

T.C.
İSTANBUL MEDENİYET ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ
TIP HUKUKU ANABİLİM DALI

TIP HUKUKUNDA İZİN VERİLEN RİSK

Yüksek Lisans Tezi

Ezhan Doğan PAKEL

15340801015

TEMMUZ - 2019

T.C.
İSTANBUL MEDENİYET ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ
TIP HUKUKU ANABİLİM DALI

TIP HUKUKUNDA İZİN VERİLEN RİSK

Yüksek Lisans Tezi

Ezhan Doğan PAKEL
15340801015

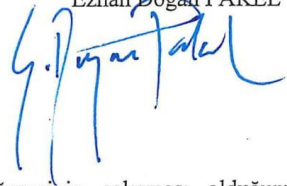
DANIŞMAN
Prof. Dr. Mehmet Refik KORKUSUZ

TEMMUZ - 2019

BİLDİRİM

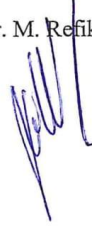
Hazırladığım tezin tamamen kendi çalışmam olduğunu, akademik ve etik kuralları gözeterek çalıştığımı ve her alıntıya kaynak gösterdiğimi taahhüt ederim.

Ezhan Doğan PAKEL



Danışmanlığını yaptığım işbu tezin tamamen öğrencinin çalışması olduğunu, akademik ve etik kuralları gözeterek çalıştığımı taahhüt ederim.

Prof. Dr. M. Refik KORKUSUZ



İMZA SAYFASI

Ezhan Doğan PAKEL tarafından hazırlanan ‘Tıp Hukukunda İzin Verilen Risk’ başlıklı bu yüksek lisans tezi, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Tıp Hukuku Anabilim Dalında hazırlanmış ve jürimiz tarafından kabul edilmiştir.

JÜRİ ÜYELERİ

İMZA

Tez Danışmanı:

Prof. Dr. M. Refik KORKUSUZ
İstanbul Medeniyet Üniversitesi



Üyeler:

Prof. Dr. Hakan HAKERİ
İstanbul Medeniyet Üniversitesi



Prof. Dr. Yener ÜNVER
Özyeğin Üniversitesi



Tez Savunma Tarihi: 04/07/2019

TEŞEKKÜR

Tez yazım sürecimde desteklerini esirgemeyen ve çalışmamı tamamlayabilmem için beni cesaretlendiren danışmanım Prof. Dr. M. Refik KORKUSUZ Hocam'a teşekkürlerimi sunarım.

Kıymetli vakitlerini ayırarak tezimi inceleyen ve beni yönlendiren kıymetli jüri üyeleri Prof. Dr. Hakan HAKERİ ve Prof. Dr. Yener ÜNVER'e teşekkürü borç bilirim.

Her zaman yanımda olan, desteğini hiçbir zaman esirgemeyen sevgili hayat arkadaşım Av.Merve AYGÜN PAKEL'e ve değerli arkadaşlarım Uğur SALĞAR ile Av.Oğuzhan TÜRE'ye teşekkür ederim.

Manevi desteğini yanımda hissettiğim dostum Av.Ömer Duhan GÜLERDİ'nin aziz hatırasına...

Ezhan Doğan PAKEL
İstanbul, 2019

İÇİNDEKİLER

BİLDİRİM	i
İMZA SAYFASI.....	ii
TEŞEKKÜR.....	iv
İÇİNDEKİLER	vi
KISALTMALAR CETVELİ	xi
ÖZET.....	xii
ABSTRACT.....	xv
1. GİRİŞ	1
BİRİNCİ BÖLÜM	3
2. TIBBİ MÜDAHALE VE RİSK KAVRAMLARI	3
2.1. TIBBİ MÜDAHALE KAVRAMI.....	3
2.1.1. Genel Olarak	3
2.1.2. Tıbbi Müdahalelerin Sınıflandırılması.....	5
2.1.2.1. Tedavi Yönteminin Tıp Bilim ve Uygulamasında Yerleşik Olup Olmamasına Göre Tıbbi Müdahaleler.....	6
2.1.2.1.1. Geleneksel Tıbbi Müdahaleler	6
2.1.2.1.2. Modern Tıbbi Müdahaleler	8
2.1.2.1.3. Yeni Tıbbi Müdahaleler	10
2.1.2.2. Yapılış Yöntemine Göre Tıbbi Müdahaleler	12
2.1.2.2.1. Beden Bütünlüğüne Yönelik Tıbbi Müdahaleler	12
2.1.2.2.2. Beden Bütünlüğüne Yönelik Olmayan Tıbbi Müdahaleler	12
2.1.2.3. Yapılış Yeri Göre Tıbbi Müdahaleler	12
2.1.3. Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Koşulları	13
2.1.3.1. Genel Olarak	13
2.1.3.2. Yetkili Kişiler Tarafından Yapılma Şartı.....	15
2.1.3.2.1. Tıbbi Müdahalenin Hekim Tarafından Gerçekleştirilmesi	16
2.1.3.2.2. Tıbbi Müdahalenin Hekim Dışındaki Sağlık Personeli Tarafından Gerçekleştirilmesi	18
2.1.3.2.3. Tıbbi Müdahalenin Sağlık Personeli Olmayan Kişiler Tarafından Gerçekleştirilmesi.....	19
2.1.3.3. Rıza Şartı.....	20

2.1.3.3.1. Genel Olarak	20
2.1.3.3.2. Aydınlatma.....	22
2.1.3.3.3. Rıza Açıklaması	24
2.1.3.3.4. Rıza Ehliyeti.....	25
2.1.3.3.5. Çocuklara Uygulanacak Tıbbi Müdahalelerde Rıza	26
2.1.3.3.6. Rızanın Kapsamı	28
2.1.3.3.7. Rızanın Aranmadığı Haller	29
2.1.3.3.7.1. Varsayılan Rıza.....	29
2.1.3.3.7.2. Kamu Sağlığının Korunması	30
2.1.3.3.7.3. Diğer Özel Durumlar	31
2.1.3.4. Tıp Biliminin Verilerine Göre Gerekli ve Bu Verilere Uygun Müdahale Şartı	32
2.1.3.4.1. Tıp biliminin verilerine göre gereklilik.....	32
2.1.3.4.2. Tıp biliminin verilerine uygun ve özenli müdahale	35
2.2. RİSK KAVRAMI	37
2.2.1. Genel Olarak Risk Kavramı	37
2.2.2. Tehlike Sorumluluğu.....	39
2.3. TIBBİ MÜDAHALELERDE RİSK	40
İKİNCİ BÖLÜM	43
3. İZİN VERİLEN RİSK KAVRAMI	43
3.1. İZİN VERİLEN RİSKİN TANIMI, KAPSAMI VE TARİHSEL GELİŞİMİ 43	
3.1.1. Genel Olarak	43
3.1.2. İzin Verilen Risk Kavramının Kapsamı ve Tarihsel Gelişimi	44
3.1.3. Ülkemizde ve Karşılaştırmalı Hukukta İzin Verilen Risk	45
3.2. İZİN VERİLEN RİSKİN HUKUKİ NİTELİĞİNE İLİŞKİN GÖRÜŞLER	49
3.2.1. Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak İzin Verilen Risk	49
3.2.1.1. Genel Olarak Hukuka Uygunluk Sebebi.....	49
3.2.1.2. İzin Verilen Riskin Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Değerlendirilmesi	50
3.2.2. Tipikliği Kaldıran Bir Sebep Olarak İzin Verilen Risk.....	52
3.2.2.1. Genel Olarak Tipikliği Ortadan Kaldıran Sebepler	52
3.2.2.2. İzin Verilen Riskin Tipikliği Ortadan Kaldıran Bir Sebep Olarak Değerlendirilmesi	53

3.2.3.	Kusurluluğu Etkileyen Bir Sebep Olarak İzin Verilen Risk	54
3.2.3.1.	Genel Olarak Kusurluluğu Etkileyen Sebepler.....	54
3.2.3.2.	İzin Verilen Riskin Kusurluluğu Etkileyen Bir Sebep Olarak Değerlendirilmesi.....	55
3.2.4.	Fiilin Toplumsal Uygunluğu Teorisi ile İzin Verilen Risk	56
3.2.4.1.	Genel Olarak Fiilin Toplumsal Uygunluğu Teorisi.....	56
3.2.4.2.	İzin Verilen Risk ile Fiilin Toplumsal Uygunluğu Teorisi Arasındaki İlişki	57
3.2.5.	Rıza ve İzin Verilen Risk	58
3.2.5.1.	Genel Olarak Rıza Kavramı.....	58
3.2.5.2.	İzin Verilen Risk ile Rıza Arasındaki İlişki.....	61
3.2.6.	Komplikasyon ile İzin Verilen Risk.....	63
3.2.6.1.	Genel Olarak Komplikasyon Kavramı	63
3.2.6.2.	Komplikasyon ile İzin Verilen Risk Arasındaki İlişki	64
3.2.7.	Fiilin Objektif İsnat Edilebilirliğini Kaldıran Bir Sebep Olarak İzin Verilen Risk	67
3.2.7.1.	Genel Olarak Fiilin Objektif İsnat Edilebilirliği Teorisi	67
3.2.7.2.	Fiilin Objektif İsnat Edilebilirliğini Kaldıran Bir Sebep Olarak İzin Verilen Risk	68
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM		71
4.	TIP HUKUKUNDA İZİN VERİLEN RİSK	71
4.1.	GENEL OLARAK	71
4.2.	İZİN VERİLEN RİSKİN HEKİMİN SORUMLULUĞUNA ETKİSİ	75
4.2.1.	İzin Verilen Riskin Hekimin Tazminat Sorumluluğuna Etkisi	75
4.2.1.1.	Hekimin Özel Hukukta Tazminat Sorumluluğu	75
4.2.1.1.1.	Genel Olarak	75
4.2.1.1.2.	Sözleşmeden Doğan Sorumluluk.....	76
4.2.1.1.3.	Vekaletsiz İş Görmeden Doğan Sorumluluk	79
4.2.1.1.4.	Haksız Fiilden Doğan Sorumluluk	80
4.2.1.1.5.	Özel Hukukta Tazminat Sorumluluğunun Şartları	81
4.2.1.1.5.1.	Fiil	81
4.2.1.1.5.2.	Hukuka aykırılık.....	81
4.2.1.1.5.3.	Zarar	82
4.2.1.1.5.4.	İllyet bağı.....	82

4.2.1.1.5.5. Kusur	84
4.2.1.1.6. Tazminat Sorumluluğunun Kapsamı	85
4.2.1.1.6.1. Maddi Tazminatın Kapsamı	85
4.2.1.1.6.2. Manevi Tazminatın Kapsamı.....	86
4.2.1.2. Hekimin İdare Hukukunda Tazminat Sorumluluğu.....	86
4.2.1.2.1. Genel Olarak	86
4.2.1.2.2. İdare Hukukunda Tazminat Sorumluluğunun Şartları	87
4.2.1.2.2.1. Hizmet Kusuru.....	87
4.2.1.2.2.2. Zarar.....	89
4.2.1.2.2.3. İlliyet Bağı	90
4.2.1.3. İzin Verilen Riskin Tazminat Sorumluluğuna Etkisi.....	90
4.2.2. İzin Verilen Riskin Hekimin Cezai Sorumluluğuna Etkisi	92
4.2.2.1. Hekimin Cezai Sorumluluğu.....	92
4.2.2.1.1. Genel Olarak	92
4.2.2.1.2. İzin Verilen Riskin Ceza Sorumluluğuna Etkisi	93
5. SONUÇ.....	95
KAYNAKÇA	99

KISALTMALAR CETVELİ

ASA	: American Society of Anesthesiologists
Bkz.	: Bakınız
CGK	: Ceza Genel Kurulu
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
Çev.	: Çeviren
D.	: Dairesi
Dr.	: Doktor
E.	: Esas
Ed.	: Editör
f.	: Fıkra
HD	: Hukuk Dairesi
HHY	: Hasta Hakları Yönetmeliği
K.	: Karar
md.	: Madde
SBE	: Sosyal Bilimler Enstitüsü
T	: Tarih
TARD	: Türk Anesteziyoloji ve Reanimasyon Derneği
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TDK	: Türk Dil Kurumu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TŞSTİDK	: Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun
vd.	: ve devamı
YLT	: Yüksek Lisans Tezi

ÖZET

TIP HUKUKUNDA İZİN VERİLEN RİSK

Pakel, Ezhan Doğan

Yüksek Lisans Tezi, Tıp Hukuku Anabilim Dalı, Tıp Hukuku Tezli Yüksek Lisans Programı

Danışman: Prof. Dr. Mehmet Refik Korkusuz

Haziran, 2019. 104 sayfa.

Tıbbi müdahalelerin hukuka uygun olmasını sağlayan gerekçeler hakkında hukukumuzda ağırlıklıla hakkın kullanılması ve rıza kavramları üzerinde durulmuştur. Teknoloji ve bilimin gelişmesiyle tıbbi müdahaleler de gelişmiş ve karmaşık hale gelmiştir. İnsan fizyolojisinin değişkenliği ile tıbbi müdahalelerin karmaşıklığı sebebiyle gerekli dikkat ve özen gösterilmiş olsa dahi tıbbi müdahaleler olumsuz neticelerle sonuçlanabilmektedir. Ortaya çıkan bu riskli durum tıbbi müdahalelerin izin verilen risk kapsamında değerlendirilmesine neden olmuştur. Ancak izin verilen risk kavramının hukuki niteliği ve kapsamı hakkında tartışmalar devam etmektedir. Hekimin tıbbi müdahalesi sebebiyle tazminat ve ceza sorumluluğunun ortaya çıkabilmesi için söz konusu müdahalenin hukuka aykırı olması gerekmektedir. Bu itibarla hukuka uygun bir tıbbi müdahalenin şartları değerlendirilirken izin verilen risk kavramının hukuki niteliği ve kapsamı da açıklanmak zorundadır.

Anahtar Kelimeler: İzin Verilen Risk, Tıbbi Müdahale, Hekimin Sorumluluğu, Hukuki Sorumluluk, Tıp Hukuku.

ABSTRACT

PERMISSIBLE RISK IN MEDICAL LAW

Pakel, Ezhan Doğan

Master Thesis of Medical Law

Counselor: Prof. Dr. Mehmet Refik Korkusuz

June, 2019. 104 pages.

The concepts of exercise of right and consent are emphasized in our law regarding the grounds that legalize medical interventions. Medical interventions have also developed and complexified with the development of technology and science. Due to the variability of human physiology and the complexity of medical interventions, even if the necessary attention and care are taken, medical interventions may result in unfavorable results. This risky situation has caused medical interventions to be evaluated within the scope of the permissible risk. However, the debate has been continuing regarding the legal nature and scope of the permissible risk concept. The intervention must be unlawful to arise compensation and criminal liability due to the medical intervention of the doctor. In this respect, the legal nature and extent of the permissible risk concept should be explained while assessing the conditions of a lawful medical intervention.

Keywords: Permissible Risk, Medical Intervention, Doctors Liability, Legal responsibility, Medical Law.

1. GİRİŞ

Tıp biliminin uygulanmasında öngörülemez veya önlenemez neticeler çeşitli etkenler sebebiyle bir hayli fazladır. İnsan fizyolojisinin değişkenliği, aynı belirtilerin farklı hastalıklarda görülebiliyor olması veya aynı hastalıkların farklı hastalarda değişik seyir izleyebilmesi, tıbbi müdahalelerin ve özellikle cerrahi müdahalelerin gün geçtikçe karmaşık bir hale gelmesi gibi sebepler tıbbi müdahalelerin bünyelerinde büyük riskler barındırmasına yol açmıştır.

En basit tıbbi müdahalenin dahi bünyesinde risk barındırdığı göz önünde bulundurularak tıbbi müdahalelerin izin verilen risk kapsamında gerçekleştirildiği görüşü geniş çevrelerce kabul edilmektedir. Ancak izin verilen risk kavramının tanımı ve hangi durumları kapsadığı konusunda tartışmalar sürmekte olup henüz bir fikir birliği sağlanmış değildir.

Bu itibarla çalışmamızda izin verilen risk kavramının niteliği ve kapsamı hakkındaki görüşler bir araya getirilerek karşılaştırmalarının yapılması amaçlanmıştır.

Çalışmanın ilk bölümünde konuyla ilgili olan tıbbi müdahale ile risk kavramları açıklanmaya çalışılmış ardından tıbbi müdahalelerde risk konusuna değinilmiştir. Hukukumuzda tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğu için aranan şartlar da bu bölümde incelenmiştir.

İkinci bölümünde izin verilen risk kavramının tarihi hakkında bilgi verildikten sonra izin verilen riskin niteliği ve kapsamı ile ilgili görüşler ortaya konularak karşılaştırmaları ve değerlendirmeleri yapılmıştır.

Tıp hukukunun disiplinler arası niteliği gereği çalışmanın üçüncü bölümünde, hekimin hukuki, idari ve cezai sorumluluğunun şartları ve bu sorumluluğun temel ilkeleri ortaya konulmaya çalışılmıştır. Çalışmanın devamında, doktrindeki baskın görüş ile yüksek yargının uygulamaları ışığında izin verilen riskin hekimin hukuki, idari ve cezai sorumluluğuna etkisinin nasıl olacağı hakkında değerlendirme yapılmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

2. TIBBİ MÜDAHALE VE RİSK KAVRAMLARI

2.1. TIBBİ MÜDAHALE KAVRAMI

2.1.1.Genel Olarak

Tıbbi müdahale kavramını açıklamadan önce bu kavramın hukuk bilimi açısından niçin önemli olduğuna değinmekte fayda vardır. Esasen tıbbi müdahalenin konusunun insan vücudu olduğu göz önünde tutulduğunda kişilik hakları ile olan ilişkisi kolaylık anlaşılabilecektir. Diğer bir deyişle, tıbbi müdahale insan vücuduna yönelik gerçekleştirildiği için en temel insan hakkı kabul edilen yaşam hakkı başta olmak üzere vücut bütünlüğü, sağlık hakkı, özel yaşam hakkı ve daha birçok temel hak ve özgürlükle doğrudan veya dolaylı olarak ilişki içerisindedir¹. İşte bu yoğun ilişki tıbbi müdahale kavramını hukuk bilimi açısından önemli bir mesele haline getirmektedir².

Tıbbi müdahaleler tarihin her döneminde hukukun önem verdiği konulardan oluşturmuştur. Örneğin, tarihin en eski yazılı kanunlarından olan Hammurabi Kanunları'nda, hatalı tıbbi müdahalesi sebebiyle bir insanın yaşamına son veren hekimin elleri kesileceğine ilişkin hüküm bulunmaktadır³.

İnsanın beden ve ruh sağlığında yaşamı süresince çeşitli nedenlerle bozulmalar meydana gelmesi gayet olağandır. Böyle bir durumla karşılaşan kişi hastalığın tedavisi için derhal bir hekime başvurmaktadır. Kendisine başvuru alan hekim, öncelikle hastalığı teşhis eder ve gerçekleştirilmesi gereken tedavi yöntemini belirleyerek buna uygun olarak tıbbî müdahaleyi gerçekleştirir. Özellikle son yıllarda tıp bilimdeki gelişmeler sebebiyle yapılacak tıbbi müdahale, hastalığın türüne ve aşamasına göre

¹ Nebahat Kayaer, “Ceza Hukukunda Hekimin Tıbbi Müdahalesi Çerçevesinde İşlenen Taksirle Öldürme Suçu”, Dokuz Eylül Üniversitesi SBE, *Yayımlanmamış Doktora Tezi*, İzmir 2012, 9.

² Meral Ekici Şahin, “Ceza Hukukunda Rıza”, Ankara Üniversitesi SBE, *Yayımlanmamış Doktora Tezi*, Ankara 2010, 271.

³ Ümit Kocasakal, “Yeni Türk Ceza Kanununda Hekimin Cezai Sorumluluğu”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Özel Sayı: Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Cilt.III, Sayı:2, (2006), 151.

çokça çeşitlilik gösterebilmektedir⁴. Öyle ki, en basit tıbbi tedaviden en zorlu cerrahi operasyonlara kadar tüm tıbbi uğraşlar tıbbi müdahale kavramı içerisinde değerlendirilmektedir⁵. Ancak bu çeşitliliğin içerisinde tıbbi müdahalelerin tümünün ortak noktası amaçlarıdır. Tıbbi müdahalenin amacı, bedensel veya ruhsal açıdan bozulmuş sağlığın tedavisi, tedavi mümkün değilse acıların dindirilmesi, sağlıklı bireylerin olası hastalıklardan korunması, nüfus planlaması veya tıbbi araştırmadır⁶.

Tıbbi müdahale kavramı için birçok farklı tanım olmakla birlikte ilk olarak uluslararası ve ulusal mevzuatta yapılmış olan tanımları belirtmek uygun olacaktır. Ülkemizin de taraf olduğu Biyotıp Sözleşmesi'ne Ek Protokol'ün 2. maddesinde müdahale kavramının “bir fiziksel müdahaleyi ve ilgili kişinin psikolojik sağlığı açısından risk taşıyan herhangi bir müdahaleyi” içerdiği belirtilmiştir. Bu tanım çok genel ve eksik olmakla birlikte müdahalenin sadece fiziksel olarak değil psikolojik olarak da gerçekleştirilebileceğini ortaya koyması açısından önemlidir.

Ulusal mevzuatımızda ise Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi ile Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun içerisinde tıbbi müdahalenin kapsamı hakkında düzenlemeler olmakla birlikte açık bir tanım bulunmamaktadır. Ancak Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 4. maddesinde tıbbi müdahale şu şekilde tanımlanmıştır;

“Tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından uygulanan, sağlığı koruma, hastalıkların teşhis ve tedavisi için ilgili meslekî yükümlülükler ve standartlara uygun olarak tıbbın sınırları içinde gerçekleştirilen fizikî ve ruhî girişimi ifade eder.”

Ancak bu tanım da hatalı ve eksik olduğu yönünde eleştirilmektedir. Hakeri, kürtaj ve estetik müdahalelerin bu tanımın kapsamına girmediğini belirterek Hasta Hakları Yönetmeliği'ndeki tanımı eleştirmektedir⁷.

Hakeri'ye göre “insan üzerinde tıp biliminin uygulanması ile bağlantılı olarak yapılan her türlü müdahale” tıbbi müdahaledir⁸. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 14.04.2014 tarih 2014/149 E. 2014/8841 K. sayılı kararında “tıp biliminin kuralları uygulanmak

⁴ Hakan Hakeri, *Tıp Hukuku*, 16. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019, 50.

⁵ Mustafa Kıcalıoğlu, *Doktorların ve Hastanelerin Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumlulukları*, 1.Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi, 2011, 1.

⁶ Kayaer, 7.

⁷ Hakeri, 50.

⁸ Hakeri, 50.

suretiyle yapılan her türlü müdahale tıbbi müdahaledir.” demek suretiyle Hakeri’nin görüşünü benimsediğini ortaya koymuştur.

Aynı doğrultuda Savaş tıbbi müdahaleyi; “insan bedeni üzerinde tıp mesleğini uygulamaya ehil kişilerce bilimsel ve tıbbi kurallara uygun olarak gerçekleştirilen her türlü işlem” olarak tanımlamıştır⁹. Ayan’a göre; “tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından, hastalıkların teşhisi, tedavisi ve önlenmesi amacıyla gerçekleştirilen her türlü faaliyet” tıbbi müdahale olarak adlandırılmalıdır¹⁰.

Bu tanımlar ışığında değerlendirildiğinde tıp bilimi yetkili uygulayıcıları tarafından tıp biliminin kurallarına ve amaçlarına uygun olarak insanlara uygulanan her türlü müdahale tıbbi müdahale kapsamında değerlendirilmelidir. O halde; muayene, teşhis ve tedavi başta olmak üzere cerrahi müdahaleler, anestezi, ultrason, ilaç tedavileri, kan tahlili, aşı uygulamaları, bilgisayarlı tomografi, doğum kontrol yöntemleri, psikoterapi, tüp bebek tedavisi ve daha birçok uygulama tıbbi müdahale kapsamında değerlendirilecektir.

2.1.2.Tıbbi Müdahalelerin Sınıflandırılması

Tıbbi müdahalenin tasnifinde öğretide farklı görüşler mevcut olmakla beraber en çok kullanılan ve kabul görmüş olan tasnif şekline göre tıbbi müdahaleler üç başlık altında toplanmaktadır¹¹. Bu başlıklar; tedavi yönteminin tıp bilim ve uygulamasında yerleşik olup olmamasına göre tıbbi müdahaleler, yapılış yöntemine göre tıbbi müdahaleler ve yapılış yerine göre tıbbi müdahalelerdir.

Bu tasnifin yapılması hekimin sorumluluk türünün ve kapsamının belirlenmesi açısından önem arz etmektedir. Öyle ki, tıp bilimi uygulamasında yerleşik olan bir tedavi yöntemi seçen hekimin sorumluluğuyla yerleşik uygulamadan uzaklaşan hekimin sorumluluğunun aynı şartlar altında değerlendirilemeyeceği ortadadır. Keza tam teşekküllü bir hastane ortamında uygulanan tıbbi müdahale ile bir trafik kazası sebebiyle oluşan acil durum anında yol ortasında uygulanan tıbbi müdahale sebebiyle hekimin sorumluluğunun aynı şekilde değerlendirilmesi düşünülemez.

⁹ Halide Savaş, *Sağlık Çalışanlarının ve Sağlık Kurumlarının Tıbbi Müdahaleden Doğan Sorumlulukları Ceza - Hukuk*, 1.Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2007, 51.

¹⁰ Mehmet Ayan, *Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluk*, 1.Baskı, Ankara: Kazancı Yayınları, 1991, 5.

¹¹ Kayaer, 17.

2.1.2.1. Tedavi Yönteminin Tıp Bilim ve Uygulamasında Yerleşik Olup Olmamasına Göre Tıbbi Müdahaleler

2.1.2.1.1. Geleneksel Tıbbi Müdahaleler

Geleneksel tıp hayli uzun bir geçmişe sahip olup fiziksel ve ruhsal hastalıklardan korunma, bunlara tanı koyma, iyileştirme veya tedavi etmenin yanında sağlığın iyi sürdürülmesinde de kullanılan, farklı kültürlerle özgü teori, inanç ve tecrübelerle dayalı izahı yapılabilen veya yapılamayan bilgi, beceri ve uygulamalar bütünü olarak tanımlanmaktadır¹². Dünya Sağlık Örgütü de geleneksel tıbbi; hastalıkları teşhis ve tedavi etmek için veya mevcut sağlık durumunu korumak amacıyla bitki, hayvan ve mineral temelli uygulanan yöntemler, ruhsal terapiler, egzersizler bütünü olarak tanımlar¹³.

Geleneksel tıp genellikle alternatif tıp kavramı ile birlikte kullanılıyor olsa da aslında alternatif tıp kavramının alt başlığı olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Öyle ki, alternatif tıp, tedavi edici etkileri bilimsel yöntemlerle kesin olarak kanıtlanmamış güncel ya da geleneksel uygulamaların tümünü ifade etmektedir¹⁴.

Ülkemizde ve dünyada geleneksel tıp ve alternatif tıp kavramlarının içeriği hakkında hâlihazırda bir fikir birliği oluşmuş olmasa da 27.10.2014 tarihli Resmi Gazete’de yayınlanan Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamaları Yönetmeliği’ne göre modern tıp dışındaki tıbbi müdahaleleri uygulama yetkisi de yalnızca hekime ve kendi alanlarıyla sınırlı olmak üzere diğ hekimlerine ile eczacılara verilmiştir. Diğer sağlık personeli de hekim gözetiminde bu müdahalelerin gerçekleştirebilecektir.

Yönetmelik geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamalarını gerçekleştirmeye yetkili kişilerin yanı sıra onların eğitimleri ve uygulamaların yapılacağı sağlık kuruluşlarının özellikleri ile hangi yöntemlerin hangi hastalıklarda uygulanabileceği konusunu da düzenlemiştir¹⁵. Örnek vermek gerekirse, Yönetmeliğin 13. maddesi akupunktur ve sülük tedavisi gibi birçok geleneksel ve tamamlayıcı tıp alanının

¹² Salih Mollahaliloğlu ve Diğerleri, “Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamalarında Yeni Dönem”, *Ankara Medical Journal*, Cilt.15, Sayı.2, (2015), 102.

¹³ *Traditional Medicine*, <https://www.who.int/traditional-complementary-integrative-medicine/about/en/> (7 Mayıs 2019)

¹⁴ Mollahaliloğlu, 102.

¹⁵ 27.10.2014 tarihli Resmi Gazete’de yayınlanan Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamaları Yönetmeliği, Ek-3.

uygulama yöntemini belirlemiş ve uygulamayı gerçekleştirecek hekimlerin de Sağlık Bakanlığı'nca düzenlenecek eğitimleri tamamlayarak sertifika almış olmaları şartını getirmiştir.

Bu yönetmelikle gerçekleştirilmek istenen amaç hastaların zor durumundan faydalanarak menfaat elde eden kötü niyetli kişilerin birey ve toplum sağlığına zarar vermelerini önlemektir. Öyle ki, son zamanlarda televizyon programları, sosyal medya veya internet üzerinden farklı mecraları kullanan sahte hekimlerin ve onlara itimat eden kişilerin sayısındaki artış herkesin malumudur. Bu artış geleneksel ve tamamlayıcı tıp konusundaki tartışmalarda da aynı oranda bir artış meydana getirmiştir.

Geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamalarına tamamen karşı olanlar; kullanılan tanımların net olmadığını, sonuçların güvenilir veri ve yöntemlerle desteklenemediğini, hastalara yersiz ümit verildiğini ve çaresizliklerinin istismar edildiğini, dinsel inanışların ön plana çıkarıldığını, olumlu sonuçların da plaseboda farklı olmadığını belirtmektedirler¹⁶. Bu uygulamaları destekleyenler ise; batı tıbbının bugüne kadar insan ruhunu dikkate almayıp beden üzerine odaklandığını, bütüncül tedavi yaklaşımı ve hastalığın ortadan kaldırılması yerine semptomların ortadan kaldırılmaya çalışıldığını ve modern tıbbın ekonomik çıkarlara göre şekillendiğini öne sürmektedirler¹⁷. Bu görüşün destekçileri ortalama yaşam süresinin artışına modern tıbbın değil mühendislik faaliyetlerinin yol açtığını savunmaktadırlar. Modern tıbbı eleştirenler, insanların barınma koşullarının iyileşmesi, su ve kanalizasyon sistemlerinin düzeltilmesi ve yeterli beslenme sayesinde hastalıkların ortaya çıkma potansiyeli azaldığını, bu sayede ortalama yaşam süresinin uzadığını belirtmektedirler¹⁸.

Son olarak belirtmek gerekir ki, geleneksel ve tamamlayıcı tıbbi müdahalelerin hukuka uygun kabul edilebilmesi için Yönetmelikteki özel şartların yanı sıra hastanın standart uygulamalara göre daha geniş kapsamlı olarak aydınlatılmış olması¹⁹ ve

¹⁶ Mollahaliloğlu, 104.

¹⁷ Mollahaliloğlu, 104.

¹⁸ Sevtap Metin, *Biyo-Tıp Etiği ve Hukuk*, 1. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2010, 88.

¹⁹ Hakeri, 651.

hekimin standart yöntemden vazgeçmesi için haklı bir sebebinin varlığı²⁰ gereklidir. Aksi halde müdahale hukuka aykırı olarak gerçekleştirilmiş olacak ve müdahaleyi gerçekleştiren kişinin sorumluluğu ortaya çıkacaktır.

2.1.2.1.2. Modern Tıbbi Müdahaleler

Modern yani çağdaş tıbbi müdahaleler adından da anlaşılacağı üzere yaşanmakta olan çağın bilimsel standartları çerçevesinde gerçekleştirilen tıbbi müdahaleleri ifade etmektedir. Modern tıbbi müdahaleler, tıp biliminde genel kabul görmüş olan yöntemlerle uygulanan tıbbi müdahalelerdir. Genel kabul görmüş olma ölçütü ise söz konusu yöntemin yeterince denenmiş ve doğruluğunun bilimsel verilerle kanıtlanmış olmasını gerektirmektedir²¹.

Modern tıbbi müdahalelerden bahsederken tıbbi standart kavramına değinmek gerekmektedir. Tıbbi standart, tıp biliminin o dönemde genel olarak tanınmış ve kabul edilmiş olan kuralları olarak tanımlanabilir²². Bir başka tanıma göre tıbbi standart, tedavi amacına ulaşmak amacıyla hekimin uygulaması gereken ve daha önceden denenerek ispatlanmış hekimlik tecrübesi ve bilimlerinin ulaştığı seviyedir²³. Genel olarak tanınmış ve kabul edilmiş bir kuraldan bahsedebilmek için bu kuralın hekimlerin büyük çoğunluğu tarafından aynı veya benzer durumlarda sürekli bir şekilde uygulanıyor olması gerekmektedir²⁴.

Hekimin tıbbi müdahalede bulunurken, tıp bilimi çevrelerince genel olarak tanınıp kabul edilmiş ilke ve kurallara uygun davranması halinde tıbbi standarda uyduğu söylenebilecektir²⁵. Aksi halde ise hekim tıbbi standarttan uzaklaşmış olması söz konusu olacaktır ki bu halde hekimin sorumluluğunun ortaya çıkmasına söz konusu olabilecektir.

Mevzuatımızda tıbbi standarda ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. Bu düzenlemeler tıbbi standardın içeriğini belirtmemekle beraber tıbbi standardın

²⁰ Hakeri, 654.

²¹ Filiz Yavuz İpekyüz, “Hekimin Tazminat Sorumluluğu”, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:20, Sayı:33, (2015), 34.

²² Hakeri, 825.

²³ Halide Savaş, *Yargıya Yansıyan Tıbbi Müdahale Hataları*, 3. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2013, 42.

²⁴ Yavuz İpekyüz, 34.

²⁵ Kayaer, 86.

uygulanması gerektiğini düzenlemiştir. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 13. maddesi tababet prensip ve kaidelerine aykırı teşhis ve tedaviyi yasaklamıştır. Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 11. maddesinde ise tıbbi standardın uygulanma zorunluluğu şu şekilde düzenlenmiştir;

“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.”

Tıbbi standart belirlenirken tıbbi müdahalenin yapıldığı tarih, hekimin bulunduğu yer itibarıyla tıbbi standarda ulaşabilme yetisi ve ekonomik sınırlar göz önünde bulundurulmalıdır²⁶. Öyle ki, günümüzde teknolojik gelişmelerin hızı tıbbi standardın çok hızlı bir şekilde değişmesine sebep olabilmektedir. Bu itibarla müdahale tarihinin esas alınması elzemdir²⁷. Aynı şekilde tam donanımlı bir hastanedeki hekim ile bir köyün sağlık ocağındaki hekime uygulanacak tıbbi standardın aynı olamayacağı açıktır²⁸. Her ne kadar insan hayatı ve sağlığı para ile ölçülemez olsa da hastanın ekonomik olarak karşılayamayacağı bir standardın da uygulanabilmesi düşünülemez²⁹. O halde, her somut olayın hal ve şartlarına göre tıbbi standarda uyulup uyulmadığı ayrı ayrı değerlendirilmelidir.

Sonuç olarak, tıbbi müdahale denildiğinde ilk olarak akla gelen çağdaş tıbbi müdahalelerdir. Çağdaş tıbbi müdahaleler de tıp biliminin müdahalenin gerçekleştirildiği anda gelmiş olduğu seviye olup diğer faktörler de göz önünde bulundurularak uygulanabilecek en gelişmiş müdahale yöntemlerini tanımlamaktadırlar. Tıbbi müdahale sebebiyle hekimin sorumluluğunun doğmaması için tıbbi standartlara uygun modern tıbbi müdahalede bulunması gerekmektedir.

²⁶ Kayaer, 90.

²⁷ Veysel Başpınar, “Yargıtay Uygulamaları Açısından Hekimin Özen Borcunun Tıbbî Standartlarla İlişkisi”, *Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan Cilt:1*, Sabih Arkan (Ed.) Ankara: Turhan Kitabevi, 2010, 368.

²⁸ Ecem Kirkit, *Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu*, 1. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2016, 42.

²⁹ Atiye Uygur, “Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu”, Ankara Üniversitesi SBE, *Yayımlanmamış Doktora Tezi*, Ankara 2009, 297.

2.1.2.1.3. Yeni Tıbbi Müdahaleler

Bilim ve teknolojinin gelişimi tıp bilimini de doğrudan etkilemekte olup bu doğrultuda hastalıkların tedavi yöntemleri de değişebilmektedir³⁰. Günümüzde uygulanan modern tıbbi müdahalelerin de çeşitli araştırmalar ve denemeler sonucu ortaya çıktığı açıktır. Tıbbi müdahalenin amacının genel olarak insanı tedavi etmek veya mevcut sağlık durumunu korumak olduğu dikkate alındığında bunun sağlanması için gelişen bilim ve teknolojinin ışığında mevcut yöntemlerin de gelişip değişmesinin bir zorunluluk olduğu kolaylıkla anlaşılabacaktır.

Tıbbi müdahalelerdeki gelişim ve değişimin zorunlu olmasının yanında tıbbi standarttan çıkılarak henüz sonuçları kesin olarak kanıtlanmamış ve araştırma niteliğinde olan bu uygulamalara başvurulması elbette müdahaleyi yapan kişinin sorumluluğunu genişletmektedir³¹. Gerek ulusal gerekse uluslararası mevzuatta insan üzerinde yapılacak olan tıbbi araştırmalar çok katı kurallara tabi tutularak insanın başta yaşama hakkı olmak üzere birçok temel hak ve özgürlüğünün korunması amaçlanmıştır³².

Türk Ceza Kanunu'nun 90. maddesi bu araştırmaları deney ve deneme olarak iki ayrı kavram altında ele almıştır. Madde, sağlıklı ve hasta insanlar üzerinde yapılacak deney ve denemeleri kural olarak cezalandırmakta; ancak belirli şartların bir arada gerçekleşmesi hâlinde ise, açıklanan rızaya hukukî geçerlilik tanımaktadır.

Günlük kullanımda bu iki kavram arasında bir fark olmadığı düşünülürse de insan üzerinde deney kavramının bilimsel çalışmalarının ilk aşamalarını, insan üzerinde deneme kavramının ise deney sonuçlarının henüz kesinlik kazanmamış olmasına karşın fayda almak amacıyla hasta bir insana uygulanmasını ifade ettiği kabul edilmektedir³³. Yani, deney bilimsel amaçlı bir araştırmadan öteye gidemez iken, deneme bu araştırmaların hastayı tedavi etme amacıyla uygulanması yoluyla yapılan araştırmadır³⁴. TCK'nın 90. maddesinin gerekçesinde deney kavramının

³⁰ Hasan Tahsin Gökcan, *Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk*, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2013, 95.

³¹ Hakeri, 529.

³² Aysun Altunkaş, “İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları (TCK m. 90)”, Marmara Üniversitesi SBE, *Yayımlanmamış Doktora Tezi*, İstanbul 2011, 50.

³³ Altunkaş, 148.

³⁴ Hakeri, 536.

bilimsel çalışmaların ilk aşamalarını, deneme kavramının ise deney sonuçlarının kesinliği saptanmadan hasta bir insana uygulanması şeklinde tanımlanmıştır³⁵.

Bilimsel deney kavramı her ne kadar tıp bilimi ile sınırlandırılmış gibi düşünülse de madde metninde böyle bir kısıtlama bulunmamaktadır. Bu itibarla tıp bilimi dışında insanlığa faydalı olabilecek farklı bilim dallarında da insan üzerinde bilimsel maksatlı deney yapılabileceği savunulmaktadır³⁶.

Hastayı tedavi etmek amacıyla gerçekleştirilen denemeler tıbbi standardın dışında müdahale anlamına geleceği için bu müdahalelerin hukuka uygun kabul edilebilmesi için daha katı şartların sağlanması gerektiği açıktır. Bu doğrultuda Kanun'un 90. maddesinin dördüncü fıkrasında hasta üzerinde tedavi amaçlı bilimsel denemenin hukuka uygun kabul edilmesi için şu şartların sağlanması gerektiği düzenlenmiştir; bilinen tıbbi müdahale yöntemlerinin uygulanmasının sonuç vermeyeceği anlaşılmış olmalı, hastanın denemenin mahiyeti ve sonuçları hakkında yeterli bilgiye dayalı olarak alınmış yazılı rızası olmalı, yeni uygulama bilimsel yöntemlere uygun olmalı, müdahale mutlaka tedavi maksadıyla yapılmalı ve uygulama uzman bir hekim tarafından hastane ortamında gerçekleştirilmelidir³⁷.

Asıl amacın bilimsel araştırma olduğu insan üzerinde yapılan bilimsel deneyin hukuka uygun kabul edilmesi için ise Kanun'un aynı maddesinde daha ağır şartlar öngörülmüştür³⁸. Buna göre insan üzerinde yapılan rızaya dayalı bilimsel deneyin ceza sorumluluğunu gerektirmemesi için; deneyle ilgili olarak yetkili kurul veya makamlardan gerekli izin alınmış olması, deneyin öncelikle insan dışı deney ortamında veya yeterli sayıda hayvan üzerinde yapılmış olması, insan dışı deney ortamında veya hayvanlar üzerinde yapılan deneyler sonucunda ulaşılan bilimsel verilerin, varılmak istenen hedefe ulaşmak açısından bunların insan üzerinde de yapılmasını gerekli kılması, deneyin, insan sağlığı üzerinde öngörülebilir zararlı ve kalıcı bir etki bırakmaması, deney sırasında kişiye insan onuruyla bağdaşmayacak ölçüde acı verici yöntemlerin uygulanmaması, deneyle varılmak istenen amacın,

³⁵ Ersan Şen, "İnsan Üzerinde Bilimsel Deney ve Deneme Suçları", *V.Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları*, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 28 Mart-1 Şubat 2008, 609.

³⁶ Şen, 609.

³⁷ Altunkaş, 326.

³⁸ Hakeri, 554.

bunun kişiye yüklediği külfete ve kişinin sağlığı üzerindeki tehlikeye göre daha ağır basması, deneyin mahiyet ve sonuçları hakkında yeterli bilgilendirmeye dayalı olarak açıklanan rızanın yazılı olması ve herhangi bir menfaat teminine bağlı bulunmaması gerekmektedir³⁹.

Çocuklar üzerinde bilimsel deneyin hukuka uygun kabul edilmesi için tüm bu koşulların yanı sıra; yapılan deneyler sonucunda ulaşılan bilimsel verilerin, varılmak istenen hedefe ulaşmak açısından bunların çocuklar üzerinde de yapılmasını gerekli kılması, rıza açıklama yeteneğine sahip çocuğun kendi rızasının yanı sıra ana ve babasının veya vasisinin yazılı muvafakatinin de alınması, deneyle ilgili izin verecek yetkili kurullarda çocuk sağlığı ve hastalıkları uzmanının bulunması gerekmektedir⁴⁰.

2.1.2.2. Yapılış Yöntemine Göre Tıbbi Müdahaleler

2.1.2.2.1. Beden Bütünlüğüne Yönelik Tıbbi Müdahaleler

Esasen tıbbi müdahalelerin büyük bölümü hastanın beden bütünlüğüne yönelik olarak gerçekleştirilmektedir. Bu müdahaleler aşından organ nakline kadar sayısız çeşitte ortaya çıkabilmektedir. Tıp biliminin gelişmesi sebebiyle de her geçen gün bu müdahale çeşitlerinin sayısı artmaya devam etmektedir⁴¹.

2.1.2.2.2. Beden Bütünlüğüne Yönelik Olmayan Tıbbi Müdahaleler

Bir takım tıbbi müdahaleler ise doğrudan doğruya hastanın vücut bütünlüğüne yönelik olarak gerçekleştirilmez. Hastalığın tanısı, ameliyat sonrası hastanın kontrollerinin gerçekleştirilmesi ve psikolojik tedavi yöntemleri doğrudan doğruya hastanın beden bütünlüğüne yönelik olmayan tıbbi müdahalelerdir⁴².

2.1.2.3. Yapılış Yerine Göre Tıbbi Müdahaleler

Tıbbi müdahaleler esas olarak hastanelerde gerçekleştirilmekle birlikte gerek zorunlu durumlar gerekse zamanın getirmiş olduğu koşullar sebebiyle farklı yerlerde gerçekleştirilebilmektedir. Örneğin, hekimler kendi muayenesinde tıbbi müdahaleler

³⁹ Altunkaş, 307, 308.

⁴⁰ Altunkaş, 320.

⁴¹ Kayaer, 29.

⁴² Kayaer, 66.

gerçekleştirebilirken acil durumlarda ilk yardım kapsamındaki tıbbi müdahaleler yol ortasında bile gerçekleştirilebilmektedir.

Günümüz koşullarında devlet hastanelerinin yanı sıra özel hastanelerin sayısı da bir hayli fazladır. Bunun yanı sıra üniversite hastaneleri de farklı bir statüye sahiptir. Hukuki nitelikleri ve sorumluluk türleri birbirinden farklı olan yerlerde yapılan tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğu ve olası bir zarar halinde tazminat sorumluluğun esasları da farklılık gösterecektir. Bu tasnif yöntemi zararın hangi hukuki nedenle kim tarafından tazmin edileceği meselesi açısından önem arz etmektedir⁴³.

2.1.3.Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Koşulları

2.1.3.1. Genel Olarak

Pek çok tıbbi müdahalenin doğrudan insan vücuduna yönelik olarak acı verici bir eylem niteliğinde gerçekleştirildiği düşünüldüğünde esasen bu müdahalelerin ceza hukuku bakımından kasten yaralama niteliğinde olduğu söylenebilecektir⁴⁴. Aynı şekilde tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluk koşullarının sağlanmaması durumunda tıbbi müdahalede bulunan kişinin çeşitli gerekçelerle özel hukuk ve idare hukuku anlamında sorumlulukları da ortaya çıkabilecektir. Ancak, tıbbi müdahalenin meşruluğunun sağlanması durumunda müdahale hukuka uygun kabul edilecek ve müdahaleyi yapan kişinin müdahale sebebiyle herhangi bir sorumluluğu ortaya çıkmayacaktır.

Tıbbi müdahalelerin neden hukuka uygun kabul edildiğine ilişkin birçok görüş bulunmaktadır. Dönmezer, Erman ve İçel'e göre tıbbi müdahaleler genel olarak hakkın kullanılması niteliğinde olması sebebiyle hukuka uygun kabul edilmelidir⁴⁵.

Özgenç ise tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğunu sağlayan unsurun her somut olayda ayrı değerlendirilmesi gerektiği belirtmiştir. Ancak istisnai durumlar

⁴³ Yavuz İpekyüz, 41.

⁴⁴ Hakeri, 235.

⁴⁵ Sulhi Dönmezer ve Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt:II*, 10. Baskı, İstanbul: Beta Basım, 1994, 51; Kayıhan İçel ve Diğerleri, *Suç Teorisi 2. Kitap*, 3. Baskı, İstanbul: Beta Basım Yayın, 2004, 175.

haricinde hasta tarafından gösterilen hukuka uygun bir rızanın tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hale getireceğini savunmuştur⁴⁶.

Bayraktar da tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluk sebebi olarak hakkın kullanılmasını işaret etmekle beraber hekimin tıp biliminin sınırları içinde hareket etmesi gerektiğinin altını çizmiştir⁴⁷. Aynı doğrultuda Yenisey tıp mesleği mensuplarının mesleğin kendilerine tanıdığı sübjektif hakkın sınırlarına ve koşullarına riayet ettikleri sürece tıbbi müdahalelerinin hukuka uygun kabul edileceğini belirtmiştir⁴⁸.

Hekimin yaptığı tıbbi müdahalenin hukuka uygun kabul edilmesi için iki şartın gerçekleşmesi gerektiğini belirten Cantürk'e göre, hekimin tıbbi müdahale uygulama hak ve yetkisine sahip olması ve hastanın aydınlatılmış onamının bulunması şartları birlikte gerçekleştiği takdirde tıbbi müdahale hukuka uygun olacaktır⁴⁹.

Tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğunun sağlanması açısından Ünver hastanın rızasının önemine vurgu yapmakla birlikte tek başına rızanın her durumda müdahaleyi hukuka uygun hale getirmeyeceğini savunmaktadır⁵⁰. Yazara göre bazı durumlarda müdahalenin hukuka uygunluğunun sağlanması açısından rıza yeterli olmakla birlikte kimi zaman hakkın icrası ile birlikte hukuka uygunluğu sağlayabilecektir. Bununla birlikte yazar, geçerli bir rızanın alınamaması gibi bazı istisnai hallerde de tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğu izin verilen risk ile açıklamaktadır⁵¹.

Tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğunu açıklamak için tek bir kavramın yeterli olmayacağını savunan Yenerer Çakmut, somut olaya göre hukuka uygunluğun

⁴⁶ İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 13. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017, 373 vd.

⁴⁷ Köksal Bayraktar, *Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu*, İstanbul: Sermet Matbaası, 1972, 208.

⁴⁸ Feridun Yenisey, "Tedavi Açısından İlgilinin Rızası", *V.Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları*, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 28 Mart-1 Şubat 2008, 870.

⁴⁹ Gürol Cantürk, "Tıbbi Malpraktis ve Tıbbi Bilirkişilik", *Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu*, Hakan Hakeri ve Cahid Doğan (Ed.), Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2015, 305.

⁵⁰ Yener Ünver, "Türk Tıp Hukukunda Rıza", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Özel Sayı: Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Cilt:III, Sayı:2, 2006, 239.

⁵¹ Yener Ünver, *Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk*, 1.Baskı, İstanbul: Beta Basım Yayın, 1998, 355.

farklı sebeplerden kaynaklanabileceğini savunmuş ve bazı durumlarda izin verilen risk teorisinden de yararlanılması gerektiğini belirtmiştir⁵².

Hastanın rızasının tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu bakımından tek başına yeterli olmadığını belirten Koca'ya göre tıbbi müdahalenin hukuka uygun kabul edilmesi için, hekimin tedavi amacıyla hareket etmesi, hastanın aydınlatılmış onamının alınması ve müdahalenin yapıldığı tarih itibariyle tıp biliminin verilerine uygun olması şartlarının bir arada gerçekleşmesi gerekir⁵³. Kanımızca kişinin iç dünyasındaki düşünce ve gayesi yalnızca kendisi tarafından bilinebileceğinden hekimin tedavi amacıyla hareket etmesi şartının sağlanıp sağlanmadığının tespiti mümkün değildir. Tabii ki normal şartlar altında bir hekimin amacı hastasını tedavi etmektir ancak farklı gayelerle hareket eden kişilerin bu gayelerinin tespiti yapılamayacaktır.

Netice itibariyle günümüzde tıbbi müdahalenin hukuka uygun kabul edilebilmesi için yetkili kişilerce yapılması, hastanın aydınlatılmış rızasının alınmış olması ve tıp biliminin verilerine göre gerekli ve bu verilere uygun müdahale yapılmış olması gerektiği kabul edilmektedir⁵⁴.

2.1.3.2. Yetkili Kişiler Tarafından Yapılma Şartı

Bir müdahalenin tıbbi müdahale kabul edilebilmesi için ilk şart eylemin yetkili kişi yani hekim veya diğer sağlık personelleri tarafından gerçekleştirilmesidir⁵⁵. Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'a göre tıbbi müdahale yetkisi başta hekimler olmak üzere yalnızca sağlık mesleği mensuplarına tanınmış bir yetkidir⁵⁶. Ancak, ilk yardım ve acil durum halleri bu kuralın istisnasını oluşturmaktadır⁵⁷.

⁵² Özlem Yenerer Çakmut, *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi*, 1. Baskı, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2003, 120.

⁵³ Mahmut Koca, "Yeni TCK'da Hekimler Hakkında Uygulanacak Yaptırımlar", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Özel Sayı: Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Cilt:III, Sayı:2, 2006, 162.

⁵⁴ Hakeri, 236.

⁵⁵ İçel, 75.

⁵⁶ Yenerer Çakmut, 27.

⁵⁷ Hakeri, 237.

Sağlık mesleği mensubu çok geniş bir ifade olması sebebiyle kimlerin tıbbi müdahale yetkisi olduğu konusunun netleştirilmesi gerekmektedir. Örneğin, bir ambulans şoförü sağlık mesleği mensubu mudur? Eğer öyle olduğu kabul edilirse tıbbi müdahale yetkisi var mıdır? Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 4. maddesinde yapılan tanım doğrultusunda sağlık hizmeti sunulan bir yerde çalışan kişi sağlık personeli kabul edilmektedir. Bu tanım çok geniş kapsamlı düzenlenmiş olup bir hastanedeki temizlik personeline şoföre kadar herkesin sağlık personeli kabul edilmesine sebep olmaktadır⁵⁸. Ancak tıbbi müdahale yetkisi olan sağlık mesleği mensubundan ne anlaşılması gerektiği her somut olayda mevzuatın personele verdiği yetki ve aldığı eğitim göz önünde bulundurularak tıbbi müdahalede bulunma yetkisinin bulunup bulunmadığının araştırılması sonucu ortaya çıkarılmalıdır⁵⁹. Örneğin, hastanede çalışan bir sekreter Hasta Hakları Yönetmeliği'ne göre sağlık personeli kabul edilmektedir. Ancak hastane sekreterine yasa koyucu tarafından tıbbi müdahale yapma yetkisi verilmediği için bu sağlık personelinin acil durumlar hariç yapacağı tıbbi müdahaleler hukuka aykırı kabul edilecektir.

2.1.3.2.1. Tıbbi Müdahalenin Hekim Tarafından Gerçekleştirilmesi

Hekim, insanlardaki hastalıkları teşhis ve onları ilaçlarla veya bazı araçlarla tedavi eden kimse, doktor, tabip anlamına gelen Arapça kökenli bir kelimedir⁶⁰. Daha basit şekilde hekim tababeti icra eden kimse olarak tanımlanabilir⁶¹. Günlük hayatta doktor kelimesi daha sık kullanılıyor olsa da hukuk dilinde yaygın olarak hekim sözcüğü benimsenmiştir.

İnsan hayatıyla ilgili böylesine zor ve önemli bir mesleği icra edecek kişilerin de bazı şartları sağlamaları gerektiği açıktır. Mevzuatımızda 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 1. maddesi ile hekimlik mesleği icra edebilmek için tıp fakültesi diplomasına sahip olma şartı getirilmiştir. Buna göre tıp fakültesinden mezun olarak diploma sahibi olan kimseye hekim adı verilir⁶².

⁵⁸ Kayaer, 79.

⁵⁹ Hakeri, 143.

⁶⁰ *Güncel Türkçe Sözlük*, <http://www.tdk.gov.tr> (7 Mayıs 2019)

⁶¹ Bayraktar, 24.

⁶² Hakeri, 238.

Kanundaki bu tanım ışığında değerlendirildiğinde hekimlik faaliyetlerini yalnızca tıp fakültesinden mezun olan diplomalı kişilerce yapılabileceği açıktır. Bu düzenleme kişinin ve toplumun haklarını korumaya yönelik olup insan hayatıyla bu kadar yakından ilgili bir mesleğin eğitimsiz kişilerce yapılmasını önleme amacı taşımaktadır⁶³. Aksi halde bireylerin ve dolayısıyla toplumun sağlığı üzerinde telafisi olmayacak zararlar meydana gelebilecektir. Dikkat edilmelidir ki, hastanın rızası olsa dahi tıp fakültesi diploması olmayan kişinin yapacağı hekimlik faaliyeti tıbbi müdahale kapsamında değerlendirilmeyecek ve hukuka aykırı bir eylem niteliğinde olacaktır.

Kural olarak tıp fakültesi diplomasına sahip kişiler tüm tıbbi müdahalelere yetkili olmakla birlikte öyle tıbbi müdahaleler vardır ki bu müdahaleleri yapabilmek için “uzmanlık” gerekmektedir⁶⁴. Takdir edilmelidir ki, tıbbın hızlı gelişimi ve sayısız uzmanlık alanının ortaya çıkmış olması her hekimin her alanda bilgi sahibi olmasını imkânsız hale getirmiştir⁶⁵. Her ne kadar tıp fakültesi diploması sahibi her kişi her türlü tıbbi müdahaleyi yapmaya kanunen yetkili olsa da hekimin uzman olmadığı halde veya uzmanlık alanı dışında bir tıbbi müdahalede bulunması hekimin üstlenme kusuruna yol açabilir⁶⁶. Uzmanlık gerektiren tıbbi müdahaleyi gerçekleştiren uzman olmayan hekimin sorumluluğunun ortadan kalkması için zorunluluk halinin bulunması gerekmektedir⁶⁷.

Hekim tıbbi müdahaleye girerken bilgi, tecrübe ve donanım olarak tıbbi standardı sağlayamayacak durumda olduğu halde müdahaleyi gerçekleştirirse üstlenme kusuru ortaya çıkar⁶⁸. Acil durum olmaksızın tıbbi standardı sağlayamadığı halde hastasına tıbbi müdahalede bulunan hekim bu sebeple ortaya çıkacak zarardan sorumlu olacaktır.

Tıbbi müdahaleyi gerçekleştiren kişinin hekim olması şartı incelenirken ortaya çıkan bir diğer sorun ise tıp fakültesi öğrencilerinin tıbbi müdahalesinin hukuka uygunluğunun değerlendirilmesidir. Öğrencilerin hekimlik mesleğine hazırlanması

⁶³ Kayaer, 78.

⁶⁴ Bayraktar, 115.

⁶⁵ Kayaer, 70.

⁶⁶ Hakeri, 243.

⁶⁷ Özgenç, 380.

⁶⁸ Hakeri, 915.

için uygulamalara katılması her ne kadar zaruri bir mesele olsa da öğrencilerin henüz hekim olmadığı dikkate alınarak hekim tarafından yapılacak bir tıbbi müdahaleyi yapmaya yetkili olmadıkları unutulmamalıdır. Tıp fakültesi öğrencileri yalnızca uzman bir hekimin denetim ve gözetimi altında onun kendilerine vereceği görevleri yerine getirebilirler⁶⁹. Aksi halde hem müdahaleyi gerçekleştiren öğrencinin hem de onun denetimini sağlayan hekimin sorumlulukları ortaya çıkabilecektir.

Aynı husus uzmanlık öğrencileri açısından da geçerli olmakla birlik uzmanlık öğrencilerinin esasen pratisyen hekim statüsünde olduğu dikkate alındığında uzmanlık gerektirmeyen tıbbi müdahaleleri yapma yetkilerinin bulunduğu açıktır⁷⁰. Ancak Tıpta ve Diş Hekimliğinde Uzmanlık Eğitimi Yönetmeliği'nin 11. maddesi gereğince uzmanlık gerektiren tıbbi müdahalelerin uygulanmasında tıpkı tıp fakültesi öğrencilerinin tıbbi müdahalesinde olduğu gibi uzman eğiticilerin denetim ve gözetimi altında görevlerini yerine getirebileceklerdir. Aksi halde hem müdahaleyi gerçekleştiren asistan hekim hem de onun denetimini sağlayan uzman hekimlerin sorumlulukları ortaya çıkabilecektir⁷¹.

2.1.3.2.2. Tıbbi Müdahalenin Hekim Dışındaki Sağlık Personeli Tarafından Gerçekleştirilmesi

İlk yardım ve acil durum halleri istisna olmak üzere Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'a göre tıbbi müdahale yetkisi başta hekimler olmak üzere yalnızca sağlık mesleği mensuplarına tanınmış bir yetkidir⁷².

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 4. maddesinde sağlık personeli şu şekilde tanımlanmıştır;

“Hizmetin resmi veya özel sağlık kurumlarında ve kuruluşlarında veya serbest olarak sunulmasına bakılmaksızın, sağlık hizmetinin verilmesine iştirak eden bütün sağlık meslekleri mensuplarını ve sağlık meslekleri mensubu olmasa bile sağlık hizmetinin verilmesine sorumlu olarak iştirak eden kimseler”

Bu tanım çok geniş kapsamlı düzenlenmiş olup bir hastanedeki temizlik personelinin şoföre kadar herkesin sağlık personeli kabul edilmesine sebep olmaktadır⁷³. Ancak tıbbi müdahale yetkisi olmayan kişilerin bu tanımın kapsamına

⁶⁹ Hakeri, 251.

⁷⁰ Ayan, 7.

⁷¹ Ayan, 7.

⁷² Bayraktar, 112.

⁷³ Kayaer, 79.

girmesi sebebiyle tıbbi müdahale yetkisi olan sağlık personelinin tanımı daha dar şekilde yapılmalıdır. Bu durumda tıbbi müdahale yetkisi olan sağlık personeli tanımı şu şekilde yapılabilir:

“İnsanların sağlığını korumak ve geliştirmek, hastalıkları teşhis ve tedavi etmek, ruhen, bedenlen ve sosyal yönden tam bir iyilik halinin oluşturulmasını ve devamını sağlamak amaçlarıyla, doğrudan çalışan kişiler tıbbi müdahale yetkisi olan sağlık personelidir⁷⁴”.

Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'da hekim dışında tıbbi müdahale yetkisi olan bazı kişiler kanunun farklı bölümlerinde ayrı ayrı belirtilmiştir. Buna göre sağlık memurları, dişçiler, ebeler, sünnetçiler ve hastabakıcı hemşireler bu kanunda kendilerine tanınan yetki sınırları içerisinde tıbbi müdahalede bulunabilirler.

Türk Ceza Kanunu'nun 280. maddesinde “Sağlık mesleği mensubu deyiminden tabip, diş tabibi, eczacı, ebe, hemşire ve sağlık hizmeti veren diğer kişiler anlaşılır.” şeklinde bir düzenleme mevcuttur. Her ne kadar tıbbi müdahale yetkisiyle ilgili bir düzenleme olmasa da kanun koyucunun sağlık personeli kavramını kullanırken neyi ifade etmek istediğinin anlaşılması açısından göz önünde bulundurulması gereken bir hüküm niteliğindedir.

Sonuç olarak belirtmek gerekir ki, tıbbi müdahale yetkisi olan sağlık personelinin ne anlaşılması gerektiği her somut olayda mevzuatın personele verdiği yetki ve aldığı eğitim göz önünde bulundurularak tıbbi müdahalede bulunma yetkisinin bulunup bulunmadığının araştırılması sonucu ortaya çıkarılmalıdır⁷⁵.

2.1.3.2.3. Tıbbi Müdahalenin Sağlık Personeli Olmayan Kişiler Tarafından Gerçekleştirilmesi

Tıbbi müdahale yapma yetkisi zorunlu haller dışında sadece hekimlere veya yerine göre diğer sağlık personeline tanınmış bir yetki olduğundan böyle bir yetkisi olmaksızın tıbbi müdahalede bulunan kişinin eylemi hukuka aykırı olacak ve meydana gelen sonuca göre kasten yaralama veya öldürme suçunu oluşturacaktır⁷⁶. Aynı şekilde yapılan müdahale hukuka aykırı olacağı için müdahaleyi yapan kişinin tazminat sorumluluğu da gündeme gelecektir. Örneğin, hastanın rızası olsa dahi kırıkçı olarak

⁷⁴ Hakeri, 142, 143.

⁷⁵ Hakeri, 143.

⁷⁶ Hakeri, 259.

tabir edilen kimselerin müdahaleleri veya hekim olmayan kimselerce yapılan sülük tedavisi uygulaması kasten yaralama suçuna vücut verecek ve hastanın uğramış olduğu zararları tazmin sorumluluğu da doğacaktır.

Tıbbi müdahalenin hukuka uygun kabul edilmesi için ilk şartın müdahalenin hekim veya sağlık personeline yapılması olması karşısında bazı istisnai hallerde yetkisiz kişilerce yapılan tıbbi müdahaleler de hukuka uygun kabul edilebilmektedir. Bu durumların başında zorunluluk hali gelmektedir⁷⁷. Şöyle ki, yetkisiz kişi tarafından yapılan tıbbi müdahale zorunluluk hali kapsamında değerlendirildiğinde bu kişinin eylemi hukuka uygun kabul edilerek sorumluluğunun ortaya çıkmamasına sebep olacaktır. Örneğin, hiç kimsenin olmadığı kırsal bir alanda tıbbi bilgisi ve eğitimi olmayan bir kimsenin yaralanan kişiye yaptığı ilk müdahale bu kişinin yetkisi olmadığı için esasen hukuka aykırı olaksa da zorunluluk hali sebebiyle bu kişi cezalandırılmayacaktır⁷⁸.

Zorunluluk halinin yanı sıra günlük yaşamın bir parçası haline gelen bazı tıbbi müdahaleleri gerçekleştiren kişiler açısından da hukuk düzeni herhangi bir tıbbi nitelik aramamaktadır. Örneğin, başı ağrıyan iş arkadaşına ağrı kesici veren kişinin davranışı esasen bir tıbbi müdahale olmakla birlikte çok önemsiz ve hastanın sağlığını tehdit etmeyen veya ona zarar vermeyen bir müdahale olduğu için hukuka uygunluğu araştırılmaz⁷⁹.

2.1.3.3. Rıza Şartı

2.1.3.3.1. Genel Olarak

İlgilinin rızası hem özel hukukta hem de ceza hukukunda bir hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmektedir⁸⁰. Ancak, geçerli bir rızadan söz edebilmek için bazı şartların gerçekleşmesi gerekmektedir. Bu şartların başında da kişinin neye rıza gösterdiğini bilmesi yani aydınlatılmış olması gelir⁸¹. Önceleri rızanın varlığı tek başına yeterli olarak görülmekte iken daha sonra uygulanacak tıbbi müdahalenin

⁷⁷ İçel, 175.

⁷⁸ Kayaer, 81.

⁷⁹ Kayaer, 82.

⁸⁰ Hakeri, 263.

⁸¹ Bayraktar, 125.

ayrıntıları ve muhtemel sonuçları hakkında hastanın bilgilendirilmiş yani aydınlatılmış olması gerektiği kabul edilmiştir⁸².

Genel olarak bir hukuka uygunluk sebebi olarak rızanın geçerli kabul edilebilmesi için ise rızanın konusunun kişinin üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği bir hakkı olması, rıza verme ehliyetinin bulunması ve rızanın hiçbir şüpheye yer bırakmayacak şekilde açıklanması gerekir⁸³.

Geçerli bir rızadan bahsedebilmek için zaten aydınlatmanın yapılmış olması gerektiği için aydınlatılmış rıza teriminin hatalı olduğu belirtilmektedir⁸⁴. Ancak aydınlatmanın önemine vurgu yapmak amacıyla çalışmamızda aydınlatılmış rıza teriminin kullanılması tercih edilmiştir. Mevzuatımızda aydınlatılmış rıza ilgili temel teşkil edecek özel bir düzenleme olmasa da hakkında doğrudan veya dolaylı olarak birçok düzenleme mevcuttur. Bu düzenlemelerin tamamı rızaya ilişkin olmakla birlikte öğretide çeşitli yorum yöntemleriyle bahsedilen rızanın aydınlatılmış rıza olduğu kabul görmektedir⁸⁵.

Aydınlatılmış rıza ile ilgili en temel ulusal düzenleme olarak Anayasa'nın "kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı" başlıklı 17. maddesi gösterilmektedir⁸⁶. İnsanın yaşama hakkının, vücut bütünlüğünün ve kendi geleceğini belirleyebilme hakkının korunmasını konu alan madde, esasen insanın vücut bütünlüğünü ihlal eden tıbbi müdahaleleri de kapsamaktadır⁸⁷. Tıbbi müdahale neticesinde vücut bütünlüğü ihlal edilecek kişinin kendi geleceği hakkında karar verebilmesi için aydınlatılmış olması gerektiği açıktır. Böylelikle aydınlatma sadece hastanın iradesinin serbestçe oluşmasını sağlamayacak bunun yanı sıra vücut bütünlüğü ile maddi ve manevi varlığının da korunmasına hizmet edecektir.

Konuyla ilgili bir diğer düzenleme de Medeni Kanun'un "kişiliğin korunması" başlığı altındaki 23. ve 24. maddeleridir. Bu maddeler uyarınca kişinin vücuduna yapılacak olan her türlü müdahale kural olarak hukuka aykırı kabul edilmektedir.

⁸² Yenisey, 871.

⁸³ Kayaer, 156.

⁸⁴ Ünver, *Türk*, 239.

⁸⁵ İçel, 175.

⁸⁶ Kayaer, 163.

⁸⁷ Hakeri, 265.

Ancak kişinin rızası bu hukuka aykırılığı ortadan kaldıracaktır⁸⁸. Yine Medeni Kanun'un 2. maddesinde düzenlenen dürüstlük kuralı gereğince hastadan rıza alınırken yapılacak olan aydınlatmanın bu kurala uygun yapılması gerekmektedir. Bu maddeye göre; “Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır.”.

Tıbbi müdahalelerle ilgili özel bir düzenleme olarak kabul edebileceğimiz Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 70. maddesinde de tıbbi müdahalelerde hastanın muvafakatının alınması gerektiği düzenlenmiştir⁸⁹.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nde aydınlatma yerine bilgilendirme kavramı kullanılmakla beraber bilgilendirmenin kapsamı 15. maddede belirtilmiştir. Maddede kullanılan bilgilendirme kavramı aydınlatma ile aynı anlama gelmektedir⁹⁰. Bu maddeye göre hastaya; hastalığının muhtemel nedenleri ve hastalığın nasıl seyredeceği başta olmak üzere tıbbi müdahalenin kim tarafından nerede, ne şekilde ve nasıl yapılacağı ile tahmini süresi, muhtemel komplikasyonlar ve diğer tanı ve tedavi seçenekleri gibi birçok hususta bilgi verilir. Hekimlere çok kapsamlı bir bilgi verme yükümlülüğü yükleyen bu maddeden de anlaşılacağı üzere kanun koyucu hekimin aydınlatma yükümlülüğünü kabul etmektedir.

Koşullara uygun şekilde verilmiş olan aydınlatılmış rıza, hastaya yapılan tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hale getirecektir. Aksi halde, tıbbi müdahale hastayı iyileştirmiş olsa bile müdahaleyi gerçekleştiren kişinin hukuki, cezai ve idari sorumluluğu meydana gelebilecektir.

2.1.3.3.2. Aydınlatma

Geçerli bir rızadan söz edebilmek için kişinin neye rıza gösterdiğini bilmesi gerekmektedir. Bu da kişinin aydınlatılmasıyla mümkün olmaktadır⁹¹. Ancak aydınlatma ile bilgi vermenin aynı anlama gelmediği gözden kaçırılmamalıdır⁹². Öyle ki, kişinin anlayabileceği şekilde verilmeyen bilgi ile kişinin neye rıza gösterdiğini tam

⁸⁸ Kayaer, 164.

⁸⁹ Yenerer Çakmut, 225.

⁹⁰ Hakeri, 264.

⁹¹ Bayraktar, 125.

⁹² Cahid Doğan, “Hastanın Aydınlatılması ve Rızasının Alınması”, *Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Girne - Amerikan Üniversitesi Sağlık Hukuku Sempozyumu*, Girne, 2-3 Mart 2009, 126.

olarak kavrayabildiği iddia edilemez. Konuyu bir hasta açısından ele almak gerekirse, hekimin sıradan bir kişinin anlayamayacağı ölçüde teknik ve bilimsel terimler kullanarak yapmış olduğu bilgilendirme hastanın aydınlatılmış olduğu anlamına gelmeyecek ve böylelikle vermiş olduğu rıza geçerli kabul edilmeyecektir⁹³.

Aydınlatmanın amacı hastayı ikna etmek değil, ona hür iradesini sağlıklı bir biçimde açıklayabilmesini sağlamaktır⁹⁴. Hasta kendi sorumluluğunun bilincinde olarak serbestçe karar verebilmelidir. Bunun için hastanın yalnızca teşhis ve tedavi süreci hakkında aydınlatılması yetmemekte aynı zamanda muhtemel riskler ve alternatif tedaviler ile tedavi uygulanmaması durumunda olabilecekler hakkında da aydınlatılması gerekmektedir. Ancak çok nadir gerçekleşen ve rıza üzerinde etkisi olmayacak bilgilerin açıklanma zorunluluğu bulunmamaktadır⁹⁵.

Hekimin hastasını uygulanacak tıbbi müdahalenin komplikasyonları konusunda da aydınlatması gerekmektedir. Öğretide riziko aydınlatması olarak isimlendirilen bu yükümlülüğe göre hekim gerekli tüm önlemler alınmasına karşın müdahale neticesinde meydana gelebilecek olumsuz neticeler konusunda hastasını aydınlatmalıdır⁹⁶. Tıbbi müdahalelerin karmaşıklığı ve kişiden kişiye değişebilen yapısı itibarıyla bu yükümlülüğün kapsamının bir hayli geniş olacağı düşünülebilirse de burada hekimden beklenen makul derecede yani nispeten olasılığı yüksek veya hastanın kararını etkileyebilecek komplikasyonlar konusunda aydınlatma yapmasıdır.

Aydınlatma bizzat rıza göstermesi gereken kişiye yapılmalıdır⁹⁷. Rıza açıklaması kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanılması olarak kabul edildiği için hasta ayırtım gücüne sahipse bizzat kendisi aydınlatılmalıdır. Hasta küçük, ayırtım gücünden yoksun veya kısıtlı ise kanuni temsilcisi aydınlatılmalıdır.

Aydınlatacak kişi ise tıbbi müdahaleyi gerçekleştirecek hekimdir⁹⁸. Hekim bu görevi bir başka meslektaşına devredebilirse de aydınlatmanın gereği gibi yapılmamış olması durumunda sorumluluk bizzat kendisine ait olacaktır.

⁹³ Hakeri, 327.

⁹⁴ Ünver, *Türk*, 240.

⁹⁵ Kayaer, 176.

⁹⁶ Savaş, *Yargıya Yansıyan*, 276.

⁹⁷ Yenerer Çakmut, 235.

⁹⁸ Kayaer, 192.

Aydınlatmanın ne zaman yapılması gerektiği hususunda ise acil bir durum söz konusu değil ise hastaya zaman baskısı olmadan karar vermesini sağlayacak makul bir süre tanınması gerektiği savunulmaktadır⁹⁹.

Mevzuatımızda aydınlatma şekli hakkında genel bir hüküm bulunmamakta olup bu konuda takdir yetkisi hekime bırakılmıştır¹⁰⁰. Önemli olan husus aydınlatmanın amacına ulaşması olup ne şekilde yapılacağı hakkında bir kısıtlamaya gidilmemiştir. Ancak muhtemel uyuşmazlıklarda ispat vasıtası olarak kullanmak üzere aydınlatma ve rızanın yazılı olarak yapılarak imza altına alınması büyük önem taşımaktadır. Bu yalnızca ispat vasıtası olup uygulamada matbu formların hastalara imzalatılması işlemleri geçerli bir aydınlatma için yeterli değildir¹⁰¹.

Sonuç olarak aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmemiş olması istisnai durumlar dışında hastanın rızasının geçersiz olması sonucunu doğuracaktır. Böylelikle hekimin tıbbi müdahalesi hukuka aykırı kabul edileceği için hekimin cezai, hukuki ve idari sorumluluğu ortaya çıkacaktır.

2.1.3.3.3. Rıza Açıklaması

Hastanın tıbbi müdahaleye rıza göstermesinin hukuki anlamda sonuç doğurması için bu rızanın açıklanması gerekmektedir¹⁰². Ceza hukuku açısından rızanın geçerli kabul edilebilmesi için rıza açıklamasının tıbbi müdahale öncesi veya en geç tıbbi müdahalenin yapıldığı esnada gerçekleşmesi gerekmektedir¹⁰³. Aksi halde rıza geçersiz kabul edileceği için hekimin sorumluluğu gündeme gelecektir.

Rıza açıklaması kural olarak bir şekle tabi olmayıp zımni olarak yapılan rıza açıklaması da geçerli kabul edilmektedir¹⁰⁴. Zımni rıza, üstü kapalı, açık olmayan şekilde verilmiş rıza anlamına gelmektedir¹⁰⁵. Yani hasta, sözlü olarak beyan etmemiş olsa dahi hastanın hal ve davranışları ile tıbbi müdahaleye rıza gösterdiğini anlaşılır kılıyor ise geçerli bir rızadan söz edilebilecektir. Örneğin, tahlil için kan alınacağı zaman kolunu sıyırarak uzatan hastanın bu davranışı zımni rızadır. Ancak, zımni rıza

⁹⁹ Hakeri, 313.

¹⁰⁰ Kayaer, 268.

¹⁰¹ Hakeri, 320.

¹⁰² Ekici Şahin, 283.

¹⁰³ Ekici Şahin, 164.

¹⁰⁴ Hakeri, 352.

¹⁰⁵ *Hukuk Sözlüğü*, “Zımni Rıza”, Ankara: Yetkin Yayınları, 2010, 842.

kavramının çok geniş yorumlanmaması gerekmektedir. Öyle ki, sadece hastane binasına girmek hastanın yapılacak tıbbi müdahalelere rıza verdiği şeklinde yorumlanamaz¹⁰⁶.

Genel kural rızanın şekle tabi olmaması, sözlü veya yazılı, açık veya zımni olarak açıklanabilmesi şeklinde olmakla birlikte mevzuatımızda yazılı rıza şartı getirilmiş olan özel durumlar bulunmaktadır¹⁰⁷.

Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 70. maddesinin "Büyük ameliyei cerrahiyeler için bu muvafakatin tahriri olması lazımdır." şeklindeki düzenlemesi ile büyük ameliyatlarda yazılı rıza alınması şartı getirilmiştir.

Medeni Kanun'un 23. maddesi insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılınması ve naklinin ancak kişinin yazılı rızası ile mümkün olabileceğini düzenlemiştir.

Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılınması ve Nakli Hakkında Kanun'un 6. maddesinde de kişiden organ veya doku alınabilmesi için gerekli olan rıza açıklamasını katı şekil şartlarına tabi tutulmuştur.

Rıza açıklaması hakkında özel düzenleme bulunmayan durumlarda rıza herhangi bir şekil şartına bağlı olmadan açıklanabilecektir. Rıza açıklaması hakkında özel düzenleme bulunan hallere aykırılık başlı başına bir cezai sorumluluk doğurmaz¹⁰⁸. Sorumluluk bakımından rızanın şekli değil verilmiş olup olmadığı önemlidir.

2.1.3.3.4. Rıza Ehliyeti

Hukuken korunan bir hakka yönelik müdahalenin müdahale yapılan kişinin rızasıyla hukuka uygun hale gelebilmesinin ön koşulu, rızası alınacak kişinin, bunu yapmaya ehliyetinin bulunmasıdır. Ruhen ve ahlaken olgunlaşmış, müdahale edilen hakkının ve bu yönde verdiği kararın anlam, kapsam ve niteliğini kavrayabilecek, bu kararın sonuçlarını anlayabilecek durumda olan kişi, rıza ehliyetine sahiptir¹⁰⁹. Bu

¹⁰⁶ Ünver, *Türk*, 237.

¹⁰⁷ Kayaer, 204.

¹⁰⁸ Barış Erman, *Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu*, 1. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2003, 123.

¹⁰⁹ Yenerer Çakmut, 206.

tanım ışığında yaş, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı gibi nedenlerle müdahale edilen hakkının ve bu yönde verdiği kararın anlam, kapsam ve niteliğini kavrayamayacak, bu kararın sonuçlarını anlayamayacak durumda olan kişinin ise rızaya ehliyetinin bulunmadığı söylenebilecektir. Müdahale yapılacak kişinin ehliyetsiz olması durumunda ise onun yerine kanuni temsilcisi rıza beyanında bulunacak ve yapılan müdahaleyi hukuka uygun hale gelecektir¹¹⁰. Ancak bu konuda dikkat edilmesi gereken husus medeni hukuktaki işlem ehliyeti ve onun için aranan şartların rıza ehliyeti bakımından kabul edilemez olduğudur. Ceza hukuku açısından rıza ehliyetinin bulunup bulunmadığı her bir somut olay açısından ayrıca değerlendirilmelidir. Öyle ki medeni hukukun aksine ceza hukukunda rıza ehliyetinin varlığı için belirli yaş sınırları öngörülmemiştir.

Rızanın şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak olması sebebiyle rıza gösterecek kişinin bizzat ihlal edilecek hukuki menfaatin sahibi olması gerekir¹¹¹. Tıbbi müdahaleye rıza gösterme hakkı da tıbbi müdahalenin yapılacağı kişiye aittir. Kişinin kendisine yapılacak tıbbi müdahaleye rıza gösterebilmesi için öncelikle bu rızayı verme ehliyetinin olması gerekmektedir. Hasta bakımından rıza ehliyeti, hastanın kendisine yapılacak tedaviyi ve müdahaleleri, uygulanacak tıbbi fiiller ile bunların sonuçlarını kavrayabilmesi şeklinde tanımlanmaktadır¹¹².

Tıbbi müdahale için rızası alınacak hastanın rıza ehliyetinin varlığını denetleme görevi hekime aittir. Hekim, hastanın yaşı, cinsiyeti, sosyo-kültürel yapısı, fiziksel ve ruhsal durumu, anlama derecesi gibi rızaya etki edebilecek tüm unsurları göz önünde bulundurmalıdır.

2.1.3.3.5. Çocuklara Uygulanacak Tıbbi Müdahalelerde Rıza

Çocukların tıbbi müdahalelere rıza ehliyetinin olup olmadığı, varsa hangi müdahalelerin bu kapsama girebileceği, rıza için belirli bir yaş sınırının olup olmadığı, kanuni temsilcilerinin çocuk adına her türlü kararı verip veremeyeceği gibi sorular doktrinde ve uygulamada yoğun bir biçimde tartışılmaktadır¹¹³.

¹¹⁰ Bayraktar, 123.

¹¹¹ Yenerer Çakmut, 36.

¹¹² Bayraktar, 130.

¹¹³ Yenerer Çakmut, 206.

Ülkemizdeki mevcut yasal düzenlemeler göz önünde tutulduğunda çocuğa uygulanacak tıbbi müdahalelerde kesinlikle yasal temsilcisinin rızasının alınması gerektiği açıktır. Türkiye'nin de taraf olduğu Biyotıp Sözleşmesi'nin 6. maddesine göre, kanunen rıza ehliyeti bulunmayan küçüğe tıbbi müdahalede bulunabilmek için küçüğün yasal temsilcisinin veya kanunla belirlenen makam, kişi veya kuruluşun izni şarttır. Maddenin devamında küçüğün yaşı ve olgunluk derecesiyle orantılı olarak kendi görüşünün de göz önünde tutulması gerektiği belirtilmiştir.

Türk Medeni Kanun'un 16. maddesi çocukların yasal temsilcilerinin rızası olmadan kendi işlemleriyle borç altına giremeyeceğini ancak kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarını kullanırken rıza aranmayacağını düzenlemiştir. Buna karşın, hem Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'da hem de Hasta Hakları Yönetmeliği'nde hastanın küçük olması durumunda tıbbi müdahale gerçekleştirilmeden önce yasal temsilcisinin izninin alınması şart koşulmuştur.

Bu düzenlemeler ışığında çocuğa uygulanacak tıbbi müdahalelerde yasal temsilcinin rızasının esas olduğunu ve çocuğun görüşünün bağlayıcı olmadığını ileri süren görüşler olsa da tıbbi müdahaleye rızanın kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanılması niteliğinde olduğu göz önüne alındığında ayırtım gücüne sahip küçüğün de söz hakkının olduğu anlaşılmaktadır¹¹⁴.

Rıza açıklamasını özel hukuk işlemi olarak değerlendirenler, rıza ehliyeti açısından borç altına girebilme ehliyeti olan erginlik yaşını kabul etmektedirler. Rızayı tek taraflı hukuki işlem olarak değerlendirenler ise rıza ehliyetini fiil ehliyeti kavramı içerisinde değerlendirerek ayırtım gücüne sahip çocukların yasal temsilcileriyle beraber rıza açıklamasında bulunabileceğini ileri sürmüşlerdir¹¹⁵. Tıbbi müdahaleye gösterilen rızanın kişinin kendisine karşı suç işlemesi şeklinde değerlendirenler ise ceza ehliyeti yaşını esas almışlardır¹¹⁶. Türk Ceza Kanunu'ndaki kusur yeteneğine ilişkin yaş sınırlarını esas alan görüşe göre on iki yaşından küçüklerin rıza ehliyetleri bulunmamaktadır¹¹⁷.

¹¹⁴ Hakeri, 361.

¹¹⁵ Zarife Şenocak, "Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:50, Sayı:4, (2001), 75.

¹¹⁶ Erman, 81.

¹¹⁷ Yenerer Çakmut, 319.

Çocuğun rıza ehliyeti konusunda doktrindeki baskın görüş, genel ve kesin bir yaş sınırı belirlemenin uygun olmayacağı, her bir somut olaydaki çocuğun ruhsal gelişimi, anlama kabiliyeti ve müdahalenin riski ile önemi gibi konulara göre çocuğun rıza göstermeye ehil olup olmadığının belirlenmesi yönündedir¹¹⁸. Tıbbi müdahalenin tehlike ve risklerinin artışı ile yasal temsilciden rıza alınması gerekliliği doğru orantılı olarak artacağı açıktır. Benzer şekilde müdahalenin aciliyeti arttıkça çocuğun rızasının yeterliliği de artmaktadır.

2.1.3.3.6. Rızanın Kapsamı

Hukuken korunan bir menfaati ihlal edilen veya tehlikeye düşürülen kişinin bu fiilin gerçekleştirilmesine rıza gösterirken, aslında neye rıza gösterdiği önemli bir sorundur. Ceza hukukunda suç kabul edilen davranış, hareket, netice ve bu ikisi arasındaki illiyet bağı bulunması halinde ortaya çıkar. Rızanın içeriği, suçun maddi unsuru olan fiile göre belirlenir. Benzer şekilde suçun kasten veya taksirle işlenen suç oluşu veya netice ya da sırf hareket suçu oluşuna göre rızanın içeriği konusunda farklı sorunlar ortaya çıkabilecektir¹¹⁹.

Öncelikle belirtmek gerekir ki; yalnızca üçüncü bir kişinin fiiline rıza gösterilebilir¹²⁰. Ceza hukukunda cezalandırılabilir fiiller ancak bir başkasının hukuksal değerini ihlal eden fiiller olduğundan, rızanın konusu da ancak bu fiiller olabilir. Kişinin kendini yaralaması veya öldürmesi cezalandırılmayacağı için kişinin kendi fiillerine rıza göstermesi de söz konusu olamayacaktır.

İnsanın kendi bedeni üzerinde sınırsız ve mutlak bir hakka sahip olmadığı değerlendirildiğinde rızanın kanuna, kamu düzenine ve ahlaka uygun olması gerektiği anlaşılabacaktır¹²¹. Bu itibarla belirtmek gerekir ki, hastaya yapılan her türlü müdahale rıza ile hukuka uygun hale getirilemez¹²².

¹¹⁸ Hakeri, 361.

¹¹⁹ Ekici Şahin, 114.

¹²⁰ Ekici Şahin, 113.

¹²¹ Cemal Öztürkler, *Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis, Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları*, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2006, 70.

¹²² Ahmet Mithat Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 15. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi, 2012, 280.

Rıza kapsamı tam olarak belirlenmeden yani soyut ve genel bir şekilde verilemez¹²³. Özellikle tıbbi müdahaleler söz konusu olduğu zaman hasta, hekimin tüm müdahalelerini kapsayıcı genel bir rıza gösteremez. Hasta hangi müdahalelerin yapılacağı hususunda detaylı bir şekilde aydınlatıldıktan sonra hangi müdahalelere rıza gösterdiğini açıkça belirtmelidir. Aksi halde, yapılacak tüm müdahalelere rıza gösterilmesi hali hukuken geçerli bir irade beyanı vasfını kazanamayacaktır.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 31. maddesinde “hastanın verdiği rıza, tıbbi müdahalenin gerektirdiği sürecin devamı olan ve zorunlu sayılabilecek rutin işlemleri de kapsar” denilmek suretiyle rıza gösterilen müdahalenin kapsamında sayılan ve yapılması olağan kabul edilen müdahalelerin de verilen rızanın kapsamında olduğu belirtilmiştir. Böylelikle rıza gösterilen tıbbi müdahalenin gerektirdiği rutin işlemlerden olmayan hiçbir müdahalelerin rızanın kapsamında olmadığı ve bu müdahaleler için ayrıca aydınlatma yapılarak hastanın rızası alınmadığı takdirde hukuka aykırı kabul edileceği açıkça anlaşılmaktadır.

2.1.3.3.7. Rızanın Aranmadığı Haller

2.1.3.3.7.1. Varsayılan Rıza

Varsayılan rıza, rıza gösterme yetisine sahip olup da rıza göstermesi gerektiğinde bilincinin yerinde olmaması nedeniyle veya başka bir sebeple rıza açıklamasında bulunamayan kişinin, rıza açıklaması yapabiliyor olsa idi muhtemelen fiile rıza göstereceğinin kabul edilmesidir¹²⁴. Tıbbi müdahalede bulunan kişi hastanın haklarına bir tecavüzde bulunduğu halde nesnel ölçütlere göre hastanın rızasının varsayılabildiği durumlar varsayılan rızanın kapsamındadır¹²⁵. Biyotıp Sözleşmesi'nin 8. maddesine göre, acil bir durum sebebiyle uygulanacak tıbbi müdahale için hasta rıza beyanında bulunabilecek durumda değil ise hastanın sağlığı için tıbbi açıdan gerekli müdahale derhal yapılabilir. Sözleşmenin 9. maddesinde ise tıbbi müdahale sırasında isteğini açıklayabilecek durumda olmayan hastaya uygulanacak olan tıbbi müdahale hakkında önceden açıklamış olduğu istekleri göz önünde bulundurulmalıdır denilerek hastanın iradesinin önemine vurgu yapılmıştır. Buna göre hastanın yaşamını

¹²³ Hakeri, 387.

¹²⁴ Ekici Şahin, 205.

¹²⁵ Hakeri, 441.

sürdürebilmesi için gerekli acil müdahaleler rıza beyanı aranmaksızın uygulanmalı ancak hastanın daha önceki beyanları, fikir ve düşünceleri de araştırılarak somut durumda isteğini açıklayabilse idi müdahaleye rıza gösterip göstermeyeceği tespit edilmelidir.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 24. maddesinin 7. fıkrasında varsayılan rızanın kapsamı şu şekilde açıklanmıştır;

“Hastanın rızasının alınamadığı 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.”

Varsayılan rızadan söz edebilmek için hastanın somut duruma ilişkin gerçek ve açık bir rıza açıklamasında bulunmamış olması veya rızasını açık bir biçimde göstermemiş olması gerekmektedir. Bu durum varsayılan rızanın ikincilliği ilkesinden kaynaklanmaktadır. Buna göre, önceden yapılan irade açıklaması geçerliliğini koruduğu sürece varsayılan rıza devreye sokularak bu iradenin aksine işlemler yapılamayacaktır¹²⁶.

Hastanın somut olayda göstereceği muhtemel rıza belirlenirken, sıradan bir kişinin bakış açısı değil, hastanın kişisel durumu, inançları, arzuları ve ihtiyaçları esas alınmalıdır¹²⁷. Varsayılan rızanın tespiti hekimin yükümlülüğü olduğu için hekim kişinin muhtemel iradesini belirlemek amacıyla vakti varsa hasta yakınlarına danışmalıdır. Muhtemel irade beyanının tespiti çok zor bir iş olduğu için acil durumlarda kişinin iradesinin hayatının kurtarılması yönünde olduğu kabul edilerek hekimin gerekli tıbbi müdahaleyi varsayılan rıza kapsamında gerçekleştirmesi gerekir.

2.1.3.3.7.2. Kamu Sağlığının Korunması

Hastanın rızası olmaksızın yapılacak bir tıbbi müdahale, eğer bu müdahalenin yapılmasında üstün kamu yararı varsa hukuka uygun kabul edilecektir¹²⁸. Bu durumda kamu sağlığının korunması amacıyla kişinin rızası olmasa dahi tıbbi müdahale gerçekleştirilebilecektir. Kamu sağlığının korunması için yapılan tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğu kanunun verdiği bir yetkinin kullanılması ile sağlanmaktadır.

¹²⁶ Erman, 150.

¹²⁷ Hakeri, 444.

¹²⁸ Kayaer, 184.

Burada dikkat edilmesi gereken nokta hangi hastalıkların kamu sağığının korunması kapsamına gireceğı hususudur. Hekim herhangi bir hastalığı kamu sağığı açısından tehlikeli görerek hastanın rızasını almadan tıbbi müdahale gerçekleştiremez. Hangi hastalıkların kamu sağığını tehdit ettiğı ve bu hastalıklara hastanın rızası aranmadan müdahale edilebileceğinin kanunla düzenlenmesi şarttır¹²⁹. Kamu sağığının korunması ile ilgili düzenlemelerin büyük kısmı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nda bulunmakla birlikte farklı kanunlarda da düzenlemeler bulunmaktadır. Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 72. maddesine göre kolera, veba, karahumma, dizanteri, şarbon gibi bir grup hastalık için hastaların tedavisi amacıyla uygulanacak tıbbi müdahalelerde rıza aranmamaktadır.

O halde kolera, dizanteri, şarbon gibi kanunlarda özel olarak düzenlenen hastalıklar ile ilgili olarak hastanın rızası olmasa dahi hekim tıbbi müdahalede bulunabilecektir. Bu hallerde hastanın rızasının bulunmadığından bahisle hekimin sorumluluğı ortaya çıkmayacaktır.

2.1.3.3.7.3. Diğer Özel Durumlar

Varsayılan rıza ve kamu sağığının korunması dışında hastanın rızası olmaksızın yapılan tıbbi müdahalenin hukuka uygun olmasını sağılayan birçok farklı durum vardır. Örneğın; 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 57. Maddesinin 7. fıkrasında uyuşturucu ve alkol bağımlılarının mahkeme veya hâkim kararı ile güvenlik tedbiri olarak, rızaları aranmaksızın alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde bağımlılarına özgü sağık kuruluşunda tedavi altına alınmasına karar verilebileceğı düzenlenmiştir. Aynı Kanun'un 227. maddesinin 8. fıkrası ile fuhşa sürüklenen kişilerin, bu kişilerin rızası aranmaksızın tedaviye veya psikolojik terapiye tâbi tutulabilecekleri hakkında özel düzenlemeler mevcuttur. Bunun yanı sıra ceza yargılaması ile ilgili olarak 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 75. ve 76. maddelerinde kişinin rızası olmaksızın delil toplanması amacıyla beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması ile ilgili özel düzenlemeler bulunmaktadır¹³⁰.

Tıbbi müdahale için hastanın rızasının aranmadığı hallerle ilgili son olarak belirtmek gerekir ki, bu hallerde hekimlerin müdahale yükümlülüğü bulunmakta olup

¹²⁹ Hakeri, 396.

¹³⁰ Hakeri, 425.

etik gerekçelerle müdahaleden kaçınan hekimin sorumluluğu gündeme gelebilecektir¹³¹.

2.1.3.4. Tıp Biliminin Verilerine Göre Gerekli ve Bu Verilere Uygun Müdahale Şartı

2.1.3.4.1. Tıp biliminin verilerine göre gereklilik

Endikasyon, hastaya uygulanacak tıbbi müdahalenin tıp biliminin verilerine göre gerekli olması durumudur¹³². Tıbbi müdahalenin hukuka uygun kabul edilmesi için endikasyon yani tıbbi gereklilik bulunması gerekmektedir¹³³. Tıbbi müdahalenin gerekliliği şartının aranmasının sebebi hastaların veya hekimlerin kendi istekleriyle aslen tıbbi gerekliliğin bulunmadığı durumlarda müdahaleye girişmeleri halinde ortaya çıkarabilecek sorunların önüne geçmektir¹³⁴. Gerçekten de keyfi tıbbi müdahaleler sonucu ortaya çıkabilecek zararları tahayyül etmek hiç de zor değildir.

Endikasyon şartına ilişkin mevzuatımızda birçok hüküm bulunmaktadır¹³⁵. Öncelikle belirlemek gerekir ki; Anayasa'nın 17. maddesinde tıbbi zorunluluklar ve kanunlarda yazılı istisnai durumlar dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı açıkça düzenlenmiştir. Esasen bireylerin yaşam hakkı ile maddi ve manevi varlıklarını koruma altına alan bu maddeye göre kişinin yaşamı ve vücut bütünlüğü üzerindeki tasarruf imkânı sınırlı olduğu için devlet bireyi kendi rızasıyla dahi olsa tıbbi zorunluluk halleri ve kanuni istisnalar dışındaki müdahalelere karşı korumak zorundadır. O halde kanunda yazılı istisnai durumlar dışında tıbbi zorunluluk bulunmayan hallerde uygulanacak tıbbi müdahaleler Anayasa'ya ve dolayısıyla hukuka aykırı kabul edileceklerdir. Bu halde tıbbi müdahaleyi gerçekleştiren hekimin hem cezai hem de hukuki sorumluluğu gündeme gelecektir.

Öğretide Anayasa'daki tıbbi zorunluluk kavramının ceza hukukundaki zorunluluk hali olduğundan bahisle endikasyon kavramı ile birebir örtüşmediğini ileri süren yazarlar da mevcuttur¹³⁶. Bu görüşe göre, tıbbi zorunluluk kavramı tıbben

¹³¹ Hakeri, 437.

¹³² Kayaer, 324.

¹³³ Kıcalıoğlu, 12.

¹³⁴ Hakeri, 474.

¹³⁵ Özgenç, 381.

¹³⁶ Kayaer, 324, 325.

hastaya müdahalede bulunma zorunluluğu anlamına gelmekte, endikasyon ise daha geniş anlamda hem tıbbi zorunluluğu hem de tıbbi gerekliliği kapsamaktadır¹³⁷.

Konuyla ilgili Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 13. maddesi şu şekildedir;

“Tabip ve dış tabibi; teşhis, tedavi veya korunmak gayesi olmaksızın, hastanın arzusuna uyarak veya diğer sebeplerle, akli veya bedeni mukavemetini azaltacak her hangi bir şey yapamaz.”

Buna göre; teşhis, tedavi veya korunma amacı olmaksızın yapılacak tıbbi müdahaleler yasaklanmıştır.

Diğer düzenlemelerle aynı doğrultuda olarak Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 12. maddesinde her türlü tıbbi müdahalede endikasyon şartının aranması gerektiği şu şekilde düzenlenmiştir;

“Teşhis, tedavi veya korunma maksadı olmaksızın, ölüme veya hayati tehlikeye yol açabilecek veya vücut bütünlüğünü ihlal edebilecek veya akli veya bedeni mukavemeti azaltabilecek hiçbir şey yapılamaz ve talep de edilemez.”

Tıbbi müdahalenin hukuka uygun kabul edilmesi için endikasyon şartının gerçekleşmesi doktrinde genel kabul görmüş bir gereklilik olmakla birlikte modern tıpla birlikte iyileştirme amacının dışında farklı nedenlerle gerçekleştirilen tıbbi müdahalelerde endikasyon şartının nasıl sağlanacağı veya bu şartın gerekli olup olmadığı tartışma konusu olmuştur. Hiçbir tıbbi gerekliliği bulunmadığı halde gerçekleştirilen estetik müdahaleler ile dinsel ya da geleneksel nedenlerle gerçekleştirilen sünnet işlemi bu tartışmaların merkezinde bulunmaktadır¹³⁸. Öyle ki, yüz gerdirme, burun dikleştirme, dudak dolgunlaştırma gibi müdahalelerde tıbbi gereklilik bulunmadığı açıktır.

Önemle belirtmek gerekir ki, kanunlarda yazılı istisnai haller dışında endikasyonsuz olarak gerçekleştirilen tıbbi müdahalelerin tümü hukuka aykırı olacaktır¹³⁹.

Estetik müdahaleler, öğretide şu şekilde tanımlanmaktadır;

“kişinin doğuştan mevcut veya sonradan bir etken sonucu ya da kendiliğinden meydana gelmiş görünüm bozukluklarını düzeltmek veya böyle bir sekil bozukluğu olmamasına rağmen kişinin daha güzel görünmesini sağlamak amacıyla yönelik tıbbi müdahaleler”¹⁴⁰.

¹³⁷ Kayaer, 324, 325.

¹³⁸ Özgenç, 381.

¹³⁹ Hakeri, 482.

¹⁴⁰ Kayaer, 31.

Estetik müdahaleler uygulanış amacına göre, tedavi amaçlı ve güzelleştirme amaçlı olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Kimi durumlarda uygulanan estetik müdahale her iki amacı da bünyesinde barındırabilmektedir. Günümüzde bu durum oldukça yaygınlaşmış olup hastaların tedavisi gerçekleştirilirken bu kapsamda güzelleştirme amacıyla estetik müdahaleler de uygulanmaktadır.

Doktrinde bir görüş estetik müdahalelerin hangi amaçla yapılırsa yapılsın tedavi edici niteliklerinin bulunmadığından bahisle tıbbi müdahale olarak nitelendirilemeyeceğini ve bu müdahalelerin hukuka aykırı olarak kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır¹⁴¹. Bir diğer görüş ise her türlü estetik müdahalenin doğrudan ve dolaylı olarak tedavi amacını güttüğünden bahisle estetik müdahaleleri tıbbi müdahale olarak değerlendirmektedir¹⁴². Bu görüşe göre, güzelleştirme amacıyla yapılan estetik müdahaleler kişinin ruhsal sağlığı açısından dolaylı bir tedavi yöntemidir. Bu doğrultuda, kişide doğuştan mevcut olan veya çeşitli etkenlerle sonradan ortaya çıkan bozuklukların giderilmesi ve kişinin dış görünüşünün güzelleştirilmesi için yapılan müdahalelerde psikolojik endikasyon bulunduğu görüşü öğretide ağır basmaktadır¹⁴³. Böylelikle esasen tıbbi gereklilikleri bulunmayan estetik müdahaleler psikolojik olarak gerekli olduğu gerekçesiyle hukuka uygun kabul edilmektedir.

Tıbbi anlamda endikasyon bulunmamasına rağmen geleneksel ya da dinsel nedenlerle erkek çocuklarına uygulanan sünnet işleminin ebeveynin rızası ile tıbbi kurallara uygun olarak gerçekleştirilmesi durumunda bu müdahalenin hukuka uygun olduğu kabul edilmektedir¹⁴⁴. Her ne kadar sünnet ve sünnetçiler hakkında mevzuatımızda özel düzenlemeler bulunsun da esasen bu müdahalenin hukuka uygun kabul edilmesi için kanunen düzenlenmiş istisnalardan olmasına gerek yoktur. Öyle ki, toplumsal yaşama kurallarına uygun, toplumu oluşturan bireyleri rahatsız etmeyen bir hareketin cezalandırılması, toplumun vicdanını rahatsız ederek ceza sisteminin temel amacının gerçekleşmesine katkı sağlamayacaktır. Ülkemizde erkek çocukların

¹⁴¹ Nevzat Güreli, “Hukuk Açısından Cerrahi Müdahalenin Sınırları”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt:45, Sayı:1-4, (1979-1981), s.271, 272.

¹⁴² Kayaer, 32.

¹⁴³ Hakeri, 483.

¹⁴⁴ Ayşe Nuhoglu, “Sünnet ve Ceza Hukuku”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt:19, Sayı:2 (2013), 219.

sünnet ettirilmesi toplumu rahatsız etmeyen, toplumun sosyal yaşamına uygun bir davranıştır. Sosyal endikasyon olarak adlandırılan bu durum, toplumca alışlagelmiş ve rahatsız edici olmayan bu tip müdahalelerin diğer şartları taşımak kaydıyla hukuka uygun kabul edilmesini sağlamaktadır¹⁴⁵. Ancak belirtmek gerekir ki, bu görüşte olmayan yazarlar da bulunmaktadır¹⁴⁶. Ünver’e göre çocuk henüz rıza ehliyetine sahip olmadığından tıbbi zorunluluk halleri hariç olmak üzere kendisine yapılacak müdahale hukuka aykırı kabul edilmelidir. Daha önemsiz tıbbi müdahaleler açısından ebeveynin rızasının yeterli olacağını ifade eden yazar, çocuk reşit olmadan kendisinin aydınlatılarak hür iradesi sonucu alınacak rızası bulunmadan sünnet işleminin yapılmaması gerektiğini savunmaktadır¹⁴⁷.

2.1.3.4.2. Tıp biliminin verilerine uygun ve özenli müdahale

Hekim hastaya tıbbi müdahaleyi tıp biliminin güncel kural ve standartlarına uygun olarak özenli bir şekilde uygulamakla yükümlüdür¹⁴⁸. Ülkemizin de imzalayarak taraf olduğu Avrupa Konseyi Biyotıp Sözleşmesi¹⁴⁹’nin “Mesleki Standartlar” başlıklı 4. maddesinde; “Araştırma dahil, sağlık alanında herhangi bir müdahalenin, ilgili meslekî yükümlülükler ve standartlara uygun olarak yapılması gerekir.” denilmektedir. Buna göre, her türlü tıbbi müdahalenin mesleki yükümlülüklerle ve standartlara uygun olarak yapılması şart koşulmuştur.

Benzer şekilde Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi’nin 13. maddesinin 1. fıkrasında; “Tabip ve diş tabibi, ilmi icaplara uygun olarak teşhis koyar ve gereken tedaviyi tatbik eder.”, 2. fıkrasında ise; “Tababet prensip ve kaidelerine aykırı veya aldatıcı mahiyette teşhis ve tedavi yasaktır.” denilerek hekimin bilimsel verilere, tıbbi prensip ve kurallara uygun şekilde tıbbi müdahalede bulunması zorunluluğu düzenlenmiştir.

¹⁴⁵ Hakeri, 484.

¹⁴⁶ Yener, Türk, 258 vd.

¹⁴⁷ Yener, Türk, 259.

¹⁴⁸ Yenerer Çakmut, 38.

¹⁴⁹ Avrupa Konseyi çerçevesinde 4 Nisan 1997 tarihinde imzaya açılmış olan ve 3 Aralık 2003 tarihinde 5013 sayılı kanunla onaylanması meclis tarafından uygun bulunan “Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi”

Özenli tıbbi müdahale, müdahalenin yapıldığı zamandaki tıbbi standartlara uygun olarak yapılmış olmasını ifade eder¹⁵⁰. Tıbbi müdahalenin tıbbi standartlarına uygun olabilmesi için bu müdahalenin genel kabul görmüş bir müdahale olması gerekmektedir. Tıbbi standart belirlenirken hekimin yer, zaman ve ekonomik faktörlere göre olanakları göz önünde bulundurulmalıdır. Öyle ki, büyükşehirde her türlü teknolojik imkana sahip hekim ile taşradaki bir hekimin aynı tıbbi standarda uymakla yükümlü olması mümkün değildir. Ancak, hastalığın tedavisi için uygun standartlara sahip olmadığı halde ileri tetkik ve tedavi için hastayı tıbbi standartların daha yüksek olduğu bir hastaneye sevk etmeyerek müdahalede bulunan hekimin de üstlenme kusurunun ortaya çıkacağı gözden kaçırılmamalıdır.

Tıbbi standart belirlenirken tıbbi müdahalenin yapıldığı zaman esas alınmalıdır¹⁵¹. Bir hastalığın tedavisine ilişkin yeni bir müdahale çeşidinin ortaya çıkması doğrudan eski yöntemin tıbbi standarda aykırı olması sonucunu doğurmaz. Hekimlerin her yeni yöntemleri uygulama zorunluluğu yoktur. Ancak ne zaman ki eski yöntem geçerliliğini yitirir ve yeni yöntem genel kabul görür hale gelir o zaman hekimin yeni yöntemi uygulama mecburiyeti ortaya çıkar¹⁵².

Teknolojinin hızlı gelişimi tıp biliminin uygulanmasında kullanılan yöntemleri ve araçları da aynı hızda geliştirip değiştirmektedir. Ancak yeni yöntemler ve araçların ciddi maliyetlerinin bulunduğu da yadsınamaz bir ekonomik gerçektir. Bu ekonomik gerçek sebebiyle her hastaneden ve hekimden yeni çıkan aletleri alarak kullanması beklenemez¹⁵³. Mevcut araçların tıbbi standardı sağlaması durumunda hastanın onayı alınarak müdahalede bulunabilecekken mevcut araçların tıbbi standardı sağlamaması halinde hekim hastayı standartları sağlayan bir hastaneye veya hekime yönlendirmek zorundadır. Benzer şekilde hastanın ekonomik durumu da bazı tetkik ve tedavi masraflarını karşılayamayacak durumda olduğunda da tıbbi standardın sağlanamaması sebebiyle hekimin sorumluluğunun ortaya çıkması beklenemez¹⁵⁴.

¹⁵⁰ Kayaer, 89.

¹⁵¹ Kayaer, 90.

¹⁵² Kıcalıoğlu, 13.

¹⁵³ Hakeri, 732.

¹⁵⁴ Kayaer, 93.

Tıbbi müdahalenin hukuka uygun kabul edilmesi için gerekli tüm şartları taşımasına rağmen tıp biliminin verilerine uygun olmayan, özensiz olarak gerçekleştirilen tıbbi müdahale hukuka aykırı kabul edilecek olup bu durum hekimin hukuki ve cezai sorumluluğunu gündeme getirecektir¹⁵⁵. Ancak, tıbbi standardın sağlanamadığı her durum hekimin sorumluluğunu doğurmayacak olup somut olaya göre değerlendirme yapılması gerekmektedir.

Konuyla ilgili olarak Yargıtay'ın bir kararına göre¹⁵⁶;

“Doktorun, tıbbi müdahale sırasında; standart uygulamayı yapmaması, bilgi, beceri veya deneyim eksikliği ile yanlış ya da eksik teşhis veya tedavide bulunması, gerektiği ölçüde ilgi ve itina göstermemesi veya hastaya gereken tedaviyi vermemesi neticesinde tehlike ve zarar oluşturan eylemleri tıbbi hata olarak kabul edilecektir.”

Yargıtay bu kararında tıbbi standardın dışına çıkmayı bir tıbbi hata olarak nitelemiştir ve hekimin ortaya çıkan neticeden ötürü sorumlu tutulması gerektiğini belirtmiştir. Aynı kararın devamında şu ifadeler yer verilmiştir;

“Doktor tıptaki bilimsel gelişmeleri takip etmeli, tıbbi müdahaleyi bu güncel bilgiler doğrultusunda gerçekleştirmelidir. Belirtmek gerekir ki, doktorun standartlara ve bilimsel kurallara uygun olarak özenli bir şekilde müdahale yapıp yapmadığı belirlenirken yaptığı müdahale sonucunda hastanın şifa bulması değil, kurallara uygun müdahalede bulunup bulunmadığı göz önüne alınmalıdır.”

Yüksek yargı bu kararı ile tıbbi standart ile ilgili olarak hangi durumda hekimin sorumluluğunun meydana geleceğini açıklamış ve hekimin güncel bilimsel verileri takip etme yükümlülüğünün bulunduğunu belirtmiştir.

2.2. RİSK KAVRAMI

2.2.1. Genel Olarak Risk Kavramı

Risk kavramının tarihi, insanlık tarihi kadar eski olmakla birlikte günümüzdeki kullanımıyla geçmişteki anlamı arasında farklılıklar bulunmaktadır. Esasen geleceğe dair belirsizliği ifade etmek için kullandığımız risk kavramı olumsuz bir anlam taşımaktadır.

¹⁵⁵ Hakeri, 487.

¹⁵⁶ Yargıtay CGK 16.05.2017, E.271, K.278. (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

Risk sözcüğünün yazılı tarihteki ilk kullanımı ise antik çağlara uzanmaktadır. Bir denizcilik terimi olarak karşımıza çıkan “risicare” fiil olarak kayalıkların etrafından geçmek, sıfat olarak ise macera, tehlike anlamlarında kullanılmıştır¹⁵⁷.

Günlük konuşmalarımızda risk kavramı ile tehlike ve riziko kavramlarını sıklıkla aynı anlamda kullanabilmekteyiz. Tehlike sözcüğü, büyük zarara yol açabilecek durum veya gerçekleşme ihtimali olan fakat istenmeyen durum olarak tanımlanmaktadır¹⁵⁸. Dilimize Fransızcadan geçen risk ise, zarara uğrama ihtimali, zarar görme tehlikesi anlamına gelmektedir¹⁵⁹. Riziko kelimesi ise dilimize İtalyancadan geçmiş olup risk ile aynı anlama gelmektedir. Bu tanımlardan anlaşılacağı üzere tehlike ve risk kavramları aynı anlama gelmemekle birlikte tehlike, zarara yol açacak bir tehdit iken risk, bu tehdidin gerçekleşme olasılığını ifade etmektedir¹⁶⁰.

Almış olduğumuz kararlar ve yapmış olduğumuz hareketlerin sonuçları kesin olarak bilinebiliyor ise bir belirlilik ortamından bahsedilir ve ortada herhangi bir risk olmadığı sonucuna ulaşılır. Ancak tüm kararlarımızın ve hareketlerimizin sonucunu kesin olarak bilemeyeceğimiz için günlük hayatımızda çeşitli risklerle karşı karşıya olacağımız açıktır¹⁶¹.

Risk kavramının tarihsel kullanımı incelendiğinde uzun çağlar boyunca bir denizcilik terimi olduğu ardından sigorta ve bankacılık sektörlerinde kullanılmaya başladığı günümüzde ise geleceğe yönelik belirsizlikleri ifade etmek için oldukça geniş bir kullanım alanına sahip olduğu görülecektir¹⁶².

Risk kavramının sınıflandırmasında en çok kabul gören ayırım Giddens’in dışsal risk ve imal edilmiş risk ayrımıdır. Dışsal risk, çevreden kaynaklanan, geleneğin veya doğanın sabitliklerinden gelen risktir¹⁶³. Deprem, sel, volkan gibi doğal afetler

¹⁵⁷ İlknur Beyaz, “Risk Toplumu ve Gıda Güvenliği”, Atatürk Üniversitesi SBE, *Yayımlanmamış YLT*, Erzurum 2013, 6.

¹⁵⁸ *Güncel Türkçe Sözlük*, <http://www.tdk.gov.tr> (7 Mayıs 2019)

¹⁵⁹ *Güncel Türkçe Sözlük*, <http://www.tdk.gov.tr> (7 Mayıs 2019)

¹⁶⁰ Özge Yücel, “Türk Borçlar Kanunu’na Göre Genel Tehlike Sorumluluğu”, Ankara Üniversitesi SBE, *Yayımlanmamış Doktora Tezi*, Ankara 2013, 125.

¹⁶¹ Adem Altay, “İşletmelerde Riske Yönelik Denetim ve Raporlanması”, Gazi Üniversitesi SBE, *Yayımlanmamış Doktora Tezi*, Ankara 2008, 54.

¹⁶² Beyaz, 6.

¹⁶³ Beyaz, 7.

dışsal riske verilebilecek örneklerdendir. İmal edilmiş risk ise, doğrudan insan tarafından özellikle gelişen bilim ve teknoloji ile ortaya çıkan riskleri tanımlamak için kullanılır¹⁶⁴. İnsanın doğa ve toplum düzenine müdahalesi sonucu imal edilmiş riskler meydana gelmektedir.

Özellikle sanayi devriminden sonra bilim ve teknolojideki ilerleme insan faaliyetlerinin sonucunun öngörülmesini zorlaştırdığı kadar tehlikesini de artırmıştır. Bu süreç imal edilmiş risk faktörlerinin dışsal risk faktörlerinin önüne geçmesine sebep olmuştur. Günümüzde imal edilmiş riskler bireyleri tehdit ettiği kadar toplumları ve çevreyi de tehlikeye sokar hale gelmiştir. Teknolojik gelişmelerin artışıyla aynı oranda riskli durumlar da artmaktadır.

2.2.2. Tehlike Sorumluluğu

Teknoloji ve sanayideki gelişmeler sebebiyle artan tehlikeli faaliyetler ve bunların istenmeyen neticeleri tehlikeli işletmelerin sorumluluğunun yeniden düzenlenerek ortaya çıkan sorunlara daha adaletli çözümler bulunması için hukukçuları yeni sorumluluk teorileri oluşturmaya itmiştir. Tehlike sorumluluğu da işte bu süreçte ortaya atılmış ve tüm dünyada kabul görmüştür.

Tehlike sorumluluğunun temelinde hukuken izin verilmemesi gereken tehlikeli insan faaliyetlerinin finansal ve toplumsal yararları sebebiyle artık vazgeçilemez hale gelmiş olması bulunmaktadır¹⁶⁵. Öyle ki, tehlike sorumluluğu ile tehlikeli faaliyetlere hukuk düzeni bir ölçüde müsamaha gösterebilmektedir. Aksi durumda izin verilmeyen bu tehlikeli faaliyetleri gerçekleştirenlerin sorumluluğu gündeme geleceği için faaliyetler duracak ve mutlak bir hareketsizlik hali ortaya çıkacaktır.

Tehlike sorumluluğunun amacı toplum menfaati açısından izin verilen tehlikeli faaliyetlerin risklerine karşı bireylerin korunmasıdır¹⁶⁶. Mevzuatımızda bu konudaki özel düzenlemelere bakıldığında görülecektir ki, kanun koyucu bireyleri korumak amacıyla tehlikeli faaliyetleri belli bir disiplin içine sokmaya çalışmıştır. Örneğin, karayolu trafiğinde araç kullanmak için 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 36.

¹⁶⁴ Beyaz, 7.

¹⁶⁵ Refik Korkusuz, "Hukukumuzda Tehlike Sorumluluğunun Uygulanması ve Yeni Borçlar Kanunu Tasarısındaki Düzenlemesi", *Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu*, Ankara, 28-29 Mayıs 2009, 56, 157.

¹⁶⁶ Yücel, 199.

maddesi gereğince sürücü belgesine sahip olma şartı getirilmiştir. Aynı şekilde madencilik ve havayolu taşımacılığı gibi tehlikeli faaliyetlerin yürütülmesi için de çeşitli düzenlemeler mevcuttur. Görüldüğü üzere kanun koyucu tehlikeli faaliyetlere izin verirken bu izni belli şartlara tabi kılmıştır. Böylelikle çeşitli yararları sebebiyle modern toplumların vazgeçemeyeceği faaliyetlere izin verilirken bireylerin bu faaliyetler sebebiyle zarar görme riski de en aza indirilmeye çalışılmaktadır.

2.3. TIBBİ MÜDAHALELERDE RİSK

Tıbbi müdahalelerde risk, hekimin tedavi maksadıyla hastaya yapmış olduğu müdahale sonucu ortaya çıkan tehlikedir¹⁶⁷. Hekimlik mesleği, bünyesinde birçok risk barındıran ve bu sebeple uzmanlık gerektiren bir meslek grubudur. Öyle ki, tıbbi müdahalelerde ve özellikle cerrahi müdahalelerde zararlı neticeler her an meydana gelebilmektedir¹⁶⁸. İnsan sağlığını koruma ve bozulan insan sağlığını tedavi etme yükümlülüğü olan hekimlik mesleği son derece karmaşık ve hassas olan insan bedeni üzerinde uygulanmakta olduğu için büyük riskler taşımaktadır. İnsanın en değerli varlığının sağlığı ve vücut bütünlüğü olduğu düşünüldüğünde buna yönelik yapılan müdahalelerin taşıyacağı en küçük riskin bile telafisi mümkün olmayan zararlar meydana getirebileceği anlaşılabilmektedir¹⁶⁹.

Aynı hastalığın belirtilerinin insandan insana değişebilmesi, aynı belirtilerin farklı hastalıklarda ortaya çıkabilmesi, hastalıkların gelişim süreçlerinin her hasta açısından farklılık gösterebilmesi, tıbbi müdahalenin değişken ve karmaşık bir yapıya sahip insan vücudu üzerinde icra ediliyor olması ve cerrahi müdahalelerin hassasiyeti hekimlik mesleğinin ve tıbbi müdahalelerin taşıdığı risklerin temel sebepleridir¹⁷⁰. En sıradan ve önemsiz tıbbi müdahalenin bile risk ve sapmaları vardır¹⁷¹.

Bilim ve teknolojiye gelişme tıp biliminin de hızlı bir şekilde gelişmesini sağlamışsa da bu gelişim tıbbi müdahalelerin hassaslaşmasına, boyutlarının ve

¹⁶⁷ Halide Savaş, “Tıbbi Malpraktis ve Komplikasyondan Doğan Sorumluluklar”, İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Merkezi (Ed.), *Sağlık Hukuku Makaleleri* (259-294), İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2012, 272.

¹⁶⁸ Bayraktar, 207.

¹⁶⁹ Kayaer, 2.

¹⁷⁰ Bayraktar, 208.

¹⁷¹ Kayaer, 142.

türlerinin çoğalmasına sebep olmuştur. Bu durum ise ister istemez tıbbi müdahalelerin risk alanının genişlemesine ve çeşitlenmesine yol açmıştır.

21/07/2010 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanan Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasında Kurum Katkısına İlişkin Usul ve Esaslara Dair Tebliğ’de hekimlik mesleğinin farklı uzmanlık alanları sigorta primlerinin belirlenmesi açısından dört farklı risk grubuna göre sınıflandırılmıştır. Bu sınıflandırmaya göre 1. Grup en düşük riske sahip uzmanlık alanlarını içine alırken 4. Grup ise en yüksek riskli alanlardan oluşmaktadır.

Adli tıp, çevre sağlığı ve halk sağlığı gibi branşlar 1. Grup içinde olup en düşük riske sahip hekimlik branşları olarak nitelendirilmektedir. Aile hekimlerini, dermatoloji, spor hekimliği ve diş hekimleri ise biraz daha risk barındıran 2. Grup içerisinde. Ağız, diş ve çene cerrahisi, çocuk hastalıkları, göğüs hastalıkları, iç hastalıkları, psikiyatri ve radyolojiyi gibi branşlar ise daha fazla risk barındırdıkları kabul edilerek 3. Grup içerisinde kabul edilmektedir. En yüksek riske sahip branşlar ise 4. Grup içerisinde yer alan acil tıp, anesteziyoloji ve reanimasyon, beyin cerrahisi, kalp ve damar cerrahisi, yoğun bakım gibi uzmanlık alanlarıdır¹⁷².

Tıbbi uygulama hatası iddialarına ilişkin yargılamalarda değerlendirme yapılırken standart uygulamanın bilinmesi ve risk alanlarının tespiti büyük önem taşımaktadır¹⁷³. Öyle ki, yargılama konusu zararı meydana getiren müdahaleyi gerçekleştiren hekimin sorumluluğunun ortaya çıkıp çıkmayacağı bu tespitlere göre belirlenecektir. Türkiye Anesteziyoloji ve Reanimasyon Derneği, bu durumu fark ederek uzmanlık alanındaki uygulamaların standartlarını, çalışma yöntemlerini ve sınırlarını ortaya koyan kılavuzlar yayınlarak yargılama sırasında yapılacak değerlendirmeler için kaynak oluşturmuştur¹⁷⁴.

Türkiye Anesteziyoloji ve Reanimasyon Derneği tarafından hazırlanan Preoperatif Değerlendirme Kılavuzu’nda cerrahi uygulamalar üç risk grubuna

¹⁷² 21.07.2010 tarihli Resmi Gazete’de yayınlanan Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasında Kurum Katkısına İlişkin Usul ve Esaslara Dair Tebliğ – Ek-1 Risk Grupları Tablosu.

¹⁷³ Ayşegül Ertan, Nesime Yaycı ve Hüseyin Öz, “Anestezi Uygulamalarında İzin Verilen Risk Alanı”, *Türkiye Klinikleri Anesteziyoloji Reanimasyon Dergisi*, Cilt:6, Sayı:3, (2008), 128.

¹⁷⁴ Ertan 130.

ayrılmıştır¹⁷⁵. Buna göre; yüzeysel cerrahi, göz cerrahisi ve minor ortopedik cerrahi gibi müdahaleler düşük risk grubuna, baş ve boyun cerrahisi ile böbrek nakli gibi cerrahi müdahaleler orta risk grubuna, büyük damar cerrahisi, akciğer nakli gibi cerrahi müdahaleler ise yüksek risk grubuna girmektedir.

Aynı şekilde dünya genelinde anestezi riskinin belirlenmesi amacı ile kullanılan ASA sınıflandırması da hastanın mevcut durumuna göre onu altı ayrı risk grubundan birine dahil etmektedir¹⁷⁶.

Ülkemizde ve dünyada birçok ulusal veya uluslararası kuruluş tarafından yapılan tıbbi müdahalelerde risk sınıflandırmalarına ilişkin çalışmalar, sağlık mesleği mensuplarına çalışmalarında kılavuzluk ettiği gibi yargıya taşınan hatalı tıbbi müdahale iddialarının aydınlatılması için de önemli birer kaynak niteliği taşımaktadırlar.

Hekimin sorumluluğu anlamında risk konusu değerlendirildiğinde denilebilir ki; müdahalede bulunulması halinde gerçekleşmesi muhtemel sonuç, müdahalede bulunulmadığında gerçekleşecek sonuçtan daha ağır ise tıbbi müdahalede bulunulmaması gerekmektedir¹⁷⁷. Ancak dikkat etmek gerekir ki, hekimlerin riskli durumlarda dahi hastanın menfaatine olan tıbbi müdahaleyi uygulaması istisnai durumlar dışında hukuka ve etik ilkelere göre mecburidir¹⁷⁸.

Netice itibarıyla tıp bilimi insan yaşamını doğrudan etkilemektedir ve insan yaşamına ilişkin alınan ve uygulanan kararlar şüphesiz ki içlerinde birtakım riskler barındırmaktadır¹⁷⁹.

¹⁷⁵ Türkiye Anesteziyoloji ve Reanimasyon Derneği, Preoperatif Değerlendirme, 2015, <https://www.tard.org.tr/assets/kilavuz/preoperatifdegerlendirme.pdf> (7 Mayıs 2019), 5.

¹⁷⁶ Ertan, 129.

¹⁷⁷ Özgenç, 382.

¹⁷⁸ M. Gökhan Türe ve Oğuzhan Türe, “Hekimin Hizmetten Çekilme Hakkı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı:131, (2017), 296.

¹⁷⁹ Çağlar Burak Burtan, “Tıbbi Malpraktis ve İdarenin Sorumluluğu”, *Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu*, Hakan Hakeri ve Cahid Doğan (Ed.), Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2015, 334.

İKİNCİ BÖLÜM

3. İZİN VERİLEN RİSK KAVRAMI

3.1. İZİN VERİLEN RİSKİN TANIMI, KAPSAMI VE TARİHSEL GELİŞİMİ

3.1.1. Genel Olarak

Günlük hayatlarımızda neticesinde bir zarar veya tehlikenin meydana gelme ihtimali çok yüksek olan sayısız faaliyette bulunmaktayız¹⁸⁰. Öyle ki, teknoloji ve sanayinin gelişimiyle birkaç yüz yıl öncesine kadar hayal bile edilemeyecek derecede tehlikeli faaliyetler artık günlük hayatımızın bir parçası haline gelmiştir. Kara, hava ve deniz yolları üzerindeki hareketlerimiz, maden işletmelerimiz, yüzlerce metrelik gökdelen, baraj, tünel gibi devasa inşaat işlerimiz, birçok ameliyat çeşidi ve tıbbi müdahale şekli, nükleer enerji faaliyetleri, ağır kimyasal sanayi ve daha sayısız insan faaliyeti bu duruma örnek olarak gösterilebilir¹⁸¹. Günümüzde bu faaliyetlerin bir kısmı hayli sıradanlaşmış ve hayatımızın bir parçası olmuş olduğundan içerdikleri tehlikenin farkındalığını kaybedebilmekteyiz. Ancak, her ne kadar tehlikeli de olsa 21. yüzyıl insanı yaşamını sürdürmek ve gelişimine devam edebilmek için bu tür faaliyetlere muhtaçtır¹⁸². İşte tam da bu sebeple tamamen yasaklanmaları mümkün olmayan ve doğaları gereği bünyelerinde tehlike barındıran bu tür faaliyetlerin sürdürülebilmesi için “izin verilen risk” kavramı ortaya atılmıştır¹⁸³.

Genel bir çerçeve içinde izin verilen risk teorisi, toplumsal fayda sebebiyle tehlikeli faaliyetlere müsamaha gösterilerek bu faaliyetler sebebiyle kişilerin neden cezalandırılmadıklarını açıklamak üzere ortaya atılmıştır¹⁸⁴. Bu sebeple tüm tehlikelerine rağmen devam edilmesi gereken bu faaliyetlerin sağladığı fayda ile insan sağlığı ve güvenliği arasında bir denge sağlanması gerekir¹⁸⁵. Çünkü tehlikeli

¹⁸⁰ Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 12. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017, 310.

¹⁸¹ Kayaer 140.

¹⁸² Kayıhan İçel, *Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Subjektif Sorumluluk*, 1.Basım, İstanbul: Cezaevi Matbaası, 1967, 145.

¹⁸³ Ünver, 11.

¹⁸⁴ Ünver, 12.

¹⁸⁵ Yücel, 205.

faaliyetin faydası insan sağlığı ve güvenliğini tehdit ettiği oranda karşılık veremediği an toplumun bu faaliyete müsamaha göstermeyeceği açıktır.

Bunun yanı sıra hukukun insan sağlığı ve güvenliğini ihlal etme ihtimali olan her davranışı yasaklaması da düşünülemez. Çünkü bir hukuki yararı ihlal etmeye elverişli her davranış yasaklanacak olursa ortaya sürekli bir hareketsizlik hali ortaya çıkacaktır.¹⁸⁶ Takdir edilmelidir ki, hukuk önemli değerlere zarar verilmesini önlemeyi amaçladığı halde mutlak bir koruma toplumsal gelişimi durduracağı için izlenmesi gereken yol zarar ihtimalini en aza indirecek önlemleri almak olmalıdır¹⁸⁷.

Kısacası izin verilen risk kavramı, doğaları gereği bir tehlike meydana getirmeden icra edilemeyecek davranışların, bu davranışlardan vazgeçilemeyeceği için yasaklanamamaları sebebiyle kişilerin hukuken sorumlu tutulmamalarını açıklamak üzere ortaya atılmış bir görüştür.

3.1.2. İzin Verilen Risk Kavramının Kapsamı ve Tarihsel Gelişimi

Genel olarak hukuken izin verilen tehlike yaratma alanı olarak açıklanabilecek olan izin verilen riskin anlamı ve sistematik yeri ile ilgili fikir birliği bulunmamaktadır¹⁸⁸. Bunun yanı sıra izin verilen risk kavramının ceza hukuku açısından gerekli olmadığını savunan yazarlar da bulunmaktadır¹⁸⁹. Bazı yazarlar izin verilen risk kavramının ceza hukukunda kendine özgü bir kurum olduğunu savunurken, bunun bir hukuka uygunluk sebebi olduğunu veya kusurluluğu kaldıran bir neden olduğunu savunan yazarlar da mevcuttur.

İzin verilen risk kavramının kapsamı bir hayli esnek ve geniştir. Ceza hukukundaki birçok konuyla ilgili olması izin verilen risk kavramı hakkında doktrinde bir hayli fazla farklı görüş olmasına sebebiyet vermiştir.

Özellikle 19. yüzyılda teknoloji ve sanayideki gelişmeler neticesinde artan tehlikeli faaliyetler ve iş kazaları ceza hukukunda kusurun ve tehlikeli işletmelerin

¹⁸⁶ İçel, *Ceza*, 145.

¹⁸⁷ Ünver, 11.

¹⁸⁸ Berrin Akbulut, “Tıp Ceza Hukukunda Nedensellik Bağı”, *V.Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları*, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 28 Mart-1 Şubat 2008, 260.

¹⁸⁹ Ünver, 143 vd.

cezai sorumluluğunun gözden geçirilmesi ve sorunlara daha adaletli çözümler bulunması zarureti doğurmuştur. Öyle ki, bu faaliyetler hukuka aykırı olarak değerlendirilmek bir yana insanlığın gelişimi için teşvik edilmekteydiler¹⁹⁰. Bu doğrultuda ilk olarak 1871 yılında v.Bar, yapılan hareketin “yaşamın kuralına uygun” olması durumunda cezai müeyyide gerektirmeyeceğini belirterek izin verilen risk kavramını nedensellik sorunu olarak ele almıştır¹⁹¹. Ancak daha sonra v.Liszt ve Beling’in izin verilen riski kusur kavramının içine yerleştirmesiyle v.Bar’ın görüşü terk edilmiş ve izin verilen risk uzun süre kusurluluk, özellikle de taksir alanında incelenmiştir¹⁹². İlerleyen zamanlarda dönemin koşulları ve çeşitli fikir akımlarına göre izin verilen risk kavramı doktrin tarafından haksızlığı ortadan kaldıran bir sebep, tipiklik alanının bir konusu olarak ve daha birçok farklı şekilde ele alınmıştır. Bunun yanı sıra izin verilen risk kavramını kabul etmeyen bazı yazarlar da bu tip olayların meşru müdafaa veya mağdurun rızası gibi kurumlarla çözülebileceğini savunmuşlardır.

Sonuç olarak tarihsel gelişim içinde en çok taraftar toplayan ve en uzun süre kabul edilen görüş, izin verilen riskin bir hukuka uygunluk sebebi olduğu yönündeki görüş idi¹⁹³. Ancak yıllar içerisinde çeşitli etkenlerle izin verilen risk kavramı hakkındaki görüşler sürekli olarak değişiklik göstermiştir.

3.1.3. Ülkemizde ve Karşılaştırmalı Hukukta İzin Verilen Risk

Türk doktrinde izin verilen risk kavramını ilk olarak İçel tehlikeli işletmelerdeki özen yükümlülüğü başlığı altında dikkat ve özen sorumluluğunu incelerken kullanmıştır. Yazar bu eserinde doğaları gereği içerisinde tehlike barındıran iş ve işletmeler açısından özen yükümlülüğünün ihlali konusunda izin verilen riskin bir istisnai durum olacağını belirtmiştir¹⁹⁴. Öyle ki yazar bu tip faaliyetlerin icra edilirken taksirden kaynaklı ceza sorumluluğunun izin verilen risk ile sınırlanmaması halinde toplumsal gelişmenin tehlikeye gireceğini savunmuştur. Özellikle karayolu

¹⁹⁰ Ayhan Önder, *Ceza Hukuku Genel Hükümler Cilt:II*, 1. Bası, İstanbul: Beta Basım, 1989, 241.

¹⁹¹ Ludwig v.Bar, *Die Lehre vom Causalzusammenhange im Recht*, Leipzig 1871, 14 (Aktaran) Demirbaş, 310.

¹⁹² Ünver, 23.

¹⁹³ Ünver, 31.

¹⁹⁴ İçel, *Ceza*, 144-147.

trafiği ve tıbbi müdahaleleri örnek göstererek toplumsal ideallerin gerçekleşmesi için izin verilen riskin bir ön şart olarak ortaya çıktığını belirtmiştir¹⁹⁵. Tıp mesleğinin icrasında bütün özen kurallarına uyulmasına karşın teşhis veya tedavide kaçınılmayacak hataların mümkün olduğunu belirten yazar, mesleğin riskli oluşu ve hukuk düzeninin izin verdiği faaliyetleri özen yükümlülüklerine uygun olarak yerine getiren bir doktorun muhtemel bir zarardan dolayı sorumlu tutulamayacağı görüşündedir¹⁹⁶. İçel'in izin verilen riski hem hukuka aykırılığı hem de taksir türündeki kusurluluğu etkileyerek, failin ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran bir kavram olarak ele aldığı söylenebilir¹⁹⁷.

İzin verilen risk konusuna hekimin sorumluluğu meselesinde değinen Özek, tıp mesleğinin icrasının doğası gereği risk unsurları barındırdığını ve bu risklerin sonuçlarının izin verilen risk kapsamında olması sebebiyle fiilin hukuka aykırı olmayacağını belirtmiştir. Özek'e göre hekimin hukuki düzenlemelere uygun ve mesleki acemilik içermeyen hatalı teşhis ve tedavileri sonucu meydana gelen zarar izin verilen risk kapsamına girecektir ve bu sebeple tipiklik unsurunu taşımayacağı için hukuka uygunluğu devam eden fiilden dolayı doktorun cezai sorumluluğu söz konusu olmayacaktır¹⁹⁸.

Kural olarak tehlikeli bir faaliyetin dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlali niteliğinde olacağını ancak bunun istisnaları bulunduğunu ifade eden Bayraktar, tıbbi müdahalelerde her zaman bir zarar meydana gelme ihtimali olmasına karşın bu müdahalelerin izin verilen risk kapsamında olduğu için yasaklanmadığını ve hukuka uygun olduklarını belirtmiştir¹⁹⁹. Bayraktar'a göre izin verilen risk dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılığı ortadan kaldıran ve tıbbi müdahaleler açısından hakkın kullanılması niteliğinde olan bir kavramdır.

İzin verilen risk kavramının bir hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmesi gerektiğini savunan Önder'e göre izin verilen risk kavramı ceza hukukunun incelik ve

¹⁹⁵ İçel, *Ceza* 145.

¹⁹⁶ İçel, *Ceza* 146.

¹⁹⁷ Ünver, 76.

¹⁹⁸ Çetin Özek, "... Hastanesi Olayı"na ilişkin 30.9.1986 tarihli savunma dilekçesi, 7-8 (Aktaran) Ünver, 76.

¹⁹⁹ Bayraktar, 207.

yeniliklerindendir²⁰⁰. Fiilin toplumsal uygunluğu ile izin verilen risk kavramlarının birlikte değerlendirilmesine karşı çıkan Demirbaş da bu görüşü benimseyerek uygulamada zorunluluk hali, tipikliğin bulunmaması ve kastın yokluğu gibi sebeplerle çözümlenen bazı olayların izin verilen risk kavramı içerisinde değerlendirilmesinin daha doğru olacağını savunmuştur²⁰¹. Yazar bu tip olaylarda varılan sonucun doğru ancak gidilen yolun isabetli olmadığını belirtmiştir.

Her tıbbi müdahalenin kendi içerisinde sapmalar ve riskler barındırdığını belirten Cantürk'e göre izin verilen risk alanı tıbben kabul edilmiş olan bu sapma ve risklerden meydana gelmektedir ve bu alanda meydana gelen sonuçlardan hekime sorumluluk yüklenemeyecektir²⁰².

Öğretide izin verilen risk kavramının komplikasyonla aynı anlama geldiğini savunan görüşün de bir hayli destekçisi bulunmaktadır²⁰³. Bu görüşün savunucularından olan Hancı'ya göre izin verilen risk kavramının tıbbi karşılığı komplikasyondur²⁰⁴.

İzin verilen riskin objektif isnat edilebilirliği ortadan kaldıran bir sebep olduğunu savunan Ünver'e göre izin verilen risk nedensellik bağı, suçun kusurluluk, hukuka aykırılık ve sair unsurları dışında sorumluluk açısından faile onun bir eseri olarak isnat edilebilip edilemeyeceğinin tespitine yönelik ikinci bir hukuksal değerlendirmeyi zorunlu kılmaktadır²⁰⁵. Akbulut da izin verilen risk kapsamında kalması halinde tıbbi müdahale sonrası oluşan zararlı neticenin objektif olarak hekime isnat edilemeyeceğini savunmuştur²⁰⁶.

Tıbbi müdahalelerin izin verilen risk kavramı içinde olduğunu savunan Hakeri'ye göre izin verilen risk bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilebilir²⁰⁷. Yazar tıbbi müdahalelerin izin verilen risk kapsamında değerlendirilmesinin nedenlerini tıbbın birçok belirsizliklere sahip olması ve insan yapısının kişiden kişiye

²⁰⁰ Önder, 243.

²⁰¹ Demirbaş, 311.

²⁰² Cantürk, 305.

²⁰³ Kıcalıoğlu, 48.

²⁰⁴ İsmail Hamit Hancı, *Malpraktis Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu*, 1.Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2005, 29.

²⁰⁵ Ünver, 460.

²⁰⁶ Akbulut, 261.

²⁰⁷ Hakeri, 1114.

değişkenliği, aynı rahatsızlığın farklı hastalıklarda görülebiliyor olması, aynı hastalığın farklı kişilerde farklı biçimlerde gelişebilmesi, tıbbi müdahalelerin karmaşık bir yapıya sahip olan insan vücudu üzerinde yapılması, cerrahi müdahalelerin hemen hepsinde bir riskin bulunması olarak açıklamıştır²⁰⁸.

Uygulamada uzunca bir süre izin verilen risk kavramına doğrudan değinilmemiş olup bu tip olayları zorunluluk hali, hakkın kullanılması ve özen yükümlülüğü gibi kurumlarla çözme yoluna gidilmiştir. Ancak, Yargıtay Ceza Genel Kurulu son yıllarda vermiş olduğu bazı kararlarda izin verilen risk kavramına değinmiş ve izin verilen risk kavramını istikrarlı bir şekilde objektif isnat edilebilirliği engelleyen bir sebep olarak değerlendirmiştir. Bu kararlara eserimizin ilerleyen bölümlerinde detaylı olarak değinilecektir.

İzin verilen risk kavramının niteliği ve kapsamı konusunda birçok ülkenin uygulama ve öğretisinde farklı görüşler bulunmaktadır. Örneğin, Almanya’da zaman içinde izin verilen risk hukuka uygunluk sebebi, nedenselliği ortadan kaldıran bir sebep, toplumsal yarar nedeniyle cezalandırılmayan fiil, tipikliği kaldıran bir sebep ve daha birçok şekilde açıklanmaya çalışılmıştır²⁰⁹. Son dönemde egemen olan görüş ise objektif isnat edilebilirliği engelleyen bir sebep olduğu yönündedir.

Avusturya’da izin verilen risk kavramı hakkında baskın görüş özen yükümlülüğünü sınırlandıran bir sebep olduğu yönünde iken İsviçre’de hukuka uygunluk nedeni olduğu yönündeki görüş daha egemendir²¹⁰.

Kısacası, birçok değişken sebebiyle zaman içinde izin verilen risk kavramının niteliği ve kapsamı hakkında değişik ülkelerde farklı görüşler savunulmuştur. Ancak, en ağır basan görüşler izin verilen riskin hukuka uygunluk sebebi olduğu, tipikliği ortadan kaldırdığı, kusurluluğu etkilediği ve objektif isnat edilebilirliği kaldırdığı görüşleridir.

²⁰⁸ Hakeri, 820.

²⁰⁹ Ünver, 32-41.

²¹⁰ Ünver, 52.

3.2. İZİN VERİLEN RİSKİN HUKUKİ NİTELİĞİNE İLİŞKİN GÖRÜŞLER

3.2.1. Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak İzin Verilen Risk

3.2.1.1.Genel Olarak Hukuka Uygunluk Sebebi

Hukuka uygunluk sebepleri ceza hukukunda ve özel hukukta ayrı ayrı düzenlenmiştir. Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen hukuka uygunluk nedenlerinin gerçekleşmesi halinde fiilin hukuka aykırılığı ortadan kalkar, fiil suç olmaktan çıkar ve cezalandırılmaz. Türk Borçlar Kanunu ve Türk Medeni Kanunu'ndaki hukuka uygunluk nedenleri de aynı şekilde fiilin hukuka uygun sayılmasını sağlarken kişinin tazminat sorumluluğunun ortadan kalkmasına sebep olur.

Hukuka uygunluk sebeplerinin açıklanması için öncelikle hukuka aykırılık kavramını incelemek gerekmektedir. Nitekim hukuka uygunluk, fiilin hukuka aykırı olmaması olarak tanımlanmaktadır²¹¹. Hukuka aykırılık, fiilin hukuk düzeni ile çatışma ve çelişki içinde bulunması olarak tanımlanmaktadır²¹². Hukuk düzenince koyulan yasak ve emirleri riayet etmeyen fiiller hakkında yürütülen bir değer yargısı olan hukuka aykırılık, uyulmak zorunda olan bir hukuk normunun ihlali anlamına gelir²¹³. Hukuka aykırılık, yazılı hukuk kuralının ihlali olabileceği gibi yazılı olmayan bir hukuk kuralının da ihlali şeklinde gerçekleşebilir.

Bir fiilin hukuka aykırılığı, ancak bir hukuka uygunluk sebebinin mevcut olmaması halinde verilebilir²¹⁴. Aksi halde, yani bir hukuka uygunluk sebebinin varlığı halinde fiil başından itibaren hukuka uygundur. Bu sebeple hukuka uygunluk sebebi fiilin hukuka aykırı olarak işlenmesinden sonra onu hukuka uygun hale getirmeyecek, fiilin hukuka uygun bir şekilde ortaya çıkmasını sağlayacaktır.

²¹¹ Demirbaş, 271.

²¹² Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen ve Ahmet Caner Yenidünya, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 9. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2015, 523.

²¹³ Kayaer, s.152.

²¹⁴ Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2008, 233.

Türk Ceza Kanunu’nun 24. maddesinde kanun hükmünü yerine getirme, 25. maddesinde meşru savunma ve zorunluluk hali 26. maddesinde ise hakkın kullanılması ve rıza hukuka uygunluk sebepleri olarak düzenlenmiştir.

Türk Borçlar Kanunu’nun “Hukuka aykırılığı kaldıran haller” başlıklı 63. maddesinde düzenlenen hukuka uygunluk sebepleri ise haklı savunma, zorunluluk hali, kendi hakkını koruma, rıza, üstün nitelikteki özel yarar, kamu yararı ve yasal yetkinin kullanılması olarak sayılmıştır.

Türk Medeni Kanunu’nun 24. maddesinde de kişilik haklarına karşı hukuka aykırı saldırılar için hukuka uygunluk sebepleri düzenlenmiştir. Buna göre; rıza, daha üstün nitelikteki özel veya kamusal yarar ile kanunun verdiği yetkinin kullanılması kişilik haklarına yapılan saldırıların hukuka uygunluk sebepleri olarak sayılmıştır.

Tıbbi müdahalelerin hukuka uygun kabul edilmesini farklı hukuka uygunluk nedenlerine bağlayan görüşler olmakla birlikte bu durum her somut olayda ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Ancak genel olarak bir tıbbi müdahalenin hukuka uygun kabul edilebilmesi için yetkili kişilerce yapılması, hastanın aydınlatılmış rızasının alınmış olması ve tıp biliminin verilerine göre gerekli ve bu verilere uygun müdahale yapılmış olması gerektiği kabul edilmektedir²¹⁵.

Tabii ki tıbbi müdahalelerin çeşitliliği ve insan üzerindeki etkilerinin farklılıkları sebebiyle her tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu için aranan şartlar aynı yoğunlukta olmayacaktır. Örneğin, hekimin stetoskop yardımı ile hastasının sırtını dinlemesi ile açık kalp ameliyatının hukuka uygunluk şartları genel itibarıyla benzer olsa da hastanın sırtının dinlenmesi yaralayıcı bir eylem niteliğinde değildir. Bu hususta detaylı inceleme çalışmamızın daha önceki başlıklarında yapılmıştır.

3.2.1.2.İzin Verilen Riskin Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Değerlendirilmesi

İzin verilen risk kavramını bir hukuka uygunluk sebebi olarak nitelendiren görüş tarihsel süreçte en çok desteklenen görüş olup, tipikliğe uygun gerçekleşen her neticenin hukuka aykırı olmaması gerektiğini savunmaktadır. Bu görüşü savunanlarca

²¹⁵ Hakeri, 236.

zarar tehlikesi barındıran faaliyetlerin tümünün yasaklanması mutlak bir hareketsizlik hali oluşturacağından muhtemel bir zararın ortaya çıkması durumunda dikkat ve özen kıstas alınarak suçlama yapılmalıdır.

Temelleri ilk olarak Binding tarafından ortaya atılmış olan bu teoriye göre başkalarının hukuki yararları açısından mutlak riskler meydana getirse bile gerekli özen gösterilerek ve toplumsal ilişkilere uygun olarak yapılan faaliyetler hukuka aykırılık teşkil etmeyecektir²¹⁶.

Binding'e göre sosyal hayatta insan faaliyetlerinin çoğu irili ufaklı riskler barındırmakla birlikte bu riskler alınmadan faaliyetler gerçekleştirilemeyeceği için kanun koyucu tarafından yasaklanmamışlardır. Ancak ortaya çıkacak muhtemel zararların da hukuka uygun olabilmesi için yazar ölçülü riskin varlığını aramaktadır. Buna göre, faaliyetin gerekliliği alınan riske göre daha ağır basıyor ise ortaya bir zarar çıkması durumunda da faaliyet hukuka uygun sayılmalıdır²¹⁷.

İlerleyen zamanlarda izin verilen risk kavramı hakkında detaylı bir inceleme yapan Nagler, tehlikeli işletmeler açısından faaliyetin objektif olarak zorunlu olması ve amaç ile tehlike arasında bir oranın olması gerektiğini savunmuştur²¹⁸. Yazara göre faaliyet hukukem emredilmiş veya en azından yasaklanmamış, hedeflenen netice ile alınan risk arasında uygun bir oran var ve zararın doğmaması için gerekli önlemler alınmış ise netice hukuka uygundur.

İzin verilen risk kavramına özel bir anlam yüklenmemesi gerektiğini savunan Bayraktar'a göre, izin verilen risk hukuka aykırılığı ortadan kaldıran sebeplerin değişik bir ifadesinden ibarettir²¹⁹.

Hukuka uygunluk sebepleri kanunlarla detaylı olarak belirlenmiş ve sıralanmıştır. Bu itibarla kanunda yazılı olmayan bir kavramın hukuka uygunluk sebebi olamayacağı görüşünde olmakla birlikte şu hususu da belirtmek isterim ki, izin verilen risk alanına giren olaylar zaten hukuka uygun kabul edilmekte olup izin verilen riski bir hukuka uygunluk sebebi kabul etmek mümkün olmayacaktır.

²¹⁶ Die Normen Binding, Band IV 2, 432 (Aktaran) Ünver, 96.

²¹⁷ Ünver, 97.

²¹⁸ LK Nagler, 6.Auflage, 1944, 367 vd. (Aktaran) Ünver, 102.

²¹⁹ Bayraktar, 208

3.2.2. Tipikliği Kaldıran Bir Sebep Olarak İzin Verilen Risk

3.2.2.1.Genel Olarak Tipikliği Ortadan Kaldıran Sebepler

Tip, insan davranışlarının soyut tanımının yapılması olarak adlandırılabilir²²⁰. Bir davranışın belirli özellikleri olaylardan soyutlanarak bir form haline getirilmek suretiyle suç tipleri oluşturulmaktadır²²¹. Türk Ceza Kanunu'nda tüm suçlar soyut bir şekilde tanımlanmış ve bu tanıma uygun düşen davranışların cezalandırılacağı öngörülmüştür. Yani failin suç tipine uygun davranışı kanunun öngördüğü haksızlığı gerçekleştirmiş olacak ve cezalandırılmasına yol açacaktır. İşte somut insan davranışlarının hukuk normlarınca belirlenen suç tipine uygun özellikleri taşıması halinde tipiklikten bahsedilecektir²²². Buradan da anlaşılacağı üzere tipiklik ile suçta kanunilik ilkesi arasında çok yakın bir ilişki vardır²²³.

Genel olarak tipikliğin maddi ve manevi olmak üzere iki unsuru olduğu kabul edilmektedir²²⁴. Tipikliğin maddi unsuru, fiilin dış dünyada meydana gelme şeklini ifade etmektedir. Bu itibarla, suçun faili, mağdur, hareket, suçun konusu ve netice tipikliğin maddi unsurlarını ihtiva etmektedir. Tipikliğin manevi unsuru ise failin ruh ve düşünce dünyasına ait olan unsurlardır²²⁵. Bu unsurlar ise genel olarak kast ve taksir kavramları altında incelenmektedir. Geniş anlamda tipiklik, bir cezanın verilebilmesi için gerekli unsurların tümünü kapsarken dar anlamda isnat edilen objektif unsurlardan oluşur²²⁶.

Bir fiilin tipikliği sağlıyor olması onun suç teşkil ettiğini ve hukuka aykırı olduğunu ortaya koymaktadır. Bu itibarla tipikliğin ortadan kalkması halinde fiil suç teşkil etmeyecek ve hukuka uygun kabul edilecektir²²⁷.

²²⁰ Mahmut Koca ve İlhan Üzülmmez, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 10. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017, 106.

²²¹ Veli Özer Özbek ve Diğerleri, *Ceza Genel Hukuku (Temel Bilgiler)*, 8. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017, 174.

²²² Özbek, 174.

²²³ İçel, 83.

²²⁴ Koca/Üzülmmez, 110.

²²⁵ Koca/Üzülmmez, 111.

²²⁶ Demirbaş, 220.

²²⁷ Koca/Üzülmmez, 107.

3.2.2.2.İzin Verilen Riskin Tipikliği Ortadan Kaldıran Bir Sebep Olarak Değerlendirilmesi

İzin verilen riskin tipikliği kaldıran bir sebep olduğu görüşünü savunanlar arasında kasıtlı suçlar bakımından durum tartışmalı olmakla birlikte taksirli suçlarla ilgili olarak izin verilen riskin suç tipinin kalkmasına neden olduğu görüşü hâkimdir²²⁸. Doktrinde bu görüşü savunanların çıkış noktası, hareketin neticeden önemli olduğu fikridir. Buna göre, netice cezalandırılabilirlik açısından bir şart olmakla birlikte esasen haksızlığa neden olan hareketin kendisidir. Yani netice her ne kadar hukuka aykırı olsa da fiil hukuka uygun ise tipiklikten bahsedilemeyecektir.

Ceza sorumluluğu için hareketin hukuka aykırı olması gerektiğini savunan yazarlar, doğrudan devlet tarafından verilen izinle yürütülen kara, hava, deniz ve demir yolu trafiği, madenler, fabrikalar ve benzer tehlikeli işletmelerin faaliyetlerinin fitratında olan tehlikelerin doğrudan ceza sorumluluğuna yol açamayacağını belirtmişlerdir²²⁹.

İzin verilen riski tipikliği kaldıran bir sebep olarak değerlendiren bu görüş savunulduğu kadar eleştirilerden de nasibini almıştır. Bu görüşü eleştirenlerden Roeder, başarıyla sonuçlanan tıbbi müdahalelerde doktorun cezalandırılmamasının tipikliğin kalkmasıyla açıklanabileceğini kabul etmekle beraber başarısızlıkla sonuçlanan tıbbi müdahalelerde tipikliğin ortadan kalkmayacağını, hekimin ölüm veya yaralanmadan sorumlu tutulamaması için özen yükümlülüğüne uygun hareket etmiş olması gerekeceğini savunmuştur²³⁰.

Esasen bu görüşü savunan yazarlar tipikliğin ortadan kalkmasından çok hukuka aykırılığın ortadan kalkmasını açıklamaktadırlar. Farklı ceza hukuku anlayışları aynı kavramları kendi görüşlerine göre açıklamaya çalıştığı için burada bir anlam karmaşası ortaya çıktığı açıktır. Kanımızca izin verilen riski tipikliği ortadan kaldıran bir sebep olarak değerlendirmek çok soyut ve teorik kalmakta, anlam karmaşasına sebep olmaktadır. Bu görüşü savunan yazarların da fikir birliğinde olmaması bu durumu göstermektedir.

²²⁸ Ünver, 157.

²²⁹ Ünver, 159.

²³⁰ Roeder, Dier Einhaltung des sozialadaequaten Risikos, 46 (Aktaran) Ünver, 161.

3.2.3. Kusurluluğu Etkileyen Bir Sebep Olarak İzin Verilen Risk

3.2.3.1. Genel Olarak Kusurluluğu Etkileyen Sebepler

Kusurluluk ve kusur kavramları ceza kanunumuzda açıkça tanımlanmamıştır. Sözlük anlamı olarak kusur, “bilerek veya bilmeyerek bir işi gereği gibi yapmama”²³¹, “tazminatı veya cezalandırılmayı gerektiren hukuka aykırı davranış biçimi”²³² olarak ifade edilmektedir.

Öğretide kusurluluk, işlenmiş olan fiille ilgili olarak faile sorumluluk yükletilip yükletilemeyeceği hususundaki değer yargıları biçiminde tanımlanmaktadır²³³. Bu doğrultuda kusurluluk ve sorumluluk kavramlarının aynı anlamda kullandığı sonucu ortaya çıkmaktadır²³⁴. Hareketin tipik ve hukuka aykırı olması failin cezalandırılabilmesi için yeterli olmayıp, failin ayrıca kusurlu olması da gerekmektedir²³⁵. Bu itibarla kusurluluğu etkileyen hallerden birinin varlığı halinde fail cezalandırılmayacak veya cezası indirilecektir.

Kusurluluğu etkileyen haller hukuka uygunluk nedenleriyle karıştırılmamalıdır. Hukuka uygunluk nedenleri, yasaklanmış bir fiilin özel bir düzenleme ile meşru sayılmasına ve hukuka uygun hale gelmesine yol açmaktadır. Kusurluluğu etkileyen hallerden birinin varlığı halinde ise kişi aslen suç teşkil eden eylemden ya hiç sorumlu tutulmamakta ya da bu kişinin sorumluluğu azalmaktadır²³⁶.

Uygulamada ve öğretide kusurluluğu etkileyen haller; hukuka uygunluk sebeplerinde sınırın aşılması, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, sağır ve dilsizlik, geçici nedenler, alkol veya uyuşturucu madde etkisinde olma, cebir ve tehdit dolayısıyla kişinin irade yeteneğinin etkilenmesi , mücbir sebep, kaza ve tesadüf, zorunluluk hali

²³¹ Güncel Türkçe Sözlük, www.tdk.gov.tr, (7 Mayıs 2019)

²³² Hukuk Sözlüğü, “Kusur”, Ankara: Yetkin Yayınları, 2010, 451.

²³³ Selami Turabi, “Kusurluluk ve Kusurluluğu Etkileyen Haller”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı:101, (Mayıs 2012), 273.

²³⁴ Turabi, 270.

²³⁵ Demirbaş, 252.

²³⁶ Turabi, 273.

dolayısıyla kişinin irade yeteneğinin etkilenmesi, hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi, haksız tahrik, ve çeşitli hata halleri olarak belirtilmektedir²³⁷.

Öğretide kusurluluğu etkileyen halleri niteliğine göre kusurluluğu kaldıran haller ve kusurluluğu azaltan haller veya algılama yeteneğini etkileyen haller ve irade yeteneğini etkileyen haller olarak ayrı ayrı inceleyen yazarlar olsa da tek çatı altında incelenmesi bazı sakıncaları gidermek açısından daha uygun görülmektedir²³⁸.

3.2.3.2. İzin Verilen Riskin Kusurluluğu Etkileyen Bir Sebep Olarak Değerlendirilmesi

İzin verilen riski kusurluluğu etkileyen bir sebep olduğu görüşünde olanlar gerekçelerinde ve detaylarda birbirlerinden ayrılırlar da azımsanamayacak bir çoğunluktadırlar. Bu görüşü savunan yazarlara göre izin verilen risk kavramı, toplumsal düzene uygun davranış ve neticenin kaçınılmazlığı kavramlarıyla birlikte bir kusur sorunu olarak değerlendirilmelidir²³⁹.

Bu görüşün savunucularından olan Roeder'e göre, objektif özen yükümlülüğüne aykırı olmayacak şekilde toplumsal açıdan da uygun olarak gerçekleştirilen riskli davranış neticesinde hukuka aykırı bir neticenin meydana gelmesi halinde izin verilen risk kusuru kaldıran bir sebep olarak değerlendirilmelidir²⁴⁰.

İzin verilen riskin yalnızca taksirle işlenen fiiller açısından kusurluluğu etkileyen bir sebep olacağını savunan yazarlar da bulunmaktadır. Bu görüşün savunucularına göre işin niteliği gereği zararlı netice riskinin olduğu hallerde fail objektif özen yükümlülüğünü yerine getirdiyse izin verilen risk alanında kaldığı için taksirden bahsedilemeyecektir²⁴¹. Failin netice itibarıyla tipik bir suçu meydana getirmekle birlikte objektif özen yükümlülüğüne uygun davrandığı hallerde

²³⁷ Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen ve Ahmet Caner Yenidünya, *5237 Sayılı Yeni TCK. 'ya göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Genel Hükümler I*, 2. Baskı, Ankara:Turhan Kitabevi, 2006, 623.

²³⁸ Koca/Üzülmez, 300.

²³⁹ Bkz. Ünver, 153.

²⁴⁰ Roeder, 42 (Aktaran) Ünver, 154.

²⁴¹ Önder, 241.

kusurundan bahsedilemeyeceği için beraat kararı verilmesi gerektiğini savunulmuştur²⁴².

Bu görüşe katılmayan yazarlar ise özen yükümlülüğü meselesinin kusur alanında tartışılmasının doğru olmadığından bahisle teoriyi eleştirmiştir²⁴³. Buna göre fail objektif özen yükümlülüğüne uyduğu için hakkında beraat kararı verilmiş ise bunun gerekçesi kusurun ortadan kalkması değil sorumluluğunun sınırlanmış olmasıdır.

3.2.4. Fiilin Toplumsal Uygunluğu Teorisi ile İzin Verilen Risk

3.2.4.1.Genel Olarak Fiilin Toplumsal Uygunluğu Teorisi

İlk olarak suç tipi oluşturma bir kıstası olarak Hans Welzel tarafından ileri sürülen fiilin toplumsal uygunluğu teorisi ilerleyen zamanlarda gelişerek genel bir dogmatik cezasızlık hali şekline bürünmüştür²⁴⁴. Doktrinde çoğu zaman izin verilen risk ile birlikte anılan bu teori esasen izin verilen risk kavramıyla aynı meseleleri çözmeye çalışmaktadır. Welzel'e göre bir toplumun tarihsel süreç içerisinde yaşayış düzenine girmiş hareketler haksızlık kavramına dahil değildir²⁴⁵.

Fiilin toplumsal hukuka uygunluğu teorisine göre, toplumsal yaşamın zaman içerisinde oluşturduğu ahlaki düzen içinde yapılagelen fiiller toplumsal açıdan uygun görülürler ve bir suça vücut vermezler²⁴⁶. Bir diğer deyişle, toplumsal olarak alışlagelmiş olan, normal olarak değerlendirilen vakıalar hukuka uygun kabul edilecektir. Örnek vermek gerekirse, kurallarına uygun şekilde işletilen maden veya fabrika gibi tehlikeli işletmelerde meydana gelebilecek ölüm ve yaralanmalar toplumsal açıdan uygun oldukları için ilgili suç tipine vücut vermeyeceklerdir²⁴⁷.

Günümüzde fiilin toplumsal uygunluğu kavramı, bilinilirliğini artırmış ve hukuk literatüründe yerini almış olmasına karşın içeriği belirsiz ve tartışmalıdır. Bunun temel sebebi olarak fiilin toplumsal uygunluğu kavramına farklı anlamlar ve

²⁴² Dönmezer/Erman, 46.

²⁴³ Ünver, 156.

²⁴⁴ Hakan Hakeri, "Ceza Hukukunda Önemsiz Hareketler", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı:69, 2007, 72.

²⁴⁵ Hakeri, *Önemsiz*, 73.

²⁴⁶ Önder, 241.

²⁴⁷ Ünver, 68.

fonksiyonlar verilmesi gösterilmektedir²⁴⁸. Toplumsal uygunluk teorisinin artık eskidiği ve yeni fikirlerin bu teoriyi gereksiz kıldığı ileri sürülmektedir²⁴⁹.

3.2.4.2.İzin Verilen Risk ile Fiilin Toplumsal Uygunluğu Teorisi Arasındaki İlişki

İzin verilen risk ile fiilin toplumsal uygunluğu teorisinin bir şekilde bağlantılı olduğu konusunda doktrinde tartışma bulunmamaktadır. Öyle ki, bu iki kavram çoğu zaman birlikte ele alınmaktadır. Ancak, görüş farklılıkları iki kavramdan hangisinin diğerini kapsadığı, kapsayıp kapsamadığı, aynı şey olup olmadıkları gibi başlıklarda ortaya çıkmaktadır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, her iki kavram da toplumsal anlayışın hukuki düzendeki gücüne dayanmaktadır²⁵⁰. İzin verilen risk, toplumun bazı tehlikeli faaliyetlere izin vermiş olması fikrinden çıkmışken aynı şekilde fiilin toplumsal uygunluğu da bazı davranışların toplumca kabul görmesini temel almıştır.

Doktrindeki kavram tartışmasının taraflarından olan yazarların bir kısmı, fiilin toplumsal uygunluğu kavramını izin verilen riski de içine alacak şekilde kabul etmişlerdir. Onlara göre, izin verilen risk kapsamında olan tehlikeli faaliyetler fiilin toplumsal uygunluğunun alt başlıklarıdır. Bu görüşte olan yazarların başında gelen Welzel'e göre, izin verilen risk bütün hukuk düzeninin oluşturulması bakımından temel bir prensip olan fiilin toplumsal uygunluğu kavramının bir alt olayını ifade etmektedir²⁵¹.

İzin verilen riskin fiilin toplumsal uygunluğu teorisinin alt başlığı olduğunu savunan yazarlara hak veren Maurach ise teorinin somut olaylara uygulanışının hatalı olduğunu ileri sürmüştür. Teorinin tehlikeli faaliyetlerde meydana gelebilecek her türlü ölüm ve yaralanmayı aklama amacıyla uygulanamayacağını iddia eden Maurach, yalnızca fiilin toplumsal uygunluğunun yeterli olmayacağını aynı zamanda özen yükümlülüğüne de uygun davranılmış olması gerektiğini savunmuştur²⁵².

²⁴⁸ Ünver, 70.

²⁴⁹ Hakeri, *Önemsiz*, 72.

²⁵⁰ Ünver, 106.

²⁵¹ Welzel, *Lb*, 6. Auflage, 115 (Aktaran) Ünver, 108.

²⁵² Ünver, 113.

Fiilin toplumsal uygunluğunun suç tipini sınırlayana bir sebep olabileceğini düşünen Roxin ise bu kavramın kusurluluğu veya hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir sebep olmadığını savunmuştur. Ona göre fiilin toplumsal uygunluğu teorisi yasaklanmış davranışlara genel bir sınırlama getirmek amacıyla kullanılmalıdır²⁵³.

Hakeri'ye göre Türk hukukunda tipikliği sağlamalarına karşın değersiz olması, geleneklere uygun olması veya alışkanlık haline gelmiş olması gibi sebeplerle cezalandırılmayan hareketler ile izin verilen risk kapsamında değerlendirilen hareketlerin kabulü aslında toplumsal uygunluk teorisinin de kabul görmüş olduğu anlamına gelmektedir²⁵⁴.

Fiilin toplumsal uygunluğu kavramının bir hukuka uygunluk sebebi olamayacağını savunan Ünver'e göre aksi takdirde suçta ve cezada kanunilik ilkesi başta olmak üzere hukuk devletinin gereklerine aykırı sonuçlar meydana gelecektir²⁵⁵. Öyle ki, yeterince açık olmayan, sınırları esnek bu kavram kötü niyetli uygulayıcılar tarafından esnetilebilecek olup bu durum modern ceza hukuku anlayışına aykırılık teşkil edecektir.

3.2.5. Rıza ve İzin Verilen Risk

3.2.5.1.Genel Olarak Rıza Kavramı

Kelime anlamı, istek belli etmek, kabul etmek olan rıza, bir kimsenin kendi hukuki durumuna ilişkin arzu ve isteğini gösterir irade açıklaması olarak tanımlanmaktadır²⁵⁶. Roma hukukundan günümüze kadar hukuk öğretisinde rıza gösterene karşı haksızlık olmaz ilkesi benimsenmiştir²⁵⁷. Rıza hem ceza hem de tazminat sorumluluğuna etki eden bir hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmektedir. Temelde aynı koşulların uygulanmasına karşın farklı hukuk dallarında geçerli bir rızaya ilişkin bir takım farklı düzenlemeler de mevcuttur.

Kişilik hakkı zedelenen kimsenin söz konusu saldırıya rıza göstermiş olması halinde saldırının hukuka aykırı olmayacağını düzenleyen TMK md. 24 ile zarar

²⁵³ Hakeri, *Önemsiz*, 84.

²⁵⁴ Hakeri, *Önemsiz*, 94.

²⁵⁵ Ünver, 123.

²⁵⁶ *Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü*, “Rıza”, Ankara: Yeni Desen Matbaası, 1975, 530.

²⁵⁷ Hakeri, 347.

görenin rızası halinde zarara sebep olan fiilin hukuka aykırı olmayacağını düzenleyen TBK md. 63 geçerli bir rızanın şartlarını ortaya koymamıştır. Ancak rızanın bir irade açıklaması olması sebebiyle geçerli bir rızadan söz edebilmek için geçerli bir irade açıklamasının şartlarına uyulması gerektiği açıktır²⁵⁸. Bu itibarla geçerli bir rıza açıklamasından söz edebilmek için genel olarak rızanın hukuka ve ahlaka uygun olması ve rıza gösteren kişinin buna ehil olması gerektiği söylenebilecektir.

TCK md. 26'da ise kişinin mutlak şekilde üzerinde tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olarak açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilin cezalandırılmayacağı düzenlenmiştir. Bu rıza açıklamasının da geçerli olabilmesi için rıza gösteren kişinin ehil olması ve açıklamayı bizzat hakkın sahibinin yapması gerekmektedir²⁵⁹.

Tıbbi müdahaleler anlamında rıza konusu değerlendirildiğinde, tıbbi müdahalelerin doğrudan hastanın yaşam hakkına, beden bütünlüğüne ve dokunulmazlığına yönelik bir müdahale olması sebebiyle özel ve daha sıkı düzenlemelere ihtiyaç duyulduğu anlaşılabilecektir²⁶⁰. Günümüzde tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğunu sağlayan en temel unsurun rıza olduğu genel kabul görmüştür²⁶¹.

Tıbbi müdahalelerde rıza ile ilgili olarak mevzuatımızda özel düzenlemeler bulunmaktadır. Anayasa'nın 17. maddesine göre; "Tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulamaz."

Esasen sadece bilimsel ve tıbbi deneyler açısından rızayı şart koşan Anayasa, diğer tıbbi müdahaleler açısından kanuni düzenlemeleri işaret etmiştir.

Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 70. maddesine göre;

"Tabipler, diş tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evveleminde muvafakatını alırlar. Büyük ameliyei cerrahiyeler için bu muvafakatin tahriri olması lazımdır."

²⁵⁸ Kılıçoğlu, 280.

²⁵⁹ Kayaer, 157,158.

²⁶⁰ Sevtap Metin, *Biyo-Tıp Etiği ve Hukuk*, 1. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2010, 127.

²⁶¹ Hakeri 346.

Kanun bu hükmüyle ter türlü tıbbi müdahale için hasta veya kanuni temsilcisinin rızasını şart koşmuştur. Büyük cerrahi müdahaleler için ise bu rızanın yazılı olarak alınması şartı aranmaktadır.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 4. maddesine göre; "Rıza: Kişinin tıbbi müdahaleyi serbest iradesiyle ve bilgilendirilmiş olarak kabul etmesini ifade eder." Yönetmeliğin bu maddesi de aydınlatılmış onama işaret etmektedir. Bu itibarla tıbbi müdahalelerde rızadan bahsederken aslında aydınlatılmış onam söz konusu olacaktır.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 22. maddesine göre; "Kanunda gösterilen istisnalar hariç olmak üzere, kimse, rızası olmaksızın ve verdiği rızaya uygun olmayan bir şekilde tıbbi ameliyeye tabi tutulamaz." Bu maddede de kanunlarda istisnai olarak yapılan düzenlemeler dışında tüm tıbbi müdahalelerin rıza olmadan gerçekleştirilemeyeceği düzenlenmiştir.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 28. maddesine göre; "Mevzuatın öngördüğü istisnalar dışında, rıza herhangi bir şekle bağlı değildir. Hukuka ve ahlaka aykırı olarak alınan rıza hükümsüzdür ve bu şekilde alınan rızaya dayanılarak müdahalede bulunulamaz." Rızanın geçerliliği için herhangi bir şekil şartı aranmadığının belirtildiği bu maddede ayrıca rızanın hukuka ve ahlaka uygun olmaması halinde hükümsüz olacağı düzenlenmiştir.

Tıbbi müdahalenin hukuka uygun kabul edilebilmesi ve hekimin sorumluluğunun ortaya çıkmaması için geçerli bir rızanın varlığı gerekli olsa da rıza tek başına tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hale getirmek için yeterli değildir.²⁶² Kanunda düzenlenen istisnai hallerde rıza olmaksızın yapılan tıbbi müdahalelerin de hukuka uygun kabul edildiği unutulmamalıdır.

Yüksek mahkeme kararları ve doktrindeki baskın görüşe göre tıbbi müdahalenin hukuka uygun kabul edilmesi için müdahaleyi yapan kişinin hekim olması, hastanın aydınlatılmış rızasının alınması, endikasyon bulunması ile müdahalenin tıp biliminin verilerine uygun ve özenli olarak yapılmış olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir²⁶³. Tabii ki, bu durum hastanın rıza

²⁶² Hakeri 351.

²⁶³ Hakeri, 1028.

gösterebildiği durumlar için geçerlidir. Hastanın bilincinin kapalı olması gibi nedenlerle rızasının alınmadığı hallerde ise hastanın sağlığına kavuşması için müdahale zaruri ise doktorun davranışı izin verilen risk kapsamında kabul edilebilecektir. Hasta bilinçli olarak müdahaleye rıza göstermiyor ise yapılacak müdahale hukuka aykırı olacaktır. Ancak doktrinde ölüm tehlikesi bulunması durumunda hasta rıza göstermese dahi doktorun müdahalesinin zorunluluk hali ve hakkın icrası nedeniyle hukuka uygun olacağı görüşü de savunulmaktadır²⁶⁴.

Hukuka uygun bir tıbbi müdahale için aranan bütün şartları yerine getirerek gerçekleştirilen bir tıbbi müdahale sonucunda dahi hastanın ölümü veya yaralanması mümkündür. Bu gibi durumlarda müdahaleyi gerçekleştiren hekimin cezalandırılmaması gerektiği konusunda görüş birliği bulunsa da gerekçeler farklılık göstermektedir. Bu problemi mağdurun rızası kavramını kullanarak çözümlenebileceğini savunanlar bulunsa da bu düşüncenin birçok problemi çözmede yetersiz kalacağı açıktır. Öyle ki, tıbbi müdahalelerin büyük bir bölümünde hastanın rıza beyanı doğru alınmamakta veya çeşitli sebeplerle rızası alınmamakta ya da ihlal edilen değer rıza gösterilemeyecek şekilde hukuken korunmaktadır.

3.2.5.2.İzin Verilen Risk ile Rıza Arasındaki İlişki

Bilimsel ve teknolojik gelişimin devamı için gerçekleştirilen tehlikeli davranışların niteliği itibariyle doktrindeki görüşlerin bir kısmına göre izin verilen risk kavramının gerekli olmayıp mağdurun rızasıyla bu tehlikeli davranışlar hakkındaki problemlerin çözümlenebilecektir²⁶⁵.

Bir diğer görüşe göre ise bazı durumlarda izin verilen risk kavramıyla mağdurun rızası birlikte ele alınmalıdır. Bu görüşü savunan yazarlar söz konusu tehlikeli davranışlarda mağdurun rızasının izin verilen risk alanının genişlemesini sağlayacağını belirtmişlerdir²⁶⁶.

Tıbbi müdahalelerin hukuka aykırı olmadığı için cezalandırılmadığını savunun Bayraktar'a göre hukuka aykırılık unsurunun hakkın icrası vasıtasıyla ortadan kalktığı

²⁶⁴ Ünver, 195.

²⁶⁵ Ünver, 179.

²⁶⁶ Ünver, 179.

durumlarda mağdurun rızasının da aranması gerekmektedir²⁶⁷. Yazara göre, hekimin özen yükümlülüğünün ihlal etmediği bu durumlar izin verilen risk kapsamında değerlendirilecektir.²⁶⁸

İzin verilen risk alanı içerisinde meydana gelen olumsuz neticelerin hastanın rızası ile hukuka uygun hale geldiğini savunan Savaş'a göre hasta öngörülen zararlı netice hakkında bilgilendirilmiş ve rızası alınmışsa hekimin sorumluluğu doğmayacaktır²⁶⁹. Yazar tıbbi müdahalelerde izin verilen risk alanını; "tıp biliminin, tıbbi müdahalede oluşabileceğini öngördüğü önlenemez zararlı sonuçların bulunduğu alan" olarak tanımlamıştır²⁷⁰. O halde, müdahale sonucu muhtemel zararlı netice önceden öngörülmüş ve bu konuda hastanın aydınlatılmış rızası alınmış ise önlenemeyen zararlı netice izin verilen risk alanı içerisinde gerçekleştiği için hekim sorumlu tutulamayacaktır.

Spor müsabakalarında tarafların tehlikeye rıza gösterdiklerinden bahisle zararlı neticelerin izin verilen risk kapsamında değerlendirilerek hukuka uygun olacağı savunulmaktadır²⁷¹. Özellikle rakibe karşı fiziksel temas temeline dayanan boks, güreş ve judo gibi spor dallarında zarar verici harekette bulunmadan o sporun icra edilemeyeceği açıktır. Spor faaliyetine girişen kişinin yaralanma riskini bilerek buna rıza göstermiş olması halinde artık netice izin verilen risk kapsamında olacak ve failin sorumluluğu söz konusu olmayacaktır.

Rıza birçok durumda tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğunun sağlanması açısından bir şart olmakla birlikte mağdurun göstermiş olduğu rızayla bir izin verilen risk alanı oluşturulduğu fikri esasen hatalıdır. Öyle ki, rıza bir hukuka uygunluk şartı olup izin verilen riskten bağımsız bir kavramdır. Kişi tıbbi müdahaleye rıza gösterirken zarar görmeye değil tedavi edilmeye rıza göstermektedir. Bu itibarla rıza ile bir izin verilen risk alanı oluştuğu ve rızanın mevcudiyeti halinde hekimin zararlı neticeden sorumlu tutulmayacağı düşüncesi kabul edilemez.

²⁶⁷ Bayraktar, 105.

²⁶⁸ Bayraktar, 103.

²⁶⁹ Savaş, *Yargıya Yansıyan*, 293.

²⁷⁰ Savaş, *Yargıya Yansıyan*, 293.

²⁷¹ Ünver, 18.

3.2.6. Komplikasyon ile İzin Verilen Risk

3.2.6.1.Genel Olarak Komplikasyon Kavramı

Komplikasyon kelime anlamı olarak, bir hastalığın seyir veya tedavisi sırasında başka hastalık veya bozuklukların belirmesi şeklinde tanımlanmaktadır²⁷². Komplikasyonun tıbbi bir terim olarak tanımı ise bir hastalığa ve duruma bağlı veya bunlardan bağımsız bir şekilde ortaya çıkan ikincil bir hastalık veya durum olarak yapılabilir²⁷³.

Tümer ise tıbbi girişim sonrası oluşabilecek istenmeyen sonuçları beş ayrı başlık altında inceleyerek komplikasyonu da bu başlıklardan biri olarak değerlendirmiştir²⁷⁴. Yazara göre; hastanın hastalığı sırasında veya hastalığın tedavisi sırasında o günün koşullarına göre kabul edilebilir, cerrahi ile direkt olarak ilişkili, hastayı etkileyen, sekel, yersiz tedavi ve ihmal eylemleri haricinde yer alan ve tıp literatüründe ortaya çıkma ihtimali düşük olan ve hasta tarafından bilinen istenmeyen durumlar komplikasyon olarak değerlendirilebilir²⁷⁵. Kanımızca bu tanım yalnızca cerrahi müdahaleleri esas alması sebebiyle yetersiz kalmaktadır.

Yargıtay bir kararında komplikasyon şu şekilde tanımlanmıştır;

“Türk Dil Kurumunun Bilim ve Sanat Terimleri Sözlüğünde; "Bir hastalığın devamı sırasında oluşan başka patolojik olaylar veya hastalıklar, ardıl sorun, karmaşıklık" şeklinde tanımlanan komplikasyon, doktorun müdahale sırasında bilgi, beceri ve deneyim eksikliği olmaksızın standart uygulamayı, doğru teşhis ve tedaviyi özenli bir şekilde gerçekleştirmesine rağmen öngörülemeyecek ve engellenemeyecek şekilde ortaya çıkan, hekimliğin kötü uygulanmasından kaynaklanmayan zarar doğurucu durumları ifade etmektedir. Tıbbın kural ve gereklerine uygun davranıldığı halde hastanın veya doktorun elinde olmadan gelişen öngörülememiş ve engellenememiş zarar veya sonuç söz konusu ise komplikasyondan bahsedilir²⁷⁶.”

Doktrinde komplikasyonun, tıbbi müdahale sırasında öngörülmeyen, öngörülse bile önlenemeyen durum, istenmeyen sonuç olarak tanımlanmıştır²⁷⁷. Bu

²⁷² İlaç ve Eczacılık Terimleri Sözlüğü, <http://www.tdk.gov.tr>, (7 Mayıs 2019)

²⁷³ Fatih Birtok, “Tıbbi Uygulama Hataları Bakımından Taksir-Bilinçli Taksir Ayrımı”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:10, Sayı:1, (2015), 71.

²⁷⁴ Ali Rıza Tümer, *Cerrahi Branşlar Açısından Hukuki Sorumluluklar ve Malpraktis*, İstanbul: Matsis Matbaa, 1. Baskı, 2013, 128.

²⁷⁵ Tümer, 129.

²⁷⁶ Yargıtay CGK 09/12/2014. E.12-103, K.552. (<http://www.sinerji.mevzuat.com.tr>)

²⁷⁷ İsmail Özgür Can, Erdem Özkara ve Muhammed Can, “Yargıtay’da Karara Bağlanan Tıbbi Uygulama Hatası Dosyalarının Değerlendirilmesi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi*, Cilt:25, Sayı:2, (Mayıs 2011), 73.

tanıma göre; hekimin tıbben kabul edilen risk ve sapmalar içerisindeki davranışları sırasında gerekli dikkat ve özeni göstermesine rağmen ortaya çıkan istenmeyen sonuçlardan sorumlu olmayacağı anlaşılmaktadır.

Ancak her komplikasyonun hekimin kusursuzluğuna sebep olmayacağına dikkat edilmelidir. Tıbbi müdahalenin neticenin komplikasyon veya malpraktis olarak tespiti farklı bu netice sebebiyle hekimin sorumluluğunun belirlenmesi farklı bir meseledir²⁷⁸. Komplikasyonun niteliği, olasılığı, olumsuz neticenin erken fark edilebilmesi ve engellenebilmesi gibi durumlar değerlendirilmelidir. Komplikasyon sonrası oluşan durum iyi yönetilmemişse hekimin sorumluluğu gündeme gelebilecektir²⁷⁹. Tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu için diğer şartlar yerine getirildiği takdirde bu müdahale sırasında veya sonucunda hastada oluşan zararlı sonuç öngörülemez ve önlenemez veya öngörülebilse bile önlenemez ise bu durumun komplikasyon olarak değerlendirilmesi gerektiği belirtilmektedir²⁸⁰.

3.2.6.2. Komplikasyon ile İzin Verilen Risk Arasındaki İlişki

Komplikasyonun uygulamadaki karşılığının izin verilen risk olduğu görüşünün doktrinde ve uygulamada özellikle de tıp mesleği mensupları arasında bir hayli savunucusu vardır²⁸¹. Bu görüşe göre komplikasyon tıbbi hata olarak nitelendirilemeyeceği için hekimin sorumluluğundan söz edilemeyecektir²⁸². Ancak bu iki kavram birbirinin karşılığı olmayıp tıbbi müdahale sebebiyle ortaya çıkan tüm komplikasyonların izin verilen risk kapsamında değerlendirilerek hekimlere adeta bir sorumsuzluk alanı oluşturulmasının kabulü mümkün değildir²⁸³. Bir mesleğin doğası gereği içerisinde risk barındırıyor olması o mesleği icra ederken ortaya çıkabilecek tüm risklerin sorumluluk doğurmayacağı anlamına gelemez²⁸⁴.

²⁷⁸ Halide Savaş, “Tıbbi Malpraktis ve Komplikasyondan Doğan Sorumluluklar”, İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Merkezi (Ed.), *Sağlık Hukuku Makaleleri* içinde (259-294), İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2012, 260.

²⁷⁹ Hakeri 882.

²⁸⁰ Can, Özkara ve Can, 73.

²⁸¹ Oğuz Polat ve Işıl Pakiç, “Tıbbi Uygulama Hatalarında Hekim Sorumluluğu”, *Acıbadem Üniversitesi Sağlık Bilimleri Dergisi*, Cilt:2, Sayı:3, (Temmuz 2011), 120.

²⁸² Kayaer, 141

²⁸³ Birtek, 76.

²⁸⁴ Savaş, *Tıbbi*, 272.

Komplikasyonu, “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, diğer bir hastalık ya da bozukluk” olarak tanımlayan Doğan’a göre komplikasyon sonucu ortaya çıkan istenmeyen sonuçlar izin verilen risk alanı içinde olacaktır²⁸⁵. Yazar yapmış olduğu komplikasyon tanımına uygun düşen somut olaylarda hekimin istenmeyen neticeden sorumlu tutulmamasının sebebini izin verilen risk kavramıyla açıklamaya çalışmıştır. Ancak bu görüş hekimlere bir sorumsuzluk alanı oluşturacağı için bu görüşün kabulü mümkün değildir.

Savaş ise komplikasyonu tıbbi müdahale sonucu ortaya çıkan istenmeyen ancak öngörülebilir zararlı neticeler olarak tanımlamıştır²⁸⁶. Yazara göre komplikasyonlar izin verilen risk alanını oluşturmaktadırlar ve eğer hasta komplikasyonlar hakkında bilgilendirilmiş ve bu yönde rızası alınmış ise hekim sorumlu tutulamayacaktır²⁸⁷. Doğan’a yapılan eleştiri burada da geçerlidir. Öyle ki, birbiri ile uyumlu bu görüşlerin kabulü hekimlere bir sorumsuzluk alanı oluşturacağı için genel sorumluluk ilkelerine aykırı düşecektir.

Hekimin komplikasyon sebebiyle sorumlu tutulmaması için somut olayda teşhis veya tedavi hatası bulunmaması gerektiği gibi başta aydınlatılmış onamın alınması olmak üzere tıbbi müdahalenin hukuka uygun kabul edilmesi için gerekli tüm şartların ve yükümlülüklerin yerine getirilmiş olması şarttır²⁸⁸. Tıbbi müdahale hukuka uygun olarak gerçekleştirilmiş ve neticenin meydana gelişinde hekime yüklenebilecek bir kusur bulunmaması halinde komplikasyon sebebiyle hekimin sorumluluğu söz konusu olmayacaktır²⁸⁹.

Tüm komplikasyonların izin verilen risk kavramı içerisinde değerlendirilemeyeceğini savunan görüşe göre hastanın sağlığına kavuşması için alınması zorunlu olan bir risk söz konusu ise hekimin müdahalesi izin verilen risk

²⁸⁵ Cahid Doğan, “Bilirkişiliğin Hukuksal Yapısı ve Tıbbi Bilirkişilik”, *Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu*, Hakan Hakeri ve Cahid Doğan (Ed.), Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2015, 468.

²⁸⁶ Savaş, *Yargıya Yansıyan*, 293.

²⁸⁷ Savaş, *Yargıya Yansıyan*, 293.

²⁸⁸ Savaş, *Tıbbi*, 272.

²⁸⁹ Savaş, *Tıbbi*, 275.

kapsamında değerlendirilebilir²⁹⁰. Alınacak risk sonucu ortaya çıkabilecek zarar müdahale sayesinde elde edilmesi planlanan yarardan orantısız derecede büyükse bu durumda izin verilen risk alanından bahsedilemeyecektir.

Tıbbi müdahale sırasında veya sonrasında istenmeyen sonuçlar öngörülebilecekken öngörülmemiş ise veya mevcut riskleri öngörme, önleme veya ortaya çıktıktan sonra zararları azaltma ve gidermeye yönelik önlemler alınmamışsa ortaya çıkan istenmeyen neticeler hekim tarafından istenmemiş dahi olsa izin verilen risk kapsamında değerlendirilemez. Komplikasyon zamanında fark edilmemiş veya fark edilmiş olmasına karşın gerekli önlemler alınmamış ya da fark edilip önlem alınmış ancak zararı önlemek için yerleşmiş tıbbi standart ile girişimde bulunulmamış ise tıbbi hatadan bahsedilecek ve hekimin sorumluluğu gündeme gelecektir²⁹¹.

İzin verilen riskten bahsedebilmek için hekimin taksir düzeyinde de olsa kusuru bulunmamalı ve hekim riskleri önleyecek veya en azından asgari seviyeye indirecek şekilde davranılmalı, risk ortaya çıktığında ise zararı önlemek önleyemiyorsa asgari düzeyde tutmak için mümkün olan tüm müdahaleleri yapması gerekmektedir²⁹². Dolayısıyla hekim sadece komplikasyon öncesinde değil komplikasyon sonrasında da dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun şekilde hareket etmez ise izin verilen risk kuramından yararlanamayacaktır.

Benzer şekilde daha az riskli bir müdahale ile aynı iyileştirici sonuca ulaşmak mümkünken, daha riskli bir müdahale uygulanmışsa hekimin tıbbi müdahalesinin izin verilen risk alanında olduğu söylenemez²⁹³.

Sonuç olarak komplikasyon nedeniyle hekimin sorumluluğunun meydana gelmeyeceğine ilişkin yaklaşım hukuken kabul edilebilir değildir²⁹⁴. Tıbbi müdahalenin komplikasyonları hakkında hastanın aydınlatılmamış olması dahi hekimin sorumluluğunu gündeme getirirken komplikasyonun izin verilen risk alanında olduğundan bahisle hekimin sorumsuzluğuna neden olacağına ilişkin bu görüş

²⁹⁰ Savaş, *Tıbbi*, 272.

²⁹¹ Kayaer, 242

²⁹² Savaş, *Tıbbi*, 272.

²⁹³ Savaş, *Tıbbi*, 281.

²⁹⁴ Birtok, 77.

hekimin sorumluluğuna ilişkin genel kurallara aykırılık teşkil etmektedir²⁹⁵. Gerekli dikkat ve özenin gösterilmiş olmasına karşın tıbbi müdahale neticesinde, olası riskler öngörülmüş ve gerekli tedbirler alınmış ancak riskler yine de meydana çıkmış ise ve komplikasyon yönetiminde de özenli davranılmışsa komplikasyon izin verilen risk kapsamında olacaktır²⁹⁶. Bu doğrultuda öğretide izin verilen risk, “cezalandırılmayan komplikasyon”²⁹⁷ veya “sorumluluk doğurmayan komplikasyon”²⁹⁸ şeklinde tanımlanmıştır. Somut olayda komplikasyonun izin verilen risk kapsamında kabul edilmesinin şartları gerçekleşmiş ise hekimin sorumluluğundan söz edilemeyecektir.

3.2.7. Fiilin Objektif İsnat Edilebilirliğini Kaldıran Bir Sebep Olarak İzin Verilen Risk

3.2.7.1. Genel Olarak Fiilin Objektif İsnat Edilebilirliği Teorisi

Ceza hukuku doktrinde neticenin yapılan hareketin bir eseri olup olmadığının tartışılmasına nedensellik bağı adı verilmektedir. Nedensellik bağına ortaya koyabilmek adına öğretide birçok görüş ortaya atılmış olup bunların öncülerinden biri de şart teorisidir²⁹⁹. Şart teorisine göre, eğer neticenin meydana gelmesinde zorunlu olduğu kabul edilen şartlardan birinin bulunmaması halinde bu neticenin gerçekleşmeyeceği düşünülüyorsa şart ile netice arasında nedensellik söz konusudur³⁰⁰.

Fiilin sorumluluğu tespit edilirken önce nedensellik bağı saptanmalı daha sonra ise neticenin faile yüklenip yüklenemeyeceği değerlendirilmelidir. Objektif isnadiyet teorisinin amacı, zararlı neticenin faile bir insan tarafından gerçekleştirilebilme anlamında onun eseri olarak yüklenip yüklenemeyeceğinin saptanmasıdır³⁰¹. Yani objektif isnadiyet bir nedensellik teorisi olmayıp, şart teorisi

²⁹⁵ Birtok, 78.

²⁹⁶ Savaş, *Tıbbi*, 281.

²⁹⁷ Kayaer, 141.

²⁹⁸ Birtok, 76.

²⁹⁹ Özbek, 157.

³⁰⁰ İçel, 72.

³⁰¹ Demirbaş, 253.

uygulanırken doğa bilimlerinin yardımıyla kurulan nedenselliği isnat edilebilme koşullarıyla tamamlayan bir teoridir³⁰².

Görev, yetki ve becerileri çerçevesinde elinden gelen tüm dikkat ve özenin gösterilmiş olmasına karşın zararlı netice meydana gelmiş ise bu zararlı netice faile objektif olarak isnat edilemeyecektir. Objektif isnadiyet teorisine göre değerlendirme yapılırken ilk olarak failin neticeyi meydana getiren riski önemli derecede yükseltip yükseltmediği tespit edilir. Daha sonra ortaya çıkmış bulunan netice açısından failin bu durumu hükmedebilir olup olmadığı değerlendirilir³⁰³. Fail neticeyi meydana getiren riski önemli ölçüde artırmış ve neticeye hükmedebilir olduğuna kanaat getirilmiş ise netice faile objektif olarak isnat edilebilecektir.

Söz gelimi, acelesi olan bir hekimin tıbbi müdahale sırasında gerektiği gibi dezenfekte edilmeyen aletleri kullanmış olması halinde hastanın enfeksiyon kapması sonucu ölmesi durumunda bu netice için bir kastı olmayan hekim sorumlu kabul edilecektir³⁰⁴. Öyle ki, hekim kendisinden beklenen dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı hareket ederek neticenin gerçekleşmesine yol açmış olacaktır.

3.2.7.2. Fiilin Objektif Isnat Edilebilirliğini Kaldıran Bir Sebep Olarak İzin Verilen Risk

İzin verilen risk alanının toplumsal hayatın mutlak bir hareket yasağıyla devam edemeyecek olması ve bazı hukuki yararlar erişebilmek adına daha az önemli hukuki yararların ihlal edilmesi gerekliliğinden ortaya çıkmıştır. Bu alan içerisinde kaldığı sürece söz konusu riskli faaliyetler ve neticeleri cezalandırılmamaktadır. Roxin'e göre bu gibi durumlarda failin cezalandırılmamasının sebebi ise izin verilen riskin fiilin objektif isnadiyetini ortadan kaldırıyor oluşudur³⁰⁵.

İzin verilen risk alanı belirlenirken kanun koyucunun düzenlemiş olduğu normlar tek başına değerlendirilmemeli, bunun yanında meslek kuralları ve ilkeleri,

³⁰² Nil Melek Gültekin Diken, "Ceza Hukukunda Taksire Dayalı Sorumluluk", *Yayımlanmamış Doktora Tezi*, Marmara Üniversitesi SBE, İstanbul 2018, 184.

³⁰³ Demirbaş, 254.

³⁰⁴ Gültekin Diken, 188.

³⁰⁵ Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, § 18, No: 1; Roxin, "Über die mutmaßliche Einwilligung", s. 453 (Aktaran) Zeynel T. Kangal, "Ceza Hukukunda Varsayılan Rıza", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:15, Sayı:4, (2011), 231.

teknik şartlar ile benzer yazılı veya yazısız kurallar dikkate alınmalıdır³⁰⁶. Faaliyetin uygulama alanı içerisindeki bu kurallar izin verilen risk alanının belirlenmesinde çok önemli bir role sahiptir.

Temelde bir fiil sonucu ortaya çıkan neticenin ancak hukuken yasaklanmış bir tehlikeyi ihlal etmesi ve ihlal edilen tehlikenin tipikliğe uygun şekilde ortaya çıkmış olması halinde faile isnat edilebileceğini savunan objektif isnadiyet teorisine göre bazı özel hallerde netice faile isnat edilemez. Bu özel hallerden biri olan izin verilen risk de objektif isnadiyeti ortadan kaldırmaktadır. Öyle ki, trafiğe sürücü veya yaya olarak katılmak, ameliyat yapmak, tünel inşa etmek gibi ciddi riskler barındıran faaliyetler hukuken gerekli şartları sağladığı sürece yasaklanmamıştır. Hukuken yasaklanmış bir risk bulunmuyor ise objektif isnadiyetin de ortadan kalkması gerekmektedir³⁰⁷.

İzin verilen risk hakkında en çok verilen örnek tüm kurallara uyarak trafikte araç kullanmaktır. Araç kullanmanın insan hayatı ve malvarlığı bakımından büyük riskler barındırdığı herkesin malumudur. Ancak, günümüzde sosyal hayatın devamlılığı açısından araç kullanılması bir zaruret haline geldiği için kanun koyucu trafik kurallarına uymak şartı ile araç kullanılmasına müsaade etmektedir. Bu müsaadenin bir diğer sebebi de kurallara uyulması kaydıyla bir zarar meydana gelmeyeceğine olan güvendir. Şu hâlde tüm trafik kurallarına riayet edilmesine karşın ortaya çıkabilecek zararlı neticeler izin verilen risk objektif isnadiyeti kaldıracağı için suç tipine vücut vermeyecektir³⁰⁸.

³⁰⁶ Akbulut, 265.

³⁰⁷ Ünver, 361.

³⁰⁸ Ünver, 362.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

4. TIP HUKUKUNDA İZİN VERİLEN RİSK

4.1. GENEL OLARAK

Sanayi devrimi sonrası gelişen teknoloji ile insan faaliyetleri gün geçtikçe daha büyük tehlikeleri bünyesinde barındırmasına karşın gelişimin sürmesi ve toplumun yaşamını sürdürebilmesi için bu tehlikeli faaliyetlerden uzak kalmak imkânsız hale gelmiştir. Hal böyle iken, bu faaliyetleri cezalandırmak mutlak bir hareketsizlik hali doğuracağı için devletler bu faaliyetleri cezalandırmak bir yana teşvik etme yoluna gitmişlerdir. Bu itibarla ortaya çıkan cezasızlık halini açıklamak için ortaya atılan bir teori olan izin verilen risk kavramı gelişen tıbbın uygulayıcıları olan hekimlerin de tıbbi müdahaleler neticesinde ortaya çıkabilecek istenmeyen neticelerden sorumlu tutulmamalarını sağlamak amacıyla tıp hukuku alanında da tartışılmaya başlamıştır.

İzin verilen riskin kapsamı ve niteliği hususunda hâlihazırda görüş birliği sağlanamamış olsa da izin verilen risk kavramının hekimlerin tıbbi müdahaleler sebebiyle ortaya çıkabilecek sorumluluklarına bir şekilde etki ettiği büyük bir çoğunluk tarafından kabul edilmiştir.

Türkiye’de izin verilen risk kavramını ilk olarak kullanan İçel’e göre, tıp mesleğinin icrasında hekim bütün özen kurallarına uysa dahi teşhis veya tedavide kaçınılmayacak hatalar meydana gelebilecektir³⁰⁹. Yazar, özen yükümlülüklerine uygun müdahalede bulunan hekimin muhtemel zararlardan sorumlu olmayacağını savunurken bunu izin verilen riskin hem hukuka aykırılığı hem de taksir türündeki kusurluluğu etkilemesinden kaynaklandığını ileri sürmüştür³¹⁰.

Hekimin sorumluluğu konusunda izin verilen risk kavramına değinen yazarlardan Özek, hekimliğin doğası gereği risk barındırdığını ve bu riskler sonucu meydana gelebilecek hukuka aykırı sonuçların izin verilen risk kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Özek’e göre izin verilen risk hekimin söz

³⁰⁹ İçel, 146.

³¹⁰ Ünver, 76.

konusu riskli eyleminde tipiklik unsurunu ortadan kaldıracak için hekimin cezai sorumluluğu söz konusu olmayacaktır³¹¹.

Bayraktar, tıbbi müdahalelerin izin verilen risk kapsamında olması sebebiyle yasaklanmadığını ve hukuka uygun olduklarını belirtmiştir³¹². Yazara göre izin verilen risk dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılığı ortadan kaldıran bir sebep olarak değerlendirilmelidir³¹³.

Bir hukuka uygunluk sebebi olarak izin verilen risk kavramına değinen Önder, tıbbi müdahaleleri özel olarak incelememiş olsa da izin verilen risk hakkında tıbbi müdahale ile ilgili bir örnek olay aktarmıştır³¹⁴. Aynı şekilde Demirbaş da izin verilen risk kavramını incelerken tıbbi müdahale örneği vermiştir³¹⁵.

Hancı ise izin verilen risk kavramının komplikasyonla aynı anlama geldiğini savunmuştur³¹⁶. Hancı ile aynı görüşte olan Ersoy komplikasyonu tıbbin kabul ettiği normal risk ve sapmalar nedeniyle ortaya çıkan kötü sonuçlar olarak tanımlamıştır³¹⁷. Kıcalıoğlu da komplikasyonun hukuki olarak izin verilen risk şeklinde tanımlandığını ileri sürmüştür³¹⁸. Savaş, komplikasyonu tıbbi müdahalenin istenmeyen ancak öngörülebilir yani ortaya çıkma ihtimali bilinen zararlı sonuçları olarak tanımladıktan sonra komplikasyonların izin verilen risk alanında olduğunu savunmuştur³¹⁹.

Birtek ise tüm komplikasyonların izin verilen risk kapsamında olduğu yönündeki görüşün hukuken kabul edilemeyeceğini savunmuştur³²⁰. Birtek'e göre, herhangi bir tıbbi kusur bulunmaksızın oluşan ve sonrasında gerekli müdahalenin yapılmasına rağmen olumsuz sonuçları kaldırılamayan veya hafifletilemeyen komplikasyonlar izin verilen risk kapsamında değerlendirilebilirler³²¹.

³¹¹ Ünver, 76.

³¹² Bayraktar, 207.

³¹³ Bayraktar, 208.

³¹⁴ Önder, 242.

³¹⁵ Demirbaş, 311.

³¹⁶ Hancı, 29.

³¹⁷ Yüksel Ersoy, "Tıbbi Hatanın Hukuki ve Cezai Sonuçları", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı:53, (2004), 167.

³¹⁸ Kıcalıoğlu, 52.

³¹⁹ Savaş, *Yargıya Yansıyan*, 293.

³²⁰ Birtek, 77.

³²¹ Birtek, 78.

İzin verilen risk konusunda kapsamlı bir çalışma yapan Ünver'e göre izin verilen risk objektif isnadiyeti ortadan kaldıran bir sebeptir³²². Ünver, mağdurun tıbbi müdahaleye rıza göstermiş olması kaydıyla basit müessir fiili aşacak derecede zarara sebep olan tıbbi müdahalelerin izin verilen risk kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini, böylelikle doğan neticenin hekime isnat edilememesi sebebiyle hekimin cezai sorumluluğunun meydana gelmeyeceğini savunmuştur³²³. Dikkat etmek gerekir ki, yazar tıbbi müdahalelerin tümünün hukuka uygunluk sebebi olarak izin verilen risk kavramına başvurmamıştır. Aksine başta rıza olmak üzere tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk şartlarının sağlanması gerektiğini belirtmiştir.

Akbulut, hastanın vermiş olduğu rızaya uygun ve hakkın icrası sınırları içerisinde uygulanan tıbbi müdahalenin neticesinin izin verilen risk kapsamında değerlendirilmesi halinde neticenin hekime objektif olarak isnat edilemeyeceğini belirtmiştir³²⁴. Yazara göre, hastanın iyileşmesi ancak bu riskli müdahalenin yapılması ile mümkünse ortaya çıkan netice izin verilen risk alanı içerisinde³²⁵.

Hakeri tıbbi müdahalelerin izin verilen risk kapsamında olduğunu savunmuş ve izin verilen riskin bir hukuka uygunluk nedeni olabileceğini belirtmiştir³²⁶. Tıbbın kesin sonuç taahhüt edemiyor oluşu, insan yapısının değişkenliği, tıbbi müdahalelerin karmaşıklığı ve cerrahi müdahalelerin çoğunda bir riskin bulunuyor oluşu sebepleriyle yazar tıbbi müdahalelerin izin verilen risk kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini savunmuştur³²⁷.

Uygulamada güncel kararlarda izin verilen risk kavramına değinilmiş ve izin verilen risk objektif isnat edilebilirliği engelleyen bir sebep olarak değerlendirilmiştir³²⁸.

Trafik kazası sonucu yaralanma sebebiyle hastaneye getirilen hastanın konsültasyonlar yapıldıktan 6-7 saat sonra taburcu edilmesi ve sonraki gün gelişen

³²² Ünver, 361.

³²³ Ünver, 357

³²⁴ Akbulut, 262.

³²⁵ Akbulut, 265.

³²⁶ Hakeri, 1113.

³²⁷ Hakeri, 820.

³²⁸ Bkz. Yargıtay CGK 09.12.2014. E. 12-103, K. 552.,05.05.2015. E. 790, K. 146., 16.05.2017. E. 271, K. 278.

komplikasyonlar sonrası hastanın ölmesine ilişkin hekimlerin cezai sorumluluklarının incelendiği bir kararında Yargıtay, tıbbi müdahalelerin izin verilen risk kapsamında gerçekleştirildiğini ve izin verilen risk kapsamında gerçekleştirilen hareketlerin neticelerinin faile objektif olarak isnat edilemeyeceğini belirtmiştir³²⁹. Yargıtay bu kararında toplumsal gelişmenin sağlanması ve daha önemli değerlere ulaşılabilmesi adına bazı durumlarda kişilere risk oluşturmaları için izin verilmesi gerektiğini ileri sürmüştür.

Yargıtay, yine aynı doğrultuda, ehliyeti bulunmayan arkadaşının yoğun ısrarı nedeniyle aracını kullanmasına müsaade eden sanığın trafik kazası nedeniyle meydana gelen ölüm ve yaralanmalar sebebiyle sorumluluğuna ilişkin kararında nedensellik bağı incelenirken tıbbi müdahalelerin izin verilen risk kapsamında gerçekleştirildiği bu sebeple neticenin faile objektif isnat edilemeyeceği karara bağlanmıştır³³⁰.

Bir trafik kazası vakası sonucu hastaneye getirilen hastanın gerekli tıbbi müdahaleler yapılmadan evine gönderilmesi nedeniyle ölümünün gerçekleştiğine ilişkin iddialar sonucu hekimin cezalandırılmasına ilişkin kararında tıbbi müdahalelerin izin verilen risk kapsamında değerlendirilmesi gerektiğine ve izin verilen riskin objektif isnadiyeti kaldıran bir sebep olduğuna hükmedilmiştir³³¹.

Görüldüğü üzere ülkemizde izin verilen risk ile ilgili olarak yüksek yargı büyük ölçüde Ünver ve Hakeri'nin görüşlerini benimsemiştir. Yargıtay'ın yerleşik hale gelmiş olan kararlarından anlaşılacağı üzere, uygulamada tıbbi müdahalelerin izin verilen risk çerçevesinde gerçekleştirildiği ve izin verilen riskin objektif isnadiyeti ortadan kaldıran bir sebep olarak kabul edildiği söylenebilecektir.

Ancak önemle belirtmek gerekir ki, izin verilen risk tüm tıbbi müdahaleleri hukuka uygun hale getiren ve hekimlerin sorumlu tutulmamasını sağlayan bir kavram olarak anlaşılmamalıdır.

³²⁹ Yargıtay CGK 09.12.2014. E. 12-103, K. 552. (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

³³⁰ Yargıtay CGK 05.05.2015. E. 790, K. 146. (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

³³¹ Yargıtay CGK 16.05.2017. E. 271, K. 278. (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

4.2. İZİN VERİLEN RİSKİN HEKİMİN SORUMLULUĞUNA ETKİSİ

Tıbbi müdahalelerin icrası sırasında bireylerin başta yaşam hakkı olmak üzere temel hak ve özgürlüklerinin korunması için çeşitli hukuk disiplinlerinde farklı düzenlemeler bulunmaktadır. Somut olayın şartlarına göre özel hukuk, idare hukuku ve ceza hukuku alanlarında bu amaca yönelik olarak düzenlemeler yapılmıştır. İzin verilen riskin hekimin sorumluluğuna etkisi de bu hukuk dallarına göre ayrı ayrı incelenmelidir.

4.2.1. İzin Verilen Riskin Hekimin Tazminat Sorumluluğuna Etkisi

4.2.1.1. Hekimin Özel Hukukta Tazminat Sorumluluğu

4.2.1.1.1. Genel Olarak

Özel hukuk sorumluluğun konusu zarar görenin zararının tazminidir³³². Tazminat, günlük kullanımda maddi veya manevi olarak zarar görenin zararının karşılığı olarak ödenen para olarak tanımlanmaktadır³³³. Ancak hukukumuzda nakden tazminin yanında aynen tazmin de mümkündür. Örneğin, tüketicinin satın aldığı bir televizyonun ayıplı çıkması sonucu satıcının söz konusu ürünü ayıpsız misliyle değiştirmesi aynen tazmin suretiyle zararın giderilmesidir. Önemli olan zarar görenin zararının giderilmesidir. Türk Borçlar Kanunu’nun 112. maddesi borcun ifa edilmemesi sebebiyle doğan zararın giderilmesinden bahsederek bu hususu düzenlemiştir. Ancak birçok durumda aynen tazmin mümkün olmadığı için nakdi tazminat uygulamada kendine daha çok yer bulmakta ve bu sebeple tazminat nakdi bir değer olarak düşünülmektedir.

Hukuki sorumluluk temel olarak kusur esasına dayanmaktadır³³⁴. Buna göre bir sorumluluktan bahsedebilmek için kusur bulunması şarttır. Bu kuralın istisnası ise kusursuz sorumluluk halleridir.

³³² Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 23. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2018, 749.

³³³ *Hukuk Sözlüğü*, “Tazminat”, Ankara: Yetkin Yayınları, 2010, 735.

³³⁴ Kıcıoğlu, 140.

Tazminat ve hukuki sorumluluk bir borç ilişkisi ile meydana çıktığı için borca nelerin sebep olduğunun incelenmesi gerekmektedir. Borcun temel olarak üç kaynağı vardır. Bunlar; sözleşme, haksız fiil ve sebepsiz zenginleşmedir³³⁵.

Hekimin tıbbi müdahale sebebiyle hukuki sorumluluğunun belirlenebilmesi için ise öncelikle hasta ile hekim arasındaki ilişkinin hukuki niteliğinin saptanması gerekmektedir. Bu ilişkinin hukuki niteliği ise hekimin serbest çalışması, kamu hastanesi veya özel hastanede çalışması gibi faktörlere göre değişebilmektedir.

Bazı hallerde hekimin sorumluluğu birden çok sebepten kaynaklanıyor olabilir. Bu hallerde TBK md. 60 gereğince hâkim, kanunda aksine bir hüküm yoksa, zarar gören açısından en iyi giderim imkânı sağlayacak olan sorumluluk sebebine göre karar verecektir. Sebeplerin yarışması olarak adlandırılan bu hükme göre zarar gören tazminat talebini ister sözleşme hükümlerine göre isterse de haksız fiil hükümlerine göre ileri sürebilecektir³³⁶.

4.2.1.1.2. Sözleşmeden Doğan Sorumluluk

Türk Borçlar Kanunu'nun 1. maddesine göre sözleşme, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanı ile oluşan hukuki işlemdir. Sözleşme tarafların isteklerine göre sayısız nitelikte düzenlenebilir. Ancak taraflar borç doğurma isteğiyle sözleşme yapar iseler borç doğuran sözleşme söz konusu olacaktır³³⁷. İşte bu borç doğuran sözleşmeler ile bireyler borç altına girer ve borçlarını hiç veya gereği gibi ifa etmedikleri takdirde tazminat sorumlulukları gündeme gelir.

Hukuk sistemimizde hekim ile hasta arasındaki ilişkinin hukuki niteliğinin vekalet sözleşmesi olduğu görüşü ağır basmaktadır³³⁸. Öyle ki hem doktrinde hem de uygulamada ekseriyetle bu ilişki vekalet ilişkisi olarak tanımlanmaktadır³³⁹. Türk Borçlar Kanunu'nun 502. maddesinde vekalet sözleşmesi, vekilin vekalet verene ait olan bir işi görmeyi üstlendiği sözleşme olarak tanımlanmıştır. Vekalet sözleşmesi ile

³³⁵ Kılıçoğlu, 37.

³³⁶ Eren, 1167.

³³⁷ Kemal Oğuzman ve Tugut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 10. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012, 44.

³³⁸ Ahmet Ekşi, "İslam Hukukunda Hekim ile Hasta Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği", *Tıp Hukuku Dergisi*, Cilt:1, Sayı:2, (Ekim 2012), 39.

³³⁹ Doğan, *Bilirkişiliğin* 471.

vekil yani işi gören zaman kısıtlamasına tabii olmaksızın, özenli ve gereklerine uygun olarak işi görmeyi taahhüt eder. Tarafların açık ya da örtülü olarak sözleşme konusu işin görülmesi veya işlemin yapılması konusunda anlaşması sözleşmenin varlığı için yeterli olup ücret vekalet sözleşmesinin kurucu unsurlarından değildir. Dikkat edileceği üzere vekalet sözleşmesi ile işi görmeyi üstlenen vekil bir sonuç taahhüdü altına girmemekte yalnızca işi özenli ve işin gereklerine uygun olarak yapma borcu altına girmektedir³⁴⁰. Bu sebeple hekime yüklenebilecek bir kusur olmaksızın tıbbi müdahale sonrası istenen sonucun ortaya çıkmamış olması sebebiyle hekimin hukuki sorumluluğundan söz edilemeyecektir. Hekim ile hasta arasında sonuca yönelik bir sözleşme olmasının rahat çalışmayı engelleyeceği ve tıbbi gelişime engel olacağı savunulmuş ve bu doğrultuda vekalet ilişkisi hukuk çevrelerince kabul görmüştür³⁴¹.

TBK md. 502/2 gereğince, vekaletle ilişkin hükümlerin uygun düştüğü ölçüde kanunda ayrıca düzenlenmemiş olan diğer iş görme sözleşmelerine de uygulanacaktır. Bu sebeple kanunda özel olarak düzenlenmeyen iş görme sözleşmeleri uygun düştüğü ölçüde vekalet sözleşmesi olarak değerlendirilmektedir.

Günlük yaşamda vekalet sözleşmesinin avukatlık, bankacılık, veterinerlik, öğretmenlik gibi birçok uygulaması vardır. Hekim ile hasta arasındaki ilişki de bu örnekler gibi bir vekalet sözleşmesi ilişkisidir. Önemle belirtmek gerekir ki, bahsedilen hekim bağımsız çalışan hekimdir. Özel hastane veya kamu hastanesinde çalışan hekimler ile hasta arasında böyle bir ilişki yoktur.

Hekim ile hasta arasındaki sözleşmenin iş veya hizmet sözleşmesi değil de vekalet sözleşmesi olarak kabulünün arkasında yatan neden, vekilin diğer sözleşmelere nazaran daha geniş bir hareket alanına sahip olmasıdır³⁴². Vekalet ilişkisi bir bağımlılık ilişkisi olmayıp uzmanlık gerektiren bir mesleği icra eden hekimlerin de işlerini görürken bağımsız ve özgür olması gerektiği açıktır. Hekim, hastasının emir ve talimatlarına bağlı olarak iş görmese de tıbbi müdahale hakkında karar verme özgürlüğünü kullanırken bir yandan da tıp biliminin kuralları ile sadakat ve özen yükümlülükleriyle bağlı olduğu için nispi bir bağımsızlıktan söz etmek gerekir. İşte bu

³⁴⁰ Öztürkler, 57.

³⁴¹ Ümit Naci Gündoğmuş ve Diğerleri, “Hekimlerin Yasal Sorumluluğunun Yüksek Sağlık Şurası Açısından İrdelenmesi”, *Adli Tıp Bülteni*, Cilt:2, Sayı:3, 1997, 127.

³⁴² Hakeri, 793.

nispi bağımsızlık hekim ile hasta arasındaki ilişkinin hizmet sözleşmesinden çok vekalet sözleşmesi olduğunu göstermektedir³⁴³.

Vekalet sözleşmelerinde vekilin işi bizzat yerine getirme, sadakat ve özen gösterme borçları bulunduğu için hekim de bu yükümlülüklerle uymak mecburiyetindedir. Gösterilmesi gereken özen için benzer alanda iş ve hizmet üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranış esas alınır. Aynı doğrultuda hekimin özen yükümlülüğünün ölçüsü, aynı şartlar altındaki ortalama bir hekimin göstereceği özen olarak gösterilmektedir³⁴⁴. Başka bir ifadeyle tıbbi müdahalede bulunan hekimin özen ölçüsü aynı statüde bulunan hekimin aynı durum ve koşullarda göstereceği özen olarak ifade edilmektedir³⁴⁵. Yani benzer bir olayda pratisyen hekimin sorumsuz olduğu değerlendirilirken özen ölçüsünün yükselmesi sebebiyle uzman hekim kusurlu olduğu sonucuna ulaşılabilir.

Hekim vekalet ilişkisi gereğince hastasına sonucun iyi olacağı taahhüdünde bulunmaz³⁴⁶. Ancak, hekim hastasının sağlığını korumak ve düzeltmek için tüm bilgi ve becerisiyle elinden geleni yapacağını, ona sadakatle bağlı olacağını, sırlarını saklayacağını, kayıtları düzgün tutacağını ve tedaviyi sürdüreceğini taahhüt etmiş sayılır³⁴⁷.

Hekim ile hasta arasındaki sözleşmenin niteliğinin genel olarak vekalet ilişkisi olmasının istisnaları da bulunmaktadır. Öyle ki, kimi durumda bu ilişki bir eser sözleşmesi değerlendirilirken kimi durumda ilişkinin hekim ile hastane arasında kurulduğu kabul edilmektedir.

TBK md. 470 gereğince, eser sözleşmesi ile yüklenici bir eser meydana getirme taahhüdü altına girerken iş sahibi de bunun karşılığında bir bedel ödeme yükümlülüğü üstlenir. Eser sözleşmesinde vekalet sözleşmesinin aksine işi sadakat ve özenle yapmak değil ortaya çıkan netice önemlidir. Uygulamada ve doktrinde hekimlerin gerçekleştirdiği estetik müdahalelerin eser sözleşmesi niteliğinde olduğu görüşü kabul

³⁴³ Ekşi, 39.

³⁴⁴ Gültekin Diken, 104.

³⁴⁵ Gündoğmuş, 129.

³⁴⁶ Cantürk, 304.

³⁴⁷ Cantürk, 305.

edilmektedir³⁴⁸. Nitekim estetik müdahalelerde hekim bir sonuç taahhüt etmekte ve müdahale sonucu bir eser meydana getirmektedir³⁴⁹. Estetik müdahale de olsa bu müdahalelerin de tedavi kapsamında kaldığını ve müdahalenin canlı bir varlığa yapılıyor oluşu nedeniyle sonuç garanti edilemeyeceğini savunan bir görüşe göre estetik müdahaleleri eser sözleşmesi olarak nitelendirmek doğru değildir³⁵⁰.

Hekim ile hasta arasındaki ilişkinin eser sözleşmesi olarak kabul edildiği durumlarda hekimin sorumluluğu vekalet sözleşmesine nispeten daha ağır olacaktır. Öyle ki, bu durumda hekim taahhüt ettiği sonucu gerçekleştirmekle yükümlü kabul edilecek ve gerçekleşmeyen sonuç için sorumluluğu gündeme gelecektir.

Özel hastanede uygulanan tıbbi müdahalelerde ise sözleşme ilişkisi hastane ile hasta arasında kurulmaktadır³⁵¹. Tıbbi müdahaleyi gerçekleştiren hekim ve diğer sağlık personeli bu sözleşmenin tarafı olmayıp TBK md. 116'da düzenlenen ifa yardımcısı olarak değerlendirilmektedirler³⁵². Bu durumda ise hastaya karşı tıbbi müdahale edimini üstlenen hastane, ifa yardımcısı konumunda olan hekim ve diğer sağlık personelinin vermiş olduğu zararı tazmin etme yükümlülüğü altında olacaktır³⁵³. Bununla birlikte hastanenin zararı tazmin etmesi durumunda zarar veren ifa yardımcısı hekim veya diğer sağlık personeline rücu hakkı bulunmaktadır.

4.2.1.1.3. Vekaletsiz İş Görmeden Doğan Sorumluluk

Vekalet ve eser sözleşmeleri dışında acil durumlar ile ameliyatın genişletilmesi hadiselerinde bir sözleşme yapılamayacağı için vekaletsiz iş görme hükümleri uygulanacaktır³⁵⁴. Kural olarak kişinin bilgisi ve iradesi dışında onun yararına iş yapan kişi ile yararına iş yapılan kişi arasındaki ilişki hukuken vekâletsiz iş görme olarak nitelenir.

Vekaletsiz iş görme ilişkisinde özen yükümlülüğü, sözleşmeden kaynaklanan özen yükümlülüğü ile aynı seviyede kabul edilmektedir. Ancak burada müdahale

³⁴⁸ Hakeri, 569.

³⁴⁹ Öztürkler, 84.

³⁵⁰ Hayrünnisa Özdemir, *Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi*, 1. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2004, 80.

³⁵¹ Öztürkler, 199.

³⁵² Hakeri, 800.

³⁵³ Özdemir, 181.

³⁵⁴ Hakeri, 796.

hastanın zarar görmesini önlemek amacıyla yapılıyorsa, hekimin yalnızca kast veya ağır ihmalinden sorumlu tutulması gerektiği savunulmaktadır³⁵⁵.

Hekimin vekaletsiz iş görme hükümlerine göre sorumlu tutulacağı duruma örnek olarak trafik kazası sebebiyle ağır yaralanan ve bilinci kapalı olan hastaya yapılan ilk müdahale gösterilmektedir³⁵⁶. Ayrıca ameliyatın genişletilmesi yani hastanın rızası ile başlanan ameliyatta, öngörülemeyen fakat hastanın hayatı için tehlike arz edip de sonraya ertelenmesi halinde tehlikenin artacağı durumlarda yapılan müdahale de vekaletsiz iş görmeye örnek olarak gösterilmektedir³⁵⁷.

Vekâletsiz iş görme hükümlerine göre vekaletsiz iş gören kişi, bu iş nedeniyle yaptığı giderleri ve bu iş için kendisine uygun bir ücret ödenmesini iş sahibinden isteyebilir. Bu itibarla hekimin de vekaletsiz iş görme ilişkisinde ücret isteme hakkı bulunmaktadır.

4.2.1.1.4. Haksız Fiilden Doğan Sorumluluk

Borçlar Kanunumuzun düzenlediği diğer borç kaynağı olan haksız fiil, bir kimsenin kasten veya ihmal suretiyle bir başkasını hukuka aykırı olarak zarara uğratması olarak tanımlanmaktadır³⁵⁸. Genel olarak bir kişinin haksız fiil sorumluluğunun doğması için gerekli şartlar; fiil, hukuka aykırılık, kusur, zarar ve illiyet bağıdır³⁵⁹. Yani bir kişi kusurlu olarak ifa ettiği hukuka aykırı bir davranışıyla başkasına bir zarar vermiş ve zarar ile fiil arasında neden sonuç ilişkisi kurulabiliyor ise bu kişinin haksız fiil sorumluluğundan bahsedilecektir³⁶⁰. Haksız fiil sorumluluğunun sözleşmeden kaynaklanan sorumluluktan temel farkı taraflar arasında önceden bir sözleşme ilişkisi varlığının aranmamasıdır.

Hekiminin haksız fiil sorumluluğu değerlendirildiğinde, hastanın vücut bütünlüğüne veya kişisel haklarına saldırı niteliğinde kusurlu ve hukuka aykırı davranışta bulunan hekimin haksız fiil hükümlerince sorumlu olacağı kabul

³⁵⁵ Sera Reyhani Yüksel, “Hekimin Vekaletsiz İş Görmeden Doğan Sorumluluğu”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt:21, Sayı:2, (2015), 798.

³⁵⁶ Hakeri, 796.

³⁵⁷ Yüksel, 799.

³⁵⁸ *Hukuk Sözlüğü*, “Haksız Fiil”, Ankara: Yetkin Yayınları, 2010, 285.

³⁵⁹ Eren, 540.

³⁶⁰ Kılıçoğlu, 266.

edilmektedir. Buna göre, hekim hastasına kusurlu ve hukuka aykırı bir davranışıyla zarar verir ise, vermiş olduğu zararı tazmin ile yükümlülüğü olacaktır.

4.2.1.1.5. Özel Hukukta Tazminat Sorumluluğunun Şartları

Özel hukukta tazminat sorumluluğunun şartları fiil, hukuka aykırılık, kusur, zarar ve illiyet bağı olarak sayılabilir³⁶¹. Sorumluluğun kaynağı olan hukuki ilişkinin tespitinin ardından bu şartların gerçekleştiğinin belirlenmesi halinde kişi tazminat sebebiyle sorumlu tutulabilecektir.

TBK’da genel kural olarak kusur sorumluluğu kabul edilmiş olsa da istisnai olarak kusursuz sorumluluk halleri de hem TBK içerisinde hem de farklı kanunlarda düzenlenmiştir³⁶². Kusur konusunda bu hususa değinilecektir.

4.2.1.1.5.1.Fiil

Bir kişinin kusura dayanan tazminat sorumluluğundan bahsedebilmek için öncelikle fiilin bulunması gerektiği açıktır³⁶³. Kusur sorumluluğunda herhangi bir eylemi olmayan kişinin tazminat sorumluluğu olmaması esastır.

Hukukta fiil günlük kullanımındaki aktif davranış anlamından daha geniş olarak anlaşılmaktadır. Öyle ki; hukukta fiil, “bir insanın yapma veya yapmama tarzında iradi davranışı” olarak tanımlanmaktadır³⁶⁴. Ancak hareketsiz kalmanın fiil olarak kabul edilmesi için hareketsiz kalan kişinin hukuken davranışta bulunma yükümlülüğünün olması gerekmektedir³⁶⁵.

4.2.1.1.5.2.Hukuka aykırılık

Bir kişinin kusura dayanan tazminat sorumluluğuna ilişkin aranan diğer şart fiilin hukuka aykırı olmasıdır. Hukuka aykırılık unsuru tanımlanırken farklı teoriler kullanılıyor olsa da esasen “kişilerin mal ve şahıs varlıklarını doğrudan veya dolaylı

³⁶¹ Eren, 338.

³⁶² Oğuzman/Öz, 6.

³⁶³ Oğuzman/Öz, 13.

³⁶⁴ Oğuzman/Öz, 3.

³⁶⁵ Mehmet Ayan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı, Konya: Mimoza Yayınları, 2012, 206.

bir şekilde koruma amacı güden, yazılı ya da yazılı olmayan emredici davranış kurallarının ihlaline” hukuka aykırılık denilmektedir³⁶⁶.

Hukuka aykırılığı kaldıran haller, fiilin zarar verici bir neticeye sebep olmasına rağmen hukuka aykırı sayılmamasına neden olurlar. TBK md. 63 gereğince hukuka aykırılığı kaldıran haller mağdurun rızası, yetkinin kullanılması, haklı savunma, zorunluluk hali, kişinin hakkını kendi gücüyle koruması ve üstün kamu yararı veya üstün özel yararın bulunması olarak sayılmaktadır³⁶⁷.

4.2.1.1.5.3.Zarar

Tazmin edilecek bir zarar olmadığı müddetçe bir kimsenin hukuka aykırı davranışı sebebiyle tazminat sorumluluğundan bahsedilemez³⁶⁸. Zarar dar anlamda, “bir kimsenin malvarlığında rızası dışında meydana gelen azalma” şeklinde tanımlanmaktadır³⁶⁹. Bu tanıma manevi zararın da eklenmesiyle geniş anlamda zararın kapsamı ortaya çıkmaktadır³⁷⁰. Manevi zarar ise bir kimsenin kişiliğine yapılan saldırı sebebiyle duymuş olduğu elem ve üzüntü olarak tanımlanabilir³⁷¹.

4.2.1.1.5.4.İllyet bağı

Tazminat sorumluluğunun için aranan bir diğer şart illyet bağıdır³⁷². İllyet bağı, fiil ile ortaya çıkan zarar arasındaki sebep-sonuç ilişkisini ifade eder. İllyet bağını belirlemek için zaman içinde farklı yöntemler geliştirilmiş olsa da hukukumuzda illyet bağıнын tespiti açısından hâkim görüş uygun illyet bağı teorisidir³⁷³.

Zararlı netice ile genel hayat tecrübeleri ve süregelen olayların akışına göre bu neticeyi meydana getirmeye elverişli olan en uygun fiili arasındaki bağı, uygun illyet

³⁶⁶ Eren, 570.

³⁶⁷ Oğuzman/Öz, 21, 22.

³⁶⁸ Oğuzman/Öz, 38.

³⁶⁹ Oğuzman/Öz, 38

³⁷⁰ Ayan, *Borçlar*, 229.

³⁷¹ Oğuzman/Öz, 40.

³⁷² Kılıçoğlu, 407.

³⁷³ Ayan, *Borçlar*, 235.

bağı olarak tanımlanmakta ve bu bağı kurulmasına fiili ile neden olan kişi zarardan sorumlu tutulmaktadır³⁷⁴.

Yaşam deneyimleri ışığında olayların normal akışına göre söz konusu fiilin ortaya çıkmış olan zararı meydana getirebileceği düşünülüyorsa zarar ile fiil arasında uygun illiyet bağı var kabul edilir³⁷⁵.

Bir zararın meydana gelmesinde birden çok neden veya fiilin bir arada bulunduğu durumlar görülebilmektedir³⁷⁶. Sebeplerin toplanması adı verilen bu gibi durumlar farklı şekillerde ortaya çıkabilmektedir³⁷⁷. Ortak illiyet, her biri tek başına zararlı neticeyi ortaya çıkarmak için yeterli olmayan fiillerin birleşerek zararlı neticeyi ortaya çıkarması halidir³⁷⁸. Bu gibi durumlarda failler arasında müteselsil sorumluluk esası geçerli olur.

Yarışan illiyet, zararlı neticeye sebep olan fiillerden her birinin tek başına zararı doğurmaya elverişli olması halidir³⁷⁹. Yarışan illiyet durumunda da failler arasında müteselsil sorumluluk olduğu kabul edilmektedir³⁸⁰. Ancak zararlı neticeye hangi fiilin sebep olduğu tespit edilebiliyorsa önüne geçen illiyet söz konusu olur³⁸¹. Önüne geçen illiyette zararlı neticeden sorumluluk bu tespit edilen fiili gerçekleştiren kişiye ait olmaktadır³⁸².

Seçimlik illiyette ise zararlı neticeyi birden çok sebepten yalnızca biri tarafından ortaya çıkarılmış olsa da somut olayda bu sebebin hangisi olduğu tespit edilememektedir³⁸³. Bu durumda ise kural olarak kimseye sorumluluk yükletilememektedir³⁸⁴. Seçimlik illiyetteki bu kuralın tek istisnası olan kavga halidir. Kavga halinde zararlı neticeye kimin sebep olduğu tespit edilemese bile kavgaya katılanların zararlı neticeden dolayı müteselsil sorumluluğu kabul edilmektedir³⁸⁵.

³⁷⁴ Eren, 563.

³⁷⁵ Oğuzman/Öz, 45.

³⁷⁶ Ayan, *Borçlar*, 235.

³⁷⁷ Eren, 568.

³⁷⁸ Oğuzman/Öz, 52; Eren, 568.

³⁷⁹ Oğuzman/Öz, 53; Kılıçoğlu, 411.

³⁸⁰ Eren, 570.

³⁸¹ Ayan, *Borçlar*, 237.

³⁸² Kılıçoğlu, 412.

³⁸³ Oğuzman/Öz, 52; Eren, 571; Kılıçoğlu, 412.

³⁸⁴ Ayan, *Borçlar*, 237.

³⁸⁵ Oğuzman/Öz 52; Eren, 571; Ayan, *Borçlar*, 237.

Tazminat sorumluluğu için illiyet bağının şart olduğu göz önüne alındığında illiyet bağı kesen sebeplerin varlığı halinde sorumluluğun söz konusu olmayacağı da anlaşılabilmektedir³⁸⁶. Hukukumuzda illiyet bağı kesen sebepler mücbir sebep, zarar görenin ağır kusuru ve üçüncü kişinin ağır kusuru şeklinde sıralanmaktadır³⁸⁷.

Mücbir sebep, “sorumlu veya borçlunun kendisi ve işletmesi dışında meydana gelen, genel bir davranış normunun veya borcun ihlaline kaçınılmaz bir şekilde yol açan, öngörülmesi ve karşı konulması mümkün olmayan olağanüstü bir olaydır”³⁸⁸. Deprem, heyelan gibi doğal afetlerin yanı sıra ithalat yasağı veya karantinaya alınma gibi hukuki olaylar ile genel grev gibi sosyal meseleler mücbir sebebe örnek olarak gösterilebilir³⁸⁹. Mücbir sebebin varlığı için haricilik, öngörülemezlik ve önlenemezlik unsurlarının bulunması şarttır³⁹⁰.

Zarar görenin ağır kusurundan anlaşılması gereken, zarar görenin zararlı neticenin meydana gelmesinde kast veya ağır ihmal derecesindeki kusurunun bulunmasıdır³⁹¹. Zarar görenin ağır kusuru, illiyet bağı keserek failin sorumluluğunu ortadan kaldırmaktadır³⁹². Aynı şekilde üçüncü kişinin ağır kusuru da failin sorumluluğunu ortadan kaldıracaktır.

4.2.1.1.5.5.Kusur

Tazminat sorumluluğunun şartlarından biri de failin kusurlu olmasıdır. Nitekim TBK md. 49/1 hükmüne göre, “Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür.”. Aynı şekilde TBK md. 112 hükmünde “Borç, hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür.” denilmek suretiyle failin kusurlu olmadığı müddetçe, ortaya çıkan zararı tazmin sorumluluğu bulunmamaktadır³⁹³.

³⁸⁶ Ayan, *Borçlar*, 237.

³⁸⁷ Eren, 579; Ayan, *Borçlar*, 237.

³⁸⁸ Eren, 579.

³⁸⁹ Eren, 580.

³⁹⁰ Ayan, *Borçlar*, 238.

³⁹¹ Kılıçoğlu, 413.

³⁹² Eren, 585.

³⁹³ Kılıçoğlu, 421.

Kusurun kanuni bir tanımı bulunmamakla birlikte kast ve ihmal olmak üzere ikiye ayrılmaktadır³⁹⁴. Kast, kusurun en ağır derecesi olup bu kavram failin hukuka aykırı neticenin bilincinde olduğunu ve bu neticeyi istediğini ifade etmek için kullanılmaktadır³⁹⁵. İhmal ise failin hukuka aykırı neticeyi istemediği halde bu neticenin ortaya çıkmaması için gerekli dikkat ve özeni göstermemesidir³⁹⁶.

Kusur konusunda son olarak belirtmek gerekir ki, kast ve ihmal ayrımı ceza hukukundaki kadar önemli sonuçlara yol açmayacaktır³⁹⁷. Öyle ki; ceza hukukunda taksirli davranışlar istisnai olarak cezalandırılırken, sorumluluk hukukunda fail, tüm kusur türlerinden sorumlu tutulmaktadır³⁹⁸.

4.2.1.1.6. Tazminat Sorumluluğunun Kapsamı

4.2.1.1.6.1. Maddi Tazminatın Kapsamı

Maddi tazminatın konusu, hukuka aykırı fiil neticesinde zarar gören kişinin, malvarlığında meydana gelen azalmanın neticeye sebep olan kişi veya kişilerce giderilmesini talep etmesidir³⁹⁹. Kural olarak, uğranılan zararın tamamen giderilmesi söz konusu olsa da istisnai durumlarda zarar gören zarara kısmen ya da tamamen katlanmak zorunda kalmaktadır⁴⁰⁰. Öyle ki, TBK md. 51/1 hükmüne göre, tazminatın kapsamın hâkim tarafından takdir edilirken durumun gereği ve kusurun ağırlığı dikkate alınacaktır. Bununla birlikte TBK md. 52 kapsamında tazminatın indirilmesine neden olacak sebepler düzenlenmiştir. TBK md. 52'ye göre;

“Zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hâkim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir. Zarara hafif kusuruyla sebep olan tazminat yükümlüsü, tazminatı ödediğinde yoksulluğa düşecek olur ve hakkaniyet de gerektirirse hâkim, tazminatı indirebilir”.

O halde, tazminat sorumluluğunun üst sınırı uğranılan zarar oluşturmaktadır⁴⁰¹. Ancak kanunda yazılı hallerin gerçekleşmesi halinde hâkim, uğranılan zararın altında

³⁹⁴ Ayan, *Borçlar*, 226; Eren, 591.

³⁹⁵ Oğuzman/Öz, 55.

³⁹⁶ Ayan, *Borçlar*, 227, Oğuzman/Öz 56.

³⁹⁷ Kılıçoğlu, 415.

³⁹⁸ Ayan, *Borçlar*, 226.

³⁹⁹ Oğuzman/Öz, 67.

⁴⁰⁰ Kılıçoğlu, 396.

⁴⁰¹ Oğuzman/Öz, 114; Kılıçoğlu, 396.

bir tazminata hükmedilebileceği gibi aynı zamanda tazminatı tamamen kaldırma yetkisine de sahiptir⁴⁰².

4.2.1.1.6.2. Manevi Tazminatın Kapsamı

Manevi zararın kişinin ruh dünyasında gerçekleşmesinden ötürü soyut nitelikte olması ve bu sebeple somut verilerle ispatlanamaması manevi tazminatın kapsamını belirlerken hâkime maddi tazminata oranla daha geniş bir takdir yetkisi vermektedir⁴⁰³. Manevi zararın miktarı tam olarak ispat edilemeyeceği için hâkim manevi tazminata hükmederken hakkaniyete göre hareket edecektir. Manevi tazminat, bir zenginleşme aracı olmayıp manevi zarara uğrayanın uğramış olduğu acı, elem ve ıstırapın giderilmesini amaçladığı için hâkim bu hususları göz önünde bulundurmak durumundadır.

4.2.1.2. Hekimin İdare Hukukunda Tazminat Sorumluluğu

4.2.1.2.1. Genel Olarak

Hekimin kamuya ait hastanelerde çalıştığı durumlarda tıbbi müdahale neticesinde ortaya çıkan zararların kim tarafından ne şartlarda tazmin edileceği hususu idare hukukunun konusuna girmektedir. Öyle ki, kamu hastanelerinin sunduğu sağlık hizmetleri kamu hizmeti olduğu için uyuşmazlıklarla da özel hukuk değil kamu hukuku ilgilenecektir⁴⁰⁴. Esasen idare hukukunda tazminat sorumluluğu idarenindir. Ancak idarenin zararlı neticeye sebep olarak kendisini tazminat ödemek durumunda bırakan kamu görevlisine rücu hakkı bulunmaktadır. Bu itibarla kamu hukukunda tazminat sorumluluğunun genel kurallarına değinmek gerekmektedir.

İdarenin eylem ve işlemlerinden kaynaklanan tazminat sorumluluğu öncelikle Anayasa’da öngörülmüştür⁴⁰⁵. Anayasa’nın 125. maddesinin 1. fıkrasında idarenin tüm eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu düzenlenmiştir. Aynı maddenin 7. fıkrasında ise idarenin kendi eylem ve işlemleriyle verdiği zararı tazmin etmekle yükümlü olduğu belirtilmiştir. Bu temel hüküm doğrultusunda idari bir işlem

⁴⁰² Oğuzman/Öz, 115.

⁴⁰³ Eren, 818.

⁴⁰⁴ Hakeri, 803.

⁴⁰⁵ Şeref Gözübüyük, *Yönetmelik Yargısı*, 33. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi, 2013, 286.

veya eylem nedeniyle zarara uğrayan kişinin zararının idare tarafından karşılanacağı açıktır.

Anayasa'nın 129. maddesinin 4. fıkrası ile 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 13. maddesinde ise kamu görevlilerinin görevleri sırasında işlediği kusurlu davranışları sebebiyle zarar gören kişilerin tazminat davalarını sadece idare aleyhine açabileceği düzenlenmiştir. Bununla birlikte idare, tazmin etmekle yükümlü tutulduğu zarara sebebiyet veren kamu görevlisine ödediği tazminatı rücu etme hakkına sahip olacaktır⁴⁰⁶. Önemle belirtmek gerekir ki, söz konusu zararlar kamu görevlilerinin kişisel kusurundan değil, görevleriyle ilgili olarak görevleri sırasındaki kusurlu davranışlarından kaynaklanmalıdır. Aksi halde uyuşmazlık idari yargının görev alanına girmeyecektir.

Yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda kamu hastanelerinde çalışan hekimlerin görevleri sırasında vermiş oldukları zararlar sebebiyle sorumluluk esasen idareye ait olacaktır. Ancak idare ödemiş olduğu tazminat miktarını zarar veren hekime rücu edebilecektir.

4.2.1.2.2. İdare Hukukunda Tazminat Sorumluluğunun Şartları

4.2.1.2.2.1.Hizmet Kusuru

Hizmet kusuru özel hukuktaki haksız fiil sorumluluğundan bağımsız, idare hukukuna özgü, özel bir kavramdır. Bu sorumluluğun kaynağı da özel hukuktan farklı olarak sadece idareye atfedilen bir işlem veya eylemdir⁴⁰⁷. Hizmet kusurunun genel ve asli bir sorumluluk olması idareyi sorumlu tutabilmek için hizmet kusuru dışında başkaca bir nedene ihtiyaç olmaması sonucunu doğurmaktadır⁴⁰⁸. Danıştay hizmet kusurunu şu şekilde tanımlamıştır;

“İdarenin yürütmekle yükümlü olduğu bir hizmetin kuruluşunda, düzenlenişinde veya işleyişindeki nesnel nitelikli bozukluk, aksaklık veya boşluk olarak tanımlanabilen hizmet kusuru; hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi veya hiç işlememesi hallerinde gerçekleşmekte ve idarenin tazmin yükümlülüğünün doğmasına yol açmaktadır”⁴⁰⁹.

⁴⁰⁶ Gözübüyük, 301.

⁴⁰⁷ M. Savaş Bayındır, “Sağlık Hizmetlerinde İdarenin ve Hekimlerin Sorumluluğu”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:11, Sayı:1, (2007), 557.

⁴⁰⁸ Serkan Çınarlı, *İdarenin Sağlık Hizmetinin Sunumundan Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu*, 1. Baskı, Ankara: Orion Yayınları, 2013, 183.

⁴⁰⁹ Danıştay 10. D. 19.06.2007 E.13815 K.3442 (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

Danıştay, “hizmetin kötü işlemlerini, geç işlemlerini veya hiç işlememesini hizmet kusuru saymakta ve idareyi tazminata mahkûm etmektedir”⁴¹⁰. Bu kavramların kanunlarımızda bir tanımı olmamakla birlikte bu boşluk içtihatlarla doldurulmaya çalışılmaktadır⁴¹¹.

Kamu hastanelerinde sunulan sağlık hizmetinin uygulayıcısı olan hekimler birer kamu personelidirler⁴¹². Bu itibarla kamu hastanelerinde sağlık hizmetinin sunumundaki hizmet kusuru sebebiyle ortaya çıkacak zararın idarece tazmin edilmesi kuraldır. Ancak hekimin tıbbi müdahalesi sebebiyle ortaya çıkan zararın hangi durumlarda hizmet kusuru kabul edileceği tartışmalıdır. Sorumluluğun sınırları belirlenirken hekimin tıp biliminin gereklerine uygun hareket etme yükümlülüğüne aykırı hareket etmesinin hizmet kusuru olarak kabul edilmesi gerektiği görüşü savunulmaktadır⁴¹³. Bununla beraber tıbbi müdahalelerin yapısı gereği bünyelerinde risk barındırması sebebiyle idarenin sorumluluğundan söz edebilmek için ağır kusur bulunması gerektiği belirtilmektedir⁴¹⁴. Doktrinde görevin tamamen dışındaki kişisel kusurlar ile görevle alakalı olmakla birlikte olağanüstü ağır nitelikteki kusurlar da kişisel kusur kabul edilmektedir⁴¹⁵.

Hizmet kusuru, kamu hizmetinin örgütlenmesiyle, işletilmesiyle ve gerekli önlemlerin alınmasıyla sorumlu idarenin bu sorumluluğunu yerine getirememesi iken kişisel kusur, idare adına hareket eden kamu görevlisinin doğrudan doğruya kendisiyle bağlantı kurulabilecek şekilde kusurlu davranması olarak değerlendirilmektedir⁴¹⁶.

Halka sağlık hizmeti sunmakla görevli olan idare, kamu hastanelerinde yapılacak olan tıbbi müdahalelerin tıbbi esaslara uygun biçimde ve gerekli yeterliliğe sahip personel tarafından yapılmasını sağlamakla yükümlü olduğu için bu yükümlülüğe aykırı olarak hareket eden idare kusurlu kabul edilmektedir⁴¹⁷. Ayrıca

⁴¹⁰ Gözübüyük, 289.

⁴¹¹ Gözübüyük, 298.

⁴¹² Hancı, 173.

⁴¹³ Serkan Kızılyel ve İbrahim Kaylan, “Sağlık Hizmeti ve İdarenin Tazmin Yükümlülüğü Üzerine Düşünceler”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt:5, Sayı:48, (Ağustos 2010), 59.

⁴¹⁴ Hakeri, 980.

⁴¹⁵ Kemal Gözler, *İdare Hukuku Dersleri*, 13. Baskı, Bursa: Ekin Yayınları, 2011, 754.

⁴¹⁶ Gözler, 749.

⁴¹⁷ Halide Savaş, *Yargıya Yansıyan*, 284.

sağlık hizmeti verilirken gerekli dikkat ve özenin gösterilmesi de idarenin sorumluluğundadır⁴¹⁸.

Sonuç olarak hekimin müdahalesi kişisel kusur kabul edilirse adli yargı görevli olacak ve hekim haksız fiil hükümlerine göre sorumlu olacakken, hizmet kusurunun tespiti halinde ise idari yargı görevli olacak ve zararın sorumluluğu idareye yüklenmekle birlikte idare zararı tazmin ettikten sonra zarar veren hekime rücu edebilecektir⁴¹⁹. Sorumluluğun doğru tespit edilmesi için her somut olayın özellikleri kendi içerisinde değerlendirilerek bu tespitin yapılması gerekmektedir.

4.2.1.2.2.2.Zarar

İdarenin tazminat sorumluluğunun bir diğer şartı da idarenin bir tutum veya davranışıyla ortaya çıkmış bir zararın varlığıdır⁴²⁰. Zararın, gerçek ve kesin olması gerekmektedir⁴²¹. Başka bir anlatımla, muhtemel zararlar ve belirgin olarak ortaya çıkmamış olan zararları idarenin tazmin yükümlülüğü bulunmamaktadır.

Zarar maddi olabileceği gibi manevi de olabilir⁴²². Maddi zarar, kişinin malvarlığında uğradığı kayıp olup malvarlığının çoğalmasına engel olunması da maddi zararın konusudur⁴²³. Ölümle neticelenen tıbbi müdahale nedeniyle uğranılan maddi zararın kapsamına tedavi giderleri, cenaze giderleri ve destekten yoksun kalma tazminatı girer⁴²⁴. Yaralanma neticesinde oluşan maddi zararlar ise tedavi giderleri ile sürekli ve geçici iş göremezlik tazminatları girmektedir.

Manevi zarar ise somut bir zarar olmayıp idarenin işlem veya eylemi sebebiyle duyulan acı ve üzüntü olarak tanımlanmaktadır⁴²⁵. Manevi tazminatın bir zenginleşme aracı olmamasının yanında hükmedilecek miktarın idarenin kusurunu ortaya koyacak seviyede olması gerektiği savunulmaktadır⁴²⁶.

⁴¹⁸ Savaş, *Yargıya Yansıyan*, 286.

⁴¹⁹ Hancı, 174.

⁴²⁰ Gözübüyük, 318.

⁴²¹ Hakeri, 973.

⁴²² Hakeri, 973.

⁴²³ Gözübüyük, 321.

⁴²⁴ Hakeri, 976.

⁴²⁵ Savaş, *Yargıya Yansıyan*, 285.

⁴²⁶ Hakeri, 980.

4.2.1.2.2.3.İlliyet Bağı

Son olarak idarenin tazminat sorumluluğundan bahsedebilmek için idarenin tutum ve davranışı ile zararlı netice arasında illiyet bağının bulunması şarttır⁴²⁷. İlliyet bağının varlığından bahsedebilmek için ortaya çıkan zararın idarenin işlem veya eyleminin uygun ve normal sonucu olması gerekmektedir⁴²⁸. Eğer netice hayatın doğal akışına göre beklenilemeyecek bir sonuç ise illiyet bağından bahsedilemeyecektir.

Hatalı tıbbi müdahale sonucu gerçekleşen ölüm vakalarında müdahale düzgün şekilde yapılırsa dahi hastanın kurtulma ihtimalinin çok az olması hekimin sorumluluğunu ortadan kaldırmayacaktır. Öyle ki, ihtimal çok az dahi olsa illiyet bağının varlığı kabul edilmelidir⁴²⁹

4.2.1.3. İzin Verilen Riskin Tazminat Sorumluluğuna Etkisi

Bir ceza hukuku kavramı olması sebebiyle izin verilen risk kavramı ekseriyetle ceza hukukçuları tarafından tartışılmaktadır. Türk Borçlar Kanunu'nun 74. maddesi gereğince, ceza mahkemesinin verdiği beraat kararları ve kusura ilişkin yapmış olduğu tespitler hukuk mahkemesini bağlamamaktadır. Öyle ki, idare hukuku ile medeni hukukta ve ceza hukukunda kusur farklı esaslara göre belirlenmektedir. Yani hatalı tıbbi müdahale iddiasıyla yargılanan hekim ceza mahkemesinden beraat kararı alsa dahi bu durum hekimin tazminat sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Hukuk mahkemesi, medeni hukuk ve borçlar hukuku esaslarına göre idare mahkemesi de idare hukuku esaslarına göre yargılamayı yapacak ve hekimi kusurlu bulması durumunda tazminata hükmedebilecektir.

Ancak ceza mahkemesi bir mahkûmiyet kararı veriyse olayda kusur bulunduğu kesinleşmiş olacağından idare veya hukuk mahkemesi hakiminin tazminata hükmetmesi gerekecektir⁴³⁰.

Türk Borçlar Kanunu'nun 71. maddesinde düzenlenen tehlike sorumluluğunun izin verilen riskten kaynaklandığını ileri süren Yücel'e göre, tehlike sorumluluğunun temelinde toplumsal ve ekonomik yararları nedeniyle tehlikeli faaliyetlere izin

⁴²⁷ Gözübüyük, 318.

⁴²⁸ Gözübüyük, 318.

⁴²⁹ Hakeri, 989.

⁴³⁰ Hakeri, 994.

verilmesi yatmaktadır⁴³¹. Tehlike sorumluluğunun temelinde kanun koyucu tarafından belirlenen koşullar sağlandığı sürece gerçekleştirilen tehlikeli faaliyetler neticesinde ortaya çıkan zararlardan işletmelerin sorumlu tutulmaması düşüncesi yatmaktadır. İçerik olarak her ne kadar ceza hukuku anlamındaki izin verilen riskle benzerlik taşıyor olsa da burada bahsedilen izin verilen risk tehlikeli işletmelerin kusursuz sorumluluğu ile ilgili olduğu için hekimin hukuki sorumluluğuna bir etkisi olmayacaktır. Hastane işletmeleri, tedavi amaçlı hizmet vermeleri sebebiyle kural olarak tehlike arz eden işletme niteliği taşımazlar. Ancak önemli ölçüde tehlike arz eden işletme olarak kabul edilmesi durumunda bu hüküm özel hastane işletmelerinin kusursuz sorumluluklarında uygulanabilecektir. Önemli ölçüde tehlike arz etme, uzman bir kişiden beklenen tüm özenin gösterilmesine rağmen işletmenin sıklıkla zarar doğurması veya zaman zaman büyük miktarda zararlar şeklinde ifade edilmektedir.

Esasen toplumsal gelişmeyi sağlamak için yapıları gereği tehlikeli olan faaliyetlerin icrası için bir cezasızlık alanı oluşturma amacıyla ortaya çıkan izin verilen risk kavramı ceza hukukunun konusudur⁴³². Ceza yargılaması ve ceza sorumluluğunun esasları ile idari yargılama ve idarenin sorumluluğunun esasları birbirinden çok farklıdır. Ceza yargılamasının amacı genel olarak kamu düzeninin sağlanması olarak açıklanmakta iken, idari yargılamanın temel amacı idarenin eylem ve işlemlerinin denetlenmesidir. Öyle ki, hekimin idare hukukundan doğan sorumluluğunun esası hizmet kusuruna dayanmakta iken hekimin cezai sorumluluğu ceza hukukunun ilkelerine göre belirlenmektedir.

Hekimin hizmet kusuru belirlenirken izin verilen risk alanıyla aynı doğrultuda saptamalar ve yöntemler zaman zaman kullanılıyor olsa da bir kavram olarak izin verilen risk henüz idare hukuku alanında kendine yer bulamamıştır. Bu itibarla hekimin idare hukukundan doğan sorumluluğu belirlenirken de izin verilen risk kavramının bir etkisi olmayacağı söylenebilecektir.

⁴³¹ Yücel, 218.

⁴³² Akbulut, 260.

4.2.2. İzin Verilen Riskin Hekimin Cezai Sorumluluğuna Etkisi

4.2.2.1. Hekimin Cezai Sorumluluğu

4.2.2.1.1. Genel Olarak

Ceza hukukunun konusu suç teşkil eden haksızlıklardır⁴³³. Özel hukuk sorumluluğu, zarardan önceki hale getirme, zararı aynen veya nakden giderme yaptırımına yol açar. Cezai sorumluluk ise suç işlemek suretiyle toplumsal düzeni ihlal eden kişiyi yeniden topluma kazandırma ve ıslah işlevi olduğu savunulan hürriyeti bağlayıcı ceza uygulamasına yol açar⁴³⁴.

Türk Ceza Kanunu genel bir kanun olup belirli meslek grupları için uygulanacak yaptırımları ayrı ayrı düzenlememiştir⁴³⁵. Bu itibarla kanunda düzenlenen hükümler eylemlerine uygun düştüğü ölçüde hekimler hakkında da uygulanacaktır. Hekimin tıbbi müdahalesinin yaralama niteliğinde olduğu konusunda doktrinde görüş birliği vardır⁴³⁶. Bu görüş kimilerince eleştirilse de tıbbi müdahaleler neticelerine göre temel olarak tipik birer yaralama ve öldürme niteliğindedir. Ancak bu tipik eylemlerin cezalandırılmaması için hukuka uygun olduğu kabul edilmekle birlikte tıbbi müdahaleleri hukuka uygun hale getiren husus konusunda görüş ayrılıkları bulunmaktadır.

Ceza hukukunda suçun manevi unsuru, yani kusurluluk durumu olarak kast veya taksir sorumluluğu söz konusu olabilir. Kural olarak suçlar kasten işlenir. Taksirden kaynaklanan sorumluluk, istisnai bir sorumluluk tipi olup ancak kanunun açıkça belirttiği hallerde söz konusu olur. Taksirle yaralama ve taksirle öldürme suçları, Türk Ceza Kanunu'nda ayrıca düzenlenmiş suçlardır. Hekimin tıbbi uygulama hatalarından kaynaklanan sorumluluğunun genellikle taksir sorumluluğu olduğu kabul edilmektedir. Bunun sebebi hekimin özen yükümlülüğünü ihlal etmesi ve bu sebeple istemese bile zararlı bir neticeye sebebiyet vermesidir. Taksir, genel olarak dikkatsizlik, tedbirsizlik, acemilikten veya kurallara uymamaktan kaynaklanabilir⁴³⁷.

⁴³³ Koca/Üzülmez, 75.

⁴³⁴ Artuk/Gökçen/Yenidünya, 726.

⁴³⁵ Koca, 160.

⁴³⁶ Hakeri, 1015.

⁴³⁷ Kayaer, 4.

Genel olarak tıbbi müdahalenin hukuka uygun kabul edilmesi için müdahaleyi yapan kişinin hekim olması, hastanın aydınlatılmış rızasının alınması, endikasyon bulunması ile müdahalenin tıp biliminin verilerine uygun ve özenli olarak yapılmış olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi gerekir. Tıbbi müdahalenin tıp biliminin verilerin uygun ve özenli bir şekilde yapılması şartının gerçekleşmemesi suçun taksirli haline vücut verecekken diğer şartların sağlanmaması halinde kasttan söz edilecektir⁴³⁸.

4.2.2.1.2. İzin Verilen Riskin Ceza Sorumluluğuna Etkisi

Genel olarak tıbbi müdahalelerin izin verilen risk kapsamında gerçekleştirildiği kabul görmektedir⁴³⁹. Ancak izin verilen riskin kapsamı konusunda bir fikir birliği bulunmamaktadır. Ancak uygulamada Yargıtay'ın da kabul ettiği baskın görüşe göre izin verilen risk objektif isnadiyeti ortadan kaldıran bir sebep olarak değerlendirilmelidir.

Bir görüşe göre, riskli hareketlere açıkça izin verilmesi, riskin kaçınılmaz olması, ulaşılmak istenen netice açısından riskli müdahalenin zorunlu olması ve riskli hareketler genel manada alışlagelmiş olması halinde söz konusu riskli hareket izin verilen risk kapsamında değerlendirilecektir⁴⁴⁰. Bu şartları taşıyarak izin verilen risk kapsamında değerlendirilen tıbbi müdahale sebebiyle ortaya çıkan zararlı neticeler hekime objektif olarak isnat edilemeyecek ve hekimin cezai sorumluluğu ortaya çıkmayacaktır⁴⁴¹. Ancak bu görüş fiilin toplumsal hukuka uygunluğu teorisi ile izin verilen risk kavramlarını harmanladığı için hatalıdır. Öyle ki, izin verilen riskten bahsedebilmek için riskli hareketin genel manada alışlagelmiş olması şartı bulunmamaktadır.

Ünver, izin verilen riski objektif isnadiyeti ortadan kaldıran bir sebep olarak değerlendirmektedir⁴⁴². Yazara göre basit müessir fiili aşacak derecede hastaya zarar veren tıbbi müdahaleler hastanın müdahaleye rıza göstermiş olması şartıyla izin verilen risk kapsamında değerlendirilmeli ve bu değerlendirme sebebiyle istenmeyen

⁴³⁸ Hakeri, 1027.

⁴³⁹ Ünver, 357; Hakeri, 820; Kıcılıoğlu, 52; Hancı 29.

⁴⁴⁰ Akbulut, 266.

⁴⁴¹ Akbulut, 266.

⁴⁴² Ünver, 361.

netice hekime objektif olarak isnat edilmemelidir⁴⁴³. Neticenin hekime objektif olarak isnat edilmemesi ise hekimin cezai olarak sorumlu tutulmamasına sebep olacaktır.

Ancak belirtmek gerekir ki, hastanın bilincinin kapalı olması gibi bazı durumlarda rızası alınamamaktadır. Bu gibi durumlarda tıbbi müdahaledeki yarar hastanın yaşam tehlikesine oranla daha ağır basarsa hekimin müdahalesi izin verilen risk kapsamında kabul edilmelidir.

Kanımızca tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunun şartları sağlandığı halde ortaya istenmeyen zararlı bir netice çıkmış ise hekimin bu neticeden dolayı sorumlu tutulamaması izin verilen risk kavramıyla açıklanmalıdır. Bu şartlar altında netice hekime objektif olarak isnat edilemeyecek ve hekimin cezai sorumluluğu ortaya çıkmayacaktır.

⁴⁴³ Ünver, 357.

5. SONUÇ

Hekimin tıbbi müdahale sebebiyle hukuki sorumluluğu hekim ile hasta arasındaki ilişkinin hukuki niteliğine göre değişebilmektedir. Genel olarak hekim ile hasta arasındaki ilişkinin hukuki niteliğinin vekalet sözleşmesi olduğu kabul edilmektedir. Estetik müdahaleler ise genellikle eser sözleşmesi olarak kabul edilmektedir. Vekalet ve eser sözleşmeleri dışında acil durumlar ile ameliyatın genişletilmesi hadiselerinde bir sözleşme söz konusu olamayacağından vekaletsiz iş görme hükümlerinin uygulanacağı kabul edilmektedir. Gerekli şartlar ortaya çıktığında hekiminin tıbbi müdahale sebebiyle haksız fiil sorumluluğu da ortaya çıkabilmektedir.

Tıbbi müdahaleler insan vücudu üzerinde gerçekleştirildiği için yaşam hakkı başta olmak üzere birçok temel hak ve özgürlükle doğrudan veya dolaylı olarak ilişki içerisindedir. Bu yoğun ilişki tıbbi müdahale kavramını hukuk bilimi için önemli bir konu haline getirmektedir.

Tıp biliminin insan üzerinde uygulanması şeklindeki her türlü müdahale tıbbi müdahale kabul edilmektedir. Tıbbi müdahalenin amacı, bozulan insan sağlığının tedavisi, acıların dindirilmesi, insanın olası hastalıklardan korunması, nüfus planlaması veya tıbbi araştırmadır.

Türk hukukunda tıbbi müdahalenin hukuka uygun kabul edilebilmesi için yetkili kişilerce yapılmış olması, hastanın rızasının alınmış olması ve müdahalenin tıp biliminin verilerine göre gerekli ve bu verilere uygun olarak yapılmış olması gerekmektedir.

İnsan vücudunun dış etkilere karşı reaksiyonu kişiden kişiye değişebilmekte, aynı belirtiler farklı hastalıklarda ortaya çıkabilmektedir. Bunun yanı sıra teknolojik gelişmeler sonucu tıbbi müdahaleler de çeşitlenip ve karmaşık hale gelmiştir. Bu sebeplerle en sıradan ve önemsenmeyen tıbbi müdahaleler dahi içerisinde risk ve sapmalar barındırmaktadır.

İnsan yaşamının devamı ve gelişimi için riskli faaliyetlerin sürdürülmesi gerekmekte olup aksi halde ortaya bir hareketsizlik hali çıkacaktır. Bu sebeple tamamen yasaklanmaları mümkün olmayan ve doğaları gereği bünyelerinde tehlike

barındıran faaliyetlerin cezalandırılmayışını açıklamak için “izin verilen risk” kavramı ortaya atılmıştır.

İzin verilen risk bir ceza hukuku kavramı olduğu için ekseriyetle ceza hukukçuları tarafından tartışılmakta ve özel hukuk ile idare hukukunda kendisine yer bulamamaktadır. Öyle ki, bu hukuk dallarında çalışanlar izin verilen risk kavramının ilgilendiği problemleri farklı kavram ve yöntemlerle çözümlemişlerdir. Bu itibarla hekimin özel hukuktan ve idare hukukundan doğan tazminat sorumluluğuna izin verilen riskin doğrudan bir etkisi olduğu söylenemez. Ancak her ne kadar ceza mahkemesinin verdiği beraat kararları ve kusura ilişkin yapmış olduğu tespitler hukuk mahkemesini bağlamasa da mahkûmiyet kararı verildiği durumlar idare veya hukuk mahkemesi hakiminin tazminata hükmetmesi gerekecektir.

İzin verilen risk kavramının niteliği ve kapsamı hakkında farklı görüşler bulunmaktadır. Bu konuda en ağır basanlar, izin verilen riskin hukuka uygunluk sebebi olduğu, kusurluluğu etkilediği, tipikliği ortadan kaldırdığı ve objektif isnat edilebilirliği kaldırdığı hakkındaki görüşleridir.

Komplikasyon ile izin verilen riskin aynı anlama geldiğini ileri süren görüşün bir hayli savunucusu bulunmaktadır. Ancak tıbbi müdahalenin komplikasyonları ile ilgili olarak hastanın bilgilendirildikten sonra rızası alınmamış olması halinde dahi hekimin sorumluluğu ortaya çıkarken komplikasyonun izin verilen risk alanında olduğundan bahisle hekimin sorumsuzluğuna neden olacağına ilişkin olan bu görüş genel hukuk ilkeleriyle bağdaşmamaktadır. Bu sebeple öğretide izin verilen risk, cezalandırılmayan komplikasyon veya sorumluluk doğurmayan komplikasyon şeklinde tanımlanmaktadır.

Nedensellik bağıını ortaya koyabilmek için birçok görüş bulunmakta olup bunlardan en çok kabul görmüş olanı şart teorisidir. Şart teorisine göre, hareket yapılmasaydı netice ortaya çıkmayacaktıysa hareketle netice arasında nedensellik bulunmaktadır.

İzin verilen risk kavramı bazı özel durumlarda objektif isnadiyeti ortadan kaldıran bir sebep olarak değerlendirmektedir. Buna göre basit müessir fiili aşacak derecede hastaya zarar veren tıbbi müdahaleler izin verilen risk kapsamında

değerlendirilmelidir. Basit müessir fiili aşmayan müdahalelerin hukuka uygunluğu ise rıza ve hakkın icrası kavramları ile açıklanmaktadır. İzin verilen risk kapsamında gerçekleşen istenmeyen zararlı sonuç hekime objektif olarak isnat edilemeyecektir. Neticenin hekime objektif olarak isnat edilememesi ise hekimin cezai olarak sorumlu tutulmamasına sebep olacaktır.

Objektif isnadiyet teorisine göre, önce nedensellik bağı saptanmalı daha sonra ise neticenin faile yüklenip yüklenemeyeceği değerlendirilmelidir. Objektif isnadiyet teorisine göre izin verilen risk neticenin faile isnat edilmesini engellemektedir.

İzin verilen riskin kapsamı ve niteliği hakkında görüş birliği bulunmamaktadır. Ancak izin verilen risk kavramının hekimlerin tıbbi müdahaleler sebebiyle ortaya çıkabilecek sorumluluklarına bir şekilde etki ettiği kabul edilmektedir.

Ülkemizde izin verilen risk ile ilgili olarak yüksek yargı büyük ölçüde Ünver ve Hakeri'nin görüşlerini benimsemiştir. Bu görüşe göre, tıbbi müdahaleler izin verilen risk çerçevesinde gerçekleştirilmekte ve izin verilen risk objektif isnadiyeti ortadan kaldırmaktadır.

KAYNAKÇA

- Akbulut, Berrin, “Tıp Ceza Hukukunda Nedensellik Bağı”, *V.Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları*, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 28 Mart-1 Şubat 2008.
- Altay, Adem, “İşletmelerde Riske Yönelik Denetim ve Raporlanması”, Gazi Üniversitesi SBE, *Yayımlanmamış Doktora Tezi*, Ankara 2008.
- Altunkaş, Aysun “İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları (TCK m. 90)”, Marmara Üniversitesi SBE, *Yayımlanmamış Doktora Tezi*, İstanbul 2011
- Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, Ahmet Caner, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 9. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2015.
- Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, Ahmet Caner, *5237 Sayılı Yeni TCK. 'ya göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Genel Hükümler I*, 2. Baskı, Ankara:Turhan Kitabevi, 2006.
- Ayan, Mehmet, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı, Konya: Mimoza Yayınları, 2012. (Ayan, Borçlar)
- Ayan, Mehmet *Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluk*, 1.Baskı, Ankara: Kazancı Yayınları, 1991
- Başpınar, Veysel, “Yargıtay Uygulamaları Açısından Hekimin Özen Borcunun Tıbbî Standartlarla İlişkisi”, *Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan Cilt:I*, Sabih Arkan (Ed.) Ankara: Turhan Kitabevi, 2010.
- Bayındır, M. Savaş, “Sağlık Hizmetlerinde İdarenin ve Hekimlerin Sorumluluğu”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:11, Sayı:1, (2007).
- Bayraktar, Köksal, *Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu*, İstanbul: Sermet Matbaası, 1972.
- Beyaz, İlknur, “Risk Toplumu ve Gıda Güvenliği”, Atatürk Üniversitesi SBE, *Yayımlanmamış YLT*, Erzurum 2013.
- Birtek, Fatih, “Tıbbi Uygulama Hataları Bakımından Taksir-Bilinçli Taksir Ayrımı”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:10, Sayı:1, (2015).
- Burtan, Çağlar Burak, “Tıbbi Malpraktis ve İdarenin Sorumluluğu”, *Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu*, Hakan Hakeri ve Cahid Doğan (Ed.), Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2015.
- Can, İsmail Özgür/Özkara, Erdem/Can, Muhammed, “Yargıtay’da Karara Bağlanan Tıbbi Uygulama Hatası Dosyalarının Değerlendirilmesi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi*, Cilt:25, Sayı:2, (Mayıs 2011).

- Cantürk, Gürol, “Tıbbi Malpraktis ve Tıbbi Bilirkişilik”, *Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu*, Hakan Hakeri ve Cahid Doğan (Ed.), Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2015.
- Çınarlı, Serkan, *İdarenin Sağlık Hizmetinin Sunumundan Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu*, 1. Baskı, Ankara: Orion Yayınları, 2013.
- Demirbaş, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 12. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017.
- Doğan, Cahid, “Hastanın Aydınlatılması ve Rızasının Alınması”, *Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Girne - Amerikan Üniversitesi Sağlık Hukuku Sempozyumu*, Girne, 2-3 Mart
- Doğan, Cahid, “Bilirkişiliğin Hukuksal Yapısı ve Tıbbi Bilirkişilik”, *Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu*, Hakan Hakeri ve Cahid Doğan (Ed.), Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2015.
- Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt:II*, 10. Baskı, İstanbul: Beta Basım, 1994
- Ekşi, Ahmet, “İslam Hukukunda Hekim ile Hasta Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği”, *Tıp Hukuku Dergisi*, Cilt:1, Sayı:2, (Ekim 2012).
- Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 23. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2018.
- Erman, Barış, *Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu*, 1. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2003.
- Ersoy, Yüksel, “Tıbbi Hatanın Hukuki ve Cezai Sonuçları”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı:53, (2004).
- Ertan Ayşegül/Yaycı, Nesime/Öz, Hüseyin, “Anestezi Uygulamalarında İzin Verilen Risk Alanı”, *Türkiye Klinikleri Anesteziyoloji Reanimasyon Dergisi*, Cilt:6, Sayı:3, (2008).
- Gökcan, Hasan Tahsin, *Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk*, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2013
- Gözler, Kemal, *İdare Hukuku Dersleri*, 13. Baskı, Bursa: Ekin Yayınları, 2011.
- Gözübüyük, Şeref, *Yönetmelik Yargı*, 33. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi, 2013.
- Gültekin Diken, Nil Melek, “Ceza Hukukunda Taksire Dayalı Sorumluluk”, *Yayımlanmamış Doktora Tezi*, Marmara Üniversitesi SBE, İstanbul 2018.

- Gündoğmuş, Ümit Naci/Bilge, Yaşar/Kendi, Özer/Hancı, İsmail Hamit, “Hekimlerin Yasal Sorumluluğunun Yüksek Sağlık Şurası Açısından İrdelenmesi”, *Adli Tıp Bülteni*, Cilt:2, Sayı:3, 1997.
- Gürelli, Nevzat, “Hukuk Açısından Cerrahi Müdahalenin Sınırları”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt:45, Sayı:1-4, (1979-1981)
- Hakeri, Hakan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2008. (Hakeri, Ceza)
- Hakeri, Hakan, “Ceza Hukukunda Önemsiz Hareketler”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı:69, 2007. (Hakeri, Önemsiz)
- Hakeri,Hakan, *Tıp Hukuku*, 16. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019
- Hancı, İ.Hamit, *Malpraktis Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu*, 1.Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2005.
- İçel, Kayıhan, *Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Subjektif Sorumluluk*, 1.Basım, İstanbul: Cezaevi Matbaası, 1967.
- İçel, Kayıhan/Sokullu-Akıncı, Füsun/Özgenç, İzzet/Sözüer, Adem/Mahmutoğlu, Fatih S./Ünver, Yener, *Suç Teorisi 2. Kitap*, 3. Baskı, İstanbul: Beta Basım Yayın, 2004.
- Kangal, Zeynel T., “Ceza Hukukunda Varsayılan Rıza”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:15, Sayı:4, (2011).
- Kayaer, Nebahat, “Ceza Hukukunda Hekimin Tıbbi Müdahalesi Çerçevesinde İşlenen Taksirle Öldürme Suçu”, Dokuz Eylül Üniversitesi SBE, *Yayımlanmamış Doktora Tezi*, İzmir 2012.
- Kirkit, Ecem, *Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu*, 1. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2016
- Kıcalıoğlu, Mustafa, *Doktorların ve Hastanelerin Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumlulukları*, 1.Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi, 2011
- Kılıçoğlu, Ahmet Mithat, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 15. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi, 2012.
- Kızılyel, Serkan/Kaylan, İbrahim, “Sağlık Hizmeti ve İdarenin Tazmin Yükümlülüğü Üzerine Düşünceler”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt:5, Sayı:48, (Ağustos 2010).
- Koca, Mahmut, “Yeni TCK’da Hekimler Hakkında Uygulanacak Yaptırımlar”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Özel Sayı: Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Cilt:III, Sayı:2, 2006.

- Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 10. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017.
- Kocasakal, Ümit, “Yeni Türk Ceza Kanununda Hekimin Cezai Sorumluluğu”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Özel Sayı: Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Cilt.III, Sayı:2, (2006)
- Korkusuz, M.Refik, “Hukukumuzda Tehlike Sorumluluğunun Uygulanması ve Yeni Borçlar Kanunu Tasarısındaki Düzenlemesi”, *Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu*, Ankara, 28-29 Mayıs 2009.
- Metin, Sevtap, *Biyo-Tıp Etiği ve Hukuk*, 1. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2010
- Mollahaliloğlu, Salih/Uğurlu, F.Gülçin/Kalaycı, Mehmet Zafer/Öztaş, Dilek, “Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamalarında Yeni Dönem”, *Ankara Medical Journal*, Cilt.15, Sayı.2, (2015)
- Nuhoğlu, Ayşe, “Sünnet ve Ceza Hukuku”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt:19, Sayı:2 (2013).
- Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 10. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012.
- Önder, Aydın, *Ceza Hukuku Genel Hükümler Cilt:II*, 1. Bası, İstanbul: Beta Basım, 1989.
- Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker, *Ceza Genel Hukuku (Temel Bilgiler)*, 8. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017.
- Özcan, Hüseyin, *Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü*, 4. Baskı, Ankara: Yeni Desen Matbaası, 1975.
- Özdemir, Hayrünnisa, *Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi*, 1. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2004.
- Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 13. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017.
- Öztürkler, Cemal, *Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis, Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları*, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2006.
- Polat, Oğuz/Pakış, Işıl, “Tıbbi Uygulama Hatalarında Hekim Sorumluluğu”, *Acıbadem Üniversitesi Sağlık Bilimleri Dergisi*, Cilt:2, Sayı:3, (Temmuz 2011).

- Savaş, Halide, *Sağlık Çalışanlarının ve Sağlık Kurumlarının Tıbbi Müdahaleden Doğan Sorumlulukları Ceza - Hukuk*, 1.Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2007
- Savaş, Halide, “Tıbbi Malpraktis ve Komplikasyondan Doğan Sorumluluklar”, İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Merkezi (Ed.), *Sağlık Hukuku Makaleleri* içinde (259-294), İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2012. (Savaş, Tıbbi)
- Savaş, Halide, “Tıbbi Malpraktis ve Komplikasyondan Doğan Sorumluluklar”, İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Merkezi (Ed.), *Sağlık Hukuku Makaleleri* içinde (259-294), İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2012. (Savaş, Tıbbi)
- Savaş, Halide, *Yargıya Yansıyan Tıbbî Müdahale Hataları*, 3. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2013. (Savaş, Yargıya Yansıyan)
- Şahin, Meral Ekici, “Ceza Hukukunda Rıza”, Ankara Üniversitesi SBE, *Yayımlanmamış Doktora Tezi*, Ankara 2010
- Şen, Ersan, “İnsan Üzerinde Bilimsel Deney ve Deneme Suçları”, *V.Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları*, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 28 Mart-1 Şubat 2008.
- Şenocak, Zarife, “Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:50, Sayı:4, (2001).
- Turabi, Selami, “Kusurluluk ve Kusurluluğu Etkileyen Haller”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı:101, (Mayıs 2012).
- Tümer, Ali Rıza, *Cerrahi Branşlar Açısından Hukuki Sorumluluklar ve Malpraktis*, İstanbul: Matsis Matbaa, 1. Baskı, 2013.
- Türe, M.Gökhan/Türe, Oğuzhan, “Hekimin Hizmetten Çekilme Hakkı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı:131, 2017.
- Uygur, Atiye, “Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu”, Ankara Üniversitesi SBE, *Yayımlanmamış Doktora Tezi*, Ankara 2009,
- Ünver, Yener, *Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk*, 1.Baskı, İstanbul: Beta Basım Yayın, 1998.
- Ünver, Yener, “Türk Tıp Hukukunda Rıza”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Özel Sayı: Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Cilt:III, Sayı:2, 2006. (Ünver, Türk)
- Yavuz İpekyüz, Filiz, “Hekimin Tazminat Sorumluluğu”, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:20, Sayı:33, (2015)

Yenerer Çakmut, Özlem, *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi*, 1. Baskı, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2003.

Yenisey, Feridun, “Tedavi Açısından İlgilinin Rızası”, *V.Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları*, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 28 Mart-1 Şubat 2008.

Yılmaz, Ejder, *Hukuk Sözlüğü*, 4. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2010.

Yücel, Özge “Türk Borçlar Kanunu’na Göre Genel Tehlike Sorumluluğu”, Ankara Üniversitesi SBE, *Yayımlanmamış Doktora Tezi*, Ankara 2013.

Yüksel, Sera Reyhani, “Hekimin Vekaletsiz İş Görmeden Doğan Sorumluluğu”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt:21, Sayı:2, (2015).

İnternet Sayfaları

<https://www.mevzuat.gov.tr/>

<http://www.resmigazete.gov.tr/>

<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>

<https://www.tard.org.tr>

<http://www.tdk.gov.tr>

<https://www.who.int/>