



TÜRKİYE
BAROLAR BİRLİĞİ



KIBRIS TÜRK
BAROLAR BİRLİĞİ

ULUSLARARASI SAĞLIK HUKUKU SEMPOZYUMU

Editörler

Prof. Dr. Dr. h.c. Hakan HAKERİ

Av. Cahid DOĞAN



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

Türkiye Barolar Birliği Yayınları : 306

*Uluslararası Sağlık Hukuku
Sempozyumu*

ISBN: 978-605-9050-62-3

© Türkiye Barolar Birliği
Kasım 2015, Ankara

Türkiye Barolar Birliği
Oğuzlar Mah. Barış Manço Cad.
Av. Özdemir Özok Sokağı No: 8
06520 Balgat - ANKARA

Tel: (312) 292 59 00 (pbx)
Faks: 312 286 55 65
www.barobirlik.org.tr
yayin@barobirlik.org.tr

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

ULUSLARARASI SAĞLIK HUKUKU SEMPOZYUMU

Editörler

Prof. Dr. Dr. h.c. Hakan HAKERİ

Av. Cahid DOĞAN

16 - 17 Ekim 2014

Lefkoşa, KUZEY KIBRIS TÜRK CUMHURİYETİ

ULUSLARARASI SAĞLIK HUKUKU SEMPOZYUMU

16-17 EKİM 2014, Lefkoşa
KUZEY KIBRIS TÜRK CUMHURİYETİ



AÇILIŞ KONUŞMALARI

Av. Prof. Dr. Metin FEYZİOĞLU
Türkiye Barolar Birliği Başkanı

Av. Ünver BEDEVİ
Kıbrıs Türk Barolar Birliği Başkanı

Dr. Ahmet GÜLLE
Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Sağlık Bakanı

Hâkim Şafak ÖNERİ
KKTC Yüksek Mahkeme Başkanı

I. OTURUM

Oturum Başkanı: Dr. Filiz BESİM
Kıbrıs Türk Tabipleri Birliği Başkanı

Hasta Hakları Kurulları

Prof. Dr. Nilgün SARP
Lefke Avrupa Üniversitesi Sağlık Bilimleri Fakültesi Dekanı

Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu

Prof. Dr. Murat DOĞAN
Erciyes Üniversitesi Rektör Yardımcısı
Hukuk Fakültesi Dekanı

“Anonim Şirket Olarak Kurulan Özel Hastanelerin Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu”

Ögr. Gör. Gülçin ÇAM
Lefke Avrupa Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Sağlık Hizmet Kusurunda Rücu

Av. Selvi ÖZÇETİN
Türkiye Sağlık Vakfı Danışma Kurulu Üyesi

TARTIŞMA

12: 20 - 12:40

ÖĞLE YEMEĞİ

12.40 - 14.00

ULUSLARARASI SAĞLIK HUKUKU SEMPOZYUMU

II. OTURUM

Oturum Başkanı: Dr. Turgay AKALIN
Kıbrıs Türk Tabipleri Birliği Önceki Başkanı

Türk Hukukunda Engelli Hakları

Yrd. Doç. Dr. Serkan ÇINARLI
İzmir Üniversitesi Hukuk Fakültesi

KKTC’de Engelli Hakları

Günay KİBRİT

Kıbrıs Türk Ortopedik Özürlüler Derneği Başkanı

Türk Hukuk Sisteminde Tıbbî Kötü Uygulamaya
İlişkin Zorunlu Sorumluluk Sigortası

Av. Pınar AKSOY GÜLASLAN
Ankara Barosu Sağlık Hukuku Kurulu Başkanı

Organ ve Doku Nakli Suçlarının Türkiye’deki Görünümleri
ve Karşılaştırılmalı Hukuk Çözüm Önerileri

Dr. Aslıhan ÖZTEZEL

Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi

TARTIŞMA

15:40 - 16:00

ARA

16:00 - 16:20

III. OTURUM

Oturum Başkanı: Prof. Dr. Nilgün SARP
Lefke Avrupa Üniversitesi Sağlık Bilimleri Fakültesi Dekanı

“KKTC’de Sağlığa Erişim Hakkı”

Yrd. Doç. Dr. Şölen KÜLAHÇI
Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi

Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilimdalı

İnsan Hakkı Olarak Güvenli Gıda

Öğr. Gör. Tutku TUĞYAN
Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi

KKTC’de Hasta Hakları

Emete İMGE

KKTC Evrensel Hasta Hakları Derneği Başkanı

TARTIŞMA

17:00 - 17:20

ULUSLARARASI SAĞLIK HUKUKU SEMPOZYUMU

IV. OTURUM

Oturum Başkanı: Yrd. Doç. Dr. Mehmet Akif POROY
Lefke Avrupa Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Müdürü

Taşıyıcı Annelik

Prof. Dr. h.c. Dr. Hakan HAKERİ
Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı

KKTC’de Yapay Döllenme (Sun’i İlkâh)

Av. Feyzi HANSEL
Kıbrıs Türk Tabipleri Birliği Hukuk Müşaviri

Yapay Döllenmede Hukukî Sorunlar:
Soybağı, Evlenme ve Miras

Doç. Dr. Fulya İlçin GÖNENÇ
Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Alternatif Tıp

Prof. Dr. Pervin SOMER
Okan Üniversitesi

Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

TARTIŞMA

11:30 - 12:10

V. OTURUM

Oturum Başkanı: Av. Süleyman DOLMACI
Kıbrıs Türk Barolar Birliği Önceki Başkanı

Tıbbî Malpraktis ve Tıbbî Bilirkişilik

Prof. Dr. Gürol ÇANTÜRK
Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi Adli Tıp Anabilim Dalı Başkanı

ULUSLARARASI SAĞLIK HUKUKU SEMPOZYUMU

Tıbbî Bilirkişilik

Av. Cahid DOĞAN

Türkiye Barolar Birliği Sağlık Hukuku Eğitimi Koordinatörü

ARA

14:40 - 15:00

‘Türkiye’de Malpraktis ve Hekimin Hukukî Sorumluluğu’’

Ögr. Gör. Çağlar Burak BURTAN

Lefke Avrupa Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Özel Sağlık İşletmelerinde Ruhsat Devri ve Hukukî Sonuçları

Av. Erkin GÖÇMEN

TARTIŞMA

15:40 - 16:00

DÜZENLEME KURULU

Prof. Dr. h.c. Dr. Hakan HAKERİ

Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı

Av. Cahid DOĞAN

Türkiye Barolar Birliği Sağlık Hukuku Eğitimi Koordinatörü

Av. Feyzi HANSEL

Kıbrıs Türk Tabipleri Birliği Hukuk Müşaviri

Dr. Filiz BESİM

Kıbrıs Türk Tabipler Birliği Başkanı

Yrd. Doç. Dr. Şölen KÜLAHÇI

Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekan Yardımcısı

İÇİNDEKİLER

ÖZEL HASTANELERİN TAZMİNAT SORUMLULUĞU <i>Prof. Dr. Murat Doğan</i>	21
YARDIMCI ÜREME TEKNİKLERİNDE HUKUKÎ SORUNLAR <i>Doç. Dr. Fulya İlçin GÖNENÇ</i>	63
TAŞIYICI ANNELİK <i>Prof. Dr. Dr. h.c. Hakan Hakeri</i>	83
HASTA İLETİŞİM BİRİMLERİ VE HASTA HAKLARI KURULLARI <i>Prof. Dr. Nilgün SARP</i>	93
TÜRKİYE'DE ENGELLİ HAKLARI'NIN KAMU HİZMETLERİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ <i>Doç. Dr. Serkan Çınarlı - Dr. Nurgül Kocakoç</i>	113
KUZEY KIBRIS TÜRK CUMHURİYETİNDE ENGELLİ HAKLARI <i>Günay KİBRİT</i>	137
KUZEY KIBRIS TÜRK CUMHURİYETİNDE YAPAY DÖLLENME UYGULAMALARI <i>Feyzi HANSEL</i>	149
ANONİM ŞİRKET OLARAK KURULAN ÖZEL HASTANELERDE YÖNETİMİN SORUMLULUĞU <i>Ögr. Gör. Gülçin ÇAM</i>	167
İNSAN HAKKI OLARAK GIDA GÜVENLİĞİ VE KKTC <i>Dr. Tutku TUĞYAN</i>	195
KUZEY KIBRIS TÜRK CUMHURİYETİNDE	

ULUSLARARASI SAĞLIK HUKUKU SEMPOZYUMU

SAĞLIĞA EŞİT ERİŞİM HAKKI

Yrd. Doç. Dr. Şölen Külahçı.....209

ORGAN VE DOKU NAKİL SUÇLARI

Dr. Aslıhan ÖZTEZEL219

ALTERNATİF TIP NEDİR?

GELENEKSEL VE TAMAMLAYICI TIP UYGULAMALARI YÖNETMELİĞİ'NİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Prof. Dr. Pervin SOMER.....233

TIBBİ KÖTÜ UYGULAMAYA İLİŞKİN

ZORUNLU MALİ SORUMLULUK SİGORTASI

Av. Pınar AKSOY GÜLASLAN267

TIBBİ MALPRAKTİS VE TIBBİ BİLİRKİŞİLİK

Prof. Dr. Gürol CANTÜRK.....299

TIPTA MALPRAKTİS

VE İDARENİN SORUMLULUĞU

Öğr. Gör. ÇAĞLAR BURAK BURTAN.....323

SAĞLIK HİZMET KUSURUNDA RÜCÛ

Av. Selvi ÖZÇETİN353

BİLİRKİŞİLİĞİN HUKUKSAL YAPISI

VE TIBBİ BİLİRKİŞİLİK

Av. Cahid DOĞAN.....391

KAPANIŞ KONUŞMASI

Prof. Dr. Nilgün SARP.....497

SUNUŞ

Türkiye Barolar Birliği ile Kıbrıs Türk Barolar Birliği'nin 16-17 Ekim 2014 tarihinde Lefkoşa'da ortaklaşa düzenlediği Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu, sunulan tebliğlerden de anlaşılacağı üzere, sağlık hukuku ile doğrudan ve dolaylı ilintili bütün konuların ele alındığı bir platform oldu. Gıda güvenliği gibi ilintili bir konu dışında, doğrudan sağlık hukukunu ilgilendiren özel hastanelerin ve idarenin sorumluluğu konusunda da tebliğler sunuldu. Yine Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nde uzun süre tartışılan tüp bebek uygulamaları çerçevesinde gerek Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nden katılımcılar ve gerekse Türkiye Cumhuriyeti'nden katılımcılar sunumlar yaptılar. Hasta ve engelli hakları yine kongrede tartışılan konuları oluşturmaktaydı.

Sempozyumda ele alınan diğer konuları oluşturan, malî sorumluluk sigortası, organ ve doku nakli, alternatif tıp, bilirkişilik ve rücu gibi konularda sunulan bildiriler de bu kitapta yer almaktadır.

Belirtmek gerekir ki, Türkiye Cumhuriyeti'nde olduğu gibi, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nde de sağlık hukuku, çok gelişmiş bir hukuk alanı değildi. Sempozyuma Türkiye'den katılımcıların dışında, özellikle Kuzey Kıbrıslı paydaşlarla düzenlenmesi ve yüksek mahkemelerden, Sağlık Bakanlığına, üniversitelere ve tabip odalarına kadar bütün ilgililerin başından beri daha önceleri gerçekleştirilen sağlık hukuku sempozyumlarına aktif katılımı ve destekleri sayesinde, sağlık hukuku, Kuzey Kıbrıs'ta ilgi uyandırmaya ve ses getirmeye başladı. Bu sayede sağlık hukukuna da ilgi oluştu. Hatta geçtiğimiz yıl Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nde Organ ve Doku Nakline İlişkin bir kanun hazırlanarak yürürlüğe konuldu. Bu kanu-

ULUSLARARASI SAĞLIK HUKUKU SEMPOZYUMU

nun hazırlık aşamasında Türkiye'den sempozyuma gelen heyet Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Cumhuriyet Meclisi'ndeki danışma toplantılarına katıldı ve yine kanun taslağı üzerinde de görüşlerimizi bildirme imkânı sağlandı.

Sivil toplum örgütleri, faaliyetleriyle tabiiyetinde oldukları devletlerin aralarındaki ilişkileri güçlendirir. Devletlerinin dikkatlerini, karşılıklı olarak irdeledikleri konulara çekerek, devletler arasında işbirliği oluşturulmasını sağlayabilir. Türkiye Barolar Birliği yurt dışındaki ilk sempozyum faaliyetini, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nde Kıbrıs Türk Barolar Birliği ile temel insan haklarından olan Sağlık Hukuku konularında gerçekleştirmiştir. Bu da Türkiye Barolar Birliği'nin Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'ne ve öte yandan da sağlık hukukuna verdiği önemin bir neticesidir.

Sempozyuma emeği geçen başta Av. Fevzi Hansel, Prof. Dr. Nilgün Sarp, Yrd. Doç. Dr. Şölen Külahçı, Yrd. Doç. Dr. Mehmet Akif Poroy ve TBB Birlik Üst Müdürü İrfan Öztürk'e olmak üzere herkese teşekkür ederiz.

Editörler:

Prof. Dr. Dr. h.c. Hakan HAKERİ- Av. Cahid DOĞAN

SEMPOZYUM AÇILIŞ KONUŞMALARI

Dr. Ahmet GÜLLE

KKTC Sağlık Bakanı

Sempozyum konusu sağlığın önünün açılmasındaki temel noktalardan biridir. Teknoloji çağı nedeniyle sağlık alanındaki beklentilerin diğer alanlarda olduğu gibi yükseldiğini, bir yandan hastaların beklentileri yükselirken diğer yandan ilaç endüstrisinin ve teknolojinin de çok güçlendiği görülmektedir.

Bu ortamda hastaların haklarından, hekimlerin de güçlü ve etik bir şekilde hastalara hizmet vermesinden bahsettiklerini, “Hastalar nasıl daha güçlü ve bilinçli kılınabilir, hekimler de nasıl daha güçlü daha etkin ve daha etik değerlerle hareket eder bir noktada tutulabilir?” Cümlesi konunun özüdür.

Hasta haklarının gelişimiyle, sağlık alanının gelişime paralel olup, bunun için hasta haklarıyla ilgili yasanın bir an önce geçirilmesi gerekmekte ve bu yöndeki çalışmalar sürmektedir. Hasta Hakları Kanunu Taslağının hızlı bir şekilde yasallaşması için elimizden geleni yapmaktayız. Bunun için, Hasta odaklı bir organizasyon olmalı, hem hastaların hem hekimlerin memnuniyeti temelinde organize edilecek bir sağlık sistemi oluşturulması, bu vizyonla sağlıkta yeniden yapılandırılma çalışmalarını sürdürüyoruz.

Günümüzde sağlık alanında teknolojinin gelişiminin ve etinin ne kadar önemli olduğunu ortaya koymakta, insanlar sağlığıyla ilgili uğraş verirken etik davranmak zorundadır.

Av. Ünver BEDEVİ

Kıbrıs Türk Barolar Birliği Başkanı

Kıbrıs Türk Barolar Birliğimiz ile Türkiye Barolar Birliği'nin hukuk sistemleri alanında ilk defa gerçekleştirdiği Uluslararası Sağlık Hukuk Sempozyumu Barolarımız arasında işbirliğini artırması ve iki devletin sağlık hukukları düzenlemelerinin tartışılması açısından önemlidir. Türkiye Barolar Birliği ile diğer hukuk disiplinleri alanlarında ve Avukatların hukukî statülerinin tartışılacağı sempozyumları gerçekleştirmek isteriz.

Sempozyum konuları, hukuk, sağlık alanındaki kişileri ve KKTC'de yaşayan herkesi yakından ilgilendiren ve herkesin bilgi sahibi olması gereken konulardır.

Sağlık hizmeti alan bireye karşılık sağlık hizmetlerini sunan gerçek ve tüzel kişileri, bu hizmetleri sunan ve denetlemesi gereken devletten bahsedilecek noktada olduklarını kaydetti. Sağlıkla ilgili insanların sadece istek ve arzularından değil, haklarından ve yine gerek yasal, anayasal ve uluslar arası mevzuat hakkında, devletlerin görev ve yükümlülüklerinden bahsedecek noktadadırlar.

Çok ciddi maddi kaynak ve tazminatlardan da bahsedilen bir çağda olunduğunu, "zamanın artık sağlıkla ilgili ağlama sızlama ve sadece üzülme zamanı olmadığını, sağlıkta profesyonel standart ve hizmetlerin yakalanması tatmin edici seviyelere ve daha üzerine çıkarılması için çalışma yapılması gerektiğini belirtti.

KKTC'de ciddi olumsuzluklar ve eksiklikler bulunmakta, daha iyiye ulaşılabilmesi ve dünyadaki gelişmiş ülkelerdeki standartlara ulaşılabilmesi için düzenlemeler yapılması ve eksikliklerin giderilmesinin bir şarttır.

Cumhuriyet Meclisi'nin sağlık hukuku ile ilgili geçirmesi gereken yasalar bulunmakta ve AB Türkiye ve gelişmiş ülkelerin yasal mevzuatından yararlanılarak, KKTC'nin özel şartlarına uyarlanarak yasal düzenlemelere gidilmesi gerekmektedir.

Bu konularda mahkemelerde açılan dava sayısı gittikçe artmakta olup, gelişmiş ülkeler ve AB'nin keşfettiği yolda emin adımlarla ilerlemeye başlanmalıdır.

İnsanın en temel anayasal haklarının başında, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı gelmekte ve bireyin sağlıklı yaşamasını gerçekleştirme devletin görevlerindedir. Devlet bu görevlerini anayasa şemsiyesi altında yerine getirerek, sağlık sektöründe çalışanların ve sağlık hizmetinden yararlananların haklarından sorumludur. Bu hakları düzenlemek için son yıllarda sağlık hukukunda önemli gelişmeler olduğundan, hukukçuların da sağlık hukuku uzmanı olarak yetişmeleri son derece önemlidir.

Hekimler insan sağlığı için özveriyle çalışmakta; ancak sağlık sektörünün giderek çok büyük ticari bir sektör haline gelmesiyle bu ticari sektör içerisinde hekimin kaybolmamasını, hekimin ve hastanın haklarının korunmasını hep birlikte desteklemek durumundayız.

Hastaların ve hekimler başta olmak üzere sağlık çalışanlarının korunmasının sağlanması ve haklarının ihlal edilmesinin önlenmesi için sağlık hukukunun içeriğinin mümkün olduğunca berrak olması sağlanmalıdır. Hukukumuzun sürekli çıkarılan kanunlarla değişiyor olması, tıp alanında sürekli devam eden ilerleme ve uygulanan teknikler ve tedavilerde yenilik ve değişiklikler ve bazı vakaların durumların kendilerine has çok spesifik özellikler taşıyor olması nedeniyle bu hedefe ulaşmamız ne yazık ki mümkün görünmemektedir.

Sağlık hukuku; tıpla hukukun kesiştiği, çalışması hiç de kolay olmayan bir alan olup, yapmamız gereken şey işbirliğimizi güçlendirmektir. Barolarımız ve tabip odalarımız arasındaki ilişkinin güçlenmesi, hukuk fakültelerimiz, tıp ve eczacılık fakültelerimiz arasındaki ilişkinin güçlenmesi gerekmektedir. Ne yazık ki ülkemizdeki siyasal iklim üniversitelere, barolara, ve meslek odalarına kendi faaliyet alanında gerekli faaliyetleri sürdürmesi için olanak tanımamakta, sırf siyasi amaçlar uğruna eğitim ve mesleki faaliyetler kolaylıkla göz ardı edebilmek-

ULUSLARARASI SAĞLIK HUKUKU SEMPOZYUMU

tedir. Biz gene de toplumun menfaatlerini ön planda tutarak çalışmaya ve kurumlar arasında eşitlik temelinde ilişkileri yükseltmek için çaba göstermeye devam etmeye mecburuz. Hem hekimler, hem de avukatlar kadim bir geleneğin temsilcileri oldukları için yaptıkları işin yüzlerce yıl geriye giden temellerine sadık kalmaya mecburdurlar. Temsil ettiğimiz meslekler tarih boyunca siyasi iktidarların değil, siyasi sistemlerin ve hatta ülkelerin gelip geçtiğini görmüş mesleklerdir. Bu bilinç içerisinde çalışmaya devam etmek tarihin bizlere yüklediği bir ödevdir.

Hâkim Şafak ÖNERİ
KKTC Yüksek Mahkeme Başkanı

Dünya Sağlık Örgütü (WHO)'ne göre, "Sağlık, yalnızca hasta veya sakat olmamak değil beden, ruhen ve sosyal yönlerden tam bir iyilik hâlidir". Sağlıklı yaşama ve hastalandığında tedavi olma bakımından herkes eşit haklara sahiptirler. Beden ve ruh sağlığını kısmen ya da tamamen kaybedenler, diğer haklarını ve özgürlüklerini kullanamayabilirler. Temel insan hakkı olan sağlık hakkını, diğer ifadeyle herkesin sağlıklı yaşama koşullarını ve hastalandıklarında da tedavi olma olanaklarını Devlet, sosyal Devlet olarak sağlamalıdır.

Türkiye Barolar Birliği ile Kıbrıs Türk Barolar Birliğinin ortaklaşa gerçekleştirdiği Uluslararası Sağlık Hukuk Sempozyumu iki ülkenin sağlık hukuku konularının mukayeseli olarak tartışılması ve KKTC Sağlık hukukunun gelişimi açısından oldukça önemlidir.

Çok yakın geçmişe kadar hasta haklarıyla ilgili KKTC'nin geçerli not aldığını söylemek mümkün olmamakta ve bunun mahkeme kararları için de geçerli olduğu görülmektedir.

Bu durumun Kıbrıs'ta uygulanan hukuk sisteminden de kaynaklanmakta, bu konuda yasal eksiklikler bulunmakta; ama Yüksek Mahkememizin ve bidayet mahkemelerimizin son verilen kararlarıyla bu durum nispeten aşıldığı, insan haklarıyla ilgili tazminat kararlarında bu durum açıkça görülebilmektedir.

ÖZEL HASTANELERİN TAZMİNAT SORUMLULUĞU

*Prof. Dr. Murat Doğan**

GİRİŞ

Hastaya yönelik tıbbi müdahaleler daha çok hastane ortamında gerçekleşmektedir. Hastaneler, yeterli sağlık personeli ve cihaz donanımı ile teşhis ve tedavi için daha uygun görünmekte ve bu yüzden tercih edilmektedir. Hastanede gerçekleşen tıbbi müdahalede de esasen bir hekim tarafından yerine getirilir. Bununla birlikte hekimin hasta karşısındaki konumu hastanenin türüne ve hastane ile hasta arasındaki ilişkiye göre değişebilmektedir. Öncelikle hastanenin özel mi kamu hastanesi mi olduğu önem taşımaktadır. Buna ilaveten, özel hastanedeki müdahalede hekimin o hastanenin sürekli çalışan mı yoksa sadece belli bir müdahale için başvurduğu kişi mi olduğuna göre de hukuki ilişki ve sorumluluk farklı şekillerde doğmaktadır. Bu çalışmada, belirtilen bu ihtimallere göre özel hastanede gerçekleşen tıbbi müdahalelerden doğan zararlar da sorumluluğun şartları ve sonuçları üzerinde durulmaya çalışılacaktır.

* Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

I. ÖZEL HASTANE KAVRAMI VE ÖZEL HASTANE İLE HASTA ARASINDAKİ HUKUKİ İLİŞKİ

A) ÖZEL HASTANE KAVRAMI

Hastaneler özel ve kamu hastaneleri olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Özel hastaneler 14.5.1933 tarihli 2219 sayılı Hususi Hastaneler Kanunu ile düzenlenmiştir. Bu Kanunun 1. Maddesinde, “Devletin resmi hastanelerinden ve hususi idarelerle belediye hastanelerinden başka yatırılarak hasta tedavi etmek veya yeni hastalık geçirmişlerin zayıfları yeniden eski kuvvetlerini buluncaya kadar sıhhi şartlar içinde beslenmek ve doğum yardımlarında bulunmak için açılan ve açılacak olan sağlık yurtları “hususi hastaneler” den sayılır” denilerek özel hastane sayılacak sağlık müesseseleri sayılmıştır. Buna göre, özel hastane, kamu hizmetinde dışında kalan, yatırılarak hasta tedavi etme, rehabilitasyon ve doğum yardımlarında bulunma amacına yönelik sağlık yurtları olarak tanımlanabilir¹.

Özel hastane bir gerçek kişi tarafından açılabileceği gibi, dernek, vakıf veya ticaret şirketi gibi bir özel hukuk tüzel kişisi tarafından da açılabilir². Birden fazla kişi bir araya gelerek adi ortaklık ilişkisi içinde bir özel hastane açabilirler³.

Kanunun 2. maddesi dikkate alındığında kamu hizmeti dışında sağlık hizmeti sunmak üzere kurulan her sağlık müessesesinin özel hastane sayılamayacağı anlaşılmaktadır. 2. Maddede, “Kendi kanunlarına ve nizamname ve şartnamelerine göre hususi şirketler ve müteahhitler ve fabrikalar ve ticaret, ziraat, sanat ve nafia işlerinde çok işçi çalıştıran şahıslar, amele birlikleri ve bu gibi diğer şahıslar ve teşekküller tarafından kendi işçilerinin ve işlerinde kullandıkları adamlarının hastalıklarını tedavi ve sağlıklarını korumak için açılacak hastane, revir ve diğer sağlık yurtları bu kanunun hükümlerine bağlı olmayıp bunların açılma ve kapanma şartları kendi kanun ve nizamna-

¹ Ayan, Mehmet, *Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk*, Ankara, 1991, s.128.

² Ayan, s.129; Erol, Gültezer Hatırnaz, *Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları*, 3. Baskı, Ankara, 2013, s.64.

³ Erol, s.64.

me ve talimatnamelerine göre yapılır” denilerek, sadece kendi çalışanlarına hizmet vermek üzere şahıslar, özel şirketler, işçi teşekkülleri ve benzeri tarafından açılan sağlık müesseselerinin özel hastane sayılmayacağı öngörülmüştür. Bunun gibi Belediyeler, Üniversiteler ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından açılan hastaneler de özel hastane niteliği taşımazlar⁴.

Özel hastaneler Sağlık Bakanlığının izniyle açılır ve sundukları sağlık ve tıp hizmetlerinin niteliğine göre genel veya dal (uzmanlık) hastaneleri şeklinde ikiye ayrılırlar.

B) ÖZEL HASTANE İLE HASTA ARASINDAKİ HUKUKİ İLİŞKİ

1. Genel Olarak

Hasta, özel hastanede ayakta veya yatırılarak tedavi edilebilir. Hasta ile hastane arasındaki ilişki buna göre farklı nitelik kazanır. Hasta özel hastanede ayakta tedavi ediliyorsa, hasta ile hastane arasındaki vekâlet sözleşmesi bulunur ve hastanenin yatırma, yedirip içirme ve diğer bakım yükümlülükleri söz konusu olmaz. Buna karşılık, sadece muayene, müşahede veya tedavi amacıyla da olsa hastane dâhilinde hasta için devamlı bir oda tahsis edilirse, artık hastaneye kabul sözleşmesinin varlığı kabul edilmelidir⁵.

Hasta bir özel hastanede yataklı tedaviye alınmışsa, hasta ile hasta arasında hastaneye kabul sözleşmesi adı verilen karma nitelikli bir sözleşme meydana gelir⁶. Bu sözleşmenin tarafları hasta ile hastane işletenidir.

⁴ Erol, s.64.

⁵ Ayan, s.133; Özdemir, Hayrunnisa, Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi, Ankara, 2004, s.84 (Özdemir, Teşhis ve Tedavi).

⁶ Bu konuda bkz., Ayan, s.131 vd.; Hakeri, Hakan, Tıp Hukuku, 4. Baskı, Ankara, 2012, s.44 (Hakeri, Tıp Hukuku); Özdemir, Teşhis ve Tedavi, s.84 vd.; Akkanat, Halil, Hastaneye Kabul Sözleşmesinin Görünüm Tarzları ve Sorumluluk Düzeni, Özer Seliçi'ye Armağan, (s.25-40), s.28; Durak, Yasemin, Hastaneye Tam Kabul Sözleşmesi, Tıp Hukuku Dergisi, C.3, S.6, yıl 2014, (s.147-175), s.152; Doğan Cahid, Hekimlik Sözleşmesi Katkılı Tam Hastaneye Kabul Sözleşmesi (Hastaneye Tam Kabul Sözleşmesi ve Hekimlik Sözleşmesi) ile Bölünmüş-Kısmi Hastaneye Kabul Sözleşmesi (Kısmi Hastaneye Kabul Sözleşmesi ve Hekimlik Sözleşmesi, Dar Anlamda Hastaneye Kabul Sözleşmesi), Tıp Hukuku Dergisi, C.3, S.6, yıl 2014, (s.177-196), s.181, 183 (Doğan, Hastane).

Özel hastane işleteni ile hasta arasındaki hastaneye kabul sözleşmesinde, hastane bakımından asıl borç hastanın hastaneye yatırılarak tedavi edilmesi, yani iyileştirilmesidir. Bunun yanı sıra hastanenin, yatırma, yedirip içirme ve diğer bakım yükümlülükleri de bulunmaktadır⁷. Tedavi ve diğer hekimlik hizmetleri bakımından vekâlet, oda tahsisinden dolayı kira, ilaç, tıbbi malzeme ve yemek temini açısından satış, oda ve diğer kişisel temizliğin sağlanması yönünden de hizmet sözleşmesinin unsurları karma sözleşmede yer almaktadır⁸. Bu itibarla, teşhis ve tedavi yükümlülüğü bakımından esas olarak vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümler, diğer yükümlülükler açısından ise ilişkin olduğu sözleşme tipine ilişkin hükümler kıyasen uygulanmalıdır⁹.

Hastane hastayı kabul edip etmemekte serbesttir¹⁰. Ancak TBK m.503 (BK m.387) gereği hasta tarafından yapılan tedavi talebi derhal reddedilmezse sözleşme kurulmuş sayılır¹¹. Buna ilaveten, 2219 sayılı Kanunun 32. maddesinde trafik kazası, intihar teşebbüsü, silahlı saldırıya uğrama ve benzeri acil vakalarda hastaneye kabul zorunluluğu getirilmiştir. Hükümde, “Ani bir arıza veya kaza neticesinde müstacelen tedaviye muhtaç olan şahısların hususi hastanelere müracaat veya nakillerinde hastanece derhal acele tedavilerini yapmak mecburidir” denilerek bu husus belirtilmiştir. Yine Özel Hastaneler Yönetmeliğinin 39. maddesinde, “Özel hastanelerde, acil sağlık hizmeti verilmesi ve acil vakaların hastanın sağlık güvencesi olup olmadığına veya ödeme gücü bulunup bulunmadığına bakılmaksızın kabul edilmesi ve gerekli tıbbi müdahalenin kayıtsız-şartsız ve gecikmeksizin yapılması zorunludur. Hizmet bedelinin tahsilıyla ilgili işlemler, acil müdahale ve bakım sağlandıktan sonra yapılır. Özel hastane, acil olarak gelen hastalara yeterli personeli veya donanımı olmadığı, ilgili birimi veya boş yatağı bulunmadığı, hastanın sağlık güvencesi olmadığı ve benzeri sebepler ile gerekli acil tıbbi müdahaleyi yapmaktan kaçınamaz. / Acil servise başvuran hastalara, yoğun bakım hizmeti dâhil olmak üzere gerekli ilk müdahalenin yapılması, tedavinin devamı

⁷ Erol, 87; Ayan, s.131.

⁸ Durak, s.152. Benzer yönde, Doğan, Hastane, s.181.

⁹ Akkanat, s.28; Durak, s.153; Doğan, Hastane, s.181.

¹⁰ Ayan, s.143; Erol, s.93; Durak, s.151.

¹¹ Ayan, s.143-144; Erol, s.93.

için gerekiyorsa hastanın yatışı yapılarak tedavisinin ve eğer gelişirse komplikasyonların tedavisinin tamamlanması esastır. Hastanın tıbbi durumunun gerektirdiği uzman tabip, tıbbi donanım, müdahale, bakım ve tedavi için gerekli şartların hastanede sağlanamaması durumunda ise, gerekli ilk müdahalenin yapılmış olması kaydıyla, başka bir sağlık kuruluşuna usulüne uygun şekilde sevki sağlanabilir. Acil hastaların ihtiyaç durumunda nakledileceği sağlık kuruluşunun belirlenmesi ve nakil işlemleri Acil Komuta Kontrol Merkezi'nin yönetiminde ve koordinasyonunda yapılır" hükmü getirilerek acil vakalarda hastanın kabulü zorunluluğu getirilmiştir.

Böyle durumlarda hasta ile hastane arasında vekaletsiz iş görme ilişkisi söz konusu olur¹². Başlangıçta öngörülemediği bir komplikasyon sebebiyle ameliyatın genişletilmesi ve hastanın hastanede tahmini edilenden daha uzun süre kalması halinde de böyledir¹³.

2. Hastaneye Kabul Sözleşmesinin Türleri

Özel hastanede yatırılarak tedavi edilen hasta ile hastane arasında hastaneye kabul sözleşmesi kurulmuş olacağını ifade etmiştik. Bu sözleşmenin de, hastanenin yükümlülükleri ve tedaviyi yürütecek hekimin rolüne göre türleri bulunmaktadır.

a) Tam Hastaneye Kabul Sözleşmesi

Tam hastaneye kabul sözleşmesinde, hastane işleticisi teşhis ve tedavi yanı sıra bakım yükümlülüğünü de üstlenir¹⁴. Teşhis ve tedavi yükümlülüğü, kural olarak hastanenin çalışanı durumundaki hekim tarafından yerine getirilir. Ama hastanın isteği veya başka bir sebeple hasta, hastane yanı sıra tedaviyi yürütmek üzere hastane çalışanı olan bir hekimle de sözleşme yapabilir. Bu sebeple, tam hastaneye kabul sözleşmesi, hekimlik sözleşmesi olmaksızın tam hastaneye kabul sözleşmesi ve hekimlik sözleşmesi ilaveli tam hastaneye kabul sözleşmesi şeklinde ikiye ayrılır.

¹² Ayan, s.147; Erkuş, Ali Selman, Yargıtay Kararları Işığında Sağlık Çalışanlarının Hukuki Sorumluluğu, Tıp Hukuku Dergisi, C.3, S.6, yıl 2014, (s.115-121), s.119.

¹³ Ayan, s.148.

¹⁴ Ayan, s.134; Erol, s.87; Akkanat, s.25; Durak, s.149.

aa) Hekimlik Sözleşmesi Olmaksızın Tam Hastaneye Kabul Sözleşmesi

Bu tür hastaneye kabul sözleşmesinde, özel hastane işleteni hasta ile yapılan sözleşmenin tarafı ve birinci dereceden sorumlusudur¹⁵. Hastane tedaviyi kendi çalışanı ehil bir hekim eliyle gerçekleştirir. Hekim ise sözleşmenin tarafı değildir; hekim ile hasta arasında bir sözleşme ilişkisi bulunmamaktadır¹⁶. Hekim hastanenin çalışanı olarak görev yapar ve bu tedavi bakımından TBK m.116 anlamında ifa yardımcısı durumundadır¹⁷. Bu sebeple tıbbi müdahalelerden dolayı bir zarar doğarsa, bundan hem hastane hem hekim sorumlu olur. Hastane sözleşmeden, hekim ise haksız fiilden dolayı sorumlu olur¹⁸⁻¹⁹. Hekimin fi-

¹⁵ Ayan, s.135; Erol, s.88.

¹⁶ Ayan, s.135; Erol, s.88; Akkanat, s.28; Durak, s.150.

¹⁷ Hakeri, Tıp Hukuku, s.44; Ayan, s.135-136; Erol, s.88; Durak, s.150; Özdemir, Teşhis ve Tedavi, s.84; Özdemir, Hayrunnisa, Hekimin Fiilinden Dolayı Zarar Gören Üçüncü Kişinin Hastaneye Karşı Talebinin Hukuki Niteliği ve Yargıtayın Görüşü, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2013, S.105, s.267; Yücel, Mehtap, İfa Yardımcısının Davranışlarından Dolayı Dişhekiminin Hukuki Sorumluluğu, I. Dişhekimliği Hukuku Sempozyumu (22-23 Mart 2013), Ankara, 2014, (s.163-190), s.183. TBK m.116'nun uygulanmasının daha doğru olacağı, oysa Yargıtay'ın bazı kararlarında TBK m.66'yı uyguladığı yönünde, Erkuş, s. 119.

¹⁸ Özdemir, Teşhis ve Tedavi, s.84-85; Ayan, s.136; Erol, s.89; Akkanat, s.28; Durak, s.157-158. Yargıtay ise bazı kararlarında, özel hastanede yapılan müdahalelerde hastane ile hasta arasında ve hekim ile hasta vekalet sözleşmesi olduğunu kabul etmekte (bkz., Y. 13. HD. 8.7.2005 T., E.2005/3645, K. 2005/11796, Kazancı Bilişim İçtihat Bilgi Bankası); bazı kararlarında ise hastanede yapılan müdahalede görev alan doktor ve diğer personelinin fiilinden dolayı hastane işletenin Türk Borçlar Kanununun 66. maddesinde düzenlenmiş olan adam çalıştırmanın sorumluluğu hükümlerine göre sorumlu olacağına karar vermektedir (bkz., Y. 13. HD. 7.7.2006 T., E.2006/6143, K. 2006/11224, Özdemir, Hayrunnisa, Hekimin Fiilinden Dolayı Zarar Gören Üçüncü Kişinin Hastaneye Karşı Talebinin Hukuki Niteliği ve Yargıtayın Görüşü, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2013, S.105, (s.263-290), s.267 dn.19 (Özdemir, Yardımcı Kişi); Y. HGK. 11.12.2002 T., E.2002/13-1011, K. 2002/1047, Kazancı Bilişim İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁹ Akkanat, haksız fiilin kim tarafından işlendiğinin dikkatli bir şekilde belirlenmesi gerektiğini, özellikle büyük çaplı ameliyatlarda, birçok hekimden oluşan ameliyat ekibi tarafından gerçekleştirildiğini ve her bir hekimin kendi uzmanlık alanı ile ilgili olarak söz konusu ameliyata katkıda bulunduğunu, her bir hekimin kendi uzmanlık alanı ile ilgili müdahalesinin sonuçlarından sorumlu tutulabileceğini, yoksa ameliyat ekibinin tamamının müteselsilen sorumlu tutulamayacağını ifade etmektedir. Bkz., Akkanat, s.28-29.

illeri, hastane işleteni bakımından borcun ifasında kullanılan yardımcı şahsın davranışları niteliğindedir ve hekimin müdahalesi sonucu meydana gelecek zararlardan TBK m.116 (BK m.100) gereği hastane işleteni sorumlu olur²⁰.

bb) Hekimlik Sözleşmesi İlaveli Tam Hastaneye Kabul Sözleşmesi

Hastaneye kabul sözleşmesinde, hastane teşhis ve tedavi, bakım ve diğer yan yükümlülükler üstlendiği gibi hastane çalışanı olan bir hekimle de tedaviyi yürütmek üzere ilaveten veya ayrı bir sözleşme yapılabilir²¹. Bu durumda, hastane ve hekim tedaviden birlikte müteselsilen sorumlu olurlar (TBK m.511/2)²². Teşhis ve tedavi yükümlülüğüne aykırı davranıştan doğan zararlarda hekim TBK m.112 hükmüne göre sorumlu tutulurken, hastane işleticisi de TBK m.116 hükmüne göre sorumlu tutulabilir²³. Bakım yükümlülüğünden ise sadece hastane sorumlu olur²⁴.

Sözleşmeye aykırılık aynı zamanda haksız fiil teşkil ediyorsa, hastane işleteni ve hekim TBK m.49 ve devamına göre sorumlu tutulabilirler. Ayrıca, hastane işleteninin yardımcı şahıs konumundaki hekimin fiilinden dolayı TBK m.116 gereği sorumluluğu da devam eder²⁵.

b) Bölünmüş Hastaneye Kabul Sözleşmesi

Hastanın talebi veya başka sebeplerle tedavinin hastane dışından bir hekim tarafından üstlenildiği, bakım yükümlülüğünün ise hastane tarafından yerine getirildiği sözleşmeye bölün-

²⁰ Ayan, s.135-136; Erol, s.88; Özdemir, Yardımcı Kişi, s.264; Akkanat, s.28.

²¹ Ayan, s.136; Erol, s.90. Akkanat, hastanın hastane ile akdettiği hastaneye tam kabul sözleşmesi yanı sıra hastane dışından bir hekimle de hekimlik sözleşmesi akdetmesi halinde, "Hastaneye tam kabul sözleşmesi ve hekimlik sözleşmesi"nin birlikte mevcut olduğunu kabul etmek gerektiğini belirtmektedir. Bkz., Akkanat, s.26. Aynı yönde, Durak, s.160-161; Doğan, Hastane, s.184. Sözleşme serbestisi çerçevesinde böyle bir sözleşmenin akdedilmesi de mümkündür.

²² Ayan, s.136; Erol, s.91; Akkanat, s.36; Durak, s.163; Doğan, Hastane, s.184-185, 186.

²³ Akkanat, s.37; Durak, s.164; Doğan, Hastane, s.186-187.

²⁴ Akkanat, s.37; Durak, s.161; Doğan, Hastane, s.186.

²⁵ Ayan, s.137; Erol, s.91.

müş hastaneye kabul sözleşmesi denmektedir²⁶. Bu durumda, hasta tedaviyi yürütmek üzere hastane dışından bir hekimle bir sözleşme yapmakta, ayrıca hastane işleteni ile de bakım yükümlülükleri için sözleşme akdetmektedir²⁷. Böylece tarafları farklı iki ayrı sözleşme ortaya çıkmaktadır.

Hasta dışarıdan bir hekim çağrılmasını isterse, hastane işleteni bu isteği uymak zorundadır (2219 s. K. m.12, 26; Özel Hastaneler Tüzüğü m.26). Bu durumda çağrılan hekim ile hasta arasında bir tedavi sözleşmesi kurulmuş olur. Artık hastane işleteninden çağrılan hekimin hukuka aykırı davranışıyla vereceği zararlardan dolayı TBK m. 116 ve 66'ya (BK m.100 ve 55'e) dayanılarak talepte bulunulamaz²⁸. Hasta, teşhis ve tedavi yükümlülüğüne aykırı davranıştan doğan zararlarda sadece hekime, bakım yükümlülüğüne aykırı davranışlardan doğan zararlarda ise sadece hastane işleticisine TBK m.112 hükmüne göre başvurabilir²⁹.

Hastaneye kabul sözleşmesi hasta tarafından değil de tedaviyi gerçekleştirecek hekim tarafından akdedilmişse, hekimin hastanın temsilcisi sıfatıyla sözleşmeyi akdettiğinin kabulü uygun görünmektedir³⁰.

Hastane tedaviden sorumlu olmayıp bakımla sorumludur. Bu sebeple tedaviden meydana gelen zararlar hastaneden talep edilemez. Hekim ise vekâlet sözleşmesi niteliğindeki tedavi sözleşmesi gereği tedaviden sorumludur³¹.

II. ÖZEL HASTANE BAKIMINDAN SÖZLEŞME İLİŞKİSİNDEN DOĞAN YÜKÜMLÜLÜKLER

Hastanenin sözleşmeden doğan en önemli borcu hastalığın teşhisi ve hastanın tedavisidir. Ancak buna ilaveten hastanenin

²⁶ Ayan, s.137; Erol, s.92; Akkanat, s.38; Durak, s.165; Doğan, Hastane, s.190. Bu sözleşme için sadece "Hastaneye kabul sözleşmesi" adlandırmasının yapılmasının isabetli olacağı yönünde, Akkanat, s.26.

²⁷ Akkanat, s.38.

²⁸ Bu yönde, Özdemir, Teşhis ve Tedavi, s.85-86; Özdemir, Yardımcı Kişi, s.269. Aksi yönde, Doğan, Hastane, s.192.

²⁹ Akkanat, s.39; Doğan, Hastane, s.191.

³⁰ Akkanat, s.39.

³¹ Ayan, s.137-138.

bunlar dışında yan yükümlülükleri de vardır. Bunlar, hastayı aydınlatma, sadakat ve özen gösterme, kayda geçirme ve sır saklama yükümlülükleridir. Özel hastaneler bunlara ilaveten hastayı yatırma (barındırma), yedirip içirme, hastane tekniğini uygulama, hasta tarafından teslim edilen eşyaları muhafaza etme şeklinde bazı borçları daha yerine getirmekle yükümlüdürler.

A) TEŞHİS VE TEDAVİ YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Hekimin ve hastanenin asıl borcu hastayı tedavi etmektir. Hekimin ve hastane işleteninin hastanın iyileşmesi, eski sağlığına kavuşması veya en azından acı ve ızdıraplarının azaltılması için tıp bilimi ve uygulamasının öngördüğü esaslar çerçevesinde özenle faaliyette bulunması gerekir³². Hekim bu borcu doğrudan kendisi ifa ederken, hastane işleteni hastanesinde çalışan hekimler ve diğer yardımcı personel vasıtasıyla yerine getirir. Hastanede çalışan hekim ile hastane arasında genelde hizmet sözleşmesi bulunur. Hekim hastanın tedavisini hastane işleteni adına ve hesabına gerçekleştirir. Bu sebeple borcun ifası kendisine bırakılan yardımcı şahıs olan hekimin, hukuka aykırı davranışından bir zarar doğarsa bundan TBK m.116 (BK m.100)'e göre hastane sorumlu olur. Bu davranış aynı zamanda TBK m.49 (BK m.41) anlamında haksız fiil ise hastaneye karşı TBK m66 (BK m.55)'e dayanılarak da dava açılabilir.

Bunun için önce teşhis konulmalıdır. Teşhisin isabeti tedavi için de önem taşır. Teşhis esnasında dişhekimi, hastalığın tam geçmişini öğrenmeli (anamnez), hastayı muayene etmeli³³, hastalığın çıkış sebebi üzerine hasta ile istişare etmeli ve somut olayın özelliklerine göre gerekli olan laboratuvar tahlillerini yaptırmalı, röntgen filmini çektirmelidir³⁴.

³² Ayan, s.62; Özdemir, Diş Hekimlerinin Sorumluluğu, s.234.

³³ Türk Tabipler Birliğinin 10-11 Ekim 1998 tarihindeki 47. Genel Kurulunda kabul edilen Hekimlik Mesleği Etiği Kurallarınının 23. Maddesinde, "Hekim, acil vakalar gibi zorunlu durumlar dışında, hastasını bizzat muayene etmeden tedavisine başlayamaz" denilerek muayenesiz tedavi yasağı kabul edilmiştir. Danıştay 10. Daire 13.07.2010 T., E.2007/6322, K.2010/5981, "Hastanın ikazına rağmen, yeni bir muayene yapılmadan, film çekilerek dişlerin çekilip çekilmeyeceğine karar verilmesi gerekirken, önceki barkot üzerine, diş hekimince başkaca bir muayene yapılmadan ve hastanın itirazına rağmen diş çekimi yapması hasta haklarına aykırı olup aynı zamanda hizmet kusuru oluşturmaktadır", www.kazancı.com.

³⁴ Ayan, s.65; Özdemir, Teşhis ve Tedavi, s.90; Özdemir, Hayrunnisa, Diş Hekimlerinin Hukuki Sorumluluğu, IV. Sağlık Hukuku Kurultayı, 23-

Yüksek Sağlık Şurası, hastadan uygun anamnez alınmadığı, yeterli fiziki muayene yapılmadığı ve doğru teşhis konulmadığı için hastanın ölümüne sebep olan hekimleri kusurlu bulmuştur³⁵. Hekimin teşhis koyabilecek kabiliyet ve uzmanlık bilgisinin olmamasına rağmen, teşhis koyması ve tedaviye başlaması kusurlu bir davranış teşkil eder³⁶. Aynı şekilde, hastalıkla ilgili yeterli veri bulunmasına rağmen yanlış teşhis konulması hekimin sorumluluğunu gerektirir³⁷.

Teşhisi koyan hekim tedavi yöntemini seçerek uygulamalıdır. Tedavi yönteminin seçiminde en uygun yöntem, yani "hastalığın tedavisi için riski en az ve fakat şansı en fazla olan" yöntemi seçmelidir³⁸.

Eşdeğer sayılabilecek birden fazla yöntem mevcut ise hekim, bunlardan somut olayın özelliklerine en yakın düştüğüne inandığı yöntemi seçebilir (Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi (TDN) m.6).

Yeni tedavi yöntemi daha riskli ama başarı şansı daha fazla ise hekim hastayı aydınlatmak kaydıyla yeni yöntemi seçebilir (TDN m.10)³⁹.

Hekim seçtiği tedavi yöntemini hastanın zararına uğramasını önleyecek her türlü tedbiri almak suretiyle uygulayacaktır⁴⁰.

Hastane tedaviyi kural olarak kendi çalışanı olan sağlık personeli ile uygulamalıdır. Bununla birlikte bazen hastane işleteni kendiliğinden bazen de hastanın talebi üzerine dışarıdan bir hekim çağırabilir. Dışarıdan çağırılan hekim, hastane ile kendi adına sözleşme yapmışsa alt vekalet, hasta adına yapmışsa ikame vekalet söz konusu olur.

24 Eylül 2011, Ankara, 2012, (s.224-264), s.235 (Özdemir, Diş Hekimlerinin Sorumluluğu); Doğan, Murat, Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk Sempozyumu, 16-17 Ocak 2009, Mersin, (s.41-60), s.44 (Doğan, Hekimin Sorumluluğu); Başbuğ, Aydın, Dişhekiminin Hukuki Sorumluluğu, I. Dişhekimliği Hukuku Sempozyumu (22-23 Mart 2013), Ankara, 2014, (s.136-162), s.142.

³⁵ Yüksek Sağlık Şurası, 09-10.10.2008 T., K.11878, Hakeri, Tıp Hukuku, s.416.

³⁶ Başbuğ, s.142-143.

³⁷ Diş hekimini bakımından aynı yönde, Bulut, Gamze, Diş Hekiminin Yasal Sorumluluğu, Ankara, 2013, s.46 (Bulut, Dişhekimisi).

³⁸ Ayan, s.66; Başbuğ, s.144.

³⁹ Ayan, s.67.

⁴⁰ Ayan, s.67; Doğan, Hekimin Sorumluluğu, s.44-45.

Hastane tedaviyi yürütecek hekimi seçmede ve ona talimat vermede özenli hareket etme sorumluluğu altındadır⁴¹.

B) AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

1. Aydınlatma Kavramı ve Amacı

Aydınlatmanın amacı, hekim tarafından verilecek bilgilerle hastanın, uygulanması düşünülen tıbbi müdahale üzerinde serbestçe karar verebilecek bir duruma getirilmesidir⁴². Hasta bu şekilde aydınlatıldıktan sonra rıza vermişse ancak o zaman tıbbi müdahale hukuka uygun hale gelir (TMK m.23-24, HHY m.31)⁴³. Özel hastaneler de, bu bilgilendirmeyi yapmak, hastanın aydınlatılmasını sağlamakla yükümlüdür.

2. Aydınlatmanın Türleri

Aydınlatma üç aşamada gerçekleştirilmelidir⁴⁴:

- Teşhis aydınlatması (muayene ve tetkikler sonucu elde edilen bulguların açıklanması)
- Süreç aydınlatması (yapılacak tıbbi müdahale ve uygulanacak tedavinin türü ve içeriği, teşhis edilen hastalık tedavi edilmediğinde ortaya çıkacak olumsuzlukların açıklanması)
- Riziko aydınlatması (tıbbi müdahalenin beraberinde getireceği tehlikelerin açıklanması).

3. Aydınlatmanın Hukuki Dayanağı

Aydınlatma yükümlülüğü, Anayasanın 17. maddesinin “Herkes yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir” hükmü yanı sıra sıra 1219 sayılı Kanunun 70., TDN m.14, HHY m.15’e dayanmaktadır.

⁴¹ Doğan, Hekimin Sorumluluğu, s.45.

⁴² Ayan, s.71; Özdemir, Hayrunnisa, Dişhekimliğinde Aydınlatılmış Rıza İhlalinden Hukuki Sorumluluk, I. Dişhekimliği Hukuku Sempozyumu (22-23 Mart 2013), Ankara, 2014, (s.387-402), s.393 (Özdemir, Rıza); Sütçü, s.378; Özdemir, Teşhis ve Tedavi, s.97; Doğan, Hekimin Sorumluluğu, s.45.

⁴³ Hakeri, Dişhekimliği, s.21; Doğan, Hekimin Sorumluluğu, s.45; Başbuğ, s.148; Özdemir, Rıza, s.392; Özdemir, Diş Hekimlerinin Sorumluluğu, s.241; Sütçü, Serdar, Diş Hekimlerinin Yaptıkları, Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, I. Dişhekimliği Hukuku Sempozyumu (22-23 Mart 2013), Ankara, 2014, (s.373-386), s.382.

⁴⁴ Bu konuda bkz., Ayan, s.71 vd.; Hakeri, Tıp Hukuku, s.275 vd.; Hakeri, Hakan, Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Şartları, Tıp Hukuku Dergisi, C.3, S.6, yıl 2014, (s.17-44), s.23 (Hakeri, Hukuka Uygunluk).

HHY. m.31/1’de “Rıza alınırken hastanın veya kanuni temsilcisinin tıbbi müdahalenin konusu ve sonuçları hakkında bilgilendirilip aydınlatılması esastır.” Denilerek aydınlatma zorunluluğu hükme bağlanmış, HHY m.15’te⁴⁵ de aydınlatmanın kapsamı şu şekilde belirlenmiştir: “Hastaya;

- a) Hastalığın muhtemel sebepleri ve nasıl seyredeceği,
 - b) Tıbbi müdahalenin kim tarafından nerede, ne şekilde ve nasıl yapılacağı ile tahmini süresi,
 - c) Diğer tanı ve tedavi seçenekleri ve bu seçeneklerin getireceği fayda ve riskler ile hastanın sağlığı üzerindeki muhtemel etkileri,
 - ç) Muhtemel komplikasyonları,
 - d) Reddetme durumunda ortaya çıkabilecek muhtemel fayda ve riskleri,
 - e) Kullanılacak ilaçların önemli özellikleri,
 - f) Sağlığı için kritik olan yaşam tarzı önerileri,
 - g) Gerektiğinde aynı konuda tıbbî yardıma nasıl ulaşabileceği,
- hususlarında bilgi verilir”.

4. Aydınlatmanın Konusu

Aydınlatmanın konusu, teşhis ve buna bağlı tehlikeler yanında, uygulanması düşünülen tedavinin şekli, özellikle müdahalenin tarzı ve kapsamıdır⁴⁶. Gerekmesi halinde başka uzman hekimlerden konsültasyon veya yardım istenebileceği de hastaya söylenmelidir⁴⁷.

5. Aydınlatmanın Kapsamı

a) Genel Olarak

- Hastanın durumundan veya somut olayın özelliklerinden kaynaklanan tehlikeler, muhtemel komplikasyonlar anlatılma-

⁴⁵ Değişiklik için bkz.:RG-8/5/2014-28994

⁴⁶ Ayan, s.74; Özdemir, Teşhis ve Tedavi, s.100; Başbuğ, s.148-149.

⁴⁷ Doğan, Hekimin Sorumluluğu, s.46; Bulut, Dişhekimisi, s.17.

lıdır⁴⁸. Hastaya, hastalığın ciddiyeti konusunda mutlaka bilgi verilmelidir⁴⁹

- Her tıbbi müdahalede ve özellikle ameliyatlarda rastlanması mümkün olan hafif ve geçici zarar tehlikelerinin bildi-

⁴⁸ Y. 13. HD. 18.09.2008 T., E.4519, K.10750, "Davacı, yüzündeki gülümseme çizgi ve kırışıklıkların giderilmesi için 1999 yılı Haziran ayında davalı kliniğe başvurduğunu, davalı doktor Hande tarafından yüzüne tam olarak ne olduğu bilinmeyen bir dolgu malzemesi enjekte edildiğini, yüzünde çeşitli reaksiyonlar oluştuğunu, davalı doktorun iyileştirme vaadi ile müdahalelerde bulunduğunu, her seferinde durumunun daha da kötüleştiğini, yüzünde kalıcı yumru kütleler, çöküntüler ve morluklar oluştuğunu, uzmanların bir daha iyileşme ve cerrahi müdahale ile dahi iyileşme şansı olmadığını bildirdiklerini, davalı doktorun özense ve kusurlu davranışları sonucu ortaya çıkan zarardan davalıların sorumlu olduklarını ileri sürerek çektiği elem ve ıstırapın karşılığı 200.000, 00 YTL manevi tazminatın olay tarihinden itibaren işleyecek faizi ile birlikte davalılardan tahsiline karar verilmesini istemiştir. ... Somut olaya bakıldığında, davacının yüzündeki kırışıkları gidermek için davalı klinik ve doktora başvurduğu, davalı doktorun davacının yüzüne fill-new adlı dolgu malzemesi enjekte ettiği, sonuçta davacının yüzünde giderilmesi mümkün olmayan hasar oluştuğu, taraflar arasında ihtilaflı değildir. Çözümlemesi gereken husus, davalının üstlendiği tedaviyi yaparken özen borcunu yerine getirip getirmediğidir. Dosya İçerisinde bulunan raporlarda davacının yüzünde oluşan hasarın nedeni, yabancı cisim reaksiyonu olarak bildirilmiştir. 22.12.2006 tarihli Adli Tıp Raporunda, enjeksiyon işleminin ve daha sonra gelişen deri altı yabancı cisim reaksiyonu sonrası uygulanan kortikosteroid tedavisi işleminin günümüz tıp kurallarına ve kozmetik cerrahisi tekniğine uygun bir işlem olduğu, daha sonra yüz bölgesinde gelişen lezyonların, bu işlem sonrası nadir gelişen komplikasyonlardan olduğu bildirilmiş ise de, davalının bu işlemi yapmadan önce davacıya işlemin muhtemel komplikasyonları hakkında bilgi verip vermediği, riskleri anlatıp anlatmadığı, özetle aydınlatılmış rıza alınıp alınmadığı konusunda bir inceleme yapılmamıştır. Davalı doktor, davacının şikayeti üzerine Onur Kurulu'nda verdiği 23.09.2005 tarihli ifadesinde, davacıya yapılacak işlemin ayrıntılarını anlattığını, dolgu malzemesinin doğal bir madde olduğunu söylediğini, ancak her maddenin alerji yapma riski bulunduğunu, nadir de olsa bir komplikasyon olursa tedavi edilebileceğini anlattığını, ancak bu hususları kayıt altına almadığını, o zamanlar onama belgesi alınmadığını bildirmiştir. Davalı, davacıyı müdahalenin komplikasyonları konusunda aydınlattığını yazılı belge ile ispat edemediği gibi, beyanında geçen komplikasyon oluştuğu halde tedavisinin de mümkün olmadığı anlaşılmaktadır. Hükme esas alınan bilirkişi raporlarında davalı doktorun, davacıyı aydınlatma borcunu yerine getirip getirmediği tartışılmamıştır. Eksik inceleme ve araştırma sonucu hüküm kurulamaz. O halde, mahkemece yukarıda açıklanan hususlarla ilgili olarak varsa taraf delillerini topladıktan sonra davalının aydınlatılmış onam alma yükümlüğünü yerine getirip getirmediği, giderek kusuru bulunup bulunmadığı yönünde inceleme yapılmak üzere, dosyanın tomar halinde üniversitelerden seçilecek konusunda uzman bilirkişilere teslimi ile taraf, mahkeme ve Yargıtay denetimine açık, ayrıntılı ve gerekçeli rapor tanzim edilmesinin istenmesi, bundan sonra hasıl olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ve araştırma sonucu yazılı şekilde hüküm tesis edilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir".

⁴⁹ Hakeri, Hukuka Uygunluk, s.25.

rilmesinden vazgeçilebilir⁵⁰. Buna karşılık, nadiren de olsa görülebilecek ve ağır ve/veya kalıcı zararlar doğurabilecek tehlikeler bildirilmelidir⁵¹.

- Hasta alternatif tedavi yöntemleri konusunda da aydınlatılmalı, böylece tercih imkanı sunulmalıdır⁵². Örneğin, tehlikeler sebebiyle normal doğum dışında sezeryanla doğum yaptırılabilceği söylenmelidir⁵³.

b) Aydınlatmanın Kapsamının Genişlediği Haller

1. Tıbbi müdahalenin ivediliği azaldıkça aydınlatma borcunun kapsamı genişler⁵⁴:

- Salt teşhis amacına yönelik müdahalelerde,
- Zorunlu olmayan müdahalelerde,
- Estetik ameliyatlarda.

2. Müdahaleye bağlı tehlike büyüdükçe aydınlatma borcunun kapsamı genişler. Doğması muhtemel zararın hasta için taşıdığı subjektif önem de göz önünde tutulmalıdır. Bir fotomodelin yüzünde yara izi kalacaksa, bir genç kızın kızlık zarı zedelenebilecekse daha geniş bir aydınlatma yapılmalıdır⁵⁵.

⁵⁰ Ayan, s.74-75. Benzer yönde, Başbuğ, s.151; Doğan, Hekimin Sorumluluğu, s.46.

⁵¹ Hakeri, Hukuka Uygunluk, s.28; Y. 4. HD 7.3.1977 T., E.1976/6297, K.1977/2541, www.kazanci.com.

⁵² Hakeri, Hukuka Uygunluk, s.25-26.

⁵³ Örnek için bkz., Hakeri, Hukuka Uygunluk, s.26.

⁵⁴ Ayan, s.76; Hakeri, Tıp Hukuku, s.304; Özdemir, Teşhis ve Tedavi, s.103; Doğan, Hekimin Sorumluluğu, s.46; Özdemir, Rıza, s.396.

⁵⁵ Y. 4. HD 7.3.1977 T., E.1976/6297, K.1977/2541, "Hastanın rızasının bulunması koşuluna gelince; Davalının, rızasının bulunduğu kabul edilse dahi az yukarıda açıklanan şekilde muayenenin muhtemel sonuçları, riski davacıya bildirilmemiştir. Bu yönün ispatı davalı doktora düşer. Çünkü bu tür muayenelerde bazen kızlık zarının bozulabileceği tıbbi adli raporunda açıklanmıştır. Diğer bir deyimle bu muayene sonunda her halde kızlık zarının bozulacağı tıbben kabul edilmemiştir. O halde nadiren de olsa bu böyle bir sonucun yani riskin meydana geleceği açık olarak davacıya bildirilmeliydi. Olayımızda davalı hekim, aydınlatma görevini yerine getirdiğini, bütün veri ve sonuçları tıp bilimine uygun olarak davacının anlayacağı biçimde bildirdiğini iddia ve ispat etmediğine göre meydana gelen ve Türk Ceza Kanununda da mayubiyet olarak nitelenen zararlı sonuçtan sorumludur. (Bayraktar-age-127 vd.). Kaldı ki, olayın özelliği davacının bu riski bilmesi gerektiği sonucunu kabule de olanak

3. Tıbbi müdahale doğrudan tedavi amacı gütmüyorsa, aydınlatma borcunun kapsamı genişler⁵⁶. Estetik ameliyatlar, kısırlaştırma, yeni tedavi yöntemlerinde durum böyledir.

4. Hastanın açık arzusu varsa daha geniş bir aydınlatma yapılmalıdır⁵⁷.

b) Aydınlatma Borcunun Kapsamının Daraldığı Haller

1. İvedilik varsa⁵⁸,
2. Tehlike küçükse,
3. Hastanın açık arzusu varsa⁵⁹,
4. Aydınlatma hastanın moralini bozarak zarar görmesine yol açacaksa (TDN m.14/II, HHY m.19),
5. Hasta konu üzerinde yeterli bilgi sahibiyse.

c) Aydınlatma Borcunun Tümüyle Ortadan Kalktığı Haller

1. Hasta feragat etmişse⁶⁰ (HHY m.20' de, "İlgili mevzuat hükümleri ve/veya yetkili mercilerce alınacak tedbirlerin gerektirdiği haller dışında; kişi, sağlık durumu hakkında kendisinin, yakınlarının ya da hiç kimsenin bilgilendirilmemesini talep edebilir. Bu durumda kişinin kararı yazılı olarak alınır. Hasta, bilgi verilmemesi talebini istediği zaman değiştirebilir ve bilgi verilmesini talep edebilir" denilerek, aydınlatma yapılmasının hasta tarafından yasaklanabileceği kabul edilmiştir),

2. Hastanın uygulanacak tıbbi müdahale konusunda bilgi sahibiyse⁶¹,

vermemektedir. Zira, tuşe rektumdan yapılmıştır" Kazancı Bilişim İçtihat Bilgi Bankası.

⁵⁶ Ayan, s.77; Özdemir, Teşhis ve Tedavi, s.104; Doğan, Hekimin Sorumluluğu, s.47; Başbuğ, s.151.

⁵⁷ Ayan, s.77; Özdemir, Teşhis ve Tedavi, s.104.

⁵⁸ Ayan, s.78; Özdemir, Teşhis ve Tedavi, s.104; Başbuğ, s.151; Özdemir, Rıza, s.396.

⁵⁹ Başbuğ, s.151; Özdemir, Teşhis ve Tedavi, s.105.

⁶⁰ Ayan, s.78; Hakeri, Tıp Hukuku, s.311; Özdemir, Teşhis ve Tedavi, s.105; Doğan, Hekimin Sorumluluğu, s.47; Özdemir, Rıza, s.397.

⁶¹ Hakeri, Tıp Hukuku, s.313; Özdemir, Teşhis ve Tedavi, s.106.

3. Müdahale hastanın hayatını kurtarmak veya ağır bir zarara uğramasını engellemek için zorunlu ise (HHY m.24/7)⁶². Yargıtay, böbreğindeki taşın alınması için onam alınan hastanın, ameliyat esnasında, onam olmaksızın böbreğinin tamamının alınmasında, böbreğin iltihabı durum sebebiyle, yalnızca taşın alınmasının, hastanın sağlığını tehlikeye sokacağı, böbreğinin tamamının alınmasının tıbbi zaruret teşkil ettiği, ameliyatın durdurulup bu konuda onam alınmasının tıbbi açıdan sakıncalı olduğu gerekçesiyle hekimin sorumlu olmayacağını kabul etmiştir⁶³.

4. Aydınlatma hastanın hayatını veya sağlığını ya da üçüncü kişileri çok ciddi şekilde tehlikeye düşürecek olursa⁶⁴,

5. Aydınlatma hasta için anlamını kaybetmişse, örneğin, ölmek üzere olan bir hasta bakımından durum böyledir⁶⁵.

Bu konuda şu husus da göz önünde tutulmalıdır: Hasta açıkça teşhisin sonucunu sormuşsa, ona doğrunun açıklanması gerekir⁶⁶

6. Aydınlatmanın Tarzı

Aydınlatmanın nasıl yapılması gerektiği HHY m.18'de şu şekilde ifade edilmiştir: "Bilgi, mümkün olduğunca sade şekilde, tereddüt ve şüpheye yer verilmeden, hastanın sosyal ve kültürel düzeyine uygun olarak anlayabileceği şekilde verilir.

⁶² Ayan, s.79; Hakeri, Tıp Hukuku, s.315; Özdemir, Teşhis ve Tedavi, s.106. HHY m.24/7 "Hastanın rızasının alınmadığı hayati tehlikesinin bulunduğu ve bilincinin kapalı olduğu acil durumlar ile hastanın bir organının kaybına veya fonksiyonunu ifa edemez hale gelmesine yol açacak durumun varlığı halinde, hastaya tıbbi müdahalede bulunmak rızaya bağlı değildir. Bu durumda hastaya gerekli tıbbi müdahale yapılarak durum kayıt altına alınır. Ancak bu durumda, mümkünse hastanın orada bulunan yakını veya kanuni temsilcisi; mümkün olmadığı takdirde de tıbbi müdahale sonrasında hastanın yakını veya kanuni temsilcisi bilgilendirilir. Ancak hastanın bilinci açıldıktan sonraki tıbbi müdahaleler için hastanın yeterliği ve ifade edebilme gücüne bağlı olarak rıza işlemlerine başvurulur".

⁶³ Karar için bkz., Y. 4. HD. 5.3.1971 T., E.1970/10853, K.1971/2096, Hatırnaz Erol, s.120.

⁶⁴ Hakeri, Tıp Hukuku, s.314; Hakeri, Hukuka Uygunluk, s.25; Özdemir, Teşhis ve Tedavi, s.107.

⁶⁵ Ayan, s.81; Hakeri, Tıp Hukuku, s.316; Doğan, Hekimin Sorumluluğu, s.48; Özdemir, Rıza, s.397.

⁶⁶ Hakeri, Hukuka Uygunluk, s.25.

Hasta, tıbbi müdahaleyi gerçekleştirecek sağlık meslek mensubu tarafından tıbbi müdahale konusunda sözlü olarak bilgilendirilir. Bilgilendirme ve tıbbi müdahaleyi yapacak sağlık meslek mensubununun farklı olmasını zorunlu kılan durumlarda, bu duruma ilişkin hastaya açıklama yapılmak suretiyle bilgilendirme yeterliliğine sahip başka bir sağlık meslek mensubu tarafından bilgilendirme yapılabilir.

Hastanın kendisinin bilgilendirilmesi esastır. Hastanın kendisi yerine bir başkasının bilgilendirilmesini talep etmesi halinde, bu talep kişinin imzası ile yazılı olarak kayıt altına alınmak kaydıyla sadece bilgilendirilmesi istenilen kişilere bilgi verilir.

Hasta, aynı şikayeti ile ilgili olarak bir başka hekimden de sağlık durumu hakkında ikinci bir görüş almayı talep edebilir.

Acil durumlar dışında, bilgilendirme hastaya makul süre tanınarak yapılır.

Bilgilendirme uygun ortamda ve hastanın mahremiyeti korunarak yapılır.

Hastanın talebi halinde yapılacak işlemin bedeline ilişkin bilgiler sağlık hizmet sunucusunun ilgili birimleri tarafından verilir.”⁶⁷.

7. Aydınlatmanın Şekli

Aydınlatmanın sözlü olmasının gerektiği HHY m.18’de öngörülmüştür. Buna göre, “Hasta, tıbbi müdahaleyi gerçekleştirecek sağlık meslek mensubu tarafından tıbbi müdahale konusunda **sözlü olarak** bilgilendirilir. Bilgilendirme ve tıbbi müdahaleyi yapacak sağlık meslek mensubununun farklı olmasını zorunlu kılan durumlarda, bu duruma ilişkin hastaya açıklama yapılmak suretiyle bilgilendirme yeterliliğine sahip başka bir sağlık meslek mensubu tarafından bilgilendirme yapılabilir”.

⁶⁷ Bu konuda bkz., Sütçü, s.382 vd.

8. Aydınlatmanın Yapılacağı Kişi

Hasta ayırt etme gücüne sahipse bizzat aydınlatılmalıdır⁶⁸. Hasta küçükse kanuni temsilcisine de bilgi verilmelidir⁶⁹. Ayırt etme gücü yoksa kanuni temsilcisi aydınlatılmalıdır; hastanın kanuni temsilcisi yoksa, bu durumda yakınları aydınlatılabilir⁷⁰. Yakınları kapsamına kimlerin gireceği hususunda 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun'un 14. Maddesindeki "yanında bulunan eşi, reşit çocukları, ana veya babası veya kardeşlerinden birisinin; bunlar yoksa yanında bulunan herhangi bir yakınının muvafakatiyle" organ alınabileceğine ilişkin hüküm kıyasen uygulanabilir⁷¹.

Yargıtay aydınlatmayı ispat yükünün hekimin üzerinde olduğunu kabul etmektedir. Aydınlatma sözlü olarak yapılmalıdır. Ancak, hastanın aydınlatıldığına dair yazılı beyanının alınması ispat kolaylığı sağlar⁷².

Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin bir kararında, "Davacı, yüzündeki gülümseme çizgi ve kırışıklıkların giderilmesi için 1999 yılı Haziran ayında davalı kliniğe başvurduğunu, davalı doktor Hande tarafından yüzüne tam olarak ne olduğu bilinmeyen bir dolgu malzemesi enjekte edildiğini, yüzünde çeşitli reaksiyonlar oluştuğunu, davalı doktorun iyileştirme vaadi ile müdahalelerde bulunduğunu, her seferinde durumunun daha da kötüleştiğini, yüzünde kalıcı yumru kütleler, çöküntüler ve morluklar oluştuğunu, uzmanların bir daha iyileşme ve cerrahi müdahale ile dahi iyileşme şansı olmadığını bildirdiklerini, davalı doktorun özensiz ve kusurlu davranışları sonucu ortaya çıkan zarardan davalıların sorumlu olduklarını ileri sürerek tazminat talep etmiştir. **Davalı, davacıyı müdahalenin komplikasyonları konusunda aydınlatmadığını yazılı belge ile**

⁶⁸ Ayan, s.82; Hakeri, Tıp Hukuku, s.298; Hakeri, Hukuka Uygunluk, s.28; Özdemir, Teşhis ve Tedavi, s.110; Doğan, Hekimin Sorumluluğu, s.48; Başbuğ, s.152; Özdemir, Rıza, s.397; Bulut, Dişhekimisi, s.16.

⁶⁹ Özdemir, Teşhis ve Tedavi, s.110; Doğan, Hekimin Sorumluluğu, s.48. Krs., Bulut, Dişhekimisi, s.16.

⁷⁰ Hakeri, Hukuka Uygunluk, s.29.

⁷¹ Hakeri, Hukuka Uygunluk, s.29.

⁷² Hakeri, Hukuka Uygunluk, s.33.

ispat edemediği gibi, beyanında geçen komplikasyon oluştuğu halde tedavisinin de mümkün olmadığı anlaşılmaktadır. Hükme esas alınan bilirkişi raporlarında davalı doktorun, davacıyı aydınlatma borcunu yerine getirip getirmediği tartışılmamıştır” denilerek, yazılı ispat arandığı ifade edilmiştir⁷³.

C) SADAKAT VE ÖZEN YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Sadakat borcu, hekimin hastanın sağlığını korumak için gerekli her şeyi yapması, zarar verecek şeylerden ise kaçınmasını ifade eder⁷⁴. Başka bir ifadeyle, hekimin, hastanın menfaatlerini kendi menfaatinden üstün tutmasını ifade eder⁷⁵. Sadakat yükümlülüğü, hasta ile hastane işleteni arasındaki ilişkinin temelinde güven unsurunun bulunmasının tabii bir sonucudur⁷⁶.

Bu kapsamda hekim veya hastane işleteni:

- Dürüst davranmalı, hastanın güvenini sarsmamalı,
- Kendi parasal çıkarımı, hastanın çıkarından üstün tutmamalı,
- Tedavi ücretini artırabilmek için hastaya yanlış bilgi vermemeli, tedaviyi gereksiz uzatmamalı, gerekmeyen bir tedaviyi ücret alabilmek için uygulamamalıdır⁷⁷.

Hekim, hasta tarafından bilinen veya bilinmesi gereken bilgi ve yeteneklerindeki herhangi bir eksikliğe dayanamaz. Devletin diploma ve ruhsat vermek için aradığı şartlar, özel hukuka yansıyan bir garanti niteliği taşır⁷⁸. Hastaya, tedavi uygulanırken, sadece tıp biliminin gerekleri yerine getirilmekle

⁷³ Karar için bkz., Y. 13. HD. 18.09.2008 T., E.4519, K.10750, www.kazanci.com.

⁷⁴ Ayan, s.87. Benzer yönde, Özdemir, Teşhis ve Tedavi, s.123; Başpınar, Veysel, Hekimin Özen Borcu, Sağlık Hukuku Sempozyumu (15-16 Mayıs 2006, Erzincan), Ankara, 2007, (s.23-38), s.25; Yıldırım, M. Fadıl, Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü, Sağlık Hukuku Sempozyumu (15-16 Mayıs 2006, Erzincan), Ankara, 2007, (s.57-64), s.58; Özdemir, Dış Hekimlerinin Sorumluluğu, s.246; Doğan, Hekimin Sorumluluğu, s.48-49; Başbuğ, s.154.

⁷⁵ Başpınar, s.25.

⁷⁶ Başpınar, s.25.

⁷⁷ Ayan, s.88; Doğan, Hekimin Sorumluluğu, s.49; Başpınar, s.25.

⁷⁸ Başpınar, s.28; Doğan, Hekimin Sorumluluğu, s.49.

yetinilmemeli, onun kişiliği göz önünde tutularak özel bir titizlik ve anlayış gösterilmelidir⁷⁹.

Hekimin özen yükümlülüğü, teşhis ve tedavi borcunun ifası için gerekli olan ve hastaneden beklenen dikkat ve özenin gösterilmesidir⁸⁰. Hekim gerek teşhis koyarken gerekse tedavi yöntemini uygularken özenli hareket etmelidir (BK m.390, HHY m.14)⁸¹. Hekim, genellikle kabul edilen ve tıp biliminin uygulanması artık mutad usulünü almış olan ilkelerini bilmek ve sanatını, bu ilkelere göre doğru teşhis koyup, bu teşhise uygun bir tedavi tavsiye etmek ve bu tedaviyi gerekli her türlü tedbiri alarak uygulamak zorundadır⁸². Hekimin özen yükümlülüğü, sadece tıp biliminin kuralları ile sınırlı olmayıp, bunlara ilaveten teknik tıp kurallarını hukuka uygun hale getiren bütün hukuk ve deontoloji kurallarının uygulanmasını, hastanın rızasının alınmasında ve aydınlatılmasında da dikkatli ve titiz davranılmasını gerektirir⁸³

Yargıtay bu hususta şu ölçüyü koymaktadır: "...vekil konumunda olan doktorun meslek alanı içinde olan bütün kusurları, hafif dahi olsa sorumluluğunun unsuru olarak kabul edilmelidir. Doktor, hastasının zarar görmemesi için mesleki tüm şartları yerine getirmek, hastanın durumunu, tıbbi açıdan zamanında gecikmeksizin saptayıp, somut durumun gerektirdiği önlemleri eksiksiz biçimde almak, uygun tedavi yöntemini de gecikmeden belirleyip uygulamak zorundadır. Asgari düzeyde dahi olsa, tereddüt doğuran durumlarda, bu tereddüdü ortadan kaldıracak araştırmalar yapmak ve bu arada da koruyucu tedbirleri almakla yükümlüdür. Çeşitli tedavi yöntemleri arasında bir tercih yaparken de hastanın ve hastalığının özelliklerini göz önünde tutmalı, onu risk altına sokacak tutum ve davranışlardan kaçınmalı, en emin yol seçilmez. Gerçekten de hasta, tedavisini üstlenen meslek mensubu doktorundan tedavisinin bütün aşamalarında mesleğin gerektirdiği titiz

⁷⁹ Başpınar, s.26.

⁸⁰ Başpınar, s.27.

⁸¹ Başpınar, s.27.

⁸² Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., Ayan, s.90 vd.

⁸³ Başpınar, s.27.

bir ihtimam ve dikkati göstermesini, beden ve ruh sağlığı ile ilgili tehlikelerden kendisini bilgilendirmesini güven içinde beklemek hakkına sahiptir. Gereken özeni göstermeyen vekil, BK'nun 394/1. maddesi hükmü uyarınca, vekaleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır. Tıbbın gerek ve kurallarına uygun davranılmakla birlikte sonuç değişmemiş ise, doktor sorumlu tutulmamalıdır"⁸⁴.

Yine bir kararda, davacının gebeliğinin 10. haftasında küçük bir kanama ile davalı Ç.M. Hastanesine başvurduğunu, diğer davalı Doktor Sibel A.'ın kendisine ilaç vererek kontrole çağırdığını, bir hafta sonra kontrole gittiğinde, bebeğin öldüğü belirtilerek, kürtajla alındığını, kürtaj sonrasında olağandışı bir kanama olduğunu, 3-4 saat gözlem altında tutulduğunu, bir hafta sonraki kontrolde ise, rahimde hematoma olduğu gerekçesiyle ikinci kez kürtaj yapıldığını, kanama şikayetinin devam etmesi üzerine başvurduğu dava dışı Doktor Turhan K. tarafından yapılan ultrason incelemesi sonucunda, rahim içinde cenin parçaları bulunduğunun, yeni bir operasyon yapılması gerektiğinin bildirildiğini, üçüncü kez kürtaj olmak zorunda kaldığını, kanamanın durmaması ve hayati tehlike sebebiyle kaldırıldığı Şişli Eftal Hastanesinde rahminin alındığını, davalı hastane ve davalı doktorun ihmal ve mesleki kusurundan dolayı, üç kez operasyon geçirmek zorunda kaldığı gibi, bundan sonrada çocuk sahibi olamayacağını ileri sürerek tazminat talep etmesi karşısında, bilirkişilerin hekimleri kusurlu bulmaması, küretaj sırasında oluşan uterus perforasyonunun, yapılan küretaj işleminin komplikasyonu olarak kabul edilmesi gerektiğini beyan etmelerine rağmen, Yargıtay, davacıya uygulanan tedavi ve yapılan kürtaj operasyonlarında gerekli özenin gösterilip gösterilmediği, komplikasyon olasılığına karşı yapılması gereken işlemlerin yapıp yapılmadığı, bu tip komplikasyonlara hangi sıklıkta ve ne gibi durumlarda rastlandığı, böyle bir sonuca meydan verilmemesi için, tüm tedbirlerin alınıp alınmadığı ve

⁸⁴ Y. 13. HD. 19.10.2006 T., E.2006/10057, K.2006/13842, Kazancı Bilişim İç-tihat Bilgi Bankası. Dava konusu olayda rahatsızlığı sebebiyle hastaneye gelen hastaya verilen ilaçtan dolayı mide kanaması meydana gelmiş, hekim hastayı uyardığını ispat edemediği için sorumlu kabul edilmiştir.

yapılması gereken tüm tıbbi müdahalelerin yapılıp yapılmadığı üzerinde durulup irdelenmek suretiyle, olayda davalılara atfı kabil bir kusur bulunup bulunmadığı konusunda, nedenlerini açıklayıcı, taraf, mahkeme ve Yargıtay denetimine elverişli rapor alınarak az yukarıda açıklanan ilke ve esaslara göre davalıların kusurlu olup olmadığı belirlenmesi, sonucuna göre karar verilmesi gerektiğine hükmetmiştir⁸⁵.

Hekim mensup olduğu uzmanlık alanına dahil ortalama düzeydeki bir hekimin aynı hal ve şartlarda göstereceği özeni göstermekle yükümlüdür⁸⁶. Hekimin uzmanlığı arttıkça kendinden beklenen özen de ağırlaşır⁸⁷. Tıp bilimi tarafından genel olarak tanınıp kabul edilmiş kuralları bilmeli ve uygulamalıdır. Kendini geliştirmeli, yenilikleri takip etmelidir. Hekim, aldığı eğitimin yetersiz olduğu, gerekli bilgiye sahip olmadığı, tıbbi gelişmeleri takip etmediği savunmasıyla sorumluluktan kurtulamaz⁸⁸. Daha önce denememiş bir tedavi yöntemini uygulayan hekimin özen borcu, uzun süreden beri uygulanagelen bir yöntemi uygulayan hekime göre daha fazladır⁸⁹.

Somut olayın kendi yeteneklerini aştığını görürse ya kanunun uzmanıyla konsültasyon yapmalı veya hastayı uzmana göndermelidir⁹⁰.

Hastane bakımından da, kendisiyle aynı sahada faaliyet gösteren bir hastaneden beklenen standardı sağlamalıdır. Bu konuda 2219 sayılı Kanunun ve Özel Hastaneler Kanununun

⁸⁵ Yargıtay 13. HD 23.3.2010 T., E. 2009/13214, K. 2010/3694, www.kazanci.com. Özen yükümlülüğüne aykırılık olarak kabul edilen hallere yargı kararlarından seçilmiş örnekler için bkz., Başpınar, s.34-36.

⁸⁶ Ayan, s.99; Başpınar, s.28; Doğan, Hekimin Sorumluluğu, s.50; Başbuğ, s.155.

⁸⁷ Başpınar, s.30. Aslında uzman olsun veya olmasın diş hekiminden beklenen özenin aynı olduğu, ancak hekimin kişisel statüsünün ona yönelik farklı beklentileri haklı kılabileceği, örneğin üniversitede profesör olan bir hekimden daha fazla bilgi ve tecrübe beklenebileceği yönünde, Bulut, Dişhekimliği, s.28.

⁸⁸ Bulut, Dişhekimliği, s.28; Özdemir, Teşhis ve Tedavi, s.127-128.

⁸⁹ Başpınar, s.31.

⁹⁰ Dişhekiminin konsültasyon sorumluluğu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., Doğan, Cahid, Dişhekimliğinde Sorumlu Hekimin Konsültasyon Eyleminden Doğan Yetkileri ve Yükümlülükleri, I. Dişhekimliği Hukuku Sempozyumu (22-23 Mart 2013), Ankara, 2014, (s.337-367), s.342 vd (Doğan, Konsültasyon).

öngördüğü asgari unsurlar dikkate alınır, ancak bunun yanı sıra tıp bilimi ve uygulamasında ortaya çıkan yeni gelişmeler de göz önünde bulundurulur. Hastane işleteni bu amaçla yeni yayınları getirtmeli, hizmet içi kurslar düzenlemeli veya personelinin bu tür bilimsel konferanslara katılmasını sağlamalı; eski alet edevat ve makineler yerine yeni teknolojinin ürünlerini kullanmalıdır⁹¹.

Özen yükümlülüğüne aykırı davranıldığına ispatı hastanın üzerindedir⁹².

D) KAYDA GEÇİRME YÜKÜMLÜLÜĞÜ (HHY M.7, 16)

Hekim tedavisini üstlendiği hastaya ilişkin bilgileri düzenli bir şekilde kayda geçirmek ve bu kayıtlarla birlikte sair belgeleri saklamak zorundadır⁹³. Özellikle anamnez, tedavi planı, hastaya ait radyolojik belgeler, varsa hastanın tedavi takipsizliğinin hasta dosyasına kronolojik olarak işlenmesi önem arz eder⁹⁴. Kayda geçirme yükümlülüğünün amacı, tedavinin güven içinde yapılması, delillerin güvenceye alınması ve hekimin hesap verebilmesidir⁹⁵. Bu kayıtlardan, teşhis ve tedavinin seçiminde, tedavinin kontrolünde, tıbbi müdahaleden veya başka olaylardan doğan adli vakalarda ispatta, hastalığın nüksetmesi halinde yararlanır.

Hekim, hasta ile ilgili her düşüncesini belgelendirmek zorunda değildir. Hasta, durumu ile ilgili belgeleri görme ve örnek alma hakkına sahiptir. HHY m.16'da "Hasta, sağlık durumu ile ilgili bilgiler bulunan dosyayı ve kayıtları, doğrudan veya vekili veya kanuni temsilcisi vasıtası ile inceleyebilir ve bir suretini alabilir. Bu kayıtlar, sadece hastanın tedavisi ile doğrudan ilgili olanlar tarafından görülebilir" hükmüyle bu husus düzenlenmiştir.

⁹¹ Ayan, s.160.

⁹² Başpınar, s.33.

⁹³ Ayan, s.95; Özdemir, Teşhis ve Tedavi, s.133; Doğan, Hekimin Sorumluluğu, s.50.

⁹⁴ Bulut, Dişhekimisi, s.52.

⁹⁵ Hakeri, Tıp Hukuku, s.453.

Belgelerdeki hatalar ve eksikliklerden hekim sorumludur. Yargıtay, belgelerin ameliyattan sonra tutulmasını, ameliyat bülteni, anestezi formu gibi girişim anında düzenlenmesi gereken belgelerin düzenlenmemiş olmasını, ameliyatla ilgili video kasetinin olmamasını kusur olarak kabul etmiştir⁹⁶.

Hastane işleteni de hastanesine kabul ettiği hastaya ait bilgileri düzenli bir şekilde kayda geçirmek ve bu kayıtlarla ilgili belgeleri saklamak zorundadır. Özel Hastaneler Tüzüğü'nün 29. Maddesinde, "Özel hastanelerde yatan hastaların kimliğini, doğum yerini, adresini, yattığı ve çıktığı tarihi, hastalığının tanısını ve çıkıştaki durumunu yazmak için bir protokol defteri ile derece kağıdı, tabelası, filmleri, laboratuvar raporları vb. hastanın izlenmesi ile ilgili belgeleri içeren bir dosya tutulur. / Protokol defterinin ilgili yerleri ile dosyadaki belgeler, giriş ve çıkışta geciktirilmeden doldurulur" hükmüyle bu yükümlülük düzenlenmiştir.

Ayrıca hastane işleteni hasta isterse bazı belgeleri ona vermekle yükümlüdür. Özel Hastaneler Tüzüğü'nün 37. maddesinde, "Özel hastaneler, hastalarca istenirse aşağıdaki belgeleri ücretsiz olarak vermek zorundadırlar:

a) Hastanede kullanılıp bedeli hastadan alınan ilaç ve pansuman malzemesinin tür ve miktarını gösterir liste,

b) Hastanede ya da dışarıda yapılan, bedeli hastaca ödenen laboratuvar ve röntgen muayene raporları ve röntgen filmleri ve şemaları (Adli olaylara ait olanların asılları verilmez).

c) Dışarıdan satın alınan ilaç ve malzemenin reçeteleri,

d) Hastaların klinik ve laboratuvar bulguları, hastalığın tanısı, gidişi, yapılan inceleme, tedaviye ve sonucuna ilişkin olarak tabibçe düzenlenecek bir çıkış özeti (epikriz)".

⁹⁶ Y. 13. HD. 7.2.2005 T., E.2004/12088, K.2005/1728, Kazancı Bilişim İçtihat Bilgi Bankası.

E) SIR SAKLAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ
(TDN m.4, HHY m.21-23)

Hekimin yükümlülüklerinden biri de, tedavi sürecinde öğrendiği hastaya ait sırları gizli tutmak, üçüncü şahıslara açıklamamaktır⁹⁷. Sır saklama borcu sadakat borcunun bir yanmasıdır⁹⁸. Bu sebeple, gerek hekim gerekse hastane işleteni hastanın teşhis ve/veya tedavi için kendilerine başvurduğu andan teravinin sona erdiği ana kadar hasta ile ilgi öğrendikleri bilgileri saklamak ve üçüncü kişilerle paylaşmamak yükümlülüğü altındadırlar⁹⁹

Sır, açıklanmamasında hastanın menfaati bulunan her şeydir¹⁰⁰. Özel hayata ilişkin zararlı karakter unsurları, psişik anormallikler, bedensel özellikler, hastalık bulguları, mesleki, iktisadi ve mali ilişkiler sır kapsamındadır¹⁰¹. Neyin sır olduğu belirlenirken somut hasta dikkate alınmalıdır.

HHY m.21 mahremiyete saygı gösterilmesi başlığı altında neler sır olarak saklanması gerektiği, "Hastanın, mahremiyetine saygı gösterilmesi esastır. Hasta mahremiyetinin korunmasını açıkça talep de edebilir. Her türlü tıbbi müdahale, hastanın mahremiyetine saygı gösterilmek suretiyle icra edilir. 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,

⁹⁷ Ayan, s.97; Özdemir, Teşhis ve Tedavi, s.136-137; Doğan, Hekimin Sorumluluğu, s.51.

⁹⁸ Hakeri, Tıp Hukuku, s.467; Yıldırım, s.58; Özdemir, Diş Hekimlerinin Sorumluluğu, s.248.

⁹⁹ Yıldırım, s.58-59.

¹⁰⁰ Ayan, s.99; Hakeri, Tıp Hukuku, s.467; Doğan, Hekimin Sorumluluğu, s.51. Benzer yönde, Yıldırım, s.59; Hakeri, Diş Hekimlerinin Yasal Sorumlulukları, Sağlık Hukuku Digestası, Y.1, S.1, 2009, (s.19-27), s.237 (Hakeri, Dişhekimliği); Ateş, Gül, Dişhekiminin Sır Saklama Yükümlülüğü, I. Dişhekimliği Hukuku Sempozyumu (22-23 Mart 2013), Ankara, 2014, s.417.

¹⁰¹ Ayan, s.98.

- 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” şeklinde ifade edilmiştir.

Bu kapsamda yer alan kişisel veriler, genel olarak hekim tarafından tedavi ilişkisi sebebiyle görmek, işitmek veya hissetmek suretiyle öğrenilen, saklanması hastanın menfaati bulunan, hastanın özel hayatına ve gizlilik alanına dâhil bilgileri ifade eder¹⁰². Hekim bunları hastanın kendisine anlatması yoluyla öğrenmiş olabileceği gibi, muayene, teşhis ve tedavi faaliyetleri sebebiyle kendisi de öğrenmiş olabilir. Bu bilgilerden, sır sayılarak mahremiyet hakkının kapsamına girenlerin tayininde, benzer durumdaki bir hastanın değil, bizzat hastanın kendi görüşüne göre başkalarının öğrenmesini ve bilmesini istemeyeceği bilgilerin tespit edilerek dikkate alınması gerekir¹⁰³.

HHY m.23 hastaya ait bilgilerin saklanması sınırlarını şu şekilde belirlemiştir: “Sağlık hizmetinin verilmesi sebebiyle edinilen bilgiler, kanun ile müsaade edilen haller dışında, hiçbir şekilde açıklanamaz. Kişinin rızasına dayansa bile, kişilik haklarından bütünüyle vazgeçilmesi, bu hakların başkalarına devri veya aşırı şekilde sınırlanması neticesini doğuran hallerde bilginin açıklanması, bunları açıklayanın hukuki sorumluluğunu kaldırmaz. 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. Araştırma ve eğitim amacı ile yapılan faaliyetlerde de hastanın kimlik bilgileri, rızası olmaksızın açıklanamaz”.

¹⁰² Doğan, Hekimin Sorumluluğu, s.52.

¹⁰³ Ayan, s.99.

ÖZEL HASTANELERİN TAZMİNAT SORUMLULUĞU

Sır saklama yükümlülüğü, diğer hekimlere ve hatta hasta yakınlarına da, teşhis ve tedavi veya hastanın durumu zorunlu kılmadıkça hastayla ilgili bilgilerini aktarmamayı gerektirir¹⁰⁴. Hastanın ayırt etme gücüne sahip olduğu durumlarda, kendisinin aydınlatılması yeterli olacakken, hastanın yanı sıra veya sadece yasal temsilcisinin aydınlatılması da sır saklama yükümlülüğünü ihlal eder¹⁰⁵.

Hekimin ve hastane işleteninin sır saklama yükümlülüğü, hastanın ölümünden sonra da devam eder¹⁰⁶.

HHY m.21'e göre, eğitim verilen sağlık kurum ve kuruluşlarında, hastanın tedavisi ile doğrudan ilgili olmayanların tıbbi müdahale sırasında bulunması gerekli ise; önceden veya tedavi sırasında bunun için hastanın ayrıca rızası alınır.

Hekimin sır saklama yükümlülüğüne aykırı davranışı, tazminat sorumluluğu yanı sıra Türk Ceza Kanununun 136. maddesi gereği suç teşkil eder.

Sır saklama yükümlülüğünü ortadan kaldıran bazı haller bulunmaktadır. Bunlar¹⁰⁷:

- Hasta tarafından hekime karşı açılan davada hekimin kendini savunmak amacıyla hasta hakkındaki bilgileri açıklaması veya tedavi ücretini tahsil edemeyen hekimin bu amaçla açtığı davada yine hastaya ait bilgileri açıklaması, (bu gibi durumlar haklı sebep teşkil ettiği için hasta hakkındaki bilgilerin açıklanması sır saklama yükümlülüğünün ihlali sayılmamaktadır. Ancak bu gibi hallerde dikkat edilmesi gereken husus, sadece savunma veya hakkını ispat için gerek olan bilgilerin açıklanmasıdır, bunun dışındaki bilgilerin muhafaza edilmesidir),

¹⁰⁴ Yıldırım, s.60.

¹⁰⁵ Yıldırım, s.60.

¹⁰⁶ Ayan, s.100; Yıldırım, s.61.

¹⁰⁷ Bu konuda bkz., Ayan, s.99 vd.; Özdemir, Teşhis ve Tedavi, s.138 vd.; Yıldırım, s.61 vd.; Doğan, Hekimin Sorumluluğu, s.53-54; Hakeri, Tıp Hukuku, s.471; Ateş, s.424 vd.; Özdemir, Diş Hekimlerinin Sorumluluğu, s.249-250

- Hekimin tanıklık yapması, (bununla beraber hekimin tanıklıktan çekinme hakkı bulunmaktadır),

- Hekimin konuya ilişkin bilirkişi raporu düzenlemesi¹⁰⁸,

- Hastanın rızası¹⁰⁹ (hasta ayırt etme gücüne sahipse rızayı kendisi açıklamalı, aksi halde yasal temsilcisi beyan etmelidir; ayrıca açıklanan rıza Türk Medeni Kanunu'nun 23. Maddesine aykırı nitelik taşımamalıdır¹¹⁰),

- Kamunun sağlığını tehlikeye düşüren hastalıklara maruz kalan kişilerle ilgili bilgileri yetkili makamlara verme (Umumi Hıfzısıhha Kanununun 57. maddesinde kolera, veba, lekeli humma, karahumma, çiçek, difteri (kuşpalazı), uyku hastalığı, dizanteri, lohusa humması, kızıl, şarbon, felci tıfli, kızamık, cüzam, hummai racia ve malta humması hastalıklarını öğrenen hekime yetkili makamlara bildirme yükümlülüğü getirilmiştir. Aynı Kanunun 104.maddesinde de frengi hastalığının öğrenilmesi halinde bildirilmesi yükümlülüğü hekime yüklenmiştir),

- TCK m.280 gereği hekimin bir suçun varlığına ilişkin belirtilere rastlaması halinde bunu bildirme zorunluluğu¹¹¹ (bu hükümde *sağlık mesleği mensuplarının* görevini yaptığı sırada bir suçun işlendiği yönünde bir belirti ile karşılaşması durumunda, durumu yetkili makamlara bildirme yükümlülüğü öngörülmüş ve bunu yerine getirmeyenlerin cezalandırılacağı hükme bağlanmıştır. Bu son hükümde, sağlık mesleği mensubu deyiminden tabip, diş tabibi, eczacı, ebe, hemşire ve sağlık hizmeti veren diğer kişilerin anlaşılacağı aynı madenini ikinci fıkrasında belirtilmiştir),

- Adli vakaların aydınlatılması gibi haklı sebeplerin varlığı halinde özel hastane işleticisi tasarrufunda bulunan hastaya ait kayıtların ilgili resmi makamlara verilmesi (adli bir olayın aydınlatılması için kan örneği veya DNA analizinin verilmesi gibi)¹¹²,

¹⁰⁸ Yıldırım, s.62.

¹⁰⁹ Bkz., Hakeri, Dişhekimliği, s.237.

¹¹⁰ Yıldırım, s.62.

¹¹¹ Bkz., Yıldırım, s.61; Hakeri, Dişhekimliği, s.245-246.

¹¹² Yıldırım, s.62.

ÖZEL HASTANELERİN TAZMİNAT SORUMLULUĞU

- Üçüncü kişinin üstün çıkarının söz konusu olması, HIV virüsü taşıyan kocanın hastalığı hakkında eşine bilgi verilmesidir¹¹³.

Sır saklama yükümlülüğüne aykırı davranıldığıının ispatı hastanın üzerindedir¹¹⁴

III. SADECE ÖZEL HASTANELER BAKIMINDAN SÖZLEŞME İLİŞKİSİNDEN DOĞAN YÜKÜMLÜLÜK: HASTANE BAKIMI SAĞLAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Hastane bakımı kavramı, tıbbi müdahale için hastanın yatırılmasından taburcusuna kadarki hastanın yatırılması, yedirilip içirilmesi gibi sağlanması gerekli bütün hastane hizmetlerini kapsar¹¹⁵. Bunun kapsamı her somut olaya, hastalığın, tıbbi müdahalenin türüne göre değişebilir.

Hastane işleteni, en başta hekim dahil bütün sağlık personelinin seçimi, denetlenmesi ve organizasyonuna¹¹⁶ ilişkin görevlerini gereği gibi yerine getirilmelidir. Örneğin, bir işin ehli olmayan veya bir görevin uzmanı olmayan bir kişiye verilmesi halinde organizasyon kusuru söz konusudur ve yönetimin tazminat sorumluluğu söz konusu olur.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 8.7.2005 tarihli 3645 esas, 11796 karar sayılı kararında, "...Somut olayda, hükme esas alınan Adli Tıp Genel Kurulunun 29.1.2004 tarihli raporunda, davalı doğum ve kadın hastalıkları uzmanı Dr. A.'nın, davacının annesi olan S.'nin doğum sonrası takibinde özensiz ve dikkatsiz davrandığı, kontrolleri sırasında başlamış olan enfeksiyona yönelik bir tedaviye başlamadığı, bu nedenle olayda 2/8 oranında kusurlu bulunduğu açıklanmıştır. Raporda her ne kadar davalı hastanenin kusuru bulunmadığı belirtilmiş ise de davalı hastane, çalıştırdığı personelin seçiminde gerekli özeni göstermediğinden doktor ile aynı oranda kusurlu olduğu kabul edilmelidir" diyerek hastane işleteninin sorumluluğunu kabul etmiştir¹¹⁷.

¹¹³ Yıldırım, s.63; Doğan, Hekimin Sorumluluğu, s.54.

¹¹⁴ Yıldırım, s.62.

¹¹⁵ Ayan, s.156-157; Erol, s.102; Durak, s.155.

¹¹⁶ Akkanat, s.32.

¹¹⁷ Karar için bkz., www.kazanci.com.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun bir kararında, intihar eğilimi olan bir psikiyatri hastasının, hastane işleteni tarafından uzman personel görevlendirilerek gözetimi sağlanmadığı için temin ettiği kabloyla intihar etmesi ağır kusur olarak değerlendirilmiştir. Kararda, yakın gözlem altında bulundurulması gereken hastanın, intiharının engellemesi için sürekli bir şekilde hastaya refakat edecek bir uzman hastane personelinin görevlendirilmediği, böylece davalı hastanenin, tıbbi hizmet kapsamında değerlendirilen bakım hizmetini (borcunu-edimini) gereği gibi yerine getirmediği, bu şekildeki borca aykırılığın, davalı hastanenin bakım hizmeti kapsamında değerlendirilen “organizasyon kusuru” olarak ortaya çıktığı, davalı hastane işleteninin organizasyon kusuru olarak karşımıza çıkan borca aykırı davranışı ile hastanın intiharı sonucu meydana gelen ölüm olayı arasında uygun illiyet bağının varlığının kabulü zorunlu olduğu vurgulanmıştır¹¹⁸.

Başka bir Yargıtay kararında da, sezaryenle doğum yaptırılırken, doğum sırasında diyatermik makineden kaynaklanan nedenlerle davacının iki ayağında derin yanıklar oluşması, bir yıl boyunca hiçbir iş yapamadan tedavi olmak zorunda bırakılması bir organizasyon kusuru olarak kabul edilmiştir¹¹⁹.

Danıştay da, bir kamu hastanesi için aynı sonuca varan bir karar vermiştir. Kararda, “...dava dosyasının incelenmesinden, ölüm olayının tamamen oksijen yerine karbondioksit gazı verilmesinden kaynaklandığı, içinde oksijen gazı olduğu sanılan tüpün 1965 tarihli demirbaş kaydının 1989 yılında Makina ve Kimya Endüstrisi Kurumuna gönderilmek üzere silinmesine karşın, bilinmeyen bir nedenle kullanımına devam edildiği, vanası, içinde oksijen gazı bulunan tüplere ait vanalardan olduğu halde, tüpün üzerine siyah yağlı boya ile büyükçe bir biçimde karbondioksit gazının simgesi olan (CO2) yazısının bulunduğu, bu tüpün ... Üniversitesi Yardım Derneği tarafından doldurtulduğu, dolmuş işi hastanenin gözetim ve deneti-

¹¹⁸ Yargıtay HGK 21.10.2009 T., E. 2009/13-393, K. 2009/452, www.kazanci.com.

¹¹⁹ Erol, s.107.

minde yapılmadığı halde, davalı idarece gerekli kontrolün de yapılmadığı, esasen hastane tarafından yaptırılan tüm dolum işlerinde ve tüplerin hastalarda kullanılmasında mevcut standartlara uyulmadığı gibi, konunun önemine uygun bir disiplin ve denetimin sağlanamadığı, tüpü dolduran firma sahibi aleyhine açılan ceza davası sonucunda ... 2. Asliye Ceza Mahkemesinin 28.4.1993 tarih ve E: 1992/464, K: 1993/317 sayılı kararı ile ölüme sebebiyet verme suçundan kusurlu bulunmayan sanığın beraatine, Hastane yönetiminin ise 8/8 oranında kusurlu olduğuna karar verildiğinin anlaşıldığı, bu maddi durum karşısında ölüm olayının idarenin ağır hizmet kusuru nedeniyle meydana geldiği, davacıların maddi ve manevi zararlarının davalı idare tarafından karşılanması gerektiği sonucuna ulaşmıştır.

Halkın sağlık hizmetlerini yürütmekle görevli olan davalı idare, hastanelerde yapılacak tedavilerin ve cerrahi müdahalelerin tıbbi esaslara uygun biçimde, hizmetin gerektirdiği yeterliğe sahip personelle ve gerekli dikkat ve özenin gösterilerek yapılmasını sağlamakla yükümlüdür.

Bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi ağır hizmet kusuru niteliğinde olup, idarenin tazmin sorumluluğunu doğurur.

Dava konusu olayda, davacılarından birinin eşi diğerlerinin annesi olan ilgilinin, ameliyat sırasında oksijen yerine karbondioksit gazı verilmesi sonucu ölümünde idarenin ağır hizmet kusuru nedeniyle tazmin sorumluluğunun bulunduğu tartışmasızdır” denilerek bu husus vurgulanmıştır¹²⁰.

Bunlar yanı sıra hastanenin bakım sağlama yükümlülüğüne genel olarak şunlar örnek verilebilir¹²¹:

Hastanın yatırılması edimi içerisinde, banyo, dezenfeksiyon, giydirme, yıkama, ısıtma, ışıklandırma, servis hizmetleri gibi edimler vardır.

¹²⁰ Danıştay 10. Daire 3.5.1995 T., E.1994/3258, K.1995/2379, www.kazanci.com.

¹²¹ Örnekler için bkz., Ayan, s.157; Akkanat, s.31; Yargıtay HGK 21.10.2009 T., E. 2009/13-393, K. 2009/452, www.kazanci.com.

İaşe, hastanın yattığı süre içerisinde yeme ve içme ihtiyacının karşılanmasıdır.

Tıbbi müdahaleden önceki hizmetlere, hastanın ameliyata hazırlanmasına yönelik testlerin yapılması, röntgen filmlerinin çekilmesi, kan grubunun belirlenmesi, ameliyat odasının ameliyata elverişli hale getirilmesi gibi faaliyetler girer.

Tıbbi müdahalenin icrası esnasındaki hizmetler, ameliyatı yapacak cerraha yardımcı olacak hekim, ameliyat hemşiresi gibi hastane personeli teminini ifade eder.

Ameliyat sonrası hizmetlere, kan aktarılması, serum verilmesi, gerekli hallerde iğne yapılması, ilaçların muntazaman içirilmesi, kontrollerin düzeli yapılması gibi çalışmalar örnek verilebilir.

Hastane işleteni durumun gerektirdiği tüm tedbirleri almakla yükümlüdür. Aksi halde sorumlu olur. Örneğin,

- gerekli testler yapılmadan hastalığın teşhisine gidilmesi,
- hasta bakıcının dikkat etmeyip hastanın siyatik sinirini zedelemesi,
- ameliyatı takiben kullanılan kopresin gereğinden fazla sıcak olması ve yanıklara yol açması,
- Kan grubunun tespitinde hata yapılması,
- cerrahi müdahalede kullanılan araç ve gerecin bozuk olması,
- Psikiyatri hastasının kontrol edilmemesi sebebiyle intihar etmesi¹²²,

¹²² Yargıtay HGK 21.10.2009 T., E. 2009/13-393, K. 2009/452, "...kendisine zarar verecek hastanın, durumuna uygun odalar tahsis edilmekle birlikte, odaların hastanın zarar görmesini engelleyecek nitelikte olması da şart koşulmuştur. Bu bağlamda, odalarda özellikle elektrik anahtarı ve prizinin bulunması da yasaklanmıştır. Davalı hastane işleteni, olay yerinde bulundurmaması gereken televizyon anten kablosunun hasta tarafından ele geçirilmesine engel olmayarak, kendisini bağlayan emredici hukuk kurallarına da aykırı davranmıştır. Ayrıca Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 37. maddesinde öngörülen hastanın can güvenliğini sağlama görevini de bu konuda gerekli tedbirleri almayarak yerine getirmedigi anlaşılmak-

ÖZEL HASTANELERİN TAZMİNAT SORUMLULUĞU

- bir kimsenin hastanedeki güvenlik zafiyetinden yararlanarak çocuğu çalması,
- yangına karşı gerekli tedbirlerin alınmamış olması,
- bozuk yiyecek verilmesi yüzünden zehirlenmelerin olması,
- yeterli ısıtma yapılmadığı için hastalığın ağırlaşması veya yeni hastalığa sebebiyet vermesi gibi hallerde hastane işleteni sorumlu olur¹²³.

Hastane işleteni, tıp bilimi ve uygulamasında ortaya çıkan yeni gelişmeleri takip etmek, tıbbi teknik aletlerdeki gelişmeleri takip ederek temin etmek, eskimiş olanları değiştirmek, çalışanların kendini geliştirmesi için kurslar düzenlemek veya düzenlenmiş olanlara katılmalarını sağlamak yükümlülüğü altındadır¹²⁴.

IV. ÖZEL HASTANENİN SORUMLULUĞUNUN ŞARTLARI

A) SÖZLEŞMENİN İHLALİ

Özel hastane ile hasta arasında bir sözleşme varsa, bu durumda özel hastanenin sözleşmeden doğan sorumluluğu söz konusu olur. Sözleşmenin varlığını hasta ispatlamalıdır. Özel hastane sözleşmeden doğan bir borcunu ihlal etmiş olmalıdır. İhlal, borcun ifa edilmemesi veya gereği gibi ifa edilmemesi şeklinde ortaya çıkar. Sözleşmenin ihlal edildiğini de kural olarak hasta ispatlamalıdır. Yukarıda sayılan yükümlülüklerden biri ihlal edilmişse, sözleşmenin ihlali gerçekleşmiş olur. Özel hastane bakımından hasta ile arasındaki sözleşmeye mahiyetine uygun düştüğü ölçüde vekâlet sözleşmesi uygulanır. Ancak mahiyetine aykırı düşmediği takdirde, yan yükümlülüklerin

tadır. Böylece, hastanın intiharını engelleyecek yeterlikte ve nitelikte tedbirleri almayarak davacıların murisinin intiharını gerçekleştirmesine engel olamadığı gibi, bu konudaki emredici hukuk kurallarına da aykırı davranan davalı hastane işleteninin, davacılar karşı tazminatla sorumlu olduğu her türlü duraksamadan uzaktır", www.kazanci.com.

¹²³ Örnekler için bkz., Ayan, s.157; Akkanat, s.32-34.

¹²⁴ Erol, s.103.

ihlaline onların dâhil olduğu sözleşme tipine ilişkin hükümler de uygulanabilir.

B) KUSUR

1. Genel Olarak

Özel hastanenin sorumlu tutulabilmesi için sözleşmeyi kusuruyla ihlal etmiş olması gerekir. Kusur hukuk düzeni tarafından hoş görülme, kınanan davranıştır. Başka bir deyişle, “benzer durum ve şartlar altında bulunan kişilerden beklenen ortalama davranış biçimine uymayan, ondan sapan ve ayrılan davranış biçimine kusur denir¹²⁵.”

Ortalama davranış tipi belirlenirken objektif ölçü esas alınır. Buna göre, zarar verenin kişisel durumu, bireysel yetenekleri, fizik gücü, mesleki becerileri yerine, benzer şartlar altında, aynı sosyal grup içinde yaşayan, objektif (makul) bir insan tipinin yetenek, durum, mesleki beceri ve fizik ve fikri gücü esas alınır¹²⁶.

Hekimin kusurlu sayılabilmesi için, öncelikle davranışının ona isnat edilebilmesi için ayırt etme gücüne sahip olması gerekir. Buna ilaveten davranışının ortalama hekimin davranışından sapması lazımdır.

Kusur belirlenirken hekimin uzmanlık derecesi, çalıştığı yer (hastane, sağlık ocağı vb.), bölgesel gelişmişlik düzeyi göz önünde tutulmalıdır.

2. Kusur Türleri Kusurun kast ve ihmal olmak üzere iki türü bulunmaktadır.

a) Kast

Kast, hukuka aykırı sonucun hekim tarafından bilerek istenmesidir. Örneğin, sırf yüksek bir tedavi ücreti elde etmek için bilerek veya isteyerek yanlış tedavi uygulanması ve böylece

¹²⁵ Ayan, s.101; Doğan, Hekimin Sorumluluğu, s.54.

¹²⁶ Ayan, s.101; Doğan, Hekimin Sorumluluğu, s.54.

tedavinin süresinin uzatılması, aynı amaçla gerekmediği halde hastanın ameliyat edilmesi¹²⁷, hasmı olduğu için veya bir başkasının isteği üzerine hastaya yanlış ilaç verilerek zehirlenmesi.

b) İhmal

İhmal borçlunun hukuka aykırı sonucu istememekle beraber, böyle bir sonucun meydana gelmemesi için şartların gerekli kıldığı özeni göstermemesidir¹²⁸. Yani, aynı şartlar altında, aynı türdeki kişilerin iş hayatında gösterdikleri özenin gösterilmemesidir.

İhmalin belirlenmesinde, hekimin mensup olduğu kategori içinde yer alan ortalama bir tipin, aynı hal ve şartlar altında göstereceği özen beklenir¹²⁹. Hastane bakımından da, aynı sahada faaliyet gösteren ortalama düzeydeki bir özel hastaneden benzer hal ve şartlar altında beklenen standartlar ölçü alınmalıdır¹³⁰.

Sorumluluk için ihmalin derecesi önemli değildir. Hastanın hekimin kusurlu olduğunu ispatlaması gerekmez. İspat yükü hekimin üzerinde olup, hekimin kusurlu olmadığını ispatlaması gerekir¹³¹. Hekim, zararlı sonucun ihmalden değil, kötü rastlantıdan kaynaklandığını ispat etmelidir¹³².

İhmalde iki türdür. Ağır ihmal, aynı şartlar altında bulunan makul bir insanın olması gerekli en basit tedbirin alınmamış olmasıdır. Ameliyat sırasında hastanın karnında gazlı bez unutulması böyledir.

Mevcut tıbbi cihazlarla amaçlanan tedavisi mümkün olma-

¹²⁷ Ayan, s.102.

¹²⁸ Ayan, s.102.

¹²⁹ Ayan, s.102.

¹³⁰ Diş hekiminin yanlış karar ve uygulaması söz konusu olmayıp da alet ve ekipman yetersizliğinden kaynaklanan bir zarar meydana gelmişse veya uygulanan tedavi doğru olmakla beraber bir komplikasyon oluşmuşsa, bunların olmaması için gerekli önlemleri almış olmak kaydıyla hekimin ihmalden söz edilemez. Benzer yönde, Bulut, Dişhekimisi, s.37.

¹³¹ Doğan, Hekimin Sorumluluğu, s.55; Bulut, Dişhekimisi, s.100.

¹³² Doğan, Murat, Hukuki Sorumluluk Bakımından Hekimin Kusuru ve İspatı, Sağlık Hukuku Sempozyumu (15-16 Mayıs 2006, Erzincan), Ankara, 2007, (s.39-55), s.50 vd.; Bulut, Dişhekimisi, s.100.

dığı veya uzun süreceği halde, modern tıbbi cihazların kullanılmaması ve hastanın bu yönde yönlendirilmemesi ağır ihmal oluşturur¹³³.

Hafif ihmal ise ancak tedbirli bir hekimin gösterebileceği bir özenin gösterilmemesidir. Bir ilacın milyonda bir görülen alerjik bir etkisinin hesaba katılmaması sonucu hastada o alerjik etkinin görülmesi böyledir.

Hastane hizmetlerinin işleyişine ilişkin denetim hizmetlerini gereği gibi yerine getirmeyen, eskimiş bir aleti yenisiyle değiştirmeyen, amaca uygun şekilde faaliyette bulunma yeteneğini yitirmiş bozuk aletlerin kullanılmasını teşvik eden hastane işleteni kusurlu davranmış sayılır. Özellikle çalıştırdığı hekimlerin kusuru sebebiyle meydana gelen zararlarda, Yargıtay, çalıştırdığı personelin seçiminde gerekli özeni göstermediği gerekçesiyle çalışan hekimin kusuruyla aynı oranda hastane işleteninin de sorumlu olduğunu kabul etmektedir. Bir kararda, “ ...davalı doğum ve kadın hastalıkları uzmanı Dr. A.’nın, davacının annesi olan S.’nin doğum sonrası takibinde özensiz ve dikkatsiz davrandığı, kontrolleri sırasında başlamış olan enfeksiyona yönelik bir tedaviye başlamadığı, bu nedenle olayda 2/8 oranında kusurlu bulunduğu açıklanmıştır. Rapor da her ne kadar davalı hastanenin kusuru bulunmadığı belirtilmiş ise de davalı hastane, çalıştırdığı personelin seçiminde gerekli özeni göstermediğinden doktor ile aynı oranda kusurlu olduğu kabul edilmelidir. Dosya içindeki raporlarda davacının bir kusurundan bahsedilmemektedir”¹³⁴.

C) ZARAR

Hekimin sorumlu olması için tıbbi müdahaleden maddi veya manevi bir zararın meydana gelmiş olması gerekir.

Zarar, bir kişinin şahıs veya malvarlığında onun iradesi dışında meydana gelen eksilmedir.

¹³³ Hakeri, Tıp Hukuku, s.445; Bulut, Dişhekimliği, s.49.

¹³⁴ Yargıtay 13. HD 8.7.2005 T., E. 2005/3645, K. 2005/11796, www.kazanci.com.

ÖZEL HASTANELERİN TAZMİNAT SORUMLULUĞU

Maddi zarar, bir kimsenin iradesi dışında malvarlığında meydana gelen azalmadır. Başka bir ifadeyle, zarar verici davranış olmasaydı malvarlığının göstereceği durum ile zarar verici davranış sonucu malvarlığının geldiği durum arasındaki fark maddi zararı oluşturur. Maddi zarar, ya malvarlığının fiilen azalması (fiili zarar) ya da malvarlığının artması gerekirken artmaması (yoksun kalınan kar) şeklinde ortaya çıkar.

Hasta ölmüşse defin ve cenaze masrafları yanı sıra destekten yoksun kalma tazminatı istenebilir. Bunun dışında, fiili zararlar olarak, yeni bir ameliyat ve ilave tedavi için yapılan masraflar, çalışma yeteneğinin kaybindan doğan zararlar, ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan zararlar, ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan zararlar; yoksun kalınan kar olarak işini yapamamaktan doğan gelir kaybı talep edilebilir¹³⁵.

Hekimin kusurlu tedavisi sonucu tedavisi uzadığı için daha fazla masraf yapmak zorunda kalan ya da yeniden ameliyat olması gerektiği için ikinci ameliyat masrafını karşılayan için bunlar fiili zararlardır.

Tedavi uzadığı için işini yapamayarak kazanç kaybına uğrayan veya hekim ameliyat sonucu yüzünde iz bıraktığı için mankenlik mesleğini yapamayan hasta için bunlar yoksun kalınan kar türündeki zararlardır.

Manevi zarar ise, hastanın kişilik hakkı, özellikle vücut tamlığının ihlali sonucu şahıs varlığında meydana gelen eksilme- dir. Hastanın yanlış tedavisi veya sırların açıklanması gibi hal- llerde manevi zararı ortaya çıkar.

¹³⁵ Y. 4. HD 18.9.1979 T., E. 1979/5480, K. 1979/9818, "...Uygulamada, çalışma gücünden yoksun kalma nedenine dayanan zararlar, ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan zararı birbirinden ayırmak her zaman kolay olmaz; bu takdirde her iki nedenden doğan zarar tek bir kalem halinde tayin olunmalıdır. Ancak, bazı durumlarda beden ve ruh tamlığının, yani cismani bütünlüğün ihlali, çalışma gücünü hiçbir şekilde etkilememiş olmasına rağmen, mağdurun ekonomik ve mesleki alanda geleceğini, gelişme ve ilerlemesini tehlikeye koyabilir; o kimsenin çalışma gücünden tamamiyle yararlanmasına engel olabilir. Bu durumda örnek olarak; vücut tamlığının ihlalden doğan çirkinleşme, kötürum kalma, akıl hastalığı ya da zayıflığı, görme, işitme duygularının azalması ya da bozuklukları gösterilebilir", www.kazanci.com.

Zararı ispat yükü hastanın üzerindedir. Hastanın ilk görünüş ispatından yararlanması mümkündür. Yani, normal hayat tecrübelerine göre böyle bir zararın meydana gelebileceğini kanaat verici bir şekilde ortaya koymak yeterlidir.

D) İLLİYET BAĞI

Zarar, hekimin sözleşmeye aykırı davranışı sebebiyle meydana gelmiş ise, zarar ile tıbbi müdahale arasında sebep-sonuç ilişkisi varsa, illiyet bağı da vardır.

Bununla birlikte, ameliyat sırasında meydana gelen depreme bağılı olarak hastanın ölmesinde olduğu gibi mücbir sebepler varsa veya üçüncü kişinin kusuru veya hastanın kendi kusuru sonucu hasta zarara uğramışsa illiyet bağı kesileceğinden hekimin sorumluluğuna gidilemez.

V. SORUMSUZLUK ANLAŞMASI

Hastane işletenin hasta ile kast veya ağır ihmalden sorumlu olmayacağına dair yaptığı anlaşma TBK m.115 gereği geçersizdir. Hafif ihmale ilişkin anlaşmalar, özel hastane açmak imtiyaz suretiyle olduğu için yine kesin hükümsüz olur. Ayrıca önceden hastane tarafından hazırlanmış sözleşmelerde yer alacak kayıtlar haksız şart niteliği gereği de geçersiz olacaktır (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m.5).

TBK m.116'ya göre, "Yardımcı kişilerin fiilinden doğan sorumluluk, önceden yapılan bir anlaşmayla tamamen veya kısmen kaldırılabilir. / Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşma kesin olarak hükümsüzdür". Yukarıda da belirtildiği gibi, özel hastane açmak ve hekimlik uzmanlığı gerektiren bir meslek olduğu ve ancak kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebildiği için bu tür anlaşmalar geçersiz olmaktadır¹³⁶.

¹³⁶ Özdemir, Diş Hekimlerinin Sorumluluğu, s.259; Yücel, s.186.

Özel hastanenin çalıştırdığı hekimin yardımcı kişi konumunda olması sebebiyle, hastanenin hastayla hekimin vereceği zararlardan sorumsuz olacağına ilişkin anlaşmalar da bu hüküm gereği geçersiz olur¹³⁷.

VII. ZAMANAŞIMI

Özel hastane ile hasta arasındaki ilişki karma nitelikli bir sözleşmeye dayandığından, bu sözleşmeye, bakım yükümlülüğü dışındaki hususlar bakımından vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümler uygulanır. Bu sebeple, TBK 146/5 gereği beş yıllık zamanaşımı özel hastane işletenine karşı açılacak davalarda da geçerlidir¹³⁸. Bakım yükümlülüğünden kaynaklanan zararlarda ise her bir bakım ediminin niteliğine göre beş veya on yıllık zamanaşımı süresi uygulanır.

Hastane ile hasta arasındaki ilişkide vekâlet sözleşmesi kapsamındaki yükümlülüklerin ihlali halinde, zamanaşımı süresi beş yıl, bu sürenin başlangıcı ise **zararın varlığının öğrenildiği** tarihtir¹³⁹. Zararın öğrenilmesi, onun kapsamının değil, varlığının öğrenilmesi anlamındadır.

¹³⁷ Aksi yönde, Akkanat, s.37; Doğan, Hastane, s.187. Yazarlar, bu görüşlerini 818 sayılı Borçlar Kanununun 100. Maddesinin 2. Fıkrasındaki, “Bunların fiilinden mütevellit mesuliyeti, evvelce iki taraf arasında yapılan bir mukavele tamamen veya kısmen bertaraf edebilir” hükmüne dayandırmaktadırlar. Oysa 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun 100. Maddesinin 3. Fıkrasında, “Alacaklı, borçlunun hizmetinde ise veya mesuliyet hükümet tarafından imtiyaz suretiyle verilen bir sanatın icrasından tevellüt ediyor; borçlu mukavele ile ancak hafif bir kusurdan mütevellit mesuliyetten kendisini beri kılabilir” denilerek hekimlik veya özel hastane işletmek gibi ancak imtiyaz suretiyle icra edilebilecek işlerde 818 sayılı Kanunun yürürlükte olduğu dönemde de yardımcı şahısların fiillerinden sorumlu olunmayacağına ilişkin anlaşmalar sadece hafif kusurla işlenen fiiller bakımından geçerli kabul edilmişti. 6098 sayılı Türk Borçlar kanunu ise yardımcı şahısların hafif kusurlarından doğacak zararlarda dahi sorumsuzluk anlaşmasını geçersiz saydığından artık bu görüşün dayanağı bulunmadığı kanaatindeyiz. .

¹³⁸ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 11.12.2002 T., E.2002/13-1011, K.2002/1047, www.kazanci.com; Y. 13. HD. 14.07.2012 T., E.2011/2343, K.2012/11552, Erol, s.355-356. Farklı görüşte olan Erol, özel hastane ile hasta arasında yapılan hasta kabul sözleşmesine hem TBK m.146’nın uygulanması zorunlu bulunduğundan hem de TBK m.116 gereğince yardımcı kişilerden sorumluluk söz konusu olduğundan TBK m.146’ya göre 10 yıllık zamanaşımının uygulanması gerektiği kanaatinde (bkz., Erol, s.354). Bu yönde, Hakeri, Tıp Hukuku, s.586.

¹³⁹ Hakeri, Tıp Hukuku, s.586; Erol, s.354; Y. 13. HD. 14.07.2012 T., E.2011/2343, K.2012/11552, Erol, s.355-356.

Gelişen zararın varlığı halinde, zamanaşımının başlaması için bu gelişmenin sona ermesi gerekli iken, zararın tam ve kesin olarak öğrenilemediği durumlarda, zamanaşımının bu zararın tam ve kesin öğrenilmesinden itibaren başladığının kabulü daha isabetli görünmektedir. Bununla birlikte, artık bu gibi, zararın tam ve kesin olarak belli olmadığı durumlarda Hukuk Muhakemeleri Kanununun 107. maddesinde düzenlenmiş bulunan belirsiz alacak davasının açılabilmesi, böylece zararın varlığı tam olarak tespit edildiğinde fazlaya ilişkin haklar bakımından zamanaşımı sorununun ortaya çıkmayacağı düşünülmektedir.

Tıbbi müdahale estetik ameliyatlarda olduğu gibi eser sözleşmesi olarak nitelenen bir ilişkiye dayanıyorsa, kast veya ağır kusurla hiç veya gereği gibi yerine getirmemesi hali dışında 5 yıllık (TBK m.147/6), bu hallerde ise TBK m.478'de öngörülen 20 yıllık zamanaşımı süresine tabidir¹⁴⁰.

Hastaneye yönelik olarak haksız fiile dayalı bir tazminat davası açılması halinde ise TBK m.72'de öngörülen iki ve on yıllık zamanaşımı sürelerinin uygulanması gerekir¹⁴¹. Tıbbi müdahale sonucu hasta hayatını kaybetmişse, ölenin yakınlarının maddi ve manevi tazminat talepleri için zamanaşımı ölüm olayını öğrenmelerinden itibaren başlar¹⁴². Müdahale sonucu vücut tamliğinin ihlali ve buna bağlı zararlar ortaya çıkmışsa, bu tür zararlar zamanaşımı, zararın kapsamının değil, varlığının öğrenilmesiyle başlar¹⁴³.

Haksız fiilin aynı zamanda suç teşkil ettiği hallerde, ceza kanunlarında bu fiil için 2 ve 10 yıllık süreden daha uzun bir zamanaşımının öngörülmüş olması halinde tazminat talepleri açısından bu zamanaşımı uygulanacaktır. Türk Borçlar Kanunu'nun 72. maddesinde öngörülen zamanaşımı Türk Ceza Kanunu'nun 66. maddesinde düzenlenmiş bulunan ceza davası

¹⁴⁰ Doğan, Hekimin Sorumluluğu, s.60.

¹⁴¹ Doğan, Hekimin Sorumluluğu, s.60.

¹⁴² Nart, Serdar, Hekimin İlaç Tedavisinden Doğan Sorumluluğu, Ankara, 2014, s.206.

¹⁴³ Nart, s.205.

zamanaşımıdır¹⁴⁴. Bu zamanaşımının uygulanması için ceza davasının açılmış olması şart değildir. Ceza zamanaşımı, daha uzun olmak kaydıyla hem kısa zamanaşımı (2 yıl) hem de uzun zamanaşımı (10 yıl) bakımından uygulanır¹⁴⁵.

SONUÇ

Tıbbi müdahalelerin ekseriyeti bir hastanede gerçekleşmektedir. Son yıllarda, henüz kamu hastaneleri kadar olmasa da özel hastane sayısının artışı, buralarda da çok sayıda tıbbi müdahalenin yapılmasını sağlamıştır.

Özel hastanelerde, hasta ile işleten arasında bir sözleşme ilişkisi kurulmaktadır. Hasta bir özel hastanede yataklı tedaviye alınmışsa, hastane ile hasta arasında hastaneye kabul sözleşmesi adı verilen karma nitelikli bir sözleşme meydana gelir. Bundan dolayı da, hastanın zarar görmesi halinde tazminat talebinde bulunacağı ilk muhatabı hastane işletenidir.

Türkiye'deki uygulamada, özel hastanelerdeki müdahalelerde hekim ile hasta arasında genellikle doğrudan bir sözleşme ilişkisi bulunmamaktadır. Hekim, hastanenin çalışanı, borcun ifasında başvurduğu yardımcı kişi konumundadır. Hasta, tıbbi müdahaleden dolayı hekime karşı haksız fiil hükümlerine dayanarak talepte bulunabilir.

Esasen mali açıdan daha güçlü olması ve hukuki açıdan da kusurun ispatı gerekmemesi ve zamanaşımı süresinin daha uzun olması sebebiyle hastane işletenine karşı dava açmak has-

¹⁴⁴ Tutumlu, Mehmet Akif, Türk Borçlar Hukukunda Zamanaşımı ve Uygulaması, 3. Baskı, Ankara, 2007, s.57; Y. 17. HD. 30.6.2014 T., E.2014/8682, K.2014/10295, "Borçlar Yasasının 60/1. maddesi gereğince haksız eylem sonucu uğranılan zararın ödetilmesi amacıyla açılan davanın, zarar görenin zararı ve zarar vereni öğrendiği tarihten itibaren bir yılda zamanaşımına uğrayacağı kabul edilmektedir. Aynı maddenin 2. fıkrası ve Karayolları Trafik Yasası'nın 109. maddesi hükümlerine göre ise, haksız eylemin suç teşkil etmesi durumunda olayda "uzamış" zamanaşımının uygulanacağı öngörülmüştür. Haksız eylemin nitelik ve kapsamı itibarıyla TCK.nun 102. maddesine göre, ceza zamanaşımı (5) yıldır. Bu süre olay tarihinden itibaren işlemeye başlar. Ancak, olayda gelişen bir durum olması halinde, gelişen durumun sona erdiği tarihten itibaren sürenin gözetilmesi gerekir", www.kazanci.com.

¹⁴⁵ Tutumlu, s.59.

ta lehinedir. Bununla birlikte, uygulamada, hem hastane işle-tine hem de hekimi karşı birlikte dava açıldığı görülmektedir.

Yargıtay da, hastane işleteninin hekim dahil bütün sağlık personelinin seçimi, denetlenmesi ve organizasyonuna ilişkin görevlerini gereği gibi yerine getirmesi gerektiğini, bir işin ehli olmayan veya bir görevin uzmanı olmayan bir kişiye verilmesi halinde organizasyon kusuru söz konusu olacağını ve yönetimin tazminat sorumluluğunun doğacağını kabul etmektedir.

Özel hastanenin çalıştırdığı hekimin yardımcı kişi konu-munda olması sebebiyle, hastanenin hastayla hekimin vereceği zararlardan sorumsuz olacağına ilişkin anlaşmalar da bu hüküm gereği geçersiz olur.

Özel hastane ile hasta arasındaki ilişki karma nitelikli bir sözleşmeye dayandığından, bu sözleşmeye, bakım yükümlü-lüğü dışındaki hususlar bakımından vekâlet sözleşmesine iliş-kin hükümler uygulanır. Bu sebeple, TBK 146/5 gereği beş yıl-lık zamanaşımı özel hastane işletenine karşı açılacak davalarda da geçerlidir. Bakım yükümlülüğünden kaynaklanan zararlarda ise her bir bakım ediminin niteliğine göre beş veya on yıllık zamanaşımı süresi uygulanmalıdır.

YARDIMCI ÜREME TEKNİKLERİNDE HUKUKÎ SORUNLAR

*Doç.Dr. Fulya İlçin GÖNENÇ**

Yardımcı üreme teknikleri ya da doktrinde genel olarak kullanılan ifade ile yapay dölleme kavramı geniş anlamıyla cinsel ilişki olmaksızın erkek ve kadından alınan üreme hücrelerinin çeşitli yöntemlerle yapay yollarla döllenmesidir. En genel tanımıyla ,doğal' doğada rastlandığı gibi, doğaya uygun olan, doğa güçlerine, kurallarına uygun olan ya da kendiliğinden olan, doğanın kendi düzeni içinde oluşan, yapay olarak hazırlanmamış olanı ifade eder¹. Yapay ise doğadaki örneklerine benzetilerek insan eliyle yapılmış, yapma, suni olarak tanımlanmaktadır. İnsanlığın başlangıcından itibaren insanoğlu doğal'a müdahale etmiş, bu müdahaleleri ve doğalın yerini alabilen yapay'ı ortaya çıkarmayı başarı olarak görmüştür. Ancak, doğal ile yapay arasındaki fark, konu üreme olduğunda ayrı bir öneme sahip olmaktadır. Eşeyli ya da eşeysiz tüm canlılar için yaşamın devamlılığı, neslini devam ettirmesi, üreme ile mümkündür. İnsanda yumurta ve sperm hücrelerinin çekirdeklerinin birleşerek yeni bir hücre oluşturmasına dölleme adı verilir. Döllenmiş yumurtanın, rahme yerleşip embriyo ve fetus (cenin) halini alışı ile başlayan süreç, gelişimini tamamlamış bebeğin doğumu ile tamamlanır. Kısaca ifade etmek gerekirse sperm, yumurta ve fetüsü doğuma kadar barındırmakla görevli uterus (rahim), çoğalmanın üç temel unsurudur ve ar-

* Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi, figonenc@medipol.edu.tr

¹ <http://www.oxforddictionaries.com/definition/english/natural> (erişim 10.10.2014)

tık bunlar yardımcı üreme teknikleri bakımından farklı kombinasyonları mümkün olan üç unsurdan ibarettir.

Yardımcı üreme teknikleri ile cinsel ilişki ve üreme kavramı birbirinden ayrıldığı gibi, yumurtayı veren ve doğumu yapan iki ayrı kadından hangisinin anne olduğu, spermi veren erkeğin baba olup olmadığı gibi tartışmalar gündemimize girmiştir. Üreme konusundaki tartışmaların bir kısmı yeni değildir; tarihin her döneminde üremeyi etkileme ve düzenleme amacına yönelik girişimler, teknolojik koşulların elverişliliği ölçüsünde, zaman ve mekandan bağımsız bir gelişim göstermiştir². Üremenin her toplumda kültürel bir özellik taşıması nedeniyle, günümüzde olduğu gibi geçmiş kültürlerde de doğurganlığın sınırlanması ve desteklenmesi konusunda birbirinden farklı görüş ve uygulamalar söz konusu olmuştur³. Bununla birlikte, en geleneksel kültürler bile tıp teknolojisindeki gelişmeler karşısında bir tutum belirlemek ve yeni teknolojilerin doğuracağı toplumsal sonuçları değerlendirmek durumunda kalmıştır.

Günümüzde, tıp alanındaki gelişmelerin, dokunulamaz, değiştirilemez olarak düşünülen insan varlığının oluşumuna müdahaleye izin verebilmesi ve yardımcı üreme teknikleri ile, var olan bazı etik sorunlara, henüz tam olarak çözümlenememiş yeni etik sorunlar eklenmiştir. Sperm bankaları oluşturarak veya embriyo nakilleri ile ya da taşıyıcı annelik yöntemiyle çocuk sahibi olmanın önünün açılması, gen teknolojisinin sağladığı olanaklar ile henüz cenin halindeki canlıyı genetik incelemeye tabi tutmak hatta klonlama çözüm bekleyen bir dizi hukuki sorunu da beraberinde getirmektedir⁴. Diğer yandan başta taşıyıcı annelik sözleşmesi olmak üzere yardımcı üreme yöntemlerinde kullanılan bazı sözleşmeler özel hukuk bakımından ayrıca ele alınması gereken konulardır.

² Gönenç, Fulya İlçin: "Medeni Hukuk Bakımından Embriyo Nakli", Güncel Sağlık Hukuku ve Etiği Sempozyumu, İstanbul 2011, s. 83.

³ Çokar, Muhtar: Kürtaj, İstanbul 2008, s. 49.

⁴ Yenerer Çakmut, Özlem: Soybağının Belirlenmesi ve Ceza Hukukunda Çocuğun Soybağını Değiştirme Suçu, İstanbul 2008, s. 47 (Soybağı).

Evli çiftlerde, kocanın spermiyle yapay dölleme pek çok toplum tarafından makul karşılanırken, yapay dölleme ve çeşitli biçimleri, etik ve hukuki standartların yokluğu karşısında tartışmalar yaratmaya devam etmektedir⁵. Türkiye açısından konuya ilişkin ilk düzenleme 1987 yılında yürürlüğe giren İn-vitro Fertilizasyon ve Embriyo Tranferi Merkezleri Yönetmeliğidir⁶. Yönetmelik, 1996 yılında değişikliğe uğrayarak Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliği adını almış, 1998 ve 2005 yılındaki değişikliklerden sonra 6 Mart 2010 tarihli Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik⁷ yürürlüğe girmiştir. Söz konusu Yönetmelik üremeye yardımcı tedavi uygulamalarına ilişkin olup, üremeye yardımcı tekniklerde kaydedilen ilerlemelerin tedavi etmekten öte, tedavi edilmeyecek bireylere bambaşka alternatifler sunabildiği gerçeği ve buna ilişkin hukuki sorunlar konusunda çözüm getirmekten uzak kalmış hatta kanun yapma tekniği açısından Yönetmeliğin kendisi başlı başına bir tartışma konusu haline gelmiştir⁸. Süreç içinde pek çok farklı etmene bağlı olarak, yönetmelikte yasak olduğu belirtilen uygulamalara olan talebin artması, konunun farklı yönleriyle medyada yer alması ve kamuoyuna yansıyan olaylar, yapay dölleme alanında tıbben mümkün olan her türlü hizmeti verme konusunda son derece istekli sağlık sunucularının iktisadi olarak karlı bu alanda yatırımlar yapması, sektör haline gelmesi - yurtdışında bulunan merkezlerle bağlantılı çalışmaları, Türkiye'den özellikle belirli ülke ve merkezlere yönelik medikal turizmin yaygınlaşması, bu konudaki tartışmaların teorik olmaktan çıkıp, somut hukuki sorunlara dönüşmesi sonucunu da beraberinde getirmiştir. Mevcut düzenlemelerin yetersizliği karşısında yeni bir hukuki düzenlemeye duyulan ihtiyaç hemen

⁵ Yakut, Yasemin / Önal, Gülsüm / Karateke, Ateş / Bakar, Mehmet: "Yardımcı Üreme Teknikleri ve Etik", Türk Fertilite Dergisi, Cilt 13, Sayı 3, Yıl 2005, s. 216.

⁶ Resmi Gazete: 21.08.1987 - 19551

⁷ Resmi Gazete: 06.03.2010 - 27513

⁸ Yönetmeliğin kanuni dayanaktan yoksun olması, merkez sayısında esasları belirtilmeksizin sınırlama getirilmesi, yönetmelikte getirilen yasakların cezai yaptırımdan yoksun olması konularındaki eleştiriler için bkz. Yıldırım, Turan: "Üremeye Yardımcı Tedavi uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik", Güncel Sağlık Hukuku ve Etiği Sempozyumu, İstanbul 2011, s. 71.

hemen konunun tüm bileşenleri tarafından farklı zeminlerde dile getirilmiştir. Bununla birlikte, 30 Eylül 2014 tarihli son Yönetmelik⁹ de bu konudaki beklentileri karşılamaktan uzak olduğu gibi, embriyonun hukuki statüsü, yapay döllenmede çocuğun soybağı gibi sorunların giderilmesinin bu yönetmelikten beklenemeyeceği, ayrı bir düzenlemeyi gerektirdiği de açıktır.

2014 tarihli Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelikte, eski yönetmelikte yer alan 4/h maddesi ile aynı şekilde, üremeye yardımcı tedavi (ÜYTE) yöntemlerinin, anne adayının yumurtası ile kocanın spermini çeşitli yöntemlerle döllenmeye daha elverişli hale getirerek, gerektiğinde vücut dışında döllenmesini sağlayıp, gametlerin veya embriyonun anne adayına transferini ifade eden ve modern tıpta bir tıbbi tedavi yöntemi olarak kabul edilen uygulamaları ifade ettiği belirtilmiştir (m.4ğ). Yönetmeliğin 19(2) maddesinde, üremeye yardımcı tedavi (ÜYTE) yaptırmak üzere başvuran adayların evli olmaları aranırken¹⁰, yürürlükten kaldırılan 2010 tarihli Yönetmeliğin embriyo nakilleri ve koşullarını da düzenleyen 18. maddesinde, açık bir ifade ile “eşlere sadece kendilerine ait üreme hücrelerinin uygulanacağı, herhangi bir şekilde donör kullanılarak embriyo elde edilmesinin yasak olduğu, elde edilen embriyoların başka adaylarda kullanılamayacağı ve bu yasağa aykırılık halinde merkezin süresiz kapatılarak, işlemi yapan kişilerin sertifikalarının iptal edileceği,”¹¹ belirtilen hük-

⁹ Resmi Gazete; 30.09.2014 - 29135.

¹⁰ Madde 19 (2)ÜYTE yaptırmak üzere başvuran adayların evli olmaları ve bu Yönetmeliğin ekinde yer alan Ek-8'deki Bilgilendirilmiş Muvafakat Formunu doldurarak birlikte işlem yaptırmaları gerekir. Eşlerin nüfus cüzdanı ve evlilik cüzdanı asılları görülmek suretiyle fotokopileri ve fotoğrafları alınır. Bu belgelerin kişilere ait olup olmadığı kontrol edilerek işlemlere başlanır.

¹¹ Madde 18/5- ÜYTE uygulanacak eşlere sadece kendilerine ait üreme hücreleri uygulanır. Herhangi bir şekilde donör kullanılması, donör kullanılarak embriyo elde edilmesi, adaylardan alınan yumurta ve sperm ile elde edilen embriyoların başka adaylarda, aday olmayanlardan alınanlar da adaylarda kullanılması ve uygulanması yasaktır. Bu yasaklara aykırı olarak elde edilen gebeliklerin herhangi bir aşamada tespit edilmesi durumunda, merkez süresiz kapatılarak bu işlemi yapan kişilerin sertifikaları iptal edilir ve ilgili tüm çalışanların da süresiz olarak ÜYTE merkezlerinde çalışmalarına izin verilmez.

mü ve m.18(6) da yer alan “Yönetmeliğe aykırı olarak hasta sevk etmek, yönlendirmek, teşvik etmek ve bu konularda aracılık etmek gibi eylemlere katılan merkezler ve/veya merkez personellerinin tespiti halinde ilkinde üç ay, tekrarında süresiz olarak merkezin faaliyetine valilikçe son verilir,, hükmüne yer verilmemiştir. İlgili hükmün yönetmelikte yer alması çeşitli nedenlerle tarafımızca da eleştirilmiş olmasına rağmen, hükmün yeni yönetmelikte yer almamasının gerekçesine ve sonuçlarına ilişkin tartışmalar devam etmektedir. Uygulamada, yönetmelikte yasaklanmış olmasına rağmen gerek merkezler, gerek ise işlemi yapan kişiler tarafından hasta sevki, yönlendirilmesi, teşvik edilmesi ve aracılık faaliyetlerinin yapıldığı herkesin bildiği bir husustur.

Yönetmelikte de belirtilen şekliyle, evli çiftlerde, kocanın spermile yapay dölleme hukuki sonuçları bakımından, doğal yollarla gerçekleşen dölleme farklı hukuki sorunlara yol açmamakla birlikte, yapay döllemenin çeşitli biçimleri, etik ve hukuki standartların yokluğu karşısında tartışmalar yaratmaya devam etmektedir¹². Yardımcı üreme yöntemlerinin bir çeşidi olan yapay dölleme, evlilik ilişkisi içinde veya dışında uygulanmasına göre ikiye ayrılmaktadır. Homolog dölleme, evlilik ilişkisi içindeki kadın ve erkeğin kendi genetik malzemesiyle gerçekleştirilen yapay dölleme biçimidir. Tıbbi yöntemlerle, kocanın üreme hücrelerinin alınarak karısının üreme organına aktarılması veya çiftin kendilerine ait üreme hücrelerinin dış ortamda döllendirilerek kadının rahmine yerleştirilmesi şeklinde olabilmektedir¹³.

Mevcut hukuki düzenlemeler karşısında, heterolog dölleme ise evlilik ilişkisi dışında gerçekleştirilen yapay döllemedir. Evli bir kadın ve erkeğin kendi üreme hücreleri dışında başka bir kadın ve erkeğin yumurta veya spermi kullanılarak gerçekleştirilen yapay dölleme heterolog döllemedir. Burada herhangi bir erkeğin spermi, evli olmayan bir kadının rah-

¹² Yakut / Önal / Karateke / Bakar, s. 216.

¹³ Nomer, Haluk N.: “Sunî Dölleme Dolayısıyla Ortaya Çıkabilecek Nesep Problemleri”, Prof. Dr. M.Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul 2005, s. 545; Yenerer Çakmut, Soybağı, s. 49.

mine veya kadın evli olmakla birlikte kocası dışındaki başka bir erkeğin spermeleri cinsel ilişki dışında bir yöntemle evli kadının rahmine aktarılmaktadır¹⁴. Bu yöntemle daha çok erkeğin çocuk yapma yeteneğine sahip olmadığı durumlarda başvurulmakla birlikte, evlenmeden ve cinsel ilişkiye girmeden çocuk sahibi olmak isteyen kadınlar için de tercih edilen bir yöntemdir¹⁵. Bu uygulamalar, bekar kadın ve erkeklerin, heteroseksüel veya homoseksüel çiftlerin çocuk sahibi olabilmeleri gerçeğini ve buna bağlı etik sorunları da beraberinde getirmiştir¹⁶. Gamet vericilerinin ve taşıyıcı annelerin, anne baba ve çocuktan oluşan aile kavramını ve örgüsünü tehdit eden bu konumu, geleneksel aile kavramının dışında yeni tanımlamaları zorlamaktadır. Özellikle bazı ülkeler bakımından izin verilen homoseksüel evliliklerde belirtilen yöntemlerle çocuk sahibi olunabilmesi, geleneksel aile kavramı bakımından çok ciddi tartışmalara yol açmıştır¹⁷.

Geniş anlamda yapay dölllenme yöntemlerinden biri olarak kabul edilen, kadının yumurtasının vücudu dışında bir tüpte döllendirilmesi (in vitro fertilizasyon - IVF) ve daha sonra bu dölleniş yumurtanın kadının rahmine yerleştirilmesi, yani embriyo nakli/transferi yaygın olarak başvurulmuş bir yöntemdir. İsteddiği halde çocuk sahibi olamayan çiftler bakımından

¹⁴ Kamacı, Mahmut; Embriyo Transferi (Aktarımı) ve Ortaya Çıkan Soybağı Sorunları, Yargıtay Dergisi Ocak-Nisan 2010, Cilt 36, sayı 1-2, s. 31.

¹⁵ Yenerer Çakmut, Özlem: Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, İstanbul 2003, s. 171. (Tıbbi Müdahaleye Rıza)

¹⁶ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Robertson, John A.: "Gay and Lesbian Access to Assisted Reproductive Technology", Case Western Reserve Law Review, Vol.55:2, 2005, s.323-372; Rao, Radhika: "Equal Liberty: Assisted Reproductive Technology and Reproductive Equality", The George Washington Law Review, Vol. 76, No.6 -2008, s. 1475.

¹⁷ İngiltere'de yardımcı üreme tekniklerini ele alan Warnock Raporu (Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilization and Embryology Report, 1984 London) "çocuğun çıkarları sevecen, istikrarlı, heteroseksüel bir aile ortamında yetişmeyi gerektirir; bunun dışında koşulları bilerek zorlamak ahlaka uygun değildir" ifadesini içermektedir. Buna karşılık Avrupa Komisyonu Glover Raporu (1989) bekarların ve homoseksüel çiftlerin çocuk sahibi olma bakımından ayrımcılığa ve dışlanmaya maruz kaldıklarını, çocuğa iyi bir yaşamı garanti etmeleri halinde yapay üreme tekniklerinden yararlanabileceklerini ifade etmektedir. Bkz. Ülman, Yeşim İşil: "Yaşamın Başlangıcı ile ilgili Tıp Etiği Sorunları", Tıp Tarihi ve Tıp Etiği Ders Kitabı, İstanbul 2007, s. 376 vd.

bir tedavi yöntemi olarak kabul edilen IVF, 1978 yılında İngiltere’de Luise Brown için ilk kez uygulanışından bu yana tüm dünyada yaygın olarak uygulanmaya devam etmektedir¹⁸.

Embriyo nakillerinde farklı görünümüler söz konusu olabilmektedir¹⁹. Evli kadından ve kocasından alınan üreme hücrelerinin dışarıda döllendirilerek, bu yolla elde edilen embriyonun kadının rahmine yerleştirilmesi kabul gören ve hukuki sorunlara yol açmayan en yaygın uygulamadır. Ancak çeşitli nedenlerle, kocanın üreme hücreleri yerine başka bir erkeğe ait üreme hücrelerinin kullanılması (sperm donasyonu) veya yumurta vericisi bir başka kadından alınmış yumurtanın (yumurta donasyonu) dışarıda döllendirilerek işlemin yapılması ve embriyonun kadının döl yatağına yerleştirilmesi de bu yöntem ile mümkün olabilecektir. Burada belirtilen embriyo nakillerinden ilki tedavi amacına yönelik olması ve tıbbi müdahale kapsamında değerlendirilmesi nedeniyle hukuka uygun kabul edilebilirken, sperm veya yumurta bağışında heterolog döllenme sözkonusu olacağı için hukuka aykırı olarak nitelendirilmektedir²⁰.

Türk hukukunda, kocanın spermi ile anne adayının yumurtasının (evli çiftlere ait üreme hücrelerinin) birleştirilerek döllenmesiyle oluşan embriyonun, döllenen yumurtanın sahibi olan kadının dışında başka bir kadının döl yatağına yerleştirilmesi, başka bir ifade ile taşıyıcı annelik yasaktır. Bu tür taşıyıcı annelikte, çocuk sahibi olmak isteyen kadının yumurtası (örn. rahmi gebeliği neticelendirmeye uygun olmayan kadın) ile eşinin spermi, IVF yöntemiyle döllendirilerek taşıyıcı annenin rahmine transfer edildiği için, taşıyıcı olan kadın ile doğacak çocuk arasında genetik bağlantı bulunmamaktadır. Ancak yumurta da taşıyıcı anneden alınmış ise, başka bir ifade ile yumurtayı veren kadın ile çocuğu doğuran taşıyıcı kadın aynıdır ve çocuk ile genetik bağı vardır. Üçüncü kişilere ait yumurta ve

¹⁸ Benardo, Sanford M. / Benardo, Katherine: “Assisted Reproductive Technology, Egg Donation and Surrogacy Arrangements in Law and Practice”, Bloomberg Corporate Law Journal, Vol.2 - 2007, s. 406.

¹⁹ Yenerer Çakmut, Soybağı, s. 49 vd.

²⁰ Yenerer Çakmut, Tıbbi Müdahaleye Rıza, s. 174.

spermin kullanılarak, taşıyıcı anneden yararlanılması da mümkündür. Yukarıda belirtildiği gibi, üremenin üç temel unsuru (sperm, yumurta, rahim) farklı döllenme kombinasyonları ile farklı taşıyıcı annelik türlerini de mümkün kılmaktadır²¹.

Cenini taşıması ve doğumdan sonra kendilerine teslim etmesi koşuluyla, taşıyıcı anne ile anlaşma yapan çift gönüllü, ısmarlayan veya akdi ebeveyn olarak adlandırılmakla birlikte hukukumuzda, varolan düzenlemeler karşısında taşıyıcı annelik sözleşmelerinin, kesin hükümsüz (batıl) sözleşmelerden (TBK. m.27²²) olduğu kabul edilmektedir.

Tıbbi olarak mümkün olanın, hukuken kabul edilmemesi hatta yasaklanması, söz konusu uygulamaların yapılmayacağı, yapılmadığı anlamına gelmez. Hiç şüphesiz heterolog döllenmenin söz konusu olduğu her durumda, üçüncü kişinin devreye girdiği sperm, yumurta donasyonu, embriyo transferleri ve taşıyıcı annelik bakımından karmaşık hukuki problemler ve özellikle embriyonun hukuki statüsü²³ ve çocuğun soybağı konusunda belirsizlikler ortaya çıkmaktadır.

Görüldüğü gibi, tıp ve hukuk alanında homolog döllenme kabul görmekte, yapılan müdahalenin tıbbi bir nitelik taşıdığı ve hukuka uygun olduğu kabul edilmektedir. Heterolog döllenme ise tedavi amacından yoksun olması, çocuğun yararı ve

²¹ Bkz. Metin, Sevtap: "Yörüngesinden Çıkan Tabiat:Etik, Sosyal, Psikolojik ve Hukuki Görünümleriyle Taşıyıcı Annelik", Sağlık Hukuku Makaleleri II, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2012, s. 8-9.

²² II. Kesin hükümsüzlük
Madde 27- Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür.

Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur.

²³ Döllenmiş ve gelişme yeteneği olan yumurta hücresi embriyo olarak nitelendirilmektedir. Ana rahminde oluşması mümkün olduğu gibi, laboratuvar ortamında da oluşturulması mümkün olan (in vitro fertilizasyon) embriyonun, ana rahminde oluşması bakımından hukuki belirsizlik olmamasına karşın, ana rahmi dışında oluşan embriyonun hukuki durumu tartışmalıdır. Bkz. Büyükay, Yusuf: İstenmeden Dünyaya Gelen Çocukların Bakım Eğitim ve Tedavi Giderlerinin Tazmin Edilmesi Sorunu, İstanbul 2006, s. 14-15; Metin, Sevtap: Biyo-tıp Etiği ve Hukuk, İstanbul. 2010, s. 483 vd. (Biyo-tıp Etiği ve Hukuk)

esenliği, aile kavramı çerçevesinde tartışmalara neden olmakta ve hukuken kabul görmemektedir. Bir çok ülke yardımcı üreme teknikleri gerçeğine karşı düzenlemeler yaparken, Türkiye bakımından yeni Medeni Kanun'un düzenlemesi sırasında bu konuda ortaya çıkabilecek sorunlara çözüm getirme yönünden yetersiz kalınmıştır. Medeni hukukumuzda yer alan (evlat edinme dışındaki) kan bağına dayalı soybağının kurulmasına ilişkin hükümler (TMK.m.285-304); gebeliğin normal cinsel ilişkiyle gerçekleşmiş olması esasına dayanmaktadır. Gebeliğin yardımcı üreme teknikleri uygulanarak gerçekleştirilmesi hali, başka bir ifade ile yapay dölleme ve bunun yol açtığı soybağı sorunları, Türk Medeni Kanunu'nda düzenlenmemiştir. Yapay dölleme gerçeği o kadar gözardı edilmiştir ki, babalık karinesinin tesbiti bakımından TMK. m.288 ile m.302 hükümlerinde doğal döllemeyi ifade eden "cinsel ilişki,, ibaresi kullanılmaya devam edilmiştir²⁴. Bu yaklaşımda cinsel ahlaka yönelik kaygıların etkili olduğu anlaşılmaktadır.

Donasyon, yani sperm ve yumurta bağı, çocuk sahibi olmayan çiftlerin son umudu olarak yıllardır uygulanmaktadır. Yöntemin Türkiye'de yasal olmaması nedeniyle, resmi kayıtlar olmamakla birlikte her yıl binlerce infertil çift yurtdışında çeşitli merkezlere başvurmaktadır. Yabancılaşma unsuru içeren yapay dölleme sonucunda doğan çocuk ile ana ve babası arasındaki soybağı ilişkisinde, devletler özel hukuku uyarınca uygulanacak hukuk devreye girecektir²⁵.

Hukuksal açıdan çocuğun soybağı, aslında hukuk düzeni tarafından anne ve baba sıfatı verilerek ebeveyn olarak tanınacak kişiler ile çocuk arasındaki ilişkinin hukuk tarafından kabul edilen temellere oturtulmasından ibarettir. Çocukla ana ve baba arasındaki soy bağına, hukukun izin verdiği ve geçerlilik tanıdığı yolla kurulması kamu düzeniyle doğrudan

²⁴ Kırkbeşoğlu, Nagehan: Soybağı Alanında Biyoetik ve Hukuk Sorunları, İstanbul 2006, s. 46-47; Kamacı, s.26.

²⁵ Uyanık Çavuşoğlu, Ayfer: "Devletler Özel Hukukunda Yapay Dölleme Sonucunda Dünya'ya Gelen Çocuk İle Ana ve Babası Arasındaki Nesep İlişkinine Uygulanacak Hukuk Sorunu", Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, (2006) Ocak-Şubat, Sayı 17-18, s.7 vd.

ilgilidir. Çocuk ile ana ve babası arasındaki annelik ve babalık ilişkisinin kurulması hukukun bir görevi olarak karşımıza çıkar. Diğer yandan soybağı bireyin en önemli ve köklü hukuksal bağı olarak onun kişiliğinin en önemli ögesidir. Çocuğu ana ve babasına bağlayan, özgüleyen bu bağ, onun başta korunma, nafaka, miras, yurttaşlık, ad ve yerleşim yeri gibi konularda olmak üzere tüm hakları bakımından önemlidir. Ana ve babanın çocuk üzerindeki velayet hakkı, çocuğun ana ve babaya veya onların üst soyuna mirasçı olması, ana ve babanın da çocuğa mirasçı olması, ana ve babanın nafaka yükümlülüğü, çocukla ana ve baba arasında hukuk düzeninin kabul ettiği ve geçerlilik verdiği şekilde bir soybağı kurulmuş ise söz konusu olur.

Soybağı hukukunda temel soru çocuğun ana ve babasının kim olduğu sorusudur. Ana-babayla çocuk arasındaki soybağı genelde yasa gereği kendiliğinden kurulan bir hukuksal ilişkidir. TMK.m.282 uyarınca²⁶; çocukla anası arasında yasa gereği oluşan soybağı doğumla oluşurken çocukla babası arasında yasa gereği oluşan soybağı kural olarak, çocuğun anası ile evliliğin sonucunda -kocalığın yansıması olarak- oluşur. Ancak babanın çocuğu tanınmasıyla ve kendisinin babalığına mahkeme kararıyla hükmedilmesi şeklinde bir hukuki tasarrufla da soybağı ilişkisi kurulabilmektedir. Ayrıca evlat edinme yoluyla ana ve/veya baba ile arasında soybağı ilişkisi kurulabilir.

Çocuk bakımından, ana ile soybağının kurulmasında hukuk düzenince aranan tek şart doğum olgusudur. Bu konuda Türk Medeni Kanunu Roma hukukundan gelen prensibi benimsemiştir; ana her zaman bellidir (*mater semper certa est*), çocuğu doğuran kişidir. Bu durumun aksi kanıtlanamaz kesin bir karine olduğu kabul edilmektedir. Doğum yapan kadının herhangi bir biçimde analığını ve doğurduğu çocuğu inkar etmesi mümkün değildir. Anayla çocuk arasındaki soybağı ilişkisi herkesçe

²⁶ A. Genel olarak soybağının kurulması

Madde 282.- Çocuk ile ana arasında soybağı doğumla kurulur.

Çocuk ile baba arasında soybağı, ana ile evlilik, tanıma veya hâkim hükmüyle kurulur.

^Soybağı ayrıca evlât edinme yoluyla da kurulur.

bilinebilir ve görülebilir gebelik ve doğum olayıyla belirlenir. Analığın reddi veya çocuğun doğuran kadın tarafından tanınması söz konusu olmayacaktır. Görüldüğü gibi, çocuk ile ana arasında soybağının doğumla kurulmasına yönelik söz konusu düzenleme, günümüzde yapay dölleme tekniklerinde yaşanan gelişim sonucu ortaya çıkabilecek çok karmaşık sorunları çözebilecek nitelikte değildir²⁷.

Embriyo transferinde malzemeyi veren (yumurta donörü) genetik ana ile çocuğu doğuran hukuksal ana arasında ikili bir ayrışma olduğunda hangi kadının gerçek ana sayılacağı sorunu gündeme gelmektedir. Dahası bu kadınlardan birine analık sıfatı tanınacak ise, ona babalıkta olduğu gibi çocuğun soybağını (analığı) reddetme hakkı tanınıp tanınamayacağı gibi pek çok soru yanıt aramaktadır. Bu noktada ortaya çıkan karmaşık durum konusunda genelde benimsenen çözüm, ana olarak kabul edilecek kadının çocuğu doğuran kadın olduğudur²⁸. Çocuğun genetik anasıyla değil, kendisini doğuran biyolojik anasıyla bütünleştiği kabul edilmektedir. Çocuğun soybağı statüsünün güvenilirliği ve kararlılığı açısından bu durum çok daha sağlam bir dayanak oluşturmaktadır. Ananın çocuğun soybağını ret olanağı bazı durumlarda yararlı görülebilse de, işleri daha karmaşık bir hale getireceği açıktır²⁹. Ana ile çocuk arasındaki soybağı doğumla kurulduğu için; ananın, doğurduğu çocuğun soybağını reddetmesi, çocuğun da anasıyla arasındaki soybağını reddetmesi hukuken mümkün değildir. Ancak, çocuğun kimlik hakkı bağlamında genetik anasının kim olduğunu öğrenme hakkı olduğu kabul edilmelidir³⁰.

²⁷ Bu konuda bkz. D'alton-Harrison, Rita: "Mater Semper Incertus est: Who is Your Mummy?", *Medical Law Journal*, Vol.22, No.3, 2014, s. 357 vd.; Şıpka, Şükran: "Taşıyıcı Annelik ve Getirdiği Hukuki Sorunlar", http://www.turkhukuksitei.com/makale_537.htm (erişim tarihi: 01.05.2014)

²⁸ Baygın, Cem: "Kan Bağına Dayanan Soybağı", *Erzincan AÜEHFD*, Cilt VI, Sayı 1-4, Erzincan 2002, s.258.

²⁹ Serozan, Rona: *Çocuk Hukuku*, İstanbul 2005, s. 166.

³⁰ Bu bakış açısı Türkiye tarafından imzalanan ve onaylanan (RG.11Aralık1994-2213) Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin çocuğun soyunu bilme hakkı ile uyumludur. Donörün kimliğinin açıklanmasının yararları ve sakıncaları hakkında bkz. Bernstein, Gaia: "Regulating Reproductive Technologies: Timing, Uncertainty and Donor Anonymity", *Boston University Law Review*, Vol.90 - 2010, s. 1205 vd.

Embriyo transferinde bir diğer sorun da, genetik ana ve babanın (yumurta veya spermin sahibi olan), çocuğu doğuran kadından (biyolojik-taşıyıcı anadan) istemesi durumudur. Genellikle kabul edilen görüş uyarınca genetik ana ve babanın çocuğu zorla alabilmeleri mümkün değildir³¹, çocuğu doğuran kadının oluru ile evlat edinebilmeleri ise mümkündür ya da genetik babanın çocuğu resmen tanıyıp velayetin kendisine verilmesini istemesi söz konusu olabilir. Ancak bu durumda çocuk ile başka bir erkek arasında daha önce kurulmuş bir soybağı ilişkisi mevcut olmamalıdır. Zira, taşıyıcı annenin evli olması durumunda, çocuk evlilik birliği içinde doğmuş sayılacağından, çocuğun annesi taşıyıcı anne olduğu gibi, babası da doğuran kadının kocasıdır. Kadının kocası soybağını reddetmediği sürece, genetik baba tarafından tanınması da mümkün olmayacaktır.

Çocuğu doğuran kadının ana olduğu yönündeki aksi ispat edilemeyen karinenin, gelişen gen teknolojisi sonucunda tartışmaya açık hale geldiği de kabul edilmelidir. Nitekim, çocuğu doğuran biyolojik ana ve yumurta sahibi genetik ananın ayrıldığı durumlarda, hukuki annelik yönünden genetik anneliğe üstünlük tanınması gerektiği de doktrinde ileri sürülmüştür. Karinenin aksinin ispat edilebildiği ve gerçek annenin tespiti halinde bu bağın ortadan kaldırılabilceği ifade edilmiştir³². Kanaatimce, çocuğun yararı prensibi uyarınca, çocuğun doğum anından itibaren anneye bağlanması, doğuran kadının hukuki anne olduğunun kabulü şu an için, bazı tehlikelere yol açabileceği unutulmamak kaydıyla daha doğru görünmektedir. Çocuk bakımından çifte anneliğin kabulü, mevcut soybağı

³¹ Aynı şekilde taşıyıcı anne de çocuğu taşıma ve doğurma masraflarını ısmarlayan ana ve babadan zorla alamaz. Taşıyıcı annelik sözleşmesi kanuna, kişilik haklarına, ahlaka ve adaba aykırı sözleşmelerden sayılarak hukukun kesin hükümsüz olup, bağlayıcılıktan yoksundur. Ancak, taşıyıcı annenin doğurduğu çocuğu ısmarlayan ana babaya evlatlık olarak vermekten kaçınması halinde, bu tür sözleşmeler geçersiz olacağından, peşin aldığı parasal karşılığı sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iade etmek zorunda kalacağı kabul edilmektedir.

³² Nomer'e göre babalığın iptali ve gerçek babaya bağlanma imkanı mevcutken, taşıyıcı annelik durumunda çocuğun genetik annesine bağlanma imkanını tanımamak çelişkili bir durum ve haklı sebebe dayanmayan ayrımcılık yaratır. Bkz. Nomer, s. 562 vd.

hükümleri karşısında mümkün olamayacağı gibi, gerek çocuğun esenliği gerek ise hukuk güvenliği bakımından sorunlara yol açabilecektir.

Genetik malzemeyi veren kişinin, “ana” veya “baba” olarak kabul edilmemesi ve çocuk ile arasında soybağı kurulmamış olması durumunda, genetik malzemeyi veren kişinin çocuk üzerinde herhangi bir velayet hakkı yoktur, bu kişinin çocuğa karşı, çocuğun da bu kişiye karşı nafaka ödeme yükümlülüğü bulunmamaktadır ve çocuk ile bu kişi arasında altsoy-üstsoy hısımlık ilişkisi kurulmamıştır. Bu durumda çocuk bu kişinin mirasçısı, bu kişi de çocuğun yasal mirasçısı olmadığı gibi, genetik ana veya baba ile çocuk arasında soybağının kurulmamış olması farklı sorunlara da yol açabilecektir. Örneğin, yakın hısımların farkında olmaksızın evlenebilmeleri bu istenmeyen sonuçlardan biridir. Türk Medeni Kanununda hısımlık kesin evlenme engellerinden biri olarak sayılmıştır³³. Ancak, bu tür uygulamaların yasal sınırlar dahiline yapılmaması sonucunda, üreme hücresi bağışlamalarına ilişkin şartların oluşturulmaması, sperm ve yumurta vericisinin kimliğinin bilinmemesi, uygulamalarda şeffaflık olmaması, evliliklerin aynı yumurta veya sperm vericisinin farklı ailelerde yetişen çocukları, bir anlamda kardeşler arasında, hatta genetik malzemeyi veren ile çocuk (genetik ana-baba ve çocuk) arasında olabildiğini mümkün kılmaktadır.

Çocuğun anasının kim olduğu, onu kimin doğurduğu kolayca saptanabilir, ancak ananın doğurduğu çocuğun hangi erkekten olduğu her zaman belli değildir. Baba yönünden soybağının kurulması ise, ana ile kurulması kadar kolay değildir. Bu nedenle hukuk karinelere başvurmuştur³⁴. Baba ile çocuk

³³ B. Evlenme engelleri

I. Hısımlık

Madde 129- Aşağıdaki kimseler arasında evlenme yasaktır:

1. Üstsoy ile altsoy arasında; kardeşler arasında; amca, dayı, hala ve teyze ile yeğenleri arasında,

2. Kayın hısımlığı meydana getirmiş olan evlilik sona ermiş olsa bile, eşlerden biri ile diğerinin üstsoy veya altsoy arasında,

3. Evlât edinen ile evlâtlığın veya bunlardan biri ile diğerinin altsoy ve eşi arasında.

³⁴ A. Babalık karinesi

arasındaki soybağı hukuken öngörülen yollarla, doğum anında ya da doğumdan sonra kurulabilmektedir.

Medeni Kanun uyarınca, baba ile çocuk arasında soybağı ana ile evlilik, tanıma, hakimın hükmü ve evlat edinme yoluyla kurulabilmektedir (TMK. m.282). Ana ile evlilik dolayısıyla karine olarak baba sayılan erkeğin babalığı ret yoluyla kaldırılmadıkça, başka bir erkek çocuğu tanıyamaz ya da babalığına hükmedilemez³⁵. Ana ile evli olmak baba ile çocuk arasındaki soybağı kurulmasını sağlayan en doğal yoldur. Evlilik bağı çocuğun doğumu sırasında var olabileceği gibi, doğumdan sonra da meydana gelebilir. Kanunkoyucu, evlilik ürünü olan çocuklar bakımından, kocayı baba sayan babalık karinesi ortaya koymuştur (TMK. m.285). Doğuran kadının analığı aksi kanıtlanamaz bir karine olarak kabul edilmekle birlikte, erkeğin babalığı tersi kanıtlanabilir bir karinedir³⁶. Bu noktada, üremeye yardımcı tekniklerin babalık karinesi açısından yol açtığı sorunlar büyük önem taşımaktadır.

Kocanın kendi genetik malzemesiyle gerçekleştirilen yapay dölleme (in vivo-in utero dölyatağında yada in vitro - tüpte olması farketmez) sonucunda çocuğun soybağını reddedemeyeceği açıktır. Diğer yandan, kocanın ölümünden sonra ondan alınan spermelerin kullanılması ya da ölmeden önce alınan spermelerin dondurulması ve ölümünden sonra yapay döllemede kullanılması halinde hukuken önemli sorunlar ortaya

Madde 285.- Evlilik devam ederken veya evliliğin sona ermesinden başlayarak üçyüz gün içinde doğan çocuğun babası kocadır.

Bu süre geçtikten sonra doğan çocuğun kocaya bağlanması, ananın evlilik sırasında gebe kaldığının ispatıyla mümkündür.

Kocanın gaipliğine karar verilmesi hâlinde üçyüz günlük süre, ölüm tehlikesi veya son haber tarihinden işlemeye başlar.

Madde 302.- Davalının, çocuğun doğumundan önceki üçyüzüncü gün ile yüzsekseninci gün arasında ana ile cinsel ilişkide bulunmuş olması, babalığa karine sayılır.

Bu sürenin dışında olsa bile fiilî gebe kalma döneminde davalının ana ile cinsel ilişkide bulunduğu tespit edilirse aynı karine geçerli olur.

Davalı, çocuğun babası olmasının olanaksızlığını veya bir üçüncü kişinin baba olma olasılığının kendisinininkinden daha fazla olduğunu ispatlarsa karine geçerliliğini kaybeder.

³⁵ Bkz. Dural, Mustafa / Ögüz, Tufan / Gümüş, Alper: Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, İstanbul 2005, s.465 vd.

³⁶ Akıntürk, Turgut: Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku -Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış-, İkinci Cilt, 10. Bası, İstanbul 2006, s. 340.

çıkabilecektir³⁷. Her ne kadar yasa koyucu babalık karinesinin temelini “cinsel ilişkiye” bağlamışsa da burada cinsel ilişkinin değil “döllemenin” babalık karinesinin temelini oluşturduğunu ve artık doğal dölleme ile yapay dölleme arasında bir ayırım gözetilmeyeceğini kabul etmek, yasa kurallarının güncel ve nesnel yorumlanması yöntemi bakımından uygun olandır³⁸. Bu yorum dışında homolog dölleme açısından soybağı noktasında bir özellik yoktur. Yabancı bir erkeğin genetik malzemesiyle (spermi) ile gerçekleştirilen heterolog dölleme açısından ise sorun vardır. Burada genetik baba ve çocuğu benimseyen yasal baba farklıdır. Sorunun çözümü bakımından genellikle ikili bir ayırım yapılmaktadır:

Yabancı bir erkeğin spermiyle heterolog dölleme kocanın oluru dışında gerçekleşmişse, kocaya kendi geninden gelmeyen çocuğun soybağını reddetme yolu açık tutulmaktadır. Heterolog yapay dölleme, sonradan çocuğu sahiplenmek isteyen kocanın serbest iradesine dayanıyorsa, kocanın soybağını reddetme hakkı ise doktrinde tartışılan bir konudur. Soybağını ret hakkının bir kişilik işlemi hakkı olması ve baştan etkisizleştirilemeyeceği, olur veren kocanın doğmasına rıza gösterdiği çocuğa sadece ergin oluncaya kadar nafaka ödemekle yükümlü olduğu, soybağının reddi hakkının etkisizleşmesi gibi bir sonuç doğurmadığı ileri sürülmekte³⁹ veya koca, başka bir erkekten sperm alınmasına rıza göstermiş olsa bile, hukuk dışı bir aktarma usulüne verilen rıza beyanının geçerli kabul edilemeyeceği belirtilmektedir⁴⁰.

Serozan’a göre; kocanın başlangıçta heterolog döllemeye izin verip, daha sonradan fikir değiştirerek soybağını reddetmesi “çelişik davranış” (hakkın kötüye kullanılması) yasağına aykırı düşer ve döllemeye olurun baştan veya sonradan verildiği hallerde çocuk yararına, ret davasının etkisizleştiğini kabul etmek daha uygundur. Yabancı kadının genetik malzemesiyle,

³⁷ Bu konuda bkz. Kırkbeşoğlu, s. 49-55.

³⁸ Serozan, s.186.

³⁹ Hatemi, Hüseyin: Aile Hukuku I (Evlilik Hukuku), İstanbul 2005, s.104; Kırkbeşoğlu, s. 64.

⁴⁰ Kamacı, s. 60.

çocuk doğuran kadın, sonradan fikir değiştirip analığını reddedememektedir. Kocaya bu hakkın verilmesi kadın-erkek eşiliğine aykırı olur⁴¹.

Doktrinde genellikle, heterolog döllemeye baştan olur vermenin öncelenmiş evlat edinme tasarrufuna benzediği ifade edilmektedir; kişi nasıl sonradan fikir değiştirip evlatlığı reddedemiyorsa, heterolog yapay dölleme sonucu doğan çocuğu da reddedememelidir. Kanaatimizce, heterolog döllemenin öncelenmiş evlat edinme tasarrufuna benzetilmesi, hukukun biçimsel ve dar kalıplarının üstesinden gelmede kullanılan tarihsel bir yöntemin devamından başka birşey değildir. Mevcut bir hukuk sisteminin formunu değiştirmeksizin, belli bir kuralın uygulama şeklini değiştirmek ya da benzetme yoluyla bir hükmün çözüm tarzından yararlanmak, yaşam gerçekleri ve hukuk arasında bir köprü kurma çabasından ibarettir⁴². Burada kurulan köprü sağlam olmayacağı gibi, yapay döllemeye olur veren kocanın durumunu evlat edinme tasarrufu gibi düşünmek, değişmek ve ilerlemek zorunda olan hukuka zaman zaman kaybettirmekten başka bir işe de yaramayacaktır. Heterolog yapay dölleme, sonradan çocuğu sahiplenmek isteyen kocanın serbest iradesine dayanıyorsa, kocaya soybağını ret hakkı tanınmayacağı yasal bir düzenleme ile kabul edilmelidir. İsviçre TMK. m.256/III kuralı, kocaya yapay döllemeye bir kez olurlu verdikten sonra çocuğun soybağını ret yolunu kapatan hükmünün⁴³ yardımcı üreme tekniklerini yok sayan Türk Medeni Kanunu'na alınmaması bir eksikliklerdir. Ancak olur veren kocanın soybağını reddedemeyeceği kabul edildiğinde dahi irade yanılma, aldatma, korkutmaya dayanmamalı ve olurlu veren koca ayırt etme gücünden yoksun olmamalıdır.

⁴¹ Serozan, s. 183; Akıntürk, s. 357.

⁴² Bkz. Gönenç, Fulya İlçin: "Roma Hukukundan Günümüze Hukuki Faraizler", Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt XII, Sayı 1-2, Erzincan 2008, s. 137 vd.

⁴³ İsviçre Medeni Kanunu'nun 1978 tarihinde yürürlüğe giren değişikliğinde "koca döllemenin bir üçüncü kişi tarafından oluşmasına muvafakat etmiş ise, soybağının reddi davasını açamaz" hükmü yer almaktadır (m. 256/3).

Medeni Kanun öz babanın çocuğuna bağlanma hakkına ve genetik kökene bağlılık ilkesine daha fazla ağırlık vermektedir. Diğer yandan, bu durum, ananın çocuğu ve kocasıyla sürdürdüğü birliğin yabancı bir erkek tarafından bozulması yönünde eleştirilmiştir. Ancak, koca soybağını ret hakkını hak düşümü süresi ile etkisizleştirmiş ise, artık kendisi için olduğu kadar, bütün kişiler bakımından dava hakkı yitirilmiş olur. Çocuk bakımından ise çocuğun soyunu, sopunu, genetik kökenini öğrenip, genetik babasına bağlanma istemi her değer -aile huzurunun korunması dahil- üzerinde tutulmalıdır. Çocuğun bedensel ve ruhsal sağlığı açısından genetik babasını bulması ve ona bağlanmasının önemi gözardı edilmemelidir. Çocuk soybağını ret hakkına sahiptir, ayrıca bu hak kocanın ret hakkından bağımsız olarak düzenlenmiştir (TMK. m.289/II).

SONUÇ

Görüldüğü gibi, üremeye yardımcı yeni teknikler, çözüm bekleyen hukuki sorunların başında yer almaktadır. Evlilik ilişkisi içindeki kadın ve erkeğin kendi genetik malzemesiyle gerçekleştirilen yapay dölllenme (homolog dölllenme) her açıdan kabul görürken, heterolog döllenenin söz konusu olduğu her durumda başka bir ifade ile üçüncü kişinin devreye girdiği embriyo transferleri ve taşıyıcı annelik bakımından karmaşık hukuki - etik problemler ve özellikle embriyonun hukuki statüsü ve çocuğun soybağı konusunda ortaya çıkan belirsizlikler, cevapların ve çözümlerin zor olduğu kaygan bir zemin meydana getirmiştir⁴⁴.

Yardımcı üreme tekniklerinin gelişiminde konu sadece üremenin kolaylaşması değil artık bir tercih meselesine dönüşmesidir⁴⁵. Hiç şüphesiz, insan hakları baskıdan ayrımcılıktan uzak, aile planlamasını kapsayan, cinsellik ve üreme sağlığı ile ilgili konularda kontrol ve karar verme hakkını içerir. Herkes, üreyip ürememe hakkına sahiptir. Kadınlar ve erkekler,

⁴⁴ Yakut / Önal / Karateke / Bakar, s. 216.

⁴⁵ Yakut / Önal / Karateke / Bakar, s. 216.

üremenin düzenlenmesinde kendi tercihleriyle uyumlu yasal, emniyetli, etkili, geçerli yöntemlere ulaşabilmelidir. Diğer yandan, bilimsel bilginin insan üremesi için uygulanması doğum ve jinokoloji konusunun içinde olduğu için, bu alanda çalışan hekimlerin genetiğin potansiyel kullanımıyla ortaya çıkan birçok etik gereklilikler konusunda dikkatli olması önem taşır. Hekimlerin, hastalarını mümkün olan tüm tıbbi seçeneklerle ilgili bilgilendirme görevi vardır. Danışmanlık veren hekim, ülkenin yasal koşullarını göz önünde bulundurmalıdır ancak hekimlerin hastaların tıbben mümkün olan seçenekler çerçevesinde yaptıkları seçimlere saygı duymaları gerekir. Ancak konu bireysel tercih ve vicdana bırakılmayacak imaları içermektedir. Hukuk, bu gibi olayları hukuki açıdan değerlendirerek, somut hukuki sonuçlara bağlamak durumundadır.

Yeni üreme teknikleri konusunda dikkat edilmesi gereken başka bir yön de bu olanakların insan varlığını metalaştırma tehlikesidir. Taşıyıcı annelere, gamet bağışçılara ve merkezlere yapılan ödemeler üreme sürecinin ticarileştirilmesinin örneğidir. Taşıyıcı annenin sosyo ekonomik durumundan dolayı sömürülmesi olasılığına karşı özel etik ilkeler çerçevesinde korunması, ticari olarak taşıyıcı anneliğin engellenmesine yönelik tedbirlerin alınması önem taşımaktadır.

Türkiye’de homolog dölleme hukuken kabul edildiği ve uygulamasının mümkün olduğu görülürken; heterolog dölleme, sperm ya da yumurta bağışı, taşıyıcı annelik hallerinin hukuken kabul edilmediği ve yasaklandığı anlaşılmaktadır. Ancak bu yasaklamaya rağmen her yıl binlerce çiftin yurtdışında söz konusu uygulamaları yaptırdıkları çok açık olarak bilinmektedir. Bu durum, gelecekte çocuk sahibi olmak isteyenlerin maddi ve coğrafi nedenlerle bu yollara ulaşabilenlerle sınırlı olmaları sonucunu yaratabileceği gibi, ortaya çıkan hukuki belirsizliklerin de artmasına neden olacaktır.

Yardımcı üreme teknikleri bakımından, konunun farklı bileşenlerinin talepleri gözönüne alındığında, bu konuda en iyi ve uygun hukuki düzenlemenin yapılması bir temenninin ötesine gidememektedir. Toplumsal ahlaki ve dini kaygılar, kişi-

nin özerkliği, yerleşmiş toplumsal değerler ve hukuki kalıplar yanında, yeni tıp teknolojilerinin yatırımcılara ve uygulayıcılara sağladığı iktisadi karlı geri dönüşüm konu bakımından yadsınamaz bir gerçek olarak ortaya çıkmakta ve hukuki düzenlemelerin yapılmasında etkili olabilmektedir⁴⁶. Medikal turizmin de cazip konularından biri olan yardımcı üreme teknikleri, konuya ilişkin uluslararası bir işbirliği olmadığı sürece, tedavi edici yöntemler olmak dışında, alternatifler sunan imkanlar olarak, bu konuda yapılacak her türlü sınırlayıcı hukuki düzenlemenin yerel, yararsız ve ihlal edilebilir olduğu gerçeğini de gözler önüne sermektedir. Bu konuda toplumların cinsellik, üreme, aile konusundaki bakış açıları ve hukuki düzenlemeleri birbirinden farklı olacağından, uluslararası bir işbirliği ya da ortak bir tutumu beklemek mümkün olmayacağı gibi, gerekli de değildir. Bugün, raslantısal bir birleşmenin ürünü olmayıp, laboratuvar ortamında akılcı bir tasarımın ürünü olarak dünyaya gelen çocuk başta olmak üzere, donör, alıcı ve sağlık çalışanları ekseninde ortaya çıkan ve çıkabilecek sorunların tespit edilmesi ve çözüme kavuşturulması, güncel ve gerçekçi bir yasal düzenlemenin yapılması ancak konunun tüm açıklığı ile ve cesaretle ele alınması ile mümkün olabilir.

Yardımcı üreme teknikleri konusunda kararlı, sabit etik ve hukuki standartların yokluğu karşısında tartışmalar hız kesmeden devam ederken, yeni tıp teknolojileri fenomeninde her bedene uyan bir giysi üretmek mümkün değildir. Hukukun -temelde toplumsal bir olgu olarak- zaman içindeki değişim sürecinin dışında tutulamayacağı gerçeği sonucunda, hukuk da değişmek ve ilerlemek zorundadır. Eski koşulların ürünü olan kanun ve kurallarla yeni sorunların çözülemeyeceği artık açıkça görülmektedir. Somut hukuki sorunları görmezden gelerek, yerleşmiş toplumsal değerleri ve hukuki kalıpları korumaya çalışarak anı kurtaracak düzenlemeler yapmanın ya da mevcut kuralları yorumlayarak çözüm yolları aramanın yeterli olmadığı ortaya çıkmıştır. Modern hukuk, konuya ilişkin bir

⁴⁶ Farrell, Anne-Marie / Devaney, Sarah / Hervey, Tamara K. / Murphy, Therese: "Regulatory 'Desirables' for New Health Technologies", *Medical Law Review*, 21, Oxford University Press, Winter 2013, s. 1.

Doç.Dr. Fulya İlçin Gönenc

hukuk kuralının olmaması ya da katı biçim ve geleneklere bağlı hukuk kurallarının yarattığı sakıncaları aşmada, başka bir ifade ile hukukun gelişen teknolojiye ve topluma uygunluğunu sağlamada etkili bir yöntem olan “kanun koyma” işlevini yerine getirmelidir.

TAŞIYICI ANNELİK

*Prof. Dr. Dr. h.c. Hakan Hakeri**

A. Kavram

Belirli bir ücret karşılığında yapıldığında “kiralık anne”, ücretsiz olarak yapılmışsa “ödünç anne” olarak da adlandırılan¹ taşıyıcı annelik, çocuğunu rahminde taşıması açısından tıbbi sorunlar yaşayan bir kadının, döllenmiş embriyosunu, çocuğunu taşıması için bir başka kadına aktarması ve hamileliğin bu anne tarafından yaşanmasıdır.

Avrupa Konseyi tarafından yapılan tanım ise şöyledir: “Başka bir kimsenin istemi üzerine hamilelikten önce buna razı olarak çocuğu taşıyan ve doğumdan sonra istem sahibi bu kimseye teslim eden kadın”². Öğretide yapılan bir tanıma göre, taşıyıcı annelik, “bir kadının, yapılan bir anlaşma gereği, doğumdan sonra çocuğu isteyen bir çiftte veya kadına vermek üzere karnında taşımasıdır”³.

Taşıyıcı anneliğe başvurulmasının nedenleri arasında, kadının kısır olması, bedensel yapısının doğuma elverişli olmaması, genetik bir rahatsızlığının olması, evli olmayan erkeklerin veya homoseksüellerin başka imkanlarının olmaması sayılabilir⁴.

* İstanbul Medeniyet Üniversitesi Tıp Hukuku Araştırmaları Birimi Başkanı.

¹ ŞİMŞEK, 4. Yedek annelik, ödünç annelik ve kiralık annelik kavramları hakkında bkz. EROL, 64 vd.

² GÜLOVA ÖZSOY, 308.

³ EROL, 61.

⁴ EROL, 61.

Taşıyıcı anneliğin klasik yönteminde, kadın yumurta üretebilmekle beraber, hamile kalması tıbben sakıncalıdır. Buna karşılık, anne ve babanın ikisinin de üreme yeteneğinin bulunmaması ve kadının gebe kalmasının sakıncalı olduğu hallerde, üçüncü kişilerin yumurta ve spermeleri döllenerek, yine bir üçüncü kadına aktarılması ile kadının üreme ve çocuğu taşıma yeteneğinin bulunmadığı hallerde, kocanın spermelerinin taşıyıcı anneye aşılanması yöntemi de bulunmaktadır⁵.

Taşıyıcı annelik, yapay döllenme ile yakından bağlantılıdır. Zira yapay döllenme yöntemleriyle elde edilen embriyon, normalde anne rahmine aktarılırken, burada üçüncü bir kişiye aktarılmaktadır.

Belirtilen son iki yöntemde üçüncü kişilerin üreme hücreleri kullanılırken, klasik yöntemde, anne ve babanın üreme hücreleri kullanılmaktadır. Bu nedenle, ben aşağıda ilk yönteme göre bir değerlendirme yapacağım. Diğer yöntemlerin uygulanması durumunda, ayrıca genetik ebeveyn konusunda da hukuki sorunlar ortaya çıkmaktadır.

B. Dini Açıdan Taşıyıcı Annelik

Yahudilikte farklı görüşler olmakla beraber, genel olarak taşıyıcı anneliğe müsaade edilmektedir⁶. Hristiyanlıkta ise taşıyıcı annelik kabul edilmemektedir. Ortodoks kilisesi bu uygulamayı insan tabiatına aykırı görmektedir. Bulgar Ortodoks kilisesi tüp bebek uygulamasına karşı olmadıklarını, ancak taşıyıcı anneliğe kesin olarak karşı olduklarını açıklamıştır⁷.

İslam'da ise farklı görüşler bulunmaktadır. Kısaca özetlenecek olursa, karı-kocaya ait embriyonun üçüncü bir taşıyıcı anneye transferini caiz kabul edenler; hiç bir surette taşıyıcı anneliği meşru görmeyenler ile sadece aynı kocanın ikinci eşine transferin caiz olduğunu düşünenler bulunmaktadır⁸. Bu uy-

⁵ AYTAC, 4.

⁶ ŞİMŞEK, 24 vd.

⁷ ŞİMŞEK, 28.

⁸ ŞİMŞEK, 37 vd.

gulamayı kabul etmeyenler, nesebin karışması ve zina unsuru taşınması ihtimallerini ileri sürmektedirler. Bir kadının kendi organını kiralamaya hak sahibi olmadığı, tedavi sürecinde mahrem yerlerin açılmasının caiz olmadığı da belirtilmektedir. Aksi görüştekiler ise çocuk sahibi olma isteğinin zorunluluk hali niteliğinde olduğunu, ortaya çıkabilecek sorunların da kanuni düzenlemelerle çözülebileceğini ileri sürmektedir⁹.

İslam Hukuku'nda taşıyıcı anneliği kabul edenler, taşıyıcı annelik sözleşmesini şöyle tanımlamıştır: "Taşıyıcı anne tarafından bir bedel mukabilinde veya bedelsiz olarak rahminde evli çifte ait embriyoyu taşımanın ve her bir taraf için karşılıklı sorumlulukların taahhüt edildiği bir anlaşmadır". Bir aile hukuku sözleşmesi olan taşıyıcı annelik sözleşmesi, sütannelik sözleşmesine benzetilmektedir¹⁰.

Taşıyıcı annelik sözleşmesinin gereği olarak, taşıyıcı anne, karnındaki cenini titizlikle korumalı ve doğumun ardından sağ salim genetik ebeveyne teslim etmelidir. Genetik ebeveyn ise sözleşme ücret karşılığı yapılmışsa ücreti vermek; hamilelik boyunca annenin nafakasını temin etmek; çocuğu teslim almak ve bir zarar meydana gelmişse, onu tazmin etmekle yükümlüdür¹¹.

Taşıyıcı annelik halinde ananın kim olduğu konusunda görüşler de farklılaşmaktadır. Bir görüşe göre, genetik anne gerçek anne, taşıyıcı anne ise sütannedir. Sütannelikte bebeğin nesebi sütanneye bağlanmadığı gibi, taşıyıcı anneye de bağlanamaz. Diğer görüşe göre ise, gerçek anne taşıyıcı anne olup, genetik anne sütannedir¹².

C. Karşılaştırmalı Hukukta Taşıyıcı Annelik

Avustralya ve ABD'de bazı eyaletlerde taşıyıcı anneliğin kabul edildiği aktarılmaktadır. ABD'de 2007 yılı itibarıyla Flo-

⁹ ŞİMŞEK, 108.

¹⁰ ŞİMŞEK, 54.

¹¹ ŞİMŞEK, 55, 56.

¹² ŞİMŞEK, 109.

rida, Nevada ve Arkansas eyaletlerinde taşıyıcı annelik sözleşmelerine müsaade edilmektedir¹³. Yunanistan, Hindistan, Ukrayna, Gürcistan ve İsrail’de taşıyıcı annelik sözleşmeleri belirli şartlar altında hukuka uygun kabul edilmektedir¹⁴.

İran’da da taşıyıcı annelik evli ve kısır olan çiftler bakımından kabul edilmektedir. Dini otoriteler de, bu tedaviyi caiz görmektedir. Çiftlerin ve taşıyıcı annenin evli olması şarttır. Ancak ticari taşıyıcı annelik ahlaki bulunmamaktadır. Tarafların birbirini tanınmasına da müsaade edilmemektedir¹⁵.

İngiltere’de 1990 tarihli İnsan Fertilizasyonu ve Embriyo Kanunu, taşıyıcı anneliği kabul etmektedir. Kanun prensipte çocuğu doğuran kadını ana olarak kabul ettikten sonra, genetik annenin evlat edinme süreciyle hukuken ana sıfatını kazanabileceğini düzenlemektedir. Keza mahkeme kararıyla da analığa hükmedilebilir. Bunun şartları şöyledir:

Evli karı kocadan en az birinin yumurta veya sperminin yapay döllenede kullanılması ve bu şekilde elde edilen döllemiş yumurta veya embriyonun taşıyıcı anneye nakledilmesi.

Karı ve kocanın doğumdan itibaren altı aylık süre içinde mahkemeye başvurusu.

Talep anında çocuğun karı-koca ile birlikte yaşıyor olması.

Karı-kocanın her ikisinin de 18 yaşını tamamlamış olması.

Mahkemenin, çocuğu taşıyan kadın ile genetik veya hukuki babanın serbest iradeleri ile ve sonuçlarını bilerek, anlayarak verecek karara razı olduklarına kanaat getirmesi.

Mahkemenin, çocuk için yapılacak makul masraflar dışında taraflar arasında herhangi bir paranın ödenmediğine veya menfaat sağlanmadığına kanaat getirmesi¹⁶.

İngiltere’de 2010 tarihli yeni bir kanun ile konunun düzen-

¹³ ÖZSUNAY, Taşıyıcı Annelik, 29.

¹⁴ METİN, 37-42.

¹⁵ ŞİMŞEK, 23, 24.

¹⁶ YENERER-ÇAKMUT, Soybağı, 52, 53.

lendiği ve bu konuda reklam ve aracılık yapmanın yasaklandığı belirtilmektedir¹⁷.

Bazı ülkelerde, taşıyıcı annelik konusunda yapılan sözleşmenin bir bedel içermeyeceği, ancak taşıyıcı annenin doğum masrafları ile hamilelik dönemine ilişkin masraflarını karşılayacak bir ücret anlaşmasının yapılabileceği kabul edilmektedir. Buna karşın İsviçre Anayasası'nın geçici 24.maddesinde, embriyo bağışının ve kiralık anneliğin her şeklinin yasak olduğu belirtilmiştir¹⁸. Benzer şekilde Kara Avrupası hukuklarında da taşıyıcı annelik yasaklanmıştır. Bu çerçevede Alman Hukuku'nda taşıyıcı anneliğe müsaade edilmemektedir. Embriyonun Korunması Kanunu bu tür eylemleri ayrıca hapis cezasıyla cezalandırmaktadır.

Japonya'da taşıyıcı annelik yasaktır¹⁹. ABD'nin bazı eyaletlerinde de taşıyıcı annelik, bir nevi bebek satışı gibi görüldüğünden yasaklanmıştır²⁰. Keza KKTC'de de taşıyıcı annelik yasaklanmıştır. Burada da, çocuğu doğuran kadın anası sayılmaktadır.

D. Taşıyıcı Annelikte Çocuk ile Genetik Anne Arasındaki Hukuki İlişki

Mevzuatımızda taşıyıcı anneliğe müsaade edilmemektedir. Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliği sadece evli çiftlere yönelik işlemlere izin vermektedir. Keza yönetmeliğin ek 17.maddesine göre, kendilerine ÜYTE uygulanan eşlerden alınan embriyoların bu yönetmelikle belirlenen esaslar dışında kullanılması, nakledilmesi yasaktır.

Taşıyıcı anneliğe müsaade edilmemesinin nedeni, ikiye ayrılmış anneliğin çocuğun yararına olmadığı, çocuğun kimliğini bulmasını zorlaştırdığı, ruhsal çatışmalara yol açabileceği, çocuğun mal gibi değerlendirilmesini sonuçladığı, taşıyıcı annenin doğurma makinası olarak görülerek insan onuruna aykırı

¹⁷ EROL, 63.

¹⁸ ŞİPKA, Türk Hukuk Sitesi (ET.22.09.2014)

¹⁹ METİN, 41.

²⁰ ÖZSUNAY, Taşıyıcı Annelik, 29.

bir eylem gerçekleştirildiği belirtilmektedir²¹. Aşağıda belirteceğim hukuki sorunlar da taşıyıcı anneliğin yasaklanmasında etkili olmuştur.

Hukukumuzda taşıyıcı anneliğin yasaklanmış bir sözleşme tipi olduğu, zira Borçlar Kanunu 27 bakımından, ahlaka aykırılık nedeniyle geçerli olmadığı kabul edilmektedir²². Keza, kişilik haklarına ve adaba aykırılık nedeniyle de taşıyıcı annelik sözleşmelerinin hükümsüz sayılacağı da belirtilmelidir. Öğretide, rıza ile dahi olsa, eşlere ait embriyonların başka birine transfer edilmesi durumunda, taşıyıcı annenin doğurduğu çocuk üzerinde genetik ananın analık hakkının bulunmadığına da dikkat çekilmektedir²³.

Burada ebeveynin çocuk sahibi olmaları değil, çocuğu doğuran kadının, çocuk üzerindeki haklarından vazgeçmesini gerektiren bir sözleşmenin düzenlenmesi ahlaka ve hukuka aykırı kabul edilmektedir²⁴. Yasal bir dayanak olmadıkça, doğumdan sonra çocuğun genetik ebeveynine bırakılacağını öngören sözleşmeler hukuka aykırı olur. Zira Medeni Kanunumuzun 23. maddesine göre “kimse hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez. Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlamaz”²⁵.

Medeni Kanunumuza göre, çocuğu doğuran kadın, onun anasıdır (MK md. 282/1). Kaldı ki, burada önemli bir husus da babadan farklı olarak, ananın doğurduğu çocuğu reddetme hakkının, başka ifadeyle, çocuğun genetik anasının kendisi olmadığını iddia hakkının bulunmadığıdır. “Çocuğun anası onu doğuran kadındır” kuralı kesin ve hukuksal sonuç doğuran bir kuraldır. Ana yönünden nesepsiz çocuk yoktur²⁶. Sonuç olarak, nüfusa anne olarak kaydedilecek kişi, yumurta anası değil, taşıyıcı ana olacaktır. Böylece hukukun genetik analığa,

²¹ LINDNER, 147, 148.

²² ÖZSUNAY, Üremeye, 85.

²³ KAMACI, 98.

²⁴ KIRKBEŞOĞLU, 72.

²⁵ KIRKBEŞOĞLU, 73.

²⁶ KAMACI, 101.

başka ifadeyle, genetik ana ile çocuk arasındaki biyolojik bağa geçerlik tanımadığı görülmektedir. Bunun önemli sonuçları ise şunlardır²⁷:

- 1.Çocuk ile genetik anne arasında altsoy-üstsoy hısımlık ilişkisi yoktur.
- 2.Genetik annenin, çocuk üzerinde herhangi bir velayet hakkı yoktur.
- 3.Çocuk, genetik annenin mirasçısı, genetik anne de çocuğun yasal mirasçısı olamaz.
- 4.Genetik annenin, “*çocuğun anası benim*” diyerek dava açma hakkı yoktur.

Esasen taşıyıcı anneliğin sebebiyet verdiği birçok hukuksal problemin yanı sıra, en önemli sorunlardan birisi de taşıyıcı annenin çocukla duygusal bağlantı kurması ve doğum sonrası çocuğu terk etmek istemeyebilmesidir. Bu noktada da başta yapılan sözleşmenin zorla yerine getirilip getirilemeyeceği gibi birçok karmaşık sorun ortaya çıkmaktadır. Mevcut hukuksal duruma göre, sözleşme hükümsüz olduğu gibi, hukuk düzeninin kabul ettiği anne, taşıyıcı annedir. Tam tersi yönde bir sorun da, örneğin çocuğun özürlü doğması halinde, genetik ebeveynin çocuğu almak istememesi halinde ortaya çıkabilir. Bu durumda, taşıyıcı anne, kanunun kendisinin kabul ettiği özürlü bir çocuğa bakmak durumunda kalacaktır.

Genetik baba bakımından ise durum, annede olduğu kadar karmaşık değildir. Baba, tanıma davası yoluyla, çocuğun babası olarak tescil ettirilebilir²⁸.

²⁷ KAMACI, 102.

²⁸ KKTC Fasil 195 Vasiyet ve Tevarüs Yasası Kuralları gereğince, bir çocuğun babaya mirasçı olabilmesi, münhasıran o çocuğun meşru bir çocuk olmasına bağlıdır. Yani bir çocuğun babasına mirasçı olabilmesi için yasal bir evlilik birliğinde dünyaya gelmiş olması ya da nesebinin sahih olması gerekmektedir. Aksi takdirde meşru olmayan bir çocuk, baba o çocuğu tanısa bile babaya mirasçı olamamaktadır. Bu nedenle, taşıyıcı annelik hukuken caiz kabul edilecekse, miras hukuku açısından da düzenleme yapılması gerekmektedir, Av. Feyzi Hansel’in 17 Ekim 2014 tarihinde, Türkiye Barolar Birliği, Kıbrıs Türk Barolar Birliği işbirliğiyle düzenlenen Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu’nda sunduğu, “Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti’nde Yapay Dölllenme Uygulamaları” konulu tebliğinden.

Yasal çerçeve böyle olunca, çocuğun resmen genetik ebeveyn tarafından kabulü ancak evlat edinme suretiyle olabilir. Bunun için de evlat edinmeye ilişkin olarak kanunda öngörülen şartların yerine gelmiş olması gerekir.

Taşıyıcı annelik sonucunda doğan çocuğun genetik anne tarafından kendi çocuğuymuş gibi nüfusa kaydettirilmesi halinde resmi belgenin düzenlenmesinde yalan beyan suçunun veya çocuğun soybağını değiştirme veya gizleme suçunun işlenebileceği düşünülebilir²⁹. Ancak kanaatimce, burada bu suçlar gerçekleşmez, zira çocuk sonuçta annenin kendi çocuğudur. Medeni Kanun'un burada çocuğu doğuran kadını anne olarak kabul etmesi medeni hukuku ilgilendiren teknik bir konudur. Bu nedenle, annenin bu beyanının suç oluşturmayacağı, tipikliğin gerçekleştiği düşünülse bile haksızlık yanlısının söz konusu olabileceği kanaatindeyim. Buna karşılık öğretide, bu takdirde soy bağını değiştirme suçunun işlenmiş olacağı görüşünde olan yazarlar vardır³⁰.

Bu konuda başka bir çözüm yolu olarak, annenin çocuğu kaydettirirken, taşıyıcı annenin doğurduğunu söylemesi düşünülebilir. Bu eylem suç oluşturmadığından anne sorumlu tutulamayacak; anne yalan beyanda bulunmadığından da yukarıda bahsedilen suçlar oluşmayacaktır. Ancak bu tür bir durumda, nüfus idaresinin nasıl bir tutum takınacağını bilemiyorum. Nüfus idaresi çocuğu doğuran kadını bilmek ve ancak öylece kayıt yapmak talebinde bulunursa, bu kez çocuğu kaydedememek gibi bir sorun yaşanacaktır. Bu nedenle bu konuya ilişkin bir düzenleme elzem görünmektedir.

E. Sonuç

Taşıyıcı anneliğe müsaade edilmelidir. Bu kurumun karşısında olanların argümanları ikna edici değildir. Ancak bir düzenleme yapılmaksızın uygulanmasında da sakıncalar olduğu ve hukukumuzdaki mevcut durum karşısında da bu uygulamanın hukuka aykırı olduğu açıktır.

²⁹ Çocuğun soybağını değiştirme ve resmi belgede sahtecilik suçunun ayırıştırılması konusunda bkz., MERAN, 48 vd.

³⁰ GÜLŞEN, Yapay Dölllenme, 135.

Taşıyıcı annelik konusunda kanaatimce çocuğun menfaati esas alınarak ve genetik durumu esas alan yasal bir düzenleme yapılmasında yarar vardır. Böylece çocuğun soybağı açısından genetik anne ile bağı kurulmalı ve çocuğun menfaati gerektiriyorsa, taşıyıcı anne ile de velayet, miras, çocukla görüşme hakkı gibi konularda bir düzenleme yapılmalıdır³¹.

Sadece taşıyıcı annenin çocuğu vermemesine değil, genetik ebeveynin de çocuğu almaması ihtimaline karşı da gerekli tedbirler alınmalıdır.

Bu uygulama maddi menfaat karşılığı yapılmamalıdır.

Üreme tıbbı alanı bizzat kanun koyucu tarafından düzenlenmeli ve idari mekanizmalara bırakılmamalıdır. Ülkemizdeki mevcut durum bir yandan hukuk güvenliğini zedelemekte, öte yandan yönetmeliklerle getirilen yaptırımların yetersiz olmasına veya uygulanmamasına yol açmaktadır. Yine cezai yaptırımların öngörülmemiş olması da büyük eksikliktir.

Yararlanılan Kaynaklar

- Aytaç, İsmail, Yardımcı Üreme Tekniklerinin Nesep Hukuku Açısından İncelenmesi, AD, s. 11, 2002, s. 183-199.
- Erol, Yasemin, Yapay Döllenme Yöntemleri ve Taşıyıcı Annelik, Ankara 2012.
- Gülöva Özsoy, Sibel, "Meta Olarak Annelik", Sağlık Hukuku Makaleleri II, İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Merkezi, 2012.
- Gülşen, Recep, "Ceza Hukuku Açısından Yapay Döllenme", IV. Sağlık Hakkı ve Sağlık Hukuku Sempozyumu, 7-8 Mayıs 2012, Kıbrıs, Ankara 2013, S. 109-147 (Gülşen, Yapay Döllenme).
- Kamacı, Mahmut, "Embriyon Nakillerinde Oluşan Nesep (Soybağı) Sorunları", II. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara 2009, S. 93-110.
- Kırkbeşoğlu, Nagehan, Soybağı Alanında Biyoetik ve Hukuk Sorunları, İstanbul 2006.
- Lindner, Josef Franz, "Verfassungsrechtliche Aspekte eines Fortpflanzungsmedizingesetzes", Ein Zeitgemäßes Fortpflanzungsmedizingesetz für Deutschland (Hrsg. Rosenau), Baden-Baden 2012, S. 127-152.
- Meran, Necati, "Çocuğun Soybağını Değiştirme ve Resmi Belgede Sahtecilik Suçunun Ayırıştırılması", Terazî, C.8, s. 85, Eylül 2013, S. 48-53.
- Metin, Sevtap, "Yörüngesinden Çıkan Tabiat: Etik, Sosyal, Psikolojik ve Hukuki Görünümleriyle Taşıyıcı Annelik", Sağlık Hukuku Makaleleri II, İ-

³¹ EROL, 68.

Prof. Dr. Dr. h.c. Hakan Hakeri

tanbul Barosu Sağlık Hukuku Merkezi, 2012.

Özsunay, Ergun, "Üremeye Yardımcı Tedavi Tekniklerine İlişkin Hukuki Sorunlar", II. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara 2009, S.57-82 (Özsunay, Üremeye).

Özsunay, Ergun, "Taşıyıcı Annelikle İlgili Hukuksal Sorunlar", Güncel Hukuk, s. 44, Ağustos 2007, S. 28-29 (Özsunay, Taşıyıcı Annelik).

Şıpka, Şükran, „Taşıyıcı Annelik ve Getirdiği Hukuki Sorunlar, http://www.turkhukuksitesi.com/makale_537.htm. (ET, 8.5.2012).

Şimşek, Ayşe, İslam Hukuku Açısından Taşıyıcı Annelik, Yüksek Lisans Tezi, Çanakkale 2013.

Yenerer Çakmut, Özlem, Soybağının Belirlenmesi ve Ceza Hukukunda Çocuğun Soybağını Değiştirme Suçu, İstanbul 2008 (Yenerer-Çakmut, Soybağı).

HASTA İLETİŞİM BİRİMLERİ VE HASTA HAKLARI KURULLARI

*Prof. Dr. Nilgün SARP**

GİRİŞ

Hasta İletişim Birimleri ve Hasta Hakları Kurulları, hastaların hizmet alım süreçleri boyunca karşılaştıkları sorunların çözümüne yardımcı olan, haksızlığa veya hak ihlaline uğradığını düşünen hasta ve hasta yakınlarının mağduriyetlerinin giderilmesine yardımcı olan birimlerdir.

Yeni yönetim yaklaşımlarının hastanelerde de uygulanmaya başlaması, Hasta Hakları Birimlerinin kurulmasını sağlamıştır. Özellikle toplam kalite yönetimi anlayışının yaygınlaşması, müşteri memnuniyeti kavramının işletmelere yerleşmesi sonucu, sağlık hizmeti alan hastaların memnuniyetinin de önemini artırmıştır. Sağlık kuruluşlarında hizmet verilen hastaların aldıkları hizmet ile ilgili sorunlarını iletebilecekleri, sorunların çözümüne yönelik işlemlerin yapılabileceği bir birimin varlığı memnuniyet çalışmalarına yararlı olmaktadır. Ayrıca bu birim yoluyla yöneticiler yaşanan sorunların hangi birimlerde ve personelden kaynaklandığını da kolaylıkla belirleyebilirler.

* Lefke Avrupa Üniversitesi, Sağlık Bilimleri Fakültesi, Gemikonağı KKTC

HASTA HAKLARI YÖNETMELİĞİ

Türkiye’de hasta hakları ile ilgili çalışmalar 1990 lı yıllarda yoğunlaşmıştır. Bu konudaki yönetmelik, 1/8/1998 tarihli ve 23420 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır. 2014 yılında yönetmelikle ilgili yeni düzenlemeler yapılmış ve Hasta hakları konusundaki son yönetmelik 8 Mayıs 2014 tarihinde Resmî Gazetede yayınlanmıştır.

Yönetmeliğin 3 üncü maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir (Resmi Gazete, 2014).;

Bu yönetmeliğe göre;

MADDE 1 -

Madde 42/B - Hasta hakları uygulamalarının yürütülmesi amacıyla sağlık kurum ve kuruluşları bünyesinde hasta iletişim birimleri oluşturulur.

İl sağlık müdürlüğü; üniversite hastaneleri, askeri hastaneler ve özel sağlık kurum ve kuruluşları, kamu hastaneleri, ağız dış sağlığı merkezleri, aile sağlığı merkezleri ve toplum sağlığı merkezlerinden gelen başvuruları değerlendirmek, karara bağlamak, öneri sunmak ve düzeltici işlemleri belirlemek üzere Hasta Hakları Kurulu oluşturur.

Kurul, başkan dahil aşağıdaki üyelerden oluşur. İl sağlık müdürü veya müdürlük temsilcisi Kurulun başkanıdır.

Diğer üyeler şunlardır: şikayet edilen personelin varsa bir işyeri sendika temsilcisi, şikayet edilen personelin görev yaptığı kurumun ildeki üst yöneticisi tarafından görevlendirilen bir kurum temsilcisi (üniversite rektörlüğü, Halk Sağlığı Müdürlüğü, Kamu Hastaneleri Birliği Genel Sekreterliği), özel sağlık kuruluşlarında ise kuruluşun üst yöneticisi tarafından belirlenen bir temsilci, hasta hakları derneklerinden yoksa tüketici derneklerinden bir temsilci, valilikçe görevlendirilen bir vatandaş.

HASTA İLETİŞİM BİRİMLERİ VE HASTA HAKLARI KURULLARI

Birden fazla hasta hakları derneğinin veya tüketici derneğinin başvurması durumunda, dernek temsilcisi il sağlık müdürlüğüne kura yoluyla belirlenir.

İl sağlık müdürlüğü ihtiyaç halinde birden fazla kurul oluşturabilir.

Bu Yönetmelik kapsamında yapılacak sertifikalı eğitimler 4/2/2014 tarihli ve 28903 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Sağlık Bakanlığı Sertifikalı Eğitim Yönetmeliği hükümlerine tabidir.

“Kurulun Görevleri, Çalışma Usul ve Esasları

Madde 42/C - Kurulun görevleri ile çalışma usul ve esasları şunlardır;

a) Kurul, sağlık kurum ve kuruluşu tarafından yerinde çözülemeyen yazılı ve/veya elektronik başvuruları değerlendirir.

b) Hasta hakları uygulamalarına veya etik ilkelere aykırı davranış sebebiyle kurul tarafından verilen ihlal kararları, ilgili sağlık kurum ve kuruluşuna ve ilgili personele yazılı olarak tebliğ edilir. Son altı ay içerisinde ikiden fazla hak ihlali kararı verilen sağlık meslek mensubu hakkındaki dosya 663 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanununun 23 üncü maddesinin yedinci fıkrasının (b) bendi hükmüne göre Sağlık Meslekleri Kuruluna gönderilir.

c) Kurul, gerek görürse hasta hakları ihlaline sebep olabilecek uygulamaları inceler ve hasta haklarının geliştirilmesi için öneri ve düzeltici işlem belirlenmesine karar verir. Sağlık kurum ve kuruluşu belirlenen süre içinde gerekli önlemleri alır, girişimlerde bulunur ve yapılan işlem hakkında kurulu bilgilendirir.

ç) Kurul en geç on beş günde bir toplanır. Sekretarya hizmetleri il sağlık müdürlüğü hasta hakları koordinatörlüğüne yürütülür.

d) Kurul, başvurunun kurula ulaştığı tarihten itibaren otuz gün içerisinde başvuru hakkında karar verir.

e) Kurul, üye tam sayısının salt çoğunluğu ile toplanır ve toplantıya katılan üyelerin salt çoğunluğu ile karar alır. Karara itirazı olan üyelerin karşı oy gerekçeleri, kararın altına özet olarak yazılır.

f) Kararlar, üyeler tarafından imzalanarak dosyalanır. Kararlar ilgili sağlık kurum ve kuruluşu ile başvurana bildirilir.

g) Hasta iletişim birimine yapılan başvurular ve kurulda görüşülen dosyalar gizlidir, hiçbir şekilde üçüncü kişilere bilgi verilemez. Bilgi ve dosyalar resmi olarak talep edilmesi kaydıyla idari soruşturma yapan incelemeciye ya da adli mercilere gizliliğe riayet edilerek verilir. Kurul üyeleri gizliliğe riayet etmekle yükümlüdür.

ğ) Kurul gerek gördüğünde ilgilileri kurula davet edebilir.

h) Sivil toplum temsilcisi ve sendika temsilcisi olan üyelerin görev süresi takvim yılıdır. Komisyon üyelerinin görev süresi iki yıldır. Süresi dolan üyeler tekrar görevlendirilebilir. Kurul toplantılarına mazeretsiz olarak üst üste üç defa katılmayan üyenin üyeliği sona erer ve bu kişiler üç yıl süreyle yeniden üye olarak seçilemez. Herhangi bir sebeple boşalan üyelik için kalan süreyi tamamlamak üzere yeni üye seçilir.

ı) Tıbbi hata iddialarına ilişkin başvurular kurul tarafından değerlendirilmez.

İl sağlık müdürlüğünce bu Yönetmelik uygulamalarına aykırı davranışı tespit edilen kurul üyelerinin üyeliğine son verilir ve bunlar beş yıl süreyle yeniden üye olarak seçilemez.

Hasta hakları kurulu kararlarının özeti, şikayet edilen kişi isimlerine yer verilmeksizin il sağlık müdürlüğünün internet sayfasında duyurulur.”

HASTA İLETİŞİM BİRİMLERİ VE HASTA HAKLARI KURULLARI

MADDE 10 – Aynı Yönetmeliğe aşağıdaki geçici madde eklenmiştir.

“Geçiş Hükümü

GEÇİÇİ MADDE 1 – Sağlık kurum ve kuruluşları bünyesinde bulunan hasta hakları birimleri, en geç üç ay içerisinde hasta iletişim birimine dönüştürülür. Bünyesinde hasta iletişim birimi bulunmayan sağlık kurum ve kuruluşları en geç altı ay içerisinde bu birimi kurar.

İl sağlık müdürlüğü bünyesinde hasta hakları kurulu oluşturuluncaya kadar mevcut hasta hakları kurulları görevine devam eder. Bu maddenin yayımı tarihinden itibaren en geç altı ay içerisinde il sağlık müdürlüğüne kurul oluşturulur. İl sağlık müdürlüğü bünyesinde kurul oluşturulduğu tarihte mevcut hasta hakları kurulu ve üyelerinin görevi sona erer.”

MADDE 11 – Bu Yönetmelik yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

MADDE 12 – Bu Yönetmelik hükümlerini Sağlık Bakanı yürütür.

Yukarıda belirtildiği gibi, Hasta hakları uygulamalarının yürütülmesi amacıyla sağlık kurum ve kuruluşları bünyesinde oluşturulan hasta iletişim birimleri, hasta memnuniyetini sağlamak açısından kapsamlı görevlere sahiptir. Hastalar sorunlarını eğer mümkünse yerinde, değil ise kurullar aracılığı ile çözümlenebilmektedirler.

HASTA HAKLARI İSTATİSTİKLERİ

Sağlık Bakanlığınca Hasta hakları konusunda düzenli istatistikler tutulmakta ve Bakanlığın resmi sitesinde de yayınlanmaktadır. Bu konuda paylaşılan son istatistikler 2011 yılına aittir. Paylaşılan istatistiklerden bazı veriler aşağıda sunulmuştur.

GRAFİK 1: HASTA HAKLARI KURULLARINDA GÖRÜŞÜLEN VE YERİNDE ÇÖZÜLEN BAŞVURULAR



Grafikte görüldüğü gibi, 2011 yılı itibarı ile yapılan şikayetlerin büyük bir bölümü yerinde çözülmüştür. 180.000 başvurunun sadece 29.190 hasta hakları kurullarında görüşülmüştür.

Başvuruların cinsiyete göre dağılımı Grafik 2 de verilmiştir.

GRAFİK 2: BAŞVURULARIN CİNSİYETE GÖRE DAĞILIMI



Grafik 2 ye göre, 2011 yılı itibarı ile şikayet için başvuru yapanların % 57 si erkek, % 43 ü kadındır.

Başvuruların eğitim durumu göre dağılımı Grafik 3 de verilmiştir.

HASTA İLETİŞİM BİRİMLERİ VE HASTA HAKLARI KURULLARI

GRAFİK 3: BAŞVURANLARIN EĞİTİM DURUMU



Grafik 3 incelendiğinde, 2011 yılı itibarı ile şikayet için başvuru yapanların eğitim durumu incelendiğinde; birinci sırada aynı oranlarda % 34 ile lise ve üniversite mezunları yer almaktadır. En az başvuru % 1 oranında okur-yazar olmayanlar tarafından yapılmıştır.

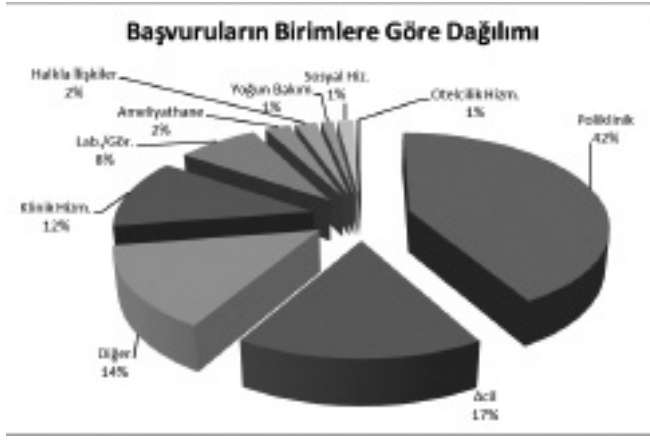
Grafik 4 Başvuranların meslek durumunu göstermektedir.

GRAFİK 4: BAŞVURANLARIN MESLEK DURUMU



Grafik 4 de, 2011 yılı itibarı ile şikayet için başvuru yapanların meslek durumları incelendiğinde; % 19 oranında kamu personeli, % 6 ile çalışmayanlar yer almaktadır.

GRAFİK 5: BAŞVURULARIN BİRİMLERE GÖRE DAĞILIMI



Grafik 5 de, 2011 yılı itibarı ile şikayet için başvuru yapılan birimler incelendiğinde; % 42 ile en fazla oranda poliklinik hizmetlerinden memnuniyetsizlik ifade edilmiştir. Bunu % 17 ile acil hizmetler izlemektedir. Yoğun bakım ve sosyal hizmetler % 1 ile en az şikayet edilen birimlerdir.

Hasta şikayetleri ile ilgili yapılan başvuruların konularına göre dağılımı Grafik 6 da verilmiştir.

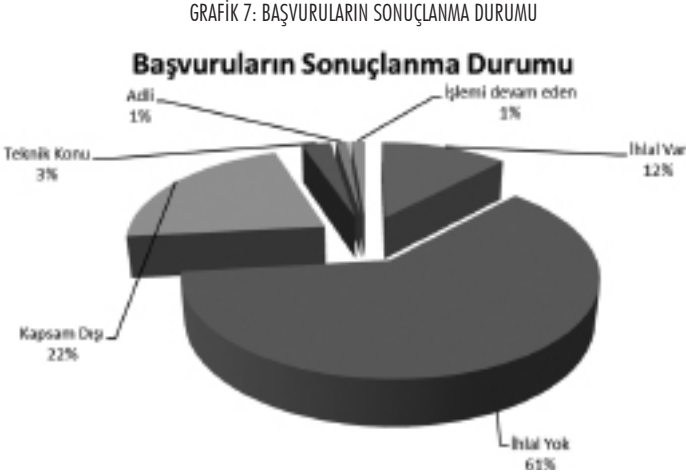
GRAFİK 6: BAŞVURULARIN KONULARINA GÖRE DAĞILIMI



HASTA İLETİŞİM BİRİMLERİ VE HASTA HAKLARI KURULLARI

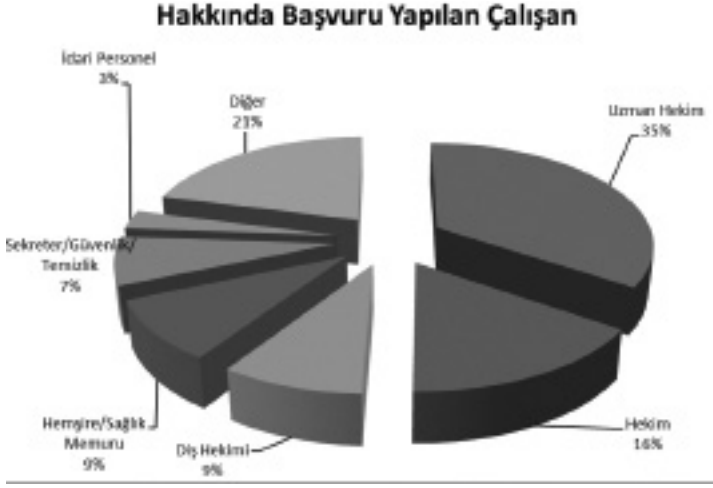
Grafik 6 da, 2011 yılı itibarı ile şikayet edilen konular incelendiğinde; % 46 ile en fazla oranda “Hizmetten genel olarak faydalanamama” ifade edilmiştir. Bunu % 22 ile “Saygınlık ve rahatlık görememe” izlemektedir. “Mahremiyete uyulmaması, Güvenliğin sağlanmaması, Rızanın alınmaması, Sağlık kurumunu ve personelini seçememe ve değiştirememe “ % 1 ile en az şikayet edilen konulardır.

Yapılan bu başvuruların sonuçlanma durumu Grafik 7 de verilmiştir.



Grafik 7 de görüldüğü gibi, başvuruların % 61 i ihlal yok şeklinde sonuçlanmıştır. % 12 sinde ihlalin olduğu sağtanmış, % 22 si de kapsam dışı bulunmuştur. Başvuruların % 1 i adli olarak nitelendirilmiştir.

GRAFİK 8: HAKKINDA BAŞVURU YAPILAN ÇALIŞAN



Grafikte belirtildiği gibi hakkında en fazla başvuru yapılan çalışan % 35 ile uzman hekimlerdir. İdari personel başvurusu % 3 ile en az orandadır.

SONUÇ VE YORUM

Hasta memnuniyetini artırmaya yönelik yapılan düzenlemeler ve etkinlikler, artık günümüzde giderek bilinçlenen hastaların haklarını aramaya, memnuniyetsizliklerini ifade etmeye yöneltmiştir. 2010 yılında hasta hakları birimlerine başvuru yapan 125.387 vatandaşın sorunu yerinde çözülmüştür. 2010 yılında hasta hakları kurulunda görüşülen şikayet ve önerilere ilişkin başvuruların sayısı 17.299'dur. Bu sayı, 2011 yılında 150.076 dır, 29.190 başvuru da hasta hakları kurullarında görüşülmüştür(www.saglik.gov.tr).

Grafik 9 da yıllara göre başvurular, yerinde ve kurulda görüşülen sayılar yer almaktadır.

HASTA İLETİŞİM BİRİMLERİ VE HASTA HAKLARI KURULLARI

GRAFİK 9 : YILLARA GÖRE YERİNDE VE KURULDA ÇÖZÜLEN BAŞVURU SAYILARI



Grafikte görüldüğü gibi, yerinde çözülen şikayetlerle ilgili, 2005 de 20.000 üzerinde olan başvuru 2011 de 150.000 üzerindedir .

Topluma yönelik eğitimler de bilinçlendirmenin artırılmasını sağlamaya yönelik olarak düzenlenmektedir. 2010 yılında topluma yönelik yapılan eğitimde 2.090.700 kişiye ulaşılmış ve bilgilendirilmiştir. 2010 yılında yatan hastalara yönelik hasta hakları bilgilendirme kapsamında 2.899.796 kişiye hak ve sorumluluklar anlatılmıştır (www.saglik.gov.tr) .

Bu eğitimler ve eğitilenlerin sayıları 2011 yılında artmıştır. 2011 yılında yapılan topluma yönelik eğitimlerde 3.626.263 kişi, yatan hastalardan bilgilendirilenlerin sayısı da 4.021.032 olmuştur. Konu ile ilgili bilgi grafik 10 da verilmiştir.

GRAFİK 10 : YILLARA GÖRE HASTA HAKLARI KONUSUNDA TOPLUMU BİLİNÇLENDİRME PROJESİ İLE EĞİTİM VERİLENERİN SAYILARI



Grafik incelendiğinde 2005-2011 arasında eğitim verilerinin sayılarında önemli artış olmuştur. Bu durum konuya verilen önemin göstergesidir.

Hasta hakları konusunda sadece toplum değil hastaneye yatan hastaların da bilinçlendirme çalışmalarında artış söz konusudur (saglik.gov.tr)

GRAFİK 11 : YILLARA GÖRE HASTA HAKLARI KONUSUNDA HASTANEME YATANLARIN BİLGİLENDİRİLMESİ PROJESİ İLE EĞİTİM VERİLENERİN SAYILARI

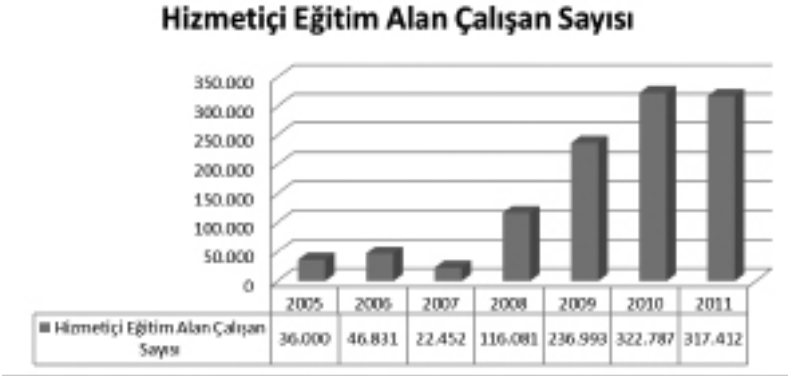


HASTA İLETİŞİM BİRİMLERİ VE HASTA HAKLARI KURULLARI

Grafikte görüldüğü gibi, toplumun bilinçlendirilmesine yönelik yapılan eğitimlere paralel olarak hastaneye yatan hastalara verilen eğitimlerde de artış gözlenmektedir. 2006 da 192.624 olan sayı, 2011 de 4.011.402 ye çıkmıştır.

Hasta hakları konusunda sadece toplum ve hastaneye yatan hastaların bilinçlendirmesini yanında konu ile ilgili paydaşlardan çalışanların da eğitimi önemlidir. Bu konuda da yapılan çalışmalar; hasta hakları ve hastalara yönelik uygulamalar ile ilgilidir. Bu konuda, 2010 yılında 349.332 kişiye hasta hakları anlatılmıştır. 2011 yılında da 317.412 sağlık çalışanına bu eğitimler verilmiştir. Konuyla ilgili bilgiler Grafik 12 de verilmiştir.

GRAFİK 12 : YILLARA GÖRE HASTA HAKLARI HİZMETİÇİ EĞİTİM ALAN ÇALIŞAN SAYILARI



Diğer konularda olduğu gibi, hasta hakları konusunda eğitim alan çalışan sayısı 2005 de 36.000 iken, 2011 de 317.412 dir.

Sonuç olarak, gelişen sağlık sistemi ve iletişim araçları, hasta hakları konularının gelişmesini ve hasta duyarlılığının artmasını sağlamıştır. Sağlık Bakanlığı artan bu duyarlılığa yanıt olması bakımından hasta iletişim birimlerini oluşturmuş ve etkin olarak çalışmasını hedeflemiştir. Ancak, her ne kadar hem şikayetler, hem de eğitimlerde yıllar itibarı ile artışlar gözükse de Türkiye'nin nüfusu gözönüne alındığında bu rakamlar halen çok düşüktür.

Prof. Dr. Nilgün Sarp

Ayrıca bu verilerin bölge ve il düzeyinde toplanarak yayınlanması, hangi bölgelerde memnuniyetsizliğin fazla olduğunun saptanması açısından yararlı olabilir.

Yapılan bilinçlendirme çalışmalarının sayısının ve sıklığının artırılarak devam etmesi çağdaş bir sağlık sisteminin tüm bileşenlerinin yeterli düzeyde oluşturulması bakımından yararlı olabilir.

KAYNAKLAR

Resmî Gazete, 8 Mayıs 2014 Perşembe, Sayı : 28994

<http://www.sb.gov.tr/Hastahaklari/dosya/1-94776/h/2011--hastahaklari-istatistikleri.pdf>

EKLER;

Bu bölümde, hasta iletişim birimlerinde kullanılacak, Sağlık Bakanlığınca önerilen bazı formlardan örnekler sunulmuştur.

1-DOSYA KAPAĞI

2- HASTA HAKLARI BAŞVURU FORMU

3- BİLGİ İSTEME FORMU

4-HASTA HAKLARI BAŞVURU SONUCU (PERSONEL İÇİN)

5- HASTA HAKLARI BAŞVURU SONUCU (HASTA İÇİN)

6- GENELGE HÜKÜMLERİNİN UYGULANMASI VE TAKİBİNE İLİŞKİN ÇİZELGE

HASTA İLETİŞİM BİRİMLERİ VE HASTA HAKLARI KURULLARI

1-DOSYA KAPAĞI

**HASTA HAKLARI BİRİMİNİN
HASTA BAŞVURULARIYLA İLGİLİ SUNACAĞI DOSYADA
OLMASI GEREKENLER**

- **KAPAK**

**T.C.
SAĞLIK BAKANLIĞI
.....HASTANESİ / S.Ç.B.
HASTA HAKLARI BİRİMİ
HASTA BAŞVURULARI DOSYASI
BİRİM SORUMLUSU
ADI-SOYADI-ÜNVANI**

- **DOSYA NO:**

- **HASTA BAŞVURU FORMU**

- **HAKKINDA BAŞVURU YAPILAN ÇALIŞANDAN ALINAN BİLGİ
FORMU**

- **KARARLAR**

- **ÖNERİLER**

2-HASTA HAKLARI BAŞVURU FORMU

BAŞVURUDA BULUNANIN			BAŞVURU BİLGİLERİ	
ADI			İL	
SOYADI				
EĞİTİM DURUMU			BİRİM	
MESLEĞİ			PERSONELİN ADI VE SOYADI	
CİNSİYET/YAŞ			PERSONELİN ÜNVANI	
ADRESİ				
TELEFONLAR	EV			
	CEP			
	İŞ			
FAX				
E-POST				
BAŞVURUYU YAPANIN ADI SOYADI / İMZASI			FORMU DOLDURANIN (*) ADI SOYADI / İMZASI	

BAŞVURUNUN İÇERİĞİ VE KONUSU (**)

(*) Bu form başvuru tarafından doldurulur. Olmaz-yoktur olmayan başvuruların yerine başvuru yazısını veya enayyatsıcağı bir kişi tarafından ol yazısı ile doldurulur.
(**) Bu form doldurulurken başvuru içeriği ve konusu bölümlerinde başvuru ve hakkında başvuru olan isimleri belirtilemeyecek sadece başvuru ve yazan belirtilmektedir.
(***) bu form doldurulduktan sonra kimlik bilgileri kısaca birim sorumlusu tarafından görülmeyecek şekilde zorbalanarak kapatılır. Kağıt verildikten sonra yine birim sorumlusu ve kurul başkanı dışında kimse görmeden açılmak birimde asılıdır.

HASTA İLETİŞİM BİRİMLERİ VE HASTA HAKLARI KURULLARI

3-BİLGİ İSTEME FORMU

T.C.
SAĞLIK BAKANLIĞI
.....**HASTANESİ / S.G.B.**
HASTA HAKLARI BİRİMİ

Sayın
...../...../..... tarihinde biriminize tarafından yapılan
mütacaatta şahsınızla ilgili olarak aşağıda tarihi ve içeriği belirtilen konularda başvuru yapılmıştır.

Konuyla ilişkin açıklamalarınızın/...../..... tarihine kadar biriminize ulaştırmamanızı
"Hasta Hakları Uygulama Yönergesi" hükümleri gereğince rica ederim.

İmza
Adı Soyadı
Hasta Hakları Birim Sorumlusu

İmza
Adı Soyadı:
Hasta Hakları Kurulu Başkanı

TARİH:...../...../.....
BAŞVURUNUN İÇERİĞİ

TARİH:...../...../.....

ÇALIŞANIN :

Adı ve Soyadı:

Üvvanı :

İmza :

Not: Eğer yer kalmasa arka sayfaya devam edilebilir ve ilgili sayfanın da çalışan tarafından imzalanması gerekmektedir.

T.C. SAĞLIK BAKANLIĞIHastane / S.G.B. Hasta Hakları Kurulu	
HASTA HAKLARI BAŞVURU SONUCU	
BAŞVURUDA BULUNANIN	
ADI	
SOYADI	
KURUL KARARININ	
TARİHİ	
SAYISI	
KISACA SONUCU	
SONUCUN GEREKÇESİ	
HASTA HAKLARI BİRİM SORM. Adı ve Soyadı: Önvanı: İmzası:	HASTA HAKLARI KURUL BAŞKANI Adı ve Soyadı: Önvanı: İmzası:

HASTA İLETİŞİM BİRİMLERİ VE HASTA HAKLARI KURULLARI

T.C.
SAĞLIK BAKANLIĞI
.....Hastanesi / S.G.B.
Hasta Hakları Kurulu

HASTA HAKLARI BAŞVURU SONUCU

ÇALIŞANIN

ADI

SOYADI

KURUL KARARININ

TARİHİ

SAYISI

KISACA SONUCU

SONUCUN GEREKÇESİ

HASTA HAKLARI BİRİM SORM.

Adı ve Soyadı:

Önvanı:

İmzası:

HASTA HAKLARI KURUL BAŞKANI

Adı ve Soyadı:

Önvanı:

İmzası:

6-GENELGE HÜKÜMLERİNİN UYGULANMASI VE TAKİBİNE İLİŞKİN ÇİZELGE

Genelge Hükümleri	Öngörülen Süre	Açıklama - Yapılıp-yapılmadığı / Yapılmadıysa planlamaya ilişkin açıklama
Madde 1) Özürtlülere yönelik sağlık hizmeti sunumunda Bakanlığımızın 2010/73 sayılı "Poliklinik Hizmetlerinde Öncelik Sırasına İlişkin Genelgesi" hükümlerine uygun olarak hareket edilecektir.	Sürekli	() İlgili genelgenin hükümlerine uygun hareket edilmektedir. () İlgili genelgenin hükümlerine uygun hareket edilememektedir. () Diğer ;
Madde 2) Özürtlü sağlık kurulu raporları, Özürtlülük Ölçütü, Sınıflandırması ve Özürtlülere Verilecek Sağlık Kurulu Raporları Hakkında Yönetmelik ekinde yer alan Ek-3 sayılı formda gösterilen formata uygun olarak ve ek-4'te yer alan Özur Durumuna Göre Tüm Vücut Fonksiyon Kaybı Oranları Cetveli doğrultusunda yetkili hastanelerde eksiksiz ve doğru olarak düzenlenecektir.		() Özürtlülere verilecek sağlık kurulu raporlarında Ek- 3 ve Ek – 4'te yer alan ölçü ve oranlara tam olarak uyulmaktadır. () Özürtlülere verilecek sağlık kurulu raporlarında Ek- 3 ve Ek – 4'te yer alan ölçü ve oranlara tam olarak uyulmamaktadır. Belirtiniz; () Sağlık Kurulumuz yoktur.
Madde 3) Özürtlülere Yönelik sağlık hizmetlerinin verildiği sağlık kuruluşlarının iç ve dış mekanlarının mimari ve çevresel düzenlemelerine ilişkin olarak-		

TÜRKİYE'DE ENGELLİ HAKLARI'NIN KAMU HİZMETLERİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Doç. Dr. Serkan Çınarlı - Dr. Nurgül Kocakoç***

GİRİŞ

Neden engelli ve yaşlı hakları?

Yaşlılık da tıpkı engelli olma hali gibi fiziksel, psikolojik ve sosyal boyutları ile değerlendirilmesi gereken bir süreçtir. Hem yaşlılar hem de engelliler toplum, devlet ve ailelerin koruma, gözetim ve desteğine ihtiyaç duymaktadırlar.

Türkiye İstatistik Kurumunun (TÜİK)¹ 2013 yılı nüfus verilerine baktığımız zaman,

2013 yılı toplam ülke nüfusu: 76.667.864 kişi

2013 yılı 65 yaş üstü ülke nüfusu: 5.891.694 kişi

* İzmir Üniversitesi, İzmir, Türkiye, serkan.cinarli@izmir.edu.tr

** İzmir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Sağlık Hukuku Yüksek Lisans Öğrencisi/ İzmir İli Güney Bölgesi Kamu Hastaneleri Birliği Genel Sekreterliği, İzmir, Türkiye, nkocakoc@gmail.com

¹ www.tuik.gov.tr, Erişim Tarihi: 16.09.2014

Türkiye engelli nüfusu²: 8.431.937 kişi (8.500.00 kişi)

Bu verilere göre ülkemiz nüfusunun %7, 68'i 65 yaş ve üzeri, %11, 20'si de engelli bireylerden oluşmaktadır. Yani hem devlet hem de toplum tarafından hem sosyal hem de yasal boyutuyla korunması gereken birey oranımız %18, 70 gibi azımsanmayacak bir rakamdır. Engelli ve yaşlıların okuma-yazma durumlarına göz attığımızda,

2012 yılı 65 yaş ve üstü okuma-yazma bilmeyen nüfusu 1.363.647³ olup, bu yaş grubunun %23, 99'unun okur -yazar olmadığı görülmektedir. TÜİK tarafından yayınlanan verilere göre 2012 yılı itibariyle okuma -yazma bilmeyen engelli oranı ise %41'dir⁴.

Okuma-yazma dahi bilmeyen bu yaşlı ve engelli bireylerin haklarını bilmeleri ve yasalar çerçevesinde aramalarından dahi söz edebilmek mümkün değildir. Öyleyse yapılması gereken ABD ve pek çok Avrupa Birliği ülkesinde olduğu gibi bu bireylerin haklarını onlar adına koruyacak toplumsal yapının oluşturulması ve ilgili kurumların ivedilikle kurulmasıdır.

A. Yaşlılık ve Engelliliğin Tanımı:

Engellilik, kısaca bireyin bedensel fonksiyonlarındaki hasarlar nedeniyle meydana gelen kayıpların yarattığı dezavantajlar olarak tanımlanabilir. Sosyal devletin en önemli görevlerinden biri özellikle engellilere yönelik toplumsal ve sosyal dezavantajların ortadan kaldırılması, engelli bireylerin de diğer bireylerle fırsat eşitliği içerisinde toplumsal yaşama katılımlarının sağlanmasıdır⁵.

Dünya Sağlık Örgütü'nün(DSÖ) *Uluslararası Engellilik Sınıf-*

² <http://www.eyh.gov.tr/tr/8245/Turkiye-Engelliler-Arastirmasi-Temel-Gostergeleri#nufus>, Erişim Tarihi: 16.09.2014 ve Mustafa Öztürk, Türkiye'de Engelli Gerçeği, Müstakil Sanayici ve İşadamları Derneği Yayını, İstanbul, 2011, s.9

³ www.tuik.gov.tr, Erişim Tarihi: 10.11.2013

⁴ <http://www.ied.org.tr/forum/thread-364-post-530.html>, Erişim Tarihi:15.09.2014

⁵ Serkan Çınarlı, Engellilere Yönelik Kamu Hizmetleri, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 2010, s.1

TÜRKİYE'DE ENGELLİ HAKLARI'NIN KAMU HİZMETLERİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

landırması çerçevesinde 2001 yılında yaptığı tanımlamada, her türlü özür, faaliyet yoksunluğu veya sosyal hayata katılımdaki kısıtlamayı kapsayacak bir şekilde engellilik terimi (disability) benimsenmiştir.

30.03.2013 tarihinde yeni düzenlemesi yapılan “Özürlülük Ölçütü, Sınıflandırması ve Özürlülere Verilecek Sağlık Kurulu Raporları Hakkında Yönetmelik⁶” ve “Özürlüler ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'da⁷” Özürlü; Doğuştan veya sonradan; bedensel, zihinsel, ruhsal, duysal ve sosyal yeteneklerini çeşitli derecelerde kaybetmesi nedeniyle toplumsal yaşama uyum sağlama ve günlük gereksinimlerini karşılamada güçlükleri olan ve korunma, bakım veya rehabilitasyon, danışmanlık ve destek hizmetlerine ihtiyaç duyan kişi olarak tanımlanmıştır.

Yaşlılık ise insan yaşamının evrelerinden birisi, insan hayatının ilerleyen dönemlerinin genel adıdır. Yaşlılık fizyolojik, fonksiyonel, sosyolojik ve psikolojik açılardan farklı farklı tanımlanabilir. Dünya Sağlık Örgütü uzmanları yaşlılığı “bireyin çevre ve uyum yeteneğinin azalması” olarak tanımlamışlardır⁸. Dünya Sağlık Örgütü psikogeriatrik yaşlılık döneminin 65 yaş ve üstünü yaşlı, 85 yaş ve üzerini çok yaşlı olarak tanımlamıştır. Gerontolojistler ise yaşlılığı;

65-74 yaş arası genç yaşlı,

75-84 yaş arasını orta yaşlı,

85 yaş üzerini ileri yaşlılık (ihtiyarlık) devri olarak sınıflamışlardır⁹.

Ülkemizde kaba ölüm hızının ve bebek ölüm hızının azalması yanında doğurganlık oranındaki düşme nedeniyle ortalama yaşam ömrü uzamış ve yaşlı nüfusun genel nüfus içindeki oranı artmıştır. 65 yaş ve üzeri nüfusun toplam nüfus içindeki payı;

⁶ 30.03.2013 tarih, 28603 sayılı Resmi Gazete.

⁷ 5378 sayılı kanun, 07.07.2005 tarih, 25878 sayılı Resmi Gazete.

⁸ Servet Arıoğul, Geriatri ve Gerontoloji, Nobel Yayınevi, 2006, S.4

⁹ Tanju Beğen, Hakan Yavuzer, Yaşlılık ve Yaşlılık Epidemiyolojisi, Klinik Gelişim Dergisi, 2012;25, S.1-3

%4'ten az ise genç toplum,

%4-7 arasında ise olgun toplum,

%7-10 arasında ise yaşlı toplum,

%10'dan fazla ise çok yaşlı toplum, şeklinde adlandırma yapılmaktadır¹⁰. 2012 yılı itibarıyla 65 yaş ve üstü nüfus oranı %7,5 olan ülkemiz de dünyanın yaşlı toplumları arasına girmiştir. TÜİK nüfus projeksiyon tablolarına baktığımızda ise bu oranın 2050'lerde %20, 8'lere çıkacağı görülmektedir. Tüm bu veriler yaşlı haklarına yönelik yapılması gereken düzenlemelerin aciliyetini daha da vurgulamaktadır.

Senaryo Scenario	Yaş grubu Age group	2013	2023	2050	2075
Senaryo 1 ⁽¹⁾ Scenario 1	0-14	18 751 164	17 854 319	14 694 508	13 026 803
	15-64	51 852 082	57 768 287	59 296 228	51 472 952
	65 +	5 878 603	8 624 483	19 484 834	24 672 343
(Temel senaryo Basic scenario)	Oran - Proportion (%)				
	0-14	24,5	21,2	15,7	14,6
	15-64	67,8	68,6	63,4	57,7
	65 +	7,7	10,2	20,8	27,7

TABLO.1: TÜİK, NÜFUS PROJEKSİYONLARI, 2013-2075¹¹

B. Engelli ve Yaşlı Hakları

1. Engelli hakları

Ülkemizde engellilere yönelik yasal düzenlemelere genel olarak 1960 yılından sonra rastlanılmakla beraber, Anayasal anlamdaki düzenleme ilk olarak 1982 Anayasası ile yapılmış-

¹⁰ Nazmi Bilir, Modern Tıp Seminerleri-Geriatri, Güneş Kitapevi, 2004, s.2

¹¹ www.tuik.org.tr, Erişim Tarihi: 16.09.2014

TÜRKİYE'DE ENGELLİ HAKLARI'NIN KAMU HİZMETLERİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

tır. 1982 Anayasası 61. maddede kullanılan “Devlet, sakatların korunmalarını ve toplum hayatına intibaklarını sağlayıcı tedbirleri alır” ifadesi ile engelli bireylere yönelik doğrudan bir düzenleme yer almıştır. Bu madde dışında doğrudan olmasa da engellileri ilgilendiren diğer Anayasa maddelerini şu şekilde sıralayabiliriz;

Sosyal Güvenlik başlıklı 60. madde “ Herkes, sosyal güvenlik hakkına sahiptir. Devlet, bu güvenliği sağlayacak gerekli tedbirleri alır ve teşkilatı kurar.”

Çalışma Şartları ve Dinlenme Hakkı başlıklı 50. madde “ Kimse, yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılmaz. Küçükler ve kadınlar ile bedeni ve ruhi yetersizliği olanlar çalışma şartları bakımından özel olarak korunurlar.”

Çalışma Hakkı ve Ödevi başlıklı 49. madde “Çalışma, herkesin hakkı ve ödevidir.”

Kanun Önünde Eşitlik başlıklı 10. madde “Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir”.

Engeliler hakkında kanunlar bazında pek çok kanunda düzenlemeler yer almaktadır. Bunları sıralamak gerekirse¹²;

Özürlüler ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun,

65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Güçsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Kanun,

Belediye Kanunu,

Büyükşehir Belediyesi Kanunu,

Deniz İş Kanunu,

Devlet Memurları Kanunu,

Emlak Vergisi Kanunu, Esnaf ve Sanatkârlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu,

¹² Çınarlı, s.21-22

Evrensel Hizmetin Sağlanması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun,

Gelir Vergisi Kanunu,

Gümrük Kanunu,

Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun,

İl Özel İdaresi Kanunu,

İlköğretim ve Eğitim Kanunu,

İmar Kanunu,

İş Kanunu,

Kalıtısal Hastalıklarla Mücadele Kanunu,

Karayolları Trafik Kanunu,

Kat Mülkiyeti Kanunu,

Katma Değer Vergisi Kanunu,

Mesleki Eğitim Kanunu,

Milli Eğitim Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun,

Milli Eğitim Temel Kanunu,

Motorlu Taşıtlar Vergisi Kanunu,

Noterlik Kanunu,

Nüfus Hizmetleri Kanunu,

Özel Öğretim Kurumları Kanunu,

Özel Tüketim Vergisi Kanunu,

Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun,

Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun,

Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu,

Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun,

TÜRKİYE'DE ENGELLİ HAKLARI'NIN KAMU HİZMETLERİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanunu,
Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanunu,
Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu,
Sosyal Sigortalar Kanunu,
Terörle Mücadele Kanunu,
Türk Ceza Kanunu,
Türk Medenî Kanunu,
Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu,
Ulaştırma Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun,

Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun,

Özürlüler İdaresi Başkanlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname,

Özel Eğitim Hakkında Kanun Hükmünde Kararname.

Oysa 01.07.2005 tarih, 5378 sayılı “Özürlüler ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde

Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun” ayrıntılandırılarak engellilere yönelik tüm haklar bir araya toplanabilir. Yasal düzenlemelerin çokluğu ve engellilere yönelik düzenleme ve uygulamaları olan pek çok kurum olması bir koordinatör kurum ihtiyacını doğurmuştur. Bu amaçla Başbakanlık Özürlüler İdaresi Başkanlığı kurulmuştur. “Engellilere yönelik yasal düzenlemelerin fazlalığı, hizmetleri sunmakla yetkili kılınmış kurum ve kuruluşların çokluğu ve dağınık yapıları düşünüldüğünde, yasal durumun dağınıklığının giderilmesi ve hizmetlerin eşgüdümlü yürütülebilmesi için kurulmuş olan Başbakanlık Özürlüler İdaresi Başkanlığı'nın gerçekleştirmek zorunda olduğu işbirliği, bu kurumlarda yürütülen etkinliklerin izlenmesi ve buna bağlı yeni düzenlemelere karar verilmesi oldukça güç gözükmektedir.¹³”

¹³ Çınarlı, s.23

Engellilere yönelik düzenlemeler yapılırken evrensel hukuk ilkelerinden “Eşitlik ve Özel Hayatın Gizliliği” hakkının gözetilmesi, mevzuatların hazırlanması esnasında kişi hak ve özgürlüğünü zedeleyici nitelikteki uygulamalardan kaçınılması esas olmalıdır. T.C. Danıştay 10. Daire E. 2005/8667 K. 2008/401 T. 5.2.2008 tarihli kararı¹⁴ bu esasların göz önünde bulundurulmasına ilişkin oldukça yerinde bir karardır. Doğuştan veya sonradan herhangi bir nedenle meydana gelen bedensel, zihinsel, ruhsal, duyuşsal ve sosyal yeteneklerini %40 ve üzerinde kaybedenlerin, isteklerine bağlı olmak kaydıyla özür lülük oranlarının nüfus cüzdanlarında yer almasını öngören “Özür lülük Veritabanı Oluşturulmasına ve Özür lülük Bilgisinin Nüfus Cüzdanında Yer Almasına Dair Yönetmeliğin”, iptaline ilişkin açılan davada Danıştay 10.Dairesi tarafından alınan karar şu şekildedir. “..... Açıklanan nedenlerle; 30.10.2005 tarih ve 25981 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren Özür lülük Veritabanı Oluşturulmasına ve Özür lülük Bilgisinin Nüfus Cüzdanında Yer Almasına Dair Yönetmeliğin, 2. maddesinde yer alan “özür lülük bilgisinin nüfus cüzdanlarında yer almasına ilişkin usul ve esasları kapsar” ibaresinin, ikinci bölüm başlığının alt başlığında bulunan “Özür lülük Bilgisinin Nüfus Cüzdanında Yer Almasına” ibaresinin ve 7. maddesindeki “Nüfus cüzdanında özür lülülüğüne ilişkin bilgi yer alan her Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı” ibaresi ile anılan maddenin 2. fıkrasında yer alan “Özür lülü olduğunu istenen belgelerle beyan eden ve il müdürlüklerine başvuran Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarının nüfus cüzdanlarının arka yüzünde, “% ... oranında özür lülüdür” ifadesi yer alır.” cümlesinin iptaline, aşağıda dökümü yapılan 120, 10 YTL yargılama gideri ile Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca belirlenen 500 YTL avukatlık ücretinin, davalı idarelerden alınarak davacılara verilmesine, 05.02.2008 tarihinde oyçokluğuyla karar verildi.”

Nitekim 19.07.2008 tarihinde, 26941 sayılı Resmi Gazete- de yayımlanan “Özür lülük Veri Tabanı Oluşturulmasına ve Özür lülülere Kimlik Kartı Verilmesine Dair Yönetmeliğin” 17. maddesi ile dava konusu yönetmelik yürürlükten kaldırılmış

¹⁴ www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 08.02.2014

TÜRKİYE'DE ENGELLİ HAKLARI'NIN KAMU HİZMETLERİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

ancak “Özürllüler Veritabanı Oluşturulmasına ve Özürllülük Bilgisinin Nüfus Cüzdanında Yer Almasına Dair Yönetmelik” uyarınca nüfus cüzdanlarına yazdırılan özür oranını gösteren ibarenin geçerliliğini koruduğu ifade edilmiştir.

Çalışma ve Meslek Edinme Hakkı

Engellilerin sosyal yaşama katılımının en önemli şartlarından birisi ekonomik özgürlüklerini kazanabilmeleri, üretken birer birey olabilmeleridir. Engellilerin çalışma yaşamına katılması ile ilgili yasal düzenlemelerimize bakmak gerekirse;

Anayasamızın 61/I maddesinde “Devlet, sakatların korunmalarını ve toplum hayatına intibaklarını sağlayıcı tedbirleri alır” denerek engellilerin toplumsal hayata intibaklarının sorumluluğu devlete verilmiştir.

Anayasamızın 49/I maddesinde ise “Çalışma, herkesin hakkı ve ödevidir” denilmek suretiyle çalışma toplumun tüm bireyelerine Anayasal bir hak olarak sunulmuştur.

4857 sayılı İş Kanunu'nun Özürllü ve Eski Hükümlü Çalıştırma Zorunluluğu başlıklı 30. maddesine göre “İşverenler, elli veya daha fazla işçi çalıştırdıkları özel sektör işyerlerinde yüzde üç özürllü, kamu işyerlerinde ise yüzde dört özürllü” personel istihdam etmek zorundadır denilerek engellilerin hemen her meslek kolunda iş bulabilmesinin önü açılmıştır.

Meslek edinme ve çalışma konusunda engelliler arasında da bir ayrımcılık mevcut olup, zihinsel engellilerin iş yaşamına katılımı ile ilgili herhangi bir kota ve düzenleme mevcut değildir. Yani zihinsel engellilerin istihdamına yönelik bir düzenleme yapılmayarak, engelliler arasında da bir ayrımcılık yaratılmıştır. Amerikan Özürllüler Derneği tarafından zihinsel engel “Zihinsel işlevlerin önemli derecede ortalamanın altında olması, iletişim, öz bakım, ev hayatı, sosyal beceriler, toplumsal hayata katılım, inisiyatif kullanma, sağlık ve güvenlik, işlevsel akademik beceri, boş zamanı değerlendirme ve iş alanlarından **iki ya da daha fazlasında sınırlılıklar göstermesi** şeklinde tanımlanmaktadır.”

Eğitim Görme Hakkı

Temel olarak eğitimin amacı bireylerin zihinsel, bedensel, duygusal, toplumsal yeteneklerinin ve davranışlarının geliştirilmesi veya bireylere yeni yetenekler, davranışlar, bilgiler kazandırılmasıdır¹⁵. Engelli bireylerin eğitimi daha özel ve özerk bir konu olup, kişinin engeline yönelik eğitim şeklinin planlanması esastır. Engelli bireylerin eğitimi ile ilgili yasal düzenlemelerimize bakmak gerekirse;

Anayasamızın 42. maddesinde *“Devlet durumları sebebiyle özel eğitime ihtiyacı olanları topluma yararlı kılacak tedbirleri alır”* denilmek suretiyle özel eğitime ihtiyacı olduğu aşikâr olan engelli bireylere eğitim imkânının sağlanması görevi Devlete verilmiştir.

573 sayılı *“özel eğitim hakkında kanun hükmünde kararname”* ile özel eğitim gerektiren bireyler ve eğitim ihtiyaçları tanımlanmıştır.

Bu KHK ile eğitimlerin, özel eğitim gerektiren bireyleri sosyal ve fiziksel çevrelerinden mümkün olduğu kadar ayırmadan planlanması ve yürütülmesi ile ailelerin eğitim sürecine aktif katılımının sağlanması temel ilke olarak benimsenmiştir.

Burada engelli bireylerin eğitim hakkına yönelik bir yargı kararını paylaşmanın faydalı olacağını düşünüyoruz. Danıştay 8. Dairesinin (E: 2003/614 K: 2004/1921 T: 22.04.2004) bir kararında; *“Özet: Zihinsel özörlöler sistematik bir eğitim ve bakıma ihtiyaç duyduklarından, Zihinsel Özörlöler Özel Eğitim Merkezleri Yönetmeliğinin 2. maddesiyle getirilen 21 yaş sınırlamasının, Anayasa ile belirlenmiş bulunan sosyal devlet ilkesine aykırı olduğu hakkında.*

Davanın Özeti: Davacının çocuğunun, 21 yaşını doldurduğu için Özel ... Zihinsel Özörlöler Rehabilitasyon Merkezine kabul edilmesine ilişkin işlem ile özel eğitime muhtaç bireylere verilen eğitime yönelik yaş sınırlamaları getiren, Zihinsel Özörlöler Özel Eğitim Merkezleri Yönetmeliğinin 2. maddesinin, hukuka aykırı olduğu,

¹⁵ Çınarlı, s.43

TÜRKİYE'DE ENGELLİ HAKLARI'NIN KAMU HİZMETLERİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

anılan yaş sınırlanmasının özürlü şahısların rehabilitasyonuna zarar verici nitelikte bulunduğu, özürülülerin eğitiminin sürekliliğinin esas olduğu, anılan düzenlemelerin sosyal devlet ilkesine de uygun olmadığı ileri sürülerek iptalleri istenilmektedir.

Karar: Açıklanan nedenlerle, davaya konu Yönetmeliğin 2. maddesinin ve Özel ... Özürülüler Rehabilitasyon Merkezinin 15.04.2002 günlü işleminin iptaline, toplam 44.730.000.- lira yargılama giderleri ile davanın karara bağlandığı tarihte yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca belirlenen 300.000.000.- lira avukatlık ücretinin davalı idareden alınarak davacıya verilmesine, artan 31.000.000.- lira posta ücretinin istemi halinde davacıya iadesine 22.04.2004 gününde oybirliği ile karar verildi" denilmektedir.

Bu karar son derece önemli bir karardır. Çünkü yasal düzenlemelerle yasa koyucu ve siyasal iktidarlar her zaman engellinin ücretsiz eğitim alma hakkını kısıtlama eğilimine girmektedirler. Engellinin eğitiminin bir ömür boyu sürmesi gerektiği ve bunu kısıtlayan düzenlemelerin Anayasamızın sosyal devlet ilkesine aykırı olduğuna ilişkin karar engelli hakları gelişiminde çok önemli bir dayanak olmuştur.

14.07.2009 tarih, 27288 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan, 2009/15137 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile Ülkemiz Birleşmiş Milletler "Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme" ye taraf olmuştur. Bu sözleşmenin 24.maddesinde ; "1. Taraf Devletler engellilerin eğitim hakkını tanır. Taraf Devletler, bu hakkın fırsat eşitliği temelinde ve ayrımcılık yapılmaksızın sağlanması için eğitim sisteminin bütünleştirici bir şekilde her seviyede engellileri içine almasını ve ömür boyu öğrenim imkanı sağlar¹⁶." denilerek engelli vatandaşlara eğitimde fırsat eşitliği sağlanması gözetilmiştir ki bu Anayasamızın 10 maddesine¹⁷ de para-

¹⁶ www.resmigazete.gov.tr, Erişim Tarihi: 08.02.2014

¹⁷ 07.11.1982 tarih, 2709 nolu, Anayasa 10.madde: Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. (Ek fıkra: 7/5/2004-5170/1 md.) Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. (Ek cümle: 12/9/2010-5982/1 md.) Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz. (Ek fıkra: 12/9/2010-5982/1 md.) Çocuklar, yaşlılar, özürülüler, harp ve

lellik teşkil etmektedir. Nitekim T.C. Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu E. 2008/2220 K. 2012/2239 T. 21.11.2012 kararı¹⁸ da bu yönde alınmış bir karardır. Danıştay Sekizinci Dairesi 14/05/2008 günlü, E:2007/7774, K:2008/3520 sayılı kararlar, “milli eğitimin temel amaçları doğrultusunda sağlıklı bireylerin yetişmesinde en önemli rol öğretmenlere düştüğünden, öğretmenlerin bu amaca yönelik yeterli formasyon ve fiziki yeterliliğe sahip olmaları gerektiği, öğretmen-öğrenci iletişiminin temelinin gözleme dayalı olması” gerekçe gösterilerek görme engelli vatandaşın Anadolu Öğretmen Lisesinde okuma talebinin reddi kararı, Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu tarafından bozulmuştur. Davayı kısaca özetlemek gerekirse; “görme engelli olan davacının Anadolu Öğretmen Liselerine başvuru koşulunu taşımadığına ilişkin Görme Engelliler İlköğretim Okulu Müdürlüğü’nün işlemi ile işlemin dayanağı Milli Eğitim Bakanlığı Anadolu Öğretmen Liseleri Yönetmeliği’nin 9. maddesinin (f) bendinde yer alan “körlük ve şaşılık” ibaresinin iptali istemiyle açılmıştır. Anayasa ve yasal mevzuat ile Birleşmiş Milletler Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme uyarınca, hiçbir gerekçeyle engellilerin eğitim alması engellenemeyeceği gibi, engelli çocuklara, gençlere ve yetişkinlere, özel durumları ve farklılıkları dikkate alınarak, bütünleştirilmiş ortamlarda ve engelli olmayanlarla eşit eğitim imkânı sağlanması gerektiği; yükseköğretim kurumlarına öğrenci seçme ve yerleştirme sistemimizde Anadolu öğretmen liselerinden mezun olan öğrenciler yükseköğretim programı olarak öğretmenlik bölümleri dışındaki bölümleri seçme hakkına sahip olduğu gibi, diğer ortaöğretim kurumlarından mezun olanların da öğretmenlik bölümlerini seçebilme hakkına sahip olduğu, diğer ortaöğretim kurumlarında eğitim gören engelli bir öğrenci öğretmenlik bölümlerini seçebilme imkânına sahip olurken, davalı idarece dava konusu Yönetmelik hükmü ile engelli öğrencilerin Anadolu öğretmen liselerinde eğitim görme hakkının, engellilerin öğretmen olamayacaklarından bahisle engellendiği, davalı idare tarafından, engellilerin, öğretmenlik mesleğine has bazı niteliklere sahip olmadığı için öğretmen olamayacakları

vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz.

¹⁸ www.kazanci.com, Erişim Tarihi:08.02.2014

TÜRKİYE'DE ENGELLİ HAKLARI'NIN KAMU HİZMETLERİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

belirtilmişse de, bu saptamanın, engellilere yönelik açık bir ayrımcılık niteliğinde olduğu, öğretmenlik branşları dikkate alınmaksızın ve somut dayanaklar olmaksızın yapıldığı ve bu nedenle hukuka uyarlık bulunmamaktadır.” şeklindedir.

c. Temsil Edilme Hakkı

Engelli bireyler engellerinin tipine göre tüm yaşamları boyunca bakım hizmetlerine ihtiyaç duyabilirler. Bunun yanında, birey reşit olsa bile, kendi kararlarını verebilme yetisi içinde olamayacağı için, zihinsel engelli bireylerin temsil edilme zarureti bulunmaktadır¹⁹. Yasal mevzuatımızda bu konuya yönelik düzenleme 4721 sayılı Medeni Kanun ile fiil ehliyeti (haklarını kullanabilme) bölümünde yapılmış olup, Medeni Kanuna göre “akıl hastalığı veya akıl zayıflığı sebebiyle işlerini göremeyen veya korunması ve bakımı için kendisine sürekli yardım gereken ya da başkalarının güvenliğini tehlikeye sokan her ergin” vesayet altına alınır. Ayrıca “yaşlılığı, sakatlığı, deneyimsizliği vb nedenlerle işlerini yürütemediğini ispatlayan her birey” kısıtlanmasını ve vesayet altına alınmayı isteyebilir.

Rehabilitasyon ve Sağlık Hizmetlerinden Yararlanma Hakkı

Rehabilitasyon, engelli bireyin yaşamını sürdürürken diğer bireylere ve nesnelere muhtaçlığını en aza indirmek amacıyla uygulanacak tedavidir. Engelli bireylerin fonksiyonel kapasitelerini artırmak, fonksiyonel kısıtlarını azaltmak ve yaşam kalitelerini artırmak amacıyla engellilere yönelik rehabilitasyon programları düzenlenmelidir.

5378 sayılı Engelliler Hakkında Kanununun 10 maddesinde “Rehabilitasyon hizmetleri toplumsal hayata katılım ve eşitlik temelinde engellilerin bireysel ve toplumsal ihtiyaçlarını karşılamaya yönelik olarak verilir. Rehabilitasyon kararının alınması, plânlanması, yürütülmesi, sonlandırılması dâhil her aşamasında engelli ve ailesinin aktif ve etkili katılımı esastır. Rehabilitasyonun her alanında ih-

¹⁹ Çınarlı, s.49

tiyaç duyulan personelin yetiştirilmesine yönelik eğitim programları geliştirilir ve bu personelin istihdamı için gerekli önlemler alınır.” denmek suretiyle engelli bireylerin rehabilitasyonu dolayısıyla topluma kazandırılması hedeflenmiştir.

T.C. Danıştay 12. Dairesinin (E. 2008/4781 K. 2009/5361 T. 14.10.2009) sayılı kararında; “Memur olarak çalışan davacının engelli çocuğunun gördüğü fizik tedavi ve bireysel eğitim seansları sırasında yanında bulunarak bilgi edinebilmek amacıyla günde 2 saat, haftada 3 gün yıllık kanuni izninin haricinde izinli sayılması için yaptığı başvurunun reddine dair işlemde hukuka aykırılık görülmemiştir.

Adana Sigorta İl Müdürlüğünde memur olarak görev yapan davacının engelli olan çocuğunun gördüğü fizik tedavi ve bireysel eğitim seansları sırasında yanında bulunarak bilgi edinebilmek amacıyla günde iki saat süreyle haftada 3 gün yıllık kanuni izninin haricinde izinli sayılması istemiyle yaptığı başvurusunun reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada, Danıştay On ikinci Dairesinin 26.10.2007 günlü, E:2007/4021, K:2007/4641 sayılı bozma kararına uyularak, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 102, 103, 104 ile 108 maddelerinde izinlerin ne şekilde ve hangi şartlarda kullanılacağı düzenlenmiş olduğu, bu maddelerde engelli çocuğu olan Devlet memurlarına engelli çocuğun rehabilitasyonu süresinde izin verileceğine dair bir hüküm bulunmadığı, dava konusu başvuruya dayanak alınan 5378 sayılı Yasanın 10. maddesinde yer alan” Rehabilitasyon hizmetlerine özürlü ve ailesinin aktif ve etkili katılımı esastır.” hükmünden Devlet memurunun tabi olduğu 657 sayılı Yasada ya da başka hiçbir yasada öngörülmemiş olan bir izni kullanma hakkının öngörüldüğü anlamı çıkmayacağı, bu nedenle davacının engelli çocuğunun rehabilitasyonuna katılmak için izinli sayılması yolundaki başvurusunun reddine ilişkin işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddi yolunda Adana 2. İdare Mahkemesince verilen 18.02.2008 günlü, E:2008/184, K:2008/215 sayılı kararın, dilekçede yazılı nedenlerle 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesi uyarınca temyizden incelenerek bozulması isteminden ibarettir.

Adana 2. İdare Mahkemesinin 18.02.2008 günlü, E:2008/184,

TÜRKİYE'DE ENGELLİ HAKLARI'NIN KAMU HİZMETLERİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

K:2008/215 sayılı karar ve dayandığı gerekçe hukuk ve usule uygun olup bozulmasını gerektirecek bir sebep de bulunmadığından temyiz isteminin reddi ile anılan kararın onanmasına karar verilmiştir.

Engelli bireyin görmüş olduğu tedavi sırasında velisinin yanında bulunması ve bu konuda memur olan anne velinin kurumundan izin alma hakkının 657 sayılı yasada yer alması da 5378 sayılı yasaya göre bulunduğunun kabulü önemli ve yerinde bir karardır.

Sağlık Hakkı çerçevesinde değinmek istediğimiz bir diğer konu Sağlık Uygulamalarında engellilere yönelik yapılan düzenlemelerdir. Sağlık Bakanlığı Tedavi Hizmetleri Genel Müdürlüğü tarafından yayımlanan 2010/73-80 sayılı genelgede belirlenen poliklinik hizmetlerinde öncelik sırası tanınacak hasta grupları arasında engelli ve 65 yaş üstü vatandaşlarımız da sayılmıştır²⁰. 07.12.2010 tarih, 47308 sayılı Özürlü Kişilere Yönelik Sağlık Hizmetlerinin Sunumuna İlişkin Genelge'de sayılan pek çok şartlardan biri de sağlık kurumlarında işitme engelli hastalarla iletişimi sağlamak üzere işaret dili bilen personel istihdam edilmesidir ki bu çerçevede sağlık kurumlarında pek çok personel işaret dili eğitimi almıştır.

Sağlık Bakanlığı tarafından sağlık tesislerinde engelli vatandaşlara yönelik sağlık hizmetlerinin sunumunda eksiklik

²⁰ Poliklinik Hizmetlerinde Öncelik Sırası Genelgesi, "12 Eylül 2010 tarihinde "Halk Oylaması"na sunularak kabul edilen 5982 sayılı "Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" hükümleriyle Anayasamızın 10 uncu maddesine eklenen fıkralarda yer alan; "Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz." hükmü ile "Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malül ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz." hükmü özellikle dikkate alınarak, genel hizmetin aksamasına meydan vermeyecek şekilde poliklinik muayenelerinde öncelik sırası alacak gruplar aşağıdaki şekilde yeniden belirlenmiştir.

- A) Acil vakalar (Ani gelişen hastalık, kaza, yaralanma ve benzeri durumlar ile ivedilikle tıbbi müdahale yapılması gerektiğine hekim tarafından karar verilen vakalar),
- B) Özürlüler (Değişik 2010/80 sayılı Genelge),
- C) Hamileler,
- D) 65 yaş üstü yaşlılar,
- E) Yedi yaşından küçük çocuklar,
- F) Harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malül ve gaziler, "

ve sorunların daha net bir şekilde belirlenebilmesi amacıyla “Engelli Bireylere Yönelik Sağlık Tesisi Denetleme Formu” hazırlanmış ve ilgili form Türkiye Kamu Hastaneleri Kurumu tarafından tüm Kamu Hastaneleri Birlikleri’ne gönderilmiştir. İlgili genelgeye göre Ocak 2014 itibariyle her ayın 15-25’i arasında 3 kişilik bir ekip tarafından Genel Sekreterliğe bağlı sağlık tesislerinin incelenmesi ve gerekli iyileştirmelerin yapılması öngörülmektedir²¹. Engelli Bireylere Yönelik Sağlık Tesisi Denetleme Formu ile;

Sağlık tesisinin bahçesinde yaya güvenliği sağlanması (Yaya kaldırımı genişliği net olarak en az 150 cm, yüksekliği 7-15cm olmalı),

Otopark alanlarında, engelliler için en az 1 olmak üzere toplam park yeri sayısının %5’i kadar yer ayrılması,

Sağlık tesislerinin bahçe ana girişinde görme engellilerin rahatça ulaşabileceği bir yerde “Hastane Yerleşkesi Kabartma Haritası” bulunması,

Bina girişlerinin engellilere uygun olarak düzenlenmesi,

Sağlık tesislerinin giriş çıkışlarının, rampa eğimlerinin ve sahanlık alanların engelli hastaların rahat ulaşımını sağlayacak şekilde düzenlenmesi (%6 rampa eğimi, en az 100 cm rampa temiz genişliği vb.),

Acil, Poliklinik, Servis girişlerinde bilgilendirme, yönlendirme, uyarı amaçlı bilgilendirme işaret ve sistemlerinin bulunması (100-160 cm yükseklikte kabartmalı Braille alfabesi ile yazılmış bilgilendirme panosu, zıt renklerle hazırlanmış yönlendirme levhaları vb.),

Hissedilebilir Yüzey Uygulamaları olması,

Bina içi yatay dolaşım alanlarının engellilere uygun düzenlenmesi(Tüm dolaşım alanları boyunca çöp kutusu, su sebili,

²¹ http://www.tkhk.gov.tr/TR_5726/engelli-bireylere-yonelik-saglik-tesisleri-denetleme-fo-.html, Erişim tarihi: 08.02.2014

TÜRKİYE'DE ENGELLİ HAKLARI'NIN KAMU HİZMETLERİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

çay kahve makinesi vb. engellerden arındırılmış en az 110 cm geçiş genişliği vb.),

Asansörlerde engellilere yönelik düzenleme yapılması (Kabin dışı çağrı düğmelerinde kabartmalı semboller kullanılması, kabin iç ve dış kontrol düğmelerinin yerden yüksekliğinin 90-120 cm, kapı genişliğinin en az 90 cm olması vb.),

Merdivenlerin engellilere uygun düzenlenmesi (basamak genişliği en az 28 cm, basamak yüksekliği en fazla 15-18 cm olması vb.),

Engelli bireylere özel 1(bir) poliklinik odası bulunması,

Poliklinikler ve servislerde bir kadın ve bir erkek engelli hasta olmak üzere, standartlara uygun en az 2 engelli tuvaleti bulunması,

Engelli hasta odalarında uygun lavabo ve banyo bulunması,

İşaret dili bilen personel bulundurulması,

Engelli bireylere hastane içi ve dışı refakat edebilecek personel görevlendirilmesi ile ilgili şartlar ayrıntılı olarak denetlenmektedir.

Ülkemizdeki hastanelerin yapılma tarihleri göz önünde bulundurulduğunda sağlık tesislerinin bu şartların ne kadarını yerine getirebileceğinin tartışılması gereken bir konu olduğu kanaatindeyiz. Yasal düzenlemelerle sağlık kurumlarının engellilere tam uyumlu hale getirilmesi konusunda düzenlemeler dışında bu konuda ciddi yaptırımlar getirilmesi gerekmektedir.

Engellilere yönelik sağlık hakkı ve engellilerin bedenleri üzerine yapılan müdahaleler açısından ABD ve tüm dünyada olduğu gibi ülkemizde de geniş yankı uyandıran "Ashley Tedavisi" ve uygulanmasına hukuki ve etik açıdan değinmenin faydalı olacağı kanaatindeyiz. Ashley statik ensefalopati olarak adlandırılan bir hastalıkla dünyaya gelmiştir. Yürüme, konuşma, yeme, dik oturma ve bunun gibi pek çok yaşamsal fonk-

siyonu yapamamakta olup, beyinsel gelişimi üç aylık bebek aşamasında kalmıştır. 2004 yılında Seattle'deki bir çocuk hastanesinde yapılan operasyonlar çerçevesinde rahimi ve meme tomurcukları²² ameliyatla alınmış ve büyümenin durması/ yavaşlatılması için kendisine yüksek doz östrojen tedavisi uygulanmıştır²³. Etik komite yapılan operasyonlara Ashley'in daha iyi durumda olacağına inandığı için onay vermiştir. Operasyonlar ve tedavi sonrasında Ashley bütün yaşamı boyunca 9 yaşında kalacaktır. Yani yaşam Ashley için donmuştur²⁴. ABD engelli kişilerin hakları ve haysiyetinin korunması ve geliştirilmesi sözleşmesinin 17. maddesi herkes gibi engellilerin de fiziksel ve mental bütünlüklerine saygı ve diğer insanlarla eşitlik haklarının olduğu üzerinedir. Ashley'in fiziksel bütünlüğü yapılan operasyonlarla açıkça ihlal edilmiştir. Doğal olarak gelişen bir varlık iken vücudu radikal değişikliklere uğratılmış, üstelik tüm bunlar onun izni olmadan yapılmıştır²⁵. Etik tartışmalar iki noktada yoğunlaşmaktadır. Kişinin özerkliğine saygı ilkesi ve özerkliği azalmış kişilerin korunması ilkesi²⁶. Ailesi tarafından "yastık meleği"²⁷ olarak adlandırılan Ashley'e tedavinin uygulanmasının ardından ABD'de pek çok aile kendi çocukları için de tedavi talebiyle başvurmuştur²⁸. Ülkemizde de 2007 yılında Ankara'da bir aile spastik olarak dünyaya gelen oğullarının büyümesinin durdurulması için benzer bir tedavi uygulanması istemiyle Sağlık Bakanlığı'na başvurmuştur. Etik Kurul'da yer alan Diyanet İşleri Başkanlığı Din İşleri Yüksek Kurulu Üyesi Prof. Dr. Saim Yeprem, "Sadece İslam dini değil, buna onay verecek hiç bir din yok" diyerek, "İslam dini-

²² Histerektomi ve Brest Buds

²³ S. Matthew Liao, Julian Savulescu, and Mark Sheehan, "The Ashley Treatment: Best Interests, Convenience, and Parental Decision-Making," Hastings Center Report 37, no. 2 (2007): 16-20, s.16

²⁴ Steven D. Edwards, The Ashley Treatment: A Step Too Far, or Not Far Enough? Author(s): S. D. Edwards, Journal of Medical Ethics, Vol. 34, No. 5 (May, 2008), pp. 341-343, s.341

²⁵ Edwards, s.342

²⁶ Tan, N Brassington, I, Agency, duties and the 'Ashley treatment, Journal of Medical Ethics. November 2009, Vol. 35, Issue 11, pp. 658-661

²⁷ Pillow Angel

²⁸ <http://www.kenthaber.com/Haber/saglik/Normal/ashley-tedavisi-icin-sira/2f0e8dd9-024b-4629-bd82-57b61274482e>, Erişim Tarihi: 08.02.2014

TÜRKİYE'DE ENGELLİ HAKLARI'NIN KAMU HİZMETLERİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

nin iyileşme şansı olmayan bir hastanın yaşama şansını elinden almayı onaylamayacağını” söylemiştir²⁹. Çocuk Nöroloğu, Radyoloji Uzmanı, Deontolog, Halk Sağlığı Uzmanları, Çocuk Psikiyatristi, Çocuk Endokrinoloğu, Genel Cerrah, Türk Eczacıları Birliği ve Türk Tabipleri Birliği temsilcilerinden oluşan Etik Kurul, bu tür tıbbi müdahaleyi etik kurallara uygun bulmadığını, yöntemin olumlu sonucu olduğunu gösteren literatür bilgisi olmadığını, Ashley tedavisinin dünyada sadece ABD’de uygulanan bir yöntem olduğunu, yaygın bir uygulama olmadığını ifade ederek, dünyada şu ana kadar bu yöntemle ilgili yeterli sonuç bulunmaması nedeniyle reddetmiştir³⁰.

Tatil ve Seyahat Hakkı

Engelli bireylerin yaşamın tüm kesimlerine entegre olması çok önemlidir. Engelli bireylerin diğer bireyler gibi seyahat etmeye ve tatil yapmaya ihtiyaçları vardır. Bu çerçevede turizm alt yapısını oluşturan ulaşım, konaklama ve diğer öğelerin engelli bireyler tarafından kullanımını sağlamak amacıyla düzenlemeler yapılmalıdır. Türk hukukunda engelli bireylerin tatil ve seyahat hakkına yönelik tek düzenleme taşımacılık hizmetlerinden yararlanmadaki indirimler hariç tutulursa, *Turizm Tesislerinin Belgelendirilmesine ve Niteliklerine İlişkin Yönetmelik ve bu yönetmeliğin uygulanmasına dair tebliğ*³¹ yer almaktadır. Anılan tebliğin 20. maddesinde tesis kapasitesinin %1’i oranında odanın engellilere yönelik olarak düzenlenmesi öngörülmekte, oda ve çevre düzenlemeleri ile ilgili şartlar sıralanmıştır.

Spor Yapma Hakkı

Sporun bireyin topluma uyumunu sağlayan, kişilerin ruh ve beden sağlıklarını güvence altına alan bir uğraşı alanı olduğuna ilişkin tanımlama engelli birey için de sporun ne derece

²⁹ <http://www.medimagazin.com.tr/medimagazin/tr-engelli-cocugu-icin-8220ashley-tedavisi8221-istiyor-676-322-3928.html>, Erişim Tarihi: 08.02.2014

³⁰ <http://www.radikal.com.tr/haber.php?haberno=219624>, Erişim Tarihi: 08.02.2014

³¹ 26.06.2011 tarih, 27976 sayılı Resmi Gazete

önemli olduğunu göstermektedir. Engelli birey için topluma uyum sağlama açısından birlikte çalışma ve paylaşma alışkanlığı kazanmak, dolayısıyla spor yapma olanaklarına sahip olabilmek son derece önemlidir. Türkiye’de engellilere yönelik spor hizmetlerini düzenleyen kanunlar mevcuttur. Bunlardan en önemlisi 3289 sayılı Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun’da yer alan Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğünün görev ve yetkileri başlıklı 2. maddenin “o” (Ek: 1/7/2005-5378/33 md.) fıkrasıdır. Anılan fıkra da Genel Müdürlüğün engelli bireylerin spor yapabilmelerini sağlamak ve yaygınlaştırmak üzere; *“spor tesislerinin engellilerin kullanımına da uygun olmasını sağlamak, spor eğitim programları ve destekleyici teknolojiler geliştirmek, gerekli malzemeyi sağlamak, konu ile ilgili bilgilendirme ve bilinçlendirme çalışmaları ile yayınlar yapmak, spor adamları yetiştirmek, engelli bireylerin spor yapabilmesi konusunda ilgili diğer kuruluşlarla işbirliği yapmak”*, şeklinde görevleri olduğu belirtilmiştir.

Korunma Talep Edebilme Hakkı

Korunma ve engellilik kavramı çok sıkı bir ilişki içindedir. Korunma engelliğin ortaya çıkmasından önceki aşamada başlayıp, ortaya çıkışından sonraki dönemde yaşam kalitesini etkilemesi, toplum içinde yer edinmesini sağlaması ve eğitim ve mesleki alanlarda hizmete ulaşmasında farklı düzeylerde önem arz etmektedir. Korunma kavramı yalnızca sağlık hizmetleriyle ilişkili olmayıp, kişinin sağlıklı yaşam hakkı çerçevesinde sağlık hizmetlerinden eşit kapsamlı entegre ve sürekli biçimde yararlanması hakkı ile yasal gereklilikleri de içermektedir. Ülkemizde 5378 sayılı Özürlüler ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun Erken Tanı ve Koruyucu Hizmetler başlıklı 11. maddesinde “Yenidoğan, erken çocukluk ve çocukluğun her dönemi fiziksel, işitsel, duyuşsal, sosyal, ruhsal ve zihinsel gelişimlerinin izlenmesi, genetik geçişli ve özürllülüğe neden olabilecek hastalıkların erken teşhis edilmesinin sağlanması, özürllülüğün önlenmesi, var olan özrüñ şiddetinin olabilecek en düşük seviyeye çekilmesi ve ilerlemesinin durdurulmasına

TÜRKİYE'DE ENGELLİ HAKLARI'NIN KAMU HİZMETLERİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

ilişkin çalışmalar Sağlık Bakanlığınca planlanır ve yürütülür” düzenlemesine yer verilmiş ve engellikten korunma konusunda Sağlık Bakanlığı her türlü hizmeti vermekle yükümlü kılınmıştır. Ayrıca 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununun 3. maddesinde “Özürlü çocuk doğumlarının önlenmesi için, gebelik öncesi ve gebelik döneminde tıbbi ve eğitsel çalışmalar yapılır. Yeni doğan bebeklerin metabolizma hastalıkları için gerekli olan testlerden geçirilerek risk taşıyanların belirlenmesine ilişkin tedbirler alınır.” denerek görev Sağlık Bakanlığı'na verilmiştir.

İletişim Kurma Hakkı

Engelli bireyler, ancak iletişim haklarının geliştirilmesi ve korunmasıyla topluma ve aktif yaşama katılabilirler. Engelli bireylerin bilgiye ulaşmasında önemli engeller bulunmaktadır.

Engelli bireyler hareket kısıtlılıkları ve duyuşsal engelleri nedeniyle mevcut iletişim hizmetlerini kullanamamaktadırlar ve bilgiye ulaşmakta zorlanmaktadırlar. Türkiye’de 16.06.2006 tarih ve 5369 sayılı Evrensel Hizmetin Sağlanması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunda sabit telefon hizmetlerinin, ankesörlü telefon hizmetlerinin, basılı veya elektronik ortamda sunulacak telefon rehber hizmetlerinin, acil yardım çağrıları hizmetlerinin, temel internet hizmetlerinin, ulaşımı yalnız deniz yoluyla sağlanabilen yerleşim alanlarına yapılan yolcu taşıma hizmetleri ile denizde tehlike ve emniyete ilişkin haberleşme hizmetlerinin sağlanmasında, engellilerin evrensel hizmetten yararlanabilmesi için uygun fiyatlandırma ve teknoloji seçeneklerinin uygulanabilmesi için tedbir alınacağı düzenlenmiştir.

2. Yaşlı Hakları

Ülkemiz yaşlılara sunulan haklar konusunda nerededir diye baktığımızda, 1982 Anayasa’sınının 61. maddesinde “Yaşlılar, Devletçe korunur. Yaşlılara Devlet yardımı ve sağlanacak diğer haklar ve kolaylıklar kanunla düzenlenir.” denerek olaya Anayasa düzeyinde bir bakış açısı getirilmiş ancak bu kanun

anlamında düzenlemeler olarak hayata geçirilememiştir. Ülkemizde bu alanda yapılan yasal düzenlemeler olarak sayabileceğimiz;

2828 Sayılı Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanunu

5579 Sayılı **Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun**

633 sayılı Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname

65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Gücsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşları ile Özürlü ve Muhtaç Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Yönetmelik (25.01.2013 tarih, 28539 sayılı RG)

Evde Bakım Hizmetleri Sunumu Hakkında Yönetmelik (10.03.2005 tarih, 25751 sayılı RG)

Kamu Kurum ve Kuruluşları Bünyesinde Açılacak Huzurevlerinin Kuruluş ve İşleyiş Esasları Hakkında Yönetmelik (05.04.1987 tarih, 19422 sayılı RG)

Özel Huzurevleri ile Huzurevi Yaşlı Bakım Merkezleri Yönetmeliği (07.08.2008 tarih, 29960 sayılı RG)

Yaşlı Hizmet Merkezlerinde Sunulacak Gündüzlü Bakım ile Evde Bakım Hizmetleri Hakkında Yönetmelik (07.08.2008 tarih, 29960 sayılı RG)

Olaya tıp alanından bakmak gerekirse dünyada olduğu gibi ülkemizde de geriatri anabilim dalları kurulmaya başlanmıştır. Geriatri, hayatın ilerleyen yıllarında, kişilerin sağlığının korunması, hastalıklarının önlenmesi, toplumdan soyutlanmadan yaşamlarını aktif olarak sürdürmeleri ve çok yönlü değerlendirmelere dayalı tedaviyi hedef alan bilimsel uygulamaları içeren bilim dalıdır ve 21. yüzyılın en önemli bilim kollarından biri olacaktır.

Yaşlılık fizyolojik bir olay olmasının yanında bir engel ola-

rak değerlendirilebilir ve buna uygun düzenlemeler yapılabilir mi? Bilindiği üzere artan yaşla birlikte kişinin bilişsel ve kognitif yetilerinde azalma meydana gelmektedir. Tıptaki gelişmeler, kişilerin sosyo-ekonomik düzeyindeki artma, uygulanan beslenme rejimleri vb. durumlar son yıllarda ortalama yaşam ömrünün uzamasına neden olmuştur. Uzayan yaşam sonucunda kronik hastalıklar ve bunların tedavisi için çok sayıda ilaç kullanan birey sayısında artış meydana gelmiştir. Sağlık Bakanlığı tarafından yayınlanan ve sağlık kurumlarında tedavi gören hastaların düşme riskinin ölçülmesinde kullanılması önerilen "İtali Düşme Riski Ölçeğinde"³² bireyin 4 ve üzeri ilaç kullanması, hipertansiyon, diyabet, dolaşım sistemi hastalıkları ve bu hastalıklarda kullanılan ilaçlar da riski arttıran faktörler olarak kabul edilmiştir. Bize göre 65 yaş üstü bireyin yalnızca kronik hastalığı olması ve buna bağlı tedavi görüyor olması dahi ona ayrıcalıklı yaklaşılmasını gerektirmektedir. Ancak T.C. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi E. 1977/1622 K. 1977/1743 T. 1.3.1977 tarihli kararında³³, "*Babanın felç veya benzeri bir hastalığı olmayıp oldukça yaşlıdır. Yaşlı olmak ise, başlı başına bir "özel bakım" niteliği taşımaz. Onun için yaşlılık yüzünden normalin ötesinde bakım yüküne katlanma zorunluluğunun ispatı gerekir.*" şeklinde bir karar vererek, yaşlılığın özel bakımı gerektirmeyen doğal bir süreç olduğu kararına varmıştır.

SONUÇ

Türkiye de engelli hakları çok farklı mevzuatta toplanmıştır. Bu karışık mevzuatın tek bir kanunda detaylı olarak düzenlenmesi büyük fayda sağlayacaktır.

Engelli hakları yasal düzenlemelerle veya düzenleyici işlemlerle düzenlenirken yüksek yargıya göre sosyal devlet ilkesi göz ardı edilemez.

Yaşlı haklarının ayrıca özel bir kanunda düzenlenmesi artık bir zorunluluk halini almıştır.

³² <http://www.kalite.saglik.gov.tr/index.php?lang=tr&page=267>, Erişim Tarihi: 09.02.2014

³³ www.kazanci.com, Erişim Tarihi:19.01.2014

Sekiz milyonu aşan engelli bireyin kamu hizmetlerinin her alanında hizmet alırken özel düzenlemelerle bir takım ayrıcalıklar sağlanmasına hakkı olduğunun Anayasamızca da güvence altına alınması çok önemli bir adımdır. Ancak yasal düzenlemeler kadar yargı kararları ile de zaman içinde engelli haklarının gelişimi önem arz etmektedir.

Yüksek yargının kamu hizmetleri açısından engelli haklarına bakış açısı çalışmamızda incelediğimiz kararlarda görüldüğü üzere hukuk devleti ve sosyal devlet ilkelerinin katı şekilde uygulanması yönündedir. Bu nedenle kamu hizmetlerinden yararlanırken engelli birey ve yakınları bunu kısıtlayan idari işlemleri yargıya taşımaktan çekinmemelidirler.

KAYNAKÇA:

- Arioğul, Servet. *Geriatrı ve Gerontoloji*, Nobel Yayınevi, 2006
- Bilir, Nazmi. *Modern Tıp Seminerleri-Geriatrı*, Güneş Kitapevi, 2004
- Beğer, Tanju., Yavuzer, Hakan., *Yaşlılık ve Yaşlılık Epidemiyolojisi*, Klinik Gelişim Dergisi, 2012;25
- Çınarlı, Serkan. *Engellilere Yönelik Kamu Hizmetleri*, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 2010
- Öztürk, Mustafa. *Türkiye’de Engelli Gerçeği*, Müstakil Sanayici ve İşadamları Derneği Yayını, İstanbul, 2011
- S. Matthew Liao, Julian Savulescu, and Mark Sheehan, “The Ashley Treatment: Best Interests, Convenience, and Parental Decision-Making,” *Hastings Center Report* 37, no. 2 (2007): 16-20
- Steven D. Edwards, *The Ashley Treatment: A Step Too Far, or Not Far Enough?* Author(s): S. D. Edwards, *Journal of Medical Ethics*, Vol. 34, No. 5 (May, 2008), pp. 341-343
- Tan, N Brassington, J, Agency, duties and the ‘Ashley treatment, *Journal of Medical Ethics*. November 2009, Vol. 35, Issue 11, pp. 658-661
- 07.11.1982 tarih, 2709 nolu, T.C. Anayasası
- 5378 sayılı Engelliler Hakkında Kanun.
- Poliklinik Hizmetlerinde Öncelik Sırası Genelgesi
- www.tuik.gov.tr
- www.resmigazete.gov.tr
- www.kazanci.com
- <http://www.ied.org.tr/forum/thread-364-post-530.html>, Erişim
- <http://www.kenthaber.com/Haber/saglik/Normal/ashley-tedavisi-icin-sira/2f0e8dd9-024b-4629-bd82-57b61274482e>
- <http://www.medimagazin.com.tr/medimagazin/tr-engelli-cocugu-icin-8220ashley-tedavisi8221-istiyor-676-322-3928.html>
- <http://www.radikal.com.tr/haber.php?haberno=219624>, Erişim
- <http://www.kalite.saglik.gov.tr/index.php?lang=tr&page=267>

KUZEY KIBRIS TÜRK CUMHURİYETİ'NDE ENGELLİ HAKLARI

*Günay KİBRİT**

ENGELLİLİĞİN TANIMI

BM Engelli Hakları Sözleşmesine Göre:

Engelli kişiler, uzun süreli fiziksel, zihinsel, ruhsal ve duyuşsal eksikliği olan kişilerin karşılaştıkları birçok engelleyici faktör dolayısıyla başkaları gibi topluma tam ve etkin şekilde katılımları eşitlikçi şekilde sağlanamayan kişilerdir. Bu bağlamda, engellilik sanıldığıının aksine engelli kişinin kendisinden değil, haklara ulaşımının önündeki engellere, çevresel ve yapısal faktörlere dayanır. Aynı zamanda, "sözleşmede belirtildiği üzere toplumsal tutum ve çevresel faktörler engelli kişilerin insan haklarından faydalanmasında engel olarak da görülebilir.

Dünya Sağlık Örgütü'ne göre:

Engel, insanların karakteristik özellikleri ile toplumun bunları kavraması arasındaki sosyal ilişkidir. Engel, Dünya Sağlık Örgütü ve Uluslararası İşlevsellik Sınıflandırmasının belirttiği üzere insanlara özgü bir durum olmayıp, çevresel, toplumsal ve bireysel faktörlere bağlıdır. Engellilik her bireyin hayatının seyrinde (çocuk olarak, yaşlanınca ve çeşitli başka durumlarda) karşılaşılabileceği ve tüm insan ırkına ait bir durumdur.

* Kıbrıs Türk Ortopedik Özürlüler Derneği

KKTC Yasalarına Göre:

BM Engelli Hakları Sözleşmesi 2010 yılında KKTC iç hukukunun parçası haline getirilmiş olmasına rağmen yasalar-daki tanımlar henüz bu sözleşme ile uyumlaştırılmış değildir. 31 Mart 2014 tarihinde yapılan değişiklikle Özürlüleri Koruma Rehabilite Ve İstihdam yasasında sadece “özürlü” terimi yerine “engelli” terimi kullanılmaya başlandı. “Özürlülük” kavramı “BM Engelli Kişilerin Fırsatlarının Eşitlenmesi Hak-kında Standart Kurallar” içerisinde kişinin kendi durumundan kaynaklanan ve yetersizliği vurgulamak için kullanılmaktadır. 64/1993 sayılı Özürlüleri(Engellileri) Koruma Rehabilite ve İstihdam Yasası, özürlülüğü (engelliliği) doğuştan veya sonradan herhangi bir nedenle bedensel, zihinsel, ruhsal, duygusal ve sosyal yeteneklerini çeşitli derecelerde kaybedilmesi nede-niyle toplumsal yaşama uyum sağlama ve günlük gereksinim-lerini karşılama güçlükleri olan ve korunma, bakım, rehabili-tasyon, danışmanlık ve destek hizmetlerine ihtiyaç duyan kişi ile thalasaemialı veya orak hücre anemili olma halini anlatır.

Bu yasada engellilik ibaresinin sadece terim olarak kulla-nılması çevresel etkenler yerine engelli kişinin fiziksel ve ruhsal durumu ortaya çıkartılmaktadır. Hâlbuki Engelli Hakları Sözleşmesine göre, kişinin meydana gelen özürlerinden dolayı değil, çevresel ve diğer faktörler nedeniyle, haklara, diğer bireyler kadar ulaşamaması söz konusudur. Bu algı farkı, engelli bireylerin topluma katılımı ve eşit haklarından yararlanabil-meleriyle ilgili düzenlemelerin yapılabilmesine engel olmakta, engelli bireylerin toplumsal hayatın bir parçası olması gerektiği bilincini oluşturmamakta ve bu yönde yapılması gereken düzenlemeler hayata geçirilmemektedir.

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına bağlı Çalışma Dai-resi Mayıs 2014 verilerine göre kayıtlı engelli sayısı ülkemizde **4995** kişidir. Dünya Sağlık Örgütü (WHO)’ ne göre ise nüfu-sun % 10’u engellidir. Bu da KKTC için **30.000** kişi demektir.

Dünyadaki Genel Durum:

İnsan hakları temelli bir yaklaşım, engelli bireylerin görünmez vatandaşlar olduğu gerçeğini vurgular ve sebebinin sosyal dışlanma ve ayrımcılıktan doğduğunu savunur. Engelli bireyler, ayrımcılığa maruz ve eşit fırsatlara sahip olamayan, insan hakları ihlaline neden olan ayrımcı muameleye tabi kişilerdir.

Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi ise göreceli olarak hayat standartlarının yüksek olduğu ülkelerde dahi engelli kişilerin ekonomik, sosyal ve kültürel haklardan faydalanmadığını ortaya koyar. Dünyadaki bu genel sorun KKTC'nin de derin şekilde yaşadığı ve engellilerin temel insan haklarının her gün ihlal edildiği bir durum olarak yaşanmaktadır. Toplum engelli kişileri toplumun eşit hakları olan bireyleri olarak görmemekte, onun yerine acıma duygusuyla yardım edilmeye muhtaç bireyler olarak görmektedir. Bununla beraber, Engelli Hakları Sözleşmesi iç hukukun parçası olmasına rağmen yasalardaki tanımlar düzeltilmeyerek ve toplumun bilinç düzeyinin artması için gerekli çalışmalar yapılmayarak toplumun engelli kişilere olan bakış açısı devlet tarafından da onaylanmaktadır.

KKTC İÇ HUKUKUNUN PARÇASI OLUP ENGELLİ HAKLARINI KORUYAN ULUŞLARARASI SÖZLEŞMELER

KKTC'de usulüne göre yürürlüğe konmuş uluslararası antlaşmalar sadece yasa hükmünde olmakla kalmayıp bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine dahi başvurulamaz. Bir başka deyişle bunlar Anayasa ile aynı seviyededir ve diğer yasalardan üstündür.

BM Engelli Hakları Sözleşmesi

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi

Çocuk Hakları Sözleşmesi

KKTC'de Engelli Kişilerin Haklarının Mevcut Durumu ve Uluslararası Sözleşmeler Çerçevesinde Değerlendirilmesi Erişilebilirlik Hakkı:

Engelli kişilerin insan haklarından diğer bireyler kadar faydalanabilmesi açısından bilgiye, binalara, iletişim araçları gibi toplumsal ve çevresel servislere ulaşmaları hayati önem arz etmektedir. Engelli kişilerin erişim hakkının bir anlam ifade edebilmesi için engellilerin bağımsız yaşamalarının ve toplumun tüm alanlarına tam katılımının sağlanması ve engellilerin diğerleriyle eşit bir şekilde hizmetlere erişiminin sağlanması için uygun tedbirler alınmalıdır.

Yerel Mevzuat

KKTC Anayasasının 57. (2) maddesinde devlet, “ruhen ve bedenen özürülülerin topluma uyumlarını sağlamak amacı ile onların eğitim, rehabilitasyon, istihdam ve sosyal yardımları için gerekli kurum ve kuruluşların kurulmasını sağlar” şeklinde bir düzenleme yapılmıştır.

Erişilebilirlik Hakkıyla en çok ilgili olan mevzuatlar Belediyeler Yasası, Yollar ve Binalar Yasası, İmar Yasası olması gerekirken engelli kişilerin erişilebilirlik hakkı ile bağlantılı doğrudan bir düzenleme içermemektedir. Bununla beraber, Yollar ve Binalar Yasası altında çıkan Yollar ve Binalar Tüzüğü 2011 yılında yapılan değişiklikle “kaldırımlar tasarlanırken özürülülerin kullanımına olanak verecek uluslararası tasarım standartları göz önünde bulundurulacaktır” bendi eklenmiştir. Erişilebilirlik hakkı ile ilgili olan diğer bir yasa olan ve 2010 yılında değiştirilerek yürürlüğe giren Kat Mülkiyeti ve İrtifakı Yasası engelli kişilerin erişilebilirlik hakkını korumak için bazı düzenlemeler içermektedir. Son yıllarda yürürlüğe giren mevzuatta engelli kişilerin erişim hakkı ile ilgili olarak olumlu düzenlemeler olmasına rağmen, engelli kişilerin sorunlarını giderecek olan diğer temel mevzuat için herhangi bir değişiklik yapılmamıştır.

Engelli Hakları Sözleşmesine Göre Erişilebilirlik Hakkı:

Engelli Hakları Sözleşmesinin 9. Maddesine göre taraf Devletler engellilerin bağımsız yaşayabilmelerini ve yaşamın tüm alanlarına etkin katılımını sağlamakla yükümlüdürler. Devletlere bu sorumluluğu yükleyen sözleşmenin 9. Maddesi erişimin sağlanması için binalardan okullara, ulaşımdan sağlık tesislerine, elektronik hizmetlerden acil hizmetlere kadar her konuyu kapsamı gerektiğini vurgular ve devletlerin şu önlemleri alarak erişimi sağlamasını uygun görür:

(a) Kamuya açık veya kamu hizmetine sunulan tesis ve hizmetlere erişime ilişkin asgari standart ve rehber ilkelerin geliştirilmesi, duyurulması ve bunlara ilişkin uygulamaların izlenmesi;

(b) Kamuya açık tesisleri işleten veya kamuya hizmet sunan özel girişimlerin engellilerin ulaşılabilirliğini her açıdan dikkate almalarının sağlanması;

(c) İlgili kişilerin engellilerin karşılaştığı ulaşılabilirlik sorunlarıyla ilgili olarak eğitilmesi;

(d) Kamuya açık binalar ve diğer tesislerde Braille alfabesi ve anlaşılması kolay nitelik taşıyan işaretlemelerin sağlanması;

(e) Kamuya açık binalara ve tesislere erişimi kolaylaştırmak için rehberler, okuyucular ve profesyonel işaret dili tercümanları dâhil çeşitli canlı yardımların ve araçların sağlanması;

(f) Engellilerin bilgiye erişimini sağlamak için onlara uygun yollarla yardım ve destek sunulmasının teşvik edilmesi;

(g) Engellilerin İnternet dâhil yeni bilgi ve iletişim teknolojilerine ve sistemlerine erişiminin teşvik edilmesi;

(h) Erişilebilir bilgi ve iletişim teknolojileri ve sistemlerinin tasarım, geliştirme ve dağıtım çalışmalarının ilk aşamadan başlayarak teşvik edilmesi ve böylece bu teknoloji ve sistemlere engelliler tarafından asgari maliyetle erişilebilmesinin sağlanması.

Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesine Göre Erişilebilirlik Hakkı:

Engelli kişilerin de kültürel yaşama katılabilmeleri için erişim haklarının sağlanması gerekmektedir. ESKHS kültürel yaşama katılma hakkını engelli bireyler açısından şöyle yorumlamıştır:

Standart Kurallara göre, "Devletler; engelli kişilerin yaratıcı, sanatsal ve zihinsel potansiyellerini kullanabilmeleri fırsatını, yalnızca kendi yararları için değil, aynı zamanda, kentsel ya da kırsal bölgelerde içinde yaşadıkları toplumun kültürel açıdan daha da zenginleştirilmesi bakımından da elde etmelerini güvence altına almalıdırlar. Devletler; kültürel faaliyet ve hizmetlerin sunulduğu yerlerin, engelli kişilerin erişim ve kullanımına uygun olmasını desteklemelidir.

Çocuk Haklarına Dair Sözleşmeye Göre Erişilebilirlik Hakkı:

Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 23. Maddesi doğrudan engelli çocukların haklarını düzenlemiştir. Bu maddenin 1. Paragrafına göre, taraf devletler zihinsel ya da bedensel engelli çocukların saygınlıklarını güvence altına alan, özgüvenlerini geliştiren ve toplumsal yaşama etkin biçimde katılmalarını kolaylaştıran şartlar altında eksiksiz bir yaşama sahip olmalarını kabul ederler.

KKTC'de Erişilebilirlikle İlgili Mevcut Durum:

KKTC'de binalara, ulaşım araçlarına, bilgiye ve diğer hizmetlere erişim için engelli bireyler için özel düzenlemeler yapılmış değildir. Söz konusu düzenlemelerin olmaması engelli bireylerin sadece binalara girememesi veya seyahat edememesi kadar, çalışma, eğitim, seçme ve seçilme, kültürel yaşama katılma gibi haklarını da doğrudan olumsuz şekilde etkilemektedir. Yollar ve binalarla ilgili temel düzenleme olan Fasıl 96 Yollar ve Binalar Yasası, 1946 yılında yürürlüğe girmiştir, çeşitli değişikliklere uğramasına rağmen engelli hakları ile ilgili düzenlemeler yasaya eklenmemiştir. Bu bağlamda, engelli kişilerin

de hizmetlerden faydalanması hizmet sağlayıcılarının kendi inisiyatiflerine kalmıştır. Kendi inisiyatifi ile engelli bireylerin erişebilecekleri imkânlar sağlayan hizmet sağlayıcılarının oranı da hem kamuda hem de özel sektörde düşük olduğundan, engelli bireyler birçok kamusal alanda zorluk yaşamaktadırlar.

Eğitim Hakkı:

Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi eğitimi hem başlı başına bir insan hakkı olarak kabul etmiş hem de diğer haklardan faydalanılması için elzem olduğunu ifade etmiştir. Başka hakların kullanılmasına olanak sağlayan bir hak olarak eğitim, ekonomik ve sosyal olarak toplum dışına itilmiş yetişkin ve çocukların kendilerini yoksulluktan kurtarabilecekleri ve içinde buldukları topluma tam olarak katılmalarını sağlayacak yolları elde edebilecekleri temel araçtır.

Yerel Mevzuat

Anayasa'da engelli kişilerin eğitim hakkı ile ilgili olan kısma göre, devlet, durumları dolayısıyla okul içi ve dışında özel eğitime gereksinimleri olanları topluma yararlı kılacak şekilde yetiştirmek için gereken önlemleri alır. Anayasa'nın 57. (2) maddesine göre de devlet, ruhen ve bedenen özürliülerin topluma uyumlarını sağlamak amacı ile onların eğitim, rehabilitasyon, istihdam ve sosyal yardımları için gerekli kurum ve kuruluşların kurulmasını sağlar. Milli Eğitim Yasası'na göre bedenen veya zihnen özürliü olup özel bir eğitim ve öğrenime gereksinimi olan okul öncesi eğitim yaşına ulaşmış çocukların on sekiz yaşına kadar olan eğitimlerinin tümünü kapsar. Özel eğitime gereksinim duyan her öğrenci zorunlu eğitim çağında iken ilgi ve yeteneği oranında, zorunlu olarak özel eğitimden parasız veya parasız yatılı yararlanma hakkına sahiptir.

Milli Eğitim Yasası'na göre, her yurttaş, hiç bir ayırım gözetilmeksizin öğrenim ve eğitim hakkına sahiptir. Eğitimde, hiç bir kişiye, aileye veya zümreye ayrıcalık tanınmaz. Bununla beraber, toplum bireyelerine, eğitim görmede fırsat ve olanak eşitliği sağlanır. Durumları dolayısıyla özel eğitime gereksi-

nimleri olan çocukları ve gençleri, topluma yararlı kılacak biçimde yetiştirmek ve onlara sağlıklı, dengeli ve güçlü bir kişilik kazandırmak amacıyla, çağdaş ve bilimsel eğitim yöntem ve olanakları gözetilerek, gerek okul içinde gerekse okul dışında gerekli koruyucu, güçlendirici, geliştirici ve yetiştirici önlemler alınır. Aynı zamanda, bireylerin eğitimlerinin yaşam boyunca sürmesi esastır.

Engelli Hakları Sözleşmesine Göre Eğitim Hakkı:

Engelli Hakları Sözleşmesinin 24. maddesi engelli kişilerin eğitim hakkını ömür boyu eğitim, fırsat eşitliği ve ayrımcılık olmayan bütünleştirici bir eğitim hakkı olarak tanımlar. Bu düzenleme çerçevesinde sözleşme öncelikle engelli kişilere eğitim hakkının tanınmasını ancak tanınan bu hakkın KKTC’de şimdi uygulandığı gibi ayrıştırıcı bir şekilde değil bu hakkın fırsat eşitliği temelinde ve ayrımcılık yapılmaksızın sağlanmasını, ömür boyu devam edebilmesini ve eğitim sisteminin bütünleştirici bir şekilde her seviyede engellileri içine almasını öngörmektedir. Hâlbuki KKTC’de engelli kişiler genelde ayrı okullarda eğitim görmekte, bazı engelli kişiler eğitim hakkına erişememekte ve 18 yaşından sonra çok az kişi bu haktan faydalanabilmektedir.

Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesine Göre Eğitim Hakkı:

ESKHS eğitim hakkının herkese ve ücretsiz olarak verilmesini her türlü ayrımcılıktan uzak ve kültürel ve dinsel hoşgörüyle eğitimin ele alınmasını ilke olarak vermektedir. ESKHS, 13. Maddesi olan eğitim hakkı ile ilgili olarak yaptığı “Genel Yorumda” mevcudiyet, erişilebilirlik, kabul edilebilirlik ve uyarlanırlık konularını vurgulamaktadır. Bu yaklaşımlar doğrudan engelli bireylerin haklarının da gözetilmesini öngörmektedir.

Çocuk Haklarına Dair Sözleşmeye Göre Eğitim Hakkı:

Çocuk Haklarına Dair Sözleşme eğitim hakkını geniş bir şekilde düzenlemiş, ilköğretim için özel düzenleme yapmış

ve özel bakım hakkını da kapsayarak engelli çocukların eğitim hakkından faydalanması için geniş bir hukuki zemin oluşturmuştur. Komite özellikle, engelli çocukların bütüncül bir eğitim sisteminin parçası olmasını ve ayrı olarak eğitime tabi tutulmamalarını önermektedir. Bunun gerçekleşmesi için, öğretmenlerin engelli çocuklara eğitim verecek şekilde eğitilmeleriyle eğitimin daha kaliteli olmasını önermektedir.

KKTC'de Engellilerin Eğitim Haklarıyla İlgili Mevcut Durum

Engelli kişilerin eğitim alması amacıyla KKTC'de devlet tarafından oluşturulan farklı bölgelerde toplam 8 adet özel eğitim merkezi vardır. Bununla beraber Özel Eğitim Vakfının yönettiği paralı olarak engelli kişilere eğitim veren bir özel eğitim merkezi de vardır. KKTC'de halen daha bir Özel Eğitim Yasasının olmaması da göz önüne alındığında devletin engelli vatandaşlarına karşı yeterli eğitim imkânları sunmadığı görülmektedir. Özel Eğitim uygulamalarının yetersizliği, kalifiye öğretmenlerin olmayışı, engelli kişilerin eğitim binalarına erişimi, özel eğitimi düzenleyecek olan mevzuat eksikliği devletin bu konuya plansız ve yeterince önem vererek yaklaşmadığını göstermektedir. Bu bağlamda engelli kişiler, eğitim hakkından diğer bireyler kadar faydalanamamaktadır.

Çalışma ve İstihdam Hakkı

Herkesin çalışma, işini serbestçe seçme, adaletli ve elverişli koşullarda çalışma ve işsizliğe karşı korunma hakkı vardır. Evrensel İnsan Hakları Beyannamesi çalışma hakkını şöyle düzenlemiştir:

Herkesin, herhangi bir ayırım gözetmeksizin, eşit iş için eşit ücrete hakkı vardır. Herkesin kendisi ve ailesi için insan onuruna yaraşır ve gerekirse her türlü sosyal koruma önlemleriyle desteklenmiş bir yaşam sağlayacak adil ve elverişli bir ücrete hakkı vardır. Aynı zamanda, istihdam, sosyal katılımdan ekonomik bağımsızlığa, aile kurmadan milli ekonomiye katkıda bulunduğu hissiyatına kadar birçok fırsat sunmaktadır.

Yerel Mevzuat

KKTC Anayasasının 57. (2) Özel Olarak Korunma Hakkı maddesine göre;

Devlet, ruhen ve bedenen özürliülerin topluma uyumlarını sağlamak amacı ile onların eğitim, rehabilitasyon, istihdam ve sosyal yardımları için gerekli kurum ve kuruluşların kurulmasını sağlar. Anayasa çalışmayı her yurttaşta hem bir hak hem de ödev olarak düzenlemiştir. Bununla beraber anayasa yurttaşlara dilediği alanda da çalışma özgürlüğü vermiştir. Ayrıca bedensel ve ruhsal yetersizlikleri olan kişilerin çalışma koşulları bakımından özel olarak korunmasını da düzenlemiştir. Bu ilkelerden hareketle engelli kişilerin de diğer vatandaşlar kadar çalışma hakkından faydalanması gerekmekte ancak sadece engelli kişilerin fiziken ve ruhen yapmalarına imkân olmayan işlerden korunmaları amacıyla çalışma koşulları düzenlenmelidir. Bu bağlamda, devlet engelli kişilerin istihdamı konusunda bu ilkeleri göz önünde bulundurmalıdır.

Aşağıda bahsedilecek olan 64/93 sayılı Özürlülükleri Koruma ve İstihdam Yasası'nın yürürlüğe girmesi olumlu bir gelişme olmakla beraber birçok eksiklik içermektedir.

Söz konusu bu yasanın engelli kişilere tanıdığı haklar ve işverenlerle devlete sağladığı yükümlülükler şöyledir:

- Özürlülük dereceleri ve eğitim durumları göz önünde tutularak işe yerleştirilme.
- İşe yerleştirilmelerine ilişkin sağlık işlemleri, kamu sektöründeki istihdamları, bedensel yeteneklerinin ve iş için gereksindikleri güçlerinin araç ve gereçlerle artırılmasına ilişkin olanaklar gerçekleştirme.
- İşveren ve/veya Devletin istihdam edilenlerin iş ve iş ortamına uyumlarını sağlamak amacıyla, gerekli önlemleri almak.
- Özel sektör ve kamu sektöründe işverenler, Çalışma Dairelerine kayıt yaptırarak iş talebinde bulunan ve meslek,

beden ve zihin durumlarına göre işyerlerine sevk edilecek olan özür-lülere, işyerlerinde istihdam ettikleri **her tam yirmi beş kişiye** karşılık bir özür-lü çalıştırma.

İlgili işyerlerinden malulen ayrılmak zorunda kalan ve sonradan malullüğü ortadan kalkan veya bu Yasa bakımından çalışabilecek özür-lü kişiler, eski işyerlerinde yetkili müfettişlerce istihdam olanağı saptanması halinde hemen; yoksa söz konusu işyerinde münhal açıldığı anda başka uygun bir işte veya aynı işte istihdam edilme.

- On sekiz yaşını dolduran ve çalışmayan özür-lü kişiler ile on sekiz yaşından küçük ve bakıma gereksinim duyan özür-lülerin maddi durumlarına bakılmaksızın, kendileri için ailelerine veya refakatçilerine maddi ve psikolojik destek sağlanma.
- Özür-lü kişinin yaşamını sürdürebilmesi için gereksinim duyduğu araç ve gereçlerin sağlanmasında gelecek olan mali külfetten kısmen veya tamamen muaf tutulma.
- On sekiz yaşını tamamlamış olup sürekli çalışamayacak durumda olan veya çalışabileceği halde istihdam edilmeyen özür-lüye yürürlükte bulunan aylık asgari ücret oranlarına göre belirlenecek tutarda nakdi yardım verilir.
- On sekiz yaşını tamamlamamış olan özür-lünün maddi durumuna bakılmaksızın, kendisi için ailesine veya refakatçisine yürürlükte bulunan aylık asgari ücret oranlarına göre belirlenecek tutarda nakdi yardım verilir.

Engelli Hakları Sözleşmesine Göre İstihdam Hakkı:

Engelli Hakları Sözleşmesi'nin 27. Maddesi, Çalışma ve İstihdam Hakkını şöyle düzenlemiştir:

Taraf Devletler engellilerin diğer bireylerle eşit koşullar altında çalışma hakkına sahip olduğunu kabul eder. Bu hak, engellilerin, açık, bütünleştirici ve erişilebilir bir iş piyasası ve çalışma ortamında serbestçe seçtikleri bir işle hayatlarını ka-

zanmaları fırsatını da içerir. Taraf Devletler çalışırken engelli olanlar dâhil olmak üzere tüm engellilerin çalışma hakkının yaşama geçmesini yasama çalışmalarını da içeren uygun tüm tedbirleri alarak güvence altına alır.

Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesine Göre İstihdam Hakkı:

Çalışma hakkı ve çalışma ile ilgili hakların engelli bireylere uygulanması açısından yaptığı "Genel Yorumda" şu görüşlere yer vermiştir:

İstihdam alanı, engele dayalı ayrımcılığın göze çarpan bir şekilde ve ısrarla devam ettiği bir alandır. Pek çok ülkede, engelli kişiler arasındaki işsizlik oranı engelli olmayan kişilerin işsizlik oranından iki ile üç kat daha fazladır.

Uluslararası Çalışma Örgütünün de belirttiği üzere, engelli kişilerin istihdam edilememesinin nedeni olarak gösterilen engeller çoğunlukla toplumun ulaşım, konut ve işyerleri gibi alanlarda inşa ettiği fiziksel engeller olmaktadır. Örneğin işyerlerinin tekerlekli sandalyelerin erişimine imkân vermeyecek bir biçimde tasarlanması ve inşa edilmesi devam ettiği sürece, işverenler tekerlekli sandalye kullanan kişileri işe almadıkları için "gerekçe" bulmaya devam edeceklerdir.

KUZEY KIBRIS TÜRK CUMHURİYETİ'NDE YAPAY DÖLLENME UYGULAMALARI

*Feyzi HANSEL**

Üremeye yardımcı tedavi yöntemleri uzun yıllardan beri KKTC'de verilmekte olan bir sağlık hizmeti olup, 2002 Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Tüzüğü'ne 2006 yılında yapılan değişiklikle "Üremeye Yardımcı tedavi Yöntemleri", anne adayının veya donörün yumurtası ile kocanın veya donörün sperminin çeşitli yöntemlerle döllenmeye daha elverişli hale getirilerek gerektiğinde vücut dışında döllenmeyi sağlayıp, gametler veya embriyonun anne adayının genital organlarına transferini ifade eden ve modern tıpta bir tıbbi tedavi yöntemi olarak kabul edilen uygulamalar olarak tanımlanmaktaydı.

Üremeye yardımcı tedavi yöntemleri kavramı, 2009 yılında yürürlüğe giren ve halen yürürlükte bulunan yeni "Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Tüzüğü"nde de aynı şekilde tanımlanmıştır.

Aslında, 2009 yılında yürürlüğe giren yeni tüzük, KKTC tıp camiasında önemli tartışmalar yaşanmasına sebebiyet vermiş ve hatta, anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla bu tüzük Anayasa Mahkemesi'ne de taşınmıştı. Sonradan, bu tüzüğün anayasaya aykırı olduğu yönündeki iddialardan mı vazgeçilmişti ya da ne olmuştu bilinmez, anayasa mahkemesinde açılmış bu dava ilerletilmemiş veya geri çekilmişti.

* Avukat ve Kıbrıs Türk Tabipleri Birliği Hukuk Müşaviri

KKTC açısından bilinen bir gerçektir ki, üremeye yardımcı tedavi uygulamaları yapmak üzere kurulmuş merkezler, çok büyük meblağlardaki paralar harcamış ve bu yatırımlarıyla KKTC’de yeni bir tür turizm oluşmasına katkı sağlamışlardır. Daha sonra, özellikle kökeni Türkiye olduğu iddia edilen bir takım baskıların da teşvikiyle, 2009 yılında, dönemin siyasi iktidarı, bir gecede yeni bir tüzük yaparak, üremeye yardımcı tedavi uygulamalarının kapsamını daraltmışlardır.

Her bir itiraz sebebi, ayrı ayrı ve etraflıca ele alınıp değerlendirilmeye muhtaç olmakla birlikte, bu tebliğin konusu genel olarak KKTC’de yapay döllenme olduğu için, böyle teferruatlı bir değerlendirme bu tebliğ maksatları bakımından yapılmayacaktır.

2009 YILINDA YÜRÜRLÜĞE GİREN TÜZÜĞE YÖNELMİŞ İTİRAZLAR VE BUNLARIN TEMEL NEDENLERİ

Yeni tüzüğün yürürlüğe girdiği dönemde, tıp camiasının, bilhassa üremeye yardımcı tedavi uygulamaları yapan merkezlerin çok ciddi bir tepki gösterdikleri ve bir takım itirazlar ileri sürdükleri yukarıda ifade edilmişti. Bu itirazları ve/veya tepkileri şöyle özetleyebiliriz:

Yeni tüzük, daha önce yürürlükte olan Tüzüğün verdiği hak uyarınca Üremeye Yardımcı Tedavi uygulamalarından olan, herkesten alınabilecek yumurta, sperm ve bunlardan elde edilecek embriyolardan, herkesin yararlanmasını yasaklamakta idi.

Yeni tüzük, Bakanlıkça ithal izni verilecek sertifikalı yabancı donör spermi ve yumurtasının, KKTC ve üçüncü ülke vatandaşlarında kullanılmasını imkan verdiği halde, T.C. vatandaşlarında kullanılmasını yasaklamakta idi. Ayrıca, yeni tüzük, ithal izni verilecek sertifikalı donör Sperm kullanılmasına imkan verirken sertifikalı donör yumurtasının kullanılmasına izin vermiyordu. Eski Tüzüğe göre Üremeye Yardımcı Tedavi Yöntemleri, KKTC yurttaşı evli çiftlere ve KKTC yurttaşı olmayan kişilere evli olup olmadıklarına bakılmaksızın uygulanabilmekte idi. Yeni tüzük, bu düzeni alt üst edecekti.

Yeni tüzükle getirilen intibak hükümleri, mevcut merkezlerde dondurulmuş bulunan ve anne ve babasının yumurta ve spermelerinden meydana gelmeyen embriyoların imhasını ve/veya tedavi görmekte olan anne adaylarının tedavilerinin yarım bırakılmasını ve/veya vücudunda gelişmekte olan embriyonun ve anne adayının kaderine terk edilmesi ve/veya embriyonun imha edilmesi durumu ortaya çıkarabilecekti. Ayrıca, embriyoların canlı ve/veya bir cenin ve/veya insan ve/veya çocuk olması nedeniyle sahip oldukları anayasal hayat ve vücut bütünlüğü hakkı, yeni tüzüğün intibak hükümleri nedeniyle olumsuz etkilenebilecekti.

Yeni tüzük, KKTC devletinin veya vatandaşlarının ihtiyaç ve gereksinimi nedeniyle yapılmamış olup tamamen dış baskı ve/veya dayatmalar ve/veya "rica" ile yapılmak zorunda kalınan bir tüzük idi. KKTC'de, ÜYTE merkezleri, faaliyete geçtikten kısa bir sürede, çok büyük başarılar elde ederek dünyada, gerek başarı, gerek teknoloji ve gerekse ücretler açısından söz sahibi olmuş ve Türkiye ve üçüncü ülkelerden pek çok insan çocuk sahibi olmak için KKTC'de tedavi olmayı tercih etmiştir. Bunun yanında ÜYTE merkezleri, KKTC ekonomisinde elde edilen kazançlarla artı değer yaratmıştır. Yeni Tüzük ise bir çırpıda bu artı değeri ve yapılan büyük yatırım ve teknolojinin çöpe atılmasına sebep olmuştur ve bundan KKTC büyük zarar görecektir.

Anlaşılabileceği üzere, hem hukuki, hem ekonomik, hem de siyasi gerekçelere dayanan bu itirazlar, esasen, 2009 yılında yürürlüğe giren yeni tüzük ile, daha önce var olan üremeye yardımcı tedavi uygulamalarının kapsamının daraltılmasına yöneliktir.

Gerçekte, Türkiye ile KKTC arasında var olan kültürel, tarihi ve siyasi nevi şahsına münhasır yakınlık göz önünde bulundurulduğunda, Türkiye'de yasal kabul edilemeyen veya yasaklanması öngörülen üremeye yardımcı tedavi uygulamalarının KKTC'de, Türkiye vatandaşlarına uygulanmasının kısıtlanması makul kabul edilebilir. Diğer bir deyişle, yavruvatan, bu meselede, gönüllü veya zoraki bir sorumluluk ve/veya

fonksiyon üstlenerek, anavatanın vatandaşlarının anavatanda alamayacakları bir sağlık hizmetini yavruvatanda da almalarını engelleyici siyasi bir tercih yapmıştır.

2009 YILINA DEĞİN YÜRÜRLÜKTE BULUNAN ÜYTE'YE İLİŞKİN YASAKLAR

2002 Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Tüzüğü'ne 2006 yılında yapılan değişiklikle, üremeye yardımcı tedavi uygulamalarında uyulması gereken yasaklar da düzenlenmiştir. Bu yasaklar şöyleydi:

ÜYTE uygulaması, Bakanlıktan alınacak izinle, tüzük koşullarına bağlı kalarak ve münhasıran tüzüğün öngördüğü standartlara uygun bir yerde, münhasıran yetkili hekimler tarafından yapılabilir.

KKTC yurттаşı evli çiftlerden alınacak olan yumurta, sperm ve bunlardan elde edilen embriyoların bir başka maksatla veya başka adaylarda kullanılması yasaktır.

Her ne sebeple olursa olsun in vitro yöntemlerle döllenmiş yumurtanın bir başka taşıyıcı anneye nakledilmesi yasaktır.

Yumurta donasyonu yapacak kişinin yılda bir defadan fazla donasyonda bulunması ve donasyonda bulunacak kişilerin 20 yaşından küçük veya 32 yaşından büyük olması yasaktır.

45 yaşını doldurmuş kişilere embriyo transferi yapılması yasaktır.

Bir kişiye bir defada üçten fazla embriyo transferi yapılması yasaktır.

Tüzük gereğince belirlenen şartları haiz olmayan ve akredite sperm bankalarından temin edilmeyen spermlerin donör spermi olarak kullanılması yasaktır. Keza, tüzük gereğince belirlenen şartları haiz olmayan yumurtaların donasyonu ve kullanılması yasaktır.

Yumurta ve sperm bağışlayan kişilerin kimliği ile ÜYTE uygulaması amacı ile onları kullananların kimliğinin açıklanması

KUZEY KIBRIS TÜRK CUMHURİYETİ'NDE YAPAY DÖLLENME UYGULAMALARI

yasaktır. İlgili hekimler, gizliliğin korunmasına ilişkin gerekli tedbirleri almakla mükelleftir.

Sperm bankasından alınacak aynı orjinden sperm yalnızca bir KKTC yurttaşı kişide ve geri kalan kısmı ise en fazla üç yabancı kişide kullanılabilir. Kullanılmayan kısım ise derhal imha edilmek üzere Bakanlığa gönderilir.

KKTC Yurttaşları ile ilgili yasaklar:

Evli çiftlerden anne adayının yumurtası ile kocanın spermelerinin döllenmeye engel durumu bulunduğu doktor tarafından belgelenmedikçe, donör spermi kullanılması yasaktır.

Evli çiftlerden anne adayının yumurtasının sağlıklı veya hiç olmaması durumu dışında, donörden alınacak yumurta ile kocanın spermelerinin döllenmesi yasaktır.

Yabancılarla ilgili yasaklar:

Evli olup olmadığına bakılmaksızın, anne adayının yumurtası ile erkeğin spermelerinin döllenmeye engel durumu bulunduğu doktor tarafından belgelenmedikçe, donör spermi kullanılması yasaktır.

Evli olup olmadığına bakılmaksızın, anne adayının yumurtasının sağlıklı veya hiç olmaması durumu dışında, donörden alınacak yumurta ile erkeğin spermelerinin döllenmesi yasaktır.

KKTC'DE ÜYTE UYGULAMALARI

Yukarıda da izah edildiği üzere, KKTC'de üremeye yardımcı tedavi uygulamaları veya diğer bir deyişle yapay döllenme, 2009 yılında yürürlüğe giren ve halen yürürlükte bulunan 2009 Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Tüzüğü tahtında belirlenen kurallara uygun olarak yapılabilir.

ÜYTE MERKEZLERİNİN KURULMASI

KKTC'de ÜYTE uygulamak üzere kurulacak merkezler, gerçek veya tüzel kişiler tarafından, ya özel bir hastenenin bir

ünitesi olarak, ya da münhasıran ÜYTE uygulaması yapacak müstakil bir merkez olarak, Bakanlığın izni ile açılabilir ve faaliyet gösterebilir. Bünyesinde birden çok kadın hastalıkları ve doğum kliniği bulunan hastanelerde tek bir ÜYTE merkezi açılabilir.

ÜYTE merkezi açılacak ortamın, doku ve hücrelerin işlenmesi ve söz konusu insan uygulamalarının yapılabilmesi için gerekli kalite ve güvenliğe sahip olması şarttır. ÜYTE merkezi olarak faaliyet göstermesi düşünülen binalar, tüzükle belirlenen şartları haiz olmalıdır. Bu binalarda, yangına karşı güvenlik önlemleri alınmış olmalıdır. Merkezlerde, tüzükte belirlenen bölümler oluşturulup tesis edilmelidir.

ÜYTE merkezlerinde, tüzük gereğince belirlenen her türlü araç gereç ve donanım, tüzükte belirlenen koşullara uygun olarak kullanıma hazır bulundurulmalı ve kesintisiz enerji ve gaz için gerekli alt yapı tesis edilmelidir.

ÜYTE MERKEZLERİNİN ORGANİZASYON VE YÖNETİMİ

Merkezler, faaliyetine uygun bir örgütsel yapılanmaya ve standart çalışma yöntemine sahip olmalıdır. Her merkezin, sorumluluğu açıkça tanımlayan ve ilişkileri raporlayan bir işletim planı bulunmalıdır.

ÜYTE merkezlerinde uygulanan doku ve hücrelerin klinik sonuçlarının gözden geçirilmesi gibi tıbbi faaliyetlerini gözetmen ve bu faaliyetler hakkında tavsiyede bulunan ya da klinik kullanıcılarla uygun bir şekilde etkileşime girmek üzere bu konuda eğitim aldığı belgeleyen hekimler görevlendirilmelidir.

Her merkezin, tüzükte belirlenen standartlar gereğince, ruhsatlandığı faaliyetlere uygun bir kalite yönetim sistemi olmalıdır. Merkezler, faaliyetlerinin gerektirdiği gizliliği koruyucu her türlü tedbiri almalıdır.

Ayrıca, merkezlerin faaliyetlerinin tüm aşamalarına ilişkin bilgileri içeren bir dökümantasyon sistemi bulunmalıdır.

KUZAY KIBRIS TÜRK CUMHURİYETİ'NDE YAPAY DÖLLENME UYGULAMALARI

Merkezlerde, ruhsatlı faaliyetlerin yürütülmesi için gerekli olan ve görev tanımlarına uygun eğitimleri aldığı belgelenmiş yeteri sayıda personel bulundurulur. Mesul Müdür, ÜYTE Ünitesi Sorumlusu, Ultrasound ve laparaskopi konularında belgesi veya sertifikası olup Kıbrıs Türk Tabipleri Birliği'ne kayıtlı bulunan en az bir kadın hastalıkları ve doğum uzmanı veya radyolog, ÜYTE uygulamalarında çalıştırılacak ve en az altı ay uygulamalı eğitim gördüğü tevsik edilebilen en az bir tıp doktoru, mikro enjeksiyon konusunda en az iki ay uygulamalı eğitim gördüğü tevsik edilebilen bir personel ve yeteri kadar sağlık personeli ile idari personel merkezlerde istihdam edilmelidir.

ÜYTE UYGULANMASININ ŞARTLARI

2009 Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Tüzüğü, yukarıda da izah edilenlerden hatırlanacağı üzere, önceki tüzükten farklı olarak ÜYTE uygulamalarının kapsamını daraltmıştır. Bu nedenle, yapay döllemenin şartlarını, bu uygulamadan istifade edebilecek olan süljelerin uyruğuna göre değerlendirmek yerinde olacaktır.

KKTC Vatandaşları Bakımından Yapay Dölleme Uygulamaları

Tüzüğe göre, KKTC yurttaşı evli çiftlerde, anne adayının yumurtası ile kocanın spermi, çeşitli yöntemlerle döllemeye daha elverişli hale getirilerek gerektiğinde vücut dışında döllemeyi sağlayıp, gametler veya embriyonun anne adayının genital organlarına transferi yapılabilir.

KKTC yurttaşı anne adayını ile koca, her ikisinin de rızası alınmak kaydıyla, embriyo ve sperm donasyonu yapılabilir ve bu embriyo ve spermler uygun şartlarda dondurulmak suretiyle merkezlerde saklanabilir. Ancak, bu şekilde saklanan embriyo ve spermler, en fazla üç yıllık bir süre içerisinde, her iki eşin de rızası ile münhasıran bu evli çiftte kullanılabilir. Bu üç yıllık süre içerisinde, eşlerden birisinin ölmesi veya eşlerin birlikte talepte bulunması veya eşlerin boşanması halinde, saklanan embriyo ve spermler derhal imha edilir.

Dolayısıyla, mevcut mevzuat dikkate alındığında, KKTC yurttaşı bir anne adayına üremeye yardımcı tedavi uygulanabilmesinin şartları şöyle özetlenebilir:

Anne adayı evli olmalıdır.

Anne adayının yumurtası, münhasıran kocanın spermi ile dölllenmelidir.

Daha önce yürürlükte bulunan tüzükle, mevcut tüzük kıyaslandığında, mevcut tüzük evli olmadığı halde anne olmayı isteyebilecek kadınlar açısından aleyhte bir kısıtlama getirmektedir. Maalesef son yıllarda, evlilik kurumunun evlilik çağına gelmiş Kıbrıs Türk gençliği açısından itibarını hızla kaybetmekte olduğu tartışılmazdır. Boşanmalarda yaşanan artış da, hem bu itibar kaybını körüklemektedir hem de bekârlığı ve evlilik dışı yaşamı daha cazip hale getirmektedir. Her ne kadar, geleneksel aile yapısının korunması ve teşvik edilmesi doğru bir yöntem ve/veya yaklaşım olsa da, halkın ruh halini ve ihtiyaçlarını doğru teşhis etmek ve bu teşhisler doğrultusunda çare aramak ideal olurdu. Diğer bir deyişle, evli olmayan ve/veya boşanmış olan bir kadının, en azından yurt dışından ithal edilecek donör spermlerinden istifade ederek çocuk sahibi olmak istemesinin önünü açmak daha doğru bir yöntem olabilirdi. Çünkü, böylesi bir sınırlama, ancak bir dereceye kadar netice getirebilir. Bu sınırlama ile, evlilik dışı münasebetlerden çocuklar dünyaya getirilmesinin önlenemeyeceği inancındayım.

Öte yandan, mevcut tüzük KKTC yurttaşı erkeklerin sperm, KKTC yurttaşı kadınların da yumurta donasyonu yapmasını engellemektedir. Ülkenin küçük, nüfusun da az olduğu dikkate alındığında, bu sınırlamanın bir dereceye kadar makul ve anlaşılır olduğunu ifade etmeliyim.

Türkiye Vatandaşları Bakımından Yapay Dölllenme Uygulamaları

Tüzüğe göre, Türkiye yurttaşı evli çiftlerde, anne adayının yumurtası ile kocanın spermi, çeşitli yöntemlerle döllenmeye

daha elverişli hale getirilerek gerektiğinde vücut dışında döllenmeyi sağlayıp, gametler veya embriyonun anne adayının genital organlarına transferi yapılabilir.

Türkiye yurttaşı anne adayı ile koca, her ikisinin de rızası alınmak kaydıyla, embriyo ve sperm donasyonu yapabilir ve bu embriyo ve sperm uygun şartlarda dondurulmak suretiyle merkezlerde saklanabilir. Ancak, bu şekilde saklanan embriyo ve sperm, en fazla üç yıllık bir süre içerisinde, her iki eşin de rızası ile münhasıran bu evli çiftte kullanılabilir. Bu üç yıllık süre içerisinde, eşlerden birisinin ölmesi veya eşlerin birlikte talepte bulunması veya eşlerin boşanması halinde, saklanan embriyo ve sperm derhal imha edilir.

Dolayısıyla, mevcut mevzuat dikkate alındığında, Türkiye yurttaşı bir anne adayına üremeye yardımcı tedavi uygulanabilmesinin şartları şöyle özetlenebilir:

Anne adayı evli olmalıdır.

Anne adayının yumurtası, münhasıran kocanın spermi ile döllenmelidir.

Yeni tüzükle, Türkiye yurttaşları açısından getirilen düzenleme, Türkiye'de 2010 yılında yürürlüğe giren Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik'le neredeyse tam bir uyum içerisinde. Buradan hareketle, 2009 yılında apar topar hazırlanıp yürürlüğe konan yeni tüzüğümüzün birilerinin ricası veya dayatması ile yapıldığı iddiasının doğru olabileceği kanaatinde olduğumu söyleyebilirim.

Üçüncü Ülke Vatandaşları Bakımından Yapay Döllenme Uygulamaları

Tüzüğe göre, üçüncü ülke yurttaşı evli çiftlerde, anne adayının yumurtası ile kocanın spermi, çeşitli yöntemlerle döllenmeye daha elverişli hale getirilerek gerektiğinde vücut dışında döllenmeyi sağlayıp, gametler veya embriyonun anne adayının genital organlarına transferi yapılabilir.

Üçüncü ülke yurttaşı anne adayı ile koca, her ikisinin de rızası alınmak kaydıyla, embriyo ve sperm donasyonu yapabilir ve bu embriyo ve spermeler uygun şartlarda dondurulmak suretiyle merkezlerde saklanabilir. Ancak, bu şekilde saklanan embriyo ve spermeler, en fazla üç yıllık bir süre içerisinde, her iki eşin de rızası ile münhasıran bu evli çiftte kullanılabilir. Bu üç yıllık süre içerisinde, eşlerden birisinin ölmesi veya eşlerin birlikte talepte bulunması veya eşlerin boşanması halinde, saklanan embriyo ve spermeler derhal imha edilir.

Üçüncü ülke yurttaşı bir anne adayına, evli olup olmadığına bakılmaksızın, Bakanlıkça ithal izni verilecek sertifikalı bir donör spermi kullanılmak suretiyle de ÜYTE uygulaması yapılabilir. Bu şekilde kullanılmak üzere sperm bankasından alınacak donör spermi, yalnızca üçüncü ülke yurttaşı aynı anne adayında kullanılabilir ve sperm kullanılmayan kısmı derhal imha edilmek üzere Bakanlığa gönderilir.

Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamalarına İlişkin Temel Kurallar ve Yasaklar

2009 Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Tüzüğü'ne göre, üremeye yardımcı tedavi uygulamalarında uyulması gereken kurallar ve yasaklar şöyledir:

ÜYTE uygulaması, Bakanlıktan alınacak izinle, tüzük koşullarına bağlı kalarak ve münhasıran tüzüğün öngördüğü standartlara uygun bir yerde, münhasıran yetkili merkezler tarafından yapılabilir.

KKTC, TC ve üçüncü ülke yurttaşı evli çiftlerden alınacak olan yumurta, sperm ve bunlardan elde edilen embriyoların bir başka maksatla veya başka adaylarda kullanılması yasaktır.

Bakanlıkça ithal izni verilecek sertifikalı bir donör spermi kullanılmak suretiyle Türkiye yurttaşlarına ÜYTE uygulaması yapmak yasaktır. Ancak, burada bir hususa dikkat çekmek yerinde olacaktır. 2009 tüzüğü o denli acele ve acemice kaleme alınmıştır ki, bazı maddelerinde yurt dışından ithal edilen donör spermelerinin KKTC yurttaşlarında ve yabancılarda kul-

KUZAY KIBRIS TÜRK CUMHURİYETİ'NDE YAPAY DÖLLENME UYGULAMALARI

lanılabileceği ifade edilirken; donör spermlerin kullanılmasına ilişkin esas maddesinden, donör spermlerin sadece yabancılar da kullanılabileceği sonucu çıkarılmaktadır.

Her ne sebeple olursa olsun in vitro yöntemlerle döllenmiş yumurtanın bir başka taşıyıcı anneye nakledilmesi yasaktır.

45 yaşını doldurmuş kişilere embriyo transferi yapılması yasaktır.

Bir kişiye bir defada üçten fazla embriyo transferi yapılması yasaktır.

Merkezler, yapmış oldukları tüm işlemler ve faaliyetler hakkında, her ay "Gizli" kaydı ile Bakanlığa rapor vermekle mükelleftir. Aslında bu husus da, tüzükte, yasaklar arasında sayılmıştır ve şöyle denmektedir: "Üremeye yardımcı tedavi uygulamaları yapan merkezler, yapmış olduğu tüm işlemleri ve faaliyetleri hakkındaki bilgileri, her ay "Gizli" kaydı ile Bakanlığa bildirimde bulunmamak yasaktır." Tüzüğün sistematikliği düşünüldüğünde, bu hususun başka bir maddede ve daha güzel bir ifade biçimiyle düzenlenmesi yerinde olurdu inancındayım.

ÜYTE UYGULAMALARI HAKKINDA İKİ ÖRNEK VAKA

ESKİ TÜZÜĞÜN YÜRÜRLÜKTE OLDUĞU DÖNEME İLİŞKİN BİR VAKA ÖRNEĞİ

Yukarıdaki izahatlardan da anlaşılacağı üzere, 2009 yılına kadar yürürlükte bulunan 2002 ÜYTE Merkezleri Tüzüğü, yumurta donasyonuna imkan vermektedir. Örnek vakamız da böyle bir olaydan neşet etmektedir. Vakanın anlatımında kullanılan isimlerin gerçek isimler olmadığını peşinen ifade etmek isterim.

X yılı içerisinde, Kıbrıs Türk Tabipler Birliği'ne baba Ahmet yazılı bir şikayette bulunarak, kızı küçük Şaziye 16 yaşında olduğu halde, Dr. Abdülaziz'in küçük Şaziye'ye para teklif ettiğini ve para karşılığında kontrollü ovarian hiperstimülasyon

uygulayarak küçük kızdaki yumurta topladığını ve kızının sağlığının bu durumdan ötürü bozulduğunu iddia etmiştir. Birlik, derhal şikayet üzerine, prosedürü tamamlayarak ilgili doktor aleyhinde disiplin kovuşturması başlatmıştır.

Kovuşturmada, Dr. Abdülaziz aleyhindeki ithamların özü, doktorun 20 yaşından küçük olan, yani 16 yaşındaki Şaziye'ye, Şaziye'nin ana veya babasının veya yasal temsilcisinin rızasını almaksızın, kontrollü ovarian hiperstimülasyon yaptığı iddiasıdır. İlgili tarihte yürürlükte bulunan ÜYTE Merkezleri Tüzüğü'nün 13'üncü maddesi gereğince 20 yaşından küçük bir kızın yumurta donasyonu yapması yasaktır.

Dr. Abdülaziz, gerek sözlü müdafaasında, gerekse Onur Kurulu huzurundaki duruşmada verdiği ifadesinde, küçük Şaziye'nin, olay tarihinde, 21 yaşında olduğunu, en azından kendisinin Şaziye'nin 21 yaşında olduğuna inandırıldığını, hatta Şaziye'nin KKTC Kimlik kartını gördüğünü ve oradan da 21 yaşında olduğunu teyit ettiğini, Şaziye'nin imzalamış olduğu rızayı gösterir belgede de yaşını 21 olarak beyan ettiğini ileri sürmüştür.

Şaziye, Dr. Abdülaziz'in, yukarıda belirtilen iddialarını reddederek, kendisinin Dr. Abdülaziz'in talep ettiği onay belgesini imzalamış olabileceğini, bundan emin olmadığını, ama imzalamışsa bile narkoz tesirinde imzalamış olabileceğini, her halükarda söz konusu onay belgesinde yer alan bilgileri kendisinin yazmadığını veya söz konusu kısımların kendisi tarafından doldurulmadığını iddia etmiştir.

Baba Ahmet, Dr. Abdülaziz'in, Şaziye'ye donasyon amacıyla kontrollü ovarian hiperstimülasyon yaptığını ve karşılığında da bir miktar para verdiğini iddia etmektedir. Oysa, Dr. Abdülaziz, Şaziye'nin, ahlak dışı bir yaşam sürdüğünü, çok fazla sigara içtiğini, olası bir tehlikeye karşı yumurtalarını dondurmak amacıyla kendisine müracaat ettiğini ve karşılığında da Şaziye'den bir miktar para aldığını iddia etmektedir. Dr. Abdülaziz, Şaziye'nin çok rahatlıkla yalan söyleyen bir kişi olduğunu, bu meselede de, Şaziye ve ailesi vasıtasıyla bir ga-

zetenin kendisine baskı ve şantaj yaptığını, kendisinden büyük miktarlarda para talep ettiğini ileri sürmektedir.

Sonuçta, Onur Kurulu, huzurundaki tüm şahadeti, emare ve sair delilleri değerlendirdikten sonra, Şaziye'nin Sağlık Bakanlığı'na verdiği ifadenin, Tabipler Birliği Soruşturma Komitesi'ne verdiği ifadenin ve Onur Kurulu huzurunda verdiği ifadenin birbirlerinden farklı olduğu; Şaziyenin Onur Kurulu huzurunda ifade verdiği esnada son derece rahat olduğu, zaman zaman rahatlıkla Dr. Abdülaziz'e bağırdığını ve Onur Kurulu'nun sorularına verdiği yanıtlardan kolaylıkla yalan söyleyebilecek bir karaktere sahip olduğu hususlarında kanaate ve bulguya vardıldıktan sonra, Dr. Abdülaziz'i aleyhindeki tüm ithamlardan beraat ettirmiştir. Baba Ahmet, Onur Kurulu'nun kararını Yüksek İdare Mahkemesi'ne taşımadığından Onur Kurulu'nun beraat kararı kesinleşmiştir.

Keza, baba Ahmet ve Şaziye'nin, Dr. Abdülaziz aleyhinde Sağlık Bakanlığı'na yaptığı şikayetler de, incelemeye değer bulunmamış ve disiplin soruşturması açılmamıştır.

İlgili tarihte yürürlükte olan mevzuat gereğince, Dr. Abdülaziz aleyhindeki bu iddialar suç teşkil ettiği ve Tabipler Birliği baba Ahmet'i Polis'e de şikayet yapmaya yönlendirdiği halde baba Ahmet, meseleyi Polise taşımamıştır.

YENİ TÜZÜĞÜN YÜRÜRLÜKTE OLDUĞU DÖNEME İLİŞKİN BİR VAKA ÖRNEĞİ

İkinci örnek vakamız, 2009 tüzüğünün yürürlüğe girmesinden sonra, Türkiye vatandaşı bir kişinin şikayeti üzerine ortaya çıkmış bir olaydır. Bilindiği üzere, Türkiye yurttaşlarına ÜYTE uygulanabilmesi, anne adayının evli olması ve anne adayını ile kocanın üreme hücreleri kullanılmak suretiyle münhasıran bu çifte yapay dölleme uygulanmasına bağlıdır. Vakanın anlatımında kullanılan isimler, gerçek isimler değildir.

Türkiye yurttaşı Hatice, X yılında Hüseyin ile evli olduğu bir esnada, yalnız başına Kıbrıs'ta faaliyet gösteren bir ÜYTE merkezine müracaat ederek kendisine donör spermi kulla-

nılmak suretiyle ÜYTE uygulanmasını talep etmiştir. Merkez de, bu talebi kabul etmiş ve uygulamayı yapmıştır. Netice’de, Hatice, Hüseyin’le evlilik birliği süresince sağlıklı ve Mustafa isimli bir bebek dünyaya getirmiş ve bu bebek eşlerin müşterek sevgi, şefkat ve bakımı ile büyütülmüştür. Hatice, Mustafa üç yaşında iken eşi Hüseyin’den boşanmak için aile yuvasının da bulunduğu Türkiye’de bir boşanma davası açmıştır. Hüseyin bu davada Mustafa’nın velayetini talep etmiş; Hatice ise bu talebi reddederek, velayetin kendisine bırakılması gerektiğini, çünkü Hüseyin’in Mustafa’nın gerçek babası olmadığını, Hüseyin’den izinsiz Kıbrıs’ta aldığı ÜYTE tedavisi sonucu dünyaya geldiğini beyan etmiştir. Bu iddialar karşısında Hüseyin depresyona girmiş ve DNA testi yapılmasını talep etmiştir. DNA testi sonuçları, Hatice’nin iddialarını teyit etmiştir. Ortaya çıkan bu acı gerçek karşısında Hüseyin, ilgili ÜYTE merkezi aleyhinde KKTC Polisi ve Kıbrıs Türk Tabipleri Birliği nezdinde şikayetler yapmıştır.

Tabipler Birliği konu hakkında derhal soruşturma başlatmış, fakat soruşturma esnasında, Polis tahkikatının tamamlandığını ve meselenin ilgili merkez aleyhinde ceza davası açılması için Savcılığa intikal ettiğinin öğrenilmesi üzerine, cezai kovuşturmanın disiplin işlemlerini durdurması nedeniyle disiplin soruşturmasını durdurmuştur. Bu arada, 2009 tüzüğüne istar edilmesine dayanak teşkil eden 32/1998 sayılı Özel Hastane, Özel klinik, Özel Dispanser ve Özel Muayenehaneler (Denetim) Yasası, 37/2012 sayılı Özel Hastane, Özel Dal Hastanesi, Özel Klinik, Özel Dispanser ve Özel Muayenehaneler (Denetim) Yasası ile yürürlükten kaldırılmıştır. Hüseyin’in şikayeti üzerine cezai kovuşturma başlatılmasına dayanak teşkil eden “Suç ve Ceza” maddesi, 37/2012 sayılı yasaya bir şekilde konulmamıştır. Halbuki, 32/1998 sayılı yasanın 15’inci maddesi gereğince, bu yasa altında istar edilmiş ÜYTE Merkezleri Tüzüğü’ne aykırı davranan gerçek veya tüzel kişiler bir suç işlemiş olurlar ve mahkumiyetleri halinde altı aya kadar hapis cezasına veya asgari ücretin beş katına kadar para cezasına veya her iki cezaya birden çarptırılabilirlerdi. 37/2012 sayılı Yasa’da böyle bir suç ve ceza maddesi bulunmadığından, Savcılık, ilgili

ÜYTE merkezinin eylemlerinin artık suç sayılamayacağından hareketle, ceza davası ikame edilmesine yasal bir dayanak bulunmadığı kanaatine varmıştır. Böylelikle, Hüseyin'in suç durumu neticesiz veya semeresiz kalmıştır.

Yeri gelmişken, belirtmekte fayda görüyorum ki, 37/2012 sayılı yeni yasa yapılırken, hem intibak hükümleri gerektiği gibi düzenlenip yasaya ilave edilmemiştir; hem de, bu yasa altında ıstar edilecek tüzüklere aykırılık suç olmaktan çıkarılmıştır ve/veya bu husus yasada düzenlenmemiştir. Böylelikle, örneğin yürürlükteki ÜYTE Merkezleri Tüzüğü'nün yasaklar maddesine aykırı davranılması halinde, bu aykırı davranmanın herhangi bir cezai yaptırımını artık bulunmamaktadır. İdari yaptırımlar uygulanmasının, çeşitli nedenlerle çok mümkün olmadığı veya çok tercih edilmediği KKTC gibi bir ülkede, bu durumun son derece büyük bir eksiklik yaratacağı ve önü alınmaz ihlallere sebebiyet vereceği kanaatindeyim.

ÜYTE UYGULAMASI SONUCU DOĞAN ÇOCUĞUN HUKUKİ STATÜSÜ

1/1998 Sayılı Aile (Evllenme ve Boşanma) Yasası'nın 40'ncı maddesi gereğince, evlilik esnasında veya evliliğin son bulmasından veya kocanın ölümünden başlayarak 302 gün içerisinde doğan her çocuğun nesebi sahih addolunur.

KKTC yurttaşlarına ÜYTE uygulanmasının şartları yukarıda anlatılmıştı. Buna göre, KKTC yurttaşlarına ÜYTE uygulanabilmesi için, annenin evli olması ve anne adayının yumurtasının münhasıran kocanın spermi ile döllenmesi gerekmektedir. Mevzuata uygun bir ÜYTE uygulaması sonucunda KKTC yurttaşı bir annenin dünyaya getireceği bir çocuğun nesebinin sahih addolunacağı kabul edilmelidir. Diğer bir deyişle, ÜYTE uygulaması sonucu KKTC yurttaşı bir annenin dünyaya getireceği bir çocuk, aynen evlilik birliğinde normal döllenme sonucu dünyaya gelmiş bir çocuk gibi aynı hukuki statüde olacaktır.

KKTC Hukukunda, henüz taşıyıcı annelik uygulaması bulunmadığı için çocuğu doğuran kadın, çocuğun anası sayılır.

maktadır. Dünyaya gelen her çocuk, her hal ve karda, annesinin yasal mirasçısıdır. Ancak, Fası 195 Vasiyet ve Tevarüs Yasası kuralları gereğince, bir çocuğun babaya mirasçı olabilmesi, münhasıran o çocuğun meşru bir çocuk olmasına bağlıdır. Yani, bir çocuğun babasına mirasçı olabilmesi için yasal bir evlilik birliğinde dünyaya gelmiş olması, ya da nesebinin sahih olması gerekmektedir. Aksi takdirde meşru olmayan bir çocuk, baba o çocuğu tanısa bile, babaya mirasçı olamamaktadır. Taşıyıcı annelik müessesesinin bir şekilde mevzuatımıza girmesi halinde, meşru olup olmadığına bakılmaksızın dünyaya gelecek çocuğun taşıyıcı anneye mi yoksa yasal anneye mi mirasçı olacağı tartışmaları kendiliğinden ortaya çıkacaktır; Fakat mevzuatımızda henüz böyle bir müessese bulunmadığına göre, bu konuyu bu safhada tartışmak yersiz olacaktır. Bu konu hakkında söylenebilecek tek şey, taşıyıcı annelik müessesesi hukukumuzda monte edilecekse, bu durumun miras hukuku açısından yaratacağı muhtemel tartışmaları bertaraf edebilecek tedbirlerin de alınmasına dikkat edilmesidir.

KKTC Yurttaşlık Yasası gereğince, “çocuk” kelimesi, evlilik birliği içinde doğmuş çocukları kapsar. Bu nedenle, ÜYTE uygulaması sonucu dünyaya gelse bile, evlilik birliği içinde dünyaya gelen ve anne veya babasından herhangi biri KKTC yurttaşı olan veya anne veya babasından birisi yabancı olsa bile evlilik birliği içinde ve KKTC’de dünyaya gelmiş olan bir çocuk, KKTC Yurttaşlık Yasası gereğince yurttaşlık hakkını doğumdan itibaren kazanmış sayılır. Taşıyıcı annelik müessesesinin bir şekilde mevzuatımıza girmesi halinde, bu durumun yurttaşlık hukuku açısından da sorunlar yaratması veya tartışmalara sebebiyet vermesi kuvvetle muhtemeldir. Bu nedenle, taşıyıcı annelik müessesesinin yurttaşlık hukuku açısından yaratacağı muhtemel sorunları bertaraf edebilecek tedbirlerin de alınmasına dikkat edilmesidir.

Fası 278 Evlilik Dışı Çocuklar Yasası kuralları incelendiğinde, babanın Mahkemeye müracaat ederek, kendisinden dünyaya gelmiş bir çocuğun nesebinin düzeltilmesini talep etme hakkı vardır. Mahkemenin bu talebi uygun görmesi halinde,

baba ile çocuk arasında yasal bir bağ kurulur. Ayrıca, söz konusu yasa kuralları, evli olmayan bir anneye, çocuğunun babasının çocuğun bakım ve eğitim masraflarına katkı sağlaması için Mahkemeye müracaat etme hakkı bahsetmektedir. Mahkemenin böyle bir talebi uygun görmesi halinde, çocukla baba arasında yasal bir bağ kurulu ve Mahkeme babanın gerekli katkıyı sağlamasına emir verebilir. KKTC yurttaşlarına ÜYTE uygulanmasına ilişkin yürürlükteki mevzuat, kocadan başka birisinin spermlerinin kullanılmasına imkân vermemektedir. Bu bakımdan, ÜYTE mevzuatına uygun hareket edilirse, ÜYTE uygulaması sonucu dünyaya gelecek bir çocuk hakkında Fasıllık 278 hükümlerinin uygulanmasına gerek kalmaz. Ancak, ÜYTE mevzuatına aykırı biçimde yapılacak bir uygulama ile donör spermi kullanılmak suretiyle dünyaya bir çocuk gelmesi halinde, çocuğun biyolojik babasının Fasıllık 278 tahtından çocukla yasal bağ kurulmasını ve bu surette çocuğun nesebinin düzeltilmesini talep etme hakkı olabileceği gibi, böyle bir meseledeki annenin de, mahkemeye müracaat ederek biyolojik babadan katkı talep etme hakkı olabilir. Her iki ihtimalin de neticesi muhtemelen bir kaos olur.

ÜYTE uygulanmasına dayanak teşkil eden mevzuata uygun hareket edilmesi ve bilhassa bu mevzuat gereğince belirlenen yasakların delinmemesi halinde, ÜYTE uygulaması sonucu dünyaya gelecek bir çocuğun, ne nesep bakımından, ne yurttaşlık bakımından ne de mirasçılık bakımından normal yollarla döllenme sonucu evlilik birliği içinde dünyaya gelmiş çocuklardan herhangi bir farkı olmayacaktır. Ancak, mevzuata uygun olmayan bir ÜYTE uygulaması sonucu dünyaya gelecek bir çocuk, nesep bakımından da, mirasçılık bakımından da, yurttaşlık bakımından da sıkıntılarla karşılaşabilir. Bu nedenle, tavsiyem, sebebi ne olursa olsun, ÜYTE merkezlerinin mevzuata uygun faaliyetlerde bulunmalarınıdır. İnsanların çocuk sahibi olmasına yardımcı olmak kutsal bir hizmet olabilir. Ancak, bir insanın hayat boyu mağdur olacağı bir hayata doğmasına sebebiyet vermek olsa olsa günah ya da işkence olur.

SON SÖZ

ÜYTE uygulamaları ile ilgili KKTC'deki yasal durumu genel hatlarıyla özetlemeye çalıştım. Gönül isterdi ki, fiili uygulamaların yasal duruma uygun yapıldığını ifade edebilecek bir pozisyonda olayım. Maalesef, hem bilgime gelen vakalar veya şikâyetler, hem de ülkedeki ÜYTE uygulamaları ile ilgili duyuların, fiili uygulamanın mevzuatla örtüşmediğini teyit etmektedir. Özellikle, KKTC'nin de bulunduğu bölgede, ÜYTE uygulamalarına ilişkin çok ciddi bir Pazar ve rekabet ortamı bulunduğu düşünüldüğünde, pazarda önemli bir yere sahip olan KKTC ÜYTE merkezlerinin, mevzuatın öngördüğü tüm sınırlamalara uymasının beklenmesi çok saf bir davranış olurdu inancındayım. Bu nedenle, kanaatim ve tavsiyem, mevzuatın, bölgesel durum, ülkesel ihtiyaçlar ve fiili uygulamalar dikkate alınarak yeniden tasarlanıp düzenlenmesidir. Çok iyi, şeffaf, izlenebilir ve denetlenebilir bir sistem kurulduğu takdirde, ne Mustafa'lar Hüseyin'lerden koparılabilir, ne de yeni bir Mustafa - Hüseyin vakası yaşanabilir.

Son söz olarak, KKTC Cumhuriyet Meclisi'ne ve Siyasi İktidara bir çağrı yapmak isterim. Çok uzun yılların, çok nitelikli ve özverili insanların paha biçilmez emekleri neticesinde hazırlanmış bulunan ve Meclis Genel Kurulu'nda görüşülmeyi bekleyen İnsan Hücre, Doku ve Organ Nakli ile İlgili Kuralları Düzenleyen Yasa'yı bir an evvel genel kurulda onaylayıp yürürlüğe girmesini sağlamak bu meclisin ve siyasi iktidarın en kutsal vazifelerindendir. Bu yasanın yürürlüğe girmesi halinde, ÜYTE uygulamaları da yeniden tanımlanmış ve bunlara yönelik yeni tüzükler yapılarak hedeflenen sistemin kurulmasının önü açılmış olacaktır.

ANONİM ŞİRKET OLARAK KURULAN ÖZEL HASTANELERDE YÖNETİMİN SORUMLULUĞU

*Ögr. Gör. Gülçin ÇAM**

Sağlık hizmetleri devlet tarafından kurulup işletilen sağlık kuruluşları tarafından kişilere sunulabileceği gibi, serbest çalışan hekimler veya özel hastaneler tarafından da sunulmaktadır.

Sağlık kurumları, sağlık hizmetlerini üreterek topluma sunan karmaşık örgütlerdir. Sağlık hizmetlerindeki gruplamaya paralel olarak sağlık kurumları dört ayrı grupta ele alınmaktadır. Bunlar; koruyucu sağlık hizmeti sunan kurumlar, tedavi edici sağlık hizmeti sunan kurumlar, rehabilite edici sağlık hizmeti sunan kurumlar ve sağlığın geliştirilmesi hizmeti sunan kurumlardır¹.

Dünya Sağlık Örgütü (WHO) hastaneleri, “müşahede, teşhis, tedavi ve rehabilitasyon olmak üzere gruplandırılacak sağlık hizmetleri veren, hastaların uzun veya kısa süreli tedavi gördükleri yataklı kuruluşlar” şeklinde tanımlamıştır².

* Lefke Avrupa Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Elemanı

¹ Sağlık Kurumları Yönetiminde Temel Kavramlar, s. 27 <http://eogrenme.anadolu.edu.tr/eKitap/SAK201U.pdf> (Erişim Tarihi: 15.5.2014).

² T.C. Sağlık Bakanlığı, I. Ulusal Sağlık Kongresi, Çalışma Grupları Raporları, Ankara 1992, s. 193 (Naklen: SOMER, Pervin: Sağlık Yöneticisi, Belgin Erdoğan'a Armağan, Der Yayınları, İstanbul 2011, s. 818).

Özel hukuk kişisi olan serbest çalışan hekim ve özel hastanelerin sunduğu sağlık hizmetleri, özel hukuk hükümlerine tabidir. Zira hekim ile hasta arasındaki hukuki ilişki bir özel hukuk sözleşmesi olup, tarafların hak ve sorumlulukları bu sözleşme kapsamında değerlendirilecektir³.

Özel hukuk kişileri tarafından yürütülen sağlık faaliyetleri karşısında idarenin hiçbir rolü olmadığını söylemek mümkün değildir. İdarenin görevi, bu tür sağlık faaliyetlerini ruhsatlandırmak, denetlemek, yaptırım uygulamak vb. sorumluluğu söz konusudur. İdarenin, bu görevlerini ifa etmemesi veya kötü ifa etmesi idarenin sorumluluğuna yol açacaktır. Nitekim Danıştay, idarenin denetim görevini yerine getirmemesi dolayısıyla doğan zararlardan dolayı sorumlu olacağına karar vermektedir. İdarenin gözetim ve denetiminin söz konusu olduğu ve insan yaşam ve sağlığıyla ilgili olan sağlık kamu hizmetinin kusurlu işletilmesinden özel tedavi kuruluşunun sahibi ile birlikte idarenin de sorumlu olabileceği belirtilebilir⁴. Ancak, bu sorumluluğun kaynağı, hekimin faaliyeti değil, bundan bağımsız olarak yetkili kamu makamlarının doğrudan doğruya kendi işlemleri, tutum ve davranışlarıdır⁵.

I. HASTANE YÖNETİMİ VE YÖNETİCİLİĞİ

Hastaneler, etkin bir yönetimle hizmetlerini yüksek standartlarda sunabilirler. Hastane yönetimi genel yönetimden

³ Serbest çalışan hekimler ile özel hastanelerin hastalar ile olan hukuki ilişkisi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. ŞENOCAK Zarife: Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, AÜHF Yay., Ankara 1998.

⁴ YAYLA, Yıldızhan: İdare Hukuku, Beta Basım Yayım, İstanbul 2009, s. 344-345. Örneğin Danıştay 10. Dairesi Karar Tarihi: 22.1.2001 E. 1994/3467, K. 1997/5311. Danıştay 13. Dairesi 6.5.2009, E. 2007/7931, K. 2009/4977 ise bir kararında; "Tıbbî tetkik ve tanı hizmetlerinin, hasta ile özel sağlık kuruluşu arasında herhangi bir maddî ilişki oluşturulmaksızın bizzat hastane idaresince satın alınmasının ve yine aynı hastane bünyesinde konuşlandırılan merkezlerde zaman ve kaynak israfına yol açılmaksızın idarenin denetim ve gözetimi altında sunulmasının gerektiğine..." hükmetmiştir.

⁵ GÜRAN, Sait: "Hekimin Faaliyetlerinden Dolayı Devletin Sorumluluğu", Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler V. Sempozyum, Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Ankara, 12-13 Mart 1982, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1983, s.77; SÖMER, Pervin: Hastane Yönetiminin Sorumluluğu, Lefke Avrupa Üniversitesi VII. Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu, Yayınlanmamış Tebliğ.

ANONİM ŞİRKET OLARAK KURULAN ÖZEL HASTANELERDE YÖNETİMİN SORUMLULUĞU

ayrı olmayıp, planlama programlama, bütçeleme, örgütleme, kadrolama, yürütme, kontrol vs. iş ve işlemleri içerir. Hastanenin amaçlarına ulaşabilmesi eldeki insan gücü ve maddî imkânları en uygun şekilde kullanmasına bağlıdır. Hastane işletmelerinin diğer işletmelerden farklı özellikler taşıması, hastane yönetimini de farklılaştırmakta ve dolayısıyla hastane yöneticilerinin niteliklerini belirlemektedir. Hastane yönetimi, hastanedeki tüm hizmetlerden ve faaliyetlerden yönetim kuruluna karşı sorumlu olan bir organ olarak tanımlanmaktadır⁶.

Hastane yönetim kurulunun verdiği yetkiye dayanarak yürütme yetkisini kullanan kişi hastane yöneticisidir. Yürütme açısından bakıldığında hastanenin tepesinde hastane yöneticisi bulunmaktadır⁷. Hastane yöneticisi, tıbbî birimler arasında eşgüdümü ve düzenli çalışmayı sağlayacak maddî koşulları ve insan kaynaklarını oluşturur ve aynı zamanda hastaneyi temsil eder. Yürütme açısından yapılanmanın başında olan kişi hastane yöneticisidir. Büyük hastanelerde diğer faaliyetler için bir veya birkaç hastane yöneticisi yardımcısı bulunur. Örgütleme faaliyeti, biçimsel yetki ve sorumluluk ilişkilerinin tanımlanması, iş bölümü ve iş tasarımı, eşgüdüm ve bilgi sisteminin tasarımı gibi konuları kapsar. Örgütleme sürecindeki yönetici organizasyonu yapar. Bu sürecin sonunda aynı zamanda bir kurumsal yapı oluşur; böylelikle kimin ne yapacağı ve yapmayacağı da kesin bir şekilde programlanmış olur. Herkesin yaptığı/yapması gereken hususlar açıkça belli olduğunda ortaya çıkan sorunları ve bunlardan sorumlu kişileri belirlemek de pratik olacaktır. Örneğin, hukukî veya cezaî sorumlulukta tıbbî atıkların delil niteliği taşımalarından dolayı önemi büyüktür. Bu bağlamda hastane yöneticisi tıbbî kayıt birimi kurarak ve bu birimi kendi içinde “eksik dosyalar birimi, dosya bulma ve çıkartma birimi, kayıt ve indeks birimi” şeklinde organize ederek üzerine düşen görevi yapmalıdır. Ayrıca organizasyon eksikliği nedeniyle yaşanacak olumsuz olaylar en aza indirile-

⁶ CAN, Ali/İBİCİOĞLU, Hasan: Yönetim ve Yöneticilik Yönünden Üniversite Hastanelerinin Değerlendirilmesi, Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi Y. 2008, C. 13, S. 3, s. 258 ve s. 253-275.

⁷ CAN/İBİCİOĞLU, s. 259.

ceğinden açılacak davaların da büyük oranda önüne geçilebileceği gibi hastane, aleyhine açılan davalarda da kendini savunma imkânı bulmuş olur⁸.

Yönetim kurulu başkanı, hastaneyi temsil etme yeteneğine sahiptir. Yönetim kurulu başkanı yönetim kurulu üyelerinin ve özel hastanelerde pay sahiplerinin görüşlerini alarak hastane yönetim kuruluna liderlik yapmakla görevlidir. Yönetim kurulunun etkinliğini sağlamak ve hastanenin günümüzde müşteri olarak görülen hastaların nazarında hastanenin değerinin artırılmasını sağlamak en temel görevlerindedir. Yönetim kurulu başkanı, üyeler arasında ve hastane paydaşları ile doğru, zamanında ve kesintisiz iletişim kurulmasından da sorumludur. Yönetim kurulu üyeleri ile işletme ya da hastanenin üst yönetimi arasında, ilişki ve iletişim kurulmasını teşvik eder. Böylece organizasyonda kurumsal yönetim etkin bir şekilde uygulanmış olur. Uygulamaya bakıldığında ise, yönetim kurulu başkanı ve CEO çoğunlukla ayrı kişilerdir. Hastanenin tüm faaliyetlerinden ve malvarlığının yönetiminden sorumlu en üst organ hastane yönetim kuruludur (hospital board governance). *Alınan tüm kararların nihai sorumluluğu ise bu organa aittir. "Hastane yönetim kurulu" olarak anılan bu organ, kâr amacı güden (profit organizations) özel hastanelerde mütevelli heyeti (board of trustees); kâr amacı gütmeyen hastanelerde (nonprofit organizations) ise, yöneticiler kurulu (boards of directors) olarak bilinmektedir. Mütevelli heyeti, hastanenin malvarlığının yönetiminden ve üst düzey politikaların belirlenmesinden ve uygulamaya geçirilmesinden sorumludur. Ayrıca yönetim kurulu, yöneticilerin atanmasından, hem tıbbî personelin hem de hastanenin tüm faaliyetlerinden sorumludur. Birçok hastane kendi yönetim kuruluna ve üst düzey yöneticilerden oluşan profesyonel bir yönetim ekibini oluşturma yoluna gitmektedir⁹.*

Hastane yönetim kurulu bünyesinde; genellikle farklı meslek gruplarından üyeler bulunmaktadır, fakat bu kişilerin bir-

⁸ SOMER, Pervin, Hastane Yönetiminin Sorumluluğu, KKTC Lefke Avrupa Üniversitesi V. Sağlık Hakkı ve Sağlık Hukuku Sempozyumu, 8-9 Kasım 2013, s. 247 vd.

⁹ Sağlık Kurumları Yönetiminde Temel Kavramlar, s. 141.

ANONİM ŞİRKET OLARAK KURULAN ÖZEL HASTANELERDE YÖNETİMİN SORUMLULUĞU

çoğu finans uzmanı değildir. Bütçeleme, bağış, sermaye harcamaları, finansal planlama, sermaye projeleri gibi konularının da ayrıca görüşülüp, tüm bu konuların planlamasının yapılacağı “finansal komite”nin oluşturulması ile bir bütün olarak hastanenin başarısına katkı sağlanmış olacaktır¹⁰.

II. ÖZEL HASTANELER

A. Genel Olarak

5.1.1961 tarihli ve 224 sayılı Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanununun 4. maddesine göre, “*Amme sektörüne dâhil kurumlardan maaş veya ücret almıyan ve hiç bir şekilde aynî ve nakdî menfaat sağlamayan hekim ve tababet şubeleri mensupları -mer’i kanunların hükümleri dairesinde- mesleklerini serbestçe icraya ve hususi sağlık müesseseleri ve eczane kurmağa mezundurlar*”. Bu düzenlemenin daha açık ifade edilmesi gerekirse, kamu sektörüne tâbi kurumlardan maaş veya ücret almıyan ya da herhangi bir şekilde aynî veya nakdî olarak maddî bir karşılık almıyan hekim ve tıp mesleği mensupları yasal sınırlar çerçevesinde mesleklerini serbestçe yapabilir, özel sağlık kurumları ve eczaneler açabilir. Bu hüküm, sağlık mesleğini icra edenlere özel muayene veya özel hastane hekimliği yapmaları, özel hastane işletmelerine izin vermektedir.

Özel hastanelerin açılmaları ve işletilmeleri konusunda 24.5.1933 tarihli 2219 sayılı Hususi Hastaneler Kanunundaki (HHK) düzenlemelerin incelenmesi gerekmektedir. Özel hastane tanımı HHK 1. maddesinde yapılmıştır. Buna göre, devletin resmi hastaneleri ve idarelerle belediye hastaneleri dışında, yatırılarak hasta tedavi edilmesi, yeni hastalık geçirmişlerin zayıflarının yeniden eski kuvvetlerini buluncaya kadar sağlığa uygun şartlar içinde beslenmesi ve doğum yardımlarında bulunulması için açılan ve açılacak olan sağlık yurtları hususi hastane sayılır.

¹⁰ Sağlık Kurumları Yönetiminde Temel Kavramlar, s. 142.

Gerçek ve tüzel kişiler tarafından açılabilen özel hastanelerin her birinde sorumlu müdür/mesul müdür sıfatıyla çalışan bir görevli bulunur. Sorumlu hastane müdürü, Türkiye’de tıp sanatı yapmaya yetkili Türk hekim olmalı ve ikisi hastanelerde olmak üzere en az beş yıl süreyle Türkiye’de hekimlik yapmış olmalı ya da devlet meslek memurluklarında çalışmış olmalıdır¹¹.

B. Özel Hastanelerin İşletilmesi

Sağlık hizmeti sunan özel kurum ve kuruluşlar kâr elde etmek amacıyla kurulup işletilir. Kuruluş şekilleri, hak ve sorumlulukları Hususi Hastaneler Kanunu’nda ve Özel Hastaneler Yönetmeliği’nde düzenlenmiş olup denetim aşamasında Sağlık Bakanlığı devreye girmektedir¹². Hastane üst yönetimi veya hastane yönetim kurulu, hastanenin tüm faaliyetlerinden ve hastanenin malvarlığı yönetiminden sorumlu olan üst organıdır. Hastane üst yönetimi, kâr amacı güden özel hastanelerde yönetim kuruludur¹³. Hastane yöneticisi, “yönetim kurulundan aldığı yürütme yetkisini kullanarak hastaneyi yöneten kişi” olarak tanımlanmaktadır¹⁴. Kamu hastanelerinde yönetici ve sorumlu kişi “baştabip” olarak adlandırılırken özel hastanelerde bunun yerini “mesul müdür” tabiri alır¹⁵. Özel hastaneler hekim olmayan kişiler tarafından da açılabilmekte, ancak bir hekimin mesul müdür olarak atanması şartı öngörülmektedir¹⁶.

Organizasyon kusurundan dolayı sorumlu kişi özel hastane işleten kişi ya da muayenehane işleten hekimdir. Özel hastane işleten kişi gerçek kişi olmak zorunda değildir. Özel hukuk kuralları çerçevesinde gerçek kişi olabileceği gibi özel hukuk tüzel kişisi de olabilir. Ancak muayenehane işleten her zaman bir hekim olmak zorundadır. Özel hastaneler genellikle işleten bir şirket aynı zamanda da ticaret şirketi olarak ortaya çıkar.

¹¹ GÖKCAN, Hasan Tahsin, Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, Seçkin Yayıncılık, 2014, s. 83.

¹² SOMER, Sağlık Yöneticisi, s. 820.

¹³ SOMER, Sağlık Yöneticisi, s. 821.

¹⁴ KAVUNCUBAŞI, Şahin: Hastane ve Sağlık Kurumları Yönetimi, Siyasal Kitabevi, Ankara 2000, s. 88.

¹⁵ SOMER, Sağlık Yöneticisi, s. 822.

¹⁶ SOMER, Sağlık Yöneticisi, s. 823.

ANONİM ŞİRKET OLARAK KURULAN ÖZEL HASTANELERDE YÖNETİMİN SORUMLULUĞU

Bir adi şirket yapılanması ile de karşılaşılabılır. Mevzuatta bu tür hastanelerin işletenin zorunlu olarak belirli bir şirket türünde olacağına ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bunların yanı sıra işletenin dernek ya da vakıf olması da mümkündür, zira buna engel niteliğinde herhangi bir hüküm yoktur. Bu anlamda organizasyon sorumluluğundan söz edildiğinde kastedilen, bu gerçek veya tüzel kişiler ile muayenehane işleten hekimdir.

C. Organizasyon Yükümlülüğü

1. Genel Olarak

Bir işletme içindeki organizasyon ya da başka bir deyimle bir işletmecinin işletmesindeki organizasyona ilişkin düzenlemeleri, üçüncü kişinin uğrayacağı zararı mümkün olduğu kadar düşük tutulabilecek biçimde düzenlenmelidir.

Hekime yüklenen bir diğer organizasyon yükümlülüğü, teknik alet ve gereçlerdeki eksikliğin hastane yönetimine bildirilmesidir. Bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi durumunda hekim sorumlu olacak, bildirilmesine karşın giderilmemesi halinde ise yönetimin sorumluluğu söz konusu olacaktır. Buna karşılık tıbbî aletlerin işlevsel biçimde kullanıma hazır tutulması hastane işletenin organizasyon sorumlulukları arasında yer almaktadır¹⁷.

Hastane işleticisinin/hekimin en önemli organizasyon yükümlülükleri arasında ifa yardımcısından kaynaklanan durumlar yer almaktadır. İfa yardımcısı olarak çokça hastabakıcı, hemşire ile karşılaşılsa da bazen başhekim de hukuken bu nitelikte değerlendirilecektir. İfa yardımcısı kullanılmayan kaynaklanan sorumluluğun yanı sıra bazı durumlarda ifa yardımcısı ya da yeterli ifa yardımcısının kullanılmaması, güvenlik önlemlerini alma yükümüne aykırılık biçimindeki organizasyon kusurunu oluşturacaktır¹⁸.

¹⁷ SOMER, Yönetimin Sorumluluğu, s. 255; HAKERİ, s. 592 vd.

¹⁸ SEROZAN, Rona: İfa Engelleri Haksız Zenginleşme, İstanbul 2006, s. 82.

Aynı zamanda ifa yardımcısının borca aykırı davranışı dolayısıyla ortaya çıkacak zarar için yapılacak sorumsuzluk anlaşmasının (BK 100/2) geçerliliği borçlunun işletme organizasyonunun kusursuzluğuna bağlıdır. Tıbbî müdahaleler günümüzde ancak pek çok kişinin işbirliği ve katılımı ile olmaktadır. Katılan kişilerin sayısının artması tıbbî işlemlerin koordinasyon ve denetlenmesinde dikkat ve etkinliğin artmasını gerektirmektedir¹⁹.

2. Organizasyon Yükümlüleri

a. Hastane İşleticisi

Hastane işleticisi gerek tam hastaneye kabul sözleşmelerinde gerekse bölünmüş hastaneye kabul sözleşmelerinde öncelikle hastane ortamının gereken teknik, tıbbî ve organizasyon yönünden standartlara uygun olarak hizmete sunulmasını üstlenmektedir. Belirtilen konularda organizasyonla ilgili kusur söz konusu ise, sözleşmeye aykırılık olarak kabul edilir. Bu bağlamda personelin seçimi, uygun yönetim ve işletim sisteminin kurulması, tıbbî cihazların bakım ve onarımının sağlanması vb. hususlarda üzerine düşeni yapmadığı takdirde hukuka ve sözleşmeye aykırılık ortaya çıkar²⁰.

Hastaneye tam kabul sözleşmesinde, hastane işletmecisi tıbbî tedavi ile birlikte barınma, yedirme içirme ve sair hasta bakımını şeklindeki bütün yükümlülükleri taahhüt etmiştir. Hastane, üstlendiği bu görevleri kendine bağlı hekimler ve diğer sağlık personeli vasıtasıyla yerine getirir²¹. Bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesinde hastanın taraf olduğu iki ayrı sözleşme vardır. Biri, hastane işleticisi ile barınma, yedirip içirme ve diğer

¹⁹ ÖZEL, Çağlar/LEBLEBİCİ, N. Doğan: Organizasyon Kusurundan Doğan Zarar Açısından Özel Hastane ve Hekimlerin Sorumluluklarına Kısa Bir Bakış, s. 183 vd. <http://www.saglikdaresidergisi.hacettepe.edu.tr/Makale/102/3.pdf> (Erişim Tarihi: 2.5.2014).

²⁰ GÖKCAN, s. 962; ÜÇİŞİK, Fehim: Sağlık Hukuku, Ötügen Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 187.

²¹ HATIRNAZ EROL, Gültezar: Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları, Seçkin Yayıncılık, 3. Bası, Ankara 2013, s. 88; DEMİR, Mehmet: Tıbbi Organizasyon Kusuru Açısından Hastanelerin Hukuksal Sorumluluğu, Turhan Kitabevi, Ankara 2010, s.157.

ANONİM ŞİRKET OLARAK KURULAN ÖZEL HASTANELERDE YÖNETİMİN SORUMLULUĞU

bakım hizmetleri için yapılmış hastane kabul sözleşmesidir. Diğer, karşı tarafını hekimin oluşturduğu tedavi sözleşmesidir. Hasta iki ayrı sözleşme ilişkisine girdiğinin bilincinde olmalıdır. Hastanenin sorumluluğu hasta bakımı ile sınırlı olup, tedavi bakımından işletmecinin bir sorumluluğu yoktur²².

Hastane işleticisinin tedaviden de sorumlu olduğu durumlarda, uygun uzman ve diğer sağlık personelinin seçimi ve bunların sağlık hizmetini aksatmadan bunların sağlık hizmetini planlamak işletenin görevi olup, işleten bundan da sorumludur. Hekim veya personelin hastaya kusurlarıyla zarar vermesi durumunda, sözleşmede ifa yardımcısının kusuru işletene ait olacağından, yine sözleşmeye aykırılık nedeniyle işleten sorumlu olmaktadır²³.

Sözleşme dışı hukuka aykırılık hallerinde özel hastane işleticisini değerlendirdiğimizde organizasyon yükümlülüklerini yerine getirmek zorunda olan hastane işleticisi, hastanenin fizikî şartları, personelin seçimi ve eğitimi, tıbbî hizmet ve tekniklerin her an hazır tutulması vb. konulardaki yükümlülüklerini ihlal etmesinden dolayı bir zarar ortaya çıkarsa işleticinin eylemi hukuka aykırı kabul edilir. Tedavi hizmetleri yönünden uygun personelin ve hekimin istihdam edilmesi bakımından özen yükümlülüğünün ihlali, işletenin kusuru olarak yansır²⁴.

Hastanenin acil hizmetlerinin hiç veya gereği gibi işletilememesi de ilgili mevzuattan kaynaklanan yükümlülüğünün ihlali niteliğindedir. HHK m. 32 gereği hastanın yaşamı ve sağlığının ağır bir tehlikede bulunduğu durumlarda başvuran hastanın kabul edilip gereken tedavisinin yapılması ya da yatak imkânı bulunmuyorsa ilk müdahale yapıp irtibat kurulan hastaneye sevkini sağlanması konusunda işletenin de gereken tedbirini alması beklenir. Belirtilen yasal yükümlülüğünün ihmali işletenin fiilinin hukuka aykırı kabul edilmesini gerektirir²⁵.

²² HATIRNAZ EROL, s. 92.

²³ GÖKCAN, s. 962; DEMİR, s. 158-159.

²⁴ GÖKCAN, s. 963; DEMİR, s. 163-164.

²⁵ GÖKCAN, s. 964.

b. Mesûl Müdür

Özel Hastaneler Yönetmeliği^{26'}ne göre, özel hastanelerin tıbbî, idarî ve teknik hizmetleri bir mesul müdür tarafından yürütülür. Yönetmelikte mesul müdürün niteliklerini sayan 16. maddede belirtildiği üzere mesul müdürün tabip olması gerekir²⁷.

Mesul müdürün görev, yetki ve sorumluluklarının düzenlendiği 17. maddeye göre:

Madde 17- Mesul müdürün görev, yetki ve sorumlulukları şunlardır:

- a) (Değişik: RG-11.3.2009-27166) Özel hastanenin tıbbî, idarî ve teknik hizmetlerini mevzuata uygun olarak idare etmek ve denetlemek,
- b) Gerektiğinde, ruhsatlandırma ile ilgili her türlü işlemleri yürütmek,
- c) Özel hastanenin ruhsatlandırılmasından sonra, her türlü personel, bina, tesis, grup ve tür değişikliklerini müdürlüğe bildirmek,
- d) Özel hastane adına belge onaylamak,
- e) Bakanlık ve müdürlük ile ilgili olan her türlü muhabere ve yazışmaları yürütmek,
- f) Özel hastanenin personel ve hizmet kalite standartlarını korumak ve geliştirmek,
- g) Özel hastane bünyesinde kurulan ve sağlık ile ilgili mevzuat çerçevesinde ruhsatlandırılması gereken eczane, laboratuvar, diyaliz merkezi, organ ve doku nakli merkezi, üremeye yardımcı tedavi merkezi ve genetik hastalıklar tanı merkezi gibi ünite veya merkezlerin ruhsatlandırma işlemlerini yürütmek,

²⁶ Resmi Gazete Tarihi: 27.03.2002 Resmi Gazete Sayısı: 24708. www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 5.5.2014).

²⁷ SOMER, Sağlık Yöneticisi, s. 825.

ANONİM ŞİRKET OLARAK KURULAN ÖZEL HASTANELERDE YÖNETİMİN SORUMLULUĞU

- h) Özel hastanenin tıbbî kayıt ve arşiv sistemini oluşturmak ve kayıtların düzenli ve doğru bir şekilde tutulmasını sağlamak,
- ı) Özel hastanenin denetim defterini muhafaza etmek,
- i) Denetimler sırasında denetim elemanlarınca istenilen her türlü bilgi ve belgeleri hazır hale getirmek,
- j) Tıbbî atıkların kontrolü ve imhası için gereken bütün tedbirleri almak,
- k) Özel hastane hizmetlerinin tam gün esasına göre sürekli ve düzenli olarak yürütülmesini sağlamak ve nöbet sisteminin düzenli olarak işlenmesini takip ve kontrol etmek,
- l) Özel hastanenin türüne, yatak sayısına, personel mevcuduna ve iş hacmine göre tesis edilen tıbbî, idarî, malî ve teknik destek birimleri arasında koordineli ve uyumlu çalışmayı temin etmek,
- m) (Değişik: RG-11.3.2009-27166) Mazeret sebebiyle görev yerinin terk edilmesi halinde yerine mesul müdür yardımcısını bırakmak, terk süresi bir haftadan fazla olmamak kaydıyla derhal ilgili müdürlüğe bilgi vermek ve izin süresi hiçbir şekilde bir yıl içerisinde toplam üç ayı geçmemek şartıyla iznin bir haftadan fazla sürdüğü hallerde müdürlükten izin almak,
- n) 24.4.1930 tarihli ve 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu uyarınca bildirim zorunlu olan hastalıklar ile adli vakaları müdürlüğe ve gerekli diğer mercilere bildirmek,
- o) Özel hastanede görev yapan bütün personelin sağlık taramalarını yaptırmak, (Değişik: RG-21.3.2014-28948)
- ö) Özel hastanenin sterilizasyon ve dezenfeksiyon işlerinin düzenli bir şekilde yapılmasını sağlamak ve hastane enfeksiyonlarından korunma için gereken bütün tedbirleri almak,

p) Hastaların tedavileri için dışarıdan tabip istenilmesi halinde ilgili tabibi kuruma davet etmek,

r) Sağlık ile ilgili mevzuat ile öngörülen ve Bakanlıkça belirlenen diğer görevleri yapmak.

Kanuna göre mesul müdürlüğü de üstlenmiş olan hastane sahibi öldüğünde mirasçıları hastaneyi işletmek isterlerse hastane kapatılmayarak mahalli yetkililerin onayıyla derhal bir tabip seçilir ve bir ay içinde yeni mesul müdür atanır. Diğer özel hastanelerin mesul müdürlerinin ölümünde veya sorumlu müdürlükten ayrılmalarında da mahallî yetkililerin onayıyla derhal bir vekil tabip seçilir ve bir ay içinde yeni mesul müdür atanır (m.18).

Mesul müdür idari işlerden bizzat, tıbbî işlemlerden ise diğer hekimlerle birlikte sorumludur. Hususi Hastaneler Kanununa göre, mesul müdür²⁸:

İki defa yapılan ihtarla rağmen hastaneyle ilgili görevleri ihmal ederse,

HHK. m. 8'de yazılı suçlardan dolayı hapse mahkûm edilirse,

Müessese dâhilinde hastanelerin veya hastanenin nezahet ve şerefini bozan yasak işler yapılmasına göz yumar veya bu işleri kendi işlerse,

Sağlık sebeplerine bağlı olmaksızın bir senede iki kere izinsiz olarak birer haftadan fazla veya bir defada on beş günden fazla hastaneyi terk ederse gerçek kişiler tarafından açılmış özel hastanelerin ruhsatları geri alınır, diğer hastanelerin mesul müdürleri değiştirilir. Bu şekilde hastanesinin ruhsatı geri alınan veya müdürlükten çıkartılan bir mesul müdür, HHK. md. 39'a göre başka bir özel hastanede mesul müdür ve devlet hastaneleriyle özel idare ve belediye hastanelerinde baştabip veya müdür olamaz.

²⁸ Bkz. SOMER, Hastane Yönetiminin Sorumluluğu, yayımlanmamış tebliğ.

c. Sağlık İdarecisi

22.5.2014 tarih ve 29007 sayılı Resmî Gazete’de yayınlanan Sağlık Meslek Mensupları ile Sağlık Hizmetlerinde Çalışan Diğer Meslek Mensuplarının İş ve Görev Tanımlarına Dair Yönetmelik ile “Sağlık İdarecisi” tanımı şöyle yapılmıştır:

- a) Kurumun idarî, malî ve teknik hizmetlerinin yürütülmesinde, misyon, vizyon, temel hedef ve değerlerinin belirlenmesinde, kalite, standardizasyon ve akreditasyon çalışmaları ile performans değerlendirmesinde görev alır.
- b) Kurumun finansal yönetim politikalarının belirlenmesi, uygulaması ve yönetilmesinde görev alır.
- c) Kurumun muhasebe, bütçe, mali analiz ve maliyet analizi faaliyetlerini yürütür.
- ç) Sağlık hizmetleri sunumunun planlanması, yürütülmesi ve sonuçlarının değerlendirilmesi sürecinde görev alır.
- d) Kurumda tıbbî ve hasta bakımı dışında verilen hizmetlerin organizasyonu, yürütülmesi ve denetimini sağlar.
- e) Kurumda kriz ve afet planının hazırlanması ve yürütülmesi çalışmalarında görev alır.
- f) Hastalıkların tanıları ve ameliyatların uluslararası hastalıklar kod sistemine göre kaydedilmesi, tıbbî ve idarî istatistiklerinin tutulması, saklanması, değerlendirilmesi ve raporlanmasında görev alır.
- g) Kurumun genel ve tıbbî arşiv hizmetleri ile hastane bilgi sistemlerinin yürütülmesinde görev alır.
- ğ) Sağlık yönetimi alanına ilişkin politikalar geliştirir, planlamalar yapar veya bu çalışmalarda görev alır.

Bu düzenleme çerçevesinde sağlık idarecisinin özel hastane yöneticisi, işleticisi ve hatta hastane sahiplerinin görev alanına giren iş ve işlemlerden bahsedildiğini ifade edebiliriz. O halde, özel hastane yönetim kurulunun ticarî işletme olarak işle-

tilen hastanenin yönetimi için yapılması gereken ve yönetim kurulunun üzerine düşen görev ve yetkilerin kullanımı için TTK'daki ilgili düzenlemelerle paralel şekilde değerlendirilmesi gerektiği söylenebilir.

D . Organizasyon Kusuru

Hastane yönetiminin somut organizasyon yükümlülükleri vardır. Sözleşmeden kaynaklanan asıl borcu olan tedavi etme borcunun dışında, hastane bakımını sağlama, hastayı aydınlatma, sadakat ve özen gösterme, kayda geçirme, sır saklama yan yükümlülükleri de bulunmaktadır. Örneğin, sağlıklı yiyecek, hastaların yaralanmalardan korunması, bulaşıcı hastalıkların önlenmesi gibi. Neticede, hastane yönetimi, özen borcu çerçevesinde kendini geliştirmekle yükümlüdür²⁹. Hastanelerde yapılanma ve organizasyon son derece önemlidir. Yetki ve görevler, dolayısıyla sorumluluklar da bu organizasyon yapılanması içinde belirlenir. Hizmetin sağlıklı yürüyebilmesi, hastaya tıbbî standartlara uygun hizmet verilebilmesi, iyi bir tedavi ancak iyi bir organizasyon sayesinde söz konusu olabilir. Dolayısıyla yetki, temsil, nöbet ve hastanın kendisine zarar vermesine karşı korunması için alınması gereken tedbirlerin alınmaması da organizasyon kusurudur³⁰.

Özel hastaneden beklenen özen, hekimden beklenen özendenden yüksek olmalıdır³¹. Şu şekilde saymak mümkündür:

Hekim ve diğer çalışanları seçmeden özen,

Dünyada genel kabul görmüş metotların hekim tarafından uygulanması hususunda gösterilmesi gereken özen. Bu gerçekleştirilmeyorsa, hafif kusurlu sayılır.

Ülkemizdeki tıbbî gelişmeleri izlemek için çalıştırdığı hekimlere gereken imkânları sunmada özen,

²⁹ AYAN, Mehmet: Tıbbî Müdahalelerden Doğan Sorumluluk, Kazancı Kitapçılık, Ankara 1991, s. 160; DEMİR, s. 152.

³⁰ SÖMER, Yönetimin Sorumluluğu, s. 255; HAKERİ, s. 594.

³¹ ÖZTÜRKLER, Cemal: Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis, Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006, s. 199-200; HATIRNAZ EROL, s. 151.

ANONİM ŞİRKET OLARAK KURULAN ÖZEL HASTANELERDE YÖNETİMİN SORUMLULUĞU

Araç, gereç seçim ve kullanılmasında özen göstermek. Özel hastane sahibi kendi ekonomik olanaklarını ileri sürerek, de-mode olmuş araç ve gereçler kullanmanın rizikosunu hastaya yükleyemez.

Hastane bakım ve tedavi hizmetlerinin düzenlenmesinde özen göstermek.

Hastane bakımında özen göstermek.

Kayıtların muhafazasında özen göstermek.

Hastanın aydınlatılması ve rızasının alınmasında özen göstermek.

Tanı, teşhis ve tedavide özen göstermek gerekmektedir.

Özel hastaneler her hastayı kabul etmek ve tedavi etmekle yükümlü değildir.

III. ÖZEL HASTANELERİN TİCARET HUKUKUNDAKİ YERİ VE ANONİM ŞİRKET OLARAK KURULMALARI

A. Genel Olarak

Kar elde etmek için kurulan özel hastaneler ticarî işletme olmanın niteliklerini taşımaktadır. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun 11. maddesinin 1. fıkrasına göre, "Ticarî işletme, esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütüldüğü işletmedir".

Ticarî işletme işleten ve şirket çatısı altında kurulan özel hastaneler ticarî faaliyette bulunmaktadırlar. Bu bağlamda hastane işleticisi tacir sıfatıyla basiretli bir tacir gibi davranması gerekmektedir. Özel hastanelerin sorumluluğunu doğuran hallerde yargıya başvurulması söz konusu olduğunda, şirket olarak örgütlendikleri için Ticaret Mahkemeleri görevli olmaktadır³². Bu konuda Yargıtay HGK'nun 23.6.2004 tarihli E.

³² HATIRNAZ EROL, s. 360-361.

2004/13-291 ve K. 2004/370 kararı örnek gösterilebilir. Bu kararda özel hastane işletenin tacir sıfatıyla basiretli bir tacir gibi davranması gereği vurgulanmıştır³³. Basiretli tacir gibi hareket ifadesini açıklamak gerekirse, tacirin gerek hukukî gerekse fiilî muamelelerde göstermesi gerek dikkat, ihtimam, tedbir ve ölçülü hareket demektir. Tacirin bu mükellefiyeti, onun ticarî mahiyetteki bütün faaliyetleri için söz konusudur. Tacirin basiretli bir iş adamı gibi hareket etme mükellefiyeti onun iyiniyetli davranmasını da gerektirir. Bir başka deyişle, basiretli bir iş adamı gibi hareket etme mükellefiyeti tacire, tüm iyiniyet kurallarına uymasından daha da fazla bir dikkat, ihtimam ve özen gösterme borcu yanında, tedbirli olma borcunu da yüklemektedir³⁴. Tıbbî müdahalelerden doğan sorumlulukta ilk derecede sorumlu olan hastane yönetimidir³⁵. Bu durumda hastane ile hasta arasında yapılan sözleşmelerden doğan ihtilaflarda ya da ortaya çıkan zararlarda özel hastane yönetiminin sorumluluğuna gidilecektir³⁶.

Hekimin bildirmesine rağmen, teknik alet ve ekipmanlardaki eksikliklerin giderilmemesinden doğan sorumluluk, ister özel ister kamu hastanesi olsun, hastane yönetimine aittir. Bu eksiklik nedeniyle bir tıbbî uygulama hatası ortaya çıkmış ve hasta zarar görmüşse, bu zararına ilişkin tazminat davası hekim değil, hastane yönetimi aleyhine açılacaktır³⁷. Özel hasta-

³³ "...Özel Hastane işleteni, öncelikle tacir sıfatıyla basiretli bir tacir gibi davranması gereği yanında, yaptığı hizmetin yaşama hakkını yakından ilgilendiren kamusal nitelik taşıyan sağlık hizmeti olması nedeniyle de hastanın ve özel durumlarda yakınlarının zarar görmemesi için gerekli olan sadakat ve özeni göstermek durumundadır...". www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 5.5.2014).

³⁴ SADAY, Okay: Basiretli Tacir Gibi Davranma Yükümlüğü, s. 47, http://www.turkhukusitesi.com/makale_139.htm (Erişim Tarihi: 15.5.2014).

³⁵ AYAN, s. 164.

³⁶ Sağlık hizmetlerinin yukarıda belirtilen özellikleri yanında sağlık hizmeti veren kurum ve kuruluşlar da farklı niteliktedir: Kamu sağlık kurum ve kuruluşları, özel sağlık kurum ve kuruluşları, devlet üniversitelerine bağlı hastaneler, devlet üniversiteleri bünyesinde kurulan vakıflar tarafından açılan hastaneler ile vakıf üniversiteleri bünyesinde kurulan hastaneler. Bunların kendilerine has kurumsal yapıları, hukuksal sorunlarda çözüm yollarının da farklılaşmasını zorunlu kılabilir. Bkz. SOMER, Hastane Yönetiminin Sorumluluğu, yayınlanmamış tebliğ.

³⁷ Nitekim Danıştay 10. Daire, T. 19.09.2007, E. 6540/K. 4237 üniversite tıp fakültesi hastanesinde gerçekleşen bir olayda "organizasyonda eksikliği bulunan hastane idaresinin kusurlu olduğuna karar vermiştir. Bkz. SO-

ANONİM ŞİRKET OLARAK KURULAN ÖZEL HASTANELERDE YÖNETİMİN SORUMLULUĞU

nenin tazminat ödemesiyle sonuçlanan bir davada özel hastane yöneticisinin sebep olduğu zarar tazmin edildikten sonra yönetim kuruluna karşı iç ilişki anlamında hastane yöneticisinin sorumluluğu gündeme gelecektir. Örneğin, hastanede bulunması zorunlu olan cihazlardan birinin arızalanması ve kullanılamaz hale gelmesine istinaden üst yönetimin yeni bir cihaz alınması kararını uygulamayan hastane yöneticisinin bu davranışı sonucunda hastanın gördüğü zarar karşısında açılan davada özel hastane haksız bulunarak tazminat ödemesine hüküm verilmişse yönetim kurulu ve hastanenin diğer ortakları ortaya çıkan zarardan hastane yöneticisini sorumlu tutabilir. Bu aşamada TTK hükümleri devreye girecektir. TTK'da düzenlenen yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunu doğuran hallere değinmekte yarar görmekteyiz.

B. Anonim Şirket Yönetim Kurulu

Yönetim kurulu, bir yandan ortaklığın iş ve ilişkilerini yürütürken, diğer yandan ortaklık ve ortaklar arasındaki ilişkileri düzenleyen kanun ve anasözleşme hükümlerinin öngördüğü görevleri yerine getirir ve yetkileri kullanır³⁸. Yönetim kurulu, anonim ortaklığın yönetim ve temsil organı olup, yönetme fonksiyonundan kaynaklanan iç, temsil yetkisinden kaynaklanan dış organ niteliği taşımaktadır³⁹. Yönetim yetki ve görevinin iç ilişkiyi ilgilendirmesine karşılık temsil yetki ve görevi, şirketle üçüncü kişiler arasında -dış ilişkide- kullanılır⁴⁰. Şirketin yasal temsilcisi, yönetim kuruludur.

Hastane yönetim kurulunun hastane içinde en fazla ilişkide bulunduğu iki organ vardır: Hastane yöneticisi ve başhekim. Hastane Yönetim Kurulu genellikle hastane yönetimiyle ilgili yetkilerini hastane yöneticisine devreder⁴¹. Anonim şirket olarak kurulan özel hastanelerin yönetim kurulunun yetkilerini

MER, Hastane Yönetiminin Sorumluluğu, yayınlanmamış tebliğ.

³⁸ BAHTIYAR, Mehmet: Ortaklıklar Hukuku, İstanbul 2012, s. 167.

³⁹ TEKİNALP, Ünal: Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, İstanbul 2013, s. 183.

⁴⁰ BİLGİLİ, Fatih/ DEMİRKAPI, Ertan: Şirketler Hukuku, Bursa 2012, s. 195; TEKİNALP, s. 183.

⁴¹ SOMER, Yönetimin Sorumluluğu, s.259

devrinde 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun 367. maddesi uyarınca, m. 367 “Yönetim kurulu esas sözleşmeye konulacak bir hükümle, düzenleyeceği bir iç yönergeye göre, yönetimi, kısmen veya tamamen bir veya birkaç yönetim kurulu üyesine veya üçüncü kişiye devretmeye yetkili kılınabilir. Bu iç yönerge şirketin yönetimini düzenler; bunun için gerekli olan görevleri, tanımlar, yerlerini gösterir, özellikle kimin kime bağlı ve bilgi sunmakla yükümlü olduğunu belirler. Yönetim kurulu, istem üzerine pay sahiplerini ve korunmaya değer menfaatlerini ikna edici bir biçimde ortaya koyan alacaklıları, bu iç yönerge hakkında, yazılı olarak bilgilendirir.

(2) Yönetim, devredilmediği takdirde, yönetim kurulunun tüm üyelerine aittir.”

C. Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Sorumluluğu

Sorumluluk halleri TTK'nın 549. maddesi ile 553. maddeleri arasında düzenlenmiştir.

TTK m. 549'a göre, “şirketin kuruluşu, sermayesinin artırılması ile birleşme, bölünme, tür değiştirme ve menkul kıymet çıkarma gibi işlemlerle ilgili belgelerin, izahnamelerin, taahhütlerin, beyanların ve garantilerin yanlış, hileli, sahte, gerçeğe aykırı olmasından, gerçeğin saklanmış bulunmasından ve diğer kanuna aykırılıklardan doğan zararlardan, belgeleri düzenleyenler veya beyanları yapanlar ile kusurlarının varlığı hâlinde bunlara katılanlar sorumludur”.

Beyan ve belgelerin doğru olmamasından kaynaklanan sorumluluğun niteliği, bundan sorumlu olacak kişilerin taşıdığı sığata göre değişir. Anonim şirket kurucusu, yöneticisi ve çalışanı gibi şirket ile arasında hukukî ilişki olanların sorumluluğu sözleşme kapsamında bir sorumluluktur. Eğer, sorumlu olan kişi anonim şirket ile hukukî ilişkisi olmayan üçüncü kişi ise haksız fiil sorumluluğundan bahsedilir⁴². Zira, anonim şirketle olan bağı, iç ilişki anlamında karşılıklı olarak doğan hak

⁴² TEKİNALP, s. 367; ÇAMOĞLU, Erşin: Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 2010, s. 111-112.

ANONİM ŞİRKET OLARAK KURULAN ÖZEL HASTANELERDE YÖNETİMİN SORUMLULUĞU

ve borçlardan ileri geliyorsa sözleşmesel sorumluluk olduğu kabul edilebilir. Sorumluluğun niteliği kişilerin sıfatına dayandırılmakla birlikte esasen şirket ile arasındaki ilişkinin bu sorumluluğa temel oluşturduğunu düşünmekteyiz.

Maddenin gerekçesinde, gerçeğe aykırı belgeleri düzenleyenler ve beyanda bulunanlar için kusur aranmayacağı (kusursuz sorumluluk hali) ancak, buna katılanlar için kusurlarının bulunması şartıyla sorumlu tutulacağı belirtilmiştir⁴³.

Yönetim kurulu üyelerinin hukukî sorumluluğun uygulama alanı geniş tutulmasına rağmen TTK m. 562/5, a hükmüne göre cezaî sorumluluk için TTK m. 349 ile sadece kurucular dikkate alınmıştır⁴⁴.

Sermaye hakkında yanlış beyanlar ve ödeme yetersizliğinin bilinmesi sorumluluk hallerinden bir diğeri olup TTK m. 550’de düzenlenmiştir. Buna göre, üç şekilde sorumluluk gündeme gelir:

Sermaye hiç taahhüt edilmemiş olmasına rağmen taahhüt edilmiş gibi gösterilmesi 550. maddedeki sorumluluk doğuran sebeplerden birisidir. Esas sermaye sisteminin benimsendiği anonim şirketlerin kuruluşu ve sermayesinin artırılması anında sermayenin tamamının taahhüt edilmesi zorunludur⁴⁵.

TTK m. 550 uyarınca ortaya çıkacak olan sorumluluğun diğer sebebi taahhüt edilen bedeli ödeyemeyecek durumda olduğu bilinen kişiler için onay verilmesidir. Daha açık bir ifadeyle, payları üstlenenlerin bazılarının bu borcu taahhüt ederken somut verilere göre ifa edemeyecekleri maddi imkanları dâhilinde mümkün değilse ve kuruculardan biri veya bazıları durumu biliyor ve açıklamaması halidir. Bedelinin ödenmeyeceğini bilerek taahhüdün kabul edilmesi sermayenin tamamının taahhüt edilemediği anlamına gelir⁴⁶.

⁴³ “Düzenleyen” ve “katılan” kavramlarının tanımını yapılmamakla birlikte, kavramların belirlenmesi yargı ve doktrine bırakılmıştır. Bunun yanı sıra dağıtan kavramından bahsedilirken dağıtanın da katılan olarak nitelendirileceğini belirtilmiştir (Gerekçe).

⁴⁴ TEKİNALP, s. 367.

⁴⁵ TEKİNALP, s. 368.

⁴⁶ TEKİNALP, s. 369.

Son ihtimal ise, kanuna veya anasözleşmeye göre pay bedellerinin peşinen ödenmesi gerekirken, bedelin kısmen veya tamamen ödenmemesine rağmen ödenmiş gibi gösterilmesi halidir. Anonim şirket defterlerinde buna ilişkin bir kayıt bulunur, ancak defterde herhangi bir kayıt yoksa ve ödenmiş gibi davranılıyorsa, eksikliğin görmezlikten veya bilmezlikten gelmeyi içerip içermediği hususu tartışmalıdır⁴⁷.

Sermayenin korunması ilkelerine ayrılık oluşturan haller karşısında alacaklıları korumak, onların zararına engel olmak sebebiyle buna yol açanların sorumluluğunun teselsül halinde olduğu öngörülmüştür. Sermaye tamamen taahhüt edilmediği halde taahhüt edilmiş veya anasözleşme hükümleri gereği ödenmediği halde ödenmiş gibi gösterenler ile kusurlu olan şirket yetkilileri bu payları üstlenmiş sayılır ve karşılıkları ile zararı, faiziyle birlikte müteselsilen öderler⁴⁸. “Şirket yetkilisi” ibaresinin geniş anlaşılması gerektiğini ve bunun kapsamında danışmanlar, yönetim kurulu üyeleri ile işlem denetçilerinin olacağı gerekçede yer almaktadır. Kanaatimizce, sorumluluğun kimler için geçerli olacağına sınırlarının çizilmesinde kastedilen kişilerin kimler olduğunun açıkça kanun metninde sayılması olası bir sorunun doğmasına engel olurdu.

Anonim şirketin sermayesi önceden belirli olmalıdır. Anonim şirkette tek borç ilkesi⁴⁹ geçerli olduğu için sermaye taahhüt eden herkes sermaye borcunu ödemek zorundadır. Şirket alacaklılarını koruyucu nitelikte olan kurallardır. Alacaklılar şirketin malvarlığına başvurabileceği için pasifte itibari bir rakam olarak gözüken sermaye ve bunun karşılığundaki aktiflerin korunması hükümleri alacaklılar açısından güvence oluşturur. Bu nedenlerle sermaye ile beyanların, taahhütlerin ve ödemelerin gerçeğe aykırı olması halinde buna yönelik işlem ve eylemler karşısında sorumluluğun gündeme geleceği öngörülmüştür⁵⁰.

⁴⁷ TEKİNALP, s. 369; PULAŞLI, Hasan: Yeni Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Ankara 2012, s. 625.

⁴⁸ BAHTİYAR, s. 305; PULAŞLI, s. 625.

⁴⁹ Tek borç ilkesi, hükümde “esas sözleşmeyle pay sahibine, pay bedelini veya payın itibari değerini aşan primi ifa dışında borç yükletilemez” şeklinde ifade olunmuştur (Gerekçe).

⁵⁰ PULAŞLI, s. 625.

ANONİM ŞİRKET OLARAK KURULAN ÖZEL HASTANELERDE YÖNETİMİN SORUMLULUĞU

TTK m. 550'nin kapsamına giren hususları şöyle sıralamak mümkündür: Nakdî ve aynî sermaye taahhüdünü; anasözleşmeye uygun taahhüt yapılmış olmasını (TTK m. 339/, c, e), halka arzedilecek paylarla ilgili şartları (TTK m. 346), itibari değerden düşük bedelle pay çıkarılamayacağı (TTK m. 347), kuruculara bedelsiz pay verilemeyeceği (TTK m. 348) ve sermaye taahhüdüne ilişkin kurucular beyanının gerçeğe uygun olduğunu (TTK m. 349) ifadesini; peşin ödemelerin gereğince yapıldığını (TTK m. 344, 345) ve aynî sermayenin tevdi ve özel sicillerine şerh konularak garanti altına alındığını kapsar⁵¹.

Anonim şirket, borçlarından dolayı yalnızca malvarlığı ile sorumludur. Malvarlığının esas sermayeye uygun bir şekilde oluşturulması ve gerçeğe örtüşmesi, malvarlığının korunması ilkesinin gereğidir. TTK m. 551 ise malvarlığının korunması ilkesinin uygulama alanını oluşturmaktadır⁵². Aynî katılma paylarının veya devralınacak işletme ve ayınların değerlerinin tespiti için mahkemenin atayacağı bilirkişi görevlidir (TTK m. 343). Amaca uygun olarak malvarlığının teşekkül etmesi için bilirkişi raporunun değerlendirme yöntemi açısından somut olay hakkında en adil ve en uygun yöntemin seçildiği gerekçeli olarak açıklanır.

TTK m. 552 uyarınca, "Sermaye Piyasası Kanunu hükümleri saklı kalmak kaydıyla, bir şirket kurmak veya şirketin sermayesini artırmak amacıyla yahut vaadiyle halka her türlü yoldan çağrıda bulunularak para toplanması yasaktır".

6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun 16. maddesine göre, paysahibi sayısı beş yüzü aşan şirketler, hisse senetleri halka arzedilmiş sayılır ve halka açık anonim şirket hükümlerine tâbi olur. Halka açık anonim şirketler, Sermaye Piyasası Kurulunun denetimine tâbi olmaları yanı sıra, kâr payı dağıtımı, dışarıdan bağımsız denetim gibi bazı özel hükümlere tâbidir. Sermaye piyasası araçlarının ihraç ve halka arzı, SerPK ile sıkı şekil ve usul kurallarına bağlanmıştır. Alınan her türlü önlem-

⁵¹ TEKİNALP, s. 369.

⁵² BAHTİYAR, s. 306.

lere rağmen uygulamada kanunun getirdiği kurallara aykırı olarak kuruluşta ve sermaye artırımında anonim şirkete ortak olunması amacıyla halktan para toplanmaktadır⁵³.

TTK m. 552/11'e aykırı hareket edenler TTK m. 562 uyarınca altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacaklardır ki buradaki sorumluluk artık cezaî sorumluluk kapsamında nitelendirilmelidir.

D. Kurucuların, Yönetim Kurulu Üyelerinin, Yöneticilerin Ve Tasfiye Memurlarının Sorumluluğu

TTK m. 553 uyarınca “(1) Kurucular, yönetim kurulu üyeleri, yöneticiler ve tasfiye memurları, kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini kusurlarıyla ihlal ettikleri takdirde, hem şirkete hem pay sahiplerine hem de şirket alacaklılarına karşı verdikleri zarardan sorumludurlar. (2) Kanundan veya esas sözleşmeden doğan bir görevi veya yetkiyi, kanuna dayanarak, başkasına devreden organlar veya kişiler, bu görev ve yetkileri devralan kişilerin seçiminde makul derecede özen göstermediklerinin ispat edilmesi hâli hariç, bu kişilerin fiil ve kararlarından sorumlu olmazlar. (3) Hiç kimse kontrolü dışında kalan, kanuna veya esas sözleşmeye aykırılıklar veya yolsuzluklar sebebiyle sorumlu tutulamaz; bu sorumlu olmama durumu gözetim ve özen yükümü gerekçe gösterilerek geçersiz kılınmaz”.

TTK m. 553 kapsamında sorumlu olan kişilerin tespitine ilişkin kanunda öngörülen düzenlemelere değinerek açıklık getirmekte fayda bulunmaktadır. Anonim şirketin payını tahhüt eden ve esas sözleşmeyi imzalayan gerçek ve tüzel kişiler “kurucu” olup, bu işleri üçüncü kişi adına yapanlar da kurucu sayılır (TTK m. 337). Esas sözleşme ile atanmış veya genel kurul tarafından seçilmiş gerçek veya tüzel kişiler “yönetim kurulunu” oluşturur (TTK m. 359). “Tasfiye memurları” da yönetim kurulu gibi esas sözleşme ile atanmış veya genel kurul kararıyla belirlenmiştir (TTK m.536). Ancak TTK'da “yö-

⁵³ PULAŞLI, s. 626.

ANONİM ŞİRKET OLARAK KURULAN ÖZEL HASTANELERDE YÖNETİMİN SORUMLULUĞU

neticiler" ile ilgili herhangi bir tanım yapılmamıştır ve gerekçe de tanım yapma işinin yargı ve doktrine bırakıldığı daha önce de belirtilmişti. Murahhas müdür, genel müdür, genel müdür yardımcısı, ticarî temsilci, ticarî vekil, CEO (Chief Executive Officer)⁵⁴, genel koordinatör sıfatıyla çalışanlar yönetici kapsamına girer⁵⁵. Nispi zorunlu organlar⁵⁶ ile fiilî organlar⁵⁷ şartlar mevcutsa ve somut olay gerektiriyorsa sorumlu tutulabilir⁵⁸. Yükümlülükler, pay sahiplerini ve alacaklıları korumayı hedefleyen görev ve yetkililerdir. Anonim şirketin kurumsal yönetim⁵⁹ ilkelerine göre yönetilmesi henüz bir yükümlülük olmakla birlikte bir görev niteliği taşır⁶⁰.

E. Sorumluluğun Kusura Dayanması Esası

Sorumluluk hukukunda hâkim olan ilke, "kusur ilkesi" dir. Kusur sorumluluğunun esası, zarar verenin kusurlu davranışlarına dayanır⁶¹. Yönetim kurulu üyeleri, yöneticiler ve tasfiye memurlarının sorumluluğuna gidilebilmesi için kusur sorumluluğu ilkesi benimsenmiştir⁶². Yönetim kurulu üyesinin

⁵⁴ CEO'nun şirketler hukukundaki konumu ve önemi için bkz. Hasan PULAŞLI, Anonim Şirketler Hukukunda CEO'nun Hukuki Durumu, Batider, C. XXIV, S. 1, Yıl 2007, s. 17-62.

⁵⁵ TEKİNALP, s.377.

⁵⁶ "Kurumsal yönetim (corporate governance) öğretisinin gereği olarak bazı AO'larda ek kanuni organlara yer verilmiştir. Söz konusu organlar nispi anlamda zorunludur. AO bu organları oluşturamamışlarsa YK'nın sorumluluğuna gidilir, ancak organ yokluğu durumu doğmaz". Bkz. TEKİNALP, s. 184.

⁵⁷ "Fiili organ, kanunda ve esas sözleşmede/taahhütnamede organ olarak öngörülmediği halde AO'nun iradesini fiilen oluşturup açıklayan kişileri ifade eder". Bkz. TEKİNALP, s. 185.

⁵⁸ TEKİNALP, s. 377.

⁵⁹ Kurumsal yönetim, herhangi bir işletmenin en iyi şekilde sevk ve idaresi, şeklinde tanımlanmıştır. (Hasan PULAŞLI, Corporate Governance ve Yeni Düzenlemeler Işığında Şirket Yöneticilerinin Ücretlerinin Açıklanma Yükümü, Batider, C. XXIII, S. 1, Yıl 2005, s. 4).

⁶⁰ TEKİNALP, s. 378. Yükümlülük olmayan görevler: TTK m. 368- Ticari mümesil ve ticari vekil atanması, TTK m. 453- esas sözleşmenin eskijen bazı hükümlerinin değiştirilmesi, TTK m. 473- esas sermayenin azaltılması, TTK m. 478- imtiyazlı pay çıkarma. Bkz. TEKİNALP, s.379-380.

⁶¹ EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2013, s. 493. Kusur sorumluluğuyla ilgili detaylı bilgi için bkz. EREN, s. 516 vd.; OĞUZMAN, Kemal: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2013, C. 2, s. 17 vd.

⁶² PULAŞLI, s. 649; HELVACI, s. 28-29; İMREGÜN, Oğuz: Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyelerinin Ortaklığa Karşı Hukuksal Sorumu, Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Armağanı, İstanbul 1999, s. 255.

sorumluluğu denildiğinde öncelikle yönetim kurulu üyelerine *isnat edilebilecek* olması anlaşılır⁶³. Kanun veya esas sözleşmenin kendilerine yüklediği görevleri *kusurlu* olarak yerine getirmeyen yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna gidilir.

Kusur karinesi, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna gidilmesinde etkili bir şekilde uygulanabilmesi amacıyla kabul görmüş ve kusursuz sorumluluğa nazaran menfaatler dengesine daha uygun olacağı savunulmuştur. Kusursuz sorumluluk ilkesi benimsendiğinde yönetim kurulu üyesi kanuna ve esas sözleşmeye uygun davranmasına rağmen ortaya çıkan zararlardan dolayı, ortaklığın, pay sahiplerinin ve alacaklıların insafına bırakılmasıyla karşı karşıya kalır. Genel kurulun ibra kararı almasıyla veya kanunda öngörülen zamanaşımı süresi doluncaya kadar yönetim kurulu üyeleri üzerinde ortaklığın baskı kurması söz konusu olabilir⁶⁴.

Kusurun ispatı şirketin davacı olması durumunda, yönetim kurulu üyeleri ile ortaklık arasında sözleşme veya sözleşme benzeri bir hukuki ilişkinin olduğu varsayıldığı için, kusur karinesi geçerli olmakta ve yönetim kurulu üyelerinin kusursuz olduklarını ispat etmesi gerekir⁶⁵. Kurucuların, yönetim kurulu üyelerinin, tasfiye memurlarının sebep oldukları zararlarda kusuru ispat yükü davacıdadır⁶⁶. Kusurun varlığını şirket ispatla yükümlü değil, sözleşme ilişkisi kapsamında borcu gereği gibi ifa etmeyen yönetim kurulu üyesi veya yöneticiler kusurun yokluğunu ispatlamakla yükümlüdür (6098 sayılı Borçlar Kanunu m. 112). Paysahipleri veya alacaklıların dolaylı zararları için, tazminatın şirkete verilmesi kaydıyla açtıkları tazminat davasında da uygulanacak olan kural budur. Ancak, alacaklıların doğrudan veya dolaylı zararlarına ilişkin açtıkları

⁶³ ÇAMOĞLU, Hukukî Sorumluluk, s. 11.

⁶⁴ HELVACI, s. 41.

⁶⁵ Forstmoser, Peter: Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2. Neubearbeitete und stark erweiterte Auflage, Zürich 1987, Anm. 337-338. Homburger, Eric: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Teilband V 5b, Der Verwaltungsrat, Art. 707-726, Zürich 1997, Art. 717, Anm. 826 (Naklen: PULASLI, s. 651, dn. 58).

⁶⁶ BAHTIYAR, Mehmet: 6335 Sayılı Kanun İle Yeni TTK'da Yapılan Değişiklikler Ve İşletmeler/Şirketler İçin TTK'ya Uyum Takvimi, İstanbul 2012, s. 111.

ANONİM ŞİRKET OLARAK KURULAN ÖZEL HASTANELERDE YÖNETİMİN SORUMLULUĞU

sorumluluk davasında, alacaklılar ile sorumlular arasında haksız fiil niteliğinde bir ilişki olduğu kabul edilmekte ve kusuru ispat yükü alacaklılara bırakılmaktadır⁶⁷. Kusursuzluk genel hükümlere göre ispatlanmalıdır.

IV. ÖZEL SAĞLIK KURUM VE KURULUŞLARINDA SORUMLULUK

Özel sağlık kurumlarında gerçekleştirilecek tıbbî müdahalelerden dolayı doğan sorumluluk hastane işletmecisine/hastane yönetimine aittir. Ancak sorumluluğun kapsamı bağlamında konu farklı açılardan değerlendirilmelidir.

Tıbbî uygulama hatasından doğan zarar hekimin hatasından da kaynaklansa, özel hastaneler hekimle birlikte, duruma göre adam çalıştırmanın sorumluluğu (TBK m. 66) ve yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk (TBK m. 116) çerçevesinde müştereken ve müteselsilen sorumlu olacaktır. Hastane yönetiminin genel ilkeler çerçevesinde hekime rücu hakkı imkânı vardır⁶⁸. Özel hukuk ilişkisi içinde bir işin görülmesine yardım eden kişiler, adam çalıştırıcı için ya bağımlı olarak ya da bağımsız olarak çalışabilirler⁶⁹. TBK. m. 66'da bir işin görülmesi veya yürütülmesine yardım eden kişilerle bunları çalıştıranlar arasındaki ilişki, önce bir özel hukuk ilişkisi, sonra da bağımlılık içinde cereyan eden bir çalıştırma ilişkisidir. Adam çalıştıran özel hastane yönetimi hekimin ve diğer çalışanların davranışından dolayı sorumludur.

Özel hastane yönetiminin, istihdam edilen personel, kullanılan ekipman ve malzeme bakımından, örneğin ithalat yasağı gibi idarî ve teknik engeller dışında, ekonomik imkanların kısıtlılığını ileri sürerek riski hastaya yükleyerek sorumluluktan kurtulması mümkün değildir. Özel hastanenin, örneğin talep edilmesine rağmen bozuk cihazı tamir ettirmemesi, eksik malzemeyi almaması gibi organizasyon kusuru nedeniyle hasta-

⁶⁷ PULAŞLI, s. 652.

⁶⁸ EREN, s. 630.

⁶⁹ EREN, s. 618. BK m. 66 ile m. 116 arasındaki ilişki hakkında detaylı bilgi için bkz. EREN, s. 619 vd.

nın uğradığı zararı tazmin etmesi halinde hekime veya diğer personele rücu hakkı yoktur. Zira burada yönetim kurulunun, orgazasyonun işleyişinden ve görev ve yetkilerini kullanmasındaki ihmâl veya özen yükümlüğüne aykırılık söz konusudur. Hastanelerin genellikle anonim şirket olarak kuruldukları dikkate alınacak olursa, böyle bir durumda pay sahiplerinin, uğranılan zararın şirkete ödenmesine yönelik yönetim kurulu aleyhine dava açma hakları vardır. Bu süreç TTK hükümlerine tâbidir. Şüphesiz sağlık sektöründe tıbbî cihaz yatırım maliyeti yüksektir. Burada vurgulanması gereken husus, hastaneden beklenenin her cihazı alması değil, modern aletleri bulundurması, kendisinden beklenmeyen cihazları bulundurmadığı takdirde de hastayı bilgilendirmesidir⁷⁰.

SONUÇ

Ticarî amaçla kurulan özel hastaneler genellikle şirket olarak yapılanmaktadır. Bu da şirket türlerinden yayın olarak anonim şirket olarak tercih edilmektedir. Yukarıda yapılan özel hastanelerle ilgili açıklamalar ile TTK'nın anonim şirket yönetim kurulu hükümleri arasında bağlantı kurulmaya çalışılmıştır.

Özel hukuk gerçek veya tüzel kişisi tarafından yönetilen özel hastaneler ile yapılan sözleşmelerde özel hukuk hükümleri geçerli olacaktır. Anonim şirket çatısı altında organize edilen bir özel hastanenin sözleşmeye aykırılıktan veya haksız fiilden doğan zararında sorumlu olanlar özel hastanenin zarara uğramasına neden olmuşlarsa yönetim kuruluna ve pahasahiplerine karşı sorumludur. Bunun yanı sıra özel hastane yönetim kurulu ve pahasahiplerinin sorumlulukların doğduğu hallerde ise TTK'nın yönetim kuruluna ilişkin hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

⁷⁰ SOMER, Yönetimin Sorumluluğu, s.259.

ANONİM ŞİRKET OLARAK KURULAN ÖZEL HASTANELERDE YÖNETİMİN SORUMLULUĞU

KAYNAKÇA

- AYAN, Mehmet: Tıbbi Müdahalelerden Doğan Sorumluluk, Kazancı Kitapçılık, Ankara 1991.
- BAHTİYAR, Mehmet: 6335 Sayılı Kanun İle Yeni TTK'da Yapılan Değişiklikler Ve İşletmeler/Şirketler İçin TTK'ya Uyum Takvimi, İstanbul 2012.
- BAHTİYAR, Mehmet: Ortaklıklar Hukuku, İstanbul 2012.
- BİLGİLİ, Fatih / DEMİRKAPI, Ertan: Şirketler Hukuku, Bursa 2012.
- CAN, Ali/İBİCİOĞLU, Hasan: Yönetim ve Yöneticilik Yönünden Üniversite Hastanelerinin Değerlendirilmesi, Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi Y.2008, C.13, S.3, s.253-275.
- ÇAMOĞLU, Ersin: Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010.
- DEMİR, Mehmet: Tıbbi Organizasyon Kusuru Açısından Hastanelerin Hukuksal Sorumluluğu, Turhan Kitabevi, Ankara 2010.
- EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara 2012.
- GÖKCAN, Hasan Tahsin: Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, Seçkin Yayıncılık, 2014.
- GÜRAN, Sait: "Hekimin Faaliyetlerinden Dolayı Devletin Sorumluluğu", Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler V. Sempozyum, Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Ankara, 12-13 Mart 1982, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1983.
- HATIRNAZ EROL, Gültezar: Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları, Seçkin Yayıncılık, 3. Bası, Ankara 2013.
- İMREGÜN, Oğuz: Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyelerinin Ortaklığa Karşı Hukuksal Sorumu, Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Armağanı, İstanbul 1999.
- OĞUZMAN, Kemal: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2013.
- ÖZEL, Çağlar/LEBLEBİCİ, N. Doğan: Organizasyon Kusurundan Doğan Zarar Açısından Özel Hastane ve Hekimlerin Sorumluluklarına Kısa Bir Bakış, <http://www.saglikidaresidergisi.hacettepe.edu.tr/Makale/102/3.pdf> (Erişim Tarihi: 2.5.2014).
- ÖZTÜRKLER, Cemal: Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis, Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006.
- PULAŞLI, Hasan: Yeni Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Adalet Yayınevi, Ankara 2012.
- PULAŞLI, Hasan: Anonim Şirketler Hukukunda CEO'nun Hukuki Durumu, Batider, C. XXIV, S. 1, Yıl 2007.
- PULAŞLI, Hasan: Corporate Governance ve Yeni Düzenlemeler Işığında Şirket Yöneticilerinin Ücretlerinin Açıklanma Yükümü, Batider, C. XXIII, S. 1, Yıl 2005.
- SADAY, Okay: Basiretli Tacir Gibi Davranma Yükümlüğü, http://www.turkhukuksitesi.com/makale_139.htm (Erişim Tarihi: 15.5.2014).

Ögr. Gör. Gülçin ÇAM

Sağlık Kurumları Yönetiminde Temel Kavramlar, <http://eogrenme.anadolu.edu.tr/eKitap/SAK201U.pdf> (Erişim Tarihi: 15.5.2014)

SOMER, Pervin: Sağlık Yöneticisi, Belgin Erdoğmuş'a Armağan, Der Yayınları, İstanbul 2011 (Sağlık Yöneticisi).

SOMER, Pervin: Hastane Yönetimin Sorumluluğu, KKTC Lefke Avrupa Üniversitesi V. Sağlık Hakkı ve Sağlık Hukuku Sempozyumu, 8-9 Kasım 2013 Lefkoşa, Editörler: Nilgün SARP/Cahit DOĞAN, Ankara 2014.

TEKİNALP, Ünal: Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, İstanbul 2013, s. 183.

ÜÇİŞİK, Fehim: Sağlık Hukuku, Ötüken Yayıncılık, İstanbul 2012.

YAYLA, Yıldızhan: İdare Hukuku, Beta Basım Yayım, İstanbul 2009.

www.resmigazete.gov.tr

www.kazanci.com

www.turkhukuksitesi.com

www.hacettepe.edu.tr

İNSAN HAKKI OLARAK GIDA GÜVENLİĞİ VE KKTC

Dr. Tutku TUĞYAN*

Abstract

İNSAN HAKKI OLARAK GIDA GÜVENLİĞİ VE KKTC

Gıda güvenliği uluslararası hukukta tanınmış birçok insan hakkının temel unsurlarından birisini oluşturur. Gerek sağlık hakkı, gerekse yeterli beslenme hakkının tam anlamıyla yerine getirilmesi ancak gıda güvenliğinin sağlanmasıyla mümkün olabilir. Kuzey Kıbrıs'ta özellikle kanser ve kalp hastalıklarının dünya ortalamalarının üzerinde olmasından da hareketle, devletin pazara sunulan gıdalar üzerinde ne kadar denetleme yapabildiği sorunu da bu yüzden önem kazanır. Bu amaçla önce uluslararası insan hakları hukukunda gıda güvenliği konusunda devletin yükümlülüğünün içeriği, sonra da KKTC mevzuatı ve güncel uygulama incelenecek, ve KKTC hukukunun uluslararası hukuka uydurulması çağrısı yapılacaktır.

FOOD SAFETY AS A HUMAN RIGHT AND THE TRNC

Food safety is one of the fundamental elements of many internationally recognised human rights. Only by providing food safety, the rights to health and to food can be realised. Considering the high death rates due to cancer and heart diseases in Northern Cyprus, an inquiry into the State's role in providing food safety for the domestic market becomes very significant. For this purpose, the content of the State's obligation regarding food safety in international human rights law will be examined, and appeal will be made for harmonising the law of Turkish Republic of Northern Cyprus with the international human rights law standards.

Giriş: Gıda Güvenliği Sorunu ve Devlet

Günümüzde 'sağlıklı yaşam' başlığı altında fazlasıyla bilgi akışı söz konusudur. Sağlıklı bir hayat sürmek için yapmamız/yapmamamız gereken şeylere bir kaç basmakalıp örnek verebiliriz: daha az yağ tüketmek, daha çok sebze meyve tüketmek, spor/egzersiz yapmak, katkı ve koruyucu maddelerinden uzak durmak, şeker ve tuzu azaltmak, bol bol su içmek, beyaz et tercih etmek, sigara içmemek, alkolü en aza indirmek, gibi. Fakat bu listedeki şartların birçoğu beraberinde başka sorunlar da getirmektedir: Bir diğer deyişle, bol bol sebze meyve tüketsek de yediğimiz sebze meyveler sağlığınıza iyi gelecek özelliklere sahip mi? Yoksa örneğin daha fazla sebze meyve tüketirken aynı zamanda -bir çok ölümcül hastalığın belirmesinde yapıcı rol oynayan- daha fazla tarımsal ilaç kalıntısına, ya da hormona mı maruz kalıyoruz? Yüksek kanser oranlarında gıda güvenliğinin etkisi nedir? 'Sağlıklı' olarak piyasaya sürülen ürünlerin (organik, bio gibi) daha pahalı oluşu da göz önünde bulundurulduğunda, toplumun çoğunluğunun maruz kaldığı ve 'daha az sağlıklı' olarak da nitelenebileceğimiz gıdaların güvenliği önemli bir mesele olarak karşımıza çıkmaktadır.

Denebilir ki, yukardaki kurallara uygun bir yaşam sürerek sağlığınıza üzerindeki riskleri en aza indirmek kendi varlığınıza karşı olan bir sorumluluğumuzdur. Burada dikkati çeken nokta, sağlıklı ve uzun bir ömür sürebilmenin insanın kendi ellerinde olduğu varsayımdır. Bu varsayım bir dereceye kadar da doğrudur. Yukarda saydığımız kurallara uyarsak bu yönde ciddi bir adım atmış oluruz. Fakat bu madalyonun sadece bir yüzüdür. Nasıl ki iyi bir eğitim görebilmek ya da adil çalışma koşullarına sahip olabilmek insanın ancak bir dereceye kadar kendi elinde olabilir, nasıl ki bu imkanlara sahip olabilmek mücadelesinde başka etkenler devreye girer, sağlıklı yaşamı elde edebilmek de yine bir dereceye kadar insanın kendi elindedir. Bireyler olarak sağlıklı yaşama erişebilmek için üzerimize düşen herşeyi yapsak da sonuç elde edemeyebiliriz. En temelde gıdaya erişim ve gıdanın niteliği önem kazanır.

Demek ki madalyonun bir yüzünde insanın sorumluluğu varsa, diğer yüzünde de gerek maddi gerek şekli olarak devletin sorumluluğundan bahsetmek gerekir. Bu noktadaki en temel soru belki de “Devlet, sağlıklı yaşama hakkımızın en olmazsa olmaz parçalarından birisi olan gıda güvenliğini gerektiği gibi sağlayabiliyor mu?” sorusudur. Günümüzde özellikle uluslararası insan hakları hukuku bakımından devletin bu alandaki sorumluluğundan normatif bir alan olarak bahsetmek mümkündür.¹ Bu çalışmadaki amacım, gıdaya erişimden ziyade gıdanın *niteliği* bakımından gıda güvenliğinin (food safety) bir insan hakları sorunu olarak hem uluslararası hukukta hem de yerel hukuktaki varlığına değinmek ve Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti’ndeki hukuki yapıyı buna hazır hale getirme çağrısı yapmaktır.

Bu amaçla ilk olarak devletin sorumluluğunu ana hatlarıyla çizmek, gıda güvenliğini içeren ‘Yeterli Beslenme Hakkı’nın uluslararası insan hakları hukukundaki tanımını ve kapsamını belirlemek, ve bu genel ilkelerden hareketle Kuzey Kıbrıs’ta bu sorumluluğun hukuken ve uygulamada nasıl ortaya konduğunu incelemek gerekir.

Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Gıda Güvenliği

En genel anlamıyla Sağlık Hakkı ve özelde Beslenme Hakkının düzenlendiği temel uluslararası metin, 1948 BM İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’dir (İHEB).

İHEB 25. Maddesine göre:

“Her şahsın gerek kendisi gerekse ailesi için, **yiyecek**², giyim, mesken, tıbbi bakım, gerekli sosyal hizmetler de dahil olmak üzere **sağlığı ve refahını temin edecek uygun bir hayat seviyesine** ve işsizlik, hastalık, sakatlık, dulluk, ihtiyarlık veya geçim imkanlarından iradesi dışında mahrum bırakacak diğer hallerde **güvenliğe** hakkı vardır.”³

¹ Kerstin Merchlem, “Food Security and the Right to Food in the Discourse of the United Nations”, European Law Journal, Cilt X, 2004, Sayı 5, s.631-648

² Bu ve diğer maddelerdeki vurguların tamamı yazara aittir.

³ İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, m. 25

Maddeden de anlaşılacağı gibi, her şahsın sağlık ve refahının temin edilmesi, uygun bir hayat seviyesine getirilmesi ancak devletin örneğin yiyecek ya da tıbbi bakım, gerekli sosyal hizmetler gibi hizmetleri de kapsayacak şekilde bu konuyu ele almasıyla mümkün olabilir. Bir diğer deyişle devletin her şahsın sağlık ve refahını temin etmek gibi bir görevi vardır ve bunun yapılabilmesinin en temel önkoşullarından birisi de insanların yiyeceğe güvenli erişiminin sağlanmasıdır.

Biraz daha özele doğru hareket edecek olursak, 1966 Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi (ES-KHS) 11. Maddesinin 1. Fıkrasına göre:

“Bu Sözleşme’ye Taraf Devletler, herkesin, **yeterli beslenme**, giyim ve konut da dahil olmak üzere, kendisi ve ailesi için **yeterli bir yaşam düzeyine sahip olma ve yaşam koşullarını sürekli geliştirme hakkına** sahip olduğunu kabul ederler. Taraf Devletler [...] bu hakkın gerçekleşmesini güvence altına almak için uygun tedbirler alacaklardır.”⁴

Bu madde İHEB’deki muadili maddeye çok benzemektedir. Kavramsal olarak İHEB’deki ‘beslenme hakkı’ndan *yeterli* beslenme hakkına doğru bir dönüşüm görüyoruz. Maddenin İHEB’deki ilgili maddeye göre bir derece daha somutlaştırılmış olduğunu da söylemek mümkündür. Önemli bir fark, ‘Yeterli bir yaşam düzeyine sahip olma’ hakkını getirmiş olmakla kalmayıp, bireylerin ‘yaşam koşullarını sürekli geliştirme hakkı’ndan da bahsediliyor oluşudur. Yaşam koşullarının sürekli geliştirilmesi, bu hakkın içeriğinin de dönüşmesi anlamına gelecektir. Yani ‘yeterli’, göreceli bir kavram olarak ele alınmalıdır. Devamında ise, devletin bu hakkın sağlanması yolunda atması gereken temel adımlar sıralanmıştır. Bunlar arasında gıda güvenliği ile en ilişkili olan, (a) bentidir:

“(a) Teknik ve bilimsel bilgilerden tam olarak yararlanmak suretiyle, **beslenme ilkeleri konusundaki bilgileri yayarak** ve doğal kaynakların en etkin bir şekilde geliştirilmesini ve kulla-

⁴ Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi, m. 11

nılmasını sağlayacak şekilde **tarımsal sistemleri düzelterek ya da geliştirerek, besinlerin üretilmesi, korunması ve dağıtılması yöntemlerini iyileştirmek; ve...**"⁵

Beslenme hakkının düzenlendiği uluslararası insan hakları belgeleri yukarıda saydıklarımızla sınırlı değildir. Örneğin Çocuk Haklarına Dair BM Sözleşmesi 24/2/c,⁶ Kadınlara Dair Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair BM Sözleşmesinin 12/2,⁷ Engelli Haklarına dair BM Sözleşmesi 25/f⁸ ve 28/1.⁹ Bunların yanında bölgesel düzenlemelerde de, örneğin Amerikan San Salvador Protokolü,¹⁰ Çocuk Hak ve Refahına Dair Afrika Sözleşmesi'nde¹¹ de beslenme hakkının tezahürünü bulmak mümkündür. Fakat bu yazıda, özellikle ekonomik sosyal

⁵ ESKH, m.11/1

⁶ Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, m.24/1: Taraf Devletler, çocuğun olabilecek en iyi sağlık düzeyine kavuşma, tıbbi bakım ve rehabilitasyon hizmetlerini veren kuruluşlardan yararlanma hakkını tanırlar. Taraf Devletler, hiçbir çocuğun bu tür tıbbi bakım hizmetlerinden yararlanma hakkından yoksun bırakılmamasını güvence altına almak için çaba gösterirler. 24/2: Taraf Devletler, bu hakkın tam olarak uygulanmasını takip ederler ve özellikle: (c) Temel sağlık hizmetleri çerçevesinde ve başka olanakların yanı sıra, kolayca bulunabilen tekniklerin kullanılması ve besleyici yiyecekler ve temiz içme suyu sağlanması yoluyla ve çevre kirlenmesinin tehlike ve zararlarını gözönüne alarak, hastalık ve yetersiz beslenmeye karşı mücadele edilmesi

⁷ Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Uluslararası Sözleşmesi, m.12/1: Taraf Devletler, aile planlaması dahil sağlık bakım hizmetlerinden kadın ve erkeğin eşit olarak yararlanması için, sağlık alanında kadınlara karşı ayrımı ortadan kaldırarak bütün önlemleri alacaklardır. 12/2: Bu maddenin 1. paragrafında öngörülen hükümler saklı kalmak kaydıyla Taraf Devletler kadına hamilelik, lohusalık ve doğum sonrası dönemde gerekli hizmetleri sağlayacaklar, hamilelik ve emzirme sırasında yeterli beslenme ile birlikte, gerektiğinde ücretsiz hizmet vereceklerdir.

⁸ BM Engelli Hakları Sözleşmesi, m.25 (Sağlık): Taraf Devletler, engellilerin engelleri nedeniyle ayrımcılığa uğramaksızın, ulaşılabilir en yüksek sağlık standardından yararlanma hakkını tanırlar. Taraf Devletler, engellilerin sağlıkla ilgili rehabilitasyon dahil olmak üzere, cinsiyet duyarlılığı olan sağlık hizmetlerine erişimini sağlamak için tüm uygun tedbirleri almalıdır. 25/f: Engelliliğe dayalı olarak sağlık bakımı veya hizmetlerinin sunulmamasını veya yiyecek ve içecek verilmemesini önler.

⁹ BM Engelli Hakları Sözleşmesi, m.28: Taraf Devletler, engellilerin yeterli yiyecek, giysi ve barınma dahil kendileri ve aileleri için yeterli yaşam standardı hakkını ve yaşam koşullarının sürekliliği olarak iyileştirilmesi hakkını tanırlar ve bu hakkın engelli olmaları nedeniyle ayrımcılığa uğramaksızın tanınmasını temin etmek için gerekli adımları atmalıdır.

¹⁰ Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Ekonomik, Toplumsal ve Kültürel Haklar Alanında Ek Protokolü, m.10 (sağlık hakkı), m.12 (beslenme hakkı)

¹¹ Çocuk Hak ve Refahına Dair Afrika Sözleşmesi, m.14 (sağlık hakkı)

ve kültürel hakların korunması konusunda en temel belge olan yukarıda bahsettiğimiz ESKHS m.11 ile sınırlı kalmaya çalışacağız ve devletin sorumluluğunu ana hatlarıyla inceleyeceğiz.

ESKHS Komitesi, 1987 yılından beri sözleşmenin uygulanmasına dair yumuşak da olsa bir denetim mekanizmasını çalıştırmak için uğraş vermektedir. Komite bu görevini devletlerle ve hükümet dışı örgütlerle periyodik olarak iletişim halinde, gerektiğinde alınacak tedbirler konusunda tavsiyelerde bulunarak yerine getirir.¹² Yine de gerek durum tespiti, gerek birinci derecede sorumlularla olan iletişim, gerekse karar alabilme yetkisi bakımından, ekonomik sosyal ve kültürel hakların uluslararası hukuk boyutunda korunması bağlamında tek ve etkin bir organ olarak görüşlerinin hukuken de bir ağırlık taşıdığı yadsınamaz.¹³ Komite bu amaçlarla 1989'da aldığı bir karardan beri gerek sözleşmenin çeşitli hükümlerinin anlaşılması ve yorumlanması ve gerekse Taraf Devletlerin düzenli raporlar sunma yükümlülüklerinin yerine getirilmesi hususlarında *Genel Yorum* adı altında tavsiye kararları üretir.¹⁴ Demek ki ESKHS Komitesi'nin beslenme hakkını ele alış biçimi hukuken de önem taşır. 12 numaralı Genel Yorumunda, ESKHS m.11'in kapsamını tanımlamış ve açıklamıştır.

Komiteye göre *Yeterli Beslenme Hakkı*, uluslararası insan hakları sözleşmelerinin temelinde yatan 'insan onuru' ile doğrudan ilgili bir kavramdır ve gerek medeni ve siyasi hakların, gerekse ekonomik sosyal ve kültürel hakların gerçekleştirilmesi ve korunmasında olmazsa olmaz bir unsurdur.¹⁵ Bu hakkın uygulanmasının genel olarak sosyal adaletten de koparılmayacağını, gerekli ekonomik çevresel ve sosyal politikaların hem ulusal hem de uluslararası düzeyde kabul edilip uygu-

¹² Mehmet Emin Çağırın, *Uluslararası Alanda İnsan Hakları*, Ankara, Barış Kitap, İkinci Baskı, 2011, s.139

¹³ *Ibid.*

¹⁴ Mehmet Semih Gemalmaz, *İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, İstanbul, Beta Yayınları, Dördüncü Baskı, 2003, s.355

¹⁵ Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi, Genel Yorum 12, UN Doc. E/C.12/1999/5, 12 May 1999, 4. (http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=9&DocTypeID=11 -erişim tarihi:14.01.2015)

lanmasıyla ilgili olduğunu ve nihayetinde yoksullukla mücadele ve herkes için insan haklarının uygulanabilmesi ereğiyle birlikte düşünülmesi gerektiğini söyler.¹⁶ Yine komiteye göre, günümüzde 1 milyara yakın bir nüfusun kronik olarak açlıkla mücadele ettiğini, kıtlıktan muzdarip milyonların olduğunu ve artan iç ve dış çatışmaların ülke ve bölgelerde yarattığı insani sorunları göz önünde bulunduracak olursak, *Beslenme Hakkının* gerektiği gibi uygulanamamasında gıdanın azlığından ziyade güvenli gıdaya erişim eksikliğinin, sorunun daha can alıcı bir parçasını oluşturduğu aşıkardır. Peki, hukuki olarak bu hakkın kapsamında ne vardır?

Komiteye göre, Madde 11’de düzenlenen *Yeterli Beslenme Hakkının* normatif içeriği sadece nicelik olarak gıdanın varlığı ve pazara girmesi/dağıtılması değil aynı zamanda nitelik olarak da bireylerin beslenme ihtiyaçlarını karşılayacak düzeyde olmasıdır.¹⁷ İşte gıda güvenliği tam bu noktada hukuken de devreye girer: nitelik bakımından *Yeterli Beslenme Hakkının* uygulanabilmesi için gıda güvenliğinin devlet tarafından sağlanması olmazsa olmaz bir koşuldur. Yani gıda güvenliği için gerekli önlemleri devletin alması, bunun yanında hem kamusal hem de özel birimler aracılığıyla gıdaların bozulmasının önlenmesi, çevresel hijyen faktörleri veya uygun olmayan nakil yöntemleri sayesinde tağşiş edilmesinin önüne geçilmesi ve doğal olarak oluşan toksinlerin belirlenmesi ve yok edilmesidir.¹⁸ Kı-saca Komiteye göre *Yeterli Beslenme Hakkının* ana unsurları gıdaya erişim, gıdanın besleyiciliği, zararlı maddelerden arınmış olması, ve kültürel olarak kabul edilebilir olmasıdır.¹⁹

Hakkın kapsamına ek olarak, yükümlülüğün kapsamı konusunda Komite çok nettir. Devletin yükümlülüğü, yetkisi dahilindeki kimselere asgari düzeyde zaruri gıdayı sağlamakla sınırlı değildir. Nitelik itibariyle de güvenli gıda sağlamak

¹⁶ Ibid, 5.

¹⁷ Ibid, 8.

¹⁸ Ibid, 10.

¹⁹ Asbjorn Eide, “Adequate Standard of Living”, in Daniel Moeckli, Sangeeta Shah, ve Sandesh Sivakumaran (der.) *International Human Rights Law*, Hampshire, Oxford University Press, 2010, s.238

yükümlülüğü altındadır. Komite burada devletin yükümlülüğünü tanımlarken, yine ekonomik, sosyal ve kültürel haklarda kullanılan üç ayaklı sorumluluk formülünü devreye sokar (Saygı Gösterme-Koruma-Yerine Getirme):

“Devletlerin halihazırda var olan yeterli yiyeceğe erişim hakkına *Saygı Gösterme* yükümlülüğü bu erişimi engelleyecek hiçbir faaliyette bulunmamalarını gerektirir. *Koruma* yükümlülüğü kişi veya kurumların bireyleri yeterli yiyeceğe erişim hakkından mahrum bırakmamaları için devletin önlemler almasını gerektirir. *Yerine Getirme (kolaylaştırma)* yükümlülüğü halkların, yaşam alanlarını belirlemek ve **beslenme güvenliğinin sağlanması** için gerekli kaynaklara erişimine ve bunlardan istifade etmelerine yönelik devletin etkin bir biçimde faaliyete geçmesini gerektirir. Son olarak, bir birey veya topluluk kendi kontrollerinde olmayan nedenlerle yeterli beslenme hakkından istifade edemezse, devletin *Yerine Getirme (sağlama)* yükümlülüğü söz konusu hakkı doğrudan sağlamasını gerektirir. Bu yükümlülük, doğal veya diğer afetlerin kurbanı olan insanları da kapsar.”²⁰

Görüldüğü gibi, Komite'nin ortaya koyduğu üç ayaklı sorumluluk formülünden birincisi olan Saygı Gösterme yükümlülüğü, negatif bir yükümlülük olup, diğer iki yükümlülük olan Koruma ve Yerine Getirme yükümlülükleri pozitif yükümlülüktür. Yani, hakkın korunması için devletin gerekli önlemleri almasını ve hakkın tamamlanması için kolaylaştırıcı ve kaynak sağlayıcı faaliyetlerde bulunmasını gerektirir. Kuzey Kıbrıs bağlamında düşündüğümüzde öne çıkan yükümlülükler de devletin pozitif yükümlülükleridir diyebiliriz. Gerekli yasal zemin oluşturulmalı ve devletin sorumluluğu yukarıda bahsedilen üç ayaklı formüle göre düzenlenmelidir.

Tam bu noktada, yerel hukukun, uluslararası hukukla uyum içinde uygulanması çabalarına bir örnek verecek olursak, 2013 yılında Hindistan Yüksek Mahkemesi'nin verdiği ka-

²⁰ Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi, op. cit., 15.

rardan bahsedebiliriz. Buna göre anayasada düzenlenmiş olan 'yaşama hakkı' nın kapsamı güvenli gıdaya erişimi de kapsamaktadır. Mahkeme kararında şöyle der:

"Yaşama hakkına erişim ve bu hakkın kullanılması, gıdanın ilaç kalıntılarından, veteriner ilaçlarından, antibiyotik kalıntılarından, çözültü kalıntılarında arındırılmış olmasını da kapsar. Kamu sağlığı için tehlikeli ve ona zarar verebilecek her gıda maddesi Hindistan Anayasası'nın 21. Maddesinde düzenlenmiş olan yaşam hakkının uygulanması için potansiyel tehdit oluşturmaktadır."²¹

Dikkat edilebileceği üzere, Hindistan Yüksek Mahkemesi, gıda güvenliğinin ilişkilendiği hakkı bir adım daha da ileri götürerek 'yaşama hakkı' nın olmazsa olmaz koşulları arasında değerlendirmiştir. Kalıntılardan arınmış gıdanın anayasal bir hak olan yaşam hakkının önemli bir unsuru olduğunu vurgulamıştır. Gıda güvenliğinin özel olarak anayasal koruma altına alınmadığı veya daha genel olarak *Yeterli Beslenme Hakkının* düzenlenmediği durumlarda, yaşama hakkına dayanarak verilen ve devlete sorumluluk yükleyen kararı güncel, yerinde ve örnek alınması gereken bir karardır. Bu karar Kuzey Kıbrıs için de örnek teşkil etmelidir çünkü 1985 Anayasası'nda da *Yeterli Beslenme Hakkı* konusunda özel bir düzenleme yoktur.

Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Hukukunda Gıda Güvenliği

Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti uluslararası insan hakları anlaşmalarına taraf olamamaktadır. Dolayısıyla teknik olarak, yukarıda bahsettiğimiz uluslararası hukuk burası için bağlayıcı nitelikte bir hukuk sayılamaz. Ancak tıpkı ekonomik, siyasi, hukuki, ve kültürel alanlarda uluslararası topluma ve hukuka açılma gayretinin bir parçası olarak, fiilen de olsa hem yasal

²¹ Lydia Zuraw, "India's Supreme Court Declares Constitutional Right to Unadulterated Food", <http://www.foodsafetynews.com/2013/10/indias-supreme-court-declares-constitutional-right-to-unadulterated-food/#.VOD7WfmUc2s> -erişim tarihi:14.01.2015

hem idari yapının uluslararası hukuka uygun haklar ve sorumluluklar dengesinde kurulması gerekmektedir. Dolayısıyla taraf olmasak da bu uluslararası standartları yerine getirmek için çaba göstermemiz ve ilgili yasal zemin ve uygulama alanını oluşturmamız gerekmektedir. Nitekim KKTC meclisi 2004 tarihinde, **Ekonomik, Toplumsal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi Onay Yasası** ile ESKHS'yi resen onaylamış ve ona yasa hükmü vermiştir. Dolayısıyla bu sözleşmenin uygulanmasında, ESKHS Komitesinin Genel Yorumları da yerel hukukumuzun bir parçası olmak durumundadır. Devletler özellikle yükümlülüklerinin kapsamı bakımından Komite karar ve yorumlarına başvurabilirler ve uygulamada bu karar ve yorumlardan faydalanabilirler.

KKTC²² Anayasası'nın 56. Maddesi devletin herkesi açıklıktan koruma yükümlülüğünü ele alır.²³ Buna göre devlet, besin maddelerinin üretimini artırmak, israfını önlemek, dengeli biçimde dağılımını sağlamak ve etkin beslenme olanaklarını yaratmak amacıyla gerekli önlemleri alır. Bu yönde bilimsel gelişmeleri izler, yayar ve uygular. Devletin bu görevleri yasa ile düzenlenir.

Gıda güvenliği her ne kadar 'açlıktan korunma'dan öte bir yükümlülük gerektiriyorsa da, bu Anayasada açıkça düzenlenmemiştir. Fakat maddenin lafzında geçen "etkin beslenme olanaklarını yaratmak" yükümlülüğünün özellikle 'etkin' kısmının günümüzdeki tanımının gıda güvenliğini de içerdiği ortadadır. Beslenme olanaklarını yaratmak ile 'etkin' beslenme olanaklarını yaratmak arasındaki fark, tam da bu çalışmanın ana konusunu oluşturmaktadır. KKTC beslenme olanaklarını yaratabilmiştir, fakat bu olanakların etkin olduğunu söylemek zordur, özellikle etkin olabilmesi için uluslararası hukukta da düzenlenen yeterli beslenme hakkının sağlanmış olması gerektiği de düşünüldüğünde.

²² Tüm KKTC mevzuatına <http://www.mahkemeler.net> adresinden ulaşılabilir.-erişim tarihi: 15.02.2015

²³ KKTC Anayasası (1985), m.56

Devlet, etkin beslenme olanaklarını yaratma ödevini yerine getirmek için çeşitli yasalarda düzenlemeye gitmiştir. Kuzey Kıbrıs yasal zemininde genel olarak, gıdaların denetimi için çok zayıf da olsa bir takım mekanizmaların yasalarla düzenlendiğini görebiliriz. Fakat bu mekanizmaların yetersiz olduğu bir çok kurum tarafından belirtilmiştir. Özellikle Gıda Mühendisleri Odası söz konusu yetersiz denetimlerin gıda mühendisleri yerine bu işin uzmanı olmayanlar tarafından yapıldığından şikayet ediyor ve böyle bir durumda yapılan denetimin de sonuç vermediğini vurguluyor.²⁴ Devlet yetkilileri tarafından açıklamalar da bu konuda sorumluluğun oluşturulması ve paylaştırılması konusunda düğümler oluştuğunun işaretlerini veriyor.²⁵ Var olan ve yetersiz olarak görülen mekanizmalar temelde *şüpheye bağlı numune alma yetkisi ve cezalandırma* ile sınırlıdır. Yasalar genel olarak ilgili bakanlık müfettişine numune alma 'yetkisi' veriyor. Halbuki gıda güvenliğinin tam anlamıyla sağlanabilmesi için görevliye 'yükümlülük' yükleyen anlayışa ihtiyaç vardır. Yetki, ille ki ihtiyaridir, fakat kamu sağlığı ihtiyari olarak ele alınabilecek kadar önemsiz bir mesele değildir.

Örnek vermek gerekirse, Gıda Maddeleri ve İlaçların Satışına İlişkin Daha İyi Kurallar Öngören Yasaya (m.10) göre, Sağlık Dairesi Müdürünce atanmış bir kimse, veya polis memuru veya İlçe müfettişinin imal edilen ürünlerden numune satın alma ve bunu analiz etme yetkisine sahiptir. Burada bir zorunluluk söz konusu değildir. Sadece böyle bir yetkinin varlığından söz edilir. **Tarımsal İlaçların Denetimi Hakkında Yasada** da (m.25) müfettişin numune alma yetkisinden söz edilir, fakat bu bir yükümlülük ya da zorunluluk olarak belirtilmez. Bunu takiben müfettişin aldığı numune üzerinden analiz yapan laboratuvarın ortaya koyduğu verilerde sağlığa aykırı miktarlarda kalıntı bulunan ve piyasaya ve veya satışa sunulan ürünler toplatılır veya yok edilir.

²⁴ Kıbrıs Gazetesi, Ergül Ernur, "Gıda Denetimini Gıda Mühendisleri Yapmalı" <http://www.kibrisgazetesi.com/?p=9683> -erişim tarihi 14.01.2015

²⁵ Kıbrıs Gazetesi, "Gıda Güvenliği Şart", <http://www.kibrisgazetesi.com/?p=440307> -erişim tarihi 14.01.2015

Fakat uygulamada, bu cezalandırma temelli ve ihtiyari olarak numune alma yetkisine bağlı zayıf denetim mekanizmasının pek de işletilemediği, yine Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyet Meclisinin söz konusu yasalarda yapmayı planladığı değişikliklerden de bellidir. Örneğin **Tarımsal İlaçların Denetimi Hakkındaki Değişiklik Yasa Tasarısının** gerekçesi, bize bu ipucunu vermektedir. Buna göre denetimler için yeterli düzeyde kalifiye elemanın bulunmaması, yani yeterince ziraat mühendisinin olmaması nedeniyle denetimlerin yapılamadığı açıkça ifade edilmiştir. Yine bu sebeple yasada denetim yapacak kişi tanımının genişletilmesi amaçlanmış, sadece ziraat mühendislerinin değil, tarım teknisyenleri veya Sağlık Bakanlığı tarafından görevlendirilecek eczacı veya kimyagerlerin de bu yetkiye sahip olmaları gerektiği belirtilmiştir.

Tarım Ürünlerine Hile Katma Değişiklik Yasa Tasarısı da aslında denetimi derinleştirme ve sistematik bir hale getirme gayesinden çok, cezalandırmaları artırmayı amaçladığı söylenebilir. Yasalarımızın çağın gerisinde kaldığı gerekçede belirtilmiş, fakat sadece cezaların ağırlaştırılması yoluyla yasanın tadil edilmesi amaçlanmıştır.

Görüşülmeyi bekleyen yasa tasarılarından göreceli olarak en olumlu olanı ise **Genel Gıda ve Yem Yasa Tasarısı**dır. Bu tasarinin gerekçesi de yeterli ipuçlarıyla doludur. Buna göre gıda güvenliği açısından yaşanan büyük sıkıntılar kabul edilmiştir. Yetersiz mevzuat ve sistem varlığının devam etmemesi, yetki ve sorumlulukların yeniden net olarak belirlenmesi ihtiyacı, güçlü ve etkin bir idari yapının oluşturulması ve bu yapının da yetersiz mevzuat sıkıntısını ortadan kaldırması amaçlanmaktadır. Bu yasa tasarısının hazırlanmasında Avrupa Birliği Gıda Yasası referans olarak alınmıştır. Bu tasarıyla özet olarak 'gıda güvenliği' kavramının bir tasarıya girdiğini görebiliyoruz. Hangi gıdanın güvenli gıda sayılabileceği belirtildikten sonra (m.14), bilimsel faaliyette bulunacak bir danışman kurul olarak görev yapacak Gıda Güvenliği Risk Değerlendirme Kurulu'nun oluşturulması öngörülmüştür. Bilimsel

bir yaklaşımın yapıya dahil edilmesi gerçekten olumlu karşılanmalıdır. Gıda ticaretiyle ilgili genel yükümlülükler ve Gıda Güvenliği ve Yem Güvenliği, Gıda işletmecilerinin sorumlulukları ile ilgili de kurallar getiriliyor. Tarım işleriyle sorumlu bakanlığın gıda güvenliğinden de sorumlu olduğu belirtiliyor. Fakat yine bu yasa tasarısının da eksikliği düzenli ve sistematik bir denetim mekanizması öngörmüyor oluşudur. Aksine, bu sorumluluğu kısmen 'izlenebilirlik' adı altında Gıda ve Yem işletmecilerine yüklemektedir (m.19). Gıda ve Yemler için ayrıca Kriz durumu önlemleri, Kriz Birimi oluşturulmasını da söz konusudur. Yasa tasarısı aynı zamanda bakanlıklar ve ilgili daireler arasındaki yetki ve sorumluluk karmaşasını çözmek için de büyük çaba harcar. Bütün bu gelişmeler, yasanın kabul edilmesi halinde olumlu olarak değerlendirilebilir. Fakat günümüz koşullarında yeterli olup olmadıkları tartışmaya açıktır. Özellikle zayıf denetim mekanizmalarının bile uygulamada pek etkin olamadığı, ve bu yasa tasarısıyla yine devamlı aktif olarak denetim üstlenecek bir mekanizma oluşturulmadığı, daha ziyade bakanlıklar arasında yaşanan yetki ve sorumluluk karmaşasını çözmeye yönelik olduğu da göz ardı edilmemelidir.

Sonuç

Madalyonun öteki yüzündeki devletin sorumluluğunu ana hatlarıyla çizmeye çalıştık. Gelişimi izlenebilen uluslararası insan hakları hukukunda beslenme hakkından yeterli beslenme hakkına, devletin sorumluluğundan gıda güvenliğinin Kuzey Kıbrıs'ta, tasarı da olsa düzenlenmiş olmasına vardık. Girişte sorduğumuz soruya dönecek olursak, Devlet, sağlıklı yaşama hakkımızın en olmazsa olmaz parçalarından birisi olan gıda güvenliğini gerektiği gibi sağlayabiliyor mu? sorusunun cevabı şu an için olumsuzdur. Gıda güvenliği mevcut yasalar da yetersiz ve sistemsiz bir biçimde düzenlenmiştir. Özellikle denetleme konusunda ihtiyari yetki anlayışından yükümlülük anlayışına geçilmelidir. Mevzuat eksikliğine ek olarak uygulamada da ciddi aksaklıklar olduğu bilinmektedir. Gıda ve Yem

Dr. Tutku TUĞYAN

Yasa Tasarısı bu konuda yetersiz fakat başlangıç sayılabilecektir. Kabul edilmesi halinde devletin kendi sorumluluğunun bilincine varması ve idari yapıyı bu yönde düzenlemeye gitmesi bakımından geç kalmış fakat atılması gereken bir adım atılmış olacaktır. Bu konudaki mevzuat eksikliğini tamamlamasa da artırdığı kesindir. Mevzuat kirliliğine dönüşmemesi, uygulamada da olumlu sonuç vermesini ve geliştirilmesini dilerim.

KUZEY KIBRIS TÜRK CUMHURİYETİ'NDE SAĞLIĞA EŞİT ERİŞİM HAKKI

*Yrd. Doç. Dr. Şölen Külahçı**

Genel Olarak

KKTC Sağlık Sistemi, Sağlık Bakanlığı'nın gözetim ve denetimi altında kurulmuş olan kamu ve özel sağlık kurum ve kuruluşlarından oluşmaktadır. KKTC Anayasası'na göre Sağlık Bakanlığı, kendi yetkisi içerisindeki işlerden ve emri altındakilerin eylem ve işlemlerinden sorumludur (m. 110 f. 1). Sağlık Bakanı, bakanlığının ilgilendiren yasaları uygulamak ve normal olarak bakanlığının yetki çevresine giren tüm konu ve işleri yönetmek; Başbakan ve Bakanlar Kuruluna sunulmak üzere bakanlığının ilgilendiren kararname, tüzük ve yönetmelikleri hazırlamak; kendi bakanlığının ilgilendiren herhangi bir yasa ve bu yasalara uygun olarak çıkarılan tüzük ve yönetmeliklerin uygulanabilmesi için yönerge, genelge ve benzeri metinleri yayınlamak; Bakanlar Kuruluna sunulmak üzere Cumhuriyet Bütçesinin kendi bakanlığına ait kısmını hazırlamak ve uygulamakla görevli ve yükümlüdür (m. 110 f. 2 vd.).

Sağlık kurumlarının organizasyonu ile ilgili olarak düzenlemeler getiren 57-89 sayılı Temel Sağlık Hizmetleri Yasası'na göre halkın sağlık hizmetlerinden daha verimli bir şekilde ya-

* Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekan Yardımcısı, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

rarlanmasını sağlamak amacıyla sağlık kurumları sağlık odası, sağlık evi, sağlık merkezi ve genel hastane olarak yapılandırılmıştır. Yasaya göre, her köyde bir tane sağlık odası kurulur (m. 8).

Sağlık evi, sağlık merkezleri bölgelerinde (şehir tipi sağlık merkezleri hariç) haberleşme ve ulaşım olanakları göz önünde bulundurularak her 2, 000-3, 000 nüfuslu köy grubunu kapsayan sağlık evi bölgeleri oluşturulur ve oluşturulan her sağlık evi bölgesinde sağlık hizmetlerini yürütmek üzere kurulur (m. 7/1).

Yasaya göre, sağlık merkezi, KKTC sınırları içerisinde, haberleşme ve ulaşım olanakları gözönünde bulundurulmak üzere, şehir bölgelerinde en çok 25, 000 nüfus, kırsal bölgelerde ise en çok 10, 000 nüfus için bir sağlık merkezi bölgesi oluşturulur ve oluşturulan her sağlık merkezi bölgesinde sağlık hizmetlerini yürütmek üzere kurulur (m. 6/1).

Özel sağlık kurum ve kuruluşları ise 32/1998 sayılı Özel Hastane ve Özel Klinik, Özel Dispanser ve Özel Muayeneler (Denetim) Yasası çerçevesinde Sağlık Bakanlığının gözetim ve denetimi altında kurulmaktadır. Özel sağlık kurum ve kuruluşlarında verilen sağlık hizmetleri ile sağlık personeli ve fiziki yeterlilik gibi kurumlar içerisinde Sağlık Bakanlığının bir temsilcisinin de bulunduğu Özel Sağlık Hizmetleri Kurulu tarafından denetlenmektedir (m. 14). Bu denetime ek olarak, en az altı ayda bir olmak üzere Sağlık Bakanlığı tarafından da gerekli denetimler yapılabilir (m. 12 f. 1).

KKTC'deki Mevcut Durum

Kamu sağlık kurumları, ilk basamak tedavi hizmeti veren 18 kurum ile 4 genel hastaneden oluşmaktadır. 2009 yılında ilk basamak tedavi hizmeti veren kurumlara 11726, genel hastanelerin polikliniklerine ise 306331 hasta başvurmuştur¹. 2012'de bu sayı 348774'dür. Aynı yıl, bu kurumlarda çalışan toplam doktor

¹ Bu konuda bkz. KKTC Sağlık Bakanlığı resmi sitesi www.saglikbakanligi.com.

sayısı ise 287'dir². Buna göre, doktor başına yaklaşık 1647 hasta düşmektedir. Doktor başına düşen hasta sayısı artmış ancak doktor sayısında belirgin bir artış görülememiştir. Bu noktadan hareketle, sağlık hizmetlerinde arz talep dengesinin sağlanamadığı ortaya çıkmaktadır. Bu durum ise sağlık hizmetine ulaşma bakımından güçlükler yaratmaktadır. Ayrıca, kamu sağlık sisteminin uygulamasında tam gün çalışma prensibinin benimsenmemesi ve kamu sağlık kurumlarının teknik donanım açısından da eksikliklerinin olması kamudan alınan sağlık hizmetinin niteliğini zayıflatmaktadır. Zira, 2009 yılında kamu sağlık kurumlarına başvuran 1913 hasta gerekli teknik donanımının olmaması nedeniyle yurt dışına sevk edilmiştir.

Öte yandan, kamu sağlık kurumları yasada belirlenen nüfusa göre örgütlenme prensibinin aksine sadece merkezi yerlerde örgütlenmiştir. Nitekim Temel Sağlık Hizmetleri Yasası madde 6ya göre, haberleşme ve ulaşım olanakları göz önünde bulundurularak;

Şehirde 25000; kırsalda 10000 nüfuslu bölgelerde bir sağlık merkezi bölgesi oluşturularak bu bölgelerin her birinde bir sağlık merkezi kurulacağını

Şehir tipi sağlık merkezleri hariç olmak üzere 2000-3000 nüfuslu köy gurubu yerlerde sağlık evi

Her köyde sağlık odası kurulur.

Yasadaki bu örgütlenmenin tam olarak sağlanamadığı görülmektedir. Bugün için 4 genel hastane, 14 sağlık merkezi ve 4 de sağlık evi bulunmaktadır.

Kamu sağlık hizmetlerinde yaşanan eksiklikler, özel sağlık hizmetlerinin güçlenmesini sağlamıştır. Özel sağlık kurumları, yaklaşık 600 özel klinik ile toplam 500 yatak kapasiteli genel nitelikli 9 özel hastane ve çeşitli branş hastanelerinden oluşmaktadır. Özel sağlık kurumlarının sayı itibariyle fazla olması, her bölgede kolay erişilebilen bir şekilde konumlanabilmesini

² Bu konuda bkz. www.sagilkbakanligi.com.

sağlamıştır. Ayrıca, tam gün sağlık hizmetinin sağlanabilmesi, teknik donanım bakımından daha çok imkana sahip olması gibi sebeplerle özel sağlık hizmetleri daha cazip görülmektedir. Ancak, özel sağlık hizmetinin ücretli olması ve bu alandaki sağlık harcamalarını da kapsayan genel sağlık sigortası sisteminin olmaması nedeniyle, bu hizmetlerden sadece ekonomik gücü olanlar yararlanabilmektedir. Her ne kadar sağlık hakkının sosyal ve ekonomik haklar arasında yer alması onun tamamen ücretsiz olacağı anlamına gelmese de özel sağlık kurumlarında uygulanan fahiş fiyatlar ekonomik gücü olmayan bireylerin sağlık hizmetlerinden yararlanamaması sonucunu doğurmaktadır.

Kamu sağlık hizmetlerinin sunumundaki bu eksiklik ve yetersizlikler beraberinde birçok hukuki problemi de anında getirmektedir. Öncelikle, bu durum sağlık hakkını ihlal etmektedir. KKTC Anayasası m. 45'e göre "Devlet, herkesin beden ve ruh sağlığı içinde yaşayabilmesini ve tıbbi bakım görmesini sağlamakla ödevlidir". Bu hakkın sağlanabilmesi için kamu sağlık hizmetlerin güçlü bir şekilde sunulması gerekmektedir. Sağlık hakkı, sağlık hizmetlerinin mevcudiyeti ve erişilebilirliğinden oluşmaktadır. Buna göre, sağlık kurum ve kuruluşları Devletin kalkınma düzeyi de göz önünde tutularak, yapılandırılmalıdır. Fiziki yapılanmanın yanı sıra, ülke koşullarına göre rekabet edebilir maaş alan uzman sağlık personeli ve diğer profesyonel personellerin sağlık hizmeti içinde yer alması gerekmektedir. Öte yandan, sağlık hizmetlerinin erişilebilir olması gerekmektedir. Sağlığa erişilebilirlik, ayrımcılık olmaması; ekonomik erişim; kabul edilebilirlik ve kaliteden oluşmaktadır.

Sağlığa eşit erişimin sağlanabilmesi için sağlık hizmetlerinin halkın tüm sınıflarına hiçbir ayırım yapılmadan sunulmalıdır. Buna göre, ekonomik ya da diğer sebeplerle (hastalık, ırk, din vs.) hiçbir ayırım yapılmaksızın herkes sağlık hizmetlerinden yararlanabilmektedir. Sağlık hizmetlerine, fiziksel erişim sağlanmalıdır. Sağlık kurum ve kuruluşlarının, yaşlı, engelli ve hastalar başta olmak üzere toplumun tüm kesimlerinin kolay

ve güvenli fiziksel erişimin sağlanacak şekilde konumlanması gerekmektedir.

Konumun yanı sıra sağlık hizmetlerine ekonomik erişiminin de sağlanmalıdır. Ekonomik erişim, sağlık hizmetlerinin herkesin ekonomik olarak karşılayabileceği şekilde olması anlamına gelmektedir. Sağlık bakım hizmetlerinin ve ayrıca sağlığın belirleyici etmenlerinin ücretlendirilmesi denklik ilkesine dayanmalı; ve böylelikle, kamu veya özel olsun bu hizmetlerin, toplumsal olarak dezavantajlı gruplar da dahil herkes tarafından karşılanabilir olması güvence altına alınmalıdır.

KKTC'de laboratuvar, radyoloji, anestezi, çevre sağlığı gibi alanlarda sağlık teknisyeni sayısı ve niteliği yetersizdir. Bu alanlarda görev yapan elemanların büyük bir kısmı lise sonrasında pratikten yetiştirilmiş elemanlar veya hizmetiçi eğitimlerle uzmanlaşmış hemşirelerdir. Özellikle laborant ünvanı altında çok farklı eğitim düzeylerinde elemanlar görev yapmaktadır. Laborantların bazıları dört yıllık üniversite eğitimi almış biyologlardan, bazıları ise hemen hemen hiç formal eğitim almamış lise mezunlarından oluşmaktadır. Özel sektörde her iki grup da kendi özel laboratuvarlarında çalışabilmektedir. Kamu sektöründe de her iki grup bulunmakta, hastanelerde lise mezunu olan laborantlar, üniversite mezunu olanların veya hekimlerin denetimi altında çalışmaktadır. Birinci basamakta ise personel veya malzeme yokluğunun nedeniyle yalnız beş sağlık merkezinde laboratuvar hizmetleri yürütülebilmekte, bazı temel tahliller hemşireler tarafından yapılmaktadır. Ayrıca laboratuvarda çalışan uzmanlar kendilerine hem kamuda hem özel sektörde çalışma olanağı verilmediğinden yakınmaktadırlar. Fizyoterapist, diyetisyen gibi diğer sağlık personelinin de görev tanımları net değildir, yetki ve sorumlulukları açık olarak tanımlanmamıştır.

Devletin sağlığa ayırdığı bütçenin yetersizliği, fiziki imkansızlıklar kamu sağlık hizmetlerinin kaliteli bir şekilde sunulmasını engellemektedir. Bütçedeki yetersizlik hem alanında uzman hekimlerin istihdamını engellemekte hem de mevcut hekimlerin iş yükünün artmasına sebep olmaktadır. Öte yan-

dan, mali yetersizlikler beraberinde teknik donanım eksikliğini de getirmektedir. Özellikle radyolojik tetkikler için hastaların uzun süreler beklediği bilinmektedir. KKTC’de bir hasta sevk sistemi olmadığından hastanelerde yığılmalar meydana gelmekte ve sağlık hizmetinin verimli sunumunda sorunlar yaratmaktadır. Hastanelerde görevli doktorların part-time çalışmaları acil servislerde de yığılmalara neden olmakta, acil servisler görevini tam anlamıyla yerine getirememekte, normal poliklinik hizmeti vermek durumunda kalmaktadır.

Kamu sağlık hizmetlerinin sunumundaki bu eksiklik ve yetersizlikler beraberinde birçok hukuki problemi de anında getirmektedir. Öncelikle, bu durum sağlık hakkını ihlal etmektedir. KKTC Anayasası m. 45’e göre “Devlet, herkesin beden ve ruh sağlığı içinde yaşayabilmesini ve tıbbi bakım görmesini sağlamakla ödevlidir”. Bu hakkın sağlanabilmesi için kamu sağlık hizmetlerin güçlü bir şekilde sunulması gerekmektedir. Sağlık hakkı, sağlık hizmetlerinin mevcudiyeti ve erişilebilirliğinden oluşmaktadır. Buna göre, sağlık kurum ve kuruluşları Devletin kalkınma düzeyi de göz önünde tutularak, yapılandırılmalıdır. Fiziki yapılanmanın yanı sıra, ülke koşullarına göre rekabet edebilir maaş alan uzman sağlık personeli ve diğer profesyonel personellerin sağlık hizmeti içinde yer alması gerekmektedir. Öte yandan, sağlık hizmetlerinin erişilebilir olması gerekmektedir. Sağlığa erişilebilirlik, ayrımcılık olmaması; ekonomik erişim; kabul edilebilirlik ve kaliteden oluşmaktadır.

Sağlığa eşit erişimin sağlanabilmesi için sağlık hizmetlerinin halkın tüm sınıflarına hiçbir ayırım yapılmadan sunulmalıdır. Buna göre, ekonomik ya da diğer sebeplerle (hastalık, ırk, din vs.) hiçbir ayırım yapılmaksızın herkes sağlık hizmetlerinden yararlanabilmektedir. Sağlık hizmetlerine, fiziksel erişim sağlanmalıdır. Sağlık kurum ve kuruluşlarının, yaşlı, engelli ve hastalar başta olmak üzere toplumun tüm kesimlerinin kolay ve güvenli fiziksel erişimin sağlanacak şekilde konumlanması gerekmektedir.

Konumun yanı sıra sağlık hizmetlerine ekonomik erişiminin de sağlanmalıdır. Ekonomik erişim, sağlık hizmetlerinin

herkesin ekonomik olarak karşılayabileceği şekilde olması anlamına gelmektedir. Sağlık bakım hizmetlerinin ve ayrıca sağlığın belirleyici etmenlerinin ücretlendirilmesi denklik ilkesine dayanmalı; ve böylelikle, kamu veya özel olsun bu hizmetlerin, toplumsal olarak dezavantajlı gruplar da dahil herkes tarafından karşılanabilir olması güvence altına alınmalıdır³.

Tüm sağlık hizmetlerinin, modern tıbbın gereklerine, mesleki etiğe ve insan haklarına uygun olarak sunulması sağlık hakkının kabul edilebilirliğini ifade etmektedir.

Sağlık hizmetlerinin, modern tıbbın bilminin gereklerine uygun kalitede olmalıdır. Bunun için, alanında uzman ve yeterli sayıda uzman sağlık personeli, modern tıbbi araçlar ve fiziki mekanlar sağlığın uygun kalitede olmasının başlıca unsurları olarak karşımıza çıkmaktadır.

KKTC Sağlık Sisteminin Sağlığa Erişim Hakkı Bakımından Değerlendirilmesi

KKTC sağlık sistemi bireylerin eşit olarak sağlık hakkından yararlanabilmesini sağlayamamaktadır. Bu sorunun başlıca nedenleri, kamu sağlık kurumlarının sayı ve teknik donanım açısından yetersiz olması, sağlık hizmetlerinin tam gün verilmemesi ile özel sağlık kurumlarında sağlanan sağlık hizmetlerini kapsayan bir genel sağlık sigortası olmamasıdır.

Bu iki temel problem, KKTC'de sağlık hizmetine ihtiyaç duyan bireylerin sağlığa eşit erişim hakkının sağlanmadığını göstermektedir. Nitekim, bir insan hakkı olarak sağlık hakkı, ulaşılabilecek en yüksek sağlık hizmeti standartlarına ulaşabilme hakkını kapsar. Bu kapsamda, sağlık hizmetinin sunumu sırasında ayrımcılığa uğramama, sağlık hizmetleri hakkında bilgi edinme, eğitim, yaşama ve güvenlik gibi temel unsurların varlığı gerekmektedir.

Sağlık hizmetlerinin erişilebilirliği fiziksel olarak ulaşılabilirlik, ekonomik olarak karşılanabilirlik, bilgiye ulaşılabilirlik

³ Yorum s. 2

ve ayrımcılık yapılmaması unsurlarından oluşmaktadır. Bu nedenle, sağlık hizmetine ihtiyaç duyan birey hiçbir engelle karşılaşmadan sağlık hizmetine ihtiyacı olduğu anda, eşit, kaliteli, ücretsiz bir sağlık hizmeti alabilmelidir. Dolayısıyla sağlığa erişim hakkı, sağlık hakkından eşit yararlanma ile paralar özelliğe sahiptir.

Fiziksel erişim, sağlık hizmetlerine toplumun tüm kesimlerinin güvenli ve kolay bir şekilde ulaşabilmesini gerektirir. KKTC’de özellikle kamu sağlık hizmetlerinin sunumunda fiziksel erişim sağlanmamaktadır. Kamu sağlık hizmetlerinin genellikle merkezi yerlerde örgütlenmiş olması bunun en büyük sebeplerinden biridir. Öte yandan, erişilebilen kamu sağlık kurum ve kuruluşlarının park yeri gibi sorunlarının olması erişim hakkını kullanılmasını engellemektedir. Özel sağlık hizmetleri ise kamu sağlık hizmetlerine kıyasen daha elverişli fiziksel erişime elverişlidir. Özel sağlık kurum ve kuruluşlarının geniş bir alana yayılmış olması fiziksel olarak elverişliliği sağlamaktadır. Hastalar bu kurumlara ulaşım konusunda sıkıntı yaşamamaktadırlar.

Fiziksel erişimin yanı sıra ekonomik erişimin de sağlanması gerekmektedir. Sağlık hizmetlerinin tüm bireylerin karşılayabileceği şekilde organize edilmesi gerekmektedir. Bireylerin, gerek kamu sağlık hizmetlerinden gerekse özel sağlık hizmetlerinden yararlanmaları sağlanmalıdır. Ancak, KKTC’nin mevcut sağlık sistemi içinde ekonomik erişim hakkının sağlanamadığı görülmektedir. Kamu sağlık hizmetlerinden halkın tüm kesimleri yararlanabilmesine rağmen özel sağlık hizmetleri bakımından bu durum sağlanamamaktadır. Zira kamu sağlık hizmetlerinin finansmanı devlet tarafından yapılmasına rağmen özel sağlık hizmetlerinin finansmanı devlet tarafından karşılanmamaktadır. Bu durum ise ekonomik gücü olmayan ve kamu sağlık kurum ve kuruluşlarından gerekli sağlık hizmetini alamayan bireylerin özel sağlık hizmetlerinden yararlanamaması sonucunu doğurmaktadır.

Sağlıkla ilgili konularda bilgi ve fikir isteme, bilgi alma ve bilgi verme hakları ise bilgiye erişim olarak adlandırılmakta-

dır. Bilgiye erişim hakkı hem sağlık hizmetleri hakkında bilgi isteme hakkı hem de hastanın kendi durumu ile ilgili bilgi isteme hakkını kapsamaktadır. Sağlık hizmetlerine ilişkin olarak bilgi isteme hakkı, başvuru alan sağlık kurumunun olanakları ile sunulan sağlık hizmetlerini de kapsamaktadır. Hastanın kendisine ilişkin bilgi isteme hakkı ise hastanın genel durumu, kendisine uygulanacak tedavi yöntemi, tedavinin yan etkilerini içermelidir.

Tüm bireylerin hiçbir ayrımcılığa uğramadan sağlık hizmetlerinden yararlanması sağlanmalıdır. Buna göre, bireyler arasında ırk, cinsiyet vs. gibi nedenlere bağlı olarak hiçbir ayırım yapılmadan hem hukuksal hem de fiziksel açıdan sağlık hizmetlerine erişim sağlanmalıdır. Ayrımcılığa uğramama hakkı, AIDS gibi bulaşıcı bir hastalık nedeniyle tedavi gören hastaların da sağlık hizmetlerinden eşit olarak yararlanmasını gerektirir.

Sağlığa erişimdeki yetersizlikler öncelikle bireyi sonra da toplumu etkilediğinden devletin sağlık hizmetlerinin sunumunda etkin bir rolünün olması gerekir. Çünkü devletin sağlık hizmetlerindeki etkinliğini kaybetmesi özel sektöre bırakılan sağlık hizmetlerinin bedelinin artması ve toplumun bazı kesimlerinin bu hizmetlerden yararlanamaması sonucunu doğurur.

Sağlığa erişim bakımından KKTC'de yaşanan tüm sıkıntılar Güney Kıbrıs Rum kesiminde de yaşanmaktadır. Fiziksel ve ekonomik erişim, bilgiye ulaşma ve ayrımcılığa uğramama bakımından KKTC'de yaşanan sıkıntıların benzerleri Güney Kıbrıs'ta da yaşanmaktadır. Örneğin, kamu sağlık kurum ve kuruluşlarının örgütlenmesi bakımından ciddi sıkıntılar yaşanmaktadır. Özel sağlık hizmetlerinin finansmanını sağlayan genel sağlık sigortası sisteminin olmaması ekonomik erişim hakkının kullanılmasını engellemektedir. Sağlık hizmetlerinin sunumunda bilgiye ulaşım ve ayrımcılığa uğramama diğerlerine göre daha yaygın şekilde kullanılabilir.

ORGAN VE DOKU NAKİL SUÇLARI*

*Dr. Aslıhan ÖZTEZEL***

Organ ve Doku Nakli insanların birbirine ne derece muhtaç olduğu gerçeği ile bizi yüzleştirmektedir. Duyduğumuz organ ve doku nakli suçlarına ilişkin hikayelere çoğu zaman inanmakta zorlansak da, kendimizin, ya da bir yakınımızın başına geldiği vakit, çaresizlik duygusu içinde, iç dünyamızda çelişkiler yaşatması sebebiyle ilgi çekici bir konu olarak karşımıza çıkmaktadır. Ceza Hukuku tıp alanındaki gelişmelerin peşinde soluksuz koşmaya ve oluşabilecek suç tiplerini önceden bertaraf etmeye, oluşmuşları cezalandırmaya çalışmaktadır. Tıp koşar adım giderken ceza hukuku doğası gereği daha yavaş hareket etmektedir.

Özellikle son 10 senedir daha sıkça olmak üzere, İsrail, Ukrayna, Moldova, Kosova, Arnavutluk, Türkiye, Brezilya, Meksika, Çin, Hindistan, Yemen, Suriye, Irak, Mısır, Güney Afrika, Romanya'nın adı büyük organ ticareti suçlarını içindegeçmektedir. Yakın zamanlarda Kosova'da organ trafiğine dair büyük soruşturmalar yürütülmüş ve siyaseten önemli figürlerin bu suçların içinde olduğu ortaya çıkarılmıştır. Özellikle transplantasyon turizmi adı verilen işlemlerle başkaca devletlerde kurulmuş turizm ajansları üzerinden organ arayan ve vermek isteyen buluşturan organizasyonlar ortaya çıkarılmıştır. Bu

* Uluslararası Sağlık Şurasında tebliğ olarak sunulduğundan dipnotlar metne alınmamıştır.

** Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Öğretim Elemanı

suçların en önemlisi sayılan Medicus Kliniği olayı bu suçun işlenmesi ile oratay çıkan kazancın en büyük örneğini teşkil etmektedir. Olayda Priştina yakınlarında özel bir kliniğin 2008 yılına kadar organ kaçakçılığının merkezi olduğu ortaya çıkarılmıştır. **Yusuf Erçin Sönmez** adında bir Türk cerrah tarafından yönetilen bu merkezde, Doğu Avrupa'dan, Türkiye'den ve Asya'dan gelen "gönüllülerin" organlarını 10.000-15.000 EUR civarı fiyatlara sattığı ve zengin ülkelerden gelen alıcılara 100.000 EUR gibi fiyatlara sattığı ortaya çıkarılmıştır. Cerrah **Sönmez**, Ocak 2011'de İstanbul'da Interpol'un arama kaydına istinaden tutuklanmıştır. Ağustos 2012'de Alman, Der Spiegel gazetesi haberine göre, Medicus Kliniği'ne bir alman vatandaşın 3 milyon dolardan daha fazla para harcadığını yazmıştır. Aynı şekilde, Çin'de ölüm cezasına mahkum edilmiş kişilerin organlarının alındığına dair haber ve soruşturmalar vardır.

Türk Ceza Kanunu'nda (TCK) bu suç Kişilere karşı suçlar kısmının altında vücut bütünlüğüne bağlı suçlar başlığının altında düzenlenmiştir. 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun, (Organ Nakli Kanunu/ Özel kanun) TCK hükümlerini tamamlar niteliktedir. Organ ve doku nakli suç, insan hakları ile ilişkisi sebebiyle ve çok uluslu, çok failli olarak işlenebildiği için kompleks bir yapı sergilemektedirler.

Tebliğde öncelikle Transplantasyon terminolojisi üzerinde belirlemeler yapılacak **(A)**, Daha sonra TCK'nunda organ ve doku ticareti suçunun **(B)** düzenlemeleri ayrıntılı olarak incelenecektir.

A. Transplantasyon Terminolojisi :

Transplantasyon terminolojisi tıbbın, hukukun çalışma alanlarının sınırlarını çizmesi açısından önem arz etmektedir. Kişinin rızası olduğu ve olmadığı hallerin tespiti ve/veya işlemin Kanun'da yeralan suç tanımını karşılayıp karşılamadığı bu terminolojinin doğru kullanılması ile mümkün olacaktır. Buradan hareketle, otogreft transplantasyon (1) ve allogreft transplantasyon (2) ayrı ayrı ele alınacaktır.

1. Kişinin kendi bedenindeki dokuların yine kendi vücudunda başka yere aktarılması: (Otogreft transplantasyon):

Bu tıbbi işlemde verici ve alıcı aynı kişidir. Bir doku veya organın aynı kişinin bir bölgesinden alınıp vücudunun başka bir bölgesine nakledilmesidir. Bu doku bazen fazlalık olan bir doku, rejenere olabilen bir doku ya da başka bölgeye daha çok gerekli bir doku ile yapılabilir. Örnek olarak deri greftleri, koroner by-pass için ven deri alınması gibi. Bu işlem bazen dokuyu alıp kişiyi veya dokuyu tedavi ettikten sonra geri yerine konulması şeklinde de olabilir. Kök hücre otogreftleri, kan alıp ameliyat için saklamak gibi. Organ Nakli Kanunu **madde 2'**de otogreft'i, saç ve deri alınması, aşılması ve kan transfüzyonu ile birlikte kapsamı dışında bırakmıştır.

2. Organ veya dokunun kişinin kendisinden başkasına nakledildiği haller

- a) **Allogreft:** Genetik olarak aynı kimliğe sahip olmayan aynı türe ait iki canlı arasında yapılan (böbrek, kornea, kalp nakli gibi) doku ve organ aktarımına,
- b) **İzogreft:** Allogreftin altbaşlığıdır. Genetik olarak aynı ikizler arasında yapılan doku aktarımına,
- c) **Heterogreft:** Farklı cinsler arasında yapılan, (domuzdan kalp kapakçığı nakli gibi) doku aktarımına verilen isimlerdir.

Kanunun korumasına ihtiyaç duyulan asıl haller allogreftlerdir. Bu nakillerde verici ve alıcı farklı kişilerdir. Yapılacak nakil insanın beden bütünlüğü konusunda ve taşıdığı risk gözönüne alındığında, insan hayatının korunmasına dair büyük tehlike arz etmektedir.

B. TCK md. 91 çerçevesinde Organ ve Doku Ticareti Suçu

Özel kanunla düzenlenmiş bir konunun TCK bünyesinde yeniden ele alınmasını anlamsız bulan yazarlar mevcuttur.

Özel düzenlemenin, TCK md. 91 ile karşılaştırılarak okunması ile halihazırda savaşılmakta olan suç tiplerinin büyük bir kesimi kapsam altına alınmış olmaktadır. TCK 91. maddenin tek suçu içermeyen yapısı sebebiyle Özel Kanunun ceza hükümleri başlığı altında düzenlenen 15. Maddesi uygulanmayacaktır.

91. madde hükmüne genel olarak bakıldığında, belirtilen suç tiplerinin sadece Organ ve Doku Ticareti Suçundan oluşmadığı görülmektedir. Suçun kanundaki başlığını oluşturan 'organ ve doku ticareti suçu' maddenin düzenlediği suçlardan sadece birisidir. Buradan hareketle, TCK 91, canlı vericiden organ veya doku alınması, ölü vericiden organ veya doku alınması ve organ ve doku ticareti suçunu düzenlemektedir.

1. Maddenin incelenmesi

a) TCK Madde 91/1 düzenlemesi:

Hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın, kişiden organ alan kimse, beş yıldan dokuz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Suçun konusunun doku olması halinde, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası uygulanır.

Madde ile korunan hukuki değer kişinin vücut bütünlüğüdür. Ceza hukuku kişiyi anatomik olarak korumak ister. Bir kimsenin kendisine yararı olmadığından kendi organını veya dokusunu rızasıyla da olsa başkasına vermesi esasen kişilik haklarına aykırıdır. Organını veren kişinin rızası tek başına eylemi hukuka uygun hale getirmez. Bu sebeple canlılardan organ ve doku naklinin yapılabilmesini mümkün ve hukuka uygun hale getirebilmek için şartlarının belirtilmesi zorunluluğu vardır.

Organ Nakli Kanunu 1. maddesinde amaç, "tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlarla organ ve doku alınması, saklanması, aşılması ve nakli" olarak belirlemiştir. Maddenin kapsamı geniş tutulmuştur. Yalnızca teşhis ve tedavi amacıyla değil, bilimsel amaçlarla da nakil yapılabilir. Canlı vericiden bilimsel amaçlarla organ nakli yapılması konusuna şüphe ile yaklaşıl-

ması gerekliliği, canlı vericiden organ nakli yapıldığında meşru sebebin **tedavi** olması gerekliliği bazı yazarlar tarafından ileri sürülmektedir. Aynı şekilde, tedavi amaçlı olsa dahi, canlı vericiden, kendisi için vital organlarının (kalp, akciğer vs.) alınmayacağına şüphe yoktur. Bununla birlikte, hayati nitelikte olmayan, çift organların naklinin mümkün olunacağı kabul edilmektedir.

Saklama ve aşılama konusunda tartışmalar, genital organ ve yumurtalıkların alınması konularına kilitlenmektedir. Bu tartışmalar uzun süre ahlaki tartışmalardan öteye gitmemiştir. Fakat artık Türkiye’de daha önceleri sadece ağır bir tedavi göreceği için kadınların yumurtaların dondurulması sözkonusu iken artık, evlilik şartı aranmaksızın kadınların yumurta dondurmaları ve bunların saklanmaları mümkün hale gelmiştir. TCK 91/1’de, geçerli rıza olmaksızın organ veya doku alınması halini düzenlenmiş fakat rızanın nasıl alınacağı öngörülmemiştir. Bu boşluk ancak özel kanun düzenlemesi ile doldurulacaktır. Organ Nakli Kanununun **6. md’sine** göre, canlıdan organ ve doku alınabilmesi için kişinin, 18 yaşını doldurmuş ve mümeyyiz olması gerekmektedir. Bu ön şartı haiz canlı vericinin, en az iki tanık huzurunda açık, bilinçli ve tesirden uzak olarak önceden verdiği yazılı ve imzalı; veya; en az iki tanık önünde sözlü olarak beyanda bulunduğu ve imzaladığı tutanağın, bir hekim tarafından onaylanması ile organ veya doku sunu verebilecektir.

TCK 91/1’de “...kişiden organ alan ‘**kimse**’” denmiş olması, Organ Nakli Kanunu 10. maddeyle birlikte değerlendirilmelidir. Özel kanun, organ ve doku alınması, saklanması, aşılması ve naklinin, bu işler için gerekli uzman personel, araç ve gerece sahip sağlık kurumlarınca yapılması zorunluluğunu getirmiştir. Bu hüküm uyarınca nakil vs. işlemlerinin hekim dışında kişiler tarafından yapılması başlı başına bir suç oluşturmaktadır. 91. md’de ‘kimse’ denilmek suretiyle, hekim olmayan birinin de bu suçu işleyebileceği öngörülmüştür. Özel kanun hükmünün 91. madde içerisine alınması ve doktor dışında birinin bu eylemi gerçekleştirmesinin suç sayılması yerinde olacaktır.

Buradan hareketle, TCK düzenlemesiyle suçun işlenmesi için fail bakımından herhangi bir özellik aranmadığını söylemek yanlış olmayacaktır. Fail hekim olabileceği gibi, üçüncü kişi de olabilir. Birden fazla kişiyle işlendiği hallerde her biri müşterek fail olarak sorumlu olacaktır.

Bu suç tipinde Kanunun yasakladığı fiil hukuken geçerli rıza olmadan kişiden organ veya doku almaktır. Bir hareket suçu sözkonusudur. Tamamlanması için organ veya dokunun bulunduğu yerden çıkarılması yeterlidir. Organ alındığında öngörülen ceza ile doku alındığında öngörülen ceza birbirinden farklıdır.

b) TCK Madde 91/2 düzenlemesi:

Hukuka aykırı olarak, ölüden organ veya doku alan kimse, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Ölü vericiden organ ve doku naklini düzenleyen madde hükmü ile korunan hukuki değer karma niteliklidir. Bir yandan canlı olmayan vericinin vücuduna zarar verilmesi ölünün hatırasını ve yakınlarının haysiyetini ihlal eder, diğer yandan ise hukuka aykırı olarak bu eylemin yapılması kamu sağlığı için tehlike oluşturur.

Kanun maddesi ölüm anı ile ilgili bir tespitte bulunmamıştır. Bu husus özel kanun düzenlemesi ile açıklık kazanmaktadır. Organ Nakli Kanunu md. 11; 2 Ocak 2014 tarihinde (Kanun No: 6514) “tıbbi ölüm halinin tespitine, biri nörolog veya nöroşirurijyen, biri de anesteziyoloji ve reanimasyon veya yoğun bakım uzmanından oluşan iki hekim tarafından kanıta dayalı tıp kurallarına uygun olarak oy birliği ile karar verilir” olarak değiştirilmiştir. Kanunun önceki düzenlemesinde ölüm anına karar verecek olan hekim sayısı, nakli gerçekleştirecek doktorların dışında 4 idi. Yeni 2 kişilik düzenlemede de, nakli gerçekleştirecek doktorlar dışında 2 kişilik bir heyetten sözedildiğini düşünmekteyiz. TCK md. 91/2’deki ölüden organ veya doku alma eylemini, özel kanun lafzına bağlı olarak tıbbi ölüm olarak anlamak gerekecektir. TCK md. 91/2 hukuka aykırı olarak

ölüden organ ve doku alınmasını düzenlemiş fakat rıza hallerini düzenlememiştir.

Özel kanunun 14. maddesi “bir kimse sağlığında vücudunun tamamını veya organ ve dokularını, tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlar için bıraktığını resmi veya yazılı bir vasiyetle belirtmemiş veya bu konudaki isteğini iki tanık huzurunda açıklamamış ise; sırasıyla ölüm anında yanında bulunan eşi, reşit çocukları, ana ve babası veya kardeşlerinden birinin; bunlar yoksa yanında bulunan herhangi bir yakınının muvafakatiyle ölüden organ veya doku alınabilir” demek suretiyle, TCK madde 91/2’yi tamamlar niteliktedir. Bu durumda ölü vericinin nakil konusunda rızasının olmaması durumunda, Kanun’da sayılan kişilerin hukuken geçerli rızalarıyla nakli gerçekleştirmek mümkün olacaktır. Aksine bir vasiyet veya beyan yoksa, kornea gibi ceset üzerinde değişiklik yapmayan dokular alınabilir.

Ölü, sağlığında kendisinden ölümünden sonra organ veya doku alınmasına karşı olduğunu belirtmişse, vücutta değişiklik yapmayanlar da dahil olmak üzere, hiç bir organ ve doku alınmaz. Aynı maddesinin son fıkrası, rıza durumuna bir istisna getirmektedir. Bir afet veya kaza sonucu vücut ağır bir harabiyete uğrar ve kişinin yanında yukarıda sayılan kişiler bulunmazsa, sağlam doku ve organları hekim kurulu raporu ile belgelenmek suretiyle, vasiyet ve rıza aranmaksızın organ ve doku nakli yapılabilir.

c) TCK Madde 91/3 düzenlemesi:

Organ ve doku satın alan, satan, satılmasına aracılık eden kişi hakkında, birinci fıkrada belirtilen cezalar hükmolunur.

TCK’da yeralan suçun başlığını esasen karşılayan suç tipi bu fıkrada yeralmaktadır. Suçun maddi unsuru, madde metnindeki seçimlik hareketlerin yapılması ile oluşmuş olacaktır. Özel kanun 3. md’ sinde, “bir bedel veya başkaca çıkar karşılığı, organ ve doku alınması ve satılması yasaktır” demek suretiyle, sadece satım karşılığı edinilecek parayı değil, başkaca her türlü

çıkartı da madde metnine eklemiştir. Türkiye'nin taraf olduğu Avrupa Konseyi Biyotıp Sözleşmesinin 21. maddesinin "insan vücudu ve onun parçaları, bu nitelikleri dolayısıyla, ticari kazanç sağlanmasına konu olamaz" şeklindeki düzenlemesine de uygundur.

Satın alan, satan, aracılık eden gibi fiiller bakımından çok failli bir suç olduğunu söylemek mümkündür.

d) TCK Madde 91/4 düzenlemesi:

Bir ve üçüncü fıkralarda tanımlanan suçların bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, sekiz yıldan onbeş yıla kadar hapis ve onbin güne kadar adli para cezasına hükümlenir. Kanun maddesi organ mafyası ile mücadeleyi amaçlamaktadır. Donör sayısının azlığı ve organ bekleyen kişilerin çokluğu negatif korelasyonunda, gelir düzeyi düşük kişilerin organlarını satmalarını bir gelir kaynağı haline getirmelerine sebep olmuştur. Bu sebeple organ bekleyen varlıklı insanlar ile, geçim sıkıntısı sebebiyle organlarını satan insanları bir araya getiren illegal oluşumlar ortaya çıkmıştır. Özellikle Hindistan, Peru ve uzakdoğu ülkelerinde bu faaliyetlerin yoğun olduğu artık bilinmektedir. 91.md'nin 4. fıkrası, aynı maddenin bir ve üçüncü fıkralarında tanımlanmış suçların daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halini düzenlemiştir. Örgütlü suçlulukla ve organ mafyası ile mücadele açısından yerinde bir düzenleme yapmıştır. Keza suçun örgütle işlenmesi suçu işlemeyi kolaylaştırmakta ve bu suçla mücadeleyi bir o kadar zor hale getirmektedir. Maddenin 3 ve 4. fıkralarında belirtilen suçların işlenmesi için canlıdan veya ölüden alınan organ veya dokunun hukuka uygun şekilde alınmasının bir önemi yoktur. Burada önemli olan bu işlem karşılığında bir bedel veya başkaca çıkar elde etmektir. Bu tür sözleşmeler Borçlar hukuku açısından da mutlak butlanla sakat olacaktır. Hükümdeki nitelikli halin sözkonusu olabilmesi için bir ve üçüncü fıkralarda düzenlenen suçların, bir örgütün faaliyeti çerçevesinde gerçekleşmesi gerekir. Örgüt, Yargıtay'ın yerleşik içtihadına göre, çıkar elde etmek için üç veya daha fazla kişiden oluşan hiyerarşik

yapılı, (Yarg. 10CD., 3/2/2011, 2010/41378 E., 2011/1746 K.) sürekli ve disiplinli işbirliği öngören ve amaca yönelik suçları işlemek için oluşturulmuş gruptur (Yarg. 10CD., 22/10/2010 t., 2010/842 E., 2010/28759 K.)

e) TCK Madde 91/5 düzenlemesi:

Hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya doku saklayan, nakleden veya aşıl原因an kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Kanun düzenlemesine göre, satım ve ticaretinin yanında organ veya dokunun saklanması, nakledilmesi veya aşılması da cezai yaptırım konusudur. Fıkarda sayılan eylemlerin yapıldığı organ veya doku hukuka aykırı yollarla elde edilmemişse ne olacaktır? Bir başka deyişle, hukuka uygun olarak alınmış bir organ, hukuka aykırı olarak saklanır, nakledilir veya aşılırsa failin sorumluluğuna gidilebilecek midir? Madde hukuka aykırı saklama, nakletme ve aşılardan bahsetmemektedir. Organ nakli Kanunu 15. md'si, TCK ile aynı ayırımı yapmamıştır. "Kanuna aykırı şekilde organ ve doku alan, saklayan, aşıl原因an ve nakledenler" için iki yıldan, dört yıla kadar hapis cezası öngörmüştür. Kanımızca, organ veya doku hukuka uygun olarak alınmış, fakat hukuka aykırı olarak saklanmış, nakledilmiş veya aşılmışsa özel kanun hükmü uygulanacaktır.

f) TCK Madde 91/6 düzenlemesi:

Belli bir çıkar karşılığında organ ve doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam veren veya yayınlayan kişi, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Kanun maddenin bu fıkrası ile Reklam verme ve yayınlama suçunu düzenlemektedir. Organ Nakli Kanunu 4. md'sinde "Bilimsel, istatistiki ve haber niteliğindeki bilgi dağıtım halleri ayırık olmak üzere, organ ve doku alınması ve verilmesine ilişkin her türlü reklam yasaktır" demektedir. Aynı kanunun 15. md'sinde düzenlenen yasak eylemler içerisinde reklam ve ilan verme eylemine dair bir ceza hükmü bulunmamaktadır. Bu durumda TCK hükmü uygulanacaktır. TCK'nın cezai müeyyide öngördüğü reklam ve ilan

lar belli bir çıkar karşılığında organ veya doku alım satımına ilişkin olanlardır. Bu sebeple, ihtiyacı olan kişilerin, maddi bir çıkar sağlamaksızın kamuoyuna başvurması engellenememekte, sadece ticari ilanlar yaptırım altına alınmaktadır. Madde hem reklam veya ilanı veren hem de yayınlayan hakkında uygulanacaktır.

Serbest hareketli bir suç söz konusudur, reklam veya ilanın belli bir şekilde yapılması gerekmemektedir. Özellikle internet ortamında verilen ilanların takibi zordur. Ayrıca reklamı başkası adına veren bir aracı kurum olduğu vakit muhatabın kim olacağı tartışma konusu olabilir. Bize göre, reklamı yayınlayan ajans asli maddi fail, reklamın yayınlanması için ajansla ilişkiye giren kişi ise azmettiren sıfatı ile sorumlu olacaktır.

g) TCK Madde 91/7 düzenlemesi:

Bu maddede tanımlanan suçların, bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, tüzel kişi hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine başvurulur. TCK özel hukuk tüzel kişilerini suçun faili saymamaktadır. Ancak, TCK md. 20/2 uyarınca tüzel kişinin yararına olarak, tüzel kişinin organı veya temsilcisi tarafından işlenmiş suçlar olduğu takdirde, güvenlik tedbirlerinin muhatabı olabilirler. Kanun fiilin faili ile birlikte, tüzel kişiliğe de güvenlik tedbirlerini uygulayabilir. Söz konusu suçlar konusunda uygulanabilecek tedbir, iznin iptali veya müsadere olabilecektir.

h) TCK Madde 91/8 düzenlemesi:

Birinci fıkrada tanımlanan suçun işlenmesi sonucunda mağdurun ölmesi halinde, kasten adam öldürme suçuna ilişkin hükümler uygulanır. Suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali düzenlenmiştir. TCK 23 md. uyarınca 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. TCK 91/8 md. gerekçesinde “bu tür fiilleri gerçekleştiren kişinin meydana gelen ölüm neticesi açısından en azından ola-

sı kastla hareket edebileceği düşünölmüştür” açıklaması bulunmaktadır. Olası kast mı, bilinçli taksir olarak mı kabul edileceği tartışılabilir. Organ veya dokuyu alan kişi, ölüm sonucunu “öngörür”, fakat bilinçli taksirde kişinin bu sonucu “istememesi” sözkonusudur. Bazı hallerde bilinçli taksir hükümlerinin uygulanabileceği olaylar yaşanabilecekken, kanun suçun başlangıcında belirlenen kastın en azından olası kast olarak değerlendirilmesini düzenlemiştir. Failin daha ağır veya başka bir sonucun gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen bilerek fiili işlediği hallerde yapılacak, genel hükümlerden çıkabilecekken, meydana gelecek sonucu cezalandırmak gereksiz bir tekrardır.

2. TCK md 91’de düzenlenen suçta Teşebbüs hali

Madde 91, teşebbüs bakımından bir özellik arz etmez, fakat failin gönüllü vazgeçme yoluna girdiği anlarda farklı olasılıklar ortaya çıkabilecektir. Gönüllü vazgeçme de fail sadece suçun icrasında aldığı yol kadarıyla ceza alacaktır. TCK md. 91/1 açısından canlı vericiden organ alma suçunu işlemek için alıkoyan kişi, suçun işlemediği kısmı için ceza almayacaktır. Sadece kişiyi hürriyetinden yoksun kılmaktan ceza alacaktır. Burada suçun oluşması için gerekli tüm adımların titizlikle tespit edilmesi ve gönüllü vazgeçilen kısmın ayrılmasını dikkatli yapmak gerekecektir.

3. Zorunluluk Hali

TCK md. 92 düzenlemesi yeni bir düzenlemedir. Organ veya dokularını satan kişinin içinde bulunduğu sosyal ve ekonomik koşullar gözönünde bulundurularak hakkında verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, ceza vermekten de vazgeçilebilir. Söz konusu düzenlemede fail ve mağdur aynı kişidir. Madde, suistimale son derece açık olduğu, metinde hakime tanınan seçimlik ceza verme yetkisi sebepleriyle eleştirilmektedir. 91. md.’de düzenlenmiş suçların yaptırımlarını zayıflatan bir anlayış gözlemlenmektedir. Ayrıca özel kanunun 3. md.’sinde öngörölen “bir bedel ve çıkar karşılığı, organ ve doku alınması ve satılması yasaktır” hükmüne de aykırıdır.

4. Etkin Pişmanlık

Organ ve dokularını satan kişi, resmi makamlar bu suçtan haberdar almadan önce durumu yetkili mercilere bildirirlerse ceza almayacak; eğer resmi makamlar duyduktan sonra, diğer suçluların yakalanması için işbirliği yaparsa cezası 1/4'ten 1/2'sine kadar indirecektir. Etkin pişmanlık hali sadece organ ve dokularını satan kişiye tanınmıştır. Etkin pişmanlığın amacı suç ve suçluları ortaya çıkarmak ise satanın yanında, alan ve aracılık edenin de madde metnine dahil edilmesi yerinde olacaktır. Etkin pişmanlığın suçun hangi aşamasında geçerli olacağı da tartışılabilir. Organ nakli gerçekleştirildikten sonra etkin pişmanlık, suç ve suçluyu ortaya çıkartmakta fakat mağdurun vücut bütünlüğünü koruyamamaktadır.

5. Aydınlatma Yükümlülüğü

Vericinin ve alıcının geçireceği tıbbi müdahalede yaşayacakları, süreç içerisinde maruz kalacakları ve özellikle işlemin sonucu hakkında, uzman hekim tarafından, anlayabileceği bir dilden, kendisine açıkla yapılması gereklidir. Hastanın doğru aydınlatılması rızası üzerinde doğrudan önem taşımaktadır. Hasta kendi geleceğini tayin etme hakkını kullanmaktadır. Karar verme aşamasında serbest iradesiyle hareket edebilmesi için hekimin aydınlatması hayatidir. TCK'da bu yükümlülükle ilgili bir madde bulunmamaktadır. 2238 sayılı Kanunda aydınlatma yükümlülüğü 7. md'nin a) bendinde "vericiye" yapılması gereken bilgilendirme düzenlenmiştir. Buna göre, vericiye, uygun bir biçimde ve ayrıntıda organ ve doku alınmasının yaratabileceği tehlikeler ile, bunun tıbbi, psikolojik, ailevi ve sosyal sonuçları hakkında bilgi vermek zorundadır demektir. Kanımızca aynı yükümlülüğün alıcı için de geçerli olması gereklidir. Tedavi, teşhis veya bilimsel amaçlarla yapılacak bir organ veya dokunun alıcı üzerindeki etkilerinin de kendisine açıklanması, beklenen komplikasyonların kendisine bildirilmesi, tedavi başarı şansının kendisine açıklanması zorunlu hale gelmelidir. Ölüden ve hatta beyin ölümü gerçekleşmiş yaşayan kişiden, organ veya doku alımında da aile fertlerini

ve yakınlarını organ nakli konusunda aydınlatma zorunluluğu getirilmelidir. Özellikle 2238 sayılı kanunun 14 maddesinde düzenlenen kaza veya doğal afet halindeki istisnai durumda hekimlerin işlem sonrası açıklama yapma yükümlülükleri olmalıdır. Hekimlerin deontolojik sorumlulukları dışında organ ve doku nakli gibi hassas konularda, raporlarla düzenlenmiş olurların dışında, tarafların iyi bilgilendirilmesi şarttır. Ceza kanununda bir madde ile düzenlemek mümkün olabileceği gibi, organ ve doku naklinde hekim deontoloji kanunu gibi özel bir kanunla ceza yaptırımını öngörülerek de bir düzenleme yapılabilir.

SONUÇ

Son yıllarda Türkiye'nin de organ ve doku ticareti duraklarından biri olarak adının geçmeye başlaması üzücü bir durumdur. Fakat organ bağıışı istatistikleri incelendiğinde*** Türkiye, bağıışın az yapıldığı ülkeler arasında yer almaktadır. Bu talep fazlası ve arz azlığı TCK' da düzenlenen suçun oluşmasına sebebiyet vermektedir.

Özellikle aralarında akrabalık bağı olmayan kişilerin birbirlerine organ verme ve alma prosedürlerini düzenleyen uluslararası örgütler ortaya çıkarılmaktadır. Karşımızda bir transnasyonal suç vardır. Bu suçla mücadele için suçun sadece ülkemizde görünümüne değil, bizden daha geri veya daha ileri sosyal refahtaki ülkelerdeki görünümüne de bakmak ve bu doğrultuda öncelikle caydırıcı sonra cezalandırıcı kanunlar hazırlanmalıdır. Avrupa Birliği ülkelerinin organ nakli kanunları çok sert oldukları için sıra bekleyen alıcılar tarafında eleştirilse de, suçun görülme oranlarındaki azlığa bakılınca bu sertliğe hak vermemek mümkün olmamaktadır. Alıcı durumundaki varlıklı insan ve yakınları ile, verici durumundaki düşük gelirli insan arasında ilişkisinin kurulmamasının sağlanması gereklidir. Bunu ciddi yaptırımları olan kanun maddeleri bir yere kadar sağlayacaktır. Asıl yerleştirilmesi gereken müessese, kişinin kendi beden bütünlüğüne saygılı olmayı öğrenmesi ve insan haklarının farkında olan nesiller yetiştirmekle mümkün

olacaktır. Devletin organ nakli konusunda varlığı kendisini her yerde hissettirmeli ve alıcı ve vericileri bir araya getirenin kendisi veya yetki verdiği kurumlar olmalı, yine alıcı ve vericilerin sağlıklı şartlar altında alacakları sağlık hizmeti ile sağlığa erişim haklarını kullanmalarının sağlanması gerekmektedir.

Ayrıca Devletin son zamanlarda yaptığı gibi kamu spotları ile organ bağışı hakkında özendirici reklamlar yapması ile bu hassas konunun banalleştirilme tehlikesiyle karşı karşıya kaldığını düşünmekteyiz. Yapılacak reklamların organ nakli ticaretinin suç olduğu ve Devlet tarafından yetki verilmiş kişiler dışında kimsenin organ nakli yapamayacağına dair bilgilendirme spotları geçmelerinin yerinde olacağını düşünmekteyiz. Aynı şekilde özendirmek amaçlı spotlarında, organ naklini romantik bir algı üzerinden değil, müessesenin tüm ciddiyetiyle ele alındığı, tıbbi olarak doğrularının ve yanlışlarının gösterildiği bir bilgilendirme spotu haline getirilmesinin doğru olduğunu düşünmekteyiz.

Son olarak, Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği'nin 2012 yılında kabulü ile (RG:1/2/2012, 28191), Dünya Sağlık Örgütü'nün (WHA57.18) "Doku, Organ, Hücre Nakli Konusunda Yol Gösterici Prensipleri"'ne uyumlu bir mevzuatımız olmuştur.

Dinlediğiniz için teşekkür ederim.

***2012 verilerine göre, Türkiye'de toplam 20.169 kişi organ beklerken, 2011'de organ bağışı sayısı sadece 320. Türkiye'de böbrek bekleyen 17.997, karaciğer bekleyen 1.706, kalp bekleyen 253, akciğer bekleyen 5 kişi bulunurken, pankreas bekleyenlerin sayısı 205'tir. 70 bin kronik böbrek hastasından 40 bin'i ise yaşamını diyaliz makinesine bağlı sürdürmektedir. 2016 yılında kronik böbrek yetmezliği hastalarının sayısı tahminen 115 bini bulması beklenmektedir.

ALTERNATİF TIP NEDİR?

GELENEKSEL VE TAMAMLAYICI TIP UYGULAMALARI YÖNETMELİĞİ'NİN DEĞERLENDİRİLMESİ

*Prof. Dr. Pervin SOMER**

GİRİŞ

16-17 Eylül 2014 tarihinde Türkiye Barolar Birliği ve Kıbrıs Türk Barolar Birliği tarafından düzenlenen Uluslararası Sağlık hukuku Sempozyumunda “Alternatif Tıp Nedir?” konulu tebliğ, Taslak esas alınarak sunulmuş; geçen sürede, çıkan Yönetmelik çerçevesinde tebliğ güncellenerek yayına hazırlanmıştır¹.

Adını ister alternatif tıp diyelim ister geleneksel veya tamamlayıcı tıp diyelim bu alandaki uygulamaların çoğu yüzlerce hatta binlerce yıllık geçmişe dayanır. Doğayla barışık, insanı bir bütün olarak algılayan anlayışa sahip kadim bilgilerin ürünüdür. Ticari olmaktan uzak, kendine özgü etik ilkelerle bezenmiştir; bu ilkeler belki günümüzün Tıp Etiği ilkeleri gibi belgelerde yer almaz ama çok daha önemsiz olduğunu söyleyebilmek de mümkün değildir. Giderek Doğu bilgeliğine gözünü diken Batının çabalarıyla sertifikasyona tabi tutulmuş, hatta

* Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

¹ Bu bağlamda “Alternatif Tıp” kavramı kullanım dışı kaldıysa da Sempozyumdaki sunum başlığını orijinal programa uygun olması açısından değiştirmeyi uygun görmedim.

patentlenmiş(!), yasal düzenlemelere bağlanmış ve ticarileşmeye başlamıştır. Uygulamalar eskiden beri var olmakla birlikte geleneksel, alternatif ve tamamlayıcı tıp alanındaki yasal düzenlemeler Türkiye için yeni başlamaktadır. Bu kavramlar ilk defa 663 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile hukukumuzda girmiş oldu. Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşların Teşkilat ve Görevler Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 8. maddesinin 1. fıkrasının (ğ) bendine göre “*geleneksel alternatif ve tamamlayıcı tıp uygulamaları ile ilgili düzenleme yapmak ve sağlık beyanı ile yapılacak her türlü uygulamalara izin vermek ve denetlemek, düzenleme ve izinlere aykırı faaliyetleri ve tanıtımları durdurmak*” yetkisi Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğüne verilmiştir. Böylelikle normlar hiyerarşisi bakımından çıkartılacak yönetmeliğe yasal dayanak² oluşturuldu. Daha sonra Sağlık Bakanlığı tarafından “Geleneksel, Tamamlayıcı, Alternatif Tıp Uygulamaları Yönetmelik Taslağı” tartışmaya³ açıldı. Aradan geçen

² Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamaları Yönetmeliği md. 3: Bu Yönetmelik, 11/4/1928 tarihli ve 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San’atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanununun Ek 13 üncü maddesine, 7/5/1987 tarihli ve 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununun 9 uncu maddesinin © bendine ve Ek 11 inci maddesine, 11/10/2011 tarihli ve 663 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşların Teşkilat ve Görevler Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 8. maddesinin 1. fıkrasının (f) ve (ğ) bentlerine ve 40 ıncı maddesine dayanılarak hazırlanmıştır.

Somer P, Ülkemizde Tamamlayıcı ve Alternatif Tıbbın Hukuki Dayanağı ve Sorumluluk Alanları, <http://www.ivek.org.tr/ulkemizde-tamamlayici-ve-alternatif-tibbin-hukuki-dayanagi-ve-sorumluluk-alanlar-2221h.htm> Erişim Tarihi:18.09.2014 ve Sağlık Düşüncesi ve Tıp Kültürü Dergisi, Mart-Nisan-Mayıs 2011-2012, S. 22, s. 48-49

³ Tartışmaya açılan taslağa ilişkin en kapsamlı eleştiri TTB den geldi: <http://www.tt.org.tr/index.php/Haberler/ttb-4420.html> Erişim tarihi: 14.10.2014; Uzman derneklerden de gelen ve TTB tarafından Sağlık Bakanlığına iletilen eleştiri ve görüşün ana başlıkları şöyle özetlenebilir:

- Belirtilen 14 yöntem/uygulamanın hangisinin geleneksel, hangisinin tamamlayıcı, hangisinin alternatif tıp olduğu belirtilmemiştir. (Yönetmelikte de aynı belirsizlik devam etmektedir/PS).

- Yöntem/uygulamaların endikasyon alanları çok geniş tutulmuştur. Sık görülen hastalıklar endikasyon içine alındığından hastalar tam bir karmaşa ortamına sürüklenecektir. Sayılan kimi endikasyon ve kontrendikasyon alanları çelişmektedir. (Yönetmelik endikasyon/kontrendikasyon kavramlarını kullanmamış; taslağa göre uygulama alanları biraz daraltılmıştır/PS).

- Çocuklarda kanıta dayalı uygulama dışındaki tedavilerin uygun ve etik olmayacağı (Klinik Araştırmalar, Deney ve Denemelerle ilgili gerek Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelikte gerekse TCK da çocuklarda özel düzenleme varken bu Yönetmelikte de konu ne yazık ki açıklığa kavuşturulmamıştır/PS)

- Modern tıp yerine bu yöntemlerin daha çok kullanımına neden olunacak;

kısa süre içinde bu taslak değiştirildi; başlığından ve kapsamından “alternatif tıp” çıkartılarak “Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamaları Yönetmeliği” adıyla 27 Ekim 2014 tarihli ve 29158 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe girdi.

Lehte ve aleyhte görüşler, kabul ve/veya eleştiriler⁴ eşliğinde

sağlığın ticarileşmesi hızlanacaktır.

İlgili düzenlemeler pazar oluşturmak ve pazarı düzenleme amacıyla değil, toplum sağlığını koruma kaygısıyla oluşturulmalıdır.

Eleştirilerin yoğunlaştığı başka önemli nokta, belirsizliği olan yöntem/uygulamaların sağlık kuruluşlarının içine girmesinin tehlikeli ve ciddi bir yanlışlık olduğu yönündedir. “Tibben ve hukuken çok tartışmalı olan bu konulara izin vermek modern tıp uygulamalarını olumsuz etkileyecek ve hastalara zarar verecektir. Bu tür uygulamalar, hekimliğin sorgulandığı, şarlatanlığın prim yaptığı bir ortama sebep olacaktır. Bu şarlatanlıkları hekimlerin yapması da sonucu değiştirmez”, bks. Aycan S, Sağlık Bakanlığı Tamamlayıcı ve Alternatif Tıp Uygulama Yönetmeliği, <http://www.medikalakademi.com/saglik-bakanligi-tamamlayici-alternatif-tip-uygulama-yonetmeliği> Erişim Tarihi: 14.10.2014.

Türkiye Biyoetik Derneği’nin Taslakla ilgili genel eleştirisi şöyle özetlenebilir: “Bu yönetmelik taslağının amaç ve kapsam tanımlarından yola çıkarak, zaten var olan ve uygulanan geleneksel, tamamlayıcı ve alternatif tıp uygulamalarının kontrol altına alınmasının, ehil ellerde bu hizmetin verilmesinin ve gerektiğinde verilen hizmetin ve hizmet üretilen yerlerin denetlenmesinin hedeflendiği düşünülmektedir... Ancak yönetmelik kapsamına alınan ve hekim eliyle uygulanan yöntemlerin bilimsel olarak algılanması ve kesin yarar sağlayacağı gibi bir öngörünün oluşturulacak olması tehlikesi göz ardı edilmemelidir... terimlerden ne anlaşılması gerektiği de tanımlanmalıdır... Bilim komisyonunun kuruluşu kısmında komisyona ‘bilim’ niteliği atfedilerek, uygulamaların tartışmasız olarak bilimsel olduğu kanısı yaratılmaktadır; bunun yerine ‘bilimsel uygunluk değerlendirme komisyonu’ adı kullanılabilir... Bu uygulamalar çocuklar üzerinde yapılacaksa komisyonda bir çocuk sağlığı ve hastalıkları uzmanının yer alması gerekmektedir... Uygulamaların endikasyonları ve kontrendikasyonları bilimsel olmayan isimlendirmeler içerecek şekilde, dağınık bir sıralamayla, çeviri kokan cümlelerle ifade edilmiştir; bu söylem metnin bilimsel birikimle değil, aceleyle ve gelişigüzel hazırlandığını düşündürmektedir... Fitoterapi Eczacılık Fakültelerinin Farmakognozisi Anabilim Dallarından yüksek lisans konularından biridir. Eczacıların meslek alanı içinde yer alan bu konuda, bu yönetmelik çerçevesinde eğitim almış hekimler ve diş hekimleri uygulamaya yetkili olacaktır. Bu durumda bitkisel ürünleri hekimler ve diş hekimleri hazırlayacak ve uygulayacaktır. Kullanılan bitkilerin toplanması, kurutulması ve hazırlanması aşamasında görev yapacak bir eczacı tanımının yönetmelik içinde bulunması gerektiği düşünülmektedir”, www.sifalibitkinedir.com/alternatif-tib-egitimi/tamamlayici-ve-alternatif-tib-bin-tip-egitim-mufredatlarindaki-yeri/ Erişim Tarihi: 14.10.2014.

Taslağa yönelik “kabul edilebilir” eleştiriler bile Sağlık Bakanlığı tarafından değerlendirilmemiş, Yönetmelik ne yazık ki yeni eleştirilere açık şekilde yürürlüğe girmiştir:

⁴ “Sağlık Bakanlığının uzun süredir üzerinde çalıştığını söylediği ‘Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Yönetmeliği’ yayınlanarak yürürlüğe girdi. Yayınlanan yönetmeliğe (bu arada nasıl çalışmalar yürütüldü bilmiyorum) genel olarak bakıldığında daha önceki eleştirilerimizin dikkate alınmadığı, konu olgunlaştırılmadan, belirsizlikler giderilmeden, tanımları

de yürürlüğe giren Yönetmelik ve başlayan sertifikasyonlar⁵, uygulamalarla birlikte Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp konusu giderek hukuki yönden de önem kazanmaya başlamıştır⁶.

KAVRAMLAR

Bir hasta veya hasta yakınının, kanıtla dayalı tıbbın dışında diğer alternatiflere yönelmesi iki şekilde olur: ya hastalık çok önemsizdir hekime gitmek için para ve zaman harcayacağına bu yöntemlerden birine başvurur veya hastalığın tedavi olanağının bulunmaması veya çok düşük olmasından kaynaklanır. En temel güdüsüyle, yaşama arzusu ile alternatif arayışlara giren, girmek zorunda kalan insanları da anlayışla karşılamak gerekir. Ancak bu yöntemleri kullanan kişilerin bilgisi, eğitim ve bilinç düzeyi, yöntemleri kullanma sıklığı, tıbbi tedaviyi yürüten hekimle iş birliği yapması/yapmaması, hekimlerin hastanın kullanmak istediği bu yöntemlere olan mesafesi ve tutumu gibi pek çok etken sonuca olumlu ya da olumsuz şekilde etkili olabilmektedir. Şüphesiz meditasyon ya da müzik, ışık ve renk terapilerinde olduğu gibi, bazı yöntemlerin tıbbi tedavileri olumsuz etkileyecek herhangi bir yönü yoktur. Olumlu etkisi yüzde yüz kanıtlanmamış olsa bile, en azından plasebo etkisi yapabileceği söylenebilir. Ancak tamamlayıcı tıp uygulamalarının birçoğu için aynı şeyi söyleyebilmek mümkün değildir. Ehil ellerde ve doğru bir uygulama yürütülmesi gerekir, aksi halde hasta yarar beklerken zarar görebilecektir.

bile yapılmadan, çıkmış olsun diye çıkarılmış bir yönetmelik görüntüsünde olduğu görüşüne varılmıştır..." www.medikalakademi.com.tr/saglikta-yeni-oyun Erişim Tarihi: 06.01.2015.

⁵ Taslakta, her bir uygulama açısından sertifika için verilecek eğitimin kaç saat olacağı ve hangi başlıkları içermesi gerektiği yer almaktaydı. Yürürlüğe giren yönetmelikte bu kısım çıkartılmıştır. Dolayısıyla hangi merkezlere eğitim izninin verildiği, bu merkezlerin nitelikleri, eğitici eğitiminin kimler tarafından verildiği, bu alanlarda eğitici eğitimi verebilecek yeterli bilim insanının Türkiye’de bulunup bulunmadığı da ayrıca cevaplanması gereken sorulardır.

⁶ Tamamlayıcı tıp eğitiminin Tıp fakülteleri müfredatında yer alması gerektiğine ilişkin görüş için bkz. www.tbd.org.tr <http://www.sifalibitkinedir.com/alternatif-tib-egitimi/tamamlayici-ve-alternatif-tibbin-tip-egitim-mufredatlarindaki-yeri/> Erişim Tarihi: 14.10.2014.

Alternatif tıp ve tamamlatıcı tıp kavramları İngilizceden Türkçeye tercüme ile geçmiş kavramlardır. Başlangıçta, ülkemizde bilhassa alternatif tıbbın “tıbbın alternatifi” olarak algılanması nedeniyle gösterilen tepki, uygulayıcıların veya savunanların “şarlatan” olarak nitelendirilmesi, terminolojik olarak her şeyin iç içe geçmesine ve konunun bilimsel platformda ele alınamamasına yol açmıştır. Alternatif tıp kelimesine duyulan tepki, “destekleyici tıp”, “tamamlayıcı tıp” holistik/bütünsel tıp” gibi kavramlarla⁷ daha kabul edilebilir düzeye indirgenmiştir. Bu bağlamda daha az tepki çeken kavram “Tamamlayıcı-Alternatif Tıp” olmuştur.

Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamaları Yönetmeliği'nin (GTTUY) geleneksel tıp, tamamlayıcı tıp ve alternatif tıp kavramlarını tanımlamamış, aralarındaki farklılıkları vurgulamamış olması, bu açıdan büyük eksikliklerdir. Şüphesiz başta Dünya Sağlık Örgütü (WHO) olmak üzere bir çok bilimsel yayınlarda bu tanımları bulmak mümkündür. Ancak aşağıda ele alınacağı gibi bu kavramların iç içe geçebilme özelliği, Türk hukuku açısından “neyin öncelendiği”nin belirlenmesi bakımından önemlidir.

Bilhassa ileride özel hukuk ve ceza hukuku bakımından ortaya çıkabilecek zararlar bakımından yaşanacak yasal sorunlar, konunun/kavramların netliğini gerekli kılacaktır.

Geleneksel Tıp

Geleneksel tıp kavramından öncelikle anlaşılması gereken “bilimin kurallarına ve bilimsel yöntemlere dayalı uygulamalar” olduğudur⁸. Bu anlamı ile geleneksel tıp, tıp çevreleri tarafından kullanılan kanıt dayalı tıbbın diğer adıdır; konven-

⁷ Terminoloji sorunu için bkz: Somer P, Tamamlayıcı-Alternatif Tıp ve Etik Sorunlar, Prof. Dr. Mehmet Akad'a Armağan, İstanbul 2012, s. 1001-1009; Somer P, Ülkemizde Tamamlayıcı ve Alternatif Tıbbın Hukuki Dayanağı ve Sorumluluk Alanları-663 sayılı Kanun Hükmünde Kararname, Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, İstanbul 2013, s.1048-1063.

⁸ Karayağız Muslu G, Öztürk C, Tamamlayıcı ve Alternatif Tedaviler ve Çocuklarda Kullanımı, Çocuk Sağlığı ve Hastalıkları Dergisi, 2008;51:62-67.

siyonel tıp veya bilimsel tıp olarak da adlandırılır. Nitekim 1998 yılında Birleşik Devletlerde Ulusal Sağlık Enstitüsüne bağlı kurulan Ulusal Tamamlayıcı ve Alternatif Tıp Merkezi (NCCAM) nin amacı, tamalmayıcı ve alternatif tıp uygulamalarının güvenilirliğini ve etkinliğini incelemek, etkinliği bilimsel olarak kanıtlanmış uygulamaların geleneksel tedavilere katılımını sağlamaktır⁹.

Ancak Yönetmelikle de kastedilen anlamıyla geleneksel tıp¹⁰, *eski hekimlerin, kendi zamanlarının anlayış ve birikimleriyle hazırladıkları ve yararlı olduğunu umdukları bitkisel kaynaklı macun, yaki vb yöntemlere dayanan uygulamalarıdır*¹¹.

DSÖ geleneksel tıbbı “fiziksel ve ruhsal hastalıklardan korunma, bunlara tanı koyma, iyileştirme veya tedavi etmenin yanında sağlığım iyi sürdürülmesinde de kullanılan, farklı kültürler özgü teori, inanç ve tecrübelerle dayalı -izahı yapılabilen veya yapılamayan- bilgi, becer, ve uygulamaların bütünü” olarak tanımlamaktadır¹².

Kanıtı Dayalı Geleneksel Tıp

Kanıtı Dayalı Geleneksel Tıp *teşhis, tedavi, bakım ve rehabilitasyon ve sağlığı korumak için başvurulacak geleneksel tıp yöntemlerinden kanıtlanmış olanların öncelikli olarak kullanılmasıdır*¹³. Yakın zamanda ortaya çıkan bu kavram tartışmaya açıktır; zira “kanıtı dayalı tıp” anlayışına paralel bir anlayış oluşturma

⁹ Karayağız Muslu- Öztürk, agm.

¹⁰ Dünyada ve Türkiye’de 2011 yılında International Social Survey Program (ISSP) tarafından yürütülen Sağlık konulu ve 45 ülkeyi kapsayan toplum-bilim çalışması raporlamasında ter alan sonuçlara göre geleneksel tıbbın yapabileceğinden daha fazlasını iddia ettiğini kabul eden deneklerin oranı: %33 iken bunun tam tersini düşünenlerin oranı %29 dur. Çarkoğlu A, Kalaycıoğlu E, Türkiye’de Sağlık: Toplumbilimsel bir Değerlendirme: resarch.sabanciuniv.edu/19127/Saglik_Raporu.pdf Erişim Tarihi: 09.01.2015.

¹¹ <http://www.tt.org.tr/index.php/Haberler/ttb-4420.html> Erişim tarihi: 14.10.2014.

¹² Aydın S, DSÖ ve Gelenekten Küresele Tıbbın Alternatif Serüveni, Sağlık Düşüncesi ve Tıp Kültürü Dergisi, Mart-Nisan-Mayıs 2011-2012, S. 22, s. 8-11.

¹³ Geleneksel, Tamamlayıcı ve Alternatif Tıp Bilgi Bankası: gelenekseltip.com/geleneksel-tip-tum-zamanlarin-tibbi/ Erişim tarihi: 05.01.2015

amacı güdülmektedir. Bir yöntemin teşhis, tedavi veya rehabilitasyon bakımından yararlı olduğunun ilgili tıp çevreleri tarafından kanıtlanmış olması, o uygulamanın artık bilimsel yöntemin içine dahil olduğu anlamını taşır.

Restoratif Tıp

Association for the Advancement of Restorative Medicine (AARM) tanımına göre “fizyolojik mekanizmalara en az müdahale ile yapı ve fonksiyon kayıplarını düzeltmeyi esas alan bazı tamamlayıcı ve alternatif tıp yöntemlerini geçerli Batı tıbbi yöntemleriyle birlikte kapsayan bir terim olarak entegratif tıbbın bir alt koludur.”¹⁴

Halk Tıbbı

Halk tıbbı, temel bir düşünsel dayanağı olduğunu ileri sürmeksizin, varlığını çağlar boyunca sürdürüp gelmiş kültürel bir mirastır¹⁵. Halk tıbbının yöntemleri deneyimsel gözlemdir; halk tıbbında bilgi ve becerilerin aktarımı oldukça sınırlıdır, yaygınlaşmayı değil sürekliliği amaçlayan biçimde gerçekleşir. Halk tıbbında kullanılan araç ve gereçler genellikle yöresel nitelik taşır.

Alternatif Tıp

Her ne kadar alternatif tıp, “tıbbi tedavilerin yerine geçen, ancak uygulamaları modern tıp tarafından tedavi olarak kabul edilmeyen her türlü sağlık hizmetleri” olarak tanımlansa¹⁶ da giderek “kanıta dayalı tıp tarafından kabul edilmeyen her türlü yöntemi” ifade etmek üzere kullanılmaya başlanmıştır.

Alternatif tıbbın kapsamıyla ilgili iki temel görüşe göre:

Çağdaş bilimsel tıbbın dışında kalan tüm yöntemler alternatif tıbbın kapsamına girer.

¹⁴ Tokaç M, Geleneksel Tıba Akademik Yaklaşım: GETTAM, Sağlık Düşüncesi ve Tıp Kültürü Dergisi, Mart-Nisan-Mayıs 2011-2012, S. 22, s. 82-85.

¹⁵ OĞUZ NY, Toplum, Bilim ve Tıp Etiği Açısından Alternatif Tıp ve Halk Tıbbı, Bilim ve Ütopya Dergisi, Temmuz 1996, s. 36-37

¹⁶ Dokken D, Sydnor-Greenberg N, Exploring complementary and alternative medicine in pediatrics: parent and professionals working together for new understanding, PEDIATR NURS 2000/26, s. 1-15.

Halk tıbbı (folklorik tıp/ geleneksel tıp) hariç, modern tıbbın kapsamına girmeyen tüm yöntemler alternatif tıbbın içinde yer alır¹⁷.

Kendi kültür ortamının dışında uygulanan geleneksel tıba “alternatif tıp” adı verilir; alternatif tıp genel anlamda, kapsadığı alanın ne olduğunu değil, ne olmadığını ifade eden bir kavramdır¹⁸.

Tamamlayıcı Tıp

Tamamlayıcı tıp, *tıbbi tedavi ile birlikte, tıbbi tedaviye ek olarak kullanılan tedavi ve bakım sistemi* olarak tanımlanmaktadır¹⁹. Diğer bir ifadeyle tamamlayıcı tıp, geleneksel tıba²⁰ paralel yürütülen ve destekleyen, tedaviyi güçlendiren, semptomları ve/veya tedavinin yan etkilerini azaltan uygulamalarıdır.

Görüldüğü gibi Sağlık Bakanlığı tarafından çıkartılan Yönetmelikte yukarıda ele alınmaya çalışılan hangi tanımların esas alındığı, hatta alınıp alınmadığı bile belirsizdir.

Tamamlayıcı Alternatif Tıp

Tamamlayıcı-Alternatif Tıp²¹, *tıbbın kavramsal çerçevesini çe-*

¹⁷ OĞUZ, agm.; Alternatif tıp, bir başka tanıma göre, tıbbi tedavi sağladığı öne sürülen, ancak iddia edilen bu tedavi edici etkileri bilimsel yöntemlerle kanıtlanamayan güncel ya da geleneksel uygulamalardır, <http://www.tt.org.tr/index.php/Haberler/ttb-4420.html> Erişim tarihi: 14.10.2014.

¹⁸ Aydın, agm.

¹⁹ Dokken D, Sydnor-Greenberg N, Exploring complementary and alternative medicine in pediatrics: parent and professionals working together for new understanding, *Pediatr Nurs* 2000/26, s. 1-15. Tamamlayıcı tıp, bir başka tanıma göre, hastalık nedenlerini önlemede ya da tedavi sağlamada somut dayanakları olmadığı halde, kanıtlanmış bir tedavi yöntemi olarak kabul edilmediği halde, hastanın isteğiyle ve çağdaş/geçerli tıbbi uygulamalar terk edilmeksizin beraberinde “destekleyici” yönüyle hastanın rahatlaması, bağımsızlığının güçlenmesi, psikolojik durumunun düzeltilmesi gibi iddialarla yapılan uygulamalardır, <http://www.tt.org.tr/index.php/Haberler/ttb-4420.html> Erişim tarihi: 14.10.2014

²⁰ Burada geleneksel tıptan kastedilen, kanıta dayalı tıptır. Ancak bu makale içinde terminoloji karışıklığı yaşanmaması için “geleneksel tıp” kavramı GTTUY kapsamında kullanılacak, aksi kastedildiğinde “kanıta dayalı tıp” denilecektir.

²¹ Ernst E, Prevalence of use of complementary/alternative medicine: a systematic review, *Bull World Health Organ* 2000/78: s. 252-257. Tamamlayıcı ve alternatif tıp (IAT) ve baskın sağlık sistemi arasındaki sınırla

şitlendirerek ya da geleneksel olarak karşılanamayan talepleri karşılamak suretiyle temel tıbbı bir bütünlük katarak oluşan tanı, tedavi ve koruma sistemidir. Birleşmiş Milletler Ulusal Sağlık Örgütü, bu iki kavramı birleştirerek bu alanda en çok kabul gören tanımı²² yapmıştır: “Tamamlayıcı Alternatif Tıp, belirli bir zaman diliminde, belirli bir toplum veya kültürdeki politik olarak baskın olan sağlık sisteminin dışında kalan sağlık hizmetlerini, yöntemlerini, uygulamalarını ve bunlara eşlik eden teori ve inançları kapsayan geniş bir sağlık alanıdır”.

GELENEKSEL VE TAMAMLAYICI TIP UYGULAMALARININ KAPSAMI

Geleneksel veya tamamlayıcı veya alternatif tıp kavramlarını kullansak da bu yöntem/ uygulamaların tarihi oldukça eskiye dayanmaktadır ve ait oldukları dönemde tıbbın kendisidir. Çin tıbbı ve Ayurveda (Hint tıbbı) uygulamaları²³ bazı örneklerde üst üste örtüşmekle birlikte uygulamalar çeşitlilik gösterir. Yapılan tanımlar dikkate alındığında aynı uygulamanın hem geleneksel hem de tamamlayıcı tıp kapsamında değerlendirilmesi mümkündür. Bu uygulamalarda sınırlar, ülkeden ülkeye veya bakış açısına göre değişebilmektedir. Örneğin, ayurveda veya şiropraktör, shiatsu masajı, enerji terapileri bizim ülkemiz uygulamasında alternatif tıp olarak kabul görülürken, uzak doğuda geleneksel tıbbın veya halk tıbbının içinde ter alır.

Yoga, meditasyon, dua, telkin/olumlamalar ve imgelemeler/imajinasyonlar gibi zihin-beden tıbbı; biyoenerji terapileri,

her zaman keskin ve sabit değildir; sağlık hizmetleri mevzuatındaki değişiklikler bu iki grup arasındaki geçişlere neden olabilir, <http://www.sifalibitkinedir.com/alternatif-tib-egitimi/tamamlayici-ve-alternatif-tib-bin-tip-egitim-mufredatlarindaki-yeri/> Erişim Tarihi: 10.01.2015

²² National Institute of Health. Panel on definition an description. Definingdescribing complementary and alternative medicine. CAM Research Methodology Conference. April 1995, Alten Ther and Health Med 1997/3, s. 49-57.

²³ Antik Yunan hekimleri de şifa adına, Doğu tıbbı gibi, pek çok yöntemi bir arada kullanmışlardır. Antik dönem Doğu tıbbında insan salt beden olarak algılanmaz, insan fiziksel, zihinsel ve mental olarak bir bütündür; bu nedenle şifa yöntemleri de bir bütün olarak ele alınır ve çoğu kez bir arada kullanılır.

ayurvedik Hint tıbbı, geleneksel Çin tıbbı ve naturopati, müzik, ışık ve renk terapileri, alternatif tıp kapsamında değerlendirilirken; akupunktur, biyolojiye dayalı tedaviler (bitkiler ve özel diyetler), şiropraktör, masaj, osteopati, hidroterapi ve terapatik dokunma, refleksoloji; hipnoz, magnetler, tamamlayıcı tıbbın kapsamında sayılabilir. Hacamat/kupa, sülük tedavisi ise Yönetmeliğin hazırlanma amacı ve terminolojisi dikkate alındığında, geleneksel tıbbın alanına giren örneklerden biridir.

Alternatif, tamamlayıcı, geleneksel tıp uygulamaları sadece Türkiye’de değil hemen her ülkede birbirinin içine karışmaktadır. Uygulamaların sıklıkla rastlandığı Birleşik Devletlerde, NCCAM tamamlayıcı ve alternatif tedavileri beş farklı grupta sınıflandırmıştır²⁴:

Zihin-beden tıbbı

Zihin-beden sistemleri

Zihin-beden metotları (yoga gibi)

Dinsel ve spiritüel iyileşme / gevşeme-meditasyon, dua-spirüalite gibi)

Sosyal alanlar (holistik hemşirelik gibi)

Alternatif tıp sistemleri

Akupunktur

Ayurvedik tıp

Geleneksel Çin tıbbı

Naturopati

Biyolojiye dayalı tedaviler

Bitkiler

²⁴ Karayağız Muslu- Öztürk, agm.; NCCAM, bu beş başlık altında 200 den fazla uygulamaya yer vermiştir. Yukarıda sadece birkaç örnek verilmiştir, ayrıca bkz. Uğurluer G-Karahan A-Edirne T-Şahin HA, Ayaktan Kemoterapi Ünitesinde Tedavi alan Hastaların Tamamlayıcı ve Alternatif Tıp Uygulamalarına Başvurma Sıklığı ve Nedenleri, Van Tıp Dergisi: 14 (3): 68-73, 2007; Kuzeyli YY-FAdıoğlu Ç-Uyar M, Palyatif Kanser Bakımında Tamamlayıcı Tedaviler, Ağrı, 181 (1): 26-32, 2006.

Özel diyet tedavileri

Farmakolojik. biyolojik girişimler

Manipülatif ve bedene dayalı tedaviler

Şiropakti²⁵

Masaj

Reiki²⁶

Osteopati

Hidroterapi

Enerji terapileri

Biyoalan

Teröpatik dokunma

Refleksoloji

Biyoelektromagnetikler

Tıbbi amaçlar için elektromagnetik alanların kullanımı

GELENEKSEL VE TAMAMLAYICI TIP UYGULAMALARI YÖNETMELİĞİNDE KABUL EDİLEN YÖNTEMLER

GTTUY nin eklerinde kabul gören yöntemler sınırlı şekilde belirlenmiş; yeni yöntemlerin kabul prosedürü, Yönetmelikte ayrıca düzenlenmiştir.

Yönetmelik tarafından kabul edilen uygulamalar ve tanımları şöyledir:

²⁵ Nöro-muskulo-skelatal yapıların bozukluklarının tanı ve tedavisi ile ilgilenen, omurga ve farklı eklemelerin elle manipülasyonuyöntemini kullanak tamamlayıcı tıp yöntemi, <http://www.sifalibitkinedir.com/alternatif-tib-egitimi/tamamlayici-ve-alternatif-tibbin-tip-egitim-mufredatlarindaki-yeri/> Erişim Tarihi: 10.01.2015.

²⁶ Erdoğan Z-Çınar S, Reiki: Eski Bir İyileştirme Sanatı-Modern Hemşirelik Uygulaması, http://www.journalagent.com/kafkas/pdfs/KJMS_1_2_86_91.pdf Erişim Tarihi: 10.01.2015

- * Akupunktur²⁷: İğne, lazer ışınları, elektrik stimülasyonu, kupa, kulak için tohum, iğne ya da manyetik topçuklar, termik stimülasyon, akupres²⁸ ve ses veya elektrik veya manyetik titreşimler gibi uyarı yöntemleri ile vücuttaki bulunmuş özel noktaların uyarılması suretiyle yapılan uygulamayı ifade eder.
- * Apiterapi²⁹: Arı ve arı ürünlerinin bazı hastalıkların tedavisinde tamamlayıcı ve destekleyici olarak kullanılmasıdır.
- * Fitoterapi³⁰: Geleneksel bitkisel tıbbi ürünler ve bitkisel ilaçlarla yapılan bir tıbbi tedavi yöntemidir³¹.
- * Hipnoz³²: Telkin yoluyla diğer bir kişinin bilinç ve farkındalık, vücut, hisler, duygular, düşünceler, hafıza veya davranışlarında değişiklik elde etmek üzere tasarlanmış veya bu sonucu ortaya çıkaran işlemlerdir.
- * Sülük uygulaması³³: Steril³⁴ sülük kullanılarak yapılan uygulamadır.
- * Homeopati³⁵: Kişiyi özgü seçilmiş homeopatik ilaçlarla sağlık durumunu iyileştirmeyi hedef alan bütüncül tıp uygulamasıdır.
- * Kayropraktik³⁶: Kas, omurga ve iskelet sisteminin biyomekanik bozuklukları ve bunun sinir sistemi üzerinde oluştur-

²⁷ Sertifikalı tabip veya kendi alanında dış tabibi uygulama yapabilir.

²⁸ Akupres, refleksoloji, teröpatik dokunma aynı kapsamdadır; diğer bir ifadeyle aynı grupta yer alan farklı uygulamalardır.

²⁹ Sertifikalı tabip uygulama yapabilir.

³⁰ Sertifikalı tabip veya kendi alanında dış tabibi uygulama yapabilir.

³¹ Bu uygulama "tıbbi tedavi yöntemi" ise bundan anlaşılması gereken modern/kanıta dayalı tıptır ki bu durumda mevcut Yönetmeliğin içinde yer alması gerekirdi. Görüldüğü gibi Yönetmelik, bu alanın terminolojisini tam olarak bilmeyen/bilmeyenler tarafından ya da son derece özensiz şekilde kaleme alınmıştır.

³² Sertifikalı tabip veya dış tabibi, tabip gözetiminde klinik psikolog ve psikolojinin yetki belgesine sahip psikologlar uygulama yapabilir.

³³ Sertifikalı tabip veya tabip gözetiminde sertifikalı sağlık meslek mensubu uygulama yapabilir.

³⁴ Burada kastedilen tıbbi sülüktür.

³⁵ Sertifikalı tabip veya dış tabibi uygulama yapabilir.

³⁶ Sertifikalı tabip veya tabip gözetiminde sertifikalı sağlık meslek mensubu uygulama yapabilir.

duğu sorunları önlemesiyle ilgilenen destekleyici bir uygulama alanıdır.

- * Kupa (kuru kupa ve yaş kupa(hacamat) uygulaması³⁷: Kan dolaşımını arttırmak için bölgesel vakum oluşturmaya dayanan kuru kupa uygulaması ve belli vücut noktalarında bölgesel vakumla beraber yüzeysel cilt kesikleri oluşturarak kanın alındığı yaş kupa (hacamat) uygulamasıdır.
- * Larva uygulaması³⁸: *Lucilia sericata* steril³⁹ larvaların kronik yaralarda biyodebridman amaçlı kullanılması suretiyle yapılan uygulamadır.
- * Mezoterapi⁴⁰: Mesoderm kaynaklı organ patolojilerinin iyileşmesini amaçlayan bitkisel veya farmakolojik ilaçların bölgesel, küçük dozlarda, özel iğneler ve özel tekniklerle cilt içi enjeksiyonu uygulamasıdır.
- * Proloterapi⁴¹: Proliferatif ve iritan solusyonların eklem bağ dokusu içine enjekte edilmesi uygulamasıdır.
- * Osteopati⁴²: Eklem, kaslar, bağ dokusu ve omurgayı içeren kas-iskelet sisteminin güçlendirilmesine yardımcı olan, total vücut sağlığına odaklanan ve hastalıklarda kas-iskelet sisteminin etkinliği üzerinde duran invaziv olmayan bir tamamlayıcı tıp uygulamasıdır.
- * Ozon uygulaması⁴³: Lokal veya sistemik olarak ozon-oksijen karışımının kullanıldığı uygulama yöntemidir.
- * Refleksoloji⁴⁴: El, ayak tabanı ve kulaklarda bulunan vücutün tüm bölümleri, organ ve bezleriyle ilgili yönlendirici

³⁷ Sertifikalı tabip, diş tabibi veya tabip gözetiminde sertifikalı sağlık meslek mensubu uygulama yapabilir.

³⁸ Sertifikalı tabip uygulama yapabilir.

³⁹ Burada kastedilen tıbbi larvadır.

⁴⁰ Sertifikalı tabip veya diş tabibi uygulama yapabilir.

⁴¹ Sertifikalı tabip veya diş tabibi uygulama yapabilir.

⁴² Sertifikalı tabip, diş tabibi veya tabip gözetiminde sertifikalı sağlık meslek mensubu uygulama yapabilir.

⁴³ Sertifikalı tabip veya diş tabibi uygulama yapabilir.

⁴⁴ Sertifikalı tabip veya tabip gözetiminde sertifikalı sağlık meslek mensubu uygulama yapabilir.

refleks alanlarına herhangi bir cihaz, malzeme, krem, losyon kullanmadan sadece basınç ile yapılan uygulamadır.

- * Müzikterapi⁴⁵: Müzik terapisi konusunda ehliyetli personel tarafından, müziğin ve müzik uygulamalarının, bireyin fiziksel, psikolojik, sosyal ve zihinsel ihtiyaçlarını karşılamada klinik ve kanıta dayalı kullanıldığı uygulamadır.

Yukarıda belirtilen uygulamalar, sayılan 15 başlıkla sınırlı olmakla birlikte, Yönetmelikte (GTTUY EK-3) bunlardan hangisinin tamamlayıcı tıp hangisinin geleneksel tıp uygulaması olarak anlaşılacağına dair netlik bulunmamaktadır. Sadece fitoterapide, geleneksel bitkisel tıbbi ürünler denilmekte, bu açıklamadan uygulamanın mı yoksa bitkisel tıbbi ürünlerin mi geleneksel kategorisine girdiği anlaşılmamaktadır. Yine Yönetmelikte kullanılan ifadeden kayropratik ve mezoterapi uygulamalarının sayılan destekleyici yöntem⁴⁶ olduğunu; osteopatinin ise tamamlayıcı tıp uygulaması olduğunu anlamaktayız. Apiterapi ise Yönetmeliğe göre “tamamlayıcı ve destekleyici” bir uygulamadır. Yönetmelikte tıpkı geleneksel tıp, tamamlayıcı tıp veya alternatif tıp gibi bağımsız bir alan olan ve hatta kanıta dayalı tıp da dahil hepsini kapsayan holistik tıp⁴⁷ (bütünsel tıp) homeopati olarak sayılmıştır ki bu büyük bir hatadır.

Yönetmelikte dikkat çekici bir diğer ifade müzikterapi için kullanılmıştır: “... müziğin ve müzik uygulamalarının bireyle-

⁴⁵ Sertifikalı tabip veya tabip gözetiminde sertifikalı sağlık meslek mensubu ile en az lise düzeyinde müzik eğitimi aldıktan sonra müzikterapi sertifikasyon programını tamamlamış uygulamaya yardımcı kişi yapabilir.

⁴⁶ Kanaatimce destekleyici tıp ile destekleyici yöntemin de kavram kargaşası yarattığı gözden kaçmamalıdır.

⁴⁷ Holistik tıp kanıta dayalı tıbbi tedavilerin yanı sıra hastaya -bu yönetmelikte katıyen yer verilmeyen- reiki biyoenerji gibi enerji terapisi, meditasyon/dua, imajinasyon, olumlama, magnetikler gibi ve bu yönetmelik kapsamında bulunan bitki tedavisi/homeopati, refleksoloji, müzikterapi gibi bir çok yöntemin hastanın durumuna göre bir arada planlanması ve uygulanmasını ifade eder. Diğer bir ifadeyle holistik tıp, zihin-beden ve ruhsal (spirüel) olarak hastanın bütün olarak algılanmasını ve onun değerleri, inanışları, kültürünü de göz önünde tutarak bütünsel olarak iyileştirilmesini hedefler. <http://www.sifalibitkinedir.com/alternatif-tib-egitimi/tamamlayici-ve-alternatif-tibbin-tip-egitim-mufredatlarindaki-yeri/>, Erişim Tarihi: 10.01.2015 Bu nedenle homeopati bütüncül tıp değildir.

rin fiziksel, psikolojik, sosyal ve zihinsel ihtiyaçlarını karşılama da klinik ve kanıta dayalı kullanıldığı uygulamadır.” Müzikterapideki “kanıt”, şüphesiz diğer bitki tedavisinden tutun akupunktura kadar pek çok uygulama için geçerlidir; Yönetmeliği hazırlayanlar bilmeseydi bile.

Yeni uygulamaların ne şekilde dahil edileceği hususunda ise GTTUY md. 8/1 şu düzenlemeyi getirmektedir: “Uygulamalar bu Yönetmelikte belirtilen alanlarla sınırlıdır. Bakanlık gerektiğinde ünite ve uygulama merkezinde yapılan ve yapılabilecek yeni uygulamaların bilimsel yönden bilim komisyonunda değerlendirilmesini isteyebilir. Bilim komisyonu, uygulamaların bilimsel kanıtlarını inceleyerek kişilere uygulanıp uygulanmayacağı ve uygun görülenlerden hangilerinin ünite ve uygulama merkezinde uygulanabileceği hususunda Bakanlığa görüş verir.”

Uygulama Yeri ve Yetkili Kişiler

Yönetmelik geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamaları bakımından sadece sertifikalı hekimleri yetkili kılmıştır. GTTUY nin “Tanımlar” başlığını taşıyan 4 üncü maddesine göre:

(e) *Sertifikalı tabip: Geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamaları ile ilgili olarak Bakanlıkça tescil edilmiş sertifikaya sahip tabibi*

(f) *Sertifikalı diş tabibi: Geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamaları ile ilgili olarak Bakanlıkça tescil edilmiş sertifikaya sahip diş tabibini ifade eder.*

Uygulamalar, ilgili alanda “uygulama sertifikası” bulunan tabipler ve sadece diş hekimliği alanında olmak üzere diş tabibi tarafından yapılabilir. Temel eğitim almış diğer sağlık meslek mensupları ise, sertifikalı hekimlere yardımcı olmak üzere yetkilendirilmiştir⁴⁸. Diğer bir ifadeyle bunların tek başına uygulama yapma yetkileri bulunmamaktadır, sertifikalı tabip ve diş tabibinin gözetim ve denetimi altında uygulamalara katılırlar⁴⁹.

⁴⁸ GTTUY md. 9/1.

⁴⁹ GTTUY md. 8/5.

Özellikle homeopati ve fitoterapi⁵⁰ açısından eczacıların uygulamaya yetkili olmamasının sebebini anlayabilmek mümkün değildir. Taslak bu açıdan eleştirilmişti; bununla birlikte bu eksiklik Yönetmelikte de giderilmedi. Ayrıca kanaatimce Yönetmelikte sayılan 14 yöntem/uygulamanın hekimlere veya dış hekimlerine hasredilmesi her uygulama için zorunlu olmamalıydı. Avrupa ve ABD de olduğu gibi sertifikalı eğitimi alanlara bazı uygulamaları yapma imkanının sağlanması yerinde olacaktır. Örneğin refleksoloji uygulamak için hekim olmaya gerek yoktur; zira refleksoloji uygulaması ile bireye zarar vermek de mümkün değildir. Tıpkı müzik terapisinde olduğu gibi. Hiçbir işe yaramasa (!) da anlık rahatlama sağlayacağı kesindir; bu nedenle ünitelerin/uygulama merkezlerinin denetimi sağlandıktan sonra, hekim olmasa da ilgili kişiler sertifikalı eğitime tabi tutularak uygulama yapabilmelidir. Yönetmelik yürürlüğe girene kadar ülkemizde zaten sülük tedavisi -bir iki istisna dışında- hekimler tarafından uygulanmamaktaydı; nitekim ünitelerin/uygulama merkezlerinin denetimi sağlandıktan sonra, hekim olmasa da ilgili kişiler sertifikalı eğitime tabi tutularak uygulama yapabilmelidir. Bunun yanında ozon uygulamasının, mezoterapinin, proloterapinin hekimler tarafından yapılması son derece yerindedir.

Uygulamalar, Bakanlıkça yetkilendirilmiş ünite ve uygulama merkezlerinde yapılabilecektir. Dış hekimliği alanındaki uygulamalar ise sadece dış hekimliği araştırma ve uygulama merkezlerinde, dış hastanelerinde, ağız ve diş sağlığı merkezleri ile dış polikliniklerinde yapılabilecektir.⁵¹

Eğitim

Geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulayacak hekimlerin ser-

⁵⁰ Bilhassa bitkisel yöntem/uygulamalar dikkatli yapılmalıdır, yan etkilerden kaynaklı ciddi sağlık sorunlarına yol açabilmektedir. Yan etkiler bitkisel ürünlerin yanlış kullanımına, kontamine olmasına, diğer bitkiler ve ilaçlarla etkileşimine bağlı olarak ortaya çıkabilmektedir. Şarışen Ö-Çalışkan D, Fitoterapi: Bitkilerle Tedaviye Dikkat (!), <http://www.ttb.org.tr/STED/sted0805/titoterapi.pdf>? Erişim Tarihi: 10.01.2015.

⁵¹ GTTUY md. 9/2.

tifikalı eğitim almış olmaları zorunludur. Bu alanda eğitim verecek merkezler, “Sağlık Bakanlığı Sertifikalı Eğitim Yönetmeliği”ne⁵² göre Sağlık Bakanlığı tarafından yetkilendirilmiş olmalıdır⁵³. Hekim ve dış hekimleri sertifikalı eğitim aldıkları alan dışında uygulama yapamazlar; bu husus Yönetmelikle yasaklanmıştır⁵⁴.

Ancak yukarıda da belirtildiği gibi taslakta her bir yöntem/uygulama için katılan kişinin kaç saat eğitim alacağı ve eğitim konusu başlıklar sayılmıştı. GTTUY bu hususa yer vermemiştir. Oysa hekim olsun, sağlık meslek mensubu olsun bu eğitimi alacak kişilerin, eğitimle kazanımları son derece önemlidir. Çünkü tamamlayıcı ve geleneksel tıp alanları, bu kişilerin formasyonlarından farklı dinamikleri olan bir alandır. Herhangi bir alanın sertifikalı eğitimini düzenleyen bir yönetmeliğe tabi kılınması doğru olmamıştır, bu yönetmelik Sağlık Bakanlığı tarafından çıkartılmış olsa bile.

ÜNİTE VE UYGULAMA MERKEZLERİ

GTTUY nin “Tanımlar” başlığını taşıyan 4 üncü maddesine göre.

(ğ) *Uygulama merkezi: İlgili alanda sertifikası bulunan tabip ve/veya dış tabibi sorumluluğunda ve bu Yönetmelikte belirlenen uygulamaları yapmak üzere eğitim ve araştırma hastanesi ve tıp fakültesi veya dış hekimliği fakültesi sağlık uygulama ve araştırma merkezi bünyesinde kurulan ve Bakanlıkça yetkilendirilmesi halinde eğitim verebilecek merkezi*

(h) *Ünite: İlgili alanda sertifikası bulunan tabip ve/veya dış tabibi sorumluluğunda ve bu Yönetmelikte belirlenen uygulamaları yapmak üzere, kamu ve özel hukuk tüzel kişileri ile gerçek kişilere ait sağlık kuruluşları bünyesinde kurulan birimleri ifade eder.*

⁵² 4/2/2014 tarihli ve 28903 sayılı Resmi Gazete.

⁵³ GTTUY md. 13.

⁵⁴ GTTUY md. 17/1-e.

UYGULAMA VE ÇALIŞMA ESASLARI

GTTUY 10 uncu maddesine göre, uygulama merkezi ve ünitelerin açılması Bakanlığın iznine bağlı olup bu izinler bir planlama dahilinde verilecektir. Uygulama merkezleri ve üniteler için Yönetmelikte ve eklerinde aranan zorunlu asgari sağlanacaktır. Bu şartların sağlanmasına rağmen açılması planlanan ilde ihtiyaç olup olmadığı Bilim komisyonu tarafından⁵⁵ değerlendirilecektir. Bilim komisyonunun uygun gördüğü başvuruların Bakanlıkça da uygun görülmesi halinde uygulama merkezi veya ünite açma izni verilecektir.

Ünite ve uygulama merkezlerinde hastalara ilişkin “hasta dosyalarının” tutulması, hatta talep halinde elektronik ortamda Bakanlığa bildirilmesi zorunluluğu getirilmiştir.

Ünite ve uygulama merkezleri amacı dışında faaliyet gösteremez; sertifikaları bulunmayan hekim, diş hekimi ve diğer sağlık personeli çalıştırılmaz. Sertifikaları olanlar ise sadece sertifikalandırıldıkları alanlarda çalışmaya yetkilidir⁵⁶.

Bilgilendirme ve Rıza

GTTUY md. 10/5 e göre, uygulamalar için Hasta Hakları Yönetmeliğine⁵⁷ uygun “bilgilendirme ve rıza formu” hazırlanarak bilgilendirme yapılacak ve hastalardan rıza alınacaktır. Ancak, hastalığın standart tedavisinin yerine geçecek, bu tedaviyi aksatacak uygulama yapılamayacağına bireylere (hastalara) anlatılması ve bu hususunun onaylanmış rıza formunda belirtilmesi gerekir⁵⁸.

Tıp Hukuku açısından olduğu kadar geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamaları bakımından da bilgilendirme/aydınlatma⁵⁹

⁵⁵ Bilim komisyonunun kimlerden oluşacağı GTTUY md. 5 de belirtilmiştir. Hukukçu üyenin bulunmaması büyük eksikliklerdir.

⁵⁶ GTTUY md. 17/1-ç, 17/1-d ve 17/1-e.

⁵⁷ 1/8/1998 tarihli ve 23420 sayılı Resmi Gazete.

⁵⁸ GTTUY md. 8/4.

⁵⁹ Informed consent: advising patients and parents about complementary and alternative medicine therapies, Gilmour J, Harrison C, Asadi L, Cohen MH, Aung S, Vohra S, Pediatrics 2011 Nov; 128 Suppl 4: S187-92, doi: 10.1542/peds.2010-2720H.

son derece önemlidir ve yapılan tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk koşullarından biridir. Tıp hukuku bakımından hastanın aydınlatılması genellikle bilimsel verilere de yansıyan komplikasyonlar açısından da önem taşır. Oysa üzerinde -en azından ülkemiz bakımından- bilimsel çalışmaların yapılmadığı tamamlayıcı ve geleneksel tıp uygulamalarının komplikasyonları hangi kapsamda açıklanacaktır? Üstelik bu yöntemlere başvuran kişilerde genellikle “bir zararı yoktur” anlayışı hakimken.

Üzerinde durulması gereken bir diğer konu şudur: Her ne kadar Geleneksel veya Tamamlayıcı tıp uygulayıcıları Yönetmeliğe göre hekim olmak zorundaysa da, hastanın tıbbi tedaviyi uygulayan (müdati) hekim olmayabilir. Doğal olarak müdati hekim kendi teşhis ve tedavisi bakımından, Tıp Hukuku kapsamında aydınlatma/bilgilendirme yapacaktır. Geleneksel veya tamamlayıcı tıp uygulaması yapan hekim de hangi alanda uygulama yetkisine sahipse o yönteme ilişkin bilgilendirme yapmalıdır. Ancak asıl sorun, tıbbi tedaviyle birlikte yürütülen tamamlayıcı tıp uygulamalarında ortaya çıkan komplikasyonların karışmasıdır. Hasta zarar gördüğünde bu zararın, tıbbi tedaviden mi yoksa geleneksel-tamamlayıcı tıp uygulamasından mı kaynaklandığı hususu sorun doğuracak ve hukuksal olarak ispat sorunu yaşanabilecektir.

Bu noktada eleştirilerde de yer alan husus bir kez daha vurgulanmalıdır: Çocuklarda tamamlayıcı veya geleneksel tıp uygulamaları... Öncelikle, çok özel bir durum yoksa veya yöntem kesinlikle zararsız değilse, çocuklar üzerinde bu uygulamalardan kaçınmak gerekir. Örneğin çocuk için kullanılacak yöntem refleksoloji uygulamasıdır. Aksi takdirde büyük bedensel zararlara yol açma ihtimali doğabilecektir. Bu nedenle klinik araştırmalarda, deney ve denemelerde olduğu gibi çocuklarla ilgili ayrıca bir düzenleme yapılmalı, aydınlatılmış onam/bilgilendirme ve rızan ayrı koşullara bağlanmalıdır.

YAPTIRIMLAR

Ünite ve uygulama merkezleri, şikayet, soruşturma veya Bakanlıkça yapılacak olağanüstü denetimler hariç olmak üzere

yılda en az bir defa denetlenecektir⁶⁰. GTTUY nin 18 inci maddesine göre, Yönetmelikte belirtilen usul ve esaslara uymayanlar hakkında EK-4 de belirtilen idari müeyyideler⁶¹ uygulanacaktır.

GTTUY maddelerine aykırılık halinde⁶² uygulanmak üzere EK-4 de belirtilen idari müeyyideler şunlardır:

Ünite ve merkezin uyarılması

Faaliyetlerin durdurulması⁶³

İdari para cezası⁶⁴

Cumhuriyet savcılığına suç duyurusu

Merkez faaliyet iznini iptali

Yönetmeliğe göre, aynı tarihlerde birden fazla maddeye aykırılığın tespiti halinde her madde için öngörülen müeyyidelerden, idari para cezaları ayrı ayrı; faaliyet durdurmalarında ise en uzun süreli faaliyeti durdurma müeyyidesi uygulanır.

GTTUY EK-5 deki “Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp uygulamaları Denetim Formu”nda yer alan açıklamalara göre, denetimde tespit edilen uygunsuzluklar denetim bitiminde İl Sağlık Müdürlüğünde değerlendirilir, uygunsuzluklar için ilgili mesul müdüre bildirimde bulunulur, savunması istenir, Denetimde tespit edilen uygunsuzluk hakkında ilgili olduğu maddeye karşılık gelen ve bu yönetmelikte öngörülen müeyyideler uygulanır. Bu yönetmelikte müeyyide öngörülmemiş ise ünite/uygulama merkezinin bünyesinde bulunduğu ilgili sağlık kuruluşunun tabi olduğu mevzuat ve ilgili diğer mevzuatta yer alan müeyyideler uygulanır.

⁶⁰ GTTUY md. 16.

⁶¹ Yönetmeliğe göre, hüküm bulunmayan hallerde ilgili sağlık kuruluşunun tabi olduğu mevzuatta yer alan veya bu mevzuatta belirtilen diğer idari müeyyideler uygulanacaktır (GTTUY md. 18/2)

⁶² Yönetmeliğe göre 1. tespit, 2. tespit ve 3. tespit halinde giderek ağırlaşan idari müeyyideler öngörülmüştür.

⁶³ Sağlık Bakanlığının onayı ile Valilik tarafından uygulanır.

⁶⁴ İdari para cezasını vermeye Valiler, idari para cezası düzenlemeleri nedeniyle tekrardan kaynaklı faaliyet durdurma cezalarını vermeye Sağlık Bakanlığı yetkilidir.

GELENEKSEL VE TAMAMLAYICI TIP UYGULAMALARINDA HUKUKİ SORUMLULUK VE ETİK İLKELER

GTTUY de, uygulamalar esnasında ortaya çıkabilecek malpraktise ilişkin olarak açılacak tazminat davaları veya ceza davalarına ilişkin hukuki herhangi bir düzenleme söz konusu değildir. Bu nedenle Tıp Hukuku kapsamında hekimin sorumluluğuna ilişkin genel esaslara göre davaların açılması gerekir. Öncelikle ve özellikle uygulayıcının hekim olduğu durumlarda hasta ile arasında bir vekalet sözleşmesi olduğu kabul edilecek ve tamamlayıcı veya destekleyici tıp uygulaması yapan hekimin sorumluluğu TBK. md. 502 vd. uyarınca belirlenecektir⁶⁵. Hekimin sorumluluğu -koşulları varsa- TBK. md. 49 vd. uyarınca haksız fiil hükümlerine veya TBK. md. 526 vd uyarınca vekaletsiz işgörmeye de dayandırılabilir. Bazı uygulamalar hekimin gözetiminde yardımcı şahıs ile yapılabileceğinden TBK. md. 66 veya md. 116 da uygulama alanı bulacaktır.

Ceza hukuku bakımından TCK da yer alan ve Tıp Hukuku kapsamında hekimin cezai sorumluluğunda uygulama alanı bulan maddelerin GTTUY kapsamından doğan malpraktis neticesi ortaya çıkan hukuki sorunlarda da uygulanması gerekecektir.

Ancak burada bilhassa vurgulanması gereken husus, ortaya çıkan tıbbi hataların ispatı meselesidir. Sağlık Hukuku alanında açılan davalarda bile halihazırda ispat önemli bir sorun olarak karşımızda dururken geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamaları bakımından açılan davalarda, ortaya çıkan zararların ve gelişen malpraktisin, uygulama hatalarından kaynaklandığının ispatı bakımından zorluk yaratacağı kanaatindeyim.

Yönetmelikte uygulayıcı hekimlere ve uygulama alanlarına ilişkin etik ilkeler bulunmamaktadır. Bakanlık Yönetmeliği hazırlarken uygulamaya yetkili olanların zaten hekim olduğunu ve dolayısıyla mesleki etik ilkelere tabi olduğunu düşünmüş

⁶⁵ Yönetmelikte belirlenen başlıklar dikkate alındığında eser sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanmasının mümkün olmadığı söylenebilir.

olabilir. Ne var ki uygulayıcının hekim olması ve kanıta dayalı tıbbın uygulama alanı içindeki sorumlulukları farklı, tamamlayıcı ve geleneksel tıp uygulama alanlarının kendine özgü yapısı farklı olduğu gözden kaçırılmamalıdır⁶⁶. Net olarak tespit edilmemiş kriterler, tıp etiği açısından zarar vermeme ilkesini zedeler. Mücadele edilen konu, dürüstlük ve şarlatanlık arasındaki sınırı belirlemekse, bu uygulamaların hasta bakımından neye göre ve nasıl seçildiğinin net olarak saptanması gerekir. Ayrıca, yine bu Yönetmelikte belirtilen tüm uygulamalar açısından, hekimlerin temel tıp etiği ilkeleri olan, hastanın tercih hakkına saygıyı, zarar vermemeyi, yararlı olmayı ve hakkaniyeti gözetmeleri gerektiği vurgulanmalıdır. Tıp etiğine ilişkin belirtilen ilkelerin tamamlayıcı ve geleneksel tıp açısından uygulanmasına yönelik bilimsel/akademik çalışmalar ayrı inceleme konusu yapılmalıdır⁶⁷.

SONUÇ

Esasen Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamaları Yönetmeliği, uygulaması olan ama yasal çerçevesi belirsiz bir alanın düzenlenmesine duyulan ihtiyacı gidermeyi amaçlamaktadır. Bu yönüyle önemli bir adım olmakla birlikte Sağlık Bakanlığının Taslak tartışmaya açıldıktan sonra yapılan eleştirileri dikkate almaması doğru bir yaklaşım olmamıştır. Bu yöntem/uygulamaların bilimsel veri toplamaya da yarayacak şekilde karşılaştırmalı yapılması, sonuçların bilimsel platformlarda tartışılması ve değerlendirilmesi yerinde olacaktır. Tüm dünyada kabul edilen yöntem/uygulamaların bir kısmına Yönet-

⁶⁶ Nitekim Adalet Bakanlığı Arabuluculuk Kanunu ve Yönetmeliğinde, arabuluculuk yapma yetkisini avukatlara tanımış, bununla birlikte ayrıca etik kuralları düzenlemiştir. Arabuluculuk belgesi alanların büyük çoğunluğunun avukat olması ve zaten meslek etiği kurallarına tabi olması bu düzenlemenin gerekliliğini ortadan kaldırmamıştır. Sağlık Bakanlığının da bu eksikliği gidermesi yerinde olacaktır.

⁶⁷ Ethical implications of the increasing use of complementary and alternative medicine, Teichfischer P, Forsch Komplementmed. 2012; 19(6): 311-8, doi: 10.1159/000346001, Epub 2012 Dec 14 Review; Ethical quandaries in spiritual healing and herbal medicine: a critical analysis of the morality of traditional medicine advertising in southern African urban societies, Munyaradzi M, Pan Afr Med J. 2011; 10:6. Epub 2011 Sep 21. Is it ethical for medical practitioners prescribe alternative and complementary treatments that may lack an evidence base? Tam CW, Med J Aust 2011 Dec 19; 195(11-12):660-1

melikte yer vermesi, Yönetmeliğin diğerlerini 'yok sayması' da işin bütünlüğünü bozmakta ve nedeni anlaşılamamaktadır. Yönetmelikte düzenlenen uygulamaların niye tercihe şayan olduğunu, hangi ölçütlere göre seçildiğini tespit edebilmek mümkün değildir.

Umut ediyorum ki, yapılan çalışmalarla birlikte giderek Türkiye'de de holistik/bütünsel tıp anlayışına varılacaktır. Ancak bunun için ele alınan alan geleneksel, tamamlayıcı veya alternatif tıp da olsa bilimsel çerçeveden ve etik ilkelere uzaklaşmamalıdır. Yazıyı bitirmeden iki öğretim üyesinin arasında tanık olduğum bir konuşmadan alıntı yapmak istiyorum. Öğretim üyelerinden biri, bu Yönetmeliğin çıkartılmasını ve uygulamaları da destekleyen hekim öğretim üyesine şöyle bir sordu: "Hocam, hacamat gerçekten işe yarıyor mu?" Aldığı cevap çok anlamlıydı: "İşe yarayıp yaramadığını bilmem ama peygamberimizin sünneti." Dini referansa dayanıldığında iş bilimden ve bilimsellikten uzaklaşır. Hukukumuzda da yeni giren bu alanı doğru düzgün bir yere oturtabileceksek, bu ancak bilimsel bakış ile olacaktır.

GELENEKSEL VE TAMAMLAYICI TIP UYGULAMALARI YÖNETMELİĞİ

BİRİNCİ BÖLÜM

Amaç, Kapsam, Dayanak ve Tanımlar

Amaç

MADDE 1 - (1) Bu Yönetmeliğin amacı, insan sağlığına yönelik geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulama yöntemlerini belirlemek, bu yöntemleri uygulayacak kişilerin eğitimi ve yetkilendirilmeleri ile bu yöntemlerin uygulanacağı sağlık kuruluşlarının çalışma usul ve esaslarını düzenlemektir.

Kapsam

MADDE 2 - (1) Bu Yönetmelik, geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamalarının yapıldığı kamu ve özel hukuk tüzel kişi-

leri ile gerçek kişilere ait sağlık kuruluşları ve bu kuruluşlarda yöntemleri uygulayacak kişileri kapsar.

Dayanak

MADDE 3 - (1) Bu Yönetmelik, 11/4/1928 tarihli ve 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanununun Ek 13 üncü maddesine, 7/5/1987 tarihli ve 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununun 9 uncu maddesinin (c) bendine ve Ek 11 inci maddesine, 11/10/2011 tarihli ve 663 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 8 inci maddesinin birinci fıkrasının (f) ve (ğ) bentlerine ve 40 ıncı maddesine dayanılarak hazırlanmıştır.

Tanımlar

MADDE 4 - (1) Bu Yönetmelikte geçen;

- a) Bakanlık: Sağlık Bakanlığını,
- b) Bilim Komisyonu: Bakanlıkça oluşturulan Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamaları Bilim Komisyonunu,
- c) Genel Müdürlük: Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğünü,
- ç) Müdürlük: İl Sağlık Müdürlüğünü,
- d) Sağlık kuruluşu: Kamu kurum ve kuruluşlarına bağlı hastaneler, tıp fakültesi veya diş hekimliği fakültesi sağlık uygulama ve araştırma merkezi, 27/3/2002 tarihli ve 24708 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Özel Hastaneler Yönetmeliğine göre ruhsatlandırılmış özel hastaneler ile 15/2/2008 tarihli ve 26788 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik hükümlerine göre ruhsatlandırılmış sağlık kuruluşlarını,
- e) Sertifikalı tabip: Geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamaları ile ilgili olarak Bakanlıkça tescil edilmiş sertifikaya sahip tabibi,

f) Sertifikalı dış tabibi: Geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamaları ile ilgili olarak Bakanlıkça tescil edilmiş sertifikaya sahip dış tabibi,

g) Uygulama: Geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamalarını,

ğ) Uygulama merkezi: İlgili alanda sertifikası bulunan tabip ve/veya dış tabibi sorumluluğunda ve bu Yönetmelikte belirlenen uygulamaları yapmak üzere eğitim ve araştırma hastanesi ve tıp fakültesi veya dış hekimliği fakültesi sağlık uygulama ve araştırma merkezi bünyesinde kurulan ve Bakanlıkça yetkilendirilmesi halinde eğitim verilebilecek merkezi,

h) Ünite: İlgili alanda sertifikası bulunan tabip ve/veya dış tabibi sorumluluğunda ve bu Yönetmelikte belirlenen uygulamaları yapmak üzere, kamu ve özel hukuk tüzel kişileri ile gerçek kişilere ait sağlık kuruluşları bünyesinde kurulan birimleri, ifade eder.

İKİNCİ BÖLÜM

Bilim Komisyonu, Görevleri ve Çalışma Usulü

Bilim komisyonunun kuruluşu

MADDE 5 - (1) Bu Yönetmelikte öngörülen uygulamalar, uygulamaları yapacak kişiler, ünite ve uygulama merkezlerinin standartları ile ilgili görüş vermek üzere, Bakanlıkça Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamaları Bilim Komisyonu oluşturulur.

(2) Bilim komisyonu:

a) Sağlık Hizmetleri Genel Müdürü veya görevlendireceği yetkilinin başkanlığında,

b) Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğünden ilgili daire başkanı,

- c) İlgili alanlarda bilimsel çalışması bulunan üniversite öğretim üyesi veya Türkiye Kamu Hastaneleri Kurumuna bağlı eğitim ve araştırma hastanelerinde uzmanlık eğitimi verme yetkisine sahip tabipler arasından seçilecek üç üye,
 - ç) Eczacılık fakültelerinin farmakognozi alanından bir üye,
 - d) Tıp fakültelerinin farmakoloji alanından bir üye,
 - e) Sertifikalı iki tabip üye,
 - f) Öğretim üyesi veya eğitim görevlisi tıbbi onkoloji uzmanı bir üye,
 - g) Tıbbi etik veya tıp tarihi ve deontoloji alanlarında uzmanlık veya doktora eğitimi almış bir üye,
- olmak üzere 11 üyeden teşekkül eder.

(3) Bilim komisyonu üyeleri Bakan tarafından belirlenir. Üyeler iki yıl süreyle görev yapar.

Bilim komisyonunun çalışma usulü

MADDE 6 - (1) Bilim Komisyonu, Genel Müdürlüğün daveti üzerine yılda en az iki defa toplanır. Bakanlık gerektiğinde Bilim Komisyonunu toplantıya çağırabilir.

(2) Bilim Komisyonu, gündem maddelerini görüşerek raporunu hazırlar. Toplantı gündemi genel müdürlükçe en az yedi gün önceden üyelere bildirilir.

(3) Bilim Komisyonu, en az dokuz üye ile toplanır ve salt çoğunlukla karar alır. Oylarda eşitlik halinde Başkanın tarafı olduğu görüş geçerli sayılır.

(4) Bilim Komisyonunun sekretarya hizmetlerini Genel Müdürlük yürütür.

Bilim komisyonunun görevleri

MADDE 7 - (1) Bilim komisyonunun görevleri şunlardır:

- a) Uygulama alanlarının belirlenmesine, uygulamaların endikasyon ve oluşabilecek yan etkilerine ilişkin görüş vermek,
- b) Uygulama yapılan ünite ve merkezlerde bulunması gerekli tıbbi araç ve gereç, personel, fiziki standartların oluşturulması hususunda görüş bildirmek,
- c) Ünite ve uygulama merkezi başvurularını bilimsel, teknik alt yapı ve personel yönünden değerlendirerek, uygunluğu hususunda görüş vermek,
- ç) Bu Yönetmelikte tanımlanmamış uygulamalarla ilgili bilimsel ve teknik çalışmaları yapmak,
- d) Uygulamalar ile ilgili yönlendirici, aydınlatıcı ve bilimsel çalışmalar yapmak ve yaptırmak,
- e) İhtiyaç duyulan konularda çalışma yapmak üzere alt komisyonlar kurmak.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

Uygulama Esasları, Sağlık Kuruluşlarının Türleri

ve Çalışma Esasları, Eğitim Uygulamaların genel esasları

MADDE 8 - (1) Uygulamalar bu Yönetmelikte belirlenen alanlarla sınırlıdır. Bakanlık gerektiğinde ünite ve uygulama merkezinde yapılan ve yapılabilecek yeni uygulamaların bilimsel yönden bilim komisyonunda değerlendirilmesini isteyebilir. Bilim komisyonu, uygulamaların bilimsel kanıtlarını inceleyerek kişilere uygulanıp uygulanmayacağı ve uygun görülenlerden hangilerinin ünite veya uygulama merkezinde uygulanabileceği hususunda Bakanlığa görüş verir.

(2) Bu Yönetmelik ekinde bulunmayan uygulamalar için 13/4/2013 tarihli ve 28617 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan İlaç ve Biyolojik Ürünlerin Klinik Araştırmaları Hakkında Yönetmelik kapsamında sadece uygulama merkezlerinde araştırma yapılabilir ve yapılan araştırmaya ilişkin dosyaların bir

örneği de Genel Müdürlüğe gönderilir. Gönderilen bu çalışmalar uygulamaların ülke genelindeki gelişimi, etkinliği ve kanıt düzeyi açısından Bilim Komisyonu tarafından değerlendirilir. Gönderilen bu veri ve çalışmalar kişilerin bilgi ve izni olmaksızın kişisel bilgileri belli edecek şekilde kullanılamaz.

(3) Ünitelerde, Ek-3’de sayılı listede, ünitelerde yapılabileceği belirtilen uygulamalardan başka işlem yapılamaz. Uygulama merkezi, ünite için belirlenen uygulamaları da yapabilir.

(4) Uygulamalar hastalığın standart tedavisinin yerine geçecek ve devam eden tedaviyi aksatacak şekilde yapılamaz. Bu husus bireylere açık bir şekilde anlatılır ve onaylanmış rıza formunda belirtilir.

(5) Tabip ve diş tabibi olmayan uygulama alanında temel eğitimi bulunan sağlık meslek mensupları sertifikalı tabip ve diş tabiplerinin gözetimi ve denetimi altında uygulamalara katılırlar.

Uygulamaların yapılabileceği yerler ve yetkili kişiler

MADDE 9 - (1) Uygulamalar, Bakanlıkça yetkilendirilmiş ünite ile uygulama merkezlerinde ve ilgili alanda “uygulama sertifikası” bulunan tabip ve sadece diş hekimliği alanında olmak üzere diş tabibi tarafından yapılabilir. Uygulama alanında temel eğitimi bulunan sağlık meslek mensupları merkez ve ünitelerde sertifikalı tabiplere uygulamada yardımcı olabilirler.

(2) Diş hekimliği uygulama ve araştırma merkezlerinde, diş hastanelerinde ve ağız ve diş sağlığı merkezleri ile diş polikliniklerinde sadece diş hekimliği alanında uygulama yapılabilir.

Uygulama merkezi ve ünitelerin çalışma usul ve esasları

MADDE 10 - (1) Uygulama merkezi veya ünite, Bakanlığın sağlık kuruluşu/tesisi planlaması kapsamında açılabilir, bu yöndeki izinler yeni bir özel sağlık kuruluşu açılması veya kapasite artışı için ayrıca hak oluşturmaz. Uygulama merkezi

veya ünite açmak isteyen kamu ve özel hukuk tüzel kişileri ile gerçek kişilere ait sağlık kuruluşları Ek-1’de yer alan belgelerle birlikte Bakanlığa başvurur. Uygulama merkezi ve/veya ünite açma başvuruları, standartlara uygunluk ve başvuru yapılan ilde ihtiyaç bulunup bulunmadığı bakımından Bilim Komisyonunca değerlendirilir. Bilim Komisyonunca uygun görülen başvuruların Bakanlıkça da uygun görülmesi halinde uygulama merkezi ve/veya ünite açma izni verilir. Ünite ve uygulama merkezi ile buralarda yapılacak uygulamalar, sağlık kuruluşunun ruhsatına veya faaliyet izin belgesine işlenir.

(2) Kültür ve Turizm Bakanlığında belgeli konaklama tesislerinde, tesiste konaklayan ve sadece akut tedavisi tamamlanmış kişilere uygulanmak kaydıyla Bakanlıkça uygun görülen uygulamalara yönelik birim, planlama kapsamında kurulabilir. Konaklama tesisinin bulunduğu ildeki özel hastaneler ile Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik kapsamındaki özel sağlık kuruluşları tarafından kendi kadro ve kapasitesinin kullanılması kaydıyla planlamadan istisna olarak konaklama tesislerinde birim olarak açılabilir. Bu birim başvuruları özel sağlık kuruluşunun mesul müdürünce müdürlüğe yapılır ve faaliyetlerinden bağlı oldukları özel sağlık kuruluşu sorumludur.

(3) Ünite ve uygulama merkezinde, yapılan tüm uygulamalar ile ilgili olarak hastalara ait hasta dosyası hazırlanır. Hastaya ve uygulamalara ilişkin verilerin elektronik ortamda talep edilmesi halinde, kişisel sağlık verilerinin mahremiyeti gözetilerek, Bakanlığa gönderilmesi zorunludur.

(4) Yapılan uygulamalara bağlı olarak hastalarda ortaya çıkan her türlü istenmeyen etki, her ay düzenli olarak müdürlüğe bildirilir ve bu bilgiler Bakanlığa gönderilir.

(5) Uygulamalar için 1/8/1998 tarihli ve 23420 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Hasta Hakları Yönetmeliğine uygun “Bilgilendirme ve Rıza Formu” hazırlanır ve uygulama yapılacak tüm hastalardan rıza alınır.

Ücretlendirme

MADDE 11 - (1) Kamuya bağlı sağlık kuruluşlarınca yapılacak uygulamaların sağlık hizmet ücret tarifesi Bakanlıkça belirlenerek ilan edilir.

Tanıtım ve bilgilendirme

MADDE 12 - (1) Bu Yönetmelik kapsamında faaliyet gösteren ünite ve uygulama merkezleri Bakanlıkça belirlenen bilgilendirme ve tanıtım mevzuatına uymak zorundadır. Bakanlıkça belirlenen bilgilendirme ve tanıtım hükümlerinin ihlali halinde sağlık kuruluşunun tabi olduğu ilgili mevzuat hükümleri uygulanır.

(2) Bu Yönetmelik kapsamındaki uygulamalara ilişkin tıbbi ürünler hakkındaki tanıtımlarda tıbbi ürün tanıtımına ilişkin mevzuat hükümleri uygulanır.

Eğitim

MADDE 13 - (1) Bu Yönetmelik kapsamındaki sertifikalı eğitimler, 4/2/2014 tarihli ve 28903 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Sağlık Bakanlığı Sertifikalı Eğitim Yönetmeliği kapsamında, Bakanlıkça eğitim vermek üzere yetkilendirilmiş merkezler tarafından verilir.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

Ünite ve Uygulama Merkezinde Bulundurulması Zorunlu Asgari Birimler,

Tıbbi Cihaz, Malzeme ve İlaçlar

Ünite ve uygulama merkezinde bulundurulması zorunlu asgari birimler

MADDE 14 - (1) Ünite ve uygulama merkezinde asgari olarak aşağıda belirtilen bölümler bulunur:

a) Asgari 12 metrekare yüzölçümünde muayene ve uygulama-

ma için gerekli asgari tıbbi malzemenin ve donanımın bulunduğu muayene ve uygulama odası.

b) Hasta kabul ve bekleme alanı.

c) Arşiv.

(2) Sağlık kuruluşlarında hasta kabul ve bekleme alanı ile arşiv alanı ortak olarak kullanılabilir.

(3) Sağlık kuruluşu bünyesindeki ünite veya uygulama merkezinin kuruluşun hizmet binası dışında farklı bir alanda oluşturulması halinde hasta kabul ve bekleme alanı, arşiv gibi alanlar Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkındaki Yönetmelikte sağlık kuruluşları için belirlenen asgari fiziki şartlara uygun şekilde hazırlanır.

(4) Bakanlıkça açma izni verilen ünite ve uygulama merkezleri Ek-3'te yer alan uygulamaları Bakanlıktan izin almak kaydıyla yapabilirler. Ünite ve uygulama merkezleri Ek-3'te yer alan her yeni uygulama için Bakanlıktan izin almak zorundadır. Bu Yönetmelik kapsamında faaliyet gösterilecek yerlerde, ilgili mevzuatlarına göre zorunlu ilaç, cihaz ve malzemelerin bulundurulması gerekir.

Tıbbi cihaz, malzeme ve ilaçlar

MADDE 15 - (1) Ünite ve uygulama merkezinde Ek-2'de yer alan asgari tıbbi cihaz, araç gereç ve ilaçlar ile ayrıca her uygulama için gerekli olan tıbbi cihaz, araç ve gereç ile ilaçların bulundurulması zorunludur.

BEŞİNCİ BÖLÜM

Denetim, Uyulması Gereken Diğer Hususlar, Yasaklar ve İdari Müeyyideler

Denetim

MADDE 16 - (1) Ünite ve uygulama merkezleri, şikâyet, soruşturma veya Bakanlıkça yapılacak olağan dışı denetimler

hariç olmak üzere, Müdürlükçe en az bir dahili branşlardan uzman ve bir cerrahi branşlardan uzman tabibin yer aldığı en az 3 kişilik bir ekip tarafından yılda en az bir defa denetlenir. Denetim, Ek-5'te yer alan denetim formu kullanılarak yapılır. İki nüsha olarak düzenlenecek formun bir nüshası denetlenen ünite veya uygulama merkezinin bulunduğu kurum veya kuruluşta muhafaza edilmek üzere bırakılır.

Uyulması gereken diğer hususlar ve yasaklar

MADDE 17 - (1) Ünite ve uygulama merkezlerinde, aşağıda belirtilen hususlara uyulmak zorundadır:

- a) Ünite ve uygulama merkezi Bakanlıktan izin almadan hizmet veremez.
- b) Ünite ve uygulama merkezinde bu Yönetmelik ve ekinde yer alan bulundurulması zorunlu asgari birimler yer almak zorundadır.
- c) Ünite ve uygulama merkezleri amacı dışında faaliyet gösteremez.
- ç) Ünite ve uygulama merkezlerinde herhangi bir faaliyet alanının veya biriminin, yetkisi olmayan kişiler tarafından kullanılması yasaktır.
- d) Ünite ve uygulama merkezlerinde Bakanlıkça ilgili mevzuat hükümlerine göre ilgili alanda sertifikaları bulunmayan ve gerekli çalışma izinleri olmayan tabip, dış tabibi ve diğer sağlık personeli çalıştırılmaz.
- e) Tabip ve dış tabipleri uygulama sertifikası ile yetkilendirildikleri alan dışında uygulama yapamazlar.

İdari müeyyideler

MADDE 18 - (1) Bu Yönetmelikte belirlenen usul ve esaslara uymayanlar hakkında, Ek-4'te yer alan idari müeyyideler uygulanır.

(2) Ünite ve uygulama merkezlerine ilişkin hüküm bulunmayan hallerde, uygulamanın yapıldığı ilgili sağlık kuruluşunun tabi olduğu mevzuatta yer alan idari müeyyideler ile ilgili mevzuatta belirlenen diğer idarî müeyyideler uygulanır.

ALTINCI BÖLÜM

Çeşitli ve Son Hükümler

Hüküm bulunmayan haller

MADDE 19 - (1) Ünite ve merkezlerin fiziki standartlarına, hizmet sunumuna ve idari müeyyidelerine ilişkin bu Yönetmelikte hüküm bulunmayan hallerde diğer ilgili mevzuat hükümleri uygulanır.

Yürürlükten kaldırılan yönetmelik

MADDE 20 - (1) 17/9/2002 tarihli ve 24879 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Akupunktur Tedavisi Uygulanan Özel Sağlık Kuruluşları ile Bu Tedavinin Uygulanması Hakkında Yönetmelik yürürlükten kaldırılmıştır.

Akupunktur uygulaması için uyum süreci

GEÇİCİ MADDE 1 - (1) Akupunktur uygulaması için Bakanlıkça yetkilendirilmiş olan kurum ve kuruluşlar1/1/2016 tarihine kadar bu Yönetmeliğe uyum sağlamak zorundadır. Bu süre sonunda uyum sağlamayan kurum ve kuruluşların yetki belgesi geçersiz sayılır.

Yürürlük

MADDE 21 - (1) Bu Yönetmelik yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

Yürütme

MADDE 22 - (1) Bu Yönetmelik hükümlerini Sağlık Bakanı yürütür.

TIBBİ KÖTÜ UYGULAMAYA İLİŞKİN ZORUNLU MALİ SORUMLULUK SİGORTASI*

*Av. Pınar AKSOY GÜLASLAN***

GİRİŞ

Sorumluluk, kişinin hukuka aykırı eylemiyle başkasına verdiği zararı tazmin etme yükümlülüğüdür¹. Sigortacılık sektöründe hukuksal koruma olarak bilinen mesleki sorumluluk sigortaları dünya ülkelerinde uzun yıllardır uygulanan bir sigorta dalıdır. Bu sigorta dalı ülkemizde yeni uygulama alanı bulmaktadır. Sorumluluk sigortalarının temelinde, üçüncü kişilere verilen zarar sebebiyle sigortalının karşılaşılabileceği tazminat taleplerinin karşılanması yatmaktadır.

Genel ve yaygın olan uygulamada sigorta sözleşmeleri iradi yapılmaktadır. Ancak bazen yasal bir hükümlerle kişilerin sigorta yaptırmaları zorunlu kılınabilir. Bu tip sigortalara zorunlu sigorta denmektedir. Ülkemizde mevcut zorunlu sigortalara örnek olarak; zorunlu trafik sigortası, otobüs zorunlu koltuk kaza sigortası vs. gösterilebilir.

Hekimlik mesleği insan ve toplum sağlığı açısından çok

* Av. Pınar Aksoy Gülaslan Sempozyumda rahatsızlığı sebebiyle tebliğini sunamamış ve yayınlanması için gönderilmiştir. (*Editörler*)

** Ankara Barosu Sağlık Hukuku Kurulu Başkanı

¹ Tandoğan, Haluk: Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara 1961.

önemlidir. Hekimlik mesleğinin gereği gibi yerine getirilmemesi halinde insan sağlığı ve halk sağlığı açısından büyük zararlar ortaya çıkabilir. Türk hukuk siteminde hekimin hukuki sorumluluğu ile ilgili çalışmalar son on yılda hızla ilerlemiştir. Hekime karşı açılan tazminat dava sayılarının artması da bu alanın genişlemesini etkilemiştir.

Mesleki sorumluluk sigortası tam iki tarafa borç yükleyen bir akittir. Sigortalının yükümlülüğü prim ödeme, sigortacının ise riziko gerçekleştiğinde sigortalının zararını tazmin etmektir. Meslekî sorumluluk sigortasında sigortacı, tazminat talebinde bulunan üçüncü kişilerin haklı tazminat taleplerini ödemeyi ve haksız tazminat taleplerinin bertaraf edilmesi işini üstlenmiştir².

Ülkemizde 16.03.2006 tarih 26110 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Mesleki Sorumluluk Sigortası Genel şartlarına bağlı olarak hazırlanan Hekim Mesleki Sorumluluk Sigortası Klozu'na göre hekimlerin mesleki faaliyetleri için sorumluluk sigortası yaptırmaları ihtiyari idi. 21.01.2010 tarihli 5947 sayılı Üniversite ve Sağlık Personelinin Tam Gün Çalışmasına ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun çıkarılmasıyla tıbbi kötü uygulamaya ilişkin sorumluluk sigortası zorunlu hale gelmiştir³. Bu kanundaki düzenlemeye göre; kamu sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışan tabipler, dış tabipleri ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar, tıbbi kötü uygulama nedeniyle kendilerinden talep edilebilecek zararlar ile kurumlarınca kendilerine yapılacak rüculara karşı sigorta yaptırmak zorundadır. Özel sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışan veya mesleklerini serbest olarak icra eden tabip, dış tabibi ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar ise tıbbi kötü uygulama sebebi ile kişilere verebilecekleri zararlar ile bu sebeple kendilerine yapılacak rücuları karşılamak üzere mesleki malî sorumluluk sigortası yaptırmak zorundadır. Zorunlu sigortalarını yaptırmayanlara, mülki idare amirince sigortası yapılmayan her kişi için beşbin Türk Lirası idari para

² Şenocak, Kemal: Mesleki Sorumluluk Sigortası, Ankara 2000, s.141.

³ 30.1.2010-27478 sy.R.G 5947 s.K. m.8 y.y:30.07.2010.

TIBBİ KÖTÜ UYGULAMAYA İLİŞKİN ZORUNLU MALİ SORUMLULUK SİGORTASI

cezası verilecektir.

Bu düzenlemeye paralel olarak 21.07.2010 tarihinde yayınlanan Resmi Gazete ile “Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Tarife ve Talimatnamesi ile Genel Şartları” yayınlanmıştır⁴. 19 Temmuz 2011 tarihinde ise “Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasında Kurum Katkısına İlişkin Usul ve Esaslara Dair Tebliğ ile Yayınlanan Tarife ve Talimat İle Genel Şartlar’da Değişiklik Yapılmasına İlişkin Tebliğ” yayınlanmıştır⁵.

I- HEKİMİN HUKUKİ SORUMLULUĞU

Bir kimsenin hukuka aykırı olarak başkasına zarar veren davranışı, ahlaki ve hukuki açıdan kınanabiliyorsa yani kusurlu ise zarar veren söz konusu zarardan sorumludur⁶. Dolayısıyla sorumluluğun gerçekleşmesi, kural olarak, borçlunun kusurlu olmasına bağlıdır. Hukukumuzda en eski bu sorumluluk türüne kusur sorumluluğu denmektedir.

Hekim, mesleğinin ifasında kusurlu olarak meslek kurallarına aykırı hareketinden doğan zarardan sorumludur⁷. Hekimin tıbbi faaliyetinden doğan sorumluluğu kural olarak kusur sorumluluğuna dayanır⁸. Tıp mesleğini icraya yetkili hekim tarafından mesleki faaliyeti kapsamında gerçekleştirilen her türlü faaliyet tıbbi müdahale kavramını ifade eder. Tıbbi müdahale, hekimin tedavi amacına yönelik etkinliklerdir⁹. Hekimin hukuki sorumluluğunun kurucu unsuru kural olarak kusur olduğundan, hekimin tıbbi müdahalesi sonucu meydana gelen zararlardan ancak; kusurlu olduğu takdirde sorumlu olur, kusuru bulunmadığı takdirde sorumlu tutulmaz¹⁰.

⁴ Ek-1.

⁵ Ek-2.

⁶ Yılmaz, Battal: Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Adalet Y., 2.Bası, Ankara 2010, s.13.

⁷ Aşçıoğlu, Çetin: Tıbbi Yardım ve Elatmalardan Doğan Sorumluluklar, Ankara 1993, s.3. vd

⁸ Yılmaz, a.g.e, s.13.

⁹ Ayan, Mehmet: Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara 1991, s.5.

¹⁰ Öztürkler, Cemal: Hukuk uygulamasında Tıbbi Sorumluluk Teşhis, Te-

Hekimin hukuki sorumluluğun nedeni akit olabileceği gibi akit dışı sorumluluğu da söz konusu olabilmektedir. Hekimle hasta arasında önceden sarıh veya zımni olarak kurulmuş bir tedavi akdi var ise hekimin hukuki sorumluluğunun nedeni akdi sorumluluktur¹¹. Kural olarak hekim ile hasta arasındaki ilişki bir akde dayanır. Hekimle hasta arasındaki sözleşme Türk Borçlar Kanununda ayrıca düzenlenmemiştir. Hekim ile hasta arasındaki ilişkinin genelde vekâlet sözleşmesi olduğu kabul görmektedir¹².

Hekim ve hasta arasında az önce de ifade ettiğimiz gibi bir sözleşme ilişkisi var ise hekimin sorumluluğu buna göre belirlenir. Hekim ve hasta arasında daha önceden sarıh veya zımni olarak kurulmuş bir akit bulunmadığı hallerde ise sorumluluğun kaynağını kural olarak bir haksız fiil teşkil eder¹³. Hekimin haksız fiil ilişkisinden doğan bir sorumluluğundan bahsedebilmek için; hukuka aykırılık, kusur, zarar ve uygun illiyet bağı gerekir¹⁴.

II- HEKİMİN HUKUKİ SORUMLULUGU VE SİGORTA

Ülkemizde 16.03.2006 tarih 26110 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Mesleki Sorumluluk Sigortası Genel şartlarına bağlı olarak hazırlanan Hekim Mesleki Sorumluluk Sigortası Klozu’na göre hekimlerin mesleki faaliyetleri için sorumluluk sigortası yaptırmaları ihtiyari idi. Sigorta hekimin isteğine bağlı olarak yapılmaktaydı. 21.01.2010 tarihli 5947 sayılı Üniversite ve Sağlık Personelinin Tam Gün Çalışmasına ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun çıkarılmasıyla tıbbi kötü uygulamaya ilişkin sorumluluk sigortası zorunlu hale gelmiştir¹⁵. Buna göre; kamu sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışan tabipler, dış tabipleri ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar, tıbbi kötü uygulama nedeniyle kendilerin-

11 davi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları, s.21.

12 Yılmaz, a.g.e, s.15

13 Ayan, a.g.e, s.63, Şenocak, s.59.

14 Yılmaz, a.g.e, s.15.

15 Ayan, a.g.e, 116-122.

16 30.1.2010-27478 sy.R.G 5947 s.K. m.8 y.y:30.07.2010.

TIBBİ KÖTÜ UYGULAMAYA İLİŞKİN ZORUNLU MALİ SORUMLULUK SİGORTASI

den talep edilebilecek zararlar ile kurumlarınca kendilerine yapılacak rüculara karşı sigorta yaptırmak zorundadır. Özel sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışan veya mesleklerini serbest olarak icra eden tabip, diş tabibi ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar ise tıbbi kötü uygulama sebebi ile kişilere verebilecekleri zararlar ile bu sebeple kendilerine yapılacak rücuları karşılamak üzere mesleki mali sorumluluk sigortası yaptırmak zorundadır.

III-TIBBİ KÖTÜ UYGULAMAYA İLİŞKİN ZORUNLU MALİ SORUMLULUK SİGORTASININ TARAFLARI

1-Sigortacı

Sigorta sözleşmesinin taraflarından birisi sigortacıdır. Türkiye’de bugün sigortacılık yalnız anonim şirketler ve veya Kooperatif şeklinde kurulmuş olan ticaret şirketleri tarafından yapılmaktadır. (5684 sayılı Sigortacılık Kanunu md.3./I) Anonim şirketlerin kuruluş şartları Türk Ticaret Kanunu’nun şirketler bölümünde gösterilmiştir.

Hekimin sorumluluk sigortasını yapacak sigorta şirketlerinin tespitinde hangi yol izleneceği konusunda Sigortacılık Kanunu madde 13 bize yol göstermektedir. SK. 13. maddesine göre; sigorta şirketinin tespitini Bakanlar Kurulu yapabilir. Aynı maddenin devamında sigorta şirketlerinin, faaliyet gösterdikleri branşlarla ilgili zorunlu sigortaları yapmakla yükümlü oldukları kabul edilmiştir. Hazine Müsteşarlığı tarafından bu şartlara sahip sigorta şirketleri belirlenmiştir. Sigorta sözleşmesini sigortacı adına ya şirketin yetkili şahsı veya akit yapan acente imzalar¹⁶.

2-Sigorta Ettiren

Sigorta sözleşmesinin karşı tarafı sigorta ettirendir. Sözleşmeden doğan borçlar sadece ona aittir. Haklar, özellikle sigor-

¹⁶ Kender, Rayegan:Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku I, Beta Yayınları, İstanbul 2001, s.142.

tacının risk taşımasını isteme hakkı sigorta ettirene aittir, fakat bazı hallerde başka bir şahsa da devredilebilir¹⁷. Sigorta sözleşmesinde menfaati korunan kişi sigortalıdır.

Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası kamu sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışan tabipler, diş tabipleri ve tıpta uzmanlık mevzuatına

göre uzman olanlar için, sigorta ettiren sıfatıyla kendileri tarafından yapılmaktadır. Özel sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışan tabipler, diş tabipleri ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanların her biri için ayrı ayrı, sigorta ettiren sıfatıyla çalıştıkları kurumları tarafından yapılmaktadır. Burada sigorta sözleşmesinde menfaati korunun hekim, sözleşmeyi yapan/ sigorta ettiren ise hekimin çalıştığı özel ve/veya kamu sağlık kurum ve/veya kuruluşudur. Mesleklerini serbest olarak icra eden tabipler, diş tabipleri ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar ile sözleşmeli aile hekimleri ise sigorta ettiren sıfatıyla sözleşmelerini kendileri yaptırmaktadırlar. Sigorta ettiren ve sigortalı kavramı burada aynı kişide birleşmiştir.

IV-TIBBİ KÖTÜ UYGULAMAYA İLİŞKİN ZORUNLU MALİ SORUMLULUK SİGORTASINDA PRİM

Sigorta sözleşmesinde sigortacının riziko taşıma edimin karşılığını sigortacısına ödeyeceği sigorta primi (ücreti) oluşturur. Sigorta primi para olarak ödenir, ayrıca bir defada veya taksitler halinde ödenmesi mümkündür. Tıbbi kötü uygulamaya ilişkin zorunlu mali sorumluluk sigortasında primler peşin olarak ödenecektir¹⁸.

Prim miktarı hekimin çalıştığı bransa göre farklı belirlenmektedir. Örneğin bir cerrahın yapacağı zorunlu sigortada ödeyeceği prim miktarı yüksek iken bir aile hekiminin ödeyeceği prim miktarının daha düşüktür. TKUZMSS Tarife A.'da prim tutarları tespit edilirken risk grupları oluşturulduğu, risk gurupları da uzmanlık alanlarına göre belirlendiği anlaşılmak-

¹⁷ Kender, a.g.e, s.143.

¹⁸ Bkz. Ek.1

TIBBİ KÖTÜ UYGULAMAYA İLİŞKİN ZORUNLU MALİ SORUMLULUK SİGORTASI

tadır.¹⁹ Zarar riskinin yüksek olduğu branşlarda, prim miktarı diğer branşlara göre yüksektir.

Tarifede hasarsızlık indirimi de belirlenmiştir. Bir önceki yıl ya da bir önceki sözleşme süresi içinde herhangi bir ihbar ya da tazminat ödemesi yapılmaması durumunda, sonraki sigorta sözleşmesinde uygulanacak prim indirimi oranı bir üst basamağa göre belirlenir. Eğer bir önceki yıl ya da bir önceki sözleşme süresi içinde tazminat ödenmişse, sonraki sözleşme süresi içinde tazminat ödeme sayısı kadar aşağı basamak tarife uygulanır. Üç ve daha fazla tazminat ödemesi için azami zamlı prim % 50, üç ya da daha fazla yıl tazminat ödenmemesi durumunda azami indirim % 20'dir. Sigorta süresinin bir yıldan kısa olduğu sigorta sözleşmelerinde prim indirimi uygulanmaz. Düzenlenen poliçelerde prim hesaplamasında ödenen hasar dikkate alınır. Ancak, muallak hasarların prim basamak hesabında dikkate alınması halinde, bu şekilde tespit edilen prim ve prim basamağı ilgili muallak verisinin nihai durumuna göre ilgili sigorta şirketince kendiliğinden düzeltilecektir. Bu çerçevede kişi lehine doğan prim farkı nihai durumun belli olmasından itibaren 3 iş günü içinde sigorta ettirene iade edilecektir.

V- TIBBİ KÖTÜ UYGULAMAYA İLİŞKİN ZORUNLU MALİ SORUMLULUK SİGORTASININ KAPSAMI

1-Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasında Riziko

Sigorta sözleşmelerinde, sigorta konusu menfaatin ne olduğu ve hangi rizikolara karşı teminat altına alındığı gösterilmelidir²⁰. Tıbbi uygulamaya ilişkin zorunlu mali sorumluluk sigortası, dış hekimleri dâhil olmak üzere hekimlerin mesleki faaliyetini ifa ederken tıbbi kötü uygulamaları sebebiyle verdikleri zararlardan doğan sorumluluklarını sigorta teminatı altına almaktadır.

¹⁹ Bkz. Ek.1.

²⁰ Çeker, Mustafa: Yargıtay Kararları Işığında Sigorta Hukuku, Adana 2004, s.53.

Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları, talep esas (claims made) olarak bilinen tekniğe göre düzenleme getirmiştir ²¹. Buna göre, serbest ya da kamu veya özel sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışan tabipler, diş tabipleri ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanların poliçede belirtilen mesleki faaliyetini icra ederken, sözleşme tarihinden önceki on yıllık dönemdeki veya sözleşme süresi içinde mesleki faaliyeti nedeniyle verdiği zararlara bağlı olarak sözleşme süresi içinde kendisine yapılan tazminat taleplerine, bu taleple bağlantılı yargılama giderleri, hükmolunacak faize ve sigortalı aleyhine ileri sürülen tazminat talebine ilişkin makul giderlere karşı poliçede belirtilen limitler dâhilinde sigorta teminatı sağlanmaktadır. Poliçede mesleki faaliyetin yerinin belirtilmemesi veya eksik belirtilmiş olması poliçe kapsamını etkilemez.

Sorumluluk sigortası sözleşmenin yapıldığı tarihten geriye doğru on yıllık geçmişe etkili bir koruma sağlamaktadır. On yıllık dönemin başlangıcı 30 Temmuz 2009'u geçemeyecektir. Sigorta sözleşmesinden önceki on yıllık dönemde, sigortalının mesleki faaliyeti nedeniyle verdiği zararlara bağlı talepler, sigorta sözleşmesi süresi içinde yapılmak kaydıyla sigorta teminatı kapsamındadır. Bir aydan fazla sigortasız kalınan dönemlerde meydana gelen olaylara bağlı olarak sigortalı dönemde yapılan ihbarlar içinse sigorta koruması yoktur. Sigortalı hekimin mesleki faaliyetine son vermesi halinde son sigorta sözleşmesindeki mesleki faaliyetinden dolayı sözleşmenin bitiş tarihinden iki yıl sonrasına kadar ortaya çıkabilecek talepler de teminat dâhiline alınmıştır.

2-Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasında Himaye

Sigorta, mevcut bir malvarlığı durumunu veya bir şahsı, sigorta edilen rizikonun gerçekleşmesi sonucunda ortaya çıkacak aleyhte değişiklik hali için himaye etmektedir. Türk Ticaret

²¹ Ünán, Samim: Zorunlu Hekim Sorumluluğu Sigortası Genel Şartlar Şerhi, Sigorta Hukuku Türk Derneği, İstanbul 2012, s.10.

TIBBİ KÖTÜ UYGULAMAYA İLİŞKİN ZORUNLU MALİ SORUMLULUK SİGORTASI

Kanunu md.1409'da, sigortacı sözleşmede öngörülen rizikonun gerçekleşmesinden doğan zarardan ve bedelden sorumlu olduğu kabul edilmiştir. Dolayısıyla sigortacı, sigorta sözleşmesinde yazılı hasarlardan sorumlu olacaktır.

Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasında, hekime yapılan tazminat taleplerine ve bu taleple bağlantılı yargılama giderleri ile hükmolunacak faize ve sigortalı aleyhine ileri sürülen tazminat talebine ilişkin makul giderlere karşı poliçede belirlenen limitler dâhilinde teminat sağlamaktadır. Sözleşmede öngörülen rizikolardan herhangi birinin veya bazılarının sigorta teminatı dışında kaldığını ispat yükü sigortacıya aittir.

TTK md. 1474 'de, sigortalı aleyhine bir istem ileri sürüldüğünde, isteme ilişkin makul giderler sigortacı tarafından karşılanacağı kabul edilmiştir. Sigorta bedelini aşan giderlerin ödenebilmesi için sigorta sözleşmesinde hüküm bulunmalıdır. Sigortacı, sigortalının istemi üzerine, giderler için avans vermek zorundadır. Dolayısıyla sigortalının kendi kararı ile tazminat talebine ilişkin yaptığı makul giderler sigorta teminatı kapsamında sigortacı tarafından karşılanacaktır. Örneğin sigortalın yaptırdığı laboratuvar incelemeleri, danışmanlıklar, görüşler vb..dir.

Getirilen bu düzenleme mal sigortalarında söz konusu olan zararı önleme azaltma yükümlülüğünün bir anlamda sorumluluk sigortalarındaki uzantısıdır. Sigortalının kendi haklarını korumak için yapmış olduğu girişimler sigortacının ödeyeceği tazminat miktarına da etki edeceğinden bu nedenle yapılan masrafların sigorta teminatı içinde olduğu kabul edilmiştir. Ancak, yapılan masrafların sigorta teminatını aşması halinde karşılanabilmesi sözleşmede hüküm bulunmasına bağlanmıştır. Hakkı koruyucu işlemlerden doğan masraflar büyük meblağlara ulaşabilir bu da sigortacının önceden sınırlarını tahmin edemediği bir teminatla karşı karşıya kalmasına sebep olabilir.

Mahkeme tarafından sigortalı aleyhine hükmedilecek yargılama giderleri ve sigortalı aleyhine tazminata bağlı olarak

hükmedilen faiz de sigorta teminatı kapsamında sigortacı tarafından karşılanacaktır. Mahkeme kararının yerine getirilmesine kadar işleyecek faiz de kanaatimce sigortacı tarafından karşılanmalıdır.

Her bir olay için uygulanacak azami teminat limiti 400.000 TL'dir. Hiçbir durumda sözleşme kapsamında ödenecek teminat limiti 1.800.000 TL'yi aşamayacaktır.

3-Sigorta Himayesi Dışında Kalan Haller

Rizikoda olduğu gibi sigorta edilen ilişki bakımından da bazı muafiyetler mevcuttur. Hekim zorunlu sorumluluk sigortası, sigortalının Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde ifa ettiği mesleki faaliyetlerini koruma altına almaktadır.

Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasına Genel şartların A.3'de sigorta teminatı dışında kalan haller revize edilerek 26.07.2014 tarih 29072 sayılı Remi Gazete'de yayınlanmıştır.

Sigortalının, poliçe kapsamında yer alan ve sınırları hukuk kuralları veya etik kurallar ile tespit edilen mesleki faaliyeti dışındaki faaliyetlerinden kaynaklanan tazminat talepleri sigorta koruması dışında tutulmuştur.

İnsani görevin yerine getirilmesi hariç, sigortalının, sigorta primine destek veren kuruluşların sorumluluk alanı dışındaki faaliyetlerden kaynaklanan tazminat taleplerini sigorta teminatı dışında tutulmuştur. Hekim birden fazla sağlık kurumunda çalışıyor veya kısmi zamanlı çalışmalar yapıyorsa sadece sigorta primine destek veren yerdeki mesleki faaliyetleri sigorta kapsamında tutulmuştur. Hekimlere birden fazla sigorta poliçesi satın alma yükümlülüğü getiren bu düzenlemenin sigortalının menfaatinin korunması ilkesine ve hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu kanaatindeyiz. Hekimin insani görevi yerine getirilmesi amacıyla yaptığı mesleki faaliyetinden kaynaklı tazminat talepleri sigorta koruması altına alınmıştır.

Hekimin idari ve adli para cezaları dâhil maruz kaldığı her

TIBBİ KÖTÜ UYGULAMAYA İLİŞKİN ZORUNLU MALİ SORUMLULUK SİGORTASI

türlü ceza ve cezai şartlar ile her türlü deneyden kaynaklanan tazminat talepleri de sigorta sözleşmesinin koruması dışında tutulmuştur.

VI-TIBBİ KÖTÜ UYGULAMAYA İLİŞKİN ZORUNLU MALİ SORUMLULUK SİGORTASININ TARAFLARIN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

1-Rizikoya İlişkin Olarak Sigorta Ettirenin ve Sigortalının Yükümlülükleri

Sigorta ettirenin, sigorta sözleşmesi ile sağlanan sigorta himayesinden yararlanabilmesi için bazı yükümlülükleri yerine getirmesi gerekmektedir. Sigorta ettiren veya sigortalı bu yükümlülüklerini yerine getirmez ise sigorta himayesinden yararlanma hakkını kaybetme tehlikesi ile karşı karşıya kalabilecektir.

Sigorta sözleşmenin önemli bir unsuru olan riziko, genel tabir ile tehlike zarar verici özellikleri olan olayların gerçekleşmesi ihtimali olarak tanımlanmaktadır²². Rizikonun gerçekleştiği anın, tazminat ödenmesine kadar geçen zaman aralığı içerisindeki yerinin belirlenmesi, sigorta himayesinin zaman yönünden sınırının tespiti ve sigortacının garanti yükümünün kapsamının belli olması açısından önem arz eder²³.

Tıbbi kötü uygulamaya ilişkin mali sorumluluk sigortası genel şartlar B.1’de, sigorta sözleşmesinin konusuna ilişkin olarak sigortalının kendisine tazminat talebinde bulunduğu öğrendiği ya da zarar görenin doğrudan doğruya sigortacıya başvurduğu anda riziko gerçekleşmiş sayılır. Sigortalı veya sigorta ettiren haberdar olduğu andan itibaren rizikonun gerçekleştiğini sigortacıya derhal bildirmekle yükümlüdür. Rizikonun gerçekleşmesi sigortalı hekimin veya sigorta ettirenin bildirim yükümlülüğünü başlattığından, öğrenmenin yapılan bir tebligatla ya da hukuki takibe bağlı kılınmaması uygula-

²² Ulaş, Işıl: Uygulamalı Sigorta Hukuku Mal ve Sorumluluk Sigortaları, Ankara 2005, 4.Bası, s. 32.

²³ Şenocak, Kemal: Mesleki Sorumluluk Sigortası, 1.Bası, s.78.

mada belirsizliklere neden olabilecektir. Bildirimin yapılması veya geç yapılması sigortacı tarafından ödenecek tutarın artmasına sebep olmuşsa, kusurun ağırlığına göre indirim uygulanacaktır. Sigortalı hekim bildirimde müteakip tazminat talebine ve cezai kovuşturmayaya ilişkin olarak aldığı ihbarname, davetiye ve benzeri tüm belgeleri gecikmeksizin sigortacıya da vermelidir.

TTK md. 1448'de sigorta ettiren kimse zararı önlemeye, azaltmaya ve sigortacının rücu haklarını korumaya yarayacak tedbirleri almakla yükümlü olduğu düzenlenmiştir. Bu maddeye paralel düzenleme mali sorumluk sigortası genel şartlarının B.2.c-ç hükmünde yer almaktadır. Buna göre, sigortalı ve sigorta ettiren sigorta sözleşmesi yokmuş gibi gerekli her türlü önlemi almak ve bu amaçla sigortacı tarafından verilecek mesleki faaliyet dışındaki sigortacılıkla ilgili makul talimatlara uymakla yükümlüdür. Sigorta ettiren mümkün olan ve kendisinden beklenebilecek tedbirleri almakla yükümlüdür.

Sigorta ettiren/sigortalı rizikonun ortaya çıkmasına engel olmak gibi bir imkâna sahipse ve buna rağmen sonucun ortaya çıkmasına engel olmak için bir çaba içerisinde değilse ya da bu çabayı göstermemesinin nedeni içinde bulunduğu ekonomik koşullar, yeterli zaman gibi faktörlerse bu durumda ihmali söz konusudur²⁴.

Sigorta ettiren/sigortalı, sigortacının talebi üzerine, olayın ve zararın nedeni ile hangi hal ve şartlar altında gerçekleştiğini ve sonuçlarının tespitine; tazminat yükümlülüğü ve miktarı ile rücu hakkının kullanılmasına yarayacak, elde edilmesi mümkün bilgi ve belgeleri makul sürede vermekle yükümlüdür. Bilgi verme yükümlülüğü, somut olayın aydınlatılmasına ilişkin her şeyi kapsar²⁵. Zararı doğuran olayın münferit unsurlarını sigortacıya bildirmek ve kendisine yönelik soruları cevaplamakla yükümlüdür. Zarar olayının aydınlığa kavuşması için kendisinden istenen ve işe yarayacak belgeleri de vermek

²⁴ Mahmutoğulları, a. g.e, s.103

²⁵ Gülaslan Aksoy, Pınar: Sağlık Çalışanı –Hasta İlişkisinde Güncel Konular, "Mesleki Mali Sorumluluk Sigortası", s.105,

zorunda olduğu her ne kadar genel şartlarda düzenlenmiş ise de, bu hüküm hekim-hasta ilişkisindeki hekimin sır saklama yükümlülüğüne aykırılık teşkil edebilecek niteliktedir. Hekim hasta ilişkisi içindeki sır saklama yükümlülüğü Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nün 4. Maddesinde, Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın 9. Maddesinde ve Hasta Hakları Yönetmeliğinin 21.maddesinde düzenlenmiştir.

2-Rizikoya İlişkin Olarak Sigortacının Hak, Borç ve Yükümlülükleri

Sorumluluk sigortasında ve dolayısıyla mesleki sorumluluk sigortasında, sigorta ettiren ve sigortalı, sigortacı karşısında üçüncü kişinin ileri sürdüğü haklı ve haksız tazminat taleplerinden kurtulmaya yönelik birleşik bir talep hakkına sahiptir²⁶. Sigorta ettiren üçüncü kişinin ileri sürdüğü tazminat talebinden kurtarılmaya yönelik talebini sigortacıya iletir. Burada sigorta ettirenin talebinin kurtarılmaya talebi olduğu doktrinde kabul edilmektedir²⁷. Sigortacının üçüncü kişilerin tazminat taleplerinin kabulü ya da bertaraf edilmesi yönünde hareket edip etmeyeceği, sigortacının takdirindedir.

Hekim sorumluluk sigortası genel şartları B.3.4.'de sigortacının yapacağı hukuki yardım ve takdir hakkı düzenlenmiştir. Sigortacı, sigortalı tarafından usulüne uygun olarak bildirimde bulunulması ya da zarar gören tarafından kendisine doğrudan talepte bulunulmasından itibaren beş gün içinde, zarara uğrayanın istemleriyle ilgili olarak ve sigortalının adına, fakat sorumluluk ve tüm giderler kendisine ait olmak üzere, gerekli hukuki işlemlerin gerçekleştirilip, kararların alınmasını ve ayarınca savunmaya yardımda bulunmayı üstlenip üstlenmeyeceğini sigortalıya bildirir. Bu sürenin sonuna kadar yapılması zorunlu işlemleri sigortalı yürütür. Sigortacı yapacağı işlemlerde sigortalının hak ve menfaatlerini göz etmek zorundadır.

²⁶ Şenocak, a. g. e, s.142.

²⁷ Şenocak, a. g. e, s.142.

Sigortacı, zararı önleme, azaltma, artmasına engel olma ve rücu haklarının korunmasına yönelik sigortalının yaptığı makul giderleri, bunlar faydasız kalmış olsalar bile, sigorta tazminatından ayrı olarak tazmin eder. Sigorta ettirenin istemi üzerine giderlerin karşılanması ve amacıyla gerekli tutarı avans olarak ödemelidir. Burada giderler ve ödenecek avans ile ilgili herhangi bir sınırlamaya yer verilmemiş ise de giderler sigorta bedeline dâhildir. Zarar görene tazminat olarak ödenmesi gereken tutar ile makul giderler toplamı olay başına uygulanacak limiti aşsa dahi, sigortacı bu toplamı ödemekle yükümlü olacaktır²⁸.

VII- TIBBİ KÖTÜ UYGULAMAYA İLİŞKİN ZORUNLU MALİ SORUMLULUK SİGORTASINDA TAZMİNATIN ÖDENMESİ

Tıbbi kötü uygulamaya ilişkin mali sorumluluk sigortasında, hekimin mesleki faaliyeti sebebiyle zarar gören üçüncü kişilerin tazminat talepleri, bu taleplerle bağlı yargılama giderleri ve hükmolunacak faiz, tazminata talebine ilişkin makul giderler, sigorta bedeli sınırları içinde sigorta tazminatı olarak sigortacı tarafından sigorta sözleşmesine uygun olarak ödenir.

Sigorta tazminatı, rizikonun gerçekleşmesi müteakip ve rizikoyla ilgili belgelerin sigortacıya verilmesinden sonra sigorta edimine ilişkin araştırmalar bitince ve her halde rizikonun gerçekleştiğine ilişkin bildirim yapılmasından kırkbeş gün sonra muaccel olur. Sigorta poliçesi ekinde hangi bilgi ve belgelerin isteneceği açık olarak ifade edilecektir. Ancak özellikli durumlarda sigortacı tarafından başkaca bilgi ve belge de istenebilir.

Araştırmalar, rizikonun gerçekleştiğine ilişkin bildirim yapılmasından ya da zarar görenin doğrudan sigortacıya başvurmasından başlayarak üç ay içinde tamamlanamamışsa; sigortacı, tazminattan mahsup edilmek üzere, tarafların mutabakatı veya anlaşmazlık halinde mahkemece yaptırılacak ön ekspertiz sonucuna göre süratle tespit edilecek hasar miktarı-

²⁸ Ünán, a.g.e, s.36.

TIBBİ KÖTÜ UYGULAMAYA İLİŞKİN ZORUNLU MALİ SORUMLULUK SİGORTASI

nın en az yüzde ellisini avans olarak öder. Sigortacıyı temerrüt faizinden kurtaracak sözleşme hükümleri geçersizdir.

Hekim mesleki sorumluk sigortasında sigortalının, sigortacının onayını almadan yaptığı sulh sözleşmesine sigorta şirketi tarafından on beş gün içinde onay verilmemişse sigortacıya karşı geçersizdir. Sigortacı haklı olmayan sebeplerle sulhe onay vermekten kaçınmaz.

Sigortacı sigorta sözleşmesi kapsamında ödediği tazminat tutarınca hukuken sigortalı yerine geçer. Sigorta ettiren kimse- nin vaki zarardan dolayı üçüncü şahıslara karşı dava hakkı varsa bu hak tazmin ettiği bedel nispetinde sigortacıya geçer. Bu durum gereğince de sigortalı tarafından açılacak rücu davalarını da ikame etme hak ve yetkisine sahip olacaktır.

TTK md. 1478 'de, zarar gören, uğradığı zararın sigorta bedeline kadar olan kısmını tazminini, sigorta sözleşmesi için geçerli zamanaşımı süresi içinde kalmak şartıyla, doğrudan sigortacıdan isteyebilecektir.

Zorunlu sorumluluk sigortalarında geçerli olan TTK md.1484 genel şartlarda aynen kabul edilen çok önemli bir düzenlemedir. Buna göre; sigortacı, sigortalıya karşı ifa borcundan tamamen veya kısmen kurtulmuş olsa da, zarar gören bakımından ifa borcu, zorunlu sigorta miktarına kadar devam edecektir. Sigortacı, sigortalı hekimle ilişkisindeki savunmalarını zarar gören üçüncü kişiye karşı ileri süremeyecektir²⁹.

TTK 1484 f.3' de zarar, sosyal güvenlik kurumları tarafından karşılandığı ölçüde sigortacının sorumluluğu sona erer. Hekim mesleki faaliyeti sırasında üçüncü kişiye verdiği zararlar nedeniyle sosyal güvenlik kurumu tarafından zarar görene bir ödeme yapılmışsa, zarar bu oranda azaldığından sigortacının da sorumluluğu sona erer. Sosyal güvenlik kurumları tarafından yapılan bu ödemeler genelde tazminat niteliğindeki, üçüncü kişinin zararına ilişkin olarak yapılan ödemelerdir. Örneğin tıbbi kötü uyguma sebebiyle sakat kalmış kişinin tedavi gideri,

²⁹ Ünan, a.g.e, s.57.

tazminat ödemesi vb. sosyal güvenlik kurumunca karşılanmış ise; karşılanan miktar kadar sigortacının sorumluluğu sona erecektir.

5510 sayılı Genel Sağlık Sigortası Hakkındaki Kanun'un 39. Maddesinde üçüncü bir kişinin kastı nedeniyle malul kalan genel sağlık sigortalısına veya yakınlarına bağlanacak aylıkların ilk peşin sermaye değerinin yarısı için Kurumca zarara sebep olanlara rücu edileceği düzenlenmiştir. Örneğin hekimin kasıtlı tıbbi kötü uygulaması nedeniyle ölen kişinin yakınlarına Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından bağlanacak aylıklar hekimine rücu edilecektir. Zarar kasten verildiği için hekim mesleki sorumluluk sigortası bu rücuya karşı koruma sağlamayacaktır.

TTK md.1482 uyarınca sigortacıya yönetilecek tazminat talepleri, sigorta konusu olaydan itibaren on yılda zaman aşımına uğrar. TTK md. 1486 f.2, anılan maddenin zorunlu sigortalarda da uygulanacağını kabul edilmiştir.

SONUÇ

Hekim mesleki sorumluluk sigortası bir yandan hukukun konusu teşkil ederek bir yandan da aslında bir sağlık politikasıdır. Sağlık hizmetlerinin yönetimini ve toplumun sağlık düzeyini etkilemektedir. Tıbbi kötü uygulama kavramı üzerine kurulu bir sigorta olduğundan sağlık sistemi, hekimlerin çalışma şartları, kamu sağlık kuruluşlarının çalışma şekilleri göz ardı edilmiştir. Sağlık sistemindeki teknik aksaklıklar, personel yetersizliği gibi ciddi sıkıntılar dikkate alınmalıdır.

Sigorta Hasar Takip ve Gözetim Merkezinin 2012 yılı istatistiklerine, hekim mesleki sorumluluk sigortası poliçe adedi 131.938 toplanan prim tutarı ise 51.71.057 TL'dir. Hasar dosya adedi 725, toplam muallâk tutarıysa 59.102.002 TL, ödenen tazminat tutarı ise 3.182 TL 'dir³⁰. 01.01.2013-31.12.2013 tarihleri arasındaki toplam poliçe tutarı ise 131.413 'tür³¹. Toplanan prim tutarı büyüklüğü ayrı tartışma konusudur.

³⁰ www.hatmer.org.tr.- e.t: 05.03.2013.

³¹ www.hatmer.org.tr.- e.t: 23.11.2014.

TIBBİ KÖTÜ UYGULAMAYA İLİŞKİN ZORUNLU MALİ SORUMLULUK SİGORTASI

Hekimler, dava riskleri sebebiyle daha çekingen ve savunmaya dayalı tıp uygulamalarında bulunabilirler. Bu da tanı giderlerini artırmasına ve sağlık harcamaların çoğalmasına neden olabilir. Bu sebeple, sağlık sektörünün bir bütün olarak ele alınması ve genel şartlarda bu mantıkla düzenlemelerin yapılmasının gerektiği kanaatindeyiz. Aksi halde sadece sektörler arası para trafiği ve ulusal kaynaktan uluslararası ortama kaynak aktarma sonucunu doğuracaktır.

Ek-1

Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Tarife ve Talimatı

Yayınlanan Tarih: 30.7.2010

Resmi Gazete Tarihi: 21.07.2010

Resmi Gazete No: 27648

Yürürlük Tarihi: 30.07.2010

Bu tarife ve talimat ile 1219 sayılı Kanunun Ek 12 nci maddesi uyarınca yapılan "Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası"nın uygulanmasına ilişkin esaslar belirlenmiştir.

A. TARİFE

1. (Değişik:RG, 19.07.2011-27999, Yürürlük:30.07.2011) Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasında her bir olay için azami teminat tutarı 400.000 TL'dir. Her durumda sözleşme kapsamında ödenecek tazminat miktarı 1.800.000 TL'yi aşamaz
2. Teminat tutarı maddi, manevi tazminat ve yargılama giderleri için geçerlidir.
3. Risk gerçekleşmiş olsa dahi, olay başı azami teminat miktarı sözleşme süresi boyunca aynı kalır.
4. (Değişik:RG, 26.07.2014-29072, Yürürlük:26.07.2014) EK-

1’de yer alan risk gruplarına göre hazırlanmış olan Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası primlerine ilişkin tarife aşağıdadır. İlk kez yapılacak sigortalarda bu prim tutarları uygulanır.

Prim Tutarları (4. Basamak)

Risk Grubu Prim Miktarı (TL)

I. Grup	150
II. Grup	300
III. Grup	500
IV. Grup	750

Prim indirimi ve prim artırımını aşağıdaki tabloda yer alan basamak esasına göre uygulanır.

Basamak İndirimli Prim Zamlı Prim

7	%20
6	%15
5	%10
4	- -
3	%15
2	%30
1	%50

Bir önceki yıl ya da bir önceki sözleşme süresi içinde herhangi bir ihbar ya da tazminat ödemesi yapılmaması durumunda, sonraki sigorta sözleşmesinde uygulanacak prim indirimi oranı bir üst basamağa göre belirlenir. Eğer bir önceki yıl ya da bir önceki sözleşme süresi içinde tazminat ödenmişse, sonraki sözleşme süresi içinde tazminat ödeme sayısı kadar aşağı basamak tarife uygulanır. Üç ve daha fazla tazminat ödemesi için azami zamlı prim % 50, üç ya da daha fazla yıl tazminat ödenmemesi durumunda azami indirim % 20’dir. Sigorta süresinin bir yıldan kısa olduğu sigorta sözleşmelerinde prim indirimi uygulanmaz.

Düzenlenen poliçelerde prim hesaplamasında ödenen hasar dikkate alınır. Ancak, muallak hasarların prim basamak hesa-

TIBBİ KÖTÜ UYGULAMAYA İLİŞKİN ZORUNLU MALİ SORUMLULUK SİGORTASI

bında dikkate alınması halinde, bu şekilde tespit edilen prim ve prim basamağı ilgili muallak verisinin nihai durumuna göre ilgili sigorta şirketince kendiliğinden düzeltilecektir. Bu çerçevede kişi lehine doğan prim farkı nihai durumun belli olmasından itibaren 3 iş günü içinde sigorta ettirene iade edilecektir.

İlgili mevzuata göre izinli sayılması nedeniyle mesleklerini ifa edemeyen tabip, diş tabibi ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanların yeniden mesleki faaliyete başlamaları durumunda izinli sayıldıkları anda mevcut poliçelerindeki basmak esas alınır.

5. Sigorta primleri peşin olarak ödenir.

B. TALİMAT

1. Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası,

a) Kamu sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışan tabipler, diş tabipleri ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar için, sigorta ettiren sıfatıyla kendileri tarafından,

b) Özel sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışan tabipler, diş tabipleri ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanların her biri için ayrı ayrı, sigorta ettiren sıfatıyla kurumları tarafından,

c) Mesleklerini serbest olarak icra eden tabipler, diş tabipleri ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar ile sözleşmeli aile hekimleri için kendileri tarafından, yaptırılır.

ç) (Değişik:RG, 26.07.2014-29072 Yürürlük:26.07.2014) (a), (b) ve (c) bentleri kapsamındaki mesleki faaliyetlerin beraber yürütülmesi durumunda tüm faaliyetler için düzenlenecek poliçede sigorta ettiren sıfatı tabipler, diş tabipleri ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlara aittir.

2. Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası grup sigortası şeklinde yapılamaz.

3. Özel sağlık kurum ve kuruluşları için, sigortalının kurumlar arasında iş değişikliği yapması durumunda, önceki kurum tarafından yaptırılan sigorta sözleşmesinin teminatı devam ediyorsa, yeni kurumun sözleşme süresi sonuna kadar sigorta yaptırma sorumluluğu kalkar.

4. Tabipler, dış tabipleri ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar için Mesleki Sorumluluk Sigortası Genel Şartlarına göre yaptırılmış ihtiyari sigorta var ise ve bu ihtiyari sigorta zorunlu sigortayla verilen teminatın üstü için yapılmamışsa, bu sigorta ile zorunlu sigorta arasında Türk Ticaret Kanununun birden çok sigorta hükümleri uygulanır.

5. Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasının yürürlüğünden önce Mesleki Sorumluluk Sigortası Genel Şartlarına göre yapılmış olan sözleşmeler, taraflar arasında düzenlenecek zeyilname ile zorunlu sigorta hükümlerine uyarlanabilir.

6. Süresinden önce sona eren sözleşmelerde işlemeyen günlere ait primler, sigorta şirketi tarafından gün esası üzerinden sigorta ettirene iade edilir. 7. Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasına dair sözleşmenin yapılması, sona ermesi, risk değişikliği gibi tüm bilgiler sözleşme bazında en geç yirmi dört saat içinde Sigorta Bilgi Merkezine iletilir. İletilen bilgilerin formatı Sigorta Bilgi Merkezi tarafından belirlenir. Sigorta Bilgi Merkezi, kendisine iletilen sigortalı bazındaki sözleşme bilgileri ile Sağlık Bakanlığı nezdindeki ilgili listeleri karşılaştırır. Bu sigortayı yaptırmamış olanların listesini çıkararak Sağlık Bakanlığına ve Hazine Müsteşarlığına iletir. Gereken altyapıyı kurmamış olan sigorta şirketleri gerekli bilişim altyapısını oluşturana kadar bu sigortayı yapamaz.

7. (Değişik:RG, 26.07.2014-29072 Yürürlük:26.07.2014) Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasına dair sözleşmenin yapılması, sona ermesi, risk değişikliği gibi tüm bilgiler sözleşme bazında en geç yirmi dört saat içinde Sigorta Bilgi Merkezine iletilir. İletilen bilgilerin formatı Sigorta Bilgi Merkezi tarafından belirlenir. Gereken altyapı-

TIBBİ KÖTÜ UYGULAMAYA İLİŞKİN ZORUNLU MALİ SORUMLULUK SİGORTASI

yı kurmamış olan sigorta şirketleri gerekli bilişim altyapısını oluşturana kadar bu sigortayı yapamaz. Sigorta Bilgi Merkezi, sigortasını yaptırmamış olanların tespitini teminen elektronik ortamda Sağlık Bakanlığına erişim sağlar.

8. Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası'na ilişkin poliçeler tüm sigorta şirketleri tarafından ekteki (EK-2) formata göre düzenlenir.

9. Kamu sağlık kurum ve kuruluşunda görev yapan sigortalının özel sağlık kurum ve kuruluşunda ve/veya mesleğini serbest olarak icra etmesi halinde bu husus poliçe başlangıcında biliniyor ide poliçe kişinin tüm mesleki faaliyetini kapsayacak şekilde düzenlenir. Bu durumda poliçe primi bu Tarife ve Talimat ile belirlenen prime %35'ten fazla olmamak üzere eklenen tutara göre belirlenir.

Kamu sağlık kurum ve kuruluşlarında görev yapan sigortalının poliçe yürürlükteyken ilgili mevzuata göre özel sağlık kurum ve kuruluşunda ve/veya mesleğini serbest olarak icra etmesi halinde tüm meslek faaliyetini içerecek şekilde tek zeyilname düzenlenir. Bu durumda nihai poliçe primi, bu Tarife ve Talimat ile belirlenen prime %35 tutarında kalan gün esasına göre ilave edilmek suretiyle belirlenir.

10. Özel sağlık kurum ve kuruluşunda çalışan sigortalılar ile mesleğini serbest icra eden sigortalıların, anılan faaliyetleri beraber yürütmesi veya anılan faaliyetlerin birden fazla özel sağlık kuruluşunda yürütülmesi halinde 9 uncu maddedeki hükümler uygulanır.

11. Yukarıdaki 9 uncu maddenin 1 inci paragrafına göre poliçe tanzimi halinde kurumların prime katkısı, poliçe priminin istihdam eden kurum sayısına bölünmesi sureti ile belirlenir.

Yukarıdaki 9 uncu maddenin 2 nci paragrafına göre zeyilname tanzimi halinde ilgili kuruluşların prime katkısı, kalan gün esasına göre hesaplanacak primin istihdam eden kurum sayısına bölünmesi suretiyle belirlenir. poliçe priminin istihdam eden kurum sayısına bölünmesi ile suretiyle belirlenir ve

hesaplanan bu prim tutarına göre ilgili sağlık kurumları arasında aktarım yapılır.

Yukarıdaki 10 uncu maddeye göre tanzim edilen poliçelerde istihdam eden kurumların prime katkısı, ilgisine göre bu maddenin 1 inci veya 2 nci paragraflarında yar alan esaslar göre kıyasen uygulanır.

9 uncu veya 10 uncu maddeye göre poliçe tanzim edildiği durumda poliçe konusu mesleki faaliyetlerde poliçenin sonlanmasını gerektirmeyecek şekilde azalma olması halinde poliçeden herhangi bir prim iadesi yapılmaz. kuruluşlar arasında iade aktarımı yapılır.

C. YÜRÜRLÜK :

Bu Tarife ve Talimat 26.07.2014 tarihinde yürürlüğe girer.

Ek-2

Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları

Resmi Gazete No: 27648

Yürürlük Tarihi: 30.07.2010

Son Değişiklik: RG, 28.08.2012-28395

A. SİGORTANIN KAPSAMI

A.1. Sigortanın Konusu

Bu sigorta sözleşmesi, 1219 sayılı Kanununun Ek 12 nci maddesi çerçevesinde, serbest ya da kamu veya özel sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışan tabipler, dış tabipleri ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanların poliçe kapsamındaki mesleki faaliyeti ifa ederken, sözleşme tarihinden önceki on yıllık dönemdeki veya sözleşme süresi içinde mesleki faaliyeti nedeniyle verdiği zararlara bağlı olarak sözleşme süresi içinde kendisine yapılan tazminat taleplerine ve bu taleple bağlantılı yargılama giderleri ile hükmolunacak faize ve sigortalı aleyhi-

TIBBİ KÖTÜ UYGULAMAYA İLİŞKİN ZORUNLU MALİ SORUMLULUK SİGORTASI

ne ileri sürülen tazminat talebine ilişkin makul giderlere karşı poliçede belirlenen limitler dahilinde teminat sağlar. Ancak on yıllık dönemin başlangıcı 30 Temmuz 2009'u geçemez ve bir aydan fazla sigortasız kalınan dönemlerde meydana gelen olaylara bağlı olarak sigortalı dönemlerde yapılan ihbarlar için sigorta koruması yoktur.

Sigortalının Mesleki faaliyete son vermesi halinde, birinci paragraftaki teminata ek olarak, son sigorta sözleşmesi dönemindeki mesleki faaliyetinden dolayı sözleşmenin bitiş tarihinden iki yıl sonrasına kadar ortaya çıkabilecek talepler de teminat dahilindedir.

(Değişik: RG, 26.07.2014-29072 Yürürlük: 26.07.2014) Bu sigorta sözleşmesi Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Tarife ve Talimatının 9, 10 ve 11 inci maddeleri çerçevesinde sigortalının tüm mesleki faaliyetini kapsar. Poliçede mesleki faaliyetin yerinin belirtilmemesi veya eksik belirtilmiş olması poliçe kapsamını etkilemez.

Bu Genel Şartların uygulamasında kamu sağlık kurum ve kuruluşları 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununa ekli cetveller kapsamındaki idare, kurum ve kuruluşlar nezdindeki sağlık kuruluşlarını kapsar. Kamu sağlık kurum ve kuruluşları için tümünü kapsayacak tek poliçe düzenlenir. Bu kuruluşlar bünyesinde görevli sigortalının naklen atama, geçici görevlendirme ve sair sebeplerle anılan kuruluşlar içinde mesleğini yürütmesi halinde ilave sözleşme düzenlenmez veya prim talep edilmez.

Bu poliçe, kamu sağlık kurum ve kuruluşunda çalışan sigortalının kendi görev yeri ve branşı dışında da olsa ilgili mevzuat çerçevesinde görevlendirildiği yer ve branşlardaki faaliyetlerini de ilave sözleşme düzenlenmeksizin veya prim tahsil edilmeksizin kapsar.

Ayrıca, ilgili mevzuat uyarınca, aile hekimlerinin acil sağlık hizmeti sunmak üzere görevlendirilmeleri durumunda sigortalının mevcut poliçesi, söz konusu mesleki faaliyetleri ilave

sözleşme düzenlenmeksizin veya prim tahsil edilmeksizin kapsar.

A.2. Sigortanın Coğrafi Sınırı

Bu sigorta, sigortalının Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde ifa ettiği mesleki faaliyetler için geçerlidir.

A.3. Teminat Dışında Kalan Haller (Değişik: RG, 26.07.2014-29072 Yürürlük: 26.07.2014)

Aşağıdaki haller teminat kapsamı dışındadır:

- a) Sigortalının, poliçe kapsamında yer alan ve sınırları hukuk kuralları veya etik kurallar ile tespit edilen mesleki faaliyeti dışındaki faaliyetlerinden kaynaklanan tazminat talepleri.
- b) İnsani görevin yerine getirilmesi hariç, sigortalının, poliçe kapsamındaki kuruluşların sorumluluk alanı dışındaki faaliyetlerinden kaynaklanan tazminat talepleri.
- c) İdari ve adli para cezaları dahil her tür ceza ve cezai şartlar.
- ç) İlgili mevzuatla belirlenen çerçevede tıbbi mesleki faaliyet gereği yapılanlar hariç her türlü deneyden kaynaklanan tazminat talepleri.

A.4. Sigortanın Başlangıcı ve Sonu

Sigorta, poliçede başlama ve sona erme tarihleri olarak yazılan günlerde, aksi kararlaştırılmadıkça, Türkiye saati ile öğlen saat 12.00'de başlar ve öğlen saat 12.00'de sona erer.

B. ZARAR VE TAZMİNAT

B.1. Rizikonun Gerçekleşmesi

Sigorta sözleşmesinin konusuna ilişkin olarak sigortalının kendisine tazminat talebinde bulunduğu ya da zarar görenin doğrudan doğruya sigortacıya başvurduğu anda riziko gerçekleşmiş sayılır.

B.2. Rizikoya İlişkin Olarak Sigorta Ettirenin ve Sigortalının Yükümlülükleri

Sigortalı ve sigorta ettiren, aşağıdaki hususları yerine getirmekle yükümlüdür:

- a) Haberdar olduğu andan itibaren rizikonun gerçekleştiğini, derhal sigortacıya bildirmek,
- b) Sigortalının sorumluluğunu gerektirecek olayları, on gün içinde, sigortacıya bildirmek
- c) Sigorta sözleşmesi yokmuş gibi imkanları ölçüsünde zararın önlenmesi, azaltılması ve artmasının önlenmesi için gerekli her türlü önlemi almak ve bu amaçla sigortacı tarafından verilecek mesleki faaliyet dışındaki sigortacılıkla ilgili makul talimatlara uymak,
- ç) Sigortacının talebi üzerine, olayın ve zararın nedeni ile hangi hâl ve şartlar altında gerçekleştiğinin ve sonuçlarının tespitine; tazminat yükümlülüğü ve miktarı ile rücu hakkının kullanılmasına yarayacak, elde edilmesi mümkün bilgi ve belgeleri makul sürede vermek,
- d) Zarardan dolayı, dava yolu ile veya başka yollarla bir tazminat talebi karşısında kaldığı veya aleyhine cezai kovuşturmaya geçildiği hâllerde, durumdan sigortacıyı derhal haberdar etmek ve tazminat talebine ve cezai kovuşturmaya ilişkin olarak almış olduğu ihbarname, davetiye ve benzeri tüm belgeleri gecikmeksizin sigortacıya vermek,
- e) Sigorta konusu ile ilgili başka sigorta sözleşmesi varsa bunları sigortacıya bildirmek.

B.3. Rizikoya İlişkin Olarak Sigortacının Hak, Borç ve Yükümlülükleri

B.3.1. Giderlerin Ödenmesi

Sigortacı, zararı önleme, azaltma, artmasına engel olma ve rücu haklarının korunmasına yönelik sigortalının yaptığı ma-

kul giderleri, bunlar faydasız kalmış olsalar bile, sigorta tazminatından ayrı olarak tazmin eder. Sigortacı, sigorta ettirenin istemi üzerine giderlerin karşılanması amacıyla gerekli tutarı avans olarak ödemek zorundadır.

B.3.2. Tazminata İlişkin Avans Verilmesi

Sigortacı, sigortalının talebi üzerine, tazminat talebine ilişkin giderler için avans vermek zorundadır.

B.3.3. Tazminatın Ödenmesi

Rizikonun gerçekleşmesi hâlinde, özel durumlar hariç olmak üzere, hangi belgelerin istenileceği poliçe ekinde açık ve anlaşılır şekilde yer almak zorundadır.

Sigorta tazminatı, rizikonun gerçekleşmesini müteakip ve rizikoyla ilgili belgelerin sigortacıya verilmesinden sonra sigortacının edimine ilişkin araştırmaları bitince ve her hâlde rizikonun gerçekleştiğine ilişkin bildirim yapılmasından kırkbeş gün sonra muaccel olur. Sigortacıya yüklenemeyen bir kusurdan dolayı inceleme gecikmişse süre işlemez.

Araştırmalar, rizikonun gerçekleştiğine ilişkin bildirim yapılmasından ya da zarar görenin doğrudan sigortacıya başvurmasından başlayarak üç ay içinde tamamlanamamışsa; sigortacı, tazminattan mahsup edilmek üzere, tarafların mutabakatı veya anlaşmazlık hâlinde mahkemece yaptırılacak ön ekspertiz sonucuna göre süratle tespit edilecek hasar miktarının en az yüzde ellisini avans olarak öder. Borç muaccel olunca, sigortacı ihtara gerek kalmaksızın temerrüde düşer.

Sigortacının temerrüt faizi ödeme borcundan kurtulmasını öngören sözleşme hükümleri geçersizdir.

B.3.4. Sigortalıya Yardım

Sigortacı, sigortalı tarafından usulüne uygun olarak bildirimde bulunulması ya da zarar gören tarafından kendisine doğrudan talepte bulunulmasından itibaren beş gün içinde,

TIBBİ KÖTÜ UYGULAMAYA İLİŞKİN ZORUNLU MALİ SORUMLULUK SİGORTASI

zarara uğrayanın istemleriyle ilgili olarak ve sigortalının adına, fakat sorumluluk ve tüm giderler kendisine ait olmak üzere, gerekli hukuki işlemlerin gerçekleştirilip, kararların alınmasını ve ayrıca savunmaya yardımda bulunmayı üstlenip üstlenmeyeceğini sigortalıya bildirir. Bu sürenin sonuna kadar yapılması zorunlu işlemleri sigortalı yürütür. Sigortacı yaptığı işlemlerde sigortalının hak ve menfaatlerini gözetir.

Sigortacı bildirimde bulunmamışsa, sigortalı aleyhine kesinleşen tazminatı öder. Ancak, sigortalının sigortacının onayını almadan yaptığı sulh sözleşmesi, bildirimden itibaren onbeş gün içinde onay verilmemişse, sigortacıya karşı geçersizdir; sigortacı haklı olmayan sebeplerle sulhe onay vermekten kaçınmaz.

B.3.5. Sigortacının Zarar Görenden Bilgi Alma Hakkı

Sigortacı, zarara sebep olan olayın ve zarar miktarının belirlenmesi amacıyla, zarar görenden bilgi isteyebilir. Zarar gören, sağlanması ihtimali bulunan ve istenilmesi haklı görülebilecek ilgili tüm belgeleri sigortacıya vermek zorundadır. Zarar görenin bu zorunluluğa uymaması hâlinde, durumun zarar görene yazılı bildirilmiş olması kaydıyla, sigortacının sorumluluğu, zorunluluk yerine getirilmiş olsaydı ödemek zorunda kalacağı miktarla sınırlıdır.

B.3.6. Zarar Görenle İlişkide İfa Yükümlülüğü

Sigortacı, sigortalıya karşı ifa borcundan tamamen veya kısmen kurtulmuş olsa da, zarar gören bakımından ifa borcu, zorunlu sigorta miktarına kadar devam eder.

Sigorta ilişkisinin sona ermesi, zarar görene karşı ancak sigortacının sözleşmenin sona erdiğini veya ereceğini yetkili mercilere bildirmesinden bir ay sonra hüküm doğurur.

Zarar, sosyal güvenlik kurumları tarafından karşılandığı ölçüde sigortacının sorumluluğu sona erer.

B.4. Halefiyet

Sigortacı, ödediği tazminat tutarınca, hukuken sigortalının yerine geçer.

B.5. Doğrudan Dava Hakkı

Zarar gören, uğradığı zararın sigorta bedeline kadar olan kısmının tazminini, sigorta sözleşmesi için geçerli zamanaşımı süresi içinde kalmak şartıyla, doğrudan sigortacıdan isteyebilir.

B.6. Sigortacının Sigortalıya Rücu Hakkı (Değişik: RG, 26.07.2014-29072 Yürürlük: 26.07.2014)

Sigorta ettirene başlıca şu nedenlerle rücu edilir:

- a) Mesleki faaliyetin ifası sırasında sigortalı tarafından kasten sebep olunan her tür olay ile davranışları,
- b) Sigortalı veya çalıştırdığı kişilerin, poliçe kapsamındaki mesleki faaliyeti ifa ederken alkol, uyuşturucu ya da narkotik maddelerin tesiri altında bulunması sonucunda meydana gelen olaylar,
- c) Sigortalının talebi üzerine zeyilname yapılması gereken durumlarda sigortalının bu talepte bulunmaması halinde ödenen tazminatın eksik prim oranına denk gelen kısmı sigortalıya rücu edilir.

C. ÇEŞİTLİ HÜKÜMLER

C.1. Sigorta Priminin Ödenmesi ve Sigortacının Sorumluluğunun Başlaması

Sigortacının sorumluluğu, primin ödenmesi ile başlar. Aksi kararlaştırılmadıkça, primin ödenmemesi hâlinde, poliçe teslim edilmiş olsa dahi sigortacının sorumluluğu başlamaz ve bu şart poliçeye yazılır.

C.2. Sigortalı ve Sigorta Ettirenin Sözleşme Yapıldığı Sırada

Beyan Yükümlülüğü (Değişik: RG, 26.07.2014-29072
Yürürlük: 26.07.2014)

Sigorta ettiren sözleşmenin yapılması sırasında bildiği veya bilmesi gereken tüm önemli hususları sigortacıya bildirmekle yükümlüdür. Sigortacıya bildirilmeyen, eksik veya yanlış bildirilen hususlar, sözleşmenin değişik şartlarda yapılmasını gerektirecek nitelikte ise önemli kabul edilir. Sigortacı tarafından yazılı veya sözlü olarak sorulan hususlar, aksi ispat edilinceye kadar önemli sayılır.

Sigortacı sigorta ettirene, cevaplaması için sorular içeren bir liste vermişse, sunulan listede yer alan sorular dışında kalan hususlara ilişkin olarak sigorta ettirene hiçbir sorumluluk yüklenemez; meğerki, sigorta ettiren önemli bir hususu kötü niyetle saklamış olsun. Sigortacı için önemli olan bir husus bildirilmemiş veya yanlış bildirilmiş olduğu takdirde, sigortacı onbeş gün içinde prim farkı isteyebilir. Önemli hususun sigorta ettirenin kusuru sonucu öğrenilememiş olması veya sigorta ettiren tarafından önemli sayılmaması durumu değiştirmez

C.3. Sözleşmenin Devamı Sırasındaki Beyan Yükümlülüğü

(Değişik: RG, 26.07.2014-29072 Yürürlük: 26.07.2014)

Sigorta ettiren, sözleşmenin yapılmasından sonra, sigortacının izni olmadan rizikoyu veya mevcut durumu ağırlaştırarak tazminat tutarının artmasını etkileyici davranış ve işlemlerde bulunamaz.

Sigorta ettiren veya onun izniyle başkası, rizikonun gerçekleşme ihtimalini artırıcı veya mevcut durumu ağırlaştırıcı işlemlerde bulunursa yahut sözleşme yapılırken açıkça riziko ağırlaşması olarak kabul edilmiş bulunan hususlardan biri gerçekleşirse derhal; bu işlemler bilgisi dışında yapılmışsa, bu hususu öğrendiği tarihten itibaren en geç on gün içinde durumu sigortacıya bildirir.

Sigortacı sözleşmenin süresi içinde, rizikonun gerçekleş-

mesi veya mevcut durumun ağırlaşması ihtimalini ya da sözleşmede riziko ağırlaşması olarak kabul edilebilecek olayların varlığını öğrendiği takdirde prim farkı isteyebilir.

C.4. Sigorta Ettirenin ve Sigortalının Durumu

Sigorta ettirenin bilgisine ve davranışına hukuki sonuç bağlanan durumlarda, sigortadan haberi olması şartı ile sigortalının da lehtarın bilgisi ve davranışı da dikkate alınır.

C.5. Tebliğ ve İhbarlar

Sigortalının ve sigorta ettirenin bildirimleri, sigorta şirketinin merkezine veya sigorta sözleşmesi yapan ya da yapılmasına aracılık eden acenteye yapılır.

Sigortacının bildirimleri de sigortalıya karşı yapılacaksa sigortalının, sigorta ettirene karşı yapılacaksa sigorta ettirenin son bildirilen adresine noter eliyle veya taahhütlü mektupla yapılır.

Taraflara imza karşılığı elden verilen mektup veya telgrafla yapılan bildirimler de taahhütlü mektup hükmündedir. Güvenli elektronik imza kullanılarak elektronik ortamda yapılan ve sigortacıya, sigortalıya ve sigorta ettirene ulaştığı kanıtlanabilen bildirimler de geçerli sayılır.

C.6. Sigorta Sözleşmesinin Son Bulması

Sigorta sözleşmesi; poliçede tanımlanan mesleki faaliyete son verilmesi, sigortacının iflası, sözleşmenin feshi ve sözleşmeden cayılma hâllerinde son bulur.

Mevzuattan kaynaklanan özel hükümler saklı kalmak kaydıyla sözleşmenin son bulması durumunda işlemeyen günlere ait prim sigorta ettirene iade olunur.

C.7. Özel Fesih Nedenleri

(Değişik: RG, 26.07.2014-29072 Yürürlük: 26.07.2014)

TIBBİ KÖTÜ UYGULAMAYA İLİŞKİN ZORUNLU MALİ SORUMLULUK SİGORTASI

Sigortacının iflası, konkordato ilan etmesi, ilgili sigorta dalına ilişkin ruhsatının iptal edilmesi veya sözleşme yapma yetkisinin kaldırılması gibi hallerde; sigorta ettiren, bu olguları öğrendiği tarihten itibaren bir ay içinde, teminatsızlığa yol açmayacak şekilde yeni bir poliçe yapmak şartıyla sigorta sözleşmesini feshedebilir.

Sigorta ettiren, aciz haline düşen veya hakkında yapılan takip semeresiz kalan sigortacıdan, taahhüdünün yerine getirileceğine ilişkin teminat isteyebilir. Bu istemden itibaren bir hafta içinde teminat verilmemiş ise sigorta ettiren, teminatsızlığa yol açmayacak şekilde yeni bir poliçe yapmak şartıyla sözleşmeyi feshedebilir

C.8. Ticari ve Mesleki Sırların Saklı Tutulması

Sigortacı ve sigortacı adına hareket edenler bu sözleşmenin yapılması dolayısıyla sigortalıya ve sigorta ettirene ilişkin öğreneceği sırların saklı tutulmamasından doğacak zararlardan sorumludur.

C.9. Zamanaşımı

Sigorta sözleşmesinden doğan bütün istemler, alacağın muaccel tarihten başlayarak iki yıl ve sigorta tazminatına ilişkin istemler her halde rizikonun gerçekleştiği tarihten itibaren on yıl geçmekle zaman aşımına uğrar.

C.10. Özel Şartlar

Taraflar, sigorta ettiren ve sigortalının aleyhine olmamak üzere özel şartlar kararlaştırabilir

KAYNAKÇA

Battal YILMAZ, Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Adalet Y., 2.Bası, Ankara 2010,

Çetin AŞÇIOĞLU, Tıbbi Yardım ve Elatmalardan Doğan Sorumluluklar, Ankara 1993,

Av. Pınar AKSOY GÜLASLAN

- Cemal ÖZTÜRKLER, Hukuk uygulamasında Tıbbi Sorumluluk Teşhis, Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları.
- Haluk TANDOĞAN, Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara 1961.
- Hakan HAKERİ, Tıp Hukuku, Ankara 2007
- Kemal ŞENOCAK, Mesleki Sorumluluk Sigortası, Ankara 2000, 1.Bası
- Kemal ŞENOCAK, Hekimin Mesleki Sorumluluk Sigortası, Ankara Barosu Sağlık Hukuku Kurultayı, 1-3 Kasım 2007- Ankara.
- Mehmet AYAN, Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara 1991.
- Mustafa ÇEKER, Yargıtay Kararları Işığında Sigorta Hukuku, Adana 2004
- Pınar AKSOY GÜLASLAN, Sağlık Çalışanı -Hasta İlişkisinde Güncel Konular, "Mesleki Mali Sorumluluk Sigortası ", Editör Nazmi Zengin, Kardelen Yayınları, Konya 2012.
- Rayegan KENDER, Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku I, Beta Yayınları, İstanbul 2001.
- Samim ÜNAN, Zorunlu Hekim Sorumluluğu Sigortası Genel Şartlar Şerhi, Sigorta Hukuku Türk Derneği, İstanbul 2012
- Işıl ULAŞ, Uygulamalı Sigorta Hukuku Mal ve Sorumluluk Sigortaları, Ankara 2005, 4.Bası.
- www.hatmer.org.tr

TIBBİ MALPRAKTİS VE TIBBİ BİLİRKİŞİLİK

*Prof. Dr. Gürol CANTÜRK**

Adli olaylarda bilgisinden yararlanan kişilere bilirkişi denir. Bilirkişi geçmişte ehl-i hibre=ehl-i vukuf olarak da adlandırılmakta ve bir konu hakkında bilgi sahibi olan kişi şeklinde tanımlanmaktadır.

Ceza Muhakemesi Kanunu'na (CMK) göre; Bilirkişi bir sorunun çözümü için **uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi** gerektiren hallerde oy ve görüşünü sözlü ya da yazılı olarak vermesi için başvurulmuş gerçek veya tüzel kişi olarak tanımlanmaktadır. Bu nedenle hemen her meslek grubundan ehil kişiler bilirkişi olabildiği gibi hekimler de ehil oldukları tıbbi konularda bilirkişi olabilmektedirler. Bilirkişilik uygulamalarında aydınlatılması istenen konularda görüş bildirilirken bu görüşe ulaşmayı sağlayan gerekçeler, günümüzdeki bilimsel gelişmeler çerçevesinde oluşturulmalıdır. Gereksiz bilirkişi görüşlerinin ideal yasal uygulamalarda yeri yoktur.

Hekimler; mesleklerini icra ederlerken bilerek veya bilmeden, ancak genelde istemeyerek çeşitli hatalar, zararlar, aksaklıklara yol açmakta bunun akabinde istenmeyen bazı sonuçlarla karşılaşabilmektedir. Bu durum çoğunlukla hekimlerin yasal hak ve sorumluluklarını yeterince bilmemelerinden kaynaklanmaktadır. Zira bazen yetkisini aşan bir icraatın içinde yer alarak ya da yapması beklenen müdahaleden kaçınarak hastaların zarar görmesine yol açmaktadırlar. Öncelikle resmi veya özel olsun hekimlerin bilirkişilik hizmetlerini mevzuata uygun şekilde yerine getirmeleri gerekmektedir.

Bilirkişilik İle İlgili Yasal Düzenlemeler

Tababet Ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun (1219 S. K.) Madde 13 - Bir şahsın ahvali bedeniye ve akliyesi hakkında rapor tanzimine münhasıran bu kanunla icrayı sanata salahiyeti olan tabipler mezundur. Türkiye'de icrayı sanat salahiyetini haiz olmayan tabiplerin raporları muteber olamaz.

Madde 11 - Mahkemeler bilirkişi olarak bu kanun ile Türkiye'de hekimlik yapma yetkisini haiz hekimlere başvurabilir.

Ceza Muhakemesi Kanunu, Bilirkişinin atanması Madde 63. - (1) Çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına re'sen, Cumhuriyet savcısının, katılanın, vekilinin, Ancak hakimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi ile çözülmesi olanaklı konularda bilirkişi dinlenemez. (2) Bilirkişi atanması ve gerekçe gösterilerek sayısının birden çok olarak saptanması, hakim veya mahkemeye aittir. Birden çok bilirkişi atanmasına ilişkin istemler reddedildiğinde de aynı biçimde karar verilir. (3) Soruşturma safhasında Cumhuriyet savcısı da bu maddede gösterilen yetkileri kullanabilir.

Madde 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 hakimler, 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, yönetmelikle gösterilir. (2) Atama kararında, gerekçesi de gösterilmek suretiyle, birinci fıkrada belirtilen listelere girmeyenler arasından da bilirkişi seçilebilir. (3) Kanunların belirli konularda görevlendirdiği resmi bilirkişiler öncelikle atanırlar. Ancak kamu görevlileri, bağlı buldukları kurumla ilgili davalarda bilirkişi olarak atanamazlar. (4) Bilirkişi olarak atanan 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 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 verilmemesi. (6) Listelerde yer almamış bilirkişiler, görevlendirildiklerinde kendilerini atamış olan merci huzurunda yukarıdaki fıkrada öngörülen biçimde yemin ederler. Yeminin yapıldığına ilişkin tutanak hakim veya Cumhuriyet savcısı, zabıt katibi ve bilirkişi tarafından imzalanır. (7) Engel bulunan hallerde yemin yazılı olarak verilebilir ve metni dosyaya konulur. Ancak bu hale ilişkin gerekçenin kararda gösterilmesi zorunludur.

Madde 65. - (1) Aşağıda belirtilen kişi veya kurumlar, bilirkişilik görevini kabul etmekle yükümlüdürler: a) Resmî bilirkişilikle görevlendirilmiş olanlar ve 64 üncü maddede belirtilen listelerde yer almış bulunanlar. b) İncelemenin yapılması için bilinmesi gerekli fen ve sanatları meslek edinenler. c) İncelemenin yapılması için gerekli mesleği yapmaya resmen yetkili olanlar.

Madde 66- (1) Bilirkişi incelemesi yaptırılmasına ilişkin kararda, cevaplandırılması uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren sorularla inceleme konusu ve görevin yerine getirileceği süre belirtilir. Bu süre, işin niteliğine göre üç ayı geçemez. Özel sebepler zorunlu kıldığında bu süre, bilirkişinin istemi üzerine, kendisini atayan merciin gerekçeli kararıyla, en çok üç ay daha uzatılabilir. (4) Bilirkişi, görevini yerine getirmek amacıyla bilgi edinmek için şüpheli veya sanık dışındaki kimselerin de bilgilerine başvurabilir. Bilirkişi, uzmanlık alanına girmeyen bir sorun bakımından aydınlatılmasını isteyecek olursa; hakim, mahkeme veya Cumhuriyet savcısı, nitelikli ve konusunda bilgisiyle tanınmış kişilerle bir araya gelmesine izin verebilir. Bu şekilde çağrılan kişiler yemin eder ve verecekleri raporlar, bilirkişi raporunun tamamlayıcı bir bölümü olarak dosyaya konulur. (6) Gerekli olması halinde, bilirkişi, mağdur, şüpheli veya sanığa mahkeme başkanı, hakim veya Cumhuriyet savcısı aracılığı ile soru sorabilir. Ancak mahkeme

başkanı, hakim veya Cumhuriyet savcısı, bilirkişinin doğrudan soru sormasına da izin verebilir. Muayene ile görevlendirilen hakim bilirkişi, görevini yerine getirirken zorunlu saydığı soruları, hakim, Cumhuriyet savcısı ve müdafii bulunmadan da mağdur, şüpheli veya sanığa doğrudan yöneltebilir.

Madde 67- (1) İncelemeleri sona erdiğinde bilirkişi yaptığı işlemleri ve vardığı sonuçları açıklayan bir raporu, kendisinden istenen incelemeleri yaptığını ayrıca belirterek, imzalayıp ilgili mercie verir veya gönderilir ve bu husus bir tutanağa bağlanır. (2) Birden çok atanmış bilirkişiler değişik görüşleri yanıtsımlarsa veya bunların ortak sonuçlar üzerinde ayrık görüşleri varsa, bu durumu gerekçeleri ile birlikte rapora yazarlar. (3) Bilirkişi raporunda, hakim tarafından yapılması gereken hukuki değerlendirmelerde bulunulamaz.

Madde 68.- (1) Mahkeme, her zaman bilirkişinin duruşmada dinlenmesine karar verebileceği gibi, ilgililerden birinin istemesi halinde de açıklamalarda bulunmak üzere duruşmaya çağırabilir (ÇAPRAZ SORGU).

Madde 69 - (1) Hakimin reddini gerektiren sebepler, bilirkişi hakkında da geçerlidir.

Madde 70 - (1) Tanıklıktan çekinmeyi gerektirecek sebepler bilirkişiler hakkında da geçerlidir. Bilirkişi, geçerli diğer sebeplerle de görüş bildirmekten çekinebilir.

Görevini yapmayan bilirkişi hakkındaki işlem

Madde 71. - (1) Usulünce çağrıldığı hâlde gelmeyen veya gelip de yeminden oy ve görüş bildirmekten çekinen bilirkişiler hakkında 60 ıncı maddenin birinci fıkrası hükmü uygulanır.

*Tanıklıktan ve yeminden sebepsiz çekinme

MADDE 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.

Madde 72- (1) Bilirkişiye, inceleme ve seyahat gideri ile çalışmasıyla orantılı bir ücret ödenir.

Madde 73- (1) Para ve devlet tarafından çıkarılan tahvil ve hazine bonusu gibi değerler üzerinde işlenen sahtecilik suçlarında, el konulan para ve değerlerin hepsi, bunların asıllarını tedavüle çıkararak kurumların merkez ve taşra birimlerine inceltirilir.

Tıbbi Malpraktis

Malpraktis, Latince “Male” ve “Prakxis” kelimelerinden türemiş olup, “kötü, hatalı uygulama” anlamındadır. Uygulamada; bir meslek mensubunun, mesleğini uyguladığı esnada ortaya çıkan hatalı, kusurlu hareketleri olarak kullanılır. “Tıbbi Malpraktis” kavramı ise; tıp mesleği mensuplarının aynı şekildeki hareketleri sonucu ortaya çıkar. Dünya Tabipler Birliği Malpraktisi; “Hekimin tedavi sırasında standart güncel uygulamayı yapmaması, beceri eksikliği veya hastaya tedavi vermemesi ile oluşan zarar” şeklinde tanımlamaktadır.

Tıbbi uygulama hataları, “Hizmetleri sunan hekim, hemşire ve ilgili yasaya göre hastaya müdahale yetkisi bulunan fizyoterapist, psikolog veya diyetisyen gibi sağlık personelinin, öneri ve/veya uygulamaları sonucu, hastalığın normal seyrinin dışına çıkarak, iyileşmesinin gecikmesinden hastanın ölümüne kadar geniş bir yelpazedeki şartların” tamamını içermektedir. TTB Etik İlkeleri madde 13’de Tıbbi malpraktis ya da tıbbi hata; **“Bilgisizlik, deneyimsizlik ya da ilgisizlik nedeni ile bir hastanın zarar görmesi; hekimliğin kötü uygulaması”** olarak tanımlanmaktadır. Bu tanım yasadaki “tedbirsizlik, dikkatsizlik, meslek ve sanatta acemilik” kavramlarıyla örtüşmektedir. Tıbbi malpraktis, nadiren tek bir nedene bağlı olarak meydana gelebilmektedir. Genellikle insan faktörü (bilgisizlik, zihinsel muhakeme hataları, dikkatsizlik gibi), çevresel faktörler ve tıbbi cihazlar gibi hata oluşması riskini arttıran çeşitli faktörler mevcuttur.

Son yıllarda tıbbi malpraktis ile ilgili gerek ceza gerekse tazminat davalarında önemli bir artış söz konusudur. Bu artış; yapılan çeşitli istatistiksel çalışmalarda çok açık biçimde göze çarpmaktadır. Yüksek Sağlık Şurası, Adli Tıp Kurumu, Tabip Odaları, Sağlık Müdürlükleri bu çalışmaların yapıldığı kurum ve kuruluşlardandır. Tıbbi malpraktis ile ilgili şikayetlerin artmasının çok çeşitli sebepleri vardır.

-Hastaların genel olarak sağlık sisteminden ve bireysel olarak sağlık çalışanlarından beklentilerinin artmış olması,

-Medya organlarının konunun üzerine fazlaca gitmesi nedeni ile toplumun hassasiyetinin artması,

-Doğal sonuç olarak bazı avukatların bu tür davaları özel ilgi ve çalışma alanı olarak seçmeleri, en başta sayılabilecek sebepler arasındadır.

Sözleşmeden Doğan Sorumluluk:

Tıp mesleği mensubunun hastaya nasıl davranması gerektiği, bu konuda kendisinden ne beklendiği, neleri yapması, nelemi yapmaması gerektiği; Ulusal ve uluslar arası etik ve deontolojik kurallar, Sözleşmeler, Bildirgeler, Yasalar, yönetmelikler gibi yazılı metinler yanında; Genel ahlak kuralları, örfler, adetler ve ananeler gibi yazılı olmayan kurallar ile de belirlenmiştir. Ancak bu konuda önemli belirleyicilerden biri; tıp mesleği mensubu ile hasta arasındaki varsayımsal sözleşmedir. Hasta, hekimin karşısına geçip anamnez vermeye, hekim de bu anamnezi dinlemeye başladığından itibaren aralarında bir sözleşme imzalandığı varsayılır. Bu sözleşme, vekâlet sözleşmesi tarzında olup, hekim bu sözleşme ile sonucun iyi olacağını taahhüt etmez. Bir başka söyleyiş ile; hastanın iyi olacağı, yakındığı dertlerinden kesinlikle kurtulacağı garantisini vermiş olmaz.

Ancak bu sözleşme ile hekim; hastasının sağlığını korumak veya düzeltmek için;

Elinden geleni yapacağına,

Ona özen, içten bağlılık ve sadakat göstereceğine,

Tüm bilgi ve becerisini onun yararına kullanacağına,
Sırlarını saklayacağına,
Kayıtlarını düzgün olarak tutacağına ve
Tedavisini sürdüreceğine dair garanti vermiş olur.

Hekimin yaptığı tıbbi müdahale ve girişimleri hukuka uygun hale getiren iki unsur vardır. Bunlardan birincisi; Hekimin tıp sanatını uygulama hak ve yetkisine sahip olması, ikincisi ise; Hastanın muayene için onamının, yapılacak her türlü diğer uygulama ve girişim için ise aydınlatılmış onamının bulunmasıdır.

Sağlık mesleği, belki de en riskli mesleklerden biri olup, sağlık mesleği mensubunun “kusur” olarak kabul edilebilecek bir hareketi olmasa bile en hafifinden en ağırına kadar her türlü zararlı sonuç ortaya çıkabilir. Bu şekilde ortaya çıkan ve tıbbi uygulamada “komplikasyon” adı verilen istenmeyen durumlar, hukuk açısından da makul karşılanarak “kabul edilebilir risk” olarak nitelendirilmekte ve tıbbi malpraktis olarak kabul edilmemektedir. Hekimler ve diğer sağlık personeli çalışmalarını izin verilen risk kavramı çerçevesinde yerine getirirler. Her tıbbi müdahalenin normal sapmaları ve riskleri vardır. İzin verilen risk olarak ifade edilen, tıbbın kabul ettiği normal risk ve sapmalar çerçevesindeki hareketleri dolayısıyla belirli sonuçlar meydana gelse bile hekime sorumluluk yükletilmemektedir.

Tıbbi terminolojide sıkça kullandığımız komplikasyon; “Bir hastalığın seyri esnasında oluşan ikinci bir hastalık, mevcut hastalığa eklenen diğer bir hastalık veya bozukluktur”. Komplikasyonun yasal uygulamadaki karşılığı bazı yazarlara göre “İzin verilen risk” olarak yorumlanmıştır. Bu tanıma göre; hekimin tıbbın kabul ettiği normal risk ve sapmalar çerçevesinde davranarak gerekli dikkat ve özeni göstermesine rağmen ortaya çıkan istenmeyen sonuçlardan yasal olarak sorumlu olmayacağı belirtilmektedir. Komplikasyon; “**doğru yapılan işin istenmeyen sonucu**” olarak da tanımlanmaktadır. Ancak bu-

Prof. Dr. Gürol CANTÜRK

rada önemli bir nokta vardır. Hasta yapılacak olan tedavi ve/veya girişimler konusunda aydınlatılırken, ortaya çıkabilecek komplikasyonlar açısından da bilgilendirilmelidir. Aksi halde aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmemesinden ötürü bir sorumluluk ortaya çıkabilir.

BİLİRKİŞİLİK KURUMLARI

- 1- Yüksek Sağlık Şurası
- 2- Adli Tıp Kurumu
- 3- Üniversitelerin İlgili Birimleri
- 4- Diğer Kurum Ve Kuruluşlar (Eğitim Hastaneleri, Tabip Odaları, ..)

YÜKSEK SAĞLIK ŞÛRASI

Yüksek Sağlık Şurası; 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarz-ı İcrasına Dair Kanun, 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu ve 181 sayılı Sağlık Bakanlığı'nın Teşkilat ve Görevlerine Dair Kanun Hükmünde Kararname'nin ilgili hükümlerine göre faaliyet göstermektedir.

Yüksek Sağlık Şûrası Çalışma Usûl ve Esasları Hakkında Yönerge (18.07.2007)

Şûra, görüşülen konunun gerektirmesi halinde önceden bilirkişi görüşüne başvurabileceği gibi, toplantı sırasında bilirkişiler davet edip dinleyebilir. Kararlar, katılımcı üyelerin oy çoğunluğu ile alınır. Üyeler çekimser kalamazlar. Kararlara muhalif kalan üyeler, muhalefet şerhi yazarlar. Karar taslakları, sekreteryaya tarafından yazılır ve gerektiğinde karar yazımında ilgili üye ya da üyeler görev alır. **Madde 75** - Tıp mesleklerinin uygulanmasından doğan suçlarda mahkemelerin uygun göreceği bilirkişinin rey ve görüşüne başvurma özgürlükleri saklı kalmak koşulu ile Yüksek Sağlık Şurası'nın görüşü sorulur. (İptal madde: Anayasa Mah.nin 03.06.2010 tarihli ve E. 2009/69, K. 2010/79 sayılı Kararı ile.)

Şuraya yalnız hekimler için değil, diş hekimi ve diğer sağlık meslekleri mensupları hakkında açılan davalara ilişkin dosyalar da gönderilmektedir.

Yüksek Sağlık Şurası'nın 11-12 Mayıs 2006 tarihinde toplanan 253. oturumunda (Karar Sayısı:11362) "Ceza Mahkemelerine açılmış davaların haricinde, adli ve idari davalar ile hazırlık soruşturmalarında adli mercilerce Şura kararı istenilmemesi" ile ilgili tavsiye kararı alınmıştır. Yüksek Sağlık Şurası 15 (on beş) üyeden oluşmaktadır. Seçim yolu ile seçilen 11 (on bir) Şura Üyesi Sağlık Bakanlığınca ülkede sağlık hizmetleri veya eserleri ile tanınmış kişiler arasından seçilir. Seçilen bu üyelerin görev süreleri bir yıldır. Yüksek Sağlık Şurası'nın tabi üyeleri ise; Bakanlık Müsteşarı (Bakan adına), Temel Sağlık Hizmetleri Genel Müdürü, Tedavi Hizmetleri Genel Müdürü ve I. Hukuk Müşaviri'dir.

Yüksek Sağlık Şurasına 1995-2000 yılları arasında mahkemelerce cerrahi branştaki hekim kusurları ile ilgili gönderilen dosyalar incelendiğinde; %34.2'sinin (125) Kadın-Doğum Uzmanları, %25.4'ünün (93) Genel Cerrahi Uzmanları, %16.9'unun (62) Ortopedi Uzmanları, % 5.2'sinin (19) Göğüs ve K. D. Cerrahisi Uzmanları, % 5.2'sinin (19) Göz hastalıkları Uzmanları, % 4.1'inin (15) Beyin Cerrahisi Uzmanları, % 4.1'inin (15) Kulak Burun Boğaz Uzmanları, % 2.2'sinin (8) Üroloji Uzmanları, % 2.2'sinin (8) Plastik Cerrahi Uzmanları, % 0.5'inin (2) Çocuk Cerrahisi Uzmanları ile ilgili olduğu bildirilmiştir.

Yüksek Sağlık Şurası 2005 verilerine göre gelen dosyaların; %34.17'si Kadın-Doğum Uzmanları, %11.40'ı Genel Cerrahi Uzmanları, %10.12'si Çocuk Sağlığı ve Hastalıkları Uzmanları, %10.95 Ebe, %5.84 Hemşire, %4.38 Asistan, %1.46 Diş Hekimleri ile ilgili malpraktis iddialarından oluştuğu bildirilmiştir.

Şura'da Alınan Bazı Karar Örnekleri:

.....Hekim ne yapsaydı bu organı kurtaramazdı. Oluşan sonuç hastalığın doğal seyridir.Zararlı neticeye etki etmemekle birlikte kayıtların tutulmaması....mevzuatına aykırı

olduğu için soruşturma açılmasının uygun olacağı.

.....Sağlık personelinin yapılan işe konsantre olmaması dikkatsizliktir (Ameliyatta şakalaşma).

.....her ne kadar uzun süre yatan hastaya damar cerrahi konsültasyonu istenmemesi bir ihmalse de, bu ihmalin ölüm üzerine bir etkisinin olduğu saptanamayacağı, klasik otopsi yapılmaması nedeniyle kişinin ölüm nedeni belirlenemediğinden hekimin kusurunun tespitinin fennen mümkün bulunmadığı

Sorulan: Myelografik inceleme için, Nörolog tarafından belirlenen, radyolog tarafından uygulanan U... adlı ilacın kullanılması sonucu hastanın ölmesinde Nöroloji ve Radyoloji uzmanının kusurlu olup olmadığı?

Sonuç: U...’in BOS’ta kullanılması için elverişli bulunmadığı, bu preparatın osmalaritesinin BOS’ta kullanılmaya elverişli olmadığı, bu ilacın myelografik tetkikte kullanılmasının tıbbi bir hata olduğu, ilacı yazan ve uygulayan nörolog ...’nin kadar radyoloji uzmanı ...’nın da kusurlu olduğu, radyoloji uzmanı’nın hangi ilacın myelografi tetkikinde kullanılması gerektiğini bilmesi ve olay anında meslektaşını ikaz etmesi gerektiği, olayda her iki hekimin de 6/8 kusurlu oldukları.

BRANŞ: Ebe-Hemşire

OLAY ve TESPİTLER:

Combisid enjeksiyonu sonrasında siyatik sinir lezyonu meydana geldiği,

Adli Tıp Şube raporunda: sağ bacakta siyatik sinirde meydana gelmiş olan yaralanmanın yapılmış bir enjeksiyon sonucu olduğu,

SONUÇ ve KARAR:

Dosyadaki bilgi, belge ve bulgular değerlendirildiğinde;

hastaya uygulanan enjeksiyonun Hemşire tarafından yapılıp yapılmadığı belli olmadığından ayrıca iğnenin giriş yeri, iğne uzunluğu, cildin penetrasyon yönü ve açısı, verilen ilacın uygulama gücünün bilinmediği ve patolojinin hangi sebepten kaynaklandığı tespit edilemediğinden adı geçen kusursuz olduğuna, Şuramızca oybirliği ile karar verildi.

BRANŞ: Kadın Doğum Uzmanı

OLAY ve TESPİTLER:

36 yaşındaki gebe takiplerinin yapıldığı, doğumda sol bra-kial pleksus palsy (++),

Adli Tıp Kurumunun 3. Kurul: gelişen hasarın doğum komplikasyonu olarak değerlendirildiği,

SONUÇ ve KARAR:

Dosyadaki bilgi, belge ve bulgular değerlendirildiğinde; hastanın normal doğuma alınma endikasyonunun doğru olduğu, ve sezaryen endikasyonunun bulunmadığı, kordon omuza dolanması ve omuz takılması sonucu bebeğin sol kolunda oluşan pleksus paralizisinin bir doğum komplikasyonu olduğu, bu sebeple doktorun herhangi bir kusurunun olmadığına ve bebekte meydana gelen arazın bir uzuv zaafı niteliğinde bulunduğuna Şuramızca oy birliği ile karar verildi.

BRANŞ: Kadın Hastalıkları ve Doğum Uzmanı

14.02.2000 tarihinde muayenehane gebelik takiplerini; 6 haftalık gebe, 58 kg, 2. gebelik

01.04.2000 tarihinde 2. muayene; USG'da 14 haftalık gebelik ve ÇKS (+), 59 kg, "Düşük Tehdidi A.imminens" tanısı konulduğu, ilaç verildiği,

13.04.2000 tarihinde 3. muayene; 15-16. haftalık gebe, 59 kg,

11.05.2000 tarihinde 4. muayene; 19-20 haftalık gebe, 60 kg,

Prof. Dr. Gürol CANTÜRK

erkek bebek, 3'lü test istenildiği ve takip kartında telefonla aileye bilgi verildiğinin yazılı olduğu,

09.08.2000 tarihinde 5. muayene; 31-32 haftalık, 66 kg, amnion sıvısında artış, 29.09.2000 tarihinde servise yatırıldığı ve sectio ile doğum yaptırıldığı,

Tarama Test sonucunda ; Down Sendromu için olan risk değerlerinin pozitif olduğu,

1. Bilirkişi Raporunda (Adli Tıp Uzm.): hasta hakları mevzuatı kapsamında ve tıbbi dentoloji nizamnamesinin 2-14-16-17 maddelerince göstermesi gereken özeni gösterdiğine dair tıbbi kayıt bulunmadığından, özen eksikliğinin bulunduğu, bu nedenle ailenin Down Sendromlu çocuklarının olmasında kusurlu olduğu,

2. Bilirkişi Raporunda (Kadın Doğum.): davalı Dr.'un 2/8 (Sekizde iki) oranında kusurlu görüldüğü,

SONUÇ VE KARAR : Test sonucunu iyi değerlendiremeyen ve hastayı bilgilendirmeyip gebelik takibinin devamını isteyip istemediği konusunda hastadan yazılı onay almayan Dr.'un 2/8 (sekizde iki) oranında kusurlu olduğuna, geri kalan kusur oranlarının da tıbbi hizmetin işleyişi dışında kalan diğer faktörlere bağlı olduğuna,

BRANŞ: Pratisyen Hekim

OLAY VE TESPİTLER:

1.doktor tarafından akut batın teşhisi konulduğu, lavman uygulanarak acil cerrahi kliniğine sevk edildiği, hastanın aynı gün Devlet Hastanesine getirildiği, burada 2. doktor tarafından muayene edildiği, tetkikleri yapıldığı, Nefrolitiazis teşhisi konduğu, reçete edilerek taburcu edildiği, 2 sonra karın ağrısı ve karında şişlik şikayeti Devlet Hastanesine götürüldüğü, ameliyata alındığı yaygın peritonit halinin olduğu, antrum ön yüzünde 2 cm'lik perforasyonun olduğu, gelişen komplikasyonlar sonucunda 2 sonra vefat ettiği,

Adli Tıp Kurumu Başkanlığı 1. İhtisas Kurulunun; kişinin mide perforasyonundan gelişen komplikasyonlar sonucu öldüğü, ayakta direk karın grafisi isteyen hekimin grafide diyaf-ram altındaki perforasyonun göstergesi olan serbest havayı görememesi nedeni ile mide perforasyonu teşhisini atladığından, kişinin ölümü ile hekimin teşhis koyamaması arasında illiyet bağı bulunduğuna oybirliği ile mütalaa olunduğunun belirtildiği anlaşılmıştır.

SONUÇ ve KARAR:

Dosyadaki bilgi, belge ve bulgular değerlendirildiğinde; Hastaya ait ayakta Direk Karın Grafisinde açık bir şekilde görülen perforasyon bulgularını yanlış değerlendirerek, Akut Batın teşhisini atlayan 2.doktorun 8/8 oranında kusurlu olduğuna, Şuramızca oybirliği karar verildi.

BRANŞ: Genel Cerrahi Uzmanı, 2 Hemşire

OLAY VE TESPİTLER:

13 Temmuz 2002 tarihinde Batına Nafiz Yabancı Cisim (Kursunlanma) tanısıyla ameliyat edildiği, 26 Temmuz 2002'de şifa ile taburcu edildiği, hastanın 02 Kasım 2002 tarihinde şiddetli karın ağrısı ve bulantı kusma ile Hastaneye başvurduğu, akut batın teşhisi ile ameliyat edildiği,

1. Hemşire; ...batın kontrolü yapılması için doktoru uyardığını, ancak kontrol yapılmadan kapatıldığını, ameliyatın başlangıcında bulunmadığı için malzemelerin sayılıp sayılmadığını bilmediğini,

2. Hemşiresi ifadesinde; ...ameliyat sonunda batın kontrolü yapılmayarak kapatıldığını, ameliyat öncesi iki tane operasyon seti açtıklarını, setin birini saydıklarını ancak ikinci set açıldığında karışıklık olduğunu ve malzeme sayımı yapamadıklarını, operasyon sırasında yapılan bütün işlemlerden doktor sorumlu olduğunu, malzeme sayımını da doktorun yapması gerektiğini veya personele yaptırması gerektiğini beyan ettiği,

SONUÇ ve KARAR:

hastanın birinci ameliyatında yapılması gerekeni doğru bir şekilde yapan ancak ameliyatın sonunda batını kontrol etmeden kapatan Dr.'un 8/8 (sekizde sekiz) oranında kusurlu olduğuna, ameliyat malzemelerini saymayan ve bunu ameliyatı yapan hekime bildirmeyen hemşirelerin 8/8 (sekizde sekiz) oranında kusurlu oldukları yönünde görüş bildirilmiştir.

ADLİ TIP KURUMU

ADLİ TIP KURUMU KANUNU

Madde 1 - Adalet işlerinde bilirkişilik görevi yapmak, adli tıp uzmanlığı ve yan dal uzmanlığı programları ile görev alanına giren konularda diğer adli bilimler alanlarında sempozyum, konferans ve benzeri etkinlikler düzenlemek ve bunlara ilişkin eğitim programları uygulamak üzere Adalet Bakanlığına bağlı Adli Tıp Kurumu kurulmuştur.

Madde 2 - Adli Tıp Kurumunun görevleri şunlardır:

a) Mahkemeler ile hakimlikler ve savcılıklar tarafından gönderilen adli tıpla ilgili konularda bilimsel ve teknik görüş bildirmek,

b) Adli tıp uzmanlığı ve yan dal uzmanlığı eğitimini Tıpta Uzmanlık Tüzüğü çerçevesinde vermek,

Aşağıdaki ihtisas kurulları, bir başkan ve adli tıp uzmanı iki üye ile;

a) Birinci Adli Tıp İhtisas Kurulu birer; - Tıbbi patoloji, - İç Hastalıkları, - Kardiyoloji, - Genel Cerrahi, - Beyin ve Sinir Cerrahisi, - Anesteziyoloji ve Reanimasyon, - Kadın Hastalıkları ve Doğum, - Çocuk Sağlığı ve Hastalıkları uzmanı üyelerden oluşur. Ölümle ilgili işler ile diğer kurulların görevlerine girmeyen işler 1. Adli Tıp İhtisas Kurulunun görev alanıdır.

c) Üçüncü Adli Tıp İhtisas Kurulu; bir başkan ve adli tıp

uzmanı iki üye ile birer; - Ortopedi ve Travmatoloji, - Genel Cerrahi, - Nöroloji, - İç Hastalıkları, - Çocuk Sağlığı ve Hastalıkları, - Göğüs Hastalıkları, - Enfeksiyon Hastalıkları uzmanı üyelerden oluşur. Sosyal Sigortalar ve İş Kanunları ile ilgili olaylar, maluliyetler, meslekte kazanma gücü kaybı, meslek hastalıkları ve mesleki kusurlar, ölümle sonuçlanmayan tıbbi uygulama hataları konusunda mütalaa verir.

BRANŞ: Kadın Doğum Uzmanı

OLAY ve TESPİTLER:

40 yaşında, gebelik takiplerinin yapıldığı, sectio ile 3200 gr ağırlığında, 49 cm boyunda, kafa çevresi 35 cm, göğüs çevresi 33 cm olan kız bebek doğurtulduğu,

Adli Tıp Kurumu Başkanlığı 3.İhtisas Kurulu'nun Kararı: 3-4 cm ebadında meningomyeloselin doğum sonrası tespit edilmiş olmasıyla birlikte meningomyelosel kesesinin küçük olması, kafa içi hidrosefali bulgusunun olmaması nedeniyle meningomyelosel kesesinin ultrasonografi ile kontrol tetkiklerinde tespit edilemeyebileceği hususu tıbben bilindiğinden ayrıca gebe takip belgelerinin tetkikinde de gerekli özen ve dikkatin gösterilmiş olduğu,

SONUÇ ve KARAR:

gebelik takiplerinde gerekli tetkikler yapıldığı takdirde, bebekteki anomalinin ancak 16-18. haftalarda tespit edilebileceği, bebekteki anomalinin tespiti yapılmış olsa bile bu anomali tıbbi tahliye gerekçesi olarak kabul edilmediğinden gebeliğin sonlandırılmasının mümkün olmayacağı, bu anomaliye anne karnında herhangi bir müdahale yapılamayacağı gibi doğumdan sonraki tedavi ve seyrine de herhangi bir etkisinin olmadığı, gebe takibindeki özensizlik ve gebelik esnasında tetkiklerin yapılmamasındaki eksikliğin bebeğin anomalili doğması ve doğumdan sonraki tedavisi üzerine hiçbir etkisi bulunmadığı. Kusursuz olduğu yönünde görüş bildirilmiştir.

ADLİ TIP KURUMU KANUNU

DİĞER ADLİ EKSPERTİZ KURUMLARI:

Madde 31 - Yükseköğretim Kurumları veya birimleri, adli tıp mevzuatı çerçevesinde adli tıp olaylarında ve diğer adli konularda Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununa göre resmi bilirkişi sayılır. Bu birim ve kliniklerde tetkik edilecek adli tıp ile ilgili işler yönetmelikte belirlenir.

ÜNİVERSİTEDE VERİLMİŞ RAPOR ÖRNEKLERİ

OLGU: AMELİYATTA GAZLI BEZ UNUTULMASI

Ameliyat esnasında vücudunda unutulmuş **yabancı cisim** nedeniyle uğramış olduğu acılar sonucu 40.000, 00 TL manevi, 2.000, 00 TL maddi tazminat istemiyle .. Üniversitesi Rektörlüğü'ne karşı açılan davada; davacının vücudunda unutulmuş yabancı cismin ... Hastanesi tarafından gerçekleştirilen operasyon sırasında mı yoksa başka bir müdahale sırasında mı unutulduğu, şayet .. Hastanesi tarafından gerçekleştirilen operasyon sırasında unutulduysa davalı idarenin hizmet kusuru bulunup bulunmadığı sorulmaktadır.

2010 yılında kadın hastalığı nedeniyle'de ameliyat yapıldıktan sonra karında gazlı bez kaldığını, sonrasında karında ağrı, şişlik ve ateş şikayetleri olduğunu, Genel Cerrahin tanı koyup .. Üniversite Hastanesi'ne sevk ettiklerini, hemen ameliyata aldıklarını, 25 gün hastanede yattığını, ince bağırsakta 3 yerde delik ve kalın bağırsaktan 10-12cm kadar parça çıkardıklarını, bağırsak için torba (kolostomi) taktıklarını, torbanın 5 ay kadar kaldığını ve çıkardıklarını, olaydan sonra uyku bozuklukları sinirlilik ve gerginlik olduğunu,

20.10.2010 Total abdominal histerektomi+Bilateral Salpingoofektomi (TAH+BSO) yapıldığı,

.. Üniversitesi Hastanesi'nin 27.01.2011-31.01.2011 Tarihli Epikrizinde; Kolon perforasyonu+ batında yabancı cisim tanısı

ile sol hemikolektomi ve ileostomi açılması yapıldığı, hikayesinde 2 ay önce dış merkezde yapılan operasyon sonrası karın ağrısı başladığı, dış merkezde çekilen grafisinde batında yabancı cisim olduğu farkedildiği ve sevk edildiği, 28.01.2011 tarihli ameliyat notunda; sağ alt kadrındaki kitlenin fibröz kapsüllü diske edildiği, kapsül içinde 1 adet gazlı bez olduğunun görüldüğü ve çıkarıldığı,

HİZMET KUSURU;

İdarenin yapmakla yükümlü olduğu herhangi bir kamu hizmetinin kuruluşunda, düzenlenmesinde veya teşkilatında, bünyesinde, personeline yahut işleyişinde bir takım aksaklık, hukuka aykırılık, bozukluk, düzensizlik, eksiklik, sakatlık veya ihmalin ortaya çıkması şeklinde tanımlanmaktadır....

Hatalı teşhis, tedavi ile ameliyat sırasında hastanın karnında spanç veya tıbbi araç- gereç bırakılması hizmet kusuru olarak kabul edilmektedir.

SONUÇ:

Ameliyatta hastanın karnında ameliyat malzemesi (gazlı bez) unutulması nedeniyle, ameliyatın sonunda batını kontrol etmeden kapatan doktorun ve ameliyat malzemelerini saymayan ve bunu ameliyatı yapan hekime bildirmeyen hemşirenin kusurlu oldukları, kişinin .. Üniversitesi Hastanesinde yapılan ameliyata yakın tarihlerde başka bir ameliyat olduğuna dair herhangi bir tıbbi bulgu ve belge mevcut olmadığından yabancı cismin .. Hastanesinde yapılan operasyon sırasında unutulduğunun kabulü gerektiği, davalı idarenin batında yabancı cisim unutulması nedeniyle ağır kusurlu olduğu yönünde görüş bildirilmiştir.

OLGU METANOL ZEHİRLENMESİ SONUCU ÖLÜM

Dava dosyasında ..'nin kolonya içmesi neticesinde götürülmüş olduğu ..Devlet Hastanesinde tedavisinin tamamlanmadan taburcu edilmesi ve ardından birkaç saat sonra tekrar acil

servise getirilmesi ancak kurtarılamamış olmasında; Dâhiliye Uzmanı Dr. ...'nın sorumluluğu olup olmadığı, sorumluluğu var ise TCK'nın 83. maddesine mi?, TCK'nın 85. maddesine mi? uyduğu, yoksa disiplin suçu şeklinde mi? olduğunun dosya incelenerek bilimsel mütalaa istenmektedir.

OLAY: 01.11.2010 tarihinde midesinin ağrması üzerine kolonya içmiş olduğu, akşam saatlerinde rahatsızlanması üzerine yakınları tarafından 21:30 sıralarında .. Devlet Hastanesi Acil Servise götürüldüğü, yakınlarının doktora kolonya içtiğini, mide bulantısı ve görme bulanıklığı şikayetleri bulunduğunu söyledikleri, doktor tarafından gözleme alındığı ve görme bulanıklığı tanımlanmış olduğu, metil alkol zehirlenme şüphesi bulunmasına rağmen taburcu etmiş olduğu, Durumunun ağırlaşması üzerine yakınları tarafından tekrar aynı hastanenin acil servisine 02.11.2010 günü saat 01:00 sıralarında getirilmiş olduğu, adı geçenin solunumunun olmadığı ve koma halinde olduğu, genel yoğun bakıma alınmasına rağmen kurtarılamayarak saat 03:00 sıralarında vefat ettiği kayıtlıdır.

DOKTORUN İFADESİ:

Hastanın alkol koktuğunu, alkol etkisinde olduğunu, hastanın etil alkol almış olabileceğini düşündüğünü, kolonya yapımında genelde etil alkol kullanıldığını ancak ucuz olduğu için metil alkol de kullanılabileceğini, bu yüzden adı geçenin kolonya ile aldığı etil alkol mü yoksa metil alkol mü olduğunun kesin tanısının kanda bu maddelerin tespiti ve oranının belirlenmesi ile anlaşılabilir olduğunu, kendi hastanelerinin laboratuvarında her 2 maddenin de serum seviyelerine bakılmadığından kesin tanı koymasının mümkün olmadığını, Görmesinin sorulduğu ve bulanık gördüğünü ifade ettiği, kooperasyonunun alkole bağlı olarak azalmasına rağmen anlamlı cevap alına biliniyor olduğunu, Hastanenin göz doktoruna telefonla sorulmuş olduğunu ve metil alkolün emiliminden 2 saat sonra körlük oluşacağı bilgisi alınmış, içmiş olduğu kolonya da etil alkol olduğunu düşündüğünü,

METİL ALKOL-TEMEL BİLGİLER:

Metil alkol ağızdan alındıktan ortalama 30-60 dakika sonra kanda en yüksek seviyeye ulaşır. En erken görülen başlıca belirtiler, bulantı, kusma, baş dönmesi, baş ağrısı, tansiyon düşmesi ve artmış solunumdur. Metil alkol vücutta metabolizma sonucu formaldehit ve formik aside dönüşür. Toksisitesi de Formik asidin oluşturduğu asidoza bağlıdır. Asidoz sonucu retinada sinir tahribatı ve buna bağlı olarak körlük ve daha ileri safhada ölüm meydana gelebilmektedir. Metil alkol alındıktan sonra ilk 5 saatte sarhoşluk ve gastrit olarak karşımıza çıkar. 30 saatten sonra ciddi metabolik asidoz gelişir. Asıl zehirlenme belirtileri metil alkol alımından 10-24 saat sonra görülmeye başlar. Tedavi edilmediği takdirde metabolik asidoz, koma ve solunum durması sonucu ölüm gerçekleşir.

OTOPSİ:

Adli Tıp Kurumu İzmir Adli Tıp Grup Başkanlığı Morg İhtisas Dairesinin Otopsi Raporu; kanda 69 mg / dl (0, 69 promil) metil alkol olduğu, ölümünün metil alkol zehirlenmesi sonucu meydana gelmiş olduğu; Adli Tıp Kurumu 1. İhtisas Kurulunun raporunda: ölümünün metil alkol zehirlenmesi sonucu meydana gelmiş olduğu, açıkça kolonya içmiş olduğunu ifade etmesine rağmen eve gönderilmiş olduğu, bu tür vakalarda yatırılarak takip ve tedavisinin yapılması gerektiği, metanol zehirlenmelerinde zamanında müdahale edilmesi halinde dahi kesin kurtulamayabileceği, ancak bu durumda gözlem altında tutmayıp eve gönderilmesinin tıp kurallarına uygun olmadığına oy birliği ile karar verildiği kayıtlıdır.

SONUÇ:

Otopsi raporunda da belirtildiği üzere kişinin ölümünün metil alkol zehirlenmesi sonucu meydana gelmiş olduğu, kişi .. Devlet Hastanesinde kolonya içmiş olduğunu ifade etmesine rağmen yatırılarak takip ve tedavi edilmeden gönderilmemesi gerektiği, hekimin hastaya gösterilmesi gereken dikkat ve özeni göstererek elinden geleni yapması gerektiği, eldeki imkan

ların yeterli olmadığı durumlarda da ileri bir merkeze gerekli önlemleri alarak sevk edilmesinin uygun olacağı, hastaya zamanında müdahale edilmiş olsa da metanol zehirlenmelerinde hastaların her zaman kurtarılamadığı ancak eve gönderilmesi tıp kurallarına uygun olmadığından hekimin **sorumluluğunun olduğu**, durumunun hangi yasa maddesine uyduğunun takdirinin mahkemede olduğu yönünde görüş bildirilmiştir.

OLGU ENJEKSİYON SONRASI HASAR

..Görülmekte olan tazminat davası nedeniyle dosyanın Nöroloji Uzmanı, Adli Tıp Uzmanı, Ortopedi ve Travmatoloji uzmanından oluşturulacak bir heyete tevdi ile davacı ...'da Kalıcı hasar olup olmadığı, kalıcı hasar var ise bu hasarın enjeksiyon uygulamasından kaynaklanıp kaynaklanmadığı, enjeksiyon uygulamasından kaynaklanıyor ise olayda yanlış enjeksiyon uygulamasının söz konusu olup olmadığı sorulmaktadır.

OLAY:

Adli Tıp, Nöroloji ve Ortopedi Anabilim Dallarında yapılan muayenelerinde; böbrek taşı nedeniyle sağ böbreğinden ameliyat edildiğini, ağrıları olması üzerine kalçasına enjeksiyon (dikloron) yapıldığını, enjeksiyondan 1-2 dakika sonra bacağının uyuşmaya başladığını, gece ağrı nedeniyle uyuyamadığını, ertesi gün Nöroloji doktorunun gördüğünü, 2 gün sonra başka bir merkeze gittiklerini, 45-50 gün kadar fizik tedavi aldıklarını, sol ayak bileğinde güçsüzlük ve baldır dış kısmında his kaybı mevcut olduğunu, tedavisinin tamamlandığını ve halihazırda ilaç kullanmadığını belirtti.

NÖROLOJİ KONS. VE EMG: Nöroloji konsültasyonunda sol gluteal bölge ¼ dış kadranda enjeksiyon izi görüldüğü, solda ayak dorsal fleksiyonunda kuvvetsizlik olduğu, yürümesi stopaj ve solda L5 te hipoestezi olduğu, aşil refleksinde kısmi azalma bulunduğu, solda peroneal sinir hasarı düşünüldüğü (düşük ayak), 08.03.2010 tarihli EMG raporunda solda peroneal sinirin motor ileti hızı elde edilemediği, bulguların sol

siyatik sinirin peroneal komponentinin ağır düzeyde aksonal etkilenmesini gösterdiği kayıtlıdır.

ADLİ TIP KURUMU 2. KURUL: Adli Tıp Kurumu 2. İhtisas Kurulu raporu: kişiye sol gluteal bölgeden İM enjeksiyon yapıldığının belirlendiği, enjekte edilen ilaçların doku içi yayılımı ile sinir hasarına neden olabileceklerinin tıbben bilindiği, bu durumun enjeksiyonların tekniğine uygun yapılması durumunda da daha önceden öngörülemez ve önlenemez arazlara sebep olabileceği, mevcut tablonun her türlü özene rağmen oluşabilecek, herhangi bir kusur ve ihmalden kaynaklanmayan komplikasyon olarak nitelendirildiği, Enjeksiyonun yapılış tekniği ve uygulanan bölgenin uyumsuzluğu yönünden tıbbi bir delil de tanımlanmadığından enjeksiyonu uygulayan sağlık personeline herhangi bir kusur izafe edilemediği, hastaneye yatışı sırasında kendisine ve yakınlarına hasta onam formu ile kişilerin aydınlatılmasının yapıp yapılmadığının takdirinin mahkemeye ait olduğu kayıtlıdır.

SONUÇ:

Dava konusu olayda kişiye sol gluteal bölgeden yapılan İM enjeksiyon sonrası gelişen sinir hasarının kalıcı olduğu, bu hasarın İM enjeksiyonun tekniğine uygun yapılması durumunda da daha önceden öngörülemez ve önlenemez, herhangi bir kusur ve ihmalden kaynaklanmayan komplikasyon olarak nitelendirildiği, dolayısıyla enjeksiyonu uygulayan hemşireye ve davalı hastaneye kusur izafe edilemeyeceği, Nöroloji konsültasyonunda enjeksiyonun ¼ dış kadrana yapıldığı kayıtlı olup enjeksiyonun yapılış tekniği ve uygulanan bölgenin uygun olmadığına dair tıbbi bir delil mevcut olmadığı, Ortaya çıkan komplikasyonun çok nadir görülen bir durum olması nedeniyle her enjeksiyon uygulaması öncesi bu tür komplikasyonlar açısından aydınlatma yapılmasının beklenemeyeceği yönünde görüş bildirilmiştir.

OLGU AMELİYAT SONRASI SES KISIKLIĞI

Dava dosyasının incelenmesinden; davacı ile davalılar

..... Hastanesi şubesi ... arasında görülmekte olan tazminat davası nedeniyle; dosya içerisinde bulunan tüm tedavi evrakı ile adli tıp kurumu raporu da değerlendirilerek ses tellerinde meydana gelen hasarın normal komplikasyon mu, yoksa kusurlu bir işlem sonucu mu meydana geldiği, varsa kusur oranlarının tespit edilerek bildirilmesinin istenilen, ..oğlu, 1968 doğumlu ...'nın Patent Duktus Arteriosus nedeniyle ameliyat edildiği, ameliyat sonrası gelişen kord vokal paralizi nedeniyle ses kısıklığı olduğu, bu durumun ameliyatın komplikasyonu, dolayısıyla beklenir bir sonucu olduğundan, uygulamaların tıp kurallarına uygun olduğu, doktorların herhangi bir kusuru bulunmadığı kanaatimiz bilgilerinize arz olunur.

Sonuç olarak tıbbi bilirkişilik ve tıbbi uygulama hatalarının değerlendirilmesi konusunda; bilirkişilerin yeterliliği ve bilimselliğinin denetlenmesi, resmi bilirkişilik kurumlarının yoğunluğu, multidisipliner çalışma koşullarının zorluğu, bilirkişinin emeğinin karşılığının tespiti, üniversitelerin bilirkişilik alanına katkılarının sınırlı kalması ve benzeri sorunlar bulunmaktadır. İl adli yargı adalet komisyonlarınca bilirkişi listeleri düzenlenmesi, bilirkişilik alanına katkı sağlamakla birlikte, örneğin adli belge inceleme gibi konularda henüz bilirkişi yeterliliğini denetleyecek mekanizmaların bulunmaması bu konudaki en dikkat çekici sorun olarak görülmektedir. Tıp fakülteleri ve hukuk fakültelerinde sağlık hukuku derslerinin müfredatta yer alması tıbbi uygulama hataları konusundaki farkında lığın artmasına katkı sağlayacaktır.

Kaynaklar

- 1.Savaş H. Sağlık Çalışanlarının ve Sağlık Kurumlarının Tıbbi Müdahaleden Doğan Sorumlulukları. 1. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık; 2007. p.506-15.
2. Ersöz K. Tıbbi müdahale kavramı ve tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunun şartları. Terazi Hukuk Dergisi 2010;45:105-22.
3. Erman B. Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu. 1. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık; 2003. p.80-95.

4. Kıcalıoğlu M. Yargı kararları ışığında doktorun (hekimin) tıbbi müdahaleden doğan hukuki sorumluluğu. *Terazi Hukuk Dergisi* 2006;1(4): 16-29.
5. Hakeri H. *Tıp Hukuku*. 1. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık; 2007. p.32-51.
6. Üçışık F. *Sağlık Hukuku*. 2. Baskı. İstanbul: Ötüken Neşriyat; 2010. p.22-4.
7. Aşçıoğlu Ç. *Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar*. 1. Baskı. Ankara Tekışık Ofset; 1993. p.24-46.
8. Çobanoğlu N. *Kuramsal ve Uygulamalı Tıp Etiği*. 1. Baskı. Ankara: Eflatun Yayınevi; 2009. p.17-20, 266.
8. Hancı İH. *Hekimin Yasal Sorumlulukları (Tıbbi Hukuk)*. 1. Baskı. İzmir: Egem Tıbbi Yayıncılık; 1995. p.95-105.
9. Hakeri H. *Tıbbi Müdahalenin hukuka uygunluğunun koşulları ve hekimin yükümlülükleri*. Ünver Y, editör. *Tıbbi Uygulama Hataları Komplikasyon ve Sağlık Mensuplarının Sorumluluğu*. 1. Baskı. İstanbul: Yeditepe Üniversitesi Yayınları; 2008. p.23-34.
10. Hancı İH. *Malpraktis Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza Ve Tazminat Sorumluluğu*. 2. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık; 2005. p.72-82.
11. Oğuzman K. *Tıpta hastanın muvafakatının alınmasının hukuki yönü*. *Turkish Journal of Forensic Medicine* 1989;5(1-2):81-4.
12. Kök AN. *Türk ceza adalet sisteminde hekimlik uygulamaları ile ilgili maddelerin tıbbi etik açısından değerlendirilmesi*. Baygın C, Uçar M, Büyükkay Y, editörler. *Sağlık Hukuku Sempozyumu*. 1. Baskı. Ankara: Yetkin Yayınları; 2007. p.79-88.
13. Er Ü. *Sağlık Hukuku*. 1. Baskı. Ankara: Savaş Yayınevi; 2008. p.83-90.
14. Şenocak Z. *Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu*. 1. Baskı. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 529. Ankara: Sözkese Matbaacılık; 1998. p.36-58.
15. Kızılarlan H. *Vücudun Muayenesi&Örnek Alma*. 1. Baskı. Ankara: Çetin Veb-Ofset; 2007. p.200-66.
16. Çetin G, Yorulmaz C, editörler. *Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi*. 1. Baskı. İstanbul: İ. Ü. Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Sürekli Tıp Eğitimi Etkinlikleri Sempozyum Dizisi No:48. Kırmızı Kalem Baskı; 2006. p.43-54.

Prof. Dr. Gürol CANTÜRK

17. Kök AN, Güler M, Çalangu S. Hekimlikte Malpraktis. Ankem Derg, 2003; 17 (4): 345-51
18. Çetin G, Kaya A, editörler. Hekimlik Uygulamalarının Adli Tıbbi Güncellemesi. 1. Baskı. İstanbul: İ. Ü. Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Sürekli Tıp Eğitimi Etkinlikleri Sempozyum Dizisi No:78. Doyuran Matbaası; Ekim 2012. p.9-70.
19. Ateş T. Hekimlerin Cezai ve Hukuki Sorumlulukları. Nobel Tıp Kitabevleri. İstanbul, 2007:12-245
20. Teke HY, Alkan HA, Başbulut AZ, Cantürk G, "Tıbbi uygulama hataları ile ilgili kanuni düzenlemelere hekimlerin bakışı ve bilgilenme düzeyi: anket çalışması", Türkiye Klinikleri Adli Tıp Dergisi, 4: 61-67 (2007).

TIPTA MALPRAKTİS VE İDARENİN SORUMLULUĞU

Öğr. Gör. ÇAĞLAR BURAK BURTAN*

İdare hukuku alanında, Türkiye Cumhuriyeti (T.C.) kamu düzenini oluşturan klasik öğeler arasında, kamu güvenliği ve esenliğinin yanında kamu sağlığı kavramına da yer verildiğini görürüz. Kamu sağlığı ise, toplumun bulaşıcı ve yaygın hastalıklardan uzak tutulup, sağlıklı bir ortamda yaşamasını sürdürmesi¹ anlamına gelmektedir. Kamu düzeninin bozulmasının önlenmesi adına mutlak surette sağlanması gereken unsurlar arasında yer alan sağlık konusu, adeta o toplumu ayakta tutan önemli ve vazgeçilmez bir değere sahiptir.

Kamu sağlığının bu anlam ve önemine paralel olarak, Türkiye’de ve dünyada sağlık hizmetlerinin yeterli bir şekilde sağlanması amaçlanmakta, bu konuda ulusal ve uluslararası alanlarda önemli sözleşmeler, bildirgeler ve mevzuat meydana getirilmektedir. Değişen ve gelişen dünyada, modern hayatın insanlara sunduğu olanaklar artmaktadır. Bu bağlamda insanoğlu, öncelikle, sağlıklı bir çevrede yetişip iyi bir eğitim alma hakkını talep etmekte, bunun sonucunda toplumun hemen hemen her alanında aksayan hizmetleri hukuki açıdan dile getirebilme becerisine kavuşmaktadır. İşte bu durum, sağlık alanında verilen hizmetlerin mevzuata uygun bir şekilde ilerlemesini, hekimlerin doğru teşhis (tanı) ve doğru tedaviyi

* K.K.T.C. Lefke Avrupa Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Elemanı

¹ Turan Yıldırım, Melikşah Yasin, Nur Karan, Eyüp Özdemir, Gül Üstün, Özge Okay Tekinsoy, İdare Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 535.

uygulama yükümlülükleriyle hastaların ilgili alanda sahip oldukları haklarını bilmesini ve aramasını, bilinçli yöneticilerin de hem hekim hem de hasta haklarını gözetmesini sağlamaktadır. Tüm bunların hukuka uygun ve hukuki koruma altında yapılması da, tıp hukuku dediğimiz düzenlemeler sayesinde mümkün olacaktır.

Belirtmek gerekir ki, tıp hukuku alanında oluşturulan yasal düzenlemeler ne kadar ayrıntılı ve yeterli olursa olsun, söz konusu hükümlerin güncel yaşama uygulanabilmeleri de bir o kadar önemlidir. Bu uyarlamalar kimi zaman idarenin ajanları (Devlet memurları) aracılığıyla, kimi zaman da mahkeme hükümlerinin yerine getirilmesiyle sağlanacak, hastaların da bilinçli bir hareket benimsemeleri durumunda, tıp hukuku, genel anlamda sağlık haklarını koruyucu bir görev üstlenmiş olacaktır.

Bilindiği gibi, hekimler, özel ya da kamu çalışanları olabilmektedirler. Konu bütünlüğü içerisinde, idare hukuku bakımından hekimlerin hukuki sorumluluklarından bahsedilecek olmasından ötürü, sadece kamu hastanelerinde çalışan hekimlerin ilgili sorumluluğu üzerinde durulacaktır.

MALPRAKTİS (YANLIŞ TEDAVİ) KAVRAMI

1.1 Tanımı ve Tıpta Malpraktis (Yanlış Tedavi) :

Malpraktis, yabancı kökenli bir kelime olup, yanlış tedavi ya da hatalı uygulama² ya da anlamına gelmektedir. Türk Tabipler Birliği (T.T.B.) "*Hekimlik Meslek Etiği Kuralları*" nda hekimliğin kötü uygulanması başlığında belirtilmiş olan malpraktis kavramının, "*bilgisizlik, deneyimsizlik ya da ilgisizlik nedeniyle bir hastanın zarar görmesi, hekimliğin kötü uygulaması anlamına gelir.*"³ şeklinde belirtilmiş olduğunu görebiliriz.

² Kocaeli Üniversitesi Tıp Fakültesi, Türkçe Tıp Dil Kurulu, Türkçe Tıp Dili Kılavuz, Kocaeli: Kocaeli Üniversitesi Basımevi, Kocaeli, 2006, s.51. Yanlış tedavi ya da hatalı tedavi deyimlerinin kullanıldığı bir başka kaynak için bkz. Utkan Kocatürk, "Tıp Terimleri El Sözlüğü", Çağdaş Tıp Öğretiminde Geçen 7000 Temel Terim, Ankara Üniversitesi Basımevi, İkinci Basım, Ankara, 1994, s.269.

³ Hakan Hakeri, Yener Ünver, Özlem Yenerer Çakmut, Tıp/Sağlık Huku-

Tıp hukuku ve hasta hakları konusunda Avrupa'da da benzer yasal düzenlemeler yapılmış olup, örneğin, hastalara ait 14 haktan (*koruyucu tedbirlerin alınması hakkı, yararlanma hakkı, bilgi hakkı, rıza hakkı, özgür seçim hakkı, özel ve gizlilik hakkı, hastaların vaktine saygı, kalite standartları hakkı, güvenlik, yenilik hakkı, gereksiz ağrı/acı ve sıkıntıdan sakınma hakkı, kişisel tedavi hakkı, şikayet hakkı, tazminat hakkı*) oluşan "*Hasta Haklarına İlişkin Avrupa Statüsü*" nün 9/1 ve 10/1 maddelerinde yine malpraktis (yanlış tedavi) tanımına yer verildiği görülmektedir⁴. Madde içeriklerinde "*kötü işleyen sağlık hizmetlerinden, tıbbi yanlışlık ve hatalardan meydana gelen zararlardan her bir bireyin korunma hakkı vardır ve yüksek güvenlik standartlarını karşılayan sağlık hizmetleri ve tedavilerinden de yararlanma hakkı vardır.*" ve "*Ekonomik veya mali durumlardan bağımsız olarak (gerekçeler dikkate alınmadan) her birey uluslararası standartlara göre, yeniliklerden -teşhis prosedürleri dahil olmak üzere- yararlanma hakkına sahiptir.*"⁵ hükümleriyle hastanın tıbbi yanlış ve hatalardan sakındırılarak modern çağın ve bilimin sunmuş olduğu yeniliklerden herhangi bir koşul aranmaksızın yararlandırılması gereği belirtilmiş, tıpta meydana gelebilecek hatalı bir uygulamanın önüne geçilmek istenmiştir.

Yanlış tedaviye dayalı bir uygulamanın çeşitleri, belli başlıklar altında toplanmıştır. Buna göre, ilk olarak teşhis (tanı) hatasına değinmek gerekir. Hekimler, karşılarında gelen sağlık sorunlarında, almış oldukları eğitim ve meslekte edindikleri deneyimler doğrultusunda karar vermek, aynı zamanda bilimin gelişmiş olanaklarını izleyip bunlardan yararlanmak durumundadırlar. Dolayısıyla, sağlık konusunda verecekleri yanlış bir karar sonucunda ortaya çıkacak olan hatalı tanı, hasta üzerinde, sonuçları çok ağır olabilecek durumlara yol açabilecektir. Kanunkoyucu tarafından, hekimin teşhis (tanı) yükümlülüğünü nasıl yerine getirmesi gerektiğine dair konu-

4 ku Mevzuatı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s.613.
 4 Gültezer Hatırmaz Eroğ, Özel Hastanelerin Hukuki Sorumlulukları ve Hasta Hakları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s. 280.
 5 <http://sbu.saglik.gov.tr/hastahaklari/avrupastatusu.htm>, (Erişim Tarihi : 07.10.2014).

ları içeren hukuki bir düzenleme oluşturulmamıştır⁶. İşte bu noktada önemli olan, hekimin, önüne gelen sağlık sorununa ilişkin, uzmanlığının ve söz konusu hastalığın belirtilerinin doğrultusunda karar vermesidir; daha açık bir deyişle, hekim teşhis (tanı) için mesleki anlamda üzerine düşen görevlerin tümünü yapmalı, elde ettiği sonuçları dikkatli bir şekilde değerlendirmeli ve tıp biliminin gereklerine uygun olarak yorumlamalıdır⁷. Hekimin tanı koyabilecekken tanı konamaması ya da geç ya da hatalı tanı koyması olasılıkları karşısında, onun yükümlülüğü, uzmanlığının ve hastalığın gerektirdiği biçimde hareket etme yükümlülüğüdür⁸. Danıştay Onuncu Dairesi, E. 1997/3111, K.1999/5383 ve 02.11.1999 tarihli kararında, bilimsel teknik olanaklara uygun biçimde yapılan ameliyatta idarenin hizmet kusurunun ve tazmin sorumluluğunun bulunmayacağına hükmetmiştir⁹.

Teşhis (tanı) yanlışı konusunda, hasta muayene süresinin de doğrudan etkili olduğunu belirtmek gerekir. Nitekim, ülkemizde bir hastaya ayrılabilen ortalama sürenin Avrupa Birliği (A.B.) standartlarının altında olan on dakikadan ibaret olması, beraberinde bir hekimden günde baktığı hasta sayısına, randevusuz ve çoğunlukla kontrol için gelen hastalar da eklendiğinde, söz konusu sürenin 4-5 dakikaya kadar inmesi demektir ki, bu da hekim, hasta, hastane, sağlık hizmeti ve teşhis açısından önemli sorunlara yol açabilecek bir durumdur¹⁰.

Teşhis (tanı) konulurken, anamnez almanın ardından yapılan muayene ile elde edilen bulgular önemlidir. Anamnez ise, doktorun hastaya teşhis (tanı) koyması amacıyla, hastanın kendisinden ya da yakınlarından mevcut ya da geçmiş hastalıkları hakkında bilgi alınmasıdır. Bunlar, hastanın kimlik bilgileri,

⁶ Hakan Hakeri, Tıp Hukuku El Kitabı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s.259.

⁷ Erol, a.g.e., s. 283.

⁸ Hakeri, a.g.e., s. 260.

⁹ <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, (Erişim Tarihi: 09.10.2014).

¹⁰ <http://www.istabip.org.tr/index.php/hukuk/guncel-hukuk/147-hasta-bana-ayrilan-suerenin-azaltlmas-ve-oelen-yemek-ve-dinlenme-saatleri-cin-randevu-verilmek-suretiyle-personelin-aralksz-olarak-caltrlmas-hakknda-hukuki-deerlendirme.html>, (Erişim Tarihi: 09.10.2014).

rahatsızlıkları, önceden geçirdiği belli rahatsızlıklar, kronik bir rahatsızlığının olup olmadığı, ailesinde belli rahatsızlıkların olup olmadığı, sosyo-ekonomik durumu ve alışkanlıklarına ilişkin bilgilerden ibarettir¹¹. Örneğin, hastanın alerjik (belli bir şeye karşı aşırı duyarlık) durumunu öğrenmeden ona alerjik bünyelerde tepkimelere yol açabilecek olan bir iğnenin (örneğin, penisilin gibi) yapılması, açık bir tıbbi hata olarak değerlendirilebilecektir. Yargıtay da, hekimin hastanın bünyesini, kişisel durumunu, ışınlara karşı duyarlılığını önceden göz önüne alarak, tedaviyi bu etkilerin doğuracağı sonuçları ortadan kaldıracak biçimde yapması gerektiğini ifade etmektedir¹².

Yanlış tedavide bilgisizlik, zihinsel yorumlama hataları, dikkatsizlik gibi insani faktörler (etmenler) yanında, çevresel etmenler ve tıbbi cihazlar gibi hata oluşma riskini arttıran çeşitli etkenler de bir arada olabilir¹³. Bu bakımdan, tanıya yönelik gerekli incelemelerin yapılmaması durumu da, yine bir teşhis hatası (tanı yanlış) olarak karşımıza çıkacaktır. Burada, ciddi bir biçimde hekimin bilgisizlik ya da dikkatsizliğinden doğan hata ya da yanlış öne çıkmaktadır. Hekim, ne yüzeysel muayeneyle yetinmelidir ne de tanı sırasında izlemesi gereken süreçleri atlayarak hareket etmelidir. Dolayısıyla, sağlık hizmetinin, bu hizmeti verebilmek konusunda iyi yetiştirilmiş, yeterli ve donanımlı görevliler ile sağlanması bir zorunluluktur. Üstelik, Danıştay Onuncu, E.1982/2908, K.1985/26, 16.01.1985 tarihli kararında “...Halkın sağlık hizmetlerini yürütmekle görevli olan idare, hastanelerde yapılacak tedavilerin tıbbi esaslara uygun biçimde ve hizmetin gerektirdiği yeterliğe sahip personelle yapılmasını sağlamakla yükümlüdür. Anılan yükümlülüğün yerine getirilmesinde kusurlu davranılması idarenin tazmin sorumluluğunu doğurur. Devlet hastanesinde, tedbirsizlik ve meslekte acemilik nedeniyle hatalı enjeksiyon yapılarak davacının kolunun gangren olmasına ve kesilmesine yol açılması karşısında, dava konusu olayda davalı idarece

¹¹ http://www.turkhukuksitesi.com/makale_1045.htm, (Erişim Tarihi: 09.10.2014).

¹² Hakeri, a.g.e., s. 261.

¹³ Halide Savaş, Tıbbi Müdahale Hataları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s. 68.

yürütülmekte olan sağlık hizmetinin işleyişindeki yetersizlik olarak ortaya çıkan hizmet kusurunun kabulü zorunlu olup; davacının olay nedeniyle uğradığı zararların hizmeti kusurlu işleten davalı idarece tazmini gerekmektedir..." diyerek, yanlış teşhis (tanı) ve hatalı uygulama sonucunda zarar görev hastanın lehine tazminata hükmedilmesi gerektiğine karar vermiş, bu kararında da teşhis (tanı) hatası çerçevesinde hekimin sorumluluğunu ana hatlarıyla vurgulamıştır.

Tıpta hatalı uygulamanın bir başka görünümü de, tedavi (iyileştirme, sağaltma) hatasıdır. Ayrıca burada, özel hukukta yer alan haksız fiil kavramına da değinmekte yarar vardır. Bilindiği üzere, borcun kaynaklarından biri olan haksız fiil, kusur sorumluluğu olarak ifade edilmektedir ve bir kimsenin hukuka aykırı ve kusurlu bir davranışla sözleşme dışında başka bir kimseye vermiş olduğu zararın giderilmesini düzenleyen bir sorumluluk türü olarak belirtilmektedir¹⁴. Haksız fiilin unsurları fiil, zarar, uygun illiyet bağı, kusur, hukuka aykırılıktır. Zararı doğuran hareket olan fiil ise, bir eylem meydana getirme olarak olumlu davranış biçiminde karşımıza çıkabileceği gibi, birşey yapmama ya da birşey yapmaktan kaçınma biçiminde olumsuz bir davranış olarak da görülebilmektedir¹⁵. Dolayısıyla hekimin tıbben gerekli olan bir hareketi yapmaması ile tıbben gerekli olmayan bir hareketi yapması durumlarının her ikisi de tedavi (iyileştirme) hatası ya da yanlışı sayılabilecektir¹⁶. Örnek vermek gerekirse, bir doktorun hastasına etkili bir ilaç vereceği yerde, etkisi olmayan bir ilacı vermesi sonucunda hastanın ölmesi durumunda, doktorun hastaya etkisiz ilaç vermesi icra hareketi iken, etkili ilacı vermemesi ise ihmal hareketidir ki, doktor burada etkili ilacı vermemesi, yani ihmali hareketi ile sorumlu olacaktır¹⁷. Ayrıca Danıştay, bir Devlet üniversitesi hastanesinde tanının zamanında yapılmaması ve bu tanıya uygun tedavinin (iyileştirmenin) uygu-

¹⁴ Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s.516.

¹⁵ Eren, a.g.e., s. 517, 518.

¹⁶ Hakan Hakeri, Tıp Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s.573.

¹⁷ Timur Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s. 227.

lanmaması nedeniyle, hastanın yaşam hakkı üzerinde oluşan zarar sonucunda ceza davası açılması gerektiğine hükmetmiştir¹⁸. Danıştay Birinci Dairesi'nin konuya ilişkin E. 2007/1183, K.2007/1294 ve 01.11.2007 tarihli kararında "...*Dosyanın incelenmesinden, ... Üniversitesi ... Tıp Fakültesi Üroloji Bölümünde tedavi görmekte iken 2.9.2004 tarihinde mide delinmesinden dolayı vefat eden hastanın, üroloji servisine gelmeden önce Özel ... Hastanesine başvurduğu ve burada yapılan tetkiklerde midenin sıvıyla dolu olduğunun tesbit edildiği, sözkonusu tetkiklerin ... Tıp Fakültesinde hastanın tedavisini yapan ...*" hekime gösterilmesine ve mide ağrısına dikkat çekilmesine karşın, bu tetkikler dikkate alınmadan ve mideyle ilgili herhangi bir araştırma yapılmadan hastaya sadece böbrek rahatsızlığı teşhisinin konularak, buna yönelik bir tedavinin uygulandığı, teşhis ve tedavinin yanlış yapılması nedeniyle de hastanın mide delinmesi sonucu vefat ettiği iddiasıyla şikayette bulunduğu, soruşturmada ise hastanın değerlendirilmesi ve tedavisinde bir eksikliğin bulunmadığı sonucuna varıldığı ve Rektörlükçe oluşturulan Yetkili Kurulun 5.4.2006 günlü kararıyla şüphelilerin men-i muhakemelerine karar verildiği, bu kararın Dairemizce yasa gereği kendiliğinden ve şikayetçi itirazı üzerine incelenmesi sonucu 19.10.2006 günlü, E: 2006/731, K: 2006/924 sayılı kararımızla 'Üniversite dışından oluşturulacak bilirkişilerden, hastanın ... Tıp Fakültesi Üroloji Servisine gelmeden önce ... Özel ... Hastanesinde yaptırdığı tetkiklerin de dikkate alınması suretiyle, üroloji servisinde mideyle ilgili olarak herhangi bir tetkik ve tedavinin yapıp yapılmadığının da araştırılarak hazırlanan bir rapor temin edilmesi ve bu rapor da dikkate alınarak karar verilmesi' gerektiğinden bahisle bozulması üzerine, Marmara Üniversitesi Tıp Fakültesi Öğretim üyelerinden oluşturulan bilirkişi heyetince hazırlanan raporda; bilinçli bir ihmâl ve hata yapıldığı kâsında olmadıkları vurgusu yapılmakla birlikte, hastanın bir genel cerrahi uzmanı tarafından değerlendirilmediği, iç içe giren patolojilerin karıştırıldığı ve mide perforasyonunun daha önce oluşmuş olabileceği görüşlerine de yer verildiği an-

¹⁸ Fehim Üçışık, Sağlık Hukuku, Ötüken Neşriyat, İstanbul, 2012, s.55.

laşılmıştır. Bu durumda tanının zamanında yapılamamasının ve buna uygun tedavi uygulanmamasının hastanın ölümüne yol açtığı sonucuna varıldığından, ..., ve ...'un üstlerine atılı suçu işlediklerini doğrulayacak ve haklarında kamu davasının açılmasını gerektirecek yeterli kanıt dosyada mevcut olduğu anlaşıldığından, ... Üniversitesi Rektörlüğüne oluşturulan Yetkili Kurulun 23.5.2007 günlü, 2007/23 sayılı men-i muhakeme kararının, ... ve ... yönünden bozulmasına, adı geçenlerin lüzum-u muhakemelerine ve eylemlerine uyan Türk Ceza Kanununun 85 inci maddesi gereğince yargılanmalarına, yargılamanın Fatih Asliye Ceza Mahkemesinde yapılmasına,

Hemşireler ... ve ... 'in hastaya konulan tanıyla ilgilendirilemeyecekleri ve hasta takibinin sorumlu hemşire ... tarafından gereği gibi yapıldığı, bu durumda ... ve ...'in üstlerine atılı suçu işlediklerini doğrulayacak ve haklarında kamu davasının açılmasını gerektirecek yeterli kanıt bulunmadığı anlaşıldığından Yetkili Kurulca verilen men-i muhakemelerine ilişkin kararın onanmasına,

Dosyanın ... ve ... yönünden gereği yapılmak üzere Fatih Cumhuriyet Başsavcılığına, kararın birer örneğinin ... Üniversitesi Rektörlüğüne ve şikayetçiye gönderilmesine 1.11.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi¹⁹." denilerek, ihmal ve hata sonucu tedavide meydana gelen hatalı uygulamanın sonucunda hekimin sorumlu tutulması gerektiğine hükmetmiştir. Konuya ilişkin olarak basında da sıklıkla rastladığımız olaylar, tedavi sırasında yapılan hatalara örnek olarak gösterilebilir. Gerçekleştirilen ameliyat sonucunda hastada yabancı bir cismin unutulması, tıbbi malzemelerin hatalı kullanılması, tedavinin yanlış yapılması ya da yanlış hastaya yanlış tedavinin yapılması (örnek olarak dosyaların karışması sonucu hastalara farklı ameliyatların yapılması), konusunda uzman hekime sü-

¹⁹ <http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/Dok-GosterMainServlet?dokumanId=6dQp1E3JJN2TqHn5HwZgd7p-MO1SCD0Le%2BRwsNJGzcyM%2Fa%2B6gU8dOQaq%2FfBdK-B2erOGKIBcaYkORFhhAxpqJFC8SoP%2BWkLiVqLuNP0DPzt%-2BuQJXUTzZlHqm4%2BIQXCUZs8X9wqg94d1MFIztea%2Bi7zxA%-3D%3D&aranan=&dokumanTuru=DANISTAYKARAR>, (Erişim Tarihi: 09.10.2014).

resi içinde danışılmaması gibi... Tedavi hataları kısa başlıklar olarak aşağıda şöyle belirtilebilir:

1. Müdahalenin yapılmaması,
2. Hastanın bedeninde yabancı madde unutulması,
3. Yanlış tedavi yöntemi seçilmesi,
4. Gerekli testlerin uygulanmaması,
5. Yanlış ilaç, hasta karıştırma, yanlış taraf cerrahisi,
6. Ölçsüz tıbbi müdahale,
7. Bir komplikasyonun (bir hastalığın seyri sırasında önceden beklenmeyen bir durum²⁰) fark edilememesi,
8. Hatalı ameliyat tekniği,
9. Teknik aletlerin kullanılmasında yapılan hatalar,
10. Derhal hastaneye yapılması gereken sevk yapılmaması, uzman hekime çok geç danışılması,
11. Enfeksiyon (vücut içinde bakteri, virüs ya da parazitlerin bulunarak üremeleri²¹) ve hijyen (sağlık ve temizlik standartlarına uyulması, bunların uygulanması²²) kurallarına uyulmaması,
12. Üçüncü kişileri uyarmama,
13. Kayıt ve testleri incelemeden tıbbi müdahale yapılması,
14. Konsültasyon (hastanın durumu ya da hastalığın tanısı hakkında iki ya da daha çok hekim arasındaki karşılıklı görüşme, danışma²³) istenmemesi²⁴.

Hekimin hastası ile olan ilişkisi, tedavi bittikten sonra sona ermemektedir. Dolayısıyla, hekim, tedavi sonrasında da hastasının sağlık durumunu kontrol etmeli, düzenli olarak tedavinin sonuçları ile ilgili bilgi elde etmelidir. Hekimin aksi yönde dav-

²⁰ <http://www.saglikterimleri.com/>, (Erişim Tarihi: 09.10.2014).

²¹ <http://www.saglikterimleri.com/>, (Erişim Tarihi: 09.10.2014).

²² <http://www.saglikterimleri.com/>, (Erişim Tarihi: 09.10.2014).

²³ <http://tibbisozluk.com/>, (Erişim Tarihi: 09.10.2014).

²⁴ Hakan Hakeri, Tıp Hukuku, s. 21.

ranışı ise, tıpta malpraktis başlığı altında ifade edilen tedavi sonrası yükümlülüklerin çiğnenmesi durumunu oluşturacaktır. Hekim buna göre, tedavi sonrası hastaya gerekli uyarıları yapmalı, kullanılan ilaçların varsa yan etkilerinden sözetmeli; ayrıca, ilerleyen dönemlerde hastanın olası yakınmaları karşısında gerekli müdahaleleri yapmalıdır. Hekim, tedavi sürecini ve başarısını sürekli gözetim altında bulundurmalı, hastanın yaşamsal işlevlerini yeterli biçimde gözetlemeli, koruma önlemlerini almalı ve hastayı ameliyat sonrası yeterli bir şekilde gözlemlemelidir²⁵.

Malpraktisin (yanlış tedavinin) bir başka görünümü de, organizasyon kusuru başlığı altında kendisini göstermektedir. Hastane yönetimi, hastanın tedavisinin sağlanması yükümlülüğü dışında, tıbbi malzemeleri çağın gereklerine uygun duruma getirme ve kullanıma hazır bulundurma zorunluluğundadır. Ayrıca, hastane yönetimi, yemeklerin sağlıklı olmasını sağlamak, hastanenin genel temizliğine dikkat etmek, tam teşekküllü bir hastane olarak hizmet verilmesini sağlamak zorundadır. Bu noktada, çalıştırdığı personeli iyi bir şekilde seçmeli, nitelikli ve görev bilinci yüksek kadroları oluşturmalı ve görevlilerin sürekli kendilerini geliştirmelerine olanak sağlamalıdır. Nitekim Danıştay Onuncu Dairesi, E. 2005/3719, K.2007/4316 ve 24.09.2007 tarihli kararında, "*... dava konusu olayda, yoğun bakım ünitesinde tedavi görmekte olan davacıların yakınının sık sık kendisini solunum cihazına bağlayan maskeyi çıkarmaya çalıştığı ve olay tarihinde de solunum maskesini çıkarması sonucu hayatını kaybettiği anlaşıldığından, daha önce çeşitli kereler maskeyi çıkarmaya çalıştığı hastane personeline bilinen hastaya, solunum maskesini çıkarmasını engelleyecek ek müdahalelerde bulunmamak suretiyle yeterli dikkat ve özeni göstermeyen davalı idarenin bu tutumunun hizmet kusuru olarak kabulü zorunlu olup, İdare Mahkemesince Yüksek Sağlık Şurası kararı esas alınmak ve davacılarından temyiz isteminde bulunan ...'nin istemiyle sınırlı kalmak suretiyle tazminata hükmedilmesi gerekirken, davanın reddi yolunda verilen kararda hukuka uyarlık görülmemiştir.*"²⁶ diyerek, personelinin

²⁵ Hakan Hakeri, Tıp Hukuku El Kitabı, s.270.

²⁶ <http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/Dok->

dikkatsiz ve özensiz davranmasının sonucunda idareyi tazminata mahkum etmiştir.

Üstlenme hatası olarak söylenen, yani hekimin, hastanın durumuna dair tanı konması ya da tedavi (iyileştirme) aşamasında kendisini yeterli bilgi birikimine sahip görmemesi ya da gerekli tıbbi malzemelerden yoksun olması durumunda, hastayı konusunda uzman ve teknik bakımdan donanımlı bir başka hekime havale etmemesi durumu da, bir kusur durumudur ve yanlış tedavi nedenidir. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, hekimin kendisini hastalığın tanı ve iyileştirme açısından yetersiz gördüğü anda, hastayı başka bir hekime/hastaneye sevk etmesinin zorunlu olduğudur. Belirtmek gerekir ki, intörn (stajyer) hekimler, uzman hekimlerin yanında onların vereceği görevleri ve talimatları yerine getirmek zorundadırlar. Asistan hekimler de ancak deneyim kazandıkça gözetici hekimin gözetim yükümlülüğü azalacaktır²⁷.

Görüldüğü gibi, malpraktis (yanlış tedavi) kavramı, tanım ve içerik olarak oldukça geniş ve aynı anda hem sağlık personelinin hem de hastane yönetimleri ile idarenin sorumluluğunu doğurabilecek kadar önemli bir durumdur. Şüphesiz ki, tıpta hatalı uygulamaları ortadan kaldırmaya yönelik düzenlemeler, teknik gelişmeler ve bilimsel amaçlı araştırmaların tamamı, insanoglunun yaşamına daha sağlıklı bir biçimde sürdürmesini amaçlamaktadır²⁸.

1.2 Malpraktis (Yanlış Tedavi) ile Komplikasyonun (İlaçların Doğurabileceği Yan Etkinin) Değerlendirilmesi:

Hekimin, hastaya yönelik olarak tanı ve tedavi aşamasında yapacağı her işlemin, tıp biliminin insan yaşamını doğrudan

GosterMainServlet?dokumanId=6dQp1E3JJN2TqHn5HwZgd7p-MO1SCD0Le%2BRwsNJGzcYM%2Fa%2B6gU8dOOaq%2FfBdKB2e-ralpQbf6Q6W5dDaMw8UFpihe3Ziwsrwg4sbt1%2B5dY70ygDT19-QHoKv9V3gGaByliBWkfO4fj073%2BHyWN9FRXRpw%3D%3D&aranan=&dokumanTuru=DANISTAYKARAR, (Erişim Tarihi: 09.10.2014).

²⁷ Hakan Hakeri, Tıp Hukuku, s. 610-611.

²⁸ Esra Öztürk, Klinik İlaç Araştırmalarında Hukuki Sorumluluk, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s.175.

etkileyen özelliği uyarınca büyük bir özen yükümlülüğünü de barındırdığı açıktır. Bu anlamda, insan sağlığına dair karar alınması ve uygulanması, şüphesiz ki risk etkenini de yüksek bir biçimde yanında getirmektedir. Hekim, tedavinin öncesi ve sonrasına ilişkin gelişebilecek semptomlar (bulgular) yani belirtiler konusunda hastasını mutlak surette uyarmalıdır. Buna karşın, hekimin tüm özen borcunu yerine getirmesi karşısında bile, her tıp uygulamasının kabul edilebilir sapmaları ve risklerinin bulunması komplikasyon (ilaçların doğurabileceği yan etki) olarak nitelendirilmekte ve hekime sorumluluk yükletilemeyen bir olumsuzluk olarak görülebilmektedir²⁹.

Hukuk kuramında izin verilen risk alanı olarak adlandırılan alanda gerçekleşmiş olan tıbbi müdahaleler nedeniyle, kural olarak hekim sorumlu tutulamaz. İzin verilen risk alanı, tıp biliminin tıbbi müdahalede oluşabileceğini öngördüğü önlenemez zararlı sonuçların bulunduğu alan olarak ifade edilmektedir³⁰. Bu nedenle, komplikasyon (yan etkiler) ile malpraktis (yanlış tedavi) ayrımını yapmak önem taşımaktadır. Çünkü, her ikisinin sonucunda ayrı ayrı ya hekimin sorumluluğuna gidilecek ya da hekim yapmış olduğu tıbbi müdahaleden ötürü herhangi bir sorumluluk taşımayacaktır.

Burada belirtilmesi gereken ilk konu, hekimin, komplikasyona (yan etkilere) ilişkin hastayı bilgilendirmesi ve yöntemine uygun olarak, yani hukuk kuralları çerçevesinde hastanın onayını alması zorunluluğudur..

Bu bağlamda, gerekli özen ve dikkatin gösterilmesi sonucunda bile meydana gelen olumsuz sonuçlar, tıbbi müdahalenin normal sapmaları, rizikoları olarak değerlendirilmektedir³¹.

Malpraktis (tedavi yanlışı) ve komplikasyon (yan etki) arasındaki ayrımı yapmaya yarayan ve sürekli güncellenen tanı

²⁹ Sunay Akyıldız, Hakan Hakeri, Faik Çelik, Pervin Somer, Tıp Hukuku Atölyesi-I, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s.78.

³⁰ Savaş, a.g.e., s. 293.

³¹ Samet Bayrak, Hekim Aleyhine Açılan Davaların Analizi Jinekoloji ve Obstetrikte Medikolegal Sorunlar, Ulusal Jinekoloji ve Obstetrik Kongresi'nde Sunulan Bildiri, Antalya, 15-19 Mayıs 2014.

ve tedavi kılavuzları oluşturmak yanlış tedavinin belirlenmesinde bir ölçüt olabilecektir³². Doğal olarak yanıtlandırılması gereken soru, komplikasyonun (yan etkinin) ne zaman malpraktise (yanlış tedaviye) dönüşeceği? Eğer bir komplikasyonun (yan etkinin) zamanında fark edilmemesi ya da fark edilse bile gereken önlemlerin alınmaması ya da fark edilip buna ilişkin gereken önlem alınmış olsa, sözkonusu önlemlerin yerleşmiş ve temel olarak alınan tıbbi girişim olarak değerlendirilmemesi durumlarında artık ortada komplikasyon (yan etki) değil malpraktis (yanlış tedavi) vardır³³.

Yargıtay İkinci Ceza Dairesi'nin E.1991/10834, K.1991/11895 ve 20.11.1991 tarihli kararında “...*Sanığın başıboş bıraktığı köpeği tarafından ısırılıp yaralanan mağdureye kuduz aşısı uygulandığı, 15. aşidan sonra hastalandığı ve öldüğü, Adli Tıp Kurumu Beşinci İhtisas Kurulu raporunda; (ölümün köpek ısırmasını takiben tatbik edilen kuduz aşısının bünyevi sebeplerle husule getirdiği allerjik ansafalit sonucu gelişen dolaşım ve solunum yetersizliğinden) kaynaklandığının, kuduz aşısına ve aşının tatbik şekline atfı kabil kusur bulunmadığının bildirildiği, keza; Yüksek Sağlık Şürası raporunda, (Kuduz aşuları neticesinde bazen bu tip ansafalit komplikasyon olarak meydana gelebilmektedir. Bu komplikasyonlar nedeniyle aşırı yapan kimseyi kusurlu bulmak mümkün değildir) denildiği görülmekte, bu suretle ölümün, yapılan kuduz aşısının neden olduğu ve bünyevi sebeplere dayanan allerjik ansafalitten kaynaklandığı anlaşılmaktadır...³⁴” diyerek, komplikasyon (yan etki) sonucunda oluşan zararın hekime yüklenemeyeceğine karar vermiştir.*

Konuya ilişkin son olarak değinilmesi gereken bir nokta da, komplikasyon/malpraktis ayrımı yapılırken oluşturulan bilirkişi raporunun hekimin tüm dikkat ve özen borcu, tedavi esnasında yerine getirmesi gereken yükümlülükler, komplikas-

³² Murat Civaner, Kızılca Yürür, Kayıhan Pala, Sağlık Alanında “Hizmet Kaynaklı Zarar”:Hekimler Ne Diyor?, Türk Tabipleri Birliği Yayınları, Ankara, 2011, s.49.

³³ Akyıldız, Hakeri, Çelik, Somer, a.g.e., s. 80-81.

³⁴ http://www.hukuki.net/ictihat/9110834_2c.asp, 09.10.2014

yonun meydana gelmemesi için almış olduğu önlemler gibi konuları ayrıntılı olarak içermesi gerektirir. Yargıtay Onuncu Hukuk Dairesi'nin E.2009/13214, K.2010/3694 ve 23.03.2010 tarihli kararında da “... Somut olayda, davacının gebeliğinin 10. haftasında kanama şikâyeti ile davalı Hastaneye geldiği, davalı doktor tarafından ilaç tedavisi uygulandığı, bir hafta sonraki kontrolde ise ana rahminde ölen ceninin aynı doktor tarafından kürtajla alındığı, kısa süre sonra hematoma oluştuğu gerekçesiyle aynı hastanede 2. kez kürtaj yapıldığı, şikâyetlerin devam etmesi üzerine ise bu kez başka bir doktor tarafından özel bir muayenehanede 3. kürtajın yapıldığı, kanamanın durmaması üzerine de acilen kaldırıldığı Şişli E.Hastanesinde davacının rahminin alındığı anlaşılmakta olup, mahkemece görüşüne başvurulmuş İstanbul Üniversitesi Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Kadın Hastalıkları ve Doğum Ana Bilim Dalı öğretim üyelerinden oluşan üç kişilik bilirkişi kurulundan alınan 6.2.2009 havale tarihli bilirkişi raporunda, ‘Histerektomi yapılmasına neden olan durudurulamayan kanama durumuna, patolojik incelemede saptanmış olan küretaj sonucunda oluşmuş olan perforasyon ya da plesenta incretata’nın neden olmuş olabileceği, küretaj sırasında oluşan uterus perforasyonunun, yapılan küretaj işleminin komplikasyonu olarak kabul edilmesi gerektiği, toplamda üç kez küretaj işlemi uygulanan hastanın hangi işlem sırasında uterus perforasyonuna uğradığının belirlenmesinin mümkün olmadığı, plesentanın rahim duvarına ilerlemesi durumu olan ‘plesenta incretata’nın özellikle erken gebelikte, uterus operasyonla çıkarılmadan tamsının konulmasının oldukça zor olduğu, tıbbi tedavilere yanıtız uterus kanamalarında total abdominal histerektominin sıklıkla başvurulmuş bir yöntem olduğu, devam eden kanamalar ve son kürtaj sonrasında hastaneye başvurulması göz önüne alındığında, yapılan operasyonun hayat kurtarıcı olduğu belirtilerek, davalı doktor ve 3. Kürtajı gerçekleştiren davalı T.K.’nin olayda herhangi bir ihmal ve kusurlarının olmadığı’ mütalaasında bulunulmuş, mahkemece de bu gerekçeyle davanın reddine karar verilmişse de anılan rapor, davacıya uygulanan tedavi ve yapılan operasyonlarda özen borcunun yerine getirilip getirilmediği hususunda yetersiz olduğundan, olayda davalıların

kusurlu olup olmadığının tespitine yeterli değildir. Eksik incelemeyle dayanılarak hüküm kurulamaz. O halde mahkemece, davacının tedavi ve kürtaj operasyonlarına ilişkin tüm tıbbi bilgi ve belgeler, varsa çekilen film ve sonografik inceleme raporları ile 6.2.2009 havale tarihli bilirkişi raporu da birlikte gönderilerek, Adli Tıp Kurumundan, davacıya uygulanan tedavi ve yapılan kürtaj operasyonlarında gerekli özenin gösterilip gösterilmediği, komplikasyon olasılığına karşı yapılması gereken işlemlerin yapılıp yapılmadığı, bu tip komplikasyonlara hangi sıklıkta ve ne gibi durumlarda rastlandığı, böyle bir sonuca meydan verilmemesi için, tüm tedbirlerin alınıp alınmadığı ve yapılması gereken tüm tıbbi müdahalelerin yapılıp yapılmadığı üzerinde durulup irdelenmek suretiyle, olayda davalılara atfı kabil bir kusur bulunup bulunmadığı konusunda, nedenlerini açıklayıcı, taraf, mahkeme ve Yargıtay denetimine elverişli rapor alınarak az yukarda açıklanan ilke ve esaslara göre davalıların kusurlu olup olmadığı belirlenmeli, sonucuna göre karar verilmelidir. Eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir...³⁵” denilerek, komplikasyon (yan etki) dumunun oluşumundaki sürecin bilirkişi raporuyla ayrıntılı bir biçimde incelenmesi gerektiği üzerinde durulmuş; böylece komplikasyonun (yan etkinin) hataya yer vermeyecek bir biçimde tanımlanması ve örnek olay dahilinde malpraktisten (yanlış tedaviden) farkının açık bir şekilde sunulması sağlanmıştır.

Komplikasyon ile malpraktis arasındaki ayrımın dikkatli bir biçimde belirtilmesi, hekimin sorumluluğu kapsamında büyük bir öneme sahip olacaktır. Bu ayrımın sonuçları çerçevesinde, aşağıda ayrıntılı olarak belirtileceği gibi, hekimin sorumluluğunun hizmet kusuru bakımından değerlendirilmesi mümkün olabilecektir. Hekimin, göstermesi gereken özen borcu, komplikasyonun (yan etkinin) fark edilmesiyle bitmeyecek, bunun devamında da gereken tıbbi müdahalenin layığıyla yapılması biçiminde devam edecektir.

³⁵ http://www.kararevi.com/karars/781489_yargitay-e-2009-13214-k-2010-3694#.VDqo0Wd_uCY, (Erişim Tarihi: 10.10.2014)

HEKİMİN İDARE HUKUKU İLKELERİNE GÖRE SORUMLULUĞU

2.1. İdarenin Sorumluluğu ve Hekimlere Etkisi :

İdarenin Yasama, Yargı ve Yürütmenin salt siyasal nitelikteki işlemleri dışında kalan, toplumun huzur ve refahını sağlamak ve günlük yaşamını düzenlemek üzere ortaya koyduğu, kamu gücünün kendisine tanımış olduğu üstün ve ayrıcalıklı yetkilere dayanarak kamu yararını sağlamak amacıyla bir kamu hizmetinin meydana getirilmesini sağlayan, sürekli, kesintisiz, tek yanlı, icrai (etkili) ve aksi yargı kararı ile kanıtlanmadığı sürece kural olarak hukuka uygunluk karinesinden (varsayımından) yararlanan işlemlerine idari fonksiyon (işlev-görev) denmektedir.

Türk idari teşkilatı içinde yer alan herhangi bir Devlet ya da kamu tüzelkişisi tarafından yerine getirilen idari görev, kamu dirliğini sağlamaya dayalı kolluk etkinliklerinden kamu sağlığını gerçekleştirmeyi amaçlayan sağlık hizmetlerine kadar oldukça geniş bir yelpazeye sahiptir.

İdarenin, yapmış olduğu işlemlerde kural olarak tek yanlı hareket etmesi ile üstün ve ayrıcalıklı yetkilerini kullanması sonucunda, vatandaşa karşı önemli bir üstünlüğü doğmaktadır. İşte, idarenin kimi etkinlikleri, yani işlem ve eylemleri sonucunda zarara uğrayan bireyin ise, sahip olduğu hak, idari yargı düzeninde kendisi aleyhinde sonuç doğuran idari işlemin ortadan kaldırılması amacıyla bir iptal davası ya da idari işlem ya da eylem sonucunda uğradığı zararın tazmini amacıyla bir tam yargı davası açmasından ibarettir.

Gerçekten, idare edilenler, her somut olayı ya da uyuşmazlığı idarenin hukuka ya da kanuna uygun davranıp davranmadığını, bağımsız, yansız ve yargısal güvencelere sahip yargıçların görev yaptıkları, yine bu niteliklere sahip yargı mercileri önüne getirebilmelidirler³⁶. Çünkü, vatandaşların elinde, hak-

³⁶ İsmet Giritli, Pertev Bilgen, Tayfun Akgüner, Kahraman Berk, İdare Hukuku, Der Yayınları, İstanbul, 2013, s.23-24.

larını korumalarını ya da zarar gördüklerinde bu zararlarının giderilmesini sağlayacak kolluk kuvveti, askeri güç, top, tüfek yoktur; vatandaşın sahip olduğu ve kendisini koruyacak olan tek güç hukuktur; bağımsız yargıdır.

XIX. yüzyılın ikinci yarısına kadar hemen her ülkeden ege-men olan Devletin sorumsuzluğu ilkesi, bizde de, Cumhuriyet dönemine kadar geniş bir uygulama alanı bulmuş; ancak, 1927 yılından sonra Danıştay'ın yeniden göreve başlayıp idareye karşı açılan tazminat davalarına bakması ile bu sorumsuzluk ilkesinden uzaklaşmaya başlanmış, konuya ilişkin asıl gelişmeler ise, sırasıyla 1961 Anayasası'nın 114. maddesi³⁷ ile 1982 Anayasası'nın 125. maddesi³⁸ uyarınca idarenin sorumluluğunu belirleyen kurallar ile sağlanmıştır³⁹.

³⁷ Madde 114- (20.9.1971-1488/(25) İdarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolu açıktır.

Yargı yetkisi, yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini sınırlayacak tarzda kullanılamaz. İdari eylem ve işlem niteliğinde yargı kararı verilemez.

İdarenin işlemlerinden dolayı açılacak davalarda süre aşımı, yazılı bildirim tarihinden başlar.

İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür.

³⁸ Madde 125- İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır. Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir. Milletlerarası tahkime ancak yabancılik unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir.

Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemler ile Yüksek Askeri Şuranın kararları yargı denetimi dışındadır. Ancak, Yüksek Askeri Şuranın terfi işlemleri ile kadrosuzluk nedeniyle emekliye ayırma hariç her türlü ilişik kesme kararlarına karşı yargı yolu açıktır.

İdari işlemlere karşı açılacak davalarda süre, yazılı bildirim tarihinden başlar.

Yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olup, hiçbir surette yerindelik denetimi şeklinde kullanılamaz. Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya tahdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı verilemez.

İdari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda gerekçe gösterilerek yürütmenin durdurulmasına karar verilebilir.

Kanun, olağanüstü hallerde, sıkıyönetim, seferberlik ve savaş halinde ayrıca milli güvenlik, kamu düzeni, genel sağlık nedenleri ile yürütmenin durdurulması kararı verilmesini sınırlayabilir.

İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür.

³⁹ Şeref Gözübüyük, Yönetim Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012, s.336.

Bu çerçevede, idarenin sorumluluğu konusunda, sorumluluğun türlerini belirtmekte yarar görmekteyiz:

İdarenin sorumluluğuna, idari etkinlikler sonucu kişilere verilen zararlar yol açar ve bu zararlar maddi ve manevi olabilir⁴⁰. Zarara yol açan nedenler ise, bir başlık altında aşağıdaki gibi belirtilebilir:

- İdari işlemde doğan zarar,
- İdari işlemin uygulanması eyleminden doğan zarar,
- İdari eylemden doğan zarar,
- İdarenin haksız eyleminden doğan zarar,
- İdari sayılan eylemlerden doğan zarar,
- İdare ajanlarının eylemleri,
- İmtiyazlı şirketin, müteahhidin eylemi,
- İdareye bağlanabilen eylemler,
- İdari sözleşmelerden doğan sorumluluk⁴¹.

İdarenin sorumluluğu türleri ise “kusurlu sorumluluk” ve “kusursuz sorumluluk” olarak ikiye ayrılmaktadır. İdare hukukunda kusur anlayışı, geleneksel doktrinde hizmet kusuru olarak yorumlanmakta; Türk ve Fransız doktrinlerinde de hizmet kusuru, bir kamu hizmetinin kuruluş ve işleyişinde meydana gelen bozukluk olarak tanımlanmaktadır⁴².

Hizmet kusuru, hizmetin geç işlemesi, hizmetin kötü işlemesi ya da hizmetin hiç işlememesi durumunda söz konusu olmaktadır. Hizmetin geç işlemesi, hizmetin kabul edilebilir bir neden dışındaki gecikme ile yerine getirilmesi demektir. Hizmetin kötü işlemesi, hizmetin gereği gibi yerine getirilememesi anlamına gelmekte; hizmetin hiç işlememesi ise, idarenin yapması gereken bir etkinlik yerine getirmemesi olarak ifade edi-

⁴⁰ Yıldızhan Yayla, İdare Hukuku, Beta Basım Yayın Dağıtım, İstanbul, 2010, s.352.

⁴¹ Yayla, a.g.e., s. 353-357.

⁴² Kemal Gözler, Gürsel Kaplan, İdare Hukuku Dersleri, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2013, s.749.

lebilmektedir. Yeri gelmişken hizmet kusuru ile kişisel kusur ayırımına da değinmekte yarar vardır. Kişisel kusur (hizmetten ayrılabilen kusur), kamu görevlisinin, görevle ilişkisi olmayan ya da dolaylı olarak ilişkili bulunan kusuruna denmekte iken; hizmet kusuru ise, kamu görevlileri tarafından yapıлып idareye ve yürüttüğü hizmetlere ilişkin olan kusurlu davranışlarını ifa-
de etmektedir⁴³.

İdarenin daha çok tehlike taşıyan etkinliklerinde ortaya çıkan kusursuz sorumluluk hali⁴⁴ ise, “*risk sorumluluğu*”⁴⁵ ve “*kamu külfetleri karşısında eşitliğin bozulmasından dolayı meydana gelen sorumluluk*”⁴⁶ olarak ikiye ayrılabilir:

Risk Sorumluluğu Durumları:

Tehlikeli şeyler,

Tehlikeli yöntemler,

Tehlikeli durumlar,

Mesleki riskler: Kamu personelinin görevleri sırasında uğradığı zararlar,

İdarenin arızı (geçici) işbirlikçilerinin uğradığı zararlar,

Bayındırlık eser ve işlerinden dolayı üçüncü kişilerin uğradığı zararlar,

Toplantı ve gösterilerden dolayı ortaya çıkan zararlar,

İdarenin terörle mücadele kapsamında yürüttüğü etkinliklerden dolayı üçüncü kişilerin uğradığı zararlar⁴⁷, olarak belirtilebilir.

Kamu külfetleri karşısında eşitliğin bozulmasından dolayı meydana gelen sorumluluk durumları ise:

Bayındırlık işlerinin sürekli zararlarından dolayı sorumluluk,

⁴³ Gözübüyük, a.g.e., s.339.

⁴⁴ Gözübüyük, a.g.e., s.343.

⁴⁵ Gözler/Kaplan, a.g.e., s.760.

⁴⁶ Gözler/Kaplan, a.g.e., s.771.

⁴⁷ Gözler/Kaplan, a.g.e., s. 762-768.

Hukuka uygun idari işlemlerden dolayı sorumluluk,
Kanunlardan dolayı sorumluluk, ve
Uluslararası antlaşmalardan dolayı sorumluluk, olarak ifade edilmektedir⁴⁸.

Doktrinde Gürsel Kaplan'ın belirttiği üzere, Danıştay, sağlık hizmetlerinin yürütülmesi esnasında verilen zararlardan ötürü idarenin sorumluluğuna hükmederken, hizmet kusuru koşulunu, kimi durumlarda da ağır hizmet kusuru koşulunu arayabilmekte, bu durumu da vermiş olduğu bir kararda aşağıdaki şekilde ifade etmektedir: "*...İdare Hukukunun ilkeleri ve Danıştay'ın yerleşik içtihatlarına göre, zarar gören kişinin hizmetten yararlanan durumda olduğu ve hizmetin riskli bir nitelik taşıdığı hallerde, İdarenin tazmin yükümlülüğününün doğması için zararın, İdarenin ağır hizmet kusuru sonucu meydana gelmiş olması gerekmektedir. Bünyesinde risk taşıyan hizmetlerden olan sağlık hizmetinden yararlananın zarara uğraması halinde, bu zararın tazmini, ancak İdarenin ağır hizmet kusurunun varlığı halinde mümkün olabilir...*"⁴⁹.

Hizmet kusuru anlamında idare hukuku ilkelerine göre hizmeti veren idare sorumlu olup, memurun sorumluluğuna doğrudan gidilmezken, Hasta Hakları Yönetmeliği⁵⁰ uyarınca kamu görevlisi personeli hakkında disiplin hükümlerinin uygulanması ve durumun ceza hukuku ilkeleri çerçevesinde soruşturulması durumları ise, mümkün olabilecektir. Şöyle ki, anılan yönetmeliğin Devlet memuru ya da öteki kamu görevlisi personelin sorumluluğu başlıklı 44. maddesinde⁵¹, Hasta

⁴⁸ Gözler/Kaplan, a.g.e., s. 771-778.

⁴⁹ http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_makale_detay.asp?IDNO=62, (Erişim Tarihi: 11.10.2014).

⁵⁰ R.G., T. 01.08.1998, Sy. 23420. Ayrıca ilgili yönetmelikteki değişiklikler için ayrıca bkz. <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/05/20140508-3.htm>, (Erişim Tarihi: 11.10.2014).

⁵¹ Madde 44- Bu Yönetmelik'te gösterilmiş olan hasta haklarının fiilen kullanılmasına mani olan veya bu hakları başka şekilde ihlal eden personelin, cezaî, mali ve inzabati sorumluluklarının tamamı veya bunlardan bir kısmı doğabilir.

Birinci fıkrada belirtilen sorumluluklar haricinde, ihlalin durumuna göre, personeli istihdam eden kurum ve kuruluş tarafından personel hakkında uygulanacak idari tedbir ve müeyyideler saklıdır.

Hakları Yönetmeliğinde belirtilmiş olan hasta haklarının fiilen kullanılmasına engel olan ya da bu hakları başka biçimde çiğneyen personelin, cezai, mali ve inzibati sorumluluklarının tümü ya da bunlardan bir bölümünün doğabileceği ve birinci fıkrada belirtilen sorumluluklar dışında, ihlalin durumuna göre, personeli istihdam eden kurum ve kuruluş tarafından personel hakkında uygulanacak idari önlem ve yaptırımların saklı olacağı belirtilmiştir. Yine aynı yönetmeliğin kamu personeli hakkındaki “*müeyyideler*” başlıklı 46. maddesinde⁵² ise, hasta haklarının Devlet memuru ya da öteki kamu görevlisi personel tarafından ve görevleri sırasında herhangi bir şekilde ihlali halinde uygulanacak yaptırımlar aşağıdaki biçimde gösterilmiştir:

a) Kamu görevlisi olan personelin fiilinin niteliğine göre, soruşturmacı tarafından hakkında disiplin cezası önerilmiş ise, mevzuatın öngördüğü disiplin cezaları yetkili amir ya da kurullarca yöntemine göre takdir edilir.

⁵² Madde 46- Hasta haklarının Devlet memuru veya diğer kamu görevlisi personel tarafından ve görevleri sırasında herhangi bir şekilde ihlali halinde uygulanacak müeyyideler aşağıda gösterilmiştir:

a) Kamu görevlisi olan personelin fiilinin niteliğine göre, soruşturmacı tarafından hakkında disiplin cezası teklif edilmiş ise, mevzuatın öngördüğü disiplin cezaları yetkili amir veya kurullarca usulüne göre takdir edilir.

b) Hak ihlali aynı zamanda ceza hukukuna göre suç teşkil ettiği takdirde, memur olan personel hakkında, Memurun Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat hükümlerine göre yapılan soruşturma sonucunda lüzum-u muhakeme kararı verilir ise, dosya Cumhuriyet Başsavcılığı'na gönderilerek ceza davası açılması ve böylece personel hakkında fiiline uygun bulunan cezai müeyyidenin tatbiki sağlanır.

c) Anayasa'nın 40 ıncı maddesinin ikinci fıkrası, 129 uncu maddesinin beşinci fıkrası ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 13 üncü maddesi ve ilgili diğer mevzuat uyarınca, memurların ve diğer kamu görevlilerinin hukuki sorumluluğu doğrudan doğruya memur aleyhine açılacak dava yolu ile gerçekleştirilemez. Dava, 43 üncü maddede gösterilen usule göre, ancak idare aleyhine açılabilir. Bu personelin hukuki sorumluluğunun doğması, idare aleyhine açılacak dava neticesinde tazmin kararı verilmesine bağlıdır.

Kamu görevlisi personelin verdiği zarar, mahkeme kararı üzerine idare tarafından tazmin edildikten sonra, müsebbibi olan sorumlu personele rücu edilir.

d) Kamu görevlisi personelin mesleklerini resmi görevleri dışında serbest olarak icra etmekte iken işledikleri fiillerden dolayı haklarında 47 inci maddeye göre işlem yapılır.

b) Hak ihlali aynı zamanda ceza hukukuna göre suç oluşturduğu takdirde, memur olan personel hakkında, Memurun Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat hükümlerine göre yapılan soruşturma sonucunda lüzum-u muhakeme kararı verilir ise, dosya cumhuriyet başsavcılığı'na gönderilerek ceza davası açılması ve böylece personel hakkında fiiline uygun bulunan cezai müeyyidenin tatbiki sağlanır.

c) Anayasa'nın 40 ıncı maddesinin ikinci fıkrası⁵³, 129 uncu maddesinin beşinci fıkrası⁵⁴ ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun⁵⁵ 13 üncü maddesi⁵⁶ ve ilgili diğer mevzuat uyarınca, memurların ve öteki kamu görevlilerinin hukuki sorumluluğu doğrudan doğruya memur aleyhine açılacak dava yolu ile gerçekleştirilemez. Dava, 43 üncü maddede⁵⁷ gösterilen usule göre, ancak idare aleyhine açılabilir. Bu personelin hukuki sorumluluğunun doğması, idareye karşı açılacak dava sonucunda tazmin kararı verilmesine bağlıdır. Kamu görevlisi perso-

⁵³ Madde 40/2- Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır.

⁵⁴ Madde 129/5- Memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında işledikleri iddia edilen suçlardan ötürü ceza kovuşturması açılması, kanunla belirlenen istisnalar dışında, kanunun gösterdiği idari mercii'nin iznine bağlıdır.

⁵⁵ R.G., T. 23.07.1965, Sy. 12056

⁵⁶ Madde 13- Kişiler kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı bu görevi yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açarlar. Ancak, Devlet dairelerine tevdi veya bu dairelerce tahsil veya muhafaza edilen para ve para hükmündeki değerli kağıtların ilgili personel tarafından zimmete geçirilmesi halinde, zimmete geçirilen miktar, cezai takibat sonucu beklenmeden Hazine tarafından hak sahibine ödenir. Kurumun, genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır.

12 nci maddeyle bu maddede belirtilen zararların nevi, miktarlarının tespiti, takibi, amirlerin sorumlulukları ve yapılacak işlemlerle ilgili diğer hususlar Başbakanlıkça düzenlenecek yönetmelikle belirlenir.

⁵⁷ Madde 43- Hasta haklarının ihlali halinde, personeli istihdam eden kurum ve kuruluş aleyhine maddi veya manevi veyahut hem maddi ve hem de manevi tazminat davası açılabilir.

Ancak, aleyhine dava açılacak mercii'nin kamu kurum ve kuruluşu olması halinde;

a) 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 12 nci maddesine göre; hakkın bir idari işlem dolayısı ile ihlal edilmesi halinde ilgililer, doğrudan doğruya tam yargı davası veya iptal ve tam yargı davalarını birlikte açabilecekleri gibi ilk önce iptal davası açarak bu davanın karara bağlanması üzerine dava açma süresi içerisinde tam yargı davası açabilirler.

b) Aynı Kanun'un 13 üncü maddesi uyarınca, zarar verici eylemin öğrenildiği tarihten itibaren en geç bir yıl içinde maddi ve manevi tazminat olarak istenilen tazminat miktarı ayrı ayrı gösterilerek idareye müracaat edilmesi ve talebin açıkça veya zimnen reddi halinde kanuni süresi içinde idari yargı mercilerinde dava açılması gerekir.

nelin verdiği zarar, mahkeme kararı üzerine idare tarafından tazmin edildikten sonra, zarara neden olan sorumlu personele rücu edilir.

d) Kamu görevlisi personelin mesleklerini resmi görevleri dışında serbest olarak yürütmekte iken işledikleri fiillerden dolayı haklarında 47 nci maddeye⁵⁸ göre işlem yapılır⁵⁹.

2.2. İdari Yargı Uyarınca İzlenmesi Gereken Başvuru Yolu

Hekimin hatalı uygulaması sonucu zarar gören hastaların, zararlarının tazmini amacıyla idare aleyhine hizmetin görüldüğü ya da eylemin yapıldığı yerde açabilecekleri tam yargı davalarında, idarenin sorumluluğunu gerektiren bir zararın ortaya çıkması herşeyden önce belli koşulların gerçekleşmesine bağlıdır.

İlk olarak, zarar doğurucu bir davranışın varlığı gerekmektedir, bununla birlikte zarar doğurucu bu davranışın idareye bağlanması ve zarar ile tutum ve davranış arasında bir illiyet bağının bulunması gereği vardır⁶⁰. Zarar doğurucu bir davranışın varlığında, ilgili davranışın kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin olması, daha doğrusu kamu hizmetinin yürütülmesi nedeniyle yapılmış olması gerekmektedir. Yine, zarar doğurucu davranış idare adına yapılmalı ve zarar doğurucu davranış ile

⁵⁸ Madde 47- Hasta haklarının Devlet memuru veya diğer kamu görevlisi olmayan personel tarafından herhangi bir şekilde ihlali halinde uygulanacak müeyyideler aşağıda gösterilmiştir:

a) Kamu görevlisi olmayan personel; hakları ihlal edilen hastanın doğrudan vaki olacak şikâyeti üzerine veya bu fiillerin başka şekilde tespiti halinde Bakanlık veya başka kurum ve kuruluşlar tarafından yapılan bildirim üzerine, bunların özel kanunlara göre kurulmuş olan kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları haysiyet divanlarınca disiplin cezaları ile cezalandırılabilir.

b) Kamu görevlisi olmayan personelin hasta haklarını ihlallerinden doğan hukuki sorumlulukları, genel hükümlere göre doğrudan doğruya kendilerine veya bunları çalıştıran kurum ve kuruluşlara karşı veya hem kendilerine ve hem de çalıştıranlara karşı birlikte dava açılarak ileri sürülebilir.

c) Kamu görevlisi olmayan personel hakkında, ceza hukukuna göre suç teşkil eden fiilleri sebebiyle cezai müeyyideler tatbik edilmesi, genel hükümlere göre doğrudan doğruya cumhuriyet savcılıklarına yapılacak ihbar veya şikâyet yoluyla gerçekleştirilebilir.

⁵⁹ <http://www.saglik.gov.tr/TR/belge/1-555/eski2yeni.html>, (Erişim Tarihi: 11.10.2014).

⁶⁰ Şeref Gözübüyük, Yönetmelik Yargı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013, s.318.

oluşan zarar arasında illiyet bağı dediğimiz bir nedensellik bağı'nın (sebe-sonuç ilişkisi) olması gerekmektedir.

Üzerinde durulması gereken bir başka konu da, idare aleyhine açılan tam yargı davaları sonucunda, idare bir tazminat bedeli ödemek sorunda kalırsa, kamuda malvarlığı bakımından zarara uğranılması sonucu, idarenin bu zarara neden olan hekime rücu edebileceğidir. 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun⁶¹ 71. maddesinde⁶² kamu zararı tanımı yapılmış olup, söz konusu zarar, kamu görevlilerinin kasıt, kusur ya da ihmallerinden kaynaklanan mevzuata aykırı karar, işlem veya eylemleri sonucunda kamu kaynağında artışa engel ya da eksilmeye neden olunması olarak tanımlanmıştır⁶³. İdarenin sahip olduğu rücu hakkının dayanağı olan Anayasa'nın 40/2 ve 129/5 hükümleri ile 657 sayılı Devlet Memurlar Kanunu'nun (DMK.) 13. maddesi uyarınca, rücu edilebilmesi ancak kişisel kusurun varlığı halinde mümkündür⁶⁴.

Sağlık hukuku ve hatalı tıbbi uygulama açısından, yani idarenin yapmış olduğu eylemden ötürü ya da idarenin hareketsiz kalması nedeniyle kişisel hakları doğrudan zarar görenler tarafından açılacak olan tam yargı davalarında, dava açma süresi, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun (İYUK.) 13. Maddesinde belirtilmiştir. Şöyle ki, idari eylemlerden hakları çiğ-

⁶¹ R.G., T. 24.12.2003, Sy. 25326

⁶² Madde 71- 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 md.)

g) Mevzuatında öngörülmediği halde ödeme yapılması,

Esas alınır.

⁶³ <http://www.maliye.gov.tr/Sayfalar/Kanunlar.aspx>, (Erişim Tarihi: 12.10.2014).

⁶⁴ Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya, Türk İdare Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s.663.

nenmiş olanların idari dava açmadan önce, bu eylemleri yazılı bildirim üzerine ya da başka suretle öğrendikleri tarihten itibaren bir yıl ve her halde eylem tarihinden itibaren beş yıl içinde ilgili idareye başvurarak haklarının yerine getirilmesini istemeleri gereklidir. Bu isteklerin kısmen ya da tümüyle reddi durumunda, bu konudaki işlemin tebliğini (yazılı bildirimini) izleyen günden itibaren ya da istek hakkında altmış gün içinde cevap verilmediği takdirde bu sürenin bittiği tarihten itibaren, dava süresi içinde dava açılabilir⁶⁵.

Belirtmek gerekir ki, eylem ile zararın öğrenilmesi arasında bir yıldan fazla sürenin bulunması durumunda her ne kadar kanunun açık ifadesi uyarınca artık dava açmak mümkün değil ise de; Danıştay'ın yerleşik içtihadı uyarınca, eylem ile zarar arasında bir yıldan fazla süre bulunması durumunda, idareye başvurma süresi de zararın öğrenilmesi tarihinden itibaren başlayacaktır⁶⁶. Nitekim, Danıştay Onuncu Dairesi'nin E.2004/2932, K.2006/7287 ve 20.11.2006 tarihli kararında “.. *Dava, davacının 20.8.1996 tarihinde geçirdiği bir kaza sonucunda SSK Göz Hastalıkları Merkezi'nce gözündeki rahatsızlığın teşhis edilememesi nedeniyle gözünü kaybetmesi sonucu uğramış olduğu 5.000.000.000 TL maddi 1.000.000.000 TL manevi tazminatın ödenmesi istemiyle açılmıştır. İdare Mahkemesince, 20.8.1996 yılında geçirmiş olduğu kaza nedeniyle SSK Göz Hastalıkları Merkezi'ne müracaat eden davacının, yapılan muayenesi sonucunda travmaya bağlı bir teşhis konulmadığı, gözündeki rahatsızlıkların artması nedeniyle birçok kez aynı kuruma başvuran ve en 24.1.2002 tarihinde ameliyatla gözü alınan davacı tarafından rahatsızlığının idarenin kusuru ve ihmali nedeniyle teşhis edilememesi sonucu uğramış olduğu, maddi ve manevi zararların tazmini için görülmekte olan bu davanın açıldığı anlaşılmakta ise de; 2577 sayılı Yasanın 13. maddesinde, ilgililerin her halde eylem tarihinden itibaren 5 yıl içerisinde idareye başvurarak haklarının yerine getirilmesini istemeleri gerektiği öngörülmüş olup, davacının*

⁶⁵ http://mevzuat.meb.gov.tr/html/17580_2577.html, (Erişim Tarihi: 12.10.2014).

⁶⁶ Yıldırım, Yasin, Kaman, Özdemir, Üstün, Okay Tekinsoy, a.g.e., s.809.

zararına neden olan eylemin 20.8.1996 yılında meydana gelmesi nedeniyle 5 yıl içerisinde yani en geç 20.8.2001 tarihine kadar davalı idareye başvurusu gerekirken, gözüne operasyonun yapıldığı 24.1.2002 tarihi esas alınmak suretiyle 2.7.2002 tarihinde açılan davanın süre aşımı nedeniyle incelenme olanağı bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Davacı, davanın yasal sürede açıldığı iddiasıyla, davalı idare ise “nisbi vekalet ücreti “yerine “maktu vekalet ücreti’ne” hükmedildiği ve ayrıca lehe hüküm altına alınacak vekalet ücretine KDV’nin de eklenmesi gerektiği iddialarıyla anılan mahkeme kararının temyizden incelenip bozulmasını istemektedirler. Dosyanın incelenmesinden; 20.8.1996 yılında geçirmiş olduğu kaza nedeniyle SSK Göz Hastalıkları Merkezi’ne müracaat eden davacının, yapılan muayenesi sonucunda travmaya bağlı bir teşhis konulmadığı, rahatsızlığının geçmemesi üzerine izleyen tarihlerde yine aynı kuruma başvurduğu halde hastalığının teşhis edilemediği, gözündeki rahatsızlığın artması üzerine 20 Nisan 2001 tarihinde gittiği serbest çalışan bir göz uzmanınca, gözünün iç bölgesinde yırtılma olduğu, bu itibarla ameliyat olması gerektiği, ancak geç tedavi nedeniyle gözünün kurtulma ihtimalinin %10 olduğunun beyan edildiği, en son 24.1.2002 tarihinde aynı kurumda yapılan ameliyatla gözünün alındığı, davacı tarafından, rahatsızlığının, idarenin kusur ve ihmali nedeniyle teşhis edilemediği öne sürülerek, uğramış olduğu maddi ve manevi tazminatın ödenmesi istemiyle 26.4.2002 tarihinde yapılan başvurunun idarece reddi üzerine de 60 günlük yasal sürede bu davanın açıldığı anlaşılmaktadır. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Yasasının 13 üncü maddesinde; idari eylemler nedeniyle hakları ihlal edilen ilgililerin, eylemleri öğrendikleri tarihten itibaren ve herhalde eylem tarihinden itibaren beş yıl içinde idareye başvurup haklarının yerine getirilmesini isteyebilecekleri; bu isteklerin reddi üzerine altmış günlük dava açma süresi içerisinde dava açabilecekleri hükme bağlanmıştır. Anılan Yasa hükmünde idareye başvuru için öngörülen en geç beş yıllık sürenin, idari eylemin tamamlandığı ve yol açtığı zararın ortaya çıktığı tarihten itibaren hesaplanması gerekir. Esasen idari eylemin

tamamlandığı ve zararın ortaya çıktığı tarih dikkate alınmadan beş yıllık sürenin hesaplanması bazı hallerde zarar ortaya çıktığında idareye başvuru süresinin dolayısıyla dava açma süresinin geçmiş olması, dava açma hakkının kullanıl-maması sonucunu doğuracaktır. Zararın ortaya çıkmasıyla kullanılması mümkün olan dava açma hakkını ortadan kaldırır biçimde süre hesabı yapılmasının hak arama özgürlüğüyle bağdaştırılmayacağı açıktır. Bu itibarla, idareye başvurma ve dava süresinin başlangıcına yalnızca eylem tarihini almak yerine, o zararın o eylemden kaynaklandığının öğrenildiği ta-rihi esas almak hakkaniyete daha uygun olacaktır. Olayda davacının tazminat istemine dayanak aldığı hatalı teşhis ve tedavi 20.8.1996 tarihinde yapılmış olmakla birlikte, eylemin 24.1.2002 tarihinde tamamlandığı ve zararın bu tarihte ortaya çıktığı çekişmesizdir. Bu itibarla, 2577 sayılı Yasanın 13.mad-desinde Öngörülen beş yıllık sürenin 24.1.2002 tarihinden iti-baren başlaması gerekir. Bu durumda, İdare Mahkemesince, süresinde açılan davanın esası hakkında bir karar verilmesi gerekirken davanın süre aşımı nedeniyle reddi yolunda veri-len kararda hukuka uyarlık görülmemiştir.”⁶⁷ Sonucuna va-rılarak, beş yıllık sürenin hesaplanması davacının hak arama özgürlüğü ile birlikte bu özgürlüğün anlamı ve önemi dikkate alınmak suretiyle yorumlanmıştır.

SONUÇ

Hak ve özgürlükler, ortaya çıkış dönemine göre farklı kuşaklara ayrılmış olup, söz konusu ayrımın öncüsü de Profesör Karel Vasak’dır⁶⁸. Birinci kuşak haklar, 18. yüzyıldan itibaren tanınan medeni ve siyasal hakları, ikinci kuşak haklar iktisadi sosyal ve kültürel hakları, üçüncü kuşak hakları ise dayanışma haklarını belirtmektedir; fakat değişen ve gelişen toplum dü-zeni ve bilim dünyası ile özellikle tıp alanında meydana gelen

⁶⁷ Yıldırım, Yasin, Kaman, Özdemir, Üstün, Okay Tekinsoy, s.811-812/813. Ayrıca kararın tamamı için bkz. <http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/GelismisDokumanAraServlet>, (Erişim Tarihi: 12.10.2014).

⁶⁸ İbrahim Ö. Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku 1, İmge Kitabevi, Ankara, 2013, s.41

değişimlerin insanlar üzerinde olumsuz sonuçlarının doğmasının önüne geçebilmek adına insan hakları ve tıp bilimine denk düşen bir dördüncü haklar kategorisi önerilmiştir ki⁶⁹, sağlık hakkı da, birinci, ikinci, üçüncü kuşak haklar ile ilişkili olup, bu hak özellikle önerilen dördüncü kuşak haklar arasında nitelendirilebileceği gibi, bireylerin sağlıklı bir çevrede yaşaması gerektiğini koruma altına alan ikinci kuşak haklar içinde de kendisine yer bulabilecektir, bununla birlikte birinci kuşak haklar arasında yer alan yaşam hakkı ile de aralarında oldukça sıkı bir bağ bulunmaktadır. Öyle ki, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS.) 2. maddesinde düzenlenen yaşam hakkına ilişkin olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM.) kararlarından, taraf Devletlerin yaşam hakkına ilişkin pozitif yükümlülüklerinin halk/kamu sağlığı alanında da uygulanacağı anlaşılmaktadır⁷⁰.

Anayasa Mahkemesi de, hekimlere tam gün çalışma yükümlülüğü getiren 5947 sayılı Tam Gün Yasasını⁷¹ iptal ederken, *"...hekimlerin insan sağlığının gelişmesi ve yaşam haklarının korunması ile doğrudan ilgili olan konuları dikkate alınmaksızın çalışma koşullarının kuralda belirtildiği şekilde sınırlandırılması bireylerin yaşam hakkını zedeleyici nitelik taşımaktadır."* hükmü doğrultusunda iptali doğrudan yaşam hakkı ve sağlık hakkına dayandırmıştır⁷².

Hekimlerin, hastaların yaşamlarına ilişkin kararları almalarını sağlayan teşhis (tanı) ve tedavi süreçleri, ciddi bir bilgi birikimi, azami ölçüde dikkat ve yeterli teknik alet ve ekibin olması ile istenilen ölçüde yapılabilir. Ancak bu durumda bile hekimin koyduğu tanının yüzde yüz doğru çıkacağını düşünmek olanaksızdır.

Hekimlerin tıbben hatalı uygulamaları, kimi zaman hastalar için geri dönülemez sonuçlar doğurmaktadır. Bu durum idarenin de tazmin yükümlülüğü altına girmesine neden olmak-

⁶⁹ Kaboğlu, a.g.e., s. 42.

⁷⁰ İzzet Mert Ertan, Uluslararası Boyutlarıyla Sağlık Hakkı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2012, s.132.

⁷¹ R.G., T. 30.01.2010, Sy. 27478.

⁷² Sultan Tahmazoğlu Üzeltürk, Anayasa Hukuku Açısından Sağlık Hakkı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2012, s.106.

tadır. Demokrasi ve hukuk devleti açısından, hastaların idari eylemler nedeniyle uğradıkları zararların giderilmesi, vatandaşın hukuka olan inancını da sağlamlaştırmakta; ihkak-ı hak gibi konuların doğmasına engel olmaktadır. Şüphesiz, sağlıklı bir yaşama sahip olmak, bireyin sahip olması gereken ve Devletin etkin bir biçimde müdahale etmesi beklenen sosyal haklar kategorisinde ele alınmalıdır. Sosyal bir Devletten beklenen de, bu hakların zarar görmesinin önüne geçmesidir.

KAYNAKÇA

1. Akyıldız Sunay, Hakan Hakeri, Faik Çelik, Pervin Somer, Tıp Hukuku Atölyesi-I. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2013
2. Akyılmaz Bahtiyar, Murat Sezginer, Cemil Kaya, Türk İdare Hukuku. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2013
3. Bayrak Samet, (2014). Hekim Aleyhine Açılan Davaların Analizi Jinekoloji ve Obstetrikte Medikolegal Sorunlar. Ulusal Jinekoloji ve Obstetrik Kongresi'nde Sunulan Bildiri. Rixos Sungate Otel, Antalya, Türkiye, 15-19 Mayıs
4. Civaner Murat, Kızılca Yürür, Kayıhan Pala, Sağlık Alanında "Hizmet Kaynaklı Zarar": Hekimler Ne Diyor?. Ankara: Türk Tabipleri Birliği Yayınları, 2011
5. Danıştay, 09 Ekim 2014
<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/DokGosterMainServlet?dokumanId=6dQp1E3JJN2TqHn5HwZgd7pMO1SCD0Le%2BRws-NJGzcYM%2Fa%2B6gU8dOQaq%2FfBdKB2erOGKIBcaYkORFhhAxpqJFC-8SoP%2BWKLivqLuNP0DPzt%2BuQJXUTzzlHqm4%2BIQXCUZs8X9wqg94d-1MFIztea%2Bi7zxA%3D%3D&aranan=&dokumanTuru=DANISTAYKARAR>
6. Danıştay, 09 Ekim 2014
<<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/DokGosterMainServlet?dokumanId=6dQp1E3JJN2TqHn5HwZgd7pMO1SCD0Le%2BRwsNJGzcYM%2Fa%2B6gU8dOQaq%2FfBdKB2eralpQ-bf6Q6W5dDaMw8UFpihe3Ziwsrwg4sbt1%2B5dY70ygDT19QHokv9V3gGaByliBWkfO4tj073%2BHyWN9FRXRpw%3D%3D&aranan=&dokumanTuru=DANISTAYKARAR>>
7. Demirbaş Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2013
8. Eren Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler. Ankara: Yetkin Yayınları, 2014
9. Ertan İzzet Mert, Uluslararası Boyutlarıyla Sağlık Hakkı. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2012
10. Erol Gültezer Hatırnaz, Özel Hastanelerin Hukuki Sorumlulukları ve Hasta Hakları. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2013
11. Giritli İsmet, Pertev Bilgen, Tayfun Akgüner, Kahraman Berk, İdare Hukuku. İstanbul: Der Yayınları, 2013
12. Gözler Kemal, Gürsel Kaplan, İdare Hukuku Dersleri. Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2013

13. Gözübüyük Şeref, Yönetim Hukuku. Ankara: Turhan Kitabevi, 2012
14. Gözübüyük Şeref, Yönetim Hukuku. Ankara: Turhan Kitabevi, 2013
15. Hakeri Hakan, Tıp Hukuku. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2013
16. Hakeri Hakan, Tıp Hukuku El Kitabı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2013
17. Hakeri Hakan, Yener Ünver, Özlem Yenerer Çakmut, Tıp/Sağlık Hukuku Mevzuatı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2013
18. Hukuki.net, 09 Ekim 2014 <http://www.hukuki.net/ictihat/9110834_2c.asp>
19. İstanbul Tabip Odası, 09 Ekim 2014 <<http://www.istabip.org.tr/index.php/hukuk/guncel-hukuk/147-hasta-bana-ayrilar-suenerin-azaltimas-ve-oelen-yemek-ve-dinlenme-saatleri-cin-randevu-verilmek-suretiyle-personelin-aralaksz-olarak-caltrilmas-hakknda-hukuki-deerlendirme.html>>
20. Kaboğlu İbrahim Ö., Özgürlükler Hukuku 1. Ankara: İmge Kitabevi, 2013
21. Kararevi Karar Arama Motoru, 10 Ekim 2014 <http://www.kararevi.com/karars/781489_yargitay-e-2009-13214-k-2010-3694#.VDqo0Wd_uCY>
22. Kazancı - İçtihat Bilgi Bankası, 09 Ekim 2014 <<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>>
23. Kocaeli Üniversitesi Tıp Fakültesi Türkçe Tıp Dil Kurulu, Türkçe Tıp Dili Kılavuzu. Kocaeli: Kocaeli Üniversitesi Basımevi, 2006
24. Kocatürk Utkan, Tıp Terimleri El Sözlüğü. Ankara: Ankara Üniversitesi Basımevi, 1994
25. Maliye Bakanlığı, 12 Ekim 2014 <<http://www.maliye.gov.tr/Sayfalar/Kanunlar.aspx>>
26. Milli Eğitim Bakanlığı, 12 Ekim 2014 <http://mevzuat.meb.gov.tr/html/17580_2577.html>
27. Milli Savunma Bakanlığı, 11 Ekim 2014 <http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_makale_detay.asp?IDNO=62>
28. Öztürk Esra, Klinik İlaç Araştırmalarında Hukuki Sorumluluk. Ankara: Yetkin Yayınları, 2013
29. Sağlık Bakanlığı, 07 Ekim 2014 <<http://sbu.saglik.gov.tr/hastahaklari/avrupastatusu.htm>>
30. Sağlık Bakanlığı, 11 Ekim 2014 <<http://www.saglik.gov.tr/TR/belge/1-555/eski2yeni.html>>
31. Sağlık Terimleri Sözlüğü, 09 Ekim 2014 <<http://www.saglikterimleri.com/>>
32. Savaş Halide, Tıbbi Müdahale Hataları. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2013
33. Tıbbi Terimler Sözlüğü, 09 Ekim 2014 <<http://tibbisozluk.com/>>
34. Türk Hukuk Sitesi, 09 Ekim 2014 <http://www.turkhukuksitesi.com/makale_1045.htm> 35. Uzeltürk Sultan Tahmazoğlu, Anayasa Hukuku Açısından Sağlık Hakkı. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2012
36. Üçışık Fehim, Sağlık Hukuku. İstanbul: Ötüken Neşriyat, 2012
37. Yayla Yıldızhan, İdare Hukuku. İstanbul: Beta Basım Yayın Dağıtım, 2010
38. Yıldırım Turan, Melikşah Yasin, Nur Karan, Eyüp Özdemir, Gül Üstün, Özge Okay Tekinsoy İdare Hukuku. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2013

SAĞLIK HİZMET KUSURUNDA RÜCÛ

*Av. Selvi ÖZÇETİN**

I-1-Sağlık Hizmeti Nedir?

Sağlık hizmeti, İdarenin; birey ve toplum sağlığının korunması, hastalıkların iyileştirilmesi ve rehabilitasyonu için yaptığı tüm eylem ve işlemlerdir.

Sağlık hizmeti; İdarenin vermekle mükellef olduğu diğer hizmetlerden ertelenemez ve ikame ve edilemez olması, tüm yaş gruplarına sunulması gerektiğinden en kapsamlı kamu hizmeti olması, sürekliliğinin zorunlu olması gibi yönleri ile ayrılır. Sağlık hizmetinin bireylere olabilecek en adil imkanlarla ve erişilebilir bir bedel karşılığında sunulması gerekmektedir. Çünkü sağlık hizmeti yaşam hakkının ayrılmaz bir parçası, olmazsa olmazdır.

Sağlık hizmeti en yaygın şekli ile; koruyucu sağlık hizmetleri, tedavi edici sağlık hizmetleri, rehabilite edici sağlık hizmetleri ve sağlığın geliştirilmesine yönelik sağlık hizmetleri olarak sınıflandırılmaktadır.

Türk Hukukuna baktığımızda esasen İdarenin sağlık hizmeti konusundaki yükümlülüklerinin yasal zorunluluk haline gelmesi oldukça yeni sayılır ve bu bakımdan Sağlık Hukuku-

* Türkiye Sağlık Vakfı Danışma Kurulu Üyesi

nun bugünkü geldiği noktaya ulaşılmasında oldukça hızlı yol alındığını söylemek gerekir. Osmanlı Devletine baktığımızda 19. yüzyılın ikinci yarısına kadar; sağlık hizmetinin ücreti sağlık hizmeti alan kişiler tarafından karşılanan hekimleri görevlendirmek suretiyle verildiğini ve devletin araç gereç, personel ve sistem içeren bir teşkilatının bulunmadığını görüyoruz. Bu tarihe kadar sağlık hizmeti devlet tarafından verilmesi zorunlu bir kamu hizmeti olarak görülmemiştir. 19. yüzyılın ikinci yarısından sonra diğer alanlarda olduğu gibi Batıya yönelme sonucunda sağlık konusunda da teşkilatlanma çalışmaları başlamıştır.

Bugün ülkemizde ve dünyada geldiğimiz noktada ise, insan hakları ve sosyal devlet ilkesinin gelişimine paralel olarak sağlık hizmeti İdarenin vermekle zorunlu olduğu en temel kamu hizmetlerinden biri haline gelmiştir.

I-2-İdarenin Sağlık Hizmeti Sunma Zorunluluğu Var mıdır?

Peki İdare; sağlık hizmeti sunmak zorunda mıdır ve de İdarenin sağlık hizmeti sunma yükümlülüğünün yasal dayanakları nelerdir? Hukukumuzda Uluslararası anlaşmalar, Anayasa ve yasalar ile sağlık hizmeti düzenlenmiştir.

Öncelikle Anayasamızın Başlangıç Hükümlerinde “Her Türk vatandaşının Anayasa’da yer alan temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanacağı, milli kültür, medeniyet ve hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme, maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine sahip olduğu” düzenlenerek her Türk vatandaşının doğuştan gelen bir hak olarak temel sağlık hizmetlerine ulaşabilmesi Anayasal açıdan güvence altına alınmıştır. Yine Anayasanın 2. maddesinde düzenlenen sosyal devlet ilkesinin, sağlık hizmeti sağlanmasında Anayasal ilke olarak önemi vurgulanmalıdır. Bu durumda Anayasanın temel ilkeleri bakımından; sağlık hizmetlerini sunmak ve bireylerin asgari ölçülerde de olsa fiziksel ve ruhsal açıdan iyilik hali içinde olmalarını sağlamak sosyal devletin en temel görevleri arasındadır.

Anayasanın 5. maddesi ile devlete sözü edilen hakların reel yaşamda kullanılabilir hale gelmesi için gerekli koşulları hazırlama görevi yüklenmiştir.

17. madde ile yaşam, maddi ve manevi varlığı geliştirme hakkı düzenlenmiştir.

Anayasanın sağlık hakkını açıkça düzenleyen 56.madde ile ise; sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı, , çevrenin korunması devlet için bir ödev olarak düzenlenmiştir. Devlet herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak, insan ve madde gücünde tasarruf ve verimini artırmak, işbirliğini artırmak amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler. Devlet bu görevini kamu ve özel sektördeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir.

Yine 59. maddede kişilerin beden ve ruh sağlığını geliştirmelerine yönelik gerekli önlemleri alma direktifi, 60. madde ile örgütsel yapılanmayı gerçekleştirme görevi devlete verilerek sağlık hizmetlerinin yerine getirilmesi konusunda önemli yükümlülükler getirilmiştir.

Uluslararası anlaşmalar da üst hukuk normları olarak Devletin sağlık hizmeti sunumu konusundaki yükümlülüklerinin diğer bir yasal dayanağını oluşturmaktadır.

Ancak Anayasanın 65. maddesi ile Devletin sağlık hizmeti sunumunda “devletin mali kaynaklarının yeterliliği” kriteri konulmuş ise de bu sınırın sağlık hizmeti için en asgari düzeyde uygulanması gerektiği tartışmasızdır. Yani en kötü koşullarda dahi devletin asgari ölçüde sağlık hizmeti sunma görevi devam etmektedir.

Kısaca değindiğimiz Anayasa hükümleri ve 90. madde uyarınca Uluslararası Anlaşmalar gereği Devletin tüm vatandaşlarına, eşit, adil, sürekli, ulaşılabilir bir bedelle sağlık hizmeti sunmasının en asli kamu görevlerinden biri olduğunu söylemek gerekir.

I-3-Sağlık Hizmeti Sunumunda İdarenin Sorumluluğu (Hizmet Kusuru)

Devlet sağlık hizmetini sunarken bu hizmetin sunumu sırasında zarar gören kişilere karşı verilen zarardan sorumludur. İdarenin sorumluluğu esas olarak kusur sorumluluğu olup; kusursuz sorumluluk halleri istisnaidir. Bu noktada İdarenin kusur sorumluluğunun İdarenin çalışanı, ajanı konumunda bulunan sağlık personelinin kusurundan soyut, bağımsız bir kusur sorumluluğu olduğunu ifade etmek gerekir. Yani kamu çalışanı görevini yaparken tamamı ile kusursuz olsa dahi hizmetin kuruluşunda, işleyişinde ve düzenlenmesinde bir aksaklık meydana gelmiş ve sağlık hizmeti alan kişi aleyhinde bir zarar doğmuş ise İdare bu zararı tazmin ile sorumludur.

Hizmet kusurunun tespitinde çalışanın davranış şekli bağımsız olarak, sağlık hizmetinin sunulması gerektiği gibi sunulup sunulmadığına bakılmaktadır. Danıştay 10. Dairesinin bir kararında¹ “ Halkın sağlık hizmetlerini yürütmekte olan İdare, hastanelerde yapılacak tedavilerin ve cerrahi müdahalelerin tıbbi gereklerine uygun biçimde, hizmetin gerektirdiği yeterliliğe sahip personelle ve gerekli dikkat ve özenin gösterilerek yapılmasını sağlamakla yükümlüdür. Bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi ağır hizmet ağır hizmet kusuru niteliğinde olup, İdarenin tazmin sorumluluğunu doğurur.” denilerek hizmetin geç, kötü işlemesi ya da hiç işlememesi durumunda tazmin sorumluluğunun doğacağı kabul edilmiştir.

İdarenin hizmet kusuru kamu personelin kusurundan doğmuş olsa da İdare özel hukukta ki istihdam edenin sorumluluğunda olduğu gibi kurtuluş beyinelerini öne sürerek sorumluluktan kurtulamaz. Yani istihdam edilenin seçiminde, denetiminde ve standart çalışma koşullarının oluşturulmasında gerekli azami dikkat ve özeni gösterdiğini kanıtlaya dahi sorumluluğu devam edecektir. Çünkü İdarenin sorumluluğu asli ve birinci derecede sorumluluktur. Bu durumda zarar idarenin kamu hizmeti vermesi sırasında doğmuş ve hizmetin kuruluş,

¹ Danıştay 10. Daire 03.05.1995 tarih, 1994/3258 E.ve 1995/2379 K.

işleyiş ve düzenlenişindeki aksaklık ve eksikliklerden doğmuş ise hizmet kusurunun varlığının kabulü gerekir. Burada kusurluluğuna hükmedilen personel değil hizmetin kendisidir.

Hizmet kusurunun varlığı tespit edilirken her olayın kendi koşulları, cereyan ediş şekli, sonuçlarının ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir. Kişisel bilgilerin doğrulanmadan açıklanması örneğin diyabet ya da tansiyon sonucunun usulüne uyulmadan açıklanması durumunda ciddi bir hizmet kusuru olarak tanımlanmazken HIV testi doğrulanmadan hastaya Aids olduğunun söylenmesi ve hastanın intiharı ile sonuçlanan olayda ağır hizmet kusurunun varlığının kabulü gerekir².

Hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi ya da hiç işlememesi durumunda kamu personelinin kusuru bulunsa da bulunmasa da hizmet kusurunun varlığının kabulü gerekir. Ancak hizmetin kötü ya da geç işlemesi ya da hiç işlememesi durumlarının çok kesin sınırlarla birbirinden ayrılması mümkün değildir. Çoğu olayda hizmetin geç işlediği ileri sürülebileceği gibi hiç işlemediği ya da kötü işlediği bir arada söylenebilir. Örneğin bacağından ameliyat olan ve bacağı alçıya alınan hasta hafta sonu hastaneye gelir bacağı morarmış ve şişmiştir. Hemşire tarafından alçı çıkarıldıktan sonra nöbetçi hekime haber verilir, nöbetçi hekim ise ameliyatı yapan doktora haber verilmesi gerektiğini söyler Netice olarak hafta başına kadar hastaya müdahale edilmez ve sonrasında kangren olan bacak kesilir. Şimdi bu durumda hizmetin geç mi yoksa kötü mü işlediği söylenmelidir, ya da hiç mi işlememiştir? Kesin bir sonuca ulaşılması mümkün değildir.

I-4-İdarenin Kusur Sorumluluğunun Koşulları Nelerdir?

Yerleşik Danıştay kararlarında hizmetin işleyişinde ya da kuruluşunda bir aksaklık bulunması ve bu aksaklık sebebiyle bir zarar doğması durumunda genel olarak ağır hizmet kusurunun varlığı kabul edilmiştir.

² Danıştay 10. Dairesi 28.12.2007 tarih, 2005/8407 E. ve 2007/6526 K

Hizmet kusuru sebebiyle İdarenin tazminat sorumluluğunun doğabilmesi için dört koşulun bir arada bulunması gerekir.

a) Hukuka Aykırılık : Hekimin ya da diğer sağlık çalışanlarının yaptığı tıbbi müdahalenin haklı yani hukuka uygun olması gerekir. Buradaki hukuka uygunluk kavramı yazılı hukuk kurallarının yanında yazılı olmayan hukuku da kapsar. Bir fiil hukuka uygunluk sebepleri bulunması halinde hukuka uygun hale gelir. Hukuka uygunluk sebepleri kanuni yetkinin sınırları içinde kullanılması, özel hukuktan doğan bir yetkinin kullanılması, üstün kamu yararı ve üstün özel yarar, meşru müdafaa, ıztırar hali, kendiliğinden hak alma ve zarar görenin rızası olarak sayılabilir.

Zarar görenin rızası hizmet kusurunun tespitinde özel bir önem arz etmektedir. Tıbbi müdahale ya da tedavinin hukuka uygun hale gelebilmesi için rızanın tedavi ya da müdahaleden önce alınması, rıza gösterenin fiil ehliyetine sahip olması ve rızanın ahlaka aykırı bir işlem için verilmemiş olması gerekir. Ayrıca hastanın rızasının tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hale getirebilmesi için; hekimin hastayı aydınlatma yükümlülüğünü eksiksiz olarak yerine getirmesi ve bunu belgeleyebilmesi gerekmektedir. Aydınlatma yükümlülüğü; hastanın hastalığının seyri, tedavi uygulanması ya da uygulanmaması durumunda doğabilecek muhtemel sonuçlar, tedavinin süreci, süresi ve sonucu hakkındaki ihtimaller ve alternatif tedavi yöntemlerini kapsamalıdır. Bu hususlarda aydınlatılmayan hastanın rızası tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hale getirmez. Ancak zarar görenin ortak kusuru kabul edilerek tazminattan indirim sebebi yapılabilir. Tıbbi müdahaleden sonra verilen rıza ise fiili hukuka uygun hale getirmez, ancak tazminat talebinden vazgeçme ya da ibra anlamını taşır.

b) Kusur: Kusur; kişilerin hukuk düzeni tarafından onaylanmayan, kınanan davranışlarıdır. Kusurun türü ve dereceleri vardır. İdarenin tazminat sorumluluğunun doğabilmesi için bir hizmet kusuru bulunmalıdır. Hizmet kusurunun özelliklerinden yukarıda kısaca bahsettik. Hizmet kusuru kişisel kusurdan soyut, bağımsız, yapılan İdari işlemin yapılması gerektiği

gibi yapıлып yapılmadığı kriterinin cevabına göre belirlenen bir kusur türüdür.

Danıştay yerleşik içtihatlarında; sağlık alanında hizmet kusuru neticesinde meydana gelen zararlarda tazmin yükümlülüğünün doğabilmesi için ameliyat ve tıbbi müdahale durumları için “ağır hizmet kusuru” nun varlığını aramaktadır. Bunun sebebi ise bu tür müdahalelerin kendi içinde zaten bir risk barındırması, sigara ve alkol kullanımı, beslenme alışkanlıkları, fiziksel aktivite alışkanlıkları gibi kişisel nedenlerin riski artırabilme olasılığı, sağlık hizmetinin toplumun tüm bireyelerine aynı ölçüde sunulmamasından kaynaklanan bir denkleştirme düşüncesidir. Gerçekten de hem nitelik hem de nicelik açısından çok geniş kapsamlı bir sağlık hizmeti sunan Devletin en ufak kusurunda dahi tazminat ödemek durumunda kalması; bireysel manada reel yaşamda yer alan defansif tıp anlayışının Devlet için de gerçekleşmesi tehlikesini doğuracaktır. Devlet içindeki sağlık kurumları riskli ve kapsamlı müdahaleleri gerçekleştirmekten imtina ederek bir anlamda kendini bu mali yükten korumaya çalışacaktır. Bu durum ise toplumun özellikle alt gelir grubuna dahil kısmının sağlık hizmetine ulaşmasında büyük bir engel oluşturacağı gibi sağlık hizmetleri sunumunda gelişme sağlanması imkansız hale gelecektir.

Ancak şunu da belirtmek gerekir ki tıbbi operasyonlar sırasında gerçekleşmiş olsa dahi “bariz uygulama hataları” İdarenin tazminat sorumluluğunu doğurur. Nitekim bariz uygulama hataları sağlık hizmeti verenin ağır kusuru olarak tanımlanmalıdır³.

Ancak ameliyat ve tıbbi müdahaleler dışındaki hastanın bakımı, rehabilitasyonu, kayıt vs. gibi diğer sağlık hizmetlerinin uygulanması sırasında meydana gelen zararların tazmini söz konusu olduğunda ağır kusur aranmaz. Danıştay bir kararında⁴ “İdarenin tazmin sorumluluğunun doğması için aranılan “ağır hizmet kusuru” riskli müdahaleler ve operasyonlar ba-

³ ÇINARLI, Serkan: “İdarenin Sağlık Hizmetinin Sunumundan Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu”, s.190.

⁴ Danıştay 10. Dairesinin 24.09.2007 tarih, 2005/3719 E.ve 2007/4316 K.

kımından geçerli olup, sağlık hizmeti içinde değerlendirmekle beraber, tıbbi operasyon kapsamına dahil edilmeyecek birtakım bakım, gözetim ve yan müdahalelerin hiç ve ya gereği gibi yapılmaması dolayısıyla oluşan zararlar da, İdarenin sorumluluğundan söz edebilmek için ağır hizmet kusurunun aranmasına gerek bulunmamaktadır.” demek suretiyle bu hususu açıklığa kavuşturmuştur.

Aynı durumda olan her makul insanın aklına gelebilecek en ilkel tedbirleri almayan kimse ağır hizmet kusuru işlemiş olur.

-Danıştay 10. Dairesinin 09.10.1995 tarih, 1994/2110 E. ve 1995/4255 K. sayılı kararında; Akıl hastası hastanın elektro şok tedavisi sırasında kolunun kırılmasına sebep olan ve gerekli önlemleri almayarak kolunun kesilmesine sebep olan İdarenin ağır hizmet kusuru işlediğine hükmedilmiştir.

-Kendisine yapılan kuduz aşısından meydana gelen reaksiyon sebebiyle hastanın hayatını kaybetmesi olayında ise; Mahkeme daha pahalı ancak böyle bir allerjik reaksiyona sebep olduğu saptanmamış aşı yerine daha ucuz aşının kullanılması sebebiyle İdarenin ağır hizmet kusuru işlediğine hükmetmiştir. Ayrıca bu karar kamu çalışanına atfedilebilecek hiç bir kusur bulunmamasına rağmen İdarenin kusurlu bulunduğu bir karar olup, hizmet kusurunun bağımsızlığına verilebilecek güzel bir örnektir.

Danıştay 10. Dairesinin 26.05.1999 tarih, 1998/4814 E.ve 1999/2945 K. sayılı kararı ile; erken teşhis konulamayan hastanın hayatını kaybettiği olayda; erken teşhis konulsa idi dahi hastanın hayatının kurtulmasının mümkün olmadığı ve İdarenin ağır hizmet kusurunun bulunmadığı gerekçesi ile tazminat davasının reddine karar verilmiştir. Bu karara katılmak esasen zordur. Çünkü hastanın yaşamını idame ettirmesi kadar yaşam kalitesinin artırılması da sağlık hizmetinin en temel amaçlarından biridir ki; erken teşhisin yaşam kalitesinin artırılmasında etkisinin olmayacağını söylemek imkansızdır (Karar 1).

-Danıştay 10. Dairesinin 08.12.1997 tarih, 1996/2121 E. ve 1997/5476 K. sayılı kararında; İdarelerin kamu hizmetleri için gerekli organizasyonu kurmak, yeterli araç ve gereçlerle donatılmış tesislerle, ehil elemanlar çalıştırarak bu hizmetleri yürütmekle yükümlü oldukları, aksi halde meydana gelen zararın İdarece karşılanması gerektiği, olayda da yanlış ilaç enjekte edilerek hastanın parmağının kangren olması sonucu kesilmesine sebep olan İdarenin hizmet kusurunun açık olduğu ve tazminat yükümlülüğünün bulunduğu hükmedilmiştir.

-Yine Danıştay'ın bir kararında hastanın ilacın olası yan etkilerine karşı yeterince bilgilendirilmemiş olması yani aydınlatma yükümlülüğünün gerektiği ölçüde yerine getirilmemiş olması ağır hizmet kusuru olarak tanımlanmıştır (Karar 2).

Fransız Danıştayı ise tazminat yükümlülüğünün doğması için 1992 yılına kadar riskli müdahaleler için ağır kusur aramakta ise de bu tarihte verdiği bir karar ve sonrasında ağır kusur şartından vazgeçmiştir.

Sağlık personelinin kusurlu hareket ettiğini ispat külfeti zarar görene düşer. Bu kuralın istisnası ise sağlık personelinin kayıt yükümlülüğünü yerine getirmemiş olması halidir.

c) Zarar : Zarar, hekimin, diğer sağlık çalışanının ve İdarenin tazminat sorumluluğunun doğabilmesinin olmazsa olmaz koşuludur. Zarar; zarara uğrayanın şahıs ve malvarlığı haklarında iradesi dışında meydana gelen azalmayı ifade eder. Diğer bir anlatımla hukuka aykırı fiilden önceki hali ile sonraki hali arasındaki fark kişinin zararıdır⁵. Bir fiil ne kadar hukuka aykırı olursa olsun ve gerekse kastla işlenmiş bir suç oluştursun eğer neticesinde zarar doğmadı ise tazminat sorumluluğu da doğmayacaktır.

Geniş anlamda zarar beden tamlığı ve manevi zararları da kapsarken dar anlamda zarar mal varlığında oluşan azalmayı ifade eder.

⁵ DOĞAN, Cahid: "İdarenin Kusur Sorumluluğunda Rücu" VIII. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, 7-8 Ekim 2011, s.166.

Zararın ispat yükümlülüğü zarar görene aittir. Zarar gören zararın varlığını ve miktarını ispatla mükelleftir. Zararın tespiti neredeyse her zaman teknik bir incelemeyi gerektirdiğinden Mahkemece bilirkişi marifeti ile tespit edilir. Zarar miktarının tam olarak tespiti mümkün değil ise hakim; olayların olağan akışı ve zarar görenin aldığı tedbirleri de göz önünde bulundurarak hakkaniyete uygun bir tazminata hükmeder. (6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m.50)

Tazminatın takdirinde hakim; tarafların ekonomik ve sosyal durumlarını, saldırının ağırlığını, aleyhine tazminata hükmedilecek taraf için ekonomik çöküntüye sebep olup olmayacağı göz önünde bulundurur ve en fazla zarar miktarı kadar tazminata hükmeder. Unutulmamalıdır ki tazminatın amacı mağdurunun haksız fiile uğramadan önce ki haline geri döndürmektir. Yani tazminat mağdur için zenginleşmeye yol açmamalıdır.

Sağlık hizmet kusuru neticesinde doğan zararlar; tedavi giderleri, ücret kayıpları, geçici ve daimi iş gücü kayıpları ve mevcut şartlarda meydana gelen değişiklikleri kapsar.

Danıştay'ın zarar konusunda verdiği zaman zaman birbiri ile çelişen kararları mevcuttur. Örneğin bir kararında hastanın tıbbi hata neticesinde hafif kısıtlı kalmasının maddi zarar oluşturmayacağına hükmetmiş iken, başka bir kararında hatalı ameliyat sebebiyle yaşam boyu başkalarının bakımına muhtaç kalacak olan kişi yararına tedavi giderlerinin yanında ömür boyu bakım masraflarının da maddi tazminat olarak ödenmesi gerektiğine hükmedilmiştir.

Amerikan Hukukunda Türk Hukukundan farklı olarak zarar doğmasa dahi hatalı teşhisin varlığı tazminat için yeterli görülmektedir.

- Sağlık hizmeti sunumundaki aksaklıklardan doğan zararların tazmini için maddi tazminatın hesaplanmasında; sağlık hizmetini yerine getirenlerin kusur oranı değil zararın tümü göz önüne alınır. Örneğin yanlış enjeksiyon sebebi ile hemşire

2/8 oranında kusurlu ise hükmedilecek tazminat zararın 2/8 i oranında olmayacak, zararın tümü karşılanacaktır. Ancak hemşirenin 2/8 oranındaki kusuru İdarenin personele rücu edebileceği miktarı belirler.

Tazminat hesabında dikkat edilmesi gereken diğer bir husus ta tazminat miktarının ancak bizzat zarar görenin kusuru oranında indirilebileceğidir. Zarar gören dışındaki 3. kişilerin kusurları sebebiyle tazminattan indirim yapılamaz.

Zarar verenin kusurunun derecesi ise tazminat miktarının belirlenmesinde çok önemli bir kriterdir. (6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m.51)

Tazminata hükmedilebilmesi için zararın; gerçek ve kesin olması, meşru bir menfaate yönelik olması, özel olması ve para ile bir karşılığının bulunabilmesi şarttır.

d) İlliyet Bağı : İlliyet bağı İdare ajanı tarafından gerçekleştirilen hukuka aykırı fiil ile zararlı sonuç arasında sebep sonuç ilişkisinin kurulabilmesidir. Olayların normal akışına ve hayat tecrübelerine göre bir davranış bir sonucu meydana getirmeye genel olarak elverişli ya da bu sonucu meydana getirme ihtimalini objektif olarak artırıyor ise, eylem ya da işlem ile zarar arasındaki bağ, uygun illiyet bağıdır⁶.

-Mücbir sebepler,

-Beklenmeyen hal

-Zarar Görenin ya da 3. kişinin Ortak Kusuru illiyet bağını keserek tazminat sorumluluğunu ortadan kaldırır ya da azaltılması sonucunu doğurur.

Danıştay'ın illiyet bağı ile ilgili dikkat çeken kararlarında;

-Askerlik görevini yapmakta iken silahının ateş olması sonucu şehit olan müteveffanın kardeşi tarafından açılan davada ölüm olayı ile terör ve dolayısı ile İdare arasında illiyet bağının varlığı kabul edilmiştir.

⁶ EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınları; Gözden Geçirilmiş 10. Bası, İstanbul 2008, s.509.

-Kalp rahatsızlığı bulunduğu bilindiği halde sağlık hizmetlerinin yetersiz olduğu bir ilçeye naklen ataması yapılan ve kalp rahatsızlığı sonucu hayatını kaybeden kişinin yakınları tarafından açılan davada İdarenin atama işlemi ile murisin ölüm olayında uygun illiyet bağının var olduğu kabul edilmiştir.

I-5-Hizmet Kusuru Kamu Çalışanının Kusurlu Hareketinden Doğmuş İse

Başta da ifade ettiğimiz gibi hizmet kusuru kamu çalışanının kusurundan bağımsız olarak doğabileceği gibi kamu çalışanının kusurlu davranışından da doğabilir ve çoğunlukla da böyle olur. Ancak hizmet kusuru sağlık çalışanının kusurundan doğmuş olsa bile hukuk devleti ilkesinin gereklerinden biri olarak, zarar gören kişiler kamu hizmetini sunan personele değil İdareye karşı dava açma hakkına sahiptir.

Anayasanın 129. maddesine göre; memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlarından doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla İdare aleyhine açılır. DMK. nun 13. maddesi ile, Kişiler kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açarlar. Kurumun genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır.

Anayasa ve yasalar ile düzenlenmek suretiyle sorumluluk sistemi terk edilerek güvence (teminat) sistemine geçilmiştir. Böylelikle hem kamu görevlisi aleyhine şahsi kusuru bulunduğu düşüncesi ile direk dava açılmayacak, hem de zarar gören kişi karşısında r muhatap olarak İdareyi bulacaktır.

Teminat sistemi ile kamu görevlisinin hukuka aykırı eylem ve işlemleri ile Devleti zarara uğratması kendilerine rücu edilmek suretiyle engellenmiş olmaktadır.

Yargıtay uzun süredir kamu çalışanının hizmetten ayrılabilen kişisel kusurları sebebiyle, ilgili sağlık çalışanı aleyhinde adli yargıda tazminat davası açılabileceğine hükmetmek-

te iken; Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 01.02.2012 tarih, 2011/4-592 E.ve 2012/25 K. sayılı kararı (Karar 3) ile doktorun görevi sırasında ve yetkisini kullanırken işlediği bir kusura ve bu kusurun niteliği itibariyle de kamu görevlisinin ihmeline dayanmakta olan bir davada kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan kaynaklı zararlarda, görevi dışında kalan kişisel kusuruna dayanılmadığına, dikkatsizlik ve tedbirsizliğe dayalı da olsa eylemin görev sırasında ve görevle ilgili olmasına ve hizmet kusuru niteliğinde bulunmasına göre, husumetin kamu görevlisine değil İdareye düştüğü öyle ise dava İdare aleyhine açılıp, husumetinde İdareye yöneltilmesi gerektiği yönünde hüküm kurulmuştur. Aynı karar da kişisel kusur ile hareket edilmiş olursa dahi İdare aleyhinde dava açılabileceği ifade edilmiştir. Bu karar ile Yargıtay yıllardır uyguladığı kişisel kusur, hizmet kusuru ayırımından vazgeçmiştir. Ve kanımca çok da iyi yapmıştır. Çünkü İdarenin hizmet kusuru sebebi ile işlemi yapan kamu görevlisine karşı doğrudan dava açılmayıp İdare aleyhinde dava açılması, kamu personelini her an dava tehdidi ile karşı karşıya kalmaktan koruduğu gibi zarar gören vatandaşın da karşısında zararını tazmin edebileceği güçlü bir muhatap bulabilecek olması yönü ile çok olumludur.

I-6-Tam Yargı Davası

Hizmet kusuru sebebiyle zarara uğrayan kişi İdari yargı yerinde tam yargı davası açmak suretiyle zararının giderilmesini talep etmelidir. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 13. maddesine göre; İdari eylem ya da işlem sebebiyle hakları ihlal edilenler; zararlı sonucu öğrendikleri tarihten itibaren 1 yıl içinde ilgili İdareye talepte bulunmalıdır. Talep İdarece reddedildiği ve ya 60 gün içinde cevap verilmediği takdirde bu sürenin bitiminden itibaren 60 gün içinde dava açılır. Dava açma süresi her halukarda zararın öğrenilmesinden itibaren 5 yılın dolması ile sona erer.

Yetkili Mahkeme ise sağlık hizmetinin sunulduğu kurum ya da kuruluşunun bulunduğu yerdeki İdare Mahkemesidir.

Kamu görevlisi olan sağlık çalışanın özel muayenehane ya da hastanedeki işlemi sebebiyle zarar doğmuşsa sağlık çalışanı ve/ve ya özel sağlık kurumu aleyhinde Adli yargıda dava açılır.

Özel çalışan hekimler acil müdahaleyi gerektiren ve o şubede uzman bulunmayan hallerde tıbbi müdahale ve tedavilerini kendisi yapmak kaydı ile devlet hastanesine hastasını yatırabilir. Başhekimlikçe hekimin talebi incelenir ve zorunluluk bulunan hallerde hasta kabul edilir. Ancak bu durumda tüm sorumluluk hastayı yatıran hekime ait olur. Yani böyle bir durumda tıbbi uygulama hatası sebebiyle zarar doğmuşsa zarar gören Adli yargıda hekim aleyhinde tazminat davası açmalıdır. Husumeti İdareye yöneltmez.

II-RÜCÛ

Rücu; vazgeçme, geri dönme demektir. Ancak rücu müessesesinde rücu kelimesi bu anlamda değil; giderim yükü yerine getirildikten sonra görevliye dönme anlamındadır⁷.

Özel hukukta başka bir kişinin borcunu ödeyen 3. kişinin asıl borçludan alacağını talep etmesi haline rücu denir. İdare Hukukunda ise; hizmet kusurundan doğan zararın İdare tarafından tazmin edilmesi, sonrasında hizmetin sunumunda kusuru bulunan personelden kusuru oranında ödenen meblağın talep etmesidir. Buradaki amaç kamu personelinin şahsi sorumluluğunun devamının sağlanmasıdır. Özel hukukta rücu bağımsız bir hak iken, İdare hukukunda İdareye tanınan bir yetkidir.

Kamu görevlisi idari fiil ve işlemi sırasında kusurlu davranışta bulunmuş ise şahsen sorumludur. Ancak biraz önce de açıkladığımız gibi mağdur bu durumda tazminat davasını İdare aleyhine açabileceğinden zararı İdare tazmin eder ve kusuru oranında sorumlu personele rücu eder. Aslında rücu müessesesi bir tür denkleştirme müessesesidir.

⁷ HATEMİ, Hüseyin/GÖKYAYLA, K Emre:Borçlar Hukuku Genel Hüküm, Vedat Kitapçılık, İstanbul-2011, s.566.

Sağlık hizmeti sunan hekim ya da diğer sağlık personelinin de görevi sırasında kusurlu hareketiyle hastaya verdiği zarar İdarece tazmin edildiğinde; İdarenin ilgili personele rücu hakkı doğacaktır. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus yeterli personel istihdamı, tıbbi müdahale için gerekli ortamın, hijyen koşullarının ve teknik donanımın sağlanması gibi İdarenin yerine getirmekle yükümlü olduğu görevlerin yerine getirilmemesinden kaynaklanan zararlar söz konusu olduğunda rücu hakkının doğmasından söz edilemez. Görevli personele ancak kişisel kusuru oranında rücu edilebilir. Kusurun ihmal ya da kast derecesinde olması rücu hakkının doğmasını engellemez. Ancak rücu oranı kusurun ağırlığına göre belirlenir.

Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasasınının 34. maddesine göre “Kamu hizmeti ile görevlendirilmiş bir kimsenin, üçüncü şahsa karşı görevinden doğan bir yükümlülüğü ihlal etmesi halinde, sorumluluk ilke olarak devlete ve ya hizmetinde yer aldığı kamu kurumuna düşer. Kasıt ve ya ağır ihmal hallerinde rücu hakkı saklıdır. Tazminat ve rücu davası için Adli yargı yolu kapatılmaz” Görüldüğü Alman Anayasası bizim hukukumuzdan farklı olarak kamu görevlisine karşı rücu edilebilecek halleri kasıt ve ya ağır ihmal durumu ile sınırlamıştır.

II-1- İspat

Hizmet kusuru işleyen sağlık personeline rücu davası açılabilmesi için; haksız fiil, kusur, zarar ve illiyet bağı unsurları bir arada bulunmalıdır. Kusurun tespitini hakim olayların olağan akışı ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde bulundurarak tespit eder. Ancak sağlık personelinin kusurlu olduğunu iddia eden İdare kamu çalışanının şahsi kusuru bulunduğunu ispat etmek zorundadır.

Sağlık hizmeti sunumunda kusurun belirlenmesinde tıbbi kayıtların tutulması büyük önem taşır. Kayıtlar usulüne uygun ya da hiç tutulmamış ise ispat yükü yer değiştirir ve sağlık personeli kusurunun bulunmadığını ya da zararın kendi kusurundan doğmadığını ispatlamak zorunda kalır.

II-2- Rücu Anayasa Hükmü Gereği Zorunludur.

1982 Anayasası ile rücu müessesesinde meydana gelen en önemli değişiklik; rücu müessesesinin zorunlu hale getirilmiş olmasıdır. 129. maddede **“kendilerine rücu edilmek kaydıyla”** denilmek suretiyle İdarenin rücu konusundaki takdir yetkisi bağlı (zorunlu) yetki haline getirilmiştir.. Oysa DMK 13. maddesinde” devletin rücu hakkının saklı olduğundan” bahsedilmek suretiyle İdarenin kamu görevlisine rücusu hakkında bir takdir yetkisi bulunduğu görülmektedir. 1982 Anayasasının rücu konusunda getirdiği en önemli değişikliklerden biri budur.

Nitekim rücu müessesesinin işletilmemesi kamu görevlisinin şahsi kusur ya da ihmali ile Devlete verdiği zararın kamunun üzerinde bırakılması sonucunu doğurur ki, bu da adalet duygusuna zarar verir. Devletin rücu müessesesini işletmediği durumlarda, her ilgili ya da vatandaşın rücu müessesesinin işletilmesi için başvurma hakkı bulunmaktadır. Nitekim Bergamalı vatandaşların rücu müessesesinin işletilmesi hususunda yetkilerinin bulunmadığı gerekçesi ile davanın reddi ile sonuçlanan İdare Mahkemesi kararı Danıştayca bozulmuş ve “Kamu hizmeti görevlilerinin kişisel kusurundan kaynaklanan zararın karşılığı olarak ulusal ya da uluslararası mahkemeler tarafından hükmedilen tazminat devlet tarafından zarara uğrayan kişiye ödendikten sonra ilgili kamu kurumu tarafından sorumlu personele rücu edilmemesi, bu yükün toplum üzerinde bırakılması anlamına geleceğinden, her yurttaş ve özellikle kamu görevlilerinin kişisel kusuru nedeniyle zarara uğrayıp yargısal süreci başlatmış olan yurttaşlar ilgili personele rücu edilmesi amacıyla İdareye başvurabilirler ve başvuruların reddi üzerine dava açma hakkını kullanabilirler. Kamu hizmeti görevlilerinin hukuka aykırı eylem ve işlemlerinden ve kendi kusurlarından doğan zararı toplum ödemek zorunda değildir.” denilmek suretiyle gerekçelendirmiştir. Bu karar da rücu müessesesinin işletilmesinin kamu yararı ve kamu vicdanının rahatlatılması bakımından önemini açıkça ortaya koymaktadır.

657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 12. maddesi “Devlet memurları, görevlerini dikkat ve itina ile yerine getirmek

ve kendilerine teslim edilen Devlet malını korumak ve her an hizmete hazır halde bulundurmak için gerekli tedbirleri almak zorundadırlar.

Devlet memurunun kasıt, kusur, ihmal veya tedbirsizliği sonucu idare zarara uğratılmışsa, bu zararın ilgili memur tarafından rayiç bedeli üzerinden ödenmesi esastır.

Zararların ödettirilmesinde bu konudaki genel hükümler uygulanır. Ancak fiilin meydana geldiği tarihte en alt derecenin birinci kademesinde bulunan memurun brüt aylığının yarısını geçmeyen zararlar, kabul etmesi halinde disiplin amiri veya yetkili disiplin kurulu kararına göre ilgili memurca ödenir." hükmünü havidir.

Sağlık çalışanı tarafından görev sırasında hizmet alan hastaya zarar verilmesi durumunda rücu müessesinin işletilmesinde izlenecek yol iş bu madde ile belirlenmiştir. Buna göre; öncelikle tarafların anlaşması sağlanmaya çalışılmalı, anlaşma sağlanamıyor ise Adli yargı yerinde sağlık çalışanı aleyhinde rücu davası açılmak suretiyle uyuşmazlık çözüme kavuşturulmalıdır.

Rücu davasını açacak kurum Mahkemece tazminat ödemeye mahkum edilen ve tazminatı ödeyen kurumdur.

İdare; aleyhinde hükmedilen tazminatın tamamını ödemedikçe rücu hakkı doğmaz.

II-3- Sulh Çağrısı

Devlete ve Kişilere Memurlarca Verilen Zararların Nevi ve Miktarlarının Tespiti, Takibi, Amirlerinin Sorumlulukları ve Yapılacak Diğer İşlemler Hakkında Yönetmelik'in 5. maddesine göre:

a) Kanun, tüzük ve yönetmelik hükümleri ile belirlenmiş görevlerin kasıt, ihmal veya tedbirsizlik sonucu gerekli dikkat ve itina ile yapmamaları sebebiyle idarenin veya kişilerin uğradığı zararlar,

b) Kendilerine teslim edilen Devlet malının korunması ve her an hizmete hazır halde bulundurulması için gerekli tedbirleri kasıt, ihmal veya tedbirsizlik sonucu almamaları sonucu Devlet malında meydana gelen zararlar bu yönetmelik çerçevesinde tahsil edilir. Yani (a) bendi uyarınca sağlık hizmeti sunan personelin ihmal veya tedbirsizlik sonucu gerekli dikkat ve itina ile yapmamaları sebebiyle idarenin veya kişilerin uğradığı zararlar bu yönetmelik hükümlerine tabidir.

Yönetmeliğin 7/c maddesi gereğince; hizmet kusurlarından doğan zararların miktarı kurum ve kuruluşların en üst yöneticilerinin belirleyeceği iki kişi ile zarara sebebiyet veren memurun ilk amirinden oluşan 3 kişilik bir heyet tarafından tespit edilir. Tespit edilen zarar en alt derecenin 1. kademesinde bulunan memurun brüt aylığının yarısını geçmediği hallerde **memurun kabul etmesi kaydıyla** zarar disiplin amiri ve ya yetkili disiplin kurulu kararına göre ilgili memurca ödenir. Aksi halde yani memurun ödemeyi kabul etmediği hallerde dava yoluna başvurmak gerekir. (Madde 8)

Zarar miktarının en alt derecenin 1. kademesinde bulunan memurun brüt aylığının yarısını geçmesi halinde ise sorumlulardan sulh ve ya duruma göre hükmen tahsil edilir.

Yetkili heyet tarafından tespit edilen zarar memurun kabul etmesi halinde; disiplin kurulu kararının kesinleşmesinden itibaren 1 ay içinde memurun aylığından kesinti yapmak suretiyle tahsil edilir.

Memurun aylığından yapılacak kesinti net maaşının 1/4'ünden az ve 1/3'ünden fazla olamaz.

Memur kendisine tebliğ edilen rücu kararını kabul etmez ise, İdarece maaşından kesinti yapmak ve ya cebren tahsil yoluna gitme imkânı yoktur. Nitekim hukukumuzda kamu zararına sebep olan memurun verdiği zararın İdarece re'sen ve cebren tahsil edilebileceğine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır.

Eğer İdare Mahkemesi kararında memurun kişisel kusuru ile kamuya zarar verdiği tespit edilmiş ise rücu yolu derhal

uygulanır. Ancak hizmet kusuru ile memurun kişisel kusuru iç içe geçmiş ve kusur oranları Mahkemece tespit edilmemiş ise yine disiplin heyeti kusur oranlarını belirleyerek memur ile sulh yoluna başvurmak üzere rücu yazısı tebliğ eder. Ve bu durumda da zararın tahsili memurun kabulüne bağlıdır. Ancak İdare Mahkemesi kararında memurun kişisel kusur oranı ve dolayısı ile kişisel kusuru ile doğan zarar hüküm altına alınmış ise adli yargıda rücu davası açmaksızın bu hükmün icraya konması suretiyle memurun rızası aranmaksızın zararın tahsili mümkün olabilecektir.

Açılan her rücu davasında kamu görevlisinin ve özellikle sağlık personeli ve hekimin tazminat ödeyeceği sonucu çıkarılmamalıdır. Esasen rücu davasının anlam ve önemi de burada ortaya çıkmaktadır. Mahkeme açılan davada hizmet kusuruna ve sonucunda tazminat ödenmesine sebep olan olayda; çalışanın kişisel kusurunun bulunup bulunmadığını tüm yönleri ile araştırmalıdır. Olayın yaşandığı koşullar, sağlık personelinin içinde bulunduğu koşullar titizlikle değerlendirilmelidir. Bu konuda çok klasik bir örnek olarak; tam teşekküllü bir hastanede doğum yaptıran ebe ya da hekim ile bir köyde evde yaptırılan doğum olayı örnek olarak verilebilir. Birinci durumda sağlık personelinin en küçük bir ihmali dahi (ancak bu durumda dahi personelin kişisel durumu özenle değerlendirilmelidir. Nitekim 24 saat nöbet tutan ve çok yoğun bir günde 20-30 doğuma giren personel ile günde 1-2 doğum yaptıran personelin kusur değerlendirmesi de kanımca farklı olmalıdır.) kusur olarak nitelendirilebilecek iken evde doğum yaptıran personelin ancak çok ağır ihmali kusur olarak nitelendirilebilir.

II-4- Rücu Davasında Adli Yargı Mercileri Görevlidir.

İdare; sağlık hizmet kusurundan doğan tazminatı ödemek suretiyle uğradığı zararın tazmini için Adli Yargı yeri yani genel yetkili Asliye Hukuk Mahkemesinde kusuru bulunan sağlık personeli aleyhinde rücu davası açar. DMK nun 12. ve 13. maddesinde yer alan “genel hükümler” ifadesi ise sebebi bu kuralın yasal dayanağını oluşturur. Madde gerekçesinde ise

rücu konusunun haksız fiil esaslarına göre Adli yargı mercilerinde görüleceği ifade edilmekle bu konuda tereddüte yer bırakılmamıştır.

Ancak doktrinde bu konuda muhalif düşüncelerde bulunmaktadır. Örneğin Lütfi Duran bu konuda; rücu hususunu inceleyen adli yargı merciinin kişisel kusur ile İdarenin hizmet kusuru oranını belirlerken ister istemez İdarenin işlem ve eylemleri hakkında değerlendirme yapmak zorunda kalacağı ve bu hususun İdari yargı görev kapsamında olduğundan yetki gaspı doğacağını ifade etmektedir.

Uyuşmazlık Mahkemesi ise rücu davalarının Adli yargıda görülmesi gerektiği konusunda nettir ve DMK nun 12. maddesinde yer alan “genel hükümlere göre” ibaresine dayanmaktadır.

Esasen bu konuda en kestirme çözüm; İdare Mahkemelerinin hizmet kusuru davalarında hizmet kusuru ve şahsi kusur oranlarını tespit etmesidir. Böylelikle hem zorunlu rücu sistemi uygulanmış olacak hem de idarenin ya da kamu görevlisinin kusur ve sorumluluğu adli yargı mercii önünde incelenmemiş olacaktır.

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu da bir kararında “İdare aleyhine hükmedilen tazminatın rücusu için Adli yargıda açılacak bir dava ile sorumluların ve kusur oranlarının tespiti zorunlu olduğunu” ifade ederek konuda mutabık kalmıştır.

II-5- Hizmet Kusuru ile Şahsi Kusurun Bir Arada Bulunması

İdarenin hizmet kusuru ile kamu görevlisinin şahsi kusuru aynı olayda bir arada bulunur ise İdare aleyhine İdari yargıda tam yargı davası açılmalıdır. Bu durumda Mahkemece Türk Borçlar Kanunu 51. maddesi gereğince “**durumun gereği ve kusurun ağırlığını göz önünde bulundurularak tazminat miktarı tespit edilir**” Eğer zarar gören fiile açıkça razı olmuş ya da zararın artmasına kendi fiiliyle katkıda bulunmuş ise bu durum tazminatta indirim sebebi olacaktır.

II-6-Zamanaşımı

6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 73. maddesinde rücu davası açma süresi düzenlenmiştir. Buna göre İdare; zararın tamamını ödediği ve birlikte sorumlu olan kişiyi öğrendiği tarihten itibaren iki yıl ve her halukarda tazminatın tamamının ödendiği tarihten itibaren 10 yıl içinde rücu davasını açmalıdır.

Ancak zamanaşımını başlangıcı açısından şunu göz önünde bulundurmak gerekir. Kendisine dava açılan borçlu birlikte sorumlu olduğunu bildiği kişilere davayı bildirmek yani ihbar etmek yükümlülüğü altındadır. İhbar yükümlülüğünü yerine getirmeyen borçlu bakımından; birlikte sorumlu olduğu kişiyi öğrendiği ve ancak ihbar yükümlülüğünü yerine getirmediği tarihten itibaren zamanaşımının başlaması gerekir. İhbar yükümlülüğünü yerine getiren borçlu için ise borcun tamamını ödediği tarihten itibaren zamanaşımı süresi işlemeye başlayacaktır.

10 yıllık zamanaşımı süresi ise her durumda tazminatın tamamının ödendiği tarihten itibaren işlemeye başlar. Burada dikkat edilmesi gereken diğer bir husus ta kısmi ödemelerin sadece ödenen kısım için de olsa zamanaşımı süresini işletmeye başlamayacağıdır.

II-7- İhbar Yükümlülüğü

Kendisine karşı tazminat davası açılan İdare davayı rücu ihtimali bulunan personele ihbar etmekle yükümlüdür. Nitekim Danıştay 10. Dairesinin 11.06.2010 tarih; 2007/4932 E. ve 2010/5301 K. sayılı kararında "Davalı İdare yanında müdahale isteminde bulunanın, ameliyatı yapan doktor olması ve bu davanın davalı Sağlık Bakanlığı aleyhine sonuçlanması halinde, Sağlık Bakanlığınca müdahale isteminde bulunan doktora rücu edilecek olması karşısında, müdahale istemi kabul edilerek, savunmasının alınarak dosyanın tekemmül ettirilmemesi " bozma sebebi olarak kabul edilmiştir.

II-8- Döner Sermayeli Kuruluşlarda Rücû

Döner sermayeli kurum ve kuruluşlarda verilen hizmetlerden kaynaklanan ilama dayalı her türlü borç döner sermaye bütçesinden ödenir. Genel bütçeden ödenmez. Böylelikle Maliye Bakanlığınca hizmet kusurundan doğan ödemeler esasen ilgili kuruma yüklenmiş olmakla zarar özelleştirilmiş olmaktadır.

II-9- Özel Sağlık Kuruluşlarının Teminat Sistemine Dâhil Edilmesi

Tüm bu söylediklerimiz kamu kurumlarında çalışan sağlık personeli için geçerli olup özel hastane ve ya muayenehanelerde çalışan hekim ve sağlık çalışanları için geçerli değildir. Nitekim özel kurumlarda çalışan sağlık personeline karşı adli yargıda vekalet akdi hükümleri kapsamında doğrudan tazminat davası açılabilir. Ancak Anayasada açıkça sağlık hizmetinin İdare tarafından kamu ve özel sektördeki kurum ve kuruluşlar eliyle tek elden planlanarak verileceği düzenlenmiş olmakla ve bu kurumların hem açılmasında ruhsat vermek suretiyle hem de işleyişin her aşamasında denetim yetkisi ve sorumluluğunun bulunması sebebi ile özel hastanelerde meydana gelen sağlık hizmet kusuru sebebiyle de İdare aleyhinde dava açılabilmesi gerektiği kanaatindeyim. Nitekim böylelikle kamu kurumları için getirilen güvence sistemine özel sağlık kuruluşları, bu kuruluşlarda çalışan sağlık çalışanları ve bu kuruluşlardan hizmet alan hastaların da dahil edilmesi imkanı doğacaktır. Ve sağlık hizmetlerinin daha nitelikli hale gelmesi açısından büyük bir adım atılmış olacaktır.

Bu düşünce kamuya ekstra yük ve maliyet getireceği savıyla eleştirilebilir. Oysa kapasiteleri oranında özel sağlık kuruluşları tarafından oluşturulacak bir fon ile sağlık hizmet kusuru neticesinde meydana zararların tazmininin hem hızlanması sağlanabilir hem de daha küçük ölçekli sağlık işletmelerinin büyük bir tazminat ödemesi durumunda büyük maddi sıkıntılara düşmesine engel olunması mümkün olup, rücu müessesesinin etkin bir biçimde işletilmesi sonucu hem kamunun hem de diğer özel sağlık kuruluşlarının zarara uğraması engellenebilecektir.

YARGI KARARLARI

Karar 1

Danıştay 10. Daire

Esas : 1998/4814

Karar : 1999/2945

Tarih : 26.05.1999

*** HİZMET KUSURU**

*** SAĞLIK HİZMETLERİ NEDENİYLE TAZMİNAT**

Özet: Davacıların eş ve annelerine sunulan sağlık hizmetinde idarenin hizmet kusuru bulunmadığından tazminat isteminin reddine ilişkin olarak verilen idare mahkemesi kararında hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

(2577 s. İYUK. m. 2) (2709 s. Anayasa m. 125)

İstemin Özeti: Davacılar murisi ...'in ölümünde davalı idarenin hizmet kusuru bulunduğu ileri sürülerek meydana gelen maddi ve manevi zararın giderilmesi için 200.000.000 TL maddi, 4000.000.000 TL manevi tazminatın 16.2.1994 tarihinden itibaren işletilecek yasal faiziyle birlikte ödenmesi istemiyle açılan dava sonucunda Ankara 7. İdare Mahkemesince davanın reddi yolunda verilen 27.1.1998 tarih ve E:1995/657, K:1998/33 sayılı kararın temyizden incelenip BOZULMASI İSTENİLMEKTEDİR.

Savunmanın Özeti: Yerinde olmadığı ileri sürülen temyiz isteminin reddi GEREKTİĞİ SAVUNULMAKTADIR.

Düşüncesi: Davacılar murisi ...'in ölümünde davalı idarenin hizmet kusuru bulunduğu ileri sürülerek meydana geldiği belirtilen maddi ve manevi zararların tazmini için açılan bu davada her ne kadar Yüksek Sağlık Şurasınca dosya üzerinde yapılan inceleme sonucu verilen 23.7.1997 tarih ve 95435 sayılı Kararda, hastaya gerekli ve tıbben yapılması gereken muayene

ve tetkiklerin yapılarak tedavisinin uygulandığı ve bir hastaya gösterilmesi gereken ortalama özenin gösterilmiş olduğu ayrıca hastaya erken teşhis konulsa da sonucun değişmeyeceği belirtilmekte ise de dosyadaki mevcut bilgi belgelerin incelenmesinden davacıların eş ve annesi olan ölen kişinin idarenin savunduğunun aksine 17.11.1992 tarihinden önce hastaneye başvurduğu 22.7.1992 tarihinde yapılan incelemede “Fundus Pileri NİSPETEN KABADIR.” saptamasıyla Endoskopik incelemenin önerildiği ve yine davacılar murisininin 26.4.1993 tarihinde ... Üniversitesi Hastanesine başvurması sonrasında da aynı tanıya istinaden yapılan inceleme sonucu 12.5.1993 tarihinde “Mide Kanseri” olduğu sonucuna ulaşıldığının görüldüğü, bu durumda ... Hastanesinde 5.2.1993 tarihinde yapılan Endoskopik incelemede herhangi bir rahatsızlığının olmadığı sonucuna ulaşılacak suretiyle “Psikolojik Semptomların” mevcut olduğundan bahisle ilgiliye psikologun önerilmesi karşısında tıbbi faaliyetin yürütülmesinde gerekli özenin gösterildiğini kabule OLANAK BULUNMAMAKTADIR.

Ancak teknik bir incelemeyi gerektiren konuda Sağlık Şurası tarafından erken teşhis konulsa dahi sonucun değişmeyeceği belirtildiğinden davacıların maddi kaybının tazmininden söz edilmesi olanağı bulunmamasına karşın olayın niteliği, faaliyetin yürütülüş biçimi ve hastaya ait dosyanın da bulunamayışı dikkate alındığında kamu hizmetinin özensiz sunulduğu sonucuna varıldığından davacıların bu olaylar nedeniyle duydukları acı ve üzüntünün kısmen de olsa hafifletilmesi için manevi tazminata hükmedilmesi dolayısıyla anılan idare mahkemesi kararının manevi tazminatın reddine ilişkin bölümünün bozulması GEREKTİĞİ DÜŞÜNÜLMEKTEDİR.

Düşüncesi: Sağlık hizmeti riskli bir hizmet olduğundan idareyi tazminle yükümlü tutabilmek için ağır hizmet KUSURU ARANMALIDIR.

Dosyadaki belgelerin incelenmesinden de, olayda gerekli tetkik ve tahlillerin yapıldığı dolayısıyla sağlık hizmetinin yürütülmesinde idareye yüklenecek ağır kusurun BULUNMADIĞI ANLAŞILMIŞTIR.

Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49 uncu maddesinin 1 inci fıkrasında belirtilen nedenlerden hiçbirisine uymayıp idare mahkemesince verilen kararın dayandığı hukuki ve yasal nedenler karşısında anılan kararın bozulmasını gerektirir NİTELİKTE GÖRÜLMEMEKTEDİR.

Açıklanan nedenlerle temyiz isteminin reddiyle idare mahkemesi kararının onanmasının uygun OLACAĞI DÜŞÜNÜLMEKTEDİR.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onuncu Dairesince gereği düşünüldü:

Dava, davacılar murisinin ölüm olayında davalı idarenin hizmet kusuru bulunduğu ileri sürülerek meydana geldiği belirtilen 200.000.000 lira maddi 400.000.000 lira manevi zararın 16.2.1994 tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte tazmini İSTEMİYLE AÇILMIŞTIR.

İdare mahkemesince: idarenin hukuki sorumluluğunun yalnızca hizmet kusuru kavramına dayanmadığı kusur şartı aranmadan da sorumlu tutulabildiği, kural olarak idarenin yürüttüğü hizmetin doğrudan sonucu olan nedensellik bağı kurulabilen zararları tazminle yükümlü olduğu, olayda davacıların desteği olan ...'in boğazında hissettiği ağrılar ve yutkunma zorluğu nedeniyle davalı idare bünyesindeki ... Hastanesine gittiği, belirli aralıklarla muayene ve tetkiklerinin ve tedavinin yapıldığı, 16.2.1994 tarihinde ise öldüğü, ölümle sonuçlanan hastalığın tanı ve tedavisinde gerekli özenin gösterilip gösterilmediği yanlıgı yada eksik inceleme, tedavide çelişkiler ve zaman yönünden gecikmeler bulunup bulunmadığı konularında Yüksek Sağlık Şurasına yaptırılan inceleme sonucu düzenlenen raporda; bir hastaya gösterilmesi gereken ortalama özenin gösterildiği, ayrıca hastaya erken teşhis konulsa da sonucun değişmeyeceğinin belirlendiği, olayda herhangi bir ihmal ve kusurun söz konusu olmadığı sonucuna ulaşıldı-

Av. Selvi ÖZÇETİN

ğ ı bu durumda davalı idarenin hizmet kusurundan söz etme olanağı bulunmadığı gibi olayda kusursuz sorumluluktan söz edilemeyeceği dolayısıyla davalı idarenin eylem yada işleminde doğan sorumluluğunu gerektiren bir zarar bulunmamakla davacının isteminde isabet görülmediği gerekçesiyle davanın reddine KARAR VERİLMİŞTİR.

Davacı, hukuka uyarlık bulunmadığını ileri sürdüğü anılan idare mahkemesi kararının temyizen incelenip BOZULMASINI İSTEMEKTEDİR.

İdare ve vergi mahkemelerinin nihai kararlarının temyizen bozulması 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 3622 sayılı Yasayla değişik 49 uncu maddesinde yer alan sebebi erden birinin varlığı HALİNDE MÜMKÜNDÜR.

Temyizen incelenen ve yukarıda özetlenen gerekçelere dayalı olarak verilen Ankara 7. İdare Mahkemesinin 27.1.1998 tarih ve E:1995/657, K:1998/33 sayılı kararı, usul ve hukuka uygun olup, bozma nedeni bulunmadığı anlaşıldığından, temyiz isteminin reddine ve anılan kararın onanmasına, 26.5.1999 tarihinde OYBİRLİĞİYLE KARAR VERİLDİ.

Karar 2

Danıştay 10. Daire

Esas : 1996/2121

Karar : 1997/5476

Tarih : 08.12.1997

*** HİZMET KUSURU**

Özet: Davacının çocuğunun sol el 4. parmağındaki siğilin tedavisi için enjekte edilmesi gereken ve doktor tarafından reçeteye yazılan "Hercaine" isimli ilaç yerine "İl 33" isimli ilacın görevli hemşire tarafından enjektöre çekilip, görevli doktor tarafından enjekte edilmesi sonucu Kangren olan parmağın kesilmesi nedeniyle uğranılan maddi ve manevi zararın idarece tazmini gerekir.

(2709 s. Anayasa m. 125)

İstemin Özeti: Yanlış tedavi nedeniyle uğranıldığı öne sürülen maddi ve manevi zararın tazmini istemiyle açılan davayı kısmen kabul eden Malatya İdare Mahkemesinin 23.11.1995 tarih ve E:1994/738. K:1995/1063 sayılı kararının temyizen incelenip, BOZULMASI İSTENİLMEKTEDİR.

Savunmanın Özeti: SAVUNMA VERİLMEMİŞTİR.

Düşüncesi: Temyiz isteminin reddiyle, mahkeme kararının onanması GEREKTİĞİ DÜŞÜNÜLMÜŞTÜR.

Düşüncesi : İleri sürülen bozma nedenleri 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49 uncu maddesinin 1 numaralı bendinde öngörülen nedenlerden hiçbirisine girmediğinden, temyiz isteğinin reddiyle hukuka ve usul hükümlerine uygun bulunan, idare mahkemesi kararının onanması GEREKECEĞİ DÜŞÜNÜLMEKTEDİR.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onuncu Dairesince gereği düşünüldü:

28.2.1994 tarihinde davacının çocuğunun sol el 4. parmağındaki siğilin tedavisi için ... Devlet Hastanesine müracaatı üzerine, siğilin çıkarılması amacıyla enjekte edilmesi gereken ve doktor tarafından reçeteye yazılan "Mercaine" isimli ilaç yerine "İL 33" isimli ilacın görevli hemşire tarafından enjektöre çekilip, görevli doktor tarafından enjekte edilmesi sonucu kangren olan sol el 4. parmağın kesilmesi nedeniyle uğranıldığı öne sürülen 100.000.000 lira maddi, 100.000.000 lira manevi zararın olay tarihinden itibaren hesaplanacak yasal faiziyle birlikte ödenmesi istemiyle DAVA AÇILMIŞTIR.

Malatya idare Mahkemesince, idarelerin kamu hizmetleri için gerekli organizasyonu kurmak, yeterli araç ve gereçlerle donatılmış bina ve tesislerle, ehil elemanlar çalıştırarak bu hizmetleri yürütmekle yükümlü oldukları, aksi halde meydana gelen zararın idarelerce karşılanması gerektiği, olayda da yanlış ilaç enjekte edilerek ilgilinin parmağının kangren

olması sonucu kesilmesine sebep olan idarenin hizmet kusurunun açık olduğu, uğranılan maddi zararın saptanabilmesi için yaptırılan bilirkişi, incelemesi sonucu düzenlenen 6.10.1995 tarihli raporda, davacının çocuğunun belirlenen %3 işgücü kaybı nedeniyle 79.458.126 lira zararının olduğunun belirtildiği, ayrıca olayın oluşumu ve sonucuna göre duyulan acı ve üzüntünün kısmen de olsa giderilebilmesi için takdiren 50.000.000 lira da manevi tazminat ödenmesi gerektiği kanaatine varıldığı gerekçesiyle 79.458.126 lira maddi tazminatın tazminat isteğinin idarece reddedildiği 15.8.1994 tarihinden itibaren hesaplanacak yasal faiziyle birlikte, 50.000.000 lira manevi tazminatın da yasal faiz uygulanmaksızın davalı idarece davacıya ödenmesine, davanın fazlaya ilişkin kısmının reddine KARAR VERİLMİŞTİR.

Davalı idare, doktorun yazdığı reçete muhteviyatına uymayan bir ilacın eczane tarafından verilmesi, hastanın da yazılan ilacı getirdiğini beyan etmesi sonucu personelin yanıltıldığı, bu haliyle kusurun ilgili ve 3. kişiye ait olduğu, maddi zararın gerçekleştiğinin kesin olarak ortaya konulmadığı, davacının alacağı destek ve yardımlarla müterafik kusurunun zarardan indirilmediği, manevi tazminatın da sembolik olmaktan uzak zenginleşmeye yol açacak bir miktarda olduğu iddiasıyla anılan mahkeme kararının temyizen incelenip, BOZULMASINI İSTEMEKTEDİR.

İdare ve vergi mahkemelerinin nihai kararlarının temyizen bozulması 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 3622 sayılı Yasayla değişik 49 uncu maddesinde yer alan sebebi erden birinin varlığı HALİNDE MÜMKÜNDÜR.

Temyizen incelenen ve yukarıda özetlenen gerekçelere dayalı olarak verilen Malatya İdare Mahkemesinin 23.11.1995 tarih E:1994/738. K:1995/1063 sayılı kararı, usul ve hukuka uygun olup, bozma nedeni bulunmadığı anlaşıldığından, temyiz isteminin reddine ve anılan kararın onanmasına, 8.12.1997 tarihinde OYBİRLİĞİYLE KARAR VERİLDİ.

Karar 3

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

Esas : 2011/4-592

Karar : 2012/25

Tarih : 01.02.2012

*** YANLIŞ TEDAVİ NEDENİYLE TAZMİNAT**

*** DİKKATSİZLİK VE TEDBİRSİZLİK NEDENİYLE DESTEĞİN ÖLÜMÜNE SEBEP OLMA**

*** KİŞİLERİN UĞRADIKLARI ZARARLAR**

*** HİZMET KUSURU**

*** HUSUMET**

Özet: Davacı taraf, davalı doktorun görevi sırasında kanamalı ve acil durumda olduğu halde destekleri olan hastaya müdahalede bulunmayıp, dış gebelik olan başka bir hastayla ilgilendiği; böylece, dikkatsizlik ve tedbirsizliği nedeni ile desteğin ölümüne neden olduğu iddiasıyla ve doktoru hasım göstererek eldeki tazminat davasını açmışlardır. Davacıların bu iddiası, içerikçe davalı doktorun görevi sırasında ve yetkisini kullanırken işlediği bir kusura ve bu kusurun niteliği itibariyle de kamu görevlisinin ihmeline dayanmaktadır. Hal böyle olunca, davalının görevi dışında kalan kişisel kusuruna dayanılmadığına, dikkatsizlik ve tedbirsizliğe dayalı da olsa eylemin görev sırasında ve görevle ilgili olmasına ve hizmet kusuru niteliğinde bulunmasına göre, eldeki davada husumet kamu görevlisine değil, idareye düşmektedir. Öyle ise, dava idare aleyhine açılıp, husumetin de idareye yöneltmesi gerekir.

(657 s. DMK m. 13) (2709 s. Anayasa m. 40, 125, 129)

Taraflar arasındaki “yanlış tedavi nedeniyle tazminat” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Mersin 3. Asliye Hukuk Mahkemesi’nce husumet yönünden davanın reddine dair verilen 22.10.2007 gün ve 2002/426 E. 2007/590 K. sayılı kararın incelenmesi davacılar vekili tarafından istenilmesi

üzerine, YARGITAY 4. Hukuk Dairesi'nin 16.12.2008 gün ve 2008/4001 E. 2008/15365 K. sayılı ilamıyla;

(1-...Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı kanıtlarla yasa-ya uygun gerektirici nedenlere, özellikle delillerin değerlendirilmesinde bir isabetsizlik görülmemesine göre davacıların davalılardan Eşe Ağca ve Erkan Bağlarbaşı'na yönelik temyiz İTİRAZLARI REDDEDİLMELİDİR.

2-Davacıların davalılardan Asım Ö.ye yönelik temyiz itirazlarına gelince; Dava, desteğin doğum yaptığı sırada davalıların ihmali sonucu öldüğü iddiasına dayalı tazminat İSTEMİNE İLİŞKİNDİR. Mahkemece istem husumet yönünden reddedilmiş, kararı davacılar TEMYİZ ETMİŞLERDİR.

Davacılar desteğin Mersin Devlet Hastanesinde görevli doktor ve hemşire olan davalıların ihmali sonucu doğum sırasında meydana gelen yırtığın oluşturduğu kanama sonucu öldüğünü, olayda davalıların geç müdahaleleri nedeniyle kusurlu olduklarını belirterek tazminat İSTEMİNDE BULUNMUŞLARDIR. Mahkemece alınan Adli Tıp Kurumu 1. ve 3. İhtisas Kurulu raporlarında "ölümün doğum sırasında kollum yırtığına bağlı kanamadan ileri gelmiş olduğunun kabulü gerektiği; olayda hastaya zamanında müdahale etmeyen davalı doktor Asım Örener'in (4/8) oranında kusurlu olduğu, diğer davalıların kusurlarının bulunmadığı" belirtilmiştir. Şu haliyle davalılardan Asım Örener'in hizmetten ayrılabilen kusuruna dayanıldığına ve Adli Tıp Kurumu 3. İhtisas Kurulu raporunda da (4/8) oranında kusurlu olduğu belirtildiğine göre anılan davalı yönünden davanın husumetten reddi DOĞRU DEĞİLDİR. Mahkemece zarar kapsamı belirlenip sonucuna göre davalı Asım Örener tazminattan SORUMLU TUTULMALIDIR. Bu yönün gözetilmemesi usul ve yasaya aykırı olup BOZMAYI GEREKTİRMİŞTİR...)

gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki KARARDA DİRENİLMİŞTİR.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra GEREĞİ GÖRÜŞÜLDÜ:

Dava, desteğin yanlış tedavi sonucu öldüğü iddiasına dayalı tazminat İSTEMİNE İLİŞKİNDİR.

Mahkemece, istem husumet yönünden reddedilmiş; davacılar vekilinin temyizi üzerine karar Özel Dairece, yukarıda başlık bölümünde açıklanan nedenlerle davalı Asım Ö. yönünden bozulmuş; diğer davalılar hakkındaki red kararına yönelik temyiz itirazları ise reddedilmekle, bu davalılar hakkındaki KARAR KESİNLEŞMİŞTİR.

Mahkeme, "Anayasa'nın 129/5 inci maddesi ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 13 üncü maddesi gereğince, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları ancak idare aleyhine açılabilir." gerekçesiyle önceki kararında direnerek davalı Asım Ö. hakkındaki davayı reddetmiş; hükmü davacılar vekili TEMYİZE GETİRMİŞTİR.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; kamu görevlisi doktorun eylemi nedeniyle açılan eldeki tazminat davasında husumetin adı geçen doktora yöneltilip yöneltilemeyeceği NOKTASINDA TOPLANMAKTADIR.

Öncelikle, devlet hastanesinde çalışan kamu görevlisi doktorun eyleminden sorumluluğa ilişkin yasal düzenleme, kavram ve kurumlar irdelenmelidir:

Kamu personelinin mali sorumluluğuna ilişkin düzenlemeler öncelikle Anayasa olmak üzere ilgili kanunlarında YER ALMAKTADIR.

2709 sayılı T.C.Anayasası (Anayasa)'nın ;

"Temel Hak ve Hürriyetlerin Korunması" başlıklı 40. maddesinde:

“Anayasayla tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkanının sağlanmasını isteme HAKKINA SAHİPTİR.

(Ek fıkra: 03/10/2001 - 4709 S.K./16. md.) Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağı ve sürelerini BELİRTMEK ZORUNDADIR.

Kişinin, resmi görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu HAKKI SAKLIDIR.”

İdareye karşı yargı yolunu düzenleyen “Yargı Yolu” başlıklı 125 inci maddesinin birinci fıkrasının ilk cümlesinde: “İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı YOLU AÇIKTIR.”; son fıkrasında da “İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ÖDEMEKLE YÜKÜMLÜDÜR.”

Kamu görevlilerinin görev ve sorumluluklarını düzenleyen 129 uncu maddesinin;

Birinci fıkrasında: “Memurlar ve diğer kamu görevlileri Anayasa ve kanunlara sadık kalarak faaliyette bulunmakla yükümlüdürler.”

Beşinci fıkrasında : “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.” hükümleri YER ALMAKTADIR.

Anayasa'nın bu hükümleriyle amaçlanan, memur ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken kusurlu davranışlarından bahisle haklı ya da haksız olarak yargı mercileri önüne çıkarılmasını önlemek, kamu hizmetinin sekteye uğratılmadan yürütülmesini sağlamak ve aynı zamanda zarara uğrayan kişi yönünden de memur veya diğer kamu görevlisine oranla ödeme gücü daha yüksek olan devlet bir sorumluyu muhatap kılarak kamu DÜZENİNİ KORUMAKTIR.

Nitekim, YARGITAY Hukuk Genel Kurulu'nun 14.9.1983 gün 1980/4-1714 E. -1983/803 K.sayılı kararında da Anayasa'nın 129/5 inci maddesinin konuluş amacı tartışılmış; "T.C. Anayasası'nın zararın doğumuna neden olan eylem ve davranışlarla, buna bağlı hukuki sorumluluğu hiçbir zaman ortadan kaldırmadığı; aksine, zarar görenler açısından daha güvenli sayılması gereken Devletin sorumluluğu ilkesini getirdiği..." İFADE EDİLMİŞTİR.

Bu anayasal hükümlere paralel düzenleme 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun, 12.05.1982 tarih ve 2670 s. Kanununun 6 ncı maddesiyle değişik, 13 üncü maddesinde YER ALMAKTADIR.

657 s. Kanunun "Kişilerin Uğradıkları Zararlar" başlıklı 13 üncü maddesinin, 06.06.1990 tarih ve 3657 s. Kanununun 1 maddesiyle değişik, birinci fıkrasında:

"Kişiler kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açarlar. Ancak, Devlet dairelerine tevdi veya bu dairelerce tahsil veya muhafaza edilen para ve para hükmündeki değerli kağıtların ilgili personel tarafından zimmete geçirilmesi halinde, zimmete geçirilen miktar, cezai takibat sonucu beklenmeden Hazine tarafından hak sahibine ödenir. Kurumun, genel hükümlere göre sorumlu personele rücu HAKKI SAKLIDIR." hükmü öngörülmüştür.

Anayasa'nın 129/5 maddesinin uygulama yasası olan 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 13 üncü maddesinin Meclis gerekçesinde;

"Bu madde, kamu hukukuna tabi görevler bakımından idare edilenlere verilecek zararlar konusundaki SORUMLULUĞU DÜZENLEMEDİR..."

Maddedeki teminat iki açıdan incelenmelidir;

Her şeyden önce, idare edilenler lehine bir TEMİNAT MEVCUTTUR. İdare edilenler, kamu hukukuna tabi görevler dola-

yısıyla kendilerine verilmiş olan zararlar da, doğrudan doğruya görev sahibi kurum aleyhine dava açabilecekler ve böylece asıl ödeme kabiliyeti olan bir davalı BULMUŞ OLACAKLARDIR. Aksi takdirde, özellikle büyük zararlar bakımından, davayı kazansalar bile, ödeme kabiliyeti olmayan bir memurla karşı karşıya KALMALARİ MÜMKÜNDÜR. Halbuki maddedeki şekliyle, her zaman için karşılarında ödeme kabiliyetine sahip bir KURUM BULABİLECEKLERDİR.

İkinci teminat; memur, daha doğrusu 'Kamu hukukuna tabi hizmetlerle görevli personel' bakımındandır. Bu gibi personel, görevlerini yerine getirirken, daimi bir tazminat tehdidi altında kalmayacaklar ve dolayısıyla kamu hizmetlerinin çok ağır görülmesi gibi bir SAKINCAYLA KARŞILAŞILMAYACAKTIR. Ancak, daimi olarak ve ilk elden dava tehdidi altında bulunmamak, memurların tamamıyla sorumsuz hareket edebilecekleri ŞEKLİNDE ANLAŞILMAMALIDIR. Bu maddeyle memur, mütemediyen mahkemelerde kendi aleyhine açılmış davalarla uğraşmaktan korunmuştur ama, görevleri dolayısıyla idareye vermiş olduğu zararlarından ötürü idareye karşı olan sorumluluğu DEVAM ETMEKTEDİR..." ifadeleri YER ALMAKTADIR.

Görülmektedir ki, Anayasa'nın 40/3, 125/son, 129/5 maddeleriyle uygulamanın çerçevesi net olarak çizilmiş; "memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davalarının, ancak rücu edilmek şartıyla idare aleyhine açılabileceği" açıkça İFADE EDİLMİŞTİR.

Uyuşmazlığın çözümünde Anayasa'nın 129/5 maddesinde yer alan "yetkilerini kullanırken işledikleri kusur" ifadesinden ne anlaşılması gerektiğinin belirlenmesi önem taşımaktadır ki, bu noktada "kusur" ile ilgili açıklama yapılmasında yarar vardır:

Kusurun kanunlarımızda TANIMI YAPILMAMIŞTIR. Uygulama ve öğretide kabul görmüş tanıma göre; kusur, hukuk düzenince KINANABİLEN DAVRANIŞTIR. Kınamanın nede-

ni, başka türlü davranma olanağı varken ve zorunlu iken, bu şekilde davranılmayarak, bu tarzdan SAPILMIŞ OLMASIDIR. Kısacası; kusur, genel tanımıyla, hukuk düzeni tarafından bir davranış tarzının kınanması olup; bu kınama, o davranışın belirli koşullar altında bireylerden beklenen ortalama hareket tarzından sapmış olmasından kaynaklanır.

Yine, öğreti ve uygulamadaki hakim görüşe göre, sorumluluk hukuku açısından kusurun, kast ve ihmal (taksir) olmak üzere ikiye ayrılacağı KABUL EDİLMEKTEDİR. Bu bağlamda, kast hukuka aykırı sonucun bilerek ve isteyerek meydana getirilmesi; ihmal ise, hukuka aykırı sonucu istememekle birlikte, böyle bir sonucun önlenmesi için gerekli önlemlerin alınmaması ve gereken özenin gösterilmemesidir(YARGITAY Hukuk Genel Kurulu'nun 10.12.2003 gün ve 2003/11-756 E., 2003/743 K. sayılı ilamı).

İdare hukuku ilkeleri çerçevesinde olaya bakıldığında ise, bir kamu görevlisinin görev sırasında, hizmet araçlarını kullanarak yaptığı eylem ve işlemlerine ilişkin kişisel kusurunun, kasti suç niteliği taşısa bile hizmet kusuru oluşturacağı ve bu nedenle açılacak davaların ancak idare aleyhine açılabileceği bilinen ilkelerindedir (Danıştay 10. Daire T. 20.04.1989 gün ve 1988/1042 E.; 1989/857 K. sayılı ilamı).

Yeri gelmişken “yetkilerini kullanırken” ve “bu görevleri yerine getiren personel” kavramlarıyla amaçlanın ne olduğu üzerinde durulmalıdır:

Devletin sorumluluğunun diğer bir şartı da, zararın, memur ve diğer bir kamu görevlisi tarafından “görevini yerine getirirken” ve “görevle ilgili yetkilerini kullanırken” GERÇEKLEŞTİRİLMİŞ OLMASIDIR.

Şu halde “görevin ifası” “yetkinin kullanılması” ile gerçekleşen zarar arasında işlevsel (görevsel) bir bağ bulunmalı; zarar, kamu görevi (kamu yetkisi) yerine getirilirken, bu görev ve yetki nedeniyle DOĞMUŞ OLMALIDIR.

Memur ve diğer resmi görevlilerinin kamu görevlisi sıfat ve

kapasiteleri dışında özel bir kişi olarak, özel hukuk hükümlerine göre özel işlerini yaparken üçüncü kişilere verdikleri zarardan doğrudan doğruya kendileri sorumludur(Eren F., Borçlar Hukuku Genel Hükümleri, Beta, 10. Bası, s. 590 vd.).

Öte yandan, kamu görevlisinin, hizmet içinde veya hizmetle ilgili olmak üzere tutum ve davranışının suç oluşturması ya da hizmeti yürütürken ağır kusur işlemesi veya düşmanlık, siyasal kin gibi kötü niyetle bir kişiye zarar vermesi halinde dahi bu durum, aynı zamanda yönetimin gözetim ve iyi eleman seçme yükümlülüğünü yerine getirmemesi nedeniyle hizmet kusuru da sayılmalı ve bu nedenle açılacak dava İDAREYE YÖNELTİLMELİDİR.

Tüm bu açıklamalar göstermektedir ki, kişilerin uğradığı zararlar, zarara sebebiyet veren kamu personelinin yürüttüğü görev arasında herhangi bir ilişki kurulabiliyorsa, ortada görevle ilgili bir durum var demektir ve bu tür davranışlar kasten veya ihmalen işlenmesine bakılmaksızın, kamu personelinin hizmetten ayrılmayan kişisel kusurları olarak ortaya çıkmakta ve bu husus, 657 sayılı Yasanın 13'üncü maddesindeki "kişilerin kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlar" ibaresinde İFADESİNİ BULMAKTADIR.

Diğer taraftan, Anayasa'nın 129/5 maddesinde "kusur" şartından bahsedildiğine göre yetkisini kullanan memurun veya kamu görevlisinin işlediği eylemin kasten mi yoksa ihmalen mi gerçekleştirdiğine bakılmaksızın bu eylemlerinden doğan davaların ancak idare aleyhine açılması gerektiğinin KABULÜ ZORUNLUDUR.

Hukuk Genel Kurulu'ndaki görüşmelerde yukarıda açıklanan anayasal ve yasal düzenlemelerle kurum ve kavramlar değerlendirilmiş;

Öncelikle, açıklanan anayasal ve yasal düzenlemelerin amacı tartışılmış; gerek Anayasa, gerekse Devlet Memurları Kanunu'nda yer alan düzenlemelerin, memur ve kamu görevlisinin sorumluluğunu ortadan kaldırmadığı; daha sonra ilgisine rücu edilmek üzere ilk etapta devletin sorumluluğuna giderek,

mağdura zararını daha iyi bir şekilde giderecek bir muhatap ve tereddütsüz bir yargı yolu sağladığı; bugüne kadar ki uygulamada, kamu personelinin mali sorumluluğunu çözmek için “hizmet kusuru” ve “kişisel kusur” ayrımına gidilmiş olmasının yerinde olmadığı, zira yasada böyle bir unsur bulunmayıp; bunun tamamen idareyle memur arasında görülecek rücu davasının sorunu olduğu; öte yandan, Anayasa’nın 129/5 maddesinde sayılan görevlinin görevini yerine getirirken veya yetkilerini kullanırken kasten islediği eylemin bu koruma altına girip girmeyeceğine ilişkin olarak da, yasanın “kusur” ifadesi kullanması karşısında eylemin kasten veya ihmalen işlenmesine bakılmaksızın idarenin sorumluluğuyla güvence altına alındığı, ceza mahkemesinde yargılanmasının hatta ceza almasının dahi öneminin bulunmadığı, bunun da ancak rücu davasında dikkate alınacağı; sonuçta, memur ve kamu görevlisinin görevi sırasında hizmet araçlarını kullanarak yaptığı eylem ve işlemlerine ilişkin kişisel kusurunun kasti suç niteliği taşısa bile hizmet kusuru oluşturacağı bu nedenle açılacak davanın idare aleyhine açılması gerektiği; görev yapılan yerde dahi olsa memur ve kamu görevlisinin yaptığı iş ile ilgisi olmayan eylemlerin varlığı halinde ise bu eylemden memurun kişisel olarak sorumlu tutulacağı, bu nedenle açılacak davaların da ancak adli yargıda ve kamu görevlisi veya memur aleyhine açılabileceği, ilke olarak oyçokluğuyla KABUL EDİLMİŞTİR.

Bu ilkeler ışığında somut olay değerlendirildiğinde:

Davacı taraf, davalı doktorun görevi sırasında kanamalı ve acil durumda olduğu halde destekleri olan hastaya müdahalede bulunmayıp, dış gebelik olan başka bir hastayla ilgilendiği; böylece, dikkatsizlik ve tedbirsizliği nedeniyle desteğin ölümüne neden olduğu iddiasıyla ve doktoru hasım göstererek eldeki tazminat DAVASINI AÇMIŞLARDIR.

Davacıların bu iddiası, içerikçe davalı doktorun görevi sırasında ve yetkisini kullanırken işlediği bir kusura ve bu kusurun niteliği itibariyle de kamu görevlisinin İHMALİNE DAYANMAKTADIR.

Av. Selvi ÖZÇETİN

Hal böyle olunca, davalının görevi dışında kalan kişisel kusuruna dayanılmadığına, dikkatsizlik ve tedbirsizliğe dayalı da olsa eylemin görev sırasında ve görevle ilgili olmasına ve hizmet kusuru niteliğinde bulunmasına göre, eldeki davada husumet kamu görevlisine değil, İDAREYE DÜŞMEKTEDİR. Öyle ise, dava idare aleyhine açılıp, husumetin de idareye YÖNELTİLMESİ GEREKİR.

Yukarıda açıklanan nedenlerle, Mahkemece, davalı doktor hasım gösterilerek açılan davanın husumet yokluğu nedeniyle reddedilmesi usul ve yasaya uygun olup, direnme kararının ONANMASI GEREKİR.

SONUÇ: Davacılar vekilinin temyiz itirazlarının reddiyle direnme kararının yukarıda açıklanan gerekçelerle ONANMASINA, gerekli temyiz ilam harcı peşin alındığından başka ca harç alınmasına mahal olmadığına, 01.02.2012 tarihinde yapılan ikinci görüşmede OYÇOKLUĞUYLA KARAR VERİLDİ.

BİLİRKİŞİLİĞİN HUKUKSAL YAPISI VE TIBBÎ BİLİRKİŞİLİK

*Av. Cahid DOĞAN**

BİLİRKİŞİLİĞİN TARİHİ SÜRECİ

Adli tıbbın tarihi çok eskiye dayanmaktadır. M.Ö. 1400'lü yıllarda uygulamaya konulan Hitit Kanunları'nda ise bilirkişilik¹ müessesesi bulunmakta idi. Eğer nişanlı bir kız nişanlısı tarafından baştan çıkarılırsa muhakkak evlendirilirdi. Gelinin bekâreti dikkate alınan bir konuydu. Eğer bekâret konusunda şüpheye düşülürse mahkeme kurulur ve bir kadının bu konuda vereceği bilirkişi raporuna müracaat edilirdi ². M.Ö. 3000 tarihinde, baş hâkim Pharaoh Zoser'in özel hekimliğini yapan ve yazılı kurallar düzenleyen İmhotep'tir. Adil tıp konusu, Hammurabi Kanunları'nda düzenlenmiştir.

Roma hukukunda bugünkü anlamı ile bir bilirkişilik müessesesi bulunmamakta idi. Mahkemeler davanın çözümü için, ilgili uzmanların görüşlerine müracaat etmekteydiler. "Hâ-

¹ Bilirkişi; İngilizce "expert", "expert witness"; Fransızca "expert"; Almanca "Sachverständige"; İtalyanca "consulento tecnico" Latince "artis peritus" ve "ehl-i hibre, ehl-i vukuf".

² YILDIZ, Başak: "Hititlerde aile hukuku / The family law in Hittites" Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara-2006, s.12.

* Türkiye Barolar Birliği Sağlık Hukuku Eğitim Koordinatörü, Ankara Barosu Sağlık Hukuku Kurulu Başkan Yardımcısı

kimler vakıalara ilişkin sorunlara cevap veremeyecekleri gibi, yeminliler yani bilirkişiler veya jüri üyeleri de hukukî meseleleri cevaplandıramazlar". "Ad quaestionem facti non respondent iudices; ad quaestionem legis non respondent iudices; ad quaestionem legis non respondent iuratores"³.

Roma'nın imparatorluk devrinde ise, ceza hâkimlerine, yine hâkimlerden oluşan, istişare heyeti bilirkişiliğe ihtiyaç duyulan hallerde yardım etmekte olup; ancak akıl hastalığı ve müessir fiil gibi olaylarda, olayın aydınlatılmasında ve failerin işledikleri fiil anında hareket serbestisini tesbit etmek üzere, resmen görevlendirilmiş hekimler bugünkü manadaki bilirkişilik fonksiyonu ifa etmekteydiler⁴.

Milattan Önce 3.000 yıllarında adli vakıalara hekimlerin katıldığı saptanmıştır. İlk adli tıp raporu, İ.Ö 40'ta 23 yerinde bıçaklanarak öldürülen Julius Ceasar'ın ölüm nedeninin göğüs boşluğundaki bıçak yarası olduğu kabul edilmektedir⁵.

Digesta "Medicia non sunt proprie testes, sed majusest iudicium quam testimonium." "tabipler sadece şahit değildirler. Şahit oldukları nispette hüküm de verirler"⁶. Burada hekim bilirkişi olarak tespitite bulunabileceği zikredilmektedir.

İlk otopsi ise, 1374'te Fransa'da ve Adli tıbbın ilk kez ders olarak okutulmasına, 1650'de Leipzig Üniversitesi'nin ders programında yer verilmiştir.

İslam Hukukunda Bilirkişilik

Türk hukuk sisteminde kullanılan bilirkişi ifadesi, Osmanlı hukuk literatüründe yerini alan Ehl-i Vukuf tertibi ile aynı an-

³ SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral/ TÜRKOĞLU ÖZDEMİR, Gökçe: Roma Hukukundan Günümüze Medenî Yargılamının Esasları, Seçkin Yayınları, Ankara-2008, s.107.

⁴ TUNALI, İbrahim/ ZENTÜRK, Cahit: "Tıbbi Bilirkişilik", <http://www.yargitay.gov.tr/belgeler/site/dergi/yrgergi/OcakEkim1989/OcakNisan1989/assets/common/downloads/page0639.pdf>

⁵ BAKICI, Sedat: "Adli Tıp - Adli Tıp Kurumları ve Önemi", Ankara Barosu Dergisi, Sayı:1980/1, Ankara-1980, s. 28.

⁶ KAMAYI, Behçet Tahsin: "Adli Tababetin Tarih ve Tekâmülü", Adalet Dergisi, Yıl:48, Sayı:1, Ocak Ankara-1957, s.20.

lamdadır⁷. İslam hukukunda bilirkişinin karşılığı olarak, Ehlü'l-ilm, Ehlü'l-Basar ve'l-Ma'rife ve Ehlü'l-Hibre gibi ifadeler kullanılmaktadır⁸.

İslam hukukunun birinci temel kaynağı olan Kur'an-ı Kerim'de "Hakkında bilgin bulunmayan şeyin arkasına düşme."⁹ " Bilakis haksızlık edenler, bilgisiz olarak kötü arzularına uydular."¹⁰ "Ey iman edenler! Zandan çokça kaçının. Çünkü zannın bir kısmı günahtır."¹¹ "Onlar zanna ve nefislerinin aşağı hevesine uyuyorlar." ve "Hâlbuki onların bu hususta hiç bilgileri yoktur. Sadece zanna uyuyorlar. Zan ise hakikat bakımından bir şey ifade etmez"¹² buyurularak bilgisizlik, zan ve şüphe ile hareket etmeyi terk etmeyi ve "Eğer bilmiyorsanız zikir (ilim) ehline sorun"¹³ buyurularak da bilinmeyen konularda bilencilere sorulmasını emretmektedir¹⁴. Yine nesep davalarında kaiflerden (fizyonomi uzmanları) nesebin tespitinde gerek Hz. Peygamber (s.a.s.) döneminde gerekse sonraki dönemlerde istifade edildiği görülmektedir¹⁵.

Ord. Prof. Dr. Süheyl ÜNVER'in Prof. Dr. Cahid ÖZEN'e vermiş olduğu Osmanlı devrinde adlî tıp tarihine ilişkin en eski belge:

"Vesika: Bursa Şeriye Mahkemesi Arşiv'i 'sayfa 104 ve B:71'

⁷ BERKİ, Ali Himmet: Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye, Hikmet Yayınları, İstanbul-1978, mad. 338 ve 346, s. 65-66.

⁸ ATAR, Fahreddin: İslam Adliye Teşkilatı, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, Ankara-1979, s.204.

⁹ İsra Suresi, 17/36.

¹⁰ Rum Suresi, 30/29.

¹¹ Hucurat Suresi, 49/12.

¹² Necm Suresi, 53/23 ve 28.

¹³ Nahl Suresi, 16/43; Enbiya Suresi, 21/7.

¹⁴ ASLANTAŞ, Mehmet: "İslam Fikhi'na Göre Adlî Tıp Verilerinin Karine Degeri", Fırat Üniversitesi

Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İslam Bilimleri Ana Bilim Dalı İslam Hukuku Bilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Elazığ-2008, s.10.

¹⁵ BEYHAKİ, Ebu Bekr Ahmed b. el- Huseyn b. Ali, es-Sünenü'l-Kübrâ, Daru'l- Kütübi'l- İlmiye, Beyrut,

1994, Dava ve Beyinat 12, (10/442). Nakleden: Mehmet ASLANTAŞ: "İslam Fikhi'na Göre Adlî Tıp Verilerinin Karine Degeri", Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İslam Bilimleri Ana Bilim Dalı İslam Hukuku Bilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Elazığ-2008, s.11.

Hicrî 1059 ve Milâdî 1649 yılı Temmuz ayı içinde Bursa Mahkemesine sebzeçi esnafından Mahmut Beşe adında bir adam şu şekilde dava açar: 'Ben, sebzeçi Mahmut Beşe'yim, huzurunuzda getirdiğim Dedeoğlu Ahmet bizim esnaftandır. Bu adam bundan 100 gün öncesine huzurunuzda bulunanan şu cariyeyi tam sıhhatli, noksansız olmak üzere yirmibeşer kuruş değerinde üç halı ve 60 kuruş ki, ceman yekûn 135 riyyal kuruşa bana sattı. Meğer ki bu cariyede eski bir sedde=sedef(p-soriasis) hastalığı varmış. Cariye'nin Ahmet'e geri verilmesini ve paraların iadesini isterim' demiş.

Mahkeme Ahmet'e vak'ayı anlatmasını emredince, Ahmet alış verişini inkâr etmemiş ve bu kızın hastalığının yeni olduğunu ve Cariye'nin bu hastalığa Mahmut Beşe'de iken tutulduğunu iddia etmiş. Kadı, o zaman Bursa'da Yıldırım Beyazıt'ın Şifahanesinde Padişahın iradesiyle Baş hekim olan Mehmet Efendi ile birlikte Bursa'da hususî hekimlik yapmakta olan Ali Çelebi ve İbrahim oğlu Ali efendileri derhal mahkeme huzuruna davet ederek bu ekspertiz heyetine kızı muayene ettirmiş. Hekimler muayeneden sonra hastalığın çok eski olduğunu ve bu gibi hastalıkların 100 günde meydana gelmeyeceğini bildirmişler ve buna şahadet etmişlerdir.

Mahkeme bu duruşmada tabip raporlarını ve mütalaâsını esas tutarak Mahmut Beşe'nin haklı olduğuna ve Ahmet'in hemen kızı geri almasına ve paraların iadesine hüküm ve karar vermiştir¹⁶.

Osmanlı hukukunda duruşmalar sırasında, şehrin seçkin (elit) insanlarından oluşan şühû'd-ül müslimin denilen ve zamanımızda bilirkişiye benzetilebilecek bir kurul vardı. Sayıları bazen çok olan bu kimselerin duruşmalarda bulunması hem kadının işini kolaylaştırmakta, hem de davacı ve davalıya güven vermekteydi. Kadı, bazı durumlarda bölgenin örf ve gelenekleri hakkında karar vermeden önce bunlara danışıyordu. Bu surette tarafların haklarının adalete uygun bir tarzda göze-

¹⁶ KAMAY, Behçet Tahsin: "Adli Tababetin Tarih ve Tekâmülü", Adalet Dergisi, Yıl:48, Sayı:1, Ocak Ankara-1957, s.59-60.

tildiği ispatlanıyordu. Davaların görülmesinde sayıca kalabalık olan kişilerin görevli olmaları adaletin sağlandığı yönünde olumlu bir öge idi¹⁷.

Türk hukuk düzeninde bilirkişilik ve adli tıp uygulamaları hakkında 1808 tarihinde kanunî düzenlemeler yapılmıştır. 1841 (1256) tarihli Ceza Kanunname-i Hümayûnu, öldürme, yaralama, ırz ve namus saldırılarında suçun niteliğininin belirlenmesinde hekimlerin bulundurulmasını mecburî hale getirmiştir. 1851 (1267) Kanun-ı Cedid ve 1858 (1274) de çıkarılan Ceza Kanunname-i Hümayûnu hükümlerinde, hekim, ebe ve hemşirelerin bilirkişiliğine başvurma mecburiyeti bulunmaktadır. Adli tıp, 1839 yılında Mektebi Tıbbiye-i Şahane'nin eğitim programına ilk olarak konulmuştur. Sultan Abdülmecit 1857'de çıkardığı fermanla, Meclisi Umuru Tıbbiye-i Mülkiye İdaresi kurulmak suretiyle, adli tıp işleri hekimlere verilmiştir. 1879 tarihli Usûlü Muhakematı Cezaiye Kanunu, Fransız kanunundan tercüme

edilerek Osmanlı pozitif hukukuna girmiştir. Savcı ve yardımcılarının görevlerini ilgilendiren 41. maddeye göre "*birinin katil ve idamı veya esbabı meçhul ve şüpheli olarak vefatı hakkında müddeiumumi bir veyahut iki tabip ve cerrah istihsap edecek ve bunlar cenazenin bulunduğu hal ile esbabı mevî hakkında bir takrir yapacaklardır.*"¹⁸ Bu gelişme neticesi, 1879'da adli tabipliğin (tıbbî bilirkişiliğin) ilk özel görevi sayılan Zabıta Tababeti Adliyesi ve 1908'de ölüm olaylarını incelemek üzere İstanbul'da Morg Dairesi kurulmuştur.

1920 yılında 38 sayılı Tababeti Adliye Kanunu kabul edilerek, 3. maddesi gereği adli rapor düzenlenmesi hekimlere verilmiş olup, bulunmadığı küçük yerleşim yerlerinde ise sağlık memurlarına, her ikisi de yoksa adliyece tayin edilecek bilgisi-

¹⁷ TANERİ, Aydın: Türk Devlet Geleneği, Milli Eğitim Bakanlığı Yayınları, İstanbul-1997, s.351.

¹⁸ TOUMARKINE, Alexandre: "Adli Doktorlar, Ruh Doktorları ve Şeyhler: Kummerau Olayı (1880) ve Bilirkişilik Meselesi", Osmanlı'da Asayiş, Suç ve Ceza, Tarih Vakfı Yurt Yayınları, (Çev: Basak Tarakbaş ve Güpse Sayiner, Derleyenler: Noemi Levy ve Alexandre Toumarkine), İstanbul -2007, s. 108.

ne güvenilecek şahıslara verilmiştir; fakat “fethi meyyit” yalnızca hekimlerin görevi olarak tanımlanmıştır¹⁹.

1926 tarihinde “Tıbbî Adlî Müessesese Kanunu” ile adlî teşkilat kurulmuştur. 1953 yılında kanunda değişiklikler yapılarak, 1982 yılında 2659 sayılı kanunla Adlî Tıp Kurumu kabul edilmiştir.

Alman Hukuk Sisteminde Bilirkişilik

Alman Usûl Kanunu 286 (TUK. M.240) maddesinde yer alan “delilleri serbestçe takdir eder ilkesi” nin bilirkişilik alanında da uygulanacağı, aksi halde doktrin ve yüksek mahkeme içtihatlarında “hâkimin hüküm verme eyleminin” bilirkişiye devredilmiş kabul edileceğinden söz edilmektedir. Diğer taraftan özel ve teknik bilgisi için başvurulmuş bilirkişi görüşü mutlaka hâkim tarafından gerekçelendirilmesi gerekir²⁰.

Alman kazaî içtihadında, mahkemelerce atanan bilirkişi tarafsız olmakla mükellef ve mahkemenin yardımcısı statüsündedir. Bilirkişi dışardan üçüncü bir şahıs değil, bilâkis Hâkim gibi yargılamaya katılan ve yargılama sürecinde yer alan şahıstır. Mahkeme bilirkişiyi “hâkimin yardımcısı” olarak atar²¹. Bilirkişi üstlenmiş olduğu işler yönünden hâkimin bilgisinin yeterli olmadığı konuda atanır. Hukukî statüsü hâkime paralel bir düzenlemeye sahiptir. Bilirkişiyi mahkeme atadığı gibi soruşturma evresinde Cumhuriyet Savcısı da bilirkişi görevlendirebilir. Hatta disiplin soruşturmalarında da muhakkik (soruşturmacı) bilirkişiden görüş alabilir. Bu durumda bilirkişiye sadece hâkimin yardımcısı demek yeterli olmamaktadır. Bu ifadenin yanına Cumhuriyet savcısını eklemeye yeterli olmaz. Bu sebeple, gerek ceza muhakemesinin gerekse hukuk

¹⁹ DEMİRER Mustafa, “Dünyada ve Türkiye’de Adli Tıp Yapılanmalarında Karşılaşılan Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, Uzmanlık Tezi, Isparta 2007, s.14.

²⁰ ÜSTÜNDAĞ, Saim/TANVERDİ, Mücahit: “Alman Hukukunda Bilirkişilik”, Mukayeseli Hukukta Bilirkişilik ve Sorunları, Yargıtay’ın Kuruluşunun 125. Yılı, Yayın Yılı ve Yeri Yok, s.10-11.

²¹ YAZAR, Özlem: “Alman Federal Mahkeme Kararı ‘Bilirkişiye Karşı Davanın İhbarı’”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:11, Özel sayı:2009, İzmir-2010, s.690.

muhakemesinin gayesi gereği bilirkişi Avukat da dahil tüm muhakeme üyelerine raporu ile yardımcı olmaktadır. Bilirkişi raporu sanığın lehine ya da aleyhine olabilir. Lehe olursa sanık buna dayanacaktır. Diğer taraftan aleyhine olursa yine sanığın işine yarayacak olup, sanık rapordaki iddiaları çürütmeye çalışacaktır. Başarılı olduğu nispete de beratına ya da az ceza almasına sebep olabilecektir. Bunlardan dolayı bilirkişi bütün mahkeme sülhelerinin yardımcısıdır.

Anglo-Amerikan Hukuk Sisteminde Bilirkişilik

Anglo-Amerikan hukuk sisteminde bilirkişi çeşitleri şunlardır; “a) Taraf Bilirkişisi; Anglo - Amerikan hukuk sistemlerinde bilirkişiler dendiğinde asıl olarak, taraflarca temin edilen ve delil olarak mahkemeye getirilen bilirkişiler (party expert) anlaşılmaktadır. Taraf bilirkişisinin tam bir ispat aracı olarak kabul edildiği görülmektedir. Bilirkişilere bunun ötesinde, özellikle hâkimlere yardımcı olma görevi yüklenmemiştir”²². b) Mahkeme Tarafından Atanan Bilirkişi: Taraf bilirkişiliği uygulamasının ortaya çıkardığı sorunlar, tarafların bir bilirkişi üzerinde uzlaşmaları veya bilirkişinin mahkeme tarafından atanması gibi iki usûle dayalı olarak çözülmeye çalışılmaktadır²³. Mahkemenin atamış olduğu ya da “tarafsız bilirkişi” (impartial expert) tanıklığı modeli olan bu modelde, mahkeme niteliksiz bilirkişi tayin etmez ilkesince mahkemenin onayına tabi olmak kaydıyla yine de, bilirkişi çapraz sorguya tabi tutulmaktadır; fakat bu tarz bir bilirkişinin görüşleri tarafsızdır düşüncesi tamamen bir yanıltmacadır (Amerikan Ortopedik Cerrahi Akademisi), çünkü bir bilirkişi doğal olarak kendi düşüncelerini savunmaktadır²⁴. c) Danışman (Assessor, consultant, Müşavir): “Bu kurumun kaynağı İngiliz hukukudur; ancak sadece Ad-

²² DEMİRKAPI, Ertan, “Anglo-Amerikan Hukukunda Bilirkişilik Kurumunda Yeni Eğilimler”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:5, Sayı:2, İzmir 2003, s. 70-75.

²³ DEMİRKAPI, Ertan, “Anglo-Amerikan Hukukunda Bilirkişilik Kurumunda Yeni Eğilimler”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:5, Sayı:2, İzmir 2003, s. 70-75.

²⁴ American Academy of Orthopedic Surgeons.1992. “Orthopedic Medical Testimon” In Guide to the Ethical Practice of Orthopaedic Surgery. Rosemont, IL.: American Academy of Orthopaedic Surgeons.

mirality Court'larda kullanılmaktadır. Teknik konuda bilgisi olmayan hâkimlerin yanında görev yapan sürekli görevliler olarak ortaya çıkmıştır. İşlevleri normal bilirkişilerle aynı olmakla birlikte, bunu yerine getiriş tarzları farklıdır. Danışmanlar doğrudan hâkime bağlıdır ve bunların sorularına cevap verirler, tarafların bunlara soru sormaları veya hâkim tarafından sorulan soruya verilen cevap hakkında bilgi sahibi olmaları mümkün değildir. Dolayısıyla normal bilirkişilerden, hâkimle olan ilişkisi sebebiyle ayrılırlar"²⁵.

"Müşavir" olan bilirkişi avukata müşavirlik yapma fonksiyonuna sahiptir. Bilirkişi tamamlamış olduğu incelemenin doğru bir raporunu, inceleme bulgularını, fikir ve bu fikre ulaştırılan sebeplerini temin etmekte ve yargılama stratejisi ve çapraz sorguya asistanlık sağlamaktadır²⁶.

Bu modelin etik olarak zararı bilirkişinin avukat olarak hareket edebileceği ve safi bir müdafî olabileceğidir. Her modelde, tıbbi bilirkişiden klinik bir değerlendirme, yöneltilen yasal sorular ışığında ve dürüstlük ve tarafsızlık ilkesi dâhilinde - bilirkişinin etik ve profesyonel yükümlülüğü- mevcut verilerin bir özetini temin etmesi beklenmektedir. Bu, kapsamlı, adil ve tarafsız gir gözden geçirmeyi içermektedir ve davacı ya da davalı lehine bir görüş yaratmak üzere herhangi bir ilgili bilgiyi saf ışık bırakmamalıdır (Amerikan Psikiyatri ve Hukuk Akademisi)²⁷. Mahkemenin hasta ile iletişimde olması hasebiyle gerçek tanık olarak tanıklığına icbar ettiği hekim, bilirkişi tanıklığı yapması için sıklıkla aranmaktadır. Yasal sistem, tedavi sunan doktorun sunmayan doktora göre daha güvenilir olduğunu farz etmektedir. Tedavide görev alan doktor, bilirkişi olarak bir hizmet sunmasına müsaade etmeyen özel bir terapik odak noktasına sahiptir - hastanın sağlığı. Tedavide görev alan

²⁵ DEMİRKAPI, Ertan, "Anglo-Amerikan Hukukunda Bilirkişilik Kurumunda Yeni Eğilimler", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:5, Sayı:2, İzmir 2003, s. 70-75.

²⁶ APPELBAUM, Paul S.: "in the Wake of Ake: The Ethics of Expert Testimony in an Advocate's Word", Bulletin of the American Academy of Psychiatry and the Law, 15(1), 1987, pp. 15-25.

²⁷ CICCONE, J. Richard: "Expert Testimony", Encyclopedia of Bioethics, 3rd Edition, Volume:2, Edited By Stephen G. Post, Newyork-2004, pp. 870-871.

doktor herhangi bir çıkar çatışması ile karşı karşıya kalabilir. Meselâ, hastanın gizliliğini korumaya karşın mahkemeye bilgi verme²⁸.

Anglo-Amerikan hukuk sisteminde bilirkişi (expert), tanık benzeridir ve adeta teknik hususlarda mütalaa veren tanık (witness) olarak kabul edilir. Diğer taraftan, bilirkişi çoğunlukla tarafların kendileri tarafından getirildiği için uzman tanık (expert witness) olarak kabul edilmektedir. ABD hukuk sisteminde de tanıkta bilirkişi gibi dinlenmektedir.

Şahit, maddi vakıa hakkında beş duyusu ile bilgi sahibi olabilen kişidir. Şahitin açıklaması da, şahit beyanıdır. Uyuşmazlığın çözümü özel ve teknik bilgiyi gerektiriyorsa mahkeme sùjelerine delil değerlendirme aracı olarak bilirkişi yardımcı olur. Şahit (tanık), hâkim ya da Cumhuriyet savcısı tarafından dinlenir. Bilirkişi görevlendirilmekte olup, yerine başka bir bilirkişi de görevlendirilebilir. Şahit yerine hiçbir zaman başka delil konmaz.

Amerika yargılama hukukunda, “bilirkişi tanıklığı” (expert testimony), kural olarak, uzman bilirkişinin rızasına bağlıdır. Kartel hukukunda ise, uzman kişiler tanıklık yapmaya zorlanabilir²⁹; fakat “bilirkişi tanık”, önemli bir nedenin varlığını öne sürerse ve hâkimi (trier) inandırırorsa, hâkim bilirkişinin şahitlik yapmaya zorlanmasını yasaklamak yetkisine sahiptir³⁰.

Kanunî (Yasal) olarak vakaların ve bunları ispat eden delillerin taraflarca getirilmesi ilkesi sistemi içerisindeki bilirkişi tanıklığı, bilirkişilerin savaşına dönüşebilir; fakat mahkeme kanunî işlemlerinde her iki tarafında kabul ettiği bir bilirkişi atadığı takdirde, böyle bir çekişmeden kaçınılabilir³¹.

²⁸ CICCONE, J. Richard: “Expert Testimony”, Encyclopedia of Bioethics, 3rd Edition, Volume:2, Edited By Stephen G. Post, Newyork-2004, pp. 870 -871.

²⁹ Kaufman v. Edelstein, C:A:N:Y:1976, 539 F 2d.811, nakleden: ÖZSUNAY, Ergun: “Amerikan Hukukunda Bilirkişi Tanık (Expert Witness)”, Mukayeseli Hukukta Bilirkişilik ve Sorunları, Yargıtay’ın Kuruluşunun 125. Yılı, Yayın Yılı ve Yeri Yok, s.99.

³⁰ ÖZSUNAY, Ergun: “Amerikan Hukukunda Bilirkişi Tanık (Expert Witness)”, Mukayeseli Hukukta Bilirkişilik ve Sorunları, Yargıtay’ın Kuruluşunun 125. Yılı, Yayın Yılı ve Yeri Yok, s.99.

³¹ American Academy of Orthopedic Surgeons.1992. “Orthopedic Medical

BİLİRKİŞİNİN NİTELİĞİ

Bilirkişinin Tanımı

Bilirkişi mahkeme tarafından veya bir mahkeme kararına bağlı bir takip nedeniyle değil de, mahkeme dışında bir özel hukuk kişisi tarafından görevlendirilmesi halinde meselâ gayrimenkul satın almak isteyen kişinin bankadan kredi çekmek için müracaat ettiğinde, bankanın gayrimenkulün değeri konusunda kıymet takdirinde bulunacak bir bilirkişi atayabilir. Bir buna özel hukuk alanında bilirkişi diyebiliriz³².

Bilirkişilik hakkında doktrinde çeşitli tanımlar yapılmıştır.

Uzman ve teknik bilginin gerekli olduğu uyuşmazlıklarda, uyuşmazlığı çözümüne katkı sağlamak amacıyla belirli bir konunun tetkiki hususunda muhakeme makamları tarafından görevlendirilen, bilgisiyile uzmanlığıyla ya da hayat tecrübeleriyle, görevlendirildiği konuya ilişkin olgu ve olayları değerlendirip netice oluşturan ve bu suretle delillerin değerlendirilmesinde muhakeme makamlarına yardımcı olan kimseye bilirkişi denir³³.

“Halli, fen ve ihtisasa tevakkuf eden maddi meselelerde, meselelerin halli için başvurulmuş kimseye “ehlivukuf” denir.”³⁴

“Özel bilgileri ile hâkimin bilmediği hukukî, fennî veya tecrübî kuralları bildirecek, ihtisasları kuvvetiyle ve bu kuvvete dayanan mütalaalarıyla dâvadaki konre vakıaların takdir ve tespitini kolaylaştıracak olan kimselerdir”³⁵

Testimon” In Guide to the Ethical Practice of Orthopaedic Surgery. Rosement, IL.: American Academy of Orthopaedic Surgeons.

³² TARMAN, Zeynep Derya: “Bilirkişilik Sözleşmesinin Hukukî Niteliği ve Bilirkişinin Üçüncü Kişiyeye Karşı Olan Sorumluluğu”, T.C. İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul- 2005, s.4.

³³ YENİDÜNYA, Ahmet Caner/İÇER, Zafer: Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik, Adalet yayımları, Ankara-2013, s.3.

³⁴ EROL, A. Nevzat: Hukukta Deliller ve İkamesi, 1930-1969 Usule Ait İctihadı Birleştirme Kararları, Doğu Matbaacılık ve Ticaret Limited Şirketi Matbaası, Ankara-1969, s.81.

³⁵ ANSAY, Sabri Şakir: Hukuk Yargılama Usulleri, Üçüncü Bası, Ankara-1948, s.224.

Belgesay, “hâkim tarafından davanın maddi vakıalarında mütalaasını bildirmeye davet edilen kimse “ bilirkişiyi ifade eder³⁶.

Pekcanitez, “tecrübe prensipleri hakkında hâkimde eksik olan bilgiyi veren ve bu tecrübe prensiplerine dayanarak sabit olan bir olaydan sonuçlar çıkararak veya kendi özel bilgisine dayanarak uyumsuzluk konusu olayları tespit eden kişi” olarak tanımlar³⁷.

Aşçıoğlu, “bilirkişinin, bilimsel ve teknik alandaki özel bilgileri nedeniyle, hakime ait bir kısım yetkileri kullanarak yargısal nitelikte bir görevi yerine getirdiği söylenebilir.; buradan hareketle bilirkişinin hakim yardımcısı olduğu sonucuna varılabilir.”³⁸.

Kuru’ya göre, “bir davada çözümü (halli) hâkim tarafından bilinmeyen özel ve teknik bilgiyi gerektiren hallerde oy ve görüşüne (rey ve mütalaasına) başvurulmuş üçüncü kişiye (veya kişilere) bilirkişi denir”³⁹.

Bilirkişi için, küçük bir benzetme ile, siyah beyaz, titrek bir fotoğrafı renklendirerek netlik kazandıran kişidir. Bunu gerçekleştirebilmesi için belirli vasıflara sahip olması icap eder⁴⁰.

Adli Tıbbın temel görevi; adli bir olaya yönelik insan vücudu üzerindeki zararı tespit etmek ve cinsel saldırılarda delilleri saptamaktır⁴¹.

Bilirkişi, geçmişte olmuş hadisenin meydana getirdiği iz ve

³⁶ BELGESAY, Mustafa Reşit: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi C.II, 2.Baskı, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Yayın No:97/104, Güven Basımevi, İstanbul-1939, s.121.

³⁷ PEKCANİTEZ Hakan: “Medeni Usul Hukuku”, 10. Baskı, Yetkin Yayınlar, Ankara 2011, s. 510.

³⁸ AŞÇIOĞLU, Çetin, “Yargılama Çalışmalarında (Hukuk Davalarında) Nitelendirme ve Bilirkişinin Görevi”, Mukayeseli Hukukta Bilirkişilik ve Sorunları, Yargıtay’ın Kuruluşunun 125. Yılı, Yayın Yılı ve Yeri Yok, s.77.

³⁹ KURU, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü (Şerh) C.II, İlaveli 5. Baskı, İstanbul: Evrim Basım Yayın Dağıtım, 1990, s. 1800.

⁴⁰ DÖNMEZ, Burcu: “Yeni CMK’da Bilirkişi Kavramı”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 9, Özel Sayı, İzmir-2007, s.1146

⁴¹ HANCI, İ. Hamit: Adli Tıp ve Adli Bilimler, Seçkin Yayınları, Ankara-2002, s1.

eserlerin anlamlandırılmasında özel ve teknik bilgiyi gerektiren hususlarda muhakeme sjelerine onların mahrum buldukları tecrübeyi (grn) sunan kişidir.

Bilirkişinin grnnn hukukî niteliği hakkında doktrinde 3 yaklaşım vardır.

Bilirkişinin görüş delildir. Bilirkişi delil olarak uzun süre kabul edilmiştir. Anglo-Amerikan hukuk sisteminde de delil olarak değerlendirilmektedir. Belgesay, bilirkişinin mtalaasnnı takdiri delil olarak kabul eder⁴². Kanaatimizce, maddi vakadan sonra delil oluşturulması mümkün olmadığından bilirkişi görüş delil olarak değerlendirilmez.

Bilirkişinin görüş delil değerlendirme aracıdır. Bir delilin muhtevasının anlaşılmasına yardımcı olur. Toroslu/Feyzioğlu 'na göre, bilirkişi mtalaasnn balı baına delil olmadığı, delillerin içeriğinin anlaşılması ve değerlendirilmesi aracı olduğu savunurlar⁴³. ntan'a göre, bilirkişi, muhakeme makamlarının yardımcısı konumunda bulunan ve delil değerlendirme araçlarını sunan şahıs demektedir⁴⁴.

Yargıtay ve Askerî Yargıtay bazı içtihatlarında, bilirkişi grnnn delil olmadığı, delil hakkında açıklama başka bir anlatımla delillerin değerlendirme vasıtası olduğunu izah etmitir⁴⁵.

⁴² BELGESAY, Mustafa Reşit: "Eli Vukuf Mtalaasnn lm Değeri ve Kanunî İpat Kuvveti", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Sayı:3-4 İstanbul-1944, s.544.

⁴³ TOROSLU, Nevzat/FEYZIOğLU Metin: Ceza Muhakemesi Hukuku 10. Baskı, Ankara-2012, s.200.

⁴⁴ ÖNTAN, Yaprak: Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik, Yetkin Yayınları, Ankara-2014, s.33.

⁴⁵ "Bilirkişi dncesi delil değildir. Delil hakkında bir açıklamadır. Bir başka anlatımla delillerin değerlendirilmesi vasıtasıdır". Yargıtay 1.Ceza Dairesi'nin, 1.3.1991 tarih ve E.1991/391 -K.1991/559 sayılı kararı, Yargıtay Kararlar Dergisi, C.17, S.6, Haziran 1991, s.935-937; "Delillerin değerlendirme vasıtası olan bilirkişi beyanını da, hkmin bilimsel yönden yeterli ve yerinde olup olmadğn serbestçe değerlendirme yetkisine sahip olduğunda kuşku yoktur". Askerî Yargıtay Daireler Kurulu nun 22.11.2001 tarih ve 2001/111 E.- 2001/110 K. sayılı kararı, Askerî Yargıtay Dergisi, S.14, Ankara 2002, s.689.

Bilirkişinin görüşü delil elde etme aracıdır. “Adli tıbbi ilgilendiren davalarda bilirkişiliğin kendisi bir delil olmakla beraber, bilirkişi incelemesi sonucu elde edilen iz, eser ve emare delil niteliği arz eder. Dolayısıyla bilirkişi olarak hekim, incelediği olayda mevcut delilleri değerlendirmektedir. Bu yönüyle hekimin yaptığı bilirkişilik, delillere ulaşmak için bir araçtır”⁴⁶. Kanaatimizce de, uygun olan görüş budur.

Bilirkişiden Ne Talep Edilir?

Büyük ceza davalarında, tıbbî incelemeler, parmak izi incelemeleri, kan analizleri, DNA incelemeleri, genel bilirkişi uygulamalarındandır. Hukuk davalarında, genellikle kaza analiz işleri, adli mühendisler, adli muhasebeciler önemlidirler; adli muhasebeciler uzun ve karmaşık davalarda zarar ve maliyetleri belirlerler. Fikri haklar ve tıbbî ihmal davları da bilirkişi görüşünün gerektiği dava türlerindedir. Elektronik kanıtlar(deliller, delail) da mahkeme salonlarında önemli bir adli delil olarak yer almaya başlamıştır. Elektronik delil oluşturan, sesli mesaj kayıtları ve kapalı devre izleme sistemleri, yargılama sürecinde geçmişte olduğundan daha fazla kullanılmaktadır. Banka hırsızlıklarının video kayıtları ve ölümle tehdit etmenin ses kayıtları mahkemelerde elektronik bilirkişilerince sunulur. Tıbbî yanlış müdahale (malpraktis) davalarında bir bilirkişiden tipik olarak belirli bir durumda uygulanabilir olan tıbbî müdahaleyi tanımlaması istenilir ve daha sonra davalı hekimin söz konusu standartları bu vakada uygulamakta sapma gösterip göstermediği konusunda görüş belirtmesi istenir⁴⁷.

⁴⁶ YOKUŞ SEVÜK, Handan: “Ceza Davalarında Bilirkişi Olarak Hekim” VIII. Türk-Alman Tıp hukuku Sempozyumu (VIII. Türkisch-Deutsches Symposium Zum Medizinrecht) Hekim Sorumluluğu 7-8 Ekim 2011 Diyarbakır Editörler: Prof. Dr. Dr. h. c. Hakan HAKERİ/ Prof. Dr. Henning ROSENAU, Adalet Yayınevi, Ankara-2012, s. 410.

⁴⁷ Nihai Taslak-30 Haziran 2010 Yargılamada Bilirkişilik Müessesesi Hakkında Mukayeseli Çalışma Görüşme Taslağı Dünya Bankası 30 Haziran 2010, s.18.
[Http://www.abgm.adalet.gov.tr/Pdf/Yarg%C4%B1lamada%20bilirki%C5%9filik%20m%C3%bcsessesi.Pdf](http://www.abgm.adalet.gov.tr/Pdf/Yarg%C4%B1lamada%20bilirki%C5%9filik%20m%C3%bcsessesi.Pdf)

Bilirkişiden üç (3) durum talep edilebilir;

a) Bilirkişinin temel vazifesi çözümü hukuk dışında olan özel ve teknik bilgiyi gerektiren konuda hâkime bu bilgiyi ulaştırmak, b) özel ve teknik bilgiyi uygulayarak maddî vakıaları tespit etmek, c) özel ve teknik bilgiyi maddî vakıalara uygulayarak analiz yani netice ortaya koymaktır. Bilirkişiden bunların bir tanesi talep edilebileceği gibi ikisi veyahut üçü de talep edilebilir.

Hangi konularda bilirkişiye başvurulacağı konusunda HMK 266. maddesinde, Bilirkişiye başvurulmasını gerektiren hâller başlığında düzenlenmiştir. “(1) Mahkeme, çözümü hukuk dışında, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde, taraflardan birinin talebi üzerine yahut kendiliğinden, bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verir. Hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiye başvurulamaz.” demektedir. Yine CMK 63/I hükmünde, “ (1) Çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına re’sen, Cumhuriyet savcısının, katılanın, vekilinin, şüphelinin veya sanığın, müdafinin veya kanunî temsilcinin istemi üzerine karar verilebilir. Ancak hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukukî bilgi ile çözümlenmesi olanaklı konularda bilirkişi dinlenemez.” demektedir.

Fransa hukukunda, özel ve teknik bilginin çözümü için bilirkişi değil, “teknisyen” olarak isimlendirilen şahıs atanır. Nitekim bu tercih doğrultusunda, “Bir Teknisyen Tarafından İcra Edilen Tahkikat İncelemeleri” (Mesures d’instruction exécutée par un technicien) başlığı altından düzenlenmiştir. (Md.232-284-1). Teknisyenin yapacağı tahkikat incelemeler bilirkişiliği de kapsayan üç ayrı inceleme usûlünü kapsamaktadır. Bu usullerden bilirkişilik, danışman görüşü ve vakia tespitlerinin uyumsuzluğu yeterli olarak açıklamadığı durumlarda münhasır öngörülmüştür. Bu usûllerin tamamına geniş anlamda bilirkişilik denir⁴⁸.

⁴⁸ LERLECR, Olivier: Bilirkişiliğe İlişkin Reformlar Sınırlı Gelişmeler ve Ka-

Hâkim ya da Cumhuriyet savcısı maddî vakianın çözümü için özel ve teknik bilginin gerekli bulunduğunu takdir ederek, eksik olan özel ya da teknik bilginin bilirkişi marifetiyle giderilmesine karar vermektedir. Bilirkişi hâkimin yerine geçip karar almamasına rağmen, hâkimin alacağı kararı büyük ölçüde belirleyici bir rolü üstlenmektedir.

“Mahkeme sadece tecrübe kuralının iletilmesine örnek olarak bir ticari işletmede defterlerin düzenli tutulması için gerekli ilkelerin sorulması, maddî vakıalar tesbitine ilişkin olarak “bir kazanın” kazaya uğrayan araçta ne gibi hasar meydana getirdiğinin tesbiti”; tesbit neticesi sonuç çıkarmaya örnek olarak da “muhtelif kan testleri yoluyla çocuğun gerçek babasının kim olduğunun tesbiti” gösterilebilir.

Alman hukukunda özel bir öneme haiz olan babalığın tespitiine yönelik ihtilaflarla re’sen hareket ilkesi gereği hâkimin sahip olduğu bütün imkânları kullanmalıdır. Bu imkânların başlıcaları ise, serelogie ve genetik biyolojik bilirkişi raporlarıdır. Bu raporlara dayanak teşkil edecek muhtelif testlere (kanunen cevaz verilmiş testler olmak kaydıyla) taraflar katlanmak yükümlülüğündedir⁴⁹.

Genel bilgi: Hayatın idamesi için makul, dürüst, orta zekâlı bir insanda bulunması gereken bilgidir. Hukukî konularda bilirkişiye başvurulmaz. “Hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukukî bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiye başvurulamaz.” demektedir (HMK. Md. 266/I f. 2 b.). Çözümü hukukî ise, özel bir bilgiyi gerektirse dahi mevzuat gereği bilirkişiye başvurulamaz. Hukukî konuların en iyi bilen hâkimdir. Bilirkişi açısından hukukî değerlendirmeye ilişkin hukuk muhakemesinde, “Bilirkişi, raporunda ve

çırılan Fırsatlar, Tercüme eden: Barış TORAMAN, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:11, Özel sayı:2009, İzmir-2010, s.312-313.

(Alıntı yaptığım yazı, mezkûr makalenin 8 nolu dipnotunda Çevirenin Notudur).

⁴⁹ SOERGEL, Kom. (Gaul), J 1591, no.20-24. Nakleden: ÜSTÜNDAĞ, Saim/TANVERDİ, Mücahit: “Alman Hukukunda Bilirkişilik”, Mukayeseli Hukukta Bilirkişilik ve Sorunları, Yargıtay’ın Kuruluşunun 125. Yılı, Yayın Yılı ve Yeri Yok, s.18, dipnot:51.

sözlü açıklamaları sırasında, hukuki değerlendirmelerde bulunamaz.”(HMK 279/IV) ve ceza muhakemesinde ise, “ Bilirkişi raporunda, hâkim tarafından yapılması gereken hukukî değerlendirmelerde bulunamaz.”(CMK. Md. 67/III). denilmektedir. Uygulama da ise, hukukçu veya hukukçu olmayan bilirkişilere suçun unsurları var mıdır? Suç oluşmuş mudur? gibi sorular sorulmaktadır. Bunun sebeplerinden birisi sorumluluğu paylaşma, bazı hâkimlerdeki bilgi eksikliği, iş yüklerinin fazlalığı, kendilerini fazla yormamak istemeleri, kararların üst mahkemeler tarafından bozulması gibi sebeplerdir.

“Hâkim, Türk hukukunu resen uygular.” (HMK Md. 33) denilerek, maddi vakıya uygulanacak hukuku uygulamasını hâkim kendisinin yapacağı iş olduğu düzenlenmiştir.

Amerika Birleşik devletleri İspata İlişkin Federal Kurallar (Federal Rules of Evidence, FRE) 702. maddesinde, “Eğer bilimsel, teknik ve diğer uzmanlık bilgisi (specialized knowledge), vakıaları belirleyen hâkim veya jüriye delilin anlaşılmasında veya meselenin belirlenmesinde yardımcı oluyorsa; bilgi, yetenek, deneyim, pratik ve eğitim bakımından nitelikli bir uzman (bilirkişi) görüş isteyebilir. Veya başka bir şekilde tanık yapabilir. Bunun için, (1) Tanıklığın yeterli vakıa ve verilere dayanıyor olması gerekir, (2) Tanıklık güvenilir prensip ve metodların ürünü olmalıdır, (3) Bilirkişinin bu prensip ve metodları, davanın vakıalarına güvenilir bir şekilde uygulaması gerekir.”

Her meslek mensubu ya da üniversite mezunu alanında bilirkişilik yapabilir anlayışı yanlıştır. Bilirkişi olmak için kendi alanında temerküz etmiş (seçkinleşmiş) olmalıdır.

Kanaatimizce, hukukî meselelerde bilirkişiye başvurma yasağını çok katı değerlendirilmemesi gerekir. Hukukî konularda bilirkişiye başvurulacak haller şunlardır: a) Maddî ve hukukî sorun ayrımı her zaman kolay olmamaktadır. Meselâ, bir eserde intihal (aşırma) olup olmadığını sormak hukukî konuda bilirkişiye başvurmak anlamına gelmeyebilir. Bu eserde esinleme yoluyla intihal var mıdır? diye edebiyatçıya sormakla hukukî bir değerlendirme talep etmiş olmayız.

b)Hukuk biliminde uzmanlık alanları artmaktadır. Meselâ, turizm hukuku, tıp hukuku, gıda hukuku gibi. Bir hukuk disiplininin anlayabilmek için ya kanunun hazırlık çalışmalarında görev alacaksın ya da uygulayıcı olarak düzenlenen alanın teknik bilgisi hakkında bilgi sahibi olman gerekir. Tıp hukukunu anlamak için, tıbbî terimleri, tıp etiğinin düzenlediği konuları ve adli tıp hakkında genel bilginin olması gerekir. Kanaatimizce de, teknik düzenlemeleri içeren hukuk disiplinlerinde uzmanlaşmış hukukçuların bilirkişi olarak atanmalıdır.

c) Milletlerarası Özel hukuk kanunu'na göre, " Hâkim, Türk kanunlar ihtilâfı kurallarını ve bu kurallara göre yetkili olan yabancı hukuku re'sen uygular.(MÖHUK Md. 2/ I f. I c.). Hâkim sadece Türk hukuk kuralını değil, Türk hukukunun parçası olan yetkili yabancı hukuku da hâkim araştırarak tespit edip davaya uygulaması gerekir. " Hâkim, yetkili yabancı hukukun muhtevasının tespitinde tarafların yardımını isteyebilir" (MÖHUK Md. 2/ I f. II c.).

"Yabancı hukukun olaya ilişkin hükümlerinin tüm araştırmalara rağmen tespit edilememesi hâlinde, Türk hukuku uygulanır"(MÖHUK Md. 2/ II). Anayasamıza göre, "Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler"(1982 Any. Md.138/I). Hâkim kanuna (yazılı kurallara) ve hukuka (örf ve adet hukuku+ doktrin+ kazaî içtihatlar)uygun olarak vicdanî kanaatine göre karar vermek zorundadır.

Bölge Adliye Mahkemesi Adli Yargı Adalet Komisyonlarınınca Bilirkişi Listelerinin Düzenlenmesi Hakkında Yönetmelik 5/III te, "Yabancı hukuk, örf ve adet hukuku, yürürlükten kalkmış hukuk alanları ile hesap bilirkişiliği gibi alanlar dışında, hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukukî bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda listelerde uzmanlık alanı belirlenemez." demektedir. Burada yürürlükten kalkmış hukuk feraiz hükümleridir. Yönetmelikler, " Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzelkişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkar-

rabilirler.”(1982 Any. Md.124). Bu durumda, Yönetmeliklerin kanunlara ve tüzüklere aykırı olmamalıdır. Eğer yönetmelik kanuna aykırı ise, hâkim kanunu uygulamak zorundadır. Yönetmelikte geçen “örf ve adet hukuku” Türk pozitif hukuku içerisinde Bu konuda HMK Md. 33. hâkimin resen (spontane) uygulamakla yükümlü olduğu Türk hukukundan maksat ise; Türk Medenî Kanununa göre, “ Kanun, sözüyle ve özüyle değiştiği bütün konularda uygulanır. Kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa, hâkim, örf ve âdet hukukuna göre, bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verir.

Hâkim, karar verirken bilimsel görüşlerden ve yargı kararlarından yararlanır.”(TMK. Md.1). demektedir. Yönetmelikteki bu düzenleme, kanunu zorlayarak aşındırmadan başka bir gaye gütmemektedir.

Bilirkişiliğe uzmanlık gerektiren hallerde başvurulması gerekir. Uzmanlık gerektiren husus, genel hukuk bilgileri dışında o konunun çözümünün ihtisas sahibi olmayı gerektirdiği olarak karşımıza çıkar. Özel ve teknik bilgi kavramının karşılığı olarak “özel tecrübe kuralı” cümlesi de kullanılır.

Özel bilgi: Herkesin her an kolaylıkla ulaşamayacağı bilgiye denir. Matematik, fizik, kimya gibi pozitif bilimlerin ulaşılmış olduğu bilgiye denir.

Teknik bilgi: Özel bilginin uygulama alanındaki görünümüne denir. Matematik, fizik, kimya gibi pozitif bilimlerin teknik alanlara uygulanması için varlığı yeterli olan bilgiye denir.

Maddi vakıanın çözülmesi özel ve teknik bilgiyi gerektiriyorsa bilirkişi ataması yargı sùjeleri bakımından ihtiyari midir? Yoksa mecburi midir?

Mevzuat belirli hallerde, hâkimin takdir hakkını kaldırarak bilirkişiyeye müracaat zorunluluğunu getirebilir. Bunun dışındaki hallerde, hâkimin davanın sonuçlanması için önem arz eden sorunun çözümünün hukuk dışında özel ve teknik bilgiyi gerektirip gerektirmediğine karar verir. Eğer davanın sonuç-

lanması bakımından önem arz eden özel ve teknik bilgi hâkim tarafından biliniyorsa bilirkişiye başvurmak zorunda değildir. Meselâ, hâkim tıp fakültesinden de mezun olmuş ve ortopedide de uzmanlık yapmış ise, bu konuda gelen dava da bilirkişi atamasına gerek yoktur.

Bilirkişi atanacak kişinin akademik unvana ya da mesleğinde büyük başarılarla sahip olmasına bakılmamalı; alanında uzman olması yeterli görülmelidir. Mesela, seramik ustasının akademik unvana sahip olmasına gerek yoktur. Yargıtay'a göre, davacının yakalandığı hastalığın polişe kapsamında bulunup bulunmadığının tespiti konusunda doktor ve sigorta uzmanı bir bilirkişiden oluşturulacak bilirkişi heyetinden rapor alınması gerekli iken bu hususta teknik bilgiye sahip olması mümkün bulunmayan avukat bilirkişiden rapor alınması doğru değildir⁵⁰.

Yerel delil ve usûl kanunlarının ötesinde okuyucular, bir davada bilirkişinin görüşlerinin alınmasının ve bu hakkın taraflar lehine korunmasının, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Madde 6'ya göre adil yargılanmanın temel unsurlarından olduğu görüşünde olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihadından kaynaklandığını bilmelidirler.

Bu çerçevede, Mantovanelli v. Fransa (1997) davasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi; " tarafların eşitliği ilkesinin teknik meseleler hakkındaki raporlar hakkında da uygulanması gerekliliğini hükme bağlamıştır.

Mantovanelli'de, Mahkeme, kızlarının hastanede ölmesi ile alakalı davacı olanların

başlattığı muameleler dahilinde bir tıbbî uzman görevlendirmişti. Davacılar aşağıdaki hususlarda şikâyetle bulunmuşlardır;

⁵⁰ (Yargıtay 20. Hukuk Dairesi 25.09.2012, E. 2012/8258, K. 2012/10598). ATEŞ, Mustafa: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yargıtay İlke Kararları 2. Cilt Yetkin Yayınları, Ankara-2014, s.1727.

- a) kendilerine bilirkişiye açıklama yapma fırsatı verilmediği,
- b) ne kendilerine ne de danışmanlarına hastanede bilirkişinin yaptığı görüşmelerin tarihleriyle ilgili bilgi verilmediği,
- c) ve delilleri mahkemeye sunduğunda kendilerine bilirkişiyi çapraz sorguya alma fırsatı verilmediği.

Bu davada, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, yerel mahkemenin adil olmadığına ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. Maddesi'nde düzenlenen adil yargılanma hakkını ihlal ettiğine hükmetmiştir⁵¹.

Nitekim, mahkemelerin “çözümü hukuk dışında, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hallerde” bilirkişiye müracaat edileceği bildirmektedir (HMK. Md. . Yalabık'a göre, kanunda veya uygulamada hâkimin, bu delilin güvenilirliğine ilişkin bir inceleme yapması öngörülmemiştir. Her ne kadar uygulama da bilirkişi ve bilirkişi görüşünün niteliğine ilişkin eleştiriler görülmekteyse de, bunun için herhangi bir standart belirlenmemiştir⁵².

HMK md. 266 gerekçesinde, “Burada sözü edilen özel bilgilerden maksat, hukuk bilimi dışında, belirli bir bilim dalının araştırıp ortaya koyduğu sonuçlara ilişkin bilgidir. Ancak, yer yer, hukukun spesifik alanlarına ilişkin hukukî bilginin de, özel bilgi kavramının kapsamı içerisinde mütalaa edilip bilirkişilik kurumunun kapısının aralanmaya çalışılması yönünde bir eğilimin belirmesi nedeniyle, 270 inci maddede, özel bilgiye işaret edilirken, açıkça, “hukuk bilimi dışında” şeklinde bir vurgu yapılmasına ihtiyaç duyulmuştur.

Teknik bilgi ile kastedilen ise fizik, kimya, matematik gibi, pozitif bilimlerin verilerini uygulamaya yeterli bilgidir. Yine,

⁵¹ Nihai Taslak-30 Haziran 2010 Yargılamada Bilirkişilik Müessesesi Hakkında Mukayeseli Çalışma, Görüşme Taslağı, Dünya Bankası, 30 Haziran 2010, s.51-52.

<http://www.abgm.adalet.gov.tr/Pdf/Yarg%C4%B1lamada%20bilirki%C5%9filik%20m%C3%bcessesesi.Pdf>

⁵² TEOMETE YALABIK, Fulya; “Bilirkişi Görüşünün/Tanıklığının Delil Olarak Kabul Edilebilirliği (Admissibility)” Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan Cilt:2, Yetkin Yayınları, Ankara-2014, s. 1881.

belirli bir işletme boyutunu aşan, genel nitelik kazanmış, yetkili kişi, kurum ve kurullarca tespit edilmiş olan teknik standartlar da, teknik bilgi kavramının kapsamı içerisinde yer alır.

Öte yandan, hukuk kurallarını re'sen araştırıp bulma ve olaya uygulama, zaten hâkimin işidir. Bu kural uyarınca, hukukî sorunların en yetkin bilirkişisi, hâkimin kendisidir. Sözü edilen kuralı öngören ve Tasarının 38 inci maddesinde yer alan "Hukukun uygulanması" başlıklı düzenleme de (1086 sayılı Kanun m.76, 1, c.), hâkimin hukukî sorunlarda, bilirkişiye başvurusunun mümkün olamayacağına bir başka delilini teşkil etmektedir. Yine, anılan kurala paralel olarak, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanununun 2 nci maddesinin birinci fıkrasında, hâkimin, Türk kanunlar ihtilâfı kurallarına göre, yetkili olan yabancı hukuku da re'sen uygulamakla ödevli olduğu hususu hükme bağlanmıştır. En genel çerçevede ise hukuka uygun olarak hüküm verme işinin, münhasıran hâkimin işi olduğuna,

Anayasanın 138 inci maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde açıkça işaret edilmiştir. Hukukî sorunlarda hâkimin bilirkişiye başvuramayacağını Anayasanın 138 inci maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde, Tasarının 38 inci maddesinde (1086 sayılı Kanununun 76 ncı maddesinin birinci cümlesinde) ve Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanununun 2 nci maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan düzenlemelerinden anlaşılabilir.

BİLİRKİŞİLİKLE BENZER MÜESSESELER

Bilirkişinin hukukî statüsü ile diğer muhakeme sülhelerinin hukukî statülerinin farklı olduğu alenidir. Bununla beraber ifa ettikleri görevleri sebebiyle de farklılıkların görülmesi gerekir.

Bilirkişi ile Hâkim Arasındaki Farklılıklar

Bilirkişi hâkim ya da Cumhuriyet savcısı tarafından görevlendirilir. Bilirkişi raporunda, hâkim yerine geçerek mütalaa ve hâkim tarafından yapılması gereken hukukî değerlendirmelerde bulunulamaz.

Bilirkişi hâkimin yardımcısı değil, hâkime yardımcı olan kişidir. Buna göre, bilirkişinin hâkimin yardımcısı olduğunu ifade etmek yanlış olup, bilirkişi yardımı yargılamanın başından sonuna kadar devam etmez; ancak hâkimin bilmediği özel ve teknik bilgi almak için yargılamanın küçük bir sürecinde devam eder⁵³. Bilirkişi hâkim ya da Cumhuriyet savcısının yardımcısıdır. Bilirkişi delil olmayıp, bilirkişinin düzenlediği raporda delil değildir. Hâkimin bilmediği özel ve teknik aydınlatılmasını sağlayan delil değerlendirme aracıdır⁵⁴.

Pieper'e göre, bilirkişinin faaliyeti hâkimin faaliyetinden başka bir şey değildir. Diğer bir ifadeyle bilirkişi hâkimin gördüğü işlevi görmekte olup, eğer hâkim o konuda gerekli özel bilgiye sahip olsa idi bilirkişiye müracaat etmeyecekti⁵⁵.

Bilirkişi bir ispat aracıdır; fakat bu durum bilirkişinin hâkim yardımcısı olduğu gerçeğini değiştirmez; ayrıca hâkim kendisine yardımcı olan bilirkişi raporundan farklı karar da verebilir. Bilirkişi yargılamanın bir bölümüne raporuyla katılması o'nu hâkim yardımcısı yapmaktadır⁵⁶.

Hâkim bilirkişi raporunu değerlendirirken hükme esas aldığı anda gerekçelerini belirtmesi gerekir. Hâkim aynı zamanda da değerlendirmeden doğacak neticelerden de sorumludur.

Bilirkişi ile Tanık (Şahit) Arasındaki Farklılıklar

Öncelikle tanık maddî olay hakkında görgüsü ve bilgisi olan kişidir. Bilirkişi ise, hâkim ya da Cumhuriyet savcısı tara-

⁵³ ARSLAN, Ramazan: Bilirkişilik, sorunlar ve Çözüm Önerileri Yargı reformu 2000 Sempozyumu, İzmir Barosu, Nisan 2000, s. 190, TAŞKIN, Alim: Medenî Usûl Hukukunda Tanık Dinlenilmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara-1990, s.105.

⁵⁴ ATALAY, Oğuz: "Delil Kavramı Üzerine", Haşuk Konuralp Anısına Armağan, Cilt:1, Editör: Prof. Dr. Osman Berat GÜRZUMAR, Ankara-2009, s. 135. DEMREN DÖNMEZ Burcu: "Yeni CMK'da Bilirkişi Kavramı", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:9, İzmir-2007, s.1149.

⁵⁵ PIEPER, Helmut: Richter und Sachverstaendiger im Zivilprozessrecht, ZZP Band 84 (1971), s.30-31 nakleden: DELİDÜMAN, Seyithan, "Türk ve Alman Hukukunda Bilirkişilik", Türkiye Barolar Birliği Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı II-III, Türkiye Barolar Birliği Yayınları no:129, Eskişehir -2007, s. 266.

⁵⁶ SARISÖZEN, M. Serhat: "Özel Bilirkişi (Uzman Görüşü)" Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan Cilt:2, Yetkin Yayınları, Ankara-2014, s. 1702.

fından özel ve teknik bilgisini uygulamakla görevlendirilen kişidir. Bilirkişi yerine başka bir bilirkişi görevlendirilebilmesine rağmen tanık yerine başkası görevlendirilemez.

Bilirkişi görüşü, Hukuk Muhakemeleri Kanununda takdiri deliller olarak ele alınınca, bilirkişi ile tanık arasında önemli fark olmayacaktır; çünkü bir kanıt olarak tanık ta, soyut (mücerret) kuralları somutlaştırma da hâkime yardımcı bir araçtır⁵⁷.

Bilirkişi olarak görevlendirilen kişi çeşitli sebeplerle reddedilmesine karşılık, tanığın reddi mümkün değildir. Bilirkişi kendi edindiği ya da başkalarından öğrendiği bilgiler hakkında netice ortaya koymasına rağmen, tanık ispat vasıtası olarak kendi bilgilerini iletmektedir⁵⁸. Bilirkişinin reddi talebinin reddine karşı verilen karar esas hükümlerle beraber temyiz edilebilir.

Tıbbî müdahalede görevli hekim, cerrahın müdahalesini görmüş ve zararlı neticeye tanık olmuştur. Acaba burada tanıklık pozisyonu mu? Yoksa bilirkişilik fonksiyonunu ön plandadır. Biz bu durumda tanık bilirkişi olarak adlandırabileceğimiz, bir taraftan tanık diğer taraftan özel bilgisi sebebiyle bilirkişi olan hekim pozisyonu ile karşılaşmaktayız. Kanaatimizce tanıklık ön plandadır; fakat bilirkişi atanması da mümkündür. Tanık yerine ikame olmamasına karşın, bilirkişi yerine ikame her zaman mümkündür. Mahkeme hangi pozisyonda görevlendirmiş ise o pozisyonun kurallarına tabidir.

Bilirkişi ile Tercüman Arasındaki Farklılıklar

Ceza Muhakemesi Kanununda, tercümanın yemin etmesi gerektiği (CMK. Md. 56/II), Tercüman bulundurulacak hâllerde (CMK. Md. 202) düzenlenmiş bulunmaktadır. "Tercümanlar, il adlî yargı adalet komisyonlarınca her yıl düzenlenen listede yer alan kişiler arasından seçilirler. Cumhuriyet savcıları ve hâkimler yalnız buldukları il bakımından oluşturulmuş listelerden değil, diğer illerde oluşturulmuş listelerden de ter-

⁵⁷ AŞÇIOĞLU, Çetin, "Yargılama Çalışmalarında (Hukuk Davalarında) Nitelendirme ve Bilirkişinin Görevi", Mukayeseli Hukukta Bilirkişilik ve Sorunları, Yargıtay'ın Kuruluşunun 125. Yılı, Yayın Yılı ve Yeri Yok, s.78.

⁵⁸ KANTAR, Baha: Ceza Muhakemeleri Usûlü, Ankara -1957, s.87.

cüman seçebilirler. Bu listelerin düzenlenmesine ilişkin usul ve esaslar yönetmelikle belirlenir.” (CMK. Md. 202/V).

Hukuk Muhakemeleri Kanununda, tercümanın ad ve soyadının mutlak olarak tutanağa yazılması gerektiği (HMK. Md.154/III-b), tercümanın hangi hallerde kullanılacağı, (HMK. Md.263) ve tercümanın, hükme esas alınan husus hakkında kasten gerçeğe aykırı beyanda bulunduğu sabit olmasında yargılamanın iadesi sebeplerinden sayılacağı düzenlemiştir (HMK. Md.375/I-f).

Yargı kararlarında tercümanlar için “tercüman bilirkişi” ifadesi kullanılmakta ve bilirkişiliğe ilişkin hükümlere tabi kılınmaktadır⁵⁹. Tercüman görevlendirilmeden önce, kimlik tespiti yapıldıktan sonra yemin ettirilir. Kendisine yapacağı işin mahiyeti hakkında bilgi verilir. Tercüman görevlendirme duruşma sırasında yapılarak duruşma tutanağına geçirilir. Tercüman bir bilirkişidir. Delil değerlendirme amacından baktığımızda, tercümanın yaptığı iş neticesinde de bir belge ya da beyanın içeriğinin anlaşılması diğer yargı süreçlerine yardımcı olmaktadır. Tercüman bunu yaparken kendi uzmanlığından yararlanmaktadır.

BİLİRKİŞİLERİN ATANMA USÛLÜ VE GÖREV ALANI

Bilirkişinin sahip olması gereken temel nitelikler; bağımsızlık, tarafsızlık, dürüstlük, uzmanlık ve güvenilirliktir.

“Bilirkişilerin görevlendirilmesi

“(1) Bilirkişiler, yargı çevresinde yer aldığı bölge adliye mahkemesi adli yargı adalet komisyonları tarafından, her yıl düzenlenecek olan listelerde yer alan kişiler arasından görevlendirilirler. Listelerde bilgisine başvurulacak uzmanlık dalın-

⁵⁹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 29/03/2011 tarih ve E.2011/9-18, K. 2011/27 Sayılı kararında, “ Basın ve yayın yoluyla silahlı terör örgütünün propagandasını yapma suçunda, suç unsuru teşkil eden kitabı soruşturma aşamasında Türkçeye çeviren kişi için “tercüman- bilirkişi” terimi kullanılmıştır. UYAP, Ulusal Yargı Ağı Projesi, İçtihatlar, (<http://www.uyap.gov.tr/>), (Erişim tarihi: 11.9.2014).

da bilirkişinin bulunmaması hâlinde, diğer bölge adliye mahkemelerinde oluşturulmuş listelerden, burada da yoksa liste dışından bilirkişi görevlendirilebilir.

(2) Kanunların görüş bildirmekle yükümlü kıldığı kişi ve kuruluşlara görevlendirildikleri konularda bilirkişi olarak öncelikle başvurulur. Ancak, kamu görevlilerine, bağlı oldukları kurumlarla ilgili dava ve işlerde, bilirkişi olarak görev verilemez.

(3) Bilirkişi listelerinin düzenlenmesine, güncellenmesine ve listede kendisine yer verilmiş olanların liste dışına çıkartılmasına ilişkin esas ve usuller, ilgili bakanlıkların da görüşü alınmak suretiyle, Adalet Bakanlığınca hazırlanacak olan yönetmelikte gösterilir” (HMK Md. 268).

Bugün için bölge adliye mahkemesi adli yargı adalet komisyonları yoktur. Bunun yerine yönetmelikte, bölge adliye mahkemesi kurulana kadar il adli yargı adalet komisyonlarına görev verilmiştir. Kimlerin bilirkişilik yapacağını belirlemek ve bunların bir listesini tutmak, il yargı adalet komisyonlarının vazifesidir. İl yargı adalet komisyonları, değişik meslek odaları ile ilişki kurarak uzmanlık alanlarını ve kimlerin bilirkişilik yapacağını belirler. HMK 268/II. göre, mahkemenin yargı çevresi içinde bulunduğu il adli yargı adalet komisyonunca düzenlenen listede oy ve görüşüne başvurulacak uzmanlık alanında yer alan herhangi bir kimse yoksa, en yakın il adli yargı adalet komisyonundaki listeden; orada da bulunmaz ise, liste dışından atama yapılır. Bilirkişinin listeden atanması kuraldır. Eğer listede bilgisine başvurulacak alanda bir bilirkişi bulunmuyorsa liste dışından atanması da istisna teşkil etmektedir.

Bilirkişilik gönüllülük esasına dayanmakla beraber, kanunla kendilerine bilirkişilik görevi verilen kurum ve şahıslar bilirkişilik görevini yapmak mecburiyetindedirler. Bunlardan bazıları ise; Adli Tıp Kurumu, Yüksek Sağlık Şûrası, Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası; 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Sekli Hakkında Kanunun 17. maddesi uyarınca 09.08.2005 tarih ve 25901 sayılı Resmi

Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren “Sahte Banknotların incelenmesi ve Değerlendirilmesinde Uyulacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin” 7. maddesine göre, sahteliğinden şüphe edilen banknotları inceleme ve değerlendirmeye Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası merkez ve taşra birimleri yetkilendirilmiştir. Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kurulu; 1117 sayılı Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kanunu’nun 2. maddesi hükmünce de, Başbakanlık bünyesinde oluşturulacak yetkili kurula, müstehcenlik suçlarıyla ilgili olarak resmi bilirkişilik yapma görevi verilmiştir.

Resmî bilirkişiler, yasaklılık durumu (CMK m. 69) ve bilirkişilikten çekinmeye ilişkin sebepler (CMK m. 70) bulunmaktada ise görevi kabul etmek zorundadırlar.

Resmî bilirkişi, kanunen belirli hususlarda oy ve görüş bildirmekle yetkili kılınmış kurum ve kuruluşlardır. Resmi bilirkişi var ise, öncelikli olarak atanır. Yok ise, listeden atama yapılır.

Adlî Tıp Kurumu, çeşitli dairelerden teşekkül eder. Doğrudan doğruya mahkemeler bilirkişi olarak yardımcı olacak birim, ihtisas daireleridir. Adlî Tıp Kurumu Kanununun 31. maddesine göre,

“Yükseköğretim Kurumları veya birimleri, adli tıp mevzuatı çerçevesinde adli tıp olaylarında ve diğer adli konularda Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununa göre resmi bilirkişi sayılır. Bu birim ve kliniklerde tetkik edilecek adli tıp ile ilgili işler yönetmelikte belirlenir.” Mezkûr hükme göre, Tıp Fakültelerinin adlî tıp anabilim dalları resmî bilirkişidir. Bu anabilim dalları dışındakilerin resmî bilirkişi olarak görevlendirilmesi mümkün değildir. Resmî bilirkişi sıfatı verme yetkisi kanun koyucuya ait olup, bu yetisini de “kanunen belirli hususlarda” ifadesinden çıkarabiliriz. Bu yetkiyi yargı ya da idare kullanırsa fonksiyon gaspı sözkonusudur.

Bilirkişilik görevini kabulle yükümlü olanlar kimler olduğu, HMK 270. maddesinde düzenlenmiştir. Mezkûr hükme göre,

BİLİRKİŞİLİĞİN HUKUKSAL YAPISI VE TIBBÎ BİLİRKİŞİLİK

“ (1) Aşağıda sayılmış olan kişi ya da kuruluşlar, bilirkişilik görevini kabulle yükümlüdürler:

a) Resmî bilirkişiler ile 268 inci maddede belirtilmiş bulunan listelerde yer almış olanlar.

b) Bilgisine başvurulacak konuyu bilmeksizin, meslek veya zanaatlarını icra etmesine olanak bulunmayanlar.

c) Bilgisine başvurulacak konu hakkında, meslek veya sanat icrasına resmen yetkili kılınmış olanlar.

(2) Bu kişiler, ancak tanıklıktan çekinme sebeplerine veya mahkemece kabul edilebilir diğer bir sebebe dayanarak, bilirkişilikten çekinebilirler.”

Ceza Muhakemesi Kanununun 64. maddesinde, bilirkişi olarak atanabilecekler belirlenmiştir.

“ (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.” (CMK. Md. 64/I).

“(2) Atama kararında, gerekçesi de gösterilmek suretiyle, birinci fıkrada belirtilen listelere girmeyenler arasından da bilirkişi seçilebilir.” Burada hâkim ya da savcı bilirkişi atayacakken listelere başvurabileceği gibi gerekçesini göstermek şartıyla liste dışından da bilirkişi görevlendirebilir (CMK. Md. 64/II).

“(3) Kanunların belirli konularda görevlendirdiği resmî bilirkişiler öncelikle atanırlar. Ancak kamu görevlileri, bağlı buldukları kurumla ilgili davalarda bilirkişi olarak atanamazlar.” (CMK. Md. 64/III). Resmî bilirkişi olarak görevlendirilecekler; Adli Tıp Kurumu ve Yüksek Sağlık Şurasıdır. Kanun resmî bilirkişi var ise bunlardan başka kimseye gidemeyeceksin dememektedir. Resmî bilirkişiler öncelikle atanırlar de-

mekte, daha sonra da gerekçesi de gösterilmek suretiyle başka bilirkişilere başvurulabilir. Yüksek Sağlık Şûrasına ilişkin düzenleme de cezaî durumlarda şuradan rapor alma zorunluluğu Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmiştir.

“(4) Bilirkişi olarak atanan 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 atamış olan merci huzurunda yukarıdaki fıkrada öngörülen biçimde yemin ederler. Yeminin yapıldığına ilişkin tutanak hâkim veya Cumhuriyet savcısı, zabıt kâtibi ve bilirkişi tarafından imzalanır.

(7) Engel bulunan hâllerde yemin yazılı olarak verilebilir ve metni dosyaya konulur. Ancak bu hâle ilişkin gerekçenin kararda gösterilmesi zorunludur.” (CMK. Md. 64/IV, V, VI, VII).

Devlet sırrına ilişkin bilirkişilik, devlet sırrı hükümleri gereği, gizli olarak yapılır. CMK 62. madde de “Tanıklara ilişkin hükümlerden aşağıdaki Maddelere aykırı olmayanlar bilirkişiler hakkında da uygulanır.”

Bilirkişi seçimi ve görevlendirilmesi yetkisi münhasıran hâkime aittir. Ceza muhakemesinde ise, soruşturma evresinde savcı, kovuşturma evresinde ise mahkeme hâkimi bilirkişi atayabilmektedir. Taraflar bilirkişi olarak kimin atanacağı hususunda herhangi bir irade açıklamalarında bulunamaz. Taraflar bu doğrultuda antlaşma yapsa da hâkimi bağlamaz. Bilirkişi atandığı andan itibaren kendisini atayan mahkeme ile kamusal bağ oluşur. Bilirkişi adli hizmetlerin ifasına ve işleyişine katkıda bulunan, üstlendiği görevden dolayı kamu görevlisi

olduğundan, kanun gereği çeşitli hak ve yükümlülükleri bulunmaktadır.

Kovuşturmada savcı, soruşturmada da hâkim dışındaki kişilerin atadığı bilirkişi değil uzmandır.

Bilirkişi öncelikle kamu görevlisi olduğundan, T.C. Vatandaş olması kuraldır; fakat karşılıklı adli yardımlaşma sözleşmesi bulunan ülkelerde, uzman kişilerden karşılıklı istinabe yoluyla bilirkişi görüşü istenebilir.

Bilirkişi temyiz kudretine sahip olmalıdır.

Bilirkişi de yaş şartına ilişkin düzenleme yoktur. Bilirkişilikte yemin mecburiyetinden, kimlerin yeminsiz dinleneceği konusunda CMK Md.62'ye bakacağız. "Tanıklara ilişkin hükümlerden aşağıdaki Maddelere aykırı olmayanlar bilirkişiler hakkında da uygulanır." (CMK Md.62) demektedir. Tanıklığa ilişkin hükümleri düzenleyen CMK 50/I-a., "Dinlenme sırasında onbeş yaşını doldurmamış olanlar." demektedir. Bu durumda 15 yaşın tamamlanmasıyla bilirkişi atanılabilir. Uygulamada listelere yazılmak için 18 yaşının doldurulması gerekir.

BİLİRKİŞİNİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Bilirkişiliği Kabul Etme Yükümlülüğü:

Mahkemenin hasta ile iletişimde olması hasebiyle gerçek tanık olarak tanıklığına icbar ettiği hekim, bilirkişi tanıklığı yapması için sıklıkla aranmaktadır. Kanunî sistem, tedavi sunan doktorun sunmayan doktora göre daha güvenilir olduğunu farz etmektedir. Tedavide görev alan doktor, bilirkişi olarak bir hizmet sunmasına müsaade etmeyen özel bir terapik odak noktasına sahiptir – hastanın sağlığı. Tedavide görev alan doktor herhangi bir çıkar çatışması ile karşı karşıya kalabilir (ör. Hastanın gizliliğini korumaya karşın mahkemeye bilgi verme)⁶⁰.

⁶⁰ CICCONE, J. Richard: "Expert Testimony", Encyclopedia of Bioethics, 3rd Edition, Volume:2, Edited By Stephen G. Post, Newyork-2004, p. 871.

Bilirkişilik davetine icabet etmeyenlere Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun tanıklığa ilişkin hükümleri kıyasen uygulanır.

Bilirkişilik görevini kabulle yükümlü kişi ya da kuruluşlar şunlardır:

“a) Resmî bilirkişiler ile 268 inci maddede belirtilmiş bulunan listelerde yer almış olanlar.

b) Bilgisine başvurulacak konuyu bilmeksizin, meslek veya zanaatlarını icra etmesine olanak bulunmayanlar.

c) Bilgisine başvurulacak konu hakkında, meslek veya sanat icrasına resmen yetkili kılınmış olanlar.” (HMK Md.270/I).

Bu kişilerin bilirkişilikten çekinmeleri ise; ancak tanıklıktan çekinme sebeplerine veya mahkemece kabul edilebilir diğer bir sebebe dayanarak, bilirkişilikten çekinebilirler” (HMK Md.270/II).

Bilirkişilik yükümlülüğünde ön şart, bilirkişi olarak davet edilenin görevi kabul mecburiyeti olmasıdır. Eğer kabul mecburiyeti bulunmamakta ise, davete de icabet yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bu durumda da tanıklığa ilişkin hükümler uygulanamaz.

CMK 65. maddesine göre, kural olarak bilirkişilik davetine mecburiyeti olanlar dışında davete mecburiyet yoktur. “ (1) Aşağıda belirtilen kişi veya kurumlar, bilirkişilik görevini kabul etmekle yükümlüdürler:

a) Resmî bilirkişilikle görevlendirilmiş olanlar ve 64 üncü Maddede belirtilen listelerde yer almış bulunanlar.

b) İncelemenin yapılması için bilinmesi gerekli fen ve sanatları meslek edinenler.

c) İncelemenin yapılması için gerekli mesleği yapmaya resmen yetkili olanlar.” (CMK Md. 65). Mezkûr hüküm toplumun bütününe bilirkişi olarak kapsamaya elverişlidir.

Hukukçu bilirkişiler bu düzenlemenin, “c) İncelemenin yapılması için gerekli mesleği yapmaya resmen yetkili olanlar.” kapsamında; fakat hukukî konularda bilirkişiye müracaat etmenin yasak olması kapsamında bu madde hükmü gereği görevlendirmeyi reddedebiliriz.

Bilirkişinin çağrılmasında CMK 62. hükmüne istinaden tanıkların çağrılması hükmü olan 43. madde hükmüne bakacağız.

“(1) Usûlünce çağrıldığı hâlde gelmeyen veya gelip de yeminden, oy ve görüş bildirmekten çekinen bilirkişiler hakkında 60 ıncı Maddenin birinci fıkrası hükmü uygulanır” (CMK Md. 71).

“(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” (CMK Md. 60/I).

CMK 60/I hükmü, “Yasal bir sebep olmaksızın tanıklıktan veya yeminden çekinen ... ” demekte ise de, CMK 71/I hükmüyle “Usulünce çağrıldığı hâlde gelmeyen...” bilirkişiyi de buna ilave etmektedir. Bu durumda çağrıya uymayan bilirkişiye “ ... dava hakkında hüküm verilinceye kadar ve her hâlde üç ayı geçmemek üzere disiplin hapsi verilebilir.” (CMK. Md. 60/I).

Bilirkişinin Yemin Etme Yükümlülüğü:

Bilirkişi görevini tarafsız ve objektif şekilde yapacağına dair yemin etme yükümlülüğü vardır. Hukuk muhakemesinde yemin şekli,

“(1) Listelere kaydedilmiş kişiler arasından görevlendirilmiş olan bilirkişilere, il adli yargı adalet komisyonu huzurunda, ‘Bilirkişilik görevimi sadakat ve özenle, bilim ve fenne uy-

gun olarak, tarafsız ve objektif bir biçimde yerine getireceğime, namusum, şerefim ve kutsal saydığım bütün inanç ve değerlerim üzerine yemin ederim.' şeklindeki sözler, tekrarlatılmak suretiyle yemin verdirilir. Bu bilirkişilere, görevlendirildikleri her dava veya işte ayrıca yemin verdirilmez; sadece görevlendirme yazısında, bilirkişilere önceden etmiş buldukları yemine bağlı kalmak suretiyle oy ve görüş bildirmek zorunda oldukları hususu hatırlatılır.

(2) Listelere kaydedilmemiş olan kişiler arasından bilirkişiler görevlendirilmişse, kendilerine, görevlendiren mahkemeye, huzurda, göreve başlamadan önce, birinci fıkrada belirtilen şekilde yemin verdirilir. Yemine ilişkin tutanak, hâkim, zabıt kâtibi ve bilirkişi tarafından imzalanır." (HMK Md.271).

Ceza muhakemesinde yemin etme yükümlülüğü ise, "(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 atamış olan merci huzurunda yukarıdaki fıkrada öngörülen biçimde yemin ederler. Yeminin yapıldığına ilişkin tutanak hâkim veya Cumhuriyet savcısı, zabıt kâtibi ve bilirkişi tarafından imzalanır.

(7) Engel bulunan hâllerde yemin yazılı olarak verilebilir ve metni dosyaya konulur. Ancak bu hâle ilişkin gerekçenin kararda gösterilmesi zorunludur" (CMK Md. 64/V, VI, VII).

Burada hangi bilirkişilik konusunda yemin etmişseniz bir daha o konu ilgili (örneğin elektronik mühendisliği) yemin etmezsiniz; fakat başka bir konuda da bilirkişilik yaparsanız ayrıca yemininizin alınmalıdır.

Bilirkişinin Görevini Özenle İfa Etme Yükümlülüğü:

Bilirkişi görevini bizzat sadakat ve özenle görevini yerine getirmesine yönelik Türk Ceza Kanunumuzda ve Ceza Muhakemesi kanunumuzda düzenlemeler yapılmıştır.

Türk Ceza Kanunumuzda “Adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs” başlıklı 288. maddesinde,

“(1) Bir olayla ilgili olarak başlatılan soruşturma veya kovuşturma kesin hükümle sonuçlanıncaya kadar savcı, hâkim, mahkeme, bilirkişi veya tanıkları etkilemek amacıyla alenen sözlü veya yazılı beyanda bulunan kişi, altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Bu suçun basın ve yayın yolu ile işlenmesi hâlinde verilecek ceza yarı oranında artırılır.” demektedir.

Ceza Muhakemesi Kanununun 100/II-b maddesinde, aşağıdaki hallerde bir tutuklama nedeni var sayılabilir: “Şüpheli veya sanığın davranışları;

1. Delilleri yok etme, gizleme veya değiştirme,

2. Tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişiminde bulunma,

Hususlarında kuvvetli şüphe oluşturuyorsa.” Mezkûr Kanununun 62. maddesi gereği, bilirkişi üzerine baskı kurulduğunda şüphelenilmesinden de şahıs tutuklanabilir.

CMK 311/1-b, düzenlemesi de,

“(1) Kesinleşen bir hükümle sonuçlanmış bir dava, aşağıda yazılı hâllerde hükümlü lehine olarak yargılamanın yenilenmesi yoluyla tekrar görülür:

b) Yemin verilerek dinlenmiş olan bir tanık veya bilirkişinin hükmü etkileyecek biçimde hükümlü aleyhine kasıt veya ihmal ile gerçek dışı tanıklıkta bulunduğu veya oy verdiği anlaşılırsa.” demektedir.

Bilirkişi Kendisini Atayan Mercii İle Sürekli İletişimde Bulunma Yükümlülüğü:

Bilirkişinin görev alanının sınırlarını mahkeme tayin eder. Bilirkişi tereddütte kaldığı durumlarda mahkemeden bilgi isteyebilir. "Bilirkişi, görevini, kendisini atanmış olan mercii ile ilişki içinde yerine getirir, gerektiğinde bu mercii incelemelerindeki gelişmeler hakkında bilgi verir, yararlı görülecek tedbirlerin alınmasını isteyebilir." (CMK Md. 66/III).

Bilirkişii Doğru Beyanda Bulunma Yükümlülüğü:

Bilirkişii incelemesini objektif, gerçeğe uygun ve bilimsel gelişmeler ışığında raporunu vermelidir. Eğer kasten gerçeğe aykırı rapor düzenler ise, sahtecilik suçu gerçekleşir (TCK Md.276).

Bilirkişiler kendilerine sorulan hususlarda her zaman kafi derecede bilgiye sahip olmamaları ve nihayet tam ehliyetli olarak işlerini yapmış olsalar da hâkim dışında bir şahıs olmaları hem şahsi hem de tetkik ettikleri mevzuun özelliklerine göre alet veya istihraçların (sonuç çıkarma) hataları veya doğru tespit edilmesine rağmen noksan veya yanlış ifadelerde bulunabilmeleri ihtimalleri her zaman psikolojik bakımından gözönüne alınabilmelidir⁶¹.

Bilirkişilerin Heyet Halinde Görevlendirilmesinde Aralarında Müzakerede Bulunma Yükümlülüğü:

Bir davada, birden fazla bilirkişii görevlendirilebilir (CMK Md. 63/II). "Birden çok atanmış bilirkişiler değişik görüşleri yansıtmışlarsa veya bunların ortak sonuçlar üzerinde ayrık görüşleri varsa, bu durumu gerekçeleri ile birlikte rapora yazarlar." (CMK Md. 67/II).

Bilirkişii Kendisine İncelenmesi İçin Verilen Eşyaların Listesini Düzenlemek, Mühürlerinin Açılmasını ve Yeniden Konulmasını Tutanakla Belirleme Yükümlülüğü :

⁶¹ GİDER, Hüsnü: Genel Kriminoloji ve Adalet Psikolojisi, Ankara-1961, s.436.

“Bilirkişiye inceleyeceği şeyler mühür altında verilmeden önce bunların listesi ve sayımı yapılır. Bu hususlar bir tutanakla belirlenir. Bilirkişi, mühürlerin açılmasını ve yeniden konulmasını yine tutanakla belirtmek ve bir liste düzenlemekle yükümlüdür.” (CMK. Md.66/VII).

“ İncelemeleri sona erdiğinde bilirkişi yaptığı işlemleri ve vardığı sonuçları açıklayan bir raporu, kendisinden istenen incelemeleri yaptığını ayrıca belirterek, imzalayıp ilgili mercie verir veya gönderir. Mühür altındaki şeyler de ilgili mercie verilir veya gönderilir ve bu husus bir tutanağa bağlanır.” (CMK. Md.66/I).

Bilirkişinin Oy ve Görüş Bildirme Yükümlülüğü:

“Mahkeme, bilirkişinin oy ve görüşünü yazılı veya sözlü olarak bildirmesine karar verir” (HMK Md.279/). Bilirkişinin yazılı olarak açıklaması rapor düzenleme şeklinde olup, sözlü açıklaması ise hâkim ya da Cumhuriyet savcısı tarafından tutanak düzenleme şeklindedir.

Bilirkişi raporu yazılı veya sözlü verebilir⁶². Yazılı bilirkişi raporu tarafların bilgilendirilmesi ve duruşmaya hazırlanma açısından daha faydalıdır. Ancak genelde raporlar yazılı olarak hazırlanır ve bilirkişi tarafından sözlü olarak açıklanır. Bilirkişiye raporu hakkında sorular sorulur ve en son bilirkişi olay hakkındaki kendi yorumunu da katarak yazdıklarının bir özetini yapar⁶³. Bilirkişinin açıklamaları ve kararları ilk merciin kararlarından ayrılması hallerinde mahkeme bilirkişiyi bizzat dinler⁶⁴. Önüne gelen olayda birçok alanı kapsayan zor sorunların çözümünde, istisnai olarak bilirkişinin raporu komisyon için tavsiye niteliğindedir. Sözlü olarak bir üye tarafından verilen ve diğer raporların değerini azaltan Komisyon bilirkişi raporu bu özelliğinden dolayı daha az etkilidir. Bilirkişi zor sorulara muhatap olduğunda, olayı aydınlatmak için tıbbi uz-

⁶² Adolf, Laufs/ Christian, Katzenmeier / Volker, Lipp, Arztrecht, München, 2009. PN. 24.

⁶³ BGH NJW 1980, 2751.

⁶⁴ BGH VersR 1993, 1110.

manlara yer vermezse, kendisi ile yapılan protokol gereği durumu açıklamak zorunda kalır⁶⁵.

Bilirkişi oy ve görüşünü bildirmez ise, CMK 66/II ve 71. maddelere gidebiliriz. “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. Bu bilirkişi, 64 üncü Maddede öngörülen listelerden çıkarılabileceği gibi; gecikme dolayısıyla uğranılmış zararları ödemesine de karar verilebilir.” (CMK 66/II). CMK 71. madde, “ (1) Usulünce çağrıldığı hâlde gelmeyen veya gelip de yeminden, oy ve görüş bildirmekten çekinen bilirkişiler hakkında 60 ıncı Maddenin birinci fıkrası hükmü uygulanır.” demektedir. CMK 60/I ise, “ (1) Yasal bir sebep olmaksızın tanıklıktan veya yeminden çekinen tanık hakkında, bundan doğan giderlere hükmedilmekle beraber, yemininin veya tanıklığının gerçekleştirilmesi için dava hakkında hüküm verinceye kadar ve her hâlde üç ayı geçmemek üzere disiplin hapsi verilebilir. Kişi, tanıklığa ilişkin yükümlülüğüne uygun davranması halinde, derhâl serbest bırakılır.” demektedir. Burada hangi hükmü uygulayacağız? Burada şu şekilde yaklaşabiliriz. CMK 66/II hükmü, belirlenen süre içerisinde raporunu vermeyen bilirkişi demekle raporunu süresinde vermeyen bilirkişiden bahsettiği anlaşılır. CMK 71. madde ise, oy ve görüş bildirmekten çekinen bilirkişilerden bahsetmektedir. Bu durumda süresi içerisinde raporunu vermeyen bilirkişiye CMK 66/II hükmü uygulanacaktır. Bu bilirkişi değiştirilerek o zamana kadar yaptığı çalışmalarda kendisinden istenir. Eğer vermez ise, CMK 71. madde hükmünü uygulayacağız.

BİLİRKİŞİNİN YETKİLERİ

Bilgi Talep Etme Yetkisi:

Bilirkişi kendisine verilen görevi muhtevası hakkında yeminden aydınlatılmasını isteyebilir. Bunun yanında, görevlen-

⁶⁵ BGH VersR 1982, 371; BGH MDR 1985, 43.

dirildiği konunun herhangi bir kısmı uzmanlık alanı dışında ise, uzman kişiler ya da kurumlardan da bilirkişi bilgi talep edebilir.

Bilirkişinin bu yetkisi CMK 66/III, IV fıkralarında düzenlenmiştir. “(3) Bilirkişi, görevini, kendisini atamış olan merci ile ilişki içinde yerine getirir, gerektiğinde bu mercie incelemelerindeki gelişmeler hakkında bilgi verir, yararlı görülecek tedbirlerin alınmasını isteyebilir.” Bilirkişinin aydınlatma ya da bilgi talep etmekten ziyade tedbir alınma isteme yetkisi bulunur.

“(4) Bilirkişi, görevini yerine getirmek amacıyla bilgi edinmek için şüpheli veya sanık dışındaki kimselerin de bilgilerine başvurabilir. Bilirkişi, uzmanlık alanına girmeyen bir sorun bakımından aydınlatılmasını isteyecek olursa; hâkim, mahkeme veya Cumhuriyet savcısı, nitelikli ve konusunda bilgisiyle tanınmış kişilerle bir araya gelmesine izin verebilir. Bu şekilde çağrılan kişiler yemin eder ve verecekleri raporlar, bilirkişi raporunun tamamlayıcı bir bölümü olarak dosyaya konulur.”

CMK 66/VI ise, “(6) Gerekli olması halinde, bilirkişi, mağdur, şüpheli veya sanığa mahkeme başkanı, hâkim veya Cumhuriyet savcısı aracılığı ile soru sorabilir. Ancak, mahkeme başkanı, hâkim veya Cumhuriyet savcısı, bilirkişinin doğrudan soru sormasına da izin verebilir. Muayene ile görevlendirilen hekim bilirkişi, görevini yerine getirirken zorunlu saydığı soruları, hâkim, Cumhuriyet savcısı ve müdafii bulunmadan da mağdur, şüpheli veya sanığa doğrudan doğruya yöneltebilir.”

Mezkûr fıkranın son cümlesiyle, diğer bilirkişiliklerden farklı bir düzenleme getirilmiş ve tıbbî bilirkişiler zorunlu saydığı soruları hâkim, Cumhuriyet savcısı ve müdafii bulunmadan da mağdur, şüpheli veya sanığa doğrudan doğruya sorabilmektedir.

Bilirkişinin Ücret İsteme Hakkı

“(1) Bilirkişiye, inceleme ve seyahat gideri ile çalışmasıyla orantılı bir ücret ödenir.” (CMK Md. 72). “(1) Bilirkişiye, sarf

etmiş olduğu emek ve mesaiyle orantılı bir ücret ile inceleme, ulaşım, konaklama ve diğer giderleri ödenir. Bu konuda, Adalet Bakanlığınca çıkarılacak ve her yıl güncellenecek olan tarife esas alınır.” (HMK Md. 283).

Bilirkişinin ücretini takdir eden hâkim, bilirkişinin incelediği konunun niteliği ve gösterdiği emeği dikkate almalıdır. Diğer taraftan bilirkişi görevini yerine getirirken önemli bir işini yapamaz, bir kazançtan mahrum kalabilir ya da zarara uğramış olabilir. Böylece bilirkişiye ücret yanında tazminatı da ödenmelidir.

Görev Alanı ya da Sınırı Hususunda Tereddüdün Giderilmesini İsteme Yetkisi

Bilirkişi görev alanı ya da sınırları konusunda tereddüde düşerse, mahkemedен ya da Cumhuriyet savcılığından bunun giderilmesini talep edebilir(HMK Md.278/1, CMK Md. 66/III).

BİLİRKİŞİLİKTEN ÇEKİNME HAKKI YA DA BİLİRKİŞİLİK YAPILAMAYACAK HALLER

Bilirkişi görevini yaparken, objektif, yeterli bilgi düzeyi olmadığını, doğru değerlendirme yapamayacağına inanıyorsa bilirkişilik görevinden çekilmelidir.

Bu durum hekim bilirkişilerde düzenli bir kuraldır. Bilirkişilerin reddine ilişkin kural tanıkların reddine ilişkin kurallarla aynıdır⁶⁶. Meselâ, suçlu ile akrabalık durumunda tanıkların reddine ilişkin kurallar aynen bilirkişiler için de geçerlidir; ancak bu genel red sebeplerinin dışında bilirkişilerin reddedilmesi isteniyorsa, bu durum bilirkişi raporunun verilmesi yükümlülüğü ile ilgilidir. Mahkeme tarafından bilirkişi atanmadan evvel savcı bilirkişi ile irtibata geçer. Bilirkişinin yerine kolayca başka biri bulunabiliyorsa veya bilirkişinin görevini yerine getirmeme için sunduğu sebepler gerçekçi ise bu durumda savcı ve mahkeme bilirkişiyi serbest bırakır. Eğer anı-

⁶⁶ Adolf, Laufs/ Christian, Katzenmeier / Volker, Lipp, Arztrecht, München, 2009. PN. 16.

lan bu şartlar yok ise bilirkişi raporunu verme yükümlülüğü altındadır. Bilirkişinin raporu yazmayı reddetmesi veya hiçbir sebep yok iken reddetmesi durumunda bilirkişinin sebep olduğu zararlar ve sebepsizce reddeden kaynaklanan disiplin cezasını ödemek zorundadır⁶⁷.

CMK ve HMK düzenlemelerinde, tanıklıktan çekinmeye ilişkin hükümler bilirkişilikten çekinme içinde geçerlidir. "Tanıklıktan çekinmeyi gerektirecek sebepler bilirkişiler hakkında da geçerlidir. Bilirkişi, geçerli diğer sebeplerle de görüş bildirmekten çekinebilir." (CMK Madde 70/I). CMK 45. maddesi, şahitlikten çekinmeyi düzenlemiş olup, 70. madde atfıyla bilirkişilerde çekinebilir.

" (1) 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." (CMK Md. 45).

b) Bilirkişilik konusu bilgilerin Devlet sırrı niteliğini taşıması halinde; bilirkişi, sadece mahkeme hâkimi veya heyeti

⁶⁷ Erwin Deutsch/ Andreas Spickhoff; Medizinrecht 5. Auflage 2009, PN. 407, 275.

tarafından zâbit kâtibi dahi olmaksızın dinlenir. Hâkim veya mahkeme başkanı, daha sonra, bu bilirkişi açıklamalarından, sadece yüklenen suçtu açıklığı kavuşturabilecek nitelikte olan bilgileri tutanağı kaydettirir (CMK Md. 47/II).

“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.” (CMK Md. 46/I-b). Tanıklıktan çekilme hali olup, dolayısıyla da tıbbî bilirkişilik yapılamayacak durumlardandır. Sağlık meslek mensupları hastalarından öğrendikleri bilgileri bilirkişilik görevleri sırasında beyan etmek zorunda kalırlarsa çekinme sebebi teşkil eder. Bilirkişilikten çekinmek için mahkemeye gerekli olan gerekçeler sunulmak zorundadır. Mahkeme uygun görürse bilirkişilikte çekinilir, aksi takdirde göreve devam edilir.

Bilirkişiler görevlerini mazeretsiz olarak yapmaz iseler haklarında disiplin hapsi verilir. (CMK. Md. 60, Md. 71).

Hukuk muhakemeleri kanunu bilirkişilikten çekinme sebeplerini (HMK 269, 248, 250, 242, 249) düzenlenmiştir.

b) HMK 272 maddesine göre, “ (1) Hâkimler hakkındaki yasaklılık ve ret sebepleriyle ilgili kurallar, bilirkişiler bakımından da uygulanır. Ancak, bilirkişinin, aynı dava veya işte daha önceden tanık olarak dinlenmiş bulunması, bir ret sebebi teşkil etmez.

(2) Hâkimler hakkındaki yasaklılık sebeplerinden biri, bilirkişinin şahsında gerçekleşmişse, mahkeme, hüküm verilmeye kadar, her zaman bilirkişiyi resen görevden alabileceği gibi, bilirkişi de mahkemeden, görevden alınma talebinde bulunabilir.

(3) Ret sebeplerinden birinin bilirkişinin şahsında gerçekleşmesi hâlinde taraflar, bilirkişinin reddini talep edebileceği gibi, bilirkişi de kendisini reddedebilir. Ret talebi veya bilirkişinin kendisini reddetmesinin, ret sebebinin öğrenilmesinden itibaren en geç bir hafta içinde yapılmış olması şarttır. Ret sebeplerinin ispatı için, yemin teklif edilemez.

(4) Görevden alınma, ret ve bilirkişinin kendisini reddetmesine yönelik talep, bilirkişiyi görevlendiren mahkemece dosya üzerinden incelenir ve karara bağlanır. Kabule ilişkin kararlar kesindir. Redde ilişkin kararlara karşı ise ancak esas hakkındaki kararlarla birlikte kanun yoluna başvurulabilir”.

c) Bilirkişinin Uzman olmadığı alanda görev verilmişse çekilebilir.

d) “Ölümünden hemen önceki hastalığında öleni tedavi etmiş olan tabibe, otopsi yapma görevi verilemez. Ancak, bu tabibin otopsi sırasında hazır bulunması ve hastalığın seyri hakkında bilgi vermesi istenebilir.” (CMK. Md. 87/III). Bu halde hekimin bilirkişilik görevi yasaklanmaktadır.

e) “Kanunların belirli konularda görevlendirdiği resmi bilirkişiler öncelikle atanırlar. Ancak kamu görevlileri, bağlı oldukları kurumla ilgili davalarda bilirkişi olarak atanamazlar.” (CMK. Md. 64/III). Meselâ, Sağlık Bakanlığına bağlı Eğitim ve Araştırma Hastanesinde görevli hekim aynı hastaneye karşı açılmış davada bilirkişilik ifa edemez.

f) Kamu ve meslekî hizmetlerden kısıtlanmış olanlar bilirkişilik görevinde bulunamazlar.

İsviçre Federal Mahkemesi'nin bazı kararlarında, bilirkişilerin bağımsızlık ve tarafsızlıklarının tesir altında kalmamasına ilişkin yargı kararları bulunmaktadır.

-“Bir hastane başhekiminin taraflardan birinin tedavisine katılması onu Basel-Stadt usul kanununun 151'inci maddesi manasında “konuya katılmış” duruma getirir” (BGE 94 I 424, 09.07.1968).

-Daha evvel yargılamadan tarafsız olmaması dolayısı ile çıkarılan bilirkişi ile sıkı temas halinde olması ve davada ekspertiz konusu hakkında beyanda bulunması, bilirkişi olan anestezi profesörünün tarafsızlığı konusunda kuşku oluşturmaya yeterlidir” (BGE 97 I 327 09.06.1971)⁶⁸.

⁶⁸ ALANGOYA, Yavuz: “İsviçre Hukukunda Bilirkişilik”, Mukayeseli Hukukta Bilirkişilik ve Sorunları, Yargıtay'ın Kuruluşunun 125. Yılı, Yayın Yılı ve Yeri Yok, s.39.

BİLİRKİŞİ İNCELEMESİ

Bilirkişinin görev alanının belirlenmesi HMK 273. maddesinde belirlenmiştir.

“(1) Mahkeme, tarafların da görüşünü almak suretiyle bilirkişinin görevlendirilmesine ilişkin kararında, aşağıda belirtilen hususlara yer vermek zorundadır:

- a) İnceleme konusunun bütün sınırlarıyla ve açıkça belirlenmesi.
- b) Bilirkişinin cevaplaması gereken sorular.
- c) Raporun verilme süresi.

(2) Bilirkişiye, görevlendirme yazısının ekinde, inceleyeceği şeyler, dizi pusulasına bağlı olarak ve gerekiyorsa mühürlü bir biçimde teslim edilir; ayrıca bu husus tutanakta gösterilir.”

Hâkim bilirkişinin görev alanını tespit ederken, inceleme konusu maddî vakıalar ve cevaplandırılması gereken soruların tayin edilmesinde, tarafların rapora itiraz etmelerinin ve yargılama sürecinin uzamasını önlemek için taraflarında görüşünü almak zorundadır. Bilirkişinin görev alanları ne kadar kesin ve açık çizgilerle belirlenirse, alınacak rapor o ölçüde sağlıklı ve eksiksiz olacaktır. Genel bir görevlendirme yapıldığı zaman bilirkişi hangi hususta görüş belirteceğini tayin edemediğinden genel değerlendirmelerde bulunmakta ve dolayısıyla da taraflarında itirazlarıyla yargılama uzamaktadır.

Bilirkişinin görev süresi görevlendirme kararında raporun verilme süresi açıkça belirtilir. Bilirkişinin raporu verme süresi 3 ayı geçemez. Bu süre bilirkişinin talebi üzerine bir defaya mahsus olmak üzere mahkeme gerekçesini göstererek bu süreye 3 aya kadar uzatılabilir(HMK Md.274, CMK. Md. 66/I). Burada mahkeme bilirkişinin 1 ayda raporu yazacağına inanırsa bu kadar süre verir. Mevzuatlarda bildirilen 3 aylık süre ise verilebilecek en uzun süredir.

“ Belirlenen süre içinde raporunu vermeyen bilirkişi görevden alınır, yerine bir başka kimse, bilirkişi olarak görevlendirilebilir. Bu durumda mahkeme, görevden alınmış olan bilirkişiden, görevden alındığı ana kadar yapmış olduğu işlemler hakkında açıklama yapmasını talep eder ve ayrıca bilirkişinin dizi pusulasına bağlı bir biçimde görevi sebebiyle incelenmek üzere kendisine teslim edilmiş bulunan dosya ve eklerini mahkemeye hemen tevdi etmesini ister. Sözü edilen bilirkişilerin, hukuki ve cezai sorumluluğuna ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla, gerekiyorsa, kendilerine ücret ve masraf adı altında hiçbir ödeme yapılmamasına veya gerekçesini göstererek bölge adliye mahkemesi adli yargı adalet komisyonundan o kişinin bilirkişilik görevi yapmaktan belirli bir süre yasaklanmasının yahut listeden çıkartılmasının istenmesine, görevlendirmeyi yapan mahkemece karar verilir.” (HMK Md. 274/ /II).

Bilirkişi oy ve görüşünü belirtirken, görevlendirilme yazısındaki uyulan sırayı dikkate alarak, müşahhas (somut) sorulara ilmî ve vicdanî cevaplar vermelidir. Bilirkişi oy ve görüşünü mahkemeye davet edildiğinde sözlü olarak verebileceği gibi, yazılı olarak da belirtebilir. (HMK. Md. 279/I). Uygulamada bilirkişi genellikle yazılı şekilde raporunu sunar.

Mahkeme bilirkişinin açıklamasının sözlü olarak vermesini isterse açıklamalar tutanağa geçirilir ve tutanak bilirkişiyi imzalatılır. Bilirkişi kurul halinde görevlendirilmiş ise, aralarında müzakere yapılması istenerek, müzakere sonucunda açıklanan oy ve görüş, tutanakla tespit edilip; tutanağın altı, bilirkişilere imza ettirilir(HMK. Md. 279/II).

Bilirkişiler raporlarında özel ya da teknik bilgiye dayalı olarak maddi vakıaları tespit edecekler ya da bu bilgileri maddî vakıaya uygulayarak sonucu ortaya koyacaklardır. Bu nedenle yazı ya da sözlü açıklamalarında kat'î surette, hukuki değerlendirmelerde bulunamazlar(HMK Md.279/III, CMK. Md. 67/III).

Hukuk Mahkemelerinde, bilirkişi raporu taraflara tebliğ edilir. Taraflar isterler ise, kendilerine tebliğ edilen rapora 2 haftalık süre içerisinde, eksikliklerin olduğu ya da çelişkiler ol-

duğu gerekçesiyle itiraz edebilirler. Taraflara verilen 2 haftalık süre kesin süre olup, itiraz etmemiş kişi açısından ise “usûlî kazanılmış hak” doğar ve rapordaki yapılan tespitlere bağlılık sözkonusudur. İtiraz üzerine 2 durum ortaya çıkar. 1- Mahkeme rapordaki eksikliklerin tamamlanması yahut eksikliklerin giderilmesi için aynı bilirkişiden oy ve görüş bildirmesini isteyebilir. Tatbikatta buna “ek rapor alma” denir. 2- Başka bir bilirkişiden aynı konu hakkında yeni bir bilirkişi raporu istenebilir. Mahkeme bu yetkilerini itiraz üzerine kullandığı gibi re’sen de kullanabilir.

Bilirkişinin oy ve mütalaasının değeri nedir?

Hâkim bilirkişinin oy ve görüşünü diğer delillerle birlikte serbestçe takdir eder.(HMK Md. 282). Bunun sebebi ise, ispat sistemi ve delil serbestisi sisteminin geçerli olmasındandır. Uygulamada, hâkimin bilirkişi raporu ile bağlı olmaması hakkında, raporda bulunan özel ve teknik bilgilerden hareketle varılan sonucun yanlış olduğunun tespiti halinde, açık ve kesin gösterilmesi ile raporun aksine karar verilebilir. Hâkimin rapordan tatmin olmaması halinde aynı bilirkişiden ek rapor istemesi ya da yeni bir bilirkişi incelemesi yaptırma mecburiyeti olarak ta anlaşılmamalıdır, çünkü bu durum zaten kanunca hâkime tanınmış yetkidir. Bilirkişi raporunda mantık hataları bulunmakta ise, hâkim mevcut bilgileriyle bunu aşıyorsa bilirkişiye gitmeyebilir; fakat özel ve teknik bilgiye gerektiren bir husus var ve ilk raporda hâkim tarafından kabul edilmemiş ise, ilk rapor hiçbir konuyu çözmediği için ikinci rapor istenilmelidir. Özet’e göre, “bizim sistemimizde ikinci bilirkişi incelemesine pekala ilk bilirkişi raporu yetersiz olmamakla birlikte “hakikatin tezahürü” gerekli olduğu düşüncesiyle, yani adeta ilk bilirkişi raporundaki sonucu pekiştirmek için başvurulabilecektir.”⁶⁹

Hâkim birden fazla bilirkişi raporu almışsa ve bunlar arasında da çelişki var ise, hâkim gerekçesini göstererek bunlardan birisini esas alabilir.

⁶⁹ ÖZTEK, Selçuk: “Bilirkişi Raporunun Hâkimi Bağlamaması”, Prof. Dr. Ejder Yılmaz’a Armağan Cilt:2, Yetkin Yayınları, Ankara-2014, s.1620.

“... Bilirkişi raporu hüküm vermeye elverişli görülmediği takdirde mahkemece yapılacak iş, ya usûlün 283. maddesi gereğince bilirkişiden ek düşünce almak ya da Usûlün 284. maddesi uyarınca başka bilirkişi eliyle yeni baştan inceleme yaptırmaktan ibarettir...”⁷⁰ Yargıtay’a göre, hâkimin raporla bağlı olmaması asla raporun aksine karar verecek anlamına gelmez. Bu anlayış hâkimi bilirkişi raporu ile hüküm arasında “aracı (tavassut)” haline getirir. Karar görünüşte hâkim tarafından verilmekte gerçekte ise bilirkişi tarafından verilmektedir. Bu durum ise, hâkimin hüküm verme iradesinin inkârı ve yargı bağımsızlığının ihlali anlamına gelir.

Hâkim bilirkişi raporuyla bağlı olduğu durum TBK md. 55’dir. “Destekten yoksun kalma zararları ile bedensel zararlar, bu Kanun hükümlerine ve sorumluluk hukuku ilkelerine göre hesaplanır. Kısmen veya tamamen rücû edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile ifa amacını taşımayan ödemeler, bu tür zararların belirlenmesinde gözetilemez; zarar veya tazminattan indirilemez. Hesaplanan tazminat, miktar esas alınarak hakkaniyet düşüncesi ile artırılmaz veya azaltılamaz.

Bu Kanun hükümleri, her türlü idarî eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı zararlara ilişkin istem ve davalarda da uygulanır.” Hâkim cismanî zarardan doğan davalarda, bilirkişinin yaptığı tespitle, bağlıdır. Bu düzenleme 1982 Anayasasına ve HMK 282. maddesine aykırılık teşkil etmektedir. HMK 282. maddesi, İYUK Md. 31’ de yapılan atıf sebebiyle, idarî yargıda da geçerlidir. TBK Md. 55, hukuk ve idarî muhakemelerinde hâkimin bilirkişi raporu ile bağlı olmadığı kuralının anayasaya aykırılık teşkil etse dahi bir istisnasını oluşturur.

⁷⁰ Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 10/12/1970 tarih ve E.1970/5018., 1970/6437 sayılı kararı, KURU, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6. Baskı, İstanbul-2001, Cilt:III, s. 27770-27771.

BİLİRKİŞİNİN SORUMLULUĞU

Bilirkişinin 3 çeşit sorumluluğu olmaktadır. Bunlar; a) Disiplin sorumluluğu, b) Hukukî sorumluluğu ve c) Ceza huku-ku sorumluluğu

Disiplin Sorumluluğu

Bilirkişi, bir kamu görevlisi olduğundan CMK Md. 71 hük- münden dolayı CMK Md. 60/I. maddesi mucibince, bilirkişi davete icabet etmemiş ve bundan dolayı da zarara sebebiyet vermiş ise, bu giderleri ödemek zorundadır; fakat disiplin hap- si uygulanmaz. Yemin etmek istemediğinde de CMK Md. 60/I. mucibince, davâ hakkında hüküm verilinceye ve her halükar- da da en fazla 3 ay olmak üzere disiplin hapsi verilir; ancak ye- min ederse derhal serbest bırakılır. Bilirkişi süreye uymamışsa; hâkim tarafından bilirkişi listesinden geçici ya da tamamen çı- karma ve gecikme nedeniyle uğranılmış zararı ödemesi kararı verilir. Bilirkişi aynı zamanda bir meslek erbabı ise, kayıtlı ol- duğu meslek teşekkülüne disiplin süreci için yazılı bildirimde bulunulur. Bilirkişi görevini mazeretsiz olarak ifa etmemişse, masraflar kendisinden talep edilir ve disiplin hapsine karar ve- rilir. Bilirkişiler verilen disiplin hapsi kararına karşı itiraz edi- lebilir(CMK Md. 60/IV).

Bilirkişi aynı zamanda devlet memuru ise, disiplin düzenle- mesi olan DMK Md. 125'e uyan ihlaller gerçekleştirmişse hak- kında disiplin soruşturması açılabilir.

Hukukî Sorumluluğu

Alman hukukunda, bilirkişilerin gerçeğe aykırı rapor ver- mesinden; hazırlık evresinde yapılan incelemelerde veya kas- tının ya da ihmâlinin (özellikle, ağır ihmâlinin) diğer bir ifa- deyle kusurlu iradesiyle yaşama hakkına, vücut bütünlüğüne zarar vermiş ise zararlardan doğan hukukî sorumluluklarını öngören kanunî düzenlemenin, hafif ihmâlin ürünü olan za- rarlardan kaynaklanan sorumluluk hali hariç, Türk-İsviçre hu- kuk sisteminde kabul edilen haksız fiil sorumluluğu ile büyük

ölçüde paralellik arz ettiği ve bu yeni kanunî düzenlemenin, Alman hukukunda haksız fiil sorumluluğunun (Alman Medeni Kanunu § 823, I, II) kurucu unsurlarının, bizdekinden daha farklı bir şekilde tespit edilmiş bulunmasından ötürü varlık kazandığı söylenebilir⁷¹.

Bilirkişi incelemesinden ya da raporundan dolayı zarar uğramış iseniz kime karşı dava açacağınız hususunda CMK da düzenleme yapılmamıştır. Bilirkişinin hukukî sorumluluğu HMK 285. maddesinde düzenlemiştir. Hâkimin hukukî sorumluluğu ile ilgili kurallarla paralellik sağlanmıştır. Mezkûr düzenleme ile, bilirkişi adlî sistem içerisinde hâkimin yardımcısı konumundadır. HMK 285, “(1) Bilirkişinin kasten veya ağır ihmal suretiyle düzenlemiş olduğu gerçeğe aykırı raporun, mahkemece hükme esas alınması sebebiyle zarar görmüş olanlar, bu zararın tazmini için Devlete karşı tazminat davası açabilirler.

(2) Devlet, ödediği tazminat için sorumlu bilirkişiye rücu eder. ” Mezkûr hükümle, bilirkişilik görevi bir kamu görevi, bilirkişinin de kamu görevlisi olduğunu teyid eder. Bilirkişi, raporunun zamanında ve doğru bir şekilde verilmesi konusunda sorumludur. Bu yükümlülüğünü ihlal ettiğinde gecikme veya yanlış rapor vermesinden sorumluluğu söz konusudur. Ayrıca bilirkişi sözleşmenin veya haksız fiil ihlali söz konusu olduğunda sadece kusurundan dolayı sorumludur⁷². 1982 Anayasamızın 129/V ve 40/III maddelerinde düzenlenmiş olan, devletin kamu görevlerin icraası sırasında işlemiş oldukları kusurlu fiillerden dolayı zarar gören tarafından sorumlu tutulacağı şeklindeki kural burada da aynen geçerlidir.

Bilirkişi, raporunun zamanında ve doğru bir şekilde verilmesinden sorumludur. Bu yükümlülüğünü ihlal ettiğinde gecikme veya yanlış rapor vermeden dolayı sorumluluğu söz konusu olur. Ayrıca bilirkişi sözleşmenin veya haksız fiil ihlali söz konusu olduğunda sadece kusurundan dolayı sorumludur⁷³.

⁷¹ TANRIVER, Süha: “Bilirkişinin Sorumluluğu”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 56, Ankara-2005, s.139.

⁷² Deutsch/Spickhoff, PN. 411, 277.

⁷³ Deutsch/Spickhoff, PN. 411, 277.

Devletin kusurlu bilirkişiye rücu edip etmeme hususunda da bir takdir yetkisi bulunmamakta olup, rücu etme mecburiyeti vardır. Aslında dar anlamda haksız fiil sözkonusudur. Dar anlamda haksız fiilin farklılaşan yönü, sorumluluk süjesinin 1. Derecede bilirkişinin kendisinde olmamasıdır. Devlet “idarî teminat” gereği tazmin ederek kusurlu kamu görevlisine rücu eder. Zarar gördüğünü iddia eden, hükme dayanak teşkil eden gerekçeye aykırı rapora karşı gidilebilecek olan müracaat yollarına gitmemiş; bu durum tazminat davasında illiyet bağının kesilmesi yahut kendisini müterafik (ortak) kusurlu gösterir. İlgilinin 2 hafta süre içerisinde rapora itiraz hakkı bulunmaktadır. Bu yolu hiç kullanmamışsa, davayı kaybettiğinde devletten tazminat istemesi bu bağlamda mümkün değildir. Gidilebilecek tüm usûlî yollar tüketilmelidir. Tazminat davalarında görevli mahkeme adli yargıdır. Bilirkişinin hükme esas alınan husus hakkında gerçeğe aykırı rapor düzenlemiş olması bir yargılanmanın yenilenmesi sebebidir (HMK Md.375/I).

Bilirkişilik görevi yapılırken bundan zarar görenler, devlete karşı idarî yargıda tazminat davasıyla talepte bulunabilirler. Meselâ, bilirkişi tarihi eser hakkında inceleme yaparken düşürürse hizmet kusurundan devlete idarî yargıda tazminat davası açılabilir (1982 Any. Md. 129/V ve 40/III, 125/son, DMK Md. 13, HMK Md. 285).Devlet ödediği tazminatı sorumlu bilirkişiye 2 yıl içerisinde rücu eder. Hükme esas alınan bilirkişi raporu, gerçeğe aykırı ise, bu durumda da ceza zamanaşımı süresi uygulanır((HMK Md.287). Doktrinde ise, adli tıp gibi bir kurum bünyesinde devlet memuru şahısların bilirkişi atanmasında ise, hukukî sorumlulukta adli yargıda davâ açılması gerektiği savunulmaktadır⁷⁴.

Bilirkişi raporu gerçeğe aykırı ise, hükümde kesinleşmişse raporun gerçeğe aykırı olduğu anlaşılması ile beraber yargılanmanın yenilenmesine gidilir((HMK Md.374/1-f).

Yargıtay’a göre, “Bilirkişinin kasten veya ağır ihmal suretiyle düzenlemiş olduğu gerçeğe aykırı raporun, mahkemece

⁷⁴ ÖNTAN, Yaprak: Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik, Yetkin Yayınları, Ankara-2014, s.139.

hükme alınması sebebiyle zarar görmüş olanlar, bu zararın tazmini için Devlete karşı tazminat davası açabilirler"⁷⁵.

Ceza Hukuku Sorumluluğu

Modern birçok ceza hukukları cezai müeyyideler⁷⁶ sisteminde ceza ve tedbire yer vererek ikili bir ayrımı temel almıştır⁷⁷. Ceza için failin kusuru gerekir ayrıca cezanın sınırını da failin kusuru belirler⁷⁸. Buna karşın tedbir kararı failin kusursuz olması durumunda da karar verilir ve tedbir kararının sınırını failin arz ettiği tehlike ve orantılılık prensibi belirler⁷⁹; fakat her halükarda ceza ve tedbir verilebilmesi için her şeyden evvel suçun işlenmiş olması gerekir⁸⁰. Her iki cezai müeyyide de önleyici bir amaç söz konusudur, ancak tarzları farklı belirlenmiştir⁸¹.

Bilirkişi kasten gerçeğe aykırı rapor düzenlemişse;

“(1) Yargı mercileri veya suçtan dolayı kanunen soruşturma yapmak veya yemin altında tanık dinlemek yetkisine sahip bulunan kişi veya kurul tarafından görevlendirilen bilirkişinin gerçeğe aykırı mütalâada bulunması hâlinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(2) Birinci fıkrada belirtilen kişi veya kurullar tarafından görevlendirilen tercümanın ifade veya belgeleri gerçeğe aykırı olarak tercüme etmesi hâlinde, birinci fıkra hükmü uygulanır.”

”(TCK Md.276).

⁷⁵ Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 10.06.20132, E. 2013/11571, K. 2013/11064. ATEŞ, Mustafa: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yargıtay İlke Kararları 2. Cilt Yetkin Yayınları, Ankara-2014, s.1727.

⁷⁶ Roxin, C. Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, C. H. Beck Verlag, München 2006, pn. 3.

⁷⁷ Roxin, C. Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, C. H. Beck Verlag, München 2006, PN. 3.

⁷⁸ Jescheck/Weigend, kehrbuch das Strafrechts, Allgemeiner Teil, Duncer&Humbult, Berlin 1996, s. 83.

⁷⁹ Roxin, op. Cit., PN. 98.

⁸⁰ Bavcon, L/Selih, A/Ambroz, m/Filipčić, K, Kazensko pravi: splosnidel, Uradni list RS, Ljubjana 2013, PN. 433.

⁸¹ Roxin, op. Cit., PN. 97.

Bilirkişi TCK Md. 6 gereği de bir kamu görevlisidir. Bundan dolayı bilirkişi memurların işleyebileceği tüm suçları işleyebilir. Meselâ, kamu görevlisi olduğu için görevini kötüye kullanma suçu, sırrın masuniyetini ihlal suçu, kamu görevlisinin ya da sağlık mesleği mensubunun suçu bildirmeme suçu, gerçeğe aykırı tercümanlık suçu, zimmet ve maddi çıkar karşılığında raporun düzenlenmesin de rüşvet suçlarından cezalandırılır.

Bilirkişi, görevini ifa edildiği sürece kamu görevlisi sayılmasından, şahıslarına yönelik fiil ve taarruz kamu görevlisine saldırı teşkil eder. Bundan dolayı haksız saldırı çeşitli hükümler açısından nitelikli hal olarak değerlendirilir. Meselâ, kasten öldürme suçu (m. 82/1-8) ve kasten yaralama (müessir fiil) suçu (m.86/3-c) gibi. CMK m.100/2-b'de, "Tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişiminde bulunma" bir tutuklama sebebi ve başkaları kavramına bilirkişilerde dâhil edildiğinden bilirkişiye yönelik baskıda tutuklama sebebidir. Bilirkişi, zimmet suçu (TCK Md. 247), irtikâp suçu(TCK Md. 250), rüşvet suçu (TCK Md. 252), sırrın masuniyetini ihlal suçu (TCK Md. 258), suçu bildirmeme suçu (TCK Md. 279), sağlık mesleği mensubunun suçu bildirmeme suçu (TCK Md. 280), suç delillerini yok etme, gizleme ya da değiştirme suçu (TCK Md. 281), soruşturma hakkında açıklamalarda bulunmuş ise, soruşturmanın gizliliğini ihlal suçu (TCK Md. 285) ve bilirkişi gerçeğe aykırı raporla şüpheli ya da sanık resmî bir sağlık kurumuna yatırılırsa şahıs hürriyetini mahrum bırakma suçunu işleyebilir(TCK Md. 109).

Bilirkişi hukuka aykırı olarak şahsî verileri kayıt ederse, kişisel verileri hukuka aykırı kayıt etme suçunu işler (TCK Md. 135/I). Kişisel verileri hukuka aykırı olarak bir başkasına verir, yayar ya da ele geçirir ise, kişisel verileri hukuka aykırı olarak verme ya da ele geçirme suçu işler (TCK Md. 136). Kamu görevlisi olduğu içinde ceza artırılarak verilir(TCK Md. 137).

CMK Md. 63/I gereği, Hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukukî bilgi için bilirkişi atanmışsa ve bilirkişi de gerçeğe aykırı mütalaada bulunmuşsa mütalaanın gerçeğe aykırılığında söz edilemez. Dolayısıyla da gerçeğe aykırı mütalaa

suçu işlenmez⁸². Heyet halinde verilen bilirkişi raporlarında ise, raporun farklı uzmanlık alanı nedeniyle belli kısımları belirli kişilerce hazırlanmış ve gerçeğe aykırı ise, sadece bu bilirkişiler sorumludur. Gerçeğe aykırı olarak heyet halinde düzenlenmiş olsa da hiçbir bölümünde belli kısımları belirli kişilerce hazırlanmamış bütün üyeler sorumludur(TCK Md. 37/I).

Kesinleşen bir hükümle netice bulmuş davâ, yemin verdirilen bilirkişinin hükmü etkileyecek şekilde hükümlü aleyhine kasıt ya da ihmâl ile rapor düzenlediği ya da oy verdiği anlaşılırsa, hükümlü lehine yargılamanın yenilenmesi sebebidir(CMK Md. 311/I b).

Bilirkişiler hafif ihmallerinden sorumlu tutmak, ceza ve tazminat korkusuyla bu görevden kaçınmak istemelerine yol açabilir. Bu durumda yargılamaya fayda getirmez. Bu görüşün iki istisnası bulunmaktadır: a) Bilirkişinin yanlış ya da eksikliği kendisine açıklandığı halde, inceleme sırasında veya davacı veya davalının dilekçelerinde açıkça belirtildiği halde bilirkişinin altı çizilmiş ve doğrusu belge, delil ve dosya münderecatı ile belli olan hususta, bu belgeleri ve delilleri yok sayarak yanlışında inat etmesi, mahkemeyi yanıltmaya matuf sayılmalı; bu durumda da hafif ihmalden değil kasttan bahsedilebilir. b) Bilirkişi kendisinden istenen ek raporda bu eksiklik ve yanlışın üzerinde ısrar ederse mesuliyetten kurtulamaz⁸³.

UZMAN MÜTAAALASI

Davanın tarafları, iddia ve savunmalarını güçlendirmek için hukukî konularda dâhil olmak üzere 3. şahısların oy ve görüşlerini alabilir. Bu oy ve görüşe “uzman mütalaası” denir. Bilirkişiden ise, hukukî konularda mütalaa alınamıyordu. Uzman görüşü için “taraf bilirkişisi”, “teknik müşavir”, “uzman tanık” yahut “özel bilirkişi” tabirleri de kullanılmaktadır.

⁸² HAKERİ, Hakan: “Tıbbî Bilirkişinin Cezaî Sorumluluğu”, Ankara Barosu IV. Sağlık Hukuku Kurultayı 23-24 Eylül 2011, Ankara-2012, s.405.

⁸³ AKYÖL, Şener: “Hukuk Usulünde Bilirkişilerle İlgili Bazı Problemler” Mukayeseli Hukukta Bilirkişilik ve Sorunları, Yargıtay’ın Kuruluşunun 125. Yılı, Birinci Bölüm, Afşaroglu Matbaası, Yayın Yılı ve Yeri Yok, s.76.

Özel bilirkişi raporunun dilekçe ekinde sunulması hukukî mahiyetle ilgili olmayıp sunuluş tarzıdır. Özel bilirkişi hâkime yardımcı olan delil değerlendirme aracı olarak nitelendirilebilir. Bu yönüyle de özel bilirkişinin raporu, genel olarak bilirkişi raporuyla kısmen benzer mahiyettedir⁸⁴.

Ceza muhakemesinde, cumhuriyet savcısı ya da hâkim re'sen karar alarak uzman mütalaa alabilir. Hukuk muhakemesinde ise, re'sen alma yetkisi yoktur ve taraflara aittir.

CMK 67/VI maddesinde, "Cumhuriyet savcısı, katılan, vekili, şüpheli veya sanık, müdafii veya kanunî temsilci, yargılama konusu olayla ilgili olarak veya bilirkişi raporunun hazırlanmasında değerlendirilmek üzere ya da bilirkişi raporu hakkında, uzmanından bilimsel mütalaa alabilirler. Sadece bu nedenle ayrıca süre istenemez." demektedir. Burada 3 husus sayılmıştır; a) Yargılama konusu olayla ilgili, b) Bilirkişi raporunun hazırlanmasında değerlendirilmek üzere, c) Bilirkişi raporunu verdikten sonra bu rapor hakkında uzmanından bilimsel mütalaa alınabilir.

CMK 66/V maddesinde ise, "İlgililer de merciinden, incelemeler yapılırken bilirkişiye teknik nitelikte bilgiler verebilecek olan ve ismen belirleyecekleri kişileri dinlemeleri veya bazı araştırmaların yapılması hususlarında karar verilmesini isteyebilir." demekle, CMK 67/VI fıkrasının ikinci kısmına hitap etmektedir.

CMK 68/III maddesinde, " Cumhuriyet savcısının, katılanın, vekilinin, şüphelinin veya sanığın, müdafinin veya kanunî temsilcinin istemi üzerine bilimsel mütalaa hazırlayan uzmanın duruşmada dinlenmesi hususunda da yukarıdaki fıkralar hükümleri uygulanır." demektedir.

Şahit dinletmek istediğinizde ve kabul edilmediğinde bu tutanağa geçirilmektedir. Bu husus uzman içinde geçerli olup, dinlemezler ise tutanağa yazdırılması gerekir. Bilirkişi uzman-

⁸⁴ SARISÖZEN, M. Serhat: "Özel Bilirkişi (Uzman Görüşü)" Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan, Cilt:2, Yetkin Yayınları, Ankara-2014, s.1704.

dan üstündür denmesi doğru değildir; fakat uzmanı taraflar belirlediği için taraf lehine mütalaada bulunabilir. Burada muhakemelerin süjelerinin ikna edilmesi sözkonusu olacağından konusunda uzman ve objektif şahıslardan mütalaa alınmalıdır.

Hukuk muhakemelerinde ayrı bir hüküm olarak uzman mütalaası düzenlenmiştir(HMK Md. 293).

HMK' md 293 " 1) Taraflar, dava konusu olayla ilgili olarak, uzmanından bilimsel mütalaa alabilirler. Sadece bu nedenle ayrıca süre istenemez.

(2) Hâkim, talep üzerine veya resen, kendisinden rapor alınan uzman kişinin davet edilerek dinlenilmesine karar verebilir. Uzman kişinin çağrıldığı duruşmada hâkim ve taraflar gerekli soruları sorabilir.

(3) Uzman kişi çağrıldığı duruşmaya geçerli bir özrü olmadan gelmezse, hazırlamış olduğu rapor mahkemece değerlendirmeye tabi tutulmaz."

Uzman mütalaası bilirkişi mütalaası farkları:

Bilirkişiliğe çözümü hukuk dışında olan özel ve teknik bilgiyi gerektiren hususlarda başvurulmaktadır. Uzman görüşü için ise, özel ve teknik bilgi yanında hukukî konularda da alınabilir.

Bilirkişi görüşü genellikle tahkikat aşamasında olduğu halde, uzman görüşü davanın başındaki evrede de alınabilir.

Hâkim ya da Cumhuriyet savcısı arasında kamusal bir münasebet olduğu halde, uzman ile uzman görüşü isteyen şahıs arasında akdî bir münasebet vardır.

Bilirkişi mahkemenin ve tarafların muhatabı olmasına karşılık, uzman kendisine başvuranın muhatabıdır.

Bilirkişi giderleri yargılama giderlerinin bir parçası olduğu halde, hukuk muhakemesinde uzmana ödenen ücret yargılama giderlerinden sayılmamaktadır. Kim uzmana başvurmuş ise, ücretini ödemelidir. Ceza muhakemesinde ise, Cumhuri-

yet savcısı uzmandan görüş istemiş ise yargılama giderlerinin bir parçasıdır.

Uzman, yemin etmemektedir. Bilirkişiler gibi sorumluluğu kanunda açıkça düzenlenmemiş olmasından dolayı görüşlerine tereddütlü bakılmaktadır.

Uzman hangi konuda görevlendirileceği, kendini görevlendiren tarafça belirlenir. Sadece kendini görevlendiren tarafa soru sorabilir.

Uzman TCK Md. 276 suçu olan gerçeğe aykırı bilirkişilik suçunu yemin etmedikleri ve yetkili kurul tarafından atanmadıkları için işlemiş olmazlar. Bu durumda kamu hizmeti yürüten uzman, gerçeğe aykırı olarak mütalaada bulunursa diğer şartlarda mevcutsa görevi kötüye kullanma suçu oluşur(TCK Md.257).

Uzman çağrıldığı oturuma gelmek zorunda olup, gelmez ise, HMK 293/III hükmü gereği hazırlamış olduğu rapor değerlendirilmeye alınmaz. Hâkim serbestçe dikkate alır; fakat dikkate almadığında sebeplerini belirterek tutanağa yazdırması gerekir. Uzman görüşüne itibar edilmemesinin kararda tartışılmaması, hukukî dinlenilmeme hakkının ihlali manasına gelir.

Uzman görüşü istenilen konunun uzmanı olması, mütalasını tarafsızlık içerisinde hazırlayıp vermesi, dürüst, bu konuda yazdığı değişik tarihli mütalaalarında çelişki görüşleri olmaması gerekir.

Bilirkişi görüşü ispat hukuk açısından, takdiri delil olup, uzman görüşü ise, başlı başına delil olmayıp “yazılı belgeye bağlanmış taraf beyanıdır.”

TİBBÎ BİLİRKİŞİLİK

Tıbbî uygulamalardaki hekim hataları, mağdur ya da yakınları tarafından yargıya götürüldüğü yaygınlaşmıştır. Önceleri hasta öldü ya da sakat kaldığı zaman Allâh’tan, iyileştiği za-

man ise hekimden kaynaklanmakta idi. Artık bu anlayış yerine hasta haklarında bilinçli çağdaş toplum anlayışı vardır.

Hekim bilirkişiler, vücut da oluşan travmatik lezyonların özelliği, nasıl yapıldığı, insanlara ait her türlü biyolojik delillerin incelenmesi, suçlunun, mağdurun ve medenî haklarını kullanmak isteyenlerin durumlarının tespitini ve tanımlanmasını yapar⁸⁵.

Hekim bilirkişiler, adli tıp alanındaki bilgi ve tecrübeleri ile bir davada gerçeği arayan taraflara yardımcı olmakta, hiçbir zaman da ispatın kendisi değil; ancak bir ispat vasıtası konusunda bulunmaktadır⁸⁶.

Hekim ya da diğer sağlık meslek mensuplarının amacı hastayı tedavi ederek sağlığına kavuşturmaktır. Buna rağmen istenilmeyen zarar verici sonuçlar oluşmaktadır.

Tıbbî bilirkişilik görevinin yapılması için, tıp bilimlerinde öğretim görmüş olunmalıdır. Meselâ, Hekim, hemşire, eczacı, dişhekimisi, acil tıp teknisyeni gibi.

Sağlık meslek mensupları tıbbî uygulamalarda risklerle karşılaşır. Bu risk tıbbî uygulamanın olağan risklerinden ise, izin verilen risk (komplikasyon) tir. Tıbbî müdahale sırasında standartlara uygun müdahaleye rağmen oluşan ve öngörülmesi mümkün olmayan zararlı sonuçlar komplikasyon olup, hekim sorumlu olmaz. Diğer taraftan, tıbbin öngördüğü risk alanında (komplikasyon) oluşan sonuçlardan hukukî ve etik olarak sorumlu olmazlar. Sağlık personeli tıbbî tedavi sırasında ihmal ve kasten hareket etmiş ise yani kusurlu ise sorumlu olur. Hastanın tedavi sürecinde ya da sonrasında oluşan zararlı sonuç hekimin kusurlu davranışı ile ortaya çıkmışsa sorumlu olur. Zararlı sonuçtaki hekim sorumluluğunu tıbbî bilirkişi tespit eder. Tıbbî müdahalede bulunan hekimin müdahalesi ile zararlı netice arasındaki illiyet (nedensellik) bağı tıbbî bi-

⁸⁵ ÖZDEN, Salih Yaşar: Adli Psikiyatri, Gözden Geçirilmiş 2. Basım, Nobel Yayınları, Ankara-2015, s.110.

⁸⁶ ÖZDEN, Salih Yaşar: Adli Psikiyatri, Gözden Geçirilmiş 2. Basım, Nobel Yayınları, Ankara-2015, s.110.

lirkişi tarafından ortaya konur. Tıbbî standartlara aykırı müdahalenin varlığı ve doğan zararlı sonuç arasında illiyet bağı kurulurken maddî hukuk ve usûl hukuku kurallarının birlikte değerlendirilmelidir.

Tıbbî bilirkişi, tıbbî müdahalede bulunan sağlık meslek mensubunun eğitim seviyesi, tıbbın bulunduğu standart, tıbbî müdahale şartları dikkate alınarak olay hakkında rapor düzenlemesi gerekir.

Mahkeme çözümü zor sorunlarda kendi uzmanlık bilgisine güvenerek yanlış bir değerlendirme yapıp karar verirse bu sebepten üst mahkeme kararı bozabilir. Bununla birlikte yargısal kararlarda “kendi uzmanlık bilgisi” kriteri için sıkı şartlar (BGHSt 23, 8[12]) getirilip giderek hâkimin takdir yetkisinin daha fazla sınırlandırılması eğilimi ortaya çıkmıştır. Tıbbî ve psikiyatrik-psikolojik problemlerde verilecek kararlarda, yargı bilirkişi çağrılmasını çoğunlukla gerekli görerek bunu mecburi şart saymaktadır. Ceza muhakemesinde, kusur yeteneği değerlendirilmesinde durum bu şekildedir. Kusur yeteneği tespitinde, failin psikiyatrik bir hastalığı olup olmadığı veya özel bir psikolojik durum içerisinde hareket edip etmediğinin tespiti alınarak kusur yeteneğinin olup olmadığına hâkim karar verecektir. Bu şartlarda mecburi olarak bilirkişi tayin edilmesi gerekir. “In dubio pro aestimatore” kuralı geçerlidir⁸⁷.

Bilirkişi raporunda sorunlara yer vermek için gösterilecek özel bir özen durumu söz konusudur. Bilirkişiler, mahkemeler ve tıbbi bilirkişiler arasındaki görev dağılımını yanlış bir şekilde değerlendirmektedirler. Savcılıklar ve mahkemeler bilirkişilerin mahkeme ve tıbbî bilirkişiler arasındaki görev dağılımının yanlış değerlendirme sorununa şimdiye kadar somut bir çözüm getirememişlerdir⁸⁸. Bilirkişi hiçbir zaman hekimin

⁸⁷ ROSENAU, Henning: “Tıp Hukukuna İlişkin Yargılamalarda Bilirkişi” VIII. Türk-Alman Tıp hukuku Sempozyumu (VIII. Türkisch-Deutsches Symposium Zum Medizinrecht) Hekim Sorumluluğu 7-8 Ekim 2011 Diyarbakır Editörler: Prof. Dr. Dr. h. c. Hakan HAKERİ/ Prof. Dr. Henning ROSENAU, Adalet Yayınevi, Ankara-2012, s. 394.

⁸⁸ OLG Bremen VersR 2001, 785.

mesleki hata yapıp yapmadığını veya bu alanda ihmalle⁸⁹ veya ağır ihmalle davranıp davranmadığı ile ilgilenmez. Teşhis hatasında, basit ve ağır ihmalin tespiti hukukî bir sorun ve çözümü mahkemenin işidir.

Polat'a göre, "ortaya çıkan zarar uygulamanın; tıp biliminin bugün ulaştığı bilimsel ve teknik düzeyi, uygulamanın yapıldığı ortamın koşulları, uygulamayı yapanın eğitim düzeyi gözönünde bulundurulduğunda; aynı ortam koşullarında aynı yetkinlik düzeyinde bir hekimin göstermesi gereken özen gösterildiği halde öngörülmeyecek bir sonucu ise bu istenmeyen sonuçtur ve hekimin bunda sorumluluğu yoktur." Tıbbî uygulamada ortaya çıkan zararlara da iyatrojenik zarar adı verilir⁹⁰.

1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarz-ı İcrasına Dair Kanun 13. maddesine göre, "Bir şahsın ahvali bedeniye ve akliyesi hakkında rapor tanzimine münhasıran bu kanunla icrayı sanat salahiyeti olan tabipler mezundur. Türkiye'de icrayı sanat salahiyetini haiz olmayan tabiplerin raporları muteber olmaz" .Bu durumda tıp meslekleri ile ilgili bilirkişilik yapacak kimseler mezkûr kanuna göre, tabiplik mesleğini yapmaya yetkili şahıslardır. Tabipler ve diğer sağlık meslek mensupları resmî bilirkişiler olup, ayrıca incelemenin yapılması için gerekli olan mesleği yapmaya yetkilidir. Tabipler ve diğer sağlık meslek mensupları bilirkişilik görevini kabule mecburdurlar⁹¹.

Doktrinde isabetli olarak bilirkişi raporunun 4 temel unsuru ve şartı içermesi gerektiği ileri sürülmektedir. a) Tamamlık (Bütünsellik); b) Benimsenebilirlik; c) İnanırcılık; d) Çözülmesi gerekli özel ve teknik sorunlar dışında kalan hukukî soru(n)ları cevaplamama⁹².

⁸⁹ BGH NJW 2001, 2794.

⁹⁰ POLAT, Oğuz: Tıbbî Uygulama Hataları, Seçkin Yayınları, Ankara-2005, s.31.

⁹¹ KESKİN, Adem: "Yüksek Sağlık Şuramızın Hukuk Düzenimizde Yeri ve İşlevi", Ankara Barosu- Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sağlık Hukuku Kurultayı 1-3 Kasım 2007, Ankara-2008, s.350.

⁹² Bühler, Alfred, ERwartungen des Richters an den Sachverständigen, AJP/PJA 1999, 567, Nakleden: Prof. Dr. Mehmet DEMİR, "Tıbbî Sorumluluk ve Tazminat Davalarında Bilirkişi", Ankara Barosu IV. Sağlık Hukuku Kurultayı 23-24 Eylül 2011, Ankara-2012, s.433-434.

Ceza Muhakemesi Hukukunda Tıbbî Bilirkişiliğin Mecburî Olduğu Haller

Tedavi ve Muhafaza Hallerinde:

Gözlem Altına Alınması

“ (1) 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; **uzman hekimin önerisi** üzerine, Cumhuriyet savcısının ve müdafinin dinlenmesinden sonra resmî bir sağlık kurumunda gözlem altına alınmasına, soruşturma evresinde sulh ceza hâkimi, kovuşturma evresinde mahkeme tarafından karar verilebilir.

(2) Şüpheli veya sanığın müdafii yoksa hâkim veya mahkemenin istemi üzerine, baro tarafından bir müdafii görevlendirilir.

(3) Gözlem süresi üç haftayı geçemez. Bu sürenin yetmeyeceği anlaşılırsa resmî sağlık kurumunun istemi üzerine, her seferinde üç haftayı geçmemek üzere ek süreler verilebilir; ancak sürelerin toplamı üç ayı geçemez.

(4) Gözlem altına alınma kararına karşı itiraz yoluna gidilebilir; itiraz, kararın yerine getirilmesini durdurur.

(5) Bu Madde hükmü, 223 üncü Maddenin sekizinci fıkrası gereğince yargılamanın durması kararı verilmesi gereken hâllerde de uygulanır.”(CMK. Md.74).

Mezkûr hüküm gereği resmî bir sağlık kurumunda gözlem altına alma akıl hastalıkları uzmanı hekimin önerisi alınarak hâkimin takdirine bırakılmıştır.

Şüpheli veya Sanığın Beden Muayenesi ve Vücutundan Örnek Alınması Hallerinde

“1) Bir suçla ilişkin delil elde etmek için şüpheli veya sanık üzerinde iç beden muayenesi yapılabilmesine ya da vücuttan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tır-

nak gibi örnekler alınabilmesine; Cumhuriyet savcısı veya mağdurun istemiyle ya da re'sen hâkim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilir. Cumhuriyet savcısının kararı, yirmidört saat içinde hâkim veya mahkemenin onayına sunulur. Hâkim veya mahkeme, yirmidört saat içinde kararını verir. Onaylanmayan kararlar hükümsüz kalır ve elde edilen deliller kullanılamaz.

(2) İç beden muayenesi yapılabilmesi veya vücuttan kan veya benzeri biyolojik örnekler alınabilmesi için müdahalenin, kişinin sağlığına zarar verme tehlikesinin bulunmaması gerekir.

(3) İç beden muayenesi veya vücuttan kan veya benzeri biyolojik örnekler alınması, **ancak tabip veya sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından** yapılabilir.

(4) Cinsel organlar veya anüs bölgesinde yapılan muayene de iç beden muayenesi sayılır.

(5) Üst sınırı iki yıldan daha az hapis cezasını gerektiren suçlarda, kişi üzerinde iç beden muayenesi yapılamaz; kişiden kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınamaz.

(6) Bu Madde gereğince alınacak hâkim veya mahkeme kararlarına itiraz edilebilir.

(7) Özel kanunlardaki alkol muayenesine ve kan örneği alınmasına ilişkin hükümler saklıdır." (CMK. Md.75).

Mağdur ve Diğer Kişilerin Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması

" (1) Bir suça 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 cerrahî bir müdahalede bulunmamak koşuluyla; Cumhuriyet savcısının istemiyle ya da re'sen hâkim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bul-

nan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilir. Cumhuriyet savcısının kararı, yirmidört saat içinde hâkim veya mahkemenin onayına sunulur. Hâkim veya mahkeme, yirmidört saat içinde kararını verir. Onaylanmayan kararlar hükümsüz kalır ve elde edilen deliller kullanılamaz.

(2) Mağdurun rızasının varlığı halinde, bu işlemlerin yapılabilmesi için birinci fıkra hükmüne göre karar alınmasına gerek yoktur.

(3) Çocuğun soy bağının araştırılmasına gerek duyulması halinde; bu araştırmanın yapılabilmesi için birinci fıkra hükmüne göre karar alınması gerekir.

(4) Tanıklıktan çekinme sebepleri ile muayeneden veya vücuttan örnek alınmasından kaçınılabılır. 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 kullanılamaz.

(5) Bu Madde gereğince verilen hâkim veya mahkeme kararlarına itiraz edilebilir." (CMK. Md.76).

Kadının Muayenesi

"(1) Kadının muayenesi, istemi halinde ve olanaklar elverdiğinde bir **kadın hekim** tarafından yapılır." (CMK. Md.77). Aynı doğrultuda düzenlenen, Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik Kadının muayenesi başlıklı 11. maddesi,

"Kadının muayenesi, istemi hâlinde ve olanaklar elverdiğinde bir kadın tabip tarafından yapılır.

Muayene edilecek kadının talebine rağmen bir kadın tabibin bulunmasına olanakların elvermediği durumlarda; muaye-

ne sırasında tabip ile birlikte bir başka kadın sağlık mesleği personelinin bulundurulmasına özen gösterilir.”

Mezkûr Yönetmelik hükmü, pozitif ayrımcılık ilkesine dayanarak ve travma sonrası ruhsal şartları gözetilerek düzenlemiştir. Uluslararası uygulamada özellikle bir erkeğin şiddetine maruz kalan kadınlarda muayeneyi ve hasta hekim iletişimini zorlaştıran durumları ortadan kaldırmak, hasta hekim ilişkisinde muayene ve örnek alma sürecinde hastanın katılabileceği bir ortam oluşturulmalıdır⁹³.

Moleküler Genetik İncelemeler

“ (1) 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 moleküler genetik incelemeler yapılabilir. Alınan örnekler üzerinde bu amaçlar dışında tespitler yapılmasına yönelik incelemeler yasaktır.

(2) Birinci fıkra uyarınca yapılabilen incelemeler, bulunan ve kime ait olduğu belli olmayan beden parçaları üzerinde de yapılabilir. Birinci fıkranın ikinci cümlesi, bu halde de uygulanır.” (CMK. Md.78).

Hâkimin Kararı ve İnceleme Yapılması

“ (1) 78 inci Madde uyarınca moleküler genetik incelemeler yapılmasına sadece hâkim karar verebilir. Kararda inceleme ile görevlendirilen bilirkişi de gösterilir.

(2) Yapılacak incelemeler için resmen atanan veya bilirkişilikle yükümlü olan ya da soruşturma veya kovuşturmayı

⁹³ FİNCANCI, Korur/ YORULMAZ, Coşkun: “Beden Muayenesi”, Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi, Editörler: ÇETİN, Gürsel/ YORULMAZ, Coşkun İstanbul Üniversitesi Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Sürekli Tıp Eğitimi Etkinlikler Sempozyum Dizisi No:48, İstanbul-2006, s.146.

yürüten makama mensup olmayan veya bu makamın so-
ruşturma veya kovuşturmayı yürüten dairesinden teşkilât
yapısı itibarıyla ve objektif olarak ayrı bir birimine mensup
olan görevliler, bilirkişi olarak görevlendirilebilirler. Bu ki-
şiler, teknik ve teşkilât bakımından uygun tedbirlerle yasak
moleküler genetik incelemelerin yapılmasını ve yetkisiz
üçüncü kişilerin bilgi edinmesini önlemekle yükümlüdür-
ler. İncelenecek bulgu, bilirkişiye ilgilinin adı ve soyadı, ad-
resi, doğum tarihi bildirilmeksizin verilir.” (CMK. Md.79).

Genetik İnceleme Sonuçlarının Gizliliği

“(1) 75, 76 ve 78 inci Madde hükümlerine göre alınan örnek-
ler üzerinde yapılan inceleme sonuçları, kişisel veri niteli-
ğinde olup, başka bir amaçla kullanılamaz; dosya içeriğini
öğrenme yetkisine sahip bulunan kişiler tarafından bir baş-
kasına verilemez.

(2) Bu bilgiler, kovuşturmaya yer olmadığı kararına itiraz
süresinin dolması, itirazın reddi, beraat veya ceza veril-
mesine yer olmadığı kararı verilip kesinleşmesi hâllerinde
Cumhuriyet savcısının huzurunda derhâl yok edilir ve bu
husus dosyasında muhafaza edilmek üzere tutanağa geçiri-
lir.” (CMK. Md.80).

Ölünün Kimliğini Belirleme ve Adli Muayene

“(1) Engelleyici sebepler olmadıkça ölü muayenesinden
veya otopside 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.

(2) Ölünün adli muayenesinde tıbbî belirtiler, ölüm zamanı
ve ölüm nedenini belirlemek için tüm bulgular saptanır.

(3) Bu muayene, Cumhuriyet savcısının huzurunda ve bir
hekim görevlendirilerek yapılır.” (CMK. Md.86). Buna adli
ölü muayenesi de denir.

Otopsi Bilirkişiliği

Otopsi, ölüm sebebinin tespitidir. Ölüm sebebinin kanunî kurumlar tarafından istenmesinde mevzuata göre yapılan otopsi adli otopsidir (forensic autopsy). Ölümün adli bir durumunun olmadığı ve ölüm sebebinin tespitinin yakınları veya hekimlerce istenmesinde yapılan otopsilere tıbbî otopsi (clinical autopsy) denir⁹⁴. Adli otopsi, ölüm sebebinin tespit edilmesi yanında adli nitelik taşıyan olayın delillerini tespit amacı da taşır. Tıbbî otopside farklı olarak, ölenin kimliğinin tespiti delillerin toplanması, suç failinin kimliğinin tespiti gibi amaçlarla tetkiklerin yapılmasıdır. Bu da göstermektedir ki adli otopside adaletin gerçekleşmesi hedeflenirken, tıbbî otopside, hastalığın bulgu ve semtomları, tanı ve tedavi yöntemleri gibi hastalığa ve tedaviye yönelik olmakta yapılan tedavi ve ölüm arasında klinik ilişki kurulması hedeflenmektedir. Bu da eğitsel ve bilimsel amaç taşıdığını göstermektedir⁹⁵.

Otopsiyi müdahalesini yapacak şahıslar; Cumhuriyet savcısının huzurunda biri adli tıp, diğeri patoloji uzmanı veya diğeri dallardan birisinin mensubu veya biri pratisyen iki hekim tarafından yapılır. Müdafî veya vekil tarafından getirilen hekim de otopside hazır bulunabilir. Zorunluluk bulunduğu otopsi işlemi bir hekim tarafından da yapılabilir; bu durum otopsi raporunda açıkça belirtilir (CMK. Md.87/I).

“Otopsi, cesedin durumu olanak verdiği takdirde, mutlaka baş, göğüs ve karnın açılmasını gerektirir.” (CMK. Md.87/II).

Otopsiyi yapamayacak kişi, ölümünden hemen önceki hastalığında öleni tedavi etmiş olan hekimdir; ancak, bu tabibin otopsi sırasında hazır bulunması ve hastalığın seyri hakkında bilgi vermesi istenebilir. (CMK. Md.87/III).

Gömülmüş bulunan bir ceset, incelenmesi veya otopsi yapılması için mezardan çıkarılması (feth-i kabir) kararı, soruşturma

⁹⁴ KÖK, Ahmet Nezir: Türk Ceza Adalet Sisteminde Adli Tıp Uygulamaları, Seçkin Yayınları, Ankara-2014, s.223.

⁹⁵ İŞLER, Evren: “Otopsinin Tanımı Çeşitleri, Tarihçesi, Amacı ve Önemi”, Legal Hukuk Dergisi Sayı:4, İstanbul-Nisan 2003, s.883-884.

evresinde Cumhuriyet savcısı, kovuşturma evresinde mahkeme tarafından verilir. Mezardan çıkarma kararı, araştırmanın amacını tehlikeye düşürmeyecekse ve ulaşılması da zor değilse ölünün bir yakınına derhâl bildirilir. (CMK. Md.87/IV).

Otopsi işlemleri yapılırken, cesedin görüntüleri kayda alınır (CMK. Md.87/V).

Yeni Doğanın Ölümünde Cesedinin Adli Muayenesi veya Otopsi

Yenidoğan çocuğun sağ mı doğup öldüğü ya da ölümü doğduğu hukuk sistemimiz bakımından önemlidir.

Türk Medenî Kanununun 28. maddesine göre, şahsiyet çocuğun anne karnından sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başlar ve ölümle sona erer (TMK. Md. 28/I).

Çocuk miras hakkına ise sağ doğmak şartıyla, ana rahmine düştüğü andan başlayarak elde eder (TMK. Md. 28/II).

“(1) Yeni doğanın cesedi üzerinde adli muayene veya otopside, doğum sırasında veya doğumdan sonra yaşam bulgularının varlığı ve olağan süresinde doğup doğmadığı ve biyolojik olarak yaşamını rahim dışında sürdürebilecek kadar olgunlaşmış olup olmadığı veya yaşama yeteneği bulunup bulunmadığı saptanır.” (CMK. Md.88).

Çocuk anne rahminde ölmüş ise, adam öldürme suçu kapsamında değerlendirilmez.

Zehirlenme Şüphesi Üzerine Yapılacak İşlem

“(1) Zehirlenme şüphesi olan hâllerde organlardan parça alınırken, görünen şekli ile organın tahribatı tanımlanır. Ölüde veya başka yerlerde bulunmuş şüpheli Maddeler, görevlendirilen uzman tarafından incelenerek tahlil edilir.

(2) Cumhuriyet savcısı veya mahkeme, bu incelemenin, **hekimin katılımıyla** veya onun yönetiminde yapılmasına karar verebilir.” (CMK. Md.89).

Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar

Cinsel saldırı Suçu

Basit cinsel saldırı suçunda, “Cinsel davranışlarla bir kimse- nin vücut dokunulmazlığını ihlâl eden kişi, mağdurun şikâyeti üzerine, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Cinsel davranışın sarkıntılık düzeyinde kalması hâlinde iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilir” (TCK. Md.102/I).

Nitelikli cinsel saldırı suçu ise; “ Fiilin vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, on iki yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur. Bu fiilin eşe karşı işlenmesi hâlinde, soruşturma ve kovuşturmanın yapılması mağdurun şikâyetine bağlıdır” (TCK. Md.102/II).

“(3) Suçun;

- a) Beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı,
- b) Kamu görevinin, vesayet veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle,
- c) Üçüncü derece dâhil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı ya da üvey baba, üvey ana, üvey kardeş, evlat edinen veya evlatlık tarafından,
- d) Silahla veya birden fazla kişi tarafından birlikte,
- e) İnsanların toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunda bulunduğu ortamların sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle, işlenmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilen cezalar yarı oranında artırılır.

(4) Cinsel saldırı için başvuru olan cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması hâlinde, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.

(5) Suç sonucu mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölü- mü hâlinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur.” (TCK. Md.102/III, IV, V).

“Augsburg İlk Derece Mahkemesi’nin 18.07.2011 tarihli kararıyla, bilirkişi A’ya mahkûmun ve ilgili bireyin somut şartlardan kaynaklanan akraba şiddet içeren cinsel suçlara ilişkin yüksek tehlikenin maddî şartları içindeki veya kapalı kurumdaki davranışlarından çıkarsama şartlar veya psikolojik olarak Hasta Şiddet Suçlularının Kapalı Kuruma Yatırılarak Tedavisi Kanunu’nun 1/1. paragrafı altında bulunmasından kaynaklı bütün olarak değerlendirildiğinde, toplum açısından önemli bir tehlikelilik taşıyıp taşımadığı ve mahkûm fiilinin ve ilave olarak gençlik cezasının infazı esnasında ortaya çıkan gelişiminin daha önce zikredilen türde ciddi suçları (31.12.2010 tarihine kadar mer’i haliyle Alman Gençlik Kanunu prg. 7/2) işleme tehlikesinin bulunup bulunmadığının (04.05.2011 tarihli Al. Anayasa Mahkemesi Kararının 3. fıkrası) öngörülebilir olup olmadığı sorusunu cevaplandırmak üzere bir bilirkişi raporu hazırlamak yükümlülüğü yüklenmiştir”⁹⁶.

Müdafinin talebi üzerine bilirkişinin rapor hazırlamasına karar vermiştir. Bilirkişi duruşmada, kendisinden ne istenildiğini bilmediğini ve istenilen yükümlülüklerinin ne olduğunu önceden bilseydi bu şekilde davranmayacağını söylemiştir. Bilirkişi, teşhis aracını da, kendi beyanına göre teşhisin yapılışı açısından yetersiz olan uzmanlığını da kullanmıştır⁹⁷.

Çocukların cinsel istismarı

“(1) Çocuğu cinsel yönden istismar eden kişi, sekiz yıldan on beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Cinsel istismarın sarkıntılık düzeyinde kalması hâlinde üç yıldan sekiz yıla

⁹⁶ Augsburg İlk Derece Mahkemesi’nin Cinsel Suçlarda Bilirkişilikle İlgili 16.07.2012 Tarih ve Jug KLS 401 Js 107041/02 Sayılı Kararı, Çev: Prof. Dr. Dr. h.c. Yener ÜNVER, Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik Karşılaştırmalı Ceza Hukuku Serisi No. 16, Prof. Dr. Feridun YENİSEY’e Armağan, Proje Yöneticisi: Prof. Dr. Kayıhan İÇEL, Editör: Prof. Dr. Dr. h.c. Yener ÜNVER, Seçkin Yayınları, Ankara-2015, s.322.

⁹⁷ Augsburg İlk Derece Mahkemesi’nin Cinsel Suçlarda Bilirkişilikle İlgili 16.07.2012 Tarih ve Jug KLS 401 Js 107041/02 Sayılı Kararı, Çev: Prof. Dr. Dr. h.c. Yener ÜNVER, Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik Karşılaştırmalı Ceza Hukuku Serisi No. 16, Prof. Dr. Feridun YENİSEY’e Armağan, Proje Yöneticisi: Prof. Dr. Kayıhan İÇEL, Editör: Prof. Dr. Dr. h.c. Yener ÜNVER, Seçkin Yayınları, Ankara-2015, s.322.

kadar hapis cezası verilir. Sarkıntılık düzeyinde kalmış suçun failinin çocuk olması hâlinde soruşturma ve kovuşturma yapılması mağdurun, velisinin veya vasisinin şikâyetine bağlıdır. Cinsel istismar deyiminden;

a) On beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış,

b) Diğer çocuklara karşı sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar, anlaşılır.

(2) Cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, on altı yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur.

(3) Suçun;

a) Birden fazla kişi tarafından birlikte,

b) İnsanların toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunda bulunduğu ortamların sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle,

c) Üçüncü derece dâhil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı ya da üvey baba, üvey ana, üvey kardeş veya evlat edinen tarafından,

d) Vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, koruyucu aile veya sağlık hizmeti veren ya da koruma, bakım veya gözetim yükümlülüğü bulunan kişiler tarafından,

e) Kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle, işlenmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır.

(4) Cinsel istismarın, birinci fıkranın (a) bendindeki çocuklara karşı cebir veya tehditle ya da (b) bendindeki çocuklara karşı silah kullanmak suretiyle gerçekleştirilmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır.

(5) Cinsel istismar için başvurulmuş cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması hâlinde, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.

(6) Suç sonucu mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölümlü hâlinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur." (TCK. Md.103).

Reşit olmayanla cinsel ilişki

"(1)Cebir, tehdit ve hile olmaksızın, onbeş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunan kişi, şikayet üzerine, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Suçun mağdur ile arasında evlenme yasağı bulunan kişi tarafından işlenmesi hâlinde, şikâyet aranmaksızın, on yıldan on beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(3) Suçun, evlat edineceği çocuğun evlat edinme öncesi bakımını üstlenen veya koruyucu aile ilişkisi çerçevesinde koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğü bulunan kişi tarafından işlenmesi hâlinde, şikâyet aranmaksızın ikinci fıkraya göre cezaya hükmolunur."(TCK. Md.104).

Cinsel taciz

"(1) Bir kimseyi cinsel amaçlı olarak taciz eden kişi hakkında, mağdurun şikayeti üzerine, üç aydan iki yıla kadar hapis cezasına veya adli para cezasına fiilin çocuğa karşı işlenmesi hâlinde altı aydan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(2) Suçun;

a) Kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin ya da aile içi ilişkisinin sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle,

b) Vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, koruyucu aile veya sağlık hizmeti veren ya da koruma, bakım veya gözetim yükümlülüğü bulunan kişiler tarafından,

c) Aynı işyerinde çalışmanın sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle,

d) Posta veya elektronik haberleşme araçlarının sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle,

e) Teşhir suretiyle, işlenmesi hâlinde yukarıdaki fıkraya göre verilecek ceza yarı oranında artırılır. Bu fiil nedeniyle mağdur; işi bırakmak, okuldan veya ailesinden ayrılmak zorunda kalmış ise verilecek ceza bir yıldan az olamaz.”(TCK. Md.105).

Medenî Usûl Hukukunda Tıbbî Bilirkişilik

Vesayeti Gerektiren Hallerde Bilirkişilik

Türk Medenî Kanunu fiil ehliyetinin şartlarını düzenlemiş olup, reşit(ergin) olmak, kısıtlanmamış (mahcur altına alınmamış) olmak ve temyiz kudretine sahip olmaktır.

Vesayeti Gerektiren Hâller ise şunlardır;

Küçüklük

“Velâyet altında bulunmayan her küçük vesayet altına alınır.

Görevlerini yaparlarken vesayeti gerektiren böyle bir hâlin varlığını öğrenen nüfus memurları, idarî makamlar, noterler ve mahkemeler, bu durumu hemen yetkili vesayet makamına bildirmek zorundadırlar.”(TMK. Md.404).

Kısıtlama

Akıl hastalığı veya akıl zayıflığı

“Akıl hastalığı veya akıl zayıflığı sebebiyle işlerini göremeyen veya korunması ve bakımı için kendisine sürekli yardım gereken ya da başkalarının güvenliğini tehlikeye sokan her ergin kısıtlanır.

Görevlerini yaparlarken vesayet altına alınmayı gerekli kılan bir durumun varlığını öğrenen idarî makamlar, noterler ve

mahkemeler, bu durumu hemen yetkili vesayet makamına bildirmek zorundadırlar .”(TMK. Md.405).

Savurganlık, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, kötü yaşama tarzı, kötü yönetim

“Savurganlığı, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, kötü yaşama tarzı veya malvarlığını kötü yönetmesi sebebiyle kendisini veya ailesini darlık veya yoksulluğa düşürme tehlikesine yol açan ve bu yüzden devamlı korunmaya ve bakıma muhtaç olan ya da başkalarının güvenliğini tehdit eden her ergin kısıtlanır.”(TMK. Md.406).

Özgürlüğü bağlayıcı ceza

“Bir yıl veya daha uzun süreli özgürlüğü bağlayıcı bir cezaya mahkûm olan her ergin kısıtlanır.

Cezayı yerine getirmekle görevli makam, böyle bir hükümlünün cezasını çekmeye başladığını, kendisine vasi atanmak üzere hemen yetkili vesayet makamına bildirmekle yükümlüdür.”(TMK. Md.407).

İstek üzerine

“Yaşlılığı, sakatlığı, deneyimsizliği veya ağır hastalığı sebebiyle işlerini gerektiği gibi yönetemediğini ispat eden her ergin kısıtlanmasını isteyebilir.”(TMK. Md.408).

Usûl

İlgilinin dinlenilmesi ve bilirkişi raporu

“ Bir kimse dinlenilmeden savurganlığı, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, kötü yaşama tarzı, kötü yönetimi veya isteği sebebiyle kısıtlanamaz.

Akıl hastalığı veya akıl zayıflığı sebebiyle kısıtlamaya ancak resmî sağlık kurulu raporu üzerine karar verilir. Hâkim, karar vermeden önce, kurul raporunu göz önünde tutarak kısıtlanması istenen kişiyi dinleyebilir. .”(TMK. Md.409).

Evlenme Ehliyeti ve Engellerinde Bilirkişilik

A. Ehliyetin koşulları; Yaş, ayırt etme gücü,

Yaş

“Erkek veya kadın onyedinci yaşını doldurmadıkça evlenemez.

Ancak, hâkim olağanüstü durumlarda ve pek önemli bir sebeple onaltı yaşını doldurmuş olan erkek veya kadının evlenmesine izin verebilir. Olanak bulundukça karardan önce ana ve baba veya vasi dinlenir.” (TMK m. 124). Bu durumlarda evlenecek şahsın zekâ seviyesinin ve ruhsal durumunun, beden ve düşünce kabiliyetinin evlilik birliğini devam edecek düzeyde olup olmadığının tespit edilmesi için hekimden rapor alındığını görmekteyiz⁹⁸.

“Ayırt etme gücüne sahip olmayanlar evlenemez.” (TMK m. 125).

“Akıl hastaları, evlenmelerinde tıbbî sakınca bulunmadığı resmî sağlık kurulu raporuyla anlaşılmadıkça evlenemezler.” (TMK m. 133). Mezkûr hükümde geçen akıl hastalığı, diğer eşe zara verilecek veya kalıtım (genetik) yoluyla çocuklara intikal edecek ise tıbbî sakınca bulunmaktadır. Evlenmeye karar verecek olanların akıl sağlığı muayenesinden geçmesi gerektiği yönünde yorum yapılması yanlış olur; ancak şikâyet ya da olağanüstü durumun fark edilmesi halinde resmî sağlık kurulu raporu istenir.

Nesebin Reddi ve Babalık Davalarında Bilirkişilik

Nesebin(soybağının) reddi, çocuğun babası tarafından soybağının olmadığı iddiasıdır. “Koca, soybağının reddi davasını açarak babalık karinesini çürütebilir. Bu dava ana ve çocuğa karşı açılır.” (TMK Md. 286/1).

⁹⁸ TÜMER, Ali Rıza: Tıp Mensupları İçin Hukukî Yönleri İle Adli Bilirkişilik, Ankara-2013, s.84.

Babalık davası, evlilik dışı ilişkiden dünyaya gelen çocuğun babası ile soybağı tespiti için, çocuk veya annesi tarafından açılan davaya denir. "Çocuk da dava hakkına sahiptir. Bu dava ana ve kocaya karşı açılır." (TMK Md. 286/II).

Cinsiyet Değişikliği Davalarında Bilirkişilik

"Cinsiyetini değiştirmek isteyen kimse, şahsen başvuruda bulunarak mahkemece cinsiyet değişikliğine izin verilmesini isteyebilir. Ancak, iznin verilebilmesi için, istem sahibinin onsekiz yaşını doldurmuş bulunması ve evli olmaması; ayrıca transseksüel yapıda olup, cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunluluğunu ve üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunduğunu bir eğitim ve araştırma hastanesinden alınacak resmî sağlık kurulu raporuyla belgelemesi şarttır.

Verilen izne bağlı olarak amaç ve tıbbî yöntemlere uygun bir cinsiyet değiştirme ameliyatı gerçekleştirildiğinin resmî sağlık kurulu raporuyla doğrulanması hâlinde, mahkemece nüfus sicilinde gerekli düzeltmenin yapılmasına karar verilir." (TMK Md. 40).

Transseksüel; kendisini karşı cinse ait hissedenden⁹⁹, karşı cinse benzeme isteği duyan veya kendisini karşı cinsten biriymiş gibi hisseden kişilere¹⁰⁰ verilen addır. Hem erkek hem de kadın için geçerlidir. Yani kişi erkek olduğu halde kadın olmayı isteyebilir, kadın olduğu halde erkek olmayı isteyebilir; ancak transseksüel, daha çok ruhsal eğilimler için belirleyici bir kelimedir¹⁰¹.

Sağlık kurulu raporu, cinsiyet değişikliğinde bulunan, psikolojik ve biyolojik özellikleri incelenerek düzenlenmelidir. Kurulda görevliler, hukukî ve etik açıdan da değerlendirme yapmalıdır.

⁹⁹ http://tr.wikipedia.org/wiki/Transseks%C3%BCellik_-_cite_note-1

¹⁰⁰ http://tr.wikipedia.org/wiki/Transseks%C3%BCellik_-_cite_note-2

¹⁰¹ <http://tr.wikipedia.org/wiki/Transseks%C3%BCellik> (01/10/2014).

Boşanma Davâlarında Bilirkişilik

“Eşlerden biri akıl hastası olup da bu yüzden ortak hayat diğer eş için çekilmez hâle gelirse, hastalığın geçmesine olanak bulunmadığı resmî sağlık kurulu raporuyla tespit edilmek koşuluyla bu eş boşanma davası açabilir.” (TMK Md. 165). Akıl hastası eş için alınacak rapor, resmî bilirkişi kurumları ya da bunların olmaması halinde tıp meslek mensuplarından oluşacak heyetten alınmalıdır.

Bedensel Zararlardan Dolayı Tıbbî Bilirkişilik

Geçici işgörmezlik, kalıcı işgörmezlik, ve tedavi giderleri kaybının talep edilmesi gerekir.

Türk Borçlar Kanunu 54. maddesi, “ Bedensel zararlar özellikle şunlardır“:

1. Tedavi giderleri.
2. Kazanç kaybı.
3. Çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar.
4. “Ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar.”

Yaş Tahsisi Davâlarında Tıbbî Bilirkişilik

Doğum tarihinde ay ve gün yazılmamış olan kişi, doğduğu yılın Temmuz ayının 1. günü doğmuş sayılır. Doğduğu ay belli fakat günü belli değilse, o ayın 1. günü doğmuş sayılır.

Yaş Düzeltme, Yaş Küçültme, Yaş Büyütme Davası sadece 1 defa açılır. Çünkü ilk açılan dava gerçek yaş bulunmuştur.

Yaş düzeltme, yaş küçültme, yaş büyütme davası ne zaman açılabilir?

Doğumdan veya gizli nüfus’ tan kütüğe kaydedilmiş olanlar, bu davaları her zaman açabilirler. Herhangi bir zamanaşım süresi yoktur.

Kişi Genel Yazım suretiyle nüfusa kaydedilmiş ise 18 yaşını bitirdikten veya ilk nüfus cüzdanını aldığı tarihten itibaren 6 ay içerisinde Yaş Düzeltme, Yaş Küçültme, Yaş Büyütme Davası açabilir. Bu süre hak düşürücü süredir. Süre bittikten sonra açılacak olan dava reddedilir.

Yaş düzeltme, yaş küçültme, yaş büyütme davası açmak için gereken şartlar:

- a) Yaşı düzeltilecek olan kişinin dış görünüşü, nüfusta yazılı olan yaşa uygun olmamalıdır.
- b) Kişi yaşını büyütme istiyorsa, büyütme istediği yaşta olan kardeşi olmamalıdır.
- c) Kişi yaşını küçültme istiyorsa, Nüfusa yazım gününden daha önceki bir tarihte doğduğunu iddia etmemelidir.
- d) Yaş Düzeltme, Yaş Küçültme, Yaş Büyütme Davası açacak olan kişi hastane, doğumevi gibi bir kurumda doğmuş olmamalıdır. (Bu kurumlarda tutulan kayıtlar kesindir)
- e) Daha önce Yaş Düzeltme, Yaş Küçültme, Yaş Büyütme yapmış olmamalıdır.

Yaş Düzeltme, Yaş Küçültme, Yaş Büyütme Davasını kişi reşid ise kendisi, reşid değilse, velisi veya vasisi açar.

Yaş Düzeltme, Yaş Küçültme, Yaş Büyütme Davası kişinin yerleşim yeri Asliye Hukuk mahkemesinde açılır.

Yaş düzeltme, yaş küçültme, yaş büyütme davası görülme usûlü:

- a) Kişinin nüfus kayıtları getirilir. Aynı yaşta ikiz kardeşi olup olmadığı, ana babasının evlenme tarihi araştırılır.
- b) Yaş Düzeltme, Yaş Küçültme, Yaş Büyütme isteyen küçük duruşmada hazır bulundurulur. Dış görünüşü incelenir. Tam teşekküllü bir hastaneye sevk edilerek kemik yaşı "kemik radyografisi" raporu alınır.

Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun "Nüfus davaları" başlıklı 36. maddesinde,

“(1) Mahkeme kararı ile yapılan kayıt düzeltmelerinde aşağıdaki usûllere uyulur:

a) Nüfus kayıtlarına ilişkin düzeltme davaları, düzeltmeyi isteyen şahıslar ile ilgili resmi dairenin göstereceği lüzum üzerine Cumhuriyet savcıları tarafından yerleşim yeri adresinin bulunduğu yerdeki görevli asliye hukuk mahkemesinde açılır. Kayıt düzeltme davaları Cumhuriyet savcısı ve nüfus müdürü veya görevlendireceği nüfus memuru huzuru ile görülür ve karara bağlanır.

b) Aynı konuya ilişkin olarak nüfus kaydının düzeltilmesi davası ancak bir kere açılabilir. Ad değişikliği halinde, nüfus müdürlüğü bu kişinin çocuklarının baba veya ana adına ilişkin kaydı, soyadı değişikliğinde ise eş ve ergin olmayan çocukların soyadını da düzeltir.

c) Tespit davaları, kaydın iptali veya düzeltilmesi için açılacak davalara karine teşkil eder.

(2) Kişilerin başkasına ait kaydı kullandıklarına ilişkin başvurular Bakanlıkça incelenip sonuçlandırılır.”

Peki, hastanede doğduğuna dair belge alınırsa hastaneden nüfus müdürlüğüne verildiğinde tekrar mahkemelik bir durum olur mu? Yoksa nüfus müdürlüğü kendi içinde halleder mi gelen hastane evrakıyla? Hastaneden alınan sadece doğum raporuyla işlem yapılmıyor. Doğum raporunu nüfus müdürlüğüne değil dilekçeyle birlikte mahkemeye verilmesi gerekir ve bütün belgeler tam ise hâkimin inisiyatifine kalmış bir celsede, iki üç celsede de bitirebilir.

Kanunî haller dışında bilirkişi atama zorunluluğu aşağıdaki gerekçelerle gerekir. a) Delillerin müşterek olması gerekir. b) Bütün süjeler tarafından anlaşılması gerekir. c) Bilirkişi raporuna itiraz etme hususu bulunmakla beraber; ancak özel ve teknik bilgi gerektiren konuda hâkim bilirkişi raporuna müracaat etmeden ben zaten çok iyi biliyorum diyerek hüküm tesis etmişse HMK 266. maddesine aykırılık teşkil eder. Bu kararda temyiz edilebilir. d) Maddi vakıada, özel, teknik bir bilgi ve uz-

manlık gerektiren bir durum var ise, çelişme ilkesi ve savunma hakkı bakımından özellikle de kolektif bir şekilde hüküm vermekten bahsediyorsak mutlaka bilirkişiye müracaat edilmelidir. Doktrinde, bilirkişiye müracaatın ihtiyari olduğunu ve mecburi olduğu durumlarında kanunca düzenlendiğini ifade ederler. Meselâ, “ Akıl hastaları, evlenmelerinde tıbbî sakınca bulunmadığı resmî sağlık kurulu raporuyla anlaşılmadıkça evlenemezler.” (TMK Md. 133).

Hayvan satışında, hayvanın ayıplı olmadığını bilirkişi raporu ile tespit edilmesi gerekir (TBK Md. 224).

Neşir mukavelesinde, “Bedel ödenmesi gereken hâllerde ödenecek miktar belli değilse bedel, hâkim tarafından belirlenir” (TBK Md. 496/II). Hâkim bilirkişinin görüşü alındıktan sonra bedeli takdir edecektir.

“ İşsahibi, eserin tesliminden sonra, işlerin olağan akışına göre imkân bulur bulmaz eseri gözden geçirmek ve ayıpları varsa, bunu uygun bir süre içinde yükleniciye bildirmek zorundadır.

Taraflardan her biri, giderini karşılayarak, eserin bilirkişi tarafından gözden geçirilmesini ve sonucun bir raporla belirlenmesini isteyebilir.”(TBK Md. 474).

Ceza Muhakemesi Kanununda 73. maddesinden başlayarak 89. maddesine kadar bilirkişiye başvurma zorunluluğu getirilmiştir. Otopsi, zehirlenme şüphesi, şüpheli ya da sanığın bilincinin tetkiki, dış beden- iç beden muayenesi Bu hususlarda mutlaka bilirkişiye müracaat edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Geri kalan konularda ise, hâkim bilirkişiye gitse de olur gitmese de olur denmektedir. CMK Md. 63/I hükmünde, “ ... karar verilebilir...” ifadesi sırf özel, teknik bilgi ve uzmanlık gerektiren olaylarda bilirkişiye gidilmesine karar verebilir olması yani tersinden ifadeyle, genel ve hukukî bilgiyle çözülmesi mümkün meselelerde bilirkişiye gidilmeyeceği iddia ediliyor. Bu durumda, hâkim özel ve teknik bilgi gerektirdiğine kanaat oluşturduğu hususta mecburi olarak bilirkişiye başvurabilir.

Yargıtay, “mesleki bilgiyle çözümü olanaklı olmayan konularda hâkimin bilirkişiye başvurması yasa gereğidir”¹⁰². Yargıtay, bilirkişi raporunu takdiri delil olarak kabul etmektedir¹⁰³.

Tıp hukuku açısından hâkimin bilirkişiye başvurusunun kanunen mecburi olduğu haller diğer hukuk disiplinlerle aynıdır. “Bunların dışında hastada tıbbi uygulama sonrası bir zarar ortaya çıktığında bunun uygulamaya bağlı olup olmadığının, uygulamayı yapanın kusurunun bulunup bulunmadığının bilirkişi tarafından belirlenmesi zorunludur. Tıbbi uygulamaya bağlı olarak ortaya çıkan kötü sonuç; istenmemiş, öngörülememiş yahut öngörülüp tedbir alınmış olmasına rağmen oluşmuşsa bu durumda uygulamayı yapan sağlık çalışanınun sorumluluğu söz konusu değildir”¹⁰⁴.

Ceza muhakemesinde ise, sanığın aklî durumunun tetkiki (CMK Md.32, 57, 74), ölünün kimliğini tespit ve adlî muayene (CMK Md.86), otopsi (CMK Md.87), yeni doğan çocuğun cesedinin adlî muayenesi veya otopsi (CMK Md.88), zehirlenme şüphelerinde tetkik (CMK Md.89) tir.

Malpraktis Hataları (Tıbbî Hata, Tıbbî Hizmetlerin Kötü Uygulanması, Tıbbî Yanlış Uygulama) ve Tıbbî Bilirkişilik

Malpraktis kelimesi, Latince male-praxis kelimesinden türemiş ve birinin zararına neden olan meslek erbabı kişinin kötü dikkatsiz faaliyeti anlamına gelir. Bu terim, özen, eğitim, tecrübe, iyi yorum veya ehliyet eksikliği sonucunda meydana gelen zararları kapsar¹⁰⁵. “Komplikasyon; bir hastalığın seyri veya tedavisi esnasında ortaya çıkan, hastalığın kendisinden veya tıbbi müdahalelerden kaynaklanan, ortaya çıkabileceği o konu ile ilgili çevrelerde ve literatürde belirlenmiş olan, kabul edilen,

¹⁰² Yargıtay 15. HD. 12.3.1996, Yargı D., 1996/4, s. 91

¹⁰³ Yargıtay 11. HD., 24.10.1986, Ankara Barosu Dergisi, 1986/6, s. 913.

¹⁰⁴ YÜKSEL, Canan: “Tıbbi Uygulama Hatalarında Bilirkişilik, Kadir Has Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul-2012, s. 9.

¹⁰⁵ ALGAN, Berna: “İstanbul’da Yapılan Adli Otopsilerin Tıbbi Malpraktis Açısından İrdelenmesi”, İstanbul Üniversitesi Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Uzmanlık Tezi Adli Tıp Anabilim Dalı, İstanbul 2012, s. 1.

diğer bir hastalık ya da bozukluktur"¹⁰⁶. İşte bu durum, istenmeyen; fakat önceden oluşması ihtimali bilinebilen, oluşması önlenemeyen zarar verici neticeler bakımından, tıp uygulayıcılarına, izin verilen bir ortam bırakılmasına sebep olmaktadır. Hukuk doktrininde "izin verilen risk alanı" denilen bu alanda gerçekleşen zararlı neticelerden sağlık mesleği mensubu sorumlu tutulamamaktadır¹⁰⁷.

Tıbbî malpraktis, nadiren tek bir nedene bağlı olarak meydana gelebilmektedir. Genellikle insan faktörü (bilgisizlik, zihinsel muhakeme hataları, dikkatsizlik gibi), çevresel faktörler ve tıbbi cihazlar gibi hata oluşması riskini artıran çeşitli faktörler mevcuttur. Bu faktörler, tek başına da tıbbi malpraktis oluşmasına neden olabilir; fakat tıbbi bakım, bir ekip işi olduğundan hata oluşumunda söz konusu faktörler, genellikle iç içe geçmiş durumda karşımıza çıkmaktadır¹⁰⁸.

Dünya Tabipler Birliği'nin 44. Genel Kurulu sonuç bildirgesinde, 'Tıbbi kötü uygulama, hekimin tedavi sırasında standart uygulamayı yapmaması, beceri eksikliği veya hastaya tedavi uygulamaması ile oluşan zarardır. Tıbbi uygulama sırasında öngörülemeyen bilgi ya da beceri noksanlığı sonucu oluşan ise, istenmeyen neticedir ve bunda hekimin sorumluluğu yoktur'. Türk Tabipler Birliği Meslek Etiği kurallarınının 13. Maddesinde ise, 'Bilgisizlik, deneyimsizlik ya da ilgisizlik nedeniyle hastanın zarar görmesi hekimliğin kötü uygulanması anlamına gelir' şeklinde tarif edilmiştir. Tıbbî müdahaleler sağlık personeline izin verilen risk (komplikasyon) sınırlarında tıbbî standartlara uygun yapılması gerekir. Sağlık personeli bu sınırı mazeretsiz olarak aşarsa meydana gelen komplikasyonlardan mesuldür.

¹⁰⁶ ALGAN, Berna: "İstanbul'da Yapılan Adli Otopsislerin Tıbbi Malpraktis Açısından İrdelenmesi", İstanbul Üniversitesi Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Uzmanlık Tezi Adli Tıp Anabilim Dalı, İstanbul 2012, s.11.

¹⁰⁷ SAVAŞ, Halide: Yargıya Yansıyan Tıbbî Müdahale Hataları Seçkin Yayınları, Ankara-2009, s.280.

¹⁰⁸ ÇETİN, Gürsel: "Tıbbî Malpraktis", Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi, Editörler: ÇETİN, Gürsel/ YORULMAZ, Coşkun İstanbul Üniversitesi Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Sürekli Tıp Eğitimi Etkinlikler Sempozyum Dizisi No:48, İstanbul-2006, s.31.

Komplikasyon içerisinde hastaya özenle müdahale etme yükümlülüğü bulunmaktadır.

Sağlık personelinin tıbbî kusuru, **res ipsa loquitur** (halin icabından anlaşılabilceği, kendi kendini anlatacak kadar açık) ise tıbbî bilirkişiye gidilmeden davâ neticelendirilebilir.

Türk Borçlar Kanununa göre, “Vekilin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranış esas alınır” (TBK Md. 506/III).

Tıbbî Deontoloji Nizamnamesi’ ne göre,

“Tabip ve diğ tabibi, ilmî icaplara uygun olarak teşhis koyar ve gereken tedaviyi tatbik eder. Bu faaliyetlerinin mutlak surette şifa ile neticelenmemesinden dolayı, deontoloji bakımından muaheze edilemez.

Tababet prensip ve kaidelerine aykırı veya aldatıcı mahiyette teşhis ve tedavi yasaktır” (TDN Md.13/I, II).

Hasta Hakları Yönetmeliği’nin Tıbbi Gereklere Uygun Teşhis, Tedavi ve Bakım madde başlıklı 11. maddesine göre,

“Hasta, modern tıbbi bilgi ve teknolojinin gereklerine uygun olarak teşhisinin konulmasını, tedavisinin yapılmasını ve bakımını istemek hakkına sahiptir.

Tababetin ilkelerine ve tababet ile ilgili mevzuat hükümlerine aykırı veya aldatıcı mahiyette teşhis ve tedavi yapılamaz.” demektedir.

Türk Tabipler Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları’nın “Hekimin Görev ve Ödevleri” başlıklı 5. maddesine göre, “Hekimin öncelikli görevi, hastalıkları önlemeye ve bilimsel gerekleri yerine getirerek hastaları iyileştirmeye çalışarak insanın yaşamını ve sağlığını korumaktır. Meslek uygulaması sırasında insan onurunu gözetmesi de, hekimin öncelikli ödevidir. Hekim, bu yükümlülüklerini yerine getirebilmek için, gelişmeleri yakından izler.”

Tıp hukuku mevzuatı ve tıp etiği ilkeleri; hekimin hastasına tıbbî standartlara uygun olarak, itina ile müdahalesini öngörmektedir. Bu durumda tıp ilminin geldiği standart hastaya uygulanmalıdır. Bu nedenle hekimlik meslek odaları hekimlerin uzmanlık alanlarına yönelik gelişmeler hakkında hekimlere meslek eğitimi vermelidir. Hekimin malpraktis yapıp yapmadığı tespitinde, yaşadığı bölgedeki tıbbî standardı esas almak, mevzuata ve tıp etiği ilkelerine aykırıdır.

Bayraktar, hekim yerleşmiş ve bir gerçek olarak kabul edilmiş kuralları bilmekle yükümlü olduğunu, yerleşmiş kuralları da bilip bilmeme de hekimin içinde bulunduğu yere (sözgelimi köylerde, dağlarda bulunan hekimden şehirdeki hekim gibi tıbbî yenilikleri izlemesi istenemez), içerisinde bulunduğu ülkenin genel düzeyine ve mütehassısı olup olmamasına göre değerlendirilmesi gerektiğini söylemektedir¹⁰⁹. Bu düşünce günümüz haberleşme araçlarının geldiği nokta ve meslek odalarının, derneklerin yapmak zorunda olduğu eğitim çalışmaları dikkate alındığında isabetli olmamaktadır.

Öztürk'e göre, bir tıbbî hatadan bahsedebilmek için hekimin, yardımcılarının veya müessesenin beklenen ortalama standart bakım uygulamalarındaki kusurları neticesi zarar meydana gelmelidir. "Şiddetli bir penisilin reaksiyonu şayet hastanın ilaç hassasiyeti bilinmekte ise veya doktor hastaya bu konuda soru sormayı ihmal etmişse kusurlu bir aksi netice var demektir. Öte yandan, bu durumu evvelce hiçbir bilmeyen bir hastada benzeri bir zararın ortaya çıkması hekimin kusuru olarak kabul edilemez"¹¹⁰.

Tıbbî uygulamalarda sağlık personelinin hastaya tıp ilmine uygun ya da özenle davranmamasında zarar oluşmuş ise, tıbbî kusur işlenmiştir. Sağlık personeli bulunduğu unvanda kendisinden beklenen tıbbî standarda uygun davranması beklenir.

¹⁰⁹ BAYRAKTAR, Köksal: Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezaî Sorumluluğu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını No:391, İstanbul-1972, s.148.

¹¹⁰ ÖZTÜRK, Atilla: Adli Tıp Uygulamasında Hekim Hataları ve Hekimin Sorumluluğu", İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü Sosyal Bilimler Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, , İstanbul-2002, s.124.

Uzman hekim standardıyla pratisyen hekim standardı aynı değildir.

Hekimlik sözleşmesi, Türk Borçlar Kanunu'nda, doktrin ve yargı içtihatlarında vekâlet sözleşmesi kapsamında değerlendirilir. Buna göre, "Vekil üstlendiği iş ve hizmetleri, vekâlet verenin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle yürütmekle yükümlüdür." (TBK Md. 506/II). Mezkûr kanunda eser sözleşmeleri açısından da, "Yüklenici, üstlendiği edimleri iş sahibinin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle ifa etmek zorundadır." (TBK Md. 471/I).denilmektedir.

Türk Ceza Kanunu'nda, taksirden dolayı sorumluluk özen yükümlülüğü ihlali olarak kabul edilir(TCK Md. 22, 85, 89). Sağlık personeli de, özen yükümlülüğü ve tıbbın standartlarına uygun tıbbî müdahalede bulunmaz ise, taksirden sorumludur.

Tıbbî malpraktis tanımını, hallerini ve sonuçlarını düzenleyen kanun olmayışı en önemli eksikliktir.

Tıbbî malpraktis: "1- Sağlık personelinin kasıt, kusur veya ihmaliyle standart uygulamayı yapmaması, 2- Bilgi ve beceri eksikliği ileyanlış veya eksik teşhiste bulunması veya yanlış tedavi uygulaması ile oluşan ve zarar meydana getiren fiil ve durumlardır. Yani bilgisizlik, deneyim ve ilgisizlik nedeniyle bir hastanın zarar görmesidir. Tüm tıbbî girişimler belli bir risk taşımaktadırlar. Bu riske tıbbî uygulamalarda izin verilen risk denir ve diğer bir adı da komplikasyondur"¹¹¹. Tıpta hatalı uygulama (malpractice) dışında kalan komplikasyon, tıbbî tedavi sırasında görülen ve hekimin hastasına bağlı olmaksızın meydana gelen, tıbben beklenemeyen ve durumu zorlaştırıcı nitelikteki neticelerdir. Müdahale esnasında ve sonrasında bilgi ve beceri eksikliğine dayanmayan ve istenemeyen sonuç (comlication) hekim sorumluluğunu gerektirmemektedir. Tıbbî uygulamalarda, kabul edilebilir ölçülerde kalan rizikonun gerçekleşmesinden doğan zarar, sağlık personelinin sorumluluğunu oluşturmaz zarar tipidir¹¹².

¹¹¹ SAFRAN, Nuran: "Hemşirelik ve Ebelikte Malpraktis", İstanbul Üniversitesi Adli tıp Enstitüsü Sosyal Bilimler Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul-2002, s.72.

¹¹² İNAL, Tamer: "Tıbbî ve Cerrahî Uygulamada Malpraktis ve Komplikas-

İhmal, tıbbî hatalı tedavi davâlarının önde gelen nazariyesidir. Tıbbi hatalı tedavi davasında tazminat alabilmek için davacının aşağıdaki unsurları ispat etmesi gerekir¹¹³.

Sorumluluk(mesuliyet)-Sağlık hizmeti sağlayıcısının davacıya karşı bir sorumluluğu-yani sağlık hizmeti sağlayıcısı/hasta ilişkisi- olduğunun göstergesi;

Sağlık hizmeti standardı-Uygulanan sağlık hizmeti standardı ve sağlık hizmeti sağlayıcısının bu standarttan sapması- yani sorumluluk hali;

Sağlık hizmeti sağlayıcısının sağlık hizmeti standardı ihlali ile yaşanan yaralanma arasında bir neden- sonuç(illiyet) bağlantısı;

Telafi edilebilir bir yaralanma-yani zararlar.

Hâkim, tıbbî uygulamalarda hata olduğu iddiasıyla önüne gelen davâda bilirkişiye müracaat ederek uzmanlık bilgisine başvurmalıdır.

Tıbbi Bilirkişilik Hizmeti Veren Kurum ve Organlar

Ülkemizde tıbbî bilirkişilik için mahkemeler, resmî bilirkişi olan Adli Tıp Kurumu ile Yüksek Sağlık Şurası'ndan görüş talep ederler.

Sağlık Bakanlığı

663 sayılı KHK'nın 58 maddesiyle, " 24/11/2004 tarihli ve 5258 sayılı Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanunu; adı "Aile Hekimliği Kanunu" olarak değiştirilmiş ve 1 inci maddesinde geçen "pilot olarak" ibaresi yürürlükten kaldırılmıştır." 5258 sayılı kanunun 8. maddesine göre hazırlanan Aile hekimliği Uygulama Yönetmeliğine göre, "Adli tıp kurumunun doğrudan hizmet vermediği ve hastane bulunan

yondan Doğan Sorumluluk", Terazi Hukuk Dergisi, Cilt:9, Sayı:100, Seçkin Yayıncılık-2014, s.768.

¹¹³ JASPER, Margeret C.: Hospital Liability Law, Second Edition New York-2008, p.58.

yerlerde yerinde otopsi dışındaki adli tıp hizmetleri hastaneler tarafından verilir. Yerinde otopsi mesai saatleri içerisinde toplum sağlığı merkezi hekimlerince yapılır. Hastane bulunmayan ilçe merkezleri ve entegre sağlık hizmetinin sunulduğu merkezlerde acil sağlık hizmetleri ile yerinde otopsi hizmeti dışındaki adli tabiplik hizmetleri; mesai saatleri içinde aile hekimleri, mesai saatleri dışında ve resmi tatil günlerinde ise ilçe merkezindeki, toplum sağlığı merkezi hekimleri, entegre sağlık hizmeti sunulan merkezlerde çalışan hekimler ve aile hekimlerinin toplamı dikkate alınarak aşağıdaki gibi icap veya aktif nöbet uygulamaları şeklinde yürütülür.

a) Hastane bulunmayan ilçe merkezlerindeki adli tıbbi hizmetler ile acil sağlık hizmetleri mesai saatleri dışında ilçedeki toplum sağlığı merkezi hekimleri ve aile hekimlerince icap veya aktif nöbet şeklinde yürütülür. İlçe merkezindeki toplam hekim sayısı altı veya daha az ise icap, altıdan fazla ise aktif nöbet şeklinde yürütülür.

b) Entegre sağlık hizmetinin sunulduğu merkezlerde toplam hekim sayısı altı ve altıdan az ise mesai saatleri dışındaki adli tıbbi hizmetler ve acil sağlık hizmetleri; toplum sağlığı merkezi hekimleri, entegre sağlık hizmetinin sunulduğu merkezde çalışan hekimler ve aile hekimleri tarafından münavebeli olarak icap nöbeti şeklinde, toplam hekim sayısı altıdan fazla ise münavebeli olarak aktif nöbet şeklinde yürütülür.

c) Hastane bulunmayan ilçe merkezleri ile entegre sağlık hizmetinin sunulduğu merkezlerde aile hekimi sayısı birden fazla ise aile hekimleri hizmet ihtiyacını değerlendirerek mesai saatlerini müdürlüğün onayı ile güne yayarak düzenlerler.”(Md.10/V).

Yüksek Sağlık Şûrası

1593 Sayılı Umumî Hıfzıssıhha Kanunu'nun Birinci Bap'ının Üçüncü Fasılında “Yüksek Sıhhat Şûrası” madde başlığı altında tıbbî bilirkişilik(ehlihibre, ehliivukuf) görevi olan bir

kuruldu¹¹⁴. 11.4.1928 günlü, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarz-ı İcrasına Dair Kanun'un 75. maddesiyle, Yüksek Sağlık Şurasına bilirkişilik görevi verilmiştir. Yüksek Sağlık Şurası, 24/4/1930 tarihli ve 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanununa göre yapısı ve fonksiyonları belirlenmiştir.

181 sayılı Sağlık Bakanlığı'nun Teşkilat ve Görevlerine Dair Kanun Hükmünde Kararname'nin 30, 31 hükümlerine göre faaliyet göstermiştir. 11/10/2011 tarihli 663 sayılı KHK 58/a maddesiyle, 181 sayılı Sağlık Bakanlığı'nun Teşkilat ve Görevlerine Dair Kanun Hükmünde Kararname ve 58/d maddesiyle de, 24/4/1930 tarihli ve 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanununun 10 ilâ 15 inci maddeleri, 17 nci maddesi yürürlükten kaldırılmıştır.

11.4.1928 günlü, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 75. maddesine göre, "Tababet ve şuabatı sanatlarının icrasından mütevellit ceraimde mahkemelerin muvafık görecekları muhtebirin rey ve mütalaasına müracaat hakkındaki serbestileri baki kalmak şartıyla meclisi alii sıhlinin mütalaası istifsar edilir." Yüksek Sağlık Şurası'dan görüş alınması zorunluluğu ile ilgili mezkûr kanun hükmü, 1982 Anayasamıza aykırı bulunarak Anayasa Mahkememizin 03.06.2010 tarih, E.2009/69, K.2010/79 sayılı kararıyla iptal edilmiştir. Mezkûr kararda, "Hukuk devleti ilkesinin en önemli gereklerinden olan bireylerin temel haklarının korunması, diğer unsurları yanında, adil yargılanma hakkının tanınmasını da içermektedir. Mahkeme önünde adil yargılanma hakkının bireylerce kullanılabilmesi her şeyden önce kişinin madde kapsamına giren medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar veya cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda bağımsız ve tarafsız bir mahkemeye müracaat hakkını; bu hakkın kullanılmasından sonra da davasının makul sürede görülmesini isteme hakkını içermektedir. Ceza davasında amaç maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır. İtiraz konusu kuralda, bu amaca hizmet edecek şekilde 1930'lu yıllarda YSS'na resmi bilirkişilik görevi verilmiştir. Söz konusu kuralda, mahkemelerin görüşünü alabileceği üniversitelerin tıp fakülteleri, eğitim veren devlet hastane-

¹¹⁴ Resmî Gazete yayım târihi:06/05/1930 ve Sayı: 1489

BİLİRKİŞİLİĞİN HUKUKSAL YAPISI VE TIBBÎ BİLİRKİŞİLİK

leri veya Adli Tıp Kurumu gibi donanımlı tıbbi kurumlara başvuru olanağının bulunmasına karşın, belirtilen yapısıyla faaliyet gösteren YSS'nin görüşünü almaya mahkemelerin zorlanması ve söz konusu Kurul'un görüşünün alınması için belli bir süre de öngörülmemesi davaların gereksiz yere uzamasına neden olabilecektir. Bu durumun Anayasadaki mahkemelerin bağımsızlığı ve adil yargılama ilkeleriyle bağdaşmadığı açıktır, kuralın iptali gerekir."denilmektedir.

663 Sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri

Hakkında Kanun Hükmünde Kararname¹¹⁵ ile yeniden düzenlenen Yüksek Sağlık Şûrası, sağlık meslek mensuplarının mesleklerini icra ederken ortaya çıkan adli konularda mahkemelere görüş vermek ve idarî soruşturmacılar ve uzlaşma komisyonları için bilirkişi listesi belirlemek üzere onbeş üyeli Yüksek Sağlık Şûrası kurulmuştur (663 Sayılı KHK Md.21/I). Sağlık meslek mensubu olmayan şifacı, sınıkcı gibi şahısların yaptıkları müdahalelerden kaynaklanan zararlardan dolayı Şûr'adan görüş talep edilmemelidir.

Şûr'anın bilirkişilik görevinin devam ettiği görüldüğünden Bakanlık, Şûraya bağlı olarak danışma kurulları ve sağlık mesleklerinin icrasından doğan adli konularda dosyaları inceleyip Şûraya sunmak üzere ihtisas komisyonları oluşturmuştur(663 Sayılı KHK Md.21/VII).

Şûra üyelerinin onüçü Bakan tarafından ülkede sağlık hizmetleri veya eserleri ile tanınmış kişiler arasından seçilir.(663 Sayılı KHK Md.21/II). Bakan tarafından seçilecek kişilerin niteliklerinin "sağlık hizmetleri veya eserleri ile tanınmış" olma kriteri atamalardaki objektif tasarrufun gerçekleşmemesine sebep olabilir. Diğer taraftan Bakanın doğrudan 6 üye ataması diğer üyelerin ise, 3 üye Yüksek Öğretim Kurulu Başkanlığı'nın önerdiği 9 üye arasından; 3 üyede Türk Tabipler Birliği, Türk

¹¹⁵ Resmî Gazete, 2 Kasım 2011 Çarşamba, Sayı : 28103 (Mükerrer), Sağlık Bakanlığı ile Bağlı Kuruluşlarının yeniden yapılandırılması; 6/4/2011 tarihli ve 6223 sayılı Kanunun verdiği yetkiye dayanılarak, Bakanlar Kurulu'nca 11/10/2011 tarihinde kararlaştırılmıştır.

Dışhekimleri Birliği, Türk Eczacılar Birliği tarafından ortaklaşa önerecekleri 9 aday arasından; 1 üye Tıbbî Deontoloji alanında Profesör Öğretim Üyesi olması gerekir.

Yüksek Sağlık Şûrası, sağlıkla ilgili sorunlar ve kanunî düzenlemeler hakkında görüşünü bildirmek, hekimlik mesleğiyle ilgili çalışma ve araştırmalar sırasında yapılan hatalar ve adli sorunlar hakkında bilirkişilik göreviyle yükümlü olan bir danışma kuruluşudur; ancak Yüksek Sağlık Şûrası'nın tıbbî bilirkişilik görevi, hekimlerin meslekleriyle ilgili kusur ve durumlarını belirlemek ve hekimlik mesleğinin icrası sırasında ortaya çıkan tıbbî sorunlardan kaynaklanan adli uyuşmazlıkların çözümü ile sınırlıdır. Tıbbî içerikli diğer adli sorunların çözümü için ise, Adli Tıp Kurumu görevlendirilmiştir¹¹⁶.

Umumi Hıfzıssıhha Kanununun 16. maddesi, "Yüksek Sıhhat Şûrası azasına her devrei içtimaiyeye mahsus olmak üzere her sene bütçesinde miktarı muharrer bir hakkı huzur verilir. Ankara haricinden gelenlere harcırahları ve vekâletçe tayin olunacak yevmiyeleri ita olunur." demektedir.

Yüksek Sağlık Şûra'sının iki temel görevi bulunmaktadır. Birincisi, Bakanlıkça getirilen önemli sağlık konularında tavsiye niteliğinde kararlar almak, ikincisi ise, bazı sağlık sorunları ve tıp mesleklerinin uygulanmasından doğan adli konularda ceza mahkemelerinin talepleri üzerine görüş bildirmek.

Kanaatimizce, Yüksek Sağlık Şûra'sı, Bakanlık bünyesinde faaliyet gösteren idarî birim değil, faaliyetinden dolayı özerk kurum niteliğindedir. Şûra'nın ülkenin sağlıkla ilgili konularda danışma fonksiyonu yapmak üzere danışma kurulları kurulabilir. Şûra'nın ve danışma kurullarının çalışma usûl ve esasları, 28/03/2012 tarih ve 603 sayılı Sağlık Bakanlığı Onayı ile "Yüksek Sağlık Şûrası Çalışma Usûl ve Esasları Hakkında Yönerge" ile düzenlenmiştir.

¹¹⁶ KAYMAKÇI, Süleyman: "Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik", T.C. Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Kamu Hukuku Bilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul-2014, s.64.

Şûraya gelen dosyalar içerisinde Hukuk Müşaviri'nin de bulunduğu sekreteryaya tarafından ön inceleme yapılarak numaralandırılır. Bu inceleme de, dâvâ dosyasının Şûra'nın gündemi alınana girip girmediği, giriyorsa eksikliği olup olmadığı, tesbit edilerek mahkemesine yazı ile bildirimde bulunulur. Ön inceleme sonrasında, dosya tekemmül halde ise, esas numara verilmektedir. Dosyaya Raportör atanmakta, dosyaların hangi savcılık veya mahkemeden geldiğini, ne sorulduğunu, olayın nerede ve nasıl olduğunu, şahsın olaya nasıl karıştığını, mağdurun tetkik ve tedavileri, adli tıp raporları gibi teferruatlı açıklamalar tarih sırasına göre rapor halinde hazırlanarak Şûra toplantı tarihi üyelere bildirilmektedir. İhtisas kurulları ve danışma kurulları bilimsel değerlendirmelerde bulunarak Şûra'ya bilgi vereceklerdir.

Mezkûr Yönerge'nin "Şûranın çalışma usûl ve esasları" başlıklı 5. maddesine göre,

"(1) Şûra yılda en az dört kere, Müsteşar veya görevlendirileceği Müsteşar Yardımcısı başkanlığında en az sekiz üyenin katılımı ile toplanır. Toplantılara üyeler ve görevlilerden başka kimse giremez. Başkan lüzum gördüğü hallerde Şûrayı toplantıya çağırabilir.

(2) Her yıl ilk toplantıda, Şûranın toplanmadığı zamanlarda acele işleri karara bağlamak üzere, Şûra kendi üyeleri arasından bir yıllık süre için üç kişilik bir alt kurul seçer.

(3) Şûrada görüşülmesi istenilen konular ve dosyalar hakkında Genel Müdürlükçe Başkana bilgi sunulur. Başkanın uygun göreceği toplantı tarihi ve gündemi tespit edilir. Gündemin, toplantı tarihinden en az bir hafta önce gerekli belgeler ile Şûra üyelerine bildirilmesi esastır. Toplantı sırasında, Başkanın ya da katılan üyelerin üçte birinin yazılı ya da sözlü talebi üzerine gündeme ek konular ilave edilebilir.

(4) Müzakere usûl ve esasları aşağıda belirtilmiştir:

Müzakereler gündemdeki sıraya göre yapılır.

Şûra, görüşülen konunun gerektirmesi halinde önceden bi-

lirkişi görüşüne başvurabileceği gibi, toplantı sırasında bilirkişiler davet edip dinleyebilir.

Müzakereler sesli olarak kaydedilir ve kararlar bütün üyelerce imzalanıncaya kadar saklanır.

(5) Müzakereler bitip oylamaya geçildikten ya da karar verildikten sonra, karar adli mercilere gönderilinceye kadar, üyelerden herhangi biri müzakerenin tekrarlanmasını Başkandan isteyebilir. Bu durumda, müzakerenin tekrarlanması Başkan tarafından oya sunulur. Oylamanın sonucuna göre, hazır bulunanların yarısından fazlasının tekrarlamaya yolunda oy kullanmış olduğu görülür ise, konu ve dosya yeniden görüşülür.

(6) Görüşülen her bir konu hakkındaki müzakereler bittikten sonra Başkan, başkaca görüş açıklamak isteyeninin olup olmadığını sorar. Söz almak isteyen olmadığı anlaşıldığında, açık oylamaya geçilir. Oylamada ilgili meslek mensubunun ya da meslek mensuplarının kusurlu olup olmadığı değerlendirilir. Kusurlu olduğu sonucuna varıldığında, bunların derecesi yeniden oylamaya sunulur. İhtisas Komisyonları üyeleri, raporörler, bilirkişi hüviyeti ile davetli olarak katılanlar oy kullanamazlar.

(7) Kararlar, katılan üyelerin oy çokluğu ile alınır. Üyeler çekimser kalamaz. Kararlara muhalif kalan üyeler, muhalefet şerhi düşer. Karar taslakları, sekreteryaya tarafından yazılır ve gerektiğinde karar yazımında ilgili üye ya da üyeler görev alır.”

“Görev süresi sona eren üyeler ile evvelce üyelik yapmış olanlara Yüksek Sağlık Şûrası Fahrî Üyesi ve başkanlarına da Onursal Başkan unvanı verilir.” (663 S KHK Md.21/IX).

Adli Tıp Kurumu

Adi tıp; yaralanma, ölüm ya da hukuki ihtilafla sonuçlanan durumlara ait adli soruşturmalarda hekimin tıbbî müdahalesiyle meselelerin tıbbi yönlerini aydınlatmak; kurban, şüpheli ve olaydan etkilenen üçüncü şahısların tıbbi durumunu dökü-

mante etmek ve bu kapsamdaki haklarının korunmasını sağlamak için uygulanan bir alandır¹¹⁷.

Ceza davalarında adlî tabibin rolü 4 safhadaki adlî tahkikata bağlıdır¹¹⁸.

Cürüm veya kabahatin araştırılması ve tespiti: Adalet tabibi tarafından yapılan araştırmaların amacı, adlî vakianın mahiyetini yahut onun sebebini tâyin etmek, ârizî veya tabiî olup olmadığına karar vermektir. Bunun için yapılan işler ise, tahkikat dosyasının adalet hekimliği bakımından tetkiki, yine bu bakımdan yapılan ziyaretler, cesedin kaldırılması, toxco-logique ve biyolojik analiz.

Cürüm vasıtasının araştırılması: Suç oluşturan her türlü delilin tetkiki gerekir.

Cezai mesuliyet derecesinin tayini: Suç işleyenin yeniden psikiyatrik muayenesi yapılmalıdır. Mücrimiyetin tayini: Bu mahkemeye ait olmaktadır. Sanığın cürüm kastını gerektiği takdirde mediko-légal müşahedelere dayanarak ispat etmek Cumhuriyet savcına ve katılana aittir.

Hukuk Mahkemelerinde ise, adalet tabibinin işi maddî bir zararın mevcudiyeti ve buna bir tazminat takdiri hususlarında mahkemeye bilgi vermektir¹¹⁹.

Adlî tıp, "adlî tahkikat esnasında meydana çıkan ve bir hekimin müdahalesi olmaksızın halledilemeyen meselelerle uğraşan ilim. Bu ilim hâkimlere, kanunların doğru ve yerinde tatbikatı için zaruri olan bilgileri (hıfzıssıhha, teşrih, biyoloji, antropoloji, ve psikoloji) öğretmeye yardım eder. Aynı zamanda mevzuatın, hep gelişen ilmî ilerleme ile muvazi ve denk gitmesini sağlamak için kanun alanında yapılması iktiza eden

¹¹⁷ KİND, S/ OVERMAN, M : Science Against Crime, New York: Doubleday- 1972, PP. 12-13. .

¹¹⁸ KAMAY, Behçet Tahsin: Adli Tıp, Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi Yayınlarından, Sayı:80, Birinci Cilt, Üçüncü Bası, Ankara-1959, s.61.

¹¹⁹ KAMAY, Behçet Tahsin: Adli Tıp, Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi Yayınlarından, Sayı:80, Birinci Cilt, Üçüncü Bası, Ankara-1959, s.61.

yenilikleri de gösterir"¹²⁰.

Adlî tıbbın sosyal konularla ilgisinden dolayı diğer tıp dallarından en önemli farkı dinamik ve dışarıya çok açık bir çalışma alanının bulunmasıyla tüm ihtisas dalları içerisinde işbirliğine en açık bilim dalıdır. Şiddet olgularında çocuk hekimleri, acil hekimleri, psikiyatrisiler, cerrahi dallar ve ölüm olgularında patoloji, biyoloji, mikrobiyoloji ve toksikoloji ile işbirliğindedir. Bu nedenle tıp fakültesinde herkesle işbirliğini ve ortak çalışma alanını oluşturması açısından çok pozitif bir durumdur¹²¹.

"Adlî tıp, doğmadan önce ve doğumdan sonra çocukta ve erginde, ruh ve madde bakımından fert ve cemiyet halinde, diride ve ölüde içeride ve dışarıda bütün değişiklikleri adlî işlerle ilgili hallerde inceleyen bir ilimdir."¹²²

Adlî tıp biliminde tıbbî bilirkişilik, hukukî ihtilaflarda tıbbî ilgilendiren konularda hekimlerin bilirkişilik yaparak çözümüne katkı sağladığı en önemli bilirkişilik alanıdır. Hukuk, tıbbî gelişmelerin arkasında kalmasından dolayı yeni gelişmeleri düzenlemeyebilir. Tıbbî bilirkişilikle bu mesele büyük oranda giderilmiş olur. Tıp ve hukuk sürekli iletişim içerisinde olması gerekir. Hukuk düzeninin tek gayesi adaletin tesis edilmesidir. Hukuk ve tıp bilimi arasındaki ilişki nedeniyle adlî tıp bilimi teşekkül etmiştir.

14.04.1982 tarih ve 2659 sayılı Kanun ile kurulan Adlî Tıp Kurumu'nun görevleri şunlardır:

a) Mahkemeler ile hakimlikler ve savcılıklar tarafından gönderilen adli tıpla ilgili konularda bilimsel ve teknik görüş bildirmek,

b) Adli tıp uzmanlığı ve yan dal uzmanlığı eğitimini Tıpta

¹²⁰ Türk Hukuk Lügatı, 4. Baskı, Başbakanlık Basımevi, Ankara-1998, s.5.

¹²¹ KÜPELİ, Ahmet: "CMK ve TCK'da Adli Tıp Uzmanının Bilirkişilik Yüklümlülüğü ve Çapraz Sorgu" Süleyman Demirel Üniversitesi Tıp Fakültesi Adli Tıp Anabilim Dalı Yayınlanmamış Tıpta Uzmanlık Tezi, Isparta-2007, s.4.

¹²² ÖZ, Talat Vasfi: Adlî Tıp, Birinci Bası, Ankara-1945, s.6.

Uzmanlık Tüzüğü çerçevesinde vermek,

c) Adli tıp ve adli bilimler alanlarında çalışmalarını yürütmek üzere seminer, sempozyum, konferans ve benzeri etkinlikler düzenlemek, bunlara ilişkin eğitim programları uygulamak ve ilgili kurum, kuruluş ve kurulların hazırlayacakları adli tıpla ilgili eğitim programlarının yapılmasına ve yürütülmesine yardımcı olmak,

d) Adli tıp hizmetlerinin görülmesi sırasında yapılması zorunlu sağlık hizmetlerini vermek (ATKK Md.2).”

Adli Tıp Kurumunda bilirkişilik görevini yürüten 3 ayrı birim ihdas edilmiştir. Bunlar: “Adli Tıp İhtisas Daireleri”, “Adli Tıp İhtisas Kurulları”, ve “Adli Tıp Genel Kurulu” dur. Bu birimlerde tıbbi bilirkişilik uygulamaları dışında, toksikolojik, biyolojik, balistik ve trafikle ilgili çalışmalar yapılmaktadır.

Adli Tıp İhtisas Kurullarının Görevleri Şunlardır.

“Genel görevleri:

“Bu Kanun kapsamına giren işlerde;

a) Bilirkişilerce,

b) Fizik ve Trafik İhtisas Dairelerinin tıpla ilgili olmayan raporları hariç olmak üzere adli tıp ihtisas dairelerince,

c) Adli tabip veya adli tıp uzmanlarınca,

Verilip de mahkemeler, hakimlikler ve savcılıklar tarafından yeterince kanaat verici nitelikte bulunmayan ve aralarında çelişki olduğu belirlenen raporları inceleyip bilimsel ve teknik görüşlerini bildirmek.

Özel görevleri:

a) Birinci Adli Tıp İhtisas Kurulu:

Ölümlü işler ile diğer kurulların görevlerine girmeyen işler,

b) İkinci Adli Tıp İhtisas Kurulu: Müessir fiiller, ”

c) Üçüncü Adli Tıp İhtisas Kurulu:

İkinci Adli Tıp İhtisas Kurulunun görevine girmeyen Sosyal Sigortalar ve İş Kanunları ile ilgili olaylar, malüliyetler, meslekte kazanma gücü kaybı, meslek hastalıkları ve mesleki kusurlar, hürriyeti bağlayıcı cezaların infazının ertelenmesi, sürekli hastalık, sakatlık ve kocama sebepleri ile belirli kişilerin cezalarının hafifletilmesi veya kaldırılmasına ilişkin işlemler,

d) Dördüncü Adli Tıp İhtisas Kurulu:

Türk Ceza Kanununun 53, 54, 55 ve 57 nci maddeleri ile 58 inci maddesinin bir, iki, dört, beş ve altıncı fıkraları hariç olmak üzere, cezai ehliyet veya bunu kaldıran veya hafifleten sebepler ile hukuki ehliyetin tespiti, Türk Ceza Kanununun 403 ve 404 üncü maddelerinde yazılı uyuşturucu maddeleri kullanan kimselerin alışkanlığı ile ilgili iptila derecesinin belirlenmesine ilişkin işlemler,

e) Beşinci Adli Tıp İhtisas Kurulu:

Zehirlenmeler ile allerji ve immünolojiye, ilaç kimyasına, alışkanlık yapan diğer maddelere ilişkin işler, nesebin belirlenmesine ilişkin işler, halkın sağlığına, yenecek ve içilecek şeylere ilişkin cürümler, uyutucu ve uyuşturucu maddeler, gıda ve ilaçlara ilişkin işler,

f) Altıncı Adli Tıp İhtisas Kurulu:

Genel ahlak ve aile düzeni aleyhine işlenen cürümler, neseb cürümleri, çocuk düşürme veya düşürtme cürümleri, Türk Ceza Kanununun 53, 54, 55 ve 57 nci maddeleri ile 58 inci maddesinin üçüncü fıkrasının dışındaki hususlar ve cinsel iktidar tespiti ile fiile karşı koyup koyamayacağı hususlarının tespiti-ne ve yaş belirlemesine ilişkin işlemler,

Hakkında bilimsel ve teknik görüşlerini bildirmek.” (ATKK Md.16).

Üçüncü Adli Tıp İhtisas Kurulu, meslekî kusurlara bakmaktadır. Sağlık çalışanının meslekî kusurundan kaynaklanan davâlarla ilgili bu kuruldan bilirkişi mütalaası istenmektedir. Bu kurul, bir başkan, adli tıp uzmanı iki üye ve birer Ortopedi ve Travmatoloji, Genel Cerrahi, Nöroloji, İç Hastalıkları Çocuk Sağlığı ve Hastalıkları, Göğüs Hastalıkları ve Enfeksiyon hastalıkları uzmanlarından teşekkül eder.

Adli Tıp ihtisas kurullarından uzman hekimler bulunmakla beraber, bu hekimlerin uzmanlık alanı dışında konulara bakmak zorunda kaldıkları görülür.

Yargıtayın bir kararında¹²³, “Somut olayda, davacını akciğer kanseri olduğu halde davalılar tarafından teşhis edilemediğinden bahis ile açılan tazminat davasında mahkemece alınan 22.9.2011 tarihli üçlü bilirkişi raporunda ..” akciğer grafisinde nodüler lezyon radyolog tarafından tanımlanmasına rağmen akciğer tomografisi de dahil ileri tetkiklerin yapılmamasının..” temel sorun olduğu belirtilmesine rağmen, mahkemece farklı bilirkişilerden alınan 15.5.2012 tarihli raporda ise “...2 ay sonra bilgisayarlı tomografi çekilmesi gerekirken hastanın iki ay sonra gelmediği..” belirtmiş olup bilirkişi raporları arasında çelişki doğmuştur. O halde mahkemece yapılacak iş, Adli Tıp Kurumu İhtisas dairesine dosya tevdi edilerek, davalıların açıklanan hukuki konum ve sorumlulukları, dosyada mevcut delillerle birlikte bir bütün olarak değerlendirilip, tıbbın gerek ve kurallarına göre olayda davalıların sorumluluğunu gerektirecek ihmal ve hata bulunup bulunmadığını gösteren, nedenlerini açıklayıcı, ve raporlar arası çelişkiyi giderici taraf, mahkeme ve Yargıtay denetimine elverişli rapor alınmak suretiyle hasıl olacak sonuca uygun bir karar vermekten ibarettir. Mahkemece, değinilen bu yön gözardı edilerek eksik araştırmayla yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması usul ve yasaya aykırıdır. Bozmayı gerektirir.” demektedir.

¹²³ T.C. Yargıtay 13.Hukuk Dairesi, Esas: 2013 / 7942, Karar: 2014 / 4768, Karar Tarihi: 24.02.2014.

Adli Tıp Genel Kurulunun Görevleri İse Şunlardır.

“Adli Tıp Genel Kurulu;

a) Adli tıp ihtisas kurulları ve ihtisas daireleri tarafından verilip de mahkemeler, hâkimlikler ve savcılıklarca kapsamı itibarıyla yeterince kanaat verici nitelikte bulunmadığı, sebebi de belirtilmek suretiyle bildirilen

işleri,

b) Adli tıp ihtisas kurullarınca oybirliğiyle karara bağlanamamış olan işleri,

c) Adli tıp ihtisas kurullarının verdiği rapor ve görüşleri arasında ortaya çıkan çelişkileri,

d) Adli tıp ihtisas kurulları ile ihtisas dairelerinin rapor ve görüşleri arasında ortaya çıkan çelişkileri,

e) Adli tıp ihtisas kurulları ile adli tıp ihtisas dairelerinin ve adli tıp şube müdürlüklerinin rapor ve görüşleri arasında ortaya çıkan çelişkileri,

f) Adli tıp ihtisas kurulları ile Adli Tıp Kurumu dışındaki sağlık kuruluşlarının verdikleri rapor ve görüşler arasında ortaya çıkan çelişkileri,

Konu ile ilgili uzman üyelerin katılımıyla inceler ve kesin karara bağlar.” (ATKK Md.15).”

Mezkûr hüküm gereği, Adli Tıp genel Kurulunun neticelendirdiği hususlar adli tıp kurumunun nihai görüşü olup, mahkemeleri ve savcılıkları bağlamaz. “Adli Tıp Genel Kurulu kararları nihai olmakla beraber mahkemelerin delilleri serbestçe takdir hususundaki yetkilerini kısıtlamaz (ATKK Md 23/C-3.b)”. Aksi takdirde, yargı organlarının yerine karar verilmiş olur.

Adli Tıp Kurumu yanında, **diğer adli ekspertiz kurumları olarak,**

“Yükseköğretim Kurumları veya birimleri, adli tıp mevzuatı çerçevesinde adli tıp olaylarında ve diğer adli konularda Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununa göre resmi bilirkişi sayılır. Bu birim ve kliniklerde tetkik edilecek adli tıp ile ilgili işler yönetmelikte belirlenir.” (ATKK Md.31).

Bu durumda Adli Tıp Kurumunun kararının yeterli görülmemesi halinde, diğer adli ekspertiz kurumlarından birine başvurulabilir.

Yargıtay bir içtihadında, Yüksek Sağlık Şûrası ile Adli Tıp Kurumu raporları arasında çelişki durumunda Adli Tıp Kurumu Kanunu'nun 15. maddesi hükmünce, çelişkinin giderilmesi için Adli Tıp Genel Kurulu'nun rapor alınması gerektiğine karar vermektedir¹²⁴.

Yargıtay, Adli Tıp ihtisas kurullarının hatalı olarak teşekkül etmesi ve karar vermesini bozma sebebi görmüştür¹²⁵.

¹²⁴ “Pendik Sağlık Grup Başkanlığı'nun 06.03.2000 tarihli, İ.Ü. Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Nöroşirurji Ana Bilim Dalı'nın 25.01.2001 tarihli raporlarında müdahil Mehmet D'de tespit edilen sağ ayağındaki arızasının enjeksiyona bağlı olduğunun ve Adli Tıp Kurumu raporunda enjeksiyonu yapan sanık hemşire PY'nin 2/8 oranında kusurlu bulunduğu bildirilmesine karşın, Yüksek Sağlık Şûrası'nın 27-28 Mart 2002 tarih ve 10502 karar sayılı sanığın savunmasını dayanak kabul ederek verdiği soyut nitelikteki 'enjeksiyonun doğru yerinden yapıldığını ve siyatik sinir seyrinin kişilere göre farklılık gösterdiğinden bahisle sanığın kusursuz olduğunu' bildiren raporuna hangi gerekçelerle üstünlük tanınıp hükme esas alındığı açıklanarak raporlar arasında çelişki yöntemince giderilip ve sanığın savunmasında iddia ettiği müdahilin başka yerde enjeksiyon yaptırıp yaptırmadığı hususu da müdahilden sorulduktan sonra raporlar arasında husule gelen çelişkinin giderilmesi yönünden Adli tıp Genel Kurulundan görüş alınarak sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken ...” Yargıtay 2. CD, 19.04.2005, 21965/6580, bkn: Hakeri (2007a), s. 413; Yargıtay bir kararında, “...dosyadaki raporlar arasında çelişki bulunduğu ve olayın oluşumunu net şekilde ortaya koyan biçimde düzenlenmediği, doğum sonrası ölen anne ve bebeğinin ölümünde sanığın kusurlu davranışlarının etki derecesinin ve her ikisinin ölüm nedenlerinin açıklanamadığı ve aydınlatıcı nitelikte bulunmadıkları hususu gözetilerek; Yüksek Sağlık Şûrası ve Adli Tıp Kurumu raporları arasındaki mübânenetin Adli Tıp Kurumu Büyük Genel Kurulu'na dosyanın gönderilmesi ile aldırılacak nihai rapordan sonra, sonucuna göre belirlenmesi gerekirken, yazılı şekilde beraat kararı verilmesi, .. hükmün bozulmasına, yargılamanın bozma öncesi aşamadan başlayarak sürdürülüp sonuçlandırılmak üzere dosyanın esas/hüküm mahkemesine gönderilmesine, 30.05.2013 tarihinde oybirliği ile karar verildi.” Yargıtay 4. Ceza dairesi, Esas: 2012/ 21402, Karar: 2012 / 16968, Karar Tarihi: 05.07.2012.

¹²⁵ “Mağdure hakkında, Adli Tıp Kurumu 6. ihtisas Kurulunca 22.08.2007 gün ve 3393 sayılı ile verilen raporda sonuç olarak, 24-25.12.2006 tarih-

Üniversitelerin Adli Tıp Anabilim dalları

Üniversitelerimizin Adli Bilimler Enstitüleriyle, Tıp Fakülteleri ve Diğer Sağlık mesleği öğrenimi veren okulları, Tıp Adli Tıp Kurumu yanında, **diğer adli ekspertiz kurumları olarak,**

“Yükseköğretim Kurumları veya birimleri, adli tıp mevzuatı çerçevesinde adli tıp olaylarında ve diğer adli konularda Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununa göre resmi bilirkişi sayılır. Bu birim ve kliniklerde tetkik edilecek adli tıp ile ilgili işler yönetmelikte belirlenir.” (ATKK Md.31). denilmektedir.

2547 sayılı Yüksek Öğrenim Kanunu Madde 38/II'e göre, “Yükseköğretim Kurulunun isteği ve ilgili kamu kuruluşunun onayı ile yükseköğretim kurumları veya birimleri, ilgili adli mercilerin talebi ile adli tıp mevzuatı çerçevesinde adli tıp olaylarında ve diğer adli konularda resmi bilirkişi olarak görevlendirilebilirler”.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun bir kararında, özetle: Tazminat davası - ameliyattan sonra yapılan iğne sonucunda hastanın felç geçirmesi - bilirkişi raporlarının hüküm kurmak için yeterli olmadığı - sorumluluğu belirlemeye yeterli rapor

lerinde mağduru bulunduğu “çocuğun cinsel istismarı” olayı nedeniyle TCY'nın 102/5. maddesi kapsamında beden ve ruh sağlığının bozulup bozulmadığı sorulan mağdurenin, 16.02.2007 ve 15.08.2007 tarihlerinde yapılan muayenesi ve dava dosyasının incelenmesi sonucunda, ruh sağlığını bozacak mahiyet ve derecede olan “travma sonrası stres bozukluğu” denilen ağır nöroz bozukluğu tespit edildiği, bu duruma göre mağduru bulunduğu olaya bağlı olarak ruh sağlığının bozulduğu, durumunun TCY'nın 103/6. maddesine mümas olduğu, 5395 sayılı Çocuk Koruma Yasasının 5/d maddesi gereğince tedavisinin yaptırılmasının uygun olacağı bildirilmiştir. Yerel mahkemece, Adli Tıp Kurumu 6. İhtisas Kurulunun raporu hükme esas alınmış olup, bu raporun ruh sağlığı hastalıkları uzmanı, iki adli tıp uzmanı, kadın hastalıkları ve doğum uzmanı, radyoloji uzmanı, üroloji uzmanı ve çocuk cerrahi uzmanından oluşan, yedi kişilik bir kurul tarafından düzenlendiği anlaşılmaktadır. Ancak, mağdure 1994 doğumlu ve suç tarihi itibarıyla 15 yaşından küçük olup, 6. İhtisas Kurulunda muayenesi ve hakkındaki raporun düzenlenmesi sırasında, inceleme konusunun uzmanı olan çocuk psikiyatrisi uzmanının, görüşmelere katılmadığı görülmektedir. Bu nedenle Adli Tıp Kurumu Yasasının 7/f ve 23/b maddelerine aykırı olarak, konunun uzmanı olan çocuk psikiyatrisi uzmanı bulunmadan düzenlenen raporun, hükme esas alınmayacağına kuşku yoktur. O halde, mağdure hakkında, yeniden ve yasaaya uygun bir şekilde oluşturulmuş bir kuruldan rapor alınarak, sanığın hukuki durumunun buna göre belirlenmesi gerekmektedir”. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 11.05.2010, 2010/5-4 E, 2010/110 K.;

alınması gereği - direnme kararının bozulması “Her ne kadar hükme esas alınan bilirkişi raporlarının sonuç kısımlarında davalıların kusurlu olmadıkları yönünde görüş bildirilmiş ise de; raporlarda davacıların dava dilekçelerinde ileri sürdükleri iddialara cevap verilmediği gibi, davacıların çocuğu Rıdvan’da oluşan rahatsızlık sebep-sonuç ilişkisi içinde yeterli bir şekilde incelenmemiş ve denetime elverişli şekilde bir sonuca ulaşılmamıştır. Yerel mahkemece de bu yetersizliklere işaret edilmek suretiyle ilk rapordan sonra iki ayrı rapor daha alınmasına ihtiyaç duyulmuş, ancak her üç raporda da mahkemece talep edilen hususlara cevap verilmeksizin aynı denilebilecek cümlelerle önceki raporun tekrarı suretiyle raporlar tanzim edilmiştir. Son olarak alınan Adli Tıp Genel Kurul raporunda somut olayı açıklayıcı tek cümle; <kişide meydana gelen sol ayak güçsüzlüğünün enjeksiyon nöropatisi ile uyumlu olduğu ve enjeksiyona bağlı gelişen bir komplikasyon olarak kabul edildiği> cümlesi olup, bu yargıdan hareketle soyut ve gerekçesiz bir şekilde davalıların kusursuz olduklarının söylenmesi ile yetinilmiş olup, bu haliyle davadaki uyuşmazlığı aydınlatıcı nitelikte olmadığı açıktır. Somut olayda enjeksiyonun davalı hastanede yapıldığı konusunda çekişme bulunmadığına göre; tespiti gereken husus <enjeksiyona bağlı gelişen bir komplikasyon> nedeniyle davalıların sorumlu olup olmadıklarının belirlenmesi olup, sadece sorunun adını koymakla yetinilen bir rapor ile uyuşmazlığın çözümüne imkan bulunmamaktadır. Bu yönüyle de raporların mahkemeyi bağlayıcı ve uyuşmazlığı çözücü nihai nitelikte raporlar olmadığı kurul çoğunluğunca kabul edilmiştir.

O halde yerel mahkemece; dava dilekçesinde ileri sürülen hususlar ile davacıların oğlu Rıdvan’ın sol ayağında oluşan ve raporlarda enjeksiyon nöropatisi ile uyumlu olduğu belirtilen rahatsızlığın ortaya çıkmasından bu enjeksiyonun yapıldığı hastanenin ve doktorun hata, ihmâl vb nedenlerle sorumlu olup olmadıklarını belirlemeye yeterli rapor alınması gereklidir.

Bu itibarla, Hukuk Genel Kurulu çoğunluğunca da benimseyen Özel Daire bozma kararına uyularak somut olayda da-

vacılar yakınında ortaya çıkan rahatsızlığın sebep-sonuç ilişkisi içerisinde incelenerek bu işlemleri gerçekleştiren davalıların sonuçtan sorumlu olup olmadıklarını ortaya koymaya yeterli ve denetime elverişli bilirkişi raporu alınarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır¹²⁶.

BİLİRKİŞİ RAPORUNUN HAZIRLANMASI

Öncelikle tıbbî müdahalede öğrenilip kayıt altına alınan evrakların incelenmelidir. Bunlar; görüntüleme grafileri (röntgen, MRI, tomografi) ve yazılı grafiler (EKG, EMG), aydınlatılmış rıza formları, amanez, fiziki muayene kayıtları, alınmışsa konsültasyon sonuçları, teşhis, tedavi alternatifleri, reçete kayıtları, laboratuvar sonuçlarıdır.

Bilirkişi evrakları, tıbbî dokümanın düzenlendiğini saat ve tarih dikkate alınarak incelemelidir.

Hekimin yaptığı fizikî muayene maalesef, gelişen teknoloji sebebiyle laboratuvar tetkiklerinin gölgesinde kalmıştır. Hâlbuki hekimlik, hastanın muayenesi demektir. Bundan dolayı bilirkişi, hekimin hastasını sistematik olarak ilgili uzmanlık alanının gereklerine uygun olarak muayeneyi gerçekleştirip gerçekleştirmediğini ve kayıtlarını yapıp yapmadığını mutlaka incelemelidir¹²⁷.

Tıbbî müdahalede hata olarak ileri sürülen durumun komplikasyon olup olmadığını, komplikasyon ise bunun iyi yönetilip yönetilmediğini irdeleyerek raporu oluşturmalıdır.

Bilirkişi raporunda; veriler tespit edilip, sorulara cevaplar verilerek nedensellik (illiyet) bağı müşahhas (somut) bir şekilde izah edilerek sonuca ulaşılmalıdır.

¹²⁶ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, Esas: 2012 / 13-1049, Karar: 2013 / 383, Karar Tarihi: 20.03.2013.

¹²⁷ KÖK, Ahmet Nezih: "Hatalı Tıbbî Uygulamalarda Türk Ceza Adalet Sistemine Göre Bilirkişi Raporu Nasıl Hazırlanmalıdır?", Tıp Hukuku Atölyesi-II, Proje Sahibi: Av. Sunay AKYILDIZ, Seçkin Yayınları, Ankara-2014, s.146.

BİLİRKİŞİLİĞİN HUKUKSAL YAPISI VE TIBBÎ BİLİRKİŞİLİK

Hekim bilirkişi raporunda hukukî değerlendirmelerde bulunmamalıdır. CMK Md. 67/III'de bilirkişi raporunu düzenlerden hâkim tarafından yapılacak hukukî değerlendirmelerde bulunmamalıdır.

KISALTMALAR CETVELİ

- Any: 1982 Anayasası
ATK : Adli Tıp Kurumu
ATKK : 2659 sayılı Adli Tıp Kurumu Kanunu
AYM : Anayasa Mahkemesi
BGE: Alman Medenî Kanunu
bkn. : Bakınız
C. : Cilt
CD : Ceza Dairesi
CGK : Yargıtay Ceza Genel Kurulu
CMK : 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu
CMUK : 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usûlü Kanunu
Çev : Çeviren
DMK:657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu
dn. : dipnot
E. : Esas
HGK : Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
HMK : 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUMK : 1086 sayılı Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu
M.Ö: Milattan Önce
K. : Karar
KHK.: Kanun Hükmünde Kararname
Md. : madde
MÖHUK: 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun
s. : sayfa

Av. Cahid DOĞAN

S. : Sayı

TBK: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu

TCK : 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu

TMK: 4721 Sayılı Türk Medenî Kanunu

TC : Türkiye Cumhuriyeti

vb. : ve benzeri

vd. : ve devamı

vs. : ve saire

YKD : Yargıtay Kararları Dergisi

YSS : Yüksek Sağlık Şûrası

BİBLİYOGRAFYA

Adolf, Laufs/ Christian, Katzenmeier / Volker, Lipp, Arztrecht, München, 2009. PN. 16.

AKYOL, Şener: "Hukuk Usulünde Bilirkişilerle İlgili Bazı Problemler" Mukayeseli Hukukta Bilirkişilik ve Sorunları, Yargıtay'ın Kuruluşunun 125. Yılı, Birinci Bölüm, Afşaroğlu Matbaası, Yayın Yılı ve Yeri Yok.

ALANGOYA, Yavuz: "İsviçre Hukukunda Bilirkişilik", Mukayeseli Hukukta Bilirkişilik ve Sorunları, Yargıtay'ın Kuruluşunun 125. Yılı, Yayın Yılı ve Yeri Yok.

ALGAN, Berna: "İstanbul'da Yapılan Adli Otopsilerin Tıbbi Malpraktis Açısından İrdelenmesi", İstanbul Üniversitesi Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Uzmanlık Tezi

Adli Tıp Anabilim Dalı, İstanbul 2012.

ANSAY, Sabri Şakir: Hukuk Yargılama Usulleri, Üçüncü Bası, Ankara-1948.

APPELBAUM, Paul S.: "in the Wake of Ake: The Ethics of Expert Testimony in an Advocate's Word", Bulletin of the American Academy of Psychiatry and the Law, 15(1), 1987.

ARSLAN, Ramazan: Bilirkişilik, Sorunlar ve Çözüm Önerileri Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, İzmir Barosu, Nisan 2000.

ASLANTAŞ, Mehmet: "İslam Fıkhı'na Göre Adli Tıp Verilerinin Karîne Değeri", Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İslam

BİLİRKİŞİLİĞİN HUKUKSAL YAPISI VE TIBBÎ BİLİRKİŞİLİK

- Bilimleri Ana Bilim Dalı İslam Hukuku Bilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Elazığ-2008.
- AŞÇIOĞLU, Çetin, “Yargılama Çalışmalarında (Hukuk Davalarında) Nitelendirme ve Bilirkişinin Görevi”, Mukayeseli Hukukta Bilirkişilik ve Sorunları, Yargıtay’ın Kuruluşununun 125. Yılı, Yayın Yılı ve Yeri Yok..
- ATALAY, Oğuz: “Delil Kavramı Üzerine”, Haluk Konuralp Anısına Armağan, Cilt:1, Editör: Prof. Dr. Osman Berat GÜRZUMAR, Ankara-2009, s. 135.
- DEMREN DÖNMEZ, Burcu: “Yeni CMK’da Bilirkişi Kavramı”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:9, İzmir-2007.
- ATEŞ, Mustafa: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yargıtay İlke Kararları 2. Cilt, Yetkin Yayınları, Ankara-2014.
- ATAR, Fahreddin: İslam Adliye Teşkilatı, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, Ankara-1979.
- BAKICI, Sedat: “Adli Tıp - Adli Tıp Kurumları ve Önemi”, Ankara Barosu Dergisi, Sayı:1980/1, Ankara-1980.
- Bavcon, L/Selih, A/Ambroz, m/Fılıpcı, K, Kazensko pravı: splosnidel, Uradni list RS, Ljubjana 2013, PN. 433.
- BAYRAKTAR, Köksal: Hekimin Tedavi nedeniyle Cezaî Sorumluluğu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını No:391, İstanbul-1972.
- BELGESAY, Mustafa Reşit: Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu Şerhi C.II, 2.Baskı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Yayın No:97/104, Güven Basımevi, İstanbul-1939.
- BELGESAY, Mustafa Reşit: “Eli Vukuf Mütâalasının İlmî Değeri ve Kanunî İspat Kuvveti”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Sayı:3-4 İstanbul-1944.
- BERKİ, Ali Himmet, Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye, Hikmet Yayınları, İstanbul-1978.
- BEYHAKİ, Ebu Bekr Ahmed b. el- Huseyn b. Ali, es-Sünenü'l-Kübrâ, Daru'l- Kütübî'l- İlmiye, Beyrut-1994, Dava ve Beyyinat 12, (10/442). Nakleden: ASLANTAŞ, Mehmet: “İslam Fıkhı’na Göre Adli Tıp Verilerinin Karîne Değeri”, Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İslam Bilimleri Ana Bilim Dalı İslam Hukuku Bilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Elazığ-2008.
- Bühler, Alfred, ERwartungen des Richters an den Sachverständigen, AJP/ PJA 1999, 567, Nakleden: Prof. Dr. Mehmet DEMİR, “Tıbbî Sorumluluk ve Tazminat Davalarında Bilirkişi”, Ankara Barosu IV. Sağlık Hukuku Kurultayı23-24 Eylül 2011, Ankara-2012.

- CICCONE, J. Richard: "Expert Testimony", Encyclopedia of Bioethics, 3rd Edition, Volume:2, Edited By Stephen G. Post, Newyork-2004.
- ÇETİN, Gürsel: "Tıbbî Malpraktis", Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi, Editörler: ÇETİN, Gürsel/ YORULMAZ, Coşkun İstanbul Üniversitesi Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Sürekli Tıp Eğitimi Etkinlikler Sempozyum Dizisi No:48, İstanbul-2006.
- DEMİRER Mustafa, "Dünyada ve Türkiye'de Adli Tıp Yapılanmalarında Karşılaşılan Sorunlar ve Çözüm Önerileri", Uzmanlık Tezi, Isparta 2007.
- DEMİRKAPI, Ertan, "Anglo-Amerikan Hukukunda Bilirkişilik Kurumunda Yeni Eğilimler", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:5, Sayı:2, İzmir 2003.
- DÖNMEZ, Burcu: "Yeni CMK'da Bilirkişi Kavramı", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 9, Özel Sayı, İzmir-2007.
- EROL, A. NEVZAT: Hukukta Deliller ve İkamesi, 1930-1969 Usule ait İctihadi Birleştirme Kararları, Doğu Matbaacılık ve Ticaret Limited Şirketi Matbaası, Ankara-1969.
- Erwin Deutsch/ Andreas Spickhoff; Medizinrecht 5. Auflage 2009, PN. 407, 275.
- FİNCANCI, Korur/ YORULMAZ, Coşkun: "Beden Muayenesi", Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi, Editörler: ÇETİN, Gürsel/ YORULMAZ, Coşkun İstanbul Üniversitesi Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Sürekli Tıp Eğitimi Etkinlikler Sempozyum Dizisi No:48, İstanbul-2006.
- GİDER, Hüsnü: Genel Kriminoloji ve Adalet Psikolojisi, Ankara-1961.
- HAKERİ, Hakan: "Tıbbî Bilirkişinin Cezaî Sorumluluğu", Ankara Barosu IV. Sağlık Hukuku Kurultayı 23-24 Eylül 2011, Ankara-2012.
- HANCI, İ. Hamit: Adli Tıp ve Adli Bilimler, Seçkin Yayınları, Ankara- 2002.
- İŞLER, Evren: Otopsinin Tanımı Çeşitleri, Tarihiçesi, Amacı ve Önemi, Legal Hukuk Dergisi Sayı:4, İstanbul-Nisan 2003.
- <http://tr.wikipedia.org/wiki/Transseks%C3%BCellik> (01/10/2014).
- İNAL, Tamer: "Tıbbî ve Cerrahî Uygulamada Malpraktis ve Komplikasyondan Doğan Sorumluluk", Terazi Hukuk Dergisi, Cilt.9, Sayı.100, Seçkin Yayıncılık-2014.
- JASPER, Margeret C.: Hospital Liability Law, Second Edition New York-2008, p.58.

BİLİRKİŞİLİĞİN HUKUKSAL YAPISI VE TIBBÎ BİLİRKİŞİLİK

- Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, Duncker&Humboldt, Berlin 1996.
- KAMAY, Behçet Tahsin: “Adli Tababetin Tarih ve Tekâmülü”, Adalet Dergisi, Yıl:48, Sayı:1, Ocak Ankara-1957.
- KAMAY, Behçet Tahsin: Adli Tıp, Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi Yayınlarından Sayı:80, Birinci Cilt, Üçüncü Bası, Ankara-1959.
- KANTAR, Baha: Ceza Muhakemeleri Usûlü, Ankara -1957.
- KAYMAKÇI, Süleyman: “Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik”, T.C. Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Kamu Hukuku Bilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul-2014.
- KESKİN, Adem: “Yüksek Sağlık Şuramızın Hukuk Düzenimizde Yeri ve İşlevi”, Ankara Barosu- Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sağlık Hukuku Kurultayı 1-3 Kasım 2007, Ankara-2008.
- KİND, S/ OVERMAN, M : Science Against Crime, New York: Doubleday-1972, PP. 12-13. .
- KÖK, Ahmet Nezhiz: “Hatalı Tıbbî Uygulamalarda Türk Ceza Adalet Sistemine Göre Bilirkişi Raporu Nasıl Hazırlanmalıdır?”, Tıp Hukuku Atölyesi-II, Proje Sahibi: Av. Sunay AKYILDIZ, Seçkin Yayınları, Ankara-2014.
- KÖK, Ahmet Nezhiz: Türk Ceza Adalet Sisteminde Adli Tıp Uygulamaları, Seçkin Yayınları, Ankara-2014.
- KURU, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usûlü (Şerh) C.II, İlaveli 5. Baskı, İstanbul: Evrim Basım Yayım Dağıtım, 1990.
- KÜPELİ, Ahmet: “CMK ve TCK’da Adli Tıp Uzmanının Bilirkişilik Yükümlülüğü ve Çapraz Sorgu”, Süleyman Demirel Üniversitesi Tıp Fakültesi Adli Tıp Anabilim Dalı Yayınlanmamış Tıpta Uzmanlık Tezi, Isparta -2007.
- LERLECR, Olivier: Bilirkişiliğe İlişkin Reformlar Sınırlı Gelişmeler ve Kaçırılan Fırsatlar, Tercüme eden: Barış TORAMAN, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:11, Özel sayı:2009, İzmir-2010.
- Nihai Taslak-30 Haziran 2010 Yargılamada Bilirkişilik Müessesesi Hakkında Mukayeseli Çalışma Görüşme Taslağı, Dünya Bankası, 30 Haziran 2010, s.18.
- <http://www.abgm.adalet.gov.tr/pdf/Yarg%C4%B1lamada%20Bilirki%C5%9Filik%20M%C3%BCessesesi.pdf>
- ÖNTAN, Yaprak: Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik, Yetkin Yayınları, Ankara-2014.

- ÖZ, Talat Vasfi: Adli Tıp, Birinci Bası, Ankara-1945.
- ÖZDEN, Salih Yaşar: Adli Psikiyatri, Gözden Geçirilmiş 2. Basım, Nobel Yayınları, Ankara-2015.
- ÖZSUNAY, Ergun: "Amerikan Hukukunda Bilirkişi Tanık (Expert Witness)", Mukayeseli Hukukta Bilirkişilik ve Sorunları, Yargıtay'ın Kuruluşunun 125. Yılı, Yayın Yılı ve Yeri Yok.
- ÖZTEK, Selcuk: "Bilirkişi Raporunun Hakimi Bağlamaması", Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan Cilt:2, Yetkin Yayınları, Ankara-2014.
- ÖZTÜRK, Atilla: Adli Tıp uygulamasında Hekim Hataları ve Hekimin Sorumluluğu", İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü Sosyal Bilimler Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul-2002.
- PEKCANİTEZ Hakan ., "Medeni Usul Hukuku", 10. Baskı, Yetkin Yayınlar, Ankara 2011.
- PİEPER, Helmut: Richter und Sachverstaendiger im Zivilprozessrecht, ZZP Band 84 (1971), s.30-31 nakleden: DELİDUMAN, Seyithan, "Türk ve Alman Hukukunda Bilirkişilik", Türkiye Barolar Birliği Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı II-III, Türkiye Barolar Birliği Yayınları no:129, Eskişehir -2007.
- POLAT, Oğuz: Tıbbî Uygulama Hataları, Seçkin Yayınları, Ankara-2005.
- ROSENAU, Henning: "Tıp Hukukuna İlişkin Yargulamalarda Bilirkişi" VIII. Türk-Alman Tıp hukuku Sempozyumu (VIII. Türkisch-Deutsches Symposium Zum Medizinrecht) Hekim Sorumluluğu 7-8 Ekim 2011 Diyarbakır Editörler: Prof. Dr. Dr. h. c. Hakan HAKERİ/ Prof. Dr. Henning ROSENAU, Adalet Yayınevi, Ankara-2012.
- Roxin, C. Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, C. H. Beck Verlag, München 2006, pn. 3.
- SARISÖZEN, M. Serhat: "Özel Bilirkişi (Uzman Görüşü)" Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan Cilt:2, Yetkin Yayınları, Ankara-2014.
- SAFRAN, Nuran: Hemşirelik ve Ebelikte Malpraktis", İstanbul Üniversitesi Adli tıp Enstitüsü Sosyal Bilimler Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul-2002.
- SAVAŞ, Halide: Yargıya Yansıyan Tıbbî Müdahale Hataları Seçkin Yayınları, Ankara-2009.
- Soergel, Kom. (Gaul), J 1591, no.20-24. Nakleden: ÜSTÜNDAĞ, Saim/ TANVERDİ, Mücahit: "Alman Hukukunda Bilirkişilik", Mukayeseli Hukukta Bilirkişilik ve Sorunları, Yargıtay'ın Kuruluşunun 125. Yılı, Yayın Yılı ve Yeri Yok.

BİLİRKİŞİLİĞİN HUKUKSAL YAPISI VE TIBBÎ BİLİRKİŞİLİK

- SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral/ TÜRKOĞLU ÖZDEMİR, Gökçe: Roma Hukukundan Günümüze Medenî Yargılamanın Esasları, Seçkin Yayınları, Ankara-2008.
- TANERİ, Aydın: Türk Devlet Geleneği, Milli Eğitim Bakanlığı Yayınları, İstanbul-1997.
- TARMAN, Zeynep Derya: “Bilirkişilik Sözleşmesinin Hukuki Niteliği ve Bilirkişinin Üçüncü Kişiye Karşı Olan Sorumluluğu”, T.C. İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul- 2005.
- TANRIVER, Süha: “Bilirkişinin Sorumluluğu”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 56, Ankara-2005.
- TAŞKIN, Alim: Medenî Usûl Hukukunda Tanık Dinlenilmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara-1990.
- TEOMETE YALABIK, Fulya; “Bilirkişi Görüşünün/Tanıklığının Delil Olarak Kabul Edilebilirliği (Admissibility)” Prof. Dr. Ejder Yılmaz’a Armağan Cilt:2, Yetkin Yayınları, Ankara-2014.
- TOROSLU, Nevzat/FEYZİOĞLU Metin: Ceza Muhakemesi Hukuku 10. Baskı, Ankara-2012.
- TOUMARKINE, Alexandre: “Adli Doktorlar, Ruh Doktorları ve Şeyhler: Kummerau Olayı (1880) ve Bilirkişilik Meselesi”, Osmanlı’da Asayiş, Suç ve Ceza, Tarih Vakfı Yurt Yayınları, (Çev: Basak Tarakbaşı ve Güpse Sayiner, Derleyenler: Noemi Levy ve Alexandre Toumarkine), İstanbul 2007.
- TUNALI, İbrahim/ ZENTÜRK, Cahit: “Tıbbi Bilirkişilik”, <http://www.yargitay.gov.tr/belgeler/site/dergi/yrgergi/OcakEkim1989/OcakNisan1989/assets/common/downloads/page0639.pdf>
- TÜMER, Ali Rıza: Tıp Mensupları İçin Hukukî Yönleri İle Adli Bilirkişilik, Ankara-2013.
- Türk Hukuk Lügatı, 4. Baskı, Başbakanlık Basımevi, Ankara-1998.
- ÜSTÜNDAĞ, Saim/TANVERDİ, Mücahit: “Alman Hukukunda Bilirkişilik”, Mukayeseli Hukukta Bilirkişilik ve Sorunları, Yargıtay’ın Kuruluşunun 125. Yılı, Yayın Yılı ve Yeri Yok, s.10-11.
- Kaufman v. Edelstein, C:A:N:Y:1976, 539 F 2d.811, nakleden: ÖZSUNAY, Ergun: “Amerikan Hukukunda Bilirkişi Tanık (Expert Witness)”, Mukayeseli Hukukta Bilirkişilik ve Sorunları, Yargıtay’ın Kuruluşunun 125. Yılı, Yayın Yılı ve Yeri Yok, s.99.
- YAZAR, Özlem: “Alman Federal Mahkeme Kararı ‘Bilirkişiye Karşı Davanın İhbarı’”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:11, Özel sayı:2009, İzmir-2010, s.690.

Av. Cahid DOĞAN

YENİDÜNYA, Ahmet Caner/İÇER, Zafer: Ceza Muhakemesi hukukunda Bilirkişilik, Adelet yayınları, Ankara-2013.

YILDIZ, Başak: "Hititlerde aile hukuku / The family law in Hittites"

Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara-2006.

YOKUŞ SEVÜK, Handan: "Ceza Davalarında Bilirkişi Olarak Hekim" VIII. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu (VIII. Türkisch-Deutsches Symposium Zum Medizinrecht) Hekim Sorumluluğu 7-8 Ekim 2011 Diyarbakır Editörler: Prof. Dr. Dr. h. c. Hakan HAKERİ/ Prof. Dr. Henning ROSENAU, Adalet Yayınevi, Ankara-2012.

YÜKSEL, Canan: "Tıbbi Uygulama Hatalarında Bilirkişilik, Kadir Has Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul-2012.

Yargıtay Kararlar Dergisi, C.17, S.6, Haziran 1991.

Askerî Yargıtay Dergisi, S.14, Ankara 2002, s.689.

KAPANIŞ KONUŞMASI

Sayın Baro Başkanlarım, Kıymetli misafirler, Değerli öğretim elemanları, Sevgili öğrenciler,

Geleneksel olarak 2009 yılından bu yana, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nde sevgili TC Sağlık Bakanlığı THSK Hukuk Müşaviri Av. Cahid Doğan arkadaşım ile beraber biri Girne Amerikan Üniversitesi'nde dördü de Lefke Avrupa Üniversitesi'nde olmak üzere 5 sempozyum organize ederek kitap halinde yayınlamıştık. Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu ise Türkiye Barolar Birliği ve Kıbrıs Türk Barolar Birliği organizasyonu ile gerçekleştirilmiştir.

Her sene olduğu gibi, bu yıl düzenlenen sempozyum da yine çok yararlı ve kapsamlı hazırlanmıştır. Bu sempozyumun düzenlenmesinde yine lokomotif görevini başarıyla yürüten sevgili Cahid Doğan'a teşekkür ediyorum.

Bu yıl bir ilk olarak iki Barolar Birliği sempozyumu beraber organize ettiler. Türkiye Barolar Birliği sponsorluğunda gerçekleşen altıncı sempozyum çok başarılı ve yararlı oldu. Her iki ülkenin hukukçularının ortak çalışmalarına katkı sağlayacak bir etkinlik başlatılmıştır. Bu nedenle Sayın Barolar Birliği başkanlarını kutluyorum. Böyle bir çalışmanın başlamasına vesile olduğumuz için de ne kadar mutlu olduğumu söylemeliyim.

Sağlık Hukuku Sempozyumları, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nde vazgeçilmez etkinlikler arasına girmiştir. Ben içinde olamasam da her Sempozyum için gereken katkıyı vereceğimi bir kez daha yinelemek istiyorum.

Seneye yedinci sempozyumda görüşmek dileği ile hepinize saygılar sunuyorum.

Prof. Dr. Nilgün Sarp

ULUSLARARASI SAĞLIK HUKUKU SEMPOZYUMU



Av. Güneş GÜRSELER
Türkiye Barolar Birliği Genel Sekreteri



Dr. Ahmet GÜLLE
Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Sağlık Bakanı

ULUSLARARASI SAĞLIK HUKUKU SEMPOZYUMU



Av. Ünver BEDEVİ
Kıbrıs Türk Barolar Birliği Başkanı



Av. Ünver BEDEVİ - Hâkim Şafak ÖNERİ - Av. Cahid DOĞAN - Dr. Ahmet GÜLLE - Av. Güneş GÜRSELER

ULUSLARARASI SAĞLIK HUKUKU SEMPOZYUMU



ULUSLARARASI SAĞLIK HUKUKU SEMPOZYUMU



ULUSLARARASI SAĞLIK HUKUKU SEMPOZYUMU



