunda ortaya çıkan, elde edilen eser, iz ya da emaredir.³²

Çünkü Yazar'a göre delil bilirkişinin incelemesi gerekli olan şeydir ve eğer bilirkişi görüşünü tanık açıklamasında olduğu gibi delil olarak kabul edersek hakimın bilirkişi raporunu kabul edememesini açıklamak mümkün olmayacaktır. Tosun, *Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri*, 787.

²⁷ Erem, *Diyalektik Açından Ceza Yargılaması Hukuku* (1986), 404; Öztürk/Er-dem, *Öztürk Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 476; F.Yenisey, "Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'na Göre Tıbbi Deliller ve Bilirkişi İncelemesi", *Özel Sayı:Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Yeditepe Üniversitesi HFD, III, 2* (2006), 310. N.Kunter/F.Yenisey/A.Nuhoglu, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul 2006, k.no.42.5-IV.

²⁸ N.Gürelli, *Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik*, İstanbul 1967, 18.

²⁹ Toroslu/Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 195.

³⁰ Özbek, *Tıbbi Deliller ve Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu*, 393.

³¹ Z. Yılmaz, *Ceza Muhakemesi Kanunu ve İlgili Mevzuat*, Ankara 2005, 265.

³² Aynı yönde bak. Centel/Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (2008), 265; Yıldız, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik*, 278.

IV. BİLİRKİŞİYE BAŞVURULMASI

1. Genel Olarak

CMK m. 63'e göre; "(1)Çözümünü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına re'sen, Cumhuriyet Savcısının, katılanın, vekilinin, şüphelinin veya sanığın, müdafinin veya kanunî temsilcinin istemi üzerine karar verilebilir. Ancak hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukukî bilgi ile çözülmesi olanaklı konularda bilirkişi dinlenemez./ (2) Bilirkişi atanması ve gerekçe gösterilerek sayısının birden çok olarak saptanması, hâkim veya mahkemeye aittir. Birden çok bilirkişi atanmasına ilişkin istemler reddedildiğinde de aynı biçimde karar verilir./ (3) Soruşturma evresinde Cumhuriyet Savcısı da bu maddede gösterilen yetkileri kullanabilir".

Ceza Muhakemesi Kanunu yargılama süreci içinde hakimi bilirkişiye başvurma bakımından serbest bırakmış ona takdir hakkı vermiştir. Yasa bilirkişiliğın konusunu da sınırlandırmış değildir.³³ Ancak bazı konular bakımından yasa resmi bilirkişiye başvurulmasını zorunlu kılmıştır. CMK m. 63/2'ye göre bilirkişiye başvurma hakim (soruşturma evresinde sulh ceza hakimi) veya mahkeme (kovuşturma evresinde davaya bakan mahkeme) tarafından kullanılan bir yetkidir. Soruşturma evresinde Cumhuriyet Savcısı da bu yetkiyi kullanabilecektir (CMK m. 63/3). Ayrıca katılan veya onun vekili, şüpheli, sanık, onların müdafii veya yasal temsilcileri de bilirkişiye başvurulması bakımından talep de bulunabileceklerdir (CMK m. 63/1). Nitekim CMK m. 177'ye göre sanık, bilirkişinin davetini mahkeme başkanı veya hakimden isteyebilecektir. Talebi reddedildiğinde ise sanık söz konusu kişiyi mahkemeye getirebilecek ve duruşmada dinletebilecektir (CMK m. 178). Ancak bunun gerçekleştirilebilmesi için sanığın doğrudan doğruya davet ettireceği veya duruşma sırasında getireceği bilirkişinin ad ve adresini Cumhuriyet Savcısına makul süre içinde bildirmek zorundadır (CMK m. 179/1). Kovuşturmada

³³ Erem, *Diyalektik Açından Ceza Yargılaması Hukuku*, (1986), 406.

ÖZLEM
YENERER
ÇAKMUT'UN
TEBLİĞİ

Cumhuriyet Savcısı ve katılan bakımından da bilirkişi davet edebilme olanağı tanınmıştır (CMK m. 179/2, CMK m. 178). Ayrıca katılanın doğrudan doğruya duruşmaya bilirkişi getirebilmesi de mümkün kılınmıştır (CMK m. 179/2).

Hakim hukuksal sorunların çözümünde tek ve etkin rol üstlenmekle birlikte olgu sorunlarında, özel ve teknik bilgi sahibi olmaması çözüme ulaştırmada konunun dışında kalmasına neden olmaktadır. Bu nedenle hakim konunun uzmanından görüş almak durumundadır.³⁴ Hakim, bilirkişi seçiminde titiz davranmalı, ihtiyaç duyduğu özel ve teknik bilgiyi yeterince verebilecek uzman veya uzmanları seçmelidir. Bu konuda dikkatli olunmaması yeni bilirkişilere başvurmayı gerektirebilecek ve yargılamaların uzamasına, ilgililerin ve devletin ekonomik bakımdan kayıplarına neden olacaktır.³⁵

Özellikle tıbbi müdahalelerde sağlık çalışanlarının yaptığı hatalarda kusurlu olup olmadıklarını tespit, hem sorumluların hem de cezalarının belirlenmesi açısından büyük önem taşımaktadır. Müdahale öncesinde, sırasında ve sonrasında yapılan özensiz veya dikkatsiz bir davranış ilgililerin hukuken korunmuş değerlerinin ihlalini sonuçlayacaktır. Somut olayda özensizlik veya dikkatsizliğin olup olmadığı ise konunun uzmanlarınca, tıp veya yan dallarının bilimsel esaslarına yani teknik ve özel bilgiye dayalı olarak değerlendirilecektir. Öte yandan bu alanlardaki yaşam deneyimleri, pek çok somut olaydan elde edilen ve genelleme yapılmasına olanak tanıyan sonuçların yarattığı soyut kurallar ve oluşan genel yaşam deneyimi³⁶ de değerlendirmede dikkate alınacaktır.

Bilirkişiye başvurulmasına karar veren hakim, mahkeme veya Cumhuriyet Savcısı inceleme yapacak bilirkişinin sayısını da belirleme yetkisine sahiptir. Birden çok kişinin bilirkişi

³⁴ Ç. Aşçıoğlu, "Bilirkişi Sorununa Çözüm Önerileri", *Madencilik Bülteni*, Aralık 2004, 26.

³⁵ Arslan, *Bilirkişilik Uygulaması*, 171.

³⁶ Arslan, *Bilirkişilik Uygulaması*, 163.

olarak belirlenmesi halinde bu durumun gerekçelendirilmesi Yasa tarafından zorunlu kılınmıştır (CMK m. 63/2). Birden çok bilirkişi atanması talebinin reddedilmesi durumunda da kararın gerekçesi belirtilir (CMK m. 63/2). Öte yandan otopsinin iki hekim tarafından yapılması yasal zorunluluk olarak düzenlendiğinden söz konusu işlem bakımından bilirkişi sayısı birden fazla olarak gösterilmiştir (CMK m. 87/1).

2. Başvurmanın Mümkün Olmadığı Haller

Hakim hukuki sorunların çözümü için bilirkişiye başvuramaz.³⁷ Nitekim CMK m. 63'de durum "*hakimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi ile çözülmesi olanaklı konularda bilirkişinin dinlenemeyeceği*" şeklinde açıkça belirtilmiştir.³⁸

Ancak pek çok yargılamada hakim çözümü özel veya teknik bilgiye gereksinim gösteren olay ve olgulara dayandırılmış davalarda, hukuki konularla vakıa sorunlarını birbirinden ayırmadan dosyayı bilirkişiye göndermektedirler. Yargıtay verdiği kararlarda bu konu üzerinde titizlikle durmakta ve hukuki konularda bilirkişiye başvurulmasını bozma nedeni olarak belirtse de uygulama aksi şekilde devam etmektedir.³⁹

³⁷ "Kanun hükümlerini ve hukuk kurallarını uygulamakta hakim en uzman ve yetkili kişidir", Y2HD, 16.02.1981-1091/1092.

³⁸ "...Olay, günlük yaşantı içinde çoğunluğun rahatlıkla değerlendirebileceği olağan ve yalın bir niteliğe sahiptir...Yasa maddesi mahkemenin, ancak çözümü özel veya teknik bilgiyi gerektiren hallerde bilirkişinin görüşünün alınabileceği hükmünü getirmiştir...Yargı gücünü Türk Milleti adına kullanan hakimin, genel kültür ve bilgisinin konuyu çözebileceği her türlü tartışmanın dışındadır", Y4HD, 15.09.1983-6364/7388, Arslan, *Bilirkişilik Uygulaması*, 162.

³⁹ "Taraflar arasındaki uyuşmazlık özel şartnamedeki hükümlerin yorumuna ilişkin olup hukukidir. Bu yorumu mahkeme kendisi yapacaktır. Bu nedenlerle davanın reddine karar verilmesi gerekirken, mahkemenin bilirkişi mütalaasına başvurarak onların gösterdiği yönde karar vermesi yasaya aykırı görülmüştür. Kararın bu nedenle bozulması gerekir", Y15HD, 19.10.1977-1722/1914, Arslan, *Bilirkişilik Uygulaması*, 169.

Bu durum bilirkişilik kurumu açısından yaşanan en önemli sıkıntılardan birini oluşturmaktadır.⁴⁰

3. Başvurmanın Zorunlu Olduğu Haller

Ceza Muhakemesi Kanunu m. 65'te bilirkişiliği kabul yükümlülüğü düzenlenmiştir. Bu hükme göre; a) resmi bilirkişilikle görevlendirilmiş olanlarla CMK m. 64'te⁴¹ belirtilen listelerde yer almış bulunanlar, b) incelemenin yapılması için bilinmesi gerekli fen ve sanatları meslek edinenler, c) incelemenin yapılması için gerekli mesleği yapmaya resmen yetkili olanlar bilirkişiliği kabule zorludurlar. Konunun uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar "Ceza Muhakemesi Kanununa Göre İl Adli Yargı Adalet Komisyonlarınca Bilirkişi Listelerinin Düzenlenmesi Hakkında Yönetmelik" te düzenlenmiştir.⁴²

⁴⁰ Arslan, *Bilirkişilik Uygulaması*, 167.

⁴¹ Bilirkişi olarak atanabilecekler (CMK m.64): "(1)Bilirkişiler, il adli yargı adalet komisyonları tarafından her yıl düzenlenen bir listede yer alan gerçek veya tüzel kişiler arasından seçilirler. Cumhuriyet savcıları ve hâkimler, yalnız buldukları il bakımından yapılmış listelerden değil, diğer illerde oluşturulmuş listelerden de bilirkişi seçebilirler. Bu listelerin düzenlenmesine veya listelerde yer verilenlerin çıkarılmalarına ilişkin esas ve usuller, yönetmelikte gösterilir./ (2)Atama kararında, gerekçesi de gösterilmek suretiyle, birinci fıkrada belirtilen listelere girmeyenler arasından da bilirkişi seçilebilir./ (3)Kanunların belirli konularda görevlendirdiği resmî bilirkişiler öncelikle atanırlar. Ancak kamu görevlileri, bağlı oldukları kurumla ilgili davalarda bilirkişi olarak atanamazlar./ (4)Bilirkişi olarak atanmış bir tüzel kişi ise, kendisi adına incelemeyi yapacak gerçek kişi veya kişilerin isimlerini, bilirkişi atayacak yargı merciinin onayına sunar./ (5>Listelere kaydedilen bilirkişiler, il adli yargı adalet komisyonu huzurunda "Görevimi adalete bağlı kalarak, bilim ve fenne uygun olarak, tarafsızlıkla yerine getireceğime namusum ve vicdanım üzerine yemin ederim." sözlerini tekrarlayarak yemin ederler. Bu bilirkişilere görevlendirildikleri her işte yeniden yemin verilmez./ (6>Listelerde yer almamış bilirkişiler, görevlendirildiklerinde kendilerini atanmış olan merci huzurunda yukarıdaki fıkrada öngörülen biçimde yemin ederler. Yeminin yapıldığına ilişkin tutanak hâkim veya Cumhuriyet savcısı, zabıt kâtabi ve bilirkişi tarafından imzalanır./ (7)Engel bulunan hâllerde yemin yazılı olarak verilebilir ve metni dosyaya konulur. Ancak bu hâle ilişkin gerekçenin kararda gösterilmesi zorunludur".

⁴² RG 01.06.2005, No.25832.

Yasa tarafından belirlenen resmi bilirkişiler dışında sağlık çalışanlarını bilirkişilik yapmaları bakımından mutlak anlamda yükümlü tutan herhangi bir düzenleme yoktur. Sağlık çalışanları hakimın genel ve hukuki bilgisi ile çözüme ulaştırması olası bulunmayan teknik ve özel bilgi gerektiren konularda bilirkişilik yapacaklardır.^{43, 44}

Teknik, fizik, kimya, matematik gibi bilimlerden elde edilen verileri iş ve yapım alanında uygulamadır.⁴⁵ *Teknik bilgi* ise uygulamaları yapmaya yeterli bilgi olarak ifade edilebilir. Ayrıca kurum, kuruluş ve yetkili kişilerce belirlenmiş ve genel nitelik kazanmış teknik standartlar da teknik bilgi kavramı içinde değerlendirilirler.⁴⁶

Özel bilgi ise, hukuk bilimi dışındaki bir bilim dalının araştırıp belirlediği sonuçlara ilişkin bilgidir.⁴⁷

Bilirkişinin uzmanlık bilgisinin mutlak biçimde "*bilimsel*" nitelikte olması gibi bir koşul bulunmamaktadır. Örneğin kişinin ticaretle veya makine tamiriyle uğraşması kendi alanına ilişkin olarak uzmanlık bilgisinden yararlanılmayı gerekli kılabilir ve bu yönde bilirkişi olarak görevlendirilmesi mümkün olabilir.⁴⁸

⁴³ H. Savaş, Sağlık Çalışanlarının ve Sağlık Kurumlarının Tıbbi Müdahalelerden Doğan Sorumlulukları, Ceza-Hukuk, Ankara 2007, 246.

⁴⁴ "...Hakim özel ve teknik bilgisinin yetmediği hallerde bilirkişinin kendisine yardımcı olmasını ister. O halde, hakim önce kendi özel ve teknik bilgisinin o davada yeterli olup olmadığını takdir edecek; ayrıca havanın karara bağlanabilmesi için gerçekten özel ve teknik bilginin gerekli olup olmadığını inceleyecek ve sonunda davanın gerektirdiği ve fakat kendisinin bu özel ve teknik bilgiye sahip olmadığı kanısına varırsa, işte o zaman bilirkişiye başvurmak orunda kalacaktır..." , Y4HD, 08.12.1982-10559/11360, Arslan, Bilirkişilik Uygulaması, 162.

⁴⁵ *Türkçe Sözlük*, 2 (L-Z), Türk Dil Kurumu, Ankara 1983, 1164.

⁴⁶ Arslan, *Bilirkişilik Uygulaması*, 163.

⁴⁷ Arslan, *Bilirkişilik Uygulaması*, 163.

⁴⁸ Yıldız, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik*, 275; L. Meyer-Großner, *Strafprozessordnung Mit GVG und Nebengesetzen*, Beck'schekurz Kommentare, Münih 2006, 241.

Hakim ya da Cumhuriyet Savcısı özel ve teknik bilgiyi gerektiren konuda kişisel ilgileri nedeniyle bilgi sahibi olsalar da konu hakkında uzmanından görüş almak zorundadırlar. Dolayısıyla kişisel bilgi, bilirkişiye başvurma yükümlülüğünü ortadan kaldırmayacaktır.⁴⁹ Daha önce de belirttiğimiz gibi savunma hakkının gerektiği biçimde kullanılması bakımından da hakimın bilirkişiye başvurmasında yarar bulunmaktadır.⁵⁰

Ancak unutulmamalıdır ki, sağlık çalışanları, tanıklıktan çekinme hakkının (CMK m.45) söz konusu olduğu ya da sır saklama yükümlülüğünün bulunduğu durumlarda bilirkişilik yapmaktan çekinme hakkını (CMK m.46/2)⁵¹ kullanabilirler.

Gerçekte atandığı konuda özel ve teknik bilgiye sahip olmayan bir kimse, bu durumu bildirerek bilirkişilikten çekinebilecektir.⁵²

4. Taraflarca Seçilen Bilirkişi: Uzman

Cumhuriyet Savcısı, katılan, vekili, şüpheli veya sanık, müdafii veya yasal temsilci, yargılama konusu olayla ilgili olarak veya bilirkişi raporunun hazırlanmasında değerlendirilmek üzere ya da bilirkişi raporu hakkında, uzmanından

⁴⁹ H. Yokuş Sevük, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik", *İHFM*, LXIV, 1 (2006), 53.

⁵⁰ Centel/Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (2008), 267.

⁵¹ CMK m. 46'ya göre: "(1) Meslekleri ve sürekli uğraşları sebebiyle tanıklıktan çekinebilecekler ile çekinme konu ve koşulları şunlardır: a) Avukatlar veya stajyerleri veya yardımcılarının, bu sıfatları dolayısıyla veya yükledikleri yargı görevi sebebiyle öğrendikleri bilgiler./ b) Hekimler, diş hekimleri, eczacılar, ebeler ve bunların yardımcıları ve diğer bütün tıp meslek veya sanatları mensuplarının, bu sıfatları dolayısıyla hastaları ve bunların yakınları hakkında öğrendikleri bilgiler./ c) Mali işlerde görevlendirilmiş müşavirler ve noterlerin bu sıfatları dolayısıyla hizmet verdikleri kişiler hakkında öğrendikleri bilgiler./ (2) Yukarıdaki fıkranın (a) bendinde belirtilenler dışında kalan kişiler, ilgilinin rızasının varlığı halinde, tanıklıktan çekinemez".

⁵² Yokuş Sevük, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik*, 76.

bilimsel mütalaa alabileceklerdir (CMK m.67/6). Yasa tarafından *uzman* olarak isimlendirilen bu kişi,⁵³ taraflara bilirkişi seçmek yetkisi tanınmasının sonucudur.⁵⁴ Ancak unutulmalıdır ki, yasa sırf bu nedenle ayrıca süre istenmesini yasaklamıştır (CMK m. 67/6-son cümle). Bu noktada özellikle dikkat edilmesi gereken husus bilirkişi raporu hakkında da uzman görüşünün alınması kapısının aralanmış olmasıdır ki, bu hal "*bilirkişinin bilirkişisi*" olgusunun yaratılması eleştirisini beraberinde getirmektedir.⁵⁵

Ceza Muhakemesi Kanunu, Cumhuriyet Savcısının, katılanın, vekilinin, şüphelinin veya sanığın, müdafinin veya yasal temsilcinin istemi üzerine bilimsel mütalaa hazırlayan uzmanın duruşmada dinlenmesini mümkün kılmıştır. Bu hususta da bilirkişilere ilişkin maddenin uygulanacağını Yasa'da ifade edilmiştir (CMK m. 68/3).

Uzman görüşü teknik bilgiye ilişkin olabileceği gibi hukuksal bir bilgiye ilişkin de olabilir.⁵⁶ Öte yandan uzman görüşünün de mahkeme bakımından bağlayıcılığının bulunmadığı unutulmamalıdır. Ancak dosyaya girmiş bulunan uzman görüşü bakımından bir değerlendirme yapılması ve kabul edilmemesi ya da edilmesi durumunda bu hususun gerekçeleri ile kararda gösterilmesi gerekmektedir.⁵⁷

V. BİLİRKİŞİNİN GÖREVLENDİRİLMESİ

Yasa tarafından bilirkişi görevlendirmekle yükümlü olan hakim, mahkeme veya Cumhuriyet Savcısı, CMK m. 64'e

⁵³ Doktrinde bu kişiye farklı isimler verildiği görülmektedir: Örnek olarak "teknik müşavir" (Kunter/Yenisey/Nuhoglu, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, k.no.42.5.III); "tarafların seçtiği bilirkişi" (Centel/Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku* -2008-, 300) verilebilir.

⁵⁴ Toroslu/Fezyioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 201.

⁵⁵ V. Ö.Özbek, *Tıbbi Deliller ve Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu*, 394.

⁵⁶ Y. Ünver/H. Hakeri, *Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara 2006, 65; Yıldız, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik*, 342.

⁵⁷ Yıldız, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik*, 342.

göre il adli yargı adalet komisyonları tarafından her yıl düzenlenen bir listede yer alan gerçek veya tüzel kişiler arasından seçileceklerdir. Cumhuriyet Savcıları ve hakimlerin sadece buldukları il bakımından yapılmış listelerden değil, diğer illerde oluşturulmuş listelerden de bilirkişi seçebileceği maddede belirtilmiştir. Bu listelerin düzenlenmesi veya listelerde yer verilenlerin çıkarılmalarına ilişkin esas ve usuller, Ceza Muhakemesi Kanunu'na Göre İl Adli Yargı Adalet Komisyonlarınınca Bilirkişi Listelerinin Düzenlenmesi Hakkında Yönetmelik'te gösterilmektedir. Öte yandan atama kararında, gerekçesi gösterilmek koşuluyla maddede belirtilen listelere girmeyenler arasından da bilirkişi seçilip görevlendirilebilecektir. Bilirkişi olarak tüzel kişi de atanabilir. Tüzel kişinin bilirkişi olarak seçildiği hallerde kendisi adına incelemeyi yapacak gerçek kişi veya kişilerin isimleri bilirkişi atayacak yargı merciinin onayına sunulmak zorundadır (CMK m. 64/4).

Yasaların belirli konularda kimlerin bilirkişi olarak seçilmesi gerektiğini açıkça göstermiştir. Bu nitelikteki durumlarda yasa tarafından inceleme yaparak rapor hazırlamakla görevli kılınmış kişilere "*resmi bilirkişi*" denilmektedir. Dolayısıyla belirtilen nitelikte bir olayla karşılaşıldığında yasa tarafından gösterilmiş resmî bilirkişiler öncelikle atanacaklardır. Ancak kamu görevlilerinin, bağlı buldukları kurumla ilgili davalarda bilirkişi olarak görevlendirilmeleri yasaklanmıştır (CMK m. 64/3).

Bilirkişi incelemesi yaptırılmasına ilişkin olarak verilen kararda, cevaplandırılması uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren sorularla inceleme konusu ve görevin yerine getirileceği süre belirtilmek durumundadır. Verilen süre, işin niteliğine göre üç ayı geçemeyecektir. Özel nedenlerle, bilirkişinin istemi üzerine, bu süre kendisini atayan merciin gerekçeli kararı olmak koşuluyla en çok üç ay daha uzatılabilecektir (CMK m. 66).

Belirlenen süre içinde raporunu vermeyen bilirkişi hemen değiştirilebilir. Bu durumda bilirkişi, o ana kadar yaptığı

işlemleri açıklayan bir rapor sunar ve görevi sebebiyle kendisine teslim edilmiş olan eşya ve belgeleri hemen geri verir. Ayrıca bu bilirkişi Yasa tarafından öngörülen listelerden çıkarılabileceği gibi; gecikme dolayısıyla uğranılmış zararları ödemesine de karar verilebilir (CMK m. 66/2).

Öte yandan bilirkişi raporu hakim açısından doyurucu bulunmamış olabilir. Rapor, açıklanması istenen sorulara cevap vermiyor veya yeterli cevabı vermiyorsa, belirsizse, çelişkiler içeriyorsa yeterli görülmez. Bu durumda hakim gerekli hususların tamamlanması için daha önce başvurduğu bilirkişiden ek rapor isteyebileceği gibi, yeni bir bilirkişiye de müracaat edebilir.⁵⁸

VI. BİLİRKİŞİNİN GÖREVİ

Bilirkişinin en önemli görevi inceleme, araştırma yapması istenen konuda gereken özeni göstererek çalışmak ve böylece kendisinden beklenen faydayı en üst düzeyde ortaya koyan, sonuca neden ve nasıl ulaştığını da gösteren bir rapor hazırlamaktır.⁵⁹

Bilirkişi kendisinden istenen raporu hazırlarken maddi olayla doğrudan doğruya temas etmeli, araya vasıta koymamalıdır.⁶⁰ Nitekim bilirkişinin inceleyeceği nesnelere kendisine verilmelidir. Bilirkişi söz konusu eşyayı teslim almadan önce listesi ve sayımı yapılır ardından mühür altında verilir. Ayrıca bu hususlar bir tutanakla belirlenir. Bilirkişi, mühürlerin açılmasını ve yeniden konulmasını yine tutanakla belirtmek ve bir liste düzenlemekle yükümlüdür (CMK m. 66/7). Esas

⁵⁸ Erem, *Diyalektik Açından Ceza Yargılaması Hukuku*, (1986), 418; Mavioğlu, *Bilirkişiye Başvurma Zorunluğu*, 384; A. K. Yıldız, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik", *EHFD*, X, 3-4 (2006), 339.

⁵⁹ Toroslu/Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 199-200.

⁶⁰ C. Şahin, *Ceza Muhakemesinde İspat (Delillerin Doğrudan Doğruluğu İlkesi)*, Ankara 2001, 168.

ilke bu olmakla birlikte CMK m. 180 bilirkişinin istinabe yoluyla dinlenmesine de olanak tanımaktadır.⁶¹ Ancak bu durum doğrudan doğruyalık ilkesi ile çelişmektedir.⁶²

CMK m. 66-67' de bilirkişinin görevi düzenlenmiştir. Bu maddelere göre; bilirkişi gerçekleştirdiği incelemeler sona erdiğinde, kendisinden istenenleri yaptığını ayrıca belirterek, gerçekleştirdiklerini ve vardığı sonuçları açıklayan bir raporu hazırlayarak imzalayıp ilgili mercie verecek veya gönderecektir. Mühür altındaki şeyler de ilgili mercie verilir veya gönderilir; ayrıca bu husus da bir tutanakla tespit edilir (CMK m. 67/1). Atanmış birden fazla bilirkişi değişik görüşlere sahipse ve bu görüşleri yansıtmışlarsa veya söz konusu bilirkişilerin ortak sonuçlar üzerinde farklı görüşleri bulunuyorsa bu durumu gerekçeleri ile birlikte rapora yazmalıdır (CMK m. 67/2).

Bilirkişi hazırladığı raporda, hakim tarafından yapılması gereken hukuki değerlendirmelerde bulunamaz (CMK m. 67/3).

Bilirkişi tarafından düzenlenen rapor örnekleri, duruşma sırasında Cumhuriyet Savcısına, katılana, vekiline, şüphe-

⁶¹ Tanık ve bilirkişinin naiple veya istinabe yoluyla dinlenmeleri (CMK m.180): "(1) Hastalık veya malûllük veya giderilmesi olanağı bulunmayan başka bir nedenle bir tanık veya bilirkişinin uzun ve önceden bilinmeyen bir zaman için duruşmada hazır bulunmasının olanaklı bulunmayacağı anlaşılırsa, mahkeme onun bir naiple veya istinabe yoluyla dinlenmesine karar verebilir./ (2) Bu hüküm, konutlarının yetkili mahkemenin yargı çevresi dışında bulunmasından dolayı getirilmesi zor olan tanık ve bilirkişinin dinlenmesinde de uygulanır./ (3) Davayı görmekte olan mahkeme, zorunluluk olmadıkça, büyükşehir belediye sınırları içerisinde bulunan şikâyetçi, katılan, sanık, müdafî veya vekil, tanık ve bilirkişilerin istinabe yoluyla dinlenmesine karar veremez./ (4) İstinabe olunan mahkeme, büyükşehir belediye sınırları içerisinde ise, ilgililer kendi yargı çevresinde bulunmasa da büyükşehir belediye sınırları içerisinde yerine getirilmesi gereken istinabe evrakını geri çevirmeksizin gereğini yapar./ (5) Yukarıdaki fıkralar içeriğine göre tanık veya bilirkişinin aynı anda görüntülü ve sesli iletişim tekniğinin kullanılması suretiyle dinlenebilmeleri olanağının varlığı hâlinde bu yöntem uygulanarak ifade alınır. Buna olanak verecek teknik donanımın kurulmasına ve kullanılmasına ilişkin esas ve usuller yönetmelikte gösterilir".

⁶² Ünver, Ceza Muhakemesinde İspat, CMK ve Uygulamamız, 176.

liye veya sanığa, müdafisine veya yasal temsilciye doğrudan verilebileceği gibi; kendilerine iadeli taahhütlü mektupla da gönderilebilir (CMK m. 67/4). Ardından söz konusu kişilere yeni bilirkişi incelemesi yapılması yönündeki görüşlerini ya da itirazlarını bildirmeleri için bir süre tanınır. Tarafların ileri sürdükleri istemler reddedilirse, bu husustaki kararın gerekçesi üç gün içinde kaleme alınmalıdır (CMK m. 67/5).

Bilirkişinin açıklamalarda bulunmak üzere duruşmada dinlenmesine mahkeme tarafından her zaman karar verilebilir. Ayrıca ilgililerden birinin istemesi halinde de açıklamalarda bulunmak üzere bilirkişi duruşmaya çağırabilir (CMK m. 68/1). Nitekim CMK m. 214'te de bilimsel görüşlere ilişkin açıklamalar yapılması gerektiğinde CMK m.68'e göre bilirkişinin duruşmada dinlenmesinin mümkün olacağı ifade edilmiştir. Bilirkişi yaptığı açıklamalardan sonra mahkeme başkanı veya hakim tarafından çekilmesine izin vermedikçe, duruşma salonunda kalacaktır. Birden fazla bilirkişi olması durumunda birlikte salona alınmaları ve birbirlerinin mütalaalarını dinlemeleri mümkündür. Hakim tarafından aksi yönde bir karar da alınabilecektir (CMK m. 68/1,2). Ayrıca CMK m. 201 doğrudan soru yöneltilebilecek kişiler arasında bilirkişiyi belirtirken; CMK m.215'e göre de katılan veya vekilinin, Cumhuriyet Savcısının, sanık ve müdafinin, bilirkişinin dinlenmesinden sonra herhangi bir diyecelerinin olup olmadığının sorulacağını açıkça hükme bağlamıştır.

Öte yandan uzmanlık, özel ve teknik bilgi ile çözümünü gereken bir sorunun varlığı halinde keşif sırasında da bilirkişi de hazır bulundurulabilecektir.⁶³

Duruşma sırasında hazır bulunamayacağı veya oturduğu yerin uzaklığı nedeniyle bulunmasının güç olduğu anlaşılırsa, duruşma öncesinde de bilirkişinin dinlenmesi mümkündür ve bu durumda şüpheli, sanık, mağdur ve bunların müdafii ve vekili hazır bulunabileceklerdir (CMK m.84/1-2).

⁶³ Yokuş Sevrük, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik*, 90.

CMK m. 71'e göre usulüne uygun olarak çağrıldığı halde gelmeyen veya gelip de yemin etmekten, oy ve görüş bildirmekten çekinen bilirkişiler hakkında, CMK m. 60/1'de tanıklar bakımından düzenlenen maddeye yollama yapılarak yaptırım uygulanması öngörülmüştür. Bu düzenlemeye göre, bilirkişi hakkında, atanma işlemlerinden doğan giderlere hükmedilmekle beraber, yemininin ve bilirkişiliğinin gerçekleştirilmesi için dava hakkında hüküm verilinceye kadar ve her halde üç ayı geçmemek üzere disiplin hapsi verilebileceği, yükümlülüğünü yerine getirmesi halinde derhal serbest bırakılacağı ifade edilmiştir. Ancak yapılan yollamanın sınırlı olması özellikle disiplin kararına itiraz edilebilmesini düzenleyen CMK m. 60/son'un uygulanmasını olanak dışı da bırakması nedeniyle doğru olmamıştır. Çünkü bu durum bilirkişinin maruz kaldığı işlem nedeniyle yasa yoluna başvuru olanağını ortadan kaldırmıştır. Bu ise adil yargılanma hakkını zedeler niteliktedir.⁶⁴

Öte yandan bilirkişi üstlendiği görevi tarafsız olarak ve dürüstlük ilkesi çerçevesinde yapmakla yükümlüdür. Kasten gerçeği aykırı bilirkişilik yapılmış olması durumunda TCK m. 276'ya göre ilgililerin cezalandırılması söz konusu olacaktır. Ayrıca görevini yaptığı sırada bilirkişi TCK m. 6 düzenlemesi doğrultusunda kamu görevlisidir. Bu nedenle görevini gerçekleştirdiği sırada göreviyle ilgili olarak bir suç işlerse Türk Ceza Kanunu'nun kamu görevlilerine yönelik düzenlemeleri ışığında cezalandırılması söz konusu olacaktır. Bazı suçlar bakımından da, örneğin, TCK m. 252'de düzenlenmiş rüşvet suçunda olduğu gibi, bilirkişi sıfatı ağırlatıcı neden (TCK m. 252/2) olmaktadır.⁶⁵

⁶⁴ V. Ö. Özbek, *Tıbbi Deliller ve Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu*, 399.

⁶⁵ Yokuş Sevtük, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik*, 101.

VII. BİLİRKİŞİNİN HAK ve YETKİLERİ

Bilirkişi işini gereği gibi yapamayacağı veya objektif olamayacağı endişesi içinde ise görevi yapması için kendisini zorlamak doğru olmayacaktır. Bu nedenle Yasa, CMK m.45'de yer alan tanıklıktan çekinmeyi gerektirecek nedenlerin⁶⁶ bilirkişiler hakkında da uygulanabileceğini belirtmiştir. Bilirkişi, geçerli olması koşuluyla başka nedenlerle de görüş bildirmekten çekinebilir (CMK m. 70).

Bilirkişi görevini gereği gibi yerine getirmek için bilgi edinmek amacıyla şüpheli veya sanık dışındaki kimselerin de bilgilerine başvurabilecektir (CMK m. 66/4). Ayrıca bilirkişi gerek duyuyorsa mahkeme başkanı, hakim veya Cumhuriyet Savcısı aracılığıyla veya onların izin vermesi ile doğrudan doğruya mağdur, şüpheli veya sanığa soru sorabilecektir (CMK m. 66/6). Öte yandan muayene ile görevlendirilen hekim bilirkişi hakim, Cumhuriyet Savcısı ve müdafii bulunmadan da görevini yerine getirirken zorunlu gördüğü soruları doğrudan doğruya mağdur, şüpheli veya sanığa yöneltebilecektir (CMK m. 66/6).

Bilirkişi görevini yerine getirirken yararlı gördüğü tedbirlerin alınmasını kendisini atamış olan merciden ister (CMK m. 66/3). Ayrıca bilirkişi, uzmanlık alanına girmeyen bir sorun bakımından aydınlatılmasını istediği takdirde hakim, mahkeme veya Cumhuriyet Savcısı, nitelikli ve konusunda bilgisiyle tanınmış kişilerle bir araya gelmesine izin verebilecektir. Bu

⁶⁶ CMK m. 45: "Aşağıdaki kimseler tanıklıktan çekinebilir:a)Şüpheli veya sanığın nişanlısı./ b)Evlilik bağı kalmasa bile şüpheli veya sanığın eşi./ c)Şüpheli veya sanığın kan hısımlığından veya kayın hısımlığından üstsoy veya altsoyu./ d)Şüpheli veya sanığın üçüncü derece dahil kan veya ikinci derece dahil kayın hısımları./ e)Şüpheli veya sanıkla aralarında evlâtlık bağı bulunanlar./ (2)Yaş küçüklüğü, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı nedeniyle tanıklıktan çekinmenin önemini anlayabilecek durumda olmayanlar, kanunî temsilcilerinin rızalarıyla tanık olarak dinlenebilirler. Kanunî temsilci şüpheli veya sanık ise, bu kişilerin çekinmeleri konusunda karar veremez./ (3)Tanıklıktan çekinebilecek olan kimselere, dinlenmeden önce tanıklıktan çekinebilecekleri bildirilir. Bu kimseler, dinlenirken de her zaman tanıklıktan çekinebilirler".

şekilde çağrılan kişiler yemin ederek görevlerini yapacaklar ve verecekleri raporlar, bilirkişi raporunun tamamlayıcı bölümü olarak dosyaya konulacaktır (CMK m. 66/4).

Bilirkişiye, yaptığı inceleme ve ulaşım gideri ile gerçekleştirildiği çalışmasıyla orantılı bir ücret ödenecektir (CMK m. 72).

VIII. ZORUNLU BİLİRKİŞİLİK ALANI OLARAK TIP

Tıp bir bilim dalıdır ve bu alanda faaliyet gösteren, mesleği icra edenler uzman kişilerdir.⁶⁷ Tıp insan ilişkilerinin yoğun olarak yaşandığı bir alandır. Bu alanda faaliyet gösteren kişilerin bazı davranışları yapmaları bazılarında da kaçınmaları istenir. Yasaklanan davranışların yapılması yaptırımla karşılanır. Bu alanda faaliyet gösteren kişiler her ne kadar uzman da olsalar yapılan mesleğin içinde barındırdığı riskler isteyerek veya istemeyerek hataların oluşmasına sebebiyet vermektedir. Oluşan hatalarda kusur bulunup bulunmadığı yine faaliyet alanında uzman kişiler tarafından çözüme ulaştırılmak zorundadır.

Tıbbi alanında yaşanan sorunların çözüme ulaştırılmasında tıp biliminin verilerinden yola çıkılarak yapılacak inceleme ya da muayene sonucu elde edilen delillerden yararlanılacaktır. Bu şekilde ulaşılan deliller tıbbi delil olarak isimlendirilmektedir. Tıbbi deliller, doğa bilimlerinin hukuka uygulanması ile ortaya çıkan adli bilimler sayesinde elde edilmektedir. Böylece geçmişte yaşanan bir olay bilimsel yöntemlerle canlandırılmakta ve hukuk tarafından değerlendirilmesi olanaklı hale gelmektedir. Yapılan bu değerlendirme yargılama açısından önem taşıyan durumların ispatına hizmet etmektedir. Özellikle konu ispat olunca durum şüpheli veya

⁶⁷ Bu alanda faaliyet göstermenin koşulları için bkz.H. Hakeri, *Tıp Hukuku*, Ankara 2007, 36 vd.

sanık bakımından –lehlerine ya da aleyhlerine olup olmadığı ayrımı yapılmaksızın– daha da önem kazanmaktadır.⁶⁸

Sağlık mesleği mensupları yargı makamları tarafından diğer meslek ve sanat sahiplerine göre daha sık bilirkişi olarak görevlendirilmektedirler. Hakim yasanın öngördüğü bazı durumlarda bilgisinin yetersizliği nedeniyle tıbbi sorunlarla ilgili olarak sağlık çalışanının görüşünü alırken bazı konularda ise uzman kişi ya da kişi topluluğunun görüşüne yasa gereği zorunlu olarak başvurmaktadır.⁶⁹

Tıp alanında bilirkişilik konularını şu şekilde sıralayabiliriz:⁷⁰ **1)** Ceza muhakemesinde kusur yeteneğinin psikiyatrik açıdan incelenmesi, **2)** beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması, **3)** moleküler genetik inceleme yapılması, **4)** yaralama ve ölüm nedenlerinin tespit edilmesi, **5)** kandaki alkol oranının ve kan grubunun belirlenmesi, **6)** medeni yargılama veya vasi atanması için fiil ehliyetinin tespiti, **7)** mesleki sakatlık veya işgöremezlik durumunun ortaya konulması, **8)** miras davalarında vesayetin geçerli olup olmadığı konusunun incelenmesi, **9)** ameliyatın başarısızlığı ile hastanın ölümlü arasındaki nedensellik bağının belirlenmesi, **10)** ceza ve medeni yargılamada hekimin yapacağı müdahalenin riskleri konusunda hastayı aydınlatmasındaki hatasının tespiti.

Yargılama makamları sağlık alanında başvuracakları uzman bilirkişilerden, her somut olayın özelliğine göre farklılık gösterse de genel olarak, tıbbi hatanın bulunup bulunmadığı, hata varsa bu hatayı yapanın belirlenmesi, gerçekleşen neticeye mağdurun katkısının olup olmadığı, nedensellik bağının var olup olmadığı, varsa meslekte kazanma gücünün kaybına

⁶⁸ V. Ö. Özbek, *Tıbbi Deliller ve Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu*, 359-360.

⁶⁹ B. Gelgör, "Ceza Hukukunda Tıbbi Bilirkişiliğin Önemi", *AD*, 92, 6 (Ocak 2001), 154.

⁷⁰ H. Hakeri, *Tıp Hukuku*, 519.

ilişkin oran, tıbbi müdahaleyi yapanın resmi olarak yetkili ve görevli olup olmadığı konularının tespiti istenmektedir.⁷¹

5237 sayılı yasa taksirli suçlarda verilecek cezanın failin kusuruna göre belirleneceğini (TCK m. 22/4); birden fazla kişinin taksirle işlediği suçlarda ise herkesin kendi kusurundan dolayı sorumlu olacağını ve her failin cezasının kusuruna göre ayrı ayrı tespit edileceğini (TCK m. 22/5) açıkça düzenlemiştir. Böylece 765 sayılı Türk Ceza Kanunu döneminde bilirkişilerin taksirli suçlar bakımından kusur tespiti için esas aldığı sekizli ölçü kriteri ortadan kaldırılmıştır.⁷² Dolayısıyla artık uzman bilirkişi somut olaya ilişkin inceleme ve araştırmasını yaptıktan sonra değerlendirme sonucunu yazacak, fakat kusur oranını matematiksel olarak ortaya koyamayacaktır. Kusur oranını takdir etmek hakimın sorumluluğundadır. Bunu yaparken hakim, uzman bilirkişinin raporundaki görüş ve değerlendirmelerinden elbette ki yararlanacaktır.

Tıp alanındaki bilirkişilik, asıl olarak resmi bilirkişilik olarak karşımıza çıkmaktadır. Hakim sağlık alanına ilişkin olarak bir sorunla karşılaştığında özel ve teknik bilgiye sahip

⁷¹ “Şu durum karşısında maddi tazminat yönünden; davalıların mesleki özen ve ihtimama ilişkin yükümlülüklerini ifa sırasında gösterdikleri, az yukarıda açıklanan eksik eylemleri ile zararlı sonuç (bebeğin ölümü) arasında uygun illiyet bağının var olup olmadığı, eylemin niteliği itibarıyla olayların doğal ve alışılmış (mutad) akışına, hayat deneyimlerine ve objektif ihtimallere göre, meydana gelmiş zarar türünde bir zararı doğurmaya elverişli olup olmadığı öncelikle saptanmalıdır. Bunun için Mahkemece bebeğin nakledildiği Fakültede tutulmuş dosya ve kayıtlar varsa getirilmeli dava dosyası ile birlikte Adli Tıp Büyük Kuruluna gönderilmeli, dosyadaki iddia, savunma, tüm delillerin ve olayın gelişiminin verdiği kanaatle değerlendirilerek zararın meydana gelmesinde davalıların varlığı kanıtlanan mesleki ihmal ve tedbirsizliklerin zararın (ölümün) meydana gelmesinde mutlak ve tek etken olup olmadığı konularında gerekçeli ve dayanakları yazılmış görüş istenmeli hasil olacak uygun sonuç çerçevesinde maddi tazminat yönünden de bir karar verilmelidir”, Y4HD, 1993-8557/1994-2138, H. Savaş, “Tıbbi Hata Davalarında Bilirkişilik Uygulaması”, *Terazi Aylık Hukuk Dergisi*, 2, 15 (Kasım 2007), 122.

⁷² N. Centel/H. Zafer/Ö. Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, I, İstanbul 2007, 186.

ve Yasa tarafından belirlenmiş kişilere bilirkişi olarak başvurmak zorundadır. Ancak bu noktada dikkat edilmesi gereken bir özellik bulunmaktadır: Ortaya çıkan sorunun çözüme kavuşturulması için resmi bilirkişiye başvurmak ile söz konusu bilirkişinin raporuna bağlı kalmak ve bu rapora göre hüküm kurmak başka başka olgulardır. Bugün için üzerinde tartışmasız görüş birliği olan husus hakimin resmi de olsa bir bilirkişi tarafından verilen rapor ile bağlı olmamasıdır. Hakim elbette bilirkişi raporunu değerlendirmeye alacaktır, ancak orada ortaya konulanlarla kesinlikle bağlı değildir. Resmi bilirkişilik kurumlarının verdiği raporlar kurum iç yapılanması içinde ilgili yasalarının gösterdiği süreçten geçerek sadece kurum için kesinlik kazanabilir. Ancak bu kesinlik bilirkişi raporunu isteyen adli makamlar için değildir. Aksini kabul bilirkişilik kurumunun düzenleniş amaç ve temeline aykırı olur.⁷³

IX. TIP CEZA HUKUKUNDA BAŞVURULAN ZORUNLU BİLİRKİŞİLİK KURUMLARI VE GÖREVLERİ

1. Yüksek Sağlık Şurası

1593 sayılı Umumî Hıfzıssıhha Kanunu, Sağlık Bakanlığı tarafından tevdi edilecek konularda oy ve görüşünü beyan etmek, sağlık ve soysal hizmet ve yardımlara ait yasa, tüzük ve yönetmelikleri birinci derecede incelemek, tıp ve yan dallarına ilişkin sanatların icrasından doğan adli sorunlarda bilirkişilik yapmak üzere Yüksek Sağlık Şurası'nın kurulmasını öngörmüş ve konuyu düzenlemiştir (Umumî HK m. 10).⁷⁴ Ayrıca 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 75. maddesi de tıp mesleğinin icrasından kaynaklanan suçlarda mahkemelerin Yüksek Sağlık Şurası'nın

⁷³ Yurtcan, *Ceza Yargılaması Hukuku*, 299-300; Mavioğlu, *Bilirkişiye Başvurma Zorunluğu*, 387.

⁷⁴ 24.04.1930 Gün ve 1593 sayılı Yasa. (RG 06.05.1930, No.1489).

oy ve mütalaasından faydalanabileceğini düzenlemiştir.⁷⁵ Konuya ilişkin diğer bir düzenlemede 13.12.1983 gün ve 181 sayılı Sağlık Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'de yer almaktadır.⁷⁶ Söz konusu KHK'nın 31. maddesinde "Bakanlıkça verilecek önemli sağlık konuları hakkında görüş bildirmek ve tababet şubeleri sanatlarını ifadan doğan adli konularda görüş vermek üzere 11 üyeli Yüksek Sağlık Şurası, Sağlık Bakanınca ülkede sağlık hizmetleri veya eserleri ile tanınmış kişiler arasından seçilir" denmektedir.

Yüksek Sağlık Şurası'nın bilirkişilik alanı 1593 sayılı kanun tarafından sınırlandırılmıştır. Kurum tarafından sadece tıp sanatının yerine getirilmesinden kaynaklanan adli uyuşmazlıklarda bilirkişilik yapılacaktır.⁷⁷ Bu kapsamda Yüksek Sağlık Şurası, hekimlerin hatalarını belirleyecektir.⁷⁸ Bu kapsamın dışında kalan alanlarda bilirkişilik Adli Tıp Kurumu'nun görev alanına girmektedir.⁷⁹ Bu durum Adli Tıp Kurumu Kanunu m. 23/C-3'de düzenlenmiş bulunan Adli Tıp Genel Kurulu'nun ve İhtisas Kurullarının çalışmasına ilişkin hükümde, Umumi Hıfzıssıhha Kanunu m. 10'un hükümlerinin saklı olduğu belirtilerek ifade edilmiştir.

⁷⁵ 11.04.1928 Gün ve 1219 sayılı Yasa. (RG 14.04.1928, No.863).

⁷⁶ RG 14.12.1983, No.18251.

⁷⁷ "...gelişen olayda sanıkların kusurlu olup olmadıkları ve varsa oranlarının tespiti, hakimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi ile çözümlenmesi mümkün olan konulardan bulunmadığı,...sanıkların sıfatları, durumları ve yetki dereceleri oluş içinde değerlendirilmek suretiyle kusurlu olup olmadıkları ve varsa derecesinin öncelikle Yüksek Sağlık Şurası'ndan rapor alınması suretiyle belirlenmesi ve sonucuna göre sanıkların hukuki durumlarının tayin ve takdiri gerekirken noksan soruşturma ile yazılı şekilde hüküm tesisi, bozmayı gerektirmiştir." Şeklinde, tıbbi konuların hakimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi ile çözümlenmesi mümkün olmayan konulardan olduğunu ve bu konularda Şuraya başvurulması gerekliliğini belirlemiştir", Y2CD, 24.04.1996-4493/4682, Savaş, *Tıbbi Müdahaleden Doğan Sorunlulukları*, 250.

⁷⁸ F. Yenisey, Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'na Göre Tıbbi Deliller ve Bilirkişi İncelemesi, *Özel Sayı: Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Yeditepe Üniversitesi HFD*, III, 2 (2006), 313.

⁷⁹ Y. Deryal, *Türk Hukukunda Bilirkişilik*, Ankara 2004, 86.

Bilirkişi olarak Yüksek Sağlık Şurası'na sadece adli mahkemeler değil; Danıştay da dahil olmak üzere bütün mahkemeler başvurabilmektedir.⁸⁰

Tıp sanatının yerine getirilmesine ilişkin olarak ortaya çıkan adli sorunlarda Yargıtay, Şura'ya başvuruyu gerekli görmekle birlikte,⁸¹ gerekçesiz ya da yeterli olmayan gerekçe ile hazırlanmış raporların hakim tarafından dikkate alınmayabileceği ve bu durumda hakimin Adli Tıp Kurumu'ndan da görüş sorulabileceğini hükme bağlamıştır.⁸² Ayrıca Yüksek

⁸⁰ "Tedbirsizlik ve dikkatsizlik sonucu ölüme neden olmak suçunda tedavinin tıba uygun olup olmadığının açıklığa kavuşturulması için yüksek sağlık şurasından da görüş alınmalıdır. Lomber disk hernisi tanısı ile ... Üniversitesi Tıp Fakültesi Nöroşirürji servisine yatırılan ve 26.08.1991 günü ameliyata alınan...adlı kişinin narkoz verme işlemi sırasında kalbinin durması, tekrar çalıştırıldıktan sonra da adı geçen bitkisel hayata girmesi ile ilgili olayda:1-Hastanın ameliyat öncesi tetkiklerinin sonucuna göre ameliyata hazır olup olmadığı, 2-Hastaya narkoz verme işleminin ve kalbi durduktan sonra yapılan tedavilerin tıba uygun olup olmadığı hususlarının açıklığa kavuşturulması için 1593 Sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 10'uncu maddesi uyarınca Yüksek Sağlık Şurasından alınacak görüşün eklenecek gönderilmesi için soruşturma dosyasının Sağlık Bakanlığına gönderilmesine oybirliği ile karar verildi", Dan2D, 16.12.1994-1993-2401/1994-2200, Savaş, *Tıbbi Müdahaleden Doğan Sorumlulukları*, 250.

⁸¹ "SSK Hastanesi hekimi olan sanığın doğum tarihini tamamlayan bebeği, zamanında almayarak ölü doğuma yol açıp açmadığı hususundaki kusurunun bulunup bulunmadığının Yüksek Sağlık Şurasından görüş alınarak araştırılması gerekir", Y4CD, 08.06.2004-2003-9165/2004-7226, Savaş, *Tıbbi Müdahaleden Doğan Sorumlulukları*, 251.

⁸² "Davanın öncelikli bilirkişisi Mahkeme Kurulu olup, YSS Kararı da bilirkişi raporu niteliğinde olduğundan bunun değerlendirilmesi ve gerekirse Adli Tıp Kurumu Başkanlığından da görüş sorulup, buna göre gereğinin takdiri de mahkemeye aittir. Somut olayda, normal doğum için bekletme ve sonrasında yapılan sezaryenle sanıkların herhangi bir ilişkisinin açıklanmadığı YSS. Raporundaki maddi ögeye uymayan değerlendirme esas alınarak hüküm verilemeyeceği gözetilmelidir" (Y6CD, 17.02.2004-2002-24001/2004-1381); "Ameliyat sırasında biten oksijen tüpünü bağlaması sonucu ölümün meydana geldiği olayda, ameliyat öncesi ve ameliyat sırasında görevini yerine getirmeyerek asli kusurlu olan doktor sanığın ve onun kadar olmasa da ağırlıklı kusurları bulunan teknisyen sanıkların kusurlarının derecesi hakkında Adli Tıp Kurumu'ndan rapor alınması yerine, gerekçesi yetersiz ve bağlayıcı olmayan Yüksek Sağlık Şurası ra-

Sağlık Şurasına gidilmesi zorunluluğu mahkemelerin başka bilirkişilere başvurmak ve değerlendirme yapmak hakkını ortadan kaldırmayacaktır.⁸³

Yüksek Sağlık Şurası, hekimlerle ilgili adli olaylarda bilirkişilik görevini yerine getirirken hekimlerin mesleğe ilişkin hatalarını belirlemeye çalışır. Bu çerçevede sağlıkla ilgili sorunları içeren konularda oyunu ve düşüncesini ortaya koymak, sağlık konusuna ilişkin mevzuatta yönelik görüş bildirmek, hekimlik mesleği ve yan dallarında yapılan hatalar ve adli sorunlar hakkında bilirkişilik görevini yerine getirme yükümlülüğündedir.⁸⁴ Ayrıca tedavi ile ilgili genel ilkeler de Şura tarafından belirlenmektedir.⁸⁵

2. Adli Tıp Kurumu

Adli tıp hizmetleri konusunda bilirkişilik görevi esas olarak üniversite veya enstitüler bünyesinde yürütülürken; ülkemizde resmi bilirkişilik kurumu olarak kabul edilen Adli Tıp Kurumu ve bağlı birimlerinde gerçekleştirilmektedir.⁸⁶ 2659 sayılı Adli Tıp Kurumu Kanunu konunun ayrıntılarını düzenlemektedir.⁸⁷ Adli Tıp Kurumu, adalet işlerinde bilirkişilik görevi yapmak, adli tıp uzmanlığı ve yan dal uzmanlığı prog-

poruna itibar edilmesi yasaya aykırıdır" (Y2CD, 05.02.1996-268/1025), H.Savaş, "Tıbbi Hata Davalarında Bilirkişilik Uygulaması", *Terazi Aylık HD*, 2, 5 (Kasım 2007), 120-121

⁸³ "Tıbbi mesuliyette Yüksek Sağlık Şurasına gidilmesi mecburidir. Ama bu sorumluluk başka bilirkişilere başvurmak ve mahkemelerin değerlendirme yapmak hakkını ortadan kaldırmaz", Y1CD, 12.12.1967, Hancı, *Malpraktis*, 22.

⁸⁴ İ. H. Hancı, *Malpraktis, Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu*, Ankara 2002, 20.

⁸⁵ Yenisey, *Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'na Göre Tıbbi Deliller ve Bilirkişi İncelemesi*, 313.

⁸⁶ Y.Balçı, "Adli Tıp Severek ve İstenerek Tercih Edilen Bir Uzmanlık Alanı Değil Mi?-2", *Medimagazin*, <http://www.medimagazin.com.tr/>, 06.11.2007, saat.18.35, 1.

⁸⁷ 14.04.1982 Gün ve 2659 sayılı yasa. (RG 20.04.1982, No.17670)

ramları ile görev alanına giren konularda diğer adli bilimler alanlarında sempozyum, konferans ve benzeri etkinlikler düzenlemek ve bunlara ilişkin eğitim programları uygulamak üzere Adalet Bakanlığı'na bağlı olarak kurulmuştur (Adli Tıp K. K. m. 1). Adli Tıp Kurumu, yasada belirtilen görevlerinin yanında mahkemeler ile hakimlikler ve savcılıklar tarafından adli tıpla ilgili konularda bilimsel ve teknik görüş bildirmekle yükümlü kılınmıştır (Adli Tıp K. K. m. 2). Kurum, Başkanlık, Başkanlar Kurulu, Genel Kurul, İhtisas Kurulları, İhtisas Daireleri, Grup Başkanlıkları ve Şube Müdürlüklerinden oluşmuştur (Adli Tıp K. K. m. 3). Bu amaçla Adli Tıp K. K. m. 9 ve devamında Adli Tıp Kurum Başkanlığı, Şube Müdürlükleri ve İhtisas Daireleri'nin görevleri açıkça düzenlenmiştir

Adli Tıp Kurumu'ndan söz açıldığında akla ilk gelen otopsi olmakla birlikte kurum pek çok alanda yargılama makamlarının sorularına cevap vermeye çalışan uzman hekimlerden oluşur. Ölüm, yaralanma, genetik incelemelerin yanında yaş tayini, suç işleyen kişinin suç işleme anındaki ruhsal durumu, suça karışan çocukların işledikleri iddia olunan fiilin anlam ve sonucunu algılama yeteneğine sahip olup olmadığının incelenmesi, özellikle cinsel suçların aydınlatılması amacıyla sanık ya da mağdur konumundaki kişilerin vücutlarının muayene edilmesi, bedenlerinde zor kullanma belirtisinin bulunup bulunmadığının belirlenmesi, sanıktan mağdura veya mağdurdan sanığa geçmiş bulunan kan, sperm, kıl, tırnak aralarına giren deri dokusu vb. verinin elde edilmesi ve incelenmesi Kurum'un görevlerinden bazılarıdır.⁸⁸ Nitekim Adli Tabiplik hizmetlerinin yürütülmesinde uyulacak esasları düzenleyen genelgede⁸⁹ de adli tabiplik hizmetlerinin esas olarak "*traumaya bağlı adli vakaların değerlendirilmesi ve bunlara ait*

⁸⁸ Y. Balcı, "Üniversitelerin Kurumsal Olarak Adli-Tıbbi Hizmetlere Katılımı İsteniyor mu? Eskişehir Deneyimi", *TBB Dergisi*, 51 (2004), 279.

⁸⁹ Sağlık Bakanlığı Tel Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü tarafından yayınlanan 22.09.2005 gün ve 143 sayılı Genelge, http://www.adlita-biplik.saglik.gov.tr/include/dosyalar/00_gen_genelge.pdf, 12.12.2006, saat:11.00.

ÖZLEM
YENERER
ÇAKMUT'UN
TEBLİĞİ

raporların düzenlenmesi ile adli ölü muayenesi ve otopsi işlemleri” olduğu, bunun yanında “kimlik tespiti, cinsel saldırı olgularının değerlendirilmesi, yaş tayini, maluliyet değerlendirmesi, ceza ehliyeti ve hukuki ehliyet tespiti ile kişinin işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama (fârik ve mümeyyizlik) ve/veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişip gelişmediğinin değerlendirilmesi gibi hizmetleri de kapsadığı” belirtilmiştir.⁹⁰

3. Diğer Kurumlar

Tıp ve yan dallarında gerçekleştirilen faaliyetlerde sağlık çalışanlarının hatalı uygulamalarından kaynaklanan uyuşmazlıklarda mahkemeler, ihtiyaç duydukları teknik ve özel bilgi için Yüksek Sağlık Şurası ve Adli Tıp Kurumu'nun dışında üniversitelerin özellikle tıp fakülteleri ve diğer birimlerine, uzmanlık derneklerine veya bu nitelikteki kurumlara başvurabileceklerdir.⁹¹ Adli Tıp Kurumu Kanunu m. 31 “diğer adli ekspertiz kurumları” başlıklı maddesinde, yükseköğretim kurumları veya birimlerinin, adli tıp mevzuatı çerçevesinde

⁹⁰ 22.09.2005 gün ve 143 sayılı Genelge, http://www.adlitabiplik.saglik.gov.tr/include/dosyalar/00_gen_genelge.pdf, 12.12.2006, saat:11.00, 1.

⁹¹ “Hemen belirtelim ki Adli Tıp Genel Kurulu raporu oy çokluğuyla verilmiş ve kurul içinde tek bir kadın doğum uzmanı bulunmaktadır. Raporunda çoğunluk görüşünün doğru olmadığı yönünde azınlık tarafından inandırıcı gerekçeler ileri sürüldüğü görülmektedir. Bu haliyle rapor inandırıcı ve tatminkar olmaktan uzaktır. Öyle olunca davalı tarafça da itiraz edilen Adli Tıp Genel Kurulu raporuna itibar edilip, hüküm kurulmaz. O halde mahkemece yapılacak iş; üniversitelerin ilgili anabilim dallarından ve özellikle kadın doğum uzmanlarından seçilecek konusunda uzman bilirkişilerden oluşmuş bir kurul aracılığı ile dosyadaki hastanede tutulmuş dosya ve kayıtlar taraf savunmaları tüm deliller birlikte değerlendirilerek, yapılması gerekenle yapılan müdahale ve tedavinin ne olduğu, tıbbın gerek ve kurallarına göre olayda doktor hatası olup olmadığını gösteren nedenlerini açıklayıcı, taraf, mahkeme ve Yargıtay denetimine elverişli rapor alınmak ve böylece hasıl olacak sonuca uygun karar vermektir. Eksik inceleme ve mevcut delilleri değerlendirmede yanlıya düşülerek yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bozma nedenidir”, Y13HD, 06.03.2003-2002-13949/2003-2380, Savaş, *Tıbbi Hata Davalarında Bilirkişilik Uygulaması*, 121-122.

adli tıp olaylarında ve diğer adli konularda Ceza Muhakemesi Yasası'na göre resmi bilirkişi sayılacağını belirtmiştir. Bu düzenlemeyle ifade edilmek istenenin yükseköğretim kurumları veya birimleri ile Üniversitelerin Tıp Fakültelerinin Adli Tıp Kürsüleri ve Adli Tıp Enstitüleri olduğu belirtilmelidir.⁹²

Ayrıca 38 sayılı Tababeti Adliye Kanunu⁹³ m. 4'e göre adli hekimlerin olmadığı ya da olup da mazereti nedeniyle gelemediği hallerde serbest çalışan hekimlerin resmi bilirkişi olarak görevlendirilebileceği belirtilmiştir. Benzer düzenleme hükümet tabipleri için Sıhhat ve İçtimai Muavenet Vekaleti Teşkilat ve Memurin Kanunu m. 31'de⁹⁴ yer almıştır. Bu maddeye göre adli hekim bulunmayan yerlerde onların görevlerinin hükümet tabipleri tarafından yerine getirileceği belirtilmiştir. Dolayısıyla hükümet tabipleri de gerektiğinde resmi bilirkişi olarak görevlendirilebilirler. Hükümet tabibi ve adli hekim bulunmayan yerlerde ise resmi bilirkişilik görevi 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu⁹⁵ m. 22 uyarınca belediye tabipleri tarafından yerine getirilebilecektir. Ayrıca 224 Sayılı Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanun⁹⁶ m. 10/2'ye göre sağlık ocağı hekimleri sadece kendi ocakları içinde adli hekimlik görevini yürütmekle yetkili kılınmışlardır ve bu bakımlardan resmi bilirkişilik yapabilirler.⁹⁷

⁹² H. Kızılarşlan, *Ceza Muhakemesi, Adli Tıp, Adli Bilimlerde Vücutun Muayenesi & Örnek Alma, Doktrin ve Uygulama*, Ankara 2007, 315; N. Centel/H. Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul 2007, 294.

⁹³ 11.10.1920 Gün ve 38 sayılı yasa. (RG 12.3.1921, No.6).

⁹⁴ 09.06.1936 Gün ve 3017 sayılı yasa (RG 23.06.1936, No.3337).

⁹⁵ 24.04.1930 Gün ve 1593 sayılı yasa. (RG 06.05.1930, No.1489).

⁹⁶ 05.01.1961Gün ve 224 sayılı yasa. (RG 12.01.1961, No.1075).

⁹⁷ Kızılarşlan, *Ceza Muhakemesi, Adli Tıp, Adli Bilimlerde Vücutun Muayenesi & Örnek Alma*, 306-309.

X. TIP CEZA HUKUKUNDA ZORUNLU BİLİRKİŞİNİN ÖZELLİKLİ İNCELEME KONULARI

1. Gözlem Altına Alma

Türk Ceza Kanunu'nda akıl hastalarına ilişkin hükümlerin (TCK m. 32, m. 57 gibi) uygulanabilmesi için adli tıp raporuna ihtiyaç duyulmaktadır.⁹⁸ Bu durumda Ceza Muhakemesi Kanunu düzenlemesine göre ilgili kişi hakkında gerekli incelemeler yapılarak adli tıp raporu alınacaktır. Konuyu düzenleyen CMK m.74/1'e göre; fiili işlediği yolunda kuvvetli şüpheler bulunan şüpheli veya sanığın akıl hastası olup olmadığını, akıl hastası ise ne zamandan beri hasta olduğunu ve bunun, kişinin davranışları üzerindeki etkilerini saptamak için resmi bir sağlık kurumunda gözlem altına alınmasına karar verilebilir. Bu karar akıl hastalığının tespiti yanında alkol veya uyuşturucu madde kullanımının bağımlılık derecesine ulaşmış olup olmadığını belirlemek için de uygulama alanı bulacaktır.⁹⁹ Bu karar uzman hekimin önerisi üzerine, soruşturma evresinde sulh ceza hâkimi, kovuşturma evresinde mahkeme tarafından verilir. Karar verilmeden önce Cumhuriyet Savcısının ve müdafinin dinlenmesi gerekmektedir. Öte yandan şüpheli veya sanığın müdafii yoksa hakim veya mahkemenin istemi üzerine, baro tarafından kendisine bir müdafii atanır.

Gözlem süresi üç haftayı geçmeyecektir. Bu sürenin yetmeyeceği anlaşılırsa resmî sağlık kurumunun istemi üzerine, her seferinde üç haftayı geçmemek üzere ek süreler verilebilir; ancak sürelerin toplamı üç ayı geçemez (CMK m. 74/3).

Gözlem altına alınma kararına karşı itiraz yoluna gidilebilir. İtiraz, kararın yerine getirilmesini durduracaktır (CMK m. 74/4).

⁹⁸ H. Yokuş Sevtük, "Ceza Muhakemesi ve Adli Tıp İlişkisi", *Hukuk ve Adalet, Eleştirel Hukuk Dergisi*, 2, 6-7 (Ekim 2005), 91.

⁹⁹ Gürelli, *Bilirkişilik*, 80-81.

CMK m. 74'de yer alan gözlem altına alma, yargılamanın durması kararı verilmesi gereken hâllerde de uygulanacaktır (CMK m. 74/5).

2. Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması

a. Şüpheli veya Sanığın Beden Muayenesi ve Vücutundan Örnek Alınması

Adli vakalar söz konusu olduğunda kişilerin hak ve özgürlüklerinde kısıtlamalar yapılabilmektedir. Ancak bu kısıtlamalar yasaların öngördüğü hal ve koşullar söz konusu olduğunda mümkündür. Vücut dokunulmazlığı da ulusal ve uluslar arası belgelerle koruma altına alınmış temel insan haklarından ve sınırlandırılması da ancak yasaların belirlediği ve olanak tanıdığı koşullarını açıkça ortaya koyduğu hallerde söz konusu olacaktır.

Beden muayenesi "*dış beden muayenesi*" ve "*iç beden muayenesi*" olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik¹⁰⁰ düzenlemesine göre, *dış beden muayenesi*, vücudun dış yüzeyi ile kulak, burun ve ağız bölgelerinin gözle ve elle yapılan yüzeysel tıbbi incelemesini (Yönetmelik m. 3) ve ayrıca girişimsel olmayan tıbbi görüntüleme yöntemlerini (Yönetmelik m. 5) ifade ederken; *iç beden muayenesi* ise kafa, göğüs ve karın boşlukları ile cilt altı dokularının incelenmesi (Yönetmelik m. 3) ve ayrıca cinsel organlar veya anüs bölgesinde yapılan muayeneyi (CMK m. 75/4; Yönetmelik m. 5) anlatır.

Konunun düzenlendiği CMK m. 75/1'e göre; bir suça ilişkin delil elde etmek için şüpheli veya sanık üzerinde iç beden muayenesi yapılabilmesine ya da vücuttan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak ve benzerinin alına-

¹⁰⁰ RG 01.06.2005, No.25832.

bilmesine olanak tanımıştır. Ancak bu materyallerin alınması Cumhuriyet Savcısı veya mağdurun istemiyle ya da re'sen hakim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet Savcısı tarafından karar verilebilecektir.

Cumhuriyet Savcısı tarafından karar verilen hallerde, bu kararın yirmi dört saat içinde hakim veya mahkemenin onayına sunulması gerekmektedir. Hakim veya mahkeme, yirmi dört saat içinde kararını verecektir. Onaylanmayan kararlar hükümsüz kalacak ve elde edilen deliller de kullanılmayacaktır (CMK m. 75/1).

İç beden muayenesi yapılabilmesi veya vücuttan kan veya benzeri biyolojik örnekler alınabilmesi için müdahalenin, kişinin sağlığına zarar verme tehlikesinin bulunmaması gerekir (CMK m. 75/2). Yapılacak tıbbi müdahalelerin hekimlik sanatının ve tıp biliminin kabul ettiği yöntem ve araçlarla yapılacaktır (Yönetmelik m. 6/4, m. 8/3). İç beden muayenesi veya vücuttan kan veya benzeri biyolojik örnekler alınması, ancak hekim veya sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından yapılabilecektir (CMK m. 75/3). Sağlık mesleği mensubu diğer kişilerden kasıt yönetmelik m. 3'e göre, hekim, diş hekimi, eczacı, ebe, hemşire ve sağlık hizmeti veren diğer kişilerdir.

Üst sınırı iki yıldan daha az hapis cezasını gerektiren suçlarda, kişi üzerinde iç beden muayenesi yapılamayacağı gibi; kişiden kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınamaz (CMK m. 75/5).

CMK m. 75 gereğince alınacak hakim veya mahkeme kararlarına karşı itiraz edilebilecektir (CMK m. 75/6).

Ceza Muhakemesi Yasası özel yasalardaki alkol muayenesi ve kan örneği alınmasına ilişkin hükümleri de saklı tutmuştur (CMK m. 75/7).

b. Diğer Kişilerin Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması

Şüpheli veya sanık dışında CMK m.76/1'e göre; bir suçla ilişkin delil elde etmek amacıyla, mağdurun vücudu üzerinde dış veya iç beden muayenesi yapılabilmesine veya vücudundan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilmesine; sağlığını tehlikeye düşürmemek ve cerrahi bir müdahalede bulunmamak koşuluyla (aynı esas yönetmelik m. 7/1, m. 8/1'de de vurgulanmıştır); Cumhuriyet Savcısının istemiyle ya da re'sen hâkim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet Savcısı tarafından karar verilebilecektir. Cumhuriyet Savcısının kararı, yirmi dört saat içinde hakim veya mahkemenin onayına sunulur. Hakim veya mahkeme, yirmi dört saat içinde kararını verecektir. Onaylanmayan kararlar hükümsüz kalır ve elde edilen deliller kullanılamaz.

Mağdurun rızasının varlığı halinde, bu işlemlerin yapılabilmesi için ayrıca başka bir makamdan karar alınmasına gerek yoktur (CMK m. 76/2).

Çocuğun soy bağıнын araştırılmasına gerek duyulması halinde; bu araştırmanın yapılabilmesi için CMK m. 76/1'e göre karar alınması gerekmektedir (CMK m. 76/3).

Tanıklıktan çekinme sebepleri ile muayeneden veya vücuttan örnek alınmasından kaçınılabilecektir. Çocuk ve akıl hastasının çekinmesi konusunda yasal temsilcisi karar verir. Çocuk veya akıl hastasının, tanıklığın hukukî anlam ve sonuçlarını algılayabilecek durumda olması halinde, görüşü de alınacaktır. Yasal temsilci de şüpheli veya sanık ise bu konuda hâkim tarafından karar verilir. Ancak, bu halde elde edilen deliller davanın ileri aşamalarında şüpheli veya sanık olmayan yasal temsilcinin izni olmadıkça kullanılamaz (CMK m. 76/4).

CMK m. 76/5 gereğince bu madde kapsamında verilen hakim veya mahkeme kararlarına itiraz edilebilecektir.

Tıp mesleğinin hasta bakımından ayırım gözetmeksizin yerine getirilmesi gereken bir meslek olması nedeniyle tartışmaların odak noktası olsa da Ceza Muhakemesi Kanunu'nda kadının muayenesinin istemi halinde ve olanaklar elverdiği takdirde bir kadın hekim tarafından yapılacağı belirtilmiştir (CMK m. 77). İstenmesine rağmen kadın hekim bulunamamışsa, hekim ile birlikte sağlık mesleği mensubu olan bir başka kadın personel muayene sırasında aynı ortamda bulundurulmalıdır (Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik m. 11/2).

3. Moleküler Genetik İnceleme

Gereken tür ve miktarda biyolojik materyali kullanarak, kişiyi diğer kişilerden ayıran ve kalıtım kurallarına uygun olarak aktarılan hastalık dışındaki özelliklerinin moleküler düzeyde araştırılması moleküler genetik incelemedir (Yönetmelik m. 3).

Şüpheli ya da sanığın (CMK m. 75) veya diğer kişilerin (CMK m. 76) beden muayenesi veya vücutlarından örnek alınması sonucu elde edilen örnekler üzerinde soybağının veya elde edilen bulgunun şüpheli veya sanığa ya da mağdura ait olup olmadığının tespiti için zorunlu olması durumunda moleküler genetik inceleme yapılabilecektir (CMK m. 78/1). Ayrıca bu çerçevedeki incelemeler, bulunan ve kime ait olduğu belli olmayan beden parçaları üzerinde de yapılabilecektir (CMK m. 78/2). Bu tip incelemeler ancak bilirkişiler tarafından yerine getirilecektir. Öte yandan alınan örnekler üzerinde Yasa'nın belirttiği bu amaçlar dışında tespitler yapılmasına yönelik incelemeler yasaktır (CMK m. 78/1 cümle 2).

Moleküler genetik incelemelerin yapılmasına sadece hakim karar verebilir. Kararda inceleme ile görevlendirilen bi-

lirkişi de gösterilir (CMK m. 79). Yapılacak incelemeler için resmen atanan veya bilirkişilikle yükümlü olan ya da soruşturma veya kovuşturmayı yürüten makama mensup olmayan veya bu makamın soruşturma veya kovuşturmayı yürüten dairesinden teşkilat yapısı itibarıyla ve objektif olarak ayrı bir birimine mensup olan görevliler, bilirkişi olarak görevlendirilebileceklerdir. Bu kişiler, teknik ve teşkilat bakımından uygun tedbirlerle yasak moleküler genetik incelemelerin yapılmasını ve yetkisiz üçüncü kişilerin bilgi edinmesini önlemekle de yükümlüdürler. İncelenecek bulgu, bilirkişiye ilgilinin adı ve soyadı, adresi, doğum tarihi bildirilmeksizin verilecektir (CMK m. 79/2).

Genetik inceleme sonuçlarının gizliliği CMK m.80'de düzenlenmiştir. Bu maddeye göre; Yasa'nın düzenlediği esaslar çerçevesinde belli kişilerden alınan örnekler üzerinde yapılan inceleme sonuçları, kişisel veri niteliğinde olup, başka bir amaçla kullanılamazlar. Dosya içeriğini öğrenme yetkisine sahip bulunan kişiler tarafından da bir başkasına verilemezler. Bu bilgiler, kovuşturmaya yer olmadığı kararına itiraz süresinin dolması, itirazın reddi, beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilip kesinleşmesi hallerinde Cumhuriyet Savcısının huzurunda derhal yok edilir ve bu husus dosyasında saklanmak üzere tutanağa geçirilir (CMK m. 80).

Bilirkişi tarafından yapılan analizler sonucu elde edilen bulgular ilgili makama gönderilir; bulgular üzerinden moleküler genetik analizler için izole edilen DNA örnekleri bilirkişi tarafından rapor hazırlandıktan sonra imha edilir ve bu husus raporda açıkça belirtilir (Yönetmelik m. 14/3).

Moleküler genetik incelemeye ilişkin olarak öngörülen işlemlerin yapılması ile ilgili esas ve usuller Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik'te gösterilmektedir.

4. Zehirlenme Şüphesi Nedeniyle Yapılan İnceleme

Zehirlenme şüphesi üzerine bilirkişiye müracaat gerekmektedir. Bu hususta yapılacak işlem CMK m. 89'da düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, zehirlenme şüphesi olan halde organlardan parça alınırken, görünen şekli ile organın gördüğü zarar tanımlanacak, ölüde veya başka yerlerde bulunmuş şüpheli maddeler, görevlendirilen uzman tarafından incelenerek tahlil edilecektir. Ayrıca Cumhuriyet Savcısı veya mahkeme, bu incelemenin, hekimin katılmasıyla veya onun yönetiminde yapılmasına karar verebilecektir.

5. Ölünün Adli Muayenesi ve Otopsi

a. Yeni Doğan Dışındakiler Bakımından

Ölünün adli muayenesi ve otopsi bilirkişi incelemesini gerektiren durumlardandır. Ölünün kimliği, ölümün tıbbi belirtileri, zamanı ve nedenini belirlemek için tüm bulgular saptamak amacıyla cesedin dıştan muayenesi ölünün adli muayenesidir.¹⁰¹

Ölünün kimliğini belirleme ve adli muayene CMK m. 86'da yer almıştır. Bu maddeye göre engelleyici nedenler bulunmadıkça ölü muayenesinden veya otopside önce ölünün kimliğinin her ne şekilde olursa olsun belirlenmesi ve bu işlemin özellikle kendisini tanıyanlara gösterilerek yapılması ve ayrıca elde edilmiş bir şüpheli veya sanık varsa teşhis edilmek üzere ölünün ona da gösterilebileceği açıklanmıştır (CMK m. 86/1).

Ölünün adli muayenesi, Cumhuriyet Savcısının huzurunda ve bir hekim görevlendirilerek yapılacaktır (CMK m. 86/3).

¹⁰¹ Yurtcan, *Ceza Yargılaması Hukuku*, 288.

Otopsi, ölünün uygun oldukça mutlaka baş, göğüs ve karnın açılması suretiyle gerçekleştirilen muayene şeklidir (CMK m. 87/2).¹⁰²

Otopsi CMK m. 87'de düzenlenmiştir. Bu maddeye göre; otopsi, Cumhuriyet Savcısının huzurunda biri adli tıp, diğeri patoloji uzmanı veya diğeri dallardan birisinin mensubu veya biri pratisyen iki hekim tarafından yapılır. Zorunluluk bulunduğu otopsi işlemi bir hekim tarafından da yapılabilecek, ancak bu durum otopsi raporunda açıkça belirtilecektir (CMK m.87/1). Ayrıca müdafî veya vekil tarafından getirilen hekim de otopside hazır bulunabilecektir.

Ölümünden hemen önceki hastalığında öleni tedavi etmiş olan hekime otopsi yapma görevi verilmeyecektir. Ancak, bu hekimin otopsi sırasında hazır bulunması ve hastalığın seyri hakkında bilgi vermesi kendisinden istenebilecektir (CMK m.87/3).

Öte yandan gömülmüş bulunan bir ceset, incelenmesi veya otopsi yapılması için mezardan çıkartılabilecektir. Bu yöndeki karar, soruşturma evresinde Cumhuriyet Savcısı, kovuşturma evresinde mahkeme tarafından verilecektir. Araştırmanın amacını tehlikeye düşürmeyecekse ve ulaşılması da zor değilse mezardan çıkarma kararı, ölünün bir yakınına derhal bildirilmelidir (CMK m.87/4).

Tüm bu işlemler yapılırken cesedin görüntülerinin kayda alınması yasa tarafından zorunlu kılınmıştır (CMK m. 87/5).

b. Yeni Doğan Bakımından

CMK m. 88'de yeni doğanın cesedinin adli muayenesi veya otopsisi bilirkişi incelemesi yapılmasını gerektiren diğer durumlardandır. Yeni doğanın cesedinin adli muayenesi

¹⁰² Yurtcan, *Ceza Yargılaması Hukuku*, 288.

veya otopsisine ilişkin ayrı bir düzenleme bulunmaktadır. Bu maddeye göre uzman bilirkişi tarafından yeni doğanın cesedi üzerinde yapılacak adli muayene veya otopside, doğum sırasında veya doğumdan sonra yaşam bulgularının varlığı, bebeğin olağan süresinde doğup doğmadığı ve biyolojik olarak yaşamını rahim dışında sürdürebilecek kadar olgunlaşmış olup olmadığı veya yaşama yeteneği bulunup bulunmadığı saptanacaktır.

XI. TIP CEZA HUKUKUNDA BİLİRKİŞİLİK KURUMU İLE İLGİLİ SORUNLAR

Adli alanda yapılacak bilirkişi incelemelerinin yasaların öngördüğü şekil ve prosedüre uygun gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde yapılar yasalarla uyum içinde olmayacağından hukuka aykırılıkları doğuracak ve en basit işlemlerde bile telafisi güç sorunlarla karşılaşılacaktır. Her şeyden önce Adli vakalarda muayene edilmek üzere getirilen kişinin resmi evrakta belirtilen kişi olup olmadığına dikkat edilmelidir. Muayene edilen kişinin, hekim tarafından yapılacak işlemler konusunda bilgilendirilmesi gerekmektedir. Bilgilendirmenin ardından kişi muayene yapılmasını veya vücudundan örnek alınmasına rıza göstermiyorsa durum tutanakla tespit edilip ilgili makamlar uyarılmalı ve gereken tedbir ve kararların alınması sağlanmalıdır. Yapılan muayene ve örnek almalarında kişinin sağlığına açıkça ve öngörülebilir zarar verme tehlikesinin bulunmamasına dikkat edilmelidir.¹⁰³

Nitekim 143 sayılı Genelge bu konuda ayrıntılı düzenlemeler getirmiştir. Buna göre; 1) adli vaka olarak sevk edilen kişinin hekim tarafından bizzat görülmesi ve muayene edilmesi gerekmektedir. Başkasının ifadesine dayanılarak rapor düzenlenmemelidir. 2) Muayene ve incelemeler sırasında te-

¹⁰³ 22.09.2005 gün ve 143 sayılı Genelge, http://www.adlitabiplik.saglik.gov.tr/include/dosyalar/00_gen_genelge.pdf, 12.12.2006, saat:11.00, 5-6.

mel insan hak ve özgürlüklerine ve gizliliğe saygı kurallarına kesin olarak uyulmalıdır. 3) Muayene başka kişilerin göremeyeceği ve duyamayacağı bir ortamda yapılmalıdır. Muayene sırasında hekim ile muayene edilen kişinin yalnız kalmaları ve muayenenin hekim-hasta ilişkisi çerçevesinde gerçekleştirilmesi sağlanmalıdır. (Gözaltı işlemi nedeniyle yapılan muayenelerde bu hususa özellikle dikkat edilmelidir. Diğer muayenelerde ise hekim gerekli görürse bir sağlık mesleği mensubu personelin muayene ortamında hazır bulundurulması söz konusu olabilecektir. Hekim kişisel güvenlik endişesi ile muayenenin kolluk görevlisinin gözetiminde yapılmasını isteyebilir. Bu durumda hekimin isteği belgelendirilerek yerine getirilmelidir, ancak bu durumda muayene edilenin talebi halinde müdafii de -muayenede gecikmeye neden olmamak kaydıyla- muayene sırasında hazır bulunabilecektir). 4) Muayene edilecek kişi kadınsa ve isteğine rağmen kadın hekim bulunamamışsa, hekim ile birlikte sağlık mesleği mensubu olan bir başka kadın personel muayene sırasında aynı ortamda bulundurulmalıdır. 5) Muayene kişinin tüm vücudu üzerinde yapılmalıdır. 6) Adli vakalarda, suçun aydınlatılmasına katkıda bulunabilecek delil ihtiva etmesi olası elbise ve benzeri eşyanın saklanması için gerekli önlemler alınmalı veya alınması için ilgili birimler bilgilendirilmelidir.¹⁰⁴

Öte yandan İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, Türkiye ile ilgili olarak önüne gelen pek çok dosyada özellikle adli raporların yüzeysel ve amaca uygun olmadığını, genel ifadelerle yetinildiğini belirtmekte, özellikle savcılıklardan adli tabipliklere gönderilen müzakerelerde neden muayene istendiğinin yazılmamasının, otopsiyi gerçekleştiren hekimlerin yeterli deneyim ve bilgiden yoksun bulunmalarının, otopsi ve ölü muayene tutanaklarında incelemenin başlama saati, cesetteki yaraların uzak, yakın veya bitişik atış sonucunda mı olduğuna değinilmemesinin, ölü morluğu ve katılığının oluşup oluş-

¹⁰⁴ 22.09.2005 gün ve 143 sayılı Genelge, http://www.adlitabiplik.saglik.gov.tr/include/dosyalar/00_gen_genelge.pdf, 12.12.2006, saat:11.00, 6.

madığının açıklanmamasının, cesedin bulunduğu yer ve konumuna ilişkin bilgilerin verilmemesinin önemli eksiklikler olduğu ifade edilmektedir.¹⁰⁵

Belirttiklerimizin yanında resmi bilirkişilerden otopsi yapmaları ve sonuçlarını rapor halinde yargılama makamına göndermeleri istendiğinde farklı sorunlar da ortaya çıkmaktadır. Özellikle otopsi yapılması çok pahalı ve teknik materyale ihtiyaç gösteren bir işlemdir. Ülkenin değişik yerlerinde, otopsi incelemeleri için alınan materyal genellikle teknik donanımı ve alt yapısı daha iyi olması nedeniyle İstanbul Adli Tıp Kurumu Başkanlığı'na gönderilmektedir. Böyle bir durumda yerel birimler tetkik sonuçlarını bilmediklerinden otopsisini yaptıkları olgunun sonuç raporunu oluşturamazken; diğer taraftan tetkiki gerçekleştirenler sonuç hakkında bilgi sahibi olmakla beraber otopsi olgusu ile bizzat temasa geçmedikleri için salt yazılı belgeler üzerinden değerlendirme yapmak durumunda kalmaktadırlar.¹⁰⁶

Öte yandan uzak mesafeler aşması gerekip İstanbul'a gönderilecek materyalin her türlü etkiden korunacak biçimde paketlenmesi ve zamanında ilgili yere ulaştırılması ayrı bir problem oluşturmaktadır. Bu durum hem masrafları artırmakta hem zaman kaybına neden olmakta ve hem de yargı sürecini uzatarak adil yargılanma hakkına da zarar vermektedir.¹⁰⁷

Özellikle tıp ve adli tıp alanlarında gerçekleştirilen bilirkişilik kapsamlı araştırmayı, laboratuvar çalışmasını, teknik ve teknolojik analiz çalışmasına ihtiyaç gösteren bir faaliyettir. Dolayısıyla parasal anlamda yüklü bir bütçeyi gerektirir. Bu ihtiyaçların karşılanmaması kısır kaynaklarla çalışmaların ya-

¹⁰⁵ N. Centel, "Adli Tıp Bilimleri ve İnsan Hakları", AÜ.EHFD, IV, 1-2 (2000), 16-17.

¹⁰⁶ Balcı, *Üniversitelerin Kurumsal Olarak Adli-Tıbbi Hizmetlere Katılımı İsteniyor mu?*, 282.

¹⁰⁷ Balcı, *Üniversitelerin Kurumsal Olarak Adli-Tıbbi Hizmetlere Katılımı İsteniyor mu?*, 282.

pılması sağlıklı sonuçlara ulaşmayı engellemektedir.¹⁰⁸ Bu nedenle adli tıp hizmetlerinde çağdaş teknolojinin gelişmiş tüm olanaklarından yararlanılır hale getirmek gerekmektedir.¹⁰⁹

Adli Tıp Kurumu'nun örgütlenme yapısı gözden geçirilmeli, siyasi otoritenin baskısından uzak, özerk çalışma esaslarına kavuşturulmalıdır.¹¹⁰

Üniversitelerin tıp fakültelerinde "Adli Tıp Anabilim Dallarını" oluşturulmalı, yetiştirilen hekimlere yeterli adli hekimlik eğitimi verilmelidir. Böylece hastaların ilk karşılaştıkları hekim konu hakkında bilgi sahibi olacağından hazırlanacak raporlar daha aydınlatıcı olacaktır. Bu durum yargılama süreci içinde uyumsuzluğun çözümüne olumlu katkı sağlayacaktır.¹¹¹ Tıp fakültelerinde adli hekimlik eğitimi verilirken hukuk fakültelerinde de öğrencilerin adli tıp konularında eğitilmeleri, özellikle teknik terimler bakımından bilgilendirilmeleri sağlanmalıdır.¹¹²

Yargıtay ve Adli Tıp Kurumu'nun belli konulara ilişkin olarak verdikleri ve yerleşik içtihat haline gelmiş görüşlerinin resmi bilirkişilik yapan kişiler tarafından bilinmesi hususunda özen gösterilmeli; içtihatlarda meydana gelecek değişiklikler de aynı özenle ilgililerin bilgisine sunulmalıdır.¹¹³

¹⁰⁸ Bakırcı, "Türk Adli Sisteminde Bilirkişilik Uygulamaları, Sorunları İle Yakın Ve Uzak Dönem İçin Çözüm Önerileri", Türk Hukuk Sitesi, http://www.turkhukuksitesi.com/makale_115.htm, 06.11.2007, saat: 18.35, 3.

¹⁰⁹ H. S. Türk, "Adli Tıp Kurumu'nun Malatya'da Düzenlediği 8.Bölge Seminerini Açış Konuşması", <http://www.basin.adalet.gov.tr/b65.htm>, 06.11.2007, saat:18.35, 3.

¹¹⁰ "İnsan Hakları İhlallerinde Hekim Sorumluluğu", <http://www.ttb.org.tr/eweb/BASIN/kasim99?basin30.html>, 06.11.2007, saat:17.35, 1.

¹¹¹ "İnsan Hakları İhlallerinde Hekim Sorumluluğu", <http://www.ttb.org.tr/eweb/BASIN/kasim99?basin30.html>, 06.11.2007, saat:17.35, 1.

¹¹² Gelgör, *Ceza Hukukunda Tıbbi Bilirkişiliğin Önemi*, 154.

¹¹³ Gelgör, *Ceza Hukukunda Tıbbi Bilirkişiliğin Önemi*, 155.

ÖZLEM
YENERER
ÇAKMUT'UN
TEBLİĞİ

Bilirkişi olarak seçilen kişilerin gerçek anlamda uzman, özel ve teknik bilgiye sahip olmasına özen gösterilmelidir. Heyet raporu istenen uyuşmazlıklarda çoğu zaman heyet bir araya gelememekte, rapor bir kişi tarafından yazılmaktadır.¹¹⁴

Somut olayla ilgili olarak dava dosyasına ilişkin delillerin başta tam olarak toplanmaması dosyanın eksik kalmasına neden olmaktadır. Bu durum uzman bilirkişi incelemesinin gerektiği gibi yapılamamasını sonuçlarken mahkemelerin tekrar aynı konu hakkında ek rapor istemesine veya yeni bir bilirkişi raporu için başka bir uzmana yönelmesine neden olmaktadır. Bu ise zaman kaybı başta olmak üzere tarafların pek çok açıdan haklarının ihlal edilmesi sonucunu doğurmaktadır.¹¹⁵

Resmi bilirkişi kurumu olan Yüksek Sağlık Şurası KHK m. 31'e göre yılda en az bir kere toplanacaktır. Bakanlık gerekli gördüğü takdirde Şurayı toplantıya çağırabilecektir. Resmi süreç içinde toplanmaya ilişkin bu düzenleme ihtiyaca cevap vermemekte ve adli mercilerden gönderilen dosyalara kısa sürede cevap verilmemesi yargı sürecinin uzamasına neden olmaktadır. Öte yandan şurada dosya üzerinden karar verilmesi ayrı bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Adli olayla ilgili kişilerin ifadeleri, sağlık kuruluşu kayıtları, hasta evrakı ve filmleri, laboratuvar incelemeleri, farklı bilirkişilerin görüş ve raporları, bulunuyorsa otopsi raporu, Adli Tıp Kurumu inceleme sonuçları değerlendirilmektedir. Ancak bu işlemler yapılırken ilgililerin muayenesi veya dinlenmesi gerçekleştirilememektedir. Hal böyle olunca doğru sonuca ulaşmak

¹¹⁴ A. E. Bakırcı, "Türk Adli Sisteminde Bilirkişilik Uygulamaları, Sorunları İle Yakın Ve Uzak Dönem İçin Çözüm Önerileri", Türk Hukuk Sitesi, http://www.turkhukuksitesi.com/makale_115.htm, 06.11.2007, saat: 18.35, 3.

¹¹⁵ Bakırcı, Türk Adli Sisteminde Bilirkişilik Uygulamaları, Sorunları İle Yakın Ve Uzak Dönem İçin Çözüm Önerileri, Türk Hukuk Sitesi, (makale yazarı tarafından Türk Hukuk itesi Kütüphanesinde yayınlanmıştır) http://www.turkhukuksitesi.com/makale_115.htm, 06.11.2007, saat: 18.35, 3.

gönderilen dosyanın tam ve eksiksiz olması ile mümkün olabilecektir. Dosyada herhangi bir noksanlık amaca ulaşmadan uzaklaşmayı sonuçlayacaktır.¹¹⁶

Yüksek Sağlık Şurası'na gönderilen dosyadaki fotokopi niteliğindeki belgelerin net okunur olmasına azami özen gösterilmelidir. Adli dosyaların asıllarının gönderilmesi yarar sağlayacaktır. Ölümlü olaylarda otopsi yapılmaması ya da yetersiz otopsi sorunlar yaratmaktadır. Olayla ilgili şikayetçi, tanık ve davalıların ifadelerinin Kuruma gönderilmesi gereklidir. Adli Tıp uzmanlığının özendirilmesi önemlidir.

Bilirkişi raporları bakımından sorun yaratan diğer bir hal de yasalarda yer alan kavramların anlamlandırılması sırasında yaşanmaktadır. Örneğin, Türk Ceza Kanunu'nda yer alan ve yaralama suçunun nitelikli hallerinden olan mağdurun "*yaşamını tehlikeye sokan durum*" (TCK m. 87/1-d; m. 89/1-e) ifadesinden ne anlaşılması gerektiği konusunda yaşanan tereddüt gösterilebilir. Uygulamada kavramla ilgili olarak hekimlerin doğru ve yeterli bilgiye sahip olmaması hatalı raporların verilmesine neden olmaktadır. "*Ne olur ne olmaz*" mantığı ile pek çok hastaya önce "*yaşamı tehlikeye sokan durum vardır*" raporu verilmekte daha sonra bu durumun ortadan kalktığını gösterir ikinci bir rapor verilmektedir. Oysa yaralanmalarda, adli-tıbbi anlamda fiil sonrasında kişinin yaşamının mutlak biçimde tehlike ile karşı karşıya kalması, ancak bireyin hem vücut direnci hem de uygulanan tıbbi destek ile ölmemesi halini anlatmak için kullanılan "*yaşamı tehlikeye sokan durum*" kavramında zaman içinde herhangi bir değişiklik olmaz; diğer bir ifadeyle yaşamı tehlikeye sokan durum yaralanmanın ilk oluşum anından itibaren vardır ya da yoktur. Dolayısıyla hekim her çeşit yöntemi kullanıp elde ettiği bulguları değerlendirerek en doğru kararı vermek durumundadır. Kafatasında kırık, karın, baş veya göğsün içine doğru alınan darbe sonucu oluşan yaralanma, büyük damar-sinir kesisi veya belirli

¹¹⁶ Hancı, Malpraktis, 22-23.

bir oran üstündeki yanıklar, yaşamsal tehlike olarak adlandırılacak durumlara örnektir.¹¹⁷

Adli raporlar, tamamıyla muayeneyi yapan hekimin belirlediği objektif bulgulara, konsültasyonlar ve tetkik sonuçlarının incelenmesi ile mesleki bilgileri ışığında yapacağı değerlendirmelere dayanmalı ve tarafsız olmalıdır. Ayrıca raporlar, resmi makamların istek yazısının altına yazılmamalı, ayrı bir rapor olarak düzenlenmelidir. Anlaşılır sade bir dil kullanılmalı, özellikle tıbbi terimler bakımından kısaltmalardan kaçınılmalıdır. Gerekli formlar eksiksiz doldurulmalıdır. Olayın öyküsü, kişiye ait özgeçmiş ve fizik muayene bulguları, muayene tarihi ile saati ve varsa yapılan konsültasyon değerlendirmeleri açıkça belirtilmelidir. Raporda tespit edilen bulgulara, varsa travmatik lezyonlara ve yapılmışsa taktik sonuçlarına ayrıntılı olarak yer verilmelidir. Varılan sonuçlar gerekçeli olmalıdır. Adli makamlar tarafından sorulan sorular kesinlikle cevaplandırılmalıdır. Sorulmamış olsa da adli soruşturmanın boyutunu etkileyebilecek durumlar rapora yazılmalıdır. Adli delil niteliği taşıyan tetkik sonuçları ve grafilerin aslı, muayene edilen kişinin kendisine verilmemeli ve ilgili mevzuatta belirtilen süreyle arşivde saklanmalıdır. Adli vakanın bir başka sağlık kuruluşuna sevk edilmesi durumunda veya tetkik sonuçları ile tıbbi belgelerin düzenlenen adli raporun ekinde yer alması gerektiğinde, bu belgeler asıl belge niteliğinde değilse, örnekler "*aslı gibidir*" ibaresi konularak onaylanmalıdır. Talep olursa tetkik sonuçlarının veya çekilen grafilerin bir örneğinin, asılları sağlık kuruluşunda korunmak kaydıyla, muayene edilen kişiye verilmesi sağlanmalıdır. Öte yandan adli vaka başka bir sağlık kuruluşundan sevk edilerek gelmişse, gönderen kuruluşça düzenlenen geçici rapor incelenmeli, ancak sevk edilen kurum yaptığı işlem ve değerlendirmelerin sonucunu ayrı bir rapor olarak hazırlamalıdır. Tespit edilen bulgular ışığında kesin rapor düzenlenmelidir. Ancak bu ya-

¹¹⁷ N. Alkan, "5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Adli Tıp Yönünden Değerlendirilmesi", *TBBĐ*, 58 (2005), 154.

plamıyorsa ayrıntılı geçici rapor hazırlanmalı ve kesin raporun düzenlenmesi için ilgilinin üst sağlık kuruluşuna sevki yapılmalıdır. Geçici raporun bir örneğinin de sevki yapan sağlık kuruluşunda saklanması ihmal edilmemelidir.¹¹⁸

Raporlardaki tıbbi terimlerin yeterince açık olmaması, Latince kavramların kullanılması ve anlamlarının verilmemesi,¹¹⁹ vücuttaki yaranın niteliği, hangi aletle oluşturulduğu konusunda detaylı bilgi verilmemesi, el yazısı ile yazılan raporların okunaklı olmaması, raporlara hekimlerin isim, soyisim ve ünvanlarını, raporun düzenlendiği kurumun adını yazmaması, raporların gecikmesi uygulamada adli makamlar bakımından büyük sorunların doğmasına neden olmaktadır.¹²⁰

XII. ADİL YARGILANMA HAKKI BAKIMINDAN BİLİRKİŞİLİK KURUMUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi *silahların eşitliği ilkesini*, “*davanın taraflarını birbirleri karşısında belirli bir dezavantaj içine sokmayacak koşullar altında, her bir tarafın davasını ortaya koymak bakımından deliller de dahil olmak üzere makul ve kabul edilebilir olanaklara sahip olması zorunluluğu*” biçiminde tanımlamaktadır.¹²¹

Silahların eşitliği ilkesinin “*bilirkişilik*” kavramı bakımından da önemi bulunmaktadır. Yargılama süreci içerisinde tarafların bilirkişi davet etme hususunda aynı olanaklara sahip

¹¹⁸ 22.09.2005 gün ve 143 sayılı Gen. http://www.adlitabiplik.saglik.gov.tr/include/dosyalar/00_gen_genelge.pdf, 12.12.2006, saat:11.00, 7-8.

¹¹⁹ Yokuş-Sevük, *Ceza Muhakemesi ve Adli Tıp İlişkisi*, 100-101.

¹²⁰ Gelgör, *Ceza Hukukunda Tıbbi Bilirkişiliğin Önemi*, 160-161.

¹²¹ *Dombo BeheerBV v. Hollanda*, 27.10.1993, Series A, No.274-A, 18 EHRR 213, para.33; S. Batur/F. Yenisey/C. Erkut/S. İnceoğlu, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Adil Yargılanma İlkesi Işığında Hukuk Devleti ve Yargı Reformu, Anayasa Hukuku, İdare Hukuku ve Ceza Hukuku Açısından*, TÜSİAD, İstanbul! 2003, 76.

olması ve çağrılan bilirkişilerin de aynı koşullara tabi olması gerekmektedir. Öte yandan sanığa suç isnat edilmesine neden olan idari bir kuruma bağlı olarak çalışan bir kişinin, -yalnızca kuruma bağlılık kişinin tarafsız ve nesnel olmadığı sonucuna ulaşmada yeterli bir veri oluşturmayacağından- mahkeme tarafından resmi bilirkişi olarak görevlendirilmesi, silahların eşitliği ilkesine aykırı görülmemektedir. Ancak görevlendirilen resmi bilirkişinin suç isnadında etkisi olmuş ise bu durumda bilirkişinin davada yerine getirdiği göreve bakmak gerekecektir. Eğer görevi, sadece hakim, iddia ve savunma tarafından sorulan sorulara cevap verme düzeyinde kalmışsa ve savunma tarafından gösterilen bilirkişi de aynı koşullarla dinlenmiş ise silahların eşitliği ilkesine aykırılık söz konusu olmayabilir. Fakat resmi bilirkişi savunma tanığını sorgulamak veya tanığın görüşleri üzerinde yorum yapmak biçiminde görevler üstlenmişse bu durum silahların eşitliği ilkesi bakımından aykırılık oluşturacaktır.¹²²

İddia, müdafaa, yargılama ve araştırma makamlarının ayrı oldukları ve farklı görevlere sahip buldukları gözden uzak tutulmamalıdır. Bu nedenle aynı kuruma bağlı makamların delilleri değerlendirmesi kuvvetler ayrılığı ilkesini zedeler niteliktedir ve adil yargılanma hakkını ihlal düşüncesini doğurur. Çünkü savcılar gibi Adli Tıp Kurumu da Adalet Bakanlığı'na bağlı olarak faaliyet göstermektedir. Bu durum delillerin değerlendirilmesinde hükümetin asıl güç sahibi olduğu izlenimini yaratacak niteliktedir. Dolayısıyla Adalet Bakanlığı'na bağlı Adli Tıp Kurumu gibi resmi bilirkişilik kurumu, bilirkişi yönünden eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaktadır.¹²³

¹²² Bönish v. Avusturya, 06.05.1985, Ser. A, No.92, 9 EHRR 191, para.31-34, Batum/Yenisey/Erkut/İnceoğlu, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Adil Yargılanma İlkesi Işığında Hukuk Devleti ve Yargı Reformu*, 79.

¹²³ Batum/Yenisey/Erkut/İnceoğlu, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Adil Yargılanma İlkesi Işığında Hukuk Devleti ve Yargı Reformu*, 102.

XIII. SONUÇ

Özel ve teknik bilgi gerektiren tıp alanına ilişkin herhangi bir sorunla karşılaşan adli makamlar bu alanda uzman kişi ve kuruluşlardan yardım isteyeceklerdir. Yasa tarafından resmi bilirkişi olarak adlandırılan ve başvurulması zorunlu olarak kabul edilen bu kişi ve kuruluşlar tıp alanında önemli bir yer tutmaktadır. Söz konusu resmi bilirkişiler uzman oldukları alanda sorunları ele alıp değerlendirecek ve bir sonuca ulaşacaklardır. Varılan sonuç hakimın hükmünü oluştururken ona ışık tutacaktır. Elbette yargılama sürecinde takdir tamamen hakime aittir, ancak onun kanaat sahibi olabilmesi ve olaya ilişkin en doğru kararı verebilmesi için yardım alması olağandır ve hatta tıbbi açıdan bir zorunluluktur. Ancak bu süreçte özellikle resmi bilirkişi olarak başvuru alan kişilerin gerektiği şekilde adalete ışık tutması zorunludur. Hazırlanan raporlarda sorulan sorulara ayrıntılı, açıklayıcı ve net cevaplar verilmesi, doyurucu gerekçelerle soruna ışık tutulması gerekmektedir. Öte yandan yapılacak inceleme ve araştırmalarda teknoloji-den faydalanılmalıdır. Bu noktada devletin de üzerine düşen yükümlülükler bulunmaktadır. Resmi bilirkişilerin görevlerini zamanında ve eksiksiz yapabilmesi için parasal katkıyı sağlaması ve teknolojik olanakların kullanımı için olanak tanımalı, gerekli yasal düzenlemeleri gerçekleştirmeli, kurumlar arası işbirliğine daha da önem vererek kolaylaştırmalı, tıp ve hukuk eğitimlerinde adli tıp konusu üzerinde hassasiyetle durularak uzmanlaşma sağlanmalıdır. Yetiştirilen kişilerin zaman içinde yaşanan gelişmeleri öğrenmeleri ve içtihat değişikliklerine uyum sağlamaları için eğitim seminerlerine tabi tutulmasının yolu açılmalıdır. Öte yandan resmi bilirkişilere de yapılan işle orantılı ücret tayin edilmelidir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin verdiği kararlar doğrultusunda sistemimizde var olan aksaklıkların giderilmesine, iç hukukumuzun düzeltilmesine çalışılmalıdır. Aksi halde yetersiz bilirkişi raporları üzerine oluşturulan kararlar

TARTIŞMA

hem birey bazında insan hakları ihlallerine hem de devlet bazında ağır tazminatlarla mahkumiyete neden olmaktadır.

Oturum Başkanı: Biz de teşekkür ederiz ama öyle bir konuşuyor ki araya bile girip bir dakika var, iki dakika var diemiyorum. Zamanınızı iyi kullanmadınız. En fazla süreyi aşan siz oldunuz Özlem hanım, haberiniz olsun.

Bizim şu an 25 dakika önce tartışmalara başlamamız gerekiyordu. Tam 25 dakikalık bir süre aşımımız var. Yemekte de konuşuldu süre aşılmasın diye ama "Siz merak etmeyin, ben başkanım, aştırmam" dedim ama 25 dakika yine gitti.

Aslında bu süre olayı önemli. Biz burada 14:15 diyorsak biz buraya gelen insanlara bu sözü vermiş oluyoruz. 14:00 ile 14:15 arası bu arkadaşımız konuşacak, şu saatte tartışma yapacağız, şu kadar gidip çay için molanız var. Dolayısıyla da bu sözü de tutmamız gerekir, o bakımdan ben süreye önem veriyorum.

Üç konuşmacıya da çok teşekkür ediyoruz ilginç sunumlarından dolayı. Ben de fazla zamanınızı harcamamak bakımından hemen soruları alabiliriz.

Buyurun.

Doç. Dr. Gürol CANTÜRK (Ankara Tıp Fakültesi Adli Tıp): Özlem hanımın konuşmasında bahsettiği o Yargıtay kararıyla ilgili küçük bir katkı yapmak istiyorum. Yargıtay'ın aslında o kararında dayandığı bir Kanun maddesi var. Adli Tıp Kurumu Kanunu'nun bir maddesi var: "Üniversitelerin ilgili bölümleri de resmi bilirkişi statüsünde" diyor.

Teşekkür ederim.

Ziyet ÖZÇELİK: Teşekkür ederim.

Öncelikle ben Sayın Özlem Hanıma bir soru yöneltmek istiyorum. Dedi ki, “*resmi kurulların, bilirkişilerin kararları bağlayıcı değil.*” Ben başka bir açıdan bir soru soracağım size. Özellikle sağlık personelinin hatalarından dolayı yapılan incelemelerde hekimlerin olduğunu görüyoruz bilirkişi heyetlerinde. Ama sağlık hizmeti bir ekip hizmeti, diğer sağlık personelinin kusurları söz konusu oluyor ama orada o diğer sağlık personeliyle ilgili mesleğin bilirkişileri yer almıyor. Sizce bu eksiklik o bilirkişi raporunu gerçek anlamda bir bilirkişi raporu olmaktan çıkarır mı, çıkarmaz mı?

İkinci sorum, Sayın Özbek’e. Doğrusu Sayın Faruk beyi ve Sayın Özbek’i dinlerken şunu düşündüm: İnsanlık açlığı çözemiyor, insanlık yoksulluk ve şiddeti çözemiyor ama teknolojide çok ilerliyor suçluları yakalamak için. Gerçekten kişi özgürlüklerini bu kadar daraltmak diğeriyle ne kadar orantılı, hayatımıza ne katıyor, onu da düşünmeden edemiyorum.

Hemen soruma geçiyorum. DNA veri bankasıyla ilgili bir taslaktan söz ettiniz. Ben de o taslağı çok iyi biliyorum. O taslakta birtakım suçlardan kesinleşmiş cezaları olanların verilerinin saklanması yanı sıra bazı meslek gruplarının, örneğin askere gidenlerin verilerinin de saklanması öngörüyordu, rıza koşulunu da aramıyordu. Böylesine genişletmeyi temel hak ve özgürlüklerle bağlantılı görüyor musunuz?

Bunun dışında son olarak bir şey söyleyip sözümü bitirmek istiyorum. Sayın Aşçıoğlu da katkılarında dedi ki, “*Bilirkişi raporları çok açık ve anlaşılır olmalı.*” Ben bir yargılamada taraf oldum bu nedenle. Savcı bir hekim hakkında dava açtı. Yanlış adli rapor düzenlediği için, o da şuydu: Hekim darp izine dair rapor veriyor, kolunda çatlak olup olmadığını belirlemesi için de hastaneye sevk ediyor. Hastanedeki hekim de hemen yazıyor, diyor ki, “*Herhangi bir fraktüre rastlanmamıştır.*” Savcı da ilk hekim hakkında dava açıyor, “*Bak, ikinci hekim ‘herhangi bir faktör yok’ dedi, onun için sen yanlış rapor verdin, Çorum’a aylarca gidip gelmek zorunda kaldım.*” Hakikaten önemli bir mesele bu.

TARTIŞMA

Teşekkür ederim.

Yrd. Doç. Dr. Andreas MOSENHEUER: Zaman nedeniy-
le kısa keserek Sayın Özbek'e Almanya'da da suçların kanıt-
lanmasında çok önemli bir rol oynayan DNA konusunda bir
soru sormak istiyorum. Alman Federal Mahkemesinin içtiha-
tına göre bu güvenli kanıt toplama yöntemi tek başına hüküm
için yeterli değildir. Yani tek başına DNA ile kimse mahkum
edilemez. Türkiye'de de benzer bir düzenleme veya içtihat
var mı? DNA ile ilgili ikinci bir sorum var. Yüzlerce şüpheli-
nin DNA'sı incelenebilir dediniz. Almanya'da buna kitlesel
DNA testleri diyoruz. Uzun süre tartışmalı bir konuydu. Bu-
nun yasal düzenlemesi de var artık. Ama uygulamadaki dü-
zenleme şöyle: fail şu bölgede oturuyor dendiğinde o bölgede
yaşayan tüm kişilerin DNA'sını inceleyebiliyoruz. Ama bir
koşul altında, kişilerin gönüllü olarak tükürük örneği vermesi
gerekir. Almanya'da durum böyle. Türkiye'deki uygulamayı
merak ediyorum.

Teşekkürler.

*Ich will mich kurz halten auch wegen der Zeit und habe eine
Frage an Herrn Özbek bezüglich der DNA, die auch in Deutschland
eine ganz grosse Bedeutung hat für den Nachweis von Straftaten.
Nun ist es so, dass es bei uns eine Rechtsprechung des Bundesgeri-
chtshofs gibt, dass trotz dieser sehr sicheren Methode des Nachwei-
ses, das allein nie ausreichen darf für eine Verurteilung, also allein
mit einem DNA-Nachweis darf man niemanden verurteilen. Da
würde mich interessieren, ob es eine ähnliche Rechtsprechung oder
Regelung auch in der Türkei gibt. Und das zweite auch bezüglich
DNA. Sie hatten gesprochen, bei DNA könnten auch Hunderte von
Tatverdächtigen untersucht werden. Wir sprechen da von Massen-
gentests in Deutschland. Das war lange Zeit umstritten. Wir haben
jetzt eine gesetzliche Regelung dafür. Aber die Regelung bei uns ist
so, dass in diesen Fällen wo man sagt, ein Täter kommt aus diesem
Ort, z.B., können wir alle Leute aus dem Ort untersuchen, das nur
geht, wenn die freiwillig eine Speichelprobe abgeben, um das DNA*

zu messen. So ist es in Deutschland. Es würde mich interessieren wie die Regelung hier in der Türkei ist. Danke.

Prof. Dr. Henning ROSENAU: Çok teşekkür ederim Sayın Başkan.

Sayın Mosenheuer'in DNA analizinin güvenilirliğiyle ilgili itirazlarına istinaden bir şey söylemek istiyorum. BGH'nun bu hükmü, bir izin %99,998 olasılıkla faile ait olduğunu gösteren bir DNA analizine ilişkindi. Bunun üzerine eyalet mahkemesi o kişiyi mahkum etti. Bu, Hannover gibi 300,000 kişilik bir şehirde 30 şüpheli olduğu anlamına gelir. Yani sonuç %100 doğru değil. Bugün yeni gelişmeler de var. Ama asıl sormak istediğim soru Sayın Turhan'a yönelikti. AİHM'nin bu kararını konu edindiğiniz için teşekkür ederim. Almanya bu davada tokat yedi. Tercümanların "Watschen" kelimesini nasıl tercüme ettiğini merak ediyorum. Bavyera şivesinde "Ohrfeige" yani "tokat, şamar" demek. Bu arada o tokatı yiyen Almanya değildi, Bavyera eyaletiydi. Hamburg'tan bir temsilci var burada. Diğer eyaletler de kusturucu maddeleri çok tehlikeli olduğu için kullanmıyor. Tabii bu karar Türkiye'yi de etkileyecek. Gerçi bağlayıcı değil, çünkü AİHM kararı hüküm giyen ülke için bağlayıcıdır. Ama bu karar büyük daireden çıktı, yani diğer Avrupa Konseyi ülkeleri için de bir bakıma geçerlidir. Orantılılıkla ilgili bir soru sordunuz. Daha yüksek ceza gerektiren hallerde normalde kullanılmayacak olan yöntemler kullanılabilir mi? Bu davada ceza sınırı 6 ay idi. Kusturucu kullanımı bence kişinin onurunu da ilgilendiriyor. Alman Anayasa Mahkemesi bunu reddetse de, AİHM insan onuru zedelenmiştir dedi. Artık burada bir şeyleri tartamazsınız. Bu maddenin kullanılması her suç türü için hukuka aykırı olacaktır. Siz bu konuda ne düşünüyorsunuz?

Vielen Dank, Herr Vorsitzender. Ich möchte gleich anknüpfen an das was Herr Mosenheuer eben schon eingewandt hat zur Zuverlässigkeit der DNA Analyse. Dieses Urteil des BGH betraf eine DNA Analyse, wo festgestellt worden war, dass mit 99.998 % oder ähnlich diese Spur dem Täter zuzuordnen war und daraufhin hat

TARTIŞMA

das Landgericht auch verurteilt. Wenn man das auf eine Stadt wie Hannover hochrechnet mit 300.000 Einwohnern bleiben inmerhin 30 Tatverdächtige. Also su 100% 'ig scheint mit das nicht zu sein. Da gibt es doch heute neuere Entwicklungen. Aber meine zweite eigentliche Frage betraf Herrn Turhan. Ich bin Ihnen dankbar, dass Sie dieses Urteil des EGMR thematisiert haben mit dem Deutschland ja einen Watschen abgekriegt hat. Jetzt bin ich gespannt wie die Dolmetscher Watschen übersetzen, also eine Ohrfeige, das Bayerische Wort wäre Watschen, also eine ordentliche Ohrfeige bekommen hat, wobei man vielleicht sagen muss, es war nicht Deutschland, es war nur Bayern und ein Vertreter aus Hamburg ist hier, soviel ich weiss. Alle anderen Bundesländer in Deutschland haben diesen Brechmitteleinsatz schon abgelehnt schon vorher wegen der hohen Gefahr. Worauf ich hinweisen wollte, diese Entscheidung ist auch für die Türkei massgeblich. Nicht wirklich bindend, denn der EGMR entscheidet nur im Einzelfall. Hier hat aber, inmerhin die grosse Kammer des EGMR entschieden, so dass man für alle Länder im Europarat sagen muss, dass sie sich daran orientieren müssen. Und dann haben Sie gefragt, wie ist es mit der Verhältnismässigkeit. Kann man bei einem hohen Strafmass möglicherweise eine Methode wählen, die man sonst nicht wählen dürfte. Hier waren es ja nur sechs Monate. Beim Brechmitteleinsatz würde ich aber vertreten, dass hier schon der Bereich der Menschenwürde betroffen ist, und sobald in die Menschenwürde eingegriffen wird, da kann hier darüber auch streiten, das Verfassungsgericht hat diese Frage zuerst verneint in Deutschland, aber wie das EGMR gesagt hat, das sei menschenunwürdig, ist für eine Abwägung gar kein Raum mehr, so dass bei jeder Straftat dieser Einsatz nicht zulässig wäre. Würden Sie das auch so sehen, dass eine Abwägung ausgeschlossen ist beim Brechmitteleinsatz?

İsmail MALKOÇ (Yargıtay Onursal Üyesi): Teşekkürler Sayın Başkan.

Ben Özlem hanımın konusuyla ilgili somut ve incelememden geçen bir olayı anlatacağım. Tabii çok uzun anlatmayacağım. İncelediğim bir davada olay şöyle: Orta Anadolu'da kü-

çük bir şehir. Kadının bir tanesi doğum nedeniyle sağlık ünitesine geliyor ve orada erken doğum yapıyor. Tabii çocuğun yaşaması için küvöze konması gerek ama o ünite de küvöz yok, çevrede de küvözlü bir birim olmadığı için nereye gitsin, var mı, yok mu derken zaman geçiyor ve çocuk ölüyor.

Dava konusu ediliyor. Savunuyor, *"Ben muayene ettim, gerekli şekilde küvöze konmasını tavsiye ettim ama imkanlar olmadı, sonuç böyle oldu."* Tabii dava açılıyor, bilirkişiye gidiyor. Bilirkişi diyor ki, *"Bu küvöze konmalıydı. Konmadığına göre, doktor bunu gerçekleştirmedesine göre kusurludur."* Bu noktada durulm.

Çetin beyin dediği gibi kusur hukuki bir kavram. Bu değerlendirmeyi yapacak olan hakim. Bunu bilirkişi söyleyemez. Tıp ceza hukuku olduğu için örneği de oradan seçtim. Burada bilirkişi çocuğun prematüre olup olmadığını, küvöze konması gerekip gerekmediği tespitini yapacaktı. Ondan sonra bunun konması gerektiği halde gereken birimlere niye ulaştırılmadığı, doktorun ya da sanık diyelim. sorumluluğu bulunup bulunmadığı ayrıca araştırılacaktı ve onu hakim, mahkeme yapacaktı. Fakat bizim uygulamamızda her zaman gördüğümüz gibi bilirkişinin vardı sonuç aynen benimsemiş karara geçirildiği için yanlışlara meydan veriyoruz. Halbuki bilirkişi olaya daha dar açıdan, olayın belli bir bölümü itibarıyla bakar ve değerlendirme yapar ama hakim bütün onların üzerinde olayı daha bütüncül, daha geniş çevresiyle değerlendirmek durumunda.

Biz Yargıtay'da bu kararı bozduk. Daha sonraki savunmalar da geldi tabii, o ünite de küvöz yoktu, diğer yerlerdeki küvözler de doluydu, onun için oralara nakletmek mümkün bulunmadı. O savunmaya göre bozduk. Tekrar o araştırma yapıldı, görüldü ki, ne o merkezde bir ünite vardı, ne de komşu sağlık ünitelerinde böyle bir imkan vardı, onlar da doluydu, o nedenle bir gecikme oldu ve doktor kusurlu görülmedi. Ama burada tabii ki uygulama sorunları var. Hakimi, doktoru, bi-

TARTIŞMA

lirkişiyi, çünkü sınırlarını bilemiyorlar. Sınırları bilemeyince herkes ötekinin sınırına taşıyor ve yanlış sonuçlara ulaşıyor.

Ben ümit ediyorum ki Özlem hanım bunları söyleyecekti, örnekler verecekti ama süre engeline takıldı. Ben de işi somutlaştırmak ve bu örnek üzerinde düşüncelerimi açıklamak için söz aldım.

Teşekkür ediyorum.

Fulya EROĞLU (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Görevlisi): Veli Özer Özbek hocama bir soru sordum. Bu tasarıda izolatların saklanması da söz ediliyor, acaba hem verilerin, hem izolatların saklanması konusunda bir sakınca görüyor mu, yoksa bu düzenlemeyi doğru mu buluyor?

Faruk Turhan hocama da bir sorum olacak. Özellikle de mağdurlar açısından bu yetkili merci kararıyla vücut üzerinden örnek alınması durumlarında kişinin direnmesi halinde sağlığa zarar verme tehlikesinden bahsettiniz. Bu açıdan narkoz değil de daha hafif bir gevşetici ilaç verilmesi yoluyla alınabilir mi? Bunun sizce sınırı nedir? Nasıl bir kriter düşünüyorsunuz?

Teşekkür ederim.

Çetin AŞÇIOĞLU: Teşekkür ederim Sayın Hakeri.

Ben bir gönül borcumu iletme istiyorum bilim insanlarımıza. İki gündür burada zaman zaman sizlerin bildirimlerini dinledim. Benim hem hukuk bilgim, hem de hukuk kültürüm zenginleşti ama başka bir şey daha oldu. Bilgisizliğim de arttı. Sokrat'a yollama gibi olacak bu.

Veli Özbek Beyefendiye bir sorum olacak. DNA testlerinin yüzde 100'e varan bir oranda sonuç verdiğini söylediler. Ceza hukukunda genel olarak, daha doğrusu kabul edilen bir şey var, bilirkişi kanıtlarının değerlendirilmesi aracıdır. Ben böyle biliyorum, yanlış biliyorsam düzeltsin. Acaba burada

böylesine yüzde 100 bir değerlendirme yapılan bir incelemede bilirkişi artık kanıt durumuna geçiyor mu?

Bir de, bir özel basından elde ettiğim bilgiyle bu konuda bir yorum yapmak istiyorum. Geçenlerde gazetede okudum, tek yumurta ikizleri belli bir olay nedeniyle, aradan uzunca bir zaman geçmiş herhalde, 5-10 sene geçmiş. Bunların yapılan DNA testlerinde, şimdi hatırlayamıyorum, orada da belki yazmıyor niçin yapıldığını, ayrı sonuçlar çıkmış.

Biliyorsunuz fizikçilerin bir özelliği vardır, her şeyden kuşku duyarlar, acaba bu DNA testlerinden de bilim insanları kuşku duyacak, yarın, 5-10-20 sene sonra bu DNA testlerinde de birtakım sorunlar çıkacak mı? Bu bilgini sizlere aktarmak istedim. Teşekkür ediyorum.

Sabahki konuşmada, Sağlık Bakanlığı'nda görev yapan değerli bir hukukçu arkadaşımız bir görüş açıkladı. Yüksek Sağlık Şûrası'nda hukukçuların da bulunması gerektiğini söyledi. Ben birden kendisine bir tepki gösterdim. Kendisinden özür diledim. Bu davranışımın da etik olmadığını söyledim. Sizlerden de özür diliyorum, ama bir gerekçe aramak istemiyorum da, bir şeyimi anlatmak istiyorum. Bu bilirkişilik konusuna ben 1980 yılından bugüne kadar halen de bunu sürdürüyorum, üzerinde çalışıyorum devamlı. Yargıtay'da da çalıştığım sürece bununla uğraştım, çok da başarılı oldum sayılmaz ama benim bilirkişilik konusunda yaptığım çalışmalar, İsmail Bey de biraz evvel doğruladı, bilimsel bir toplantıda da tartışıldı. Ben bildiri sundum, onay gördü. Tabii birtakım görüşler de tartışıldı.

Yargıtay'da hukuki konularda bilirkişi görüşü alınması yolunda böyle bir itme var. Hatta kararlarda şöyle söyleniyor: *"Şu konuyu incelerken bir de hukukçu bilirkişi bulundur yanında."* Teknik, özel bir konuda inceleme yaparken hukukçunun ne işi var orada. O zaman ne yapılıyor, teknik bir konu tartışılmıyor, hukuk konusu tartışılıyor. Şimdi örnekler vermek istemiyorum, çok böyle uygulama.

TARTIŞMA

Ben 4. hukukta çalışırken böyle kararlar verdik, yani tersi kararlar verdik. Bu konuda hukukçu dinlenemez, ancak yargıç bilirkişiyi aydınlatacak, ona yol, yöntem gösterecek, usul gösterecek, diye kararlarımız da var.

Alman özel usul hukukunda bir hüküm var. Aklımda kalan şekliyle aktarmak istiyorum. "*Hakim, bilirkişiyi hukuki konularda aydınlatır.*" Yalnız bu usul hukuku konusunda nasıl davranacağını aydınlatır. Maddi hukuk konusunda bilirkişi hiçbir şey anlamayacağına göre böyle bir şey söz konusu değil. Maddenin devamında, yanılmıyorsam şöyle devam ediyor: "*Ancak hukuki konuda kariyeri olan bir teknik adam varsa bunu atayabilir*" gibilerinden böyle bir şey veriyor. Yargıtay'ın bu uygulaması tamamen yanlış. Bende böyle bir stres de oluşturduğu için o arkadaşşıma karşı bunu söyledim. Tekrar özür diliyorum.

Efendim, çadırın altındaki direkleri çekerseniz çadır çöker. Bunu neden söyledim? Adil yargılanma, ben ona doğru ve güvenli yargılanma diyorum, doğru ve güvenli yargılanmanın direkleri usul hukukudur. Eğer usul hukukunu uygulamazsanız adil yargılanma hakkı çöker, yargılama çöker. Türkiye bunu yaşıyor. Bilirkişilik konusunda da yasalarımızda hemen hemen hiçbir eksiklik yok, fakat yasalar uygulanmadığı için bütün sorunlar ondan çıkıyor.

Arkadaşımızın da vardır, ben çok kısa onun bildirisine dört noktada ilave yapmadan evvel çok kısa bir açıklama yapmak istiyorum. Bir defa, bilirkişi incelemesine giden yargıç hukuk ve olgu sorunlarını ayıracak. Bilim kitapları böyle yazıyor. İkincisi yargıç bu olgu sorununu çözerken ilk defa yanların açıklamaları, onların sunduklarıyla bu işi çözecek. Ondan sonra gözlem yolu varsa bunu da yapacak, ondan sonra tecrübe kurallarından yararlanacak. Tecrübe kuralları nedir, dersenez, kitaplarda yazıyor ama uygulamada hukukçular bunu bilmiyor. İşte bunlar da genel yaşama kuralları, tecrübe kuralları, dil kuralları, teknik kurallar, mantık kurallar. Böyle bir sistem çalışmadığı için sorunlar ortaya çıkıyor.

Arkadaşımızın üç noktada ilave yapmak istiyorum. Yargıç özel bilgisini kullanacak mı? Kural olarak kullanmayacak. Bunun sebebi şu: Eğer yargıç bilirkişi özel bilgisini kullanırsa yargılamada yanlara açıklama olanağı tanımayacağı için riskli bir durum. Esas sebebi bu. Bir tıp konusunda böyle bir özel bilgisini kullanabilir mi? Kullanabilir. Penisilin konusunda bir örnek vermek istiyorum.

Oturum Başkanı: Aşçıoğlu, sorunuz var mı acaba?

Çetin AŞÇIOĞLU: Hemen bitiriyorum. Bir de eğer yanlış anlamadıysam aydınlatma yükümlülüğünü veyahut da aydınlatılmış onamın gerçekleşip gerçekleşmediğinin araştırılmasını bilirkişi yapar mı, dedi. Öyle dediniz.

Özlem YENERER ÇAKMUT: Aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmemesinden kaynaklanan sorunlar olup olmadığını, aydınlatma yükümlülüğü yapılmış mı, yapılmamış mı değil. Yerine getirilmesinden kaynaklanan, getirildi ya da getirilmedi, ondan kaynaklanan sorunlar var, çünkü bu da hekim hatası.

Çetin AŞÇIOĞLU: Peki, tamam, oldu.

Teşekkür ediyorum.

Oturum Başkanı: Biz teşekkür ediyoruz.

İsterseniz soruları cevaplamaya Özer beyden hemen başlayalım, sonra bu sırayla devam edelim.

Buyurun Özer Bey.

Doç. Dr. Veli Özer ÖZBEK: Sorular için teşekkür ediyorum öncelikle. Bu DNA veri bankasının tasarısına ilişkin bir soru vardı. Bu kadar genişletilmeli mi, diye bir soru. Tebliğimde bunlar yer alıyordu fakat üzerinde duramadık. DNA bankasında nelerin yer alacağına ilişkin son derece geniş bir düzenleme var. Bazı noktalardaki düşüncelere katılabilirim, özellikle görevi sebebiyle hayati risk taşıyanlardan ve gönüllü

TARTIŞMA

kişilerden elde edilen, diyor, her kişiden değil. Ancak gönüllü kişilerden elde edilen DNA profilleri, diyor. Tabii görevleri sebebiyle hayati risk taşıyanlar tartışılabilir. Bu kavram olay yerinden elde edilen ve faile ait olduğu düşünülen, diyor, bu suç şüphesini gerektiren bir durum. Bazı noktalarının tartışmalı olduğunu ifade etmek isterim. Bunun dışında 2, 4, 6 farklı gruba ilişkin DNA profillerinin DNA bankasında yer alacağına ilişkin özellikle Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 78. maddesini son derece genişleten bir düzenlemeye sahip olacağını ifade etmem gerekiyor. Kendi eleştirilerimi de burada belirtmiştim ayrıntılı bir şekilde.

Alman meslektaşımızın sorduğu diğer bir konu, acaba DNA analizi sonucu tek başına delil olabilir mi? Tebliğde yine buna yer verilmişti ama zaman yetersizdi, biraz da kaos ortamı yaşandığı için üzerinde duramadım. Tabii ki, yüzde 99'a varan bir oranda bir kişinin DNA analizi sonucunun güvenilirliği konusunda ortaya çıkan bu durum tek başına DNA analizi sonucunun mahkumiyet hükmü için yeterli olmadığı sonucuna bizi götürüyor. Alman Hukukunda bu yönde bir kararların olduğunu biliyoruz. Bizim hukukumuzda henüz daha bu yönde bir karara ben rastlamadım en azından. Henüz daha o noktaya kadar gelmedik. Bunda birazcık da süreye ihtiyacımızın olduğunu düşünüyorum, çünkü henüz daha DNA analizi konusu, özellikle soruşturma aşamasında olduğu için ve bizim ülkemizde maalesef soruşturma aşamasındaki sorunların önemli bir kısmının bu aşamada kaldığı ve Yargıtay önüne de sorun olarak gitmediğinden bizim ülkemizde birazcık Yargı kararı konusunda sorun yaşadığımızı söyleyebilirim ama son yıllarda arama, el koyma gibi diğer koruma tedbirlerinde yeni yeni kararların ortaya çıkmaya başladığını söylemek lazım. Bu anlamda, benim düşünceme göre de, DNA analizi sonucu tek başına mahkumiyet hükmü için yeterli değildir. Hakim yine dosyadaki diğer delilleri de göz önünde bulundurup olayı bir bütün olarak değerlendirir ve hükmünü buna göre verecektir.

Üçüncü kişilerde rıza konusu sorulmuştu sanıyorum. Şüpheli, saruk ve diğer kişiler. Şüpheli, sanık bakımından sorun yok. Acaba diğer kişilerin DNA analizi yapılabilir mi? Açıkçası bu, vücudun muayenesi sorunu ile ilgili bir durum, çünkü DNA analizi bir sonraki aşamayı ifade ettiği için öncelikle ele almamız gereken husus, acaba diğer kişilerin beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması söz konusu olabilir mi? Bizim kanunumuz buna imkan veriyor, 76. madde, fakat burada iki kriter öngörülmüş. 1, sağlığı tehlikeye düşürmeyecek, 2, cerrahi müdahalede bulunmamak koşuluyla. 75. madde, yani şüpheli ve sanığın vücudundan örnek alınmasını düzenleyen hükümde ise böyle bir sınırlama yok, dolayısıyla diğer kişilerden de bir suça ilişkin delil elde etmek amacıyla örnek alınabilmesi mümkün görünüyor.

76. maddenin bu anlamda sıkıntılı olduğunu da ifade edeyim. Madde başlığı "diğer kişiler", fakat hükmün içerisinde "mağdur" diyor. Mağdurla diğer kişi kavramları birbirinden farklı, dolayısıyla pekala şüpheli durumda bulunmayan ama Türkiye'de de böyle bir olay olmuştu, bir apartman boşluğunda tecavüz edilip öldürülmüş küçük bir çocuk bulunmuştu. Böyle bir olayda apartmanda bulunan tüm erkekler kan verdi, çünkü şöyle bir durum da söz konusu burada. Kan versek bir türlü, vermesek başka bir türlü bir durum söz konusu. Vermezsek de bu sefer potansiyel bir şüpheli haline dönüşebiliyoruz, dolayısıyla böyle bir potansiyel şüpheli haline dönüşme sıkıntısının bulunduğunu ifade edelim.

Bu arada yine Alman meslektaşım ifade etti, ben tebliğimde yer vermiştim, Alman Anayasa Mahkemesi, üçüncü kişi olarak adlandırdığımız kişiler bakımından bunların vereceği iznin onları potansiyel şüpheli haline getirmiş olması sebebiyle bunlardan alınan örnekler üzerinde yapılan DNA analizi bakımından verilen iznin geçersiz olduğu sonucuna ulaşmıştı. Bizde henüz daha, en azından benim rastladığım bir kararın bulunmadığını ifade edeyim.

TARTIŞMA

76. maddeyi de bence diğer kişileri sadece mağdurla sınırlı olarak anlamak gerektiğini söyleyelim, çünkü her ne kadar madde başlığı “diğer kişiler” dese de, 76. maddenin hükmünde “mağdur” ibaresine yer verilmiş olması sadece üçüncü kişiler bakımından örnek alınmasının mümkün olamayacağını, buna paralel olarak da yapılacak analizin hukuka aykırı olabileceği sonucuna bizi götürüyor.

Bir başka soru izolatlarla ilgiliydi. Gerçekten tasarı hem izolat, hem DNA verilerinin saklanması öngörmüş. Kap-samı genişletmiş, katılmıyorum. Tebliğde yine buna yer vermiştik ama zamanımız son derece kısıtlı olduğu için üzerinde duramadım. Tasarının bu yönüyle de eleştirilmesi gerektiğini ifade ettim. Ben de daha evvel yazmış olduğum bir makalede bunu dile getirmiştım.

Bir başka soru, bilirkişinin incelemesi. Evet DNA analizi bir bilirkişi incelemesidir. Bunun sonunda elde edilmiş olan bilirkişi raporu bir delil midir? Hayır, değildir. Demin de ifade ettiğimiz gibi, bu bir delil değerlendirme aracıdır, hakim dosyanın bütünü üzerinden kararını verecektir. Ama bu bizi şuna götürür. DNA analizi deyince yüzde 100 veya yüzde 99'a yakın bir sonuç ile benim kastım, DNA analizi sonucunun her durumda mutlaka mahkumiyet hükmüne yol açacağı sonucu değil. Ben sadece güvenilirliğin arttığını, teknoloji-deki gelişmelerin hukuka yansımalarının bir sonucu olarak bizim de Ceza Muhakemesinde sorguyla, ifadeyle veya başka delil elde etme yöntemleriyle uğraşmaksızın DNA analizi yoluyla kısa süre içerisinde sorunların, daha doğrusu suçu aydınlatabilme imkanını vermiş olmasını ben öne çıkarmaya çalıştım. Dolayısıyla bilirkişi raporu bu anlamda bir delil haline dönüşmez. Hâlâ bir delil değerlendirme aracıdır hakim açısından ve hakim örneğin böyle bir analiz sonucu pekala sarığın veya şüphelinin suçunu ikrar etmesi sonucuna götürebilir. Ceza Muhakemesinde ikrar bile tek başına mahkumiyet hükmü için yeterli olmadığına göre, pekala DNA analizi bakımından da aynı sonuca ulaşmamız gerektiğini söyleyebilirim.

DNA testleri ileride kuşku hale dönüşebilir mi? Şunu söyleyeyim, DNA analizi yöntemi hukuka ceza muhakemesini daha aktif bir şekilde 1990'lı yıllarda girdi. 15 yıllık bir geçmişi var. Bizim hukukumuz ise uygulamada belki uygulanıyordu ama hukukumuz girişini neredeyse 20 yılın sonunda oldu. Dolayısıyla biz birazcık bu alandaki gelişmeleri geriden takip ediyoruz. Hatta son zamanlarda hukuki bir temeli yok ama retina, dudak izi ve benzeri başka bazı yöntemlerin de ceza muhakemesinde kullanılmaya başlandığı söyleniyor veya en azından iddia ediliyor. Henüz daha bu konuda bilimsel bir temel oluşmuş değil. Bu da şunu gösteriyor: Teknoloji son derece hızlı bir şekilde ilerliyor. DNA analizinin, bu anlamda hızlı ilerleyen teknolojiden ceza muhakemesinin yararlanma yöntemi ve bu noktada da tıp hukukuyla bir bağlantısı var.

Tıp biliminin verileri çerçevesinde biz DNA analizini ceza muhakemesinde kullandığımız için böyle bir kesişme noktası oluşuyor. Yoksa bunun dışında her olayı yüzde 100 aydınlatacak ve her durumda hakimin mutlak bir şekilde bilirkişi raporuna dayalı olarak karar vermesini sonuçlayan bir analiz veya bir delil elde etme yöntemi olmadığını ifade edelim. Delil, yine vücut muayenesiyle veya olay yeri incelemesiyle elde etmiş olduğumuz iz, eser ve benzeri hususlardır. Burada DNA incelemesine tabi tutulan hususlar bu elde etmiş olduğumuz verilerdir. Bu veriler de, dediğim gibi, en azından şüpheli veya sanığın kaçma noktalarını, kaçış noktasını sınırlandıracağı için bir süre sonra belki de şüpheliyi ikrara yönelteceği için DNA analizinin ceza muhakemesindeki bence en önemli sonucu şudur, özellikle bizim hukukumuz açısından: İşkence ve kötü muameleyi en aza indirgemiş olması, çünkü artık böyle bir durumda polis sanığa ifade veya sorgu için zor kullanma yolunu değil, olay yerinden delil elde etme yolunu seçecek. Zaten dikkat edilirse, bizim karma tedbir olarak ifade ettiğimiz DNA analizi, vücut muayenesi, örnek alınması ve fizik kimliğinin tespitinin asıl amacı budur. Amaç, mümkün olduğunca ön alanda, yani suç işlenmeden evvelki bir alanda

TARTIŞMA

bir veri potansiyeli oluşturmak ve böylelikle daha sonra işlenecek suçlar bakımından özellikle faili meçhul suçlarda suçun bir an evvel ortaya çıkmasını, aydınlatılmasını, failin bir an evvel ele geçirilmesini sağlamaktır.

Bu açıdan DNA bankaları son derece önemlidir, fizik kimliğin tespiti de, biliyorsunuz, kanunumuza yeni girdi. Bu da son derece önemli. PVSK'da buna ilişkin düzenleme vardı, fotoğraf, parmak izi gibi. 81 bunun kapsamını genişletti. Son derece yerindedir. Sadece parmak izi, fotoğraf değil, vücuttaki bir kişiyi diğerinden ayırmaya yarayacak özellikler, vücuttaki bir ben veya buna benzer vücut özellikleri de arşivlenmek suretiyle kısa süre içerisinde daha sonra işlenecek suçlar bakımından bu suçların aydınlatılmasını sağlamak yönünde bir tedbirdir.

Şunu da ifade edeyim: Özellikle maddi ceza hukuku bakımından tehlike suçlarının son zamanlarda kanunlarda artmış olduğunu görüyoruz. Aslında bu bir tesadüf değildir, yani DNA analizi, vücut muayenesi, fizik kimliğin tespiti boşuna ceza muhakemesine girmemiştir.

Bunun anlamı şudur: Artık bugün ceza muhakemesi veya ceza hukuku önleyici bir niteliğe dönüşmek üzeredir. Polis hukukuna birazcık yaklaşmış durumdayız burada. Temel hak ve özgürlükler yönündeki endişelere o açıdan katılıyorum ama tehlike suçlarının da artmış olması, özellikle risk faktörlerinin toplumda artması, taksirli suçlarının, tehlike suçlarının artmasına sebebiyet veriyor. Bu da temel hak ve özgürlüklere daha önce gelen bir alanda müdahaleyi sonuçluyor. Burada bu DNA analizi, fizik kimliğin tespiti gibi veya vücudun muayenesi, olay yerinden örnek alınması, bütün bunlar aslında henüz işlenmemiş ama işlenmesi muhtemel suçlar bakımından, özellikle mükerrer suçlular bakımından son derece faydalı olabilecek tedbirler olarak düşünölmeli, yoksa elbette ki sihirli bir değnek değil her durumda suçu aydınlatacak ve hakime mutlak surette karar vermesini sağlayacak. Unutulmamalıdır ki, hem Anayasa, hem de Ceza Muha-

kemesi Kanunu hakimlerin vicdanına göre karar vereceğini ifade ediyor. Sonuçta eğer öyle olmasaydı, bir tane makine kurar, o makineyi bilgisayara verirdik bütün verileri, o bilgisayar şöyle veya böyle bize bir karar çıkartırdı. Dolayısıyla bu anlamda vicdanına göre karar vereceğine göre hakim dosya çerçevesinde bir bütün olarak olayı değerlendirmeli ve buna göre kararını vermelidir. Teşekkür ediyorum.

Doç. Dr. Faruk TURHAN: Önce Alman hocamız Rosenau'nun sorusuyla ilgili konuşmak istiyorum. Olayın oluş şeklini kısaca ben belirtmek istiyorum. Her Rosenau dedi ki, tamam olayda az miktarda bir uyuşturucu vardı, hafif bir suçtu. Acaba ağır suç olsaydı bu zorla kişinin rızasına rağmen zorla kusturucu madde verilmesi mümkün olur mu?

Olayı kısaca özetlersek, şu şekilde gerçekleşiyor: 1993 tarihinde küçük lastik poşetleri ağzından çıkarıp başka bir kişiye, başvurucunun, yani şüphelinin para karşılığı verdiği 4 sivil polis tarafından gözetleniyor. Plastik poşetlerinin uyuşturucu içerdiği şüphesiyle başvurucu polisler tarafından yakalanıyor. Başvurucu yakalama sırasında ağzında sakladığı bir başka plastik poşeti yutuyor. Gecikmede sakınca nedeniyle, soruşturmanın tehlikeye düşeceği gerekçesiyle savcı başvurucunun yuttuğu poşetin bir hekim tarafından kusturularak çıkarılmasına karar veriyor. Bu amaçla başvurucu bir hastaneye getiriliyor ve kusmayı sağlayacak şurubu içmeyi reddetmesi üzerine 4 polis tarafından sıkıca tutuluyor, bir doktor tarafından burnundan midesine bir sonda salınıyor, tebliğimde belirttiğim üzerine, tuz çözeltisi, kusturucu şurup, ayrıca kusturmayı sağlayacak morfin enjektde ediliyor. Neticede de kusuyor yuttuğu kokain kapsüllerini ve ölçülüyor. 0,2182 gram, çok az bir miktar. Alman Ceza Kanunu'nda uyuşturucu madde suçlarıyla ilgili failin cezalandırılmasında hem uyuşturucu maddenin miktarı, hem de kalitesi önemli rol oynuyor. Bunun için bu tedbire başvurulduğu söyleniyor. Bu olayda başvurucu, şüpheli kendisini gözetim altında tutan polislerin önünde kusmak durumunda kalıyor.

TARTIŞMA

Kriterleri ben tebliğimde de sunduğum gibi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi burada sadece, zorla tıbbi bir muayeneye tabi tutulmasında sadece suçun ağırlığını bir kriter olarak göz önünde bulundurmuyor. Kriterlerden birisi soruşturma konusu suçun ağırlığı layıkıyla göz önünde bulundurulacak.

Benim kanaatime göre AİHM burada sadece suçun konusunu oluşturan, suçun ağırlığını dikkate alarak onur kırıcı, insanlık dışı muamele, yasağın ihlaline karar vermiyor. Özellikle ilgili kararın paragrafına baktığımız zaman hemen arkasında yetkili makamlar alternatif soruşturma, delil elde etme seçeneklerinin bulunup bulunmadığını yeterince dikkate almıyorlar, diyor. Ne olur olayda? Beklenseydi bu kişi birkaç saat sonra tabii yollardan bu uyuşturucuyu çıkaracaktı ve dolayısıyla da kişiye bu kadar onur kırıcı bir muamele yapılmak zorunda kalmayacaktı. Buna karşı hemen şu itiraz ediliyor. Alman Hükümeti de şu itirazda bulunuyor: Burada yapılan müdahale sadece ceza muhakemesi açısından delil elde etmek amacı yoktu, aynı zamanda polislin ya da kolluk kuvvetlerinin elinde bulunan şüpheli ve sanığın sağlığını korumak amacı vardı. Buna karşı AİHM de diyor ki, savcı gerçekten orada sanığın sağlığını korumak amacıyla müdahalede bulunduğuna ilişkin bir kararı yok. Tamamen bu müdahaleyi Alman Ceza Muhakemesi Kanunu m. 81/A uyarınca böyle bir müdahaleyi de yapmıştır.

Burada suçun ağırlığına da atıfta bulunması, AİHM hakimlerinin bazılarının eleştirisine neden olmuştur. Viltabe, Kaflish, Alman hakimi bilmiyorum, muhalefet şerhinde de şöyle diyor: *"Bu görüşe biz katılmıyoruz."* AİHM suçun ağırlığını bu şekilde ölçü olarak kullanırken ağır suç işleyen uyuşturucu tacirlerinin hayatını hafif suç işleyen uyuşturucu tacirlerine göre daha önemsiz görüyor, yani hayat hakkının önemli, önemsiz olması söz konusu olmaz, böyle bir kriter doğru da değildir şeklinde ölçüsü var. Ama benim kanaatime göre tek ölçü değil burada, diğer kriterler de, bütününe dikkate alarak AİHM burada onur kırıcı muamele yasağının ihlal edildiğine

karar veriyor. Olabilir, ağır suçlarda da gerçekten kanaatimce bu olayda olduğu şekilde müdahale edilmesi, bir uyuşturucu çetesinin yöneticisine, organize eden kişiye karşı da yapılırsa ve gerçekten de ağzındaki yuttuğu uyuşturucu kapsülü 0.2182 gram değil de daha da ağır olsa, aynı şekilde bence, diğer şartlar da mevcutsa, sözleşmenin yasakladığı onur kırıcı, insanlık dışı muamele, Anayasa'nın ihlali söz konusu olabilir.

Bir diğer İstanbul'dan bir arkadaşımızın sorusu yine benzer bir şekilde: Morfin verilme de sakinleştirici bir şey verilse, diye sordu. Örneğin kan alınması gereken ya da muayene yapılması gereken kişi eğer sanıksa ya da mağdur da olabilir bu, suç şüphesinin verdiği tedirginliği ortadan kaldıracı, sakinleştirici bir şey versek ve bunu da istemese, zorla versek, zaten rızasıyla olduğu zaman bir sorun yok, acaba bu durumda da ceza muhakemesine ya da AİHM kararına aykırı bir durum söz konusu olur mu?

Bence yine, biraz önce belirttiğim gibi AİHM burada sadece sanığın sağlığı açısından tehlike kriterini tek kriter olarak önüne almıyor, bütün diğer saydığım beş kriteri de dikkate alarak bir sonuç değerlendirmesine varıyor. Acaba buradaki somut olayda uygulanan müdahale sözleşmenin 3. maddede yasaklamış olduğu asgari eşik düzeyine ulaştı mı, ulaşmadı mı? Siz sakinleştirici verirsiniz ama olayda Almanya'da olduğu gibi, o koşullar altında verirsiniz. Suç da hafif bir suçtur, polisleri getirirsiniz, polisler o kişinin üzerine çöker, zorla bu kişiye damarından sakinleştirici verirsiniz. Eğer diğer koşullar da gerçekleşmişse gerçekten bu durumda da Sözleşmenin yasaklamış olduğu insanlık dışı, onur kırıcı muamele eşiğine ulaşmış olabilir. Ama kural olarak elbette sakinleştirici iğne yapılması sağlık açısından duruma göre tehlike oluşturmaya-caktır. Bunu söyleyebiliriz.

Başka soru bildiğim kadarıyla bana yöneltilmiş olarak yok. Olursa tekrar cevaplandırırım.

TARTIŞMA

Oturum Başkanı: Özlem Hanıma sözü vermeden önce şunu söyleyeyim: Bundan sonraki oturum için sadece 10 dakika ara vereceğiz.

Yrd. Doç. Dr. Özlem Yenerer ÇAKMUT: Ben hemen kısaca cevaplandırayım. Birincisi resmi bilirkişilik kurumunda hekim var, diğer sağlık personeli yok, diye sorulmuştu, bu bilirkişi raporu açısından sorun yaratır mı? Şunu söyleyelim, tabii yasal düzenleme diğer sağlık çalışanlarından herhangi kişiler de kurumda olabilir ama hekim olarak öngörülmüş. Fakat şu hiçbir zaman için unutulmamalı, bilirkişi, resmi bilirkişi de olsa, normal şartlarda herhangi bir şekilde atanmış bilirkişi de olsa, her zaman ihtiyaç duyduğu kişilerden görüş alabilir. Dolayısıyla da bu diğer bir sağlık çalışanı da olsa, ebe, hemşire veya başka herhangi birisi, o kişiyi çağırır, o kişinin gereken görüşünü, o konuya ilişkin durum değerlendirmesini alır, ondan sonra da raporunu buna ekleyebilir. Bu rapor açısından bir sıkıntı yaratacak bir durum değil.

Onun dışında kusur açısından, evet, tebliğde pek çok şey vardı zaten ama can alıcı noktaları söylemek zorunda kaldık, bir de daha önceki oturumda konuşulduğu için tekrar ona değinmedik ama 5237 sayılı kanun zaten o 8'li ölçüyü kaldırdığı için artık ve kusur oranının o zaman da, bu zaman da kusur zaten hukuki bir sorundur, hakimın çözmesi gereken bir sorundur, bunu bilirkişinin yapması her zaman eleştirilmişti zaten, aynı esas şimdi daha da üstüne basılarak belki söylenmiş durumda. 5237 sayılı kanun gereğince herkes kusuru oranında sorumludur, her bir failin ayrı ayrı kusuru oranında sorumludur, mağdurun kusuru da varsa o da tespit edilecektir ama bunu kim yapacak? Hakim yapacak. Bu, hukuki bir bilgidir. Bilirkişinin bunu yapmaya yetkisi yok. Bilirkişi neyi yapacak? Resmi bilirkişi, diğer bilirkişiler de kendi açılarından, sadece özel ve teknik bilgiyi konuda, özellikle tıp alanında tıp etik kuralları çerçevesinde, tıp biliminin kuralları çerçevesinde yapılan hata nedir, ne değildir bunu ortaya koyacak. Bu somut olguyu ortaya koyacak. Değerlendirme hakime aittir.

Dolayısıyla da küvöz meselesinde de sadece oradaki koşulları, o ortamı, küvöze konulsa ne olurdu, konulmamış ne olmuştur, bu somut olguyu yapar, diğer olayın dosya üzerinden değerlendirilmesi, şartlar ne durumdaydı, hal ve durum neydi, hakim açısından kusur var mıdır, yok mudur konusunun takdirini yapacak olan ilgili makam, hakimlik makamı, yani mahkeme, adli makamdır. Nitekim kusursuz bulunmuş o dosyada da, demek ki hakim somut olayda şartları ona göre değerlendirmiş. Bilirkişi görüşünün bunu vermesi doğru değil zaten. Verse de zaten bağlı değil hakim hiçbir şekilde.

Hakim özel bilgisini kullanacak mıdır? diye bir soru geldi. Bilirkişi özel ve teknik bilgiyi kullanacak kişidir, hakim bu amaçla bilirkişiye müracaat edecektir, hakim kişisel ilgisi nedeniyle o konuda çok bilgi sahibi olabilir, öğrenmiş olabilir, kitaplar okumuş olabilir, değerlendirme yapmış olabilir ama eğer bu genel hayat tecrübeleri çerçevesinde kalmıyorsa, çok daha özel bir bilgiyi gerektiren durumsa, her ne kadar özel ilgi alanı çerçevesinde bu bilgiyi biliyor da olsa hakimnin bunu kullanması mümkün değil. Mutlaka bilirkişiye gidip bunu detaylandırması gerekir.

Son bir şey vardı, o Yargıtay kararına ilişkin olarak yasa da hüküm var zaten, denildi. Evet, ben onu söylemedim, çünkü tebliğde var, o da zaman kısıtlaması. Diğer kurumlar" diye pek çok yasa da Adli Tıp Kurumu Kanunu 31. madde, 38 sayılı Tababeti Adliye Kanunu'nda, İçtinaî Muavenet Vekâlet Kanunu'nda ve yine 224 sayılı Sağlık Hizmetleri Sosyalleştirme Hakkında Kanun'da resmi bilirkişi olarak bu Yüksek Sağlık Şûrası ve Adli Tıp Kurumu dışında özel sektörde çalışan sağlık personeline, belediye tabibinde, hükümet tabibinde, tabii yokluklarına göre sırayla sağlık ocağı hekiminin de kendi bölgesinde sınırlı kalmak şartıyla resmi bilirkişi olarak görevlendirilebileceği tek tek sayılmıştır. Dolayısıyla da yasalarda zaten bu imkân var. Onu kullanmak sadece bizlere kalıyor.

Teşekkürler.

V. TÜRK - ALMAN TIP HUKUKU SEMPOZYUMU

TARTIŞMA

Oturum Başkanı: Çok teşekkür ediyoruz sunumlarını yapan meslektaşlarımıza ve sizlere. 16:10'da yeni oturum için tekrar burada olacağız, görüşmek üzere.

Türkiye Barolar Birliği
V. TÜRK- ALMAN TIP HUKUKU
SEMPOZYUMU
Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları

Üçüncü Gün
1 Mart 2008

Onbirinci Oturum

Oturum Başkanı
Doç. Dr. Yener ÜNVER

Doç. Dr. Yener ÜNVER (Oturum Başkanı): Sempozyumumuzun son oturumunu açıyorum.

Birbirinden değerli dört tane değerli konuşmacımız var. Önce çiçeği burnunda bir doçent arkadaşımız, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku Öğretim Üyesi Recep Gülşen çok önemli bir konuda, genel hükümlerde doçentlik tezi yazdı. Bize "*Suç Sonucu Hamileliğin 20. Haftaya Kadar Sona Erdirilebilmesi*" konusunu anlatacak.

Sol tarafımda Antalya Akdeniz Üniversitesi Ceza Hukuku Öğretim Üyesi Yrd. Doç. Dr. Nihat Kanbur, "*Çocuk Düşürtme Suçu*" üzerine bize bilgilerini sunacak, paylaşacak.

Hemen arkasından Yrd. Doç. Dr. İbrahim Dülger, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi. Kardeşimiz de bize "*Tıp Ceza Hukukunda Genital Muayene*" ki çok tartışmalı bir konu, çok önemli, ilgi çekeceğini zannediyorum, onu sunacak.

En son konuşmacımız İstanbul Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku Araştırma Görevlisi, benim taktığım lakapla "*Atom Karınca*", Cemil Ozansü son derece gelecek vaat eden değerli bir kardeşimiz. O da bize Türk ceza hukukunda düzenlenen "*kısırlaştırma*" suçuyla ilgili olarak bilgi verecek.

V. TÜRK - ALMAN TIP HUKUKU SEMPOZYUMU

TARTIŞMA

Vakit kaybetmeden hemen sözü ben Doç. Dr. Recep Gülşen'e bırakacağım. Tek ricam süreye uyalım, lütfen yavaş konuşalım, tercüman arkadaşlarımız yeterince yoruldu, onlara teşekkür ediyoruz.

Recep bey, söz sizde.

Doç. Dr. Recep GÜLŞEN (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi):*

I.GENEL OLARAK

Kadının suç dolayısıyla gebe kalmasını, sosyal, ekonomik ve psikolojik yönden olumsuzluklara yol açtığı gerekçeyle onun rızasıyla, uzman hekim yardımıyla çocuğunun düşürtülmesine müsamaha ile bakılabilmektedir. Gerçekten, bir erkeğin sebep olduğu gebelikte, kadının bu erkeğin çocuğunu karnında taşımasının onun bakımından bir işkence olacağı; böyle bir durumla karşılaşan kadının sağlığının bozulup ruhsal bunalıma gireceği; böyle bir durum sonucu dünyaya gelen bir çocuğun anaya daima ırzına geçme olayını hatırlatacağı ve ananın bu çocuğa karşı fazla bir şefkatinin olmayacağı ve bakımsız kalıp, kadının uğradığı haksızlığı çocuğa fatura edeceği gibi nedenlerle çocuğun düşürtülmesine doktrin ve kanunlar müsaade ederler.¹ Hatta, böyle bir durumdaki gebe kadının intihar edebileceği de belirtilmektedir.² Bu itibarla, gerek düşmanların işgali dolayısıyla gerekse herhangi bir nedenle

* "Suç Sonucu Oluşan Gebeliğin Sona Erdirilmesi (TCK m. 99/son)" başlıklı tebliğ.

¹ Ayhan Önder, Şahıslara ve Mala karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1994, s. 181-182.

² Sahir Erman/Çetin Özek, *Ceza Hukuku Özel Bölüm*, İstanbul, Dünya yayıncılık, 1994, s.199.

RECEP
GÜLŞEN'İN
TEBLİĞİ

zorla cinsel saldırıya uğrayarak gebe bırakılan kadınların bu duruma tahammül edemeyerek gebeliğe son verilmesi işleminin cezalandırılmaması, geçmişte ve günümüzde bazı ülkelerde belirli şartlarla kabul edilmiştir. Nitekim tarihsel gelişim açısından bu duruma bakıldığında, I. Dünya Savaşı'ndan sonra düşman askerleri tarafından ırzına geçilip gebe kalan kadınlar çocuklarını düşürmüş oldukları halde, Fransız mahkemeleri tarafından beraat kararı verilmiş, İtalya'da ise genel af yoluna gidilmiştir.³

Yine, Bosna-Hersek'te Sırp lar, ırzına geçtikleri ve hamile bıraktıkları Müslüman kadın ve kızları, cenini düşürmemele ri için düşük yapma süresi geçinceye kadar esir kamplarında tutmuşlar, tecavüz mahsulü ceninleri rahimlerinde taşımamak için intihar eden kadınlar olmuştur. Kürtaj yoluyla rahim tahliyesi olmadığı takdirde ileride daha vahim toplumsal olaylara sebep olacağı, ekonomik, sosyal ve psikolojik yıkımlar tevhit edeceği belirtilerek bu durumda olan kadınların kürtaj yaptırmasının dini hükmü ile ilgili olarak, fetva sorulması üzerine, Türkiye Cumhuriyeti Diyanet İşleri Başkanlığı Din İşleri Yüksek Kurulu, 14.01.1993 tarihinde verdiği kararında, söz konusu olaya İslam'ın izzeti ve İslam toplumunun bu bölgede varlığını devam ettirimesi veya yok olması açısından bakarak, anne hayatını ve sağlığını tehlikeye sokmadan ırza geçme sonucu oluşan gebeliğin ilaç veya tıbbi müdahale ile sonlandırılmasının dinen caiz olduğuna oy çokluğuyla hükmetmiştir. Bu karara, Kurul üyesi olan Haydar Hatipoğlu, çekince koyarak muhalif kalmış ve özetle, zina veya ırza geçme sonucu oluşan ceninin 4 aylık olduktan sonra düşürülmesinin dinen caiz olmadığını, gebeliğin meşru evlilik içi münasebet, zina veya ırza geçme sonucu oluşmasının önemli olmadığını, zira nasıl teşekkül ederse etsin ceninin masum olduğunu, kaldı ki gayrimüslim birinin ırza geçmesi sonucu olsa bile ceninin anneye bağlı olarak doğumunda Müslüman sayılacağını,

³ Erman/Özek, s.189, dn.12.

4-9 aylık ceninin düşürülmesinin caiz olmadığını belirtmiştir.⁴ Buna karşılık, İslam hukuku açısından, kürtaj izninin genel olarak değil de, her bir mağdurun durumuna göre verilebileceğini, örneğin gebeliği sürdürmesi halinde şiddetli ruhi travmaya maruz kalacak ve bu yüzden fizyolojik rahatsızlıklara duçar olacak, üstelik nesebi gayri sahih çocukların benimsenmediği toplumlarda yaşayan bir kadına verilecek kürtaj fetvasının, bu olumsuzlukları yaşamayacak bir başka kadına verilemeyeceğini savunan görüşler de bulunmaktadır.⁵

Günümüzde de, aşağıda açıklanacağı gibi, hem karşılaştırmalı hukukta ve hem de ülkemizde suç sonucu oluşan gebeliğe belirli şartlarla son verilmesi halinde failin cezalandırılmamasına imkân tanınmıştır.

II. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA

1. Almanya: Alman Ceza Kanunu'nun 218a maddesinin 3. fıkrasında bu doğrultuda bir hükme yer verilmiştir. Bu düzenlemeye göre, yapılan hekim muayenesi sonucunda, gebeliğin, Alman Ceza Kanunu'nun 176-179. maddelerinde düzenlenen çocukların cinsel istismarı ve cinsel saldırı suçlarının işlenmesi dolayısıyla oluştuğu ve bunun 12 haftadan fazla olmadığı yönünde kuvvetli bir kabulün söz konusu olduğu durumlarda, gebe kadının rızasıyla hekimin gebelik haline son vermesi suç oluşturmamaktadır.⁶

2. İngiltere: İngiltere, Avrupa'daki en liberal kürtaj yasalarına sahiptir. 24. haftaya kadar gebelik sona erdirilebilir. Bu durumda süre, Fransa ve Almanya'daki üst limitin iki katı ve İsveç ve Norveç'teki üst limitten altı hafta daha fazladır. Bu itibarla, Katolik cemaat kürtajda üst sınırın 20 haftaya indirilmesi için kampanyalar yürütmektedir.

⁴ Bkz. Mustafa Avcı, *Osmanlı Hukukunda Suçlar ve Cezalar*, İstanbul, 2004, s. 155 ve dn.713.

⁵ Bu konuda bkz. Avcı, s.155, dn.714.

⁶ Bu konuda bkz. Strafgesetzbuch, 38. Auflage, 2002, s.102-103.

3. Meksika: Meksika'da eyaletlerin kürtaj yasaları farklılık arz etmektedir. Ancak her eyalet tecavüz ve hamile kadının sağlığı gerekçeleriyle kürtaja izin vermektedir. İnsan Hakları İzleme Örgütü'ne göre, kimi zaman yerel yetkililer tecavüz mağduru kadınların hukuki kürtaj haklarını kullanmalarına izin vermemekte, böyle bir talepte bulunanları hapis cezasıyla tehdit etmektedir.

4. Brezilya: Brezilya'da hukuki kürtaja yalnızca tecavüz ve kadının sağlığı gerekçeleriyle izin verilmektedir.

5. Kolombiya: Mayıs 2006 tarihindeki Kolombiya Yüksek Mahkemesi'nin, kürtajın tecavüz, ensest veya fetüsle ilgili anormalliklerin varlığı halinde kadının hayatı veya fiziki veya ruhsal sağlığı tehlikede olması halinde mümkün olabileceği yönündeki bir kararına kadar bu uygulama yasaktı. 25 Ağustos 2006 tarihinde, üvey babası tarafından tecavüze uğrayan 11 yaşında bir kıza ilk hukuki kürtaj uygulanmıştır.

6. Venezüella: 1964 tarihli Ceza Kanunu'na göre, kürtaj kadının hayatının tehlikede olması hali dışında yasaktır. 1971 tarihli Tıp Etiği Kanununda, "*tedavi edici (terapi edici) amaçlarla*" kürtajın uygulanabileceği belirtilmişse de bu kavram tanımlanmamıştır. Hukuken bir kürtaj, kadının veya kocasının veyahut da hukuki temsilcilerinin rızasını gerektirir. 2005 yılında Başkan Hugo Chavez'in bazı siyasi taraftarlarınınca, tecavüz veya ensest halinde kürtajın hukuka uygun hale getirilmesi yönünde bir lobi faaliyeti yürütülmüşse de, bu çaba başarısızlığa uğramıştır.

7. Yunanistan: 1986 yılından beri, 12 haftalık hamilelik süresine kadar talep üzerine kürtaj serbesttir. Bir küçüğe cinsel istismar veya herhangi bir kişiye yönelik cinsel saldırı veya ensest durumlarında, kürtaj 19. haftaya kadar yasaldır.

8. İrlanda: 1861 tarihli Kişilere Karşı Suçlar Kanunu, kürtajı mutlak olarak yasaklamaktadır. Ancak daha sonraki mahkeme kararlarıyla annenin hayatını kurtarma istisnası

getirilmiştir. 1983 tarihli bir anayasa değişikliğinde, fetüsün yaşam hakkı ile kadının yaşam hakkının eşit olduğu açıkça belirtilmiştir. Kürtaja izin verilmemesi 1992 yılında, 14 yaşında tecavüz mağduru bir kızın hamileliğini sona erdirmek için Büyük Britanya'ya seyahat etmek istemesiyle sorun olarak ortaya çıkmış; bu durumda İrlanda Yüksek Mahkemesi, kızın Büyük Britanya'ya kürtaj amacıyla seyahat etmesine, çocuğu dünyaya getirmesinin onun intiharına yol açabileceği gerekçesiyle izin vermiştir.⁷

9. İtalya: Bu ülkede, suç dolayısıyla gebeliğe ilişkin olarak açık bir yasal hüküm bulunmamaktadır. Ancak, 194 sayılı ve 22 Mayıs 1978 tarihli Lohusalığın ve Gebeliğin Rızai Olarak Kesintiye Uğratılmasının Sosyal Korunması Hakkında Kanunun 4. ve 8.maddeleri uyarınca, fiziki veya psişik sağlığı veya ekonomik, sosyal veya ailevi şartlar nedeniyle de gebeliğin *ilk doksan gününe kadar* gebe kadın, rızasıyla kanunla konulan bir kamu danışmanına, bir bölge sosyal sağlık kuruluşuna veya güvendiği bir hekime başvurarak gebeliğe son verilmesini isteyebilmektedir.⁸ Bu bağlamda, ilk doksan güne kadar suç dolayısıyla oluşan gebeliğin sonlandırılması da mümkün olabilmektedir.⁹

⁷ Yukarıda verilen tüm bilgiler için bkz. Abortion Laws around world, <http://209.85.135.104/search?q=cache:MZD2Mc1mFYsJ:pewforum.org/publications/reports/abortion-laws.pdf+abortion+rape+legislation&hl=tr&ct=clnk&cd=3&gl=tr>

⁸ Bu kanun için bkz.http://www.giustizia.it/cassazione/leggi/1_194_78.html.

⁹ Ekleyelim ki, İtalyan hukukunda böyle bir düzenleme öncesinde de, İtalyan doktrininde Alimena ve Ranieri, ırza geçme sonucu gebe kalınması halinde çocuğun düşüren kadının, şeref ve haysiyeti tehdit eden bir tehlike hali dolayısıyla ızdırar halinde bulunması nedeniyle cezalandırılmayacağını; Manzini ise, herkesin, suçların sonuçlarını uygun araçlarla ortadan kaldırmak yetkisine sahip olduğunu, hukuk düzenini bu inkarı herkese verdiğini, bu bakımdan, ırzına geçilmesi ürünü olan çocuğu düşüren kişinin kanun hükmünü ısrarla dolayısıyla cezalandırılmayacağını savunmuşlardır. Bkz. Sulhi Dönmezer: Kişiler ve Mala Karşı Cürümler, 13.Bası, İstanbul, Beta Yayınları, 1990, s.191.

Ayrıca belirtelim ki, Kuzey Afrika, Japonya, Hindistan, Kazakistan, Kırgızistan, Singapur, Tacikistan, Türkmenistan, Özbekistan, Finlandiya, Rusya ve Ukrayna'da da, sosyal ve ekonomik nedenlerden dolayı, süre sınırı ülkeden ülkeye değişmekle birlikte, gebeliğin ilk üç ayında ve ikinci üç ayında kürtaja izin verilmektedir.¹⁰ Böylece, bu ülkelerde, suç dolayısıyla oluşan gebelik açısından kürtajın kabul edildiği de söylenebilir.

III. TÜRK HUKUKUNDA

1. Eski Türk Ceza Kanunu'nda

Suç dolayısıyla oluşan gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin olarak, 765 sayılı eski Türk Ceza Kanununda açık bir düzenleme yer almamaktaydı. Ancak eski TCK'nın 472/1.fıkrasında, çocuk düşürme veya düşürtme fiillerinin, kendisinin veya akrabasının şeref ve namusunu kurtarmak için işlenmesi halinde, faile verilecek cezanın yarıdan üçte ikiye kadar indirileceğini öngören bir hüküm bulunmaktaydı. Bu düzenlemedeki ceza indiriminden, gebe kadın ve akrabalar¹¹ yararlanmaktaydı. Bunun için de, kadının namus ve şeref sahibi olması ve bunun kurtarılması için eylemin gerçekleştirilmesi gerekmektedir¹². Bu itibarla, bir genelevde bulunan fahişenin çocuğunun alınması veya birisinin metresi olduğu herkes tarafından bilinen veyahut böylece önceden de gebe kalmış bulunan kadınların çocuğunun düşürtülmesi durumunda bu hafifletici sebebin uygulanmayacağı ileri sürülmekteydi¹³. Nitekim Yargıtay kararlarında da, karısından iki yıldan uzun bir

¹⁰ Bu ülkeler ile kürtajı yasaklayan veya belirli şartlarla izin veren diğer ülkelere ilişkin tablo için bkz. http://it.wikipedia.org/wiki/Aborto:_legislazione

¹¹ Eski TCK'nın 259.maddesine göre ceza kanunu itibarıyla akrabadan kasisit, karı koca ile usul ve füru ve kardeş ve kız kardeş ve amca ve dayı ve hala ve teyzelerle yeğenler ve bunlar derecesindeki sıhri akrabadır.

¹² Önder, s. 199.

¹³ Dönmezer, s. 195. Karşı görüş: Erman/Özek, s.204.

süre ayrı yaşayan kocanın, bu süre içinde gebe kalan kadının gayri meşru ilişkiden meydana geldiğini ileri sürerek çocuğu düşürttüğü bir olayda, şeref ve namusun kurtarılması nedeninin varlığı kabul edilmiş; buna karşılık, bir kadının karnunun şiştiği ve gebe olduğu köyde fark edildikten sonra tevatür yayılarak çocuğun kadının babasından olduğu söylenmesi üzerine babanın çocuğu aldirtması olayında ise, olayın daha önce köyde duyulması dolayısıyla şeref ve namusu kurtarmanın söz konusu olmadığına hükmedilmiştir.¹⁴

Eski Türk Ceza Kanunu'ndaki bu cezai indirim düzenlemesi, kadın akrabaların şerefini kurtarmak için de geçerli olması nedeniyle doktrinde haklı olarak eleştirilmekteydi. Zira denilmiştir ki, şeref sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğundan, gebe kadının kendisi için şerefsizlik saymadığı bir durumu, aile şerefi için bir leke saymaya kimsenin hakkı yoktur.¹⁵

Bu hususta ekleyelim ki, eski TCK(m.468/2) ve Nüfus Planlaması Kanununun 5/1.fıkrası açısından, *gebeliğin on haftası doluncaya kadar annenin sağlığı açısından tıbbi bir sakınca olmadığı takdirde rahim tahliyesi söz konusu olabileceğinden, yani çocuk düşürtülebileceğinden, bu süre içinde irza tecavüze maruz kaldığı için gebe kalan kadını da çocuğunu aldirdığı takdirde cezalandırılmıyordu*¹⁶ ve bunu düşürten hekim de cezalandırılmaktan kurtulabiliyordu.

¹⁴ Bu konuda bkz. Ali Parlar/Güleç Demirel, *Açıklamalı-İçtihatlı Kişilerin Hayatına ve Beden Bütünlüğüne Karşı Suçlar*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2002, s. 774.

¹⁵ Bkz. Erman/Özek, s.205.

¹⁶ Dönmezer, s. 191,196.

2. Yeni Türk Ceza Kanunu'nda

a. Yeni TCK'nın 99/son Fıkrasının Hukuki Niteliği

Yeni Türk Ceza Kanunu'nun 99/son fıkrasında, belirli şartlarla yirmi haftayı aşmayacak gebelik durumlarına son verilmesi kabul edilmiştir. Buna göre, kadının mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalması halinde, süresi yirmi haftadan fazla olmamak ve kadının rızası olmak koşuluyla, gebeliği sona erdirene ceza verilmez. Ancak, bunun için gebeliğin uzman hekimler tarafından hastane ortamında sona erdirilmesi gerekir.

Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, bu durumda, gebe bırakılan kadın açısından kusurluluğu kaldıran bir zorunluluk hali söz konusudur. Fakat gebeliğin sona erdirilmesi kadının rızasına bağlıdır. Ancak bu takdirde verilen rızaya rağmen gebeliği sona erdirmeye hukuka uygun değildir. Böyle hallerde, kadının içinde bulunduğu zorunluluk halinden, açıkladığı rızaya dayalı olarak gebeliği sona erdiren hekim de yararlanacaktır¹⁷. Böylece bu görüş açısından, bu düzenleme dolayısıyla rıza, hukuka uygun bir neden değil, kusurluluğu kaldıran zorunluluk haline ilişkin bir şart niteliğini taşımaktadır. Buna karşılık diğer görüşe göre ise, bu düzenleme, bir cezasızlık nedenini içermektedir.¹⁸

Kanımızca, TCK'nın 99/son fıkrasında, cezasızlık nedeni olarak özel bir zorunluluk hali öngörülmüştür¹⁹. Bu itibarla, gebe kadın ve onun rızasıyla gebeliği sona erdiren uzman hekim hakkında, CMK'nın 223/3, b bendi gereğince ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilecektir. Yasa koyucu, bu düzenlemeyle, belirli şartlarla yasalar çerçevesinde çocuk düşürtme

¹⁷ İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2.Bası, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2007, s.327.

¹⁸ Hakan Hakeri, *Tıp Hukuku*, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2007, s. 463.

¹⁹ Halbuki, TCK'nın 92 ve 147.maddelerinde olduğu gibi, özel zorunluluk hali olarak düzenlenen durumlarda hakime ceza vermeme veya cezai indirim uygulama şeklinde bir takdir yetkisi tanınmaktadır.

imkânını kabul ederek, adli vaka olan cinsel saldırı suçlarının ortaya çıkarılmasını ve gebe kadın ile kadının rızası üzerine gebeliğe son veren hekimin ise çocuk düşürtme suçundan dolayı cezalandırılmamasını amaçlamıştır.

b. TCK'nın 99/Son Fıkrasının Şartları

aa. Kadının Mağduru Olduğu Bir Suç Sonucu Gebe Kalması

TCK'nın 99.maddesinin son fıkrasında kadının, mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalması gerektiği açıkça ifade edilmiştir. Bu itibarla, hukuk sistemimize giren bu düzenleme dolayısıyla doktrinde, bu tür çocuk düşürmeler bakımından "suç endikasyonu" kavramı kullanılmaktadır.²⁰ Bu hükmün konuluş nedeni, daha önce de belirtildiği gibi, zorla cinsel saldırı sonucu bir erkeğin sebep olduğu gebelikte, kadının bu erkeğin çocuğunu karnında taşımasının onun bakımından bir işkence olacağı; böyle bir durumla karşılaşan kadının sağlığının bozulup ruhsal bunalıma gireceği; böyle bir durum sonucu dünyaya gelen bir çocuğun anaya daima ırzına geçme olayını hatırlatacağı ve hatta gebe kadının intiharına yol açabileceği hususudur.

Ancak, bu düzenleme açısından kadının, mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalması gerektiğinden, bu takdirde çocuk düşürten uzman hekimin, ceza yaptırımı ile karşılaşmaması için, gebeliğin suç sonucu oluşup oluşmadığını adli makamlardan sorması gerekmektedir.²¹ Bu husus kanunda açıkça belirtilmemiş olsa da işin mahiyeti gereği, olayın adli yeye intikal etmesi, failin adli makamlara şikâyet veya ihbar edilmesi dolayısıyla soruşturmanın başlamış olması icap et-

²⁰ Hakeri, s. 463.

²¹ Necati Meran, *Açıklamalı-İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu*, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2007, s. 515.

RECEP
GÜLŞEN'İN
TEBLİĞİ

mektedir.²² Kanımızca, gebeliğin suç dolayısıyla oluştuğunun saptanması hususunda mağdur kadının isteği üzerine kişi özgürlüğünü ilgilendirmesi dolayısıyla soruşturma evresinde Cumhuriyet Savcısı, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 162. maddesi uyarınca sulh ceza hâkiminden bir karar talebinde bulunmalı ve verilecek bu karar, müteferrik karar defterine yazılmalıdır. Kuşkusuz, bu arada, kadının tecavüz sonucu gebe olduğuna ilişkin olarak adli tıp raporunun alınması için bilirkişi olarak hekime başvurma zorunluluğu da bulunmaktadır.

TCK'nın 99. maddesinin son fıkrası bakımından, kadının medeni halinin bir önemi yoktur. Kadın, bekâr veya evli olabilir.²³ Burada önemli olan husus, bir suç dolayısıyla gebe kalma söz konusu olduğundan, kadının, çocuğun cinsel istismarı (TCK m.103/2) ve cinsel saldırı (TCK m. 102/2) suçlarının mağduru olması halinde bu düzenleme geçerli olacaktır. Yine bu cezazırlık nedeni, cebir, tehdit ve hile olmaksızın 15 yaşını doldurmuş olup da 18 yaş doldurmamış çocuklar arasında meydana gelen rızai cinsel ilişki sonucu oluşan gebelikler açısından da uygulama alanına sahiptir (TCK m. 104).²⁴

Kuşkusuz, TCK'nın 90/son fıkrasının uygulanabilmesi için, söz konusu suçun kasten işlenmesi ve bu suçla ilgili olarak bir hukuka uygunluk nedeninin bulunmaması gerekmektedir.²⁵ Ancak örneğin ikisi de 16 veya 17 yaşında olan iki gencin cinsel ilişkisi dolayısıyla gebe kalan küçüğün rızasının olduğu bir durumda, fail ve mağdurun hangisi olduğu belli olmadığından gebe kalan kızın 20 haftaya kadar çocuğunu al-

²² Hakeri, s. 465. Doktrinde, bu durumun bir kurum veya kurul tarafından saptanması görüşü de ileri sürülmektedir. Bkz. Yener Ünver, "Türkiye'de Ceza Hukuku Alanında Yapılan Yakın Tarihli Düzenlemelerde Tıp Hukukuna İlişkin Birkaç Sorun", *Uluslar arası Katılımlı 1. Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sempozyum Kitabı*, İstanbul, 2005, s. 106.

²³ Erdener Yurtcan, *Türk Hukukunda Kürtaj ve Uygulaması*, İstanbul, Beta Yayınevi, 1985, s. 83.

²⁴ Hakeri, s. 463, 464.

²⁵ Hakeri, s.464.

dırıp aldıramayacağı hususunda bir sorunun olduğu ve hatta 18 yaşındaki bir kızın 16 yaşındaki bir erkek çocukla birlikte olmasından dolayı hamile kalması durumunda bu hükmün uygulanıp uygulanmayacağı hususunda bir sorunun bulunduğu ve esasen TCK'nın 104. maddesindeki normun düzenlenişindeki hataların etkisini burada gösterdiği haklı olarak ifade edilmektedir. Yine, aile içi rıza dışında gerçekleştirilen ve ancak takibi şikâyete bağlı tutulan cinsel saldırı suçu (TCK m. 102/2, 2. cümle) açısından, gebe kalan kadının, eşinin kendisiyle zorla ilişkiye geçerek hamile bıraktığından bahisle 20 haftalık cenini aldırabileceği ve ardından şikâyetinden vazgeçerek kocasını kurtarabileceği belirtilmektedir.²⁶ Bu itibarla, bu tür durumlarda, gebe kalan kadının 20 hafta beklemesi için hukuken kabul edilebilir fiili ve tıbbi bir nedeninin bulunması gerektiği doktrinde haklı olarak savunulmaktadır.²⁷ Gerçekten, bu takdirde gebe kalan kadın, çocuğu doğurmak istemiyorsa, zaten gebeliğinin ilk on haftasına kadar yasal olarak onu düşürebilir veya düşürtebilir (TCK m. 99/2, 100). Kanımızca, ceninin yaşam hakkını da güvence altına almak için, bu tür kötüye kullanımları engellemeye yönelik olarak açık bir yasal düzenleme yapılmalıdır.

Burada, kadının mağdur olduğu bir suçtan söz edildiğine göre, suçtan kaynaklanmayan gebelikler hakkında bu cezasızlık nedeni geçerli olmayacaktır. Örneğin, reşit bir kadının başka bir erkekle rızai cinsel ilişkisi, fuhuş yapması, evli olan kadının bir başkasıyla zina etmesi ve hatta evlenmesi yasak olanların rızai cinsel ilişkisi (fücur, ensest ilişki) suç oluşturmadığı için, bu takdirde oluşan gebelik durumlarında kadının rızası olsa bile, gerçekleşen gebeliğe son verme dolayısıyla, hem rızası olan kadın ve hem de gebeliği sonlandıran hekim TCK'nın 99/5. fıkrası uyarınca çocuk düşürtme suçundan dolayı cezalandırılacaktır.

²⁶ Hakeri, s.464.

²⁷ Bkz. Ünver, s.105.

bb. Gebelik Süresinin Yirmi Haftadan Fazla Olmaması

Son normal adet tarihinin birinci gününden başlayan ve fetusun tahliyesine kadar geçen haftaya kadar olan süreye gebelik süresi denmektedir. Yaklaşık ilk 8 haftalık sürede söz konusu olan *embriyo*, 8.haftadan sonra *fetus* olarak adlandırılmaktadır.²⁸

Esasen çocuk düşürtme suçu açısından gebeliğin başlamasından sonra ceninin kaç haftalık olduğu kural olarak önemli değildir. Ancak süre modelinin kabulünden sonra, gebe kadının gebeliğe son verme imkânı söz konusu olduğu için, kadının gebeliğin kaçınıcı haftasında olduğunun belirlenmesi gerekecektir.²⁹ Zira TCK'nun 99/2. fıkrasının ters anlamından anlaşıldığı gibi, gebelik süresi on haftadan fazla olmadığı takdirde kadın, rızasıyla çocuğunu düşürtebilir.³⁰ Bu fiil "*çocuk aldırma*" olarak nitelendirilmektedir.³¹ Buna göre, on hafta dâhil, on haftadan az gebeliğe sahip olan kadın, suç mağduru olsun olmasın çocuğunu düşürtebilir. Tıbbi zorunluluk varsa on haftayı aşan gebelikler de sona erdirilebilir. Bu durumlarda zaten bu hükümler çerçevesinde hukuka uygunluk dolayısıyla cezasızlık söz konusu olduğu için TCK'nun 99/son fıkrasının uygulanmasına gerek yoktur.³² Ancak gebelik süresi 10 haftadan az veya çok olsun, gebeliğin suçtan kaynaklandığını öğrenmesi halinde kadın-doğum uzmanı hekimin, bu suçu yetkili makamlara bildirme yükümlülüğü bulunmaktadır. Aksi takdirde hekim, bir kamu hastanesinde görevli ise TCK'nun 279. maddesindeki kamu görevlisinin suçu bildirmemesi suçundan; özel bir hastanede veya kendi muayenehanesinde hizmet veriyorsa TCK'nun 280. madde-

²⁸ Oğuz Polat, Klinik Adli Tıp, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2006, s.463.

²⁹ Önder, s.183.

³⁰ Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/R.Murat Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 5.Baskı, İstanbul, Seçkin Yayınevi, 2007, s. 257.

³¹ Yurtcan, s. 83.

³² Benzer görüşte: Erman/Özek, s. 203; Avcı, s.156.

sindeki sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi suçundan dolayı sorumlu tutulabilecektir.

Buna karşılık kural olarak, gebelik süresi on haftadan fazla olduğu halde çocuk düşürmeye rıza gösterme, hukuka uygun değildir.³³ Bu takdirde rıza gösteren kadın ve bu rızaya dayanarak çocuk düşüren kimse, Türk Ceza Kanunu'nun 99/2. fıkrasındaki hükümler çerçevesinde cezalandırılırlar. 20 haftaya kadar gebeliğin, gebe kadının rızasıyla sona erdirilebilmesine ilişkin TCK'nun 99/son fıkrasındaki bu düzenleme, ülkemiz gerçekliği dikkate alınarak hazırlanmıştır. Böylece gebeliğin sona erdirilmesi dolayısıyla ortaya çıkmamasının sağlanması ile namus ve töre cinayetlerinin işlenmesinin engellenmesi de amaçlanmıştır. Gerçekten, suç dolayısıyla gebelik süresine ilişkin bu düzenlemenin tarihsel sürecine bakıldığında, görülmektedir ki, 2003 tarihli Türk Ceza Kanunu Tasarısı'nın "*suç sonucu gebelik*" başlığını taşıyan 155.maddesinde, gebelik süresi belirtmeksizin kadının mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalması halinde çocuğu düşürene veya düşürtene ceza verilmeyeceği hususunda bir düzenlemeye gidilmiş; buna karşılık 2004 Türk Ceza Kanunu Tasarısı için oluşturulan Adalet Alt Komisyonu'nda bu süre yirmi dört hafta olarak düzenlenmişken, Adalet Komisyonu'nda yapılan tartışmalar sonunda bu süre yirmi hafta olarak karar kılınmıştır.³⁴ Adalet komisyonundaki tartışmalarda, tecavüz sonucu meydana gelen gebeliğin söz konusu olması dolayısıyla bunun üst sınır olarak 24 hafta olarak belirlenmesi gerektiği, zira özellikle kırsal kesimde kadının bu süreye kadar gebeliğini saklayabildiği; kaldı ki, eski TCK'daki yeni doğmuş çocuğu şeref saikiyle öldürmeye ilişkin hafifletici nedeni içeren düzenlemenin kalkması nedeniyle bu imkânın tanınmaması halinde bebeğini öldürme durumunda kalan annenin, yeni TCK açısından evlat katili olarak cezasının ağırlaşacağı; 24 haftaya

³³ M. Emin Artuk/Ahmet Gökçen/A. Caner Yenidünya, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Yeniden Gözden Geçirilmiş 3. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2007, s. 588; Yurtcan, s. 54; Erman/Özek, s. 199.

³⁴ Hakeri, s. 463 ve dn.6.

kadar çıkarılması halinde ise bir dengenin oluşacağı belirtilmiş ve en azından gebeliğin üst sürenin 22 haftaya kadar çıkarılması önerisinde bulunulmuştur. Yine bu doğrultuda, bazen 22. haftanın üstündeki, 23-24 haftalık bebeklerin çok büyük yardımlarla, çok ileri teknolojiyle yaşatılabileceği, fakat bunların çoğunun sekelli bebek olarak beyinsel özürlü olacağı, 24 hafta üstündeki çocukların, gebelik süresi arttıkça yaşam şansının arttığı ifade edilmiştir. Buna karşılık aynı komisyonda, annenin 8 haftada hamile kaldığını bildiğini, 24 haftalık bu sürenin çok fazla olacağı ve sınırın 16 haftalık olması gerektiği de teklif edilmiştir.³⁵ Doktrinde de, 20 haftalık sürenin, gereğinden çok olduğu ve fakat bu konuda tıp bilim adamlarının da görüşünün alınması gerektiği ileri sürülmüştür.³⁶

Sonuç olarak, kadının gebelik süresinin, uzman bilirkişiler tarafından saptanması gerekmektedir. Zira suç dolayısıyla oluşan gebelik hallerinde de, gebelik süresinin 20 haftayı aşması halinde ise, gebeliğe son vermede hem rızası olan kadın hem de hekim TCK'nın 99/2.fıkrası gereğince cezalandırılacaktır. Ancak kadının cinsel saldırı sonrasında gebelik süresince hapsedildiği durumlarda, gebeliğin 20 haftayı aşması halinde iken çocuğunu düşürtmesi nedeniyle gebe kadın ve hekime yönelik olarak cezanın ertelenmesi de dâhil, seçenek yaptırımların ve takdiri indirim sebeplerin uygulanmasının düşünülmesi, adaletli bir yaklaşım olacaktır.

³⁵ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Zekeriya Yılmaz: *Gerekçe ve Tutanaklarla Yeni Türk Ceza Kanunu*, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2004, s. 869-881.

³⁶ Bkz. Fatih Selami Mahmutoğlu, "TBMM Adalet Komisyonu'nda Kabul Edilen Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Görüş", in: *Türk Ceza Kanunu Reformu*, İkinci Kitap, İstanbul, Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2004, s.372.

cc. Çocuk Düşürtme Konusunda Kadının Rızasının Bulunması

Gebeliğin ilk on haftası içinde isteğe bağlı kürtajda ve on haftadan sonra da tıbbi endikasyon nedeniyle gerçekleşecek olan kürtajda kadının rızası arandığı gibi,³⁷ suç endikasyonu dolayısıyla yapılacak gebeliğin sona erdirilmesinde de belirli şartlarla kadının rıza aranmıştır. Gerçekten, çocuk düşürtme, kişinin beden bütünlüğüne zarar veren bir durum olduğu için, kadının rızası bulunmadığı takdirde, kadın suç mağduru olması dolayısıyla gebe kalsa dahi, tıbbi zorunluluk hali de yoksa çocuğu düşürten uzman hekim cezalandırılmaktan kurtulamaz.³⁸ Zira burada korunan hukuki yarar, gebe kadının ana olup olmamak hususundaki kişisel hakkıdır.³⁹ Böylece, gebe kadının iradesine önem verilmek suretiyle, onun taşıdığı fetüs üzerinde tasarruf edebilme hakkına değer tanınmış olduğundan, hem kendisinin hem de onun rızasına dayanarak gebeliği sonlandıran hekimin cezalandırılmaması söz konusu olmaktadır.

Kadının rızası, açık veya zımni olabilir.⁴⁰ Rızanın cebir, şiddet veya hile ile alınması halinde, rızadan bahsedilemez.⁴¹ Bu bakımdan, gebeliğin sonlandırılması işleminin gerçekleştirilmesi için de hastanın rızası esas olduğundan, çocuk düşürme söz konusu olduğunda, bu operasyonun hasta tarafından anlaşılması ve rıza gösterilmesi gerekmektedir.⁴² Nitekim TCK'nın 99/son fıkrası da bu hususu açıkça belirtmiştir. Kaldı ki, bu durumlarda adli bir vaka söz konusu olduğu için, ispat açısından kadının rızasının yazılı hale getirilmesi şarttır. Uygulamada da, rahim tahliyesi konusunda düzenlenen mat-

³⁷ Barış Erman, *Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu*, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2003, s.204.

³⁸ Tezcan/Erdem/Önok, s. 258.

³⁹ Erman/Özek, s.190.

⁴⁰ Bkz.Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 590.

⁴¹ Parlar/Demirel, s.764;Erman, s.97.

⁴² Polat, s. 225.

RECEP
GÜLŞEN'İN
TEBLİĞİ

bu formlar doldurularak bu işlem gerçekleştirilmektedir.⁴³ Yine, rızası gerekenlerin rızasının mevcudiyeti ilgili tüzüğe göre alınmış izin belgesinden anlaşılıyorsa, bir kadının rızası ile çocuğunu aldırdıktan sonra izin belgesini imzalamaması halinde, suç oluşmamalıdır. Bu takdirde, çocuğun hastanede bir uzman hekim tarafından alınması, rıza dışında alındığına ilişkin olarak kadın üzerinde bir belirtinin bulunmayışı, çocuğun rıza ile düşürüldüğünün bir kanıtı sayılabilecektir.⁴⁴

Kuşkusuz, gebe kadın 18 yaşını tamamlamış veya evlenmekle reşit kılınmış ise, onun rızası geçerlidir.⁴⁵ Ancak gebe kadının yaşı küçükse, tek başına rızası geçerli olur mu? Gebe kadın 18 yaşından küçük olup da gebeliği sona erdirmeyi istediği takdirde veli veya vasinin, küçüğü suç faili ile evlendirmek istediği için bu müdahaleye izni yoksa durum ne olacaktır? 1983 tarihli ve 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'un 6. maddesinde, gebeliğin sona erdirileceği konusunda kimlerin hangi şartlarda rıza göstereceği belirtilmiştir. Bu maddede, rahim tahliyesine ilişkin müdahale, gebe kadının iznine, küçüklerde küçüğün rızası ile velinin iznine, vesayet altında bulunup da reşit veya mümeyyiz olmayan kişilerde reşit olmayan kişinin ve vasinin rızası ile birlikte sulh hâkiminin izin vermesine ve gebe kadın evli ise eşin de rızasına bağlı tutulmuş; akıl maluliyeti nedeni ile şuur serbestisine sahip olmayan gebe kadın hakkında rahim tahliyesi için gebe kadının rızasının aranmayacağı düzenlenmiştir.

Bu itibarla, suç nedeniyle oluşan ve 20 haftaya kadar olan gebeliğin sona erdirilmesi için de, gebe kadının veli veya vasisinin izni aranacaktır. Zira on haftalık çocuk düşürme bakımından bu husus arandığına göre, 20 haftaya kadarki bir gebeliğin sona erdirilmesi için aksini düşünmek doğru sayılmayacaktır. Ancak burada kadının sıkı sıkıya bağlı bir hakkının varlığını da unutmamak gerekir. Zira kadının, suç mah-

⁴³ Bu konuda bkz. Yurtcan, s. 131-132.

⁴⁴ Meran, s. 514.

⁴⁵ Parlar/Demirel, s. 764.

sülü olan çocuğu karnında taşıyıp taşımamak konusunda bir hakkı vardır. Bu nedenle yasa koyucu, sadece kadının rızasına değinmiştir. Bu bakımdan kanımızca, örneğin 16 yaşını doldurmuş akli melekeleri yönünden herhangi bir sakatlığı bulunmayan küçük bir kadın, rızai cinsel ilişki sonucu gebe kaldığı çocuğu, faille evlenmek veya herhangi bir gerekçeyle doğurmak istiyorsa anne-baba, zorla çocuğun düşürtülmesini isteyemez. Kaldı ki, böyle bir gebe kadının, çocuğu doğurmak istemesi halinde, olağanüstü bir durum söz konusu olduğu için bu takdirde Türk Medeni Kanunu'nun 124/2. fıkrası uyarınca hâkim kararıyla evlenmesine izin verilebilmektedir.

Aynı şekilde, Nüfus Planlaması Kanunu'nda hem gebe kadının hem de kocanın rızasına yer verildiğine göre, bunlardan birinin rızasının bulunmaması gebeliğin tahliyesine engel teşkil etmektedir. Oysa gebe kadın evli ise, gebeliğin tahliyesi için eşin rızasının aranması hususu suç dolayısıyla gebelik açısından geçerli olmamalıdır. Gerçi burada gebelik, suç sonucu oluştuğu için gebeliğin tahliyesine kural olarak eşin rıza vereceği düşünülebilir. Ancak özellikle zorla evlilik içi cinsel saldırı suçunu gerçekleştiren kocanın çocuk sahibi olmasını istemesine karşılık kadın eşin bunu istememesi halinde, gebeliğe son verilmesi isteniyorsa erkek eşin rızası olmasa da bu müdahale gerçekleştirilebilmelidir. Zira TCK'nun 99/son fıkrasında, sadece kadının rızasına değer verilmiştir. Gerçi, kadının rızası olmasına karşılık kocanın rızasızlığına rağmen böyle bir müdahalenin yapılması halinde hekim, sadece Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'un 8. maddesinin 2. fıkrası uyarınca fiili daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde elli bin liradan aşağı olmamak üzere adli para cezasına tabi tutulabilecektir.⁴⁶ Uygulama da bu doğrultudadır.⁴⁷ Ancak burada suç dolayısıyla oluşan bir gebelik söz konusu olduğu için gebeliği sona erdiren hekim, zorunluluk hali dolayısıyla bu adli para cezasına da çarptırılmamalıdır. Yine, koca, başka bir

⁴⁶ Bu doğrultuda: Dönmezer, s. 196; Önder, s. 191.

⁴⁷ Bkz.Y.8. C.D.26.11.1985, 5039/5473 (Parlar/Demirel, s. 770).

kişinin zorla cinsel ilişkisinden kaynaklanan gebelik halinde de, gebe olan eşi istememesine rağmen zorla gebeliğin sona erdirilmesini sağlarsa, çocuk düşürtme suçundan dolayı sorumlu tutulacaktır.

dd. Gebeliğin Uzman Hekimler Tarafından Hastane Ortamında Sona Erdirilmesi

Bu madde açısından gebeliği sona erdirmeye, çocuğun kadının rızasıyla düşürtülmesi anlamına gelmektedir. Bu iş, uzmanlık gerektirdiği ve kadının beden sağlığı önem arz ettiği için, tıbbi zaruret dolayısıyla kanun koyucu, gebeliğin uzman hekim tarafından hastane ortamında sonlandırılmasını istemiştir.⁴⁸ Nitekim TBMM Adalet Komisyonu'nun müzakereleri sırasında bu husus açıkça dile getirilmiştir.⁴⁹

Gebeliği sonlandırma yetkisine sahip olan kişiler, 1983 tarihli Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük'ün 3. maddesinde belirtilmiştir. Bu maddeye göre, rahim tahliyesi, kadın hastalıkları ve doğum uzmanları tarafından yapılır. Bakanlıkça açılan eğitim merkezlerinde kurs görerek yeterlik belgesi almış pratisyen hekimler, kadın hastalıkları ve doğum uzmanının denetim ve gözetiminde menstrüel regülasyon yöntemiyle rahim tahliyesi yapabilirler. Bu yöntem, vakum aspirasyon yönteminin kullanıldığı küçük bir cerrahi müdahaleyi ifade etmektedir.⁵⁰ Ancak kanımızca, suçtan kaynaklanan gebeliğin tahliyesi bakımından, gebe kadının sağlığı düşünülerek TCK'nın 99/son fıkrası uyarınca bizzat kadın hastalıkları ve doğum uzmanının varlığı şart koşulmuştur.

⁴⁸ Hakeri, s. 466. Doktrinde, bu şart, Türkiye'nin her yerinde aynı olanakları sağlamanın zor olması ve hastane masraflarını karşılama imkânları olmayan kimselerin olması nedeniyle eleştirilmektedir. Bkz. Ünver, s. 105.

⁴⁹ Bkz. Yılmaz, s. 869-870.

⁵⁰ Tezcan/Erdem/Önok, s. 255-256.

Bu düzenlemedeki cezasızlık açısından, gebeliğe son verme müdahalesi ancak uzman hekimler tarafından ve hastane ortamında gerçekleştirilebilir. Doktrinde, Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük'ün 6.maddesi uyarınca gebelik süresi 10 haftadan fazla olan kadınlarda rahim tahliyesinin, zaten resmi yataklı tedavi kurumlarıyla özel hastanelerde yapılacağından, bu cezasızlık nedeninin uygulanması açısından bu koşulun özel bir anlamının bulunmadığı ifade edilmektedir⁵¹. Kuşkusuz, bu şartın yokluğu nedeniyle kadın, çocuğu kendisi düşürecek olursa, TCK'nın 99/son fıkrasındaki bu cezasızlık hükmünden yararlanmayacaktır.⁵² Ancak kanımızca, burada yasa koyucu, gebeliğin sonlandırılmasında kadının sağlığına önem verdiği için kadın razı olsa dahi bu müdahale hastane ortamında yapılmıyorsa veya gebeliği sonlandıran kişi, uzman hekim değilse hem kadın hem de gebeliği sonlandıran kişi cezalandırılmaktan kurtulamayacağı için bu koşulu gereksiz yere koymuş değildir. Zira hekimlere ve çocuğu düşürtmek isteyen gebe kadınlara ilişkin olarak belirli şartlarda zorunluluk hali öngörülmüştür.

Gerçekten, çocuğun yetkisiz kişiler tarafından düşürtülmesi halinde, gebe kadının rızasının olup olmadığının önemi yoktur. Kadının bu kişinin müdahalesine rızası olsa bile bu kişiler çocuk düşürtme suçundan dolayı cezalandırılacaklardır.⁵³ Bu itibarla, kadın-doğum konusunda uzman olmayan veya bu konuda sertifikası bulunmayan hekim örneğin iç hastalıkları konusunda uzman hekim veya pratisyen bir hekim tarafından yapılan çocuk düşürtme müdahalesi de hukuka aykırı sayıldığı için, gebe kadın ve fail, zorunluluk halinden yararlanamayacaklarından, TCK'nın 99/5. maddesindeki çocuk düşürtme suçundan dolayı sorumlu tutulacaklardır.

⁵¹ Bkz.Tezcan/Erdem/Önok, s. 260-261.

⁵² Tezcan/Erdem/Önok, s. 261.

⁵³ Meran, s. 515.

RECEP
GÜLŞEN'İN
TEBLİĞİ

Süremi zamanında kullandığıma inanıyorum, teşekkür ediyorum.

Oturum Başkanı: Biz teşekkür ediyoruz bizi aydınlattığı bilgiler için. Tartışmalı bir hüküm, üzerinde duracağız. Herhalde sorular gelecektir. Şimdi söz, Yardımcı Doç. Dr. Öğretim Üyesi Nihat Kanbur'da. Bize kendisi "*Çocuk Düşürtme Suçu*"nu açıklayacaklar. Söz sizde, 15 dakika, çevirmen arkadaşlarımızı düşünelim, yavaş yavaş konuşalım lütfen, iyice yorulduklar.

Dr. Mehmet Nihat KANBUR (Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Görevlisi):*

I. GENEL OLARAK

Hekimin ve diğer sağlık personelinin, çocuk düşürme suçu kapsamında rahim tahliyesine yönelik fiillerinden kaynaklanabilecek cezai sorumluluğunun kapsamını başta 5237 sayılı Türk Ceza kanunu olmak üzere mevzuatımızda bulunan diğer düzenlemelerden de yararlanmak suretiyle belirlemek gereklidir. Bu hususta ayrıca mevzuatımızda, 24.05.1983 tarih 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun,¹ Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük,² 509 sayılı Nüfus Planlaması Hizmetlerinin Yürütme Yönetmeliği,³ 507 sayılı Nüfus Planlaması Hizmetlerini Yürütecek Personelin Eğitimi,⁴ Görev, Yetki ve Sorumlulukları Hakkında Yönetmelik, Ana Çocuk

* "Rahim Tahliyesine Yönelik Fiiller Bakımından Hekimin ve Diğer Sağlık Personelinin Çocuk Düşürtme Suçu Çerçevesinde Cezai Sorumluluğu" başlıklı tebliğ.

¹ *Resmî Gazete* Tarih: 27.05.1983, Sayı: 18059.

² 14/11/1983 tarih ve 83/7395 nolu Bakanlar Kurulu Kararı için bkz. 18/12/1983 tarih ve 18255 nolu *Resmî Gazete*.

³ *Resmî Gazete* Tarih: 09.10.1983, Sayı: 509.

⁴ *Resmî Gazete* Tarih: 10.09.1983, Sayı: 18161.

Sağlığı ve Aile Planlaması Merkezleri Yönetmeliği,⁵ Üremeye Yardımcı Tedavi (ÜYTE) Merkezleri Yönetmeliği⁶ ve bazı hükümleri bakımından yardımcı nitelikte diğer düzenlemeler bulunmaktadır. Çalışmamız içerisinde konu itibariyle söz konusu mevzuatın ilgili hükümlerine değinilecektir.

Hukuk açısından kişilik kural olarak tam ve sağ doğum ile başlar. Ancak anne karnındaki cenin de geriye dönük olarak korunmaktadır. Bu anlamda gebelik süreci hukuk tarafından da belli düzenlemelere tabi kılınmıştır. Bu konuda özellikle gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin düzenlemeler önem taşır. Gebeliğin sonlandırılması dış etkenlerden kaynaklanabileceği gibi bazen tıbbi gereklerden bazen de gebe kadının rızası gereğince gerçekleştirilmektedir. Ancak bu konuda ne gebe kadının rızası ne de hekimin mesleği gereği yapabileceği müdahaleler hukuken sınırsız değildir. 5237 sayılı YTCK m. 99'da düzenlenen çocuk düşürtme suçu 765 sayılı TCK m. 468 ve 470'de düzenlenmekteydi. Maddede bir kadının rızası olmadan çocuğunun düşürtülmesi (m.99/1), kadının rızası olsa bile belli şartlar dâhilinde kadının çocuğunun düşürtülmesi (m.99/2) ve ayrıca kadının rızası ve diğer şartlar uygun olmakla beraber çocuğun yetkili olmayan biri tarafından düşürtülmesi (m.99/5) fiilleri düzenlenmiştir. Bunun dışında maddede bu fiillerin nitelikli halleri (m.99/3,4 ve 5 son cümle) ve bazı durumlarda faile ceza verilmesine gerek bulunmayacak hükümler (m.99/6) düzenlenmiştir. Aşağıda rahim tahliyesine yönelik fiillerin bir suç tipi olarak düzenlendiği YTCK m.99 "Çocuk Düşürtme Suçu" incelenecek ve söz konusu fiiller bakımından hekim ve diğer sağlık personelinin cezai sorumluluğu değerlendirilecektir.

⁵ Resmi Gazete Tarih: 06.02.1997, Sayı: 22900.

⁶ Resmi Gazete Tarih: 21.08.1987, Sayı: 19551.

II. ÇOCUK DÜŞÜRTME SUÇU İLE KORUNAN HUKUKİ DEĞER-SUÇUN HUKUKİ KONUSU

A. Genel Olarak

Çocuk düşürtme suçları ile korunan öncelikli yarar cenin⁷ gebelik süreci içerisindeki doğal gelişim hakkıdır. Ceninin annenin sağlığının tehlikeye düşmesi halinde rahimden alınması söz konusu olsa bile onun da yaşama hakkı dikkate alınmakta ve korunmaktadır.⁸ Burada ayrıca, rızası bulunsun ya da bulunmasın çocuğu düşürtülmek suretiyle vücudu üzerinde girişimde bulunulan gebe kadının sağlığı da⁹ korunmaktadır. Çünkü bu tür fiillerden doğrudan doğruya kadının kendisi etkilenmekte ve sağlık bakımından rahatsızlık veya acı verici müdahaleler onun vücudu üzerinde gerçekleşmektedir. Bunun dışında ulusun, ırkını ya da toplumun varlığını sürdürme hakkı,¹⁰ aileye ait bir varlığın¹¹ var olma hakkı, ce-

⁷ Cenin; rahimde oluşumunu tamamına erdirememiş, zamanını dolduramamış çocuk; solukcan olarak tanımlanmaktadır. Bkz. <http://sozluk.sourtimes.org/show.asp?t=cenin> Erişim Tarihi: 03.01.2008.

⁸ Aynı yönde, Hakeri Hakan, *Tıp Hukuku*, Ankara 2007, 444

⁹ Dönmezer Sulhi, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, 16. bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2001, 200. Aynı yönde, Katoğlu Tuğrul, *Ceza Hukuku Bakımından Çoğul Gebeliklerin Kısmi Soruşturılması*, in. *Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Erden Kuntalp'e Armağan*, C.II, Kamu Hukuku, Y.3 2, 2/2004, 280. Yazar ayrıca, kadının cinsel özgürlüğü ve ailevi ahlakın da çocuk düşürtme suçu bakımından korunan hukuki yararlar olduğunu belirtmektedir.

¹⁰ Dönmezer, 197 vd, Erman Sahir / Özek Çetin, *Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, Dünya Yayınevi, İstanbul, 1994, 187 vd.

¹¹ Ailevi varlıkların, "evlilik birliğine ait varlıklar" ve "parantel birliğe ait varlıklar" olarak ikiye ayrılması ve parantel birliğe ait varlıkların da; ailevi ahlak, ailevi durum, aile şerefi ve aile yardımından oluştuğu ve bu şekilde aslında anne ve baba arasındaki bir ilişkinin semeresinin korunmasının söz konusu olduğu hususunda bkz. *Toroslu Nevzat, Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu*, Ankara üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Ankara, 1970, 339 vd.

ninin gelecekteki yaşamı,¹² genel ahlak ve devletin nüfus politikasının¹³ da korunduğu söylenilebilir.

Suçun hukuki konusunun bu fiilden doğrudan doğruya etkilenen ve yaşamı sona eren (*gelişimine son verilen*) cenin olduğu söylenebilir. Söz konusu fiiller gebe kadının vücudu aracılığı ile henüz can bulmamış, yaşamayan ve insan olma özelliği taşımayan "cenin" üzerinde gerçekleşmektedir. Fakat cenin üzerinde gerçekleştirilen bu fiiller onda sıhhat bakımından bir etki doğurmamakta aksine ceninin gelişim sürecine neden olan gebe kadının, ceninle ilişkisine bir son verilmektedir. Dolayısıyla sağlık açısından bu fiillerden etkilenen gebe kadındır. Bu sebeple gebe kadının bu suçta suçun hukuki konusu olduğunu söylemek mümkündür.¹⁴

B. Fetal Redüksiyonun (Azaltıcı Çocuk Düşürtme) Hukuki Niteliği

Cenin suçu hukuki konusunu oluşturması bakımından tartışılması gereken bir diğer husus da çoklu gebeliklerde bir ya da birden çok fetüsün¹⁵ sonlandırılmasının hukuki niteliğidir. Fetal redüksiyon (embriyo redüksiyonu); çoklu gebelik-

¹² Tezcan Durmuş / Erdem Mustafa Ruhan / Önok Rıfat Murat, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, 5. Baskı, Ankara, 2007, 255.

¹³ Yurtcan Erdener, *Türk Hukukunda Kürtaj ve Uygulanması*, İstanbul, 1985, 43 vd.

¹⁴ Tezcan / Erdem / Önok, suçun hukuki konusunun ancak "cenin" olabileceğini ileri sürmektedirler. Bkz. age. 256.

¹⁵ Fetüs; embriyonun gelişimini büyük ölçüde tamamladığı, bütün organ taslaklarının olduğu üçüncü aydan doğuma kadarki durumu olarak tanımlanmaktadır. Erişim Tarihi: 03.01.2008. Bkz. <http://www.tdk.gov.tr/TR/SozBul.aspx?F6E10F8892433CFFA6AA849816B2EF05A79F75456518CA> Bir başka tanıma göre Fetüs; üçüncü gebelik ayı başından doğuma kadarki devre içinde ana rahmindeki canlıya verilen ad. İlk sekiz haftanın bitimiyle, 9.-40. haftalar arasında kapsayan fetal dönem başlar. Fetal dönemde, embriyonal dönemde oluşan organ sistemleri gelişir. Fetal dönemde bulunan canlıya Fetus denilir. <http://tr.wikipedia.org/wiki/Fetus> Erişim Tarihi: 03.01.2008.

lerde (ana rahminde birden fazla fetüsün bulunması halinde) bir ya da birden çok fetüsün, kalanların gelişimine etki etmeyecek surette çocuk düşürme suretiyle sonlandırılmasıdır. Bu yöntemle "azaltıcı çocuk düşürme" (*reductive abortion*) da denilmektedir.¹⁶ Farklı amaçlara yönelik olarak yapılmış olsa da veya uygulama şekilleri değişebilse de¹⁷ çoklu gebeliklerde bazı fetüslerin gelişim seyirlerinin tıbbi müdahale ile sonlandırılması da ceza hukuku bakımından çocuk düşürme olarak kabul edilmeli ve başta YTCK m.99 olmak üzere mevzuatta yer alan diğer düzenlemelere uygun olarak yapılabilir. Dolayısıyla çoklu gebeliklerde ana rahminde bulunan birden çok fetüsün bazılarının gelişiminin sona erdirilmesi halinde gelişimi sona erdirilen bu fetüsler de çocuk düşürme suçunun hukuki konusunu oluşturacaktır. Kanaatimizce bu gibi konularda (*embriyon*¹⁸, *fetüs ve kök hücre konularında*) yürütülen çalışmalar bakımından açık cezai düzenlemelerin yapılmasına ihtiyaç bulunmaktadır.¹⁹

¹⁶ Katoğlu, 276.

¹⁷ Çocuk düşürme ile Fetal redüksiyon (embriyo redüksiyonu) kavramları arasındaki farklar ve fetal redüksiyon kavramının hukuki nitelendirilmesi bakımından yapılan tartışmalar için bkz. Katoğlu, 272-278.

¹⁸ Embriyo; çok hücreli diploid ökaryotlarda gelişimin ilk basamaklarından biri. Yumurta ve sperm hücrelerinin birleşmesiyle oluşan zigot, çift sarmallı DNA moleküllerini içerir. Bitkiler, hayvanlar, ve bazı protistlerde zigot mitozla bölünerek çok hücreli canlıyı oluşturur. Embriyo terimi, bu gelişimin zigotun bölündüğü zamanla, gelişim basamağının başka basamağa geçmesine kadar olan ilk zamanlarını anlatmak için kullanılır. İnsanlarda, ilk sekiz haftalık döneme embriyonal dönem denilir. Embriyonal dönemde 3 germ yaprağından çeşitli organ sistemleri oluşur. Bkz. <http://tr.wikipedia.org/wiki/Embriyo> Erişim Tarihi: 03.01.2008.

¹⁹ Mevzuatımızdaki eksiklikler ve uygulamada çıkan sorunlar için bkz. Ünver, Hekimin... 132.

III. FAİL-MAGĐUR

A. Fail

YTCK m.99/1'de düzenlenen fiiller bakımından suçun faili cenini taşıyan gebe kadın dışında herkes olabilir.²⁰ Ancak kanun koyucu m.99/2'de tıbbi zorunluluk bulunmayan durumlarda süresi 10 haftayı geçmiş olan gebeliklerde ceninin yaşamsal bağının sona erdirilmesine yönelik olarak rıza gösteren kadını da bu fiilinden sorumlu tutarak kadının "bir yıla kadar hapis veya adli para cezasıyla" cezalandırılacağını hüküm altına almıştır.

Suçun failinin mutlaka sağlıkla ilgili bir meslek mensubu olmasına gerek yoktur. Fiillerin çocuk almaya tıbben ve hukuken yetkili olmayan kişiler²¹ tarafından işlenmesi YTCK m. 99 bakımından sadece bir nitelikli hal oluşturmaktadır (YTCK m. 99/5). Çalışmamız çocuk düşürtme fiilleri bakımından sadece hekimin cezai sorumluluğu ile sınırlı olduğundan burada sadece suçun failinin ya da suça yardım edenin hekim ve/veya diğer sağlık personeli olduğu durumlardaki sorumluluk değerlendirilecektir.

B. Çocuk Düşürtmeye Yetkili Olan Kimse Kavramı

YTCK m. 99'da çocuk düşürtme fiillerinin buna yetkili olmayan kişiler tarafından işlenmesinden bahsedilmiştir. O halde hukuken çocuk düşürtme fiilini uygulayabilme yetkisine sahip olan kişilerin tespiti halinde bunun dışında kalan kimseler bu suçun faili olabileceklerdir. Öğretide bazı yazar-

²⁰ Tezcan / Erdem / Önok; 255.

²¹ 1983 tarihli Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük (bkz. 18.12.1983 tarih ve 18225 sayı RG) hükümlerine göre; ceninin rahimden alınmasına yönelik fiiller (rahim tahliyesi) kadın doğum uzmanlarınca veya Sağlık Bakanlığınca verilecek yeterlilik belgesi alan doktorlar tarafından yapılacaktır. O halde bu hükmeye göre belirtilen kişiler dışında kalanlar sağlık personeli dahi olsa rahmin tahliyesi bakımından yetkili olmayan kişilerdir.

lara göre²² çocuk düşürtme hususunda yetkili kişi "hekim" dir. Çünkü madde metninde yer alan yetkisiz kişi kavramının karşısı hekim olarak karşımıza çıkmaktadır. Bir başka görüşe göre ise²³ burada sadece jinekoloji alanında uzman olan hekimin "yetkili kişi" olduğunu belirtmektedir. Yazara göre madde metninde yer alan "yetkisiz kişi" ifadesinden, jinekoloji alanında ihtisası olmayan herhangi bir kişi anlaşılmalıdır. Bu sebeple bir pratisyen hekim, veya başka bir alanda uzman hekim unvanına sahip olsa da kadın doğum uzmanı olmayan bir hekim "yetkisiz kişi" dir.

2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'un uygulanmasını sağlamak amacıyla çıkarılan 1983 tarih ve 7395 sayılı Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük m. 3/2 hükmüne göre; gebeliğin sona erdirilmesine yönelik olan rahim tahliyesi fiilleri, "kadın hastalıkları ve doğum uzmanlarınca" yapılır. Aynı maddenin üçüncü fıkrasında ise; Bakanlıkça açılan eğitim merkezlerinde kurs göyerek yeterlik, belgesi almış pratisyen hekimlerin de kadın hastalıkları ve doğum uzmanının denetim ve gözetiminde menstrüel regülasyon²⁴ yöntemiyle rahim tahliyesi yapabileceği hüküm altına alınmıştır.

Kanaatimizce tüzükte de açıkça belirtildiği üzere, rahim tahliyesine yönelik olan çocuk düşürtme fiilleri bakımından yetkili olan kişiler kadın doğum alanında uzmanlaşmış doktorlardır²⁵ (Tüzük m. 3/2). Bunun dışında tüzük ile Sağlık Ba-

²² Yarsuvat Duygun / Bayraktar Köksal; Yeni Türk Ceza Kanunundaki Bazı Suçlar Karşısında Tıbbi Uygulamaların Durumu, in. Galatasaray Üniversitesi, *Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Erden Kuntalp'e Armağan, C.II, Kamu Hukuku, Y.3 2, 2/2004, 80.

²³ Donay Süheyl, Türk Ceza Kanunu, İstanbul, 2004, 141.

²⁴ Menstrüel regülasyon (MR) deyimi; vakum aspirasyon yönteminin kullanıldığı küçük cerrahi müdahaleyi ifade etmektedir. (Tüzük m.2/1-d).

²⁵ 507 sayılı Nüfus Planlaması Hizmetlerini Yürütecek Personelin Eğitimi. Görev, Yetki ve Sorumlulukları Hakkında Yönetmelik, m.17/1-c'ye göre; "Kadın hastalıkları ve doğum uzmanları ... On haftaya kadar ve tıbbi zorunluluğa bağlı olan on haftadan sonraki rahim tahliyelerini yapmak..."

kanlığınca verilecek yeterlilik belgesi alan pratisyen hekimler de²⁶ sadece sınırlı yöntemler ile rahim tahliyesi yapabilirler²⁷. Bu yöntem 2. maddede tanımlanmış olan "Menstrüel regülasyon" yöntemidir. Nitelik olarak daha az teknik uzmanlık gerektiren bu yöntem ancak bir kadın doğum uzmanının nezaretinde uygulanabilir. O halde böyle bir kadın doğum uzmanı mevcut değilse yeterlilik belgesine sahip olan pratisyen hekimler de rahim tahliyesine yönelik çocuk düşürme fiillerine yetkili değildirler. Sonuç olarak bu tüzük hükmünde belirtilen kişiler dışında kalanlar, sağlık personeli (*hemşire, hasta bakıcı, ebe*) ya da tıbbın başka alanlarında uzmanlaşmış doktorlar olsa dahi rahmin tahliyesi fiilleri bakımından yetkili kabul edilemezler.

C. Mağdur

Maddede belirtilen fiillerin mağduru gebe kadındır. Hatta bu fiillere kadın rıza göstermiş olsa bile 99. maddenin 2 ve 5. fıkralarında belirtilen hallerde söz konusu rıza kanun tarafından geçerli kabul edilmemiştir. Bu halde dahi suçun mağduru gebe olan kadındır. Ayrıca bu fiillerde toplumun ve kamunun da genel manada suçun mağduru olduğunu söylemek mümkündür.

²⁶ 507 sayılı Nüfus Planlaması Hizmetlerini Yürütecek Personelin Eğitimi, Görev, Yetki ve Sorumlulukları Hakkında Yönetmelik, m.18/9'a göre; "Pratisyen hekimlerin görev, yetki ve sorumlulukları aşağıda belirtilmiştir: ... On haftaya kadar olan gebeliklerde rahim tahliyesini Menstrüel Regülasyon yöntemi ile kadın hastalarını ve doğum uzmanlarının kontrol ve denetiminde yapmak ..."

²⁷ Rahim tahliyesine ilişkin fiiller bakımından Kadın Hastalıkları ve Doğum Uzmanı, Halk Sağlığı ve Aile Hekimliği Uzmanı ve Pratisyen Tabip'in yetkili olduğu hususunda ayrıca bkz. 06.02.1997 tarih ve 22900 sayılı *Resmî Gazete*'de yayımlanan Ana Çocuk Sağlığı ve Aile Planlaması Merkezleri Yönetmeliği m. 20, 22, 23.

Suçun mağdurunun gebe kadın olmasının hukuki niteliği "önşart" olarak nitelendirilmekle²⁸ birlikte bizce burada bir önşarttan ziyade suçun unsuru söz konusudur. Nitekim mağdur kadının gebe olması çocuk düşürtme fiilinin tipe uygunluğuna ilişkin bir özelliktir.²⁹

IV. SUÇUN MADDİ UNSURU (HAREKET-NETİCE-NEDENSELLİK BAĞLANTISI)

Madde 99'da belirtilen suçun maddi unsurunu oluşturan hareket "çocuk düşürtmek"tir. "Çocuk düşürtme" suçu serbest hareketli bir suçtur.³⁰ Ceninin gebe kadınla olan yaşamsal bağlantısının sona ermesi, tıbbi bir müdahale ile gerçekleştirileceği gibi aslında yaralama niteliği taşıyan hareketlerle de meydana gelebilir.

Tıbbi müdahale; hastalıkları ve sakatlıkları önlemek, tedavi etmek veya hafifletmek amacını taşıyan bilimsel ve teknik fiillerin bütünü olarak tanımlanabilir.³¹ Bu anlamda hekimin hastasını sağlığına kavuşturmak için yaptığı her şey tıbbi müdahale³² olarak kabul edilebilir.³³ Tıbbi müdahalenin kapsamı ve sınırları ise Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi m. 13'te belirtilmiştir.³⁴ Kanaatimizce çocuk düşürtme suçunda hareketi

²⁸ Dönmezer, 216, Erman / Özek, 192. Yenerer Çakmut Özlem, *Tıbbi müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi*, İstanbul, Legal, 137.

²⁹ Özbek, *TCK İzmir Şerhi*, C.1, 119-120

³⁰ Dönmezer, 216-217.

³¹ Bayraktar Köksal, *Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu*, İstanbul, 1972, 23.

³² Taşkın ise tıbbi müdahale terimini "tababet" kavramı çerçevesinde ona ikame olacak şekilde kullanmaktadır. Bkz. Taşkın Ozan Ercan, *Ceza Hukuku Bakımından Yasal Olmayan Tıbbi Müdahale*, in: *Eskişehir Barosu Dergisi*, 6, Şubat - 2005, 140.

³³ Sütlaş Mustafa, *Hasta ve Hasta Yakını Hakları*, İstanbul 2000, 42.

³⁴ Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi m.13'e göre; "Tabip, dış tabibi ilmi icapları uygun olarak teşhis koyar ve gereken tedaviyi tatbik eder. Bu faaliyetlerin mutlaka surette şifa ile neticelenmemesinden dolayı, deontoloji bakımından muahaze

oluşturabilecek nitelikte olan tıbbi müdahaleler, mutlaka kişiyi sağlığına kavuşturma amacı taşımak zorunda değildir. Bu suç bakımından tıbbi müdahaleyi, tıbbi usule göre gebe kadının vücudu üzerinde gerçekleştirilen ve çocuğun düşürtülmesine yönelik her türlü hareket olarak kabul etmekteyiz.

Ceninin gelişim süreci sonunda ölü ya da hastalıklı doğması ihtimali olsa bile yapılan fiiller m. 99 anlamında suç oluşturacaktır. Ceninin mutlaka sağ ve tam doğacak olması şart değildir. Ancak hemen belirtelim ki “*çocuk düşürtme*” suçundan söz edebilmek için ana rahmindeki ceninin yaşamsal fonksiyonlarının devam ediyor olması, ceninin ölmemiş olması gerekir. Gelişim sürecine devam eden ve yaşayan bir cenine yönelen ve onu, gebe kadın ile olan yaşamsal bağlantısına son vererek bu sürecin dışına çıkarmaya çalışan her türlü müdahale³⁵ m. 99 anlamında “*çocuk düşürtme*”dir. Ana rahmindeki ceninin herhangi bir yaşamsal fonksiyona sahip olmaması durumunda ise gebe kadına yönelik olarak yapılan müdahale “*çocuk düşürtme*” suçunu değil, şartları varsa “*kasten yaralama suçunu*” veya ölüm neticesi meydana gelmişse “*kasten öldürme suçunu*” oluşturabilecektir. Hareketin çocuğun düşürtülmesine yönelmesi yeterlidir. Bunun için mutlaka cerrahi bir operasyon ya da müdahale de bulunmaya gerek yoktur. Nitekim yukarıda belirtildiği üzere gebe bir kadının çocuğunu düşürtmeye yönelik olarak tekmelenmesi, yumruklanması, sopayla dövülmesi, aşağı atılması, ilaç yutturulması, fare zehiri içirilmesi vb. örneklerde olduğu gibi aslında kadının rahmine yönelik herhangi bir müdahale olmamasına rağmen m.99’daki “*çocuk düşürtme*” suçu oluşabilecektir.

edilemez (m.13/1). Tababet prensip ve kaidelerine uykırı olarak veya aldatıcı mahiyette teşhis ve tedavi yasaktır. Tabip ve dış tabibi; teşhis, tedavi veya korunmak gayesi olmaksızın, hastanın Arsuna uyararak veya diğer sebeplerle, akli veya bedeni mükavenetini azaltacak herhangi bir şey yapamaz (m. 13/2).” Tıbbi müdahalede bulunmaya ilişkin koşulların ayrıntılı incelemesi için bkz. Taşkın, 140-142.

³⁵ Aynı yönde Tezcan / Erdem / Önok; 256.

Çalışma konumuzun kapsamı bakımından sağlık mensuplarının çocuk düşürtme suçunu neticeleyecek nitelikteki fiillerini kullanılan çeşitli kavramlar bakımından değerlendirmek gerekir. Halk arasında ana rahmindeki ceninin varlığının ortadan tıbbi müdahaleler yoluyla sona erdirilmesine kürtaj denilmektedir. Kürtaj kelime olarak “*döl yatağının içini kazıyıp cenini alma işi, vücutta boşluklar içinde bulunan yabancı cisimleri, hasta veya zararlı sayılan dokuları kazıyarak alma, kazıma*” anlamına gelmektedir.³⁶

Hukukumuzdaki sağlık mevzuatında ise sağlık mensuplarının mesleki uzmanlıklarından kaynaklanan çocuk düşürtmeye yönelik tıbbi müdahaleleri “*rahim tahliyesi*” veya “*gebeliğin sona erdirilmesi*” olarak tanımlanmıştır. Nitekim 2827 sayılı Nüfus planlaması Hakkında Kanun m. 5'te³⁷ gebeliğin sona erdirilmesi ifadesine yer verilmiştir. Bu kanunun uygulanmasını sağlamak amacıyla çıkarılan 1983/7395 tarih ve sayılı Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük m. 2'de³⁸ de gebeliğin sonlandırılması ve rahim tahliyesi deyimini kullanılmıştır. Bütün bu deyim ve kavramların ifade etmeye çalıştığı durum ana rahminde bulunan ceninin ana ile olan yaşamsal bağının sona erdirilerek gelişim sürecinin geri dönmeyecek şekilde kesilmesidir. Dolayısıyla konuyla ilgili mevzuatta hangi ifade kullanılmış olursa olsun söz konusu fiillerin YTCK m. 99'daki

³⁶ <http://www.tdk.gov.tr/TR/SozBul.aspx?F6E10F8892433CFFAAAF6AA849816B2EF05A79F75456518CA> Erişim Tarihi: 03.01.2008. Bir diğer tanıma göre, kürtajın kelime anlamı kazımaaktır. Ama burada adı geçen Kürtaj halk arasında, küçük hamileliklerde rahim içerisindeki ceninin tıbbi müdahale ile alınması kastedilmektedir. Kürtaj ayrıca teşhis amaçlı da yapılabilir. Rahim iç duvarından kazınarak örnek alınıp incelenmesi de kürtaj olarak adlandırılır. Bkz. <http://tr.wikipedia.org/wiki/K%C3%BCrtaj> Erişim Tarihi: 03.01.2008.

³⁷ 2827 s. NPHK'nin gebeliğin sona erdirilmesi kenar başlıklı m.5/1'e göre; “*Gebeliğin onuncu haftası doluncaya kadar annenin sağlığı açısından tıbbi sakınca olmadığı takdirde istek üzerine rahim tahliye edilir.*”

³⁸ 1983/7395 tarih ve sayılı RTvSHYvDİ Tüzük m.2/1-b'ye göre; “*Rahim tahliyesi deyimi, gebeliğin sonlandırılmasını, ... ifade eder.*”

koşullara uygunluk göstermemesi halinde “çocuk düşürtme suçu” oluşacaktır.

YTCK m. 99/1’de, gebe kadının rızası olmaksızın çocuğunu düşürten kişinin, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı belirtilmiştir. Bu fıkra hükmüne göre gebe kadının rızası yoksa hamileliğin kaçınıcı haftada olduğuna ve fiilin kim tarafından işlendiğine bakılmaksızın³⁹ çocuk düşürtme fiili suç oluşturacaktır. Dolayısıyla gebe kadının rızası yoksa hamileliği on haftadan daha önce de olsa ve hatta çocuğu düşürten kişiler rahim tahliyesi yapmaya kanunen yetkili olan kişiler bile olsa yapılan fiiller m. 99/1’deki suçu oluşturacaktır.

Tıbbi zorunluluk bulunmadığı halde, rızaya dayalı olsa bile, gebelik süresi on haftadan fazla olan bir kadının çocuğunu düşürtmek de m. 99/2 anlamında suç oluşturmaktadır. Bu durumda söz konusu çocuk düşürtme fiillerine rıza gösteren kadın da ayrıca cezalandırılacaktır (m. 99/2). Kanun koyucu gebe kadının kendi vücut bütünlüğü üzerinde sınırsız bir şekilde (*on haftadan daha uzun süren gebeliklerin de istenildiği zaman sona erdirilmesi hususunda*) tasarrufta bulunabilmesi hakkını ona tanımamıştır.⁴⁰ Hamilelik süresinin on haftayı doldurmuş olduğu durumlarda kadının vereceği rıza ile cenin rahimden tahliye edilmesinde suç oluşmayacaktır. Ama bu fiilin her halükarda yukarıda belirttiğimiz yetkili kişiler tarafından ye-

³⁹ Özen, birinci fıkranın madde metniyle uyumlu hale getirilmesi bakımından gebelik süresinin on haftadan fazla veya az olması hallerine göre bir ayırım yapmak suretiyle verilecek ceza miktarının belirlenmesinin yerinde olacağını belirtmektedir. Bkz. Özen Mustafa, Çocuk Düşürtme ve Düşürtme Suçları; in. *Terazi Aylık Hukuk Dergisi*, Yıl:2, 5, Ocak 2007, 98.

⁴⁰ Kişinin vücut bütünlüğü ile ilgili olan haklar üzerinde kural olarak bulunmadığı kabul edilmektedir. Kişinin devletine, topluma ve ailesine karşı tabi olduğu bazı yükümlülükleri bulunmaktadır ve kişi kendi vücudunda istediği kadar tasarruf etmek suretiyle bu görevlerini yerine getiremeyecek bir hale kendisini koyma yetkisine sahip değildir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Hakeri Hakan, *Ceza Hukuku*, 5. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2007, 188-189.

rine getirilmesi gereklidir. Ceninin rahimden tahliyesi yetkili olmayan bir kişi tarafından yapıldığında m.99/5' de belirtilen hüküm uygulanacak ve bu fiil cezalandırılacaktır.

TCK m. 99'un altıncı fıkrasında ise, gebelik süresinin on haftadan fazla olması halinde çocuğun kadının rızası ile dahi düşürtülemeyeceğine ilişkin yasağa bir istisna getirilmiştir. Bu istisnaya göre; *"Kadının mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalması halinde, süresi yirmi haftadan fazla olmamak ve kadının rızası olmak koşuluyla, gebeliği sona erdirene ceza verilmez. Ancak, bunun için gebeliğin uzman hekimler tarafından hastane ortamında sona erdirilmesi gerekir"*. Görüldüğü üzere fıkra hükmü on haftayı aşmış ancak yirmi haftayı geçmemiş gebeliklerde kadının rızası bulunması ve ceninin ana rahminden tahliyesinin hastane ortamında yapılması şartıyla bu tür fiillerin cezalandırılmayacağını düzenlemiştir. Kanaatimizce burada gebe kadının sağlık bakımından herhangi bir zarar görme riskinin bulunmaması şartı da aranmalıdır. Aksi durumda sadece gebe kadının rıza göstermesi ile yapılan müdahale ağır sonuçlara yol açabilecektir.

Suçun maddi unsurunu oluşturan hareketin yapılması sonucu meydana gelecek netice *"çocuğun düşmesi"* yani ceninin gebe kadına olan yaşamsal bağlantısının, yaşamsal ilişkisinin sona ermesidir.⁴¹ Bir başka deyişle bu suçta netice, döllenme ürünü olan cismin rahim dışına ihraç edilerek gebeliğin son bulmasıdır.⁴² Meydana gelen neticenin, failin ceninin yaşamsal faaliyetini sona erdirmeye yönelik hareketin sonucunda ortaya çıkması ve bunun objektif olarak faile isnat edilebilmesi gereklidir.

⁴¹ Bu yönüyle suçun bir netice suçu olduğu söylenebilir. Bkz. Yurtcan, 75.

⁴² Dönmezer, 217 vd.

V. SUÇUN NİTELİKLİ UNSURLARI

YTCK m. 99/3 hükmünde “Birinci fıkrada yazılı çocuk düşürtme fiilinin kadının beden veya ruh sağlığı bakımından bir zarara uğramasına neden olması” suçun nitelikli hali olarak düzenlenmiştir. Kadının beden sağlığının bozulmasından anlaşılması gereken söz konusu müdahalenin neden olacağından daha ciddi sağlık bozukluklarıdır. Rahim tahliyesi neticesi meydana gelen yaralar ve sağlık sıkıntıları bu kapsamda değildir. Kadının ruh sağlığı bakımından zarara uğraması ise kadının psikolojik yönden hayatını eskisi gibi sürdürememesidir. Burada bebeğini kaybetmenin her kadında yaratması muhtemel psikolojik rahatsızlığı aşan kalıcı rahatsızlıklar kastedilmektedir. Bu nitelikli halin gerçekleşmesi durumunda *altı yıldan on iki yıla kadar hapis cezası* söz konusu olacaktır. Çocuk düşürtmeye yönelik fiilin gebe kadının “ölümüne neden olması”: Bu halde verilecek cezanın *on beş yıldan yirmi yıla kadar* olacağı düzenlenmiştir. Ağır neticelerden failin sorumlu olabilmesi en azından taksir seviyesinde kusurunun varlığına bağlıdır (YTCK m. 23).

YTCK m. 99/3 hükmünde ise “İkinci fıkrada yazılı fiil kadının beden veya ruh sağlığı bakımından bir zarara uğramasına neden olması” nitelikli hal olarak düzenlenmiş ve bu durumda failin “*üç yıldan altı yıla kadar hapis cezası*” ile cezalandırılacağı belirtilmiştir. Söz konusu çocuk düşürtme fiilinin “kadının ölümüne neden olması halinde” ise failin “*dört yıldan sekiz yıla kadar hapis cezasına*” çarptırılacağı hüküm altına alınmıştır. Ağır neticelerden failin sorumlu olabilmesi en azından taksir seviyesinde kusurunun varlığına bağlıdır (YTCK m. 23). YTCK m. 99/5’de ise çocuk düşürtmenin yetkili olmayan bir kişi tarafından işlenmesi halleri daha fazla ceza verilmesini gerektiren hal olarak düzenlenmiştir. Çocuk düşürtme fiillerinde kimlerin yetkili olup olmadığı hakkında yukarıdaki açıklamalara bakılmalıdır.

VI. SUÇUN HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

Kanaatimizce 99. maddenin birinci ve altıncı fıkraları bakımından gebe kadının rızası, bir hukuka uygunluk sebebi değil, suçta tipikliğe ilişkin bir unsurdur.⁴³ Nitekim diğer koşulları haiz olmak şartıyla bu fıkralardaki fiillerin rıza bulunması halinde fiilin tipikliği gerçekleşmemiş olacaktır. Bir başka deyişle gebe kadın tarafından verilen rıza üzerine yapılan “*çocuk doğurtmaya yönelik*” fiiller yapıldığı andan itibaren hiçbir hukuka aykırılık ifade etmeyecektir. Çünkü fiil ika edildiği andan itibaren kanundaki suç tipine uygunluk arz etmemiştir. Fiile yönelik “*Rıza*”nın sadece gebe olan kadın tarafından verilebileceği kanaatindeyiz. Çünkü burada şahsa sıkı sıkıya bağlı olan bir hak ve ehliyet söz konusu olup vücut bütünlüğü ve rahminde taşıdığı ceninin geleceği hakkında karar verme yetkisi sadece gebe olan kadında bulunmaktadır. Bu kanaatimiz gebe olan kadının bilincinin tam ve yerinde olduğu haller için geçerlidir. Tıbbi zorunluluk bulunduğu durumlarda hekimin resen ya da kadının kocası ya da yakınları tarafından verilecek rıza üzerine yapacağı müdahaleler ile ilgili olarak aşağıda değerlendirmeler yapılacaktır.

⁴³ Suçun tipikliğini ortadan kaldıran rıza ile hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilen rıza birbirinden farklıdır. Fiilin tipikliğini ortadan kaldıran rızanın varlığı hukuken korunan değer, yararın ihlalinin önler ve bu ihlal hiç yapılmamış kabul edilir. Yapılan hareket en başından itibaren hukuka aykırı olarak meydana gelmemekte ve kanunda belirtilen suç tipini ihlal etmemektedir. Fiilin kanuni tipe uygun olarak doğmamasın dolayısıyla yapılan hareket suç niteliği kazanmaz. Fiilin tipikliği suçun oluşumu için en başta gerekli bir unsur olduğundan ve bu durumda böyle bir unsur gerçekleşmediğinden dolayı herhangi bir suç bulunmamaktadır. Hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilen rıza ise fiilin hukuk hayatında var olmasına ve korunan hukuki yarara zarar vermesine rağmen sadece dar anlamda hukuka aykırılığı ortadan kaldırır ve fiilin hukuk düzeni tarafından meşru görülmesine ve kınanmamasına neden olur. Bir başka deyişle tam anlamıyla hukuka aykırı olarak doğan ve suç olarak tanımlanmış fiili hukuka uygun hale getirir. Karşılaştırma ve ayrıntılı bilgi için bkz. Çakmut, *Tıpta...* 21.

Uygulamada bir kısım yazarlar, 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun m. 6'ya⁴⁴ dayanarak, küçükler bakımından rızanın, küçüğün rızası ve velinin izniyle; vesayet altında bulunan ve reşit veya mümeyyiz olmayan kişinin ve vasisinin rızası ile birlikte sulh hâkiminin izin vermesi gerektiğini belirtmektedir.⁴⁵

Kanaatimizce fiil bakımından mümeyyiz olan kişinin küçük ya da vesayet altında olması, rıza göstermeye ya da göstermemeye ilişkin yetkisinin kısıtlanacağı anlamına gelmemelidir. Çünkü mümeyyiz olan gebe kadının yaşının küçük olması ya da vesayet altında olması onun şahsına sıkı sıkıya bağlı olan bir hakkının kullanılmasının engellenmesine ya da bu yetkinin başkalarıyla paylaşılmasına neden olamaz. Ancak kadının temyiz kudretinin yerinde olmaması halinde veli ya da vasisinin gebeliğin sona erdirilmesi hususunda vereceği rıza ancak yasal hükümlere ve tıbbi kurallara uygun olması halinde geçerli sayılabilir. Acaba mümeyyiz küçüğün ya da mümeyyiz olan ve vesayet altında bulunan kişinin rızası bulunmasına karşın velisi ya da vasisi gebeliğin sona erdirilmesi hususunda rıza göstermezse ne olacaktır? Kanaatimizce gebeliğin sona erdirilmesi konusunda mümeyyiz küçüğün ya da vesayet altında bulunan kişinin diğer kanuni şartlar bulunmak kaydıyla verdiği rıza gerekli ve yeterlidir. Ancak mümeyyiz küçüğün ya da vesayet altında bulunan kişinin rızası bulunmaksızın sadece veli ya da vasisinin rızası ile bu gebeliğin sona erdirilmesi mümkün değildir. Bu yönde yapılan müdahaleler çocuk düşürtme suçunu (m. 99/1) oluşturacaktır.

⁴⁴ Madde 6/1; "5 inci maddede belirtilen müdahale, gebe kadının iznine, küçüklerde küçüğün rızası ile velinin iznine, vesayet altında bulunup da reşit veya mümeyyiz olmayan kişilerde reşit olmayan kişinin ve vasisinin rızası ile birlikte sulh hakiminin izin vermesine bağlıdır. Ancak akıl maluliyeti nedeni ile şuur serbestisine sahip olmayan gebe kadın hakkında rahim tahliyesi için kendi rızası aranmaz."

⁴⁵ Arslan Çetin / Azizağaoğlu Bahattin, *Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi*, Ankara 2004, 447-448.

Burada tartışılması gereken bir başka durum da evlilik birliği içinde meydana gelen gebeliğin sona erdirilmesi hususunda kocanın rıza göstermesi hususudur. 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanunu m. 6/2'de;⁴⁶ gebe kadının evli olması halinde gebeliğin sona erdirilmesi fiilleri bakımından kocanın da rızasının gerekeceği belirtilmiştir. Acaba gebe kadının, gebeliğin sona erdirilmesi hususunda rızası bulunmasına rağmen kocanın bu fiile rızasının bulunmaması halinde kanuni sürelerle uygun olarak rahim tahliyesine yönelik fiiller tipe uygunluk göstererek suç oluşturacak mıdır? Kanaatimizce 2827 sayılı kanun hükümleri o kanun kapsamında ortaya çıkabilecek sorunlar bakımından uygulama alanı bulacaktır. Türk Ceza Kanununun uygulanmasını gerektiren çocuk düşürme fiilin ortaya çıkması halinde fiilin tipikliğinin bir unsuru olan rızanın; sadece gebe kadın tarafından verilebileceğini ve kocasının bu hususta müdahalesi geçerli olmayacağını düşünmekteyiz.

O halde şu sonuca varabiliriz. Gebeliğin sona erdirilmesi konusunda diğer kanuni şartlar var olmak koşuluyla sadece gebe kadının göstereceği rıza üzerine yapılan çocuk düşürme fiilleri suç oluşturmayacaktır.⁴⁷ Kocanın rızasının bulunmaması önemsizdir. Ters düşünülduğünde, yani gebeliğin sona erdirilmesi bakımından kadının rızası olmamasına rağmen sadece kocanın çocuk düşürmeye yönelik verdiği rıza üzerine yapılan rahim tahliyesi fiili hukuka aykırı olacaktır. Dolayısıyla hekimin sadece kocanın verdiği rıza üzerine (*gebe kadının rızası bulunmaksızın*) giriştiği rahim tahliyesi fiilleri (*gebelik süresi 10 haftanın altında olsa bile*) YTCK m. 99'daki çocuk düşürme suçunu oluşturacaktır.

⁴⁶ Madde 6/2'ye göre; "4 üncü maddenin ikinci ve 5 inci maddenin birinci fıkralarında belirtilen ve rızaları aranılacak kişiler evli iseler, sterilizasyon veya rahim tahliyesi için eşin de rızası gerekir." Aynı yönde Hasta Hakları Yönetmeliği m.30/3'e göre; "Sterilizasyon ve gebeliğin sona erdirilmesi hallerinde, hastanın rızası ile evli ise eşinin de rızası gereklidir."

⁴⁷ Tezcan / Erdem / Önok; 257.

Rahim tahliyesine yönelik olarak gebe kadının rızasının varlığı halinde, gebeliğin hangi aşamada olduğuna bakmak gerekecektir. Süresi on haftayı aşan⁴⁸ gebeliklerde gebe kadının rızası bulunsa bile çocuk düşürtmeye yönelik yapılacak fiiller hukuka aykırı olmaya devam edecektir. Aynı şekilde on haftalığı geçmeyen gebeliklerin sona erdirilmesi bakımından kanun, rahim tahliyesi fiillerinin mutlaka bu işlemi yapmaya yetkili birisi (*Kadın hastalıkları ve doğum uzmanı veya sadece Menstürel Regülasyon yöntemi ile sınırlı olmak üzere bakanlıktan eğitim belgesi almış olan pratisyen hekimler ve aynı belgeye sahip aile hekimleri*) tarafından yapılması gereğini belirtmiştir. O halde süresi on haftayı aşan gebeliklerde rahim tahliyesine yönelik fiillere gebe kadının rızası olsa bile rahim tahliyesine yetkili olan kişiler tarafından bu fiillerin yapılması yine çocuk düşürtme suçunu oluşturacaktır. Görüldüğü üzere bu hallerde kanun gebe kadının verdiği rızaya itibar etmemiştir.⁴⁹

Rahim tahliyesine yönelik fiillerin çocuk düşürtme suçunu oluşturup oluşturmayacağı hususunda tartışılması gereken bir başka durum ise zorunluluk halidir. YTCK m. 25/2'ye göre; "*Gerek kendisine gerek başkasına ait bir hakka yönelik olup, bilerek neden olmadığı ve başka suretle korunmak olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu ile ve tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunmak koşulu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez.*" Acaba bu hüküm gebe kadının hayatı veya vücut bütünlüğü bakımından bir tehlike bulunması halinde

⁴⁸ Alman Ceza Kanunu'nda bu süre 12 hafta olarak belirlenmiştir (StGB §218a/1).

⁴⁹ YTCK m. 26/2'ye göre; "*Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez.*" Kanun burada gebe kadının üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hak bulunmadığı fikrinden hareket etmiştir. Nitekim gerek on haftayı aşan gebeliklerde gerekse yetkili olmayan kişilerin rahim tahliyesi fiillerine girişmelerinde gebe kadının vücut bütünlüğü ve yaşam hakkı bakımından ciddi sakıncalar bulunması nedeniyle onun tarafından verilecek rızaya itibar edilmemiştir.

gebelik süresi ne olursa olsun ceninin ana rahminden tahliyesi bakımından geçerli olacak mıdır? YTCK m. 99/2'de "tıbbi zorunluluk bulunmadığı halde..." ifadesi yer almaktadır. Fıkra hükmünün düzenlenişinden tıbbi zorunluluğun bulunması halinde süresi ne olursa olsun bir gebeliğin sona erdirilebileceği anlaşılmaktadır. Kanaatimizce ceninin ana rahminde bulunması ve yaşamsal gelişim sürecini anaya bağlı olarak devam ettirmesinde gebe kadının hayatı veya vücut bütünlüğü bakımından tıbben önemli bir sakınca, ciddi bir tehlike bulunmakta ise, hangi aşamada olursa olsun gebeliğin sona erdirilmesi mümkün olmalıdır.

Zorunluluk halinin bulunduğu durumlarda gebe kadının yapılacak rahim tahliyesi bakımından rızası aranıp aranmayacağı da tartışılması gereken başka bir konudur. Bir başka deyişle gebe kadın bu işleme sağlığı veya hayatı bakımından ciddi bir tehlikeye rağmen rıza göstermezse ne olacaktır? Örneğin ceninden kaynaklanan ve gebe kadına yayılması kesin kabul edilen bir kanser hücresinin gebe kadına yayılmaması için ceninin rahimden tahliyesine yönelik fiiller için gebe kadının rızası alınması şart mıdır? Kanaatimizce burada somut olayın özelliklerine göre farklı hareket etmek gerekir. Örneğin kadının hastaneye bilinci yerinde gelmesi halinde mutlaka onun rızasının alınması gerekir.⁵⁰ Alınmadan vücuda yönelik müdahaleler hukuka aykırı olacaktır.⁵¹ Çünkü gebe kadın cenin ile kendine göre manevi bir bağ kurmuş olabilir ve bu bağın her ne olursa olsun kopmamasını isteyebilir.⁵² Bu

⁵⁰ Hastanın kendi geleceği hakkında ve vücudu üzerinde gerçekleştirilecek her müdahaleye ilişkin olarak olumlu ya da olumsuz vereceği karar, tamamen kendisine aittir ve sadece onun tarafından özgür iradeye sahip olarak verilebilecektir. Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. Çakmut Özlem Yenerer, *Tıpta Aydınlatma ve Rıza*, in. *Roche Sağlık Hukuku Günleri*, C.1 Tebliğler, 1.Baskı, İstanbul, 2007, 10.

⁵¹ Aksi görüş için bkz. Tezcan / Erdem / Önok, 258,259.

⁵² Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi m.22 hükmüne göre: "Ananın hayatını kurtarmak için yegâne çare teşkil ettiği takdirde, abortman yapılması caizdir. Ciddi bir tehlikede bulunan ananın hayatı, cerrahî müdahaleyi veya gebeliğe son verebilecek bir tedaviyi zaruri kılıyorsa, hastalığın taallük ettiği tip şubesinde

üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir haktır. Burada rıza aranmalıdır.⁵³

Rızanın alınması bakımından en öncelikli konu söz konusu fiiller bakımından üzerinde rahim tahliyesi fiilleri gerçekleştirilecek olan kişi ve yakınlarının aydınlatılmasıdır.⁵⁴ Bu aydınlatma söz konusu fiillerin doğuracağı olumlu ve olumsuz tüm etkilerin, neden olacağı neticelerin ve olası başka

mütehassıs iki tabibin ve bu iki mütehassıs temin edilemediği takdirde iki tabibin objektif ve kati delillere dayanan raporları alınmadıkça bu müdahale veya tedavi yapılamaz. Bu raporların aslı müdahaleyi veya tedaviyi yapan tabip tarafından muhafaza olunur ve kendisi tarafından tasdikli ve hastanın ismini ihtiva etmeyen bir örneği, mensup olduğu tabip odasına taahhütlü olarak gönderilir (m.22/1). Avortmanlarda, hastanın ve varsa veli veya vasisinin yazılı olarak muvafakatinin alınması şarttır (m. 22/3)."

⁵³ Hasta Hakları Yönetmeliği m. 5/1-d'ye göre; "Tıbbi zorunluluklar ve kanunlarda yazılı haller dışında, rızası olmaksızın kişinin vücut bütünlüğüne ve diğer kişilik haklarına dokunulamaz." Yine m.22/1'e göre; "kanunda gösterilen istisnalar hariç olmak üzere, kimse, rızası olmaksızın ve verdiği rızaya uygun olmayan bir şekilde tıbbi ameliyeye tabi tutulamaz." Aynı şekilde m. 24/1'e göre; "Tıbbi müdahalelerde hastanın rızası gerekir. Hasta küçük veya mahcur ise velisinden veya vasisinden izin alınır. Hastanın, velisinin veya vasisinin olmadığı veya hazır bulunmadığı veya hastanın ifade gücünün olmadığı hallerde bu şart aranmaz." Kanaatimizce yönetmeliğin m. 24/1 son kısımda yer alan ve Hastanın, velisinin veya vasisinin olmadığı veya hazır bulunmadığı veya hastanın ifade gücünün olmadığı hallerde bu şart aranmayacağına ilişkin düzenleme rahim tahliyesine yönelik fiiller bakımından uygulanamaz. Ancak gebe kadının hayatı bakımından ağır ve muhakkak bir tehlikenin bulunduğu hallerde, kadının bilinci açık değilse, hiçbir yakınına ulaşamıyorsa ve derhal müdahale edilmediği takdirde geri dönüşmez şekilde zararlar ortaya çıkacaksa bu durumda rıza beklenmemeli ve hekim mesleğinden kaynaklanan müdahale hakkını kullanmalıdır. Aynı yönde bkz. ve karşı. Yön. m.24/3. Gebe kadının bilinci açık bir şekilde söz konusu rahim tahliyesi fiiline karşı çıkması halinde hekim bu iradeye uygun olarak müdahale etmemelidir. Gebe kadının bu tavrı tedavinin reddi anlamına gelir. Bkz. Yön. m. 24/5

⁵⁴ Hasta Hakları Yönetmeliği m. 31'e göre; "Rıza alınırken hastanın veya kanuni temsilcisinin tıbbi müdahalenin konusu ve sonuçları hakkında bilgilendirilip aydınlatılması esastır. (m.31/1). Hastanın, uygulanacak tıbbi müdahale için verdiği rıza, bu müdahalenin gerektirdiği sair tıbbi işlemleri de kapsar. Ancak, tıbbi işlemlerin uygulanmasında, bu Yönetmelikte ve diğer mevzuatta belirlenen hakların ihlal edilmemesi için azami ihtimam gösterilir. (m.31/2)."

durumların kişilere açıklanması şeklinde olacaktır.⁵⁵ Kanunda ilgili kişi tarafından verilmesi gereken rızanın şekli (*yazılı-sözlü, açık-örtülü, tanık beyanları gibi*) konusunda herhangi bir düzenleme getirilmemiştir.⁵⁶ Verilecek rızanın şekli uygulama da belirlenecektir ancak kanaatimizce rahim tahliyesi gibi önemli bir müdahalede gebe kadının bilinci yerinde olmak ve uygun zaman dilimine sahip bulunmak koşulu ile yazılı olarak rızasının alınması daha uygun olacaktır.⁵⁷ Ancak rızanın mutlaka yazılı olarak yapılamaması durumunda da fiili kesin bir şekilde hukuka aykırı saymak mümkün olmamalıdır. Nitekim burada yazılılık bir ispat aracıdır yoksa verilen rızanın geçerlilik şartı değildir. Bu rızanın alınmasından önce mutlaka gebe kadın ve varsa yakınları müdahale hakkında kapsamlı bir şekilde aydınlatılmalıdır.⁵⁸

Ancak gebe kadının bilinci açık olmadıkça hastaneye getirilmesi halinde mevcut durumun kadının hayatı veya vücut bütünlüğü bakımından ciddi bir tehlike oluşturması⁵⁹ duru-

⁵⁵ Yarsuvat / Bayraktar, 66-67, Erman, 99 vd. Bu bilgilendirme ve aydınlatma eksikliği sonucu ortaya çıkan durumlar hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Polat Oğuz, *Tıbbi Uygulama Hataları*, Ankara, 2005.

⁵⁶ Hasta Hakları Yönetmeliği m. 28'e göre; "*Mevzuatın öngördüğü istisnalar dışında, rıza herhangi bir şekilde bağlı değildir. (m.28/1) Hukuka ve ahlaka aykırı olarak alınan rıza hükümsüzdür ve bu şekilde alınan rızaya dayanılarak müdahalede bulunulamaz. (m.28/2).*"

⁵⁷ Yarsuvat / Bayraktar, 66. Yazarlar önemli cerrahi müdahale gerektiren organ naklinde de yazılı rıza aranması gerektiğini vurgulamaktadırlar.

⁵⁸ Aydınlatma konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Çakmut, *Tıpta...* 9 vd.

⁵⁹ Madde 5: "*Gebelik süresi on haftayı geçen kadınlarda, rahim tahliyesi yapılamaz (5/1). Bu durumdaki kadınlarda, ancak, Tüzük'e ekli (2) sayılı listede sayılan hastalıklardan birinin bulunması halinde ve kadın hastalıkları ve doğum uzmanı tarafından rahim tahliyesi yapılabilir. Hastalığın, kadın hastalıkları ve doğum uzmanıyla bu hastalığın ilişkin olduğu uzmanlık dalından bir hekimin birlikte hazırlayacakları, kesin klinik ve laboratuvar bulgulara dayanan, gerekçeli raporlarla saptanması zorunludur (5/2).*" Madde 6: "*On haftayı geçen gebelikte, rahim tahliyesi, resmi yataklı tedavi kurumlarıyla özel hastanelerde yapılır (m.6/1).*" Madde 7: "*Derhal müdahale edilmediği takdirde kadının hayatını ya da hayati organlarından birini tehdit eden acil hallerde rahim tahliye edilir (m.7/1). Bu durumda, rahim tahliyesi, kadın hastalıkları ve doğum uzmanlarınca yapılır (m.7/2).*" Madde 8: "*Rahim tahliyesini gerektiren acil*

munda doktorların meslek ve sanatlarından kaynaklanan hakkın icrası şeklinde yapacakları müdahaleler kanaatimizce hukuka aykırı olmayacaktır.⁶⁰ Nitekim YTCK m. 26 çerçevesinde hekim, tıp eğitimi görmesinden ve tıp mesleğini yerine getirebilme olanağına yasal olarak sahip olmasından dolayı mesleğinden kaynaklanan hakkını kullanan kişi konumunda bulunmaktadır. Hekim, kanundan kaynaklanan bu hakkını icra eden kişi olması sebebiyle hukuka uygun hareket eden kişidir.⁶¹ Hekimin tıp biliminin kuralları ve genel uygulama çizgisi çerçevesinde hareket etmiş olması ve hastasını iyileştirme amacını taşıması gerekli ve yeterli olacaktır.⁶² Hastanın mutlaka iyileşmesine gerek yoktur.⁶³

haller şunlardır: a) Servikal internal os kapalı olsa bile, kadının yaşamını tehlikeye sokacak ölçüde vajinal kanamalar, b) Servikal internal osun açık olduğu haller, c) Uterustaki gebelik ürününün bir bölümünün düştüğü ve kanamanın devam ettiği haller ya da enfeksiyon tehlikesi.” Madde 9: “Acil hallerde rahim tahliyesi, resmi yataklı tedavi kurumlarıyla özel hastanelerde yapılır. Ancak, kadının buralara taşınması olanaksızsa, ameliye, muayenehane, ev gibi hastanın bulunduğu yerlerde de yapılabilir (m.9/1).”

⁶⁰ Çakmut; rıza beyanında bulunacak kişinin bilincini yitirmesi ve hayati tehlikenin ortadan kaldırılması için acil bir müdahale gerekmesi halinde, hekimin “izin verilen risk” öğretisini de dikkate alarak müdahalede bulunabileceğini belirtmekte ve hekimin bu müdahalesini, hastanın “varsayılan rızası” çerçevesinde yapmış olacağını ileri sürmektedir. Görüldüğü üzere yazar burada kişinin varsayılan rızası bulunduğunu ve hukuka uygunluğun kişinin rızasından kaynaklandığını kabul etmektedir. Bkz. Çakmut, *Tıpta...* 26-27. Kanaatimizce burada hekimin müdahalesinin hukuka uygunluğu kişinin “varsayılan rızasından” değil hekimlik mesleğinin gerektirdiği müdahaleye ilişkin meslek, sanat ve uzmanlıktan kaynaklanan bir “hakkın icrasından” kaynaklanmaktadır.

⁶¹ Yarsuvat / Bayraktar, 65, Taşkın, 141.

⁶² Erman Barış; *Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu*, Ankara, 2003, 50 vd, Yarsuvat / Bayraktar, 65, Bayraktar, 147 vd. Ayrıca bkz. Dönmezer Sulhi / Erman Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C. III*, 11.bası, İstanbul, 1997, 50 vd, Taşkın, 140.

⁶³ *Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi m.13'e göre; “Tabip ve dış tabibi, ilmi icapları uygun olarak teşhis koyar ve gereken tedaviyi tatbik eder. Bu faaliyetlerinin mutlak surette şifü ile neticelenmemesinden dolayı, deontoloji bakımından muahaze edilemez.”*

VII. SUÇUN MANEVİ UNSURU

Çocuk düşürtme suçunun manevi unsurunu genel kast oluşturmaktadır. Kastın gebe kadının rahminde bulunan cenin düşmesine, ana ile yaşamsal bağının kopmasına yönelik olması gerekir ve yeterlidir. Suçun olası kastla⁶⁴ da işlenmesi teorik olarak mümkün gözükmemektedir.⁶⁵ Bu suçun taksirle işlenmesi mümkün değildir.⁶⁶

VIII. CEZASIZLIK NEDENİ

YTCK m. 99/6⁶⁷ bir cezasızlık nedeni⁶⁸ öngörmüştür. Fıkra hükmünden kaynaklanan cezasızlık nedeninin uygulanabilmesi için şu şartların gerçekleşmesi gerekir:

a. Kadının kendisine karşı işlenmiş olan bir suç neticesinde gebe kalmış olması gerekir. Örneğin zorla cinsel ilişkiye girmesi nedeniyle hamile kalan kadın gibi.

⁶⁴ Hekimlerin eylemleri ile olası kast arasındaki ilişkinin değerlendirilmesi bakımından ayrıntılı bilgi için bkz. Yarsuvat / Bayraktar, 65.

⁶⁵ Aynı yönde, Tezcan / Erdem / Önok; 258. Ancak kanaatimizce olası kast ile bu suçun işlenmesi halleri bakımından kasten yaralama niteliğindeki fiillerin ayrıca değerlendirilmesi gerekir. Örneğin kasten yaralama niteliğindeki hareketleri yaparken failin, kadının gebe olduğunun farkına varması ve çocuğun düşme ihtimalini bilmesine rağmen bu neticeyi göze alarak hareketlerine devam etmesi yani düşme neticesini göze alması, yapılan fiillerin olası kast ile çocuk düşürtme suçunu oluşturduğu anlamına gelmez. Artık burada olası kastla kasten yaralama suçundan söz edilmelidir. Ancak kasten yaralama suçu bakımından fiilin gebe bir kadına karşı işlenmesi nitelikli hal bu durumda uygulanamayacaktır. Çünkü kasten yaralamada bu nitelikli halin oluşması için failin kadının gebe olduğunu biliyor olması gerekmektedir (YTCK m. 87/2-e).

⁶⁶ Keza esasında gebe olmayan bir kadını gebe sanarak çocuk düşürtmeye yönelik fiilleri işleyen fail çocuk düşürtmeye teşebbüs suçundan değil, kasten yaralama suçundan sorumlu olacaktır.

⁶⁷ Hükme göre; "Kadının mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalması halinde, süresi yirmi haftadan fazla olmamak ve kadının rızası olmak koşuluyla, gebeliği sona erdirene ceza verilmez. Ancak, bunun için gebeliğin uzman hekimler tarafından hastane ortamında sona erdirilmesi gerekir."

⁶⁸ Aynı yönde, Tezcan / Erdem / Önok; 260.

b. Kadının gebeliğin sona erdirilmesi hususunda bir rızasının bulunması gereklidir. Dolayısıyla tıbbi açıdan vücut ya da hayat bakımından ciddi bir tehlikesi olsa da kadının rızası olmadan bu gebeliğe dahi (*suçun mağduru olmasından kaynaklanan gebelik*) son verilemez.

c. Gebeliğin uzman hekimler (*kadın hastalıkları ve doğum uzmanı*) tarafından sona erdirilmesi gereklidir.

d. Gebeliğin hastane ortamında sona erdirilmesi gereklidir. e) Gebeliğin yirmi haftadan fazla olmaması gerekir: Görüldüğü üzere kadın mağduru olduğu bir suçtan dolayı gebe kalsa bile yirmi haftayı aşan gebeliklere son verilmesi mümkün değildir. Bu şartları haiz olmadan yapılan fiillerden dolayı fail cezalandırılacaktır.

IX. TEŞEBBÜS

Çocuk düşürtme suçuna teşebbüs mümkündür.⁶⁹ Fail, çocuğu düşürtmeye yönelik elverişli hareketleri doğrudan doğruya uygulamaya başlaması ile suç yoluna girmiş kabul edilir. Örneğin hekimin süresi on haftayı aşmış bir gebelikte rahim tahliyesine yönelik müdahaleye başlamış ve fakat kendisi dışında sebeplerle ceninin ana ile olan yaşamsal bağının sona erdirilememiş olması halinde suça teşebbüs söz konusu olacaktır.⁷⁰ Aynı şekilde burada gönüllü vazgeçme de mümkün olabilecektir. Örneğin kürtaj işlemini hastaya ya da cenine acıyarak tamamlamayan doktor gönüllü vazgeçme hükümlerinden⁷¹ yararlanacaktır.

⁶⁹ Tezcan / Erdem / Önok; 259.

⁷⁰ Tıp mesleği mensubu olmayan failin çocuğu düşürtmeye yönelik dövme vb. fiillere başlaması gibi durumlarda icra hareketlerine doğrudan doğruya başlanmış kabul edilir. Bu esnada sözgelimi polisin gelmesi sonucu çocuk düşürtmenin gerçekleşmemesi halinde fiil teşebbüs aşamasında kalmıştır.

⁷¹ YTCK m. 36'ya göre; "*Fail, suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önler*

X. SUÇLULARIN ÇOKLUĞU (SUÇA İŞTİRAK)

Suçta her türlü iştirak mümkün gözükmektedir.⁷² Burada rahim tahliyesine yönelik fiilleri işleyen hekime yardım eden sağlık personelinin sorumluluğundan kısaca bahsetmek gerekir. Yukarıda da açıkladığımız üzere yasal şartları oluşmuş olan çocuk düşürtme fiillerinde yetkili kişiler kadın doğum uzmanları ve sağlık bakanlığından belli yöntemlerle sıvrılı olarak bu hususta yetki belgesi alan pratisyen hekimlerdir. Bu kişilere ika edecekleri fiiller sırasında çeşitli sağlık mesleği mensuplarının yardım etmesi mümkündür. Ancak bu fiillere yardım eden her sağlık mesleği mensubunu suçta iştirakten sorumlu tutmak mümkün değildir. Bu kişilerin söz konusu fiillere iştirakten sorumlu olması için somut olayın özelliklerine göre belirlenir. Nitekim kadın doğum uzmanı olmayan bir hekim, hemşire, ebe, hasta bakıcı veya başka bir sağlık mesleği mensubu kişi, gebeliğin yasal şartlar henüz oluşmadan sona erdirilmesinin istendiğini bilmesi gereklidir. Ayrıca somut olayın özelliğine göre söz konusu fiillere kadının rızası bulunmadığının, ya da kadının rızası bulursa bile gebelik süresinin 10 haftayı aşmış bulunduğunun veya rahim tahliyesi ameliyesini yapacak kişinin bu hususta yetkili olmadığına bilinmesi gereklidir. Bütün bu olumsuz durumlara rağmen yukarıda sayılan sağlık mesleği mensupları çocuk düşürtme

se, teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz; fakat tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suçta ait ceza ile cezalandırılır."

⁷² Süresi on haftayı aşan hamileliklerde rahim tahliyesinin yapılmasına ilişkin rızanın geçersiz olması nedeniyle bu durumlarda yapılan çocuk düşürtme fiilleri hukuka aykırı olmaya devam edecektir. Bu halde çocuk düşürtme fiilini ika eden kişiler YTCK m. 99/2'nin ilk cümlesinden dolayı cezai sorumluluğa (iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası) sahiptirler. Aynı fiillerin yapılmasına yönelik rıza gösteren kadın ise aynı fıkranın son cümlesinde belirtilen cezadan (bir yıla kadar hapis veya adli para cezası) dolayı sorumlu olacaktır. Burada çocuğun düşmesi fiillerini işleyen kişiler bu fiilleri bizzat yaptıklarından dolayı YTCK m. 99/2 ilk cümleden sorumludurlar. Bu fiillere rıza gösteren kadın ise söz konusu fiilleri bizzat kendisi yapmayıp üçüncü kişilere yaptırdığı için m. 99/2'nin son cümlesinden sorumlu olacaktır. Kadın bu fiili bizzat kendisi yapmış olsaydı sorumluluğu m. 100'den olacaktır.

fillerine yardım ederse m.99'da düzenlenmiş suça iştirakten sorumlu tutulacaklardır.

XI. SUÇLARIN ÇOKLUĞU (SUÇLARIN İÇTİMAI)

Çocuk düşürtme suçu zincirleme şekilde⁷³ işlenebilir.⁷⁴ Örneğin genelevde çalışan bir hayat kadınının çocuk düşürtme fiilleri bakımından anlaştığı bir kadın doğum uzmanına, süresi on haftayı aşan her gebeliği için gitmesi halinde, gerek gebe kadın ve gerekse rahim tahliyesine yetkili hekim söz konusu müdahale bakımından YTCK m. 99 suçu çerçevesinde 43/1 (zincirleme suç) hükümlerine göre sorumlu tutulabileceklerdir.⁷⁵ Çocuk düşürtme fiilleri birden fazla kişiye karşı tek fiille de işlenebilir. Örneğin; birden fazla gebe kadına aynı anda gebeliği sona erdirici ilaç şırınga edilebilir ve bu fiil sonucu birden fazla ceninin yaşamsal gelişimi sona erebilir. Dolayısıyla YTCK m. 43/2 (zincirleme suç) bu fiiller bakımından uygulama alanı bulabilir.⁷⁶ Çoklu gebeliklerde ise cenin sayısı birden fazla olmasına rağmen mağdur sayısı tek olduğundan işlenen suç da tektir, ancak bu durum m. 61 kapsamında meydana gelen zarar ve tehlike dikkate alınarak temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınır.

⁷³ YTCK m.43/1'e göre; "Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda, bir cezaya hükmedilir. Ancak bu ceza, dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılır. ..."

⁷⁴ Aksi görüş için bkz. Tezcan / Erdem / Önok, 259.

⁷⁵ Keza çocuk düşürtme fiilinin sağlık mesleği ile ilgisi olmayan bir kişi tarafından da zincirleme suç şeklinde işlenmesi mümkündür. Örneğin genelev sahibinin çalıştırdığı hayat kadınlarının doğum yapmasını engellemek için çocuk düşürtme fiillerini bir suç işleme kararı çerçevesinde işlemesi halinde de zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır.

⁷⁶ YTCK m. 43/2'de; "...suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumunda da, birinci fıkra hükmü uygulanacağı" düzenlenmiştir.

XII. SUÇUN MUHAKEMESİ ve YAPTIRIM**A. SORUŞTURMA - KOVUŞTURMA KOŞULLARI**

Failin devlet memuru olmaması halinde suçun soruşturulması ya da kovuşturulması herhangi bir dava şartına bağlı tutulmamıştır. Dolayısı ile suç şikâyet, izin, talep vb. dava şartları aranmadan resen soruşturulacak ve kovuşturulacaktır. Devlet memuru olan bir sağlık mensubunun bu suçu işleme halinde ise 4483 sayılı MvDKGYHK hükümleri gereğince bağlı bulunduğu kurum tarafından yargılama izni verilmesi gerekecektir. Ancak bunun için suçun öncelikle kamu görevlilerinin (*bu suç bakımından doktorların ve diğer sağlık mensuplarının*) görevleri nedeniyle işlenmesi gerekmektedir. Bir diğer şart ise suçun, ağır cezayı gerektiren suçüstü halinde işlenmiş olması gereklidir. YTCK m. 99'da düzenlenen çocuk düşürtme suçunun 3. ve 5. fıkralarında düzenlenen hallerin ağır cezayı gerektirmesi nedeniyle bu fıkralardaki fiillerin suçüstü halinde işlenmiş olması durumunda 4483 sayılı kanun hükümleri uygulama alanı bulamayacaktır. Dolayısıyla bahsedilen fıkralardaki fiillerin kamu görevlisi olan doktor veya başka bir sağlık personeli tarafından suçüstü olarak işlenmesi halinde fail izne gerek olmaksızın doğrudan soruşturulabilecektir. Bunun dışında kalan hallerde ise (*1, 2 ve 4. fıkralar ile 3. ve 5. fıkraların suçüstü işlenmemiş olması hallerinde*) fiilin soruşturulması ve kovuşturulması 4483 sayılı MvDKGYHK kapsamında yetkilendirilmiş merciin vereceği izin üzerine yapılabilecektir.⁷⁷

B. YAPTIRIM

YTCK m. 99/1'e göre; "*Rızası olmaksızın bir kadının çocuğunu düşürten kişi, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalan-*

⁷⁷ Memurların ve diğer kamu görevlilerinin görevleri nedeniyle işlemiş oldukları suçların soruşturulması ve kovuşturulması ile ilgili olarak ayrıntılı açıklama için bkz. Özbek, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006, 870-873.

dırılır." Gebe kadının rızası olsa bile süresi on haftayı geçen gebeliklerde tıbbi bir zorunluluk bulunmamasına rağmen çocuk düşürtülmesinde ise düşürtme fiilini bizzat ika eden fail iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacaktır. Burada rahim tahliyesini gerçekleştiren fail bu hususta yasalarca yetkili kabul edilmiş kişidir. Ancak bu özellik fiili suç olmaktan çıkarmamaktadır çünkü önemli olan husus on haftalık üst sınırı bulunan yasal sürenin aşılmış olmasıdır. Aynı fiil bakımından rıza gösteren gebe kadın ise bir yıla kadar hapis ya da adli para cezasına çarptırılacaktır. Gebe kadının rızası olsa bile rahim tahliyesine yetkili olmayan bir kişinin bu suçu işlemesi halinde ise verilecek ceza iki yıldan dört yıla kadardır (m.99/5). Kadının mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalması halinde, süresi yirmi haftadan fazla olmamak ve kadının rızası olmak koşuluyla, gebeliğin uzman hekimler tarafından hastane ortamında sona erdirilmesi halinde herhangi bir ceza verilmeyeceği m.99/6'da hüküm altına alınmıştır.

KAYNAKÇA

- Bayraktar Köksal, *Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu*, İstanbul 1972.
- Bilgen Nur, *Adli Tıp Açısından Tıbbi Uygulama Hataları*, HPD, S. 5, Aralık 2005.
- Cin Onursal, *Yardımcı Üreme Metotları ve Embriyonun Korunması*, HPD, S. 5, Aralık 2005.
- Çakmut Özlem Yenerer, *Tıpta Aydınlatma ve Rıza*, in. *Roc-he Sağlık Hukuku Günleri*, C.1 Tebliğler, 1.Baskı, İstanbul, 2007.
- Çakmut Özlem Yenerer, *Tıbbi Müdahaleye Rıza'nın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi*. İstanbul, 2003,
- Donay Süheyl, *Türk Ceza Kanunu*, İstanbul 2004.

- Dönmezer Sulhi, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, 16. bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2001. Erman Sahir / Özek Çetin, *Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, Dünya Yayınevi, İstanbul, 1994.
- Erman Barış, *Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu*, Ankara, 2003.
- Hakeri Hakan, *Tıp Hukuku*, Ankara, 2007.
- Hakeri Hakan, *Tıp Hukukuna Giriş (Tıp Hukukunun Temel Kavramları - Genel Tıp Hukuku)*, in. *Roche Sağlık Hukuku Günleri*, C.1 Tebliğler, 1. Baskı, İstanbul 2007.
- Hakeri Hakan, *Türk Tıp Hukukunda Aydınlatma ve Tıbbi Müdahalelerde Bilgilendirilmiş Rıza Alınması Yönetmeliği Taslağı*, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, III, 2 Özel Sayı, Türk-Alman Tıp Hukuku, İstanbul 2006.
- Hakeri Hakan, *Ceza Hukuku*, 5. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2007.
- Katoğlu Tuğrul, *Ceza Hukuku Bakımından Çoğul Gebeliklerin Kısmi Sonlandırılması*, in. *Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Erden Kuntalp'e Armağanı*, C.II, Kamu Hukuku, Y.3 S.2, 2/2004.
- Kiriaki, Irini, *Yeni Yunan Üreme Tababeti Kanunu*, HPD, S.3, Nisan - 2005.
- Özbek Veli Özer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006.
- Özbek, Veli Özer, *Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı*, TCK İzmir Şerhi, C.I, Üçüncü Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006.
- Özen Mustafa, *Çocuk Düşürtme ve Düşürtme Suçları*, *Terazi Aylık Hukuk Dergisi* Yıl: 2 Sayı: 5, Ocak 2007.
- Poiat Oğuz, *Tıbbi Uygulama Hataları*, Ankara, 2005.
- Sütlaş Mustafa, *Hasta ve Hasta Yakını Hakları*, İstanbul 2000.
- Tezcan Durmuş / Erdem Mustafa Ruhan / Önok R. Murat, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007.

V. TÜRK - ALMAN TIP HUKUKU SEMPOZYUMU

NIHAT
KANBUR'UN
TEBLİĞİ

- Toroslu Nevzat, *Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu*, Ankara üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Ankara, 1970.
- Ünver Yener, Hekimin Cezai Sorumluluğu, in. *Roche Sağlık Hukuku Günleri*, C.1 Tebliğler, 1.Baskı, İstanbul, 2007.
- Ünver Yener, Türk Tıp Hukukunda Rıza, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, III,2 Özel Sayı, Türk-Alman Tıp Hukuku, İstanbul, 2006.
- Yarsuvat Duygun / Bayraktar Köksal, Yeni Türk Ceza Kanunundaki Bazı Suçlar Karşısında Tıbbi Uygulamaların Durumu, in. *Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Erden Kuntalp'e Armağan, C.II, Kamu Hukuku, Y.3 S.2, 2/2004.
- Yurtcan Erdener, *Türk Hukukunda Kürtaj ve Uygulanması*, İstanbul, 1985.

Oturum Başkanı: Nihat beye hem hukuki bilgi, hem de teknik olarak açıkladığı için çok çok teşekkürler. Süre konusunda çok sıkıştığımız için istemeyerek müdahale ettim.

Şimdi söz İbrahim Dülger kardeşimizde. Hem ceza hukukçusu olup, hem de yüzünden hiç gülücükleri eksik etmeyen böyle bir genç arkadaşımız, nasıl beceriyor ben de bilmiyorum ama söz onda.

Yrd. Doç. Dr. İbrahim DÜLGER (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi):*

GİRİŞ

765 sayılı eski Türk Ceza Kanunu'nda yer almayan genital muayene suçu, ceza hukukumuzda ilk kez 5237 sayılı kanunla girmiş, gerek kanunlaşma aşamasında gerekse kanunlaştıktan sonra üzerinde en çok konuşulan ve en çok eleştirilen düzenlemelerden biri olmuştur.

Bu suç, 5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu'nun suçların düzenlendiği "Özel Hükümler" başlıklı ikinci kitabın, "Millete ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükümler" başlıklı dördüncü kısmının, "Adliye Karşı Suçlar" başlıklı ikinci bölümünde, "Genital Muayene" başlıklı 287. maddesinde düzenlenmiştir.¹

765 sayılı kanun zamanında sıkça karşılaşılan, Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu, yatılı okul ya da yurt yetkilileri tarafından veya ailelerce genç kızların bekaret kon-

* "Tıp Ceza Hukukunda Genital Muayene" başlıklı tebliğ.

¹ Madde 287- (1) Yetkili hakim ve savcı kararı olmaksızın, kişiyi genital muayeneye gönderen veya bu muayeneyi yapan fail hakkında üç aydan bir yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(2) Bulaşıcı hastalıklar dolayısıyla kamu sağlığını korumak amacıyla kanun ve tüzüklerde öngörülen hükümlere uygun olarak yapılan muayeneler açısından yukarıdaki fıkra hükmü uygulanmaz.

İBRAHİM
DÜLGER'İN
TEBLİĞİ

trolü ya da kızlık muayenesi olarak adlandırılan böyle bir kontrole gönderilmeleri, insanlık dışı bir uygulama ve mağdurun kişilik haklarının ihlali olduğu, onun psikolojik olarak gelişim ve sağlığında onarılamaz yaralar açtığı gerekçeleriyle ağır şekilde eleştirilmiştir. Eleştirilmekle birlikte bu kontrolü yaptıran ya da yapanlara, bu fiillerinden dolayı, böyle bir fiilin ceza kanunu ya da sair kanunlarda suç olarak düzenlenmemiş olması nedeniyle, kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi gereğince herhangi bir adli işlem yapılamamıştır.

Hekimler açısından, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önce, bu konuda Türk Tabipleri Birliği tarafından 47. Genel Kurul'da kabul edilip 01.02.1999 tarihinde yayınlanan, Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın, "Cinsel İlişki Muayeneleri" başlıklı 39. maddesi hükmüne göre hareket edilmekteydi. Bu hükme göre hekimler, savcılıklar ve mahkemeler dışındaki kişi ya da kurumlardan gelen cinsel ilişki muayene taleplerini dikkate alamayacakları, ilgilinin veya ilgili reşit değilse veli ya da vasisinin aydınlatılmış onamı olmadıkça cinsel ilişki muayenesi yapamayacaklardır.² Bu kurala aykırı davranan hekim ya da hekimler, fiilleri ayrı bir suçu oluşturmadığı takdirde, Türk Tabipleri Birliği Disiplin Yönetmeliği hükümlerince cezalandırılmaktaydı.

Çeşitli kadın kuruluşlarının ve sivil toplum örgütlerinin talep ve baskılarının da etkisiyle, 5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu'nda genital muayene suçuna yer verilmiştir. Bu düzenlemeye göre, yetkili hakim ve savcı kararı olmaksızın bir kimsenin genital muayeneye gönderilmesi veya genital muayenesinin yapılması yasaklanmıştır.

² Hekimlik Meslek Etiği Kuralları için bkz.: http://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com_content&task=view&id=65&Itemid=31, 03.01.2008, 01:57.

I. KORUNAN HUKUKİ YARAR

Ceza kanunlarında yer alan suç tipleri belirli bir sistem içerisinde gruplandırılır. Bunun için çeşitli ölçütler olmakla birlikte yaygın olarak, korunan hukuki yarar ölçütü kullanılmaktadır. Bazı suç tipleri, birden fazla hukuki yararı korumaktadır. Böyle bir durumda kanun koyucu öncelik verdiği hukuki yarara göre ilgili suçu o grup içerisinde düzenlemiştir.

Ceza Kanunu'nda genital muayene adliye karşı suçlar bölümünde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeden çıkardığımız sonuç, kanun koyucunun öncelik verdiği hukuki yararın, ceza yargısının, her türlü ihlal ve kötüye kullanımının önüne geçilerek sağlıklı bir şekilde gerçekleştirilmesini sağlamak olduğudur. Başka bir ifadeyle, ceza yargılaması sürecinde adliyenin irade ve işleyişine karşı gelinmesini önlemektir. Böylelikle ceza yargılamasının her türlü baskı, etki, yönlendirme ve kötüye kullanımının önüne geçilecektir.

Genital muayeneye ilişkin düzenleme incelendiğinde bu hükmün birden fazla hukuki yararı koruduğu görülür. Bunlar, cinsel anlamda vücut dokunulmazlığı, bireyin kendi irade ve tercihiyle hareket edebilme özgürlüğü, onurlu, saygın ve haysiyetli olma hakkı ve nihayet adliyenin irade ve işleyişinin sağlıklı yürütülmesidir. Kanun koyucu, biraz önce de ifade ettiğimiz gibi, bu yararlardan adliyenin irade ve işleyişini öncelikli yarar olarak kabul etmiştir.

Yeni ceza kanununun temel felsefesinin insan merkezli³ ve bireyci olduğunun, bireyin ve haklarının öncelikli ele alın-

³ Adalet Bakanlığı, Kanunlar Genel Müdürlüğü'nce hazırlanan ve Yeni Ceza Kanunu tanıtım seminerlerinde de yer alan "Bakanlığımızca Hazırlanan Temel Ceza Kanunları ile Ceza Hukukumuzda Getirilen Yenilikler" başlıklı makalede, Türk Ceza Kanunu'yla getirilen yeniliklerle ilgili ilk olarak;

"Kanunla 765 sayılı Türk Ceza Kanununun sistematik yapısı tamamen değiştirilmiştir. Yeni Türk Ceza Kanunu, yalnız hükümleri bakımından değil sistematik bakımından da "insan merkezli" bir kanundur.

İBRAHİM
DÜLGER'İN
TEBLİĞİ

diğinin vurgulanmasına karşın, kanun koyucunun bu tercihi, bize göre, deklare ettiği felsefeye uygun bir düzenleme olmamıştır. Şöyle ki; genital muayene ile öncelikle bireyin maddi ve manevi kişiliğine saldırılmakta, cinsel anlamda vücut dokunulmazlığı ihlal edilmektedir. Adliyenin irade ve işleyişine de yapılan bir saldırı var olmakla beraber bu tali ve bireyin uğradığı zararın yanında çok daha önemsiz kalmaktadır.

Sonuç olarak, bana göre korunan hukuki yarar, öncelikli olarak bireyin cinsel anlamda vücut dokunulmazlığı, bireyin kendi irade ve tercihiyle hareket edebilme özgürlüğü, onurlu, saygın ve haysiyetli yaşama hakkıdır.⁴ Bu itibarla genital muayene suçu, millete ve devlete karşı suçlar kısmının adliyeye karşı suçlar bölümünde değil, kişilere karşı suçlar kısmının cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar bölümünde düzenlenmesi daha yerinde olurdu.

II. SUÇUN KONUSU

Konu, somut bir şeydir. Bazı suç tiplerinde konunun, bir nesne olduğu açık bir şekilde anlaşılmaktadır. Örneğin, hırsızlık suçunda taşınır bir mal, mala zarar verme suçunda taşınır ya da taşınmaz bir mal konuyu oluşturan nesnedir. Fakat konuyu, mağdurla ya da korunan hukuki değerle karıştırmamak gerekir. Öyle ki bazı suçlarda konu ile mağdur iç içe olmakla beraber ayrı şeylerdir. Örneğin, yaralama suçlarında, mağdur yaralanan kişi olmasına karşın suçun konusu bu kişinin vücududur. Aynı şekilde hakaret suçlarında mağdur, hakaret edilen kişi, konu ise bu kişinin şerefidir. Koru-

765 sayılı Kanununun sistematüğinde, öncelikle Devletin şahsiyetine karşı suçlar düzenlenmişken; 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda bireye verilen önemi vurgulamak amacıyla, insanlığa karşı suçlar ve kişilere karşı suçlar, özel hükümler arasında, öncelikle düzenlenmiştir." denilmektedir. Bkz.: <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/diger/kgmbrifing.doc>, 27.01.2008, 24:38.

⁴ Aynı yönde görüş için bkz.: Hakeri, Hakan, *Tıp Hukuku*, Ankara 2007, s. 529; Aksi görüş için bkz.: Meran, Necati, *Açıklamalı - İçtihatlı Sulh Ceza Davaları*, Ankara 2007, s. 798.

nan hukuki değer soyut, konu ise biraz önce de belirttiğimiz gibi somut bir şeydir ve bazen belli bir kişi ile de bağlantılı olabilir. Örneğin yaralama suçlarında korunan hukuki değer, kişinin vücut dokunulmazlığı iken konu, kişinin vücududur. Hakaret suçunda ise korunan hukuki değer, kişinin onurlu, saygın ve haysiyetli yaşama hakkı iken konu, kişinin onuru, şerefidir.⁵

Bu açıklamalardan sonra suçun konusunu, üzerinde suçun işlendiği bir nesne ya da değer olarak belirtebiliriz. Buna göre genital muayene suçunun konusu, muayeneye götürülen ve/veya muayene edilen bireyin vücudunun bir kısmını teşkil eden genital organları, bir başka ifadeyle üreme sistemidir.

Bazı yazarların belirttiği gibi bu suçun konusunun, “yetkili hakim ve savcı kararı olmaksızın, yapılan genital muayene işlemi”⁶ olduğunu kabul etmek mümkün değildir. Yetkili mercii kararı olmaksızın yapılan genital muayene işlemi, suçun konusunu değil, genital muayene yapma suçu açısından maddi unsur içerisindeki hareketi oluşturur.

III. FAİL

Genital muayene suçuna ilişkin 287. madde metni incelendiğinde, birbiriyle bağlantılı olmakla birlikte suçun maddi unsuru yönünden farklı iki suçun düzenlediği görülmektedir.⁷ Bunlardan ilki, yetkili hakim ve savcı kararı olmaksızın bir kişiyi genital muayeneye gönderme; diğeri ise yetkili ha-

⁵ Özgenç, İzzet, “Yeni TCK’nun Hazırlanmasında Esas Alınan Suç Teorisi”, s. 16-21, bkz.: <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/pp2.ppt>, 27.12.2007, 23:34; Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2006, s. 187; suçun konusu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Toroslu, Nevzat, *Cürümlerin Tesnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu*, Ankara 1970, s. 87 vd.

⁶ Meran, s. 800.

⁷ Aynı yönde bkz.: Hakeri, s. 530.

kim ve savcı kararı olmaksızın genital muayene yapma suçlarıdır.⁸

- Genital muayeneye gönderme suçu açısından:

Genital muayeneye gönderme suçu açısından fail herkes olabilecektir. Fakat tüzel kişiler bu suçun faili olamazlar. Kişi muayeneye bir tüzel kişilik adına gönderilmiş olsa bile fail, tüzel kişilik değil, tüzel kişilik adına bu gönderme kararını veren, bu işlemi gerçekleştiren gerçek kişidir.

Bu suçun failinin herkes olabileceğini belirtmeme rağmen ebeveynin fail olup olamayacağını belirlemek gerekir. Doktrinde ebeveynin bu suçun faili olamayacağı belirtilmektedir. Gerekçe olarak da *"reşit olmayan çocukları üzerinde rıza gösterme yetkisine sahip olan ebeveyn çocuklarını genital muayeneye gönderme hakkına da sahiptir"* denilmektedir.⁹ Böyle bir genellemeyle ebeveynin hiçbir şekilde fail olamayacağı düşüncesine ve ileri sürülen gerekçeye katılmadığımı ifade etmeliyim. 287. maddenin gerekçesinde, hukuka aykırı olarak yapılan genital muayenenin suç haline getirildiği belirtilmektedir. O halde hukuka aykırı olmayan genital muayeneler suç oluşturmayacaktır. Bu itibarla ebeveynin çocuğunu genital muayeneye götürmesinin hukuki olup olmadığının belirlenmesi gerekir. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ebeveyn çocuklar üzerinde bir takım hak ve yetkiler tanımaktadır fakat bu hak ve yetkiler

⁸ Bu suçun, "Adliyeye Karşı Suçlar" bölümünde düzenlenmiş olmasından dolayı sadece adli bir soruşturma ve/veya kovuşturma çerçevesinde işlenebileceği iddia edilirse, bu durumda fail ve mağdur sınırlı kimseler olacaktır. Ben böyle bir iddiaya katılmadığım, genital muayene suçunun adli bir soruşturma ve kovuşturma olmaksızın da işlenebileceği düşüncesinde olduğum için gerek fail, gerek mağdur ve gerekse diğer açıklamalarımı bu düşüncem paralelinde yapacağım.

⁹ Hakeri, s. 529. Hakeri, bu konuda ek olarak, belirli bir yaştan sonra çocuğa da rıza gösterme yetkisinin tanındığı hallerde, genital muayeneye itiraz etme hakkının tanınması gerektiğini, ebeveynin tek başına talebi ile genital muayene yapılamayacağını, ancak bu durumda dahi çocuklarını hekime genital muayene için götüren ebeveynin fail olamayacağını belirtmektedir.

sınırsız değildir. Bana göre ebeveyn bazı durumlarda bu suçun faili olabilecektir. Konuyu farklı ihtimaller çerçevesinde değerlendirecek olursak:

Ebeveynin, bir rahatsızlığını teşhis ve tedavi amacıyla, çocuğunu genital muayeneye götürmesi bu suçu oluşturmayacaktır. Çünkü ebeveynin çocuklarının bedensel ve zihinsel olarak sağlıklı gelişimlerini sağlamak konusunda hak ve yükümlülükleri vardır.

Çocuğun ilerde karşılaşabileceği olumsuzlukların önüne geçmek amacıyla, onun yararına olarak genital muayeneye götürülmesinde ise ebeveynin fail olup olmadığı belli şartlara göre değişeceği düşüncesindeyim. Örneğin ağaçtan düşen çocuğunun kızlık zarının zarar görmüş olabileceğini düşünen ebeveyn, ilerde çocuğunun evlenme çağında onun açısından olumsuzluk oluşturabileceği kaygısıyla genital muayeneye götürerek böyle bir şeyin olup olmadığına ilişkin rapor tanzimi amacıyla götürmesinde suçun oluşup oluşmadığını tespit edebilmek için çocuğun ayırt etme yeteneğine¹⁰ sahip olup olmadığına bakmak gerekir. Çocuk, ayırt etme yeteneğine sahip değilse ebeveynin bu örnekteki fiili suç oluşturmayacaktır. Fakat burada çocuk ayırt etme yeteneğine sahipse ve ebeveynin iyi niyetle götürdüğü genital muayeneye rıza göstermiyorsa, buna rağmen ebeveyn çocuğu muayeneye götürmüşse bu durumda bana göre fail olacaktır.

Bir diğer ihtimalde ise, kız çocuğunu, rızası olmadığı halde, cinsel ilişkiye girip girmediyini öğrenmek için genital muayeneye götürmesi halinde suç oluşacak ve ebeveyn fail olarak yargılanacaktır.

¹⁰ 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 13. maddesinde ayırt etme yeteneği "*Yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkes, bu Kanuna göre ayırt etme gücüne sahiptir.*" ifadesiyle tanımlanmıştır.

Son iki ihtimal olarak açıkladığım durumlarda hekim, çocuğun rızasızlığından hareketle genital muayene yapmaktan kaçınması gerekir. Aksi takdirde 287. madde kapsamında sorumlu olacaktır. Çocuğun rızasızlığına rağmen ebeveyn tarafından genital muayeneye getirilmiş olması halinde hekim, muayeden kaçınmakla birlikte ayrıca gecikme göstermeksizin yetkili makamlara durumu bildirmek zorundadır. Bildirmediği takdirde de Ceza Kanunu'nun 280/1. maddesine¹¹ göre yargılanacaktır.

Aynı şekilde eş de bu suçun faili olabilecektir.

- Genital muayene yapma suçu açısından:

Yetkili hakim ve savcı kararı olmaksızın genital muayene yapma suçunun faili herkes olabilir.¹² Doktrinde ileri sürüldüğü gibi failin yalnızca hekim ya da sağlık personeli olduğu düşüncesine¹³ katılmıyorum.

Ceza Kanunu'nun 287. maddesinin metni ve gerekçesi incelendiğinde böyle bir hükme varmak bence mümkün değildir. Bu suçun, adliye karşı işlenen suçlar içerisinde yer alması nedeniyle adli bir soruşturma ve kovuşturma çerçevesinde işlenebileceği düşünülerek böyle bir fikir ileri sürülmüş olabilir. Fakat maddenin konuluş amacı dikkate alındığında bu suçun mutlaka adli bir soruşturma ya da kovuşturmaya konu bir olay açısından işlenmiş olması şart değildir.¹⁴ "Bu maddede suç olarak tanımlanan muayene, bir suç olgusunu açıklığa kavuşturmak amacını taşımamaktadır"¹⁵ dolayısıyla herhangi bir

¹¹ Madde 280- (1) Görevini yaptığı sırada bir suçun işlendiği yönünde bir belirti ile karşılaşmasına rağmen, durumu yetkili makamlara bildirmeyen veya bu hususta gecikme gösteren sağlık mesleği mensubu, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

¹² Aynı yönde görüş için bkz.: Meran, s. 798.

¹³ Hakeri, s. 529.

¹⁴ Hakeri, s. 530. Hakeri, bu düşüncüyü sadece "muayeneye gönderme eylemi" için ileri sürmektedir.

¹⁵ Özgenç, İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler), Üçüncü Bası (T.C. Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı), Ankara 2006, s. 1059.

soruşturma ve kovuşturmayla konu olmaksızın da bu suç işlenebilecek, dolayısıyla genital muayene yapabilen herkes fail olabilecektir. Örneğin bir kovuşturma kapsamında olsun ya da olmasın, tıp fakültesi 4. sınıf öğrencisi ya da çevrede tıbbi konularda bilgili kabul edilen biri tarafından genital muayene yapılması halinde, bu kimseler de fail olabileceklerdir.

1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının İcrasına Dair Kanun'un 11. ve 13. maddeleri, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 75/3. maddesi, Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkındaki Yönetmelik'in 4., 7. ve 11. maddeleri dikkate alındığında, tıbbi anlamda müdahalenin ve/veya beden muayenesinin, hekim ya da sağlık mesleği mensubu tarafından yapılması gerekmektedir. Fakat belirttiğim maddelerden hareketle failin mutlaka hekim ya da sağlık personeli olması gerektiği sonucuna varılmaması gerekir. Adli bir olayda delil teşkil edebilmesi, geçerli ve resmi bir belge olması açısından kanunla yetkili kılınan hekim ya da diğer sağlık personelinin muayenesi ve belge tanzimi aranabilir. Fakat biraz önce de belirttiğim gibi, adli soruşturma ya da kovuşturmayla konu bir olay olmaksızın da işlenebileceği için, genital muayene yapma suçu, mahsus (özü) suçlardan olmayıp, faili hekim veya diğer sağlık personeli yanında herkes olabilecektir.

IV. MAĞDUR

Gerek genital muayeneye gönderme gerekse genital muayene yapma suçları açısından mağdur herkes olabilir. Mağdurun cinsiyeti, yaşı, uyruğu, mesleği, statüsü, eğitim düzeyi vs. gibi durumunun herhangi bir önemi yoktur. Türk ya da başka bir ülke vatandaşı; kadın ya da erkek; çocuk, genç, yetişkin ya da yaşlı olabilir. Mağdur, hukuka aykırı olarak genital muayeneye gönderilen ve bu muayeneye tabi tutulan herhangi bir kimsedir.

Cinsel suçlara ilişkin soruşturma ve kovuşturma kapsamındaki mağdur, şüpheli ya da sanık genital muayene suçunun mağduru olabileceği gibi herhangi adli bir soruşturma ve kovuşturma söz konusu olmaksızın genital muayeneye gönderilen ve/veya muayene edilen bir kişi de mağdur olabilecektir.¹⁶

V. MADDİ UNSUR

Genital muayene suçunun düzenlendiği 287. maddede, ortak yönleri olmakla birlikte farklı iki suç tipinin yer aldığı daha önce ifade etmişim. Genital muayeneye gönderme suçu açısından hareket, bir kimsenin geçerli bir rızası bulunmadığı halde, yetkili hakim ve savcı kararı olmaksızın genital muayeneye gönderilmesidir.

Madde metninde, sadece göndermeden bahsedilmiştir. Fakat çoğu zaman göndermenin yanında mağdurun muayene yapılmak üzere götürülmesi de gerekmektedir ama kanunda bu konuda bir açıklık bulunmamaktadır. Bu düzenlemenin getiriliş amacı, hukuka aykırı şekilde genital muayene yapılmasını engellemek olduğuna göre hareketi oluşturan göndermeye, götürmenin de dahil olacağına tereddüt yoktur.¹⁷

Maddede iki ayrı suçun tanımlandığı kabul edildiğinde,¹⁸ bunlardan ilki olan genital muayeneye gönderme suçu bağlı hareketli bir suçtur. Sadece mağduru genital muayeneye gönderme suretiyle işlenebilir. Fakat burada genital muayeneye götürmenin, gönderme fiilinin içerisinde düşünülmesi ve kabul edilmesi gerekir. Götürme fiili bağımsız bir fiil değil, gön-

¹⁶ Aynı yönde bkz.: Meran, s. 799.

¹⁷ Aynı yönde bkz.: Meran, s. 800.

¹⁸ Maddedeki düzenlemede iki ayrı suçun düzenlendiği kabul edilmez ise, ki bu görüşe katılmadığımı belirtmekle birlikte, bu durumda bu suçun gönderme veya muayene etme şeklinde seçimlik hareketli bir suç olduğu kabul edilmelidir.

dermenin bir gereği, devamı ve uzantısıdır. Bu itibarla genital muayeneye gönderme ve götürme fiillerinden bahsetmiş olmamızdan bu suçun seçimlik hareketli bir suç olduğu sonucu çıkarılmamalıdır.

Genital muayeneye gönderme suçu açısından netice, kişinin genital sisteminin muayene edilmek üzere gönderilmiş, götürülmüş olmasıdır. Dolayısıyla mağdurun genital muayeneye gönderilmesi, götürülmesiyle suç tamamlanmış olur. Doktrinde bazı yazarlar¹⁹ tarafından genital muayeneye göndermiş olmanın suçun oluşması için yeterli olmadığı, muayenenin de yapılmış olmasının gerekli olduğu, aksi takdirde gönderen bakımından suçun teşebbüs aşamasında kaldığının kabul edilmesi gerektiği iddiasına katılmıyorum. Bana göre bu suçun tamamlanmış olması için muayenenin de yapılmış olması şart değildir. Çünkü 287. madde hükmünde "... kişiyi genital muayeneye gönderen veya bu muayeneyi yapan fail ..." denilmekte, öngörülen hareket modelleri "veya" bağlacıyla ifade edilmektedir. Burada "ve" bağlacı kullanılmış olsaydı bu iddia haklı olabilirdi, oysa "veya" bağlacının kullanılmış olması, bu fiillerden herhangi birinin gerçekleştirilmesiyle suçun oluşacağına delalet eder. Gerek madde metni gerekse madde gerekçesi incelendiğinde burada yer alan "veya" bağlacının "ve" olarak anlaşılmasını gerekli kılacak bir sonuç çıkarmak da mümkün değildir.

Maddede düzenlenen ikinci suç tipi olan genital muayene yapma suçunda ise hareket, kişinin genital sisteminin bir başka ifadeyle üreme organlarının incelenmesi, kontrol edilmesidir. Bu nedenle de bu suç bağlı hareketli bir suçtur. Çünkü suçu oluşturan hareket genital sistemin muayenesinden başka bir şekilde gerçekleştirilemez. Örneğin kişinin üreme organlarının muayenesi olarak nitelendirilemeyecek biçimde sadece seyredilmesi, fotoğrafının çekilmesi, görüntü olarak kaydedilmesi veya mağdurun karşısına geçip falına bakıla-

¹⁹ Meran, s. 800.

İBRAHİM
DÜLGER'İN
TEBLİĞİ

rak genital sistemi hakkında yorum yapılması maddi unsur içerisindeki hareketi oluşturmaz. Suçun oluşabilmesi, sadece muayenenin yapılıp yapılmadığına bağlıdır.

Bu suç açısından netice, mağdurun genital muayenesinin yapılmasıdır. Genital sistemin muayenesiyle yani üreme sisteminin incelenip, kontrol edilmesiyle suç tamamlanmış olur.

Doktrinde, bu suçun oluşabilmesinin muayeneye gönderme suçunun varlığına bağlı olduğu, yetkili hakim ve savcı dışında herhangi bir kimse tarafından muayene amaçlı göndermenin olmadığı takdirde muayene etme suçunun da oluşmayacağı iddia edilmektedir.²⁰ Bu iddiaya da katılmadığımı belirtmek isterim. Çünkü bana göre bu suç diğerinden bağımsız bir suçtur. Madde metnindeki "veya" bağlacı bizi bu sonuca götürmektedir. Dolayısıyla hukuka aykırı bir gönderme olmaksızın da bu suç oluşabilecektir. Örneğin, ensesindeki şişliği kontrol ettirmek için kendi isteğiyle hekime giden hastanın rızası ve tıbbi zorunluluk olmadığı halde hekim tarafından genital muayeneye tabi tutulmasında bana göre bu suç oluşacaktır. Verdiğim örnekte ve benzer örneklerde olduğu gibi böyle bir durumda artık hekime gelen hastanın hukuka aykırı olarak gönderilip gönderilmediğine ya da hukuka aykırı olarak getirilip getirilmediğine bakılmayacaktır. Çünkü tek başına hekimin fiili 287. maddede belirtilen ikinci tipe uygun bir eylemdir.

Burada incelenmesi gereken bir diğer husus da madde metninde yer alan "*yetkili hakim ve savcı kararı*" ibaresidir. Bu ibareyi, Türkçe dilbilgisi kurallarına göre yorumlayacak olursak muayeneye göndermenin hakim ve savcının birlikte, ortak kararları çerçevesinde olması gerektiği gibi bir sonuç çıkmaktadır. Böyle bir sonucu kabul etmek mümkün olmadığı gibi²¹ bu durum ceza yargılaması kurallarına da ters düşecektir. Ceza yargılamasında hakim, bağımsız bir makam

²⁰ Hakeri, s. 530.

²¹ Aynı yönde düşünce için bkz.: Hakeri, s. 530; Meratı, s. 800-801.

olup yargılamaya ilişkin hiçbir kararında savcının da iştiraki, imzası ya da onayı gibi bir şart koşulamaz. Hakim, ceza yargılamasının her aşamasında kanunun kendisine verdiği yetkiyi aşmamak, bu yetkiye aykırı olmamak ve kanunun çizdiği sınırlarda kalmak şartıyla gerekli gördüğü her kararı tek başına alabilecektir. Bu itibarla genital muayene açısından "*hakim ve savcı kararı*" ibaresinin kullanılmış olması yerinde değildir.

Madde metnindeki "*ve*" bağlacının "*veya*" olarak kabul edilmesi düşünülebilir. Ama bu da kanunilik ilkesine uygun olmayacak bir yaklaşımdır. Ayrıca buradaki "*ve*" bağlacı "*veya*" olarak kabul edildiğinde, savcının tek başına vereceği bir kararla da kişi genital muayeneye tabi tutulabilecektir. Ceza yargılamasında iddia makamında bulunan savcıya böyle bir yetkinin verilmesinin doğru olmadığı düşüncesindeyim. Doktrinde de belirtildiği gibi²² savcıya bu yetki, CMK'nun 75 ve 76. maddelerinde olduğu gibi, gecikmesinde sakınca bulunan hallerle sınırlı olmak kaydıyla verilmeli ve yirmi dört saat içerisinde hakim ya da mahkeme onayına sunulma şartı aranmalıdır.²³

²² Ünver, Yener, "Türkiye'de Ceza Hukuku Alanında Yapılan Yakın Tarihli Düzenlemelerde Tıp Hukukuna İlişkin Birkaç Sorun", *Uluslararası Katılımlı I. Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sempozyum Kitabı*, İstanbul 2005, s. 112-113.

²³ CMK 75 ve 76. maddelerinde mağdur, şüpheli ya da sanığın beden muayenesinin, kural olarak, sadece hakim ya da mahkeme kararıyla yapılabileceği belirtilmiştir. Hakim buna re'sen ya da Cumhuriyet Savcısının veya mağdurun talebi üzerine karar verebilecektir. Beden muayenesine istisna olarak ise gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısı karar verebilecektir. Fakat Cumhuriyet Savcısının verdiği bu karar, yirmi dört saat içinde hakim ya da mahkemenin onayına sunulacaktır. Savcının bu kararı, hakim ya da mahkeme tarafından onanmazsa hükümsüz kalacak ve bu süreçte elde edilen deliller kullanılamayacaktır. Bana göre burada onanmayan kararın yaptırımı, yirmi dört saat içerisinde hakim ya da mahkemeye sunulmayan savcılık kararı için de geçerlidir. Bir başka ifadeyle, her ne kadar maddede ifade edilmemiş olsa da, kanuni süresi içerisinde hakim veya mahkeme onayına sunulmayan savcılık kararı geçersiz olacaktır, elde edilen deliller kullanılamayacaktır.

Son olarak değinmek istediğim husus ise maddi unsur açısından temel olan, genital muayene kavramıdır. Genital kelimesi İngilizce bir kelime olup, "üreme sistemiyle ilgili, üreme organlarına ait"²⁴ anlamlarına gelmektedir. Bu itibarla genital muayene, üreme sisteminin, üreme organlarının kontrolü, incelenmesidir. Maddenin, özellikle toplumda büyük tepkiler uyandıran kızlık muayenesinin yasal sınırlara kavuşturulması amacıyla hazırlandığı düşünüldüğünde, burada yer alan genital kavramının çok geniş bir kavram olduğu açıktır. Çünkü genital sitem,²⁵ vücudun dış kısmında yer alan organların yanı sıra vücut içinde yer alan organlardan da oluşmaktadır. Örneğin yumurtalıklar, rahim, rahim kanalları, prostat ve tohum kanalları gibi. Tepkilere yol açan konu ise bu organların muayenesinden kaynaklanmamaktadır.

Ayrıca cinsel ilişki ya da cinsel saldırı, fiili livata şeklinde gerçekleşmiş ve muayene anüs bölgesinin incelenmesiyle yapılmışsa bu madde uygulanabilecek midir? Doktrinde anüs bölgesinde yapılan muayenelerde de 287. maddenin uygulanacağı ifade edilmişse de²⁶ bana göre mümkün değildir. Çünkü anüs, genital sisteme değil sindirim sistemine (gastro-intestinal) dahil bir organdır.²⁷ Madde metninde ve gerekçesinde anüs bölgesinin, genital kavramı kapsamında kabul edilmesi gerektiğine ilişkin bir açıklama yer almamaktadır. Buna rağmen anüs bölgesinin de dahil olduğunu iddia etmek, maddenin kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlan-

²⁴ <http://www.ingilizcesozluk.gen.tr/sozluk.php?word=genital>, 17.12.2007, 23:17; <http://www.sozluk.web.tr/index.php>, 17.12.2007, 23:17; <http://www.hemencevir.com:81/default.asp?goster=2&metin=genital&dosya=802100521f.txt>, 17.12.2007, 23:18.

²⁵ Genital sistem hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Şatıroğlu, Hakan, "Kadın Üreme Organları", http://www.tr.net/saglik/kadin_sagligi_ureme_organlari.shtml, 23.01.2008, 01:12; Şatıroğlu, Hakan, "Erkek Üreme Organları", http://www.tr.net/saglik/erkcek_sagligi_ureme_organlari.shtml, 23.01.2008, 01:14.

²⁶ Hakeri, s. 530.

²⁷ <http://biology.sebat.edu.kg/tr/Sindirim%20sistemi/webler/web3.htm>, 27.01.2008, 02:14.

ması olacaktır. Bu ise 5327 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 2/3. maddesine açık olarak yasaklanmıştır. Kaldı ki doktrinde de fail aleyhine genişletici yorum yapılamayacağı yönünde görüş birliği vardır.

Bu itibarla 287. maddenin anüs bölgesine ilişkin muayeneleri de kapsayacak şekilde düzenlenmesi gerekirdi. Bunun içinse maddede "genital muayene" kavramı yerine "beden muayenesi" kavramına yer verilip buna anüs bölgesinin de dahil olacağı açıkça belirtilmeliydi. Böylece Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 75 ve 76. maddelerine de paralel bir düzenleme yapılmış olurdu.²⁸

VI. MANEVİ UNSUR

Bu suç kasten işlenebilen bir suçtur, taksirle işlenemez. Kişiyi genital muayeneye gönderen, götüreren ya da muayeneyi yapan failin güttüğü amacının bir önemi yoktur. Klasik öğretideki ifadeyle, genel kast yeterlidir özel kast aranmaz.²⁹

Söz konusu suçun doğrudan kastla işlenebileceği konusunda tereddüt yoktur. Doğrudan kastın varlığı için genital muayeneye gönderme, götürme ve muayene yapmanın bile rek ve isteyerek gerçekleştirilmesi gereklidir.

Bu suç, olası (muhtemel) kastla da işlenebilecek midir? Doktrinde, sadece doğrudan kastla işlenebileceği iddia edilmiş³⁰ olmasına karşın bence olası kastla da işlenebilecektir. Çünkü kasten işlenebilen bir suç, kanuni tanımında "bilerek",

²⁸ Kilis Milletvekili Hasan Kara, TBBM Adalet Komisyonu Türk Ceza Kanunu Tasarısı Raporundaki karşı oy yazısında aynı yönde eleştiride bulunmakta ve maddenin, teklifi doğrultusunda değiştirilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Bkz.: Tutanaklarla Türk Ceza Kanunu, Ankara 2005, s. 35-36.

²⁹ Klasik öğretide yer alan genel kast-özel kast ayrımı yeni Ceza Kanunu öğretisinde kabul edilmemektedir.

³⁰ Meran, s. 801.

İBRAHİM
DÜLGER'İN
TEBLİĞİ

"*bildiği halde*", "*bilmesine rağmen*" gibi ifadelerle yer verildiği takdirde sadece doğrudan kastla işlenebilir. Kanuni tanımında böyle ifadelerin yer almadığı kasıtlı suçlar ise hem doğrudan kastla hem de olası kastla işlenebilecektir.³¹ Örneğin, hekime baygın halde genç bir bayanın getirildiğini, getiren kişilerin genital muayene talebinde bulduklarını düşünelim. Bu durum karşısında hiçbir kanama ya da acil bir tıbbi zorunluluk olmadığı halde ve hastanın buna rızasının olmayabileceğini öngörmesine rağmen, "*bana ne, ben muayenemi yapar paramı alırım*" şeklinde bir düşünceyle muayeneyi gerçekleştiren hekimin fiili olası kastla genital muayene suçunu oluşturacaktır.

Yetkili hakim ve savcı kararı bulunduğu ya da mağdurun rızasının var olduğu konusunda kabul edilebilir hataya düşen fail bu hatasından yararlanacak, kasten hareket etmemiş sayılacaktır. Hataya düşmesinde failin taksiri olsa bile, bu suç taksirle işlenebilen bir suç olmadığı için cezalandırılmayacaktır.

Ayrıca bir kimseyi, maruz kaldığı, karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı cebir ve şiddet veya muhakkak ve ağır bir korkutma veya tehdit sonucu genital muayeneye gönderen, götürülen ya da muayene eden kimse Ceza Kanunu'nun 28. maddesi uyarınca cezalandırılmayacaktır. Bu durumda, cebir ve şiddet, korkutma ve tehdidi kullanan kişi fail kabul edilecek ve cezalandırılacaktır.

VII. HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

Hukuka aykırılığı ortadan kaldıran nedenlere geçmeden önce 287/2. maddedeki düzenlemeden bahsetmek gerekir. Buna göre, bulaşıcı hastalıklar dolayısıyla kamu sağlığını korumak amacıyla kanun ve tüzüklerde öngörülen hüküm-

³¹ Bkz.: TCK madde 21 gerekçesi; Özgenç, Genel Hükümler, s. 220; Özgenç, Gazi Şerhi, s. 297.

lere uygun olarak yapılan muayeneler açısından birinci fıkra hükmü uygulanmayacaktır. Fıkroda, tüzükten de bahsetmiş olması ve kanuna rağmen tüzük hükmünün uygulanmasının suçu oluşturmayacağıun belirtmiş olması nedeniyle bu düzenlemeyi hukuka aykırılığı ortadan kaldıran özel neden olarak kabul etmek gerekir.

Evlenme Muayenesi Hakkında Nizamname'nin³² 2. maddesi uyarınca, evlenmek isteyen kişilerin, resmi ya da resmi hekim tarafından onaylanmak şartıyla özel hekim tarafından Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 123 ve 124. maddelerinde³³ yer alan evlenmeye engel hastalıklardan birine sahip olup olmadıklarının incelenmesi zorunludur. Bu incelemenin nasıl olacağı Evlenme Muayenesi Hakkında Nizamname'nin 3. ve devamı maddelerinde düzenlenmiş olup 4. maddenin 4 numaralı bendinde genital muayene yer almaktadır. Bu hükümler uyarınca genital muayene yetkili hakim ve savcı kararı olmaksızın yapılabilecek, muayeneye gönderen yetkili ve muayeneyi yapan hekim, 287/2. madde gereğince cezalandırılmayacaktır.

Genel Kadınların ve Genelevlerin Tabi Olacakları Hükümler ve Fuhuş Yüzünden Bulaşan Zührevi Hastalıklarla Mücadele Tüzüğü'nün³⁴ 25. maddesi uyarınca bütün genel kadınlar³⁵ izinli olsalar bile haftada iki kez ve 23. maddede

³² 21.09.1931 Tarih ve 1904 sayılı Resmi Gazete.

³³ 24.04.1930 tarih ve 1593 sayılı bu kanun için bkz.: 06.05.1930 tarih ve 1489 tarihli Resmi Gazete. Kanununun 123. maddesinde "Frengi, belsoğukluğu ve yumuşak şankır ve cüzzama ve bir marazi akliye müptela olanların evlenmesi memnudur. Bu hastalıklar usulü dairesinde tedavi edilip sirayet tehlikesi geçtiğine veya şifa bulduğuna dair tabip raporu ibraz olunmadıkça musapların nikahları aktolunmaz."; 124. maddesinde ise "İlerlemiş sarı vereme musap olanların nikahı altı ay tehir olunur. Bu müddet zarfında salah eseri görülmezse bu müddet altı ay daha temdit edilir. Bu müddet hitamında alakadar tabipler her iki tarafa bu hastalığın tehlikesini ve evlenmenin mazarratını bildirmeğe mecburdur." hükmü yer almaktadır.

³⁴ 19.04.1961 tarih ve 10789 sayılı Resmi Gazete.

³⁵ Genel kadın, tüzüğün 15. maddesinde, başkalarının cinsi zevkini menfa-

İBRAHİM
DÜLGER'İN
TEBLİĞİ

yazılı kadınlar ise,³⁶ on günde bir defa kendilerini resmi hekime muayene ettirmeye mecburdurlar. Buradaki muayene genital muayeneyi de kapsamaktadır. Aynı şekilde bu kadınları, yetkili hakim ve savcı kararı olmaksızın muayeneye gönderebilir, götürmenin ya da bu muayeneyi yapan hekimin fiili 287/2. madde hükmüne göre suç teşkil etmeyecektir.

Hukuka aykırılığı ortadan kaldıran nedenlerden meşru savunma bu suç açısından geçerli değildir. Kanun hükmünün daha doğrusu görevin yerine getirilmesi,³⁷ ³⁸ hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası genital muayene suçunda hukuka aykırılığı ortadan kaldırır.

Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 106. maddesi kanun hükmünün yerine getirilmesine örnek olarak gösterilebilir. Maddede, zührevi bir hastalık taşıdığından şüphe edilen ve bu hastalığı etrafına yaymasından endişe duyulan kişilerin yetkililerce muayeneye gönderileceği ve resmi hekim tarafından muayene edilerek sağlık durumlarına ilişkin rapor tanzim edileceği belirtilmektedir. Zührevi hastalıkların tespitine yönelik muayene, genital muayeneyi de kapsamaktadır. Dolayısıyla kişiyi muayeneye gönderen, götüren ya da muayeneyi yapan hekim sorumlu olmayacak, fiilleri suç teşkil etmeyecektir.

Fakat burada basit bir şüphe üzerine değil çok daha ciddi şüphenin varlığı halinde kişilerin muayeneye gönderilebilmesi gerekir. Ayrıca bu muayenede öncelikle kan, idrar ve sperm tahlili yapılması, bu tahlillerle zührevi hastalık tespit

at karşılığı tatmin etmeyi sanat edinen ve bunun için değişik erkeklerle münasebette bulunan kadınlar olarak tanımlanmıştır.

³⁶ "Fuhşu sanat ve geçim vasıtası edindikleri 20 nci maddeye göre yapılan inceleme ile anlaşılın fuhuşla melûf 18 yaşını bitirmiş ve 21 yaşını bitirmemiş kadınlar"

³⁷ Özgenç, İzzet, *Yeni TCK'nın*, s. 53. Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 269.

³⁸ Kanun hükmünün yerine getirilmesi genel hükümlerde hukuka uygunluk nedeni olarak belirtilmiş olmakla birlikte 287/2. maddede ayrıca belirtilmiştir.

edilebiliyor ve tedavi için gerekiyorsa ya da tahlil sonucu elde edilen bulgular ışığında kesin kararın verilebilmesi açısından zorunluluk içeriyorsa genital muayeneye geçilmesi gerektiği düşüncesindeyim. Bu sayede kişilerin vücut dokunulmazlıklarının korunması sağlanabilecek, kanuna dayanarak gereksiz ihlallerin önüne geçilebilecektir.

Ayrıca bu kanuna göre kişi ya da kişilerin muayene talep ve işlemlerinin mutlaka resmi ve yazılı prosedürde yapılması gerekir. Bu sayede muayeneye gönderen, götüren kimselerin ve özellikle de muayeneyi yapan hekimin cezai ve hukuki yönden güvenliği sağlanmış olacaktır. Hekimin bu yöndeki sözlü talepleri yerine getirmemesi haklı ve yerinde bir davranış olacaktır.

Ceza Kanunu'nun 26/2. maddede yer alan ilgilinin rızası için kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakka ilişkin olma şartını aramıştır. Kişinin genital sistemini, üreme organlarını muayene ettirmesine ilişkin hak, üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir haktır. Dolayısıyla bu suça ilişkin ilgilinin rızası hukuka uygunluk nedeni olup fiilin suç olmasına engeldir. Fakat buradaki rızanın hukuken geçerli bir rıza olması şarttır. Fesada uğratılmış, sakatlanmış, hukuken geçerliliği olmayan rıza hukuka uygunluk nedeni değildir.

Genital muayene için bir kimsenin kendi isteğiyle hekime müracaat etmesi halinde hekim, o kişiyi muayene edebilecektir³⁹. Böyle bir durumda hekim, yetkili bir hakim ve savcı kararının bulunup bulunmadığını değil, kişinin rızasının geçerli

³⁹ 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun kanunlaşma sürecinde bazı kişi ya da kurumlar bu maddeyle bundan böyle jinekolojik muayene bile yapılmayacağını haksız olarak ifade etmişlerdir. Bu yöndeki haber için bkz.: <http://www.aksam.com.tr/arsiv/aksam/2004/09/15/gundem/gundem6.html>, 31.12.2007, 14:47. Aksi düşünceler için bkz.: Prof. Dr. İzzet Özgenç ile Türk Ceza Kanunu Üzerine Bir Söyleşi", <http://www.nabizdergisi.org/prof-dr-izzet-ozgenc-ile-turk-ceza-kanunu-uzerine-bir-soylesi/>, 30.12.2007, 23:13; Sözüer, Adem, "Bekaret Kontrolü", <http://www.takvim.com.tr/2005/06/07/yaz1342-3140-112.html>, 30.12.2007, 21:47.

olup olmadığına bakmak zorundadır. Sadece hekim ya da sağlık personelinin değil bu muayeneyi yapan diğer kişilerin de fail olabileceği düşüncesini daha önce ifade ettiğim için hukuken geçerli bir rızanın varlığı halinde tabip veya sağlık personeli dışındaki kişilerin yaptığı genital muayeneler de suç oluşturmayacaktır.

Hasta-hekim ilişkisinin söz konusu olduğu hallerde bu maddede tanımlanan suç oluşmaz. Bu itibarla jinekolojik bir rahatsızlığı olduğu ya da böyle bir hastalığın varlığından şüphelendiği için teşhis ve tedavi amacıyla uzman hekime başvuran hasta üzerindeki genital muayene suç olarak değerlendirilebilecek bir muayene değildir. Hekim tarafından, bu amaçla yapılan muayene ile ilgili olarak yetkili hakim veya savcı kararını aramaya gerek yoktur.⁴⁰

Genital muayenede fiili hukuka uygun kılan ilgilinin rızası ne zaman bulunmak zorundadır? Hukuka uygunluk nedeni olabilmesi için rızanın, gönderme açısından muayeneye gönderme, götürme fiilinden önce, muayene etme fiili açısından da muayene işlemi yapılmazdan önce bulunması gerekir. Genital muayeneye gönderme, götürme veya muayene yapılmamasından sonra gösterilen rıza fiilin hukuka aykırılığını kaldırmaz.

VIII. ÖZEL GÖRÜNÜM ŞEKİLLERİ

1. TEŞEBBÜS

Doktrinde aksi iddia edilse⁴¹ de bana göre gerek genital muayeneye gönderme, götürme gerekse genital muayene yapma suçu teşebbüse elverişlidir.

⁴⁰ Bkz.: "Prof. Dr. İzzet Özgenç ile Türk Ceza Kanunu Üzerine Bir Söyleşi", <http://www.nabizdergisi.org/prof-dr-izzet-ozgenc-ile-turk-ceza-kanunu-uzerine-bir-soylesi/>, 30.12.2007, 23:13; Sözüer, Adem, "Bekaret Kontrolü", <http://www.takvim.com.tr/2005/06/07/yaz1342-3140-112.html>, 30.12.2007, 21:47.

⁴¹ Hakeri, s. 530; Meran, s. 801-802.

Örneğin; müdürü olduğu yurttan kalan bir kız öğrenciyi çarşıda bir erkekle el ele dolaşırken gören müdür A, ertesi gün öğrenciyi çağırıp, genital muayene yaptırap getirmesi için talimat verdiği görevli B'ye teslim etmiş olsun. B, kız öğrencinin kolundan tutarak muayeneye götürmek için yurttan çıkarken kızın bağırması üzerine kapıda bekleyen polis ekibince yakalanmasında A ve B'nin fiilleri teşebbüs aşamasında kalmıştır. Genital muayeneye gönderme ve götürme fiilinin icrasına başlanmış fakat failerin dışındaki bir engel nedeniyle tamamlanamamıştır.

Aynı şekilde genital muayene yapma suçu da teşebbüse uygundur. Yukarıdaki örnekten devam ederek B'nin kız öğrenciyi hekim H'nin muayenehanesine götürdüğünü kabul edelim. H, kızın bütün itirazlarına rağmen onu muayene koltuğuna oturtmuş ve giysilerini çıkartmaya çalışırken, kızın arkadaşlarının ihbarı üzerine harekete geçen polisin muayenehaneyi basarak B ve H'yi yakalaması halinde, A ve B'nin fiili tamamlanmış olmakla birlikte H'nin genital muayene yapma fiili teşebbüs aşamasında kalmıştır.

2. İÇTİMA

Genital muayene suçu zincirleme suç hükümleri kapsamındadır. Yani bu suçun, bir suç işleme kararı kapsamında, farklı zamanlarda aynı kişiye karşı birden fazla işlenmesi durumunda Ceza Kanunumuzun 43/1. maddesi uyarınca tek bir cezaya hükmedilecektir. Fakat aynı madde gereğince suç için öngörülen ceza dörtte birden dörtte üçe kadar arttırılarak verilecektir. Doktrinde genital muayene suçunun tek bir fiille birden fazla kişiye karşı işlenebileceği savunulmuştur.⁴² Bana göre bu düşünce genital muayeneye gönderme, götürme suçu açısından doğru olmakla birlikte genital muayene yapma suçu açısından düşündürülemez. Bir kimse birden fazla

⁴² Meran, s. 802.

İBRAHİM
DÜLGER'İN
TEBLİĞİ

kişiyi aynı anda genital muayeneye gönderebilir, götürebilir. Bu durumda Ceza Kanunu'nun 43/2. maddesi uyarınca 1. fıkraya göre hareket edilecektir. Fakat genital muayene yapmak suçu açısından bu hükmün uygulanma olanağı yoktur. Çünkü tek bir fiille birden fazla kişinin aynı anda genital muayenesinin yapılması mümkün değildir. Her mağdurun muayenesi ayrı bir fiil olacaktır.

Genital muayeneye gönderen, götüren ya da muayeneyi yapan, mağdura bu suçun yanında yaralama ya da hakaret suçunu da işlemişler ise ortada birden fazla bağımsız suçun varlığı nedeniyle gerçek içtima kurallarına göre hareket edilecek, her bir suç için yargılama yapılacaktır.

Genital muayene, vücuda cisim ya da parmak gibi organ sokmak suretiyle gerçekleştirildiğinde nasıl hareket edilecektir? Eğer genital muayene yapma açısından vücuda cisim ya da parmak sokmak gibi bir zorunluluk varsa bu durumda bir fiille birden fazla kanun hükmünün ihlali söz konusudur. Fail, hem TCK'nun 287. maddesini hem de kanunun suçun oluşumu açısından cinsel arzuların tatmini amacı aramaması nedeniyle 102/2. maddesini ihlal etmiştir. Bu durumda fikri içtima hükümlerine (m. 44) göre hareket edilmelidir. Fakat genital muayene açısından herhangi bir zorunluluk olmamasına karşın fail, mağdurun vücuduna cisim ya da organ sokmuşsa gerçek içtima kurallarına göre sorumluluk belirlenecektir.

Genital muayene yapan fail, bu fiiliyle aynı zamanda 102/1. maddede düzenlenen basit cinsel saldırı suçunu da işlemiş olur mu? Ceza Kanunu'nun 102/1. maddesindeki basit cinsel saldırı suçu açısından failin, cinsel arzularını tatmin amacıyla hareket etmiş olma şartı aranmıştır. Fail, genital muayeneyi yaparken herhangi bir şekilde cinsel tatmin amacı taşımıyorsa sadece 287. maddeden sorumludur. Fakat fail muayene yapmakla birlikte cinsel arzularını tatmin amacını da taşıyorsa ve muayene gereklilik ve sınırlarını aşmamışsa bir fiille birden fazla kanun hükmünü ihlal etmiş olacak ve fikri içtima kuralları uygulanacaktır. Son durumda ise genital muayene-

yi yapan fail, aynı zamanda cinsel arzularını tatmin amacıyla hareket etmiş ve muayene gereklilik ve sınırlarını aşmışsa, örneğin mağdurun göğüslerini de okşamışsa bu durumda hem 287. hem de 102/1. maddeden sorumlu olacaktır.

Burada, genital muayeneye gönderen, götüreren ya da yapan kişinin aynı zamanda kişi hürriyetinden yoksun kılma suçunu da işlemiş olup olmayacağına da üzerinde durulması gerekir. Bana göre muayeneye gönderen, götüreren ya da muayeneyi yapanın, bu suçun icrasına ilişkin hareketleri, aynı zamanda kişi hürriyetinden yoksun kılma suçunu oluşturmaz. Madde hükmünde kişi hürriyetinden yoksun kılma suçunun, genital muayene suçunda unsur olarak belirtilmediği, bu nedenle de bileşik suç olmadığı için iki suçun da oluşacağı iddia edilebilirse de bu suç kişi hürriyetini engellemeden işlenemeyeceğinden yapısı gereği hürriyetten yoksun kılma suçunu da içinde barındırır. Nasıl ki bir yerde rastladığı hasmını belli bir süre döverek yaralayan kişi ve gece parkta rastladığı bir bayana cinsel saldırıda bulunan kişi aynı zamanda mağduru hürriyetinden de yoksun kılmakla birlikte sadece yaralama ve cinsel saldırı suçlarından yargılanıyorsa, genital muayene suçunun fail ya da failleri de sadece bu suçtan dolayı yargılanacaklardır. Fakat mağdurun genital muayenesi yapıldıktan sonra belli bir süre tutulması ya da muayeneye götürülmeden önce belli bir süre bir yerde tutulmuş olması hallerinde genital muayene suçunun yanında kişi hürriyetinden yoksun kılma suçunun da oluşacağına şüphe yoktur. Böyle bir durumda gerçek ıçtima kuralları gereğince her iki suçtan da yargılama yapılacaktır.

3. İŞTİRAK

Gerek genital muayeneye gönderme, götürme suçu gerekse genital muayene yapma suçu iştirak halinde işlenebilir. Bu suç iştirak açısından bir özellik ve farklılık göstermez. Genel hükümlerdeki iştirake ilişkin hükümlere göre hareket

edilir. Failler, arasında bu suçu işleme konusunda ortak irade ve anlaşma bulunmak şartıyla azmettiren, yardım eden ya da birlikte gerçekleştiren sıfatlarıyla işleyebilirler.

Genital muayeneye gönderme fiili götürmeyi de içermekle birlikte, götürme bağımsız bir fiil değildir. Göndermenin bir gereği, devamı ve uzantısıdır. Genital muayeneye götürme olmaksızın gönderme fiili olabileceği halde gönderme fiili olmaksızın götürme olamaz. Bu itibarla, gönderenin ayrı, götürenin ayrı kişiler olduğu olayda götürenin fiili, gönderenin fiiline iştirakten ibarettir. Genital muayeneye gönderenle götürülen, Ceza Kanunu'nun 37/1. maddesi uyarınca fiili birlikte gerçekleştiren (irtikap eden) olarak sorumludurlar.

Maddede iki farklı suç tipi düzenlendiği için gönderen ve götürülen fail ya da faillerle muayene eden failin fiilleri bu konuda aralarında iştirake ilişkin bir anlaşma olsa bile iştirak hükümleri içerisinde değerlendirilemez. Çünkü gönderen ve götürülen failin fiiliyle muayene eden failin fiili birbirinden bağımsız olarak suç teşkil etmektedir. Aralarındaki bu suçu ortaklaşa işleme konusundaki anlaşma ve irade, madde hükmü uyarınca, iştirak olarak kabul edilemez.

IX. MUHAKEME USULÜ

Genital muayene suçunun soruşturma ve kovuşturması şikayete bağlı değildir, bu suç re'sen kovuşturulur.

Genital muayeneye gönderen, götürülen ve genital muayeneyi yapan fail, kamu görevlisi değilse ya da kamu görevlisi olmakla birlikte bu suçu görevi nedeniyle işlememişse, herhangi bir kurum ve makamın iznine gerek olmadan, hakkında doğrudan soruşturma ve kovuşturma yapılabilecektir.

Fail, kamu görevlisi ve genital muayene suçunu görevi nedeniyle işlemişse, kural olarak, 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hü-

kümlerine göre hareket edilecektir. İstisna olarak ise kanun tarafından kendilerine adli görev verilen veya kanuna göre kendilerinden adli görev istenilen kişiler ya da adli kolluk görevlileri, adli görevleri dahilinde genital muayene suçunu işlerlerse, 4483 sayılı kanuna bağlı olmaksızın, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 161/5. maddesi uyarınca doğrudan Cumhuriyet Savcılarınca soruşturulacaktır.

X. GÖREVLİ MAHKEME

Genital muayene suçu için öngörülen cezanın üst sınırı iki yıldan daha az olması nedeniyle 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un⁴³ 10. maddesine göre görevli mahkeme sulh ceza mahkemesidir.

Oturum Başkanı: Biz teşekkür ediyoruz. İbrahim beye çok teşekkürler. Süre bakımından sıkıştırmak hoş değil ama gerçekten süremiz hiç kalmadı, bitirmemiz gerekiyor. Şimdi genç bir arkadaşımız, Almancası kadar Alman ceza hukukuna da hakimiyeti çok çok iyi. Bize TCK m. 101'deki kısırlaştırma suçuna ilişkin çalışmalardan edindiği bilgileri sunacak. Buyurun Cemil bey, söz sizde, 15 dakika süreniz var.

⁴³

Bkz.: 07.10.2004 tarih ve 25606 sayılı *Resmî Gazete*.

Mehmet Cemil OZANSÜ (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi):*

I. Genel Olarak

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 101. maddesi kısırlaştırma başlığını taşımakta ve sterilizasyon uygulamalarıyla ilgili olarak, kanımızca iki farklı suç tipini barındırmaktadır. Birinci fıkradaki düzenleme, ilgilinin rızasının var olmadığı durumları hükme bağlarken; ikinci fıkrada yer alan hüküm, görünüşte de olsa failin sterilizasyon eylemine mağdur tarafından rıza gösterildiği durumları kapsamaktadır. Bu sebeple anılan hükümlerin maddi unsurları farklılık taşırlar ve ayrı incelenmelidir.

II. Mağdurun Rızasına Dayalı Olmadan İşlenen Kısırlaştırma Suçu

A. Normun Koruduğu Özgürlük

TCK m. 101/f.1 hükmüyle "*rızaya dayalı olmayan sterilizasyon*" fiilini cezalandıran düzenleme, kişinin vücut bütünlüğü

* "Kısırlaştırma Suçu" başlıklı tebliğ.

hakkına dayanan maddi varlığını koruma özgürlüğünü ve bununla beraber kişinin neslini devam ettirme, yani maddi varlığını geliştirme hakkına dayanan kendi geleceğini belirleme özgürlüğünü konu edinmektedir.¹ Bu sebeple birinci fıkrada yer alan suç tipinde, ikinci fıkradan farklı olarak kişinin özgür tercihine dayanan kendi geleceğini belirleme hürriyetinin de ihlal edildiğinden söz edilmelidir.

Sonuç olarak birinci fıkrada yer alan suç değerlendirildiğinde, bunun kasten yaralama suçu düzenlemesine nazaran özel bir norm olduğu söylenebilir.

B. Fiilin Maddi Unsuru

1. Failin Niteliği

Kanun koyucu suç failinin niteliği üzerinden iki farklı modalite yaratmıştır. Buna göre, suçun basit şekli olarak adlandırabileceğimiz ilk durumda (TCK m. 101/f.1, c.1) fail, hukuken sterilizasyon işlemini yapmaya yetkili olan kimse olmalıdır. Yani -basit şeklinde- rızaya dayanmayan kısırlaştırma suçunun faili, -erkek mağdurlar bakımından- üroloji, kadın hastalıkları, doğum veya genel cerrahi uzmanlarıyla yeterli belgesi almış pratisyen hekimler; -kadın mağdurlar bakımından ise- kadın hastalıkları, doğum veya genel cerrahi uzmanları olmalıdır.²

Anılan fıkranın ikinci cümlesinde ise kanun koyucu, bu suç tipinin nitelikli halini düzenlemiştir. Buna göre, yukarıda saydığımız uzmanlık dallarını ihtisas edinmemiş kimselerce işlenen fiiller, suçun nitelikli halini gerçekleştirecek ve bu durumdaki fail daha ağır cezaya maruz kalacaktır. Görüleceği üzere, suçun nitelikli şekli olan yetkisiz bir kişi tarafından

¹ Anılan özgürlüklerin pozitif düzenlemesi Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasında bulunur.

² Bkz. "Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük", *Resmî Gazete*, 18.12.1983, No: 18255, m. 10.

gerçekleştirilen sterilizasyon işlemi de, suçun basit şeklinde olduğu gibi, hukuki değer üzerinde somutlaştığı netice bakımından denk bir ağırlık söz konusudur. Yani hem nitelikli halde hem de basit halde mağdur, rızası hilafına kısırlaştırılmış ve üreme yeteneğini yitirmiştir. Ancak nitelikli hal bakımından failin “yetkisiz kimse oluşu”, anılan ihlal olgusuyla beraber fiilin yarattığı tehlikeliliği de arttırmış ve dolayısıyla gerçekleşen haksızlığın içeriğini ağırlaştırmıştır.

Bu noktada, süjenin (failin) kendi niteliği üzerinde yapıldığı durumlara değinirsek şu sonuca ulaşabiliriz: Kısırlaştırma suçunun faili, eğer kendini hukuken yetkili bir kimse olarak addediyorsa, kanımızca bu durumda “yetkili olma” durumunu düzenleyen maddi unsurun bir çerçeve norm olarak değerlendirilebileceğini ve onun atfı yaptığı hukukun diğer kaynaklarını (örneğin ilgili tüzük m. 10) bilmeyen failin bir yasak hatası içinde değil,³ suçun nitelikli şeklinin dayandığı maddi unsurlarda hatasının bulunduğunu, dolayısıyla suçun ancak basit şeklini işlemiş olmaktan cezalandırılabileceğini kabul etmek gerekir.

2. Objektif Olarak İsnad Edilebilen Netice

TCK m. 101/f.1 hükmünde yer alan suç -dar anlamda- neticesi bulunan bir suçtur ve dolayısıyla bir zarar suçu olarak tasnif edilmelidir. Kanunda tanımlanan netice, mağdurun kısır kalmış olması, yani üreme yeteneğini yitirmesidir. Ayrıca belirtelim ki, bu suç tipi kişinin maddi varlığını koruma özgürlüğünü kapsadığından, netice bakımından mağdurun vücut bütünlüğünün de ihlal edildiğinin tespit edilmesi gerekir. Yani anılan suç, mağdurun kendi geleceğini belirleme hakkına da aykırı bir biçimde gerçekleştirilmiş özel nitelikte bir kasten yaralama suç tipidir.

³ Çerçeve normlarla ilgili olarak, aynı yönde bkz. Kindhaeuser, LPK-StGB, parç. 13 öncesi açıklamalar, kn. 47, s. 46.

Hüküm, her iki hukuki özgürlüğü de koruma altına aldığından, teşebbüs durumunun açıklığa kavuşturulması gerekir: Failin mağdurun rızası hilafına kısırlaştırma işlemini gerçekleştirmeye kast etmesine rağmen mağdurun üreme yeteneğini yitirmemesi söz konusu olursa, bu durumda anılan suçta teşebbüs edildiği kabul edilmelidir. Her ne kadar TCK m. 101/f.1 hükmü, vücut bütünlüğünü de koruma altına almış olsa ve anılan durumda kural olarak kasten yaralamanın tamamlanmış olduğunun kabul edilmesi gerekse de, TCK m. 101/f.1'in "*kasten yaralama*" suçuna nazaran özel düzenleme olmasından hareketle, sadece rıza hilafına kısırlaştırmaya teşebbüsten ceza uygulanması gerekir.

Bu noktada neticenin elverişliliği bakımından bazı durumların tartışılması gerektiği kanısındayız. Öncelikle belirtelim ki, üreme yeteneğinin geçici olarak yitirilmesi kısırlaştırma suçunun tamamlanmasına imkan vermeyecektir,⁴ kısır kalma neticesinden bahsedebilmek için mağdurun devamlılık sergileyen bir yetenek yitimine maruz kalmış olması gerekir. Buna karşın, mağdurun kısırlığının geri dönüşlü bir biçimde süreklilik arz ettiği durumlarda, örneğin vazektomi yapılmış bir erkeğin gelişmiş mikro şirurji yöntemleriyle tekrar üreme yeteneğini kazanmasının mümkün olduğu durumlarda dahi kısırlaştırma suçunun tamamlanmış olduğuna kanaat getirmek gerekir.⁵

Neticenin elverişliliği bakımından ele alınması gereken diğer bir nokta da, mağdurun eylem anında üreme yeteneğini taşıyıp taşımadığı sorunudur. Eğer mağdur eylem anında

⁴ Karşı görüş bkz. Özbek/ Kanbur, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, C.2, s. 603.

⁵ Mikro şirurji yöntemleri ile sterilizasyon işleminin yarattığı etkinin giderilebileceği, dolayısıyla Alman Ceza Kanunu'nda düzenlenen ve neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama hükümlerinden biri olan "üreme yeteneğinin kaybı" unsurunun anılan durumlarda geçerli olamayacağı yönündeki görüşe katılmamaktayız. Bkz. karşı görüş Paeffgen, NK-StGB, parç. 226, kn. 25, s. 3950; ayrıca Kindhaeuser, LPK-StGB, parç. 226, kn. 2, s. 582.

üreme yeteneğine sahip değilse, TCK m. 101/f.1 bakımından işlenemez bir suç söz konusu olacak⁶ ve fail ancak kasten yaralamaya ilişkin suçtan ötürü cezalandırılacaktır.⁷ Ancak yine bir hususu belirtelim ki, işlenemez suçtan söz edebilmek için, mağdurun üreme yeteneğinin daha evvelce mutlak surette yitirilmiş olması gerekir, örneğin düşük bir ihtimal dahi olsa mağdurun üreyebileceği durumlarda suçun neticesinin elverişli olduğunu kabul etmeliyiz.

Üreme yeteneğinin henüz gelişmemiş olduğu yaş küçükleri bakımından ise aynı sonuca ulaşmak mümkün değildir. Her ne kadar eylem anında anılan mağdur grubunun yitirilebilecek bir üreme yeteneğinin bulunduğundan söz edilemese de, müstakbel bir hakkın yitirilmesi de neticeye vücut vermek bakımından kafi gelebilecektir.⁸

C. Fiilin Manevi Unsur

Kısırlaştırma suçu, hem yan netice olarak öngörülen durumlarda hem de ihtimal olarak zayıf gözüken ancak failin böylesi bir neticenin gerçekleşmesini eyleminin bir sonucu olarak addettiği durumlarda da söz konusu olabilir. Kısırlaştırma suçunun, kastın her üç türü ile yani birinci veya ikinci derecede doğrudan kastla ya da olası kastla işlenmesi mümkündür. Buna göre fail, birinci derecede doğrudan kastla - yani kısırlaştırma amacıyla- bu eylemini gerçekleştirebileceği gibi, kısırlaştırma sonucunun yapacağı operasyonun muhtemel bir yan neticesi olacağını da öngörerek neticeyi subjektif olarak üstlenmiş olabilir.

⁶ Kastan yaralama sonucu tespitimiz hariç, aynı görüş için bkz. Parlar/Hatipoğlu, 5237 Sayılı TCK'da Özel ve Genel Hükümler Açısından Asliye Ceza Davaları, s. 145.

⁷ Bkz. Özbek/Kanbur, *a.g.e.*, C.2, s. 603.

⁸ Karşı görüş için bkz. Paeffgen, *a.e.*

D. Fiilin Hukuka Aykırılık Unsuru

Her tıbbi müdahalede olduğu gibi, kısırlaştırma işleminin de hukuka uygun olabilmesi için, kural olarak, ilgilinin bu müdahaleye –olası sonuçlarının bilinciyle– rıza göstermiş olması gerekir. Kanımızca sterilizasyon eylemini hukuka uygun hale getirebilecek olan rıza, ancak objektif ahlakla (genel adapla) ve kamu düzeniyle çelişmediği takdirde geçerli olabilir.⁹ Buna göre kişinin kendi geleceğini belirleme hakkının bir parçası olan üreme yeteneğinin sona erdirilmesi talebi; yapılacak işlemin, gelecekte geri dönüşe –çok düşük de olsa– bir ihtimal bırakmış olduğu durumlarda hukuka uygun kabul edilmelidir. Kanımızca kişi, insan neslinin yeniden üretimini esas alan fonksiyonundan geri dönüşsüz bir biçimde vaz geçememelidir, çünkü bu durum objektif ahlakla çelişir. Anayasa'nın bu hususta koyduğu kural gayet açıktır, anılan üreme özgürlüğü de Anayasa m. 12 kapsamında temelli olarak devrolunamaz ve vazgeçilemez bir haktır.

Aynı sebeplerle sterilizasyon işlemine verilecek rıza da, sıkı koşullara bağlanmıştır. Örneğin yapılacak işlemin kişinin sağlığı bakımından tıbbi bir sakınca taşımaması, kişinin işleme rıza gösterdiği anda reşit olması ve eğer kişi evli ise eşinin de rızasının alınması¹⁰ gibi hususlar kamu düzeni bakımından rızanın geçerliliğinin hukuki sınırlarını teşkil etmektedir.

⁹ Kişiyi iyileştirmeye dönük olmayan sterilizasyon işlemine gösterilen rıza ile kişinin sağlığı açısından (amaç unsuru) gerekli olan tıbbi müdahaleye gösterilen rızanın hukuka uygunluğunun kriteri birbirinden farklılık taşıyacaktır. İyileştirme amacını vurgulayan ve ancak bu şekilde ağır nitelikteki müdahalelerin de “nedensellik bağı” ortadan kaldıracığına dönük görüşün kaynağı olarak bkz. Haelschmer, *System des Preussischen Strafrechts*, 1858, s. 232. Okuyucunun şu hususa dikkat etmesi gerekir ki, *Haelschmer* gibi 19. yüzyılın Hegelyen ceza hukukçuları bakımından “rıza” bir hukuka uygunluk nedeni olmaktan ziyade eylemin objektif isnadiyadını kaldıran bir etkidir.

¹⁰ 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girmesi ile sterilizasyon işlemine eşin izin vermesi gereğinin kalktığı yönündeki iddia kanımızca isabetli değildir. Zira rızanın geçerlilik koşullarını belirleyen genel kaideler dikkate alındığında ve bununla beraber Anayasanın aile birliğini koruma altına alan

Kanun koyucunun ilgilinin rızasına dair düzenlemeyi suç tipinin içinde yapmış olmasının bir önemi yoktur. Yani suç tipinde zikredilen bir hukuka uygunluk nedeni, aynı "*hukuka özel aykırılık halleri*" adı verilen durumlarda olduğu gibi,¹¹ suçun maddi unsurlarının bir parçası olarak kabul edilemez. Anılan unsurlar -suç tipinde yer alıp almaması fark etmeksizin- hukuka aykırılığın bir parçası olarak kabul edilmelidir. Bu sebeple failin, kişinin somut olayda rızası bulunmamasına rağmen onun rıza göstermiş olduğunu zannetmesi durumunda, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında yanılmış olacak ve sınırlı kusur teorisi gereğince kastı kalkacaktır.¹² Halbuki fail, sterilizasyon işlemi için mağdurun rızasının aranmasının gerekli olmadığı kanısındaysa, bu durumda bir hukuka uygunluk nedeninin hukuksal şartlarında yanılma söz konusu olacak ve yasak hatasına ilişkin hükümler doğrultusunda sonuca ulaşılacaktır.

Bazı durumlarda mağdurun rızasının bulunmaması halinde bile sterilizasyon işlemi yapılabilir. Buna en temel örnek akıl hastalığı sebebiyle irade serbestisine sahip olmayan kadınlara yapılacak kısırlaştırma operasyonudur. Devletin çocukları ve kadınları koruması, anayasanın amir hükümlerindedir. Dünyaya getireceği bir çocuğa bakmaktan aciz olan bir kimsenin gebe kalmasının önlenmesi hukuka uygun kabul edilmelidir. Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük'ün 14. maddesinde "*rahim tahliyesi*" için getirilen istisnai önlem, sterilizasyon bakımından da geçerli kabul edilmelidir. Bu örnek

41. maddesi incelendiğinde evli bir kimsenin tek başına üreme yeteneğini sonlandırmış olmasının kamu düzenine aykırı olacağı sonucuna ulaşmak gerekir. Aynı yönde bkz. Ünver, "*Hekimin Ceza Sorumluluğu*", Roche Sağlık Hukuku Günleri-1, s. 132. Karşı görüş için bkz. Tezcan/ Erdem/ Önok, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununa Göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 262; Özbek/Kanbur, a.g.e., C.2, s. 604.

¹¹ Bkz. Erman, Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi, (yayımlanmamış doktora tezi), s. 63; karşı görüş bkz. Özbek/ Kanbur, a.g.e., C.2, s. 604.

¹² Karş. Ozansü, *Ceza Hukukunda Kasttan Doğan Sübjektif Sorumluluk*, s. 120-122.

dışında, sterilizasyon işlemi için kişinin kendisinden başka hiç kimsenin muvafakatini geçerli kabul etmemek gerekir, zira üreme hakkına dayanan geleceğini tayin hürriyeti, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan biridir; temsilci, vasi, müşavir vb. kimseler vasıtasıyla kullanılamaz. Buna karşın, Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'un 4. maddesinin birinci fıkrasında "bir ameliyatın seyri sırasında tıbbi zaruret nedeniyle bir hastalığın tedavisi için kastrasyonu gerektiren hallerde, kişinin rızasına bakılmaksızın kastrasyon ameliyesi yapılabilir" denmektedir.¹³ Kastrasyona¹⁴ izin veren böylesi bir düzenleme sterilizasyon bakımından öncelikle bir izin durumu yaratır. O halde, bir ameliyatın seyri sırasında, yani ilgilinin şuuru kapalı olup rıza açıklamaya ehil olmadığı bir durumda, anılan kimsenin hayattaki pozisyonu ve söz konusu müdahaleye olası yaklaşımı kişi yerine geçen sübjektif bir değerlendirmeye konu olup, varsayılan rıza tespit edilebilir¹⁵ ve eylem, anılan durumlarda hukuka uygun kabul edilebilirdi. Ama varsayılan rızayı elde etmemize imkan vermeyen bir mağdur profili veya ilgili tarafından bizzat reddedilmiş bir müdahale biçimine kanunen böyle bir izin imkanı sunulması, açıkça anayasada tanımlanan kişi hürriyetlerinin sınırlandırılması düzenlemesine aykırıdır.

¹³ Düzenlemeyi eleştiren görüş için bkz. Keskin Kızıroğlu, "Cebeliğe Son Verilmesi, Sterilizasyon, Kastrasyon Gibi Tıbbi Müdahalelerin Türk Ceza Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sağlık Hukuku Sempozyumu, s. 213.

¹⁴ Kastrasyon ameliyesine dair TCK'da özel düzenleme bulunmadığına dair iddia isabetsizdir. Neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama hükümleri -örneğin mağdurun "organlarından birinin işlevini sürekli olarak yitirmesini" düzenleyen hüküm uygulanabilir. Karşı görüş için bkz. Tezcan/ Erdem/ Önok, a.e.

¹⁵ İlgilinin gerçek iradesine ulaşma çabasına dair bkz. Erman, Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, s. 151-152. Bu husustaki yargı kararları için bkz. BGH 5 StR 712/98 (4 Ekim 1999) LG Chemnitz; ayrıca temel bir karar: BGH 2. Strafsenat, 2StR 93/88 (25 Mart 1988), www.dejure.org [çevrimiçi: 28 Şubat 2008].

E. İştirak ve İçtima Bakımından

Öncelikle iştirak konusunu ele alalım: Suçun TCK m. 101/ f.1, c.2'de yer alan nitelikli şekline iştirak edebilmek için failin "yetkisiz" kimse olduğunu bilmek gerekir, aksi halde basit şekline iştirak söz konusu olabilir. Yetkili veya yetkisiz olarak ilgilinin rızası hilafına sterilizasyon ameliyesi yapıldığını bilen ve bu operasyon için araç-gereç veya mekan vb. unsurları sağlayan kimse yardım eden sıfatını kazanır. Operasyonu beraberce yürüten kimseler, örneğin operasyona dönüşümlü olarak giren hekimler, müşterek fail olarak hareket etmiş sayılırlar.

Aynı mağdura yönelik olarak, aynı suç işleme kararı kapsamında birden fazla defa kısırlaştırma teşebbüsünde bulunmuş olması ve son eyleminde bunu başarmış olması hallerinde, zincirleme suç söz konusu olacaktır.¹⁶ Ancak "kasten yaralanma bakımından" zincirleme suça bir istisna getirildiğinden ve kasten yaralama, kısırlaştırma suçu bakımından genel nitelikte bir suç olduğundan, anılan istisnai düzenlemenin kısırlaştırma bakımından da uygulanmasının daha adilane olacağı kanaatindeyiz. Buna göre zincirleme suç söz konusu olduğunda, gerçek içtima uygulanır.

F. Kusur Bakımından

Kusur, failin özgür bir biçimde haksızlığı tercih etmesidir. Bu bağlamda failin somut olayda mağdur üzerinde müşahhas hale getirdiği hukuki değer ihlalini belirleyen subjektif bağ kast veya taksir olarak tanımlanırken; failin ilgili normun genel geçerliliğini ihlal ettiği durumları kusurun tanımı içerisinde ele almalıyız. Buna göre mağdurun rızasına aykırı olarak sterilizasyon işlemi yapan failin saiki, subjektif amacı ve gerçekleştirdiği eylemi kendince nasıl kategorize

¹⁶ Suçun, zincirleme suç olmaya namüsaid olduğuna dair bkz. Parlar/ Hatipoğlu, a.g.e., s. 145.

ettiği gibi hususlar, kusurun yoğunluğunun belirlenmesinde esas alınmalıdır. Örneğin failin, gerçekleştirdiği müdahalenin mağdurun gelecekteki yaşamını daha sağlıklı sürdürmesine olanak tanıyabileceğinden hareket etmiş olması durumunda, anılan somut olaya has bir ihlal niteliği bulunduğundan bu durumda failin kusurunun daha hafif olduğunu kabul etmek; buna mukabil kişilerin hayatını düzene koymak bakımından hareket eden bir failin ise, mağdurun kendi geleceğini belirleme hakkını kategorik olarak inkar etmesi söz konusu olduğundan, daha yoğun bir kusura sahip olduğunu kabul etmek gerekecektir. Bu sebeple kusurun en yoğunlaşan biçimine, insanların bir kısmını ayrı bir kategoriye tabi kılmak isteyen ve bu sebeple örneğin bir etnik grubun imhasına yönelik olarak planlı bir biçimde hareket eden failin, bu gruba mensup kadınları kısırlaştırması gösterilebilir. Anılan kusur yoğunluğu sebebiyle kanun koyucu bu tip eylemleri, daha farklı bir hüküm altına almış ve bunlar bakımından soykırım suçunun işleneceğini kabul etmiştir.

III. Mağdurun "Rızasına" Dayalı Kısırlaştırma Suçu

TCK m. 101/f.2'de yer alan hüküm, mağdurun "rızasına" dayalı olarak yetkisiz kişi tarafından gerçekleştirilen kısırlaştırma işlemini cezalandırmaktadır. Bu hükmün analiz edilebilmesi için, korunan hukuki değer ve hükümde yer alan "rızanın" niteliğinin tespit edilmesi gerekir. Bilindiği üzere, kişinin tıbbi müdahaleye gösterdiği rızanın hukuken geçerli bir rıza beyanı olarak kabul edilebilmesi için, tıbbi müdahaleyi gerçekleştirmeye yetkili kişiye karşı yönelmiş olması gerekir. Bu durumda yetkisiz kişiye karşı yöneltilen rıza beyanı, eylemin yarattığı neticeyi tamamen hukuka uygun hale getirmeye yetmeyecektir. O halde, bu hükümde bulunan kendinde "rıza" unsurunun varlığı, kişinin kendi geleceğini belirleme özgürlüğünün ihlal edilmesini engellerken, vücut bütünlüğü hakkının ihlali bakımından bir etki yaratamayacaktır. Bu durumda hukuki değer bakımından anılan suçta

TARTIŞMA

geriye kalan, kişinin üreme fonksiyonlarının da içinde yer aldığı vücut bütünlüğünün korunmasıdır. Son olarak ifade edersek bu suç, kasten yaralamanın özgün bir biçimi olarak karşımıza çıkmaktadır.¹⁷

Oturum Başkanı: Bütün konuşmacılara, Cemil beye de teşekkür ediyoruz. 45 dakikamız var, uçağı kaçırma riski olan hocalarımız var. 5 dakika da soru alıyoruz, adil oluyoruz, her konuşmacı maksimum 10 dakika cevap veriyor, kısa cevaplar, kısa sorular. Ek bilgi aktarımı lütfen yapmayalım, sadece sorulara cevap verelim. Başlıyoruz, hızla soruları alıyoruz. Kime sorduğunuzu da belirtir, isminizi de belirtirseniz, kayıt yapılıyor.

Buyurun beyefendi.

Kazım SECERLİ (Ankara Üniversitesi): Sorum Nihat Kanbur ve Recep Gülşen beylere. Evlilik içerisinde kocasından izinsiz kürtaj, düşürtme, "abortion", "updruben" yaptıran bayanın suçu nedir acaba, ne oranda suçtur. İkincisi bunun tıbbi kanıtlama süresi hakkında ve hukuki suç başvurusu konusunda bilgi alabilir miyim?

Teşekkür ederim.

¹⁷ "Yetkisiz" kimse tarafından rızaya dayalı olarak yapılan kısırlaştırma suçunun gerçekleşmesini engellemek isteyen bir hukuk düzeninin, sterilizasyon işlemlerinin resmi tedavi kurumlarında ve ücretsiz bir biçimde gerçekleştirilmesi imkanını kişilere tanımış olması gerekir. Bu sebeple 31.05.2006 tarihinde kabul edilen 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununda, sterilizasyon işleminin sadece analık sebebiyle ve tıbbi gereklilik durumunda sigorta kapsamında yer alacağına ilişkin düzenlemeyi sosyal devlet ilkesi bakımından yeterli görmemekteyiz. Buna karşın örneğin Federal Almanya'da sterilizasyon işlemini tamamen sağlık güvencesi kapsamından çıkararak 2004 yılı değişikliklerini de endişe ile karşıladığımızı ve hukukçunun bu hususları irdelemesinin aslında onun sosyal görevi olması gerektiğini belirtiyoruz.

Oturum Başkanı: Biz teşekkür ederiz. Başka, bu kesimden bir bayan, genç ceza hukukçusu bir arkadaşımız. Buyurun.

Aysun ALTINKAŞ (Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Görevlisi): Benim sorum Recep Gülşen hocama ve Nihat Kanbur hocama. 99. maddenin son fıkrası bağlamında suç sonucu gebe kalınması durumunda süre 20 haftaya kadar uzuyor. Ancak gebeliği sona erdirecek hekim hangi halde suçun oluştuğunu kabul edecek. Bunun için mahkemenin kesinleşmiş hükmü mü beklenecek. Eğer kesin hüküm beklenecek dersek bu süreler nasıl uygulanacak?

İkinci sorum da şu: Türk Ceza Kanunu'nun 99. maddesinin son fıkrasında suç sunucu gebe kalma halinde 20 haftaya kadar uzuyor süre. Kadının rızasıyla gebeliğin sona erdirilmesi mümkün. 102. maddenin 2. fıkrasına göre de evlilik içi cinsel saldırı suçu takibi şikayete bağlı bir suç olarak düzenlenmiş. Bu durumda evli kadının hekime başvurarak evlilik içi cinsel saldırı suçuna uğradığını beyan etmesi durumunda babanın rızası bulunmasa dahi 20 hafta içinde kadının gebeliğinin sona erdirilebilmesi mümkün mü ve evlilik içi cinsel saldırı suçunda kadının mutlak olarak şikayetçi olması aranacak mı?

Teşekkür ediyorum.

Timuçin KÖPRÜLÜ (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eski Ceza Hukuku Asistanı): Benim sorum İbrahim hocama. Bu anüs bölgesinin genital muayeneye tabi olmamasına dair görüşünüze şöyle bir soruyla karşılık vermek istiyorum: Bir aile oğlunun eşcinsel olduğunu düşünüyor ve zorla götürüp muayene ettiriyor anüs bölgesinden. Eğer cinsel saldırı suçu hem anal, hem vajinal, hem oral şekilde gerçekleşiyorsa, niye burada anüs muayenesi de genital muayene sayılmasın?

Teşekkür ederim.

TARTIŞMA

Prof. Dr. Henning ROSENAU: Sayın Dülger'e kısa bir sorum var. Konuşmanızın gereksiz olduğunu söylemek istemiyorum, beni yanlış anlamayın lütfen. Tam tersi çok hoşuma gitti, değerliydi. Bu hüküm peki gereksiz değil mi? Aslında tüm sempozyuma yönelik olarak şunu sormak istiyorum: Yeni Ceza Kanunu'yla sanki tıp alanında gereksiz bazı uzantılar ortaya çıkmış. Hekimlik de genel suç isnadı düzenlemelerine tabi. Neden gereksiz diyorum? Çünkü ya yaralama ya da taciz suçu söz konusu değil mi burada?

Eine kurze Frage an Herrn Dülger. Ich will jetzt nicht den Eindruck erwecken, dass Ihr Referat überflüssig war. Ganz im Gegenteil, es hat mir gut gefallen und war mir lieb und teuer, aber meine Frage geht dahin, ist diese Vorschrift nicht völlig überflüssig, die Sie besprochen haben. Damit zieht sich auch der Bogen über das ganze Symposium. Ich habe so ein bisschen den Eindruck, dass mit dem neuen Strafgesetzbuch in der Türkei so einige Ausfransungen im medizinischen Bereich erfolgt sind, die nicht nötig sind, wo erst einmal der ärztliche Bereich unter dem allgemeinen Kriminalverdacht steht. Warum überflüssig? Entweder ist es eine Körperverletzung oder eine Nötigung.

Prof. Dr. Yaşar BİLGE (Ankara Üniversitesi): İbrahim beyin söylediği genital bölgeyle ilgili durumu açıklığa kavuşturmak istiyorum. O da kısaca şu: Anüs bölgesi cinsel organdır, çünkü anatomik olarak tanımlanamaz, cinsel saldırı bölgesidir ve aynı zamanda bu hukuki bir tanımlama olduğu için vajinaya yakınlığı da dikkate alındığında genital organ olarak değerlendirilmesi hukuki bir kavram.

Sağ olun.

Doç. Dr. Mustafa Ruhan ERDEM: Nihat beyin açıklamalarına sadece bir ekleme yapmak istiyorum. Yanlış anlaşılabilir belki yaptığı açıklama, o açıdan. 99. maddenin 2. fıkrasında tıbbi zorunluluktan söz ediliyor. Acaba böyle bir durumda kadının rızası aranacak mı, aranmayacak mı sorunu var. Maddenin yazılış biçimine bakılırsa orada rızası olsa

bile şeklinde bir ifade kullanılmış. Dolayısıyla buradan hareketle rıza olmadan da tıbbi zorunluluk nedeniyle müdahale yapılabileceği şeklinde bir sonuç çıkarıyorum. Doğru mudur bilemem.

İkinci bir konu, zorunluluk hali konusunda genel hükümlere gönderme yaptı ama oraya kadar gitmeye gerek yok. Zaten zorunluluk hali 2. fıkrada öngörülmüş, daha doğrusu tıbbi zorunluluk deniyor. Onun dışındaki zorunluluk halleri bakımından belki genel hükümlere gidilebilir. Nüfus Planlaması Hakkındaki Kanun da zaten zorunluluk hali deyiminden ne anlaşılması gerektiğini ayrıntılı bir şekilde öngörmüş. Sadece tamamlamak istedim.

Teşekkürler.

Oturum Başkanı: Ek bilgi için çok teşekkürler hocamıza. Evet, soruları artık tamamlıyoruz. Süremiz biraz azaldı. Her konuşmacının 7 dakika cevap süresi var, lütfen buyurun. Nihat beyden başlıyoruz.

Yrd. Doç. Dr. Nihat KANBUR: Teşekkür ederim Sayın Başkan.

Ben tabii kendime yöneltilen hususlarda kısaca cevap vermeye çalışayım. Evlilik içerisinde kocadan izinsiz çocuğunu düşürten kadının suçu var mıdır? Evlilik birliği tabii kendine özgü bir kurum, kendine özgü bir müessese, ancak bizim burada tartıştığımız husus Türk Ceza Kanunu'nun suç tipi olarak kabul ettiği bir fiil. Dolayısıyla bunu Ceza Kanunu kuralları çerçevesinde ancak değerlendirmemiz gerekir. Her halükarda evlilik içi birliktelikten kaynaklanan çocuk olsun, evlilik içindeyken başkasıyla birlikte olunan cinsel ilişkiden kaynaklanan bir çocuk olsun veya evlilik birliği dışında bir cinsel ilişkiden kaynaklanan bir birliktelik olsun, bu husustaki çocuk düşürtmelerin hepsinde rıza vermeye yetkili tek kişi kadındır. Burada kocanın hakkı var mıdır? Tabii ki aile hukukundan kaynaklanan hakları vardır, tabii ki medeni hu-

TARTIŞMA

kuktan kaynaklanan hakkı vardır, hatta ve hatta bence borçlar hukuku, özel hukuk anlamında da hakları olabilir ama ceza hukuku anlamında kocanın bu hususta rızaya yetkisi yoktur. Kadının rızası yeterlidir. Bu rıza üzerine çocuk düşürtme fiilini 99. madde kapsamında gerçekleştiren yetkili kişi herhangi bir cezai sorumluluğu yoktur.

İkincisi, 102. maddenin 2. fıkrasındaki cinsel saldırı suçunun eşler arasında birbirine işlenmesi hali, soru olarak geldi. Mutlaka şikayet aranmalı mıdır, diye, yanlış anlamadıysam eğer, kanunun açık düzenlemesi var m. 102'ye 2'de. Tabii özel bir düzenleme. Daha önce çok sayıda böyle fiiller olduğu için ve hep kol kırılır yen içinde kalır anlayışıyla kapatıldığı için özel düzenleme getirmiş. Buradaki düzenleme fiilin vücuda organ veya sair cisim sokulması suretiyle işlenmesi halinde daha ağır bir cezalandırma getiriyor ve fiilin eşe karşı işlenmesi halinde soruşturma ve kovuşturma yapılması mağdurun şikayetine bağlıdır, diyor, kadın ya da erkek, fark etmez ama bundan dolayı hamile de kalırsa ona biraz sonra hocam süreler bakımından cevap verecek, şikayet zorunludur. Benim kanaatim bu.

Hocama da eklemesi için çok teşekkür ediyorum. Vardı, tebliğde de var, çok ayrıntılı zaruret halleri düzenlenmiş, tüzükte de var, Nüfus Planlaması Hakkındaki Kanun'da da var ama süre olmadığı için maalesef belirtmedim.

Teşekkür ederim.

Prof. Doç. Dr. Recep GÜLŞEN: Teşekkürler.

Biraz önce gerçi Nihat Bey bahsetti ama ekleme yapmak lazım. Evlilik dışı gayri meşru ilişki yaşayan bir bayan, çocuğu düşürtmek istiyorsa Nüfus Planlaması Kanununa göre, 8. maddenin 2. fıkrasına göre, fiili daha ağır bir ceza gerektirmediği takdirde eğer kocanın rızası yoksa hekim bunu yaparsa 50.000 liradan aşağı olmamak üzere adli para cezasına tabiidir. 10 haftadan aşağı bile olsa, çünkü burada evliliğin korun-

ması söz konusudur, ancak bilindiği üzere bu fazla ağır ceza değildir, adli para cezası söz konusu.

İkinci konu, İstanbul Hukuk Fakültesi'nde asistan olan arkadaşımızın sorusu, acaba suç dolayısıyla gerçekleştiğinden bahisle bunun bir saptanması gerekmez mi? Mahkeme hükmünün kesinleşmesini beklersek günümüzde iki yıldan önce karar verilmediğini de düşünürsek, en hızlı iki yıl, mahkeme bir yılda karar verdi, bir yıl da Yargıtay'dan çabuk geldi, o zaman çocuk dünyaya gelmiş olur. Bu nedenle öyle bir şey yoktur. Bir kere suç nedeniyle söz konusu olduğu için olay, bunun bir kere adli mercilere bildirilmesi lazım. Kim, doktora mı gitti? İster özel hastane doktoru olsun, ister resmi hastane doktoru olsun. Bunu derhal adli makamlara bildirmesi lazım.

İki bildirdikten sonra mutlaka soruşturma öncesi savcılığın, kovuşturma öncesinde ise ki olmaz çünkü ilk defa haber almıyor, savcılar da bu işte, ben savcılara sordum, dediler ki biz böyle şeyi kendimize yapmayız. Kendimize yaparsak sorumluluk almış oluruz. Temel hak ve özgürlüklere müdahale olduğu için kişinin vücut bütünlüğü de en temel hak ve özgürlüğü olduğu için mutlaka hakimden bir karar alırız, nasıl ki vücut muayenesinde olduğu gibi. Bunun için de bir araştırma yaparız. Acaba gerçekten suç sonucu mu, yoksa başka sebep, örneğin gayri meşru ilişki de olabilir. Rızayla ilişki olmuş, kocası öğrenmesin diye zorla ırzına geçildiğini ileri sürüp düşürtmek isteyebilir.

Böyle bir durumda, kesin hükmü beklemeye gerek yok, hatta ilk derece mahkeme kararını beklemeye gerek yok, hakim burada, evet, suç nedeniyle oluşmuştur bu, deyip bu şekilde bir kararı, tabii nasıl olacak, mağdur beyanda bulunabilir, mağdure daha doğrusu, gebe kadın, "efendim başıma böyle bir şey geldi." Tabii ki bunun şikayet süresi içinde olması lazım. Pardon özür dilerim, yanlış söyledim. Evlilik içi meseleyi de biraz karıştırdık. Evlilik içini biraz sonra açacağım.

TARTIŞMA

Normal şartlarda şikâyete bağlı bir suç değil cinsel saldırı suçu. O zaman herhangi bir nedenle, ancak 20 haftaya kadar süre olduğu için mutlaka 20 haftadan önce olması şarttır. Yoksa olmaz. 20 haftadan fazla olursa eğer gebelik, buna hakim de karar veremez. Hakimin karar veremeyeceği gibi, doktor da buna istinaden bu hükmü yerine getiremez. Hem hakim, hem doktor sorumlu olur. Hangi suçtan? Çocuk düşürtme suçundan. Biri azmettirmeden, biri de çocuğunu düşürttüğü için. Hakim azmettirdiği için.

Evlilik içi, bizim Türk Ceza Kanunu'nun 102. maddesinin 2. fıkrasının 2. cümlesinde evlilik içi nitelikli cinsel saldırı, yani duhul dediğimiz durum olursa ve bu nedenle gebelik meydana gelirse, bunu aile mahremiyetini göz önünde tutarak kanun koyucu şikayete bağlı tutmuş, hatta ceza da aynı, 7 yıldan başlamak üzere, 12 yıla kadar hapis cezası öngörmüştür. Ama burada şikayeti niçin öngörmüş? Normal şartlarda reysen takip edilen bir suçtur böyle bir suç. Çünkü kraldan çok kralcı olmamak lazım, kanun koyucu orada aile mahremiyetini öngörmüştür, olabilir ki hanımı sonradan, tamam olabilir, sesini çıkarmayabilir, şikayet etmek istemeyebilir, hatta şikayetinden vazgeçebilir, bu işi kapatalım diyebilir.

Ancak sorun şurada çıkıyor: Yener Ünver hocamızın bir makalesinde de değindiği gibi, diyelim ki çok çocuklu bir aile düşünün, çocuk yapmak istiyorlar. Daha doğrusu koca istiyor, kadın istemiyor veya tersi de olabilir, sonuç itibarıyla bu çocuğu düşürtmek istiyorlarsa. Kim istiyor? Diyelim ki, kadın düşürtmek istiyor ama koca çok çocuklu olmak istiyor ve zorla gebe bıraktı. Kadın kocadan da korkuyor. Her an dayak yiyebilir, onu bir tür üreme aleti olarak görüyorsa koca böyle bir durumda, kadın zaten 10 haftaya kadar kanunen sosyal endikasyon dediğimiz, kocasından habersiz gidip düşürebilir, düşürtebilir. Hem düşürebilir kendiliğinden, hem de düşürtebilir yetkili uzman doktor marifetiyle. 10 haftadan fazlaysa acaba bunun mutlaka mantıklı bir gerekçesinin olması lazım. Yoksa daha sonra kocasına diyebilir ki, "Ya, tamam, ben

vazgeçtim, bu çocuğu düşürtelim." O ceninin hayat hakkını gasp etmiş oluruz. Evet, annenin suç nedeniyle ruhsal bunalımı, hatta intiharını düşünerek kanun koyucu 99/sonda bir hüküm sevk etmiş, ama insan hayatı da müstakbel çocuk olacak insanın da hayatına herhalde keyfi olarak son vermemek gerekir diye düşünüyorum.

Bu nedenle şikayetin evlilik içi nitelikli cinsel saldırı suçlarında 10 haftadan fazla olduğu takdirde fiili veya hukuki, örneğin diyelim ki hapsetmiştir koca kadını düşürmesin diye. Mesela bu mantıklıdır. Böyle haklı gerekçelerle olursa 10 haftadan fazlasına müsaade etmek lazım. Bu konuda biraz sert düşünüyorum. Kanun koyucu çok liberal düşünmüştür ama normal, yani evlilik dışında suça maruz kalan gebe kadının çocuğu düşürmesi konusunda da, aslında o da savunulabilir ama kırsal kesim dediğimiz birçok insanın "*aman bu çocuk duyulursa öldürülürüm*" endişesi taşımamasın diye, son dakikada da olsa, son 20 haftaya kadar, o da dahil, düşürmesi mümkündür, onu kabul etmek lazım, kaldı ki gerekçe kanun müzakereleri sırasında gerekçeye yansımada ama biliyorsunuz eski TCK'da şeref için çocuk öldürme suçu vardı ve cezayı indiren bir sebepti. Eğer biz bu 20 haftalık süreyi de tanımazsak, daha sonra, çocuk dünyaya geldikten sonra anne bir an evvel o çocuğu öldürmek suretiyle o indirimden de yararlanmayacak, çünkü yeni TCK'da böyle bir indirim yok. Hatta nitelikle insan öldürme suçundan TCK 82. maddesine göre ağırlaşmış müebbet hapis cezasına çarptırılacak, fruga karşı işlediği için. İşte bu nedenle bu 20 haftalık meseleyi evlilik dışı cinsel saldırı sonucu gebe kalmalar bakımından kabul etmek, evlilik içi rıza dışında cebirle gerçekleştirilen cinsel saldırı sonucu gebeliklerde bir sınırlandırmaya gitmek gerekir, diye düşünüyorum.

Teşekkür ediyorum.

Yrd. Doç. Dr. İbrahim DÜLGER: Evet, üç soru var. Sayın Timuçin beyle yaşar Beyin sorusu paralellik arz ettiği için onu birazdan açıklayacağım. Değerli bilim adamı Rosenau'nun

TARTIŞMA

sorusuyla başlamak istiyorum. Biz zaten bu tebliği vermeden önce Sayın Hakan Hakeri'yle birlikte sizin bu suç ve tebliğ karşısında şaşkınlık duyacağınızı öngörmüştük. Çeviren açısından biraz sıkıntı oluyor galiba, çok özür diliyorum. Toplumsal yapılar farklı olduğu için tabii ki Almanya'da böyle bir olayla karşılaşmadığından dolayı böyle bir düzenlemenin de ne gereği var? Bu nereden çıktı gibi düşünme de çok normal, fakat 765 sayılı Kanun, eski Türk Ceza Kanunu döneminde böyle bir fiil cezalandırılmıyordu, yani daha doğrusu uygulamada ceza verilmiyordu. Anneler, babalar, hatta ve hatta eşler, yatılı okuldaki yetkililer, yurtların yetkilileri bu ülkede kızları zorla bekaret kontrolü dediğimiz genital muayeneye götürdüler ve herhangi bir ceza almadılar. Hatta bazı tüzüklerle de buna imkan veriliyordu.

Mesela şu an yürürlükte olmayan Sağlık Bakanlığı'nın, bağlı okullardaki disiplin ve ödül yönetmeliğinde bu hususta da yetki veriyordu. Bu sıkıntılar özellikle kadın kuruluşlarını ayağa kaldırıyordu, yani bütün insan hakları savunucularını ayağa kaldırıyorlardı. Bir bayanın onuruyla oynanıyordu. Bunun psikolojisinde onarılmaz yaralar oluyordu, onuru zedeleniyordu, o yüzden, böyle bir uygulamamız geçmişte olduğu için ancak ve ancak böyle bir düzenlemeyle engelleneceği düşünülmek üzere düzenlendi. Tabii ki çok haklısınız, yaralama ve cinsel saldırı olarak düşünülebilirdi, fakat dediğimiz gibi uygulanmadığı için 765 sayılı kanunda özel bir hüküm vaaz etme ihtiyacı duydu. Teşekkür ediyorum.

Timuçin Beye ve Yaşar beye teşekkür ediyorum. Yaşar bey çok özür dilerim meslek neydi? Doktorsunuz. Çok da doğru söylüyorsunuz. Antüs vajinal bölgeye yakındır, biz kanunu yorumlarken yakınlık, uzaklık, benzerlik olarak yorumlamıyoruz. Ben sadece antüs bölgesine yapılan bu tür kontroller bu madde hükmü içersine girmesin demiyorum, hatalı yazımdan dolayı eleştirme açısından söylüyorum. Girmesi gerekirdi ama genital muayene dediğiniz için girmesi mümkün değildir, diyorum. *"Biz öyle istiyoruz, öyle anlıyoruz"*, hayır, değil.

Bakın, Ceza Kanunu'nun suçta ve cezada kanunluk ilkesini düzenleyen 2. maddesinin 3. fıkrası diyor ki, *"Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler kıyasa yol açacak derecede geniş yorumlanamaz."*

Anüs üzerine genital sistem, siz çok daha iyi biliyorsunuz, biz sizden öğrendiğimiz için söylüyoruz, anüs genital sisteme dahil değil. Sırf bu benzerlikten dolayı, Timuçin beyin dediği gibi, Herif beyefendi, başka türlü o fiili icra etme şansı yok. Mutlaka orayı kontrol etmemiz lazım, diye düşünebilirsiniz ama kanun açıkça zikretmediği için böyle bir fiilini cezalandırırsanız doktorun, kanunilik ilkesine aykırı davranmış olursunuz. Kanun maddesi, amaç önemli fakat bakın, diyorum, kıyas yasağı genişletiyorum yasağı var. Hemen kısaca açıklayayım, amaç önemlidir tabii. Biz kanun maddesinin kaleme alınışının yanlış olduğunu ifade ediyoruz. 75. madde de CMK 75. madde gibi düzenlenirse bu sakınca tabii ki ortadan çıkacak, kalkacaktır. Eğer sadece ve sadece anüs bölgesini muayene eden bir doktoru siz bu maddeden mahkum ederseniz hatalı bir mahkumiyet kararı vermiş olursunuz. Ben sadece onu demek istiyorum.

Teşekkür ederim.

Araş. Gör. Cemil OZANSÜ: Soru sorulmadı ama yine de bir hususa değinmek istiyorum. Şöyle ki: Genelde ceza hukukçuları testi kırıldıktan sonra müdahale ederler olaylara, ondan evvel hiçbir şey söylenmez: ama neticede biz sosyal bilimcileriz. Hukuk sosyolojisi alanında da belki bir şeyi söylememiz gerekir. Kanımca bu sterilizasyon suçuyla ilgili olarak şunu söyleyeceğim: Sosyal güvenlik şemsiyesi altında bulundurulması lazım sterilizasyon ameliyesinin. Giderek Avrupa'da da yaygınlaşan biçimde Alman hastalık sigortası düzenlemesine de baktım. 2003 yılından itibaren Almanya'da da sterilizasyon sosyal güvenlik ödemeleri kapsamından çıkarılmış. Eğer bu suçun işlenmesini engellemek istiyorsak, bizdeki yeni sosyal güvenlik kanunu yürürlüğe girmesi bek-

TARTIŞMA

lenen Sosyal Güvenlik Kanunu'na da baktım. Sadece tıbbi zorunluluk olması durumunda doğumdan sonra anneye sterilizasyon yapabileceğinden bahsediyor. Halbuki bu özgür tercihin bireylere tanınmış olması ve sosyal devletin de güvencesinin altına alınmış olması gerekir ki bu fiiller yetkisiz kişiler ellerinde, çeşitli yerlerde işlenmesin ve dolayısıyla bu suç tipiyle biz de muhatap olmayalım.

Oturum Başkanı: Herkese teşekkürler.

Şimdi çok kısa ben de oturumu yönettiğim için birkaç cümle söyleyeceğim, vaktimiz var ama ne olur dağılmayalım, daha sonra Prof. Rosenau ve Prof. Hakan Hakeri bize kapanış konuşmasında da birtakım şeyler söyleyecekler.

Çok kısa bir iki konudaki fikrimi söyleyeyim. Daha önceki oturumda süremiz olduğu için bir 5 dakika konuşayım, keseceğim. Konu bilirkişilikle ilgili.

Yargıtay'ın değerli mensuplarından burada çok az kişi kaldı, temsilen sizden rica edelim: Türk hukukçularına bir şey borçlusunuz. Bir tane Yargıtay Ceza Dairesi ve Genel Kurulu, çıkarın ve içeriği lütfen "*hukukçu bilirkişi olmaz*", biçiminde olsun ve bunu mutad biçimde uygulayın. Bir cümle, nokta, imza. Hukukçunun ceza davalarında bilirkişi olması konusunda, biri doğrudan, biri dolaylı, iki istisnası dışında hiç olmamalı. Yüzde 80, 90, 95 iddia ediyorum, belki yüzde 99'lara varan ceza davalarında hukukçular bilirkişi atanıyor. Gitmiyorsunuz. Genç arkadaşım, işte, bilirkişilik yapıyor. Neyi değerlendiriyor? Üç cümle, biri diğerine küfür etmiş. Eleştiri mi, sövme mi, asistan arkadaşım karar veriyor, hakim altına imza atıyor. Gitmeyince, örneklerini gördük üniversitede kapıya polis dayanıyor, zorla götürüyor, gitmeyince soruşturma açıyor.

Ben, tam bir sene önce bir tane derenin doğru yapılıp yapılmadığı, betonun doğru yapılıp yapılmadığı konusunda atandım. İşim değil, anlamam. Beton mu döküldü, malzeme-

den mi çalındı, çimento eksik miydi, gitmemeye direndim, ihtar geldi. Zorla gittim ve ben keşfe katıldım. Ben hesaplıyorum, bakın, ceza hukuku hocasıym 20 yıldır ve bize orada zorla keşif yaptırılıyor. Daha önce çünkü birkaç soruşturma tehdidi ile karşılaştık, dedik ki, yeter, tamam, yapıyoruz. Bir senedir hiç bilmediğimiz, tanımadığımız insanlarda o dosya duruyor. Geçen Martın ikinci haftasından beri duruyor. Şimdi onlar getirmişler, herhalde birkaç hafta sonra gelecek bu, "imza at." Ben ceza hukuku hocası olarak nasıl imza atayım? Bu kez başlıyorsunuz siz suça ilişkin bir şey yazacaksınız. Ne yapacağım, ben fren izini hesaplayacak ya da statik hesap yapacak halim yok. O zaman da Yargıtay hemen kararı bozuyor ve ihtar geliyor. "Hukuk hocası yargıcın işine karıştı, değerlendirmesine karıştı." Ben ne yapacağım peki, ne yazacağım oraya.

İki konu, lütfen, gerçekten, bu kepezelik, çünkü suistimal ediliyor, ben anlıyorum yargının yükü fazla. Şunu iddia edeyim, yargıdaki dosyaların neredeyse yüzde 50'sini hocalar, asistanlar bu konuda dosyanın büyük bir kısmını yazıyorlar, hakimler de karar veriyorlar ve çoğu kez de aynı doğrultuda karar veriyorlar. Ama inanır mısınız, çok suistimal var. Hukukçu hocaların ceza davasına birazdan söyleyeceğim iki hal dışında kesinlikle bilirkişi olarak atanmaması lazım. Hakim hukukçu. Hakimler, savcılar, biz onlardan daha mı fazla biliyoruz. O dosyada o hukukçu, o biliyor, o dosyayı uygulayacak. Türkiye'nin kanayan yarasıdır bu. Bu rezaleti yaşamamak için ben de dahil hiçbir hukuk hocasını ceza davasında lütfen, rica ediyorum, bütün hukukçular adına, bilirkişi olarak yazmayın. Yargıtay bozsun bunu. "Hukuka aykırı bilirkişi raporu" desin, bozsun.

Yeni CMK'da da kıvırıyoruz. Hakimin söyleyeceği ya da değerlendireceği hukuki konuları belirtmesin. Hayır, atanmasın. Hukukçu bilirkişi atanmasın. Ne olabilir? Mütalaa alabilirsiniz. Bilirkişilikle eş düzeyde bir rapordur bu. Çok yeni tarihli, bir hafta önce bir ceza genel kararı çıktı. Resmi bilirkişi raporuyla hukuksal mütalaa aynı değerlendirdi ki orada sı-

TARTIŞMA

nırlama yok. Hukuksal konuda gidersiniz mütalaa alırsınız, dosyaya koyarsınız, ayrı bir şey ama ne olabilir? Tek resmi bilirkişilik konusunda bir hukukçudan yararlanabilirsiniz, ihtiyacınız varsa olabilir. O da nedir? Yurtdışında işlenen bir suçta Türkiye’de kovuşturma yapıyorsunuz, Alman kanunu nasıl, İtalyan kanunu nasıl, hakim olarak biliyorsunuz. O dili bilen, o ülkenin hukukunu bilen bir kişiden sorarsınız. Burada bilirkişiler size hizmet versin. TCK m. 19’u kastediyorum.

Yargıtay’dan rica ediyoruz, böyle bir dosya geldiği zaman artık hukukçu bilirkişiyi gördükleri andan itibarın bozsun. Hakikaten çok suistimal ediliyor uygulamada. Detaya girmiyorum, biliyorsunuzdur.

Şimdi çok kısa sunulan konularla ilgili Recep Beyin bu 99’a 6. fıkraya ilişkin olarak çocuk düşürtme suçuyla ilgili, evlilik içi, evlilik dışı ayırımına ben kesinlikle katılmıyorum. Madde metninde böyle bir şey yok. Sosyal gerçeklerimiz var ama biz bütün bu sosyal gerçekleri kanunların arkasına dolanarak keyfimize göre şurada uygulansın, burada uygulansın diyemeyiz. O madde var ya, belki Recep beyin vakti olmadığı için değinmedi, herhalde kendisi de aynı düşüncede. Önemli bir sakıncayı, madde içinde tehlikeli bir mayını gizliyor. Onu görmek lazım. Siz 4,5 aylık bir çocuğu hiçbir denetim mekanizması kurmadan alıyorsunuz. Plesante’den neler yapılabileceğini tıp hocalarımız anlıyor. Doku organ mafyasının da neleri suistimal edebileceğini biliyor.

Türkiye’nin gerçeği diyorsunuz, o zaman ben başka bir gerçeği söyleyeyim. Kız çocuğu istemeyen babaların neler yapabileceğini biliyorsunuz. Bu da Türkiye’nin bir gerçeği. “O gece istemedim, zorla birlikte oldu.” Şikayet et. Şikayet önemli değil ki, suçun kovuşturulması önemli değil. Kız-erkek ayırmacılığına yol açacaktır. Yabancı ülkelerde yok mu? Almanya’da var, meslektaşlarım söyleyecektir, hekimler komisyonu kontrol ediyor ve istisnalar da var. Bizdeki kadar, 20 hafta, ucu açık. Bayan dayağı yemiş, gözü şişmiş, burayı sarmış bezle,

gidiyor, diyor, "ben yoldan geçerken hiç bilmiyordum, tecavüze uğradım." "Eşim istemediğim halde tecavüz etti ama eşimi şikayet etmiyorum." Kovuşturamıyorsunuz, almak zorundasınız. Hiçbir kontrol mekanizması yok. Gelin İstanbul'a, 3 lira verin istediğiniz hastanede doğuma bir ay kala insan aldırıyorsunuz.

Lütfen, Türkiye'de bu maddenin amaca uygun, bu maddesi ben uzun yıllar önce teklif ettim, Yugoslavya'daki olayları. Elim kırılıyordu da yazmayaydım, teklif etmeyeydim o makalemde. Böyle düzenleneceğini bilseydim, teklif etmezdim, çünkü suistimler başladı hakikaten. Ciddi anlamda kadın-erkek ayrımcılığına gidilecek. İstanbul'da bakıyorsun hastane çöplüklerine, çocuk kol bacağı toplamaya başlıyorsunuz. Bu yaradır, orada kontrol mekanizması kurmanız lazım. Hakim müdahale edecek, nasıl müdahale edecek, ne mekanizmayla başvuracaksınız hakime. Eğer zaten hakime gidebiliyorsa, o gitme cesaretini gösterebiliyorsa bayan, zaten gider doktora. Bayan zaten gider eğer aile içi şiddete maruz kalmayacaksa. Onun için bizim kontrol mekanizması kurmamız lazım. Biz 4,5 aylık bir çocuğu alalım ve bunu daha da genişletelim diyor arkadaşımız. 20 hafta yetmez teklifi karşısında, artık saçımızı başımızı yolmamız gerekir.

Nihat beyin konusuyla ilgili olarak kısaca şunu söyleyeceğim. Çocuk düşürme, evet, güzel, ama orada bizim artık şu alışkanlığı terk etmemiz gerekir. Bir tane sözleşmeyi imzalıyorum, bizim 90. maddemiz Anayasa'nın, tamam bitti. Yok, böyle bir şey. Kanun yapmamız lazım, düzenleme yapmamız lazım. Biyotip Sözleşmesi'ni imzalyorsunuz, hani nerede insan kopyalama, gen tekniklerinin kullanılmasını yasaklayan maddeler yok. Embriyonu korumuyoruz, kök hücreyi korumuyoruz. Peki, umarım bize bulaşmaz. Başladı işte, Hollanda'da, Belçika'da özgür doğumcular. Çocuğu düşürtmek istemiyor ama "ben evde kendim doğuracağım" diyor. 300 tane bebek Belçika'da bir yıl içinde. Anne, "ben doğuracağım. Ne diye gideceğim doktora. Bir de masraf falan" diyor. Anne na-

TARTIŞMA

sıl doğuracak? *"Doğuracağım, siz karışamazsınız."* Çocuğu düştürme kastı da yok ama çocuk ölüyor. Veya cinsiyet değişikliği. Biyotıp Sözleşmesi diyor ki, *"Düzenleme yap."* Çocuğun problemi dışında bir tek konuda istisna veriyor, onun dışında kromozom konusunda müdahaleyi, cinsiyet konusunda müdahaleyi engelle. Ama düzenlememiz lazım. Sözleşmeyi imzalamakla hiçbir şeyi halledemeyiz. Sözleşmeyi kendi kafamızdan yorumlayıp, o suçtur diyemeyiz. Türkiye'de bunu aşmamız lazım. Türkiye'nin bu yükümlülüklerini yerine getirmesi gerekiyor.

İbrahim Bey bakımından, evet, söyledikleri konusunda bu kıyas yasağı konusunda dedikleri doğru ama o zaman İbrahim Bey'den şunu da rica etmemiz lazım, bu *"ve/veya"* konusunda aynı tutumu sürdürmemiz lazım. Maddedeki hakim ve savcı ifadesi çok net. Maddede *"ve"* yazılıyorsa onu uygulayacağız. Onun için ne bu şekilde biz kıyas, evet genişletici yorum yapamayız. Bu güzel ama, bakanlık sitelerine makale koyup da *"maddede böyle yazıyor ama siz bunu böyle uygulayın, anlayın"* diyemezsiniz, olmaz bu. Hakim açıyor interneti, Adalet Bakanlığı'nın web sayfasında yazı, madde böyle ama biz bunu böyle düşündük, yaptık, böyle uygulayalım. Böyle bir şey olmaz. Bu yargı bağımsızlığı ile de bağlanamaz. Ceza hukukunda tekniktir bu. Mutlaka yorum tabii ki vardır ama burada İbrahim beyin doğru olarak söylediği o maddeye kıyas yasağı ve yoruma uymamız lazım. Maddeyi biz keyfimize göre böyle yorumlayamayız. Yasa yanlışsa da uymamız lazım, düzeltmemiz lazım, bunu da eleştirmemiz lazım. O yüzden keyfimize göre düzenleme yapamayız. Bu maddeye gerek yoktu. Yeter ki işlenen suçları, fail annesidir, babasıdır, öğretmenidir diye uygulamaktan vazgeçmeyelim. Madem düzenliyorsun *"muayeneye götüren"*i niye yazmıyorsun?

Burada Sempozyumun düzenleyicileri içindeydim, Hakan teşekkür etti bana, bu işin asıl yükünü götüren Adnan Kılıç bey. Sonsuz teşekkürler. Mükemmel bir organizasyon yaptınız, çok sağ olun, inanılmaz bir hizmet veriyorsunuz. Size,

Türkiye Barolar Birliği Başkanı'na ve Teoman Ergül beye de hürmetlerimizi, selamlarımızı iletin. Çok teşekkürler. Araştırma görevlisi Murat bey, önemli yardımlarını sundu bize. Ama asıl teşekkürü herhalde bu konuda bizden de öncelikli Prof. Rosenau hak ediyor.

Prof. Rosenau, biz Asya'yla Avrupa arasında İstanbul'da 3. köprüyle uğraşıyoruz yapalım mı, yapmayalım mı diye; ama siz Ausburg Üniversitesi'yle Türkiye'nin birçok şehirleri konusunda inanılmaz güzel bir sevgi köprüsü kurdunuz. Sizin sayenizde güzel, doğru, çağdaş bilgileri biz birçok farklı sempozyumla da Türkiye'ye aktarıyoruz Almanya üzerinden, Almanca dili üzerinden. Siz ve ekibiniz büyük katkıda bulunuyorsunuz, sonsuz teşekkürler, çok sağ olun, iyi ki varsınız. Umarım bu seri devam edecektir. Sanırım bu konuda da açıklama yapacaksınız. Herkese, siz katılımcılara çok teşekkürler.

Ben şimdi kapanış konuşmasını yapması için değerli Alman Bilim Adamı Profesör Rosenau'yu kürsüye davet ediyorum.

Prof. Dr. Henning ROSENAU: Sayın hanımefendiler ve beyefendiler; koçkmayın, elveda veya kapanış konuşması gibi olamayacak. Sadece birkaç yorum yapacağım. Belki şu anda kendinize soruyorsunuzdur, bu tuhaf binalar da neyin nesi böyle diye. Aslında Sayın Hakeri, Konyalı sevgili arkadaşım, dün baklayı ağzından çıkardı. Sayın Prof. Hans Lilie adına ve kendi adıma Halle'de bulunan bu binada organ ve doku nakli başlığıyla Haziranda gerçekleşecek olan bir sonraki, yani 6. Alman-Türk Sempozyumuna, sizleri davet etmek istiyorum. Geçen üç gün boyunca tıp hukukunun birçok yönüne değindik. Disiplinler arası temel konuları tartıştık. Örneğin etiğin hukukun içindeki ve hukukla ilişkili rolü nedir? Tıbbi bilirkişi ve mahkemenin ilişkisi nedir? Bu konuyu bugün de yoğun bir şekilde işledik ve herkesin sorumluluğu olarak güven ilkesini de irdeledik.

TARTIŞMA

Daha sonra çağdaş biyo-hukuk konularını tartıştık. Biyo-hukuk ötenazi ve organ nakli gibi konuları kapsıyor. Bunun yanı sıra, ben ve Alman katılımcılar canlı tartışmaların yaşandığı bazı özel konuların sıcak bir konu olarak gündemde olmasına –buraya özel konular olmasına rağmen– şaşırдық. Ele alınan tüm bu konuların ortak noktası ise çok hassas konular olmasıdır, çünkü merkezlerinde kendi varoluşu içinde insan vardır. Bu meslekler ve hukukçular arasındaki tartışmanın odağında insan onuru var. Biraz önce dinlediğimiz sunumu düşünürsek, insanın en mahrem konularıyla ilgili bir alan bu. Bu nedenle tüm işlerine rağmen konuşmacıların ve katılımcıların sempozyuma teşrif etmesi beni çok sevindirdi. Herkese zor konulara rağmen hassasiyetlerini muhafaza etmiş olmaları nederiyle teşekkür ederim. Şimdi teşekkür sırası geldi. Hakan Bey’le şöyle anlaşmıştık: bundan sonraki kısmı o devralacaktı. Ancak iki husustan kendimi sorumlu biliyorum. İki tercümanlarımızdır. Arkadaki kabinin içinde oturan tercümanlarımızı başarılarından ve sabırlarından dolayı kutlarım ve bu sempozyuma katkı yaptıkları için teşekkürlerimi arz ederim. Teşekkür ederiz.

İkincisi Sayın Hakeri’yle ilgili. Kendine teşekkür etmeyeceğini bildiğim için kendisine ben teşekkür etmek istedim. Sevgili Hakan, Sayın Hakeri, bir kez daha –5. kez– birlikte bunu gerçekleştirdiğiniz ve sizin kararlılığınız ve adanmışlığınız sayesinde bu heyecanlı konularla ilgili hukuk kıtası yaptığımız bu toplantıyı hayata geçirdiğimiz için çok teşekkür ederim. Tabi ki Türkiye topraklarında bu etkinlikler için sarf edilen inanılmaz çabalar için de teşekkür ederim. Augsburg Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı adına ve Dekanı olarak teşekkürlerimi sunmak isterim. Augsburg Üniversitesi size bu vesileyle ufak bir hediye hazırlamıştır.

Meine sehr verehrten Damen und Herren. Keine Angst es wird keine Abschiedsrede oder Abschlussrede werden. Ich mache nur einige weniger Bemerkungen. Sie werden sich vielleicht fragen, was sie dort für seltsame Gebäude sehen. Im Grunde hat Herr Hakan

Hakeri, meine lieber Freund aus Konya, schon gestern die Katze aus dem Sack gelassen, wie wir in Deutschland sagen. Ich darf sie zugleich im Namen von Herr Professor Hans Lilie in diesem Gebäude zum nächsten, dem 6. Deutsch-Türkischen Symposium einladen, das wie am im Juni zur Organ- und Gewebetransplantation in Halle veranstalten wollen. Wir haben die vergangenen drei Tage in vielerlei Bereiche im Medizinrecht gearbeitet. Wir haben ganz grundlegende Fragen zwischen den Disziplinen erörtert. Da war die Frage welches Verhältnis hat die Ethik im Recht und zum Recht. Da war die Frage, wie steht der medizinische Sachverständige zum Richter. Das haben wir auch heute wieder intensiv behandelt und auch den Grundsatz des Vertrauens in der allgemeinen Verantwortlichkeit. Wir haben dann Fragen des modernen Biorechts behandelt. Das was man bei uns Biorecht nennt, dazu zählen die Sterbehilfe oder der Komplex der Organtransplantation. Wir haben daneben aber auch ganz spezielle Einzelthemen und Einzelfragen behandelt, die aber trotz dieser Spezialität für mich oder für die deutschen Teilnehmer teilweise überraschend sich als brisante Themen entpuppten mit einer ganz lebendigen Diskussion. Was aber in all diesen Fragen immer deutlich wurde, ist dass es sich hier um besonders sensible Themen handelt, denn hier steht der Mensch in seiner Existenz im Mittelpunkt. Hier steht die Würde des Menschen im Fokus der Diskussion zwischen den Professionen und zwischen uns Juristen. Es geht um die intimsten Rechte, wenn wir etwa an die Sitzung von soeben zurückdenken. Ich bin umso dankbarer, dass trotz allen Engagements alle Referenten und alle Diskutanten hier im Symposium waren. Ich danke allen zusammen ganz herzlich, dass alle diese Sensibilität bei diesen schwierigen Fragen bewahrt haben. An dieser Stelle ist es Zeit Dank zu sagen. Ich habe mich mit Hakan Bey derart abgesprochen, dass er diesen Part übernimmt. Aber für zwei Dinge bin ich glaube ich zuständig. Zum einen möchte ich mich ganz besonders bedanken bei unseren beiden Dolmetschern dort hinten in der Kabine, die mit Bravour und vor allen Dingen mit Ausdauer uns dieses Symposium ermöglicht haben. Also ganz herzlichen Dank dafür. Der zweite Punkt bei dem ich zuständig bin, um dank zu sagen, weil ich weiss, dass er das soweit nicht machen würde,

TARTIŞMA

der betrifft Hakan Bey selbst. Lieber Hakan, lieber Herr Hakeri, ich möchte mich ganz herzlich dafür bedanken, dass einmal mehr wir gemeinsam jetzt schon das 5. Mal das tun und insbesondere Ihrer oder deiner Hartnäckigkeit und deines Engagements eine solche rechtsvergleichende Tagung zu diesen spannenden Themen haben durchführen können. Ich bedanke mich natürlich gerade wenn es um die Veranstaltungen auf Türkischem Boden geht für die wahn-sinnigen Einsatz, der mit dieser Veranstaltung verbunden ist. Ich darf dies zugleich im Namen und als Studiendekan der Juristischen Fakultät der Universität auch im Namen der Universität Augsburg tun und die Universität hat dafür ein ganz kleines Präsent bereit.

Prof. Dr. Hakan HAKERİ: Değerli hanımefendi ve beyefendiler, öncelikle ben de sadece teşekkür edeceğim, uzatmayacağım. Size de teşekkür etmek istiyorum, çünkü üç gündür ceza hukukunun çok teorik, bir de tıp hukukuyla bağlantılı konuları için üç gündür sabahtan akşama kadar 36 kişiyi dinlediniz. Hele bugün de cumartesi, bu saate kadar da vaktinizi buraya ayırdınız. Bunun için size öncelikle teşekkür etmek istiyorum.

Gerçekten de bu toplantı bizim için çok önemliydi, çünkü Türkiye'deki bu alana ilgi duyan, bu alanda bir şeyler çalışabilecek olan, hemen bütün cezacıları, yerimiz elverdiği ölçüde ve onlar ilgi gösterdiği ölçüde davet etmeyi planlamıştık ve bunu da bir ölçüde başardık. Yaklaşık herhalde 30 civarında en azından akademisyen, öğretim üyesi anlamında burada bulundu, tebliğ sundu. Bunun önemli olduğunu düşünüyorum ve burada da en büyük katkı tabii ki başta Türkiye Barolar Birliği'nin. Başta Av. Özdemir Özok ve Av. Teoman Ergül olmak üzere onlara teşekkür etmek istiyorum, çünkü finansal olarak bu çok büyük bir yük. Bizim şu ana kadarki 4 sempozyumda yapamadığımız bir şeydi bu kadar büyük bir konuşmacı kitlesini davet etmek. Onların sayesinde bu oldu.

İkinci olarak Prof. Henning Rosenau'ya ben de teşekkür etmek istiyorum, çünkü gerçekten de 5. kezdir gayet güzel, herhangi bir sorun yaşamaksızın 5 sempozyum yapıyoruz,

uluslararası nitelikte yapıyoruz ve senede bir yapıyoruz. Bunlar da çok kısa aralıklar aslında bu tip sempozyumlar için. Gerçekten de çok iyi gidiyor. Sempozyumda hep ben ön planda görünüyorum ama aslında sempozyum fikri başından beri aynı zamanda Doç. Dr. Yener Ünver kardeşimin de fikriydi ve devamlı olarak birlikte planlayıp takip ettik. Sempozyum boyunca biz danışıyoruz birbirimize devamlı, “nasıl yapalım?” diye. Gerçi şimdi bir nevi de bir görev paylaşımı da oldu. Biz ilk defa geçen yaz ayında Würzburg’da Türk-Alman ceza hukuku sempozyumları başlattık. Tıp hukuku serisi üç yıldır yürüyor, şimdi de ceza hukukunu başlattık. Bundan sonra Yener bu ceza hukuku kısmını yürütecek, ben ise tıp serisini. Tabii yine beraber yapacağız ama ben tıp hukukuna biraz daha fazla ağırlık vereceğim. İkincisi de, ekranda gördünüz zaten, “Türk-Alman Ceza Hukuku Sempozyumu” da önümüzdeki ay içinde 17-19 Nisan’da İstanbul’da Yeditepe Üniversitesi’nde yapılacak. Diğer duyuruları da orada gördünüz.

Ben teşekkürlerime devam etmek istiyorum. Adnan Kılıç bey gerçekten kendisine çok teşekkür ediyoruz. Sempozyum boyunca bizim aklınıza gelmeyen şeyleri, “Aman Adnan bey, unuttuk, geç kaldık” dediğimizde bakıyoruz ki kendisi yapmış bile. Gerçekten çok iyi bir organizatör, çok teşekkür ederiz.

Bunun dışında yine Organizasyon Komitesi’ndeki Berrin Akbulut ve Nihat Kanbur kardeşlerime teşekkür ediyorum. Asistanlara teşekkür edeceğim, ama asistanlar için de çok iyi bir iş başardın Murat Aydın. Tebrik ederim kendisini. Onun dışında Kemal Gündem, Halit Özkan, Ahmet Akkaş ve Ömer Çelen asistan arkadaşlara da yine teşekkür ediyorum ve yine tercümanlarımıza da çok teşekkür ediyorum, hepinize saygılar sunuyorum, iyi akşamlar diliyorum.

Türkiye Barolar Birliği
V. TÜRK- ALMAN TIP HUKUKU
SEMPOZYUMU
Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları

EKLER

EK 1**Martin GRAF**

Sehr geehrter Herr Özok, sehr geehrter Herr Prof. Bayraktar, sehr geehrter Herr Prof. Hakeri, sehr geehrter Herr Prof. Rosenau, sehr geehrte Damen und Herren, guten Morgen. Es ist mir eine Ehre und ein Vergnügen sie auch im Namen der Deutschen Botschaft bei diesem Symposium in Ankara willkommen zu heissen. In den nächsten drei Fragen werden sie Fragen behandeln, die nicht nur hohe Ansprüche an rechtliche und philosophische Massstäbe stellen, sondern auch weitreichende Bedeutung für eine grosse Zahl von Menschen in der Zukunft haben werden. Sie werden sich unter anderem mit medizinethischen Regeln befassen, mit dem Notstand im Medizinstrafrecht, mit der hypothetischen Einwilligung, mit aktiver and passiver Sterbehilfe, mit dem Folterverbot und der Organtransplantation, um nur einige ihrer Themen zu nennen. Schon aus dieser kurzen Aufzählung wird deutlich, wie sehr Medizin und Biorecht mitbestimmt werden vom medizinischen Fortschritt und der raschen Entwicklung der Medizin, die die Grenzen des Machbaren immer weiter ausdehnt.

Was einstmals unbeherrschbar und schicksalsgegeben war, rückt plötzlich in den Bereich menschlicher Entscheidung. Das bedeutet, es muss von einem Menschen verantwortet werden, ob etwas geschieht oder nicht geschieht. Wo früher nur gottergebenes Beobachten möglich war, bestenfalls die Linderung des Leidens, stellt sich heute die Frage, ob gehandelt werden muss oder unterlassen werden darf. Mit einem Mal sind also Regeln aufzustellen und Pflichten festzustellen, wo früher kein Weg hinführte, weil die Macht der Medizin nicht so weit reichte. Wenn ich heute nachlese, was

EKLER Hans Jonas vor 30 oder 40 Jahren zu diesen Fragen geschrieben hat, dann spüre ich welche Relevanz vieler seiner Bemerkungen auch heute noch in sich tragen, auch vielleicht heute noch stärker als früher.

Zwar kennt der Nichtfachmann nur selten den aktuellen Diskussionsstand der Wissenschaft. Die Themen gelangen aber von Zeit zu Zeit in verschärfter Weise in das öffentliche Bewusstsein, wie beispielsweise in der Debatte um das Folterverbot oder der Sterbehilfe immer wieder passiert. Der Laie spürt das instinktiv, dass vieler dieser Fragen ihn angehen können, sei es als Patient, sei es als Angehöriger eines Kranken oder Sterbenden, vielleicht auch als Verdächtigem in einem Ermittlungsverfahren. Niemand kann für sich und seine Lieben in absoluter Sicherheit ausschliessen, dass er eines Tages von einer solch existenziellen Frage betroffen sein wird. Wer sich also bewusst macht, welche Aktualität die genannten Fragen haben, der wird auch zugeben müssen, wie komplex die grundlegenden Probleme sein können.

Es geht um Konflikte, Widersprüche und Gegensätze, die niemand sich im gesunden Zustand ausmalen möchte. Man darf auch Zweifel daran haben, ob es letztgültige oder konsensuale Lösungen dafür geben kann. Aus welchen Quellen dürfen wir also Hilfe erwarten, bei der Suche nach Antworten? Ich habe das Privileg diese Frage im Raum stehen lassen zu dürfen. Dennoch und gerade deshalb darf ich sagen, wir erhoffen uns neue Impulse durch die Begegnung Deutscher und Türkischer Rechtsgelehrter und eine lebhaftige Diskussion der anstehenden Themen. Ich danke den beiden Universitäten, deren Zusammenarbeiten wir diese Symposienreihe verdanken. Ich danke den Teilnehmern von anderen Universitäten, die hierher gekommen sind sowie der Organisation Türkiye Barolar Birliği, dass sie diese Veranstaltung möglich gemacht haben. Ich wünsche Ihnen allen einen erfolgreichen und fruchtbaren Verlauf der Gespräche und einen angenehmen Aufenthalt in Ankara. Vielen Dank.

EK 2

Prof. Dr. Henning ROSENAU

Meine sehr verehrten Damen und Herren, ich freue mich, dass ich schon auf dem 5. Deutsch-Türkischen Symposium zur Eröffnung sprechen kann. Diese Entwicklung was 2005, als wir uns Herr Hakeri, Herr Lilie und ich, das erste Mal in Konya trafen, gar nicht abzusehen. Umso mehr bedanke ich mich auch im Namen der deutschen Seite bei der Türkischen Rechtsanwaltskammer, der diesen Rahmen für unsere Veranstaltung bereitgestellt hat und das 5. Symposium hat Wirklichkeit werden lassen. Medizinrecht ist stets interdisziplinär zu denken. Wenn ich nun auf die 36 Referate schaue, die wir in den nächsten drei Tagen hören werden, dann verleiht diese Veranstaltung jedem Medizinkongress eine grosse Ehre, also insofern sind wir schon bei der Interdisziplinarität angelangt. Medizinrecht ist auch stets interkulturell zu denken. Wir haben in den vergangenen vier Veranstaltungen viel von einander gelernt. Ich bin mir auch sicher, dass wir auch dieses Mal viel von einander lernen werden. Vielen Dank und uns allen ein ertragreiches Symposium.

Andreas MOSENHEUER:

**DIE HIPOTHETISCHE EINWILLIGUNG ALS
STRAFBAREITSBEGRENZUNG FÜR AERZTE?**

Die Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung ist bereits seit langem in der zivilrechtlichen Rechtsprechung in Deutschland etabliert. In einigen Entscheidungen des Bundesgerichtshofs der letzten Jahre, sämtliche aus dem Bereich des Medizinstrafrechts, ist sie nun auch in strafrechtlichen Urteilen angewendet worden. Man kann sagen: Die hypothetische Einwilligung ist im Strafrecht angekommen.

Hinter dieser Rechtsfigur steckt ein einfacher Gedanke, den man wie folgt formulieren kann: Aufklärungsmängel sind im Rahmen einer Einwilligung in medizinische Heileingriffe dann unbeachtlich, wenn der Patient die Einwilligung auch bei korrekter Aufklärung erteilt hätte. Oder anders herum: Aufklärungsbedingte Willensmängel sind nur dann beachtlich und schließen eine Rechtfertigung aus, wenn sich im Nachhinein herausstellt, dass sie für die konkrete Entscheidung des Patienten von Bedeutung gewesen sind.

Zur Verdeutlichung ein Beispielfall in Anlehnung an eine – viel diskutierte – Entscheidung des Bundesgerichtshofs: Bei einer Patientin wurde in zwei übereinander liegenden Bandscheibenfächern jeweils ein Vorfall diagnostiziert. Der obere schwere Bandscheibenvorfall sollte operativ entfernt werden. Bei der Operation verwechselten die Ärzte jedoch die Fächer und entfernten den kleinen Vorfall im unteren Fach. Als dieser Behandlungsfehler am nächsten Tag auffiel – die Patientin hatte immer noch Schmerzen –, informierten die Ärzte sie über die Notwendigkeit einer zweiten Operation, erklärten

dies jedoch wahrheitswidrig damit, dass es zu einem erneuten Vorfall gekommen sei, einem so genannten Frührezidiv. Die Patientin willigte daraufhin auch in die zweite letztlich erfolgreiche Operation ein. Später stellte sich heraus, dass die Patientin wegen der Notwendigkeit und Dringlichkeit möglicherweise auch dann eingewilligt hätte, wenn sie den wahren Sachverhalt gekannt hätte.

Auch diese zweite Operation erforderte unter anderem eine Narkose und eine Öffnung des Körpers und war somit als medizinischer Heileingriff, der die körperliche Unversehrtheit des Patienten zunächst erheblich beeinträchtigte, nach ständiger Rechtsprechung eine tatbestandsmäßige Körperverletzung, die der Rechtfertigung bedurfte. Diese bekanntlich im Schrifttum vielfach kritisierte Ansicht soll den folgenden Überlegungen zugrunde gelegt werden, und zwar nicht nur, weil sie dermaßen gefestigt ist, dass man sich in der Praxis schlicht mit ihr abfinden muss, sondern vor allem auch, weil nur dadurch nach der geltenden Gesetzeslage die Bestrafung einer eigenmächtigen Heilbehandlung möglich ist. Dies ist meines Erachtens aber notwendig, um den damit verbundenen massiven Eingriff in das Recht des Patienten, über seinen Körper selbst zu bestimmen, wirksam zu sanktionieren.

Akzeptiert man also die Rechtfertigungsbedürftigkeit der zweiten Operation im Beispielsfall, gerät man jedoch in Schwierigkeiten: Eine Einwilligung scheidet nach Ansicht des Bundesgerichtshofs aus, da die Täuschung über die Gründe für die Notwendigkeit der zweiten Operation einen Willensmangel beim Einwilligenden herbeigeführt hat, der grundsätzlich die erklärte Einwilligung unwirksam macht. Dies dürfte an sich nicht umstritten sein: Eine korrekte und vollständige Aufklärung des Patienten vor der Einwilligung macht dessen Zustimmung in den ärztlichen Eingriff erst zu einem Akt der Selbstbestimmung. Und um die Wahrung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten geht es ja gerade

EKLER - wie bereits gesagt - bei der Bewertung solcher Eingriffe als tatbestandsmäßig im Sinne der Körperverletzungsdelikte.

Neben dieser -wenn man so will- normalen Einwilligung scheidet jedoch auch eine mutmaßliche Einwilligung im Beispielsfall aus. Die Rechtfertigung eines medizinischen Eingriffs aufgrund einer mutmaßlichen Einwilligung kommt nämlich erst dann in Betracht, wenn eine normale Einwilligung insbesondere aus tatsächlichen Gründen nicht eingeholt werden kann, beispielsweise bei ärztlichen Notfalleingriffen an bewusstlosen Patienten. Die mutmaßliche Einwilligung ist gegenüber der tatsächlichen subsidiär. Im Beispielsfall wäre es jedoch durchaus möglich gewesen, den tatsächlichen Willen des Patienten zu erfahren.

Der Bundesgerichtshof lehnt daher eine Rechtfertigung der zweiten Operation aufgrund einer tatsächlichen oder einer mutmaßlichen Einwilligung ab. Er zieht dafür nunmehr die Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung heran. Danach handelten die Ärzte im Beispielsfall deshalb nicht rechtswidrig, weil die Patientin möglicherweise in die Operation auch dann eingewilligt hätte, wenn sie nicht über den Grund für die Operation getäuscht worden wäre. Hier liegt also wegen der Willensmängel keine tatsächliche Einwilligung vor, jedoch insofern eine hypothetische, weil die Einwilligung auch erfolgt wäre, wenn keine Täuschung vorgenommen worden wäre. Es fehle somit der Nachweis der Kausalität der mangelhaften Aufklärung für das konkrete Entscheidungsergebnis der Patientin.

II.

Diese Überlegung kommt einem zunächst ganz plausibel vor. Trotzdem ist nicht zu leugnen, dass sich bei vielen auch ein anderes Gefühl einschleicht: So ganz überzeugt ist man nicht. Mit Gefühlen muss man jedoch vorsichtig sein:

Sie können trügen, aber sie sind auch oftmals ein erstaunlich verlässliches Indiz dafür, dass irgendetwas nicht stimmt. Die Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung soll daher nun kritisch analysiert werden. Dabei sollen nicht so sehr dogmatische Aspekte im Vordergrund stehen, auch wenn dies sicherlich sehr interessant wäre. Für eine sinnvolle und gerechte Rechtsanwendung oftmals wichtiger als die Suche nach einer möglichst klaren und widerspruchsfreien sprachlichen, systematischen und dogmatischen Behandlung einer Rechtsfigur erscheinen jedoch praktische und kriminalpolitische Erwägungen. Dabei wird sich zeigen, dass die Konsequenzen dieser Rechtsfigur für die strafrechtliche Praxis nicht nur sehr erheblich, sondern meines Erachtens auch gefährlich und die daraus resultierenden kriminalpolitischen Wirkungen schlicht verfehlt sind.

1. Vor dem Hintergrund der Erörterung praktischer Konsequenzen bei der Anwendung der Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung im Strafrecht sollte man sich zunächst die Realitäten des medizinischen Alltags vor Augen führen. In der ganz überwiegenden Anzahl der medizinischen Eingriffe willigen die Patienten ein, nachdem sie über den Eingriff aufgeklärt worden sind. Bei Standardbehandlungen und damit verbundenen Eingriffen – wie beispielsweise Injektionen – kommt eine Verweigerung nach Aufklärung praktisch nicht vor, eine solche erfolgt – wenn überhaupt einmal – von Anfang an. Die Konsequenz daraus ist nun folgende: In all diesen Fällen kommt es im Ergebnis auf eine korrekte Aufklärung nicht mehr an. Auch wenn die konkrete Aufklärung mangelhaft war, liegen in diesen Fällen die Voraussetzungen einer hypothetischen Einwilligung vor. Denn der Patient hätte bei einer richtigen Aufklärung in den Eingriff ebenso eingewilligt. Der eingreifende Arzt weiß übrigens auch um diese Umstände; es entspricht schlicht seiner Erfahrung.

Aber auch im Zusammenhang mit ungewöhnlichen oder besonders riskanten Eingriffen dürften in der Praxis Aufklä-

EKLER rungsmängel in den allermeisten Fällen keinen Einfluss auf den erklärten Willen des Patienten haben. Für die konkrete Entscheidung eines Patienten spielen meist ganz andere Aspekte eine Rolle, nicht zuletzt auch die Empfehlung des Arztes.

Der hier gewählte Beispielsfall der Bandscheibenoperation ist insofern ein besonderer Fall. Die Frage, ob sich ein Patient von einem Arzt operieren lassen möchte, dem kurz zuvor bei diesem Patienten ein Behandlungsfehler bei derselben Operation unterlaufen ist, ist eine doch sehr ungewöhnliche Situation, bei der sich nach allgemeiner Erfahrung der medizinischen Praxis sich keine klare Antwort aufdrängt. Und trotzdem scheidet auch hier eine Strafbarkeit der Ärzte aus, wenn nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Patientin auch dann zugestimmt hätte, wenn sie den Grund für die Notwendigkeit einer zweiten Operation gekannt hätte. Den Ärzten kommt hier die vom Bundesgerichtshof herangezogene zentrale Beweisregel im Strafrecht zugute, der Grundsatz „in dubio pro reo“. Bleiben nach Ausschöpfung aller Erkenntnismöglichkeiten vernünftige Zweifel, ist zugunsten des Arztes davon auszugehen, dass die Einwilligung auch bei ordnungsgemäßer Aufklärung erfolgt wäre.

Man kann also festhalten, dass eine konsequente Anwendung der Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung praktisch bedeutet, dass Aufklärungsmängel strafrechtlich weitgehend irrelevant zu werden drohen.

In der gebotenen Kürze sollen nun zwei Lösungsansätze vorgestellt werden, die diese radikale Konsequenz zu vermeiden versuchen.

Zunächst wird vorgeschlagen, der hypothetischen Einwilligung dann keine strafbefreiende Wirkung zuzubilligen, wenn eine ordnungsgemäße Aufklärung die Wahrscheinlichkeit für eine abweichende Entscheidung des Patienten erhöht hätte. Hier kehrt - gleichsam auf der Rechtswidrigkeitsebene

- der bekannte Streit über die genaue Bestimmung des so genannten Pflichtwidrigkeitszusammenhangs wieder: Kommt ein Zurechnungsausschluss bereits in Betracht, wenn nicht mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit feststeht, dass der Erfolg bei pflichtgemäßem Verhalten ausgeblieben wäre -so die auch von der Rechtsprechung angewandte so genannte Vermeidbarkeitstheorie-, oder erst wenn feststeht, dass ein pflichtgemäßes Verhalten keinen konkreten Einfluss auf die Wahrscheinlichkeit des Erfolgseintritts hatte, so die so genannte Risikoerhöhungslehre? Konsequenterweise muss man wohl den Pflichtwidrigkeitszusammenhang bei der Zurechnung des Erfolgs im Rahmen der Tatbestandsmäßigkeit einerseits und bei der hier behandelten Frage der Zurechnung der Aufklärungspflichtverletzung im Rahmen der Rechtswidrigkeit andererseits nach den gleichen Grundsätzen bestimmen. Und hier sprechen die besseren Gründe für die Vermeidbarkeitstheorie: Sie bringt die rechtsstaatliche fundamentale Regel „in dubio pro reo“ vorbildlich zur Geltung und läuft - anders als die Risikoerhöhungslehre - nicht Gefahr, Verletzungsdelikte in Gefährdungsdelikte umzuwandeln.

Den anderen Weg, die beschriebenen Konsequenzen der hypothetischen Einwilligung für die strafrechtliche Relevanz von Aufklärungspflichtverletzungen zu vermeiden, kann man als Versuchslösung bezeichnen. Der Grundgedanke ist folgender: Hält der Arzt es ernsthaft für möglich, dass sich der Patient bei einer ordnungsgemäßen Aufklärung anders verhalten hätte, mache er sich wegen Versuchs strafbar. Er habe nämlich den Tatentschluss zu einer rechtswidrigen Körperverletzung, wenn er billigend in Kauf nimmt, dass der Patient nicht eingewilligt hätte. Ob diese Überlegung wirklich überzeugen kann, ist jedoch zweifelhaft, denn schließlich ist nicht ohne weiteres einzusehen, dass für den Tatbestandsvorsatz grundsätzlich Eventualvorsatz genügt, nicht jedoch als Quasivorsatz für die Vorstellung, dass die Voraussetzungen einer Rechtfertigung gegeben sind.

EKLER

Dessen ungeachtet scheitert eine Versuchsstrafbarkeit mangels Tatentschlusses jedoch, wenn der Arzt die Relevanz des Aufklärungsmangels für die Entscheidung gar nicht für möglich hält oder dies zwar tut, aber darauf vertrauen durfte, dass der Patient auch bei einer ordnungsgemäßen Aufklärung eingewilligt hätte. Dies dürfte in aller Regel zumindest bei den bereits beschriebenen alltäglichen medizinischen Eingriffen jedoch der Fall sein, so dass für den allergrößten Teil der Heileingriffe Aufklärungsmängel für die Strafbarkeit ohne Bedeutung bleiben. Berücksichtigt man weiterhin, dass auch hinsichtlich dieser subjektiven Voraussetzungen der Grundsatz „in dubio pro reo“ gilt, wird der Bereich des Strafbaren noch weitergehend für die Fälle eingeschränkt, in denen der Arzt sich hinsichtlich seiner Vorstellungen nicht geständig einlässt. Man kann ganz im Gegenteil davon ausgehen, dass die Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung wohl ein wichtiges Mittel bei der Verteidigung eines beschuldigten Arztes werden wird.

Wie auch immer: Auch mithilfe dieser zweifelhaften Versuchslösung können die praktischen Konsequenzen, die bei der Anwendung der hypothetischen Einwilligung als Strafbarkeitsbegrenzung für Ärzte auftreten, tatsächlich nur in wenigen Fällen vermieden werden.

2. Führt die Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung somit in der Praxis zu einer weit reichenden Einschränkung der Strafbarkeit bei Aufklärungsmängeln, ist als zweiter Teil der Analyse nun zu fragen, ob diese Strafbarkeitseinschränkung auch zu einer Einschränkung des Schutzes der betroffenen rechtlich geschützten Interessen führt. Hierbei soll nun nicht mehr der Ausschnitt der praktischen Fallkonstellationen betrachtet werden, in denen trotz aller Anstrengung nicht aufgeklärt werden kann, ob die Voraussetzungen einer hypothetischen Einwilligung vorliegen oder nicht, und daher der Grundsatz „in dubio pro reo“ anzuwenden ist. Dies ist - wenn man so will - ein Opfer an den Rechtsstaat, das

gebracht werden muss, wenn man nicht dessen Grundprinzipien verraten will. Interessanter erscheint jedoch etwas anderes: Ist auch in dem Fall, in dem die Voraussetzungen der hypothetischen Einwilligung eindeutig vorliegen, in dem also feststeht, dass erstens der Patient auch bei ordnungsgemäßer Aufklärung eingewilligt hätte und zweitens der Arzt sich dessen auch sicher war, eine Einschränkung der Strafbarkeit in Hinblick auf die rechtlich geschützten Interessen des Patienten gerechtfertigt? Zwei Fragen sind hier zu unterscheiden. Erstens: Um welche rechtlich geschützten Interessen geht es? Und zweitens: Werden sie bei Vorliegen einer hypothetischen Einwilligung beeinträchtigt?

Zunächst zur ersten Frage: Unter der Prämisse, dass ärztliche Heileingriffe tatbestandsmäßig im Sinne der Körperverletzungsdelikte sind, geht es vordergründig um die körperliche Unversehrtheit des Patienten. Vor dem Hintergrund, dass auch gelungene Heileingriffe tatbestandsmäßig sind, also solche, die einen Beitrag zur Heilung des Patienten leisten, muss man jedoch genauer formulieren: Tatbestandsmäßig sind Heileingriffe, weil durch den Eingriff zunächst isoliert betrachtet die körperliche Unversehrtheit beeinträchtigt wird, dann jedoch durch die heilende Wirkung des Eingriffs in einer Gesamtbetrachtung der Patient - objektiv beurteilt - gesünder geworden ist. Die Rechtsprechung meint nun jedoch, meines Erachtens zu Recht, dass die Abwägung, ob man den Preis des Eingriffs für den Lohn einer Heilung zahlt, allein der Patient treffen kann. Dies dürfte der zentrale kriminalpolitische Gedanke hinter der Rechtsprechung zur Tatbestandsmäßigkeit des ärztlichen Heileingriffs sein. Insofern ist es wohl richtig, wenn als rechtlich geschütztes Interesse „die Selbstbestimmung des Patienten über seine körperliche Unversehrtheit“ angesehen wird.

Auf Grundlage dieser Erkenntnis kann nun die zweite Frage genauer formuliert werden: Wird das Selbstbestimmungsrecht des Patienten über seine körperliche Unversehrtheit

EKLER heit auch dann gewahrt, wenn er zwar nicht ordnungsgemäß aufgeklärt worden ist, in den Heileingriff aber ebenfalls eingewilligt hätte, wenn er ordnungsgemäß aufgeklärt worden wäre? Auf den Beispielsfall vom Anfang bezogen: Wurde das Selbstbestimmungsrecht der Patientin nicht beeinträchtigt, wenn feststeht, dass sie in die zweite Bandscheibenoperation auch eingewilligt hätte, wenn sie über den Grund für deren Notwendigkeit informiert worden wäre?

Auf den ersten Blick scheint dies der Fall zu sein. Wer sich genauso entschieden hat, wie er entschieden hätte, wenn er von sämtlichen Umständen gewusst hätte, dessen Entscheidung entspricht im Ergebnis seinem Willen. Das Selbstbestimmungsrecht scheint gewahrt.

So ist es jedoch nicht. Denn: Die Übereinstimmung im Ergebnis ist mehr oder weniger zufällig; eine Abwägung der wesentlichen widerstreitenden Interessen durch den Betroffenen selbst fand nicht statt. Ausübung von Selbstbestimmung ist nämlich eine Tätigkeit oder ein Prozess, aber gerade kein bloßes Ergebnis. Wenn also der Patient nicht sämtliche Umstände kennt, die er kennen muss, um eine selbstbestimmte Entscheidung treffen zu können, wenn er also nicht über sämtliche für die Entscheidung über die Vornahme eines Heileingriffs relevanten Umstände aufgeklärt wurde, ist sein Selbstbestimmungsrecht tatsächlich verletzt worden. Und daran ändert auch nichts, dass es bei einer ordnungsgemäßen Aufklärung zu denselben Eingriffen gekommen wäre.

Zur Verdeutlichung: Der beschriebene Abwägungsvorgang zwischen Preis und Lohn bei der Zustimmung zu einem Heileingriff gehört zur Einwilligung und nicht zum Notsstand, bei dem es ja auch um widerstreitende Interessen geht, weil es um Interessen desselben Rechtsgutsträgers geht. Die Zustimmung ist dann Ausdruck der Freiheit des Einzelnen und grundsätzlich zu akzeptieren, mag sie auch im Einzelfall als unvernünftig erscheinen. Als frei im rechtlichen Sinn ist die Einwilligung jedoch nur anzusehen, wenn sie auch frei

von Zwang, Täuschung und Irrtum zustande gekommen ist. Ohne diese Freiheit von Willensmängeln ist die Entscheidung nicht selbstbestimmt, ein Eingriff mit einer solchen Zustimmung somit auch eine Verletzung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten. Die Frage nach einem hypothetischen Willen ist somit in Hinblick auf die Selbstbestimmung des Patienten unsinnig. Somit liegt auch bei einer so genannten hypothetischen Einwilligung eine Verletzung des Selbstbestimmungsrechts vor. Ihre Anerkennung durch die Rechtsprechung führt zu einer Reduktion des Schutzes dieses Rechts und widerspricht somit dem mit der Einordnung ärztlicher Heileingriffe als tatbestandsmäßig im Sinne der Körperverletzungsdelikte verfolgten Ziel. Diese Einbuße an Schutz ist übrigens - wie oben gezeigt wurde - in der ärztlichen Praxis sogar ganz erheblich. Dies ist meines Erachtens gefährlich.

Die eben angestellte Überlegung zur Frage, wann Entscheidungen als rechtlich frei zu beurteilen sind, nämlich dann, wenn sie frei von Willensmängeln zustande gekommen sind, offenbart übrigens den eigentlichen „Konstruktionsfehler“ der Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung. Die Bewertung einer Entscheidung als frei ist nämlich ein objektives Urteil der Rechtsordnung. Allein diese bestimmt, welche Bedingungen herrschen müssen, damit eine Entscheidung als Ausdruck der Selbstbestimmung anzusehen ist, und gerade nicht der Einzelne. Aber genau dazu würde die Anerkennung der hypothetischen Einwilligung im Strafrecht führen, da sie einen Eingriff als rechtmäßig bewertet, weil ein Willensmangel für den konkreten Patienten keine Bedeutung hat. Diese falsche Subjektivierung rechtlicher Maßstäbe birgt darüber hinaus auch noch die Gefahr unbestimmter Rechtsanwendung.

III.

1. Die Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung ist nach alledem abzulehnen, zum einen wegen ihrer praktisc-

EKLER hen Konsequenzen, zum anderen, weil sie weder kriminalpolitisch, noch prinzipiell überzeugen kann.

Diese harte Kritik möchte ich jedoch so nicht allein stehen lassen. Am Schluss seien noch einige versöhnliche Töne erlaubt. Zum einen bleibt meines Erachtens durchaus ein berechtigter Anwendungsbereich für die hypothetische Einwilligung und zum anderen erscheint mir das Motiv lobenswert, das wohl hinter der Anerkennung dieser Rechtsfigur durch die Rechtsprechung stehen dürfte.

2. Zunächst zum Anwendungsbereich. Die Anerkennung der hypothetischen Einwilligung ist im Zivilrecht weit weniger problematisch und im Ergebnis wohl auch legitim. Dies hat zwei Gründe. Erstens sind die Beweisregeln anders als im Strafrecht, so dass die Anwendung der hypothetischen Einwilligung nicht einseitig zu Lasten der Patienten geht. Im Zivilprozess muss der Arzt zunächst substantiiert vortragen, dass der Patient auch bei ordnungsgemäßer Aufklärung den Eingriff hätte durchführen lassen. Dies muss er schließlich sogar beweisen, wenn der Patient plausible Gründe dafür darlegt, dass er sich in diesem Fall in einem echten Entscheidungskonflikt befunden hätte.

Zweitens ist das Ziel des Zivilverfahrens ein anderes. Schützt das Strafrecht vor allem vor sozialem besonders missbilligenswertem Verhalten, geht es im Zivilrecht – vereinfacht gesagt – um den Ausgleich von Interessen grundsätzlich gleichwertiger Personen. Im Arzthaftungsprozess speziell geht es in aller Regel um den Ausgleich von Schäden. Dabei ist es dann aber richtig, wenn man fragt, wie der Patient stehen würde, wenn der Arzt nicht pflichtwidrig gehandelt hätte. Dies ändert zwar nichts an der Tatsache, dass eine Rechtsverletzung vorlag – genauer eine Verletzung des Selbstbestimmungsrechts über die körperliche Unversehrtheit –, nur eben kein ausgleichsfähiger Schaden.

Diese Erkenntnis führt uns dann auch zu einem ersten Anwendungsbereich der hypothetischen Einwilligung

im Strafrecht. Denn die Schwere der Folgen spielt durchaus auch hier eine Rolle, nämlich bei der Strafzumessung. Meines Erachtens muss man daher zugunsten des schuldigen Arztes berücksichtigen, dass der Patient als Opfer der Straftat in Hinblick auf die körperliche Unversehrtheit an sich ohne die Pflichtverletzung ebenso dagestanden hätte.

Schließlich ist die hypothetische Einwilligung bei fahrlässigen Verletzungen der Aufklärungspflichten zu berücksichtigen. Darin dürfte sogar ihr eigentlicher Anwendungsbereich liegen, auch wenn die Rechtsprechung sie soweit ersichtlich bisher lediglich bei vorsätzlichen Taten ausdrücklich angewendet hat. Kurz zur Erläuterung: Ein Arzt, der einen Eingriff vornimmt und dabei nicht erkennt, dass ein Patient nicht korrekt aufgeklärt worden ist, macht sich nicht wegen einer vorsätzlichen Körperverletzung strafbar. Er erliegt einem so genannten Tatbestandsirrtum, der entsprechend einem gewöhnlichen Tatbestandsirrtum, eine Bestrafung wegen vorsätzlicher Tat ausschließt. Wenn der Irrtum vermeidbar war, kommt jedoch grundsätzlich eine Strafbarkeit wegen fahrlässiger Tat in Betracht. Da die Körperverletzung durch Fahrlässigkeit verursacht worden sein muss, muss man nun jedoch in der Tat fragen, ob die Körperverletzung auch bei pflichtgemäßem Verhalten eingetreten wäre. Die abweichende Beurteilung mit den oben ausführlich behandelten Fällen der vorsätzlichen Aufklärungspflichtverletzung rechtfertigt sich damit, dass in diesen Irrtumskonstellationen quasi eine Vorverlagerung stattfindet. Vorgeworfen wird nicht mehr so sehr der Eingriff selbst, sondern vor allem die vorherige fahrlässige Aufklärungspflichtverletzung. Darin liegt der Schwerpunkt des missbilligen Verhaltens.

3. Zum Schluss möchte ich der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs doch noch in einem sehr wichtigen Punkt zustimmen. Das mit der Anwendung der Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung verbundene Ziel ist anerkenntniswert: Es geht wohl um die Einschränkung der überzogenen Anforderungen an die ärztliche Aufklärung im Strafrecht.

EKLER Der gewählte Weg ist jedoch der falsche. Der Fehler ist oben bereits angeklungen und scheint mir prinzipieller Natur zu sein. Eine kritiklose Übertragung zivilrechtlicher Rechtsprechung auf das Strafrecht, wie es mit dieser Rechtsfigur geschehen ist, funktioniert nicht. Sie ignoriert die unterschiedlichen Aufgaben von Zivilrecht und Strafrecht. Die Rechtsprechung zur hypothetischen Einwilligung im Strafrecht erscheint mir dafür exemplarisch.

Aus dieser Erkenntnis lässt sich jedoch ein Ansatz entwickeln, mit dem die begrüßenswerten Ziele der dargestellten Rechtsprechung sinnvoller erreicht werden können, nämlich die Beschränkung der überzogenen Anforderungen an die ärztliche Aufklärung in Hinblick auf die strafrechtlichen Risiken, denen sich ein Arzt in seiner beruflichen Praxis ausgesetzt sieht. Die vor allem in der zivilrechtlichen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs über Jahrzehnte entwickelten strengen Anforderungen an die ärztliche Aufklärung dürfen nämlich ebenfalls nicht unbesehen auf das Strafrecht übertragen werden. Der Grund dafür ist einfach: Im Zivilrecht werden neben dem Körper eine Fülle von weiteren Interessen des Patienten auch durch eine vollständige und umfassende Aufklärung geschützt, wie beispielsweise das Selbstbestimmungsrecht an sich und nicht nur das über die körperliche Unversehrtheit, seine wirtschaftlichen Interessen und so weiter.

Mit den Körperverletzungsdelikten, nach denen sich ein Arzt strafbar machen kann, werden jedoch allein die körperliche Unversehrtheit und - nach zutreffender Ansicht - das Selbstbestimmungsrecht über diese Unversehrtheit geschützt. Dies muss nun beim Umfang der Aufklärungspflichten berücksichtigt werden. In Hinblick auf dieses Interesse muss der Patient für eine selbstbestimmte Entscheidung einerseits über die Krankheit und ihren möglichen weiteren Verlauf, andererseits über die Folgen des Eingriffs, Erfolgchancen und Risiken, sowie denkbare Behandlungsalternativen aufgeklärt werden. Über mehr jedoch nicht.

Henning ROSENAU:

AKTIVE STERBEHILFE

I. Einleitung

Die aktive Sterbehilfe wird weitgehend tabuisiert. Sie soll nicht stattfinden. Ich werde dagegen in sehr geraffter Form zeigen, dass bereits heute Formen aktiver Sterbehilfe rechtlich anerkannt sind und es darüber hinaus es sinnvoll erscheint, den erlaubten Bereich der aktiven Sterbehilfe auszuweiten.

II. Aktive Sterbehilfe im Kontext anerkannter Formen der Sterbehilfe

Klassischerweise werden die drei Formen der indirekten, passiven sowie der Aktiven Sterbehilfe unterschieden. Daneben spielt die Kategorie der Suizidbeihilfe eine Rolle. Es zeigt sich, dass die Rechtslage von Abgrenzungsproblemen und Wertungswidersprüchen gekennzeichnet ist.

1. Indirekte Sterbehilfe

Die Zulässigkeit der indirekten Sterbehilfe ist in Deutschland inzwischen unbestritten. Von indirekter Sterbehilfe wird gesprochen, wenn die Linderung von Schmerzen so im Vordergrund steht, dass eine unvermeidbare Lebensverkürzung hingenommen werden darf. Der Arzt muss folglich nicht mit

EKLER Bestrafung rechnen, der bei einem im Sterben liegenden Patienten, der von Schmerzen und Unruhezuständen gequält ist, hoch dosierte Schmerzmittel verabreicht und dabei in Kauf nimmt oder sicher voraussieht, dass als Nebenfolge ein früherer Tod eintritt.

Hingegen wird nach § 216 StGB wegen Tötung auf Verlangen bestraft, wer einem Todkranken, der im Sterben liegt, auf dessen „ausdrückliches und ernstliches“ Verlangen, gezielt eine tödliche Dosis an Schmerz- oder Beruhigungsmitteln injiziert, also mit Absicht den Tod herbeiführt. Das wird als Fall der aktiven (direkten) Sterbehilfe eingeordnet.

Die Differenzierung will nicht ganz einleuchten, geht es doch in beiden Fällen darum, dass der Arzt den Tod eines Patienten aktiv und vorsätzlich beschleunigt, also sehenden Auges herbeiführt.

Für die h. M. entscheidet sich die Abgrenzung auf der Ebene des Vorsatzes. Steht die Schmerzlinderung im Fokus und ist die Beschleunigung des Todeseintrittes unbeabsichtigte Nebenfolge, die entweder in Kauf genommen wird – dann handelt der Arzt mit *dolus eventualis* – oder von der er sicher ausgeht – dann handelt er mit *dolus directus* 2. Grades –, soll bloß eine indirekte Sterbehilfe vorliegen.

Beabsichtigt der Arzt dagegen den Tod, handelt er mit *dolus directus* 1. Grades. Der Tod wird zur Hauptfolge. Dann liegt eine aktive Sterbehilfe vor.

Dieses Postulat der h.M. überzeugt schon aus schlicht strafrechtsdogmatischen Gründen wenig. Denn es gilt der Grundsatz, dass alle drei Vorsatzformen gleich zu behandeln sind. Die Tötungstatbestände der §§ 212 ff. enthalten insoweit auch keinerlei Sonderregelungen zur subjektiven Tatseite. Damit erweist sich die indirekte Sterbehilfe auf ausdrückliches Verlangen des Patienten als ein bestimmter Unterfall der aktiven Sterbehilfe.

2. Passive Sterbehilfe

Die passive Sterbehilfe ist in Deutschland als rechtlich zulässige Begrenzung der medizinischen Behandlung anerkannt, unter bestimmten Umständen sogar geboten. Sie kommt zum einen in der letzten Lebensphase beim Sterben zum Tragen, wenn das Grundleiden des Patienten nicht mehr kurativ behandelt werden kann und unumkehrbar einen tödlichen Verlauf angenommen hat, so dass in kurzer Zeit der Tod eintreten wird. Man spricht dann von der Hilfe beim Sterben. In diesem Fall ist eine ärztliche Behandlung nicht mehr indiziert, der Sterbende hat damit auch keinen Anspruch mehr auf den Einsatz aller technisch möglichen Maßnahmen zur Lebensverlängerung.

Passive Sterbehilfe ist darüber hinaus von der Rechtsprechung auch als Hilfe zum Sterben anerkannt, wenn die Krankheit einen unheilbaren Verlauf genommen hat, und zwar auch schon dann, wenn etwa der komatöse Patient noch längere Zeit mit Hilfe der Apparaturen am Leben gehalten werden könnte. In diesen Fällen können lebensverlängernde, insbesondere intensivmedizinische Maßnahmen unterbleiben. Was bereits eingeleitet wurde, wie die künstliche Beatmung, kann abgebrochen werden.

Der Begriff der Passivität ist problematisch. Er ist es in zweierlei Hinsicht. Zum einen darf dem sterbenden Patienten nicht jegliche Behandlung vorenthalten bleiben. Dieser darf im Sterben nicht allein gelassen werden. Die unverzichtbare Basisversorgung ist zu gewährleisten. Es geht, so formulieren es die Grundsätze der Bundesärztekammer zur Sterbebegleitung, um die Änderung des Behandlungszieles. An die Stelle von lebenserhaltenden und -verlängernden Maßnahmen treten dann palliativ-medizinische Versorgung einschließlich Maßnahmen der Pflege.

Zum zweiten ist höchst fraglich, ob die passive Sterbehilfe derart passiv ist, wie sie vorgibt. Das juristische Problem

EKLER zeigt sich, wenn das laufende Beatmungsgerät per Knopfdruck abgeschaltet wird.

Die h. M. wertet diese Situation als Unterlassen durch Tun. Das stellt einen Griff in die dogmatische Trickkiste dar; denn nur so läßt sich die Tat als Tötung durch Unterlassen begreifen. Das Unterlassen ist aber nur bei einer Garantenpflicht strafbar, die den Arzt in ausweglosen Situationen nicht mehr trifft.

Der Begriff der passiven Sterbehilfe ist reiner Euphemismus. Das Abschalten einer Herz-Lungen-Maschine verlangt nicht weniger Aktivität als das Injizieren eines Giftes. Versteht man dagegen das Abschalten des Respirators phänomenologisch als das, was es ist, nämlich positives Tun, kommt man nicht darum herum, vorliegend eine aktive Sterbehilfe anzunehmen. Allerdings ist man sich einig, dass diese unter keinen Umständen zu bestrafen ist. Denn es kann keinen rechtlichen Unterschied machen, auf welche Art und Weise eine zulässige Behandlungseinstellung vorgenommen wird: indem man diese erst gar nicht aufnimmt oder indem man diese abbricht.

3. Beihilfe zum Suizid

Die dritte Ungereimtheit findet sich, wenn die Straflosigkeit der Suizidbeihilfe der Strafbarkeit der aktiven Sterbehilfe gegenübergestellt wird.

In Deutschland gilt der Grundsatz: keine Teilnahme ohne Haupttat. Da der Suizid straflos ist, hat das auch die Straflosigkeit einer Beihilfe zum Suizid zur Folge. Wird die Selbsttötung von einer verantwortlichen Person vollzogen, so wird nicht bestraft, wer dem Lebensmüden ein Gift besorgt und ihm reicht, das dieser dann selbst injiziert. Auf den Grund für die Selbsttötung kommt es nicht an, es geht der dümmste Grund durch, wie ein einigermaßen durchschnittlicher

Liebeskummer. Dagegen ist es nach dem Wortlauf des § 216 StGB Täter eine Tötung auf Verlangen, wer auf den dringenden Wunsch aufgrund sehr plausibler und jedem Vernünftigen einleuchtender Motive des (vielleicht nicht handlungsfähigen) Lebensmüden die Injektion für diesen vornimmt.

Die Verwirrung wird noch größer, weil die Rechtsprechung auch beim freiverantwortlichen Suizid eine Rettungspflicht konstruiert und damit die Straffreistellung der Teilnahme am Suizid unterminiert. Hat der Lebensmüde das Bewußtsein verloren und kann er das Geschehen nicht mehr steuern, wechselt die Tatherrschaft zum noch anwesenden Arzt, der das Barbiturat verabreicht hat. Dieser sei als Garant sodann verpflichtet, alles Mögliche zu unternehmen, um den Patienten nunmehr zu retten. Diese Rechtsprechung führt zur Groteske, dass es dem Gehilfen zunächst gestattet ist, dem Selbsttötungswilligen das tödliche Mittel zu besorgen, um nach Eintritt der Bewußtlosigkeit sogleich zur Rettung des Lebensmüden verpflichtet zu sein. Um nicht wegen strafbarer Tötung durch Unterlassen (§§ 212, 13 StGB) belangt zu werden, dürfen die Ärzte entweder nicht an der Seite des Sterbenden ausharren, sondern haben ihn tunlichst allein in seinem Sterben zu lassen. Oder sie verwenden Zyankali, das zwar zu einem schrecklichen Tod führt, bei dem Rettungsmöglichkeiten aber ausscheiden. Diese Rechtsprechung wird einhellig kritisiert und ist dringend revisionsbedürftig.

Warum ist die Suizidbeihilfe straflos, nicht aber die Tötung auf Verlangen? Nun ließe sich argumentieren, dass es einen Unterschied mache, ob man das eigene oder ein fremdes Leben auslösche. Wenn jemand selbst Hand an sich legt, ist das ohne soziale Relevanz, was meint, dass sich die Gesellschaft nicht zur Reaktion gezwungen sieht. Aber schon bei der Beihilfe zum Suizid wird der Lebensmüde nicht allein tätig. Es handelt sich um einen Akt zwischen zwei Personen – wie bei der Tötung auf Verlangen. Und es findet sich eine Übereinstimmung mehr: auch bei der Tötung auf Ver-

EKLER langen wird der Zweck vom Lebensmüden vorgegeben. Es bleibt nur die Unterscheidung von eigenhändiger und arbeitsteiliger Zweckverfolgung. Eigenhändige oder arbeitsteilige Zweckverfolgung ist aber sonst kein Kriterium, mit dem die Strafbarkeit steht und fällt, auch nicht bei höchstpersönlichen Rechtsgütern. Niemand käme auf die Idee, bei der Operation zu verlangen, dass diese eigenhändig vom Patienten vorgenommen wird. Die Arbeitsteilung macht entsprechend eine Selbstverletzung nicht zum Unrecht. Aktive Sterbehilfe stellt sich der Sache nach als eigenhändige Selbsttötung dar - mit Hilfe eines anderen.

III. Straflosigkeit der indirekten Sterbehilfe und aktive Sterbehilfe

Es finden sich verschiedene Ansätze, um die Straflosigkeit der indirekten Sterbehilfe zu rechtfertigen. Manche behaupten, schon der Tatbestand des § 216 sei nicht einschlägig. Andere argumentieren mit einer Einwilligung des Todkranken. Das grundsätzliche Problem der Einwilligungslösung ist schnell gesagt: § 216 StGB versperrt rechtlich diesen Weg. Das scheint mir angesichts des Wortlauts nicht zu bezweifeln zu sein.

Zutreffend dürfte die Notstandsargumentation sein. Mit der Überlegung, dass zwischen zwei Übeln abzuwägen ist - grob: Leidvermeidung gegen Lebensverlängerung - ist der dogmatisch zutreffende Weg gewiesen. Auch der BGH scheint auf § 34 StGB abzustellen: „Die Ermöglichung eines Todes in Würde und Schmerzfreiheit gemäß dem erklärten oder mutmaßlichen Patientenwillen ist ein höherwertiges Rechtsgut als die Aussicht, unter schwersten Vernichtungsschmerzen noch kurze Zeit länger leben zu müssen“.

Allerdings ergeben sich auch hier gewichtige Einwände. § 34 StGB hat Rechtsgutskonflikte zwischen zwei Personen im

Blick. Es geht aber um ein- und denselben Patienten. Bei der Abwägung gegenläufiger Interessen eines Rechtsgutsinhabers ist als Spezialfall das Institut der Einwilligung heranzuziehen. Diese trägt hier aufgrund der Einwilligungssperre des § 216 StGB gerade nicht.

Gleichwohl läßt sich § 34 StGB heranziehen. Eine Analogie liegt nahe. Das erweist auch der Erstrecht-Schluss: wenn aufgrund der Regelung des § 34 StGB in das Leben zugunsten fremder Interessen eingegriffen werden kann, dann muss dies erst recht zugunsten eigener Interessen richtig sein. Weder der Wortlaut der Norm noch seine systematische Stellung widersprechen der Anwendbarkeit bei einer Wertekollision desselben Rechtsgutsträgers.

Problematisch ist freilich das Erfordernis, dass das geschützte Interesse das beeinträchtigte wesentlich überwiegen muss. Man könnte sich auf den Standpunkt stellen, dass das Rechtsgut „Leben“ als verfassungsrechtlicher Höchstwert bei einer Abwägung nach § 34 StGB niemals unterliegen könne. Aber es geht bei der Abwägung um ein Sterben in Würde und damit um die in Art. 1 Abs. 1 GG geschützte „Menschenwürde“, die verfassungssystematisch das höchste Prädikat für sich beanspruchen kann.

IV. Zwischenergebnis

Wir haben gesehen, dass die Trennung der erlaubten Sterbehilfeformen von strafbarer Tötung auf Verlangen dogmatisch in hohem Maße zweifelhaft ist und daher Anlass besteht, die derzeitige Auslegung des § 216 StGB zu überdenken. Wir fassen darunter Fälle aktiver Sterbehilfe, die mit einem anderen Etikett versehen nur das Tabu aufrechterhalten sollen, dass die aktive Sterbehilfe prinzipiell strafbar erscheint.

Fragen wir nun, ob über die Fallgruppen der anerkannten Sterbehilfe hinaus auch Fälle aufzunehmen sind, die nach

EKLER derzeitigem Verständnis in den Bereich verbotener aktiver Sterbehilfe fallen.

V. Rechtspolitik und aktive Sterbehilfe

1. Die Diskussion in Deutschland

Die Frage besitzt auch in Deutschland hohe Aktualität. Das Verbot der aktiven Sterbehilfe ist neuerdings wieder in die Diskussion geraten. Hervorzuheben ist der Bericht der Bioethikkommission des Landes Rheinland-Pfalz, der eine alte Forderung des Alternativkreises deutschsprachiger Strafrechtslehrer aus dem Jahre 1986 aufnimmt, wonach von Strafe abgesehen werden kann, wenn die Tötung der Beendigung eines schwersten, vom Betroffenen nicht zu ertragenden und nicht anders abwendbaren Leidenszustand dient.

2. Die Zulassung der aktiven Sterbehilfe in den Benelux-Staaten

Zumindest in unseren Nachbarländern Belgien, Luxemburg und den Niederlanden ist man einen Schritt weiter. Dort finden sich weltweit einzigartige Gesetze, die die aktive Sterbehilfe unter bestimmten Voraussetzungen straffrei stellen.

In den Niederlanden ist nach 30jähriger Diskussion durch Gesetz vom 1.4.2002 eine bereits geübte Praxis der aktiven Sterbehilfe normiert worden. Eine ganz ähnliche Regelung findet sich in Belgien und seit Februar 2008 im Großherzogtum Luxemburg.

Art. 293 nStGB läßt die Tötung auf Verlangen zwar weiterhin strafbar sein. Nach Art. 293 Abs. 2 nStGB ist die Strafbarkeit aber ausgeschlossen, wenn sie von einem Arzt vorgenommen worden ist, der dabei bestimmte Sorgfaltskriterien erfüllen muss. Der Arzt muss zur Überzeugung gelangt sein,

dass der Patient freiwillig und nach reiflicher Überlegung um Sterbehilfe gebeten hat. Der Patient muss sich in einem aussichtslosen und unerträglichen Zustand befinden, aus dem heraus es keine andere angemessene Lösung gibt. Mindestens ein anderer unabhängiger Arzt muss hinzugezogen werden, den Patienten gesehen und ein schriftliches Urteil abgegeben haben. Ein ausführliches Formular über die Sorgfaltskriterien ist zu erstellen. Ein Leichenbeschauer hat ggf. die Staatsanwaltschaft einzuschalten. Eine Kontrollkommission wird informiert und hat im Nachhinein alle Fälle aktiver ärztlicher Tötung zu überprüfen.

3. Argumente gegen die Zulassung aktiver Sterbehilfe

Ich möchte nur die wesentlichen Argumente ansprechen, die gegen die niederländische Regelung angeführt werden.

a. Missbrauchsgefahren

Befürchtet wird eine Aufweichung des Lebensschutzes. Auf den Kranken laste ein hoher Erwartungsdruck der Angehörigen, beizeiten die Frage nach der Sterbehilfe zu stellen, auch um nicht zur Last zu fallen. Damit entstehen Gefahren für krankes und schwer geschädigtes Leben. Kolportiert wird, dass sich nach Erlass der holländischen Regelung die Altersheime am deutschen Niederrhein besonderen Zuspruchs erfreuten.

Allerdings trägt diese Befürchtung kein Verdikt gegen die aktive Sterbehilfe holländischen Zuschnitts. Denn die Argumentation gilt in gleichem Maße auch für die derzeit akzeptierten Fälle der passiven Sterbehilfe. Vermutlich ist die Gefahr sogar höher, weil wir zunehmend schriftlich verfasste Patientenverfügungen als verbindlich ansehen. Der Arzt aber, an den die Bitte um aktive Sterbehilfe herangetragen wird, kann

EKLER sich leichter einen Eindruck vom Zustand des Patienten und der Ernsthaftigkeit von dessen Verlangen machen, als wenn er nur eine schriftliche Erklärung bei einem bewusstlosen Patienten zur Hand hat.

b. Relativierung des Lebensschutzes

Das Leben, so ist zu hören, ist ein absoluter Wert. Das ist schon allein deshalb verfehlt, weil die Rechtsordnung beachtliche Durchbrechungen kennt, wie die Tötung eines Angreifers in Notwehr oder im Kriegsfall.

Allerdings gilt umgekehrt, dass aus dem Lebensrecht nicht auch negativ ein Recht herzuleiten ist, zu sterben. Diese Frage hatte der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in Straßburg (EGMR) zu beantworten, an den sich Diane Pretty gewandt hatte. Die 43jährige litt an einer fortschreitenden unheilbaren Krankheit des Nervensystems. Sie war vom Hals abwärts gelähmt, konnte nicht mehr verständlich sprechen und wurde durch eine Sonde ernährt. Die Lebenserwartung betrug nur noch wenige Monate. Das Endstadium der Krankheit ist qualvoll und entwürdigend, so der EGMR. Gleichwohl wies er die Klage ab (Urteil vom 29.4.2002, 2346/02, Neue Juristische Wochenschrift 2002, S. 2851). Diane Pretty hatte erreichen wollen, dass ihr Ehemann Beihilfe zum Suizid leisten könne, die in England und Wales unter Strafe gestellt ist.

Der EGMR hatte zu klären, ob Art. 2 Abs. 1 EMRK, der das Recht auf Leben statuiert, auch den status negativus umfasst, also auch so verstanden werden muss, dass ein Recht besteht, sein Lebensende selbst zu bestimmen. Der EGMR hat diese Frage verneint. Ein Recht, mit Assistenz zu sterben, sei Art. 2 Abs. 1 EGMR nicht zu entnehmen. Zu beachten ist, dass damit keine Erklärung getroffen wurde, ob die Straflosigkeit der Suizidbeihilfe wie in Deutschland oder die Straffreistellung

auch aktiver Sterbehilfe wie in Belgien und den Niederlanden konventionswidrig wäre. Es besteht lediglich keine staatliche Verpflichtung, derartiges zuzulassen.

c. Dambruchgefahr

Mit der generellen Zulassung aktiver Sterbehilfe werden Ausweitungstendenzen befürchtet, die bereits sichtbar geworden seien. Die Frage der Abgrenzbarkeit hoffnungsloser Zustände von anderen sei schwierig und führe tendenziell zur Ausweitung der Fälle.

In Fragen des modernen Biorechts besonders beliebt ist das Argument des Dambruches. Die Fremdtötung müsse ein Tabu bleiben, das ohne Ausnahme bleibe, weil ansonsten die Gefahr einer Ausuferung, einer Abwärtsspirale bestehe.

Die Gefahr des Dambruchs vermag ich nicht zu erkennen. Die Verbotsnorm der aktiven Tötung hat sicher besonderes Gewicht. Ihre Geltung wird aber durch die Ausweitung der Sterbehilfe nicht in Frage gestellt. Wir haben gesehen, dass passive wie indirekte Sterbehilfe aktiver Sterbehilfe nahekommen oder gleichstehen, ohne dass mit der Zulassung dieser Formen der Sterbehilfe das allgemeine Tötungsverbot erodiert wäre. Es spricht nichts dafür, dass dies zu erwarten wäre, wenn die aktive Sterbehilfe für jene seltenen Fälle extremen menschlichen Leids geöffnet werden würde. Es fehlen valide Wahrscheinlichkeitsprognosen für einen Dambruch. Es ist auch nicht erkennbar, weshalb sich das Tabu nur und gerade auf die Tötung auf Verlangen, nicht aber auch auf die Beihilfe zur Selbsttötung beziehen sollte.

IV. Begrenzte Freigabe aktiver Sterbehilfe

Über die Fälle der bislang anerkannten indirekten Sterbehilfe und der passiven Sterbehilfe hinaus gibt es Situationen

EKLER in der Lebenswirklichkeit, in denen sich die den erlaubten Formen der Sterbehilfe zugrundeliegenden Erwägungen des Notstandes wiederfinden. Abzuwägen sind Situationen unerträglichen Leides oder unerträglicher Schmerzen gegen eine Lebensverlängerung. Das sind sicher seltene Extremfälle, die sich sinnvoll nur an Beispielen darstellen lassen.

Nun wird vorgebracht, für diese Einzelfälle bedürfe es keiner gesetzlichen Regelung. Dogmatisch wäre das nach dem hier entwickelten Ergebnis sogar zutreffend, weil mit dem Notstand nach § 34 StGB auf der Grundlage des Willens des Sterbewilligen die gezielte Tötung rechtfertigungsfähig wäre.

Ohne eine gesetzliche Regelung sehe ich aber keine Möglichkeit, diese Erkenntnisse in der Praxis zur Geltung zu bringen. Ein fakultatives Absehen von Strafe reicht nicht weit genug. Die Hoffnung auf gerechte Einzelfallentscheidungen durch die Strafgerichte teile ich nur bedingt. Ich stimme Wolfslast zu, die klare und vor allem berechenbare Konsequenzen verlangt. Situationen, in denen etwa Angehörige sich aufdrängen und vermeintliche Nothilfe zugunsten des Patienten üben, müssen vermieden werden.

Eine gesetzliche Regelung ermöglichte auch, prozedurale Sicherungen vorzusehen, soweit Ärzte in die Sterbehilfe einbezogen werden. Die Erfahrungen mit der niederländischen Regelung sprechen dann allerdings dafür, Prüfungskommissionen bereits ex-ante vor der Vornahme der Sterbehilfe einzubeziehen. Das ermöglicht, die Einhaltung der materiellen Kautelen, insbesondere ein Überwiegen zugunsten eines schmerzfreien Sterbens, zu prüfen und deren Einhaltung sicherzustellen. Derartige Prüfverfahren, in der Regel durch Ethikkommissionen, stellen im Medizinrecht ein inzwischen eingeführtes und bewährtes Verfahren dar und lassen sich auch im Bereich der Sterbehilfe nutzen.

Literatur:

- Baumann, J. u.a., Alternativentwurf Sterbehilfe, 1996.
- Bioethik-Kommission Rheinland-Pfalz (Hrsg.), Sterbehilfe und Sterbebegleitung, 2004.
- Duttge, G., Preis der Freiheit, 2. Aufl. 2005.
- Jakobs, G., Tötung auf Verlangen, Euthanasie und Strafrechtssystem, 1998.
- Merkel, R., Aktive Sterbehilfe, in: Hoyer, A. u.a. (Hrsg.), Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder, 2006, S. 297 - 321.
- Rosenau, H., Sterbehilfe, in: Artikel „Euthanasie“ und „Sterbehilfe“, in: Heun, W. u.a. (Hrsg.), Evangelisches Staatslexikon, 2006, Sp. 516 - 517 und 2369 - 2373.
- Schöch, H. u.a., Alternativ-Entwurf Sterbebegleitung (AE-StB), in: Goldammer's Archiv für Strafrecht 2005, S. 553 - 586.
- Schreiber, H-L., Besteht ein Bedarf für eine gesetzliche Neuregelung der Sterbehilfe nach dem Vorbild der Niederlande und Belgiens?, in: Schreiber, H.-L., Rosenau, H. u.a. (Hrsg.), Recht und Ethik im Zeitalter der Gentechnik, 2004, S. 291 - 299.
- Wolfslast, G., Rechtliche Neuordnung der Tötung auf Verlangen?, in: Amelung, K. u.a. (Hrsg.), Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber, 2003 (2. Aufl. 2005), S. 913 - 927.
- Wolfslast, G./Conrads, Ch., Textsammlung Sterbehilfe, 2001.

StGB (1871)

§ 216 Tötung auf Verlangen

(1) Ist jemand durch das ausdrückliche und ernstliche Verlangen des Getöteten zur Tötung bestimmt worden, so ist auf Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren zu erkennen.

(2) Der Versuch ist strafbar.

Art. 293 nStGB

(1) Die in Absatz 1 genannte Handlung ist nicht strafbar, wenn sie von einem Arzt begangen wurde, der dabei die in Artikel 2 des Gesetzes über die Kontrolle der Lebensbeendigung auf Verlangen und der Hilfe bei der Selbsttötung genannten Sorgfaltskriterien eingehalten und dem Leichenbeschauer der Gemeinde gemäß Artikel 7 Absatz 2 des Gesetzes über das Leichen- und Bestattungswesen Meldung erstattet hat.

(2) Wer vorsätzlich das Leben eines anderen auf dessen ausdrückliches und ernstliches Verlangen hin beendet, wird mit Gefängnisstrafe bis zu zwölf Jahren oder mit einer Geldstrafe der fünften Kategorie bestraft.

StGB (1871)

§ 34 Rechtfertigender Notstand

(1) Wer in einer gegenwärtigen, nicht anders abwendbaren Gefahr für Leben, Leib, Freiheit, Ehre, Eigentum oder ein anderes Rechtsgut eine Tat begeht, um die Gefahr von sich oder einem anderen abzuwenden, handelt nicht rechtswidrig, wenn bei Abwägung der widerstreitenden Interessen, namentlich der betroffenen Rechtsgüter und des Grades der ihnen drohenden Gefahren, das geschützte Interesse das beeinträchtigte wesentlich überwiegt.

(2) Dies gilt jedoch nur, soweit die Tat ein angemessenes Mittel ist, die Gefahr abzuwenden.

AE-Sterbehilfe (1986)

§ 216 Tötung auf Verlangen

(1) Ist jemand durch das ausdrückliche und ernstliche Verlangen des Getöteten zur Tötung bestimmt worden, so ist auf Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren zu erkennen.

(2) Das Gericht kann unter den Voraussetzungen des Abs. 1 von Strafe absehen, wenn die Tötung der Beendigung eines schwersten, vom Betroffenen nicht mehr zu ertragenden Leidenszustandes dient, der nicht durch andere Maßnahmen gehoben oder gelindert werden kann.

(3) Der Versuch ist strafbar.

Bioethik-Kommission Rheinland-Pfalz (2004)

§ 216 Tötung auf Verlangen

(1) Ist jemand durch das ausdrückliche und ernstliche Verlangen des Getöteten zur Tötung bestimmt worden, so ist auf Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren zu erkennen.

(2) Das Gericht kann unter den Voraussetzungen des Abs. 1 von Strafe absehen, wenn die Tötung der Beendigung eines schwersten, vom Betroffenen nicht mehr zu ertragenden Leidenszustandes dient, der nicht durch andere Maßnahmen gehoben oder gelindert werden kann.

(3) Der Versuch ist strafbar.

Ulrich SCHROTH:

RECHTSPROBLEME DER ORGANTRANSPLANTATION

Seit der ersten Nierentransplantation im Jahre 1963 sind in Deutschland über 70.000 Organe verpflanzt worden. Jährlich werden ca. 3.500 Organe gespendet. Die Transplantation ist ein etabliertes klinisches Behandlungsverfahren, das in ca. 50 Transplantationszentren in Deutschland durchgeführt wird. Täglich werden durchschnittlich 11 Organe übertragen. Allerdings warten in Deutschland etwa 13.000 Patienten auf ein Spendeorgan, ca. 10.000 auf eine Niere. In etwa 30% der Fälle versterben Patienten auf den Wartelisten, vor allem Patienten, die eine neue Leber oder ein neues Herz benötigen. Im Jahre 2003 haben bundesweit durchschnittlich 14 Personen pro 1 Million Einwohner nach ihrem Tod ihre Organe gespendet.

Die postmortale Organentnahme ist nach der Konzeption des Gesetzgebers zulässig, wenn der Organspender tot ist und wenn der Eingriff in sein postmortales Persönlichkeitsrecht gerechtfertigt ist.

Der deutsche Jurist Friedrich Carl von Savigny sah es nicht als notwendig an, den Todesbegriff näher zu bestimmen. Tod wurde als plötzliches Naturereignis verstanden, dass keinerlei begrifflicher Bestimmung bedarf. Dass diese Aussage angesichts der heutigen Erkenntnisse noch richtig ist, lässt sich nicht mehr sinnvoll behaupten. Das Absterben des Menschen vollzieht sich nicht abrupt. Absterben ist ein Prozess.

Im juristischen Diskurs war die Frage nach dem Todeszeitpunkt lange Zeit völlig unumstritten. Als Todeszeitpunkt wurde der irreversible Stillstand des Blutkreislaufes angesehen. Seit Mitte der 60-er Jahre wurde mit zunehmendem medizinischem Fortschritt die Frage virulent, ob man nicht den Gesamthirntod als Tod des Menschen anerkennen müsse.

Nicht nur im strafrechtlichen Schrifttum war seit Ende der 60-er Jahre der Gesamthirntod als Tod des Menschen nahezu einhellig anerkannt. Man kam darin überein, dass es unsinnig ist, einen Gesamthirntoten an seiner Körperintegrität über das Strafrecht schützen zu wollen. Er ist allerdings in seinem postmortalen Persönlichkeitsrecht schutzwürdig.

Kritische Stimmen zum Gesamthirntod wurden laut, als das Transplantationsgesetz beraten wurde. Die Unanschaulichkeit des Hirntodes hatte die Kritiker des Gesamthirntodes motiviert, gegen den Gesamthirntod zu streiten. Auch die Möglichkeit, eine hirntote Mutter als Brutkasten zu nutzen, hat dazu beigetragen, den Gesamthirntod als Tod des Menschen in Frage zu stellen. Die überwiegende Meinung in der Rechtswissenschaft hält trotz der kritischen Stimmen an dem Gesamthirntod als Tod des Menschen fest. Auch im verfassungsrechtlichen Schrifttum wird der Gesamthirntod trotz vorhandener Kritik mit guten, überzeugenden Argumenten verteidigt.

Das Absterben des Menschen ist nicht zu einem Zeitpunkt abrupt beendet, sondern geschieht als Kontinuum. Dies bedeutet, dass der Tod kein Naturereignis, sondern ein normativ diskutierbarer Vorgang ist. Das Phänomen, dass Absterben ein Prozess ist, liegt daran, dass unterschiedliche Körperteile eine unterschiedliche Sauerstoffmangeltoleranz haben. Je größer die Sauerstoffmangeltoleranz, umso länger dauert das Absterben dieser Teile des Körpers. Das Gehirn hat die geringste Sauerstoffmangeltoleranz.

EKLER

Der Gesamthirntod bedeutet eine entscheidende Zäsur im Absterbeprozess: Der Mensch ist als Gesamtorganismus dann nicht mehr existent. Es existiert kein Steuerungsorgan des Menschen mehr, es leben nur noch Teile des Körpers, die im Absterben begriffen sind. Der Mensch ist weiter als Person absolut unwiederbringlich verloren, da er nicht mehr über Bewusstseinsmöglichkeiten verfügt und auch nicht mehr über die Fähigkeit, diese wieder zu erlangen.

Gegen den Gesamthirntod als relevanten Todeszeitpunkt werden unterschiedliche Argumente vorgetragen. Einerseits wird etwa behauptet, dass etwas nicht tot sein könne, was noch rosig aussieht und sich warm anfühlt. Dieses Argument überzeugt nicht, da die Anschaulichkeit des Todes kein Argument ist, von dem aus begründet werden kann, dass der Mensch auch nach dem Gesamthirntod noch in seiner Existenz schutzwürdig ist. Wird nach dem Gesamthirntod der Herzkreislauf nicht mehr stabil erhalten, folgen zwangsläufig die klassischen Todeszeichen. Auch die Behauptung, die Steuerungsfunktion des Körpers sei noch nicht endgültig verloren, da eine Schwangerschaft noch zu Ende gebracht werden kann, ist in dieser Form falsch. Diese Argumentation erkennt, dass die Schwangerschaft nach einem Gesamthirntod nur von der Plazenta gesteuert wird. Der Körper einer hirntoten Frau wird als Brutkasten verwendet, um das nicht geborene Leben zu retten. Die Aussage, es bestünde beim Gesamthirntoten noch eine Schmerzempfindlichkeit, ist ebenfalls nicht mehr richtig. Es lässt sich medizinisch genauestens darlegen, dass eine Schmerzempfindungsmöglichkeit nicht mehr gegeben ist.

Im Hinblick auf die Frage, wie Tod im juristischen Sinne zu verstehen ist, müssen drei Fragen unterschieden werden:

Die erste Frage geht dahin, was der Tod ist.

Die zweite Frage, die beantwortet werden muss, ist, was als Kriterium dafür anzusehen ist, dass jemand tot ist.

Drittens ist zu fragen, wie das Feststellungsverfahren aussieht, das eine zuverlässige Aussage darüber garantiert, ob die Kriterien des Todes vorliegen oder nicht.

Erst im Anschluss an die Klärung dieser Fragen, ist darauf einzugehen, unter welchen weiteren rechtlichen Voraussetzungen ein Eingriff in das postmortale Persönlichkeitsrecht und damit eine Organentnahme zulässig ist.

Was ist der Tod eines Menschen?

Wie bereits angeführt, ist der Eintritt des Gesamthirntodes als relevanter Todeszeitpunkt anzusehen.

Wann ist der Mensch hirntot?

Nach dem derzeitigen Erkenntnisstand ist das Kriterium des Hirntodes der irreversible Verlust aller Funktionen des Gesamthirns.

Die Gegenthese lautet, Kriterium des Todes sei bereits der Hirnstammtod. Danach ist es für die Annahme des Hirntodes hinreichend, dass ein bestimmter Krankheitsverlauf vorliegt und keine Hirnstammaktivitäten mehr vorkommen. Beim Hirnstammtod (brain stem death), der in Großbritannien als Todeskriterium anerkannt ist, besteht die begründete Vermutung, dass der Gesamthirntod unwiderruflich eintreten wird. Problematisch ist der Hirnstammtod aber im Hinblick auf das sogenannte Locked-in-Syndrom. Bei diesem sind Fähigkeiten zum Sehen, Hören und Verstehen noch gegeben, Bewegungen des Körpers aber ausgeschlossen. Es ist schwierig, den Hirnstammtod vom Locked-in-Syndrom zu unterscheiden. Deshalb hat der deutsche Gesetzgeber zu Recht dagegen Stellung bezogen, den Hirnstammtod als Tod des Menschen anzunehmen.

EKLER

Den Großhirntod als Tod des Menschen anzusehen, ist unangemessen, da er vom sogenannten apallischen Syndrom schwierig zu unterscheiden ist.

Der deutsche Gesetzgeber hat zu Recht den Gesamthirntod als Mindestvoraussetzung für die postmortale Spende eingeführt.

Das Nachweisverfahren

§ 5 TPG hat die Aufgabe, eine Konkretisierung von Nachweisverfahren zur Feststellung des Gesamthirntodes vorzunehmen. In Abs. 1 ist festgelegt, dass der Nachweis des Eintritts des Gesamthirntodes durch zwei dafür qualifizierte Ärzte zu treffen ist, welche unabhängig voneinander den Gesamthirntod feststellen müssen. Hierzu hat die Bundesärztekammer im Rahmen der ihr durch § 16 TPG eingeräumten Richtlinienkompetenz zu Recht festgelegt, dass die den Gesamthirntod feststellenden Ärzte über eine mehrjährige Erfahrung in der Intensivbehandlung von Patienten mit schweren Hirnschädigungen verfügen müssen.

Die Zulässigkeit des Eingriffs in das postmortale Persönlichkeitsrecht durch Organentnahme

Der Hirntod ist weltweit als Zeitpunkt, ab dem Organe eines Toten entnommen werden dürfen, anerkannt. Zu der Frage, wann aber in das postmortale Persönlichkeitsrecht durch Organentnahme eingegriffen werden darf, existieren unterschiedliche Vorstellungen.

Einerseits wird behauptet, die Organentnahme sei nach dem Hirntod nur zulässig, wenn der potentielle Organspender zu Lebzeiten in die Organentnahme eingewilligt hat. Es kann nicht verschwiegen werden, dass diese sog. enge Zus-

timungslösung häufig mit einem gewissen Misstrauen gegen den Hirntod verbunden ist.

EKLER

Das Gegenmodell zu einer Zustimmungslösung ist nun die strenge Widerspruchslösung. Hiernach ist die Organentnahme ab dem Zeitpunkt des Hirntodes zulässig, soweit der potentielle Organspender zu Lebzeiten selbständig der Organentnahme nicht widersprochen hat. Der Nichtwiderspruch erlaubt damit den Eingriff in das postmortale Persönlichkeitsrecht. Es wird weiter davon ausgegangen, dass in dem Nichtwiderspruch die Zustimmung zur Organentnahme liegen kann.

In abgemilderter Form existiert die Widerspruchslösung noch als eingeschränkte Widerspruchslösung im romanischen Rechtskreis. Hier können zusätzlich Angehörige des potentiellen Organspenders der Organentnahme widersprechen. Sie sind aber nicht zu eigenständigen Entscheidungen befugt, sondern letztendlich Boten des Verstorbenen. Nach skandinavischen Vorstellungen haben die Angehörigen ein eigenes Recht.

Der deutsche Gesetzgeber hat sich mit den §§ 3, 4 TPG für die erweiterte Zustimmungslösung entschieden. Das heißt, eine Organentnahme ist dann zulässig, wenn entweder die Einwilligung des potentiellen Organspenders zu Lebzeiten vorhanden ist, oder, falls eine solche nicht vorliegt, eine nahestehende Person des Organspenders zugestimmt hat.

Geschütztes Rechtsgut der §§ 3, 4 TPG

Mit der Organentnahme wird in das postmortale Persönlichkeitsrecht des Organspenders eingegriffen.

Das postmortale Persönlichkeitsrecht wird aus Art. 1 Abs. 1 GG hergeleitet.

EKLER Die Einwilligung des postmortalen Spenders legitimiert das Eingriffsrecht in das postmortale Persönlichkeitsrecht.

Ferner wird der Eingriff in das postmortale Persönlichkeitsrecht durch den mutmaßlichen Willen des Organspenders legitimiert.

Die originäre Entscheidungsbefugnis der Angehörigen ist nur dann gegeben, wenn kein Widerspruch des potentiellen Organspenders gegeben ist und kein mutmaßlicher Wille feststellbar ist. Sie resultiert aus dem Totensorgerecht.

Die Zulässigkeitsvoraussetzungen

§ 3 Abs. 1 TPG enthält die Zulässigkeitsvoraussetzungen für eine postmortale Organentnahme. In Abs. 2 werden die Umstände explizit festgelegt, die zur Unzulässigkeit einer Organentnahme führen.

Die Einwilligung des (potentiellen) Organspenders

Die postmortale Organentnahme ist wegen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts grundsätzlich nur bei Einwilligung des Organspenders zulässig. Nur für den Fall, dass ein Wille des Organspenders nicht feststellbar ist, sind andere Entscheidungsberechtigte befugt, subsidiär eine Entscheidung zu treffen.

Voraussetzung einer wirksamen Einwilligung ist die Einwilligungsfähigkeit.

Dass eine Einwilligung in eine postmortale Organspende bereits nach dem vollendeten 16. Lebensjahr zu Recht erklärt werden kann, findet seine Berechtigung darin, dass mit dem 16. Lebensjahr auch die Testierfähigkeit erreicht wird. Der Einwilligende muss dabei über die Einsichtsfähigkeit eines

normalen 16-Jährigen verfügen. Die Einwilligung vor dem 16. Lebensjahr ist unwirksam. EKLER

Wirksamkeitsvoraussetzung der Einwilligung ist weiter, dass die Einwilligung vor dem Tod nicht widerrufen worden ist. Liegt ein Einwilligungswiderruf vor, so ist die Einwilligung nicht mehr wirksam, wenn der Widerruf autonom stattfand.

Schließlich darf die Einwilligung nicht auf Zwang beruhen. Zwang führt zu einem Willensmangel, der die Einwilligung rechtsunwirksam werden lässt.

Zulässig ist es, den Umfang der Organentnahme zu beschränken. Der Organspender kann bestimmen, dass in keinem Fall das Herz entnommen werden darf.

Der Organspender kann auch einschränkende Bedingungen stellen. Beispielsweise kann er es untersagen, dass seine Organe zu Herzklappen verarbeitet werden. Unzulässig im Hinblick auf vermittlungspflichtige Organe ist dagegen die Bedingung, dass Organe nur einem bestimmten Empfänger zukommen sollen. Nach § 9 Abs. 2 TPG sind Herz, Niere und Lunge vermittlungspflichtige Organe. Ist die Einwilligung nicht beschränkt, können alle Organe entnommen werden.

Der Widerspruch des (potentiellen) Organspenders

Im Transplantationsgesetz ist weiter bestimmt, dass bei Personen, die einer Organentnahme autonom widersprochen haben, nach deren Tod kein Organ entnommen werden darf. Damit ist klar, dass in das postmortale Persönlichkeitsrecht des potentiellen Organspenders nicht eingegriffen werden darf, wenn dieser Widerspruch gegen die Organentnahme eingelegt hat. Der Widerspruch ist formlos möglich. Für die Wirksamkeit der Erklärung des Widerspruchs hat der Gesetzgeber eine Mindestaltersgrenze von 14 Jahren festgelegt,

EKLER Organen unzulässig ist, wenn einer der gleichrangigen Angehörigen widerspricht.

Die Achtung der Würde des Organspenders

§ 6 TPG bestimmt, dass die Organentnahme und alle mit ihr zusammenhängenden Maßnahmen unter Achtung der Würde des Organspenders durchgeführt werden müssen. Die Organentnahme und alle mit ihr zusammenhängenden Maßnahmen dürfen nur in einer Weise vorgenommen werden, die der Achtung der Würde des Menschen Rechnung trägt. Eine Verletzung des § 6 TPG ist durch das Transplantationsgesetz weder straf- noch bußgeldbewehrt. Hierin kann allerdings eine Verletzung der Störung der Totenruhe aus § 168 StGB liegen.

2. Die Lebendtransplantation

Die Organspende ist in Deutschland nur teilweise eine Erfolgsgeschichte. Die Anzahl der Organe, die aus Leichen gewonnen werden, reicht bei weitem nicht aus. Als 1997 das Transplantationsgesetz (TPG) erlassen wurde, war damit die Hoffnung verknüpft, dass das Organaufkommen sich erhöhen würde. Es ist jedoch das Gegenteil eingetreten. Schwierkranke sterben vielfach, weil nicht hinreichend Organe zur Verfügung stehen. Nicht verwundern kann es daher, dass ca. 20% aller Transplantationen, die derzeit in Deutschland vorgenommen werden, Lebendorganspenden sind. Die Lebendspende nimmt deutlich zu. Dies ist nicht nur Ausdruck einer Neubewertung, sondern auch Konsequenz des Mangels an Leichenorganen.

Zur Legitimation der Lebendorganspende

In der internationalen medizinethischen und medizinrechtlichen Diskussion hat sich das Prinzip der Notwendigkeit der Respektierung der Autonomie des Patienten mit guten Gründen zur Leitidee entwickelt.

Was diese Entwicklung zur Leitidee bedeutet, wird besonders bei der Lebendorganspende deutlich. Der immer wieder gegen die Lebendspende angeführte hippokratische Eid, „Der Arzt hat seine Kunst nach bestem Wissen und Können zum Heil des Kranken anzuwenden, dagegen nie zu seinem Verderben und Schaden“ stammt aus dem 4. Jh. v. Chr.

Nähme man dieses Schädigungsverbot ernst, wäre die Lebendorganspende, welche einen ärztlichen Eingriff bei einem gesunden Menschen voraussetzt, moralisch und – wenn man das Schädigungsverbot für rechtlich garantiert hält – auch rechtlich untersagt.

Das Schädigungsverbot kollidiert zum einen mit dem Prinzip der Nutzenmaximierung für die Betroffenen, da jedenfalls bei der Lebendspende einer Niere außer Frage steht, dass der Akt der Spende in seiner Nutzenfunktion die Lage der Betroffenen insgesamt verbessern kann. Dies gilt insbesondere dann, wenn man auch den psychologischen Nutzen für den Spender berücksichtigt, der einerseits in der Gestaltung seiner Beziehung zum Empfänger, vor allen Dingen aber auch in dem helfenden Akt als solchem und einer dadurch bedingten starken Weiterentwicklung seiner Persönlichkeit liegen kann.

Zum anderen – und dies erscheint wegen der problematischen Natur utilitaristischer Argumente bedeutsam – wird die hippokratische Position dem Prinzip des Selbstbestimmungsrechtes der Patienten nicht gerecht. Die hippokratische Tradition ist paternalistisch, sie versteht die überragende Bedeutung nicht, die dem Selbstbestimmungsrecht der Bürger

EKLER bei Entscheidungen über ihren Körper zukommt. Nicht zufällig wird die Spenderautonomie in dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht verankert. Nach dem hippokratischen Ansatz liegt die Frage, was das Heil und Wohl des Patienten bzw. des Spenders ausmacht, vielmehr in der Definitionsgewalt des Arztes.

Wir begreifen es heute als eines unserer wichtigsten normativen Prinzipien, dass Menschen in sehr weiten Grenzen die Befugnis haben, über das Rechtsgut ihrer körperlichen Integrität selbst zu entscheiden. Personen haben in der Terminologie des amerikanischen Rechtsphilosophen Dworkin nicht nur erlebensbezogene Interessen, zu denen die Gesundheit oder die Freiheit von Schmerzen gehören, sondern auch wertbezogene Interessen. Wertbezogene Interessen von Personen beziehen sich auf die Frage danach, was für ein Mensch man sein will und was ein Leben im Ganzen sinnvoll und gelungen macht. Zu den wertbezogenen Interessen kann auch das mögliche Interesse, ein Organ zu spenden, gerechnet werden. Diese wertbezogenen Interessen können nicht stellvertretend von anderen, d.h. auch nicht von einem Arzt, wahrgenommen werden. Das Prinzip des Respekts für Personen gründet in der wechselseitigen Anerkennung von Personen als Subjekte solcher wertbezogenen Interessen. Menschen, die ein Organ spenden wollen, das Schädigungsverbot entgegenzuhalten, ist nichts anderes als institutionalisierte Bevormundung.

Die Voraussetzungen der Nierenlebendspende

Die Lebendspende setzt, nachdem sie ihre Legitimation aus der Spenderautonomie erfährt, primär voraus, dass der Spender in die Lebendspende autonom eingewilligt hat.

Zu dieser Entscheidung gehört, dass der Spender einsichtsfähig ist. Die Verletzung dieser Voraussetzung ist straf-

beweht über § 19 I TPG. Die Einsichtsfähigkeit gehört zur Möglichkeit der Wahrnehmung der Spenderautonomie.

Die Spenderautonomie, von der hier die Rede ist, meint, dass man dem Einzelnen die normative Zuständigkeit für die Entscheidungen über den eigenen Lebensbereich zuschreibt. Um als Entscheidungsinstanz in eigenen Angelegenheiten zu gelten, muss es hinlänglich sein, dass der Einzelne einsichtsfähig ist.

Weiter darf der Spender zu der Entscheidung nicht gezwungen worden sein. Seine Entscheidung darf auch nicht durch Täuschung erschlichen worden sein. Beide Merkmale schließen die Freiwilligkeit aus und stellen die Authentizität der Entscheidung in Frage. Zur Autonomie in dem Sinne, dass dem Einzelnen die Kompetenz in bestimmten Bereichen gewährt wird, gehört jedoch nicht, dass dieser rational handelt oder frei von jedem Druck ist. Dies deshalb, da die Einräumung einer Kompetenz nur erlaubt minimalistische Anforderungen zu stellen, da ansonsten Kompetenz eingeräumt und zugleich wieder negiert wird.

Die Organlebenspende setzt nach dem TPG nicht nur voraus, dass der Spender einsichtsfähig ist, sondern auch, dass er volljährig ist (§ 8 I S.1 Nr.1a TPG - die Verletzung ist strafbewehrt über § 19 I TPG). Ob diese Voraussetzung eine paternalistische ist, ist zweifelhaft. Jedenfalls dient sie dazu, zu verhindern, dass minderjährige Spender familiären Druck-situationen ausgeliefert sind.

Die Organlebenspende von Nieren setzt weiter voraus, dass der Organspender vor der Einwilligung umfassend aufgeklärt wurde. Die Selbstbestimmungsaufklärung wird zu Recht für erforderlich gehalten, da allein diese eine authentische Entscheidung garantiert. Nur wenn der Spender weiß, was die Lebenspende für ihn bedeutet und welche Risiken sie für ihn birgt, kann er ermessen, ob er die Lebenspende wirklich will. Auf eine umfassende Aufklärung kann bei der

EKLER Lebendspende nicht verzichtet werden. Erforderlich ist auch noch die Aufklärung über die Erfolgsaussichten der Organlebenspende (§ 8 I S.1 Nr. 1b, II TPG, auch hier ist die Verletzung strafbewehrt über § 19 I TPG). Die Aufklärung über die Erfolgsaussicht ist dem Dreiecksverhältnis bei der Lebendspende geschuldet. Bei vielen Lebendspendern steht die Bereitschaft zum Spenden unter dem Vorbehalt, dass die Spende dem Organempfänger mit großer Wahrscheinlichkeit helfen kann. Dies muss nicht so sein, ist aber vielfach so.

Die Lebendspende darf nur dann durchgeführt werden -dies ist eine hart paternalistische, nicht strafbewehrte Regelung-, wenn kein Leichenorgan zum Zeitpunkt der Transplantation vorhanden ist.

Weiter setzt die Legitimation der Lebendspende voraus, dass der Spender -objektiv betrachtet- über das Operationsrisiko der Lebendspende hinaus nicht gefährdet wird und dass die Übertragung des Organs für den Empfänger indiziert und damit eine sinnvolle medizinische Maßnahme ist. Diese Voraussetzung soll offensichtlich die Rationalität der Risikoentscheidung garantieren (Risiko klein - Nutzen groß).

Das deutsche Strafgesetzbuch schließt über die Regelung der Tötung auf Verlangen aus, dass für den Organspender ein konkret lebensgefährliches Risiko eingegangen wird.

Paternalistisch ist weiter die Regelung, dass nur solche Organe übertragen werden dürfen, die nicht Gegenstand eines Organhandels waren. Das heißt für den Organempfänger, dass er sich gegenüber dem Organspender nicht erkenntlich zeigen darf. Er darf ihn für die vorgenommene Organspende nicht einmal beschenken wollen.

Das deutsche Recht verlangt bei Organen, die sich nicht wieder bilden, ein besonderes Näheverhältnis. Der Arzt macht sich nach § 19 I TPG strafbar, wenn er ein Organ überträgt,

das nicht von einem Spender stammt, der ein besonderes Näheverhältnis zum Empfänger vorweisen kann.

Die Freiwilligkeit und das Verbot des Organhandels werden schließlich verfahrensrechtlich abgesichert. Eine Kommission muss darüber entscheiden, ob es Anhaltspunkte für Unfreiwilligkeit bzw. Organhandel gibt. Die Entscheidung der Kommission ist dabei für Ärzte zwar nicht bindend, die Feststellung, dass es derartige Anhaltspunkte gibt, kann aber den Anfangsverdacht für ein Strafverfahren begründen.

Die Lebendspende legitimiert sich aus der Einwilligung. Die deutschen Regelungen, dies kann hier nicht näher ausgeführt werden, sind legitim, soweit sie dazu dienen die autonome Entscheidung abzusichern (z.B. die verfahrensrechtliche Absicherung). Fragwürdig sind die Regelungen jedoch, dies kann hier nicht näher ausgeführt, aber in der Diskussion begründet werden, soweit sie die Freiheit des Organspenders gravierend beeinträchtigen (z.B. die strafrechtlich abgesicherte Garantie eines besonderen Empfänger-Spender-Verhältnisses).

Hans LILIE

**ZUR STRAFBARKEIT
DES ORGANHANDELS**

Auf den ersten Blick scheint Organhandel etwas völlig Vernünftiges zu sein. Seit der ersten Transplantation einer Niere in Boston im Jahre 1954 ist die Zahl der Patienten, die auf eine Niere warten stetig gestiegen. Die Transplantation ist ein Eingriff, der in allen Einzelheiten zur technischen Routine geworden ist. Die körpereigene Abwehr wird durch eine gut beherrschbare Immunsuppression unterdrückt. Angesichts der ständig steigenden Zahlen von Patienten auf der Warteliste für eine Nierentransplantation bleibt die Organspende trotz vielfältigster Versuche weit hinter dem Bedarf zurück. Wir haben es mit einem nun seit vielen Jahren bestehenden dauerhaften Auseinanderklaffen zwischen Angebot und Nachfrage auf dem Markt der Nierentransplantation zu tun. Aus ökonomischer Sicht ruft das in einer marktwirtschaftlich orientierten Welt geradezu selbstverständlich nach einem organisierten Markt, um den Menschen, die auf Nieren warten, so früh wie möglich, d. h. mit einer möglichst kurzen Dialysezeit helfen zu können. So wurde in der Frankfurter Allgemeinen Sonntagszeitung vom 27. Januar 2008 argumentiert:

„So wie das Spiel von Angebot und Nachfrage dafür sorgt, dass Lebensmittel des täglichen Bedarfs in ausreichendem Umfang zur Verfügung stehen, könnten pekuniäre Reize dazu beitragen, dass die Angebotslücke bei Organen geschlossen wird.“

Auch die Ökonomen Gerry Becker und Julio George Elias haben im *Journal of Economic Perspectives* die Vorteile ei-

nes Marktes für Organe dargelegt und dabei vor allen Dingen die Vorteile von Lebendspenden hervorgehoben. Nach ihren Berechnungen und Plausibilitätsüberlegungen am Beispiel der Vereinigten Staaten steigen die Kosten einer Organtransplantation nur um bis zu 12 %, wenn der Spender für das Organ bezahlt würde. Zugleich aber stiege das Angebot an Spendeorganen drastisch, sodass lange Wartelisten der Vergangenheit angehören würden. Ähnlich hat schon sehr früh der deutsche Strafrechtler Friedrich-Christian Schroeder in der Juristenzeitung argumentiert. In einem äußerst polemischen Artikel macht er darauf aufmerksam, dass ausschließlich ängstliche Juristen daran Schuld seien, dass die Patienten auf den Wartelisten nicht schneller zu ihren Nieren kämen. Schroeder vertritt massiv die These, dass ein staatlich organisierter Organhandel alle Probleme lösen könnte und so die medizinisch beste Option der frühen Transplantation ein Segen für die Menschen mit terminalen Nierenversagen sei.

Dass das Ganze doch nicht so einfach ist, wie es auf den ersten Blick scheint, sieht man durch einen Blick z. B. auf das deutsche Transplantationsgesetz, dass in § 8 Abs. 2 den Umfang der Aufklärung bei einer freiwilligen unentgeltlichen Lebendspende regelt. Da heißt es in § 8 Abs. 2 Nr. 3, dass der Lebendspender aufzuklären ist über die Maßnahmen, die dem Schutz des Spenders dienen, sowie über den Umfang und mögliche auch mittelbare Folgen und Spätfolgen der beabsichtigten Organspende für seine Gesundheit. Allein aus dieser Vorschrift lässt sich schon entnehmen, dass die Lebendspende nicht ohne alle Gefährdungsmomente für den freiwilligen Spender bleibt. Das gilt natürlich erst recht auch im Fall eines Organhandels. Auch die „Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being“ des Council of Europe hat deshalb ausdrücklich im Zusammenhang mit den Fragen der Organspende in Artikel 21 das Verbot jeden finanziellen Gewinns aus Organhandel festgeschrieben. Auch zeigt ein Überblick des Steering Committee on Bioethics des European Health Committee beim Council of Europe vom 2.

EKLER Juni 2004, dass die meisten Mitgliedsstaaten des Europarates von einem Organhandelsverbot ausgehen. Ein ausdrückliches Handelsverbot fehlt nur in Bulgarien, Irland, Lettland und Malta. In einigen Ländern ist der Kauf und Import von Organen aus dem Ausland freilich zugelassen, wie etwa in Österreich, Georgien, United Kingdom und Polen. Im Rahmen der hier zur Verfügung stehenden Zeit kann der Überblick nicht ausdifferenziert dargestellt werden. Festzuhalten bleibt also, dass ein generelles Organhandelsverbot in Europa favorisiert wird, wenn auch die Regelung in den Einzelstaaten in den Details differiert.

Im deutschen Transplantationsgesetz sind Organ- und Gewebehandel verboten (§ 17 TPG). Zugelassen ist im Rahmen dieser Vorschrift nur die Gewährung oder Annahme eines angemessenen Entgeltes für die zur Erreichung des Zieles der Heilbehandlung gebotenen Maßnahmen, insbesondere für den Aufwand der bei der Entnahme und Konservierung sowie der Beförderung des Organs anfällt. Das Verbot des Organhandels geht soweit, dass es auch verboten ist, Organe oder Gewebe, die Gegenstand verbotenen Handelstreibens sind, zu entnehmen oder auf andere Menschen zu übertragen oder sich übertragen zu lassen.

Gemeinhin heißt es, und so argumentieren die öffentlichen Stellen, dass Organhandel kein großes oder verbreitetes Problem darstelle. Bekannt gewordene Fälle seien als Gerüchte zu behandeln. Informationen aus dem Internet lassen jedoch anderes vermuten. So findet man Hinweise darauf, dass wohlhabende Dialysepatienten um die Welt reisen, um sich Nieren zu kaufen, insbesondere dann, wenn ein entsprechendes Vorgehen in dem jeweiligen Heimatland mit Strafe bedroht ist. Es wird behauptet, Engländer und Deutsche würden nach Indien fliegen, Japaner in die USA und Nordamerikaner nach Peru oder Brasilien. Es wird dargestellt, dass der Handel professionell organisiert sei und häufig als medizinischer Tourismus deklariert wird. Es ist von amerikanisc-

hen Beratungsfirmen in US-Kliniken die Rede, die gegen eine Vermittlungsgebühr von 700 Euro jährlich dem Patienten ermöglichen, sich auf die Listen beim Arab Kidney Transplant Directory aufnehmen zu lassen. Diese Einrichtung vermittelt angeblich Nieren aus Saudi Arabien, Qatar oder den Vereinigten Arabischen Emiraten an renommierte Krankenhäuser im Ausland. Arabische Transplantationspatienten zahlen angeblich zwischen 100.000 und 500.000 Dollar für eine Nierentransplantation (Organhandel - der illegale Handel floriert www.initiative.cc/Artikel/2005_05_09.)

Bekannt ist vor allen Dingen, dass israelische Krankenkassen Auslandstransplantationen mit Billigung des Gesundheitsministeriums bezahlen. Dabei wird der übliche Kostensatz einer Transplantation von 32.000 Dollar zur Verfügung gestellt. Im Einzelnen konkreten finden sich Hinweise auf Transplantationen in Estland, bei den israelische Patienten von ausländischen Transplantationschirurgen, Anästhesisten und Nephrologen in Tallin versorgt worden sein sollen. Es ist einfach ein Phänomen, das auch in dem Bereich der Lebendspende zunehmend als „Verwandte“ junge Männer aus Moldawien auftauchen, die, wenn die Lebendspendekommission etwa in Deutschland nach dem Verwandtschaftsverhältnis fragen, selten klare Antworten geben können. Interessant ist ferner, dass es inzwischen wissenschaftliche Studien gibt, die die soziale Lage von indischen Menschen analysieren und ihre Situation vor und nach einem Nierenverkauf untersuchen.

Aber selbst trotz klarer Regeln, die Organhandel verbieten, kann man offensichtlich auch im Rahmen der bestehenden Gesetze Fälle von Organhandel entdecken, bei denen Patienten und Mediziner geschickt das bestehende System nutzen. Um Manipulationen einzelner Ärzte auszuschließen, hat das deutsche Transplantationsgesetz geregelt, dass den Patienten die Organe auf einer bundeseinheitlichen Warteliste nach den Kriterien der Erfolgsaussicht und Dringlichkeit zugeteilt werden. Diese Kriterien werden von der Ständigen

EKLER Kommission Organtransplantation der Bundesärztekammer, der ich vorsitze, nach Regeln, die dem Stand der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft entsprechen, festgelegt. Danach kommt es bei einer Lebertransplantation dann zu einer Organzuteilung, wenn bestimmte medizinische Werte bei dem Empfänger vorliegen und er so auf der Warteliste ein Organ zugeteilt bekommt. Gelegentlich kommt es aber vor, dass solche Organzuteilungen nicht bedient werden können, weil der Patient nicht erreichbar oder nicht transplantabel ist. Das Organ wird dann an den nächsten Patienten auf der Warteliste weiter angeboten. Bei dieser Angebotskette kommt es gelegentlich zu der Situation, dass ein weiteres Versenden des Organs wegen einer zu lang anhaltenden kalten Ischämiezeit nicht mehr geboten ist. Die Vermittlungsstelle Eurotransplant ist dann zu einer sog. beschleunigten Vermittlung berechtigt, wenn ein Organverlust aus logistischen oder organisatorischen Schwierigkeiten droht. Die Vermittlungsstelle stellt dabei dem Zentrum eine Liste von potentiellen Empfängern zur Verfügung. Das Zentrum muss dann den am besten geeigneten Empfänger in der Reihenfolge der Listung auswählen. Hier öffnet sich ein vorstellbares Feld für Manipulationen, die bis hin zum Organhandel reichen könnten. Das ist dann der Fall, wenn der Arzt etwa die Leber einem ausländischen Patienten transplantiert, der kurz zuvor überhaupt erst auf der Warteliste angemeldet worden ist und als Privatpatient einen namhaften Betrag zuvor etwa auf ein Konto des Arztes, welcher Natur das Konto auch immer sein mag, leistet. Da die kontrollierenden Institutionen keine Verbindung zwischen der Geldleistung und der beschleunigten Vermittlung herstellen können, kann es im Einzelfall schwer sein, in dieser Situation einen Organhandel nachzuweisen. Vorstellbar sind hier aber nicht ganz unerhebliche Manipulationsmöglichkeiten. Gleiches gilt natürlich in den Fällen der Nierenlebendspenden, wenn ausländische Patienten in deutschen Kliniken Verwandtschaftsverhältnisse behaupten, die Voraussetzung für eine Lebendspende sind. Nach deutschem Recht werden

solche Fälle dann insbesondere strafrechtlich relevant, wenn man überlegt, dass die gesetzlich vorgeschriebene Nachsorge und die Bereitschaft der Patienten zur Teilnahme an dieser Nachsorge konstitutive Voraussetzung für eine solche Lebendspende sind. Auch hier wird man im Einzelfall die Mediziner fragen müssen, wie sie sich in medizinisch weit unterentwickelten Ländern eine solche Nachsorge vorstellen können. Der Vorwurf trifft die Mediziner umso härter, wenn sie gerade behaupten, dass sie sich gegenüber ausländischen Patienten zur Lebendspende mit anschließender Transplantation entscheiden, weil in deren Heimatland die Medizin eben noch nicht ausreichend entwickelt sei, um die Transplantation und Nachbehandlung durchzuführen. Fliegen diese Menschen unmittelbar nach der Transplantation zurück in ihr Heimatland, kommt nicht nur der Verdacht von Organhandel, sondern auch von Körperverletzung oder bei tödlichem Ausgang von zumindest fahrlässiger Tötung in Betracht. Hier wird man genauer hinschauen müssen, ob die Grenzen für einen strafbaren Organhandel nicht schon längst schleichend überschritten worden sind. Beschäftigt man sich mit den einzelnen Fällen, die bekannt geworden sind, so stellt man fest, dass ein massives Verfolgungsdefizit besteht. Den Strafverfolgungsbehörden fehlt jede Erfahrung im Umgang mit den einschlägigen Regelungen. Gerade das deutsche System, dass einen Teil der Kompetenzen auf das ärztliche Berufsrecht übertragen hat, ist für Polizei und Staatsanwaltschaft undurchschaubar. Es fehlen die notwendigen Fachkenntnisse, um überhaupt zielgerichtet an den entscheidenden Stellen Ermittlungsansätze zu finden. Die Sanktionsmöglichkeiten des ärztlichen Berufsrechts greifen nicht, weil Aufsichtsbehörden und Ärztekammern ebenfalls vor Eingriffen zurückschrecken. Dabei wird man feststellen müssen, dass es trotz aller klaren Strafvorschriften in einem nicht überschaubaren Dunkelfeld Organhandel gibt und weiter geben wird.

Das deutsche Transplantationssystem ist von vornherein so angelegt, dass Organhandel unmöglich wird. Marktwirts-

EKLER chaftlich begründeter Organhandel wird immer mit dem Markt behaftet sein, dass diejenigen, die die finanziellen Mittel zur Verfügung haben, als erste an dem Organmarkt bedient werden. Gerade dort, wo ein Mangel herrscht, und die Nachfrage dadurch den Preis bildet, bleibt immer zu befürchten, dass diejenigen vom Markt ausgeschlossen werden, die aufgrund ihrer finanziellen Ausstattung keine Möglichkeit haben, sich am Markt durchzusetzen. Es ist kaum vorstellbar, dass ein anderes Versicherungssystem dem unglücklichen Beispiel von Israel folgen wird. Die israelischen Krankenversicherungen reagieren auf die fehlenden Organspenden von Verstorbenen im eigenen Land dadurch, dass sie ihren Patienten mit terminalen Nierenversagen die Kosten für eine Transplantation im Ausland erstatten. Damit wird letztendlich zugleich ein Anreiz für einen Organhandel und einen Organmarkt geschaffen. Israelische Bürger drängen in die Länder, in denen das Transplantationssystem hervorragend funktioniert und können als selbstzahlende Privatpatienten Wettbewerbsvorteile auf dem Markt erreichen. Wettbewerbsvorteile bedeuten freilich zugleich, dass andere verdrängt werden. Ebenso kranke oder noch schwerer leidende Patienten müssen dann vor diesen Patienten, die mit reichlich finanziellen Mitteln ausgestattet in das Transplantationssystem des eigenen Heimatlandes eindringen, zurücktreten.

Das deutsche Transplantationssystem tut alles, um einen solchen Mechanismus zu verhindern. Dadurch, dass Organpatientenzentriert und nicht Zentrums zentriert zugeteilt werden, kommt es gerade nicht auf die finanzielle Ausstattung des einzelnen Patienten an. Eine patientenzentrierte Organallokation teilt immer demjenigen Patienten die Organe zu, der nach den jeweiligen Allokationsregeln an der Spitze der Warteliste steht. Den Ausschlag geben bei der Niere etwa die Wartezeit, das fortgeschrittene Krankheitsbild und die Histokompatibilität sowie die sog. kalte Ischämiezeit. Dieses System sichert die Gleichheit aller Patienten auf der Warteliste und macht die Organzuteilung von finanziellen Mitteln

unabhängig. Eine zentrumsbezogene Organallokation öffnet demgegenüber bei der Auswahl des jeweiligen Patienten durch das Transplantationszentrum doch Manipulationsmöglichkeiten, wie es gelegentlich bei so genannten „Rescue Allocations“ in Deutschland vermutet wurde. Deshalb muss auch bei der Rescue Allocation strikt transplantiert werden. Die Allokationsregel schreibt darüber hinaus vor, dass die Auswahl des Patienten nachvollziehbar zu dokumentieren ist, aber hier liegt gerade die Schwäche im System. Man sagt, Papier sei geduldig und so ist die Versuchung groß, besser bezahlende Patienten bei einer Rescue Allocation vorzuziehen. Will man also schon im Ansatz einen illegalen Organhandel unterbinden, so ist bereits dann, wenn man in die Rescue Allocation ausweichen muss, eine intensive Überwachung notwendig, um nicht durch eine Hintertür den Organhandel möglich zu machen.



50.00.- YTL

Çetin Emeç Bulvarı No: 46 Balgat / Ankara
Tel: (+90.312) 287 87 90 (Pbx) Faks: (+90.312) 286 55 65 - 286 31 00
Karanfil Sokağı No: 5/62 06650 Kızılay / Ankara
Tel: (+90.312) 425 30 11 - 425 36 19 - 418 13 46 Faks: (+90.312) 418 78 57
web: www.barobirlik.org.tr
e-mail: admin@barobirlik.org.tr • yayin@barobirlik.org.tr