TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SAĞLIK BİLİMLERİ ENSTİTÜSÜ

DİŞ HEKİMLİĞİ'NDE TIBBİ UYGULAMA HATALARINDAN DOĞAN CEZAİ SORUMLULUK

Evin TOKER

DİSİPLİNLERARASI ADLİ BİLİMLER ANABİLİM DALI
SAĞLIK HUKUKU PROGRAMI
Yüksek Lisans Tezi

DANIŞMAN
Prof. Dr. Aslıhan GÜRBÜZ

ANKARA
2019

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SAĞLIK BİLİMLERİ ENSTİTÜSÜ

DİŞ HEKİMLİĞİ'NDE TIBBİ UYGULAMA HATALARINDAN DOĞAN CEZAİ SORUMLULUK

Evin TOKER

DİSİPLİNLERARASI ADLİ BİLİMLER ANABİLİM DALI
SAĞLIK HUKUKU PROGRAMI
Yüksek Lisans Tezi

DANIŞMAN
Prof. Dr. Aslıhan GÜRBÜZ
İKİNCİ DANIŞMAN
Doç. Dr. Ezgi AYGÜN EŞİTLİ

ANKARA
2019

Etik Beyan

Ankara Üniversitesi

Sağlık Bilimleri Enstitüsü Müdürlüğü'ne,

Yüksek Lisans tezi olarak hazırlayıp sunduğum "Diş hekimliği'nde tibbi uygulama hatalarından doğan cezai sorumluluk" başlıklı tez; bilimsel ahlak ve değerlere uygun olarak tarafımdan yazılmıştır. Tezimin fikir/hipotezi tümüyle tez danışmanım ve bana aittir. Tezde yer alan deneysel çalışma/araştırma tarafımca yapılmış olup, tüm cümleler, yorumlar bana aittir. Yukarıda belirtilen hususların doğruluğunu beyan ederim.

Öğrencinin Adı Soyadı:

Tarih:

İmza:

KABUL VE ONAY

İÇİNDEKİLER

Etik Beyan	iii
KABUL VE ONAY	iv
İÇİNDEKİLER	v
ÖNSÖZ	vii
SİMGELER ve KISALTMALAR	viii
1. GİRİŞ	1
2. GEREÇ ve YÖNTEM	4
2.1. Genel Olarak Tıbbi Uygulama Hatası	4
2.2. Kavram	4
2.3. Tarihsel Gelişim	5
2.4. Hukuki Düzenlemeler	10
2.5. Fail	12
2.6. Maddi Konu	14
2.7. Hukuki Konu	16
2.8. Mağdur	17
3. BULGULAR	19
3.1. Taksirle Yaralama Suçu Kapsamında Tıbbi Uygulama Hatasının Unsurları	19
3.2. Fiil	19
3.2.1. Hareket	20
3.2.2. Netice	23
3.2.2.1. Neticenin Tabiatçı Anlayışı	24
3.2.2.2. Neticenin Hukuki Anlayışı	25
3.2.3. Nedensellik Bağı	27
3.2.3.1. Nedensellik Bağına İlişkin Teoriler	28
3.2.3.1.1. Tabii Nedensellik Teorisi	28
3.2.3.1.2. Uygun Nedensellik Teorisi	29
3.2.3.1.3. Beşeri Nedensellik Düşüncesi	31
3.2.3.1.4. Görüşümüz	32
3.2.3.2. İhmalin Nedenselliği	32
3.3. Hukuka Aykırılık	34
3.3.1. Genel Olarak Hukuka Aykırılık	34
3.3.2. Hukuka Uygunluk Nedenleri	35

3.3.2.1. Kanun Hükmünün İfası 36
3.3.2.2. Hakkın Kullanımı 38
3.3.2.3. İlgilinin Rızası 40
3.3.2.3.1. Yetişkinlerde Rıza 42
3.3.2.3.2. Çocuğun Rızası 46
3.3.2.4. Zorunluluk Hali 48
3.3.2.5. Görüşümüz 49

4. TARTIŞMA 52
4.1. Taksirle Yaralama ve Öldürme Suçlari Kapsaminda Tibbi Uygulama Hatasinin Kusurluluk Unsuru ve Ceza 52
4.2. Kusurluluk 52
4.2.1. Genel Olarak Taksir 56
4.2.2. Taksirle Yaralama 61
4.2.3. Taksirle Öldürme 67
4.2.4. Kusurluluğu Ortadan Kaldıran Nedenler 71
4.2.4.1. Genel Olarak 71
4.2.4.1.1. Fail ile Fiil Arasındaki Psişik Bağı Ortadan Kaldıran Nedenler 72
4.2.4.1.1.1. Kendine Olmama 72
4.2.4.1.1.2. Mücbir Sebep 72
4.2.4.1.1.3. Maddi Cebir 72
4.2.4.1.2. Hata 73
4.2.4.1.2.1. Hukuki Hata 73
4.2.4.1.2.2. Fiilde Hata 74
4.2.4.1.2.3. Şahısta Hata 75
4.2.4.1.2.4. İsabette Hata veya Sapma 76
4.2.4.1.3. Manevi Cebir ve Bu Temelde İstenemezlik İlkesi 76
4.3. Ceza 77
4.3.1. Genel Olarak Ceza 77
4.2.2. Cezanın Belirlenmesi ve Şahsileştirilmesi 81

5. SONUÇ ve ÖNERİLER 84
ÖZET 87
SUMMARY 88
KAYNAKLAR 89
ÖZGEÇMİŞ 92

ÖNSÖZ

Tüm sağlık personeli gibi diş hekimleri de insan sağlığını korumak amacı ile vücut bütünlüğüne müdahalede bulunmaktadır. Bu müdahalenin ise, ortak yaşamın devamlılığını sağlayan hukuk tarafından korunabilir olmasını mümkün kılan kurallara uygun olması gerekir.

İşte bu noktada, diş hekimlerinin yaptığı tıbbi müdahaleler, bu müdahaleler esnasında karşılaşılan tıbbi müdahale hataları ve bu hataların hukuk sistemimiz kapsamında değerlendirilmesine yönelik yaptığım bu çalışmanın meslektaşlarıma katkı sağlamasını dilerim.

Danışman hocam, Sn. Prof. Dr. Aslıhan GÜRBÜZ'e eğitimime, çalışmama verdiği destek ve hayatıma kattığı zerafetten dolayı teşekkürlerimi arz ederim.

Adli bilimler ve sağlık hukuku alanında çalışmak üzere beni yönlendiren hocam Sn. Prof. Dr. İ. Hamit HANCI'ya, bu alanda çalışmaya başladığım dönemde tanıdığım, beraber çalışma fırsatı bulduğum ve zor zamanlarımda elini üzerimden hiç çekmeyen hocam Sn. Prof. Dr. Ayla SEVİM EROL'a ve öğrencisi olmaktan gurur duyduğum hocam Sn. Prof. Dr. Gürol CANTÜRK başta olmak üzere Ankara Üniversitesi Adli Bilimler Enstitüsü'ndeki tüm aileme teşekkür ederim.

Bir diş hekimi olarak, hocam Sn. Prof. Dr. Muharrem Özen'e hukuk nosyonumun gelişmesindeki büyük katkısından dolayı teşekkürü borç bilirim.

Gece gündüz demeden, bir ilkokul öğretmeni titizliği ile çalışmama yön veren, yüksek lisans eğitimim süresince kendisinin yol arkadaşlığından onur ve mutluluk duyduğum, engin hukuk bilgisi ve deneyiminden istifade etme imkânı yakaladığım, kıymetli yardımcı danışman hocam Sn. Doç. Dr. Ezgi AYGÜN EŞİTLİ'ye bana duymuş olduğu güven, göstermiş olduğu sabır ve destekten ötürü en derin şükranlarımı sunarım.

Son olarak, sadece bu süreçte değil, hayatımın her alanındaki kahramanım, canım anneme teşekkür ederim.

SİMGELER ve KISALTMALAR

Bkz.	: Bakınız
CD	: Ceza Dairesi
CGK	: Yargıtay Ceza Genel Kurulu
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
E	: Esas Numarası
HD	: Hukuk Dairesi
md	: Madde
RG	: Resmi Gazete
s	: Sayfa
S	: Sayı
K	: Kanun
K T	: Kabul Tarihi
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TMK	: Medeni Kanun
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TTB	: Türk Tabipler Birliği
TDB	: Türk Diş Hekimleri Birliği
UHK	: Umumi Hıfzısıhha Kanunu
vd	: Ve devamı

1. GİRİŞ

Çalışmamızın konusu, diş hekimliğinde tıbbi uygulama hatalarından doğan cezai sorumluluktur.

Diş hekimlerinin tıbbi uygulama hataları, Ceza Kanunumuzda taksirle yaralama ve öldürme suçu kapsamında değerlendirildiğinden dolayı, taksirli suçlar ana ekseninde, suçun incelenmesi üzerine çalışılmıştır.

Çalışma doğrudan kastla ve olası kastla gerçekleştirilen yaralama ve öldürme suçlarını kapsama almamaktadır. Çünkü hataya düşebilmek için dikkatsiz ve tedbirsiz olmak gerekir ki bu da taksirin esasıdır. Hem dikkatsiz ve tedbirsiz olunması hem de aynı anda kasten hareket edilmesi ise mümkün değildir. Dolayısıyla neticeyi doğrudan istemek iradesiyle ortaya çıkan doğrudan kast ve neticenin gerçekleşmesine kayıtsız kalmak şeklinde ortaya çıkan olası (dolaylı) kast hali tıbbi uygulama hatası kapsamında değerlendirilemeyeceğinden çalışmamızın inceleme alanı dışında tutulmuştur. Yukarıdaki kapsamdan hareketle birinci bölümde, tıbbi uygulama hatası kavramı, diş hekimliğinin meslek olarak ve hukuki boyutta geçirdiği tarihsel süreç, tıbbi uygulama hatalarına ilişkin hukuki düzenlemeler ve bu suça ilişkin fail, maddi konu, hukuki konu ve mağdur tanımlarına yer verilmiştir.

Çalışmanın ikinci bölümünde, taksirle yaralama suçu kapsamında, tıbbi uygulama hatasının unsurları olarak fiil, hukuka aykırılık ve kusurluluk incelenmiştir.

Çalışmamızın son bölümünde ise, tıbbi uygulama hatalarından doğan taksirli suçlarda ceza ve cezanın belirlenmesi ile cezanın şahsileştirilmesi konuları değerlendirilmiştir.

Diş hekimliği, çene ve yüz bölgesi ile ağız boşluğu, dişler, oral mukoza, komşu yapı ve dokuların durumlarını inceleyen ve bu bölgenin hastalıklarının önlenmesi, teşhis ve tedavisi ile ilgilenen bilim dalıdır.

Diş hekimliği öncelikli olarak dişlerle ilgilenmekte olsa da temporomandibular eklem de dâhil olmak üzere, anatomik olarak komşuluğu olan yapılar ile bu yapıların durum ve hastalıklarını da incelemektedir. Bu nedenle, terminolojide diş hekimliği olarak adlandırılmasına rağmen çalışma alanı oldukça geniş bir medikal branştır.

“Sağlık, sadece hastalık ve sakatlığın olmayışı değil, aynı zamanda fiziksel, ruhsal ve sosyal yönden tam bir iyilik halidir.” (Dünya Sağlık Örgütü, 1948). Kişinin bütünüyle iyi olma hali değerlendirildiğinde, dişler ve çevre dokular çoğunlukla hayati önem taşımıyor gibi düşünülmektedir. Ancak, beslenmenin sağlanması ve hayatın idamesi için, sindirim sisteminin ilk basamağı olan ağız ve tüm çevre dokuların tamamen sağlıklı olması şarttır. Bunun yanı sıra, antik çağlardan bu yana dişler, estetik anlayışının da en önemli bileşenlerinden biri olmuştur. Pek çok toplumda dişler üzerinde statü sembolü uygulamalar da yapılmıştır.

Tüm bu nedenlerden dolayı diş hekimliği, insanların bütünsel iyiliğinin oluşturulmasını amaç edinmiş tarihin en eski mesleklerinden biridir. Antropolojik bulgular da diş hekimliği tarihinin ne kadar eskiye dayandığını ortaya koymaktadır.

Tarihsel süreçte incelendiğinde diş hekimliğinin, antik dönem uygarlıklarında çoğunlukla, bütüncül bir meslek olarak algılanması nedeniyle, hekimlerin uygulama alanı dâhilinde kendine yer bulduğunu görmekteyiz.

Neredeyse insanlığın varoluşuna uzanan tarihiyle diş hekimliği, insanların sağlık ihtiyacından doğan bir meslektir. Bununla beraber, diş hekimliği aslen, genel tababetten ayrılan ilk daldır. Tıbbın içinde yer almayan kişilerin, dental problemleri çözmeye çalıştığı uzunca bir sürecin ardından, cerrahi bir branş olarak kabul görmeye başlanmıştır.

Diş hekimliği, uygulamalı bir dal olması ve insan üzerinde müdahale gerektirmesi nedeniyle tüm zamanlarda, toplumsal yaşamın her alanında olduğu gibi, hukukun çizdiği sınırlara ihtiyaç duymuştur.

Bu mesleğin icrası sırasında, diğer tüm tıp dallarında olduğu gibi, hekimin hata yapma olasılığı çok ancak hata yapma hakkı yoktur. Beraberinde, hedef iyileştirmek olsa da hekimin de beşer olması hasebiyle uygulamada hatalarla karşılaşılması muhtemeldir.

Diş tedavisi esnasında, kullanılan malzemeden, yardımcı personelden ya da hekimden kaynaklanan hatalarla karşılaşılabilmektedir. Diğer etkenlerden kaynaklansa da müdahalenin sorumluluğunun hekimde olması, karşılaşılan her türlü problemin tıbbi uygulama hatası kapsamında incelenmesi gerekliliğini doğurmaktadır.

İyileştirme amacı güderek, kişilerin doku bütünlüğünü bozma mecburiyeti, hekimlik mesleğinin gereğidir. Bu müdahale esnasında, her ne kadar hastanın iyileştirilmesi amaçlansa da kusurlu uygulamalarla karşılaşılabilir. Kusurlu uygulamalarda ise esas mevzu taksir ya da kastın değerlendirilmesidir. Kastın varlığının tespiti halinde, tıbbi uygulama hatasından söz edilemeyecektir. Hekimin cezai sorumluluğundan bahsedilebilmesi için, hatalı uygulamanın taksirli suçlar kapsamında suç teşkil etmesi gerekmektedir. Özel hukuk açısından değerlendirildiğinde ise böyle bir durumda tazmin yükümlülüğü gündeme gelebilecektir.

İşte bu noktada, hekimin gerçekleştirdiği tıbbi uygulamadan sorumlu tutulabilmesi için, doktorun objektif özen yükümlülüğünü yerine getirip getirmediği, hekimin hareketinin netice ile bağlantısı, eyleminde hukuka aykırılık olup olmadığı, fiilin kusurlu olup olmadığı, bu kapsamda taksir yani tıbbi uygulama hatası olup olmadığı ve kusurluluğu ortadan kaldıran nedenlerin olup olmadığının ve hatanın kaynaklarının araştırılması zorunluluğu doğmaktadır.

Yaptığımız araştırmada yukarıda belirlenen sorulara cevap aranmaya çalışılmıştır.

2. GEREÇ ve YÖNTEM

2.1. Genel Olarak Tıbbi Uygulama Hatası

2.2. Kavram

Tıbbın her alanında ve aslında, her meslekte olduğu gibi diş hekimliğinde de uygulama esnasında farklı hatalarla karşılaşılabilir.

Hekimlik, mesleğin doğası gereği, bireysel kazançtan önce ulvi bir amaç güder ki o da insanın iyiliği, iyileştirilmesi, yaşamını devam ettirebilmesidir. Ancak, bu ulvi amaç, mesleki uygulamalarda hatanın bütünüyle ortadan kalkması için yeterli değildir.

Hekim, ülke standartlarında verilen ve aldığı eğitime hâkim olarak her vakasında yüksek dikkat, özen ve özveriyle çalışmakla mükelleftir.

Hekim/diş hekimi, aldığı eğitim doğrultusunda, dikkatli ve özenli çalışmanın yanı sıra kullandığı malzeme ve beraber çalıştığı yardımcı personelin de kontrol ve çalışmasından sorumludur.

Tüm kurallara uygun çalışılsa dahi, pek çok farklı faktörden kaynaklı olarak, her hastayı iyileştirmek imkânsızdır. Bazı durumlarda öngörülemeyen riskler sonuçları etkileyecektir. İşte bu öngöremediğimiz risk durumunu komplikasyon olarak tanımlamaktayız. Standart bilgisini kullanarak ve gereken dikkat ve özeni göstererek çalışan hekim/diş hekiminin öngöremeyeceği sorunlarla karşılaştığında cezai sorumluluğu da olmayacaktır.

Bununla beraber, ülkenin genel standardında diş hekimliği fakültelerinde verilen eğitim dâhilinde öngörülebilecek ve dikkat ve objektif özen yükümlülüğüne uygun çalışıldığında önlenebilir olmasına rağmen önlenememiş olan sorunlar tıbbi uygulama hatası çerçevesinde değerlendirilecektir.

Tıbbi uygulama hatasının belirleyici özelliği, hastada, müdahale sırasında karşılaşılan istenmeyen durumun önlenebilecek iken önlenememiş ve hastanın bu eylem dolayısıyla zarar görmüş olmasıdır. Bu nedenle de hatalı uygulama yapan doktorun eylemi ceza kanunu kapsamında, taksirle yaralama ve öldürme kavramları çerçevesinde incelenmekte ve cezalandırılmaktadır.

2.3. Tarihsel Gelişim

Diş hekimliği dünyanın en eski mesleklerinden biridir (Akbulut, Diş Hekimliği Dünyanın En Eski Mesleklerinden Biridir, [www.uralakbulut.com.tr], 23.03.2019) İnsanların sağlıklı olma, ağrıdan kurtulma ihtiyacı doğrultusunda gelişmiştir. Diş çürüklerinden kurtulma düşüncesinin eski dönem motivasyonlarından birinin de "vücutlarındaki istilacılardan kurtulma isteği" olduğu düşünülmektedir (Dentistry Skill and Superstition, [https://science.jrank.org/ pages/1999/Dentistry.html], 23.03.2019)

Bilinen en eski örnek, 1988 yılında paleoantropolog Stefano Benazzi liderliğindeki bir ekip tarafından Ripari Villabruna adlı kaya mezarında bulunmuştur. Bu mezarda bulunan ve yaklaşık 14 bin yıl önceye tarihlenen bir iskelete ait dişlerde, enfekte diş dokusunun çakmaktaşından aletlerle temizlendiğini tespit etmişlerdir. Bu örnek diş hekimliğine ait bilinen en eski uygulamadır.

Pakistan'da bulunan dokuz bin yıllık bir mezardan çıkarılan iskeletlerdeki diş çürüklerinin temizlendiği elektron mikroskobuyla teşhis edilmiştir (Oldest Dentistry Found in 14000 Year Old Tooth, [https://www.seeker.com], 23.03.2019). Bu uygarlığın matkap benzeri aletlerle dişe müdahale ettiği anlaşılmıştır (History of Dentistry, [https://www.adea.org], 23.03.2019).

Slovenya'ya ait 6500 yıllık örneklerde ise kehribar dolgulara rastlanmıştır (Stone Age Man Used Dentist Drill, [http://news.bbc.co.uk/2/hi/science/nature], 23.03.2019).

M.Ö. 2600'de Mısırlı bir yazar olan Hesy-Re öldüğünde kitabesine "dişleri ve doktorları ilgilendirenlerin en büyüğü" yazılmıştır. Bu kitabe, diş hekimi olarak tanımlanan bir kişiye ait bilinen ilk yazılı referanstır (Alpaslan, 2005, s:27).

Antik Mısır'a ait Eber's Papirüsü'nde diş tedavisinin 11 metodu anlatılmıştır. Diş eti tedavisi, diş dolgusu ve dişlerin sabitlenmesi konularında ayrıntılı bilgiler verilmiştir (Dentistry in Ancient Egypt, [https://www.researchgate.net], 23.03.2019).

Eber's Papirüsü M.Ö. 1700 yıllarına tarihlenmektedir (Alpaslan, 2005, s:29).

M.Ö. 500-300 arasında, Hipokrat ve Aristo'ya ait, diş ve diş eti tedavisi ile çene fraktürlerinin stabilizasyonuna ilişkin yazılı belgeler bulunmaktadır (History of Dentistry, [https://www.adea.org], 23.03.2019).

Orta Çağ'da Çin özellikle materyal kullanımında gelişme kat etmiştir. Dolgu yapımında, gümüş alaşım kullanımı Çin'de keşfedilmiştir. İslam coğrafyasında ise büyük bilgin İbn-i Sina, diş tedavisi konusunda da çalışmalar yapmış ve son çare olarak çekim yapılması gerektiğini söylemiştir. Avrupalılar, Marco Polo'nun 1271'deki keşfine kadar, doğudaki gelişmelerden haberleri olmamıştır. Bu dönemde Avrupa'da ise, keşişler diş çekimi yapmaktaydılar Sonraki yıllarda keşişlerden çekim yetkisi alınarak berberlere verilmiş ve uzunca bir süre berberler mesleğe devam etmişlerdir. 1500'lere gelindiğinde özellikle Avrupa'da diş hekimliği alanında gelişmeler hız kazanmaya başlamıştır.

1530'da Almanya'da tamamen diş hekimliğine ait bilgileri içeren, "Tüm Hastalıklar ve Diş Güçsüzlüğü Konusunda Küçük Tıbbi Kitap" yayınlanmıştır. Bu kitapta, diş tedavisine ilişkin pratik bilgiler anlatılmaktadır. Bu kitap, 200 yıldan uzun sure ders kitabı olarak okutulmuştur. Bu kitap 1756 yılında son kez basılmıştır. 1575'te Fransa'da, cerrahinin babası olarak bilinen Ambrose Pare, dental cerrahi müdahalelere ilişkin pratik yaklaşımları içeren, "Tüm Çalışmalar" adlı kitabı yayınlamış ve ayrıca, ilk yarık damak dudak operasyonunu yapmıştır (Diş Hekimliği Tarihçesi, [http://www.tdb.org.tr], 23.03.2019).

1728'de Fransız bir diş hekimi olan Pierre Fauchard, çağdaş diş hekimliğinin çeşitli yönleri hakkında ayrıntılı bilgi içeren "Le Chirungien Dentiste" adlı kitabı yayınlamıştır. Fauchard'ı Birleşik Krallık'ta "İnsan Dişlerinin Doğal Tarihi" adlı kitabı yayınlayan John Hunter izlemiş ve Londra'daki Guy's Hastanesi'nde diş hekimliğinin ilk dersini vermiştir.

Fauchard'dan önce diş hekimleri "dentateurs" (denture makers) olarak adlandırılmaktaydı. Sayıları çok azdı ve çoğunlukla diş çekimi yapmaktaydılar. Fauchard, çekim haricinde dolgu, diş eti tedavisi ve protezler de yapmaktaydı. Diş hekimliğini sanat ve bilim olarak gören ilk kişi olmuştur. Fauchard'ın "Le Chirungien Dentiste" kitabında değindiği fikirlerinin pek çoğu halen kabul görmektedir (Pierre Fauchard the Father of Modern Dentistry, [https://www.nature.com], 23.03.2019).

1839'da Baltimore Diş Hekimliği Fakültesi, dünyanın eğitime başlayan ilk diş hekimliği okulu olmuştur (Hacettepe Üniversitesi Diş Hekimliği Fakültesi, Diş Hekimliği Tarihi Ders Notları, 1992-1993 dönemi).

Bu dönemle birlikte diş hekimliği tıbbın bir dalı olarak gerçek yerini bulmaya başlamıştır.

Bu sırada, 1800'lerin sonunda tıbbın en önemli merkezlerinden biri olan Edinburgh'ta da diş hekimliği alanında önemli gelişmeler olmuştur. 1880'de Edinburgh Diş Hastanesi ve Okulu açılmıştır. 1895'te ise Lilian Lindsay, Büyük Britanya'nın ilk kadın diş hekimi unvanını almıştır (A Short History of Dentistry in Edinburgh, [https://museum.rcsed.ac.uk], 23.03.2019). 1900'lerin gelmesiyle tüm dünyada hem materyal hem de teknik açıdan büyük ilerlemeler kaydedilmiştir.

Mesleğe dair ilk yasal düzenlemeler aslında M.Ö. 1800'lerde Hammurabi Kanunları'nda karşımıza çıkmaktadır. Hammurabi Yasaları ilk kez diş çekiminde yapılacak hatalara ilişkin cezalardan söz etmiştir (History of Dentistry, [https://www.adea.org], 23.03.2019).

Daha sonrasında, modern diş hekimliğine dair ilk yasal düzenlemeler ise Birleşik Krallık'ta karşımıza çıkmaktadır.

Meslek esaslarının reformist politikalarla uygar hukuki temellere oturması İngiltere'de Sir John Tomes sayesinde olmuştur. Sir John Tomes, bir bilim adamı ve politikacı olması nedeniyle konu üzerine çalışmış ve 1878'de Diş Hakları Yasası'nın parlamentodan geçmesini sağlamıştır. Bu yasa ile diş hekimliği yapabilecek yeterliliğe

sahip olan kişilerin kaydının tutulmasına da karar verilmiştir. 1880'de de British Dental Association, Avrupa'da ortak meslek etiği kuralları ve tüm nüfusun dental açıdan sağlıklı olmasını sağlama amacını güden ilk resmi diş hekimliği meslek örgütü olarak çalışmalarına başlamıştır.

19. yüzyılın erken döneminde İngiltere'de Kraliyet Tıp Akademisi'nden mezun az sayıda cerrah diş tedavisi yapmıştır. Yanı sıra berber, demirci ya da perukçu gibi pek çok esnaf diş tedavisi yapmış, ancak hatalı uygulamalara dair pek çok olay ortaya çıkmıştır.

1856'da Londra'da Odontoloji Derneği ve akabinde 1858'de Londra Diş Hastanesi ve Dental Cerrahi Okulu'nun kurulması sayesinde, diş hekimliğinde eğitim-öğretim, etik kurallar, meslektaşların kaydı ve bilimsel yayınların çıkarılması hususlarında birlik sağlanmıştır. Kasım 1876'da Reform Komite'si sadece kalifiye insanların diş cerrahı veya diş hekimi olarak adlandırılabilmesi ve bu kişilerin kaydının tutulması hususunda yasa tasarısı hazırlamıştır. 1878'de, tasarı kanuna dönüştürüldü. 1917'de kalifiye olmayan ve diş hekimliği yapan kişilerin hatalarını incelemek üzere F. Dyke Acland başkanlığında kurulan bir komitenin çalışmaları 1921'de diş hekimleri yasasının kabulünü ve standart eğitime sahip kayıtlı kişilerin meslek birliği içinde çalışmasını sağlamıştır.

Birleşik Krallık'ta 1878 İngiliz Diş Hekimleri Yasası ve 1879 Diş Hekimleri Kaydı sadece nitelikli ve kayıtlı pratisyenlerin bu unvanı kullanmasını sağlamıştır. Bu durum 1921 Diş Hekimleri Yasası ile tam olarak düzenlenmiş ve diş hekimliği yapan herhangi birinin kayıt altına alınması zorunluluğu getirilmiştir. 1880'de kurulan İngiliz Diş Hekimleri Birliği yasa dışı çalışanların takibinde büyük rol oynamıştır.

1958 Roma Antlaşması ile Avrupa Ekonomik Topluluğu (daha sonra Avrupa Birliği) kurulmuştur. Antlaşmanın 57. maddesi üye ülkeler arasında her meslek için diploma ve resmi belgelerin karşılıklı kabulünü öngörmektedir.

788/687/EEC sayılı 1978 Avrupa Konseyi direktifi ile öğrencilerin eğitimlerini, eş değer statüye sahip olan üniversitelerde en az 5 yıllık tam zamanlı teorik ve pratik

derslerle tamamlaması hususu karara bağlanmıştır (125 Years of Developments in Dentistry, 1880-2005. Part 2: Law and the Dental Profession, [https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed], 23.03.2019).

Ülkemizde ise diş hekimliği, 19. yüzyıla kadar, tıbbın içinde incelenmiştir. 19. yüzyılda tüm dünyada olduğu gibi, diş hekimliği ilerlemiş ve tıbbın ayrı bir dalı olarak görülmeye başlanmıştır.

Daha önceki dönemde usta çırak ilişkisiyle süregelen ve hiçbir belge ya da kayda tabi olmayan dişçilik mesleği Tanzimat Fermanı'nı müteakip gelişen sağlık sistemi ile düzenli bir hal almaya başlamıştır. Bu dönemde, dişçilik yapmak isteyen kişilerin, daha önce yanında çalıştıkları ustalarından aldıkları belgelerin sağlık müdürlükleri ya da Mektebi Tıbbiye-i Mülkiye'den onaylanması istenmiştir. Ancak bu idari gelişmeler, tedavide bir ilerleme sağlayamadığından dişçilik okulu açmak zaruri olmuştur (Özlü Z, Halk hekimliğinden Diş Hekimliğine 19. Yüzyılda Osmanlı Devletinde Diş Hekimliği, [https://www.academia.edu], 23.03.2019).

"14 Mart 1827'de kurulan Tıphane ve Cerrahhane-i Amire ülkemizdeki tıp öğretiminin ilk modern aşamasını oluşturur. Okul daha sonra Tıphane ile birleşerek, 1838'de Mekteb-i Şahane adını almıştır. Sivil tıbbiyenin 01.01.1908'de fakülte unvanını almasından sonar 22 Kasım 1908'de bütçesi oluşturularak resmi bir yapıya kavuşturulan Dişçi Okulu, 28 Ekim 1909'da fiilen eğitime başlamıştır. Diş Hekimliği Okulu'nun kurulması ile birlikte diş hekimliği eğitimi de çağdaş bir şekil almıştır. 11 Temmuz 1964'te Diş Hekimliği Yüksek Okulu, Tıp Fakültesi'nden ayrılarak İstanbul Üniversitesi Diş Hekimliği Fakültesi'ne dönüştürülmüş ve eğitim süresi 5 yıla çıkarılmıştır." (Geçmişten Günümüze Dişhekimliği Eğitimi, [http://www.tdb.org.tr], 23.03.2019).

Antik dönemden günümüze uzanan yolculuğunda, diş hekimliği, insan ilişkisini gerektiren her meslekte olduğu gibi, hukuki temellere ihtiyaç duymuştur. Tarihsel gelişim sürecini incelediğimiz diş hekimliği, hekim hasta ilişkilerinde karşılaşılan sorunlara, kendine özgü normlardan ziyade, genel hukuk kuralları içerisinde çözüm aramaktadır.

2.4. Hukuki Düzenlemeler

Mevzuatımızda pek çok meslek mensubunun hatalı uygulamalarına karşı özel hükümler bulunmakla birlikte, sağlık sektöründe çalışanların, hatalı tıbbi uygulamalarına karşı kusur esas alınarak genel hükümlere dayalı yasal yollara başvurulabilmektedir.

Kanunlarımızda diş hekimlerinin işlediği suçlara yönelik özel bir düzenleme yoktur. Diş hekimleri de kanun önünde diğer tüm vatandaşlarla aynı şartlarda olacaktır. Bununla birlikte, bazı suçlarda kamu görevlisi diş hekimi olmak ağırlaştırıcı neden olabilmektedir.

Mesleki olarak, ‘‘1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San’atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun’’ (Kabul Tarihi: 11/04/1928, Resmi Gazete: 14/04/1928, s: 863) ve ‘‘1593 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanunu’’ (K T: 24/04/1930, RG: 06/05/1930, s:1489) bağlayıcıdır. 1219 sayılı Kanunun ikinci kısmında diş hekimlerinin görev ve sorumlulukları belirlenmektedir. Umumi Hıfzı Sıhha Kanunu ise bazı, toplumsal sağlık problemleriyle karşılaşıldığında diş hekiminin üstlenmesi gereken görev ve sorumlulukları yasa kapsamına almaktadır.

Bunların dışında, Bio-Tıp Sözleşmesi ve Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi ve Hasta Hakları Yönetmeliği hukuken bağlayıcıdır. Türk Dişhekimleri Birliği Diş Hekimliği Meslek Etiği Kuralları, 1981 Lizbon, 1995 Bali, 2005 Santiago Hasta Hakları Bildirgeleri de hasta hakları açısından dikkate alınmalıdır.

Hekimin kusuru belirlenirken, eğer hekim tıbbi etik, tıbbi deontoloji kurallarına uygun davranmış ise meydana gelen kötü sonuçtan sorumlu olmayacaktır. İnsan üzerinde, sağlık personeli tarafından, tıp kurallarına dayanarak yapılan uygulamaların tümü tıbbi uygulamadır. Tıbbi uygulama hatası, hekimin bilgi ve yeteneği dâhilinde, göstermesi gereken özeni ve dikkati göstermeyerek taksirli eylemde bulunmasıdır. Buna göre hekim teşhis ve tedavide gerekli özeni göstermek zorundadır. Hekimin özen yükümlülüğünün ihlalinden kaynaklı olarak ortaya çıkan sorunların tümüne tıbbi uygulama hatası denmektedir. Hekimin özen yükümlülüğünün ihlali, aydınlatma, uygulama ve organizasyon kusuru olarak ortaya çıkmaktadır. Aydınlatma kusuru ön muayene

aşamasında söz konusu olabilirken, uygulama kusuru, teşhis, tedavi ve tedavi sonrası süreçte ortaya çıkacaktır. Bununla beraber, personel, kullanılan teknik donanım gibi faktörlerden kaynaklanan hatalar da organizasyon kusuru olarak değerlendirilebilir.

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin (RG: 19/02/1960 s.10436, [www.turkhukuksitesi], 09/01/2019) 13.maddesinde "Meslektaşların Hastaları ile Münasebetleri" başlığı altında;

"Tabip ve diş tabibi, ilmi icaplara uygun olarak teşhis koyar ve gereken tedaviyi tatbik eder. Bu faaliyetlerinin mutlak surette şifa ile neticelenmemesinden dolayı, deontoloji bakımından muaheze edilemez.

Tababet prensip ve kaidelerine aykırı veya aldatıcı mahiyette teşhis ve tedavi yasaktır.

Tabip ve diş tabibi; teşhis, tedavi veya korunmak gayesi olmaksızın, hastanın arzusuna uyarak veya diğer sebeplerle, akli veya bedeni mukavemetini azaltacak herhangi bir şey yapamaz" düzenlemesi ile tıbbi müdahalenin çerçevesi çizilmiştir.

Burada hekimin hukuksal yükümlülüklerinden bahsetmek gerekmektedir. Hekimin hukuksal yükümlülükleri ana başlıklar halinde özetlenecek olursa; teşhis ve tedavi, sadakat ve özenli davranmak, hasta bilgilerini arşivlemek, hastayı, tedavi, tıbbi müdahale, tanı, teşhis, hastalığın süreci, riskleri, hastaya getireceği ekonomik yük açılarından aydınlatmak ve tüm bu işlemleri bizzat yapmak, olarak sıralanabilir (Demir, 2018, s:157-187).

Tıbbın ilerlemesi ile artık günümüzde sosyal ve psikolojik nedenlerle de tıbbi müdahalelerin yapıldığı görülmektedir. Bunlara estetik amaçlı müdahaleler örnek olarak verilebilir (Bulut, 2013, s:4).

Diş hekiminin yaptığı tıbbi müdahalelerin hukuk düzeni tarafından korunabilmesi için dikkat edilmesi gereken kurallar, hekimin, meslek kurallarına uygun davranması, tedavi amaçlı müdahale etmesi, teşhis ve tedavi sürecine hastanın katılmasına imkân

tanıması, hekim-hasta işbirliğine önem vermesi, hastayı açık/ doğru aydınlatması ve mutlaka hastanın rızasını almasıdır. Bu kurallara uymayan diş hekiminin yaptığı müdahale hukuk tarafından korunmayacaktır (Bulut, 2013, s: 5). Hukuki normlara göre de, diş hekiminin, kurallara uymayarak gerçekleştirdiği kusurlu müdahale, sonucu itibarıyla, taksirle yaralama (TCK md.89) (5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, K T:26.09.2004, RG: 12.10.2004 s.25611, [http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2004 /10/20041012.htm], 08.03.2019) veya taksirle öldürme suçu (TCK md.85) olarak değerlendirilecek ve cezalandırılacaktır. Hekimin öngöremeyeceği durumlar komplikasyon; özen, dikkat ve edinmiş olması zorunlu olan standart bilginin eksikliğinden kaynaklı hatalar ise tıbbi uygulama hatası yani taksir kapsamına girmektedir. Bu nedenle çalışmamızın omurgası da bu minvalde şekillenecektir.

2.5. Fail

Fail, etimolojik olarak "fiil" kelimesinden köken alır. Bu nedenle, fiili işleyen, zararlı hareketi yaparak, istenmeyen neticenin meydana gelmesine neden olan kişiye de "fail" denilmektedir.

TCK md.37/1 "suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri fail olarak sorumlu olur" düzenlemesi ile faili tanımlamıştır.

Kanunda suç olarak düzenlenen bir eylemi yapan bir başka deyişle kanuna aykırı davranan kişi faildir. Doktrinde mağdur için pasif süje, fail için de aktif süje terimleri kullanılmaktadır.

Hukukun süjesi sadece insan olduğu için fail de sadece insan olabilir. Bu kuralın istisnası bulunmamakta olup hayvanlar ve eşya fail olarak nitelendirilmemektedir (Hafızoğulları ve Özen, 2015, s: 273).

Anayasa md.10 hükmü gözetildiğinde, erkek, çocuk, kadın bir başka deyişle hukuken kişi olan herkes suçun faili olabilir. Ancak cezanın verilmesinde ve infazda yaşlılar, kadınlar ve çocuklar lehine "pozitif ayrımcılık" mevcuttur (Hafızoğulları ve Özen, 2015, s:182).

Dönmezer, (2003, s:249) “suçlu, kanunun suç saydığı fiile ilişkin zararlı hareketi yapan veya yaptırandır” demektedir. Dolayısıyla da tüzel kişilerin de suç faili olabileceğini ve “suç faili”, “sanık”, “isnat yeteneğine sahip kişi” ve “kusurlu kişi” olmak yönüyle her birinin ayrı terimler olduğunu belirtmektedir.

Soyaslan, (2018, s:223) tüzel kişilerin cezai sorumluluğunun olmadığını, tüzel kişilerin fail olamayacağını ancak tüzel kişilere güvenlik tedbiri uygulanabileceğini, tüzel kişi adına suç işleyen gerçek kişiler olacağını belirtmektedir. Nasıl ki, hayvanların, eşyanın ya da ölülerin iradi fiillerinden bahsedilemeyeceği için suçun faili olmaları mümkün değildir; tüzel kişilerin de iradi fiillerinden bahsedilemeyeceği için, bir suçun faili olmaları mümkün değildir.

Kuruluş kanunları gereği, tüzel kişilerin yaralama ve öldürme suçlarını işlemek ehliyetleri yoktur. Tüzel kişilikler, tıbbi uygulama hatalarında fail olamazlar. Taksirle yaralama ve öldürme suçlarının, kasten işlenen suçlar olmamaları sebebiyle tüzel kişilik lehine işlenmesi de mümkün değildir.

Fail ancak bilinçli olarak hareket ederek dış dünyada değişiklik meydana getiren, yaşayan insandır (Artuk ve ark., 2014, s:401 vd).

Kanunda suç sayılan bazı fiiller herkes tarafından işlenebilirken bazı suçları işlemek için ise özel bir statüde veya eylemsel konumda bulunulması gerekmektedir. Örneğin, taksirle yaralama suçları herkes tarafından işlenebilen suçlardır. Bununla beraber, rüşvet suçunun faili ise ancak devlet memurları olabilir (Toroslu, 1970, s:41).

Herkes tarafından işlenebilen taksirle yaralama ve öldürme suçlarının diş hekimleri tarafından görevlerini yerine getirirken işlenmesi hali ise tıbbi uygulama hatası olarak değerlendirilmektedir.

Öte yandan, diş hekimliği, yardımcı personel desteği ile hizmet veren bir branştır. Hastaya yapılan tedavi hekimin kontrolünde olmasına karşın yardımcı personelin de katıldığı tedaviler mümkündür. Diş hekimliğinde tıbbi uygulama hataları taksir kapsamında değerlendirilmektedir. Taksirle işlenen bir suçun azmettirilmesi mümkün

değildir. Bununla beraber, yardımcı personelin de taksirinin gündeme gelmesi söz konusu olabilmektedir. Böyle bir durumda, tıbbi uygulama hatasının oluşumunda katılımı olan her fail, taksiri oranında sorumlu olacaktır. Yanı sıra, yardımcı personelin kontrolü de hekimin görevleri arasında olduğundan dolayı hekim, yardımcı personelin öngörebileceği kusurlarını önleme hususunda da yükümlüdür. Diş hekimi, hasta ile arasındaki sözleşme ilişkisine istinaden, beraber çalıştığı yardımcı personelin kusurundan, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu md. 116 uyarınca sorumlu olacaktır. Türk Borçlar Kanunu 116. maddesinde, bir işin asli sorumlusu olan kişinin, yardımcı kişilere bu işi kanuna uygun şekilde bırakmış olsa bile, tamamlananyardımcı kişilerin, işin ifası sırasında diğer tarafa verdiği zararı gidermek zorunda olduğu belirtilmiştir. "Yardımcı kişilerin fiilinden doğan sorumluluk, önceden yapılan bir anlaşmayla tamamen veya kısmen kaldırılabilir. Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşma kesin olarak hükümsüzdür" (6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, K T: 11.01.2011, RG: 04.02.2011, s. 27836) şeklinde yapılan düzenleme diş hekiminin yardımcı personeline ilişkin, sözleşme içi kusursuz sorumluluğunda da geçerlidir.

2.6. Maddi Konu

Suç, kanun hükmünün ihlali sonucu ortaya çıkmaktadır. Herhangi bir fiilin kanuni düzenleme ile suç olduğu kesinleşmemişse, söz konusu fiil, suç olarak nitelendirilemeyecektir. Bu noktada suçun maddi ve şekli tanımı ortaya çıkmaktadır.

Şekli tanımda kanun koyucu suç olan fiilleri belirlemekte ve ceza kanununun ihlali olarak tanımlanmaktadır (Hafızoğulları ve Özen, 2015, s:151).

Hafızoğulları ve Özen'e (2015, s:209) göre suç, kanun koyucunun, devletin çıkarları ile çatışan insan davranışlarını, kesin bir biçimde yapılmamasını sağlamak amacıyla, cezalandırma yöntemiyle engellediği fiillerdir.

Suçun maddi olarak üzerinde etkilerini gösterdiği varlık, suçun maddi konusunu teşkil etmektedir. Maddi konu bir kişi olabileceği gibi, başka bir canlı-cansız varlık da

olabilmektedir. Bazı durumlarda maddi konu ile mağdur aynı kişi, bazı hallerde ise maddi konu ile mağdur farklı kişi ve şeyler olabilmektedir.

Toroslu, (1970, s:40) maddi konunun, "suçun üzerinde işlendiği her şahıs veya şey olmayıp, kanunda suç olarak belirlenen kişi veya şey" olduğunu söylemektedir.

Bazı suçlarda mağdur, suçun konusunu oluşturabilmektedir. Kasten adam öldürme suçunda olduğu gibi, mağdur öldürülen kişi, konu ise öldürülen kişinin vücududur.

Suçun maddi konusunun tespiti, cezanın arttırılması veya eksiltilmesi aşamasında önemlidir. Hâkim karar aşamasında, vereceği cezayı saptarken, suçun konusunu ve değerini temel cezanın belirlenmesinde göz önüne alacaktır (TCK md.61/1-d).

Failin eylemi ile, dış dünyada vuku bulan olumlu veya olumsuz değişiklik arasında nedensellik bağının mevcudiyeti zorunluluğu vardır. "Maddi unsur, hareket, netice ve bunlar arasındaki nedensellik ilişkisi olmak üzere üç başlık altında incelenmektedir." (Centel ve ark., 2008, s:228).

Taksirle yaralama ve taksirle öldürme suçlarına vücut veren tıbbi uygulama hatalarında, suçun maddi konusu üzerinde hatalı uygulama yapılan hastadır.

2.7. Hukuki Konu

Hukuk tarafından koruma altına alınan her değer veya menfaat suçun hukuki konusunu teşkil etmektedir.

Bir başkasına ait hukuki değeri ihlal etmek isteyenler, normla belirlenen ceza ile karşılaşacaklardır. Burada hukuki değeri ihlale karşı koruma amacı güdülmüştür (Toroslu, 1970, s:41).

Soyaslan'a (2018, s:251) göre de hukuki himayenin amacı zarar verilen değerdir. Değer, insan ihtiyaçlarını karşılayan şeylerdir. Maddi olabileceği gibi manevi de olabilir. Zilyed olunan bir şey veya kişinin onuru, şerefi ve namusu gibi manevi şeyler de olabilir.

Değer, insani ihtiyaçları gidermeye yarayan bireysel, kamusal, fiziki toplumsal her şeydir (Dönmezer, 2003, s:252).

Hafızoğulları ve Özen, (2015, s:200) değer ile menfaat kavramlarının farklı anlamları olduğunu, değerin kişisel bir ihtiyacı karşılayan şey, menfaatin ise bireyler, toplumlar, devlet-toplum, devlet ile bireyler arasındaki ilişki olduğunu belirtmekte ancak iki terimin de eş anlamlı olarak kullanıldığını belirtmektedir.

Kişiye ait maddi manevi değerlerin ve temel hak ve hürriyetlerin, suçun hukuki konusunu oluşturması, Anayasa'da teminat altındadır.

1982 Anayasa'sı ilk kısımında temel hak ve özgürlüklerin "niteliği, sınırlanması ve kötüye kullanılamaması, kullanılmasının yasaklanması ile yabancıların temel hak ve hürriyetlerinin ancak Milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabileceği konularının düzenlendiği görülmektedir.

Anayasa ikinci kısım birinci bölümünde Kişinin Hakları ve Ödevleri başlığı altında "kişinin dokunulmazlığı, maddi manevi varlığı, zorla çalıştırma yasağı, kişi hürriyeti ve güvenliği, özel hayatın gizliliği ve korunması, konut dokunulmazlığı,

haberleşme, yerleşme, seyahat, din ve vicdan hürriyetleri" düzenlenmiştir (Anayasa İkinci Kısım, 2709 s Kanun, K T:07.11.1982, RG:09.11.1982, s.17863, [www.tbmm.gov.tr], 02.02.2019)

Anayasa md. 17/1'de kişinin dokunulmazlığını isteme hakkı olduğunu kurala bağlarken md. 17/2'de "tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağını, rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamayacağını" hükme bağlamıştır (Anayasa 17/1, 2709 s Kanun, K T:07.11.1982, RG:09.11.1982, s.17863, [www.tbmm.gov.tr], 02.02.2019).

Hukuki konu ya da korunan hukuki değer failin fiili ile zarara uğrayan hukuki varlık ya da çıkardır. Yaralama suçlarında korunan hukuki değer yaralanan kişinin vücut dokunulmazlığı iken, insan öldürme suçlarında korunan hukuki değer ölenin yaşama hakkıdır.

2.8. Mağdur

"Mağdur, suçla ihlal edilen, ceza ile korunan hukuki değer veya menfaatin sahibi olan kişidir." (Hafızoğulları ve Özen, 2015, s: 208). Suç hukuki bir değerin veya menfaatin ihlali olduğuna göre değeri veya menfaati ihlal edilen birisinin başka bir deyişle bir mağdurun olmasını gerektirir. Doktrinde suçun mağduru olarak genel mağdur ve özel mağdur ayrımı vardır.

"Bütün suçların mağduru, suç ve ceza koyma erkinin sahibi devlettir." (Hafızoğulları ve Özen, 2015, s:208). O halde devlet, taksirle yaralama suçları da dâhil her suçun genel mağdurudur.

Suçun özel ya da özgü mağduru ise hukuki değeri zarar gören, hukuki değerin sahibi olan kişidir. Suçtan hukuki değer sahibi dışında başka birileri de zarar görebilirse de bunlar mağdur değillerdir. Mağdur ihlalin doğrudan muhatabı olan kişidir.

CMK md.233-236 arasında yapılan düzenlemelere baktığımızda "suçun mağduru ile şikâyetçi" ayrımı açıkça görülmektedir. Mağdur suçtan doğrudan zarar görendir.

Ancak, bazı hallerde, mağdurun yakın çevresi veya dolaylı olarak zarar görenler de hak arama yollarına başvurabilirler. Dolayısıyla suçun mağduru ile suç nedeniyle zarara uğrayan aynı ya da farklı kişiler de olabilir.

İnsan öldürme suçunda ölenin yakınlarının maddi-manevi zararları olacaktır. Ancak mağdur öldürülen kişidir.

Suçun maddi konusu ile mağduru aynı kişi olabileceği gibi farklı kişilerde olabilir.

Soyaslan, mağduru tespit etmenin her zaman kolay olmayacağını, bazı eylemlerin birden fazla kişiye zarar verebileceğini belirtmektedir.

Soyaslan, (2018, s:247) suçtan dolayı hukuki menfaati zarar gören kişinin mağdur (pasif süje) olması görüşünün, pasif süje ile maddi konunun birbirine karıştırılmasına neden olacağını söylemekte ve maddi konunun farklı bir şey olduğunu belirtmektedir.

Cinsel saldırı sonucunda pasif süje tecavüzün ihlal ettiği hukuki değerin sahibidir. Pasif süje kişiler olabilir. Kişinin herhangi bir özrünün olması önemli değildir. Pasif süje hukuki bir kurum da olabilir.

Aynı kişi hem fail, hem mağdur olamaz. Bir fiil ile birden çok kişinin hukuki değeri zedelenebilir.

Taksirle yaralama suçlarında ise mağdur yaralanan kişidir. Yaralanan kişi, aynı zamanda suçtan zarar görmüş olan kişidir.

Taksirle öldürme suçunda mağdur ölen kişidir. Ancak ölü, kişi statüsünde olmadığından ve ancak kişiler zarar görebileceğinden, bu suçta zarar gören, ölenin destekten yoksun kalan yakınlarıdır.

3. BULGULAR

3.1. Taksirle Yaralama Suçu Kapsamında Tıbbi Uygulama Hatasının Unsurları

3.2. Fiil

Suç beşeri bir fiildir. Tabiat ve hayvan fiilleri suç oluşturmaz. İnsan haricinde doğaya ilişkin fiiller ancak insana yüklenebildiğinde suç olarak ortaya çıkar.

"Liberal-demokratik bir ceza hukuku düzeninde bu kuralın istisnası yoktur. Kural ceza hukuk düzeninin niteliğini belirlemede mihenk taşıdır. Salt düşünce, inanç ve kanaati yasaklayan bir hukuk düzeni, liberal-demokratik bir hukuk düzeni değildir ya teokratik ya da totaliter bir hukuk düzenidir." (Hafızoğulları ve Özen, 2015, s:167).

Anayasa 38. maddesinde, "fiilsiz suç olmaz" kuralına vurgu yapmıştır (Anayasa md.38, 2709 s Kanun, K T:07.11.1982, RG:09.11.1982, s.17863, [www.tbmm.gov.tr], 21.01.2019).

Yine TCK 2. md. "kanunun suç saymadığı bir fiilden bahsettiğine göre suçun maddesini fiil oluşturmaktadır." Hafızoğulları'na göre (2015, s: 168), eylemsiz suçun mümkün olmayışı, muasır ceza hukukunun temel taşıdır. Ancak, TCK 2. maddesine rağmen, TCK'nın bazı hükümlerinde de bu kuralın ihlal edildiğini söylemektedir. Örneğin,' TCK 216. maddesinde "düşünce, inanç ve kanaatin kendisi suç addedilmekte" ve TCK 267. maddesinde, "basın yayın yoluyla iftira suçunun" işlenebileceği kabul edilmekte ve dolayısıyla "fiilsiz suç olmaz" kuralı ihlal edilmektedir.

"Fiil genelde hareket, netice ve bu iki terim arasında neden-sonuç ilişkisini belirleyen nedensellik bağından ibarettir." (Hafızoğulları ve Özen, 2015, s:168).

Dış dünyada değişikliğe yol açan icrai veya ihmali hareketler, ceza hukukunun konusunu oluşturmakta bununla beraber, fiil dış ortamda bir değişiklik yapmıyorsa ceza hukukunun konusunun dışında kalmaktadır (Artuk ve ark., 2014, s:213).

Bilinçli davranış olarak belirtilen fiilin dışa yansıması bir eylemde bulunmak veya bulunmamak şeklinde olmaktadır. Bir eylemde bulunmaya bir başkasının camlarını kırmak, bulunmamaya ise trafik kazasında yaralılara bir doktorun müdahale etmemesi eylemsiz kalması örnek olarak verilebilir (Artuk ve ark., 2014, s:13).

3.2.1. Hareket

"Hareket ceza kanunlarının suç olarak belirttiği neticeye sebep olan insan bedeninin bir işidir." (Centel ve ark, 2008, s:228). Suçun temel unsurunun hareket olduğu, hareketsiz suç olmayacağı, icrai veya ihmali bir hareketin mutlaka olması gerektiğini belirtilmektedir (Centel ve ark, 2008, s:229). Ceza sorumluğunun doğması için hareketin bedenin değil, iradenin eseri olması gerektiği, iradi olmayan hareketlerin ise ceza sorumluluğunu doğurmadığı söylenmektedir.

"Hareket, vücudun nesnel yani algılanabilir bir devinimi bir kımıldanmasıdır." (Hafızoğulları ve Özen, 2015, s:169). Bu tanım, hukuk açısından değerlendirildiğinde hukuka uygun düşmediği görülmektedir. Çünkü fizik ortamında her devinim bir hareket olarak değerlendirilirken, hukuki değerlendirmede vücudun bir veya birden çok devinimi tek bir hareket olarak kabul edilebilmektedir. Birden çok devinimin tek bir hareket sayılması, hareketin bir bütün olarak değerlendirilmesi gerekliliğini ortaya koymaktadır. Hareket bir bütün olarak düşünüldüğünde sadece fizik değil aynı zamanda psikolojik bir olgu olduğu görülmektedir.

"Bu nedenledir ki ceza hukukunda hareket vücudun şuurlu ve iradi devinimi, olarak tanımlanmaktadır. Ancak bu tanım kasıtlı ve taksirli hareketleri kapsamakla birlikte münferit devinimleri birleştirerek bir bütün oluşturmaya imkân vermemektedir. Bir düşünce**,** hareketi, davranmak, toplumsal âlemde bilinçli amaçlar için uğraşmak olduğundan vücudun toplumsal değeri haiz bir amacı bilinçli olarak gerçekleştirmeye matuf iradi bir devinimi olarak tanımlamıştır." (Hafızoğulları ve Özen, 2015, s:169).

Ancak, bu fikrin taksirli hareketi tanımlamadığı söylenmiştir.

Hafızoğulları, hareketin özelliğinin amaçsallık olduğunu vurgulamaktadır. Vücudun birbirini takip eden şuurlu ve iradi birçok devinimi amaçsallık sayesindedir. Hareket, olumsuz ya da olumlu bir biçimde ortaya çıkabilmektedir.

"Olumlu biçimde ortaya çıkan harekete icra hareketi olumsuz biçimde ortaya çıktığında ise ihmal hareketi denmektedir. İhmal hareketi icra hareketinin bir antitezidir. İhmal hareketi de insan hareketi yani insanın harici bir davranışıdır." (Hafızoğulları ve Özen, 2015, s:188).

Bazı durumlarda hareketin gerçekleştirilmesinden bir süre sonra netice gerçekleşebilir. Ani suç, hareket dolayısıyla ortaya çıkan neticenin devamlılık arz etmeyerek hemen sona erdiği suçlarken, kesintisiz suç ise hareketin sebep olduğu neticenin bir süre devam ettiği suçlardır (Centel ve ark., 2008 s:258).

Ancak bu durum suçun ani suç olma özelliğini değiştirmez. Suç oluşturan eylemden zaman itibariyle daha sonra mağdurda oluşacak herhangi bir vücut bozukluğu suçun ani suç olma özelliğini değiştirmemektedir. Bazı hallerde, suç, ani suç kapsamında olmakla beraber hareket süreklilik arz edebilir. Kaçak elektrik ya da su kullanmak buna örnek gösterilebilir (Hafızoğulları ve Özen, 2015, s:188).

Tıbbi uygulama hatalarını kapsamına alan taksirle yaralama ve taksirle öldürme suçları ani suç özelliği gösteren suçlardandır.

Doktrinde maddi suçlar denilen zarar suçları, zarar veya zarar tehlikesi yaratan suçlardır. Teşebbüs halinde kalan eylemler, zarar tehlikesi yaratan suçlardandır (Hafızoğulları ve Özen, 2015, s:191).

Zarar suçlarında hareketin yapıldığı noktada bir zararın meydana gelmesi aranmaktadır. Tehlike suçlarında ise hareketin yöneldiği konunun zarara uğramış olması zorunluluğu bulunmamaktadır. Hareketin zarar tehlikesi yaratma olasılığı suç tipinin ihlal edilmiş olması için yeterli sayılmaktadır (Centel ve ark., 2008, s:254).

Taksirle yaralama ve öldürme suçları zarar suçu özelliği gösterirler.

Serbest hareketli suçlar, suçu doğurmaya elverişli her türlü hareketle işlenebilen suçlardır. Yaralama ve öldürme suçları, serbest hareketli suçlar arasında yer alır. Taksirle yaralama ve taksirle öldürme suçları kapsamında değerlendirilen hatalı tıbbi uygulamalar da serbest hareketli suçlardır. Tıbbi uygulama hataları özelinde, diş hekiminin, diş çekimi sırasında uyguladığı tekniğe dikkat etmeyerek çene kemiğinde kırığa yol açması, suç oluşumuna uygun bir hareketin sonucu olarak, hastanın taksirle yaralanmasına sebep olması bu duruma örnek verilebilir.

Ceza hukukuna ait düzeni oluşturan kuralların çoğunluğu bazı eylemlerin yasaklanması üzerinedir. Bu normların ihlal edilebilmesi, bir davranışın uygulanmasını gerektirmektedir. Bir davranışın uygulanması ile oluşan suçlara "icra suçları" denmektedir. Hukuki yararı ihlal eden hareket yapılarak (icrai-eylem) ya da hukuki menfaati korumak gerektiğinde eylemde bulunulmayarak (ihmali hareket) gerçekleşmektedir (Centel ve ark., 2008, s:245).

"Ancak, bu suçların bazıları özünde bir icra hareketini gerektirmesine rağmen bir ihmal hareketiyle de işlenebilmektedir. Adam öldürme, müessir fiil suçları bu türün tipik örneklerindendir. Bu suçlar icra hareketi ile işlenebildiği gibi ihmal hareketi ile de işlenebilir.

Doktrinde, icra hareketi, normca korunan menfaati veya kanun koyucunun cezalandırmak suretiyle ulaşmak istediği kamusal menfaati ihlale elverişli bedensel devinim olarak tanımlanmıştır.

Vücudun bir tek devinimi normca korunan değer veya menfaati ihlal edebileceği gibi birden çok devinimi de birlikte ihlale elverişli olabilir. Bu halde hareketin, tabii buna bağlı olarak suçun tekliği veya çokluğu meselesi ortaya çıkmaktadır.

Hareketi belirleme de sadece amaç yetmemekte ayrıca vücudun muhtelif devinimleri arasında bir zaman birliğinin yani hem zamanlığın da bulunması gerekmektedir.

Amaç birliğine rağmen vücudun muhtelif devinimleri arasında bir zaman birliği yoksa hareket tek değildir, birden çoktur. Bu durumda suç da birden fazla olmaktadır. Bu düşünce taksirli suçlarda icra hareketini açıklayamadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir." (Hafızoğulları ve Özen, 2015, s:171, naklen: Anatolisei, s:270).

Hareketin bir veya birden çok olduğunun tespitinde amaç ve zamanın birliği yeterli olacak ve başkaca bir kıstas aranmasına gerek kalmayacaktır (Hafızoğulları ve Özen, 2015, s:172). Örneğin, bir trafik kazasında taksirli bir hareketle aynı kişinin çoklu şekilde yaralanması durumunda tek bir taksirli suç vardır.

İhmal, "kişinin kendisinden beklenen hareketi yapmaması"dır. Her ihmali davranış, zararlı sonuç doğurmaz. Ancak zararlı sonuç doğuran ve hukuki normlarla zıt düşen ihmali davranışlar, hukuku ilgilendirmektedirler. Burada dikkat edilmesi gereken husus salt ihmal suçları ile ihmal suretiyle icra suçlarının özellikleridir.

Ihmal suçları, TCK md. 278, 279'da düzenlendiği üzere, emredilen hareketin yapılmaması ile işlenirken, ihmal suretiyle icra suçları, ihmalin, zararlı sonucu ortaya çıkarması ile işlenebilmektedir. Bir annenin çocuğunu emzirmeyerek ölüme terk etmesi gibi durumlar buna örnektir.

Örneğin, Yargıtay bir dosyada, 76 yaşında kamyon çarpan bir kimsenin muayenesindeki eksiklik dolayısıyla çoklu kırık ve iç kanamayı fark etmeyen ve müşahade süresi dolmadan hastayı taburcu eden doktorun yerel mahkemenin hükmünün aksine taksirle öldürme değil, ihmali davranışla işlenmiş öldürme veya yaralama suçundan cezalandırılması gerektiğine karar vermiştir (CGK., E.2017/271 K.2017/278 T. 16.5.2017).

3.2.2. Netice

Bir takım olayların sebepleri ya da ortaya çıkan sonuçlarının arasında birinin diğerinden köken almasına ilişkin bir bağıntının varlığı gözlenmektedir. Nedensellik kavramı da bu kökene dayanır. Etken karşısında ortaya çıkana netice denmektedir. Bu

durumun oluşturduğu süreçte bir yerde etken, netice konumuna dönmekte ve bu durum devamlılık arz etmektedir.

Suç sayılan fiilin meydana getirdiği değişikliğe ceza hukukunda "netice" denmektedir (Dönmezer, 2003, s:105). Bazı suçlarda neticenin gerçekleşmesi ile suç tamamlanır. Bazı suçlarda ise netice gerçekleşmediğinde eylem teşebbüs seviyesinde kalır.

İcra (yapılmak) veya yapılmamak (ihmal) suretiyle oluşturulan hareketle dış dünyada meydana gelen değişiklik "netice"dir. "ceza hukukunda netice, suç tipinde belirtilmiş olan ve gerçekleşen somut bir unsurdur". Bir başka deyişle "suç tiplerinde belirtilmiş olan netice" hukukun ilgi alanındadır (Artuk ve ark., 2014, s:246).

Davranışın sonucunun ne olduğu sorusuna ilişkin iki görüş ortaya çıkmaktadır.

3.2.2.1. Neticenin Tabiatçı Anlayışı

Netice davranışın getirdiği tabii sonuçtur. Yani netice, hareketle nedensel olan ve dış âlemde izlenebilen değişikliktir. Hareketle nedensel olarak ortaya çıkan neticeler fiziki, mameleki, fizyolojik ve psikolojik olacaktır. Yıkım ve tahribat gibi neticeler fiziki, insan öldürme suçunda ortaya çıkan ölüm fizyolojik, maldan mahrum bırakma mameleki ve hakaret, tahkir gibi neticeler de psikolojik olarak açıklanabilir.

"Hukuku ilgilendiren netice suçun basit veya ağırlaştırılmış halinin varlığı için ceza normunca istenen tipik değişikliktir. Ceza normunun istediği netice, suçun unsurunu (örneğin, insan öldürme suçunda ölüm neticesi) ya da suçun ağırlaştırıcı nedenini (örneğin, silahlı isyan suçunda isyanın gerçekleşmesi) oluşturmaktadır. Bazı durumlarda, birden çok suçun birleşerek oluşturduğu bir suçta birden çok neticeyle de karşı karşıya kalınabilmektedir. Hukuk sisteminde neticeli suçlar olduğu gibi neticesiz suçlar da vardır, bu nedenle netice, suçun zaruri unsuru kabul edilemez. Belirli bir hareketin yapılmasıyla tamamlanan ve bir sonuca ulaşması gerekmeyen suçlara, neticesiz, şekli ya da salt hareket suçları denir. Bir suçun hareketin belli bir neticeyi doğurduğu durumda tamamlandığı durumda ise neticeli ya da maddi suçlar ortaya çıkmaktadır. Suçlar arasındaki bu

ayrımlar, suçun tamamlanma zamanını belirlemekte, suça teşebbüste, suça iştirakte ve suçun işlendiği mekan ve zamana ilişkin tespitlerin yapılmasında önem arz eder.

Netice, her zaman nedeni olan davranışı müteakip ortaya çıkar. Bu nedenle hareket ile zararlı sonuç arasında zaman farkı olması normaldir ve bu durum hukukta anlam ifade etmez. Çünkü aradan zaman geçmiş olsa da suçun gerçekleşmiş olması esastır. Yine hareketin yapıldığı yer ile neticenin gerçekleştiği yer farklı da olsa yine suç oluşmuştur. Bu suçlara doktrinde "mesafe" suçları denir." (Hafızoğulları ve Özen, 2015, s:174).

3.2.2.2. Neticenin Hukuki Anlayışı

"Netice bu anlamda, zarar vermek veya tehlikeye sokmak suretiyle hukukça korunan menfaatin ihlalidir. Bu açıdan bakıldığında neticesiz suç yoktur, bütün suçlar neticeli suçlardır. Dolayısıyla suçları neticeli, neticesiz olarak ayırmaya gerek yoktur." (Hafızoğulları ve Özen, 2015, s:175).

Taksirle yaralama suçlarının neticeleri değerlendirildiğinde, düzenlendiği TCK md. 89'un incelenmesi gerekir. TCK md. 89/1'de, "taksirle başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan" hükmünde, yaşamsal tehlikesi olmayan, bununla beraber, hastanın, basit tıbbi müdahale ile sağlığına kavuşmasının da mümkün olamayacağı kadar klinik bulgunun varlığı anlaşılmalıdır.

Örneğin Yargıtay bir kararında, uyuşturulmadan çekilen süt dişlerinin çocuğa acı verdiğinden bahisle, diş hekimi aleyhine taksirle yaralama suçuna hükmetmiştir (4. CD. E. 2002/28399 K.2003/11352 T.12.11.2003).

Algılama yeteneğinin bozulması ise, olayla bağlantılı olarak gelişen ve psikiyatrik olarak bir tanı konmasına yetebilecek, ağır olmayan, geçici tabloları ifade etmektedir. Burada açıklanması gereken bir başka söylem de, TCK md.89'un 2. bend, e fıkrasında sözü edilen yaşamı tehlikeye sokan durumların ne olduğudur. Yaralanma sonrasında hastanın, ölüm olması şart olmadan, ölümcül duruma maruz kalması ancak tıbbi

müdahale ya da kendi direnciyle içinde bulunduğu durumdan çıktığı durumlar, yaşamsalbazda tehlike durumlarıdır.

Taksirle yaralama suçlarında, konulacak tanının her doktor için farklı değerlendirilebilmesi ihtimaline karşı yayımlanan, "Türk Ceza Kanunu'nda Tanımlanan Yaralama Suçlarının Adli Tıp Açısından Değerlendirilmesi ve Adli Rapor Tanzimi için Rehber" (Güzel ve ark., 2005, güncelleme: 2013) doktorlar için bir başvuru kaynağı olmuştur. Diş hekimleri de karşılaşılan durumlarda bu kılavuza başvurmaktadır. Hem diş hekimlerinin karşılaştığı adli vakaların, hem de tıbbi uygulama hatalarında hastalarda meydana gelen kayıpların değerlendirilmesi bakımından önemlidir. TCK md.89/2-a'da belirtilen "duyu veya organlarından birinin işlevinin sürekli zayıflaması" ile TCK md.89/3'te bahsedilen "duyu veya organlarından birinin işlevini yitirmesi;" organ, doku veya ekstremitenin anatomik olarak kaybı veya işlevindeki kayıp anlamına gelmektedir.

TCK md.89/2 uyarınca, "duyu veya organlarından birinin işlevinin sürekli zayıflamasına, vücudunda kemik kırılmasına, konuşmasında sürekli zorluğa, yaşamını tehlikeye sokan bir duruma, gebe bir kadının vaktinden önce doğumuna" sebep olunduğunda ceza yarısı oranında arttırılacaktır. TCK md.89/3 uyarınca, "iyileşmesi olanağı bulunmayan bir hastalığa veya bitkisel hayata girmesine, duyularından veya organlarından birinin işlevini yitirmesine, konuşma ya da çocuk yapma yeteneklerinin kaybolmasına, yüzde sürekli değişikliğe ve gebe bir kadının çocuğunun düşmesine" sebep olunduysa ceza bir kat arttırılacaktır. Kırıklar ile duyu ve organın işlevinde zayıflama veya yitirme dışındaki durumlar aslında diş hekimliği açısından çok da mümkün değilmiş gibi görünse de, dilde bir kesi konuşma bozukluğuna, kullanılan aletin kontrolünün sağlanamaması nedeniyle kayması yüzde bir yaraya, gebe bir hastaya yapılan uygunsuz bir müdahalenin çocuğun düşmesine yol açabileceği göz önüne alınmalıdır.

Kılavuza göre organ ve duyulardaki kayıplar, diğer organ ve duyular için farklı dişler için farklı hesaplanmaktadır. Diğer organ ve duyular için %10-50 kayıp fonksiyonda sürekli zayıflama, %50 üzeri kayıp ise işlevin yitirilmesi olarak değerlendirilmektedir. Diş kayıplarının basit tıbbi müdahale ile tedavi edilemeyeceği kabul edilmektedir. Dişler için, kanin 4.5, kesici 4, premolar 3, 1. ve 2. molarlar, 3 ve 3.

molar, 0.5 olmak üzere her dişin ayrı puanlaması yapılmaktadır. Toplamda, 15-30 puan arası duyu veya organın işlevinde sürekli zayıflamaya, 30 puan üzeri ise duyu veya organın işlevin kaybına tekabül etmektedir. TCK md.89/2-b'de geçen kemik kırıkları diş hekimliğinin uygulama alanında değerlendirildiğinde maksillanın kapalı kırığı 2, lefort 1 kırıklar 2, maksillanın açık kırığı, 3, mandibula kırığı, 2, mandibulanın parçalı kırığı, 3, mandibulanın açık kırığı, 3, temporomandibular eklem çıkığı, 1 ve alveol kırığı 2 puan olarak hesap edilecektir. Bu yaralanmaların hiçbiri kendi başına yaşamsal tehlike arz etmemekte ancak farklı bir travma durumunda hesaba dahil olmaktadır (Güzel ve ark., 2005, güncelleme; 2013).

3.2.3. Nedensellik Bağı

Neticenin bir davranıştan kaynaklanmakta oluşu, davranış ile meydana getirdiği sonuç arasında olgusal bir ilişki kurulmasını mecburi hale getirmektedir. İşte oluşan bu ilişkiye nedensellik bağı denmektedir. Nedensellik bağı fiilin faile isnadı için öncelikli koşuldur. Davranış bir sonuca bağlanmadığı sürece hiç kimse sorumlu ya da tehlikeli addedilemez.

Fiil'in iki unsuru hareket ve netice olduğuna göre fiilin gerçekleşmesi için neticenin hareketi yapana yüklenebilmesi zorunluluğu vardır. Bir başka deyişle netice ile hareket arasında bir bağlantının bulunuyor olması gerekir. Bu bağa nedensellik bağlantısı denmektedir. Görüleceği üzere "fiil" hareket, netice ve nedensellik bağlantısından oluşmaktadır (Dönmezer, 2003, s:105).

Ceza kanununda nedensellik bağıyla alakalı genel bir hüküm bulunmamakla birlikte, ağırlaştırıcı nedenlere ilişkin maddelerde, söz konusu bağa ilişkin belirlemeler bulunmaktadır (Dönmezer, 2003, s:134).

Teşebbüs derecesinde kalan suçlarda, neticesiz suçlarda ve ihmali suçlarda nedensellik bağı olup olmadığı tartışma konusudur. Sorun "ihmalin" bir neticenin sebebi sayılıp sayılmayacağıdır. İhmali suçlarda ihmal suretiyle icra suçları arasındaki küçük farklar dolayısıyla nedensellik bağının belirlenmesi zorluğu yaşanabilir.

Taksirle yaralama ve taksirle öldürme suçları icrai bir davranışla işlenebileceği gibi, ihmal suretiyle de işlenebilirler.

Sulhi Dönmezer'e göre, (2003, s: 136 vd) ihmal suretiyle icra suçlarında da nedensellik bağı bulunmaktadır. Ancak, failin harekete geçerek neticeye engel olması yönünden hukuki bir yükümünün bulunması, bu yükümün ifşa edilebilir olması, bir başka deyişle hukuka aykırılığı kaldıran bir durumun bulunmaması halinde olaya müdahale etmeyen kişi bakımından sorumluluk söz konusu olacaktır.

Nedenlerin birden fazla olması neticenin gerçekleşmesinde birçok nedenin olması durumunda problem nedensellik bağının hangi nedene bağlanacağı hususudur. Gerçekleşen bu hareketlerden hangisinin netice ile nedensellik bağının kurulabildiği önem kazanacaktır. Meydana gelen zararlı sonuçtan sorumlu sayılabilmek için eylem ile sonuç arasında nedensellik bağının olması zorunlu olmakla birlikte ceza sorumluluğu için nedensellik bağının olması yeterli değildir (Taneri, 2014, s:43).

3.2.3.1. Nedensellik Bağına İlişkin Teoriler

3.2.3.1.1. Tabii Nedensellik Teorisi

Tabi nedensellik bağı teorisine göre, zararlı sonucun meydana gelmesinde etkili olan tüm hareketler netice açısından eşit değerde birer nedendir. Bu nedenle de tabi nedensellik teorisine aynı zamanda "şartların eşitliği teorisi" de denilmektedir.

Neticenin meydana gelmesinde etkili olan tüm şartlar birbirine eşittir. Şartlar arasında önemli önemsiz ayrımı yoktur. Bu teoriye göre neticenin meydana gelmesi için tüm şartların gerçekleşmesi zorunludur. Çünkü, zararlı sonucun oluşabilmesi için belli bir hareketin yapılması gerekir. Bu durumda, hareketle zararlı sonuç arasında doğal bir nedensellik bağı vardır denilmektedir.

Şart teorisini beninseyen bazı yazarlara göre ilk hareketle zararlı sonuç arasındaki nedensellik bağı, daha sonra araya giren farklı hareketler nedeniyle kesilecek olursa, ilk

hareketi yapan, nedensellik bağı kesildiği için neticeden sorumlu olmaz (Centel ve ark., 2008, s:264 naklen: Maurach, s:159).

Şart teorisinde bir görüş, nedensellik bağının kesilmeyeceğini, tüm şartların eşit olduğunu, bir hareket olmadığında neticenin meydana gelmeyeceğini; sonuç olarak her hareketin netice ile nedensellik bağının bulunduğunu söylemektedir. Bu görüşe göre zararlı sonuç ile hareket arasında nedensellik ya vardır ya da yoktur. Nedensellik varsa bağ kesilmez, yoksa zaten hareket nedensel değildir (Centel ve ark., 2008, s:264, naklen: Kunter N, 1995, Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, İstanbul, s:207, bkz.ayrıca; Önder,1992, s:88).

Şartların eşitliği teorisi, sorumluluk alanını çok genişlettiği için eleştrilmiştir. Her şartın zararlı sonuçla bağlantısının olduğunun kabulü, bu şartları gerçekleştiren tüm kişilerin sorumlu olmalarını gerektirmez. Kişilerin kusurlarının olup olmadığının araştırılması sorumluluğu daraltacaktır (Centel ve ark., 2008, s:266, naklen: Kunter N, 1995, s:194-195).

3.2.3.1.2. Uygun Nedensellik Teorisi

Von Kries tarafından savunulan bu teoriye göre neticenin meydana gelmesi için en uygun olay neticenin nedeni sayılmıştır (Dönmezer, 2003, s:138).

Uygun nedensellik teorisi, nedensellik bağınının, insani hareketin sonucunun mutlak koşulu olmasının yanı sıra, hareketin, sonucu oluşturmaya uygun oranlı olmasını istemektedir. Yaşamın olağan seyri dâhilinde neticeyi oluşturmaya elverişli davranış, uygun harekettir. Bu uygunluk sadece ihtimalden ibarettir.

Bu teorinin mecburi sonucu, fiilin gerçekleştiği sırada mümkün olmayan, yani fiilin a-tipik neticelerinin insan tarafından sebep olunmuş kabul edilmesidir.

"Uygun nedensellik maddi nedensellik alanında temel çelişkileri içerdiği gerekçesiyle eleştirilmiştir. Neden, ya uygun olur ya da neden olmaz. Başka bir açıklaması yoktur. Uygunluk tabii netice hâsıl olabileceği için değil ama olgusal bazda

zaten meydana gelmiş olduğu için somut olarak göz önüne alınmaktadır. Uygun nedensellik yargısı ancak hareket nedensel bir etkiyi haiz olabildiğinde ama nedenselliği kesen dış etkilerin karışması nedeniyle hareketin doğal sonucu olarak gerçekleşmek zorunda olan netice henüz gerçekleşmemiş olduğunda kabul edilebilir. Bu durumda uygun nedensellik düşüncesinin esas aldığı tamamlanmış suç alanında değil tam tersine suça teşebbüs alanında bulunulmaktadır.

Burada olağan olmayan şartlardan ötürü olsa bile hareketten dolayı netice gerçekleştiğinde tanım gereği nedenin uygun olup olmaması, tüm kavramların gerçekte altüst edilmesidir.

Hareketin elverişliliğinin ortaya çıktıkça belirlenir olması kararsızlık durumunda hukukun pratik ihtiyaçlarına cevap vermeyecektir. Gerçekten bir neticeyi doğurmuş olan hareketin genel ve soyut olarak onu doğurmaya elverişli olmadığının savunulması imkânı, suçluya rahat bir kaçış yolu sunabilmektedir.

Doktrinde, hareketin olağandışı veya a-tipik neticelerinden ötürü sorumsuzluk genel ifadesine ulaşılması aşırı bulunmuştur. Gerçekten, herhangi bir olağan dışılığın nedensellik bağını ortadan kaldırmaya yeterli olduğu kabul edildiğinde sorumluluk alanı daralmış olacaktır.” (Hafızoğulları ve Özen, 2015, s:179).

Elverişlilik düşüncesi, teşebbüsü açıklamada yararlıdır ve özel hukuktan köken alır ancak nedensellik bağının saptanmasında faydalı değildir.(Hafızoğulları ve Özen, 2015, s:180).

Bu grup şart teorisini sınırlandırarak neticeyi meydana getiren en uygun şartı neden olarak kabul etmişlerdir.

Teori, tabiatta nedensellik kavramı ile hukukta nedensellik değeri taşıyabilme kavramlarını birbirlerinden ayırmıştır.

Hukuk alanında nedensellik değeri olan şart “belirli bir nedeni ortaya çıkarmaya” uygun olan şarttır. Uygunluk ise, “ortak bilgiye, normal hayat tecrübelerine istatistik

hesap ve intizama, büyük sayılar kanununa göre belirir. Bir hareket her günkü hayat tecrübelerine göre belirli bir neticeyi meydana getirmek hususunda uygun ise nedensellik değeri kabul edilir. Bu görüşe göre hâkimin geniş bir takdir hakkı bulunmaktadır." (Dönmezer, 2003, s:141).

Teori öngörme unsurunu çok geniş tutulduğu sorumluluğu daralttığı dolayısıyla failin çoğu kez cezasız kalmasına neden olduğu için eleştirilmiştir.

Sonucun zorunlu şartı (olmazsa olmaz şartı) olmak haricinde gerçekleştirildiği andaki koşullara göre, sonucu ortaya çıkarmaya uygun ve bu sonuçla orantılı kabul edilen davranışı neden saymıştır (Toroslu, 1970, s:142).

Bir insan davranışı gerçekleştiği anda muhtemel kabul edilebilen sonuçların nedenidir. Olağandışı ya da a-tipik sonuçların nedeni olamaz.

3.2.3.1.3. Beşeri Nedensellik Düşüncesi

Doğal nedensellik ve uygun nedensellik biçimindeki aşırı anlayışa karşı Antolisei tarafından formüle edilen bu anlayışa göre, insan bilinç ve irade sahibi olup; bilme yeteneği ile belli hareketlerinin sonucunu öngörebilir (Toroslu, 1970, s: 143). İradesi sayesinde de sürece müdahale edebilir. Hareketsiz güçleri hareket ettirebilir. Hareketli güçleri durdurabilir veya olayların serbestçe gelişmesine karışmayarak süreci yönlendirebilir. Bir başka deyişle, insan bilinç ve iradesi sayesinde bir egemenlik alanına sahiptir.

İnsan sadece bu egemenlik alanına giren sonuçlardan sorumlu olabilir. Çünkü insan meydana gelen sonuçları istemiyorsa, engel olabilecek bilinç ve iradeye sahiptir.

İnsanın egemen olamayacağı, etkileyemeyeceği neticeler ise doğanın kör güçleri olarak kabul edilir.

Uygun nedensellik teorisinden değişik olarak tüm a-tipik sonuçlar insanın kontrolü dışında değildir.

Bazı sonuçlar önceden tespit edilip önlem alınabilir. Bazı sonuçlar ise insan kontrolü dışında istisnai olarak da ortaya çıkabilir. Dolayısıyla kontrol dışıdır. İnsanı, öngöremeyeceği dolayısıyla önleyemeyeceği sonuçlardan sorumlu tutmak bu netice hâkimiyet alanı dışında gerçekleştiğinden mümkün değildir. Buna karşın kişinin hâkimiyet alanı içinde gerçekleşen neticelerden sorumluluğu doğacaktır (Hafızoğulları ve Özen, 2015, s:180).

3.2.3.1.4. Görüşümüz

Doğal nedensellik veya şartların eşitliği anlayışı ceza sorumluluğu aşırı genişletirken uygun nedensellik anlayışı aşırı derece daraltmaktadır.

Belli bir şekildeki davranışın olağandışı sonucu kabul edilse bile gerçekleşen sonucun faili özel bilgi nedeniyle sonuçtan sorumlu olduğu kesin olsa bile insan sorumlu tutulamayacak, nedensellik bağı kurulamayacaktır.

Örneğin, hemofili hastalığı olan birisini yaralayarak ölümüne sebep olan kişi hastalığı biliyor olsa bile ölümden sorumlu olmayacaktır. Çünkü bu davranış soyut olarak adam öldürmeye uygun değildir (Toroslu, 1970, s: 143). Bu çözüm kabul edilemez.

Bizce, tıbbi uygulama hatalarından doğan taksirli sorumlulukta kabul edilmesi gereken nedensellik bağı teorisi, beşeri nedensellik düşüncesidir. O halde, diş hekimi, öngörebileceği ve önleyebileceği yani hakimiyet alanında gerçekleşen zararlı neticeyi dikkatsiz ve tedbirsiz davrandığı için öngörmemesi ya da öngörmesine rağmen gerçekleşmeyeceği inancıyla hareket etmesi fakat neticenin gerçekleşmesi halinde sorumlu olacaktır.

3.2.3.2. İhmalin Nedenselliği

Nedensellik bağının kurulmasında ihmal de bazı hallerde neticenin sebebi olabilir. Sonucun zorunlu şartı ise ihmal, nedenseldir. Kişinin yapması gereken hareketi yapmamış yani ihmal etmiş dolayısıyla zararlı sonuç meydana gelmişse ihmal hareketi ile netice arasında illiyet bağı kurulacaktır (Toroslu, 1970, s:146 vd). “Bir neticenin

gerçekleşmesinin unsur (ihmal suretiyle icra suçları TCK md. 83) veya ağırlaştırıcı neden (neticesi nedeniyle ağırlaşan ihmal suçları md. 89) olarak ortaya çıkan ihmal suçlarında nedensellik meselesi her zaman tartışma konusu olmuştur.

İhmale maddi bir gerçeklik tanımayan bir hiçten ibaret olduğunu söyleyen düşünce ona nedensel herhangi bir etki tanımamaktadır. İhmal neden olamaz. Çünkü netice ihmali izleyerek gerçekleştiğinde neticeye neden olan hareket etmekle yükümlü olan kimsenin karşı durmadığı veya duramadığı doğal kuvvetlerdir. Bundan ötürü ihmalin cezalandırılması, neticeyle nedensel olmaktan kaynaklanmamaktadır.

Kanun neticeyi hâsıl eden davranışla, neticeyi önlememe davranışını aynı esaslar içinde göz önüne almaktadır. İhmalin cezalandırılmasının kaynağı bu olmaktadır.

Ancak bu düşünce sadece hukuk alanında değil günlük hayattaki değerlendirmelerde de neticenin belli şartlarda önlenmesinin niçin neticeyi gerçekleştirmeye eş tutulduğunu açıklayamamaktadır.

İhmal salt hukukun yarattığı bir kavram olmayıp tersine bunun da ötesinde kendine özgü bir gerçekliği olan bir kavramdır. İhmali suçlarda ihmal edilen hareket yapılsaydı netice kesinlik sınırında bir olasılıkla engellenebilecekti denebiliyorsa ihmal nedenseldir.” (Hafızoğulları ve Özen, 2015, s:185).

“Bugün genelde ihmalin nedensel olduğu, ihmal suçlarında da nedenselliğin icra suçlarından farksız olarak çözümlendiği görülmektedir. İhmalde bir neticenin gerçekleşebilmesi için bazı fiillerin varlığı yeterli değildir. Başka fiillerin de varlığı gerekmektedir. Yani mevcut bu fiillerin etkinliklerini engelleyebilen başka fiillerin bulunmaması zorunludur. Bunlar neticenin hâsıl olmasında olumlu şartlar kadar zorunlu olumsuz şartlardır . Bu konuda mantıkçıların da böyle düşündüğü gözlenmektedir” (Hafızoğulları ve Özen, 2015, s:185).

İhmalde, ihmali davranışla netice arasında nedensellik bağı aranırken takip edilen mantıki yol özellik arz eden hususdur.

İhmal etmek, kişinin bir şeyi yapmaması anlamına gelmemektedir. "Yapılması beklenen hareket, istenen hareket yapılmış olsaydı netice önlenebilir miydi" sorusuna olumlu cevap veriliyorsa ihmal ile netice arasında nedensellik bağı vardır denilir.

Örneğin, diş absesi sonrasında, hastada gelişen bir perikardit vakasında, diş hekiminin abseli diş için gerekli medikal tedaviyi vermediği ve hastasına, gerekli tedaviyi verdiği durumda perikardit vakasının da önlenebileceği ispatlanabiliyorsa, ihmalle netice arasında nedensellik bağı kurulabilir.

3.3. Hukuka Aykırılık

3.3.1. Genel Olarak Hukuka Aykırılık

Failin kanunun belirlediği tipik hareketi gerçekleştirmesi onun cezalandırılabilir olduğu anlamına gelmemektedir. Cezalandırılabilmesi için failin kanuna aykırı ve kusurlu hareket etmiş olması gerekmektedir. Yani fiil hukuka aykırı olmalıdır. Bir davranış hukuka uygun ya da aykırı olabilir, bunun dışında bir durum mümkün değildir.

Carrara'ya göre, suç hukuki bir kurumdur. Suç fikrini hukukta çatışmanın üzerine oturtarak hukuka aykırılığı belirtmiş "hukuk fikri, bir ilişki fikridir" demiştir. Bir başka deyişe normla insan fiili arasındaki çelişki fikridir. Suç bir ilişkiden ibaret olduğuna göre ilişki cürmi fiille hukuk düzeni arasındaki çatışma, karşıtlık, inkârdır. Bu çatışmaya doktrinde "hukuka aykırılık" denmektedir (Hafızoğulları ve Özen, 2015, s: 193).

Hukuka aykırılık hukuka uygunluk nedenlerinin tartışılmasından doğmuştur.

Bir düşünce, fiilin normu ihlal etmesi karşılığında ortaya çıkan zararı ceza ile tazmini eski hale getirme, etki-tepki şeklinde bir çatışma olarak yorumlamıştır.

Bir başka düşünce ise, fiil ile kanunda belirlenen hukuki değer arasındaki çatışma olduğunu belirtmiş, dolayısıyla fiilin verdiği zarar üzerinde durmuştur.

Bu iki düşünce birbirini tamamlamaktadır. Çünkü fiil normla çatıştığında biçim gerçekleşmiş olacak ancak normla belirlenen hukuki değer ihlal edilmemişse suç oluşmayacaktır. Suç oluşabilmesi için ihlal edilen norm karşılığında verilen bir zarar, tehlike olması gerekmektedir (Hafızoğulları ve Özen, 2015, s: 194).

Dönmezer, (2003, s: 144 vd) hukuka aykırılığın kapsamının belirlenmesinde öncelikle çözülmesi gereken problemin hukuka aykırı fiilin tüm hukuk düzenine mi yoksa salt ceza hukukuna mı aykırı olacağının belirlenmesi gerektiğini söylemektedir. Dönmezer, salt ceza hukuku kurallarına aykırılığın yeterli olmayacağını, ceza hukuku dışında da belirli fiillere izin veren veya emredici biçimde yasaklayan normlar olabileceğini dolayısıyla hukuka aykırılığı tespit etmek için önce fiilin genel hukuk ilkelerine aykırı olup olmadığının sonra ceza hukuku kurallarına aykırılığının araştırılmasının gerektiğini vurgulamaktadır. Bir başka deyişle suçun oluşması için işlenen fiilin ceza hukuku ile çelişkide olması yanında ceza hukuk kuralları ve genel hukuk kuralları arasında çelişkili fiile izin veren başka bir kuralın bulunmaması gerekmektedir. Dönmezer, hukuka aykırılığın, suçun diğer unsurlarından ayrı bir unsur olduğunu belirtmektedir.

Bir fiilin kanundaki suç tanımına uygun olması yanında fiilin hukukla çatışma halinde olması yani hukuk kurallarına aykırı olması gerekmektedir. Ancak kanun bir fiili yasaklarken bir başka normla belli koşulların olması halinde izin vermektedir. Burada bir çelişki bulunmamaktadır. Yapılmaması emredilen fiilin, izin verilen normla belli koşullar oluştuğunda gerçekleştirilmesi halinde hukuka aykırılıktan bahsedilemeyecektir. Hukuka aykırılık vardır diyebilmek için iki şartın varlığı aranmalıdır. Bunlar fiilin tipik olması ve fiile ilişkin bir hukuka uygunluk nedeninin olmamasıdır (Hafızoğulları ve Özen, 2015, s: 194).

3.3.2. Hukuka Uygunluk Nedenleri

Hukuka uygunluk nedenlerini açıklamak için öncelikle hukuka aykırılığın koşullarına bakmak gerekmektedir.

Hukuka aykırılıkta 2 koşuldan bahsedilmektedir.

Fiil ceza hukuku kurallarıyla çelişmeli ve bütün hukuk sisteminde de fiilin yapılmasına olanak tanıyan başka bir kural (hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir neden) olmamalıdır.

İcrai suçlarda yapılmaması gereken eylemin yapılması, ihmali suçlarda yapılması gereken eylemin yapılmaması halinde hukuka aykırılık olacaktır (Centel ve ark., 2008, s:280).

Hukuka aykırılık kapsam olarak tüm hukuk dallarını kapsamaktadır. Aksi düşünceyle, bir fiilin bir hukuki branşta hukuka aykırı diğer bir hukuki branşta hukuka uygunluğu mümkün değildir. Bir fiil hukuka uygundur veya hukuka aykırıdır (Centel ve ark., 2008, s:281).

Tıbbi müdahalenin amacı tedavi etmek olsa da vücut bütünlüğüne yönelik bir hareketi gerektirdiğinden, hukuka uygunluk nedenlerinin yokluğu halinde vücut bütünlüğünü ihlal kabul edilecek ve sorumluluk doğuracaktır. Tıbbi müdahalelerde, hekim tarafından ve bilinçli bir şekilde, hastanın vücut bütünlüğüne zarar verilmektedir. Yaralama fiili hukuka aykırıdır. Ancak, uygulanan fiilde bir hukuka uygunluk nedeni varsa suç oluşmayacaktır. Örneğin, diş hekimliği fakültesinden mezun olarak mesleği icra hakkına sahip olmak ve müdahale edilen hastanın aydınlatıldıktan sonra alınmış rızasının bulunması, diş hekimi tarafından yapılan müdahalenin hukuka uygunluğunu sağlayacaktır (Aygün Eşitli, 2015, s:175 vd).

3.3.2.1. Kanun Hükmünün İfası

Kanun hükmünün ifasını ancak kamu gücünü kullanan kişi ifa edebilir. Bir başka deyişle kanun hükmünün gereğini yapabilir. TCK md. 24/1'de "kanun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez" düzenlemesi yapılmıştır.

Ancak kanun hükmünü yerine getirenin fiilinin hukuka uygun olabilmesi için kanunla yetkili kılınmış olması gerekir. Şayet kanunda kendisine bir yetki tanınmamışsa, böyle bir yetkiyi kullanması söz konusu olmaz.

Kanun hükmünden yasama işlemleri ve idarenin düzenleyici işlemlerinden tüzük, yönetmelik yanında genel ve soyut bir düzenleme olduğunda genelge de kanun hükmünde sayılmalıdır (Hafızoğulları ve Özen, 2015, s:214).

Soyaslan, görevini yapan kimsenin cezalandırmasının mantığının olmadığını kanun hükmünün ifasından fiilin faile isnat edilebilmesi için tüm objektif ve sübjektif şartların mevcut olduğunu ancak sorumluluk sebebinin olmadığını belirtmektedir. Fail kanun hükmünü yerine getirirken görevini yaptığını düşündüğünden herhangi bir baskı altında değildir. Objektif olarak da görevini yaptığı için zarar oluşmamaktadır.

Kanun hükmünün ifası ve fiilin hukuka uygun olabilmesi için "bir kural veya hüküm olmalı ve fail bu kuralın gereğini yerine getirmeli" ve iki şartta aynı anda mevcut olmalıdır. Şartlardan birinin eksikliği muhataba direnme hakkını uygun hale getirir (Soyaslan, 2018, s:362 vd).

TCK md.24/2 "yetkili bir merciden verilip, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emri uygulayan sorumlu olmaz." derken hukuka aykırı bir emri ifa eden kimsenin cezalandırılamayacağını belirtmektedir. Ancak verilen emrin, hukuka uygun olması gerekliliği de açıktır. Hukuka uygunluk nedenleri ancak kanunun bazı kişilere tanıdığı görev ve yetkilerin kullanılması sırasında geçerli olabilir. Aksi takdirde kişiler hukuka aykırı fiillerinde hukuka uygunluk nedenlerinden faydalanmaları mümkün değildir (Centel ve ark.,2008, s:295).

Bir davranışın yapılmasına yasa izin veriyorsa bu durum bir "yetkinin kullanılması" kamu görevlisi olmayan bir vatandaşa bu davranışta bulunabilirsin deniyorsa "bir hakkın kullanılması" söz konusudur (Centel ve ark., 2008, s:293).

Yasanın verdiği yetkinin kullanılmasında kendisine yasa ile tanınan yetkiyi kullanan kişinin bir emir alması gerekmemektedir. Yasa tarafından yetkili kılınan belli kişilerin davranışları hukuka aykırılığı ortadan kaldırmakta, yetkisiz kişilerin davranışları hukuka aykırılık teşkil etmektedir. Hata hallerinde ise TCK md. 30 hükmü uygulanmakta ve failin davranışı kanun hükmünü yerine getirme olarak değerlendirilmektedir.

Kanunla belirli kişilere verilen yetkileri başka bir emir ve talimata ihtiyaç duymadan kullanma halinde hukuka uygunluk nedeni olabilmesi, belli şartlara bağlanmıştır. Suçüstü haline bir kişinin özgürlüğünün kısıtlanabilmesi için failin kaçmaya çalışması, kimliğinin o anda tespit edilemiyor olması, şikâyete bağlı suçlarda şikâyetten önce fail yakalanmışsa şikâyet edenlere failin yakalandığının bildirilerek bu kişilerin şikayet haklarını kullanmalarının sağlanmasına bağlıdır (Artuk ve ark., 2014, s:377).

Artuk/Gökçen/Yenidünya "kanun" teriminin Türk kanunlarını ifade ettiğini ancak yabancı kanunların Türkiye'de uygulanmasına izin verilmesi durumunda "yabancı kanun hükmüne riayet" hukuka uygunluk nedeni olarak kabulünün gerektiğini belirtmektedirler.

Yine, Artuk ve ark., (2014, s:397) kanunla yetkili kılınan kişinin kanunun kendisine verdiği yetkiyi kullanırken kanunen belirlenen sınırları aşmaması gerektiğini, aştığı takdirde hukuka aykırılığın ortaya çıkacağını ve failin cezalandırılacağını belirtmektedirler. Artuk/ Gökçen/Yenidünya adı geçen eserlerinde toplumların gelişme düzeylerine göre yeni hakların ortaya çıktığını belirmektedirler.

3.3.2.2. Hakkın Kullanımı

Kişinin kendisine kanunlarla tanınan bir hakkı kullanmasını hukuka uygunluk nedeni saymış ve TCK md. 26/1'de "hakkını kullanan kişiye ceza verilmez" hükmünü düzenlemiştir. Hak hukukun kişiye tanıdığı bir yetki olduğuna göre kişinin kanunun kendisine tanıdığı yetkiyi kullanmasında hukuka aykırılık yoktur. Ancak hakkın kötüye kullanımını da hukuk korumamakta bu durumda fiili suç saymaktadır. TMK md.2 "herkes haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz" düzenlemesi mevcuttur (4721 s TMK md.2, K T: 22.11.2001, RG: 08.12.2001).

"Hak kanunla düzenlenir. Kanunun gerekçesinde hakkın kanun, tüzük, yönetmelik ve genelge ile verileceği hukuken tanınmış ve düzenlenmiş olmak kaydıyla bir mesleğin icrasından da doğabileceği belirtilmiştir." (Hafızoğulları ve Özen, 2015, s: 226 vd).

Sübjektif hak olması: Sübjektif hak, hukukun koruduğu ve kullanımının hak sahibinin istemine bağlı bulunduğu bir haktır. Hak sahibinin bu hakkı kendi çıkarları doğrultusunda kullanması halinde eylem hukuka uygun hale gelmeyecek eylem hukuka aykırı olacaktır.

Hukukun koruduğu ve şahsına ait kullanımının kendisine bırakıldığı durumlarda, kişinin hakkı doğrudan doğruya kendisinin kullanması gerekir. Yani söz konu hakkı kullanmak için başka bir iradeden izin almamış olmalıdır. Başka bir iradeden izin alınması durumunda hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir neden yok demektir. Bu durumda failin eylemi hukuka aykırı olacaktır.

Failin hukuken korunan hakkını kullanırken hakkın sınırlarını aşması hukuka aykırılık teşkil edecek, failin fiili kendiliğinden hak alma suçunu oluşturacak ve fiil kanunen hukuka aykırı sayılacaktır.

Hukuken korunan yarar ile işlenen suç arasında bir irtibat olmalıdır. Failin, sübjektif hakkını korumak amacı ile yaptığı eylem amaca uygun olmalıdır ki eylemi hukuka uygun olsun.

Dönmezer (2003, s:151, 152) hukukun kendine tanıdığı hakkı kullanan kişinin cezalandırılmaması en eski hukuk ilkelerinden biri olduğunu aksi durumun hukukun kendisiyle çelişkiye düşmesi demek olduğunu söylemektedir. Dönmezer, hakkın ifasının hukuka uygunluk nedeni olabilmesinin belli koşulların varlığına bağlı olduğunu bunların, sübjektif bir hak olması, failin söz konusu hakkı direkt olarak kullanma yetkisine haiz olması ve hakkın doğumunu belirleyen nedenin koyduğu sınırlar içinde kullanılmasıdır. Yani başkasının hukuken korununa bir değerine zarar vermeden hak kullanılmalıdır. Sınırların aşılması hakkın kötüye kullanımıdır.

Hakkın ifası ile fiil arasında fikri bir bağlantı olmalıdır. Hukuk, bir mesleği icra eden kişiye mesleği ile ilgili bir kısım yetkiler verir. Kişi mesleğini icra ederken hukuk kurallarının verdiği yetki çerçevesinde davranır. Bu bağlamda eylemleri hukuka uygun sayılacaktır. Tıbbi müdahalede bulunmak da bir başka kişi için suç sayılırken, sağlık çalışanlarına kanunun verdiği haktır.

Örneğin, 1219 s. Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 1. maddesinde; "Türkiye Cumhuriyeti dâhilinde tababeti icra ve herhangi surette olursa olsun hasta tedavi edebilmek için Tıp Fakültesinden diploma sahibi olmak şarttır", demektedir.

Aygün Eşitli'ye göre (2015, s:179 vd), tıbbi müdahaleyi hukuka uygun kılan neden hakkın kullanılmasıdır. Öte yandan, her hak gibi bu hak da sınırsız değildir. Hakkın kullanılmasında sınırın aşılması, örneğin, mesleğin gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranılması halinde hekim işlediği fiilden sorumlu olacaktır. Çünkü hakkın kötüye kullanımını hukuk korumaz.

Tıbbi müdahalenin hukuka uygun olması için ön koşul yasada düzenlendiği gibi, tıp fakültesinden mezun olmak" tır. Tıp fakültesinden mezun bir kişinin yaptığı işlemler hukuka uygun olacak kişi tıp fakültesi mezunu değil ise tıbbi müdahaleler hukuka uygun sayılmayacaktır. Tıp ya da diş hekimliği fakültesinden mezun bir hekimin yaptığı tıbbi müdahalenin hukuka uygun olmasının belirli koşulları vardır. Bunlar, tıbbi uygulamanın bir sağlık çalışanı tarafından yapılması ve hastanın aydınlatılmış rızasının (onamının) alınmasıdır.

Aydınlatma, hastaya teşhis, süreç, farklı alternatifler müdahale yapılmaması halinde sonuçların ne olacağı anlatılmalı ve teşhise yönelik aydınlatma yapılmalı, gereken ilaç ve tıbbi malzemelerin ne olduğu belirtilmeli ve riskler hakkında tam bilgi verilmesidir.

3.3.2.3. İlgilinin Rızası

TCK md.26/2' deki "kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilemez", düzenlemesiyle, rızanın genel bir hukuka uygunluk nedeni olduğu belirtilmiştir. Rıza, kanunun bazı özel hükümleri haricinde, şekil şartına bağlı değildir (Aygün Eşitli, 2013, s:277, 278)

Tıbbi müdahalenin aslında bir yaralama olduğu düşünüldüğünde, rıza, kişinin bilgilendirildiği konuda, olası riskleri ve yapılacak müdahaleyi kabul ettiği anlamına gelmektedir. Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 4. Maddesinin (h) bendi uyarınca rıza, "kişinin tıbbi müdahaleyi serbest iradesiyle ve bilgilendirilmiş olarak kabul etmesini ifade eder"(RG/ 01/08/1988, s: 23420) şeklinde açıklanmıştır.

Kişilere yapılan tıbbi müdahalede, müdahale eden hekimin hukuken korunabilmesi için, tıbbi müdahalenin, sağlık personeli tarafından yapılmış olması, hastanın aydınlatılmış rızasının alınmış olması, müdahalenin tıbbın gereğine uygun olması ve teşhis ve tedaviye yönelik olması gerekmektedir (Özalp ve Özalp, 2014, s: 23 vd).

Diş hekiminin tıbbi müdahalede bulunabilmesi için diş hekimliği fakültesinden mezun olarak diploma alınması yeterli sayılmaktadır. Bununla beraber, yapılacak her müdahale, teşhis ve tedaviye yönelik olmalı (endikasyon şartı) ve özenle yapılmalıdır . Endikasyondan anlaşılması gereken diş hekiminin tıbbi müdahalede bulunmasını gerektirecek bir zorunluluğun bulunmasıdır (Özalp ve Özalp, 2014, s: 23 vd).

Diş hekiminin müdahalesinde sosyal veya psikolojik endikasyon da neden olarak kabul görmektedir. Tıbbi zorunluluk veya sosyal endikasyon olmadan hekimin yaptığı tıbbi müdahale hukuka uygun olmayacak ve hukuken himaye görmeyecektir (Özalp ve Özalp, 2014, s: 21, naklen: Çakmut ve ark., 2003, s:24).

Estetik müdahalelerde estetik yapılacak kişinin rızasının alınmış olması ve yapılacak işlemin bu rıza sınırları içinde yapılması gerekmektedir. Aksi durumdaki müdahale, hukuka uygun olmayacaktır. Estetik müdahalelerde hekimin aydınlatma yükümlülüğü daha geniştir. Müdahale edilen kişinin sağlığı veya toplum tarafından kabul görülmeyecek durumlar oluşmadığı durumda ilgilinin rızası geçerlidir (Artuk ve ark., 2014, s: 730).

Hasta üzerinde yapılacak tıbbi müdahale için hastanın rızasının olması bir zorunluluktur. Ancak yapılacak tıbbi müdahalede hastanın hangi tıbbi müdahale için rıza gösterdiğini açık ve net bilmesi gerekmektedir.

1219 s. K'nun 70. Maddesinde,

"Tabipler, diş tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evvelemirde muvafakatını alırlar. Büyük ameliyei cerrahiyeler için bu muvafakatın tahriri olması lazımdır (Veli veya vasisi olmadığı veya bulunmadığı veya üzerinde ameliye yapılacak şahıs ifadeye muktedir olmadığı takdirde muvafakat şart değildir) Hilafında hareket edenlerden alakadarın şikâyetine bağlı olmak şartıyla on liradan iki yüz liraya kadar hafif cezai nakdi alınır" düzenlemesi yapılmıştır. Müdahale edilen kişinin sağlığı veya toplum tarafından kabul görülmeyecek durumlar oluşmadığı durumda ilgilinin rızası geçerlidir (Artuk ve ark., 2014, s:730).

3.3.2.3.1. Yetişkinlerde Rıza

Buna göre; diş hekimi yapacağı her işlem için hastanın iznini almak, izinden önce de hastayı aydınlatmak zorundadır.

Aydınlatma, teşhis ve tedavi aşamalarına ilişkin bilgilendirme ve müdahalenin hukuka uygunluğunun sağlanması amacıyla gerçekleştirilir (Özalp ve Özalp, 2014, s: 43vd).

Hekimin yapacağı tıbbi müdahaleyi hukuka uygun kılan unsurlardan biri de hastanın rızasıdır. Rızanın hastanın aydınlatılarak alınması şarttır. Hasta, aydınlatılma sonrası verdiği rıza ile müdahalede karşılaşılabilecek riskleri bilinçli olarak kabullendiğini belirtmiş olmaktadır.

Hastanın rızası Anayasa madde 17'de, 1219 s, K. md. 70'de ve Medeni Kanun md. 23/3 de açıkça düzenlenmiştir. Buna göre hasta tarafından rıza verilirken hastanın diş hekimi tarafından yapılan teşhis ve yapılacak tedavi hususunda eksiksiz bilgilendirilmesi gerekmektedir.

"Ceza koyan normlar kural, hukuka uygunluk sebepleri ise istisnadır." (Önder, 1992, s:163).

Hukuka uygunluk nedenleri, suç tiplerinin istisnası olduğundan dolayı fiil hukuka aykırı olsa bile hukuka aykırılık teşkil etmeyecektir. Bir olayda hukuka uygunluk nedeni varsa failin fiili ile toplumun çıkarları arasında bir çatışma yok demektir.

İhlal edilen menfaate nazaran daha ağır bir menfaat lehine failin zararlı fiiline izin verilen hallere meşru müdafaa, mağdurun rızası örnek gösterilebilir.

Sosyal yaşamda çıkar çatışmalarını ve diğer uyuşmazlıkların düzenlenmesinde yasaklanan veya belli koşulların gerçekleşmesi halinde izin verilen ve yaptırım uygulanmayacağı kurala bağlanmış normların varlığı hukuka uygunluk nedenleri denen kuralları ortaya çıkarmıştır (Hafizoğulları ve Özen, 2015, s: 210).

Belli koşulların oluşmasında fiil hukuka aykırılık teşkil etmeyecek ve suç sayılmayacaktır.

Fiilin hukuk normunu ihlal etmediği fiilin normla çatışmadığı hukuka uygun sayıldığı durumlarda suç oluşmadı deniyorsa burada hukuki menfaat yoktur veya diğer değerden üstün ya da iki değer denktir.

Doktrinde bazı yazarlar, bir davranışın özel hukuk kapsamında suç sayılabilmesi için ceza hukuku dâhilinde de suç sayılıyor olması gerektiğini kabul ederken bazı yazarlar ise ceza hukukundaki hukuka uygunluk nedenlerinin sadece ceza hukukunda etkili olduğunu özel hukukta fiilin hukuka aykırılık ve haksız fiil niteliğini koruduğunu kabul etmektedirler (Hafizoğulları ve Özen, 2015, s: 211).

Hukuka uyarlılık nedenlerinin varlığı halinde fiil, başlangıcından itibaren suç oluşturmaz dolayısıyla hukuki yaptırım uygulanmaz. Bazı normlarda hukuka aykırılık unsuru özel olarak belirtilmiş bu gibi özel normlar için “hukuka özel aykırılık halleri” denmiştir. Dönmezer’e göre, (2003, s:148, 149) kanun bu yönüyle teknik bakımdan çok önemli bir ayrımda bulunmuştur.

Soyaslan (2018, s: 358), hukuka uygunluk sebeplerinin genel ve özel olmak üzere 2’ye ayrıldığını genel hukuka uygunluk sebeplerinin hukuka aykırı fiillerin tamamını

hukuka uygun duruma getirdiğini özel hukuka uygunluk sebeplerinin ise bazı suçlar için geçerli olduğunu, TCK'daki düzenleme yanında MK ve BK bazen açık bazen de zımnen düzenlemelerin olduğunu söylemektedir.

Centel ve ark., (2008, s:287) Türk Ceza Hukukuna Giriş adlı eserde hukuka aykırılığın "suçun bağımsız bir unsuru" olduğunu, öğretide bazı yazarların "hukuka aykırılığın suçun bağımsız bir unsuru olmayıp suçun unsurlarından biri olduğunu,, bağımsız bir kimliğinin olmayacağını" ileri sürdüklerini belirtmektedirler. Centel ve ark.,(2008, s:287) hukuka aykırılığın suçun bağımsız bir unsuru olarak ele alınması sonucu hukuka uygunluk nedenlerinin hukuka aykırılığı ortadan kaldıran nedenler olarak nitelendirilmesi ve hukuka aykırılık unsurunun altında incelenmesi gerektiğini ileri sürmüşlerdir.

5237 sayılı TCK'da hukuka aykırılığı ortadan kaldıran nedenlerin ve kusurluluğu etkileyen hallerle birlikte "Ceza Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Nedenler" başlığı altında düzenlenmesi adı geçen yazarlarca yerinde görülmektedir.

Hukuka aykırılığı ortadan kaldıran durumlar ceza sorumluluğunun olmaması değil eylemin hukuka uygun olarak meydana gelmesini doğuran nedenler olup bu nedenlerin 5237 sayılı TCK'da ayrı başlık altında düzenlenmesi gerektiği belirtilmiştir (Centel ve ark., 2008, s:287).

Hekim uygulayacağı tıbbi müdahale konusunda hastanın rızasını almak zorundadır. Rıza ile ilgili hukuka aykırılık teşkil edecek durumlarda hastanın rızası hiç alınmamış demektir. Tıbbi müdahale hastanın rızası kapsamı dışında gerçekleşmiştir veya tıbbi müdahale hastanın rızasından tamamen veya esaslı noktalarda farklı gerçekleşmiş olabilir, bu durumlarda hekimin eylemi hukuka uygun gerçekleşmemiş olacaktır.

Hekimin tedavi amacıyla yaptığı uygulama, hekimler için aynı anda mesleki bir hak ve kanuni bir görev olarak kabul edilmektedir (Artuk ve ark., 2014, s:729).

Kişinin, rıza gösterme yeteneğinin bulunması, rıza gösterdiği hak üzerinde tasarruf yetkisinin olması, rızanın açık olması, sınırlarının belirlenmiş olması ve suç

işlenmeden veya hemen o anda açıklanmış olması rızanın geçerliliği için gereken koşullardır (Centel ve ark., 2008, s: 317 ve ayrıca bkz., Soyaslan, 2018, s:155). Bazı durumlarda rızanın varsayıldığı kabul edilmiştir. Şahsın evde olmayan komşusunun evine girerek bozulan musluğunu tamir etmesi, elektik faturasını ödemesi gibi (Önder, 1992, s:240).

Rıza ceza hukukunda, suçu hafifleten bir neden ve takibi şikâyete bağlı suçlarda kovuşturulabilme şartı olarak görülmektedir. Rıza, TCK 26/2'de "ilgilinin rızası" adıyla düzenlenmiş ve fiili suç olmaktan çıkartarak söz konusu fiili hukuka uygun hale getirmiştir.

Kanunun suç saydığı fiilin hukuka uygunluğunun gerçekleşebilmesi için ilgilinin rızasının geçerli olması gerekmektedir. Öncelikle suç sayılan fiili hukuka uygun kılınabilmesini sağlayabilecek kişinin suçun mağduru olması gerekir. Mağdurun şahsına sıkı sıkıya bağlı bulunan bu hakkı bir başkası kullanamaz. Onamın geçerli olması şarttır. Madde gerekçesinde bu şart "ehil olmak" şeklinde açıklanmıştır (Hafızoğulları ve Özen, 2015, s:226-228).

Soyaslan (2018, s:367, 368), üzerinde başka birinin kullanımına rıza gösterilen hak mutlak hak olup buna sübjektif hak da denildiğini kişinin bu hakkını kullanıp kullanmamakta özgür olduğunu rızanın açıkça olabileceği gibi zımni de olabileceğini söylemektedir. Rıza fiil işlenmeden önce açıklanması halinde fiil hukuka uygun hale gelmektedir.

Artuk ve ark., (2018, s:433 vd) eserlerinde ilgilinin rızasının bir hukuka uygunluk sebebi sayılmadığını çünkü pek çok suç tipinde kişisel menfaatlerin yanında toplumsal menfaatlerinde korunduğunu iftira suçunun TCK 80/1'de tehdit, baskı, cebir kullanarak kişiler üzerinden menfaat sağlayan kişilerin cezalandırılacağı bu kişilerin rızası olsa bile bu rızanın geçersiz olduğu düzenlenmiştir. Suç genel teorisi içinde ilgilinin rızasının ikili bir ayrıma tabii tutulduğunu ilgilinin rızasının bir görüşe göre, tipikliği ortadan kaldırdığını diğer görüş ise hukuka aykırılığı ortadan kaldırdığını belirtmektedir. İlgilinin rızasının tipikliği ortadan kaldırarak hukuka aykırılığı ortadan kaldıracağı görüşüne göre,

suçun söz konusu olabilmesi için ilgilinin rızasının olmaması şarttır. Bu görüşe göre ilgilinin rızası tipikliğin bir unsurudur. Rıza varsa tipiklik yoktur.

Buna karşılık ikinci görüşte hak sahibinin rızasının değer kazanmakta ve dolayısıyla rıza, hukuka uygunluk nedeni sayılmaktadır. Bu ayrımı benimsemekle birlikte "ilgilinin rızası"nın her iki halde de uygulanmasının mümkün olabileceğini belirtmişlerdir.

3.3.2.3.2. Çocuğun Rızası

"1219 s. K'nun 70. md.si, tabipler, diş tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın hasta küçük veya kısıtlı hacirde ise veli veya vasisinin evvelemirde muvafakatini alırlar. Büyük ameliye, cerrahiyeler için bu muvafakatin tahriri olması lazımdır (Veli veya vasisi olmadığı veya bulunmadığı veya üzerinde ameliye yapılacak şahıs ifadeye muktedir olmadığı takdirde muvafakat şart değildir) hilafında hareket edenlerden alakadarın şikâyetine bağlı olmak şartıyla 10 liradan 200 liraya kadar hafif cezai nakdi alınır."

Bazı yazarlar 1219 s. K'nun 70. md.sini esas alarak yasal temsilcinin görüşünün asıl olduğunu yasal temsilcinin izni olmadan küçüğe tıbbi müdahale yapılamayacağını savunmaktadırlar. Bu görüş eleştirilmiştir. Rızanın kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak oluşunun görmezden gelindiği ve bunun MK md.16'da hükme bağlandığı söylenmektedir.

MK md.16 " … ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar temsilcilerinin yasal rızası olmadıkça kendi işlemleriyle borç altına giremezler, karşılıksız kazanmada ve kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanmada bu rıza gerekli değildir." demektedir. Bu düzenlemeden "ayırt etme gücüne sahip küçüklerin" beden ve hayatlarıyla alakalı durumlarda rıza gösterebilmeleri mümkün olmalıdır.

1219 s.K. md.70, MK md.16 ve Hasta Hakları Yönetmeliğinin 24.md.'si ve diğer düzenlemeler sadece ayırtım yetisine haiz olmayan küçüklere yapılacak tıbbi uygulamalar açısından uygulanmalıdır.

Yasal temsilcinin ve ayırtım yetisine sahip küçüğün beraber rızalarının olmasını arayan veya ayırt etme gücü olan küçüğün onamını yeterli sayan görüşlerde bulunmaktadır.

Bazı yazarlar da TCK md.31/1'e göre 12 yaşından küçüklerin rıza vermelerinin söz konusu olamayacağını ancak 18 yaşından büyüklerinin rızalarının alınacağını kabul etmektedirler.

Bir görüş de 15 yaşındaki bir çocuğun rızasının alınması gerektiğini çünkü TMK'na göre 15 yaşındaki bir çocuğun vasiyet yapma tüm mal varlığı üzerinde tasarrufta bulunma yetkisi verdiğini dolayısıyla 15 yaşındaki bir çocuğun önemli olmayan tıbbi müdahalelerde söz sahibi olması gerektiği yönünde düşünmektedir.

MK md. 502 "vasiyet yapabilmek için ayırt etme gücüne sahip ve 15 yaşını doldurmuş olmak gerekir" demektedir.

1219 s. K'nun 70. Maddesi ve Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 24. maddesi; "hasta küçükse hekim velinin rızasını alır", demektedir. Buna karşın Medeni Kanun'un 16. Maddesi, "ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar, yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça, kendi işlemleriyle borç altına giremezler. Karşılıksız kazanmada ve kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanmada bu rıza gerekli değildir,"diyerek kişiye sıkı sıkıya bağlı olan kişinin bedeni üzerindeki hakkı söz konusu olduğunda temyiz gücüne sahip olan küçüklerin yapılacak müdahalelerde kanuni temsilcisinin rızasına gerek duyulmayacağını belirtmiştir (Aygün Eşitli, 2013, s:284).

Bu bağlamda MK md. 339/3'de; "ana ve baba, olgunluğu ölçüsünde çocuğa hayatını düzenleme olanağı tanırlar; önemli konularda olabildiğince onun düşüncesini göz önünde tutarlar" demektedir. Bu durumda, yapılacak tıbbi müdahalelerde, temyiz gücüne sahip küçüğün de rızası aranmalı ve öncelikli olarak değerlendirilmelidir. Temyiz gücü olmayan küçüklere kanuni temsilcisinin rızası doğrultusunda tıbbi müdahalede bulunulmalıdır (Aygün Eşitli, 2013, s:285).

Müdahale edilen kişinin sağlığı veya toplum tarafından kabul görülmeyecek durumlar oluşmadığı durumda ilgilinin rızası geçerlidir (Artuk ve ark., 2014, s: 730).

3.3.2.4. Zorunluluk Hali

TCK md. 25'te zorunluluk halinde işlenen fiilden dolayı faile ceza verilmeyeceği düzenlenmiştir. Zorunluluk halinde işlenen fiilden dolayı ceza verilmemesi için yasa belli koşullar aramıştır. Zorunluluk hali için, ortada doğa olaylarından ya da insani davranışlarıdan kaynaklanan bir tehlike olmalıdır. TCK md. 25/1 uyarınca, "söz konusu tehlikenin…bir hakka yönelmiş gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırı…", olmasını şart koşmaktadır. Bu durumda bahsedilen tehlike, kişi ya da başkasına ait bir hukuki değere yönelik, büyük ve ağır olmalıdır.

TCK md. 25/2'de ise kanun zorunluluk halinde işlediği fiilden dolayı cez almaması için "…bilerek neden olmadığı…", diyerek kişinin söz konusu tehlikeye kendisinin neden olmaması gerektiğini ve "…başka suretle korunma olanağı bulunmayan.." düzenlemesiyle de zorunluluk halinden yararlanabilme şartlarını açıkça hükme bağlamıştır. Kanun, " tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu ile ve tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunmak koşulu …", demekle saldırı ile savunma arasında orantı olmasını da şart koşmuştur. Zorunluluk halinden faydalanabilmek için, kişinin tehlikeli duruma müdahale ile görevli olmaması da şarttır. Hekim açısından bakıldığında; ağır, muhakkak ve yakın hayati bir tehlikeyle karşı karşıya kalındığında, hasta rıza verebilecek durumda olmasa, hayatta kalmayı reddetse dahi yaşama hakkına üstünlük tanınarak tıbbi müdahalede bulunmak, üçüncü kişi lehine zorunluluk hali kapsamında hukuka uygun olacaktır (Aygün Eşitli, 2015, s:186).

Her ne kadar 5271 sayılı Ceza Muhakemeleri Kanunu (5271 sayılı Ceza Muhakemeleri Kanunu, K T: 04.12.2004, RG/ 17.12.2004, s. 25673, Düstur: Tertip: 5, Cilt:44) 223. maddesinde zorunluluk hali kusuru kaldıran bir neden olarak kabul edilmişse de, TCK'nun 25/2. maddesinde düzenlenen zorunluluk hali, ihlal edilen değerler arasında orantıyı şart koştuğundan tipik bir hukuka uygunluk nedenidir. Öte yandan, Yargıtay bir kararında, inşaatta iş kazası geçirerek kafasından yaralanan

arkadaşını kendi kimliği ile hastaneye götüren kişinin, yaşamsal bir tehtidi önlemek amacıyla hareket ettiğini belirtmiş ve yerel mahkemenin verdiği TCK'nın 25/2 maddesinde tanımlanan zorunluluk hali kapsamında kaldığı gerekçesiyle CMK'nun 223/3-b maddesi gereğince sanıklar hakkında ceza verilmesine yer olmadığına dair hükmü onamıştır (23. CD., E.2015/12358 K. 2015/5780 T. 28.10.2015).

3.3.2.5. Görüşümüz

Toplumda bireylerin birbirleri ile ve bireylerin devletle olan ilişkilerinde meydana gelen çıkar çatışmalarının çözümü kanunlarla düzenlenmekte olup; kanun koyucu, kanunlarla toplumda beliren sorunların çözümü için bir kısım kurallar koymuştur. Bu kurallar TCK'da bazı davranışların yasaklanması ya da bir davranışın mutlaka yapılması şeklinde düzenlenmiştir.

TCK yasakladığı bir kısım davranışlar için, belli koşullar oluştuğunda yapılmasına müsaade etmiş ve fiili suç oluşturmaktan çıkartmıştır. Kanun, yapılmamasını emrettiği, yapılması halinde suç kapsamına alarak cezalandırdığı halde bazı koşulların varlığı durumlarında söz konusu fiillerin yapılmasını hukuka uygunluk nedeni sayarak fiili suç olmaktan çıkarmıştır.

Suç sayılan bir fiilin belli koşullarda gerçekleştirilmesi durumunda suç sayılmaması hukuki menfaatin yokluğu, üstünlüğü veya eşitliği hallerine dayanmaktadır (Hafızoğulları ve Özen, 2015, s: 210).

Bizce, tıbbi uygulamalarda hekimin fiilini hukuka uygun kılan sebep hakkın kullanılmasıdır. Şu kadar ki; hasta tedaviye izin vermedikçe ya da zorunluluk halinin koşulları oluşmadıkça hekimin müdahalede bulunma hakkı doğmaz. O halde, rıza ve zorunluluk hali hukuka uygunluk sebepleriyle hakkın kullanımı hukuka uygunluk nedeni arasında bir birliktelik / hem zamanlık ilişkisi değil, bir öncelik ve sonralık ilişkisi vardır. Ve bu nedenle diş hekimlerinin tıbbi uygulamalarını hukuka uygun kılan neden hakkın kullanılmasıdır. Şüphesiz ki diş hekimi hakkını mesleğin gereklerine uygun bir şekilde kullanmalıdır (Aygün Eşitli, 2015, s: 191). Yargıtay da aynı doğrultuda bir kararında; "Hekim, tababeti yerine getirirken, tıbbı uygularken kişinin yaşamasını düzenlemek,

sağlığını sağlayabilmek amacıyla çeşitli faaliyetlerde bulunmaktadır. Bu faaliyetler hastalığın teşhisi, gerekli ilaçların verilmesi, cerrahi müdahalelerin yapılması, hastalığın devamlı olarak gözetilmesi, gerektiğinde yan etkili tedavi yollarına, yeni usullere başvurulması gibi çeşitli konuları kapsamaktadır. İşte hekim bu faaliyetlerde bulunurken bazı mesleki şartları yerine getirmek hastanın durumuna değer vermek ve geniş bir deyimle tıp biliminin kurallarını gözetip uygulamak zorundadır. Aksi halde hekim tıp biliminin verilerini yanlış ya da eksik uygulamışsa, mesleğine gerektirdiği özel görevlere gereği ve yeteri kadar uymamışsa mesleki kusuru var demektir ki, bu eylem ve davranışı da hukuka aykırılık nedeniyle sorumluluğunu gerektirecektir. Hekim ile hasta arasında sözleşme ilişkisi bulunması ve tıbbi müdahaleye hastanın rıza göstermesi ya da ıstırar hali asla durumu etkilemeyecektir. Çünkü rızanın ya da ıstırar halin varlığı halinde hekimin davranışının bütün sonuçlarının meşru sayılması, hukuka uygun addedilmesi düşünülemez. Davranışın ve illiyet bağının meşruluğu ancak kullanılan araç ve uygulanan metodun gerektirdiği bütün tedbirlerin alınmasında söz konusu olabilir. Tababette de aynı kural geçerlidir. Sorumsuzluktan yararlanabilmek için tıp sanatının kurallarına, gereken tedbirlere uymak ve bu sınırlar içinde hareket etmek gereklidir. Diğer bir deyimle şayet tıp ilmi hekimin yaptığı müdahalelere cevaz veriyorsa, bunu yapan hekim, tıp mesleğince tecviz edilen bir faaliyette bulunmuş demektir ki, hakkın icrası nedeniyle, eylemi hukuka aykırı sayılamaz. Keza hekim, hastanın daha az önemdeki bir hukuki menfaatini tehlikeye ya da zarara sokarken, daha büyük değerdeki bir hukuki yararı ancak bu şekilde kurtarabiliyorsa hukuka aykırı davranışta bulunmamış olacaktır. Söz gelimi; anneyi kurtarmak amacıyla çocuğun düşürülmesi, sıhhatin korunması ve düzeltilmesine yönelmiş tedavi ve müdahaleler böylece hukuka uygun hale gelmektedir" şeklinde görüş bildirmiştir (Yargıtay 4. HD., 1976/6297 E., 1977/2541 K., naklen: Aygün Eşitli, 2015, s: 191, dipnot: 49).

Fail hukuka uygunluk nedeninin varlığı hususunda bir hataya düşmüşse TCK md. 30/3 gereği hatasından yararlanacaktır. Ancak hataya düşme konusunda gerekli dikkat ve özeni göstermemişse sorumlu olacaktır.

Hastanın aydınlatılmış ve geçerli bir rızasının alınması, hastanın teşhis ve tedavi hakkında tam ve açık bilgilendirilmesiyle mümkündür. Bazı durumlarda hasta teşhis ve

tedavisi hakkında bilgilendirilmek istemeyebilir. Bu durumda hasta bu hakkını kullanmak istemediğini hekime açık ve net olarak iletmelidir.

Rızanın genel olarak şekil şartı yoktur. Ancak bazı özel durumlarda yazılı onam şarttır. Bu şekilde özel düzenlemeye tabi durumlarda yazılı rıza yoksa hekimin müdahalesi, hasta aydınlatılma hakkından vazgeçmiş olsa dahi suç teşkil edecektir. Bu durumun istisnası ise zorunluluk halidir (Aygün Eşitli, 2015, s:175 vd).

Hastanın aydınlatılmış rızasının sınırları hekimin teşhis ve tedavisinin sınırlarını da belirler. Hekim teşhis ve tedavi uygularken hastanın kendisine verdiği izin çerçevesinde kalmak zorundadır. Rızanın sınırlarını aşarak ve mesleğinin gerektirdiği dikkat ve özeni göstermeyerek hastaya zarar vermesi halinde taksirli sorumluluğu gündeme gelecektir. Aynı zamanda hekim, doğrudan tedavisi yanında hastanın kişisel özelliklerini, farklı hastalıklarını da dikkate alınması gerekmektedir. Çünkü yazacağı ilaçlar önceden var olan bir hastalığı tetikleyebilir ve hastaya zarar verebilir. Hekim bu durumdan da sorumlu olacaktır.

4. TARTIŞMA

4.1. Taksirle Yaralama ve Öldürme Suçlari Kapsaminda Tibbi Uygulama Hatasinin Kusurluluk Unsuru ve Ceza

4.2. Kusurluluk

Kural her kişinin kusur yeteneğine sahip olduğudur. Kanun kusur yeteneğinin olmadığı halleri istisna olarak düzenlemiştir. Bunlar, yaş, akli denge bozuklukları, sağır-dilsizlik ve arızi nedenler olarak düzenlenmiştir (Önder, 1992, s:252).

"Kusurluluk, failin hukuka uygun hareket edebilme imkânına sahip olduğu halde hukuka aykırı bir davranışı seçmiş ve gerçekleştirmiş olması sebebiyle, bu fiilin ona yüklenebilmesi ve kınanabilmesidir." (Önder, 1992, s: 233).

Bu çerçevede faile kusurlu davranışının yüklenebilmesi yani failin kusur yeteneğinin bulunması gerekmektedir.

Failin kusur yeteneğinin varlığı yanında failin hukuka uygun hareket edebilmesinin ondan beklenebilir olması şarttır. Bir başka deyişle, failin fiilinde, yaş küçüklüğü, akıl hastalıkları, sağır ve dilsizlik gibi "kusurluluğu etkileyen sebeplerden" birinin olmamasıdır. Şayet kusurluluğu etkileyen sebeplerden biri mevcut ise o zaman kusurluluktan bahsedilemeyecektir (Centel ve ark., 2008, s: 351 vd).

Failin kusur yeteneğinin olması onun fiilini "anlaması" ve "istiyor olması" anlamına gelmektedir. Kusur, failin eylemini (hareket ile netice) kasten veya taksirle gerçekleştirmiş olmasıdır. Hareket ve neticenin gerçekleşmiş olması suçun oluşması için yeterli olmayacaktır. Şekli suçlarda fail ile eylem, neticeli suçlarda fail ile hareket ve netice arasında manevi bir ilişkinin bulunması halinde suçtan bahsedilebilecektir. Öğretide bu durum "manevi unsur" "sübjektif unsur" "kusur" veya "kusurluluk" şeklinde adlandırılmaktadır (Centel ve ark., 2008, s:346).

İlkel dönemlerde zararlı sonucun doğması fiilin suç sayılması için yeterli görülmekte iken Roma Hukukunda faile sorumluluğun yüklenebilmesi için failin kusurlu olması koşulu öngörülmüştür. Bir başka deyişle, failin cezalandırılabilmesi için failin zararlı neticeyi istemiş olması veya öngörebilecek halde bulunması gerektiği araştırılmıştır. Ancak zararlı sonucu isteme koşulu bir dönem "niyetin cezalandırılması" gibi bir durum ortaya çıkarmışsa da "kimsenin düşüncesinden dolayı cezalandırılamayacağı" ilkesi yerleşmiştir (Dönmezer, 2003, s: 196,197).

Bir suçun oluşabilmesi için eylem ve o eylemi gerçekleştirme iradesinin de olması gerekir. Özetle "fiilin iradi" olması zorunluluğu vardır. Bu zorunluluk suçun manevi (psikolojik, sübjektif) unsurunu oluşturmaktadır. İcra veya ihmal hareketinin bilinçli ve iradi olmasına bağlı olarak kast ve taksir kavramları ortaya çıkmaktadır.

Psikolojik bir olgu olan manevi unsur suçun maddi (objektif) unsuruna eklenmektedir.

Suçun gerçekleşebilmesi için fiilin iradi olması zaruridir ve istisnai durumu yoktur (Hafızoğulları ve Özen, 2015, s:240).

Kusurluluğun esasına ilişkin iki baskın görüş bulunmakta olup bunlar; psikolojik (tabiatçı) anlayış ile normatik (kuralcı) anlayıştır.

Fail ile eylem arasındaki psikolojik bağ geleneksel teoride "kusurluluğun psikolojik anlayışını" ifade etmektedir.

Hafızoğulları'na göre bu anlayış hem kusurludur hem de eksiktir. Çünkü "ödeve karşı gelme" bir başka deyişle iradenin kurala itaatsizlik niteliğini göz ardı etmektedir. Kusurluluktan bahsedildiğinde psişik bağ ile beraber verilen göreve itaatsizlik de anlaşılmalıdır. Kusurluluğun psikolojik bağ yanında göreve itaatsizliğin de eklenmesi haline kusurluluğun normatif veya kuralcı anlayışı denmektedir.

Buna göre bir norm ile failin iradesinin çatışması söz konusudur. Hafızoğuları bu düşüncenin çatışma mecburiyetini belirlerken ileri gittiğini çünkü burada kusurluluğun

gerekenden veya yükümlü olunandan farklı bir eylemde bulunmaktan dolayı verilen bir kınama ya da ayıplama hükmü olduğunu bu durumda kusurluluğun kınanabilirlik olduğunu bir başka deyişle failin eyleminden dolayı kınanabilir olmasıdır demektedir.

Kusurlu iradenin psikolojik yönünün önemli olduğu ikinci plana itilmesinin doğru olmadığı ayrıca kınanabilirlilik failin eylemi ile psikolojik bağında değil hükmü veren hâkimin kafasında aranmaktadır ki Hafızoğulları bu durumun kabul edilemez olduğunu söylemektedir (Hafızoğulları ve Özen, 2015, s:243).

Doktrinde psikolojik ve normatif anlayış her biri kusurluluğun zorunlu bir yönünü ortaya koyduğu ileri sürülmüştür. Failin eylemi psikolojik davranışla ilişkili olmalı neticenin gerçekleşmesi failin psikolojik davranışına yönlendirilebilmelidir (Hafızoğulları ve Özen, 2015, s:244).

Psikolojik teoriye göre kusurluluk bir bütün olup kast ve taksir de aynı temellere dayanmaktadır. Her iki durumda da "hareketin istenmesi" söz konusu olduğu için kusur hareketin istenmiş olması için yeterlidir. Zararlı sonuç ile fail arasında kurulan psikolojik bağ kusuru oluşturmaktadır. Bu görüş taksirdeki değerlendirmeyi göz ardı ettiği yönünde eleştirilmiştir (Dönmezer, 2003, s:197).

Psikolojik teoriye göre kusur failin fiilinden doğan netice arasındaki sübjektif ilişki olup türleri kast ve taksir olarak belirlenmektedir. Failin isteyerek, bilerek, iradi olarak istediği neticeye ulaşması sonucu oluşan kusur kast, failin gerçekleşen neticeyi istemediği halde neticenin gerçekleşmesi sonucu faile yüklenecek olan kusur türü ise taksir olarak nitelendirilmektedir.

Faile kusur yüklenebilmesinin ön koşulu failin kusur yeteneğinin olup olmadığıdır. Bu teori taksirli suçları açıklayamayacağı nedeniyle eleştirilmiştir (Centel ve ark., 2008, s: 346).

Normatif görüşte failin davranış psikolojisi failin yükümlü olduğundan farklı bir biçimde ortaya çıkmaktadır. Bu durumda faile herhangi bir kınama yüklenemiyorsa failin iradesinin kusurlu olduğu söylenemez (Hafızoğulları ve Özen, 2015, s:244).

Normun hükmüne aykırı yapılan davranış normatif kusurluluk anlayışını getirmektedir. Yani norma aykırı davranmaktır. Aykırı davranış bilinci kast ile taksirin birleştiği noktadır (Dönmezer, 2003, s:197).

Normatif teori fail ile fiili arasındaki ilişkiyi "bir değer yargısı" olarak görmektedir. Fail bu değer yargısı nedeniyle kınanmaktadır. Failin eylemi ile netice arasında psikolojik ilişkinin bulunması faili kusurlu saymaya yetmeyeceği savunulmuştur.

Hukuk kurallarına aykırı davranan, kuralları ihlal eden kişi normatif teoriye göre kusurlu sayılmaktadır (Centel ve ark., 2008, s:347).

Dönmezer; kanunun kusurluluğu, kast, kastın aşılması ve taksir olmak üzere 3 halinden bahsettiğini, her 3 halin ortak unsurunun psikolojiye bağlı eylemlerin iradeliği olduğunu kast bakımından psikolojik görüşün yeterli olduğunu ancak taksirde psikolojik görüşün yeterli olmayacağını psikolojik görüş yanında failin normatif kurallara aykırı davranıp davranmadığının da araştırılması gerektiğini belirtmektedir.

Kasıtlı suçlarda fail bilerek-isteyerek norma aykırı davranmıştır. Bu nedenle kınanmaktadır.

Taksirli suçlarda fail gerekli dikkat ve özeni göstermediği için kınanmaktadır.

Önder, "kusurlulukta psikolojik teori esastır" demektedir. Önder (1992, s: 260, 261), kusurluluğun psikolojik mi yoksa normatif temelde mi aranmasının nedeninin kelimelere verilen değerinden kaynaklandığını, iki teorinin birbirine karşıt olmadığını belirtmektedir.

Kusurluluk, suça neden olan fiile yol açan iradenin, ödeve ters düşecek hareketi olarak tanımlanabilir (Hafızoğulları ve Özen, 2015, s: 244).

Geleneksel doktrin, kusurluluğun söz konusu olabilmesi için failin fiilinin sorumluluğunu bilebilme yeteneğinin olmasını gerekli görmüştür. Fail, akıl sağlığı yönünden tam değilse küçük ya da akıl hastası ise hukuka aykırı olarak yaptığı eylemden sorumlu olmayacaktır. Faile zararlı neticeden dolayı suç isnat edilemeyecektir.

Geleneksel düşünceye göre isnat edilebilir olmak kusurluluğun ön şartıdır. Bu düşüncenin dayandığı esas kusurlu fiil için verilen hükmün niteliğinden dolayı failin ahlaken kınanması gerektiğidir. Küçüklerin ve akli dengesi bozuk kişilerin eylemleri ahlaki bir saptamaya uygun değildir. Dolayısıyla, bu durumlarda kusurlu iradeden bahsetmek imkânsızdır.

Geleneksel düşünceye göre hukuki kusurla ahlaki kusur çakışmaktadır. Hâlbu ki, ahlaki kusurla hukuki kusur farklı şeylerdir.

Kast ve taksirin yapısındaki psişik yapının küçüklerde ve akıl hastalarında da rastlanabildiği dikkate alındığında geleneksel düşüncenin çok da gerçekçi olmadığı görülecektir (Hafızoğulları ve Özen, 2015, s: 245).

4.2.1. Genel Olarak Taksir

Sosyal hayatta bireylerin birbirleriyle, kurum ve kuruluşlarla çeşitli ve zorunlu ilişkiler içinde bulunmaları sonucu bireylerin işler nedeniyle dikkatli ve özenli olmak gibi bir yükümlülükleri bulunmaktadır. Bireyler, dikkatsiz ve özensiz davranmaları sonucu ortaya çıkacak olan taksirli davranış ve bunun neticelerinden kanunda açıkça suç olarak düzenlenmiş olması halinde sorumlu olacaklardır.

Taksirli fiilin ceza yükümlülüğü ortaya koyabilmesi için, o fiilin ceza kanununda suç olarak belirlenmiş olması kuralı kanunilik ilkesinin zorunlu sonucudur.

Şayet failin fiilinde, ceza kanunundaki suç tanımının taksirli biçimi yoksa cezai sorumluluk doğmayacak sadece failden zararın tazmini istenebilecektir . (Hafızoğulları ve Özen, 2015, s: 263).

Taksir esasını, Hafızoğulları-Özen'in de katıldığı görüşe göre, toplumsal ilişkiler sırasında zararlı sonuçların doğmasını engellemek için kamu kurum ve kuruluşlarınca konan yasaklara ya da toplumun gelenek ve göreneklerine uymamakta bulmaktadır. Kısaca tedbirsizlik veya özensizliktir.

Taksir TCK 22.m'de düzenlenmiştir. TCK 22/1'de "taksirle işlenen fiiller, kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılır" diyerek hangi durumda taksirli fiilin cezalandırılacağını belirlemiştir.

TCK md. 22/2'de "taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyerek gerçekleştirilmesidir" diyerek taksirin esasını belirlemiştir.

Fiilin taksirli olduğunu söyleyebilmek için taksirle işlenebilen bir suçun olması, davranışın iradi olması ancak neticenin istenmemesi ve failin fiili ile netice arasında nedensellik bağının bulunması gerekmektedir.

Taksirle işlenebilen bir suçun bulunması zorunluluğu kanunilik ilkesi gereği olup sadece bazı suçların taksirle işlenebileceği, kanunda suçun taksirli halinin düzenlenmemiş olması haline taksirden cezalandırmanın mümkün olmadığı TCK 22/1'den açıkça anlaşılmaktadır. Örneğin taksirle insan öldürme TCK md.85, taksirle yaralama TCK md.89, trafik güvenliğini taksirle tehlikeye sokma TCK md.180 gibi (Hafızoğulları ve Özen, 2015, s: 268).

Failin taksirli iili nedeniyle sorumlu tutulabilmesi için fiilinin iradi olması ancak sonucun istenmemiş olması gerekmektedir. Hafızoğulları-Özen sonucun öngörülüyor olmasının isteme anlamına gelmediğini belirtmektedirler.

Failin taksirli sorumluluktan cezalandırılabilmesi için sonucun gerçekleşmesi gerekmektedir. Taksirli fiilin mutlaka bilinçli, iradi olması zorunludur. Fiil bilinçli, iradi değilse taksirden bahsedilemez (Hafızoğulları ve Özen, 2015, s: 268).

Failin fiilinden dolayı taksirden sorumlu olabilmesi için aynı zamanda "istenmeyen zararlı sonuçları önlemeye yönelik davranış kurallarının ihlal edilmesi" gerekir (Hafızoğulları ve Özen, 2015, s: 269, naklen; Toroslu,1970, s:198).

Bu kurallar yazılı ve yazılı olmayan kurallar bütünüdür. Yazılı kurallar kamu kurum ve kuruluşları tarafından konulan uyulması zorunlu kurallar olup uyulmadığında cezai sorumluluk doğuran kurallardır. Yazılı olmayan davranış kurallarının objektif nitelikte olması zorunluluğu vardır. Fail gerekli özen ve dikkati gösterse dahi istenmeyen sonucun yine de meydana geleceği kesinse artık taksirden söz edilmeyecektir.

Taksirden söz edebilmek için aynı zamanda hukuka aykırı olarak, ihlal edilen fiilin faile isnat edilebilir olması koşulu da vardır.

Failin, ihlal ettiği kuralın sonuçlarının öngörülebilir olması şarttır. Aksi takdirde yani zararlı sonucu öngöremeyecek durumda ise fiilinden dolayı sorumluluk yüklenemeyecektir.

Yargıtay failin zararlı sonucu öngörebilmesinde failin yaşının, görgüsünün, mesleğinin önemli olduğunu, failin zararlı sonucu öngörüp göremeyeceğinin tespitinde failin bu özelliklerinin dikkate alınması gerektiğini kabul etmiştir (Yargıtay CGK, 11.05.2004 tarih ve 2004/2-97 E. 2004/2-97 E, 2004/115 K) (Hafızoğulları ve Özen, 2015., s.272 naklen: Metiner, H-Koç, A, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Genel Hükümleri, Cilt: I, Ankara, 2008).

Taksirli sorumluluktan bahsedebilmek için aynı zamanda zararlı sonucu doğuran fiil ile zararlı sonuç arasında bağ bulunması şarttır. Bir başka deyişle zararlı sonuç failin fiilinden kaynaklanmış olmalıdır.

Zararlı sonucun doğmasında üçüncü kişinin bir fiili de mevcut olduğunda, üçüncü kişinin zararlı sonucun oluşmasındaki kusurlu davranışı ile zararlı sonuç arasındaki illiyet bağının olup olmadığına, üçüncü kişinin fiilinin zararlı sonuca ne kadar etkilediğine kusur oranına bakılacak ve fiille zararlı davranış arasında illiyet bağı kurulabiliyorsa, üçüncü kişi de sorumlu olacaktır (Hafızoğulları ve Özen, 2015, s: 273).

Taksir, zararlı sonucun öngörülmemesine veya öngörülmesine rağmen istenmemesine göre "basit taksir" ve "bilinçli taksir" olarak ayrılmaktadır (Hafızoğulları ve Özen, 2015, s: 277).

Failin fiilinin eğer dikkatli ve özenli davransaydı öngörebileceği, fiilin zararlı sonucunu öngörememesi halinde, basit taksirden söz edilir.

TCK md.22/2'de taksiri; "…Bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyerek gerçekleştirilmesidir" şeklinde kurala bağlamıştır.

Fail fiilinin zararlı sonucunu öngörmesi fakat zararlı sonucu istememesi halinde ise bilinçli taksirden söz edilir.

TCK md. 22/3'deki düzenlemede bilinçli taksir "kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın neticenin meydana gelmesi halinde bilinçli taksir vardır….;" şeklinde tanımlanmıştır. Bilinçli taksir halinde fail, neticeyi öngörmekte, ancak gerçekleşmeyeceği inancıyla hareket etmektedir.

Taksirli bir suça birden fazla kişinin katılması halinde TCK md. 22/5 düzenlemesi karşımıza çıkmaktadır. TCK md.22/5 uyarınca, "birden fazla kişinin taksirle işlediği suçlarda, herkes kendi kusurundan dolayı sorumlu olur. Her failin cezası kusuruna göre ayrı ayrı belirlenir".

Hafızoğulları- Özen, her failin cezai sorumluluğunun kendi kusuruna göre belirleneceğini kanunda belirlendiğini ancak faillerinin fiillerinin netice ile olan nedensellik bağının dikkate alınıp alınmayacağının normda belirli olmadığını söylemektedirler.

Hafızoğulları-Özen; kanunun gerekçesinde "ameliyatta işlenen taksirli suçlarda iştirak kuralları uygulanmaz" demekle birlikte faillerin fiilleri ile zararlı sonuç arasında kusurun belirlenmesinde illiyet bağının kurulup kurulmayacağı hususuna yer vermemiştir, demektedirler.

Bir görüşe göre ise, birden çok taksirli fiilin katılımıyla meydana gelen neticeden sadece neticeyi meydana getiren doğrudan neden sorumludur. Diğer taksirli davranışların ise özel hukuk sorumluluklarının olduğunu kabul etmek gerekir.

Hafızoğulları-Özen, taksirli suçlarda, ceza sorumluluğunun sınırlarının dar tutulmasının kendilerine göre doğru olduğunu belirtmektedirler (Hafızoğulları ve Özen, 2015, s: 280-281).

Ameliyatlarda, iş kazalarında birden çok kusurlu davranış sonucu meydana gelen taksirli suçlarda her failin kendi kusurundan sorumlu olacağı TCK'da düzenlenmiş olmasına rağmen kusurun neye göre belirleneceği belli değildir. Bu durumda neticenin meydana gelmesine etki eden tüm fiiller göz önüne alınacaktır. Burada beşeri nedensellik düşüncesinin geçerli olduğu belirtilmektedir.

TCK md. 22/5 taksirli suça katılan tüm failler kendi kusurlarından sorumlu olacaklarını düzenlemiş olmasına karşın Hafızoğulları-Özen (2015, s: 281) failin kusurunu nasıl belirleneceği hususunun belirsiz kaldığını söylemektedirler.

Bu konuda değişik düşünceler mevcuttur. Bazı yazarlar mağdurun kusurunu, failin kusurundan çıkarılabileceğini bir başka deyişle kusurların takas edilebileceğini kabul etmişlerse de bu düşünce eleştirilmiştir. Çünkü özel hukuka ait olan karşılıklı kusurların dengelenmesi konusunun ceza hukukunda dikkate alınması mümkün değildir. Ceza hukuku kamu düzenine ilişkin olduğundan takas mümkün görülmemiştir.

Hafızoğulları-Özen (2015, s: 281), failin kusurunun belirlenmesinde hâkimin takdir yetkisini kullanarak belirleyeceğini söylemektedirler.

4.2.2. Taksirle Yaralama

Taksirle yaralamada fail meydana gelen zararlı sonucu istememektedir. Fail göstermesi gereken objektif özen ve dikkati göstermediği için zararlı sonuç meydana gelmektedir. Kasten yaralama sonucu meydana gelen zarar ile taksirli yaralama suçu sonucu meydana gelen zararlı sonuç arasındaki fark kast unsurudur. Taksirle yaralamada kast unsuru bulunmamaktadır (Taneri, 2014, s:149).

Taksirle yaralama suçu 5237 sayılı TCK'nun 89. Maddesinde hükme bağlanmıştır.

TCK md. 89/1 uyarınca; "taksirle başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan kişi …… cezalandırılır."

TCK md.89/2'de ise taksirle yaralama suçunun nitelikli halleri düzenlenmiştir. İlgili madde uyarınca "taksirle yaralama fiili, mağdurun; duyularından veya organlarından birinin işlevinin sürekli zayıflaması, vücudundaki kemik kırılmasına, konuşmasındaki sürekli zorluğa, yüzünde sabit ize, yaşamını tehlikeye sokan bir duruma, gebe bir kadının çocuğunun vaktinden önce doğmasına, neden olmuşsa 1. fıkraya göre belirlenen ceza yarısı oranında arttırılır", denmektedir.

TCK md.89/3' uyarınca, "taksirle yaralama fiili, mağdurun; iyileşmesi olanağı bulunmayan bir hastalığa veya bitkisel hayata girmesine, duyularından veya organlarından birinin işlevinin yitirilmesine, konuşma ya da çocuk yapma yeteneklerinin kaybolmasına, yüzünün sürekli değişikliğine, gebe bir kadının çocuğunun düşmesine, neden olmuşsa 1. fıkraya göre belirlenen ceza 1 kat arttırılır," denilmektedir.

TCKmd. 89/4'de ise birden fazla kişinin taksirle aynı fiil sonucu yaralanması durumunda 6 aydan 3 yıla kadar hapis cezası verileceği belirtilmektedir.

TCK md.89/5'de taksirle yaralama suçunun soruşturulmasının ve kovuşturulmasının şikâyete bağlı olduğunu 1. fıkra kapsamına giren yaralama dışında suçun bilinçli taksirle işlenmesi durumunda şikâyet aranmayacağını, hükme bağlamıştır.

Yargıtay, yerel mahkemenin, kanal tedavisi sonrası ağrıları geçmediği ve tedavisinin eksik yapıldığını bir yıl sonra başka bir hastanede öğrendiği için, bir yıl sonra şikâyetçi olan hastanın taksirle yaralama suçunun TCK md.89/5 uyarınca takibi şikâyete bağlı olması ve TCK md.73/1 uyarınca sürenin 6 ay olması gerekçesine dayanarak davanın düşmesine ilişkin verdiği hükmü; hastanın başka bir hastaneye gitmeden bu durumu öğrenmesinin mümkün olmadığı ve öğrendiği tarihten itibaren 6 ayın dolmadığı gerekçesiyele bozmuştur (12 CD., E. 2016/948 K. 2017/4929 T.8.6.2017).

TCK md. 89/1 "……. başkasının vücuduna ……." denmesinden taksirle yaralama suçunun mağdurunun yaşayan insan olduğu görülmektedir.

Taksirle yaralama suçunun faili insandır. Hekimlerin taksirle yaralama suçunu işlemesi ancak tıbbi müdahalede bulunurken gerekli dikkat ve özeni göstermemeleri halinde söz konusu olacaktır.

Suçun maddi unsuru TCK 89/1'de "……. acı vermek, sağlığının, algı yeteneğinin bozulmasına" neden olan fiil olarak gösterilmiştir (Taneri, 2014, s: 148, 157).

TCK md. 22/3'de bilinçli taksir düzenlenmiştir.

TCK md. 22/3 uyarınca, "kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi halinde bilinçli taksir vardır. Bu halde taksirli suça ilişkin ceza 3/1'den yarısına kadar arttırılır."

Gökhan Taneri, adı geçen eserinde kanunun taksirin derecelendirilemeyeceğini düzenlediğini fakat taksir ve bilinçli taksir ayrımına gitmesinin bir çelişki olduğunu kavramın kendi içinde bile hayatın akışına uymadığını belirtmektedir.

Gökhan Taneri'ye göre (2014, s: 176) kusur yüzdelik olarak belirlenebilir. Belli kusurlu hareketler 100 üzerinden değerlendirilerek kusur oranının belirlenebileceğini ve bu durumun çözüm odaklı olduğunu söylemektedir.

Taksirle yaralamanın basit biçimi TCK md. 89/1 de, bilinçli taksir TCK md. 22/3'te, bilinçli taksirle işlenen suçlarda indirim ve artırım TCK md. 61/2'de taksirle suçun ağırlaştırılmış hali TCK md. 89/2,3'de hükme bağlanmıştır (Hafızoğulları ve Özen, 2016, s: 94).

Taksirle yaralama ile kasten yaralama arasındaki fark manevi unsur olarak ortaya çıkmaktadır. Neticenin ölüm ya da yaralama olması suçun taksirle ölüme sebep olma mı yoksa taksirle yaralama mı olduğunu ortaya koymaktadır. Bilinçli taksirde ceza TCK 22/3 gereği ağırlaştırılacak ve takibi şikâyete bağlı suç kapsamından çıkarılacaktır (Özbek ve ark., 2012, s: 238).

Örneğin, hastanın dişindeki enfeksiyonu dikkate almadan çeken ve enfeksiyonun beyne veya akciğerlere sirayet etmesi sonucu hastanın ölmesi durumu bilirkişi marifetiyle de tespit edilmesi halinde diş hekimi taksirle öldürmeden (TCK md. 85) sorumlu olacaktır.

Bir dişin çekimi esnasında hastanın çene kemiğinin kırılması ya da çenenin çıkması diş hekiminin dikkat ve özen eksikliğinden kaynaklanmışsa diş hekimi taksirle yaralamanın, neticesi sebebiyle ağırlaşmış şeklinden sorumlu olacaktır (Koca ve Üzülmez, 2015, s: 230-231).

Taksirle yaralama suçu bilinçli taksirle işlenmesi halinde, fail fiilinin zarar vereceğini bilmekte ancak neticenin olmasını istememektedir (TCK md. 22/3) (Soyaslan, 2014, s: 183). Taksirle yaralama suçu ile taksirle öldürme suçu aslında birbirine benzemekle birlikte aralarında netice açısından fark vardır. Taksirle öldürme suçunda netice ölüm olup taksirle yaralama suçunda ise "başkasının vücuduna acı verme veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulması" söz konusudur (Tezcan ve ark., 2010, s: 265).

Taksirle yaralama suçu yaralamanın gerçekleşmesiyle sonuçlanan ve kişinin sağlığında olumsuz etkiler meydana getiren bir suçtur (Tezcan ve ark., 2010, s: 266 naklen; Delpino, s: 514, Attanzi, s:1379). Kanun taksirli fiil sonucu meydana gelen zararlı sonucun ağırlığına bağlı olarak cezanın arttırılacağını hükme bağlamıştır. Bu durumda

cezanın arttırılması için failin fiilinin sonuçlarını öngörüyor olması koşulu önem arz etmektedir (Soyaslan, 2014, s:185). Yaralamanın hafif ya da ağır olması suçun niteliğini değiştirmez.

Taksirle yaralama icrai veya ihmali bir davranışla gerçekleştirilebilir**.** TCK' da taksirle yaralama suçunun ihmali davranışla işlenmesi durumunda bir indirim düzenlenmemiştir (Tezcan ve ark., 2010, s: 266 vd).

TCK dikkat ve özen yükümlülüğünü ihlal ederek başkasının sağlığını ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olunması durumunu taksirle yaralama suçu olarak kabul etmiş ve TCK md. 89 da düzenlemiştir (Soyaslan, 2014, s: 182).

Diş hekimliğinde, tıbbi uygulama hatalarının neler olduğu ve ne sıklıkla karşılaşıldığı üzerine yapılmış ve istatistiksel olarak anlam ifade eden sonuçlara ulaşılmış bir çalışmaya literatürde rastlanamamıştır. Diş hekimliği, tıbbın diğer pek çok dalında olduğunun aksine, tedavi sırasında hastanın tamamen uyanık ve sürece dâhil olduğu ve çoğu uygulaması cerrahi olan bir branştır. Tüm refleksleri ve hareketleriyle uyanık bir hastanın, baş boyun gibi, insan vücudunun en tehlikeye açık bölgesinde, üstelik de, hastanın işlem sırasında çalışılan bölgesindeki tüm organ ve dokuları hareketliyken, kısıtlı bir görüş alanıyla çalışmak farklı ve zor bir durumdur. Bununla beraber, pek çok tedavinin başarı ve idamesi için şart olan post operatif bakım da çoğunlukla hastaya aittir. Hastanın yatırılarak takip edildiği nadir vaka dışında, hasta ancak, diş hekimine tekrar başvurursa durumu izlenebilir.

İşte bu nedenlerle, bazı durumlarda komplikasyon olan müdahale sonucu, bazı durumlarda da tıbbi uygulama hatası olacaktır. Örneğin, bir dental implantın osseointegrasyonunun, hekim hatasından mı yoksa hastanın post operatif bakımının yetersizliğinden mi sağlanamadığının tespiti zordur. Hekim aldığı anamnezde sistemik hastalıkları değerlendirmiş midir ya da hasta hekimi bu konuda doğru ve yeterli bilgilendirmiş midir, ağız hijyeni preoperatif dönemde yeterli miydi gibi soruların her vakada ayrı şekilde cevaplanması zorunluluğu vardır.

Amerikan Endodontistler Derneği'nin (AEA) kendi üyeleri arasında yaptığı ankete göre, üyelerinin % 100'ünün karşılaştığını söylediği, kanal tedavisi sırasında kanal içinde alet kırılması, hekimin aletleri doğru kontrol etmeyişinden ya da tekniğindeki hatadan kaynaklanıyor olabileceği gibi aletin üretimindeki bir hatadan ya da hastanın refleksinden de kaynaklanabilir ve hangi sebebin istenmeyen sonuca yol açtığının teşhisi, bu tip durumlarda özel incelemelerle sağlanabilir.

Sık karşılaşılan bir durum olması dolayısıyla, farklı bir örnek olarak, yabancı cisim aspirasyonu da verilebilir. Çalışılan ağız ortamının anatomisi dolayısıyla, kanal aletlerinden, dolgu artıklarına ve hatta protezlere kadar pek çok yabancı cisim hasta tarafından aspire edilebilir. Böyle bir durumda hekimin, gerekli özen ve dikkati gösterip göstermediği ve tedbirli davranıp davranmadığının değerlendirilmesi gerekir. Ancak bu değerlendirme, hekimin bu durumu önlemek için gerekli ekipmana ulaşımının olup olmadığı da göz önüne alınarak yapılmalıdır.

Hipertansiyon hastası bir hasta, diş ağrısından kurtulmak amacıyla, diş hekimi ayrıntılı olarak sorsa dahi, bilgi vermeyerek kendi hayatını riske attığında, karşılaşılacak sonuç gene diş hekiminin sorumluluğunda olacaktır. Hekimin aydınlatma kusuru tespit edilebilirken, hastanın kendi sağlık sorunları hakkında doğru bilgiler verip vermediği tespit ve ispat edilememektedir.

Bazı durumlarda dental tedavi sonrasında, farklı rahatsızlıklar da ortaya çıkabilmektedir. Bu durumda önemli olan, yapılan müdahalenin sonradan ortaya çıkan sonuçla arasında nedensellik bağının kurulabilmesidir. Örneğin Yargıtay, bir kararında, diş çekimi sonrası yüz felci geçiren hastanın şikâyetinin, gelen bilirkişi raporlarında nedensellik bağı bulunamamasına rağmen, tekrar değerlendirilmesini uygun görmüştür (12. CD. E. 2016/5208 K. 2016/10097 T.14.6.2016).

Yargıtay içtihatlarına bakıldığında, esastan değil ama usulden bozma hükmü verilen bir davada, hekimin eksik tedavisi, yetersiz antibiyoterapi ve küretaj yapılmayarak hastanın, çekim sonrası ağırlaşan enfeksiyonu ile gözünün kaybına yol açtığına dair Adli Tıp Raporu verildiği görülmektedir (13. HD. E. 2017/5566 K.2017/10456 T.31.10.2017).

Yerel mahkemece yanlış diş çekiminin belirlendiği bir dosyada, Yargıtay, kusur ve hastanın alışılmış uğraşısından kaç gün uzak kalacağının da saptanmasını istemiştir. Diş hekiminin, hastanın sol yerine sağ taraftaki süt azı dişlerini çektiğine, gerekli dikkat ve özeni göstermeyerek hastanın sıhhatini ihlal edecek derecede yaralanmasına sebebiyet verdiğine karar verilmiştir (4. CD. E. 2002/28399 K. 2003/11352 T.12.11.2003).

Aynı şekilde, sol taraftaki süt dişlerin uyuşturulmasına rağmen, sağ taraftaki süt dişlerin çekildiği bir dosyada bilirkişi raporu, fazladan yapılan anestezi haricinde sanık diş hekimine atf-ı kabil kusur bulunmadığı yönünde gelmiştir. Ancak, Yargıtay, bu dosyada, anne babanın rızasının ve bilgisinin olmaması nedeniyle yapılan müdahalenin hukuka aykırılığına dikkat çekmiştir (12. CD. E.2015/16348 K. 2017/387 T.17.1.2017).

Hekimin sorumluluğu, ön muayene aşamasında başlayıp, yapılan müdahale ve sonraki dönem kontrollerde de devam etmektedir. Öte yandan, yapılan müdahalenin eksik veya kusurlu kaldığı durumlarda, tedavi hekim tarafından tamamlanmalı, tamamlanamıyorsa işlemin yapılabileceği merkeze sevk ve takibi yapılmalıdır. Her müdahalenin her hekim tarafından yapılması mümkün değildir. Bununla beraber, başlanan bir müdahalenin takibi de hekimin görev ve sorumluluğudur. Yargıtay, başka bir dosyada, çekim sırasında kırılan dişlere ait köklerin çıkartılamamasını ve çıkartılması için, hastanın, çene cerrahı olan bir merkeze yönlendirilmemesini, eksiklik olarak nitelendirmiş ve sanık diş hekiminin taksirle yaralama suçundan cezalandırılmasına karar vermiştir (12.CD. E. 2016/11906 K.2018/12451 T.19.12.2018).

Yargıtay'a yansıyan dosyalardan, Yüksek Mahkeme'nin, her olayı kendi özelinde, ancak, hukuki bütünlük içerisinde değerlendirdiği görülmektedir.

İşte bu nedenlerle, vaka sayısı kadar farklı sayıda durum ortaya çıkacağından da hukuken kısıtlı bir düzenleme yapmak, çene kırığı şu madde, alet aspirasyonu bu madde demek imkânsızdır. "Tıbbi Hizmetlerin Kötü Uygulanmasından Doğan Sorumluluk Kanun Tasarısı" ([http://web.deu.edu.tr/radyolojiabd/malpraktis.html], 08.04.2019) incelendiğinde, pek çok bildiri ve yönetmeliğin, bir düzen dâhilinde toplandığı görülecektir. Ancak, tek tek, vaka özelinde düzenleme yapılmasının mümkün olmadığı aşikârdır. Diş hekimliğinin teknik ve kendine özgü yapısından ötürü, konusunda uzman

diş hekimi bilirkişiler de, tıbbi uygulama hatalarının çözümünde yüce yargıya yardımcı olmakta ve sonuca ulaşılmaktadır.

4.2.3. Taksirle Öldürme

Taksirli insan öldürme sucunda korunan hukuki menfaat kişinin yaşama hakkıdır. Bir başka deyişle, amaç kişilerin dikkatli ve özenli davranmalarının sağlanarak yaşamın korunmasıdır (Artuç, 2008, s:236).

Failin herhangi bir özel niteliğinin olması gerekmemektedir. Herkes taksirli bir davranışıyla bir başkasının veya başkalarının ölmesine, yaralanmasına neden olabilir. Dolayısıyla herkes gibi hekimler ve diş hekimleri de tıbbi uygulama hataları sonucu, gereken dikkat ve özeni göstermeyerek hastalarının yaralanmasına ya da ölmesine sebep olabilirler. Burada çözümlenmesi gereken sorun, kişinin davranışı ile netice arasında nedensellik bağının olup olmadığıdır. Hareketi ile ortaya çıkan zararlı sonuç arasında nedensellik bağı kurulabilen herkes fail olabilir ve kusuru oranında cezalandırılır (Taneri, 2014, s:137).

Ceza açısından TCK md. 22/6'da yapılan düzenlemeye göre, failin kendisine ceza verilmesine gerek duyulmayacak kadar mağduriyeti söz konusu olduğu basit taksir halinde ceza verilmez, bilinçli taksirde de indirim yapılacaktır.

Taksirle insan öldürme, TCK md. 85'te düzenlenmiştir. TCK' md. 85/1 uyarınca "Taksirle bir insanın ölümüne neden olan kişi bir yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Fiil, birden fazla insanın ölümüne ya da bir veya birden fazla kişinin ölümü ile birlikte bir veya birden fazla kişinin yaralanmasına nedene olmuş ise, kişi iki yıldan on beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır," denilmektedir.

Görüleceği üzere kanun taksirle insan öldürme suçunda faile verilecek cezayı TCK md. 85'te belirlemiştir. TCK md. 22'de de taksiri tanımladığı düşünüldüğünde taksirle insan öldürme suçunu TCK md. 22'de ki düzenleme ile birlikte değerlendirmek zorunluluğu bulunmaktadır (Hafızoğulları ve Özen, 2016, s:59).

Taksirle insan öldürmede aranacak koşullar, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı, tedbirsiz, dikkatsiz kanunun emirlerine aykırı davranarak bir kişinin ölümüne neden olmaktır. Hafızoğulları ve Özen, 2016, s:61).

TCK md. 22 "fiilin taksirle işlenen bir fiil olması, hareketin bilinçli olması ancak sonucun istenmemesi, neticenin öngörülebilir olması ve failin eylemi ile sonuç arasında nedensellik bağının olması" durumunda TCK md. 85 kapsamında insan öldürme suçundan faile ceza verilecektir.

Taksirli insan öldürme suçunun, birden çok kişinin birlikte gerçekleştirdiği hareketle gerçekleşmesi halinde herkes kendi kusuru oranında cezalandırılacaktır. Burada faillerin zararlı sonucun meydana gelmesindeki katkıları belirlenecek ve hâkim "aslı kusur –tali kusur" ayrımını dikkate alacaktır (Hafızoğulları ve Özen, 2016, s:63).

TCK md. 22/3'te bilinçli taksir hali düzenlenmiştir. Bu fıkraya göre, "kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi" halidir.

Bilinçli ve bilinçsiz taksiri ayırmada önemli unsurlardan birisi sonucu öngörmektir. Fail zararlı sonucu, öngörülebilir olmasına karşın öngöremeden harekette bulunmuşsa bilinçsiz taksir, fail zararlı sonucu öngörüyor ancak zararlı sonucun gerçekleşmeyeceği düşüncesiyle harekette bulunuyorsa bilinçli taksir söz konusudur (Artuç, 2008, s:237).

Bilinçli taksir zararlı sonucun öngörülmesi ancak gerçekleşmeyeceğine dair kişinin kendi tecrübesi, bilgisi, teknik donanımına güvenmesi gibi çeşitli nedenlerden kaynaklanmaktadır. TCK md. 22/6'da taksirli hareket sonucunda ortaya çıkan zararlı sonuç "failin kişisel ve ailevi durumu bakımından, artık bir cezanın hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede mağdur olmasına yol açmışsa ceza verilmez" derken basit taksir halinde faile ceza verilmeyeceğini hükme bağlamış ve "bilinçli taksir halinde verilecek ceza yarıdan altıda bire kadar indirilebilir" düzenlemesiyle de bilinçli taksirle insan öldürme suçunda failin mağduriyetini göz önüne alarak yapılacak indirim oranını belirlemiştir (Hafızoğulları ve Özen, 2016, s: 64) TCK md. 85/2'de ise kanun taksirle insan öldürme suçunun hangi hallerde ağırlaştırıcı nedenlerinin varlığını kabul ettiğini

düzenlemiştir. TCK 85/2 “fiil birden fazla insanın ölümüne ya da bir veya birden fazla kişinin ölümü ile birlikte bir veya birden fazla kişinin yaralanmasına neden olmuş ise, kişi iki yıldan on beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır”, demektedir. Taksirli suçlarda tecrübesizlik, deneyimsizlik söz konusu olduğuna ve kast olmadığına göre bu suça teşebbüs de mümkün görülmemektedir. Yine taksirli suçlara iştirak edilebileceği doktrin ve Yargıtay’ca kabul görmemektedir. Çünkü suça iştirak için zararlı sonucun doğmasını istemek, suça katılma iradesi göstermek gerekmektedir. Taksirli suçlarda ise zararlı sonuç öngörülmekte ancak istenmemektedir. Bir başka deyişle zararlı sonucun gerçekleşmesi için bir irade yoktur.

Taksirle bir insanın ölümüne neden olan fiil hukuka uygunluk nedenleri yoksa hukuka aykırı olacak ve fail kusurlu bulunacaktır. Failin dikkat ve özen yükümlülüğünü ihlalinde kişinin kusur yeteneğinin bulunup bulunmadığı yani söz konusu hareketin sonuçlarının faile yüklenip yüklenemeyeceğinin öncelikle araştırılması gerekmektedir (Koca ve Üzülmez, 2015, s: 147).

Ayrıca faile kusur yüklenebilmesi için, failin dikkat ve özen yükümlülüğünü yerine getirebilmesine uygun koşulların var olup olmadığına dikkat edilmelidir. Çünkü gereken koşullar yoksa failin dikkat ve özen yükümlülüğünü yerine getirmediğinden bahsedilemez ve kusur yüklenemez (Bkz. aynı yerde).

Hekim aydınlatma, teşhis, tedavi ve tedavi sonrası bakım süreçlerinin her birinde dikkatli ve özenli davranmak zorundadır. Bu aşamaların herhangi birindeki taksiri, yaralanma veya ölüme sebebiyet verebilir. Örneğin, bir diş hekimi uygun şekilde ön muayenesini yapmadığı bir hastasında, sistemik hastalıklarını dikkate almadan yapacağı bir anesteziyle hastanın ölümüne sebebiyet verebilir.

Taksirli suçlarda teşebbüs ve iştirak mümkün değildir. Ancak içtima konusunda özel bir hüküm olmamakla beraber tek bir hareketle birden fazla kişinin ölümüne ve yaralanmasına sebep olan faile en ağır ceza uygulanır (Taneri, 2014, s:139). Bu durum tıpta ancak, birden fazla kişinin aynı anda alındığı, domino nakil ameliyatlarında mümkün olabilir (https://www.hopkinsmedicine.org/news/media/ releases/johns_

hopkins_leads_first_12_patient_multicenter_domino_donor_kidney_transplant, 14.04.2019).

Taksirle öldürme suçu, tıbbi uygulama hataları açısından incelendiğinde, Yargıtay'a yansıyan ve diş hekimlerinin mesleki anlamda taraf olduğu bir davaya rastlanmamıştır. Ancak, bu durumun mümkün olmadığı anlamına gelmemektedir. Kalp hastası olan bir hastaya yapılacak olan yanlış anestezi, apseli bir dişin çekimi sonrası gelişebilecek bir sepsis durumu ya da bir alet aspirasyonu sonucu gerçekleşmesi muhtemel asfiksi vakası ölüme sebebiyet vererek, diş hekiminin taksirle öldürme suçundan (TCK md. 85), cezalandırılmasına yol açabilir. Bununla beraber tıp doktorlarının vakalarının, daha sıklıkla, yüksek yargıya yansıdığı söylenebilir. Örneğin, Yargıtay bir kararında, böbrek taşı ameliyatı öncesi doktorun yapması gereken tetkikleri yapmadığı, eğer yapsaydı ameliyat planlamasını farklı yapması gerektiğini öngörebileceğinden bahisle hastanın kaybına yol açıldığını belirtmiştir (12.CD., E.2016/5743 K.2016/13357 T.13.12.2016).

Başka bir kararında ise, 112'de görevli doktorun kalp krizi geçiren hastaya sadece sakinleştirici yapıp gitmesini yerel mahkemenin aksine, nedensellik bağı kurulamadığından taksirle öldürme değil görevi ihmal olarak değerlendirmiştir (12.CD., E. 2013/20669 K.2014/12332 T.21.5.2014).

Yargıtay'ın, yerel mahkemece verilen mahkûmiyet kararı yönünde hüküm verdiği bir başka davada ise kalp ameliyatı sonrası, ağızdan verilmesi gereken ilacın damardan verilmesi ile hastanın taksirle ölümüne sebebiyet verildiği şeklinde kararları görülmektedir (12.CD., E. 2016/5743 K.2016/13352 T.13.12.2016).

4.2.4. Kusurluluğu Ortadan Kaldıran Nedenler

4.2.4.1. Genel Olarak

Kişiler, iradi olarak gerçekleştirdikleri ve kanunda tarif olunan, hukuka aykırı hareketlerinden sorumlu tutulurlar. Kusur, kanuna aykırı hareketi yapan kişinin, ceza hukukuna göre kınanmasıdır ve suçu oluşturan fiilden ziyade, failin hareketine ilişkin kişisel haksızlık kararını açıklar. Kusurluluk, failin gerçekleştirdiği hukuka aykırı davranışa ilişkin iradesinin nasıl oluştuğu ve bulunduğu şartlar içinde kınanabilirliği hakkındaki yargıdır (Artuk ve ark., 2014, s: 449).

Kusurluluğun tabiatçı ve karma anlayışına göre ise isnat yeteneği kusurluluğun ön şartı olarak değil failin bir durumu olarak değerlendirilmektedir. Akıl hastalığı, yaş küçüklüğü gibi nedenler isnat yeteneği içinde değerlendirilmektedir (Hafızoğulları ve Özen, 2016, s:290).

Kastla işlenen suçlarda kusurluluğu kaldıran nedenler "bilme" unsuru olduğuna göre fail eylemini bilmesi, istemesi önemli deniyorsa 18 yaşından küçük bir çocuğun hırsızlık yapması halinde küçüğün fiilin bilincinde olmadığını söylemek mümkün değildir.

Küçüğün isnat yeteneği bulunmamakla birlikte davranışı kusurludur. Öyleyse isnat yeteneği kusurluluğun ön şartı değil failin bir niteliğidir.

İsnat yeteneğini kusurluluğun ön koşulu saymak, kusurluluğun suçun unsuru olması nedeniyle, faili fiilinin unsuru yapmaktadır.

Hafızoğulları-Özen, (2016, s: 291) bu durumun kabul edilebilir bir durum olmadığını isnat yeteneğini azaltan veya kaldıran nedenleri kusurluluğu ne azaltan ne de kaldıran nedenler olmadığını belirtmiş ve kusurluluğu kaldıran nedenleri fiilin iradeliğini gideren nedenler ve fiilin bilinmemesinden kaynaklanan nedenler olarak ayırmışlardır.

4.2.4.1.1. Fail ile Fiil Arasındaki Psişik Bağı Ortadan Kaldıran Nedenler

Ceza hukukunda kural fiilin iradi olmasıdır. Bu kuralın istisnası bulunmamaktadır. Faille fiil arasında manevi bir bağ bulunduğu fail ile fiil arasında manevi bağın bulunmaması halinde kast veya taksirden söz edilemez.

Fail ile fiili arasındaki manevi bağı ortadan kaldıran nedenlerin varlığı halinde fiil suç teşkil etmeyecektir. Fiilin iradiliğini ortadan kaldıran bu nedenler kendinde olmama, mücbir sebep ve maddi cebirdir.

4.2.4.1.1.1. Kendine Olmama

Fail, felç, şuur bulanıklığı, uyurgezerlik v.s. gibi bilincinin kaybolduğu zaman içindeki eyleminden dolayı ortaya çıkan zararlı sonuçtan sorumlu olmayacaktır. Bu sağlık sorunlarını yaşayan kişi akıl hastası olmadığından faile güvenlik tedbirleri de uygulanmayacaktır (Hafızoğulları ve Özen, 2016, s:292).

4.2.4.1.1.2. Mücbir Sebep

Mücbir sebep kişinin direnemeyeceği, baş edemeyeceği şiddet, cebirdir. Doktrinde mücbir sebebin kaynağının genellikle doğal olaylar olduğu görüşü hâkimdir.

4.2.4.1.1.3. Maddi Cebir

Maddi cebir, insan davranışından kaynaklanan zorlama ve şiddettir ve bu yönüyle mücbir sebepten ayrılmaktadır.

TCK md. 28 uyarınca maddi cebirin varlığında suç işleyen kişiye ceza verilmez. Cebri uygulayan kişi fail olarak işlenen suçtan sorumlu tutulur.

4.2.4.1.2. Hata

Kastı, taksiri ortadan kaldıran dış dünyadaki bir şeyi yanlış anlamak, yanılmak olduğundan farklı algılamaktır. Hata, suçun işlenişi üzerine etkili olduğunda bu duruma "yeteneği olmamaktan" kaynaklanan hata ya da "sapma" denir. Hata, suçu meydana getiren hareketin bir unsuru ise fiili hata, bir normun ihlalindeki hata söz konusu ise hukuki hata vardır (Hafızoğulları ve Özen, 2016, s:294).

4.2.4.1.2.1. Hukuki Hata

TCK md. 4 "ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz" diyerek herkese ceza kanununu bilme ve öğrenme yükümlülüğü getirmiştir. "belli bir yerde yaşayan, belli bir faaliyette bulunan herkes, o yerin veya o faaliyetin kanunlarının koyduğu koşulların sınırlarını öğrenmek yükümlülüğü altındadır." (Hafızoğulları ve Özen, 2016, s:295, naklen; Manzini, s:29).

Kanun herkesin öğrenmesini sağlanacak şekilde ilan edilerek yürürlüğe girdiğinde kişilerin hatalı fiillerinden dolayı hatadan yararlanma istemleri kabul görmeyecektir. Ancak kanunu bilmesinin gerçekten imkânsız olması durumunda fail bu durumdan yararlanabilecektir.

TCK 4. maddesinde "kanunu bilmemek mazeret sayılmaz" ilkesi mutlak olmayıp "beşeri imkânsızlıkla sınırlı olduğu" kabul edilmiştir (Hafızoğulları ve Özen, 2016, s:296).

Fail ancak kaçınılmaz bir hataya düştüğünde bu hatasından yaralanabilecektir. Aksi taktirde hatanın önüne geçilebiliyor, engellenebiliyorsa fiilinden dolayı sorumlu olacak hukuka aykırı fiili nedeniyle mazeret ileri süremeyecektir. Önemli olan fail fiilinin doğru olduğuna, kendisinin hatalı davranmadığına inanıyor olmasıdır (Hafızoğulları ve Özen, 2016, s:295).

4.2.4.1.2.2. Fiilde Hata

Fiili hata kanunun suç olması için aradığı unsurlardan bir veya birden fazlasında ortaya çıkan yanılgıdır. Buna "esaslı hata" denmektedir. Esaslı hata, kastı ortadan kaldırır. Fiilde esaslı hata olması kastın ortadan kalkması her zaman için sorumluluğu kaldırmamakta bu noktada kusurlu veya kusurlu olmayan hata olarak ikiye ayrılarak incelenmektedir.

Faile fiili sonucu ortaya çıkan netice için hatalı davranışı nedeniyle bir kınama dahi yüklenemiyorsa bu durumda hata kusursuz olup esaslı hata mevcuttur denerek failin ceza sorumluluğu kalkar.

Failin fiiline ilişkin hata kınanabilir bir hata ise, bu durumda fail taksirle sorumlu olacaktır.

TCK fiili hatayı md. 30/1'de "fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hali saklıdır" şeklinde düzenleyerek fiildeki hatanın kınanabilir olması durumunda failin taksirle hareket ettiğinin kabul edildiğini hükme bağlamıştır.

TCK md. 30/2'de de; "bir suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerinin gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişi bu hatasından yararlanır", hükmü mevcuttur.

Bu fıkra ile kanun koyucu; failin fiili ile istediği neticeden daha da ağır bir neticeye yol açmış olması halinde faili, ortaya çıkan kötü sonuçtan değil gerçekleştirmek istediği daha hafif neticeden sorumlu tutmaktadır.

Failin fiili neticesinde meydana gelen netice failin amaçladığı sonuçtan daha hafif bir sonuç doğurmuşsa bu sefer de düşündüğü ama gerçekleştiremediği ağır neticeden değil gerçekleşen hafif sonuçtan sorumlu olacağı düzenlenmiştir.

TCK md. 30/3 “ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi bu hatasından yararlanır” diyerek ancak failin kaçamayacağı, engel olamayacağı, failin hiçbir şekilde kusurlu sayılamayacağı durumda ancak sorumluluktan kurtulabileceği, bu hatasından yararlanabileceğini düzenlemiştir.

Cezai yükümlülüğü kaldıran ve azaltan nedenler; kusurluluğu ortadan kaldıran nedenler, isnat yeteneğini kaldıran ve azaltan nedenler, hukuka uygunluk nedenleri, ile cezalandırılabilme koşullarıdır. Hafızoğulları-Özen, hükmün anlamının daraltılması gerektiğini, isnat yeteneği ve cezalandırılabilme şartlarında failin hatası, bilmeme gibi bir konuda, kaçınabilir olsun ya da olmasın, bu durumdan yararlanamaması gerektiğini belirtmektedir. Hukuka uygunluk nedenleri ve fiili hata dışında, diğer kusurluluğu kaldıran sebepler üzerindeki hata ya da bilmeme durumunda ceza verilmeyecektir (Hafızoğulları ve Özen, 2016, s:298-300).

Yargıtay bir kararında, ormanlık bir bölgede yaşayan ve nakliyecilik yapan bir kişinin ağaç kesip taşımanın suç olduğunu bilmediğine ilişkin savunması sonucunda verilmiş olan beraat kararını, kişinin bu durumun suç teşkil ettiğini bilmemesinin mümkün olmadığı, fiili hatanın olmadığı sebebiyle bozmuştur (Y. CGK. 14.10.1963,204/199 naklen: Demirbaş Timur, (2012), Ceza Hukuku Genel Hükümler 8Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara s. 397).

4.2.4.1.2.3. Şahısta Hata

Şahısta hata 765 sayılı CK’nın.52 maddesinde düzenlenmiş olup, madde “ bir kimse bir hata veya sair bir arıza yüzünden cürmü kast ettiği şahıstan başka bir şahsın zararına işlemiş olursa cürümden zarar gören kimsenin sıfatından neşet eden ve cezayı şiddetlendiren esbap faile tahmil olunmaz….” diyerek düzenlemişken 5237 sayılı CK’da şahısta hata düzenlenmemiştir.

Doktrinde, şahısta hata durumunda failin suçu işleme konusunda iradesinin tam olduğu, iradesinde sapma olmadığı, dolayısıyla failin bilmiyordum, hataya düştüm, gibi bir savunma yapamayacağı, yani mazeret ileri süremeyeceği görüşü hâkimdir.

Kanun koyucu, 5237 sayılı kanunda; şahısta hatanın 30/1 ve 2 madde düzenlemesi ile çözümleneceği şahısta hatanın bir beceri hatası olduğu nedeniyle bir düzenleme yapmamıştır.

Hafızoğulları- Özen (2016, s: 301), şahısta hata halinde TCK 30/1-2 maddelerinin uygulanmasının mümkün olmadığını, şahısta hata halinde kast kuralının uygulanacağını belirtmektedirler.

Örneğin, 2018 yılında Kenya'da, hastaların karışması sonucu, yanlış kişiye beyin ameliyatı yapılmıştır. Beynindeki pıhtı sebebiyle ameliyat olması gereken hastanın yerine, kafa travması sonrası oluşan şişlik nedeniyle, hemşire tarafından görülmeyi bekleyen hasta ameliyat edilmiş ve hastanın beyninde pıhtı olmadığı ameliyatta anlaşılmıştır ([https://www.medimagazin.com.tr/guncel/genel/tr-kenyada-yanlis-hastaya-beyin-ameliyati], 12.04.2019).

4.2.4.1.2.4. İsabette Hata veya Sapma

İsabette hata ya da sapmada iradede bir sakatlanma bulunmamaktadır. Failin iradesi cürmi fiili işleme yönündedir. Ancak beceri eksikliği nedeniyle istediği neticeyi değil farklı bir neticeyi ya da farklı bir netice yanında bir başka neticeyi de gerçekleştirmektedir. Bu durumda da" çift neticeli" sapma gerçekleşecektir. Problem kast kuralına göre çözümlenecektir.

4.2.4.1.3. Manevi Cebir ve Bu Temelde İstenemezlik İlkesi

TCK md. 28 uyarınca, "karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı cebir ve şiddet veya muhakkak ve ağır bir korkutma veya tehdit sonucu suç işleyen kimseye ceza verilemez. Bu gibi hallerde cebir ve şiddet, korkutma ve tehdidi kullanan kişi suçun faili sayılır."

Hafızoğulları-Özen, böyle bir korkutma ve tehdit durumunda bir başka deyişle manevi cebirde fiil ile fail arasındaki psişik bağ kesilmez, iradilik devam etmekte olup manevi cebir kusurluluk üzerine etkili olmaktadır demektedir. Failin kendisini tehdit eden

kişinin tehdidi dışında az da olsa seçim şansı bulunmaktadır. İşte bu şans, bu özellik manevi cebri maddi cebirden ayıran bir özelliktir.

Kişiden beklenenin içinde bulunduğu koşullarda kendisinden istenememesi, bir başka deyişle kişinin başka türlü davranmasının mümkün olmadığı hallerde kusurluluğun kalkacağı kanunen kabul edilmiştir. Fiili hata yanında istenemezlik ilkesi, bu kapsamda manevi cebir de kusurluluğu kaldırmaktadır.

Hafızoğulları-Özen (2016, s:301), istenemezlik ilkesinin sadece manevi cebirle sınırlı olmadığını olağandışı her şeyin bu kapsamda değerlendirebileceğini söylemekte ve istenemezlik halinin esasını beşeri kırgınlıktan alarak kusurluluğu ortadan kaldırdığını dolayısıyla öznel ve kusurluluğu kaldıran özel nedenler yanında genel bir neden olduğunu belirtmektedir.

4.3. Ceza

4.3.1. Genel Olarak Ceza

Bir ceza hukuk normu ihlal edildiğinde, karşılığında normu ihlal eden kişiye uygulanan yaptırım, ceza olarak nitelendirilmektedir. Norm ihlal edildiğinde ihlalde hukuka aykırılık, gayrimeşruluk vardır.

Norm bir şeyin yapılmamasını emrediyorsa icrai, bir şeyin yapılmasını emrediyorsa ihmali bir davranış söz konusudur. İhlal ile müeyyide arasında nedensel bir ilişki değil tamamen "isnadi" bir ilişki mevcuttur (Hafızoğulları ve Özen, 2016, s: 407).

Müeyyide "ihlale verilen cevap" veya "ihlale gösterilen tepki" olarak tanımlanabilmektedir.

Normun ihlal edilebilir olduğu kabul edildiğine göre normatif düzen ihlallere karşı kendini koruyabilmek için müeyyideleri belirlemek zorunluluğundadır.

“Ceza normunun ihlali olasılığı ya da ihlal ihtimali karşısında kendi varlığını kendisi ile korumaya çalıştığı müeyyide tedbiri ceza denen yoksunluktur. Ceza ödülün karşıtıdır.” (Hafızoğulları ve Özen, 2016, s:407) Dişlerde, dişetlerinde, çevre dokularında meydana gelen sağlık problemleri diş hekimliğinin çalışma alanına girmektedir. Aslında diş hekimliğinin konusunu sadece bu şekilde dar yorumlamamak gerekir. Çünkü salt diş ve etrafındaki dokularda meydana gelen hastalıklar değil bazı hallerde vücudun diğer organlarında oluşan hastalıkların belirtileri de ağız ve çevre dokularında teşhis edilebilmektedir. Bu nedenle de diş hekimliği tıbbın diğer dalları ile irtibat halinde olmayı gerektirmektedir.

Diş hekiminin yaptığı uygulamalar, aldığı kararlar, tıbbi etik ve tıbbi deontoloji yanında özel hukuk ve ceza hukuku alanlarında da sorumluluk getirmektedir.

Diş hekiminin yaptığı tıbbi müdahalelerin hukuk düzeni tarafından korunabilmesi için dikkat edilmesi gereken kurallar, hekimin; meslek kurallarına uygun davranması, tedavi amaçlı müdahale etmesi, teşhis ve tedavi sürecine hastanın katılmasına imkân tanıması, hekim-hasta işbirliğine önem vermesi, hastayı açık/ doğru aydınlatması ve mutlaka hastanın rızasını almasıdır. Bu kurallara uymayan diş hekiminin yaptığı müdahale hukuk tarafından korunmayacaktır (Bulut, 2013, s: 5).

Hekimlik mesleğinin amacı, insanı iyileştirmek, tedavi etmek olsa da bazı durumlarda istenmeyen sonuçlarla karşı karşıya kalınabilmektedir. Hekim, amacının iyiliğine rağmen, doğacak olan zararlı sonuçtan sorumlu olacaktır. İşte bu noktada, doğan zararlı sonuç, ceza hukuku kapsamında “taksir” olarak değerlendirilmektedir.

Hekimin amacı hastayı iyileştirmek olmakla beraber zararlı sonuç doğmuş olabilir. Hekimin zararlı sonucun doğmasını istememesine rağmen dikkatsizlik, acemilik sonucu öngöremediği zararlı sonuç oluşmuştur. İşte bu durumda hekimin taksirli sorumluluğu gündeme gelmektedir.

Hekimlerin taksirle ölüme sebep olmaları durumunda TCK md. 85 gereği sorumlu olacaklardır. Hekim bir kişiye tıbbi uygulama yaptığında o kişinin yaralanmasına neden olduğunda ise TCK md. 89 ‘a göre sorumlu olacaktır.

Buna göre TCK md. 85 ve TCK md. 89'un içeriğinde, taksirle insan öldürme suçunda, cezanın iki yıldan altı yıla kadar hapis olduğuna ve birden fazla kişinin ölümü halinde cezanın iki yıldan onbeş yıla kadar hapis olacağına hükmeder.

Taksirle yaralama suçu ise TCK md. 89'da düzenlenmiştir. Madde, "taksirle başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan kişi...", diyerek suçun tanımını yapmış ve "üç aydan bir yıla kadar hapis veya adlî para cezası..."cezayı belirlemiştir. Ayrıca, durumun ağırlığına ilişkin iki ayrı tanım yapmıştır. TCK md. 89/2'de "...duyu veya organlardan birinin işlevinin zayıflamasına, vücutta kemik kırığına, konuşmasında sürekli zorluğa, yüzünde sabit ize, yaşamını tehlikeye sokan bir duruma, gebe bir kadının çocuğunun vaktinden önce doğmasına." diyerek ilk düzenlemesini yapmış ve bu durumlarda cezanın birinci fıkraya gore cezanın yarısı oranında artırılacağını hükme bağlamıştır.

TCK md. 89/3'te ise, "... iyileşmesi olanağı bulunmayan bir hastalığa veya bitkisel hayata girmesine, duyularından veya organlarından birinin işlevinin yitirilmesine, konuşma ya da çocuk yapma yeteneklerinin kaybolmasına, yüzünün sürekli değişikliğine, gebe bir kadının çocuğunun düşmesine....", diyerek daha ağır olan durumu tanımlamış ve birinci fıkraya gore tespit edilen cezanın da bir kat artırılacağını hükme bağlamıştır. Maddenin dördüncü fıkrasında birden fazla kişinin mağdur olduğu durumda, altı aydan üç yıla kadar hapis cezası verileceği ve beşinci fıkrasında da bu suçun takibi şikayete bağlı suç olduğu hükme bağlanmıştır.

TCK md. 89/5'te bilinçli taksir halleri hariç olmak üzere taksirle yaralama suçları takibi şikâyete bağlı suçlardan olduğu hükme bağlanmıştır. TCK md. 22/4'e baktığımızda verilecek cezanın kusura göre belirleneceğinin hükme bağlandığı görülmektedir.

Devlet memuru olan hekimlerin cezai sorumluluklarından kaynaklı olarak haklarında soruşturma kovuşturma yapılarak yargılanabilmeleri öncelikle amirlerinin izin verip vermemesine bağlı olmakla birlikte suçüstü hallerinde amirinin iznine gerek yoktur (Demirbaş, 2012, s:118).

Yanı sıra, hekimlerin yasalara ve tıp etiği ilkelerine aykırı davranmaları durumunda 6023 s. Türk Tabipler Birliği Yasası'nın. 59. maddesi çerçevesinde hazırlanan, Türk Tabipler Birliği Disiplin Yönetmeliği'ne göre para cezası, geçici meslekten men, Tabip Odası Bölgesi'nde mesleki faaliyetin yasaklanması gibi cezai yaptırımlar uygulanır.

Diş hekimleri ise 07/06/1985 tarihli, 3224 sayılı Türk Dişhekimleri Birliği Kanunu'nun 44. m'sinden de sorumludur.

Kanunun 44. m si "Diş hekimliği vakar ve onuruna veya meslek düzen ve geleneklerine uymayan fiil ve hareketlerde bulunanlar ile mesleğini gereği gibi uygulamayan veya kusurlu olarak uygulayan veyahut görevin gerektirdiği güveni sarsıcı davranışlarda bulunan meslek mensupları hakkında; fiil ve hareketin niteliği ve ağırlık derecesine göre aşağıdaki disiplin cezaları verilir.

a) Uyarma; diş hekimine görevinde ve davranışlarında daha dikkatli davranması gerektiğinin yazı ile bildirilmesidir.

b) Kınama; diş hekimine görevinde ve davranışlarında kusurlu sayıldığının yazı ile bildirilmesidir.

c) Para cezası; bölgesinde o yıl uygulanan asgari muayene ücretinin on katından az elli katından fazla olmamak üzere verilecek para cezalarıdır.

d) Oda bölgesinde bir aydan altı aya kadar serbest meslek uygulamasından alıkonmadır.

e) Oda bölgesinde iki defa serbest meslek uygulamasından alıkonma cezası alanların Oda bölgesi içinde serbest meslek uygulamasından sürekli olarak alıkonmasıdır", şeklindedir (Demirbaş, 2012, s:119).

Hekimler tıbbi müdahale sırasında gerekli dikkat ve özeni gösterseler dahi beklenmeyen sonuçların çıkması mümkün olup bu durum normal sapma riskleri olarak tanımlanmaktadır (Özek,1966, s:166).

"Normal risk" kapsamında hekimin gereken dikkat ve özeni göstermiş olması kaydıyla tıbbi müdahale sonucu ölüm veya yaralanma olsa dahi "normal risk" komplikasyon olarak değerlendirilecek ve hekimin cezai sorumluluğu doğmayacaktır.

4.2.2. Cezanın Belirlenmesi ve Şahsileştirilmesi

Ceza kanunundaki düzenlemeler, genel düzenlemeler olup; her suç için aşağı ve yukarı sınırlar belirlenmiştir. Suçlara göre, aşağı ve yukarı sınırlar gösterilmiş veya seçimlik cezalar belirlenmiştir. Kanun bazı hükümlerinde de, hangi hallerde daha az ceza verileceğini veya ceza verilmeyecek durumları hükme bağlamıştır. Buna göre hâkim, Ceza Kanununun belirlediği usul ve esaslara bağlı kalarak, kanunun kendisine verdiği takdir hakkıyla cezayı belirleyecektir.

Hâkime takdir hakkı verilmesinin asıl nedeni, hiçbir suç ve suçlunun koşullarının bir başka suç ve suçlunun koşulları ile örtüşmemesidir. Bu nedenledir ki hâkim, önüne gelen dosyada faile, fiile ve tüm koşullara bakarak kanunun kendisine tanıdığı takdir hakkını kullanıp bir değerlendirme yaparak ceza kanununun belirlediği cezayı faile uygulayacaktır. İşte bu duruma cezanın şahsileştirilmesi denmektedir (Hafızoğulları ve Özen, 2016, 499-500).

Suçun işleniş şekilleri değişik biçimlerde ortaya çıkabilir. Suç tamamlanmamış olabilir veya birden fazla kişi birlikte tipik fiili gerçekleştirebilir ya da hukuka aykırı fiil birden fazla hukuki yararı zedeleyebilir. Bu duruma "suçun işleniş biçimleri" denmektedir. Suçun işleniş biçimlerinin açıklanması teşebbüs, iştirak ve içtima hallerini ortaya çıkarmaktadır (Önder, 1992, s:389).

Diş hekimliğinde karşılaşılan tıbbi uygulama hataları özelinde, taksirle yaralama ve öldürme suçları değerlendirildiğinde ise, suçun oluşumundan önce herhangi bir tasavvur ya da hazırlık döneminin olmasının mümkün olmadığı görülecektir. Kasten

işlenmediğinden, suçun işlenişine dair bir başkasının etki ya da katılımı da söz konusu olamaz. O halde tıbbi uygulama hatalarında teşebbüs ve iştirak hükümlerinin uygulanma kabiliyeti yoktur. Ceza kanununun aynı kişi tarafından muhtelif defalar ihlali dolayısıyla birden çok suçtan sorumlu olması halinde suçların içtimaı söz konusu olmaktadır (Hafızoğulları ve Özen, 2015, s: 354). İçtima, fikri içtima, bileşik suç, ve zincirleme suç şeklinde görülebilir ki yapısından ötürü tıbbi uygulama hataları bakımından içtima hükümlerinin de uygulanması mümkün değildir. Dolayısıyla tıbbi uygulama hatalarından kaynaklanan cezai sorumlulukta hâkim temel cezayı belirlerken suçun işleniş biçimlerini dikkate almayacaktır.

Cezanın fiil ve fail açısından belirlenmesi hususunu TCK md. 61'de düzenlemiştir. TCK md. 61 uyarınca hâkim vereceği cezayı belirlerken TCK md. 61'deki sıralamayı takip edecektir, buna göre; hâkim "suçun işleniş biçimini, suçun işlenmesinde kullanılan araçları, suçun işlendiği zaman ve yeri, suçun konusunun önem ve değerini, meydana gelen tehlikenin ağırlığını, failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığını, failin güttüğü amaç ve saiki, göz önünde bulundurarak işlenen suçun kanuni tanımında öngörülen cezanın alt ve üst sınırı arasında temel cezayı belirler" ve bu hususlar kıyasla çoğaltılamaz.

TCK m61/1'de temel cezanın belirlenmesindeki esasları düzenledikten sonra, TCK md. 61/2'de suçun olası kast veya bilinçli taksirle işlenmesi sebebiyle indirim ya da artırımın TCK md. 61/1 hükmüne göre belirlenen temel ceza üzerinden yapılması gerektiğini hükme bağlamıştır. Bu durum, taksirle yaralama ve öldürme suçları için de geçerlidir ve bilinçli taksirle işlenen suçlarda temel ceza üçte birden yarısına kadar arttırılır.

Birinci fıkrada belirtilen durumlar suç unsuru oluşturuyorsa, bu hususların temel cezanın tespitinde değerlendirilmeyeceği de TCK md. 61/3'te belirtilmiştir. Bu durumda, temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınan bir durum, tekrar dikkate alınmayacaktır.

TCK md. 61/4 uyarınca temel cezada önce artırım sonra indirim yapılacaktır. TCK md. 61/5'te ise indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebepler ile takdiri indirim nedenleri düzenlenmiş ve bunların sırasıyla uygulanması gereği vurgulanmıştır. Bu hususlar,

“teşebbüs, iştirak, zincirleme suç, haksız tahrik, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı”dır. Ayrıca Kanun, süreli hapis cezasında, verilecek cezanın üst sınırını 30 yıl olarak belirlemiştir. Adli para cezasının belirlenmesi, artırım ve indirimi gün üzerinden yapılacak ve bu ceza o suça ilişkin hapis cezasının alt ve üst sınırları dâhilinde olacaktır.

Takdiri indirim nedenlerini TCK md. 62 de 2 fıkra halinde düzenlemiştir. Ancak Kanun 61/5 maddesinde;

“Yukarıdaki fıkralara göre belirlenen ceza üzerinden sırasıyla teşebbüs, iştirak, zincirleme suç, haksız tahrik, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı ve cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebeplere ilişkin hükümler ile takdiri indirim nedenleri uygulanarak sonuç ceza belirlenir”, derken özel sebeplere ilişkin hükümlerin öncelikle uygulanmasını sonra takdiri indirim sebeplerininuygulanması gerektiğini hükme bağlamıştır.

“TCK mdd. 62 takdiri indirim nedenleri başlığı altında, birinci fıkrasında, “fail yararına cezayı hafifletecek takdiri nedenlerin varlığı halinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine, müebbet hapis; müebbet hapis cezası yerine, yirmi beş yıl hapis cezası verilir, diğer cezaların altıda birine kadar indirilir”, demektedir ve ikinci fıkrasında da takdiri indirim nedeni olarak; “failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri” gibi kişisel hususlar göz önünde bulundurulabilecektir.

Bunlara ek olarak, TCK md. 10, açıkça, kanuni düzenleme yoksa cezaların artırılamayacağını, eksiltilemeyeceğini ve değiştirilemeyeceğini kesin emredici bir hüküm olarak düzenlemiştir ve bu hüküm kanunilik ilkesinin bir sonucudur.

5. SONUÇ ve ÖNERİLER

Hekimlik mesleğinin öncü ismi Hipokrat'ın aforizmalarından biri olan "okkasio preseps, eksperimentum perikulosum, yudisium diffisile ars longa vita brevis" (fırsat kaçıcı, deneyim yanıltıcı, karar zor, sanat uzun, hayat kısa), aslında pek çok şeyi özetlemektedir. Tıp bilimle yoğrulmuş bir sanattır ve hayat, bu sanatı tümüyle öğrenmek, uygulamak ve layıkıyla yaşamak için ne yazık ki kısadır. Hekim, aynı anda büyük resmi görebilen, önce insana değer veren, her hastayı ve hastanın her hastalığını ayrı bir bakış açısıyla değerlendiren ve mesleki deneyimi ile bilgisini, sanatçı cesareti ve bilim insanı olmanın getirdiği yüksek duyarlılıkla uygulamayı birleştirebilen kişi olmak durumundadır. Eğitime başlanan andan itibaren, hedef iyi bir hekim olmak, hastalara şifa dağıtmaktır. Oysaki hastalığı iyileştirmek yeterli değildir. Hastayı dinlemek, anlamak ve branşı ne olursa olsun öncelikle insani iletişim kurabilmek, tıbbın bilimsel olarak yetersiz kaldığı noktayı tamamlar.

Bilimsel öğretiyi tamamlamak yıllar alır. Sir William Osler'in dediği gibi bazı duyu sinirleri ancak 40 yaşından sonra görülebilir.

Ancak, hekimlik sanatının icracısı olmaksa, ömür sürer. Doktor titri ile mezun olmanız yeterli bilgiye sahip olduğunuz anlamına gelmektedir. Bilgiye sahip olmak ile bilgiyi kullanmak ve hatta bu bilgiyi doğru kullanmak farklı kavramlardır. Doğru noktada kullanıldığında hayat kurtaran bilgi, kullanılamadığında değersizdir. Bilginin kullanılamaması ya da üstüne yeni bilgilerin konulamaması, hekimin bazı vakalarda yetersiz kalmasını ya da hatalarla karşılaşmasını kaçınılmaz kılacaktır.

Hipokrat'ın, "primum non nocere", önce zarar verme aforizması, tüm hekimlerin yüzlerce yıldır düsturu olmuştur. Hekim, bilgi, deneyim ve yeteneği doğrultusunda, zarar vermekten kaçınarak, hastasını tedavi etmeye çalışmakla mükelleftir. Tedaviyi amaçlarken bazı vakalarda, gereken özen, bilgi, deneyim ve çabanın gösterilememesi tıbbi uygulama hatalarıyla hastanın zarar görmesine neden olabilir.

Bazı durumlarda ise, pasif zarardan söz edilebilir. 1950'li yıllarda ortaya çıkan bu kavram hastaya gerekli müdahalenin yapılmaması sonucu hastanın zarar görmesine yol

açılması demektir. Bu durumda da tıbbi uygulama olmamasına rağmen, tıbbi uygulama hatasından söz edilebilir.

Çoğu hekim, mesleğin ilk yıllarında yüksek bir özgüven ve idealizmle çalışır. Her hastaya farklı uygulamalarla, yenilikçi ve yaratıcı tedaviler üretme çabası belki de Asklepios'un çocukları olmanın gereğidir. Ancak görülen vaka sayısı ve yapılan hatalar hekimin kendine güvenli bir bölge oluşturmasına yol açar.

Elinizdeki malzeme insandır. Hata yapma şansınız çok ama hata yapma hakkınız yoktur. Ne yazık ki ustalaşmanın bir ömürde dahi mümkün olmadığı bu sanatta hekim pek çok hata yapacaktır.

Telafisi mümkün olan hatalarından ders alan doktor, mesleğin gelişmesine yardım eder. Tıbbi uygulama hataları yapmak, bazı durumlarda ise daha konservatif yaklaşımlarla doktorun güvenli alanına sıkışıp kalmasına yol açacaktır. Yeni ve değişik tedavi yöntemleri denerken yapılan hatalar öğretici olduğu kadar sıkıştırıcı da olacaktır. Belirli bir tedavinin güvenli olduğuna karar verdiğinde, doktor, aynı hastalık için aynı güvenli tedaviyi uygulamaya devam edecektir. Aynı tedaviyi aynı bakış açısı ile uygulamak ise farklı hastalıkların gözden kaçmasına ve değişik bir yoldan da olsa tıbbi uygulama hatalarının doğmasına yol açacaktır. Kısacası, pek çok durum hatta doktorun daha koruyucu yaklaşımları dahi tıbbi uygulama hatalarına yol açabilecektir.

Diş hekimliğinde, hakkın kullanılması ve sonrasında rıza ve zorunluluk hali hukuka uygunluk nedenleri bulunduğunda, hekim müdahalesinden dolayı hukuken korunacaktır. Bununla beraber, yapılacak müdahale için doğru endikasyonun varlığı da şarttır. Öte yandan, endikasyon şartı gerçekleşmeksizin ya da endikasyon olsa dahi diş hekimi tarafından yeterli özen ve dikkatle gerçekleştirilmediği takdirde, tıbbi müdahale neticesinde cezai sorumluluk doğabilecek ve diş hekimi gerçekleşen neticeye göre taksirle yaralama ya da öldürme suçundan sorumlu tutulabilecektir.

Burada diş hekiminden beklenen, dünyadaki son gelişim ve teknolojiye uygunluk ya da mükemmellik şartı olmaksızın, tedbirini alarak, özen göstererek ve dikkatli davranarak, ülke standardına uygun tedavi hizmeti vermesidir. Ülkemizde şu an eğitim veren 84 diş

hekimliği fakültesi mevcuttur. TDB'nin açıklamasına göre, fakülte sayısındaki plansız artış eğitim seviyesinin düşmesine yol açacaktır. Diş hekimliği eğitiminin en önemli bileşkesi olan pratik derslerin, uygulamalı olarak verildiği laboratuvarların alt yapı ve donanımının yetersiz olduğu okullar ile çağı yakalamış, her türlü bilgi ve teknik yeniliğe erişimi olan okullar arasında, standarttan söz etmek güçtür. Bu durumda, okul alt yapısı ve öğretim açısından birlik olmadığında, diş hekimliği fakültesini tamamlayarak mezun olan diş hekimleri arasında da bir standart olması mümkün değildir. Doğal olarak, diş hekiminin tıbbi uygulama hatasını değerlendiren, diş hekimi bilirkişiler için de aynı fark söz konusudur.

Mesleki esasları belirleyen yasalar herkes için eşit ve bağlayıcıdır. Diş hekimliğinde tıbbi uygulama hataları, taksirle yaralama suçu gibi herkesçe işlenebilen suçlar kapsamında incelenmektedir. Konuya ilişkin özel sorunlar da, bilirkişilik kurumunca çözülmekte ve hukuken aşılamayan bir durum kalmamaktadır.

Özetle, aldıkları eğitimdeki farklar, diş hekimlerinin özen ve standart algısını etkilemektedir. Bu nedenle, ülkemizdeki tüm diş hekimliği fakültelerinin aynı yüksek standarda kavuşması dileğimizdir.

İşte bu çalışmada da diş hekiminin özen, dikkat ve edinilmiş olması zorunlu olan standart bilgi eksikliğine dayalı tıbbi uygulama hataları yani Ceza Kanunumuza göre taksirle yaralama ve öldürme kapsamına giren uygulamaları ve bu durumlardan doğan cezai yükümlülüğü incelemiştir.

Son olarak, hiçbir doktorun isteyerek ya da sonucunu öngörerek hastasına zarar vermeyeceğine inanarak Hipokrat'ın aforizmasına atıfta bulunmak isterim.

Errare humanum est. (İnsan hata yapar).

ÖZET

Diş hekimi, dişlerin, diş etlerinin ve bunlarla doğrudan bağlantılı olan ağız ve çene dokularının sağlığının korunması, hastalıklarının ve düzensizliklerinin teşhisi, tedavisi ve rehabilite edilmesi ile ilgili her türlü mesleki faaliyeti icra etmeye yetkili olan kişidir. Diş hekimliği çerçevesinde yapılan tıbbi müdahalelerin tamamı tıp biliminin diğer dallarında olduğu gibi, hasta yararı gözetilerek ve tedavi amacıyla kişilerin vücut bütünlüğünü mecburi olarak bozmaktadır. Söz konusu tıbbi müdahaleler kişinin bedenine doğrudan müdahale niteliğinde olduğundan esasen hukuk düzenimiz bakımından birer haksız fiil ve suç oluşturmaktadır. Öte yandan, diş hekimlerinin yaptığı tıbbi müdahaleler ile oluşan vücut bütünlüğünün bozulmasına yönelik hareketler, hukuk tarafından bir takım temel koşullara uymak kaidesi ile korunmakta ve cezalandırılmamaktadır. Tıbbi müdahalelerin hukuk tarafından korunabilmesi için hukuka uygunluk kuralları kapsamında yapılmış olmaları gerekmektedir.

Diş hekimlerinin yaptığı hukuka uygunluğu sağlanamayan müdahaleler ise, Türk Ceza Kanunu kapsamında, vücut bütünlüğünün bozulmasına yönelik diğer suçlarla aynı şekilde cezalandırılacaktır. Önemle belirtilmesi gerekir ki, Türk Ceza Kanuna göre hekimlerin tıbbi hatalarında kast değil, taksirden bahsedilmektedir. Diğer bir anlatımla, diş hekiminin, hekim olmaktan kaynaklanan özen yükümlülüğünü ihlal etmiş ve bu suretle istemese bile bir neticeye sebebiyet vermişse taksirle yaralama ya da taksirle öldürme suçları gündeme gelecektir.

Diş hekimlerinin müdahalelerinin, dikkat ve özen yükümlülüğüne ve ülkenin bilimsel standardına uygun olması gerekmektedir.

Hukuka uygunluk nedenlerinin sağlanmasının yanı sıra dikkat ve özen yükümlülüğüne uyulmasına rağmen karşılaşılması hastanın ya da doktorun elinde olmadan gelişen, istenmeyen muhtemel sonuçlar komplikasyon olarak değerlendirilmektedir. Ancak dikkat ve özen yükümlülüğüne uyulmadığı ve zararlı sonucun öngörülebilir olduğu durumlar tıbbi uygulama hatası olarak değerlendirilecek ve diş hekiminin cezai sorumluluğu doğacaktır.

Çalışmamızda, diş hekiminin hastanın ölümüne ve yahut yaralanmasına neden olan tıbbi uygulama hatalarından doğan cezai sorumluluğu incelenmiştir.

Anahtar Sözcükler: Ceza sorumluluğu, diş hekimi, tıbbi uygulama hatası,

SUMMARY

Dentist; is the person who is authorized to perform all kinds of professional activities related to the protection of the health of the teeth, gingiva and the mouth and mentum tissues which are directly related to teeth and gingiva and also the one that should diagnose, treat and rehabilitate of all diseases and irregularities that are correlated with teeth, gingiva and the mouth and mentum tissues. As a result, all medical interventions within the framework of dentistry as in other branches of medical science, the patient is obliged to disregard the integrity of the body for the purpose of treatment and for the benefit of patient. Since these medical interventions are directly interfering with the person's body, they are essentially considered as a tort and a crime in terms of our legal system. On the other hand, the action taken by dentists in order to disrupt the integrity of the body caused by medical interventions are protected by the law on the basis of complying with some basic conditions and are not penalized. In order to protect the medical interventions by law, they must be practiced in accordance with the rules of law.

Interventions carried out by dentist that cannot be ensured by the laws will be penalized in the same way under the Turkish Penal Code as other crimes for the destruction of body integrity. It is crucial to state that; according to the Turkish Penal Code, the medical errors of medical attendants are not the intent but the negligence. In other words, if the dentist has violated the duty of care arising from being a physician and by this means has given rise to a result even if it has not done with intention, it has been considered as a reckless injury or a reckless homicide.

The interventions of the dentists must be in accordance with the duty of care and attention and also the scientific standard of the country.

In addition to providing the reasons for compliance with law, despite the conformity with the attention and care obligation, the medical problem encountered is approached as a “Complication” of undesirable and unintended probable outcomes of the patient or the doctor. However, when there are circumstances that the attention and care obligation is not complied with and the harmful outcome is foreseeable, it will be considered as a medical malpractice and the dentist's criminal liability will become a current issue.

In our study, the criminal liability of the dentist arising from medical malpractice that caused death or injury to the patient has been researched.

Key words: Criminal liability, dentist, malpractice.

KAYNAKLAR

A Short History of Dentistry in Edinburgh (2000). Erişim Adresi: [https://museum.rcsed.ac.uk]. Erişim Tarihi: 23/03/2019 .

AKBULUT U (2013). Diş Hekimliği Dünyanın En Eski Mesleklerinden Biridir. Erişim Adresi: [www.uralakbulut.com.tr]. Erişim Tarihi: 23/03/2019.

ALPASLAN G (2005). Diş Hekimliği Tarihi. Hacettepe Üniversitesi Yayınları, Ankara.

Anayasa 2709 s Kanun, K T:07.11.1982, RG:09.11.1982, s.17863. Erişim Adresi: [https://www.tbmm.gov.tr]. Erişim Tarihi:21/01.2019, 02/02/2019.

ARTUÇ M (2008). Kişilere Karşı Suçlar. Adalet Yayınevi, Ankara.

ARTUK ME, GÖKÇEN A, YENİDÜNYA AC (2014). Ceza Hukuku Genel Hükümler. 8. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara.

AYGÜN EŞİTLİ E (2015). Hekimin Tıbbi Müdahalesinin Hukuka Uygunluğu, *Prof. Dr. Nevzat Toroslu'ya Armağan*. Cilt:1, Ankara Üniversitesi Yayınları, no:459, Ankara.

AYGÜN EŞİTLİ E (2013). Ceza Hukukunda Çocuğun Rıza Açıklama Ehliyeti, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi,* s.106.

BULUT G (2013). Diş Hekiminin Yasal Sorumluluğu. Adalet Yayınevi, Ankara.

CENTEL N, ZAFER H, ÇAKMUT Ö (2008). Türk Ceza Hukukuna Giriş. 5. Baskı, Beta Basım, İstanbul.

DEMİR M (2018). Hekim ve Hastane Yönünden Tıbbi Sorumluluk Hukuku. Yetkin Yayıncılık, Ankara.

DEMİRBAŞ T (2012). Ceza Hukuku Genel Hükümler. 8 Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara.

Dentistry Skill and Superstition (1999). Erişim Adresi: [https://science.jrank.org]. Erişim Tarihi: 23/03/2019.

Dentistry in Ancient Egypt (2012). Erişim Adresi: [https://www.researchgate.net]. Erişim Tarihi: 23/03/2019.

Diş Hekimliği Tarihçesi (2015). Erişim Adresi: [http://www.tdb.org.tr]. Erişim Tarihi: 23/03/2019.

DÖNMEZER S (2003). Genel Ceza Hukuku Dersleri. Şefik Matbaası, İstanbul.

DÖNMEZER S, ERMAN S (1969). Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku. İstanbul Üniversitesi Yayımları, İstanbul.

EREM F, DANIŞMAN A, ARTUK ME (1997). Ceza Hukuku Genel Hükümler 14. Baskı Seçkin Yayıncılık, Ankara.

Geçmişten Günümüze Dişhekimliği Eğitimi (2018). Erişim Adresi: [http://www.tdb.org.tr]. Erişim Tarihi: 23/03/2019.

GELBİER S (2005). 125 Years of Developments in Dentistry, 1880-2005. Part 2: Law and the Dental Profession. Erişim Adresi: [https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed]. Erişim Tarihi: 23/03/2019.

GÜZEL S, BALCI Y, ÇETİN G (2013). Türk Ceza Kanununda Tanımlanan Yaralama Suçlarının Adli Tıp Açısından Değerlendirilmesi. Adli Tıp Kurumu Başkanlığı, Adli Tıp Uzmanları Derneği, Adli Tıp Derneği, Haziran 2005, Güncelleme: GÜNDOĞMUŞ UN, BALCI Y, AKIN MH, Haziran 2013.

Hacettepe Üniversitesi Diş Hekimliği Fakültesi, Diş Hekimliği Tarihi Ders Notları 1992-1993.

HAFIZOĞULLARI Z, ÖZEN M (2010) . Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler. 3. Baskı, (2015) 8. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara.

HAFIZOĞULLARI Z, ÖZEN M (2016) , Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, 5. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara.

History of Dentistry. Erişim Adresi: [https://www.adea.org]. Erişim Tarihi: 23/03/2019.

Johns Hopkins Leads First 12 Patient Multicenter Domino Donor Kidney Transplant. Erişim Adresi: [https://www.hopkinsmedicine.org] Erişim Tarihi:14.04.2019.

LORENZİ R (2015). Oldest Dentistry Found in 14000 Year Old Tooth. Erişim Adresi: [https://www.seeker.com]. Erişim Tarihi: 23/03/2019.

KOCA M, ÜZÜLMEZ İ (2015). Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler. 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara.

LYNCH CD (2006). Pierre Fauchard the father of modern dentistry. Erişim Adresi: [http://web.deu.edu.tr/radyolojiabd/malpraktis.html] Erişim Tarihi:08.04.2019.

Kenya'da Yanlış Kişiye Beyin Ameliyatı. Erişim Adresi:[https:www.medimagazin.com.tr]. Erişim Tarihi:12.04.2019.

ÖNDER A (1992). Ceza Hukuku Genel Hükümler. Yenilenmiş 2. Basım Cilt 2, Beta Basım, İstanbul.

ÖZALP T, ÖZALP F (2014). Hekimin Cezai Sorumluluğu. Adalet Yayınevi, Ankara.

ÖZBEK ÖV, KANBUR NM, DOĞAN K, BACAKSIZ P, TEPE İ (2012). Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Güncellenmiş 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara.

ÖZEK Ç (1966). Tıbbi Müdahalelerden Doğan Sorumluluklarla İlgili Genel Prensipler, İTFM, Cilt:29, s.1, İstanbul.

ÖZLÜ Z. Halk Hekimliğinden Diş Hekimliğine 19. Yüzyılda Osmanlı Devletinde Dişçilik Mesleği. Erişim Adresi: [https://www.academia.edu]. Erişim Tarihi: 23/03/2019.

SOYASLAN D (2018). Ceza Hukuku Genel Hükümler. 8. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara.

SOYASLAN D (2014). Ceza Hukuku Özel Hükümler. Güncelleştirilmiş 10. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara.

TANERİ G (2014). Uygulamadan Örnek Hükümlerle Türk Hukukunda Hekim Ceza Sorumluluğu. Bilge Yayınevi, Ankara.

TEZCAN D, ERDEM MR, ÖNOK RM (2018). Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku. Güncellenmiş 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara.

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi RG: 19/02/1960 s.10436. Erişim Adresi: [www.turkhukuksitesi.com] Erişim Tarihi: 09/01/2019.

TOROSLU N (1970). Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu. Sevinç Matbaası, Ankara.

Stone Age Man Used Dentist Drill (2006). Erişim Adresi: [http://news.bbc.co.uk/2/hi/science/nature]. Erişim Tarihi:23/03/2019

3224 sayılı Kanun. Erişim Adresi: [http://www.tdb.org.tr/mevzuat]. Erişim Tarihi: 26/03/2019.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu. Erişim Adresi: [https://www.resmigazete.gov.tr]. Erişim Tarihi:10/03/2019.

ÖZGEÇMİŞ

I- Bireysel Bilgiler

Adı	: Evin
Soyadı	: Toker
Doğum yeri ve tarihi	: Ankara, 21.10.1975
Uyruğu	: T.C
Medeni durumu	: Bekar
İletişim adresi ve telefonu	: Me-Sa 1. Batı Sitesi 2352 sk. No: 5/8 Yenibatı Mah. Batıkent Yenimahalle/ANKARA
	0532 333 45 66
II- Eğitimi	Hacettepe Üniversitesi Diş Hekimliği Fakültesi 1999
	Ankara Cumhuriyet Lisesi 1992
	Müjgan Karaçalı Ortaokulu 1989
	Sarar İlkokulu 1986
Yabancı dili	: İngilizce
III- Ünvanları	Diş Hekimi 1999
IV- Mesleki Deneyimi	: 1999-2000 Özel Gümüş Tıp Merkezi
	1999-2000 Gama Tıp Merkezi
	2000-2004 Ağrı Patnos Devlet Hastanesi
	2000-2004 Özel Muayenehane
	2004-2005 Ankara Evren Sağlık Ocağı
	2005-2009 Ankara Batıkent 1 No'lu Sağlık Ocağı
	2009-2019 Ankara Tepebaşı Ağız ve Diş Sağlığı Hastanesi
	2015-2019 Ankara Bölge Bilirkişilik

Yayınları:

Toker, E, 2016, III. Ulusal Sağlık Hukuku Kongresi, Bursa, "Sağlık Personeline Karşı İşlenen Suçlar", Seçkin Yayınevi, Ankara, s:99-126.

VII- Bilimsel Etkinlikleri

Ankara'nın En İyi Diş Hekimi Ödülü, T.C Sağlık Bakanlığı 2006.

Toker, E, II. Sağlık Hukuku Kongresi, Adli Bilimciler Derneği, 22-25 Nisan 2015, Gaziantep, "Diş Hekimliği'nde Kayıt Tutma Zorunluluğu".

Toker, E, Beypazarı Adli Bilimler Günleri, Adli Bilimciler Derneği, 26-27 Mayıs 2015, "Adli Diş Hekimliği Uygulamaları".

Toker, E, Ayaş Adli Bilimler Sempozyumu, Adli Bilimciler Derneği, 18 Ekim 2015, "Çocuk Seri Katiller" poster sunumu.

Sevim Erol, A- Toker, E, Antropoloji, Radyoloji ve Anatomi Kongresi 2015, Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi Anatomi Anabilim Dalı, Dil ve Tarih- Coğrafya Fakültesi Antropoloji Bölümü ve Dışkapı Yıldırım Beyazıt Eğitim Araştırma Hastanesi Radyoloji Kliniği, 12-13 Kasım2015, Ankara, "Periodontal Hastalıkların Antropolojik Önemi".

Toker, E, III. Sağlık Hukuku Kongresi, Adli Bilimciler Derneği, 23-25 Nisan 2016, Bursa, "Sağlık Personeline Karşı İşlenen Suçlar".

Toker, E, Adli Antropoloji Kursu, Ankara Üniversitesi Dil ve Tarih-Coğrafya Fakültesi, Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi Adli Tıp Anabilim Dalı, Adli Bilimciler Derneği, 3-8 Ocak 2017, Ankara, "Karşılaştırmalı İnsan ve Hayvan Dişleri".

VIII- Diğer Bilgiler

Adli Antropoloji Kursu, Ankara Üniversitesi Adli Bilimler Enstitüsü ve Adli Bilimciler Derneği,14-16 ve 21-23 Kasım 2014.

Tıbbi Hatalardan Kaynaklanan Davalarda Bilirkişilik Uygulamaları Eğitimi, 26-27 Ocak 2015.

Toker, E, Beypazarı Adli Bilimler Günleri, Adli Bilimciler Derneği, 26-27 Mayıs 2015, Düzenleme ve Bilimsel Kurul.

Toker, E, Ayaş Adli Bilimler Sempozyumu, Adli Bilimciler Derneği, 18 Ekim 2015, Sempozyum sekretaryası.

III. Sağlık Hukuku Kongresi, Adli Bilimciler Derneği, 23-25 Nisan 2016, Bursa, Kongre sekretaryası.

13. Uluslararası Anadolu Adli Bilimler Kongresi, Adli Bilimciler Derneği, Ankara Üniversitesi, Adli Tıp Kurumu, Jandarma Kriminal Daire Başkanlığı, Aydın İl Emniyet Müdürlüğü ve Germencik Belediyesi, 5-7 Mayıs 2016, Aydın, Kongre sekretaryası.