



**İZMİR ÜNİVERSİTESİ
SAĞLIK HUKUKU DERGİSİ**

**IZMIR UNIVERSITY
HEALTH LAW JOURNAL**

**HAKEMLİ DERGİ
PEER REVIEWED JOURNAL**

YIL / YEAR: 2 SAYI / ISSUE: 5

OCAK / ŞUBAT / MART -JANUARY / FEBRUARY / MARCH 2015

Hukuki Makaleler / Judiciary Articles

Yargı İçtihatları / Jurisprudence

Mevzuat / Legislation



YAZILIM TİCARET
LİMİTED ŞİRKETİ

LEGES
İZMİR ÜNİVERSİTESİ
SAĞLIK HUKUKU DERGİSİ
IZMIR UNIVERSITY
HEALTH LAW JOURNAL

HAKEMLİ DERGİ
PEER REVIEWED JOURNAL
Leges Yazılım Tic. Ltd. Şti. adına

Sahibi ve Sorumlu Müdür
On Behalf of Leges Yazılım Tic. Ltd. Şti.
Owner and Managing Director
Ömer Faruk KAHRAMAN

Genel Yayın Yönetmeni / General Editor
Dr.Sevinç ARSLAN HIZAL

Yayın Danışmanı / Editorial Consultant
Prof. Dr. Suna KIRAÇ

Yıl / Year: 2
Sayı / Issue : 5
ISSN 2148-449X

Yayın Türü / Type of Publication: Yaygın Süreli Yayın Nationwide periodicals
3 Ayda bir yayınlanır / It is published every three months

Basıldığı Yer / Place of publication: Yıldız Matbaacılık ve Baskı Sistemleri
Ziya Gökalp Mah.42/4 Sok.No:18/2 Zeytinburnu - İSTANBUL - TÜRKİYE
Tel.: 0212 558 01 05 — 416 09 39

Yönetim Yeri / Place of administration:
Sümer mah. 29/5 sok. No:2 Nur Apt. K: 4 D:11 Zeytinburnu-İstanbul-TÜRKİYE
Tel: 0212 547 60 80 Fax: 0212 547 60 82
www.leges.com.tr • e-posta: leges@leges.com.tr

Kapak Tasarım / Cover design: Nurmuhammed Madaminov
Dizgi - Tasarım / Typographic — Design: Nurmuhammed Madaminov
Düzeltilen / Proofreader: Leges Yazılım

Copright 2010 - Bu derginin tüm yayın hakları Leges Yazılım Tic. Ltd. Şti.'ye aittir.
Her hakkı saklıdır. Alıntılarda kaynak göstermek zorunludur
Copright 2010 - All publishing rights of this journal belong to Leges Yazılım Tic. Ltd. Şti.
All rights are reserved. Giving reference is necessary for citations.

YILLIK ABONELİK BEDELİ (4 SAYI): PEŞİN 80 TL - VADELİ 100 TL - TEK SAYI: 25 TL
ANNUAL SUBSCRIPTION FEE (4 ISSUES): CASH 80 TL - FORWARD 100 TL - 1 ISSUE: 25 TL

DANIŐMA KURULU

- ◆ **Prof. Dr.** Ekin zɡ r AKTAŞ (Ege Üniversitesi Tıp Fakültesi)
- ◆ **Prof. Dr.** Walter ANDREWS (Washington Üniversitesi)
- ◆ **Prof. Dr.** Pınar BALCI (Dokuz Eylül Üniversitesi Tıp Fakültesi)
- ◆ **Prof. Dr.** Okay BAŞAK (Aydın Adnan Menderes Üniversitesi Tıp Fakültesi)
- ◆ **Prof. Dr.** Vladimir BELYAKOV (Rusya Bilimler Akademisi)
- ◆ **Prof. Dr.** Uwe BLAESİNG (Leiden Üniversitesi)
- ◆ **Prof. Dr.** Bernt BRENDEMEON (Oslo Üniversitesi)
- ◆ **Prof. Dr.** Valerij BOVTUN (Altay Devlet Teknik Üniversitesi)
- ◆ **Prof. Dr.** Maria CİKİA (Gürcü Bilimler Akademisi)
- ◆ **Prof. Dr.** Selma ÇETİNER ŞEKERCİ (İzmir Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
- ◆ **Prof. Dr.** Fevzi DEMİR (Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
- ◆ **Prof. Dr.** Mustafa Ruhan ERDEM (Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
- ◆ **Prof. Dr.** Şeref ERTAŞ (Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
- ◆ **Prof. Dr.** Gavril GAVRILEVIC FILIPPOV (NEF Universitesi)
- ◆ **Prof. Dr.** Hakan HAKARİ (Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
- ◆ **Prof. Dr.** Bravina Rozalia INNOKENTYEVNA (Bilimler Akademisi Saha)
- ◆ **Prof. Dr.** M. Merdan HEKİMOĞLU (İzmir Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
- ◆ **Prof. Dr.** Aytaç KOÇAK (Ege Üniversitesi Tıp Fakültesi)
- ◆ **Prof. Dr.** Stale KNUDSEN (Bergen Üniversitesi)
- ◆ **Prof. Dr.** Zehra ODYAKMAZ (Mevlana Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
- ◆ **Prof. Dr.** Ferhan SAĞIN (Ege Üniversitesi Tıp Fakültesi)
- ◆ **Prof. Dr.** OĞuz SANCAKDAR (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
- ◆ **Prof. Dr.** Almagul SARYMSAKOVA (Kazakistan Amerikan Üniversitesi)
- ◆ **Prof. Dr.** Serdar SAYDAM (Dokuz Eylül Üniversitesi Tıp Fakültesi)
- ◆ **Prof. Dr.** Turgay UZUN (Muğla Sıtkı Koçman Üniversitesi)
- ◆ **Prof. Dr.** Kutsal Y R KOĞLU (Dokuz Eylül Üniversitesi Tıp Fakültesi)
- ◆ **Prof. Dr.** Sevilay UZUNALLI (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
- ◆ **Doç. Dr.** Aydan ÇELEBİLER (İzmir Üniversitesi Tıp Fakültesi)
- ◆ **Yrd. Doç. Dr.** Şahin BAĞIROV (Azerbaycan Milli İlimler Akademisi)
- ◆ **Yrd. Doç. Dr.** Serkan ÇINARLI (İzmir Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
- ◆ **Yrd. Doç. Dr.** Behiye EKER KAZANCI (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
- ◆ **Yrd. Doç. Dr.** Ahsen KAYA (Ege Üniversitesi Tıp Fakültesi)
- ◆ **Yrd. Doç. Dr.** Gözde KAYA (Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi)
- ◆ **Yrd. Doç. Dr.** Tuba KUTOĞLU (İzmir Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

- ◆ **Yrd. Doç. Dr. Hüsnü TURANLI** (İzmir Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
- ◆ **Yrd. Doç. Dr. Zekiye Özen İNCİ** (İzmir Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
- ◆ **Yrd. Doç. Dr. İlker Gökhan ŞEN** (Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
- ◆ **Yrd. Doç. Dr. Ender ŞENOL** (Ege Üniversitesi Tıp Fakültesi)
- ◆ **Yrd. Doç. Dr. Yıldırım TAYLAR** (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
- ◆ **Dr. Aydın AKGÜL** (Danıştay Savcısı)
- ◆ **Öğr. Gör. Sevinç ARSLAN HIZAL** (İzmir Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
- ◆ **Av. Abdullah HIZAL** (İzmir Tabip Odası)
- ◆ **Av. Mithat KARA** (İzmir Tabip Odası)

ADVISORY BOARD

- ◆ **Prof. Dr.** Ekin Özgür AKTAŞ (Faculty of Medicine, Ege University)
- ◆ **Prof. Dr.** Walter ANDREWS (University of Washington)
- ◆ **Prof. Dr.** Pınar BALCI (Faculty of Medicine, Dokuz Eylül University)
- ◆ **Prof. Dr.** Okay BAŞAK (Faculty of Medicine, Aydın Adnan Menderes University)
- ◆ **Prof. Dr.** Vladimir BELYAKOV (Russian Academy of Sciences)
- ◆ **Prof. Dr.** Uwe BLAESING (Universiteit Leiden)
- ◆ **Prof. Dr.** Bernt BRENDMEON (University of Oslo)
- ◆ **Prof. Dr.** Valerij BOVTUN (Altai State Technical University)
- ◆ **Prof. Dr.** Maria ÇIKİA (Georgian Academy of Sciences)
- ◆ **Prof. Dr.** Selma ÇETİNER ŞEKERCİ (Faculty of Law, İzmir University)
- ◆ **Prof. Dr.** Fevzi DEMİR (Faculty of Law, Yaşar University)
- ◆ **Prof. Dr.** Mustafa Ruhan ERDEM (Faculty of Law, Yaşar University)
- ◆ **Prof. Dr.** Şeref ERTAŞ (Faculty of Law, Yaşar University)
- ◆ **Prof. Dr.** Gavril GAVRILEVIC FILIPPOV (NEF University)
- ◆ **Prof. Dr.** Hakan HAKERİ (Faculty of Law, Medeniyet University)
- ◆ **Prof. Dr.** Bravina Rozalia INNOKENTYEVNA (Saha Academy of Sciences)
- ◆ **Prof. Dr.** M. Merdan HEKİMOĞLU (Faculty of Law, İzmir University)
- ◆ **Prof. Dr.** Aytaç KOÇAK (Faculty of Medicine, Ege University)
- ◆ **Prof. Dr.** Stale KNUDSEN (University of Bergen)
- ◆ **Prof. Dr.** Zehra ODYAKMAZ (Faculty of Law, Mevlana University)
- ◆ **Prof. Dr.** Ferhan SAĞIN (Faculty of Medicine, Ege University)
- ◆ **Prof. Dr.** Oğuz SANCAKDAR (Faculty of Law, Dokuz Eylül University)
- ◆ **Prof. Dr.** Almagul SARYMSAKOVA (Kazakhstan American University)
- ◆ **Prof. Dr.** Serdar SAYDAM (Faculty of Medicine, Dokuz Eylül University)
- ◆ **Prof. Dr.** Turgay UZUN (Muğla Sıtkı Koçman University)
- ◆ **Prof. Dr.** Kutsal YÖRÜKOĞLU (Faculty of Medicine, Dokuz Eylül University)
- ◆ **Prof. Dr.** Sevilay UZUNALLI (Faculty of Law, Dokuz Eylül University)
- ◆ **Assoc. Prof. Dr.** Aydan ÇELEBİLER (Faculty of Medicine, İzmir University)
- ◆ **Assoc. Prof. Dr.** Şahin BAĞIROV (Azerbaijan National Academy of Sciences)
- ◆ **Assist. Prof. Dr.** Serkan ÇINARLI (Faculty of Law, İzmir University)
- ◆ **Assist. Prof. Dr.** Behiye EKER KAZANCI (Faculty of Law, Dokuz Eylül University)
- ◆ **Assist. Prof. Dr.** Ahsen KAYA (Faculty of Medicine, Ege University)
- ◆ **Assist. Prof. Dr.** Gözde KAYA (Faculty of Economics and Administrative Sciences, Dokuz Eylül University)

- ◆ **Assist. Prof. Dr.** Hüsnu TURANLI (Faculty of Law, İzmir University)
- ◆ **Assist. Prof. Dr.** Tuba KUTOĞLU (Faculty of Law, İzmir University)
- ◆ **Assist. Prof. Dr.** Zekiye Özen İNCİ (Faculty of Law, İzmir University)
- ◆ **Assist. Prof. Dr.** İlker Gökhan ŞEN (Faculty of Law, Anadolu University)
- ◆ **Assist. Prof. Dr.** Ender ŞENOL (Faculty of Medicine, Ege University)
- ◆ **Assist. Prof. Dr.** Yıldırım TAYLAR (Faculty of Law, Dokuz Eylül University)
- ◆ **Dr.** Aydın AKGÜL (Council of State Prosecutor)
- ◆ **Lect.** Sevinç ARSLAN HIZAL (Faculty of Law, İzmir University)
- ◆ **Attorney at law** Abdullah HIZAL (İzmir Chamber of Doctors)
- ◆ **Attorney at law** Mithat KARA (İzmir Chamber of Doctors)

LEGES İZMİR ÜNİVERSİTTESİ SAĞLIK HUKUKU DERGİSİ YAYIN İLKELERİ

1. Leges İzmir Üniversitesi Sağlık Hukuku Dergisi'nin yazı dili Türkçe'dir. Ancak gönderilirse İngilizce, Fransızca ve Almanca dillerinde bir özete de yer verilebilir.
2. Dergiye gönderilecek yazıların başka yerde yayınlanmamış veya yayınlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekir.
3. Gönderilecek yazıların Times New Roman karakterinde, ana metnin 1,5 satır aralığında ve 12 punto, dipnotların 10 punto olarak hazırlanması gerekmektedir.
4. Makalenin, bir paragraflık Türkçe özet ile içeriği temsil eden en az üç anahtar sözcükleri içermesi gerekir.
5. Dipnotların sayfa altında gösterilmesi ve ilk dipnotun aşağıda gösterilen sıralama ile yazılması gerekmektedir

Yazarın Adı, Soyadı, Eserin Adı, Eserin Basıldığı Yer ve Yılı, Sayfa Numarası

Sonraki atıflar ise aşağıdaki linkte gösterildiği gibi yazılmalıdır:

<http://sbe.izmir.edu.tr/enstitu-hakkinda/yonetmelikler-ve-yonergeler/item/237-sosyal-bilimler-enstit%C3%BCs%C3%BC-lisans%C3%BCst%C3%BC-tez-ve-projeler-yaz%C4%B1m-ve-bas%C4%B1m-y%C3%B6nergesi.html>

6. Makalelerde kullanılan kaynakların, makalenin sonunda alfabetik sırayla ve aşağıdaki sıralamayla yazılmış olması gerekir:

Yazarın Soyadı, Adı, Eserin Adı, Eserin Basıldığı Yer ve Yılı

7. Makale yazarlarının unvanlarının, görev yaptıkları kurumların, haberleşme adresleri ile telefon ve e-mail adreslerinin bildirilmesi gerekmektedir.

8. Hakem denetiminden geçmesi talep edilen yazıların bir adet çıktısının kargo ve WORD formatındaki dijital hallerinin elektronik posta aracılığıyla gönderilmesi gerekir. Gönderi adresi: Öğr. Gör. Sevinç Arslan Hızal-İzmir Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Gürsel Aksel Bulvarı, No:14, 35350 Üçkuyular, İzmir şeklindedir. (E-mail adresi: sevinc.hizal@izmir.edu.tr)

9. Yayın kurulunca ilk değerlendirmesi yapılan yazılar istek halinde hakeme (aynı bilimsel alanda yazılan makaleler tek, multidisipliner alanda yazılan makaleler ise iki hakeme) gönderilecek (kör hakemlik) ve hakemden gelen rapor doğrultusunda yazının yayınlanmasına, düzeltme istenmesine ya da yazının geri çevrilmesine karar verilecektir. Yazar durumdan en kısa sürede haberdar edilecek, ancak yayınlanmayan yazılar yazara geri gönderilmeyecektir.

10. Yazardan düzeltme istenmesi halinde, düzeltmenin en geç 15 gün içinde yapılarak elektronik posta yoluyla tekrar gönderilmesi gerekmektedir.

11. Yazıyı gönderen, yazısının yayınlanması durumunda, basılı, görsel, işitsel, dijital ortamdaki tüm iletim, yayma, çoğaltma, işleme, devir, doğrudan veya dolaylı temsil haklarını, yurtiçinde ve yurtdışında süresiz olarak Leges Yazılım Yayıncılık Ltd.Şti.ne devrettiğini kabul etmiş sayılır.

12. Yazara telif ücreti ödenmeyecek, iki adet dergi gönderilecektir.

DERGİ YAYIN KURULU

Prof. Dr. M. Merdan HEKİMOĞLU

Prof. Dr. Ekin Özgür AKTAŞ

Prof. Dr. Aytaç KOÇAK

Yrd. Doç. Dr. Serkan ÇINARLI

Öğr. Gör. Sevinç Arslan HIZAL

PUBLISHING PRINCIPLES OF LEGES İZMİR UNIVERSITY JOURNAL OF HEALTH LAW

1. The text language of Leges İzmir University Journal of Health Law is Turkish. However, an abstract written in English, French or German language can be referred if it is sent.
2. The articles which are sent to journal must be unpublished or they must not be sent for being published in another journal.
3. The submitted articles must be written with Times New Roman font. Main text must be written with 1,5 line spacing and 12 point. Footnotes must be written with 10 point.
4. The article needs to include an abstract in Turkish and at least three key words which represents content.
5. Footnotes must be shown at the bottom of page and the first footnote must be written in the order shown below:

The name and surname of author, the name of book, publishing place and date of book, page number

The following footnotes must be written as shown in the link below:

<http://sbe.izmir.edu.tr/enstitu-hakkinda/yonetmelikler-ve-yonergeler/item/237-sosyal-bilimler-enstit%C3%BCs%C3%BC-lisans%C3%BCst%C3%BC-tez-ve-projeler-yaz%C4%B1m-ve-bas%C4%B1m-y%C3%B6nervesi.html>

6. References used in the article must be written in alphabetical order at the end of the article. It must also be written in following order:

The surname and name of author, the name of book, publishing place and date of book

7. All author's titles, institutions, location, communication information and e-mail addresses must be stated.

8. The articles which are requested to undergo peer review should be sent one copy of the printed documents by cargo and also in a digital copy written in the WORD format by e-mail. The delivery address: Öğr. Gör. Sevinç Arslan Hızal- İzmir Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Gürsel Aksel Bulvarı, No:14, 35350 Üçkuyular İzmir (E-mail adress: sevinc.hizal@izmir.edu.tr)

9. If requested, the articles which have been rated by the editorial board will be sent for peer review (the articles written in the same scientific field will be sent to one reviewer, the articles written in multidisciplinary scientific fields will be sent to two reviewers) (blind review) and will be decided to publish, revision or reject according to the reviewer's report. The author will be informed as soon as possible, but the articles which have not been published will not be sent to the author.

10. If revision is requested from the author, the revision must be completed and revised manuscript must be sent to the editor again via e-mail within 15 days.

11. In the case of the is being published, the author is assumed to accept assigning the direct or indirect rights of representation which includes all printed, visual, audial and digital publications, copies and services to Leges Yazılım Yayıncılık Ltd.Şti. permanently both within the country and abroad.

12. Author's royalty will not be paid, which includes author's manuscript will be sent.

JOURNAL EDITORIAL BOARD

Prof. Dr. M. Merdan HEKİMOĞLU

Prof. Dr. Ekin Özgür AKTAŞ

Prof. Dr. Aytaç KOÇAK

Yrd. Doç. Dr. Serkan ÇINARLI

Öğr. Gör. Sevinç Arslan HIZAL

HUKUKİ MAKALELER

- ◆ TÜRK SİGORTA HUKUKUNDA TIBBİ KÖTÜ UYGULAMAYA İLİŞKİN ZORUNLU MALİ SORUMLULUK SİGORTASI

Yrd. Doç. Dr. Hüsnü TURANLI

- ◆ SAĞLIK MESLEĞİ MENSUPLARININ SUÇU BİLDİRMEMESİ (TCK 280)

Av. Mehmet ÖGET

HAKEM DENETİMİNDEN GEÇMİŞTİR**TÜRK SİGORTA HUKUKUNDA TIBBİ KÖTÜ
UYGULAMAYA İLİŞKİN ZORUNLU
MALİ SORUMLULUK SİGORTASI****(MANDATORY MALPRACTICE FINANCIAL LIABILITY
INSURANCE IN TURKISH INSURANCE LAW)**

Yrd. Doç. Dr. Hüsnü TURANLI¹

ÖZET: Bilim ve teknoloji ilerledikçe insanların hayat standardı, yaşam süresi ve kalitesi yükselmekte ancak aynı şekilde maruz kaldığı riskler de artmaktadır. Söz konusu risklerin gerçekleşmesi sonucu ortaya çıkan zararı belli bir prim karşılığında tazmin etmeyi üstlenen sigortacılık sistemi de her geçen gün büyümekte ve yaygınlaşmaktadır. Özellikle sorumluluk sigortası kurumu, diğer sigorta kurumlarına göre büyük bir ivme kazanmıştır. Klasik anlamda sorumluluk sigortalarının yanı sıra birçok meslek dalında mesleki sorumluluk sigortalarının sayısı ve kapsamı da artmıştır. Önde gelen mesleki sorumluluk sigortalarından biri olan “Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası” da serbest ya da kamu kurum ve kuruluşlarında çalışan hekimler, diş hekimleri ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olarak çalışan kişilerin mesleki faaliyetlerini ifa ederken kendilerinden beklenen özen eksikliği, mesleki bilgi yetersizliği ve deneyimsizlik gibi nedenlerle müdahale edilen kişilerin uğrayabileceği zararların tazmini amacıyla zorunlu tutulan bir mesleki sorumluluk sigortası türüdür.

“Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası” genel şartlarında yer alan sigortanın kapsamı, süreler, rizikonun gerçekleşme zamanı ve zararın hesaplanması gibi konularda diğer sigorta türlerine göre farklılıklar görülmektedir. Örneğin geçmiş on yılda meydana gelen hatalı tıbbi müdahale sonucu ortaya çıkan zararlar nedeniyle sigorta süresi içinde

1 İzmir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku ABD Öğretim Üyesi

talep edilen tazminat talepleri de kapsam içindedir. Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası belirli limitler içerisinde hekimlere yönelik tazminat taleplerine karşı koruma sağlar. Günümüzde, hatalı uygulamalar nedeniyle tazminat davalarında hem sayısal hem de talep miktarı bakımından artma görülmektedir. Bu bakımdan zorunlu sigorta uygulamasının önemi de aynı nedenle artmıştır.

Anahtar Kelimeler: Sigorta Şirketi, Tıbbi Kötü Uygulamalara İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası, Riziko, Zarar, Tazminat.

ABSTRACT: As science and technology progresses, the human life standard, life cycle and quality increases and so threaten the risks the human beings.

The insurance system, aiming to compensate the damages in return for a premium in case of the occurrence of the risks gradually expands and becomes widespread. Among these, the liability insurance concept has gained a certain rate compared to the other insurance types. Beside the conventional liability insurances, the number and scope of professional liability insurances has developed largely. One of the prevailing professional liability insurances, the medical malpractice liability insurance in this context aims to compensate the damages of the people caused by the physicians, dental doctors and medical experts working on their own, at a public institution or in an organization, due to lack of required care, professional knowledge and inexperience during the execution of their profession.

The general conditions in the medical malpractice liability insurance present some differences from the other types of liability insurances on issues like context, durations, and the realization of the risk and the assessment of the damage. E.g. events occurred ten years ago and claimed today are within the protection of the insurance. Medical malpractice liability insurance provides a certain extent of protection against the claims for the medical doctors. Today the numbers of the claims and the amounts of them have been progressively increasing. For that reason the importance of the liability insurance has increased accordingly.

Key words: Insurance Company, Mandatory Medical Malpractice Liability Insurance, Risk, Damage, Compensation.

GİRİŞ

Türk Ticaret Kanunu'nun Sigorta Hukuku genel hükümleri içinde zarar sigortası üst başlığı altında yer alan sorumluluk sigortalarının kapsamı her geçen gün artmaktadır. Başlangıçta, zorunlu trafik mali sorumluluk sigortası ve işveren sorumluluk sigortası ile başlayan sorumluluk sigortaları, zaman içinde birçok meslek dalını içine alacak şekilde genişlemiştir. Mesleki sorumluluk sigortalarının bir kısmı zorunlu (mali müşavirler ve hekimler için konulan zorunlu mali sorumluluk sigortaları) bir kısmı ise ihtiyaridir (avukatlar için mesleki sorumluluk sigortası).

Makalemizin konusu, mesleki sorumluluk sigortaları içinde yer alan ve tıp mesleğini uygulayan tıp hekimleri, diş hekimleri ve tıpta uzmanlığını alan kişiler için zorunlu tutulan “Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası”dır. Birçok ülkede tıbbi kötü uygulama (malpraktis) sorumluluk sigortası uygulanmakla birlikte genel olarak zorunlu tutulmamaktadır. Ülkemizde ise, 1219 sayılı Kanun’un² Ek12. maddesi ile “hekimlerin, diş hekimlerinin ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar kişilerin, tıbbi kötü uygulama nedeniyle kendilerinden talep edilebilecek zararlar ile kurumlarınca kendileri ne yapılacak rüculara karşı sigorta yaptırılmaları” zorunlu tutulmuştur.

Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası'nın Genel Şartları, Devlet Bakanlığı ve Başbakan Yardımcılığı ile Sağlık Bakanlığının müştereken hazırladığı “Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasında Kurum Katkısına İlişkin Usul ve Esaslara İlişkin 2010/1 sayılı Tebliği³ ile düzenlenmiştir. Bu Genel Şartlar incelendiğinde, tıp mesleğinin beklenmedik rizikolar içermesi nedeniyle bazı maddelerinin, diğer sorumluluk sigortalarına göre özellik arz ettiği görülecektir.

İncelememizin birinci kısmında, makale konusu olan “Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası”nın bir sorumluluk sigortası türü olması nedeniyle genel olarak sorumluluk sigortalarına kısaca değinilmiştir. İkinci kısmında ise, “Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası” ve bu çerçevede bahse konu sigortanın genel şartları ve özellik arz eden konuları incelenmeye çalışılmıştır.

2 Tababat ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun, Kabul Tarihi: 1 04.04.1928, RG. 14.4.1928 Sayı: 863

3 21.07.2010, RG-27648.

Sonuç kısmında ise, genel şartlara düzenlenen bazı hususların, özellikle sigortanın kapsamı, rizikonun gerçekleştiği an ve koruma sürelerine ilişkin bazı önerilere yer verilmiştir.

I. TÜRK HUKUKUNDA GENEL OLARAK SORUMLULUK SİGORTALARI

A. GENEL OLARAK

Türk sigorta hukuku iki temel yasal düzenlemeye sahiptir. Sigorta hukukunun genel hükümleri, Türk Ticaret Kanunu'nun altıncı kitabı olarak "Sigorta Hukuku" başlığı altında TTK 1401.maddesi ile 1520.maddeleri arasında; sigorta şirketleri, sigorta acenteleri, meslek örgütlenmeleri ve tahkim gibi konular ise 03.06.2007 tarih ve 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nda düzenlenmiştir.

Türk Ticaret Kanunu'nun "Sigorta Hukuku" kitabında sigorta, iki ana başlık altında zarar ve can sigortaları olarak ele alınmıştır. Zarar sigortaları mal ve sorumluluk sigortaları olarak iki alt bölüme, can sigortaları ise; hayat, kaza ve hastalık sigortaları olarak üç bölüme ayrılmıştır. Tıbbi kötü uygulamaya ilişkin zorunlu mali sorumluluk sigortası sorumluluk sigortaları arasında yer almaktadır.

Sigorta hukukunda sigorta şirketleri ile kişiler arasındaki hukuki ilişki sigorta sözleşmesi ile tesis edilir. Sigorta sözleşmesi TTK m.1401'de tanımlanmıştır. Bu tanıma göre sigorta sözleşmesi sigortacının bir prim karşılığında, kişinin parayla ölçülebilir bir menfaatini zarara uğratan bir tehlikenin gerçekleşmesi halinde bunun tazminini ya da hayat süreleri nedeniyle veyahut hayatlarında gerçekleşen bazı olaylar nedeniyle bir para ödemeyi ya da diğer edimlerde bulunmayı üstlendiği sözleşmelerdir. 5684 sayılı Kanun'un 13.maddesine göre, sigorta sözleşmelerinin içeriği Müsteşarlıkça (Hazine Müsteşarlığı) onaylanan ve sigorta şirketlerince aynı şekilde uygulanacak olan genel şartlara göre uygun olarak düzenlenir. Bununla birlikte işin özelliğine uygun olarak özel şartlar konulabilir.

Sorumluluk sigortası, sigorta ettirenin veya sigortalının malvarlığının, sigortacı tarafından belli bir prim karşılığında sorumluluğun ekonomik sonuçlarına karşı sigorta güvencesi altına alınmasını öngören sigorta türüdür. Burada rizikonun gerçekleşmesi sonucu zarar gören ve tazminata hak kazanan kişi, sigorta sözleşmenin tarafı değil üçüncü kişilerdir.

Sorumluluk sigortası ile ana ilke olarak sigorta ettirenin üçüncü kişilere verebileceği zararlardan ötürü bu zararın giderilmesi için sigorta ettirenin malvarlığındaki azalmayı önlemek amaçlanmaktadır⁴. Sorumluluk sigortası ile sigortalılar, riskin gerçekleşmesi durumunda tazminatın sigorta tarafından karşılanmasını sağlarlar⁵.

Sorumluluk sigortalarında, mal sigortalarından farklı olarak sigorta değerinden söz edilemez⁶. Sigorta ettiren, malvarlığında meydana gelmesi muhtemel bir eksilmeye karşı kendisini güvence altına alır. Sorumluluk sigortası, zarar sigortaları içinde pasif sigorta grubunda yer almaktadır⁷. Bu sigorta türünde asıl amaç sigortalının malvarlığındaki azalmanın yani pasifinin artmasının önlenmesidir⁸. Pasif zarar sigortalarında menfaat değeri olmadığı için masraf tutarını önceden belirlemek olanaklı değildir. Bu nedenle sigorta bedelinin sigorta değerine eşit olması ilkesi burada geçerli değildir⁹. Öğretide Can, zorunlu sorumluluk sigortalarıyla, zarar gören kişilerin, fazla bir zahmet ve hukuki sorunla karşılaşmadan tazminat alacaklarına kavuştuklarını, dolayısıyla zorunlu sorumluluk sigortaların ihdas edilmesinin, sigorta yaptırmakla zorunlu olanları değil, onların zarara uğrattığı kişilerin korunmasını amaçladığını dile getirmiştir¹⁰. Diğer bir deyişle zarar görenin korunması sorumluluk sigortasının temel

4 Kubilay, Huriye: Uygulamalı Özel Sigorta Hukuku, Barış Yayınları Fakülteler Kitapevi, 2.Baskı, İzmir, 2003 s.112, Çeker, Mustafa: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Sigorta Hukuku, Karahan Kitapevi, 10. Baskı, Adana, 2014 s. 255.

5 Oğuzman, Kemal/ Öz, Turgut: Borçlar Hukuku, Genel hükümler, C. II, Gözden Geçirilmiş 10.Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, s. 6.

6 Can, Mertol: Türk Özel Sigorta Hukuku (Ders Kitabı), (Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 3.Bası) Ankara, 2009, s.175(Sigorta).

7 Kubilay, s.133, bkz dn. 245, Can Mertol: Mesleki Sorumluluk Sigortası “Genel Şartlarına” Genel Bir Bakış, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Yayın No: 431, Ankara, 2006 s.7 (Mesleki).

8 Pasif sigortası, bir kimsenin malvarlığının pasif kısmındaki artışların doğurduğu zararın giderilmesini amaçlar. Bu konuda bkz. Can, s.165 vd (Sigorta); Ünan, Samim: Zorunlu Hekim Sorumluluğu Sigortası (Genel Şartlar Şerhi), Sigorta Hukuku Türk Derneği (AIDA TURKEY), Kasım 2012,s.43; Yazıcıoğlu, Emine/Atamer Kerim: Sigorta Hukuku Ders Notları, <http://istanbuluniversitesi.hukukfakultesi.gen.tr/fpdb/YAZICIO%C4%9ELU%20-%20ATAMER%20%20Sigorta%20Hukuku%20Ders%20Notlar%C4%B1%20%20Birinci%20K%C4%B1s%C4%B1m.pdf>,s.30(05.09.2014), s.30.

9 Yazıcıoğlu/Atamer s.31.

10 Bkz. Can, s.168(Sigorta).

amacıdır¹¹. Burada rizikonun gerçekleşmesi sonucu ortaya çıkan somut zarar karşılanmaktadır. Öte yandan sorumluluk sigortası, sigortalının üçüncü kişilere karşı sorumluluğunu ortadan kaldırmaz ancak sigorta ettirenin malvarlığında oluşacak azalmayı en aza indirmeyi amaçlar¹².

Sorumluluk sigortasında, diğer sigorta türlerinden farklı olarak, zarar görenin doğrudan doğruya sigortacıdan zararı talep hakkı da düzenlenmiştir. TTK m.1478/1 hükmüne göre, “Zarar gören, uğradığı zararın sigorta bedeline kadar olan kısmının tazminini, sigorta sözleşmesi için geçerli zamanaşımı süresi içinde kalmak şartıyla, doğrudan sigortacıdan isteyebilir”. Bu hükmün, zarar görenin, zararını doğrudan sigortacıdan talep etmesini amaçlamakla birlikte nedensellik bağına göz ardı ettiği görülmektedir. Zarar görenin zararını değil, “sigortalının üçüncü kişi karşısında sorumlu olduğu meblağın sigorta bedeline kadar olan kısmını sigortacıdan isteyebileceği” şeklindeki bir düzenlemenin daha doğru olacağı kanaatindeyim¹³.

Sorumluluk sigortasını mal sigortasından ayıran temel unsurlardan bir diğeri de zarara sebebiyet verenin sigortalı kişi olmasıdır. Yani sigorta tarafından korunan kişi zarara yol açan kişi konumundadır. Oysaki mal sigortalarında, sigortalının menfaati korunur. Burada söz edilen menfaat, sigorta ile teminat altına alınan varlıktır. Sorumluluk sigortasında ise bir miktar kararlaştırılır ve o miktara kadar olan zarar karşılanır. Zarar, belirlenen miktarın altında ise, kalan tutar tükeninceye kadar sigortalı korunmaya devam eder (TTK m.1428/1).

Eski TTK’da, sorumluluk sigortasına özel bir başlık altında yer verilmemişti. Sorumluluk sigortasına ilişkin bazı hükümler mevcut olmakla birlikte (ETTK m.1292, 1377) bu alandaki ihtiyacı karşıladığı söylenemezdi. Yeni TTK’de ise, sorumluluk sigortası, zarar sigortasının bir bölümü olarak 1473 ila 1487.maddeler arasında toplam 15 maddede düzenlenmiştir. TTK’da, sorumluluk sigortasına ilişkin bazı esaslar şöyle sıralanabilir:

a) Sigortacı, sorumluluk sigortası ile sözleşmede aksine hüküm yoksa sigortalının sözleşmede öngörülen ve zarar daha sonra doğsa bile,

11 Kender Rayegan: Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku, Güncelleştirilmiş 11.Baskı, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2011, s.321.

12 Çeker, s.255.

13 Aynı görüş için bkz. Kender, s.321.

sigorta süresi içinde gerçekleşen bir olaydan kaynaklanan sorumluluğu nedeniyle zarar görene, sigorta sözleşmesinde öngörülen miktara kadar tazminat öder (TTK m.1473/1).

Sorumluluk sigortasında kural olarak sigorta değeri olmadığından, sigortalının malvarlığının pasifinde meydana artış yani malvarlığındaki azalmanın azami bir tutarı belirlenerek zarar bu miktara kadar karşılanır¹⁴.

b) TTK m.1473/1'de düzenlenen tazminat ödeme yükümlülüğü, sözleşme kapsamı içinde öngörülen ve sözleşme döneminde meydana bir olay nedeniyle, sözleşme dönemi içinde ya da sonradan doğan zararın tazminini düzenlemektedir. Öte yandan, bu hükmü genişleterek sözleşme öncesi dönemde meydana gelen bir olaydan dolayı sözleşme süresi içindeki talepler de, bir ek kloz ile karşılanabilir.

Sorumluluk sigortasında, sorumluluğu doğuran olayın neden olduğu zarar hemen ortaya çıkmayabilir ve zarara bağlı olarak tazminat talebi de sözleşme süresinden sonra ileri sürülebilir. Bu nedenle sigorta himayesinin, sigorta sözleşmesi süresince sağlanması, sözleşmenin sona ermesi ile himayenin de sona ermesi sorumluluk sigortalarının amacına hizmet etmeyebilir. Bu nedenle sorumluluk sigortalarının geçmişe, geleceğe ya da bir başka seçenekle hem geçmişe hem de geleceğe etkili türleri olabilir¹⁵.

c) Sorumluluk sigortasında, sigorta, sigortalının işletmesi ile ilgili bir sorumluluğu kapsıyorsa bu durumda sigorta, sigortalının temsilcisi ile işletmesinin yönetimi veya denetiminde ya da işletmede çalışan kişilerin sorumluluğunu da kapsar (TTK m.1473/2). Dolayısıyla, işletmeye ilişkin bir sigorta, sigortalı tacirin ticari temsilcisi, ticari vekili ve diğer bağımlı tacir yardımcılarının da çalışmaları esnasında verdikleri zararı teminat altına almaktadır.

d) Sorumluluk sigortasında, sözleşmede belirlenen tazminat dışında, talebe ilişkin makul giderler de karşılanır (TTK m.1474/1).

e) Kasten zarar verilmesi halinde sigortacının bir ödeme yükümlülüğü doğmaz (TTK m.1477).

14 Can, s.174(Sigorta).

15 Can, s.172 vd(Sigorta).

f) Sorumluluk sigortasında, zarar görenin, doğrudan doğruya sigortacıdan talep hakkına sahip olması söz konusudur (TTK m.1478).

g) Sigortacıya yöneltilecek tazminat istemleri, sigorta konusu olaydan itibaren on yılda zamanaşımına uğrar (TTK m.1482).

Sorumluluk sigortası, isteğe bağlı veya zorunlu olarak yaptırılabilir¹⁶.

B. MESLEKİ SORUMLULUK SİGORTASI

Bazı meslek dallarında, teknolojik yenilikler, mesleğin özelliğinden kaynaklanan güçlükler, uzmanlık gereksinimi, deneyimsizlik, bilgi yetersizliği gibi nedenlerle başkasına zarar verme riski diğer mesleklere göre daha fazladır.

Mesleki sorumluluk özellikle serbest meslek alanlarında daha önem taşır¹⁷. Belirli meslek gruplarında, özellikle uğraşı alanı insana, hukuka, mali ve güvenlikle ilgili konulara yönelik olan hekimlik, avukatlık, muhasebecilik, güvenlik gibi meslek alanlarında, bu mesleklerin icrası esnasında yapılabilecek yanlış uygulamalardan doğan zararların sigorta kuruluşlarınca giderimi, söz konusu meslekleri icra eden kişiler bakımından önem arz etmektedir. Böyle bir güvence, bu kişilerin mesleklerini daha özgür koşullarda icra etmelerine olanak sağlamaktadır¹⁸.

Söz konusu meslekleri icra eden kişiler, yukarıda sayılan nedenlerle, muhatap oldukları üçüncü kişilere verebilecekleri zararlar için kendilerini mali ve hukuki himaye altına almak istemektedir. Hekim, muhasebeci, avukat gibi geniş kesimlere hizmet veren meslek dallarında mesleki deneyim, bilgi düzeyi ve özen gösterme yükümlülüğü, diğer meslek gruplarına göre daha önem taşır. Mesleki sorumluluk sigortasında zarar, sayılan mesleklerin icrası esnasında sigortalının, bilgi eksikliği, mesleki deneyimsizlik, hata, gereken özen yükümlülüğünü yerine getirmemesi sonucu ortaya çıkan bir zarardır. Burada söz konusu özen yükümlülüğü, nesnel (objektif) bir özen yükümlülüğü olup aynı mesleği icra eden

16 Can, s.7 (Mesleki).

17 Duru Neslihan: Mesleki Sorumluluk Sigortalarından Hekim Mesleki Sorumluluğunun Türkiye'deki ve AB'deki Uygulamalarının Karşılaştırılmalı Olarak İncelenmesi, Marmara Ü. Bankacılık ve Sigortacılık A.B.D. Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2006, s.35.

18 Can, Mertol, s.5. (Mesleki)

kişilerden beklenen genel anlamda bir yükümlülüktür¹⁹.

Türk sigorta hukukunda mesleki sorumluluk sigortaları zaman içinde nicelik olarak artış göstermiş ve günümüzde beş ayrı meslek grubunda mesleki sorumluluk sigortası ihdas edilmiştir. Bunların bir kısmı zorunlu bir kısmı isteğe bağlıdır²⁰.

Zorunlu sorumluluk sigortaları bir kanun hükmüne dayanan sorumluluktan kaynaklanır. Bu sigorta türü ile mağdurların fazla bir sorunla karşılaşmadan tazminat alacaklarına kavuşmaları amaçlanmıştır²¹.

Mesleki sorumluluk sigortası TTK'da ayrıca düzenlenmemiştir. Dolayısıyla mesleki sorumluluk sigortalarında, TTK'da düzenlenen m.1473-1482 hükümleriyle, bu hükümlere dayanılarak hazırlanan genel şartlar dikkate alınacaktır.

Mesleki sorumluluk sigortası genel şartları hazırlanırken poliçede mesleki faaliyetlerin sınırlarının belirlenmesinde güçlüklerle karşılaşmıştır. Örneğin, hekimlerin kendi uzmanlık alanları dışında bir hastaya müdahalesi ve hastalığın kötüleşmesi ya da hastanın kaybedilmesi, bir mali müşavirin mükellefini belirli yatırım araçlarına yönlendirmesi ve zarara uğranması, bir avukatın müvekkiline önerdiği hukuki çözümün yetersiz kalması vb. konular, genel şartların hazırlanmasında daha esnek davranılmasını zorunlu kılmıştır.

II. TIBBİ KÖTÜ UYGULAMA (MALPRAKTİS) KAVRAMI, TIBBİ KÖTÜ UYGULAMADAN KAYNAKLANAN TAZMİNAT DAVALARI VE SİGORTA İLE İLİŞKİSİ

A. TIBBİ KÖTÜ UYGULAMA (MALPRAKTİS) KAVRAMI

“Tıbbi kötü uygulama” kavramı, İngilizcede “malpractice” olarak

19 Kılıçoğlu, Ahmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş 16.Bası, Ankara, 2012, s.307, Duru s.36.

20 Başlıca mesleki sorumluluk sigortaları şöyle sıralanabilir:

- a) Tıbbi kötü uygulamalara ilişkin zorunlu mali sorumluluk sigortası,
- b) Muhasebeci, mali müşavir ve yeminli mali müşavir zorunlu mesleki sorumluluk sigortası,
- c) Özel güvenlik zorunlu mali sorumluluk sigortası,
- d) Mimar mesleki sorumluluk sigortası (zorunlu değil),
- e) Avukat mesleki sorumluluk sigortası (zorunlu değil).

21 Can, s.168(Sigorta).

ifade edilen kelimenin Türkçe karşılığıdır. Hekimler için öngörülen zorunlu mali sorumluluk sigortasında malpraktis yerine Türkçe karşılığı olarak “tıbbi kötü uygulama” ibaresine yer verilmiştir²². Bununla birlikte aynı anlamı taşımak üzere “hatalı tıbbi müdahale” ya da “tıbbi uygulama hataları” ibarelerinin de kullanıldığı görülmektedir²³. Tıbbi kötü uygulama kavramını ayrıntılı olarak incelemeyen önce öğretilerde kabul gören²⁴ ve kanaatimce tıbbi uygulama ile aynı anlamı taşıyan “tıbbi müdahale” kavramı üzerinde durmakta yarar vardır.

Bir tanıma göre tıbbi müdahale “tıp mesleğini icra etmeye yetkili ve eğitilmiş sağlık personeli tarafından tıp bilimi ve tekniği çerçevesinde, kişinin bedensel, fiziksel ve ruhsal yönden iyilik halini sağlamak üzere yapılan koruyucu, teşhis ve tedavi edici, rehabilite edici her türlü müdahale ile tıbbi araştırma ve denemelerle adli nitelikteki görev ve muayenelerden kaynaklanan tüm müdahalelerdir”²⁵. Hakeri “tıbbi müdahale”yi “insan üzerinde tıp biliminin uygulanması ile bağlantılı olarak yapılan her türlü müdahale” olarak tanımlamıştır²⁶. Tıbbi müdahale genel bir tasnifte üç evreye ayrılmaktadır. Bunlar kısaca, koruyucu nitelikli, tedavi edici nitelikli ve rehabilite edici nitelikli tıbbi müdahaleler olarak sıralanabilir²⁷. Ayrıca deneysel amaçlı ve adli görev niteliğinde de tıbbi müdahaleler olmaktadır²⁸.

22 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu m.11/5’de “Sigorta sözleşmelerinde yabancı kelimelere yer verilemez. Yabancı kelimelerin karşılığı olarak Türk Dil Kurumu tarafından belirlenen kelimelerin kullanımı esastır” hükmü yer almaktadır. Bu nedenle malpraktis yerine “tıbbi kötü uygulama” ibaresine yer verilmiştir.

23 Hızal, Abdullah, s.8, Can/Özkara/Can, s.70, Çeker, s.301.

24 Hakeri, s.38, Duysak, Merve: Hekimin Tıbbi Uygulama Hatalarından Doğan Ceza Sorumluluğu, s.27. <http://www.ankarabarasu.org.tr/siteler/ankarabarasu/hgdmakale/2009-3/5.pdf> (10.02.2015), Yenerer Çakmut, Özlem: Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, Legal Yayıncılık, İstanbul 2003, s.24.

25 Hızal, Sevinç Aslan: Tıbbi Müdahalelerde Olası Kast ve Bilinçli Taksirin Ayırımı, Ceza Hukuku Dergisi, Seçkin Yayınları, S.18, Nisan 2012, s.229.

26 Hakeri, s.39.

27 Hızal, Abdullah: Hatalı Tıbbi Müdahalelerden Kaynaklanan Tam Yargı Davaları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü Sağlık Hukuku Yüksek Lisans Programı, İzmir, 2015, s.5.

28 Hızal, Abdullah, s.7-8.

Tıbbi müdahale yukarıdaki tanımlardan anlaşılacağı gibi, kişilerin vücut bütünlüklerinin sağlıklı biçimde sürdürülebilmesi için tıp biliminin gereklerine uygun olarak yapılan faaliyetlerin tümüdür. Nitekim Yargıtay da “kişilerin yaşamını düzenlemek, sağlığını sağlayabilmek amacıyla yapılan müdahaleleri” tıbbi müdahale olarak kabul etmiştir²⁹.

Tıbbi kötü uygulama (malpraktis), Dünya Tabipler Birliği tarafından “hekimin tedavi sırasında standart uygulamayı yapmaması, beceri eksikliği veya hastaya tedavi vermemesi sonucu oluşan zarar” olarak tanımlanmaktadır³⁰. Bu kararda tıbbi yanlış uygulama ile tıbbi bakım ve tedavi sırasında görülen ve hekimin hatası olmayan durumların ayrılması gerektiği belirtilmiştir³¹. Başka bir tanımda ise “bir hekimin bir hastayı tedavisi esnasında tıp camiasında kabul edilen uygulama normlarından sapan ve hastaya zarar verilmesine neden olan herhangi bir eylemi ya da eylemsizliği” olarak ifade edilmiştir³².

Tıbbi kötü uygulamanın (malpraktis) kanuni bir tanımı yoktur³³. Türk Tabipler Birliğinin 1998 yılındaki 47.Büyük Kongresinde kabul edilen “Hekimlik Mesleği Etik Kuralları” Belgesinin 13. maddesinde “Hekimliğin Kötü Uygulanması” başlığı altında malpraktis; “Bilgisizlik, deneyimsizlik ya da ilgisizlik nedeniyle bir hastanın zarar görmesi, hekimliğin kötü uygulaması” şeklinde tanımlanmıştır³⁴. Çeker, tıbbi kötü uygulamanın bir

29 Hakeri, s.40.

30 Altun/Yorulmaz, s.8, 1992 yılında düzenlenen 44.Dünya Tabipler Birliği toplantısında kabul edilen Marbella Bildirgesinin 2.maddesinin a fıkrasında malpraktisin tanımı bu şekilde yapılmıştır. Bkz. <http://www.wma.net/en/30publications/10policies/20archives/m2> (31.05.2014).

31 Can/Özkara/Can, s.70.

32 Bal, B.Sony: an Introduction to Medical Malpractice in the United States, Clin Orthop Relat Res. Feb 2009; 467(2): 339–347. Published online Nov 26, 2008. doi: 10.1007/s11999-008-0636-2

<http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2628513> (06.06.2014) s.3.

“Medical malpractice is defined as any act or omission by a physician during treatment of a patient that deviates from accepted norms of practice in the medical community and causes an injury to the patient”.

33 Çınarlı, Serkan/Özsel, Hakan/Karadibak, Kaan: Anestezide Tıbbi Uygulama Hatalarının İdarenin Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları Açısından Değerlendirilmesi, Leges Sağlık Hukuku Dergisi, Yıl 1, Sayı 3, Temmuz-Eylül 2014, s.30

34 Hekimlik Mesleği Etik Kuralları, <http://www.ttb.org.tr/index.php/meslek-etigi.html> (31.05.2014), Çınarlı/Özsel/Karadibak, s.30; Çınarlı, Serkan: İdarenin Sağlık

girişim, tedavi veya uygulamanın sadece yanlış ya da eksik uygulanması değil aynı zamanda yapılması gerektiği halde yapılmayan bir işlemin de bu kapsamda değerlendirilebileceğini belirtmiştir³⁵.

Öğretide bazı yazarlar “malpraktis”i kusur temelli bir eylem olarak ele alıp hastanın aydınlatılması alanında ise aydınlatma kusuru, tedavi alanında ise uygulama kusuru ve organizasyon alanında ise organizasyon kusuru olarak tasnif etmiş ve bunların tümünü malpraktis olarak adlandırmıştır³⁶.

Tıbbi kötü uygulama (malpraktis), öğretilerde bazı yazarlarca medikal, idari ve etik tıbbi kötü uygulama (malpraktis) olarak üçe ayrılmıştır³⁷. Medikal malpraktis; tıbbi kötü uygulamaya ilişkin mali sorumluluk sigortasının konusu olan malpraktis çeşididir. İdari malpraktis, idarenin sağlık hizmetlerinin, bu bağlamda tıbbi hizmetler ve bakım hizmetlerinin sunumu, yönetimi ve denetimindeki eksiklikler ve hatalardan kaynaklanan zararları konu etmektedir³⁸. Etik malpraktis ise kısaca tıp etiğine aykırı davranışlar sonucu ortaya çıkan zararları konu etmektedir³⁹. Bu çerçevede özellikle sağlık hizmetini alan kişilere ve sağlık çalışanlarının birbirine karşı etik sorumlulukların ihlali “etik malpraktis”in kapsamına girmektedir. **İdari ve etik malpraktis sonucu ortaya çıkan zararlar; tıbbi kötü uygulamaya ilişkin sorumluluk sigortasının konusu dışındadır.**

Tıbbi müdahale sonucunda ortaya çıkan malpraktis ile komplikasyon kavramlarının zaman zaman birbiriyile karıştırıldığı görülmektedir.

Hizmetinin Sunumundan Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu, Orion Yayınları, Ankara, 2013, s.210. Kötü uygulama temelde tıp alanında kullanılan bir kavram olmakla birlikte aslında birçok meslek dalı için de geçerlidir. Örneğin eğitim-öğretim, avukatlık gibi değişik mesleklerde de kötü uygulama kavramına aynı anlam yüklemek mümkündür. Uygulama hataları genel olarak “Bir meslek mensubunun mesleğini, toplumda mesleğin ortalama basiretli ve saygın bir mensubunun her şart altında uygulaması gereken bilgi ve beceri ile uygulamaması sonucu hizmetten yararlanan kişiye bir zarar vermesi” şeklinde tanımlanmaktadır. Bkz. Black’s Law Dictionary, s. 435. Bununla birlikte uygulamada en çok tıp mesleğinde kötü uygulamadan bahsedilmektedir.

35 Çeker, s. 306(Sigorta).

36 Hakeri, Hakan: Tıp Hukuku, 5.Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012, s. 515, 528 vd.

37 Çınarlı/Özsel/Karadibak, s.34; Çınarlı, s. 216 vd.

38 Çınarlı, s. 234 vd.

39 Çınarlı, s. 241 vd.

Komplikasyon kelime anlamı itibariyle “karışmak” “karışık kaynaşmak” anlamı taşır. Tıp literatüründe kullanılan “komplikasyon”, hukuk literatüründe “izin verilen risk” anlamına gelir⁴⁰. Bir tanıma göre komplikasyon, “tıp bilimi ve mesleğinin verilerine uygun davranılmasına ve ortaya çıkmaması için gereken önlemler alınmasına karşın tıbben benzer girişimlerde meydana gelme olasılığı kabul edilen risklerdir”⁴¹. Komplikasyon bir malpraktis değildir⁴². Dolayısıyla bilim ve teknolojinin ulaştığı seviye ile komplikasyon bilinmiyor ya da önlem almak mümkün olmuyor ise ortaya çıkan zararlarda hekimin sorumluluğundan söz edilemez⁴³.

Türkiye’de bir dönem tıbbi kötü uygulama (malpraktis) için yasa teklifi gündeme gelmiş ve 24.07.2002 yılında “Tıbbi Hizmetlerin Uygulanmasından Doğan Sorumluluk Kanunu Tasarısı” TBMM’ne sunulmuştur⁴⁴. Tasarıda temel olarak, sağlık personelinin koruyucu, teşhis, tedavi ve rehabilite edici standart tıbbi uygulamayı yapmaması, mesleki bilgi ve beceri eksikliği veya hastaya tedavi vermemesi sonucunda oluşan zararlara ilgili sorumluluğa ilişkin usul ve esaslar ile bu zararları önleyici ve sağlık hizmetlerini geliştirici mekanizmalar düzenlenmekte idi. Tasarının 3.maddesinde malpraktis, çok daha kapsayıcı bir biçimde “sağlık personelinin, kasıt veya kusur veya ihmal ile standart uygulamayı yapmaması, bilgi veya beceri eksikliği yanlış veya eksik teşhiste bulunması veya yanlış tedavi uygulaması veya hastaya tedavi vermemesi ile oluşan ve zarar meydana getiren fiil ve durumu” olarak tanımlanmıştır. Görüldüğü gibi bu tanımda, sadece hekimin değil tüm sağlık personelinin, kötü uygulamada sorumluluğu olabileceği ifade edilmiştir.

40 Hancı, İ.Hamit: Malpraktis mi Komplikasyon mu? Mevzuat Dergisi, Yıl.8. S.90, Haziran 2005, s.1; Irız, s.58 dpn.170 Odyakmaz, Zehra: Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Kurumsal Sorumluluğu Açısından Avukatın Gözönünde Bulundurması Gereken Hususlar, Tıbbi Müdahalelerden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk Sempozyumu, (16-17 Ocak 2009 Mersin) Mersin Barosu, Şen Matbaa, s.216.

41 Gökcan, Hasan Tahsin: Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, Seçkin Yayıncılık, 1.Baskı, Ankara, 2013, s. 62; Can/Özkara/Can, s. 73. “Komplikasyonun bilgi ve beceri eksikliğinden kaynaklanmaması gerekir”.

42 Altun/Yorulmaz, s.8; Çınarlı/Özsel/Karadibak, s.32; Irız, s.58.

43 Çınarlı/Özsel/Karadibak, s. 32; Hakeri, s.530.

44 http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari_teklif_ss.ilgili_omisyonlar?kanunlar_sira_no=22094 (01.06.2014).

B. TÜRK HUKUKUNDA TIBBİ KÖTÜ UYGULAMADAN KAYNAKLANAN TAZMİNAT TALEPLERİ VE SİGORTAYLA İLİŞKİSİ

1. Tıbbi Kötü Uygulamadan Kaynaklanan Tazminat Talepleri

Ülkemizde tıbbi kötü uygulamadan kaynaklanan zararın tazmini amacıyla idareye ve hekimlere karşı açılan davalarda son yıllarda önemli bir artış görülmüştür. Öte yandan hekimlere karşı açılan ceza davalarının da sayısı her geçen gün artmaktadır.

Tazminat davalarının hukuki dayanağı sözleşme ve haksız fiil sorumluluğu olarak kabul edilmiştir⁴⁵. Talep edilen tazminat türleri ise maddi ve manevi tazminattır⁴⁶. Hastanın ölümü halinde yakınları tarafından destekten yoksun kalma, hastada kalıcı bir hasarın olması durumunda “güç kaybı tazminatı” talep edilmektedir⁴⁷. TBK m.53’de ölüm halinde uğranılan zararlar “Cenaze giderleri, ölüm hemen gerçekleşmemişse tedavi giderleri ile çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar ve ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin bu sebeple uğradıkları kayıplar” olarak düzenlenmiştir. TBK m.54’de ise bedensel zararlar “Tedavi giderleri, kazanç kaybı, çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar ve ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar” olarak belirtilmiştir. TBK m.55’de “Zararın belirlenmesi” başlığı altında “Destekten yoksun kalma zararları ile bedensel zararlar, bu Kanun hükümlerine ve sorumluluk hukuku ilkelerine göre hesaplanır. Kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile ifa amacını taşımayan ödemeler, bu tür zararların belirlenmesinde gözetilemez; zarar veya tazminattan indirilemez. Hesaplanan tazminat, miktar esas alınarak hakkaniyet düşüncesi ile artırılmaz veya azaltılamaz. Bu Kanun hükümleri, her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı zararlara ilişkin istem ve davalarda da uygulanır” hükmüne yer verilmiştir.

45 Hakeri, s.596; Duru s.50 vd.

46 Hakeri, s.601 vd.

47 Yargıtay, hasta-hekim ilişkisini sözleşme ilişki olarak kabul etmiştir. Bu bağlamda aradaki sözleşme türü ise “Vekalet sözleşmesi”dir. Hakeri, s.602 vd, Y.HGK’nun 11.12.2002 T. ve 2002/13-1011E. 2002/1047 sayılı Kararı, Y.HGK’nun 21.10.2009 T. 2009/13-393E. 2009/452K. Sayılı Kararı, Y. 13. HD’nin 16.09.2005 T. ve 2005/5697E. 2005/13292K. Sayılı Kararı, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (13.02.2015)

Tazminat talepleriyle ilgili zamanaşımı süreleri ise, vekâlet sözleşmesine dayalı sorumlulukta TBK m.147/5 uyarınca, zararın varlığının öğrenildiği tarihten itibaren beş yıl, haksız fiil sorumluluğunda ise zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten itibaren iki yıl ve her halde fiilin işlendiği tarihten itibaren on yıldır (TBK m.72/1). Aynı maddede tazminat ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa, bu zamanaşımı uygulanacağı da hükme bağlanmıştır. Davanın özel sağlık kuruluşu aleyhine TBK m.66’da düzenlenen “Adam çalıştırmanın sorumluluğu” hükümlerine dayanılarak açılması halinde zamanaşımı süresi iki ve on yıllık sürelerdir⁴⁸.

Hekimin kamu görevlisi olması durumunda zarar gören kişilerin ya da yakınlarının hizmet kusuruna dayanarak idareye karşı dava açma hakları vardır. Bu durumda zamanaşımı süreleri, zararın öğrenilmesinden itibaren bir yıl ve azami beş yıldır⁴⁹ (İYUK m.13). Bununla birlikte zarar gören ya da yakınının öncelikle idareden zararın tazminini talep etmesi ve ret durumunda da ret kararının tebliğinden itibaren altmış gün içinde “tam yargı davası” açması gerekir⁵⁰. Kamu görevlisi olan sağlık çalışanının kusuru nedeniyle tazminat ödemek zorunda kalan idarenin bu zararı sağlık çalışanına rücu hakkı vardır⁵¹.

Hatalı tıbbi müdahale ya da tıbbi kötü uygulamalarla ilgili olarak yargıya intikal eden ve yüksek mahkemenin verdiği kararlarda hekimlerin tıbbi müdahalelerdeki kusur nedenlerine bakıldığında, ilk sırada yanlış tedavinin geldiği (%47) bunu sırasıyla gerekli özen ve dikkati göstermeme (%33), ihmal (%13) ve teşhis hatalarının (%7) geldiği belirlenmiştir⁵².

2. Tazminat Davalarının Sigortayla İlişkisi

Türk hukukunda tıbbi kötü uygulamadan dolayı tazminat davaları son yıllarda artış göstermiştir. Kamu sağlık kuruluşlarında çalışan hekimlerin tıbbi kötü uygulamadan doğan tazminat sorumluluğuna ilişkin

48 Hakeri, s.609.

49 Hakeri, s.616.

50 Hakeri, s.617.

51 Hakeri, s.617.

52 Can İsmail Özgür/ Özkara, Erdem/ Can, Muhammed: Yargıtay’da Karara Bağlanan Tıbbi Uygulama Hatası Dosyalarının Değerlendirilmesi, Araştırma, 2011 DEÜ Tıp Fakültesi Dergisi, C.25, S.2, s. 69-76, http://www.deu.edu.tr/UploadedFiles/Birimler/19450/02_i_%C3%B6zg%C3%BCr%20can_yarg%C4%B1tay_69-76.pdf (31.01.2015), s.69.

davalar, Yargıtay HGK'nun 01.02.2012 tarih ve 2011/4-592E. 2012/25K. Sayılı Kararına kadar asliye hukuk mahkemelerinde şahsi kusur iddiasına bağlı olarak açılmakta iken bu karardan sonra İdari yargıda açılmaya başlanmıştır⁵³. Uyuşmazlık Mahkemesinin de 2012/240E. ve 2013/12K. Sayılı Kararı ile de kamu hastanesi çalışanı hekimin kötü uygulaması sonucu ortaya çıkan zararın tazmini davasının hizmet kusuru yönünden idareye karşı dava açılması gerektiğine işaret edilmiştir⁵⁴. Özel sağlık kuruluşlarında ya da kendi muayenehanesinde çalışan hekimlere karşı asliye hukuk mahkemelerinde dava açılmaktadır.

3. Özel Sağlık Kuruluşları ve Şahsen Hekimlere Karşı Açılan Davalarda

Tıbbi kötü uygulamadan kaynaklanan zararların tazmini amacıyla özel sağlık kuruluşları ve hekimlere karşı açılan davalarda uygulamada genellikle davaların doğrudan doğruya adam çalıştırmanın sorumluluğu kapsamında özel sağlık kuruluşlarına ve sözleşme ya da haksız fiilden kaynaklanan sorumluluğu nedeniyle hekime karşı açıldığı, sigortacının ise davalı konumunda olmadığı görülmektedir. Bunun en önemli nedeni davacının hekimin zorunlu sigorta sözleşmesi yaptığı sigortacıyı bilmemesidir. Bu durumda sağlık kuruluşu ya da hekimin aleyhine açılan davayı, Genel Şartlar B2a. bendine göre, derhal sigortacıya bildirmesi gerekmektedir. Bu çerçevede davanın sonucu sigorta şirketini doğrudan ilgilendirdiğinden sigortalının, sigortacının davaya davalı sigortalının yanından katılabilmesi için HMK 66/1 hükmü gereğince ihbar edilmesi ve bu ihbar üzerine sigortacının da fer'i müdahil⁵⁵ olarak davaya katılması

53 “Davacıların bu iddiası, içerikçe davalı doktorun görevi sırasında ve yetkisini kullanırken işlediği bir kusura ve bu kusurun niteliği itibariyle de kamu görevlisinin ihmeline dayanmaktadır. Hal böyle olunca davalının görevi dışında kalan kişisel kusuruna dayanılmadığına, dikkatsizlik ve tedbirsizliğe de dayalı olsa da eylemin görev sırasında ve görevle ilgili olmasına ve hizmet kusuru niteliğinde bulunmasına göre, eldeki davada husumet kamu görevlisine değil idareye düşmektedir. Öyle ise dava idare aleyhine açılıp husumetinde idareye yöneltilmesi gerekir. Yukarıdaki açıklanan nedenlerle, Mahkemece davalı doktor hasım gösterilerek açılan davanın husumet yokluğu nedeniyle reddedilmesi usul ve yasaya uygun olup direnme kararının onanması gerekir”. <http://emsal.yargitay.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/GelismisDokumanAraServlet> (23.02.2015)

54 <http://www.uyusmazlik.gov.tr/kararlar/kararlar.html> (23.02.2015)

55 “Fer'i müdahale, üçüncü kişiye, görülmekte olan bir davaya davayı kazanmasında yararı bulunan taraf yanında katılma olanağı veren bir kurumdur. Müdahil, yanında katıldığı tarafın davayı kazanmasına yardımcı olarak daha sonra kendisine karşı dav açılmasına engel olur ya da kendisinin dava açması gerekliliğini ortadan kaldırır”.

gerekir. Kanun'da “davayı kazanmasının hukuki yararı bulunan” 3.kişinin fer’i müdahil olarak davaya müdahale edebileceği ifade edilmiştir⁵⁶.

Burada, zorunlu trafik sigortasına benzer şekilde davacının, hekimin sigortacısını kolaylıkla öğrenebileceği bir düzenleme olması halinde, husumetin hekim yanında aynı zamanda sigortacıya da yöneltilebilmesi mümkün olabilecektir. Böyle bir düzenleme yapılması halinde, davalı hekimin Genel Şartlar B2a. bendinde yer alan bildirim yükümlülüğü de yerine getirilmiş ve uygulamada bu yükümlülüğün, ihmal ya da bilgisizlikten yerine getirilememesinden kaynaklanan sorunlar da çözülmüş olacaktır.

4. Kamu Sağlık Kuruluşlarına Karşı Açılan Davalarda

Kamu sağlık kuruluşlarına karşı açılan tam yargı davalarında davalı her zaman kamu tüzel kişilikleri olduğundan davalar sigortalı ya da sigortacıya karşı yöneltilememektedir. Uygulamada son yıllarda özellikle Sağlık Bakanlığı (Türkiye Kamu Hastaneleri Kurumu) kendisine karşı açılan tam yargı davalarını, tıbbi uygulamayı yapan hekime ihbar etmekte, fer’i müdahil olup olmamasını hekime bırakmaktadır. Böyle bir bildirim alan hekim de genellikle davaya müdahil olmakta, aynı zamanda kendisinin yanında sigortacısının da davaya fer’i müdahil olmasını sağlamaktadır. Bakanlığın bu ihbarının amacı, sonradan hekim aleyhine açılacak rücu davalarında hekimin tam yargı davasından haberdar edilmediği savunmasını engellemektir. Hekimin savunmasında genellikle Bakanlığın tam yargı davasında gerekli ve yeterli savunma yapılmadığı iddiası rücu davalarında öne çıkmaktadır. Bu nedenle tam yargı davalarına hekimin ve sigorta şirketinin fer’i müdahil olarak katılması, dava sürecine etki edebilir. Bir başka deyişle, hekimin ve sigortacının, zararın hekimin tıbbi kötü uygulamasından kaynaklandığı sonucuna varması durumunda, davacı ile sigortacı arasında zararın tazmini konusunda dava dışında sulh yapılarak zararın giderilmesinde bir engel yoktur⁵⁷. Bu durumda davacının,

Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammed: Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, 14. Bası, Ankara, 2013 s.333 vd.

⁵⁶ Pekcanitez /Atalay/Özekes s.334.

⁵⁷ Fer’i müdahil olan kişinin, asıl ile birlikte hareket etmesi gerekir. Asıl ile birlikte tüm usul işlemlerini yapabilir. Bununla birlikte, maddi hukuka dair işlemleri fer’i müdahil olan kişi yapamaz. Bkz. Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.336-337. Bu durumda, fer’i müdahil olan hekim ve sigortacının davacı tarafla mahkeme içinde sulh olması söz konusu değildir. Ancak kanaatimizce, mahkeme dışında sulh olmasını engelleme bir durum yoktur. Böyle bir çözüm yolunda davacının, sulh sözleşmesine binaen davadan feragat etmesi ile dava son bulabilir.

idareye karşı açmış olduğu davadan feragat ederek tam yargı davasının feragat nedeniyle sonuçlandırılması mümkündür.

III.MUKAYESELİ HUKUKTATİBBİKÖTÜ UYGULAMADAN KAYNAKLANAN TAZMİNAT TALEPLERİNE İLİŞKİN DÜZENLEMELER

A. AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ

Tıbbi kötü uygulama (Malpraktis) konusunda çeşitli ülkelerin yasal düzenlemelerine bakıldığında, örneğin ABD’de tıbbi malpraktis hukukunun, federal olarak değil eyaletlerin bağımsız olarak düzenledikleri bir hukuk dalı olduğu görülecektir. Haksız fiil yani kusur sorumluluğunun (tort law) bir parçası olarak ele alınmaktadır⁵⁸. ABD’de her yıl hatalı tıbbi müdahaleler nedeniyle yaklaşık 195.000 insan hayatını kaybetmektedir⁵⁹. Bu nedenle Amerikan hukukunda malpraktis, sorumluluk hukukunda önemli bir yer tutmaktadır.

Amerikan hukukunda bir tıbbi müdahalenin veya müdahale etmemenin bir malpraktis vakası olarak değerlendirilebilmesi için dört unsurun bir arada olması gereklidir⁶⁰. Bunlar;

a) Yasal bir yükümlülüğün gereği olarak hekimin hastaya bakım ya da tedavi uygulaması,

b) Bu yükümlülüğün, tedavi uygulayan hekimin mesleki standartlara sadık kalmaması nedeniyle ihlali,

c) Yükümlülüğün ihlali ile ortaya çıkan yanlış uygulama arasında nedensellik bağının varlığı,

d) Yanlış uygulama sonucu ortaya çıkan ve hukuk sisteminin telafi edebileceği bir zararın varlığı.

58 Bal, s. 3.

59 http://en.wikipedia.org/wiki/Medical_malpractice <http://www.medicalnewstoday.com/releases/11856.php> (11.05.2014)

60 Bal, s. 6, Traina, Francesco: Medical Malpractice, the Experience in Italy, s. 2. [http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2628502/\(08.02.2015\)](http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2628502/(08.02.2015))

ABD’de, Türk hukukundan farklı olarak jüri sistemi geçerlidir. Bu nedenle davacı tarafın, jüriyi, “hekimin ihmalinin kesin değil ama en azından muhtemel” (more likely than not) olduğu hususunda ikna etmesi gerekir⁶¹.

ABD’de malpraktis davalarının büyük bir bölümü mahkeme dışında tarafların anlaşmaları ile sona ermektedir. Hekimin sigortacısının yaptığı bir ödeme ile olay mahkemeye intikal etmeden sulh yoluyla çözümlenmektedir. ABD’de malpraktis sigortasını zorunlu tutan federal bir düzenleme olmamakla birlikte yedi eyalette hekimlerin malpraktis sigortası yaptırması zorunlu tutulmuştur⁶².

B. KANADA

Kanada’da yaygın kanaatin aksine sosyal sağlık sistemi mevcut değildir ve hekimlerin önemli bir bölümü özel sektörde faaliyet göstermektedir⁶³. Bununla birlikte Kanada’da her eyalette bir sigorta şirketi tüm yerleşik kişileri koruma altına alır. Hekimler, sigorta şirketine tüm hastaları için sağladıkları tıbbi hizmetler için bir fatura gönderir. Hekimler bu programın dışında kalıp doğrudan doğruya hastaya da fatura gönderebilir ancak bu durumda ayrıca sigortadan ücret talep edemez.

Tüm Kanadalı hekimler Kanada Tıbbi Koruma Derneği -Canadian Medical Protective Association (CMPA)’ne tıbbi sorumluluk sigortası yaptırır. Tıbbi uzmanlık alanına göre değişkenlik gösteren ücretler kamunun bilgisine sunulur. Birçok eyalet, sigorta ücretinin bir bölümünü karşılar⁶⁴.

Kanada’da tıbbi kötü uygulama sigortası primleri ABD’dekine göre daha düşüktür. Ayrıca kaybeden taraf, kazanan tarafın masraflarının 2/3ünü karşılar. Bu da tıbbi sorumluluk davası açmada önemli bir caydırıcı etkidir. Kanada’da tıbbi sorumluluk davalarının sayısı son on yılda önemli ölçüde artmakla birlikte kötü uygulamanın ispatındaki ölçütler yüksek tutulmaktadır. Davacı, sadece hekimin zarar verdiğini değil aynı

61 Bal, s. 6.

62 Are doctors required to have medical malpractice insurance? <http://smallbusiness.chron.com/doctors-required-malpractice-insurance-60552.html> (20.02.2015)

63 Fleeter, B.Thomas: Worldwide Trends in Medical Liability, American Academy of Orthopaedic Surgeons, <http://www.aaos.org/news/aaosnow/sep11/managing4.asp> (31.01.2015) s.1.

64 Fleeter, s. 2.

zamanda özen yükümünü ihlal ettiğini de ispatlamak zorundadır.

C. İNGİLTERE

İngiltere’de hekimlerin büyük çoğunluğu Ulusal Sağlık Servisi (National Health Service (NHS) tarafından istihdam edilir ve bu kuruluş tıp mesleğinin tüm yasal ve mesleki faaliyetlerini yönetir⁶⁵. Hekimler tıbbi sorumluluk masrafları ya da tazminatlarından sorumlu değildir ve bu nedenle de tıbbi sorumluluk sigortası yaptırmaları gerekmez.

NHS, adam çalıştırmanın sorumluluğu (vicarious liability) ilkesine göre tazminat davalarının davalısı durumundadır. Çünkü hekim konumunda çalışanlarının faaliyetlerini kontrol etme hakkı, yetkisi ve görevine sahiptir. Hekimler, fiillerinden dolayı sorumlu tutulamazlar ve NHS herhangi bir ihmali faaliyetten dolayı sorumluluğu üstlenir. Hekimlerin bireysel olarak sorumlu tutulmamaları nedeniyle NHS kendisi her talep karşısında dava ya da sulh yoluna gitme yolunu seçer. NHS, özel hastanelerde çalışan genel uygulayıcı hekimleri, uzman hekimleri veyahut eczacı ya da optometrisi gibi yardımcı personeli sigortalamaz. Bu kişiler tıbbi dernek vasıtasıyla sigorta hizmetini satın alırlar.

NHS “giderken öde” (pay-as-you-go) yaklaşımıyla aidat toplayan fonlar tesis etmiştir. Bu fonlar NHS Dava Yetkisi tarafından denetlenir ve mümkünse davadan kaçınmayı tercih eden bir anlayışla işletilir. Sonuç olarak gelen taleplerin sadece %4’ü dava yoluyla çözümlenmekte ve davalar 18 aydan kısa sürede sonuçlanmaktadır. Sulh yoluyla çözümde tazminat zarar görenin yaşamı boyunca ödenmek üzere yıllara yayılır.

D. ALMANYA

Almanya’da malpraktis davalarında hatalı müdahalenin değerlendirilmesinde, Federal Mahkeme’nin (BGH) ortaya koyduğu kıstas “ilgili alanda saygın ve bilinçli bir hekimin ortalama uzmanlığı” olarak ifade edilmiştir⁶⁶. Genç bir hekimin yanlış müdahalesi sonucu ortaya çıkan bir zararda hekimin kendisine değil onu o görevde istihdam eden ya da gözetim görevini gerektiği gibi yapmayan hastanenin organizasyon sorumluluğuna başvurulur⁶⁷. Tıbbi müdahale sonucu zarar gören kişinin ispatlaması gereken husus, ortaya çıkan zararın, tıbbi müdahalenin

65 Bal, s. 2.

66 Stauch, s.1149.

67 Stauch, s.1150.

kaçınılmaz sonucu olup olmadığıdır⁶⁸. Burada Alman hukuku ““conditio sine qua non formula” olarak da ifade edilen “olmazsa olmaz” yani nedensellik bağına aramaktadır. Zararın, hekimin yanlış müdahalesinden mi yoksa bir başka nedenden mi kaynaklandığı sorumluluğun belirlenmesine kilit etkindir. Ortak hukukta (Common law) bu ilkenin karşılığı “but for test” olarak da ifade edilmektedir⁶⁹.

Almanya ülkesindeki insanlara evrensel sağlık koruması garanti etmektedir ve federal bir kurum tarafından yönetilen ikiyüzden fazla sigorta şirketi sigorta piyasasında rekabet etmektedir. Hekimlerin büyük çoğunluğu özel sektörde çalışmasına rağmen bu kişilerin mensubu olduğu meslek kuruluşları sigortacılarla kendi adına anlaşma yaparlar. Hem hastaların hem de hekimlerin federal sistemin dışında kalma hakkı vardır ancak bu şekilde davranan kesim sadece %10’dur⁷⁰.

Almanya’da tıbbi sorumluluk ABD’deki standartlara benzemektedir. Bununla birlikte Almanya’da engellilik ile sonuçlanan vakaların masrafları Alman sosyal güvenlik sistemi tarafından karşılandığı için tazminatlar daha düşük olmaktadır.

Alman yargılama sisteminin de sulh anlaşmalarını düşük tutmaya yardımcı bazı özellikleri vardır. Yargıçların karar vermede kullandığı ekonomik olmayan kayıplara ilişkin standart tablolar mevcuttur. Bir davacının tabloda yer alan miktardan daha fazla tazminat talep etmesi halinde dava masrafları karar verilen tazminat tutarından mahsup edilir. Ancak tıbbi malpraktis davalarında ciddi vakalarda kazanılan tutar 650.000 ABD Doları düzeyindedir.

Tüm malpraktis talepleri ilk önce Alman Hekimler Cemiyetinin (Gutachterkommissionen and Schlichtungsstellen) oluşturduğu arabuluculuk kurullarına gider. Burada ücretsiz arabuluculuk hizmeti verilir ancak davacılar bağlayıcı olmayan arabuluculuk sonuçlarını reddedip mahkemeye başvurabilirler. Dava yoluna başvuran kişilerin oranı sadece %8’dir⁷¹. Dava yoluna gidildiği takdirde, Alman Medeni Kanunu’na (BGB) göre sözleşme ya da haksız fille dayanarak ortaya çıkan

68 Stauch, s.1151.

69 Stauch, s.1151.

70 Fleeter, s. 2.

71 Medical Malpractice Liability: Germany, <http://www.loc.gov/law/help/medical-malpractice-liability/germany.php>, s.1 (08.02.2015)

zararın giderilmesi amacıyla tazminat talebinde bulunulabilir⁷².

E. İSVEÇ

İsveç'te no-fault (kusursuz sorumluluk) ilkesinin benimsendiği ve meslek hatasının failinin cezalandırılması değil bu hataya neden olan etkenlerin giderilmesi/düzeltilmesi amaçlanmaktadır⁷³. İsveç'te 1997 yılından itibaren sağlık hizmeti sağlayıcılarının tıbbi risk sigortası yaptırması zorunlu tutulmuştur⁷⁴. Diğer İskandinav ülkeleri olan Danimarka ve Finlandiya'da da no-fault sisteminin uygulandığı görülmektedir.

F. FRANSA

Fransa'da malpraktis sigortası çerçevesinde hem no-fault hem de klasik sigorta ve tazminat sistemine yer verilmiştir⁷⁵. 1992 yılından itibaren tüm hastane ve hekimlerin zorunlu malpraktis sigortası yaptırması gerekmektedir⁷⁶.

G. İTALYA

İtalyan hukukunda hekimin tıbbi müdahalelerden sorumluluğunun temel dayanakları ihmal (negligence), özen eksikliği (imprudence) ve mesleki yetersizlik (unskillfulness) olarak ifade edilmiştir⁷⁷. Türk ve İtalyan hukuk sistemlerinin her ikisi de Kıta Avrupa Hukukunu (Continental Law) esas aldığı için sorumluluk hukuku ilkeleri de benzerdir. Hekim ile hasta arasındaki ilişki sözleşmeye dayalıdır. Haksız fiil sorumluluğuna başvurulmaz. Hekim kendisine yöneltilen iddia, rutin bir müdahalenin sonucu ise, bu sonucun kendi ihmali, özen eksikliği ya da mesleki yetersizliğinden kaynaklanmadığını ispatla yükümlüdür. Eğer sonuç, ağır ve karmaşık bir işlemde dolayı ortaya çıkmışsa bu durumda ispat yükü

72 Stauch, Marc S.: Medical Malpractice and Compensation in Germany, Chicago Kent Law Review, V.86, Issue 3, s. 1143, <http://scholarship.kentlaw.iit.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3814&context=cklawreview> (08.02.2015)

73 Tümer, Ali Rıza/Akçan, Ramazan/Karacaoğlu, Emre: Ülkemizde ve Dünyadaki Örnekleri ile Hekim Mesleki Sorumluluk Sigorta Sisteminin Değerlendirilmesi, Hacettepe Tıp Dergisi, 2011, 42:34-41, s.36.

74 Insurance and Malpractice, Final Report of HOPE's Sub-Committee on Coordination Brussels, April 12, 2004, s.8/22. http://www.hope.be/05eventsandpublications/docpublications/71_malpractice/71_malpracticereport_2004.pdf (08.02.2015).

75 Tümer/Akçan/Karacaoğlu, s. 37.

76 Insurance and Malpractice, s.8.

77 Traina, s. 2.

hastaya aittir⁷⁸.

İtalya’da ulusal sağlık sistemi, sağlık çalışanlarını, tıbbi malpraktis vakalarından doğan tazminat istemlerine karşı, makul mahkeme masrafları dâhil sigortalar⁷⁹. İtalyan anayasasının 28.maddesinde “Kamu kurumlarında çalışan personelin hak ihlaline sebep olması halinde doğrudan doğruya cezai, medeni ve idari sorumluluğu vardır. Bununla birlikte çalıştığı kamu kurumunun da sorumluluğu devam eder” şeklinde düzenlenen hükme binaen hak ihlallerinde hem kişinin hem de idarenin sorumluluğu mevcuttur.

İtalya’da tıbbi malpraktis sigortası, istem esasına (claim-made basis) dayalıdır. Dolayısıyla istemin ileri sürülmesi esnasında hekimin sigortalı olması gerekir⁸⁰.

H. JAPONYA

Japonya’da, hekimlerin %40’ını temsil eden Japon Tıp Derneğinin üyeleri büyük bir sigorta havuzundan sigortalanırlar. Özel çalışan hekimler çeşitli sigorta şirketlerine tıbbi sorumluluk sigortası yaptırabilirler ama sigorta zorunlu değildir⁸¹. Japon hekimlerin büyük çoğunluğu gelirlerin cerrahi usuller ya da yatarak tedaviden değil ayakta tedaviden (out patient care) elde ederler. Japonya’da cerrahi müdahale ABD’nin yaklaşık ¼’ü olmasına rağmen malpraktis giderlerinin büyük bölümü cerrahi müdahalelerden kaynaklanmaktadır.

Tıp Enstitüsü tarafından yapılan bir çalışmada Japonya’da yaşanan hatalı müdahale ve bildirilen olayların sayısının ABD’ye yakın olduğu belirlenmiştir. Tazminat talebinde bulunan hastalar öncelikle tarafları bağlayıcı bir arabuluculuk sürecine dâhil olurlar. Belirli durumlarda hastalar mahkeme vasıtasıyla çözüme de başvurabilirler.

Japonya’da malpraktisten doğan tazminat talepleri son yıllarda büyük artış göstermektedir.

78 Traina, s. 3.

79 Traina, s. 4.

80 Traina, s. 5.

81 Fleeter, s. 3.

IV. TIBBİ KÖTÜ UYGULAMAYA İLİŞKİN MALİ SORUMLULUK SİGORTASI GENEL ŞARTLARI

A. TIBBİ KÖTÜ UYGULAMAYA İLİŞKİN ZORUNLU MALİ SORUMLULUK SİGORTASININ KONUSU

Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartlarında, 26.07.2014 tarihli değişiklikten sonra “Sigortanın Konusu” başlıklı A1 maddesi şöyle düzenlenmiştir:

“Bu sigorta sözleşmesi, 1219 sayılı Kanunun Ek 12 nci maddesi çerçevesinde, serbest ya da kamu veya özel sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışan tabipler, diş tabipleri ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanların poliçe kapsamındaki mesleki faaliyeti ifa ederken, sözleşme tarihinden önceki on yıllık dönemdeki veya sözleşme süresi içinde mesleki faaliyeti nedeniyle verdiği zararlara bağlı olarak sözleşme süresi içinde kendisine yapılan tazminat taleplerine ve bu taleple bağlantılı yargılama giderleri ile hükmolunacak faize ve sigortalı aleyhine ileri sürülen tazminat talebine ilişkin makul giderlere karşı poliçede belirlenen limitler dâhilinde teminat sağlar. Ancak on yıllık dönemin başlangıcı 30 Temmuz 2009’u geçemez ve bir aydan fazla sigortasız kalan dönemlerde meydana gelen olaylara bağlı olarak sigortalı dönemlerde yapılan ihbarlar için sigorta koruması yoktur.

Sigortalının Mesleki faaliyete son vermesi halinde, birinci paragraftaki teminata ek olarak, son sigorta sözleşmesi dönemindeki mesleki faaliyetinden dolayı sözleşmenin bitiş tarihinden iki yıl sonrasına kadar ortaya çıkabilecek talepler de teminat dâhilindedir”.

(Değişik: RG,26.07.2014-29072 Yürürlük: 26.07.2014) Bu sigorta sözleşmesi Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Tarife ve Talimatının 9, 10 ve 11 inci maddeleri çerçevesinde sigortalının tüm mesleki faaliyetini kapsar. Poliçede mesleki faaliyetin yerinin belirtilmemesi veya eksik belirtilmiş olması poliçe kapsamını etkilemez.

Bu Genel Şartların uygulamasında kamu sağlık kurum ve kuruluşları 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununa ekli cetveller kapsamındaki idare, kurum ve kuruluşlar nezdindeki sağlık kuruluşlarını kapsar. Kamu sağlık kurum ve kuruluşları için tümünü kapsayacak tek poliçe düzenlenir. Bu kuruluşlar bünyesinde görevli sigortalının naklen

atama, geçici görevlendirme ve sair sebeplerle anılan kuruluşlar içinde mesleğini yürütmesi halinde ilave sözleşme düzenlenmez veya prim talep edilmez.

Bu poliçe, kamu sağlık kurum ve kuruluşunda çalışan sigortalının kendi görev yeri ve branşı dışında da olsa ilgili mevzuat çerçevesinde görevlendirildiği yer ve branşlardaki faaliyetlerini de ilave sözleşme düzenlenmeksizin veya prim tahsil edilmeksizin kapsar. Ayrıca, ilgili mevzuat uyarınca, aile hekimlerinin acil sağlık hizmeti sunmak üzere görevlendirilmeleri durumunda sigortalının mevcut poliçesi, söz konusu mesleki faaliyetleri ilave sözleşme düzenlenmeksizin veya prim tahsil edilmeksizin kapsar.

Yukarıdaki düzenleme, sorumluluk sigortası sözleşmesinin konu ve kapsamını düzenleyen TTK m.1473/1 hükmü ile uyumludur.

Genel Şartlar A1. maddesinde hekimlerin, diş hekimlerinin veya tıpta uzman kişilerin “mesleki faaliyetlerini ifa ederken” verdikleri zarardan bahsedilmiştir. Burada özellikle durulması gereken husus, kamu kuruluşlarında çalışan tüm hekimlerin değil bizzat mesleğini ifa eden hekimlerin bu kapsama alınmış olmasıdır. Bu bağlamda sigortacının, tazminat ödeme yükümlülüğünün doğması için aşağıdaki şartların gerçekleşmesi gerekir:

a) Hekim, diş hekimi ya da tıpta uzman kişilerin mesleklerini icra ederken zarar vermiş olması,

b) Zararın kusurlu bir davranış sonucunda doğmuş olması,

c) Tazminat taleplerinin sözleşme tarihinden önceki on yıllık dönemdeki veya sözleşme süresi içinde mesleki faaliyeti nedeniyle verdiği zararlara bağlı olarak sözleşme süresi içinde yapılmış olması,

d) Mesleki faaliyete son verilmesi durumunda son sigorta sözleşmesinden iki yıl içinde, son sigorta sözleşmesi dönemindeki bir olay nedeniyle sonraki iki yıl içinde talepte bulunulmuş olması,

e) Poliçe limitlerinin aşılmamış olması (Bu durumda limite kadar olan miktarı ödemekle yükümlüdür).

B. TIBBİ KÖTÜ UYGULAMAYA İLİŞKİN ZORUNLU MALİ SORUMLULUK SİGORTASININ TARAFLARI

Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Tarife ve Talimatının, “B.Talimat” maddesine göre, Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası,

a) Kamu sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışan tabipler, dış tabipleri ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar için, sigorta ettiren sıfatıyla kendileri tarafından⁸²,

b) Özel sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışan tabipler, dış tabipleri ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanların her biri için ayrı ayrı, sigorta ettiren sıfatıyla kurumları tarafından,

c) Mesleklerini serbest olarak icra eden tabipler, dış tabipleri ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar ile sözleşmeli aile hekimleri için kendileri tarafından yaptırılır.

Talimat maddesine 26.7.2014 tarihli değişiklikle eklenen ç fıkrasıyla “(a), (b) ve (c) bentleri kapsamındaki mesleki faaliyetlerin beraber yürütülmesi durumunda tüm faaliyetler için düzenlenecek poliçede sigorta ettiren sıfatının, tabipler, dış tabipleri ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlara ait olduğu” belirtilmiştir. Sigorta ettiren sıfatı, hekimlerin, dış hekimlerinin ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman kişilerin kamu ya da özel kurumlarda ya da serbest olarak çalışmalarına göre değişiklik göstermektedir. Bununla birlikte her üç maddede ortak husus, bu kişilerin aynı zamanda sigortalı sıfatını haiz olmalarıdır.

C. TIBBİ KÖTÜ UYGULAMAYA İLİŞKİN ZORUNLU MALİ SORUMLULUK SİGORTASININ KAPSAMI

Sigorta Tebliği ve Genel Şartlarında sigorta korumasından üç meslek grubunun yararlanması öngörülmüştür. Bunlar tıp mesleğini icra eden tıp hekimleri, dış hekimleri ve tıpta uzman kişilerdir. Bununla birlikte tüm tıp hekimleri ya da dış hekimleri bu sigortaya tabi değildir. Sağlık Bakanlığına bağlı çeşitli kurumlarda idari işlerde çalışan tıp hekimleri ve dış hekimler

82 Kamu kuruluşlarında çalışan hekimlerin sigorta şirketine ödeme yaptıktan sonra prim tutarının yarısını çalıştıkları kuruma başvurup talep etmeleri gerekir.

kapsam dışındadır⁸³. Zorunlu sigorta sadece mesleğini icra eden hekimler ve dış hekimleri içindir. Genel Şartlarda “poliçede belirlenen mesleki faaliyeti icra ederken” ibaresi sigortanın bizzat tıp mesleğinin icra eden kesimi kapsamına aldığını göstermektedir.

Sigortalı statüsüne giren üç meslek grubunun hem kamu hem de özel sektörde mesleğini icra edebilmesi nedeniyle geçmişte yaşanan sorunları gidermek amacıyla Genel Şartlarda A1. Sigortanın Konusu maddesine eklenen “Bu sigorta sözleşmesi Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Tarife ve Talimatınının 9, 10 ve 11 inci maddeleri çerçevesinde sigortalının tüm mesleki faaliyetini kapsar. Poliçede mesleki faaliyetin yerinin belirtilmemesi veya eksik belirtilmiş olması poliçe kapsamını etkilemez” şeklindeki fıkrayla farklı kurumlarda çalışan hekim, dış hekimi ve tıpta uzman kişilerin birden çok sigorta yaptırma zorunluluğu ortadan kalkmıştır.

Sigortanın başlığı “Tıbbi Kötü Uygulama” olarak belirtilmesine rağmen kapsama sadece hekimlerin, dış hekimleri ve tıpta uzman kişilerin alınması tartışılması gereken bir husustur. Tıbbi müdahale günümüzde sadece hekimlerin değil birçok sağlık mesleği mensubunun yer aldığı karmaşık bir işlemdir. Sağlık Bakanlığı’nın Sağlık Meslekleri Kurulu Yönetmeliğinin⁸⁴ 4f fıkrasında sağlık meslek mensupları sayılmıştır. Buna göre sağlık meslek mensupları “Hekim, dış hekimi, eczacı, hemşire, ebe, optisyen ve 11.4.1928 tarihli ve 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San’atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunun ek 13 üncü maddesinde tanımlanan diğer meslek mensupları”dır. Bahse konu Kanunun Ek 13.maddesinde yaklaşık 25 çeşit sağlık mensubu daha sayılmıştır. Özetlemek gerekirse, medikal hekim ve dış hekimlerine ek olarak, hemşire, ebe, optisyen ve sağlık teknisyenleri de sağlık mesleği mensubudur⁸⁵.

83 Çeker, s. 304(Sigorta).

84 14.12.2012 tarih ve 28497 sayılı RG’de yayımlanmıştır.

85 Çınarlı, s.123-133, 657 S.K. m.36/3’de Sağlık hizmetleri ve yardımcı sağlık hizmetleri sınıfı başlığı altında, hekim, dış hekimi, eczacı, veteriner hekim gibi meslek grupları sağlık hizmetleri, ebe, hemşire, tıp teknisyeni gibi meslek grupları yardımcı sağlık hizmetleri sınıfına dâhil edilmiştir. Bkz. Irıç, Betül Çatak: Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan Zararlardan Dolayı İdarenin Sorumluluğu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, s.38 vd. Hakeri “sağlık mensubu” yerine “sağlık personeli” ya da “sağlık çalışanı” kavramını kullanmayı tercih etmiş ve geniş anlamda sağlık personelinin “sağlık hizmeti sunan sistemlerde çalışan kişiler” olarak isimlendirildiğini belirtmiştir. Bkz. Hakeri, s.108.

Hemşirelerin görev, yetki ve sorumlulukları değişik yasal düzenlemelerde yer almıştır. Bunlar, Hemşirelik Kanunu⁸⁶, Hemşirelik Yönetmeliği⁸⁷ ve Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği⁸⁸ olarak sayılabilir. Bu düzenlemelerde, örneğin Hemşirelik Kanunu m.4'de "hemşirelerin; hekimin, acil haller dışında yazılı olarak vereceği tedaviyi uygulamak, hastaların ilaçlarını bizzat içirmek, tatbik etmek ve enjeksiyon yapmak, kendilerine bırakılan pansuman ve tedavileri bizzat yapmak" gibi⁸⁹ hekimin tıbbi müdahalesi öncesinde, esnasında ve sonrasında birçok faaliyete katılması söz konusudur. Hemşirelerin bu sayılan görevlerini yerine getirirken mesleki hata yapmaları beklenen bir konudur⁹⁰. Nitekim Danıştay 1.D.'nin 14.11.2007 tarih ve 2007/1012E 2007/1102K.'ında özet olarak "hastaya yanlış kan grubuna mensup kan veren şüphelilerin yargılanmasına, bu maksatla dosyanın Cumhuriyet savcılığına gönderilmesine" karar verilmiş ve böylece hemşirelerin de tıbbi kötü uygulama bakımından sorumluluk taşıdığı kabul edilmiştir.

Diğer bir sağlık meslek mensubu olan anestezi teknisyenleri ve röntgen teknisyenleri, anestezi ve radyoloji uzmanlarının talimatlarına göre hareket eden ve tıbbi müdahalede rolü olan insanlardır. Anestezi günümüzde son derece teknik ve karmaşık bir işlem olarak kabul edilmektedir. Yargıtay 2.CD.'nin 05.02.1996 tarih ve 1996/268E. 1996/1025K. Sayılı Kararında "anestezi içi hastaya oksijen tüpü yerine karbondioksit tüpünü hastaya bağlayıp ölümüne neden olunması olayında, ameliyat sırasında anestezi sorumlusu uzman hekimi özensiz ve denetimsiz davranışı nedeniyle asli kusurlu bulmuş, yardımcısı olan anestezi teknisyenini ise tüpü yetkisiz hizmetliye değiştirterek yanlış tüp takılmasına yol açmaları şeklinde dikkatsiz ve özensiz davranışları nedeniyle birlikte sorumlu olduklarına" karar verilmiştir⁹¹. Tıbbi müdahalenin en önemli şekli olan ameliyat sonucu meydana gelen ölümlerde anestezi uzmanının öncelikle sorumlu tutulduğu bilinmektedir⁹².

86 25.02.1954 tarih ve 6283 S.K.

87 08.03.2010 tarih ve 27515 S. RG'de yayımlanmıştır.

88 13.01.1983 tarih ve 17927 S. RG'de yayımlanmıştır.

89 Çınarlı, s.128.

90 Çınarlı, s.129.

91 Çınarlı/Özsel/Karadibak, s.42.

92 Çınarlı/Özsel/Karadibak, s.43, ABD'de 1990 sonrası açılan davaların %31'inde anestezi uzmanlarının tıbbi uygulama hatası sonucu ölüm veya beyin hasarı olduğu tespit edilmiştir.

Bu örnekler daha da artırılabilir. Sonuç olarak, tıbbi uygulama, sadece hekimin yer aldığı bir işlem değildir. Tıbbi uygulama kollektif bir çabayı ve organizasyonu gerektirir. Dolayısıyla Tıbbi kötü uygulamaya ilişkin zorunlu mali sorumluluk sigortasının sigortalı tarafında sadece hekim, diğ hekim ve uzman hekimlerin değil, tıbbi uygulamaya katılan tüm sağlık mesleği mensuplarının bulunmasının isabetli olacağı kanaatindeyim⁹³. Bu düşünceyi destekleyecek bir başka örnek mesleki sorumluluk sigortası genel şartlarının A1 klotunda yer alan “Sigortalının işletmesi ile ilgili sorumluluğu için yaptırılmışsa, sözleşmede aksine hüküm yoksa bu sigorta, sigortalının temsilcisi ile işletmenin veya işletmenin bir kısmının yönetiminde, denetiminde ve işletmede çalıştırılan kişilerin sorumluluğunu da karşılar” cümlesidir. Bu cümlede, sigortanın kapsamı, sadece işletme sahibini değil işletmede çalışan kişilerin sorumluluğunu kapsayacak biçimde genişletilmiştir. Benzer biçimde, tıbbi kötü uygulamaya ilişkin zorunlu mali sorumluluk sigortasının genel şartlarındaki kapsam maddesinde “Bu sigorta sözleşmesi ile hekimin yönetiminde ve denetiminde çalıştırılan kişilerin sorumluluğu da karşılanır” şeklinde bir düzenleme konulmuş olsaydı, hekimin yönetimi ve denetiminde çalışan diğer sağlık personeline de sigorta güvencesi sağlanabilirdi⁹⁴.

93 Nitekim Amerikan kaynaklarında tıbbi kötü uygulama sorumluluk sigortasının tanımı da “Insurance coverage for a doctor, surgeon, psychiatrist, psychologist, nurse, a hospital, other medical/healthcare professional or institution if guilty of dereliction of duty due to negligence or incompetence. Pays for the defense of the insured in lawsuits. Covers levied damages up to a specified limit” şeklindedir. Türkçe karşılığına baktığımızda, “Bir hekim, cerrah, psikiyatrist, psikolog, hemşire, bir hastane, diğer tıbbi/ sağlık mesleği çalışanı ya da kurumun, ihmal ya da mesleki yetersizlik nedeniyle görevin kötü yapılmasından dolayı suçlu bulunması halinde koruma sağlayan sigorta türüdür. Hukuk davalarında sigortalının savunma masraflarını karşılar. Belirli bir limite kadar zararları karşılar” şeklindedir. Bkz. Black’s Law Dictionary, <http://thelawdictionary.org/> (31.01.2015).

94 Nitekim bazı ülkelerin Tıbbi Malpraktis Sigortası Genel Şartlarında buna benzer olarak “Sigortalının Çalışanları (Employees of the Insured)” başlığı altında, sigortalının yanı sıra onun yanında bir hizmet sözleşmesi ile çalışan, eğitim ya da staj yapan kişilerin de koruma kapsamına alındığı görülmektedir. Bkz. Avustralya “Medical Malpractice Combined Liability Insurance Policy” Genel Şartları 9.5.

<http://www.teamcare.com.au/Include/ElectosFileStreaming.asp?FileId=82> (08.02.2015)

D. GENEL ŞARTLARDA YER ALAN KORUMA SÜRELERİ

Tıbbi kötü uygulamaya ilişkin zorunlu mali sorumluluk sigortasının genel şartlarında A1. Sigorta konusu maddesinde üç farklı süre içindeki taleplerin koruma altında olduğu belirtilmiştir. Bunlar, sözleşme süresi içindeki talepler, sözleşme süresinden on yıl önceki olaylara ilişkin olarak yine sözleşme içinde yapılan talepler ve mesleki faaliyete son verilmesi durumunda iki yıllık ek süredeki talepler koruma altındadır⁹⁵.

1. Sözleşme Süresi İçinde Gerçekleşen Olaylara İlişkin Koruma

Her sigorta poliçesinde esas olarak sözleşme süresi içinde gerçekleşen olayların sigorta kapsamında olduğu kabul edilir. Aynı şekilde tıbbi kötü uygulamaya ilişkin zorunlu mali sorumluluk sigortasında da sigorta süresi içindeki mesleki faaliyeti dolayısıyla verilen zararlardan doğan istemlerin kapsam içinde olduğu ifade edilmiştir.

2. Geçmiş On Yılı Kapsayan Koruma

Tıbbi kötü uygulamaya ilişkin zorunlu mali sorumluluk sigortası genel şartlarda A1. Maddesinde en dikkati çeken konu, sadece sigortalılık

95 Dünyada malpraktis sigortası poliçelerinde kabul gören üç tip sigorta poliçesi vardır. Bunlar sırasıyla; occurrence policies (olayın meydana geldiği an poliçeleri), claims-made policies (istemin yapıldığı an poliçeleri) ve modified occurrence policies (değiştirilmiş olayın meydana geldiği zaman poliçeleri). Occurrence Policies (olayın meydana geldiği an poliçeleri)'nde sigorta süresi içinde olmak kaydıyla olayın meydana geldiği an esas alınmaktadır. İstem ne zaman yapıldığının bir önemi yoktur. İstem, geçmişte yapılan bir sigorta süresi içinde meydana gelmiş ve poliçenin feshedilmiş olduğu günümüzde bile yapılmış olsa korumadan yararlanır. Bu tür poliçeler, sigortalı bakımından en riskli, sigorta yaptıran bakımından ise en pahalı poliçe türüdür. Çünkü burada, olayın kaç yıl önce olduğunun bir önemi yoktur. Çok önceden meydana gelen bir olay, sigorta süresi içinde olmak kaydıyla olaydan çok sonra da bildirilse koruma kapsamı içinde kalacaktır. Bu tür poliçelerin malpraktis sigortalarında kullanılması yaygın değildir. Claims-made policies (istemin yapıldığı an poliçeleri)'nde, sigorta süresi içinde yapılan talepler esas alınır. Bu poliçe türüne "first year claims-made" denilmektedir. Çünkü sigorta yılı içinde bildirim yapılmıştır. Ancak yıllar geçtikçe, geçmişe etkili koruma, prim miktarını da artırmaktadır. Bu durumda ayrıca "extended reporting period (ERP)" eklenerek süre geçmişe etkili olmaktadır. Nitekim "Tıbbi Kötü Uygulamalara İlişkin Mali Sorumluluk Sigortası" bu tür bir poliçeye sahiptir. Esasen malpraktis sigortalarının büyük bir kısmında claims-made poliçesi geçerlidir. Modified occurrence policies (değiştirilmiş olayın meydana geldiği zaman poliçeleri) ise occurrence ve claim made türü poliçelerde yer alan şartların birleştirilmiş şeklidir. Burada uzatma süresi genel olarak 7 yıl şeklinde belirlenmekle birlikte bu sürenin dolmasından sonra "süresiz uzatma" klotu da eklenebilir.

süresi içinde değil sigorta sözleşmesinden önceki on yıllık döneme ait mesleki faaliyeti dolayısıyla verilen zararlardan doğan istemlerin sözleşme süresinde karşılanabileceği hususudur. Böylece sözleşmenin yapıldığı tarihten on yıl öncesine uzanan bir koruma sağlamaktadır. Bununla birlikte aynı maddede on yıllık sürenin hiçbir zaman 30.07.2009 tarihinden öncesini içine almayacağı belirtilmiştir. Diğer bir deyimle, örneğin 2014 yılında sigorta yaptıran bir hekim, aralıksız olarak sigortası yaptırmaya devam ettiği takdirde 2017 yılına gelindiğinde, 2010 yılında gerçekleşen bir malpraktis nedeniyle ortaya çıkan ve 2017 yılında öne sürülen tazminat talebine ilişkin olarak koruma altında olacaktır. Bunun için talebin sigorta süresi içinde yapılması gerekmektedir (claims made esas⁹⁶). Bu durumda sigorta süresinden önce yapılan tazminat talebi koruma altında olmayacaktır.

Burada belirtilmesi gereken bir husus, sigorta kuruluşlarının değişmesi durumunda, olayın gerçekleştiği tarihte farklı sigorta şirketince sigorta sözleşmesi yapılmış olsa bile sigorta süresi içinde istem yapıldığında o anda sözleşmeye taraf sigorta şirketince zararın karşılanacağıdır. Sigorta şirketlerinin kendisine yöneltilen talepleri, bu gerekçeyle reddetmeleri geçersizdir.

3. Bir Aydan Fazla Sigortasız Kalınması Halinde Bu Sürenin Koruma Kapsamı Dışında Olması

Genel Şartlar kaleme alınırken önceden kabul edilen şartların başında sigortanın her yıl aralıksız ve düzenli biçimde yenilenmesi gelmektedir⁹⁷. Koruma süresine ilişkin bir diğer şart, sigortasız kalan sürenin bir aydan fazla olmamasıdır⁹⁸. Ünan, bu hükmün, “geçmişteki olaylar nedeniyle himaye sağlama” özelliğiyle uyuşmadığını ileri sürmektedir⁹⁹. Şöyle ki, örneğin 2010, 2011, 2012 ve 2013 yıllarında sigorta yaptırmayan ve ilk kez 2014 tarihinde sigorta yaptıran bir hekim, sözleşme tarihinden önceki on yıllık sürede meydana gelen olaylar için koruma altında olduğundan, 2012 yılında meydana gelen bir yanlış müdahale nedeniyle 2014 yılında

96 Ünan, s.10 “Claims made coverage mesleki sorumluluk sigortalarında en yaygın sigorta poliçesi olup, sigortanın yürürlükte olduğu dönemde meydana gelen ve rapor edilen taleplere karşılık koruma sağlar. Bu sigorta modelinde talep sigortalıya ulaştığı anda risk gerçekleşmiş olur”.

97 Ünan, s.13.

98 ABD’de bu süre 90 güne (üç ay) kadar çıkabilmektedir. Bkz. Medical Professional Liability Insurance, American Collage of Emergency Physicians, s.3, <https://www.acep.org/content.aspx?id=8948> (08.02.2015)

99 Ünan, s.14-15.

ileri sürülen tazminatlara karşı himaye altında olacaktır. Buna karşın, 2010,2011, 2012 ve 2013 yıllarında sigorta yaptırıp, 2014 Şubat'ında biten sözleşmesini 2 ay yenilemeyen bir hekim, 2014 Mayıs ayında yeniden sigorta yaptırırsa, 2014 Mart-Nisan aylarında meydana gelen bir olay nedeniyle 2014 Ekim ayında ileri sürülen bir tazminat talebine karşı korumasız kalacaktır. İlk bakışta bu şekilde bir görünüm arz eden koruma süresi aslında farklı bir anlayışı içermektedir. Yukarıdaki iki şartı bir arada değerlendirdiğimizde, her şeyden önce on yıllık koruma gerçek anlamda en erken 2019 yılından itibaren yürürlüğe girecektir. Çünkü her hâlükârda koruma süresi 2009 yılından öncesini kapsamamaktadır. Öte yandan, sigortalının, on yıllık süreden yararlanması için bir diğer şart 2010 yılından itibaren her yıl sigortayı yenilemiş olmasıdır. Yenilenmeyen yıla ait bir talep karşısında sigorta tazminatı ödenmeyecektir.

4. Mesleki Faaliyete Son Verilmesi Durumunda Ek İki Yıllık Koruma Süresi

Genel Şartlar A1. Maddesi'nin 2. fıkrasında, “Sigortalının mesleki faaliyete son vermesi halinde, birinci paragraftaki teminata ek olarak son sigorta sözleşmesi dönemindeki mesleki faaliyetlerinden dolayı sözleşmenin bitiş tarihinden iki yıl sonrasına kadar ortaya çıkabilecek talepler de teminat dâhilindedir” cümlesi yer almaktadır. TTK m.1411'de sigorta döneminin bir yıl olduğu düzenlenmekle birlikte burada sigortalı lehine bir istisna getirilerek sigorta süresi içinde meydana gelen olaylarla ilgili olarak sigorta süresinden sonraki iki yıl içindeki talepler de teminat altına alınmıştır.

Bu cümleyi bir örnekle yorumlamaya çalışalım. 2010-2020 yılları arasında sigorta yaptıran ve 2021 yılında emekliye ayrılan bir hekimin, 2021 yılında meydana gelip 2023 yılında kendisine yöneltilen bir talepten dolayı koruma altında olduğunu söyleyebiliriz. Bununla birlikte 2015 yılında meydana gelmiş ancak 2022 yılında yapılan bir istemin sigorta kapsamında olmayacağı söylenebilir. Çünkü talebin yapıldığı 2022 yılında hekimin sigortası yoktur. Bu durumda hekimin mesleği bıraktıktan sonra da herhangi bir fiili çalışmaması olmamasına rağmen sigorta priminin tamamını kendisi ödemek kaydıyla on yıl daha sigorta yaptırmaya devam etmesi gerekecektir. Bu sigorta zorunlu sigorta olmayıp ihtiyari mesleki sorumluluk sigortası şeklinde olacaktır.

E. RİZİKONUN GERÇEKLEŞMESİ VE KORUMA SÜRELERİYLE BAĞLANTISI

Malpraktis Sigortasının genel şartlarında B1 “rizikonun gerçekleşmesi” maddesi şu şekilde ifade edilmiştir:

Sigorta sözleşmesinin konusuna ilişkin olarak sigortalının kendisine tazminat talebinde bulunulduğunu öğrendiği ya da zarar görenin doğrudan doğruya sigortacıya başvurduğu anda riziko gerçekleşmiş sayılır.

Görüldüğü üzere, rizikonun gerçekleşmesi;

a) Sigortalının kendisine tazminat talebinde bulunulduğu öğrendiği veya

b) Zarar görenin doğrudan doğruya sigortacıya başvurduğu an olarak kabul edilmiştir.

Riziko, gerçekleşip gerçekleşmeyeceği ya da gerçekleşebileceği öngörülse bile ne zaman gerçekleşeceği bilinmeyen ve zarara sebebiyet veren olaydır. Tıbbi müdahalelerde, hekimin tıbbi teşhis, tedavi ve bakım süreci bazen uzun zaman alabileceği gibi kimi zaman da bu sürecin tamamlanmasından uzun bir süre sonra da zarar ortaya çıkabilmektedir. Bu nedenle genel şartlardaki düzenlemede rizikonun gerçekleşmesi anı, hekime yönelik tazminat talebinin öğrenildiği veya zarar görenin doğrudan doğruya sigortacıya başvurduğu an olarak belirlenmiştir.

Tazminat talebi farklı şekillerde ortaya çıkabilir. Tazminat davası açılması veya doğrudan doğruya hekime hitaben çekilen bir ihtarname ile gerçekleşebilir. Hekime, dava dilekçesinin ya da ihtarnamenin tebliği ile riziko gerçekleşmiş olacaktır. Dolayısıyla, rizikonun gerçekleşmesi, genel olarak sigorta sözleşmelerinde düzenlenen “rizikonun gerçekleşmesi”nden farklıdır. Genel olarak rizikonun gerçekleşmesi, rizikoyu doğuran olayın gerçekleşmesi olarak kabul edilirken burada hekime yönelik tazminat talebinin öğrenildiği an olarak düzenlenmiştir.

Bu düzenlemede akla gelen bir başka husus hekimin çalıştığı kuruma yapılan şikâyet, rizikonun gerçekleştiği an olarak kabul edilmeli midir? Kanaatimizce bu sorunun cevabı olumlu olmalıdır. Çünkü Genel Şartlar B2 b fıkrasına göre hekimin sorumluluğu gerektirecek olayları on gün içinde sigortacıya bildirmesi zorunlu tutulmuştur. Nitekim Genel Şartlar B2 d

bendinde “Zarardan dolayı, dava yolu ile veya başka yollarla bir tazminat talebi karşısında kaldığı veya aleyhine cezai kovuşturmaya geçildiği hâllerde, durumdan sigortacıyı derhal haberdar etmek ve tazminat talebine ve cezai kovuşturmaya ilişkin olarak almış olduğu ihbarname, davetiye ve benzeri tüm belgeleri gecikmeksizin sigortacıya vermek” sigortalının yükümlülükleri arasında sayılmıştır. Bu nedenle sadece tazminat talebinden haberdar olması değil hekim aleyhine yapılan başvurular sonucu da riziko gerçekleşmiş sayılmalıdır. Bu noktada, Sağlık Bakanlığına, bilgi edinme hakkı çerçevesinde yapılan ve aslında bir şikâyet içeren başvurularda da hekimin bu durumu haber alır almaz sigortacıya bildirmesi gerekir.

F. SİGORTALI VE SİGORTA ETTİRENİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Sigortalının bildirim yükümlülüğü ile ilgili olarak TTK’da iki farklı düzenleme mevcuttur. İlki genel bir hüküm olup TTK m.1446/1’e göre “Sigorta ettiren, rizikonun gerçekleştiğini öğrenince durumu gecikmeksizin sigortacıya bildirir”. Görüldüğü gibi, sigorta ettirenin temel yükümlülüklerinden biri rizikonun gerçekleşmesi durumunda hemen sigortacıyı haberdar etmesidir. Rizikonun gerçekleştiğinin bildirilmemesi ya da geç bildirilmesi durumunda ise TTK m.1446/2 uyarınca, ödenecek tazminatta veya bedelde artışa neden olmuşsa, kusurun ağırlığına göre, tazminattan veya bedelden indirim yoluna gidilir. Bu genel düzenlemenin yanı sıra TTK’da sorumluluk sigortasını düzenleyen hükümlerde de bildirim yükümlülüğüne yer verilmiştir. TTK m.1475/1’de düzenlenen hükme göre, “sigortalı, sorumluluğunu gerektirecek olayları on gün içinde sigortacıya bildirir”. TTK m.1475/2’de ise “sigortalı kendisine yöneltilen istemi, aksi kararlaştırılmamışsa derhal sigortacıya bildirir” hükmü mevcuttur.

Genel Şartlar B2 maddesinde de TTK’daki düzenlemeye uygun olarak sigortalı ve sigorta ettirenin yükümlülükleri düzenlenmiştir. Buna göre, iki türlü bildirim yükümlülüğü vardır. Bunlar;

a) Haberdar olduğu andan itibaren rizikonun gerçekleştiğini derhal sigortacıya bildirmek,

b) Sigortalının sorumluluğunu gerektirecek olayları, on gün içinde, sigortacıya bildirmekle yükümlüdür.

Burada iki farklı süreden söz edilmektedir. “Derhal” ibaresi, hukuki anlamda “mümkün olan en kısa sürede” demektir. Yaşamın olağan akışına

göre, hekimin, kendisine yöneltilen talebi en kısa sürede, sigortacıya bildirmesi gerekir. Bu aynı zamanda rizikonun gerçekleştiği andır. Genel Şartlar B2 a. Fıkrasının yanı sıra d. fıkrasında da “Zarardan dolayı, dava yolu ile veya başka yollarla bir tazminat talebi karşısında kaldığı veya aleyhine cezai kovuşturmayla geçildiği hâllerde, durumdan sigortacıyı derhal haberdar etmek ve tazminat talebine ve cezai kovuşturmayla ilişkin olarak almış olduğu ihbarname, davetiye ve benzeri tüm belgeleri gecikmeksizin sigortacıya vermek” yükümlülüğü aslında a. fıkrasının bir devamı niteliğindedir. Çünkü her iki durum da aslında B1.maddesinde düzenlenen “Rizikonun gerçekleşmiş sayılacağı an ile ilgilidir.

Hekimin bir diğer yükümlülüğü, sorumluluğunu gerektirecek olayları, on gün içinde, sigortacıya bildirmektir. Burada hekimin hangi olayları bildirmesi gerektiği hususunda bir açıklık bulunmamakla birlikte kendisi hakkında açılan bir idari soruşturmayı, savcılığa yapılan bir şikâyeti ve kendisi hakkında yapılan bir savcılık soruşturmasını bildirmesinin isabetli olacağı kanaatindeyim.

Hekimin sigortacıya karşı derhal bildirim yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde sigortacının gerçekleşen zarar karşılığında sigortalı ve sigorta ettirenin yukarıda açıklanan bildirim yükümlülüklerinin yanı sıra imkânları ölçüsünde zararın azaltılması ya da artmasının önlenmesi (B2 c. Fıkrası) ayrıca sigortacının talebi üzerine, olayın ve zararın nedeni ile hangi hâl ve şartlar altında gerçekleştiğinin ve sonuçlarının tespitine; tazminat yükümlülüğü ve miktarı ile rücu hakkının kullanılmasına yarayacak, elde edilmesi mümkün bilgi ve belgeleri makul sürede verme yükümlülüğü de mevcuttur (B2 ç. Fıkrası).

G. SİGORTALIYA YARDIM, SULH SÖZLEŞMESİ VE SİGORTACININ ONAYI

Hekimin, haberdar olduğu anda rizikonun gerçekleştiğini yani kendisine yönelik bir talepte bulunduğunu sigortacıya bildirmesi yükümlülüğünün gerekçesi, sigortacının o andan itibaren, tazminat davası kendisine karşı açılmış gibi kabul ederek bu sürecin “yönetimini”¹⁰⁰ üstlenmesi gerekliliğidir. TTK m.1476’da “Sigortacının yardımcıları” başlığı altında sigortacının, sigortalıya hukuki yardımı ve sulh konuları düzenlenmiştir. Bu maddeye uygun olarak hazırlanan Genel Şartlar B2 maddesinde. Genel Şartlar B3.4. maddesinde düzenlenen sigortacının sigortalıya yardımı maddesi bu konuyu düzenlemiştir. Buna göre, “Sigortacı, sigortalı tarafından usulüne uygun olarak bildirimde

100 Ünán, s. 12.

bulunulması ya da zarar gören tarafından kendisine doğrudan talepte bulunulmasından itibaren beş gün içinde, zarara uğrayanın istemleriyle ilgili olarak ve sigortalının adına, fakat sorumluluk ve tüm giderler kendisine ait olmak üzere, gerekli hukuki işlemlerin gerçekleştirilip, kararların alınmasını ve ayrıca savunmaya yardımda bulunmayı üstlenip üstlenmeyeceğini sigortalıya bildirir. Bu sürenin sonuna kadar yapılması zorunlu işlemleri sigortalı yürütür. Sigortacı yaptığı işlemlerde sigortalının hak ve menfaatlerini gözetir”.

Hekim, kendisine dava veya ihtarname yoluyla tazminat talebinde bulunulması durumunda, elde edebildiği tüm bilgi ve belgeleri sigortacıya bildirmekle birlikte bu süreçte haklı bir endişe taşıyacaktır. Dolayısıyla kendisinden tazminat talebinde bulunulan hekim durumu sigortacıya bildirmesinden sonraki beş gün içinde sigortacının, sigortalı adına hukuki süreci üstlenip üstlenmeyeceğini sigortalıya bildirmelidir. Sigortacının, bu süreci üstlenmemesi durumunda hekimin kendisi bir avukat vasıtasıyla süreci yönetmeye gayret edecektir.

Türk hukukunda tazminat davaları kimi zaman yıllarca sürebilmektedir. Dava süreci, uzun sürmesi, delillerin toplanmasındaki zorluklar vb. zarar gören açısından da çeşitli olumsuzluklar getirdiği için taraflar, mahkeme dışı çözümleri tercih edebilirler. Bu bağlamda, hekim ile zarar gören arasında, tazminat davası öncesinde, dava devam ederken ya da dava kesinleşmiş olsa da bir sulh sözleşmesi yapılması söz konusu olabilir. Sulh sözleşmesi mahkeme önünde ya da mahkeme dışında yapılabilir¹⁰¹.

Yapılan sulh sözleşmesi sonucunda genellikle bir tazminat ödenmesi kararlaştırıldığı için, sigortacının kararlaştırılan tazminatı ödemesi için, sulh sözleşmesine onay vermesi gerekli kılınmıştır. Genel Şartlar B3.4. maddesi 2. fıkrasında, “Sigortalının sigortacının onayını almadan yaptığı sulh sözleşmesi, bildirimden itibaren onbeş gün içinde onay verilmemişse, sigortacıya karşı geçersizdir; sigortacı haklı olmayan sebeplerle sulha onay

101 Sulh sözleşmesi, HMK m.313/1 gereği, görülmekte olan bir davada tarafların aralarındaki uyuşmazlığı kısmen ya da tamamen sona erdirmek için mahkeme huzurunda yaptıkları bir sözleşmedir. Sulh hüküm kesinleşinceye kadar her zaman yapılabilir (HMK m.314). Taraflar dava devam ederken mahkeme dışında yaptıkları yapmış oldukları sulh anlaşmasını mahkemeye ibraz ederlerse sulh anlaşmasının mahkemeye verildiği tutanağa yazılır (HMK m.154/3ç.) Sulh anlaşması tutanağa eklenir. Bkz. Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammed: Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, 14. Bası, Ankara, 2013, s.827.

vermekten kaçınmaz” şeklindeki düzenleme ile sigortacı ile sigortalının hakları arasında bir denge gözetilmesi amaçlanmıştır. Bir yandan sigortacıya, onayını almadan yapılan sulh sözleşmesinin kendisi açısından geçerli olması için bildirimden itibaren 15 gün içinde onay vermesinin gerekli olduğu öte yandan da sigortacının haklı bir neden olmaksızın onay vermekten kaçınmayacağı belirtilmiştir.

Zararsigortalarında temel ilkelerden biri “tazminatın zenginleştirmeye yol açmamasıdır”. Bu nedenle, taraflar arasında uzlaşmanın rakamsal tutarı makul olmalıdır. Dolayısıyla sulh anlaşmasına konu olan tazminat bedeli belirlenirken sigortacının da onayı alınmalıdır. Alınmadığı durumda ise bildirimden itibaren 15 gün içinde onay (icazet) verilmesi de mümkündür. Sigortacı, sulh anlaşmasına müdahil olmasa bile, yapılan anlaşmanın makul şartları taşıması durumunda onay vermekten kaçınmaz. Aksi halde, hekim açısından mahkemeye başvurup bir tespit davası ile yapılan anlaşmanın makul şartları taşıdığını belirlemesi gerekecektir.

H. SİGORTANIN TEMİNAT ALTINA ALDIĞI HUSUSLAR

Genel şartlar B3.4 maddesi 2.fikrasında, sigortacının kesinleşen tazminat tutarını ödeyeceği belirtilmiştir. Bu madde daha açık biçimde şöyle yorumlanmalıdır: Sigortacının ödeyeceği miktar, hekimin sorumlu olduğu kadarı ile sigorta bedeline kadar tazminat tutarı, yargılama giderleri ve faiz ile hekimin yaptığı makul giderlerdir¹⁰². Nitekim Genel Şartların “Sigortanın konusu” başlıklı A1.maddesinde bu husus “...tazminat taleplerine ve bu taleple bağlantılı yargılama giderleri ile hükmolunacak faize ve sigortalı aleyhine ileri sürülen tazminat talebine ilişkin makul giderlere karşı poliçede belirlenen limitler dahilinde teminat sağlar.” şeklinde düzenlenmiştir.

Yargılama giderleri, mahkeme kararında hükme bağlanan yargı harcı, masraflar (tebligat ve posta giderleri, bilirkişi, keşif ve tanık giderleri, resmi dairelerden alınan belgeler için ödenen bedeller) ve davacı avukatı lehine hükmedilen vekâlet ücretidir¹⁰³. Hekimin yapmış olduğu makul giderler ise, dava sürecindeki makul masrafları ve eğer sigortacı hukuki süreci kendisi üstlenmemiş ise hekimin aldığı avukatlık desteğinin ücretidir.

102 Ünan, s.13.

103 Ünan, s.11; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.979 vd.

Burada faiz konusu ayrı bir önem taşımaktadır. Faiz dava süresiyle ilgili bir meseledir. Davanın çok uzaması durumunda faiz de aynı oranda yüksek hesaplanacaktır. Sigortacının ödeyeceği toplam sigorta bedeli sigorta sözleşmesinde yazılıdır. 21.07.2010 tarih ve 27648 sayılı RG’de yayımlanan Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Tarife ve Talimatı’nın Tarife başlıklı bölümde,1.maddede “Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasında her bir olay için azami teminat tutarı 400.000 TL’dir. Her durumda sözleşme kapsamında ödenecek tazminat miktarı 1.800.000 TL’yi aşamaz” hükmüne yer verilmiştir. Aynı başlık altında 2.maddede ise “Teminat tutarı maddi, manevi tazminat ve yargılama giderleri için geçerlidir” hükmüne yer verilmiştir. Dolayısıyla sigortanın sigorta döneminde her olay başına ödeyeceği toplam tutar 400.000 TL’yi geçmeyecektir. Bu miktara ek olarak sigortacının ödemesi gereken bedel ise B3.1. Maddesinde ifade edilmiştir. Buna göre “sigortacı, zararı önleme, azaltma, artmasına engel olma ve rücu haklarının korunmasına yönelik yaptığı makul giderleri, bunlar faydasız kalmış olsalar bile, sigorta tazminatından ayrı olarak tazmin eder.” Bu maddenin dayanağı TTK’nun 1448/3. Fıkrasıdır. Dolayısıyla sigortacının ödemesi gereken tutar, günümüzde geçerli olan olay başına 400.000 TL ve B3.1. maddesindeki giderlerdir. Bununla birlikte sigortacı, limit aşılmış olsa bile gecikme faizini de ayrıca ödemekle yükümlüdür. Dolayısıyla davanın uzaması sonucunda faiz tutarı da süreye bağlı olarak artacağından davanın en kısa sürede sonuçlandırılması sigortacının lehine olacaktır¹⁰⁴.

İ. SİGORTACININ SİGORTA ETTİRENE RÜCU HAKKI

Zorunlu sorumluluk sigortalarında sigortacının sigorta ettirene rücu hakkı istisnai hallerde söz konusu olmaktadır¹⁰⁵. Malpraktis Sigortası Genel Şartlarında, 26.07.2014 tarihli değişiklikle sigortacının sigorta ettirene rücu hakkı ilave edilmiştir. Buna göre sigorta ettirene başlıca şu nedenlerle rücu edilir (B6.maddesi)

a) Mesleki faaliyetin ifası sırasında sigortalı tarafından kasten sebep olunan her tür olay ile davranışları,

104 Sigortacının sorumluluğu kefilin sorumluluğundan farklıdır. TBK m.589/1’de “Kefilin her durumda kefalet sözleşmesinde belirtilen miktara kadar sorumlu olduğu” düzenlenmiştir. Sigortacı ise, bundan farklı olarak limiti aşan gecikme faizi ve Genel Şartlar B3.1.maddesinde yazan miktarı ödemekle yükümlüdür.

105 Çeker, s.288(Sigorta).

b) Sigortalı veya çalıştırdığı kişilerin, poliçe kapsamındaki mesleki faaliyeti ifa ederken alkol, uyuşturucu ya da narkotik maddelerin tesiri altında bulunması sonucunda meydana gelen olaylar,

c) Sigortalının talebi üzerine zeyilname yapılması gereken durumlarda sigortalının bu talepte bulunmaması halinde ödenen tazminatın eksik prim oranına denk gelen kısmı sigortalıya rücu edilir.

J. HALEFİYET

Sorumluluk sigortasında halefiyet TTK m.1481’de düzenlenmiştir. Buna göre “Sigortacı, sigorta tazminatını ödedikten sonra hukuken sigortalı yerine geçer. Sigortalının gerçekleşen zarardan dolayı sorumlulara karşı dava hakkı varsa bu hak, tazmin ettiği bedel tutarında sigortacıya ait olur” (TTK m.1481/1). Genel Şartlar B4. “Halefiyet” başlıklı maddede ise “Sigortacı ödediği tazminat tutarınca hukuken sigortalının yerine geçer” hükmü yer almaktadır. Halefiyet ilkesi sorumluluk sigortalarında uygulama alanı kısıtlı bir ilkedir¹⁰⁶. Hekimin hasta yakınlarına rücu hakkı doğduğu durumlarda sigortacı halefiyet hakkını kullanabilir. Hasta yakınının ağır kusuru hekimin sorumluluğunu ortadan kaldırır.

K. DOĞRUDAN DAVA HAKKI

TTK’da sorumluluk sigortasına ilişkin hükümler arasında yer alan m.1478’de, zarar görenin zararın tazminini doğrudan sigortacıdan talephakkı düzenlenmiştir. Buna göre, “Zarar gören, uğradığı zararın sigorta bedeline kadar olan kısmının tazminini, sigorta sözleşmesi için geçerli zamanaşımı süresi içinde kalmak şartıyla, doğrudan sigortacıdan isteyebilir”. Genel Şartlar B5.maddesinde de “Zarar gören, uğradığı zararın sigorta bedeline kadar olan kısmının tazminini, sigorta sözleşmesi için geçerli zamanaşımı süresi içinde kalmak şartıyla, doğrudan sigortacıdan isteyebilir” hükmüne yer verilmiştir. Bununla birlikte yukarıda da değinildiği gibi zarar görenin hekimin sigortacısını bilmemesi nedeniyle doğrudan sigortacıdan zararın tazminini talep etmesi uygulamada görülmemektedir.

L. SİGORTACININ SÖZLEŞME YAPMA ZORUNLULUĞU

TTK m.1483’de, sigortacıların sözleşme yapma zorunluluğu düzenlenmiştir. Buna göre, “Sigortacılar, diğer kanunlardaki hükümler saklı kalmak üzere, faaliyet gösterdikleri dalların kapsamında bulunan zorunlu sigortalıyı yapmaktan kaçınmazlar”. Dolayısıyla, hekimlere yönelik tazminat taleplerinin giderek artması karşısında, özellikle bazı

106 Aynı görüş için bkz. Duru, s.34.

uzmanlık alanlarında faaliyet gösteren hekimlerin sigorta poliçelerini yenileme talepleri karşısında isteksiz davranan sigorta şirketlerinin sözleşme yapmanın kanundan kaynaklanan bir yükümlülük olduğunu bilmeleri gereklidir.

M. SİGORTA YAPTIRILMAMASININ SONUÇLARI

Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasını yaptırmak zorunda olup da yaptırmayanlar için 1219 S.K.'nun Ek12.maddesinin son fıkrasında “Bu maddedeki zorunlu sigortaları yaptırmayanlara, mülki idare amirince sigortası yaptırılmayan her kişi için beşbin Türk Lirası idari para cezası verilir” hükmü getirilmiştir¹⁰⁷. Öte yandan Hazine Müsteşarlığının 09.08.2014 tarihli “Zorunlu Sigorta Takibine İlişkin Yönetmeliği”nin¹⁰⁸ 7.maddesinde zorunlu sigorta yaptırmaması gerekip de yaptırmayan ya da yenilemeyenlere yönelik yaptırımlar düzenlenmiştir¹⁰⁹.

Hâlihazırda yürürlükte olan hükümler gereğince, zorunlu sigortanın yaptırılmaması veya yenilenmemesi durumunda (her ne kadar 1219 S.K.'nun EK12.maddesinde “yaptırmayanlara” denilse de bunu hem

107 Bu miktar 2014 yılı için yeniden değerlendirilme oranına göre yapılan artırımla 6868,00 TL olarak belirlenmiştir. Bkz. <http://www.ttb.org.tr/index.php/Hukuk-Burosu/sigorta-4754.html> (26.01.2015)

108 09.08.2014 tarih ve 29083 sayılı RG’de yayımlanmıştır.

109 MADDE 7 – (1) Merkez, tesis edeceği kontroller neticesinde sigorta teminatının sona ereceği bilgisini, poliçe vadesinden 30 gün önce Güvence Hesabına bildirir. Zorunlu sigorta poliçesi sahibi, söz konusu poliçeleri yenilemesi için Güvence Hesabı tarafından uyarılır.

(2) Birinci fıkra uygulamasından ayrı olarak, ilgili zorunlu sigortaları yaptırmadığı veya yenilemediği tespit edilen gerçek ve tüzel kişiler ile Güvence Hesabı tarafından sigortasız olduğu tespit edilen gerçek ve tüzel kişiler izin, lisans veya ruhsat vermeye yetkili mercilere Güvence Hesabınca bildirilir.

(3) Güvence Hesabınca yapılacak bildirimde Kararın 6 ncı maddesinin 3 üncü fıkrasına istinaden yaptırım uygulanma gerekliliğine de yer verilir.

(4) Güvence Hesabınca yapılan bildirim üzerine Kararın 6 ncı maddesinin 3 üncü fıkrası gereğince ilgili gerçek veya tüzel kişiler yetkili mercilerce uyarılır; uyarının tebliğ edildiği tarihten itibaren on beş iş günü içerisinde sigortasını yaptırmayanların faaliyetleri, idari ve cezai kovuşturma saklı olmak üzere ilgili yetkili mercilerce sigorta yaptırılincaya kadar durdurulur. Buna rağmen söz konusu sigortalardan, izin, lisans veya ruhsat vermeye yetkili mercilerce bir ayı geçmemek üzere belirlenecek sürede yaptırılmadığının tespiti halinde söz konusu ruhsat, lisans ve izinler ilgili yetkili mercilerce iptal edilir.

“yaptırmayanlara” hem de “yenilemeyenlere” olarak yorumlamak gerekir) mülki idare amirlerince verilecek para cezasının yanı sıra “Zorunlu Sigorta Takibine İlişkin Yönetmelik” uyarınca ruhsat, lisans ve izinlerin ilgili mercilerce iptaline kadar uzanan yaptırımlara tabi tutulmasının AYM’nin kararlarında yer alan “ölçülülük” ilkesine aykırı olduğu düşünülmektedir.

SONUÇ

Tıbbi kötü uygulamaya ilişkin zorunlu mali sorumluluk sigortası (malpraktis sigortası) genel şartları, hem TTK’nun sigorta hukuku genel hükümleri hem de mesleki sorumluluk sigortası genel şartları ile uyumlu olarak hazırlanmış bir hukuki düzenlemedir. Düzenlemede, kapsam itibarıyla hekimlerin mesleklerini icra ettikleri sırada hatalı müdahale, bilgi yetersizliği, mesleki deneyimsizlik ya da özen eksikliği nedeniyle doğabilecek zararlardan sorumluluğu teminat altına alınmıştır. Burada hekimin kusuru sonucu ortaya çıkan bir zararın sigortacı tarafından karşılanması söz konusudur. Bununla birlikte, tıbbi müdahalenin günümüzde genellikle bir ekip tarafından gerçekleştiği göz önüne alındığında hekimle birlikte diğer sağlık personelinin de, hekimin yönetimi ve gözetiminde olmak kaydıyla sigorta kapsamı içine alınmasının daha isabetli olacağı düşüncesindeyim.

Genel şartlarda, zarar dolayısıyla başvurunun son on yıl içinde meydana gelen zararları kapsamaması ve böylece koruma süresinin sadece sigorta süresi değil geçmiş on yılı da içine alması uzatılmış istem temelli sigorta (extended claims made policy) çeşididir. Ancak bu koruma süresinin geçerli olması için geçmiş on yılda da sigortalı olunması gerekir. Hekimlerin on yıllık koruma süresinden yararlanmak için mutlaka her yıl zorunlu sigortayı yenilemeleri gerekir. Öte yandan hekimin mesleği bıraktıktan sonraki süreçte son sigortalılık döneminde meydana gelen bir olaydan sonra iki yıl daha koruma altında olması bir avantajdır. Ancak burada occurrence based policy yani olayın meydana geldiği an poliçesi değil extended claims made yani uzatılmış istem temelli poliçe esası geçerli olduğu için hekimin sigorta sözleşmesini sona erdirmesiyle birlikte geçmiş on yıldaki olaylara bağlı olarak sigorta koruması ortadan kalkacaktır. Bu rizikoyu gidermek için hekimin mesleği bıraktıktan sonra on yıl daha isteğe bağlı sigorta yaptırması gerekecektir.

Sigorta şirketlerinin, kendi sözleşmeleri döneminde, geçmişteki bir olaya binaen meydana gelen zararları, olayın olduğu dönemde farklı sigorta şirketlerinin sigortalaması nedeniyle tazminat ödemelerinden kaçınmaları

geçersizdir. Genel şartlarda açık olarak sigorta döneminde, geçmiş on yıl içinde meydana gelen zararlar dolayısıyla yapılacak taleplerin karşılanacağı açık olarak ifade edilmiştir.

Mahkemece tazminata hükmedilmesi ve kesinleşmesi durumunda ödenecek bedel olay başına azami miktar olarak belirlenen 400.000 TL'yi aşmayacaktır. Bu nedenle, hekimlerin kendilerine yönelik her türlü talebi öğrendiği andan itibaren sigortacıya bildirmesi önemlidir. Burada hekimin acaba prim tutarı bir sonraki dönemde artar mı şeklindeki endişesi haklı değildir. Çünkü prim tutarı ancak tazminatın kesinleşmesi ve sigortacı tarafından ödeme yapılması ile sonraki dönemde artma gösterebilir.

Tazminat davasının idare mahkemesinde kamu kuruluşuna karşı tam yargı davası şeklinde açılması durumunda da hekimin sigortacıyı durumdan haberdar etmesi, böyle bir durumda idarenin yanında olmaları, hem savunmaya yardımcı olmak hem de davanın gidişatını önceden görüp muhtemel bir tazminatın en az tutarla ödenmesi açısından önemlidir.

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
A.B.D.	: Ana Bilim Dalı
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu)
BGH	: Bundesgerichtshof (Alman Federal Mahkemesi)
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
CD.	: Ceza Dairesi
D.	: Daire
dn.	: Dip not
E.	: Esas
ETTK	: Eski Türk Ticaret Kanunu
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK.	: Hukuk Genel Kurulu
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İYUK	: İdari Yargılama Usulü Kanunu
K.	: Karar
m.	: madde
RG	: Resmi Gazete

S.	: Sayı
s.	: Sayfa
T.	: Tarih
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TSB	: Türkiye Sigortacılar Birliği
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
USA	: United States of America (Amerika Birleşik Devletleri)
Ü.	: Üniversitesi
V.	: Volume (Cilt)
Y.	: Yargıtay

KAYNAKÇA

Can, Mertol: Türk Özel Sigorta Hukuku (Ders Kitabı), (Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 3.Bası) Ankara, 2009(Sigorta).

Can, Mertol: Mesleki Sorumluluk Sigortası “Genel Şartlarına” Genel Bir Bakış, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Yayın No: 431, Ankara, 2006, (Mesleki).

Çeker, Mustafa: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Sigorta Hukuku, Karahan Kitapevi, 10.Baskı, Adana, 2014.

Çınarlı, Serkan/Özsel, Hakan/Karadibak, Kaan: Anesteziye Tıbbi Uygulama Hatalarının İdarenin Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları Açısından Değerlendirilmesi, Leges Sağlık Hukuku Dergisi, Yıl 1, Sayı 3, Temmuz-Eylül 2014.

Çınarlı, Serkan: İdarenin Sağlık Hizmetinin Sunumundan Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu, Orion Yayınları, Ankara, 2013.

Duru, Neslihan: Mesleki Sorumluluk Sigortalarından Hekim Mesleki Sorumluluğunun Türkiye’deki ve AB’deki Uygulamalarının Karşılaştırılması Olarak İncelenmesi, Marmara Ü. Bankacılık ve Sigortacılık A.B.D. Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2006.

- Garner, Bryan: Black's Law Dictionary, Second Edition, Minn, 2001.
- Gökcan, Hasan Tahsin: Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, Seçkin Yayıncılık, 1.Baskı, Ankara, 2013.
- Hakeri, Hakan: Tıp Hukuku, 5.Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012.
- Hancı, İ.Hamit: Malpraktis mi Komplikasyon mu? Mevzuat Dergisi, Yıl.8. S.90, Haziran 2005.
- Hızal, Sevinç Aslan: Tıbbi Müdahalelerde Olası Kast ve Bilinçli Taksirin Ayırımı, Ceza Hukuku Dergisi, Seçkin Yayınları, S.18, Nisan 2012.
- Hızal, Abdullah: Hatalı Tıbbi Müdahalelerden Kaynaklanan Tam Yargı Davaları, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü Sağlık Hukuku Yüksek Lisans Programı, İzmir, 2015.
- Irız, Betül Çatak: Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan Zararlardan Dolayı İdarenin Sorumluluğu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011.
- Karahasan, Mustafa Mehmet: Sorumluluk Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul, 1995.
- Kender, Rayegan: Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku, Güncelleştirilmiş 11.Baskı, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2011.
- Kılıçoğlu, Ahmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş 16.Bası, Ankara, 2012.
- Kubilay, Huriye: Uygulamalı Özel Sigorta Hukuku, Barış Yayınları Fakülteler Kitapevi, 2.Baskı, İzmir, 2003.
- Mahmutoğulları, Serhal Nur: Avukatlık Mesleki Sorumluluk Sigortası, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2010.
- Odyakmaz, Zehra: Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Kurumsal Sorumluluğu Açısından Avukatın Gözönünde Bulundurması Gereken Hususlar, Tıbbi Müdahalelerden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk Sempozyumu, (16-17 Ocak 2009 Mersin) Mersin Barosu, Şen Matbaa, 2009.
- Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut: Borçlar Hukuku, Genel hükümler, C.II,

Gözden Geçirilmiş 10.Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013.

Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammed: Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, 14. Bası, Ankara, 2013.

Saraçoğlu, Mahmut: AB ile Gümrük Birliği Aşamasında Sorumluluk Sigortaları ve Türkiye'deki Yeri, Yayınlanmamış YL. Tezi, M.Ü. Bankacılık ve Sigortacılık Enstitüsü Sigortacılık Bölümü, İstanbul, 1996.

Selçuk, Mehmet: Çekinik (Defansif Tıp), Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü Sağlık Hukuku Yüksek Lisans Programı, İzmir, 2015.

Şenocak, Kemal: Mesleki Sorumluluk Sigortası, Ankara, 2000.

Tümer, Ali Rıza/Akçan, Ramazan/Karacaoğlu, Emre: Ülkemizde ve Dünyadaki Örnekleri ile Hekim Mesleki Sorumluluk Sigorta Sisteminin Değerlendirilmesi, Hacettepe Tıp Dergisi, 2011, 42:34-41.

Ulaş, Işıl, Uygulamalı Sigorta Hukuku Mal ve Sorumluluk Sigortaları, 4. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005.

Ünan, Samim: Zorunlu Hekim Sorumluluğu Sigortası (Genel Şartlar Şerhi), Sigorta Hukuku Türk Derneği (AIDA TURKEY), Kasım 2012(Şerh).

Ünan, Samim: İsteğe Bağlı Genel Sorumluluk Sigortasında Riziko, Beta Basım, İstanbul, 1998 (Riziko).

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

İNTERNET KAYNAKLARI

Altun, Gürcan/ Yorulmaz, Abdullah Coşkun: Yasal Değişiklikler Sonrası Hekim Sorumluluğu ve Malpraktis, Trakya Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi, 2010, 27 Suppl 1:7-12, s.8. http://www.balkanmedicaljournal.org/sayilar/10/buyuk/pdf_TTF_363.pdf (05.06.2014).

Bal, B.Sony: An Introduction to Medical Malpractice in the United States, Clin Orthop Relat Res. Feb 2009; 467(2): 339–347. Published online Nov 26, 2008. doi: 10.1007/s11999-008-0636-2

<http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2628513> (06.06.2014).

Can, İsmail Özgür/ Özkara, Erdem/ Can, Muhammed: Yargıtay'da Karara Bağlanan Tıbbi Uygulama Hatası Dosyalarının Değerlendirilmesi, Araştırma, 2011 DEÜ Tıp Fakültesi Dergisi, C.25, s.2., s. 69-76, http://www.deu.edu.tr/UploadedFiles/Birimler/19450/02_i_%C3%B6zg%C3%BCr%20can_yarg%C4%B1tay_69-76.pdf (31.01.2015)

Duysak, Merve: Hekimin Tıbbi Uygulama Hatalarından Doğan Cezaî Sorumluluğu, s.27. <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/hgdmakale/2009-3/5.pdf> (10.02.2015).

Fleeter, B.Thomas: Worldwide Trends in Medical Liability, American Academy of Orthopaedic Surgeons, <http://www.aaos.org/news/aaosnow/sep11/managing4.asp> (31.01.2015).

Kender, Rayegan: Sigorta Sözleşmesinin Tanımı ve Kurulması (TTK Tasarısı Hükümlerinin Değerlendirilmesi İle). <http://dosya.marmara.edu.tr/huk/fak%C3%BClterdersi/MehmetSomerAn%C4%B1s%C4%B1na/Prof.Dr.RayeganKENDER.pdf> (04.09.2014) (Sözleşme).

Koyuncuoğlu, Tennur: Doktor Sigortası mı, Hasta Sigortası mı? TBB Dergisi, 2011 (92), Ankara, s. 433. <http://tbbdersisi.barobirlik.org.tr/m2011-92-682> (31.05.2014).

Stauch, Marc S.: Medical Malpractice and Compensation in Germany, Chicago Kent Law Review, V.86, Issue 3, s.1143, <http://scholarship.kentlaw.iit.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3814&context=cklawreview> (08.02.2015).

Traina, Francesco: Medical Malpractice, the Experience in Italy, s.2. <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2628502/> (08.02.2015).

Yazıcıoğlu, Emine/Atamer, Kerim: Sigorta Hukuku Ders Notları, <http://istanbuluniversitesi.hukufakultesi.gen.tr/fpdb/YAZICIO%C4%9ELU%20-%20ATAMER%20-%20Sigorta%20Hukuku%20Ders%20Notlar%C4%B1-%20Birinci%20K%C4%B1s%C4%B1m.pdf>, s.30 (05.09.2014).

Insurance and Malpractice, Final Report of HOPE's Subcommittee on Co-ordination Brussels, April 12, 2004, s.8/22. <http://www.>

hope.be/05eventsandpublications/docpublications/71_malpractice/71_malpracticereport_2004.pdf (08.02.2015).

Kazancı Bilgi Bankası, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (13.02.2015).

Lizbon Bildirgesi <http://www.wma.net/en/30publications/10policies/l4> (31.05.2014).

Marbella Bildirgesi <http://www.wma.net/en/30publications/10policies/20archives/m2> (31.05.2014).

Black's Law Dictionary, <http://thelawdictionary.org/> (31.01.2015).

Medical Malpractice Liability: Germany, <http://www.loc.gov/law/help/medical-malpractice-liability/germany.php>, s.1 (08.02.2015).

Medical Professional Liability Insurance, American Collage of Emergency Physicians, <https://www.acep.org/content.aspx?id=8948> (08.02.2015).

Kanun Tasarıları, http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari_teklif_ss.ilgili_komisyonlar?kanunlar_sira_no=22094 (01.06.2014).

Avustralya “Medical Malpractice Combined Liability Insurance Policy” Genel Şartları
<http://www.teamcare.com.au/Include/ElectosFileStreaming.asp?FileId=82> (08.02.2015).

Genel Şartlar, <http://www.tsb.org.tr/genel-sartlar.aspx?pageID=467#843> (08.09.2014).

Occurrence vs. Claims-made Coverage <http://www.scjua.com/coverage-we-provide/occurrence-policy/> s.1. (02.08.2015).

Türk Tabipler Odası Sitesi, <http://www.ttb.org.tr/index.php/Hukuk-Burosusigorta-4754.html> (26.01.2015)

Types of Medical Malpractice Insurance Policies, American Academy of the Actuaries, http://www.actuary.org/pdf/casualty/medmal_fact_march08.pdf (02.08.2015).

Are doctors required to have medical malpractice insurance? <http://smallbusiness.chron.com/doctors-required-malpractice-insurance-60552.html> (20.02.2015)

<http://www.medicalnewstoday.com/releases/11856.php> (11.05.2014).

http://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com_content&view=article&id=958:meslek-sorumluluk-sgortasi-genel-artlari-ve-meslek-sorumluluk-sgortasi-genel-artlari-hekm-meslek-sorumluluk-sgortasi-klozu-2013&catid=3:tebligeler&Itemid=35. (30.05.2014).

<http://emsal.yargitay.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/GelismisDokumanAraServlet> (23.02.2015)

<http://www.uyusmazlik.gov.tr/kararlar/kararlar.html> (23.02.2015)

HAKEM DENETİMİNDEN GEÇMİŞTİR**SAĞLIK MESLEĞİ MENSUPLARININ SUÇU
BİLDİRMEMESİ (TCK 280)****(FAILURE OF THE HEALTH PERSONNEL IN
NOTIFICATION OF AN OFFENSE)**

Av. Mehmet ÖGET¹

ÖZET: 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'nun 530. maddesinde düzenlenen, "Cürmü Haber Vermekte Zuhul" suçuna, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 280. maddesinde "Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi" suçu olarak yer verilmiştir. İki düzenleme arasında birçok fark bulunmakla birlikte yeni düzenleme uygulamada birçok soruna yol açmaktadır.

Uygulamadaki sorunların en büyük nedeni TCK 280. madde metninin yeterince açık olmaması nedeniyledir. Madde metninde belirtilen bildirim yükümlülüğü ihlalinin yalnızca özel sağlık kuruluşlarında çalışan sağlık personelinin mi kapsadığı konusuna açıkça yer verilmemiştir. Bu konuda madde metninde açıklık bulunmaması, maddenin uygulanmasını kişisel inisiyatiflere bırakmaktadır.

TCK 280 üzerinde kişisel inisiyatiflerin kullanılması, görev yaptığı sağlık kuruluşunda, hastayı ilk geldiği esnada görmeyen, zincirin son halkası konumunda olan sağlık mesleği mensubunun, hasta hakkında bilgi sahibi olmaması nedeniyle, hastanın ölümünü adli vaka olarak değerlendirmemesi neticesinde, sağlık mesleği mensubu hakkında cezai takibat başlatılmasına neden olmaktadır.

Öte yandan madde metnindeki belirti kelimesinden ne anlaşılması gerektiğinin açıkça belirtilmemiş olması ve bildirim yükümlülüğünün nasıl, ne zaman ve nereye başvuru olarak yerine getirileceği konusunda hiçbir ibareye yer verilmemesi de TCK 280. maddeyi eksik hale getirmiştir.

1 İzmir Barosu Avukatı (İzmir Barosu Sağlık Hukuku Komisyonu Üyesi)

Çalışmamızda, TCK 280. maddenin hangi yönleriyle eksik olduğu, eksikliklerin uygulamada ne tür sorunlara yol açtığı, bu eksikliklerin nasıl giderilebileceği, 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu ile kıyaslandığında ne tür farklılıkların bulunduğu, sağlık mesleği mensuplarının bildirim yükümlülüğünün ihlalinin uluslararası hukukta nasıl düzenleme alanı bulduğu anlatılmıştır.

Anahtar Kelimeler: 1- Sağlık mesleği mensubu, 2- Bildirim yükümlülüğü, 3- Türk Ceza Kanunu 280. madde, 4- İhbar, 5- Suçu bildirmeme suçu.

ABSTRACT: In old Turkish Criminal Code's (765) 530th article, "Inattention in informing crime" is arranged. "Failure of the health personel in notification of an offense" is arranged in new Turkish Criminal Code's (5237) 280th article, instead of "Inattention in informing crime" in old Turkish Criminal Code. There are too many differences between two rules. Also new rule (280th article of 5237) cause some problems in practice.

In new (5237) in the context of 280th article of Turkish Criminal Code is not comprehensible enough. It is one of the biggest problem in practice. There is no clearness about this article includes only self-employed professional health employee or not. This rule has different execution, because of there is no clearness about this matter.

A professional health employee may not see when the patient came first. If that patient dies, professional health employee may not know that is about forensic case. Because professional health employee doesn't know why that patient died. Professional health employee is the last ring of the chain. But criminal prosecution starts about professional health employee for not to obey contribution of informing rule because of different execution.

In the other hand, it is not declared what is to be understood from the "sign" mentioned in the article. In addition to this, in the context of the article, the authority where informing will be made, the period of informing and how the informing will be made are not declared. These are insufficient side of 280th article, too.

In our work, in the matters mentioned above, insufficient sides of 280th article, what kind of problems can be seen about 280th in practice, how can be revise context of 280th article, what are the differences between

new (280th article of 5237) and old (530th article of 765) rule and how is arranged failure of the health personnel in notification of an offense in international law.

Key Words: 1- Professional Health Employee, 2- Contribution of Informing 3- 280th article of Turkish Criminal Code, 4- Denounce, 5- The Crime of Not Declaring Crime.

GİRİŞ: Mülga 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'nun "Kabahatler" bölümünde düzenlenen "Cürmü Haber Vermekte Zühul" suçuna, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "Adliye Karşı Suçlar" bölümü altında, 280. maddede "Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi" ismiyle yer verilmiştir. Bahsi geçen iki hüküm arasında birçok farklılık mevcuttur. 765 sayılı TCK'nın 530. madde hükmü ile 5237 sayılı TCK'nın 280. maddesi, kapsam, verilen cezanın niteliği, hangi hallerde bildirim yükümlülüğünün doğduğu, tedavi amacıyla sağlık personeline başvuran kişinin takibata maruz kalacaksa bildirim yükümlülüğünün doğup doğmadığı ve önce müdahale sonra bildirim yükümlülüğü ilkesini barındırıp barındırmama gibi birçok noktada birbirinden ayrılmaktadır.

Kanun koyucu, 5237 sayılı TCK ile suçun kapsamını genişletmeyi amaçlamıştır. Fakat ihdas edilen yeni hüküm, uygulamada birtakım sorunlara yol açmıştır. İşlenen suç neticesinde cezai soruşturmaya maruz kalmak istemeyen hastanın, hekime başvurmak istememesi, hükmün gereğinin hekim tarafından yerine getirilmesi durumunda ise hekimin sır saklama yükümlülüğünü ihlal edip etmediğinin tartışma konusu olması, suç işleme kastı olmayan hekimin TCK 280. madde nedeniyle cezai soruşturma ve sonrasında kovuşturmayaya tabi tutulması, madde hükmünde açıklık olmaması nedeniyle hükmün yalnızca özel sağlık kuruluşlarında görev yapan hekimlerin bildirim yükümlülüğünü ihlali durumunda uygulanması, bu sorunlardan yalnızca birkaçıdır.

5237 sayılı TCK ile suçun kapsamı kanun koyucu tarafından genişletilmek istenmiş, fakat TCK 280 hükmünün barındırdığı eksikliklerin önüne geçilememiştir. Uygulamada meydana gelen sorunların ve doktrindeki tartışmaların nedeni, hükümdeki eksiklikler ile hükmün yeterince açık olmamasındandır. TCK 280 ile ilgili en büyük sorunlardan bir tanesi, hükmün sadece özel sağlık kurumlarında görev yapan sağlık mesleği mensuplarını mı kapsadığı noktasındadır. Her ne kadar hükmün gerekçesinde, kamu personelinin suçu bildirmemesi durumunda TCK

279'un uygulanacağı işaret edilmek istenmişse de, TCK 280 hükmünde bu konuda açıklık bulunmamaktadır. Bunun yanı sıra, madde hükmünde yer verilen "belirti" ibaresinin yeterince açıklanmamış olması ve sağlık mesleği mensuplarının yerine getirmesi gereken bir yükümlülük olarak düzenlenen bildirim yükümlülüğünün ne zaman, nasıl ve hangi merciye yapılacağına belirtilmemiş olması da hükmün eksik yanlarındandır.

Bu çalışmada, TCK 280. maddede düzenlenen, sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi suçu, birçok yönüyle ele alınmış olup, hükmün uygulamada ne tür sorunlara yol açtığı, hangi eksiklikleri barındığı, hangi hallerde daha işlevsel hale gelebileceği, doktrin görüşleriyle birlikte değerlendirilmiştir. Ayrıca hüküm, 5237 sayılı TCK'daki benzer suçlarla, 765 sayılı TCK'nın 530. maddesiyle ve karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemelerle karşılaştırılarak, hükme benzer suçlarla farklılıkları açıklanmaya çalışılmıştır.

A. KAVRAMLAR, TANIMLAR

1. İhbar Yükümlülüğü Kavramı

İhbar sözcüğü "haber verme, bildirme, bildirim", "yasa (kural) dışı bir olayı ilgili yere bildirme" anlamına gelmektedir.² Ayrıca ihbar sözcüğü, sözlükte "bir şeyi yetkili bir makama bildirme" veya "yasadışı bir eylemi ya da yasadışı eylemde bulunan kimseyi yetkili makama bildirmek eylemi; bu amaçla verilen bilgi" veya "bir kimseyi, bir şeyi (bir kimseye, bir gruba) ihbar etmek, onları cezalandırmak ya da mahkum ettirmek üzere adalete ya da yetkiliye bildirmek" şeklinde de tanımlanmıştır.³

İhbar yükümlülüğünün ihlalinin cezalandırılmasını öngören hükümler, sırasıyla 765 sayılı TCK'nın 235, 296 ve 530. maddelerinde düzenlenmiştir. 765 sayılı TCK'nın "Memuriyet ve Mevki Nüfuzunu Suistimal Edenler ve Memuriyet Vazifelerini Yapmıyanlara Ait Cezalar" başlığı altında düzenlenen, 235. maddesinde⁴ kamu Görevlisinin suçu

2 YILMAZ, Ejder, "Hukuk Sözlüğü", Yetkin Yayınları, 2006, Ankara, s. 299.

3 HIZAL, Sevinç Arslan, "Türk Ceza Kanununda Sağlık Personelinin İhbar Yükümlülüğü", Yayımlayan: İzmir Tabip Odası, İzmir, 2010, s. 1.

4 Madde 235 - (Değişik madde: 07.06.1979 - 2245 S.K./3. md.)(*)

(1) Memurlardan biri görevini yaptığı sırada görevine ilişkin olarak kamu adına kovuşturmayı gerektiren bir suç işlendiğini öğrenip de ilgili daireye bildirmede ihmal ve gecikme gösterirse dört aydan iki yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır ve bu cezaya, öğrenilen suçun önemine göre ayrıca süreli veya süresiz memuriyetten mahrumiyet cezası

bildirmemesi”, “Cürüm İşleyenleri Saklamak ve Cürümün Delillerini Yok Etmek Cürümleri” başlığı altında düzenlenen 296. maddesinde⁵ “her kim” ibaresi kullanılmakla, kamu görevlisi veya sağlık mesleği mensubu olması aranmaksızın tüm vatandaşların suçu bildirmemesi, “Cürmü Haber Vermekte Zühul” başlığı altında ise 530. madde⁶ ile sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesine ilişkin düzenlemeler yer almaktaydı.

765 sayılı TCK’nın mülga olmasının ardından yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK’da da 765 sayılı mülga TCK’da düzenlenen suçu bildirmeme eylemlerinin muadili olan hükümlere yer verilmiştir. Suçu bildirmeme suçları, 5237 sayılı TCK’nın 278, 279 ve 280. maddelerinde düzenlenmiştir. Yeni TCK’nın 278. maddesinde düzenlenen “suçu bildirmeme” suçu ile tüm vatandaşların, 279. maddesinde düzenlenen “kamu görevlisinin suçu bildirmemesi” suçu ile kamu görevlilerinin, 280. maddesinde düzenlenen “sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi” hükmünde ise sağlık mesleği mensuplarının bildirim yükümlülüğü düzenlenmiştir.

da eklenir.

5 Madde 296 - (Değişik madde: 28.09.1971 - 1490 S.K./9. md.)(*)

(1) Her kim hapis cezasından aşağı olmiyan cezayı müstelzim bir cürüm işledikten sonra bu cürmün icrasında faillerle evvelce itifak etmiş ve cürmü neticelendirmekte yardımcı dokunmuş olmaksızın, bir kimsenin o cürümünden istifadesini temine veya Hükümetçe icra olunacak tahkikatı yanlış yola sevk etmeye yahut Hükümetin araştırmalarına veya hükmün icrasına karşı faili gizlemeye yardım eder yahut hakkında yakalama veya tevkif müzekkeresi çıkarılmış olan bir kimsenin saklı bulunduğu yeri bildiği halde yetkili mercilere derhal haber vermezse veya her kim bu cezaları istilzam eden bir cürmün eser ve delillerini yok eder yahut bunları bir suretle değiştirir veya bozarsa, hapis cezasını gerektiren suçlarda altı aydan iki yıla kadar, ağır hapis cezasını gerektiren suçlarda iki seneden dört seneye, ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezasını gerektiren suçlarda da üç seneden beş seneye kadar hapis cezasına mahkum olur. Şu kadar ki, bu ceza müddeti asıl cürüm için kanunda tayin edilen cezanın üçte birini geçemez. Sair fiillerden dolayı tertip olunacak ceza beş yüz liradan bin liraya kadar ağır para cezasıdır.(**)

(2) Bu fiili usul veya furuunun, karı veya kocasının yahut kardeşinin lehine olarak işliyen kimseye ceza verilmez.

6 Madde 530 - Hekim, cerrah, ebe yahut sair sıhhiye memurları şahıslar aleyhinde işlenmiş bir cürüm asarını gösteren ahvalde sanatlarının icabettiği yardımı ifa ettikten sonra keyfiyeti adliyeye veya zabıtaya bildirmezler yahut ihbar hususunda teahhur gösterirlerse bu ihbar kendisine yardım ettikleri kimseyi takibata maruz kılacak ahval müstesna olmak üzere otuz liraya kadar hafif cezayı nakdiye mahkum olurlar.

Kanaatimizce kanun koyucu, 765 sayılı TCK'da olduğu gibi 5237 Sayılı TCK ile de vatandaşa, kamu görevlisine ve sağlık mesleği mensuplarına ihbar yükümlülüğü getirerek, bu grupta kalan kişilerin bizzat şahit oldukları adli vakalara ilişkin cezai takibatın yapılabilmesine imkan vermeyi amaçlamış, ayrıca işlenen suçların cezasız kalmaması gerektiği prensibiyle hareket etmiştir.

2. Meslek Sırrı Kavramı

Sır saklama borcu hukuki, etik, ahlaki, deontolojik ve sosyal birçok konuyu ilgilendiren ortak bir sorundur. Sır kavramı farklı şekillerde tanımlanmaya çalışılmıştır: Türk Dil Kurumuna göre sır, “varlığı veya bazı yönleri açığa vurulmak istenmeyen gizli kalan, gizli tutulan şey” şeklinde tanımlanmaktadır.⁷

Meslek, kişilerin hayatlarını kazanmak için yaptıkları sürekli; sanat, ustalık ve beceri gerektiren faaliyeti ifade etmektedir. Meslek sırrı, kişilerin hayatlarını kazanmak için yaptıkları faaliyet sırasında hizmet verdikleri kişi hakkında veya onlar aracılığı ile üçüncü kişiler hakkında öğrendikleri, doğrudan doğruya meslekle ilgili olan ve açıklandığı zaman sır sahibini maddi ve manevi zarara uğratabilecek nitelikte olan bilgi, şey, olay ve olgulardır. Mesleğin özel olarak icra edilmesinin veya kamu görevi olarak yerine getirilmesinin bir önemi bulunmamaktadır. Örneğin; hekim yasal bir boyun eğme yükümlülüğü sonucunda muayene ve tedavi imkânı elde etmiş ise, bu halde de meslek sırrı ve tanıklıktan çekinme söz konusu olabilecektir. Bu bağlamda, askerleri tedavi eden askeri doktorun, kamu kurumları doktorlarının ve infaz kurumundaki doktorların da sır saklama yükümlülüğü bulunmaktadır.⁸

Kanun koyucunun sayılan meslek adamlarına çekinme zorunluluğu getirmesinin nedeni, sosyal gerekler ile açıklanabilir. Böylelikle ihtiyaç sahibi kişilerin, sırlarının açıklanması korkusu taşımaksızın rahatlıkla müdafî, hekim ve ebelere başvurabilmeleri için güvenli bir ortam

7 ÇAKIROĞLU, Maral Törenli, “Hekimin Borçlarından Özel Olarak Sır Saklama Borcu”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 12, Sayı:2, 2010, s. 170.

<http://web.deu.edu.tr/hukuk/dergiler/dergimiz12-2/maralcakiroglu+159-181.pdf> (Erişim Tarihi: 13.09.2014)

8 ZAFER, Hamide, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Hekimin Meslek Sırrını Saklama Yükümlülüğü”, s. 6. <http://hamidezafer.com/belirli-bir-spor-musabakasinin-sonucunu-etkilemek-amaciyla-kazanc-veya-sair-menfaat-temin-etme-sucu/> (Erişim Tarihi: 14.09.2014)

sağlanmıştı. Ancak kanunun, sırrı sadece sayılan meslek adamlarının müşteri ve hastalarının yararına koruma altına aldığı da iddia edilemez. Kanun, sırrı tevdi edenden ayrı olarak, meslek sırrına özel bir önem vermiş ve sırrı tevdi eden, sır sahibinden başkası olsa dahi, onu korumuştur.⁹

Ayrıca, bir mesleğin yapılması sırasında öğrenilen, sır sahibi tarafından açıklanmaması öngörülen ve gerçekte başkaları tarafından bilinmeyen, bireyin özel yaşamına ilişkin bilgi ve olaylar meslek sırrı olarak tanımlanabilir.¹⁰

EREM'e göre: "Sır işitmek, görmek veya hissetmek suretiyle öğrenilen ve maddi varlığa sahip olmayan şeydir. Maddi mevcudiyete sahip olan şeye sır denemez. Yani aleni olmayan her şeye, yalnız mahdut kimseler arasında bilinen keyfiyete umumi ve geniş manada sır diyebiliriz."¹¹

BÜYÜKAY'a göre, "Hastanın herkesçe bilinen rahatsızlıkları da sır olarak değerlendirilmelidir. Örneğin, mahkeme bir şahsın belirli bir hastalığından dolayı hacrine karar vermiş ve bu karar da ilan edilmiş ise, hekimin bu bilgiyi başkalarına söylemesi sır saklama yükümlülüğüne aykırı olarak değerlendirilmemelidir."¹²

Bir takım mesleklere mensup kişiler mesleklerini icra ederken bazı bilgilere sahip olurlar. Bu bilgiler meslek sırrının birer parçasıdır ve mesleki etik ve ahlak kurallarına göre bu kişilerin meslekleri nedeniyle edinmiş oldukları bilgileri ifşa etmeleri yasaklanmıştır. Bu ilke, meslek sırrı ilkesidir. Bu ilkenin özel olarak geçerli olduğu meslekler; sağlık çalışanları, avukatlar, polisler, noterler, gazeteciler ve devlet memurlarıdır. Fakat şüphesiz, hekimler bu bahsi geçen meslek sırrından sorumlu olan meslek grupları arasında en önemlilerindedir. Zira hekim, tanı ve tedavi aşamasında, hastasının sağlık durumu ve özel hayat ile ilgili birçok bilgiye vakıf olmaktadır. Hastanın hekime olan güveninden dolayı kendisinden herhangi bir bilgi gizlememesi hastalığın tanısı ve tedavisi için zaruridir. Hekimin bu sır saklama borcunun birçok yasal dayanağı bulunmaktadır.¹³

9 FEYZİOĞLU, Metin, "Tanıklık", US-A Yayıncılık, Ankara, 1996, s. 158.

10 HIZAL, s. 4.

11 EREM, Faruk, "Ceza Hukukunda Meslek Sırrı", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 1, Sayı 1, 1943, s. 36.

12 BÜYÜKAY, Yusuf, "Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü", Atatürk Üniversitesi Erzurum Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: VIII, Sayı: 1-2, 2004, s. 387.

13 ÇAKIROĞLU, s. 164.

Sır saklama ile ilgili bilgi Hipokrat Yemininde de yer almakta ve hekim yemin ederken şu ifadeyi kullanmaktadır: “Mesleki uygulamamla bağlantılı olarak, insanların yaşamına ilişkin gördüğüm ve işittiğim ve dışarı açıklanmaması gereken hiçbir şeyi ifşa etmeyeceğim”.¹⁴

Bir sırrın meslek sırrı olabilmesi için doğrudan doğruya meslek sahibinin ilişki kurduğu kişiye ait bir sır olmalıdır. Başka kişilere ait veya meslek dışı edinilen sırlar meslek sırrı değildir. Bu hususun istisnası hasta yakınlarının hasta hakkında verdiği bilgilerdir. Burada hekim veya sağlık personeli her ne kadar birebir hasta ile konuşmuyor olsa da ona ilişkin bilgiler alındığı için bu bilgiler ve olaylar da meslek sırrı kapsamındadır.¹⁵

Türk Tabipler Birliği'nin üye olduğu Dünya Hekimler Birliği'nin 1948 Cenevre, 1957 İstanbul, 1981 Lizbon ve 1983 Venedik Bildirgelerinde de, hekimin öldükten sonra bile hastasına ait sırları saklamaya özen göstermesi gerektiğine işaret edilmektedir.¹⁶

Hekimlerin sır saklama yükümlülüklerinin bulunduğu ve hekimlerin hastalarının sırlarını ifşa edemeyeceği, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi ve Hekimlik Meslek Etiği Kurallarında da belirtilmiştir. TCK 137/1-b maddesinde ise meslek sırrını ifşa edenlerin “Özel Hayatın Gizliliğini İhlal” suçunun nitelikli halini işlemiş olacağına yönelik düzenleme mevcuttur.

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 4. maddesinde¹⁷ ve Türk Tabipler Birliği'nce kabul edilen Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın 9. maddesinde¹⁸ hekimin, mesleği nedeniyle öğrendiği hasta sırlarını, kanuni

14 ÇAKIROĞLU, s. 164.

15 KOLENOĞLU, Mustafa, “Sağlık Mesleği Mensuplarının Sır Saklama ve Suçu Bildirme (İhbar) Yükümlülüğü”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2009, s. 15. <https://tez.yok.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 07.09.2014)

16 DERYAL, Yahya, “Hastanın Özel Yaşamına Saygı Hakkının 2 Boyutu: Hasta Sırrının Korunması ve Beden Mahremiyeti”, Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara Barosu ve Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 01-03.11.2007, s. 76

17 Madde 4 - Tabip ve dış tabibi, meslek ve sanatının icrası vesilesiyle muttali olduğu sırları, kanuni mecburiyet olmadıkça ifşa edemez.

18 Madde 9 - Hekim, hastasından mesleğini uygularken öğrendiği sırları açıklayamaz. Hastanın ölmesi ya da o hekimle ilişkisinin sona ermesi, hekimin bu yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz. Hastanın onam vermesi ya da sırrın saklanması hasta ya da öteki insanların yaşamını tehlikeye sokması durumunda, hastanın kişilik haklarının

bir zorunluluk olmadan açıklamayacağı, hastanın ölmesi durumunda dahi hekim yönünden sır saklama yükümlülüğünün devam edeceği belirtilmiştir.

Öte yandan TCK 137 hükmündeki¹⁹ düzenlemeyle, “Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlara” atıf yapılmış, “a” ve “b” bentlerindeki şartların gerçekleşmesi halinde bölüm altında düzenlenen tüm suçların nitelikli işlenmiş kabul edileceği hükme bağlanmıştır. Örneğin, hekimin meslek sırrını ifşası neticesinde TCK 134 hükmü ile düzenlenen “özel hayatın gizliliğini ihlal” suçu oluşacak ve suç, “belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle” bendi dahilinde olacağından, özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun nitelikli hali işlenmiş olacaktır. Söz konusu suç, 765 sayılı TCK’da, Beşinci Fası’da, “Sırrın Masuniyeti Aleyhine Cürümler” başlığı altında, 198. maddede düzenlenmiştir.²⁰

3. Sağlık Mesleği Mensubu Kavramı (TCK 280/2)

Sağlık mesleği mensuplarının suç bildirmemesi suçunu düzenleyen TCK 280 hükmünün ikinci fıkrasında, sağlık mesleği mensubu kavramına kimlerin dahil olduğu düzenlenmiştir. TCK 280/2 hükmüne göre “Sağlık mesleği mensubu deyiminden tabip, diş tabibi, eczacı, ebe, hemşire ve sağlık hizmeti veren diğer kişiler anlaşılır.”

Hükümde tabip, diş tabibi, eczacı, ebe ve hemşire gibi sağlık mesleği mensuplarının tek tek sayılması yoluna gidilmişken, hükmün devamında sağlık hizmeti veren diğer kişiler ibaresine yer verilmesi, söz konusu hükmü, yoruma açık hale getirmiştir. Bu hükme bakarak, sağlık hizmeti veren diğer kişilerin kimler olduğu anlaşılammaktadır. Bu husus, hükmün eksik yanlarından birisidir. Her ne kadar hükmün gerekçesinde,

zedelenmemesi koşuluyla, hekim bu sırrı saklamakla yükümlü değildir. Yasal zorunluluk durumlarında hekimin rapor düzenlemesi de, meslek sırrının açıklanması anlamına gelmez. Hekim, tanık ya da bilirkişi olarak mahkemeye çağrıldığında olayın meslek sırrı olduğunu ileri sürerek bu görevlerinden çekilebilir.

19 Madde 137 - (1) Yukarıdaki maddelerde tanımlanan suçların;

- Kamu görevlisi tarafından ve görevinin verdiği yetki kötüye kullanılmak suretiyle,
- Belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle, İşlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır.

20 Madde 198 - (1) Bir kimse resmi mevki veya sıfatı veya meslek ve sanatı icabı olarak ifşasında zarar melhuz olan bir sırta vakıf olup ta meşru bir sebebe müstenit olmaksızın o sırrı ifşa ederse üç aya kadar hapis ve elli liraya kadar ağır cezayı nakdiye mahkum olur.

- Eğer zarar vaki olmuş ise cezayı nakdi elli liradan az olamaz.

“Madde, mesleklerini icra ettikleri sırada tabip, diş tabibi, eczacı, ebe, hemşire ve sağlık hizmeti veren diğer kişilerin öğrendikleri suçları ihbar yükümlölüklerini getirmiş bulunmaktadır. Söz konusu ihbar yükümlölüğü, madde metninde sayılan sağlık mesleği mensupları ile sınırlı değildir. Örneğin, bir tıbbi tahlil laboratuvarında görev yapan kişiler açısından da mevcuttur.” ibarelerine yer verilmişse de burada da sadece sağlık mesleği mensupları kavramından yalnızca madde metninde sayılan sağlık mesleği mensuplarının anlaşılmması gerektiği belirtilmekle birlikte, bir tıbbi tahlil laboratuvarında görev yapan kişilerin de bu kapsamda bulunduğunu söylemekle yetinilmiştir.

22 Mayıs 2014 tarihli, 29007 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren, Sağlık Meslek Mensupları İle Sağlık Hizmetlerinde Çalışan Diğer Meslek Mensuplarının İş ve Görev Tanımlarına Dair Yönetmeliğin 4. maddesinin b bendinde, “Sağlık meslek mensupları: Tabip, diş tabibi, eczacı, hemşire, ebe ve optisyen ile 1219 sayılı Kanunun ek 13 üncü maddesinde tanımlanan diğer meslek mensuplarını, ifade eder.” denilerek, bu grupta tabip, diş tabibi, eczacı hemşire ebe ve optisyen sayılmış, diğer meslek mensuplarının kimler olduğu hususunda 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San’atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun’a atıf yapılmıştır.

1219 sayılı Kanun’un Ek 13. maddesine bakıldığında, klinik psikolog, fizyoterapist, odyolog, diyetisyen, dil ve konuşma terapisti, podolog, sağlık fizikçisi, anestezi teknisyeni/teknikeri, tıbbi laboratuvar ve patoloji teknikeri, tıbbi görüntüleme teknisyeni/teknikeri, ağız ve diş sağlığı teknikeri, diş protez teknikeri, tıbbi protez ve ortez teknisyeni/teknikeri, ameliyathane teknikeri, adli tıp teknikeri, odyometri teknikeri, diyaliz teknikeri, fizyoterapi teknikeri, perfüzyonist, radyoterapi teknikeri, eczane teknikeri, iş ve uğraşı terapisti (ergoterapist), iş ve uğraşı teknikeri (ergoterapi teknikeri), elektronörofizyoloji teknikeri, mamografi teknikeri, acil tıp teknikeri, hemşire yardımcısı, ebe yardımcısı ve sağlık bakım teknisyeninin, Sağlık Meslek Mensupları İle Sağlık Hizmetlerinde Çalışan Diğer Meslek Mensuplarının İş ve Görev Tanımlarına Dair Yönetmeliğin 4-b maddesi yollamasıyla diğer sağlık mesleği mensupları kavramına dahil olduğu söylenebilir.

5237 TCK’nın 280. maddesinde geçen “sağlık hizmeti veren diğer kişiler” kavramının kapsamını tam olarak belirleyebilmek için Sağlık Bakanlığı Atama ve Nakil Yönetmeliğinin de atamalarda uyguladığı Sağlık Bakanlığı Taşra Teşkilatı Yatak ve Kadro Standartları Yönetmeliği

ile Eki Cetvellerin Değiştirilmesine Dair Yönetmelikteki sağlık hizmetleri sınıfına dahil personelin unvanlarına bakmak gerekecektir. Adı geçen yönetmelikte sayılan unvanlar şunlardır: Uzman tabip, tabip, diş hekimi, eczacı, ebe, hemşire, tıbbi teknolog, biyolog, psikolog, diyetisyen, sosyal çalışmacı, ambulans teknisyeni, çocuk gelişimcisi, sağlık teknikeri, fizyoterapist, odyolog, sağlık fizikçisi, kimya ve gıda mühendisi, sağlık memuru (toplum sağlığı memuru, çevre sağlığı teknisyeni, diş ve protez teknisyeni, röntgen teknisyeni, laboratuvar teknisyeni, anestezi teknisyeni, ortopedik cihaz ve protez teknisyeni, fizik tedavi teknisyeni, ilk ve acil yardım teknisyeni, tıbbi sekreter).²¹

Görüldüğü üzere TCK 280 hükmünde sağlık mesleği mensuplarının tamamının belirtilmemesi veyahut bu konuya ilişkin herhangi bir kanuna atıf yapılmaması, hükmü bu yönden eksik hale getirmiştir. Hükümde geçen diğer sağlık mesleği mensupları deyimi ile hangi sağlık çalışanlarının kastedildiğinin ortaya çıkarılabilmesi için diğer kanun veya yönetmelik hükümlerinden yararlanmak gerekmektedir.

Kanaatimizce sağlık mesleği mensubu, gerek kamu kurumlarında gerekse özel sağlık kuruluşlarında verilen sağlık hizmetleri sunumunda görev alan tüm sağlık çalışanlarını ifade etmektedir.

B. KORUNAN HUKUKİ YARAR

Sağlık mesleği mensuplarının suç bildirmemesi, adliye karşı işlenen suçlar arasında düzenlenmiştir. Dolayısıyla bu suçla, adliyenin fonksiyonunu icra etmesindeki yararlar korumaya alınmıştır.²²

Bu suç tanımıyla, sağlık mesleği mensuplarının görevlerini yaptıkları sırada öğrendikleri suçlar karşısında tepkisiz kalmamaları, bunları gecikme göstermeksizin yetkili makamlara bildirmeleri kamusal bir görev olarak öngörülmüştür. Fiilin suç olarak kabulüyle korunmak istenilen hukuksal yarar, kamu düzeninin korunması ve devletin adli fonksiyonlarını eksiksiz yerine getirmesinin sağlanmasıdır.²³

21 HIZAL, s. 12.

22 ÜZÜLMEZ, İlhan, "Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu (TCK m. 280)", Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 28.02.2008 - 01.13.2008, s. 826.

23 PARLAR, Ali, HATİPOĞLU, Muzaffer, "Açıklamalı – Yeni İçtihatlarla 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu", Seçkin Yayınları, Ankara, 2010, Cilt 4, s. 4323.

Ayrıca, kamu görevlisi olan sağlık mesleği mensubunun, suçu en yakın zamanda adli birimlere intikal ettirmesi ile en kısa sürede yargısal faaliyetin başlaması güvence altına alınmaya çalışılmıştır. Kamu düzeninin korunması da suçtan beklenen bir diğer faydadır. Suçların cezasız kalmaması suçla korunan bir başka hukuki değerdir. Adliyeye karşı işlenen suçlar arasında düzenlenen suçta, adliyenin fonksiyonlarını yerine getirmesindeki yararlar koruma altına alınmıştır. Sağlık mesleği mensuplarının işlenen suçları yetkili makamlara bildirmemeleri, devletin suçla mücadelesini yerine getirmesinde zafiyete neden olabilecektir.²⁴

Kanaatimizce sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi suçu ile korunmak istenen hukuki yarar, kamu düzeni ve işlenen suçların cezasız kalmamasıdır. Nitekim sağlık mesleği mensuplarına bu şekilde bir bildirim yükümlülüğü getirilmesinin asıl nedeni budur.

C. SUÇUN UNSURLARI

1.Suçun Faili

Herkes tarafından işlenmesi mümkün olmayan, ancak belirli bir sığata veya niteliğe sahip kimseler tarafından işlenebilen suçlara özgü suçlar adı verilmektedir. Bu tip bir suçu işleyebilmek için bazı doğal veya hukuki niteliklerin bulunması gerekir. Doğal nitelik olarak cinsiyet gösterilebilir. Çocuk düşürme suçunun faili ancak bir kadın olabilir. Hukuki niteliğe örnek olarak da vatandaşlık ve kamu görevlisi olma gösterilebilir.²⁵

TCK 280/2 hükmünde, “Sağlık mesleği mensubu deyiminden tabip, diş tabibi, eczacı, ebe, hemşire ve sağlık hizmeti veren diğer kişiler anlaşılır.” denmekle suçun failinin yalnızca sağlık mesleği mensupları olabileceği belirtilmiştir. Suç bu yönüyle özgü suç özelliği taşımaktadır.

Sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi suçunun failinin kimler olabileceği TCK 280/2’de belirtilmiştir. Fakat hükmün bu konuda barındırdığı eksiklikler uygulamada birtakım sorunlara yol açmaktadır. Bu sorunlardan ilki, önceden belirtildiği üzere, TCK 280/2 hükmünde “sağlık hizmeti veren diğer kişiler” deyimine yer verilerek, ortaya bir belirsizlik çıkarılmış olmasıdır. Maddeyle ilgili diğer sorun ise, TCK 280

24 TANERİ, Gökhan, “Uygulamadan Örnek Hükümlerle Türk Hukukunda Hekim Ceza Sorumluluğu”, Bilge Yayınevi, Ankara, 2010, s. 553-554.

25 HAKERİ, Hakan, “Ceza Hukuku Genel Hükümler Temel Bilgiler”, Seçkin Yayınları, Ankara, 2010, s. 88.

hükümünün sadece özel sağlık kuruluşlarında görev yapan sağlık personeli için uygulanıp uygulanmayacağı noktasındadır.

Doktrinde, suçun yalnızca özel sağlık kuruluşlarında görev yapan sağlık personeli için uygulanması gerektiğinden yana olan görüşlerin bulunmasının yanı sıra, suçun hem özel sağlık kuruluşlarında hem de kamu kuruluşlarında görev yapan sağlık personeli açısından uygulanabileceği yönünde olan görüşler de mevcuttur. Bu görüşler kısaca aşağıda belirtilmiştir.

HAKERİ'ye göre, “sağlık mesleği mensupları açısından ayrı bir özel hüküm konulmasının amacı, kamu görevlisi niteliğinde olmayan sağlık mesleği mensuplarına da bu yükümlülüğü yüklemektir. Bu suçun faili kamu görevlisi olmayan sağlık mesleği mensuplarıdır. Kamu görevlisi olan sağlık mesleği mensupları bakımından TCK 279 uygulanacaktır.”²⁶

ÜNVER'e göre, “fail kamu görevlisi olabilir veya olmayabilir. Bu suç açısından failde aranması gereken husus, başka bir sıfatının yokluğu değil, belirli bir sıfatının varlığı ve bu sıfatı gereği mesleğini icra ederken o suçu öğrenmiş olmasıdır. Bu nedenle, fail kamu görevlisi de olsa, eğer aynı zamanda sağlık mesleği mensubu ise ve ihbar edilmesi gerekli suç mesleğini icra sırasında öğrenmiş ise (TCK'nın 279. maddesindeki suç değil) bu suç (TCK m. 280) tipi ihlal edilmiş olacaktır. TCK m. 280 failde aradığı özellikler dışında o failin kamu görevlisi olup olmaması arasında ayırım yapmamıştır, özel normdur ve eğer kamu görevlisi sağlık personeli hakkında TCK m. 279 kamu görevlisi olmayanlar hakkında ise 280. madde uygulanırsa, her iki maddenin amacına aykırı ve adalete de ters bir sonuç ortaya çıkacaktır.”²⁷

DONAY'a göre, “maddede sağlık kamu görevlilerinden değil, sağlık mesleği mensuplarından bahsedilmiştir. Bu nedenle devlet eliyle işletilen sağlık kuruluşlarında görev yapan ve kamu görevlisi sıfatını haiz olan, sağlık mesleği mensuplarının bu suçu işlemeleri halinde, uygulanacak hüküm bu madde değil, 279. madde hükmüdür.”²⁸

26 HAKERİ, Hakan, “Tıp Hukuku”, 6. Baskı, Seçkin Yayınları, Seçkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 384-385.

27 ÜNVER, Yener, “Adliye Karşı Suçlar (TCK m. 267-298)”, Seçkin Yayınları, Ankara, 2010, s. 265.

28 DONAY, Süheyl, “Türk Ceza Kanunu Şerhi”, Beta Yayınları, İstanbul, 2007, s. 399.

PARLAR ve HATİPOĞLU'na göre, “bu suçun faili, özel statüde bulunan sağlık mesleği mensuplarıdır. Devlet eliyle işletilen sağlık kuruluşlarında görev yapan sağlık mesleği mensupları, kamu görevlisi sıfatını taşıdıklarından, bu kişilerin suçu bildirme yükümlülüğüne aykırı halinde eylemleri 280. maddeye değil, 279. maddeye uyan suç oluşturacaktır.”²⁹

ÜZÜLMEZ'e göre, “suçun faili olabilecek sağlık mesleği mensupları serbest olarak mesleğini icra eden veya özel teşebbüslerce işletilen hastanelerde çalışan kişilerdir. Zira devlet eliyle işletilen sağlık kuruluşlarında görev yapan sağlık mesleği mensupları, kamu görevlisi sıfatını taşımaları itibariyle 279. madde çerçevesinde sorumlu tutulacaklardır.”³⁰

DÖNER'e göre, “sağlık mesleği mensupları, 280. maddesinde belirtilmiştir. Ancak madde bu meslek mensuplarının belirlenmesi bakımında, iyi bir düzenleme yapılmamıştır. Maddenin gerekçesinde kimlerin bu meslek grubu içinde olduğu gösterilmiştir. Burada tartışmalı olan konu “devlet hastanelerinde” ve özel hastanelerde” çalışan sağlık mesleği mensupları ile ilgilidir. Gerçekten özel hastanelerde çalışan sağlık mesleği mensupları 280. madde kapsamında mıdır? Bu kişiler, madde kapsamı içinde değerlendirilmez ise, 278. maddeye göre cezalandırılmaları gerekecektir.”³¹

MALKOÇ'a göre, “suçun failinin sağlık mesleği mensupları olduğu belirtilmekte ve ikinci fıkrada da kapsamda kimlerin bulunduğu açıklanmaktadır. Sağlık mesleği mensuplarının kamu görevlisi statüsünde mi yoksa özel bir sağlık kurumunda çalışanları mı kast ettiği maddeden açıkça anlaşılammaktadır. Zira ikinci fıkrada sayılanlar, hem resmi kurumlarda hem de özel kurumlarda çalıştıklarında aynı sıfatı taşımaktadırlar. Madde gerekçesindeki ifade çok açık olmamakla birlikte kamu görevlisi sıfatını taşıyan sağlık mesleği mensuplarının kapsamda olmadığını belirtir gibidir. Gerekçede “kamu görevlisi sıfatını taşıyanların eylemlerinin yukarıdaki –madde 279 – madde hükmü kapsamında olduğu”

29 PARLAR / HATİPOĞLU, s. 4323.

30 ÜZÜLMEZ, s. 836-837.

31 DÖNER, İsa, “Suçu Bildirmeme Suçu (TCK m. 278)”, AÜEHFD, Cilt 9, Sayı: 3-4, 2005, s. 71.

http://www.erzincan.edu.tr/birim/HukukDergi/makale/2005_IX_2.4.pdf (Erişim Tarihi: 14.09.2014)

açıklandığına göre bu madde kapsamındakilerin özel statüde bulunanlar oldukları anlaşılmaktadır. Bu itibarla şöyle düşünmek daha doğru olacaktır. Yasa koyucu kamu görevlisini amaçlasaydı, diğer hükümlerde olduğu gibi açıkça bu sıfatı kullanırdı. O nedenle sadece özel sağlık kurumunda çalışan tüm sağlık mesleği mensupları suçun faili olacaktırlar.”³²

HIZAL’a göre, “5237 sayılı TCK’nın 280. maddesi sağlık mesleği mensuplarına özgü düzenlenmiş olup, hem kamu görevlisi olan sağlık mesleği mensuplarını hem de kamu görevlisi olmayanları kapsamaktadır. Eğer kamu görevlisi olan sağlık mesleği mensupları için 279. maddenin uygulanacağını kabul edersek, o halde gündüz mesaisinde kamu görevlisi olarak devlet eliyle işletilen bir sağlık kuruluşunda çalışan sağlık personelinin, mesai sonrasında da özel bir sağlık kuruluşunda veya muayenehanesinde çalıştığını farz edersek, aynı kişinin aynı suçu farklı yerlerde ve zamanlarda işlemesinden dolayı farklı cezalar alabileceğini kabul etmiş oluruz. Çünkü, 279. maddede öngörülen ceza 6 aydan 2 yıla kadar hapis cezası iken, 280. maddede öngörülen ceza ise 1 yıla kadar hapis cezasıdır. Özel sağlık kuruluşlarının her geçen gün artan sayıları karşısında kanun koyucunun sırf Devlet eliyle işletilen sağlık kuruluşlarında kamu görevlisi olarak görev yaptığı için sağlık mesleği mensubunu daha ağır biçimde cezalandırmak amacıyla hareket etmiş olamayacağı kanaatindeyiz. 279. maddenin sağlık mesleği mensubu dışındaki kamu görevlilerine uygulanması, ister kamu görevlisi olsun, ister olmasın tüm sağlık mesleği mensupları için ise, özel bir düzenleme olan 280. maddenin uygulanması gerektiği düşüncesindeyiz.”³³

Görüldüğü üzere, TCK 280. maddesinin içeriğinde sağlık mesleği mensuplarının kamu görevlisi olup olmamasına ilişkin bir ayırım bulunmamasına rağmen, sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi suçunun failinin tam olarak kim olduğuna ilişkin doktrinde birçok görüş mevcuttur. Öncelikle belirtmek gerekir ki, TCK 280. maddenin gerekçesinde “Devlet eliyle işletilen sağlık kuruluşlarında görev yapan sağlık mesleği mensupları, kamu görevlisi sıfatını taşımaktadırlar. Bu kişilerin suçu bildirme yükümlülüğüne aykırı davranışları halinde, yukarıdaki madde hükmü uygulanacaktır.” denilmiştir. Her ne kadar madde gerekçesinde bu tür bir ibareye yer verilmişse de madde içeriğinde özel sağlık kuruluşlarında ve kamu kurumlarında görev yapan sağlık mesleği

32 MALKOÇ, İsmail, “Açıklamalı Yeni Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler (170 – 345)”, Malkoç Kitabevi, 2006, s. 1883.

33 HIZAL, s. 42.

mensupları arasında bir ayırım yapılmaması nedeniyle, TCK 280 hükmü hem özel sağlık kuruluşlarında hem de kamu kurumlarında görev yapan sağlık mesleği mensupları açısından uygulanmalıdır.

Kanaatimizce, kanun koyucunun asıl amacı bu şekilde bir ayırma gitmek olsa idi, bu durum TCK'da ayrı suç tipleri altında değerlendirilirdi. Örneğin, kamu kurumlarında görev yapan sağlık mesleği mensuplarının, suçu bildirmeme eylemlerinden dolayı TCK 279 kapsamında bulunduğunu kabul edecek olursak, durumun açıklığa kavuşturulması açısından, kanun koyucu tarafından TCK 280. maddenin başlığının “özel sağlık kuruluşlarında görev yapan sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi” olarak düzenlenmesi gerekirdi. Kanun koyucu mevcut düzenlemeyle birlikte, TCK 279'un kamu kurumlarında görev yapan sağlık mensuplarının, TCK 280'in ise özel sağlık kuruluşlarında görev yapan sağlık mesleği mensuplarının sorumluluklarını düzenleme amacıyla hareket etmişse, TCK 280. maddede birtakım lafzi problemlerin bulunduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. TCK 280'in madde gerekçesine, TCK 279'un uygulama alanıyla ilgili bir ibare koymak kesinlikle bu sorunun çözümüne katkıda bulunmamıştır.

TCK 280. maddenin kamu ve özel sağlık kuruluşlarında görev yapan sağlık mesleği mensuplarından hangilerinin sorumluluğunu içerdiğinin yeterince açık olmaması, uygulamada Yargıtay kararlarının da hatalı olarak tesis edilmesine yol açmaktadır. Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin 07.10.2009 tarihli, 2008/1710 E. – 2009/15748 K. sayılı kararının “Özü” başlığı altında aynen “kamu görevlisi hekimin, tedavi ettiği yaralının kaydını yapmama eylemi 257/2, yaralama suçunu yetkili mercie bildirmeme eylemi ise 279. maddedeki suçu oluşturur.” değerlendirmesi yer almakla birlikte, karar içeriği şu şekildedir: “Devlet hastanesi acil servisinde hekim olarak görevli olan sanığın, ateşli silahla bacağından yaralanmış olan hastayı tedavi etmesine karşın, tedavi işlemini poliklinik defterine kaydetmediği gibi durumu yetkili makamlara da bildirmediğinin iddia edilmesi karşısında, eylemlerinin kanıtlanması durumunda sırasıyla 765 sayılı TCY'nin 230 ve 235. maddelerine (5237 sayılı Yasanın 257/2, 279) uyan suçları oluşturabileceği ve 765 sayılı Yasanın 530. maddesindeki suçun kamu görevlisi olmayan sağlık mesleği mensuplarının eylemlerini düzenlediği gözetilerek, yargılamaya devam edilerek kanıtlar değerlendirilmek suretiyle ilgili yasa hükümlerindeki suçlara ilişkin öğelerin varlığı tartışılıp, 5237 sayılı Yasanın 7/2 ve 5252 sayılı Yasanın 9/3. maddeleri uyarınca lehe inceleme de yapılarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken,

eksik inceleme ile ve eylemin anılan 530. maddeye uyduğu ve bu durumda suçun zamanlaşımının dolduğu biçimindeki yasaya aykırı gerekçeyle kamu davasının ortadan kaldırılmasına karar verilmesi, yasaya aykırıdır.”³⁴

Kararda görüldüğü üzere devlet hastanesinde görev yapan sanığın suçu bildirmeme eylemi, Yerel Mahkemece 765 sayılı Kanun’un 530. maddesindeki cürmü haber vermekte zuhul suçu olarak değerlendirilmiştir. Fakat Yargıtay sanığın devlet hastanesinde çalışması nedeniyle, kamu görevlisinin suçu bildirmemesi suçunun oluştuğundan bahisle Yerel Mahkeme kararını bozmuştur. Kanaatimizce Yargıtay’ın bozma kararı yerinde değildir.

Kararın, “özü” kısmında devlet hastanesinde çalışan hekimin, yaralama suçunu yetkili mercie bildirmeme eyleminin TCK 279. maddedeki suçu oluşturacağına ilişkin tutumu da yerinde değildir. TCK 280. maddenin belirsizliği Yargıtay’ın dahi yanlış kararlar vermesine yol açmaktadır. TCK 280’de sağlık mesleği mensupları kamu görevlisi ve kamu görevlisi olmayan şeklinde kategorize edilmemişken, Yargıtay’ın sanığın devlet hastanesinde çalışması nedeniyle, kamu görevlisinin suçu bildirmemesi suçunun oluştuğuna dair verdiği karar, hatalı bir karardır. TCK 280 hükmünün kanaatimizce hekimlerin tümünü kapsamasına rağmen, madde metninin açıklığa kavuşturulmaması, gerek Yerel Mahkemeler gerek Yargıtay nezdinde hekimlerin aleyhine kararlar çıkmasına neden olmaktadır

Öte yandan kamu kurumu ve özel sağlık kuruluşlarında görev yapan sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmeme eylemleri nedeniyle, sırayla TCK 279 ve 280. maddelerden sorumlu tutulmaları, her iki grubun da aynı mesleği icra etmeleri, fakat suçu bildirmeme eylemlerinden dolayı kamu kurumlarında görev yapan sağlık mesleği mensuplarının fazla ceza alması anlamına gelmektedir. Suçu bildirmeme eylemini gerçekleştiren sağlık mesleği mensubu, özel sağlık kuruluşlarında veya kamu kurumlarında görev yapabilir. Fakat netice itibarıyla iki gruba dahil olanların ortak paydası sağlık mesleği mensubu olmalarıdır. İki grubun gerçekleştirdiği suçu bildirmeme eylemi de aynı niteliktedir. Durum böyle iken, kamu kurumlarında görev yapan sağlık mesleği mensuplarının, TCK’da hiçbir ayırım bulunmamasına rağmen TCK 279 kapsamında değerlendirilerek, 6 aydan 2 yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılmasına yönelik uygulama

34 YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, “Yorumlu – Uygulamalı Türk Ceza Kanunu”, Adalet Yayınevi, Cilt VI, Madde 257-345, 2010, Ankara, s. 8046.

ceza hukukunun genel ilkelerine aykırıdır. Aynı fiili işleyen iki kişi, kanunda hiçbir ayrıma gidilmemesine rağmen farklı yaptırımlara tabi tutulmaktadır. Bu durum hukuka ve hakkaniyete aykırı ve aynı zamanda kişileri mağdur edici niteliktedir.

2. Suçun Maddi Unsuru

Suçtan söz edilebilmesi için, öncelikle, ortada failin olumlu veya olumsuz bir davranışının bulunması, bu davranışın dış dünyada bir değişikliğe neden olması ve yapılan davranış ile dış dünyada oluşan değişiklik arasında bir nedensellik ilişkisi kurulabilmesi gerekir. Bunların tümü, suçun maddi unsurunu oluşturur.³⁵

Suçun tipe uygun eylem unsuru, sağlık mesleği mensubu failin görevini yaptığı sırada öğrendiği ve bir suçun işlendiği yönündeki bilgiyi karşılık, durumu yetkili makamlara bildirmemek veya bildirim hususunda gecikme göstermektir. Görüldüğü üzere, tipe uygun eylem unsuru her ikisi de ihmali nitelikte olan seçimlik hareketli bir suç olup, bu iki davranış modelinden birisinin yapılması tipe uygun eylemi oluşturur.³⁶

Maddede gerçek ihmali bir suç düzenlenmiştir. Bu tür suçlarda tipik bir failin varlığından bahsedilebilmesi için, öncelikle kanuni tanıma uygun durumun oluşması, yani icrai harekette bulunma yükümlülüğünü doğuran şartların oluşması, daha sonra ise emredilen hareketin yapılmamış olması, yani ihmal edilmiş olması gerekmektedir.³⁷

Yani suçun maddi unsuru,

*Görevin yapıldığı sırada ihbar yükümlülüğünün doğması,

*Bir suçun işlenmesi,

*Suçun işlendiği yönünde bilgi ile karşılaşılması,

*Yetkili makamlara bildirmeme veya geç bildirme.

İhmal suretiyle işlenen suçta, hareket unsuru esasen hareketsiz kalmaktır. İhbar kapsamına giren suç yönünden herhangi bir sınırlama yapılmamıştır. Sağlık mesleği mensubunun suçun işlendiği yönündeki bir bilgi ile görevini yaptığı sırada karşılaşmış olması halinde ihbar yükümlülüğü söz konusudur. Suçun sağlık hizmeti ile bağlantılı olması

35 CENTEL/ ZAFER/ ÇAKMUT, “Türk Ceza Hukukuna Giriş”, Beta Yayınları, İstanbul, 2010, s. 228.

36 ÜNVER, s. 267.

37 ÜZÜLMEZ, s. 827.

gerekli değildir.³⁸

Sağlık mesleği mensubunun bir suçun işlendiği yönünde bir belirti ile görevini yaptığı sırada karşılaşmış olması halinde ihbar yükümlülüğü söz konusudur. Öğrenilen suçun, failin yerine getirdiği sağlık hizmeti ile bağlantısının olup olmaması önemli değildir. Sağlık mesleği mensuplarının sadece yaptıkları tıbbi müdahale veya yardımla sınırlı olmayarak, hastasının öyküsünü dinleyen bir tabibin, hastanın yaptığı açıklamalarla veya muayene ya da tedavi sırasında bir suçun işlendiğini gösteren bir belirti ile karşılaşması mümkündür. Örneğin, bir tabibin muayene ettiği gebelik süresi on haftadan fazla olan kadının çocuğunu isteyerek düşürdüğünü (TCK 100) veya cinsel saldırı fiiline (TCK 102) maruz kaldığını, hastanın ateşli silahla yaralanmış olduğunu (TCK 86), örgüt mensubu olduğunu görevi sırasında öğrenmesi ve ihbar yükümlülüğüne aykırı davranması halinde TCK 280. maddede tanımlanan suç oluşur.³⁹

Cinsel istismara uğrayan mağdurenin öncelikle çocuk hastalıkları uzmanı ile görüşmesinin ardından çocuk hastalıkları uzmanının, konunun kendi alanına dahil olmadığını ve konunun kadın hastalıkları uzmanı ile görüşülmesi gerektiğini belirttiği olayda, durumu yetkili mercilere bildirmeyen kadın hastalıkları uzmanının cezalandırılmasına karar verilirken, çocuk hastalıkları uzmanının branşı dahilinde bulunmayan olayla ilgili bildirim yükümlülüğü bulunmadığı belirtilerek, çocuk hastalıkları uzmanına ceza verilmemesine karar verilmiştir. Yerel Mahkeme kararı, Yargıtay’ca onanmıştır.⁴⁰

38 TANERİ, s. 556.

39 PARLAR, HATİPOĞLU, s. 4324.

40 TANERİ, s. 563 – 564.

“Sanıklardan S.C.’un Milas ... Özel hastanesinde kadın hastalıkları uzmanı, diğer sanık M.K.’nin ise çocuk hastalıkları uzmanı olarak görev yaptıkları, tanık C.Ö.’in beyanına göre, 2010 yılı 5. ayında kız kardeşinin eşi olan M.S.’in evlerinin anahtarını alarak evlerine gittiği, eve geldiğinde 7 yaşındaki kızı C. ile M.S.’yü aynı yatakta gördüğünü ve M.S.’nin küçük çocuğun ön tarafını okşarken gördüğünü, daha sonra M.S.’nin kaçarak gittiğini, kocası ve diğer aile bireyleri ile görüşerek bu işin aile içinde kalmasını istediklerini, fakat çocuğa herhangi bir zarar gelip gelmediğini öğrenmek için onu Milas ... hastanesine götürerek muayene ettirdiğini, çocuğunu ilk muayene eden çocuk hastalıkları uzmanı doktor M.K.’ya muayene bittikten sonra kulağına bu durumu söylediğini, doktor beyin bu duruma göre çocuğu yeniden muayene ettiği ve çocuğu kadın hastalıkları uzmanına sevk ettiği çocuk hastalıkları uzmanı doktor M.K.’nin çocuğu muayene ederek kendi branşı dışında olduğu için çocuğu kadın hastalıkları uzmanı doktor

Olayda kadın hastalıkları uzmanı sanığın cezalandırılması yerinde olmakla birlikte, Yargıtay ve Yerel Mahkeme kararlarının, çocuk hastalıkları uzmanı M.K.'nın bildirim yükümlülüğünün bulunmadığına ilişkin kısımlarına katılmamaktayım. Kadın hastalıkları uzmanı olan sanığın kendisine gelen çocuğun cinsel istismarı vakasını bildirmemesi TCK 280, sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi suçunu oluşturur. Fakat, mağdure çocuk ve ailesi ilk olarak çocuk hastalıkları uzmanı ile görüşmüş ve çocuk hastalıkları uzmanı istismar vakasından haberdar edilmiştir. Çocuk hastalıkları uzmanının kendi branşı olmaması nedeniyle bu tür bir adli vakayı ilgili makamlara bildirmemesi kabul görecektir bir savunma olmamakla birlikte, Yargıtay ve Yerel Mahkemenin de bu yöndeki görüşleri yerinde değildir. Nitekim TCK 280/1'de hekimin kendi branşı veya kendi branşı dışında karşılaştığı bir adli vakadan bahsetmemektedir. Maddede "görevini yaptığı sırada bir suçun işlendiğine ilişkin belirtile karşılaşılmışından" söz etmektedir. Olayda da çocuk hastalıkları uzmanı görevini yaptığı sırada çocuğun cinsel istismarına ilişkin bir vakayla karşılaşmış fakat bunu ilgili makamlara bildirmemiştir. Suçun maddi unsurunun oluştuğuna şüphe yoktur. Kanaatimizce, sanık kendi branşı dışında bir adli vakayla karşılaşmış olsa dahi durumu ilgili makamlara bildirmelidir. Bu nedenle kadın hastalıkları uzmanı ve çocuk hastalıkları uzmanı olan sanıkların her ikisi de TCK 280/1 sağlık mesleği mensubunun suçu bildirmemesi suçu nedeniyle cezalandırılması gerekirdi.

Belirti, ceza muhakemesi hukukunda belge ve beyan gibi diğer bir delil çeşidini oluşturmaktadır. Belirti, bir olayın veya durumun

S.C.'a sevk etmesi ve iddiaları dinleyen doktor S.C.'un bu hususları muayene formunda belirtmeyerek kolluğa veya savcılığa re'sen bildirmedığı, bu durumda atılı suçu ve sebeplerini bildirme görevinin kadın hastalıkları uzmanı olan doktor S.C.'a ait olduğu, yakınmayı muayene formunda yazan ve kendi branşı olmaması sebebiyle kadın doğum uzmanına sevk eden doktor M.K.'nın bildirim yükümlülüğünün olmadığı anlaşılacakla; sanık S.C.'un üzerine atılı suç sabit bulunmuş, kaldı ki sanık bu olguları ve suçu 15.05.2010 tarihinde kolluğa veya savcılığa ihbar etmiş olsaydı, 7 ayda temin edilemeyen delillerin küçüğün vücudunda veya elbiselerinde temin edilmesi mümkün görülmele, sanık S.C.'un sabit bulunan eylemine uyan TCK'nun 280/1 mad. gereğince cezalandırılmasına karar vermek gerekmiş, ...diğer sanık M.K.'nın yukarıda belirtilen nedenlerle atılı suçtan dolayı bildirim yükümlülüğünün kendisinde olmayıp, diğer sanığa ait olması sebebiyle bu sanığın beraatine karar verilerek..." (Yargıtay 9. Ceza Dairesi'nin 23.05.2013 gün, 2013/3467 E. – 2013/7952 K. sayılı ilamı ile onanan Milas 1. Sulh Ceza Mahkemesi'nin 2010/741 E. – 2010/1028 K. sayılı kararı.)

anlaşılmasına yardım eden şey veya alamettir. İspat edilecek olayın dolaylı olarak ispatına yardımcı olan vakıalara ve izlere belirti denilmekte ve belirti mahiyeti itibariyle daima dış dünyada müşahede edilebilen maddi olaylardan oluşmaktadır. Kanun koyucu bildirim yükümlülüğünün doğumunu, bir suçun işlendiğinin görevin ifası sırasında böyle maddi bir emareden anlaşılmasına bağlamıştır. Buna göre bir hekimin, yaptığı muayene sırasında bir suçun işlendiğini gösteren emarelerle karşılaşması durumunda bildirim yükümlülüğü doğacaktır. Aynı şekilde bir laborantın, yaptığı tahlil sırasında bir hastaya ait numunelerde kullanılması suç teşkil eden bir maddeye rastlaması halinde de bildirim yükümlülüğü söz konusu olacaktır. Yine bir ebenin, kendisine getirilen hamile bir kadına düşük yapması için yasal olmayan müdahalelerde bulunulduğunu belirlemesi halinde, bildirim yükümlülüğü söz konusu olacaktır.⁴¹

TCK 280. maddede, belirti deyiminden ne anlaşılması gerektiğinin metinde tam olarak açıklığa kavuşturulamaması da hükmün eksik yanlarından sadece birisidir. Hükmün bu bakımdan da eksik olması, belirti kavramının yorum yoluyla açıklığa kavuşturulmasına yol açmıştır. Madde metninde belirtinin ne olduğunun açıkça tanımlanması gerekirdi. Kanaatimizce bir olayın gerçekleştiği yönünde gözlemlenebilen her türlü ipucu, belirti ibaresini karşılamaktadır.

Ayrıca madde metninde, bir suç belirtisiyle karşılaşılması durumunda sağlık mesleği mensuplarının, bu hususu bildirme yükümlülüğü getirilmiştir. Fakat, bildirme konusunda, madde metninde ne yetkili bir merci belirtilmiş, ne bildirim nasıl ve ne zaman yapılacağına yönelik bir ifadeye yer verilmiştir. Bu durumda, kanaatimizce bildirim yükümlülüğü, bildirim CMK kapsamında belirtilen mercilere yapılmak suretiyle yerine getirilmiş olacaktır.

Suçun ihbar edileceği makamlar CMK 158/1 maddesi⁴² gereğince belirlenecektir. Cumhuriyet Başsavcılığı ve kolluk bu anlamda ihbarın yapılacağı makamlardır. Valilik ya da kaymakamlık ya da mahkemeye yapılan suç ihbarları vakit geçirmeksizin Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilir. İhbar yazılı veya tutanağa geçirilmek koşulu ile sözlü olarak yapılabilir.⁴³

41 ÜZÜLMEZ, 831-832.

42 Madde 158 - (1) Suça ilişkin ihbar veya şikayet, Cumhuriyet Başsavcılığına veya kolluk makamlarına yapılabilir.

43 Madde 158 - (5) İhbar veya şikayet yazılı veya tutanağa geçirilmek üzere sözlü

Kanaatimizce kamu görevlisi olan sağlık mesleği mensubu için en yakın sicil ve disiplin amiri konumundaki yetkiliye ihbarda bulunmuş olmak yeterli kabul edilmelidir. Çünkü kamu kurumlarında bir kamu görevlisinin amir atlayarak Kaymakamlık veya Savcılığa ya da kolluk makamlarına ulaşarak bildirimde bulunması yerine sıralı amirler vasıtası ile bildirimde bulunması hem daha kolay olacak hem de kendisine en yakın sicil ve disiplin amirini bilgilendirmiş olacaktır. Kamu görevlisi olmayan sağlık mesleği mensubu için de özel sağlık kuruluşunun mesul müdürüne yapılan bildirim yeterli kabul edilmesi gerektiği düşüncesindeyiz. Belirtilen bu yerler dışında, örneğin ihbar edilecek suçla ilgili olarak basına açıklama yapılmasının, hem bildirim yükümlülüğünün ifası olarak kabul edilmeyeceği hem de hasta sırrının ifşası niteliği taşıyacağı kanaatindeyiz.⁴⁴

Bir adli vaka ile karşılaşan sağlık mesleği mensubunun, bu durumu kamu kurumunda görev yapıyorsa amirine, özel sağlık kuruluşunda görev yapıyorsa, sağlık kuruluşunun mesul müdürüne bildirmesi ve kendisine bildirim yapılan kişinin adli makamlara haber vermemesi durumunda da “Görevi İhmal” suçunun mu, yoksa “Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi” suçunun mu oluşacağı tartışma konusudur. Kanaatimizce, böyle bir durumda, suç kamu kurum ve kuruluşlarına ait bir sağlık tesisinde meydana gelmişse amirin TCK 257/2, suç özel sağlık kuruluşunda meydana gelmişse (TCK 257/2 uygulanamayacağından) ilgili mesul müdür hakkında TCK 278. maddenin uygulanması gerekecektir. Çünkü, kendisine bildirim yapılan amir veyahut mesul müdürün sağlık mesleği mensubu olup olmaması sonuca etkili değildir. Şöyle ki, kişiye sağlık hizmeti sunan sağlık mesleği mensubu bildirim yükümlülüğünü yerine getirmişse TCK 280’e göre sorumlu tutulmayacak, ancak kendisine yapılan bildiri adli makamlara bildirmeyen amir ya da mesul müdürün sorumluluğu TCK 257/2 ya da TCK 278’e göre farklı olacaktır.

CMK 46/1-b maddesi gereğince “Hekimler, dış hekimleri, eczacılar, ebeler ve bunların yardımcıları ve diğer bütün tıp meslek veya sanatları mensuplarının, busıfatları dolayısıyla hastaları ve bunların yakınları hakkında öğrendikleri bilgiler.” hükmü gereğince, sağlık mesleği mensuplarının tanıklıktan çekinme hakları bulunmaktadır. Ancak buradaki tanıklıktan çekinme hakkı ile suçu ihbar yükümlülüğü birbiriyle çelişmektedir. Sağlık mesleği mensubu görevi gereği öğrenmiş olduğu bir suçla ilgili TCK 280 maddesi gereğince bildirim yükümlülüğü altındadır. Tanıklıktan çekinme

olarak yapılabilir.

44 HIZAL, s.57.

hakkı herhangi bir şekilde husumet oluşacağı düşüncesi taşımadan somut olayda kişiye yardım edebilme imkanı getirmekte iken TCK 280 mutlak bir bildirim yükümlülüğü getirmektedir. Bu ise sağlık mesleği mensubunu somut olayda mesleki yardımdan kaçınma sonucunu doğurabilecektir. Çünkü olay bir şekilde ortaya çıkarıldığında olaya müdahale eden sağlık mesleği mensubunun da sorumluluğu doğacaktır.⁴⁵

3. Suçun Manevi Unsuru

a. Kast

Kusurluluğun temel biçimi kasttır. Suçun oluşması, kastın varlığına bağlıdır (TCK m. 21/1).⁴⁶ Kast, yasadaki tanıma uyan hareketi bilerek ve isteyerek yapmaktır. Buna göre kastın unsurları bilme ve isteme olmaktadır.⁴⁷

Sağlık mesleği mensubunun suçu bildirmemesi suçu, kasten işlenen bir suçtur. Bu suç olası kastla da işlenebilir. Bu suçun taksirle işlenmesi mümkün değildir. Fiilin bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi yeterlidir.⁴⁸

280. maddede tanımlanan suç kasten işlenebilen bir suçtur. Bu suç tipinde, fail, kendisine belli bir icrai davranışta bulunma (suçu ihbar etme) yükümlülüğü yüklendiği halde, bu yükümlülüğe uygun davranmamakta (suçu ihbar etmemekte veya bu hususta gecikme göstermekte), böylece objektif unsurları bilerek, hareketsiz kalmakta, ihbar yükümlülüğünü yerine getirmeme veya gecikme gösterme hususunda karar almaktadır. Diğer bir anlatımla ihmali davranışlarla işlenen bu suç tipinde kastın suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları kapsamaması, ihbar yükümlülüğü altında bulunan sağlık mesleği mensubunun, bu yükümlülüğe aykırı davrandığının bilincinde olduğu halde bilerek ve isteyerek suçu yetkili makamlara bildirmemesi veya bu hususta gecikme göstermesi gerekir.⁴⁹

Bildirimin gecikmesinin veya hiç yapılamamasının haklı bir özre dayanması durumunda suçun manevi unsuru oluşmayacaktır. Bildirimin

45 TANERİ, s. 557.

46 TCK Madde 21 – (1) Suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır. Kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir.

47 CENTEL/ ZAFER / ÇAKMUT, s. 382.

48 BULUT, Pınar, “Sağlık Hukuku Makaleleri”, İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Merkezi, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 10-17.09.2011, s. 90.

49 PARLAR / HATİPOĞLU, s. 4325.

sağlık mesleği mensubunun kurtulamayacağı bir cebir veya tehdit nedeniyle yapılmaması halinde, 28. madde⁵⁰ uyarınca failin kusuru bulunmadığı için ceza verilmez.⁵¹

Mevcut belirtiler işlenmiş bir suçun eseri olmasına rağmen, bir sağlık mesleği mensubu bunun suç teşkil eden fiilden değil başka bir sebepten kaynaklandığını düşünerek bildirim yükümlülüğünü ihmal etmişse kastı kalkmış olacağından suç oluşturmayacaktır. Örneğin, darp eseri olan bir çıkığın futbol karşılaşması sırasında yanlış hareketten kaynaklandığı beyanının çıkığın mahiyeti dikkate alınarak, doğru kabul edilip bildirim yükümlülüğünün ihmal edilmesinde durum budur.⁵²

Sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi suçunun ancak kastla işlenebileceği uygulamada verilen Yerel Mahkeme kararları ile Yargıtay kararlarından da anlaşılmaktadır. Uygulamada çoğu zaman sağlık mesleği mensuplarının, bildirim yükümlülüğünü ihlal kastı taşımamalarına rağmen sağlık mesleği mensupları hakkında cezai takibata girilmektedir. Yargıtay 9. Ceza Dairesi'nin 24.12.2012 tarih ve 2012/3663 E. – 2012/15598 K. sayılı kararı ile onanan Ünye Sulh Ceza Mahkemesi'nin, 14.10.2009 gün, 2009/376 E. - 2009/761 K. sayılı dosyası ile incelenen olayda da aynen bu şekilde olmuş, sanığın bildirim yükümlülüğünü ihlal kastı olmamasına rağmen, hakkında cezai kovuşturma başlatılmıştır. Fakat sanıkta suç kastı bulunmaması nedeniyle gerek Yerel Mahkemeye verilen beraat kararı, gerek Yargıtay'ca verilen onama kararı yerindedir.⁵³

50 Madde 28 - (1) Karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı cebir ve şiddet veya muhakkak ve ağır bir korkutma veya tehdit sonucu suç işleyen kimseye ceza verilmez. Bu gibi hallerde cebir ve şiddet, korkutma ve tehdidi kullanan kişi suçun faili sayılır.

51 YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 8045.

52 ÜZÜLMEZ, s. 838.

53 TANERİ, s. 562.

“İddia, adli rapor, olay yeri basit krokisi, olay yeri inceleme raporu, sanıkların savunmaları, tanık beyanı, nüfus ve adli sicil kaydı ile tüm dosya kapsamından anlaşıldığı üzere; her ne kadar sanık B.K. hakkında sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi suçundan TCK 280/1-2 maddesi uyarınca cezalandırılması istemi ile mahkememizde kamu davası açılmış ise de, sanığın üzerine atılı suçu işleme kastı bulunmadığı ve atılı suçun yasal unsurları oluşmadığından beraatına karar vermek gerekmiş...” (Yargıtay 9. Ceza Dairesi'nin 24.12.2012 tarih ve 2012/3663 E. – 2012/15598 K. sayılı kararı ile onanan Ünye Sulh Ceza Mahkemesi'nin, 14.10.2009 gün, 2009/376 E. - 2009/761 K. sayılı kararı.)

Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin 08.05.2013 gün, 2011/14979 E. – 2013/13845 K. sayılı ilamı ile onanan Eğirdir Sulh Ceza Mahkemesi'nin, 2011/14979 E. – 2013/13845 K. sayılı dosyası ile incelenen olayda ise, müteveffa önce Gelendost Devlet Hastanesi'ne müracaat etmiş ve oradan Eğirdir Kemik Hastalıkları Hastanesi'ne sevk edilmiştir. Bu durumda Eğirdir Kemik Hastalıkları Hastanesi'nde görevli sanık M'nin kusurlu olduğundan bahsedilemez. Nitekim uygulamadaki prosedür, müracaat edilen ilk sağlık kurumu tarafından adli vakanın bildirilmiş olması yönündedir. Bu nedenle bildirim yükümlülüğünün Gelendost Devlet Hastanesi'ndeki sağlık personeli tarafından yerine getirilmesi gerektiğinden, sağlık mesleği mensuplarının suç u bildirmemesi suçunu işleme kastı bulunmayan sanık M'nin beraat kararını içeren Yerel Mahkeme kararı ile Yerel Mahkeme kararının onanmasıyla neticelenen Yargıtay kararının yerinde olduğu kanaatindeyiz.⁵⁴

Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin 06.12.2010 gün, 2010/20192 E. – 2010/20179 K. ile onanan Balıkesir 2. Sulh Ceza Mahkemesi'nin, 19.06.2008 gün, 2008/209 E. – 2008/455 K. sayılı dosyası ile incelenen olayda da hekimin karşısına adli vaka olarak gelmeyen bir olayın, hekimin kendi değerlendirmesi ile adli vaka olduğu sonucuna ulaşılması mümkün olmadığından ve aynı zamanda adli vaka olduğunu bilmediği bir olayı bildirmeyen hekimin, durumu adli vaka olarak bildirmesi de düşünülemez olduğundan, bildirmeme eyleminin kast ile işlendiğini söylemek mümkün değildir. Bu nedenle karar ilişkin olayda da hekimin

54 TANERİ, s. 566.

“Olay tarihinde Isparta ili Gelendost ilçesinde meydana gelen kaza sonrasında yaralılara ilk olarak Gelendost Devlet Hastanesinde tıbbi yardım yapıldığı, müteveffanın durumunun ağır olması nedeniyle bu hastaneden sevk edildiği, Eğirdir Kemik hastalıkları hastanesine gelirken yolda öldüğü, kemik hastalıkları hastanesine girişinin yapıldığı ancak adli makamlara haber verilmediği, bu olaydan iki gün sonra 15.10.2007 tarihinde sanık M. tarafından müteveffanın gömme izin kâğıdının düzenlendiği, tüm dosya kapsamından anlaşılmıştır.

Her ne kadar sanık M.'nin cezalandırılması talep edilmiş ise de sanık savunması ve savunmayı doğrulayacak şekilde müteveffaya ilk olarak Gelendost devlet hastanesinde müdahale edilmesi birlikte değerlendirildiğinde sanığın üzerine atılı suç u işleme kastının olmadığı kanaatine varılmış ve beraatına karar verilmiştir.” (Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin 08.05.2013 gün, 2011/14979 E. – 2013/13845 K. sayılı ilamı ile onanan Eğirdir Sulh Ceza Mahkemesi'nin, 2011/14979 E. – 2013/13845 K. sayılı kararı.)

suç işleme kastı bulunmamaktadır.⁵⁵

b. Taksir

Taksir, kısaca gereğini yapmama, eksik yapma, kendisinden beklenen özeni göstermeme demektir. Ceza hukukunda taksir, failin suç tanımına uyan hukuka aykırı fiile iradi bir hareketle sebebiyet vermesi, ancak ortaya çıkan neticeyi öngörmemiş (bilinçsiz taksir) ya da öngörse bile istememiş olmasıdır (bilinçli taksir).⁵⁶

Bir fiilin taksirle işlenmesi halinde, taksirli fiilin cezalandırılabilmesi için suçun taksirli halinin kanunda düzenlenmiş olması gerekir. Bu husus TCK 22/1 hükmünde “Taksirle işlenen fiiller, kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılır.” demek suretiyle belirtilmiştir.

Bu durumda TCK 280. maddede düzenlenen, sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi suçunun taksirli hali kanunda düzenlenmediğinden, bu suçun taksirle işlenmesi mümkün değildir.

Doktrinde suçun taksirle işlenip işlenmeyeceğine ilişkin değerlendirmelere fazlaca yer verilmemiştir. Bunun nedeni, sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi suçunun yalnızca kasten işlenebileceğine yönelik kesin kanaatin oluşmuş olmasındandır.

D. HUKUKA AYKIRILIK

Sağlık mesleği mensubunun suçu bildirmemesi eyleminin suç teşkil edebilmesi, eylemin hukuka aykırı olmasına bağlıdır. Dolayısıyla somut

55 TANERİ, s. 566.

“Sanık hakkında cinsel muayenesini yaptığı mağdurun cinsel istismara uğramış olabileceğini adli makamlara haber vermediği gerekçesi ile cezalandırılması istemiyle kamu davası açılmış ise de,

Sanınğın mağdurum fizik olarak olgun göstermesi, olayın hastaneye bir adli vaka olarak gelmemesi, kayıtlarda mağdurun doğum tarihinin yazılı olmaması, mağdurun hamileliğinin suç teşkil eden bir eylem sonucunda meydana geldiği yolunda da bir iddia da bulunmadığından iş yoğunluğu nedeniyle böyle bir ihtimali düşünmediği ve suç kastıyla hareket etmediğine ilişkin savunmasının aksine suç kastıyla hareket ettiğini gösterir kanıt bulunmadığından atılı suçtan, suçun manevi unsurunun oluşmaması nedeniyle beraatine dair hüküm kurmak gerekmiştir.” (Yargıtay 4. Ceza Dairesi’nin 06.12.2010 gün, 2010/20192 E. – 2010/20179 K. ile onanan Balıkesir 2. Sulh Ceza Mahkemesi’nin, 19.06.2008 gün, 2008/209 E. – 2008/455 K. sayılı kararı.)

56 CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, s. 398.

olayda bildirim yükümlülüğünü ihmale izin veren hukuka uygunluk sebebinin varlığı halinde suç oluşmayacaktır.⁵⁷

TCK'nın 280. maddesindeki suçun oluşabilmesi için hukuka uygunluk sebebinin bulunmaması gerekir. Genel kabul gören hukuka uygunluk halleri; meşru savunma (TCK m. 25/1), ilgilinin rızası (TCK m. 26/2), görevin ifası (TCK m. 24/1), hakkın icrası (TCK 26/1)'dir. Zorunluluk hali dolayısıyla kişinin irade yeteneğinin etkilenmesi (TCK m. 25/2), cebir ve tehdit dolayısıyla kişinin irade yeteneğinin etkilenmesi (TCK m. 28), çeşitli hata halleri (TCK m. 30/3,4), akıl hastalığı (TCK m. 32), haksız tahrik (TCK m. 29), geçici nedenler, alkol ve uyuşturucu madde etkisinde olma (TCK m. 34), sağır ve dilsizlik (TCK m. 33), yaş küçüklüğü (TCK m. 31), hukuka aykırı ve fakat, bağlayıcı emrin yerine getirilmesi (TCK m. 24/2,4) vs. ise kusurluluğu etkileyen hallerdir.⁵⁸

Bu suç açısından ilgili kimsenin rızası (TCK m. 26/2) bir hukuka uygunluk nedeni oluşturmaz. Çünkü korunan hukuksal değer dikkate alındığında, bu konuda rızaya elverişli bir konunun bulunmadığı görülecektir. Şüphesiz somut vakalarda tüm koşullarının gerçekleşmesi kaydı ile meşru müdafaa veya zorda kalma (ıztırar) halleri (TCK m. 25/1 ve 25/2) bu suç açısından bir hukuka uygunluk nedeni olabilir.⁵⁹

İhmali suçlarda hukuka aykırılığın pratik önemi icrai suçlara nazaran oldukça azdır. İhmali suçlarda neticenin önlenmemesi ile suç gerçekleşmiş olur ve bu haliyle de bir hukuka uygunluk nedenin söz konusu olmadığı müddetçe fiil hukuka aykırıdır. Ancak ihmali suçlarda özellikle yükümlülüklerin çatışması uygulama alanı bulabilir. Yükümlülüklerin, yani görevlerin çatışması, hukuka uygunluk sebebi olarak sadece ihmale mahsustur.⁶⁰

E. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

1. Teşebbüs

Teşebbüs, işlenmesi kararlaştırılan - kastedilen bir cürmün icrasına elverişli araçlarla başladıktan sonra, failin, elinde olmayan engeller yüzünden icra eylemlerini tamamlayamamış, ya da tamamlamış

57 ÜZÜLMEZ, s. 838.

58 BULUT, s. 91.

59 ÜNVER, s. 278.

60 HIZAL, s. 78.

olmasına rağmen sonucun meydana gelmemiş olmasıdır. İcra eylemleri tamamlanmış, ya da sonuç meydana gelmemişse yasadaki tipe uygun bir fiil de gerçekleşmemiş demektir.⁶¹

Failin işlemek istediği suçun, icra hareketlerinin tamamlanamaması veya neticenin meydana gelmemesi nedeniyle yarıda kalmasına suça teşebbüs denmekle birlikte, bu gibi durumlarda, suç tam olarak gerçekleşmediği halde, ceza verilmesinin nedeni, yasa bu konuda açık hüküm bulunmasıdır. Ancak, teşebbüs aşamasında kalan suça, tamamlanmış suça oranla daha az ceza verilir.⁶²

Suç teşebbüs kavramı TCK'nın 35. maddesinde düzenlenmiştir.⁶³ Teşebbüs derecesinde kalan bir suçtan söz edilebilmesi için işlenen eylemin bazı özelliklere sahip olması gerekmektedir. Bu özellikler,

- a- Kasten işlenebilen bir suçun olması,
- b- Suçun icrasına başlanması,
- c- Suçun icrasında elverişli hareketlerin kullanılması,
- d- Suçun, failin elinde olmayan nedenlerle tamamlanamaması,
- e- Suç tipinin teşebbüse elverişli olması,⁶⁴

TCK 280. maddede düzenlenen sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi suçu, tıp mesleğinin icrası sırasında bir suç işlendiği yönünde belirtiyile karşılaşan sağlık mesleği mensubunun, bu suçu yetkili mercie bildirmemesi veya bildirimde gecikme ile işlenmektedir. Suçu tamamlayan icra hareketi; bildirme yükümlülüğüne aykırılık oluşturan “bildirmeme” veya “bildirimde gecikme” şeklindeki ihmali davranıştır. Suçun tamamlanması için bir neticenin veya zararın meydana gelmesi

61 ALACAKAPTAN, Uğur, “Suçun Unsurları”, Sevinç Matbaası, Ankara, 1975, s. 37.

62 CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, s. 439.

63 Madde 35 - (1) Kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur.(*)

(2) Suça teşebbüs halinde fail, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine onüç yıldan yirmi yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine dokuz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Diğer hallerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadarı indirilir.

64 ERCAN, İsmail, “Ceza Hukuku Genel Hükümler”, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 175 – 176.

aranmamış, somut bir tehlikenin doğması öngörülmemiştir. Bu bakımdan, suç, ihbar yükümlülüğünün yerine getirilmemesi veya gecikilmesi anında tamamlanmaktadır. Suçu oluşturan tipik hareket ise, icrai nitelikteki ihbar yükümlülüğünü yerine getirmeme biçimindeki ihmali davranıştır.⁶⁵ 5237 sayılı TCK'nın 280. maddesinde “durumu yetkili makamlara bildirmeyen veya bu hususta gecikme gösteren” denilmekte ancak gecikmenin ne zaman oluşacağına dair bir süre belirtilmemektedir. Bu sebeple bu suçta teşebbüsün mümkün olmayacağı kabul edilmektedir.⁶⁶

İcrai suçlar teşebbüse elverişli iken, tartışmalı olmakla birlikte ihmali suçlara teşebbüsün kural olarak mümkün olmayacağı kanısındayız. Gerçekten bu suçlar genellikle neticesi harekete bitişik olduğundan teşebbüse elverişli görünmemektedir. Öte yandan ihmal suretiyle icra suçlarına teşebbüs mümkündür.⁶⁷ TCK 280. maddede düzenlenen sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi suçunun da ihmali bir suç olması nedeniyle teşebbüse elverişli suçlardan olmadığı kanaatindeyiz.

2. İştirak

Suçta iştirak, TCK'nın Genel Hükümler altında, İkinci Kısımın Dördüncü bölümünde düzenlenmiştir. Bu kısımda suçta iştirak başlığı altında, faillik (TCK 37), azmettirme (TCK 38), yardım etme (TCK 39), bağlılık kuralı (TCK 40), iştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçme (TCK 41) düzenlenmiştir.

Suçta iştirak, Yasa'daki suç tanımından böyle bir zorunluluk ortaya çıkmadığı halde, suçun birden çok kişinin katılmasıyla veya katkıda bulunmasıyla işlenmesi durumudur. Örneğin, kasten insan öldürme suçunu tek bir kişi işleyebileceği gibi; birden çok kişi birlikte de işleyebilir. İşte birden çok kişinin birlikte insan öldürmeleri durumunda suçta iştiraktan söz edilir.⁶⁸

İştirak, faillik ve şeriklik diye ikiye ayrılır. Haksızlık birden fazla suç ortağı tarafından birlikte suç işleme kararı ile müştereken gerçekleşirse “müşterek faillik” söz konusu olur. Kişi suçu bir başkası vasıtasıyla gerçekleştirmiş olabilir. Bu durumda da “dolaylı faillik” söz konusu olur.

65 YAŞAR / TAHSİN / GÖKCAN, s. 8045 - 8046.

66 HIZAL, s. 115.

67 ÖZBEK / KANBUR/ DOĞAN/ BACAKSIZ/ TEPE, “Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler”, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 449.

68 CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, s. 472.

Suçun icrasına iştirak etmekle beraber, işlenişine katkıda bulunması ancak sağladığı katkının kanuni tanımdaki haksızlığı gerçekleştiremeyen diğer suç ortakları “şerik” olarak tanımlanabilir. Şeriklik de azmettirme ve yardım etme diye ikiye ayrılır. Azmettiren, suç işleme fikri olmayan kişide suç işleme fikri uyandıran kişidir. Yardım eden ise bir başkasının kasten işlemekte olduğu bir suçu işlemeye teşvik eden, kararını kuvvetlendiren, suçun işlenmesinden sonra yardım vaadinde bulunan, suçun nasıl işleneceği konusunda yol gösteren, suçun işlenmesinde kullanılan araçları temin eden, suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında maddi yardımda bulunarak suçun icrasını kolaylaştıran kişi ya da kişilerdir.⁶⁹

Türk Ceza Yasası, ortakların cezalandırılması bakımından eşitlik sistemini kabul etmemiştir. İştirakte, suça katılan her ortak aynı cezayı almaz. Faillik ve azmettirmeye verilen ceza, yardımda bulunmaya göre daha fazladır. Başkasını suç işlemeye azmettiren kişi, işlenen suçun cezası ile cezalandırılır. (TCK m.38). Suçun işlenmesine yardım eden kişiye, işlenen suçun cezası, yarısı indirilerek verilir. Ancak bu durumda verilecek ceza sekiz yılı geçemez.⁷⁰

TCK m. 280’de yer alan sağlık mesleği mensuplarının suçü bildirmemesi suçuna iştirak mümkündür. Ancak bu suç özgü bir suçtur. Özgü suç, özel bir yükümlülük altında bulunan veya belli niteliklere haiz kişiler tarafından işlenebilen suçlardır. Bu suçun işlenişine iştirak eden ancak sağlık mesleği mensubu olmayan diğer kişiler azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu olurlar (TCK m. 40/2).⁷¹ Suç mağduru bir hastayla farklı iki sağlık mesleği mensubu ilgilenmiş, her ikisi de suçü ilişkin belirti görmelerine rağmen suçü bildirmemişlerdir. Bu kişilerin hareketsizliği iştirak iradesiyle olmadığından her ikisi de ayrı ayrı fail olarak sorumlu olacaklardır.⁷²

3. İctima

Ceza hukukunda temel kural; “kaç tane fiil varsa o kadar suç, kaç tane suç varsa o kadar ceza vardır”.⁷³ Ancak orantılılık ilkesi gereğince

69 BULUT, s. 93.

70 ERCAN, s. 198.

71 Madde 40 - (2) Özgü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir. Bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulur.

72 BULUT, s. 93 – 94.

73 ARTUK / GÖKÇEN / YENİDÜNYA, “Ceza Hukuku Özel Hükümler”, Turhan

failin cezasının mutlaka işlediği fiilin ağırlığıyla orantılı olması gerekir (TCK m.3). Bu husus aslında ceza hukukunda gözetilmesi gereken en önemli prensiplerden biridir. Bu durum eşitlik ilkesinin de bir sonucudur. Bu prensibin anlamı cezanın, fail tarafından gerçekleştirilen fiilin haksızlık içeriği ve failin kusuru ile orantılı olmasıdır. İşte eğer içtima hükümleri olmazsa işlemiş olduğu suç tipine uyan tüm suçlardan cezalandırılmak suretiyle faile orantısız ceza verilmesi gündeme gelebilir.⁷⁴

Ceza hukukunda temel kural her ne kadar kaç fiil varsa o kadar da cezanın bulunduğu şeklindeyse de bu kuralın istisnaları mevcuttur. Şöyle ki;

- Bileşik suç (TCK m. 42)
- Zincirleme suç (TCK m. 43/1,3)
- Aynı nev’iden fikri içtima (TCK m. 43/2,3)
- Farklı nev’iden fikri içtima (TCK m. 44)

Bileşik suç, Yasa’da öngörülen suç tanımlarından birinin diğerinin unsuru veya ağırlatıcı nedeni olmasına denir. O halde, bileşik suç iki ayrı suçtan oluşmaktadır. Ancak, bu suçlardan biri diğerinin unsuru veya ağırlatıcı sebebidir. Bu gibi hallerde faile Yasa’daki bağımsız maddede gösterilen ceza verilir, cezaların içtimasına ilişkin kurallar uygulanmaz. Örneğin, Yasa’da ayrı ayrı tanımlanmış bulunan cebir (TCK m. 108) veya tehdit (TCK 106/1) ile hırsızlık (TCK m. 141) suçları yağma suçunun unsurlarını oluşturarak bağımsız bir suç tipi meydana getirirler. Bunlar ayrı ayrı değil, bağımsız yağma suçu olarak cezalandırılır. Bu nedenle yağma suçu (TCK m. 148) bileşik suçtur.⁷⁵

Zincirleme suç, aynı suç işleme kararıyla yasanın aynı hükmünün birden fazla ihlalidir. Zincirleme suçun özelliği, ortada birkaç suç bulunduğu halde bunların tek suç sayılarak, faile (artırılarak da olsa) tek ceza verilmesidir.⁷⁶

Aynı nev’iden fikri içtima, tek fiil ile birden fazla aynı suçun işlenmesi durumudur.⁷⁷ Örneğin, bir şikayet dilekçesi ile birden fazla kişiye karşı

Kitabevi, Ankara, 2010, s. 72.

74 ÖZBEK / KANBUR/ DOĞAN/ BACAKSIZ/ TEPE, “Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler” s. 535.

75 CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, s. 519.

76 CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, s. 508.

77 ÖZBEK / KANBUR/ DOĞAN/ BACAKSIZ/ TEPE, “Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler” s. 558.

iftirada bulunulması ya da birden fazla kişinin tehdit edilmesi durumunda her bir mağdur bakımından ayrı iftira ya da tehdit suçları değil, tek bir iftira ya da tehdit suçu oluşur, ceza da arttırılır.⁷⁸

Farklı ney'iden fikri içtima, failin işlediği tek bir eylem ile birden fazla ve farklı suçun oluşmasına neden olmasıdır. Örneğin bir suçta kullanılan ruhsatsız silahın saklanması gibi. Burada eylem tektir (silahı saklama); ancak bu tek eylemle hem ruhsatsız silah bulundurma (6136 s. Y. M. 13) hem de bir suça ilişkin kanıtı gizleme (TCK m. 281) suçları oluşmuştur.⁷⁹

Durumu suçu bildirmeme açısından ele alacak olursak, failin aynı suç işleme kararı ile hareket ederek, birden fazla suçu öğrenip de merciine ihbar etmemesi halinde müteselsil suç hükümleri uygulanır. Ancak birden fazla suçun ayrı suç işleme kararları ile hareket ederek bildirilmemeleri halinde hepsi birer ayrı suçu oluşturmaktadır. Örneğin gün içinde farklı zamanlarda acil servise gelen üç vakanın ayrı suç işleme kararları ile ihbar edilmemeleri gibi.⁸⁰

Her icrai ve ihmali davranış tek başına suç niteliği arz ediyorsa ve ikisi de kasti ise, bu takdirde fail her iki suçtan dolayı sorumlu olacaktır. Örneğin, kamu görevlisi sağlık mesleği mensubunun menfaat karşılığında ihbarda bulunmaması ihtimalinde, hem rüşvet alma (TCK m.252) hem de 5237 sayılı TCK'nın 280. maddesindeki suç oluşur.⁸¹

Yargıtay trafik kazası olduğu kayıtlarda belli olmasına ve bunun sanık doktor tarafından bilinmesine karşılık kamu görevlisi doktorun, "adli vaka değildir" biçiminde evrak düzenlemesinin suçu bildirmeme suçunu oluşturduğuna karar vermiştir. (Yargıtay 4. CD. 08.04.2002., 2002/3413 E. – 2002/5609) Oysa burada tek suç değil, iki ayrı suç vardır. Bunlar suçu bildirmeme ve resmi evrakta sahtecilik suçlarıdır. Birisi ihmali diğeri icrai nitelikte iki ayrı eylem bulunduğu için de, suçların içtimaı kuralları uygulanmaz ve sanığa iki ayrı suçun cezası verilmelidir.⁸²

Uyuşmazlık Mahkemesi, trafik kazasında yaralanan ve getirildiği

78 ERCAN, s. 208.

79 ERCAN, s. 209.

80 HIZAL, s. 122.

81 HIZAL, s. 123.

82 ÜNVER, s. 282.

askeri hastanede ölen kimsenin durumunu adli mercilere duyurmadan ve otopsi yapmadan gömülme izni veren baştabibin eyleminin ETCK m. 230/1. maddesindeki suçun değil, 530. maddesindeki suç oluşturduğuna karar vermiştir. (Mülga) TCK m. 530'un aynı Kanun'un 230/1. maddesindeki suç nazaran özel hüküm olması nedeniyle yapılan hukuki tavsifin "adli mercilere haber verilmemesi" açısından doğru olmasına karşılık, burada iki ayrı ihmali eylemin bulunduğu, birisinin adli mercilere haber vermemek olduğu ve bunun mülga TCK'nın 530. maddesindeki suç oluşturduğu, diğeri ise otopsi yapması gerekirken yapmaması olduğu ve bu eylemin ise TCK'nın 230/1. Maddesindeki suç oluşturduğu, bu iki ihmali eylemi tek eylem olarak değerlendirmemek gerektiğini, her ne kadar yaralı getirilen ve hastanede ölen kimsenin trafik kazasında yaralandığını bildiği için hekim sanığın şüpheli ölüye defin ruhsatı vermek suçunu işlemediği açık ise de, otopsi yaparak ölüm nedeni hakkında rapor tanzim etmesi ve bu tespiti tutanak altına aldıktan sonra defin izni vermesi gerektiğinden ve de bu ihmali eylem trafik kazasını adli mercilere haber vermemek eyleminin içinde eriyecek, onun bir mütemmim cüzünü oluşturacak yahut bir eylemi oluşturan iki hareket/davranış olamayacağından, hukuki kaynakları da farklı olan bu iki ihmali eylemin iki ayrı suç oluşturduğu dikkate alınmalıdır. (Uyuşmazlık Mahkemesi Ceza Bölümü, 20.12.1991, 1991/35 E. – 1991/44 K.)⁸³

E. NİTELİKLİ HALLER

Nitelikli hal; kanunda ayrıca düzenlenmiş olması halinde, suçun temel haline verilecek cezayı ağırlaştırıcı durumlardır. Örneğin, kasten öldürmenin temel hali TCK 81. maddede düzenlenmişken, suçun nitelikli halleri TCK 82. maddede bentler halinde sayılmıştır.

TCK 280. maddeyi nitelikli haller yönünden ele aldığımızda, ilk fıkrada suçun hangi koşullarda oluştuğu, ikinci fıkrada ise sağlık mesleği mensubu deyiminden kimlerin anlaşılacağı düzenlenmiş olmakla birlikte, iki fıkradan ibaret maddede suça ilişkin nitelikli hale yer verilmediği görülmektedir.

F. KOVUŞTURMA USULÜ, GÖREVLİ MAHKEME, CEZAI MÜEYYİDE VE DAVA ZAMANAŞIMI

1. Kovuşturma Usulü

Bilindiği üzere TCK'da bir suçun düzenlendiği madde metninde

83 ÜNVER, s. 282 – 283.

eğer suçun “şikayete bağlı” olduğu belirtilmemişse, suç re’sen kovuşturmaya tabidir. TCK 280. madde metninde suçun şikayete bağlı olarak kovuşturmaya tabi tutulacağına ilişkin bir ibare bulunmadığından, sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi suçu re’sen kovuşturulan bir suçtur.

CMK 159’da⁸⁴ şüpheli ölümün doğal nedenlerden meydana gelmediği kuşkusunu doğuracak bir nedenin varlığını veya ölünün kimliğinin belirlenememesi halinde, sağlık görevlisi bunu derhal Cumhuriyet Savcılığı’na bildirmekle yükümlüdür. CMK 159’dan kaynaklanan bildirim yükümlülüğüne aykırılık durumunda CMK 161⁸⁵ uyarınca Cumhuriyet Savcılığı re’sen harekete geçecektir.

BULUT, her ne kadar “TCK m. 280’de belirtilen suçun faili ancak kamu görevlisi olmayan sağlık mesleği mensubu olduğundan bu suçun kovuşturulmasında Cumhuriyet Savcılığı’nca ayrıca 4483 sayılı Memur ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümleri gereği yetkili makamdan soruşturma izni alınmasına ihtiyaç olmadığını, bu suçun re’sen kovuşturulan bir suç olduğunu”⁸⁶ belirtmişse de suçun re’sen kovuşturulan bir suç olduğu noktasında bir ihtilaf olmamakla birlikte, TCK 280. maddede düzenlenen suçu işleyen bir sağlık mensubunun hakkında soruşturma izni alınmaksızın, cezai takibata başlanabilmesini, sağlık personelinin kamu görevlisi olmasına bağlayan bu görüşe katılmamaktayız. Çünkü, TCK 280. maddede düzenlenen suçu işleyen sağlık personelinin soruşturma iznine tabi tutulmaması, kamu görevlisi sıfatı taşıyıp taşımayışıyla ilgili değil, CMK 161/5⁸⁷ hükmü gereğince

84 Madde 159 - (1) Bir ölümün doğal nedenlerden meydana gelmediği kuşkusunu doğuracak bir durumun varlığı veya ölünün kimliğinin belirlenememesi halinde; kolluk görevlisi, köy muhtarı ya da sağlık veya cenaze işleriyle görevli kişiler, durumu derhal Cumhuriyet Başsavcılığına bildirmekle yükümlüdürler.

(2) Birinci fıkra kapsamına giren hallerde ölünün gömülmesi ancak Cumhuriyet savcısı tarafından verilecek yazılı izne bağlıdır.

85 Madde 161 - (1) Cumhuriyet savcısı, doğrudan doğruya veya emrindeki adli kolluk görevlileri aracılığı ile her türlü araştırmayı yapabilir; yukarıdaki maddede yazılı sonuçlara varmak için bütün kamu görevlilerinden her türlü bilgiyi isteyebilir. Cumhuriyet savcısı, adli görevi gereğince nezdinde görev yaptığı mahkemenin yargı çevresi dışında bir işlem yapmak ihtiyacı ortaya çıkınca, bu hususta o yer Cumhuriyet savcısından söz konusu işlemi yapmasını ister.

86 BULUT, s. 95.

87 Madde 161 - (5) Kanun tarafından kendilerine verilen veya kanun dairesinde

somut olayın re'sen soruşturulacak haller kapsamında olması nedeniyledir.

2. Görevli Mahkeme

28/06/2014 tarihli, 29044 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren, 6545 sayılı “Türk Ceza Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” yürürlüğe girmeden önce, 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 10. maddesinde⁸⁸, kanunların ayrıca görevli kıldığı haller saklı kalmak üzere, iki yıla kadar hapis cezasını öngören suçlarla ilgili yargılamanın sulh ceza mahkemelerinde yapılacağı öngörülmüştür.

6545 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinin ardından, 5235 sayılı Kanun'un 10. madde metninden sulh ceza mahkemesi ibaresi çıkarılarak, yerine sulh ceza hakimliği ibaresi konmuştur.⁸⁹

“Kanunların ayrıca görevli kıldığı haller saklı kalmak üzere, sulh ceza ve ağır ceza mahkemelerinin görevleri dışında kalan dava ve işlere asliye ceza mahkemelerince bakılır.” şeklinde olan, 5235 sayılı Kanun'un 11. maddesi ise, 6545 sayılı Kanun ile “Kanunların ayrıca görevli kıldığı haller saklı kalmak üzere, sulh ceza hakimliği ve ağır ceza mahkemelerinin görevleri dışında kalan dava ve işlere asliye ceza mahkemelerince bakılır.” şeklini almıştır. Bu değişik ile birlikte 6545 sayılı Kanun'dan önce sulh ceza mahkemelerinin görev alanına giren suçlarla ilgili yargılama artık asliye ceza mahkemeleri tarafından yapılacaktır.

kendilerinden istenen adliye ile ilgili görev veya işlerde kötüye kullanma veya ihmalleri görülen kamu görevlileri ile Cumhuriyet savcılarının sözlü veya yazılı istem ve emirlerini yapmakta kötüye kullanma veya ihmalleri görülen kolluk Amir ve memurları hakkında Cumhuriyet savcılarınca doğrudan doğruya soruşturma yapılır. Vali ve kaymakamlar hakkında 02/12/1999 tarihli ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümleri, en üst dereceli kolluk amirleri hakkında ise, hakimlerin görevlerinden dolayı tabi oldukları yargılama usulü uygulanır. (*)

88 Madde 10 – Kanunların ayrıca görevli kıldığı haller saklı kalmak üzere, iki yıla kadar (iki yıl dahil) hapis cezaları ve bunlara bağlı adli para cezaları ile bağımsız olarak hükmedilecek adli para cezalarına ve güvenlik tedbirlerine ilişkin hükümlerin uygulanması , sulh ceza mahkemelerinin görevidir.

89 Madde 10 - (Değişik madde: 18.06.2014 - 6545 S.K./48. md.)(*)

Kanunların ayrıca görevli kıldığı haller saklı kalmak üzere, yürütülen soruşturmalarda hakim tarafından verilmesi gerekli kararları almak, işleri yapmak ve bunlara karşı yapılan itirazları incelemek amacıyla sulh ceza hakimliği kurulmuştur.

Sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi suçu için öngörülen ceza 1 yıla kadar hapis olduğundan, 6545 sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önce, bu suç dolayısıyla yapılan yargılama sulh ceza mahkemeleri tarafından yürütülmekteydi. Fakat bu değişiklikte birlikte TCK 280. maddede düzenlenen suç ile ilgili yargılama asliye ceza mahkemelerinin görev alanına girmiş bulunmaktadır.

3. Cezai Müeyyide

TCK m. 280'den kaynaklanan bildirim yükümlülüğüne aykırılık sebebiyle verilecek ceza bir yıla kadar hapis cezasıdır. Kanunda cezada alt sınır belirtilmediğinden TCK 49/1⁹⁰ uyarınca bir ay kabul edilir. Kanunda ayrıca suça ilişkin herhangi bir ağırlatıcı ya da hafifletici sebep öngörülmüş değildir. TCK m. 49/2⁹¹ uyarınca kısa süreli hapis cezası TCK m. 50/1 uyarınca adli para cezası veya diğer seçenek yaptırımlardan birine çevrilebilecektir. Ceza eğer alt sınırdan tespit edilirse (bir ay), daha önce de herhangi bir hapis cezasına mahkum edilmemişse, mahkum olunan otuz gün ve daha az süreli hapis cezası ile fiili işlediği tarihte on sekiz yaşını doldurmamış ya da altmış beş yaşını bitirmiş bulunan kişilerin mahkum edildiği bir yıl veya daha az süreli hapis cezası adli para cezası ya da diğer seçenek yaptırımlardan birine çevrilmek zorundadır. TCK m. 53'de öngörülen güvenlik tedbiri de uygulanacaktır. Güvenlik tedbirlerinin uygulanabilmesi için hapis cezasına hükmedilmesi ve bunun para cezasına çevrilmemiş veya ertelenmemiş olması gerekmektedir.⁹²

Yapılan yargılama neticesinde, sağlık mesleği mensubunun, hapis cezasına mahkum edilmesi halinde, 5237 sayılı TCK'nın 53. maddesi doğrultusunda hak yoksunluklarına tabi olup olmayacağı konusunda ise, madde metninden, söz konusu hak yoksunluklarının, kural olarak "kasten" işlenen bir suçtan dolayı "hapis cezasına" mahkumiyet durumunda ortaya çıkacağı anlaşılmaktadır. Bu maddenin 2. fıkrasına göre kişi, işlemiş bulunduğu suç dolayısıyla mahkum olduğu hapis cezasının infazı tamamlanıncaya kadar bu hakları kullanamaz. Bu hak yoksunlukları 53. maddenin 1. fıkrasında 5 bent halinde sayılmıştır⁹³:

90 Madde 49 - (1) Süreli hapis cezası, kanunda aksi belirtilmeyen hallerde bir aydan az, yirmi yıldan fazla olamaz.

91 Madde 49 - (2) Hükmedilen bir yıl veya daha az süreli hapis cezası, kısa süreli hapis cezasıdır.

92 BULUT, s. 96.

93 HIZAL, s. 124.

a) Sürekli, süreli veya geçici bir kamu görevinin üstlenilmesinden; bu kapsamda, Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliğinden veya Devlet, il, belediye, köy veya bunların denetim ve gözetimi altında bulunan kurum ve kuruluşlarca verilen, atamaya veya seçime tabi bütün memuriyet ve hizmetlerde istihdam edilmekten yoksun bırakılma,

b) Seçme ve seçilme ehliyetinden ve diğer siyasi hakları kullanmaktan yoksun bırakılma,

c) Velayet hakkından; vesayet veya kayımlığa ait bir hizmette bulunmaktan yoksun bırakılma,

d) Vakıf, dernek, sendika, şirket, kooperatif ve siyasi parti tüzel kişiliklerinin yöneticisi veya denetçisi olmaktan yoksun bırakılma,

e) Bir kamu kurumunun veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşunun iznine tabi bir meslek veya sanatı, kendi sorumluluğu altında serbest meslek erbabı veya tacir olarak icra etmekten yoksun bırakılma.

5237 sayılı TCK'nın 53. maddesinin 6. fıkrasında "Belli bir meslek veya sanatın..... gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla işlenen taksirli suçtan mahkumiyet halinde üç aydan az ve üç yıldan fazla olmamak üzere, bu meslek veya sanatın icrasının yasaklanmasına karar verilebilir" denilmektedir. Kanaatimizce sağlık mesleği mensubunun suçu bildirmeme suçu bir meslek veya sanatın yapılması esnasında işlendiği halde, bu meslek veya sanatın icrasından kaynaklanmadığından, yukarıdaki fıkra kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir.⁹⁴

4. Dava Zamanaşımı

Dava zaman aşımı, belli sürenin geçmesi nedeniyle kamu davasının açılmaması veya açılmışsa, davaya devam olunmayarak düşürülmesi sonucunu doğuran zamanaşımıdır.⁹⁵

Dava zaman aşımı TCK 66. maddede düzenlenmiş olmakla birlikte, dava zaman aşımı süreleri maddenin birinci fıkrasında beş bent halinde sıralanmıştır:

94 HIZAL, s. 125.

95 CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, s. 742.

- Kanunda başka türlü yazılmış olan haller dışında kamu davası;
- a) Ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda otuz yıl,
 - b) Müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda yirmibeş yıl,
 - c) Yirmi yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezasını gerektiren suçlarda yirmi yıl,
 - d) Beş yıldan fazla ve yirmi yıldan az hapis cezasını gerektiren suçlarda onbeş yıl,
 - e) Beş yıldan fazla olmamak üzere hapis veya adli para cezasını gerektiren suçlarda sekiz yıl, geçmesiyle düşer.

Sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi suçunun cezasının 1 yıldan az hapis cezası olarak öngörülmüş olması nedeniyle, suçla ilgili dava zamanaşımı süresi 66/1-e maddesine göre sekiz yıldır.

5. Ceza Zamanaşımı

Ceza zamanaşımı, yasada gösterilen sürenin geçmesiyle cezanın infazına engel olan zamanaşımı türüdür. Ceza zamanaşımı, failin yargılanmasının sonuçlanmasından ve suçluluğun kesin olarak belirlenmesinden sonra söz konusu olmaktadır.⁹⁶

Ceza zamanaşımı TCK'nın 68. maddesinde düzenlenmiş olup, ceza zamanaşımı süreleri, maddenin birinci fıkrasında gösterilmiştir.

Bu maddede yazılı cezalar aşağıdaki sürelerin geçmesiyle infaz edilmez: (*)

- a) Ağırlaştırılmış müebbet hapis cezalarında kırk yıl.
- b) Müebbet hapis cezalarında otuz yıl.
- c) Yirmi yıl ve daha fazla süreli hapis cezalarında yirmidört yıl.
- d) Beş yıldan fazla hapis cezalarında yirmi yıl.

96 CENTEL / ZAFER/ ÇAKMUT, s. 753.

e) Beş yıla kadar hapis ve adli para cezalarında on yıl.

Sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi suçuna ilişkin cezanın 1 yıldan az hapis cezası olarak belirlenmesi sebebiyle, TCK 280. madde ceza zamanasını anlamında TCK 68/1-e maddesi kapsamındadır. Dolayısıyla sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi suçunun ceza zamanasını on yıldır.

G. SUÇUN BENZER SUÇLARLA KARŞILAŞTIRILMASI

Suçu bildirmeme suçları 5237 sayılı TCK'nın "Adliyeye Karşı Suçlar" başlığını taşıyan "İkinci Bölümü'nde" düzenlenmiştir. TCK 278. maddede⁹⁷ düzenlenen "Suçu Bildirmeme" suçu ile tüm vatandaşlara, TCK 279. maddede⁹⁸ düzenlenen "Kamu Görevlisinin Suçu Bildirmemesi" suçu ile kamu görevlilerine, TCK 280. maddede düzenlenen "Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi" suçu ile sağlık mesleği mensuplarına suçu bildirme yükümlülüğü getirilmiş, bu yükümlülüğün ihlali halinde ilgili maddelerdeki cezalar öngörülmüştür.

Herkese suçu bildirmeme yükümlülüğü yükleyen m. 278'den sorumluluğun doğabilmesi için ilk olarak işlenmekte olan bir suç olmalıdır.

97 Madde 278 - (İptal: Anayasa Mah. 30/06/2011 tarih ve E. 2010/52, K. 2011/113; Değişik madde: 02.07.2012 - 6352 S.K./91. md.)(*)(**)

(1) İşlenmekte olan bir suçu yetkili makamlara bildirmeyen kişi, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) İşlenmiş olmakla birlikte, sebebiyet verdiği neticelerin sınırlandırılması halen mümkün bulunan bir suçu yetkili makamlara bildirmeyen kişi, yukarıdaki fıkra hükmüne göre cezalandırılır.

(3) Mağdurun onbeş yaşını bitirmemiş bir çocuk, bedensel veya ruhsal bakımdan engelli olan ya da hamileliği nedeniyle kendisini savunamayacak durumda bulunan kimse olması halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza, yarı oranında artırılır.(***)

(4)Tanıklıktan çekinebilecek olan kişiler bakımından cezaya hükmolunmaz. Ancak, suçu önleme yükümlülüğünün varlığı dolayısıyla ceza sorumluluğuna ilişkin hükümler saklıdır.

98 Madde 279 - (1) Kamu adına soruşturma ve kovuşturmayı gerektiren bir suçun işlendiğini göreviyle bağlantılı olarak öğrenip de yetkili makamlara bildirimde bulunmayı ihmal eden veya bu hususta gecikme gösteren kamu görevlisi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Suçun, adli kolluk görevini yapan kişi tarafından işlenmesi halinde, yukarıdaki fıkraya göre verilecek ceza yarı oranında artırılır.

İkinci olarak tamamlanmış yani işlenmiş olmakla birlikte sebebiyet verdiği neticelerin sınırlandırılması mümkün olan bir suçu öğrenen, yine etkili makamlara bildirimde bulunmak yükümü altındadır. Örneğin, hürriyeti tahdit edilen kişinin nerede tutulduğunu bilen kimsenin durumu yetkili makamlara ihbar etmemesi. Bu suçta mağdurun on beş yaşını bitirmemiş çocuk, bedensel veya ruhsal bakımdan özürlü veya hamileliği nedeniyle kendisini savunamayacak durumda bulunan bir kimse olması cezayı arttıran nitelikli unsurdur. Ayrıca 278. maddenin oluşmasında suçlar arasında herhangi bir ayırım yapılmamıştır. Şikayete bağlı olsun olmasın tüm suçlar için yükümlülük öngörmüştür.⁹⁹

TCK 278 ve TCK 280 maddeleri birlikte değerlendirildiğinde, TCK 278'in herkes için bildirim yükümlülüğünü düzenlemesi ve üçüncü fıkrasındaki şartların oluşması durumunda daha fazla ceza verilmesini öngören nitelikli hali barındırması, TCK 278'in, TCK 280'den ayrılan yönleri olarak göze çarpmaktadır.

Öte yandan mevcut TCK 278. maddenin, Anayasa Mahkemesi'nin 30.06.2011 tarihli, 2010/52 E. – 2011/113 K. sayılı kararıyla¹⁰⁰ değişikliğe uğradığından da bahsetmek gerekir. Mağdur kız kardeşin cinsel istismarı iddiasıyla kardeş sanıklar hakkında kamu davası açılmış, ayrıca bir kısım sanıklarla birlikte mağdurun annesi hakkında da “suçu bildirmeme” suçu nedeniyle kamu davası açılmıştır. Bunun üzerine Cumhuriyet Savcısının itirazı, Yerel Mahkemece haklı bulunarak, maddenin iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvuruda bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesi'nin ilgili kararında, “Anayasanın 38. maddesinde suç ve cezalara ilişkin temel ilkelere yer verilmiştir. Bunlardan biri de maddenin beşinci fıkrasında “Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz.” biçiminde ifade edilmiştir. Aynı zamanda evrensel bir ceza hukuku ilkesi olan bu anayasal hüküm karşısında yasa koyucu, kişinin kendisini ve yasadaki gösterilecek belli derecedeki yakınlarını suçlayıcı bir beyanda bulunmaya zorlayan bir düzenleme yapamaz. İtiraz konusu kuralda, işlenmekte olan veya işlenmiş olmakla birlikte sebebiyet verdiği neticelerin sınırlandırılması halen mümkün bulunan

99 BULUT, s.96-97.

100 06.2011 tarihli, 2010/52 E. – 2011/113 K. sayılı Anayasa Mahkemesi Kararı. <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2011/10/20111015-15.htm> (Erişim tarihi: 05.10.2014)

bir suçta yetkililere bildirmeyenlerin maddede öngörüldüğü biçimde cezalandırılacakları belirtilirken, gerek maddede, gerekse bu maddeye atıf yapılacak biçimde başka bir yerde, bu suçun fail veya failleriyle anılan suçta bildirmeyen kişi arasındaki yakın akrabalık durumu cezasızlık açısından ayrı tutulmamıştır. Açıklanan nedenle kural Anayasa'nın 38. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.”denilerek, TCK 278. maddesinin Anayasaya aykırı olduğu kanaatine varılmakla birlikte düzenleme oyçokluğuyla iptal edilmiştir.

Daha sonrasında ise kamuoyunda 3. Yargı Paketi olarak bilinen, 05.07.2012 tarihli, 28344 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren, “Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun” ile yeniden düzenlenen TCK 278. maddeye, tanıklıktan çekinebilecek olan kişilerin, suçta bildirmeme suçunu işlemeleri durumunda, TCK 278’de öngörülen ceza ile cezalandırılmayacaklarına yönelik 4. fıkra eklenmiştir.

Kanaatimizce, tanıklıktan çekinebilecek kişilerin “suçta bildirmeme” suçunu işlemeleri durumunda cezalandırılmaması amacıyla maddeye eklenen dördüncü fıkra, yerinde bir düzenleme olmuştur. Maddenin önceki halinin, Anayasada ve CMK’da düzenlenen “Kimsenin kendisini ve yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmaya zorlanamayacağı” ilkesine aykırılık oluşturduğu açıktır. Maddenin eski halinde, tanıklıktan çekinebilecek kişilerin dahi yakınlarının işlemiş oldukları suçta bildirme yükümlülüğü altında tutulması, kişinin tanıklıktan çekinme hakkı olmasına rağmen kişiyi, suçta bildirmeye zorlaması yönüyle Anayasanın 38/5¹⁰¹ hükmüne aykırılık teşkil etmiştir.

Kimsenin kendisini ve yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmaya zorlanmayacağı ilkesinin anlamı şudur: Kimse kendi işlediği suçta ispatlanması konusunda kovuşturma organlarıyla işbirliğinde bulunmak zorunda olmayıp, bu konuda serbesttir. Sanık susma hakkını kullanabileceği gibi, gerekirse kendisini aktif olarak savunarak da suçlamadan kurtarabilir. İlkenin CMK m. 90, Yakalama Yönetmeliği m. 6/4 ve CMK m. 147’de düzenlendiği söylenmelidir. Her ne kadar ilkeden açıkça söz edilmiş olmasa da şüpheli ya da sanığın kanuni hakları içinde olduğu kuşkusuzdur.¹⁰²

101 Madde 38 – (5) Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz.

102 ÖZBEK/KANBUR/ DOĞAN/ BACAKSIZ/ TEPE, “Ceza Muhakemesi

Nemo tenatur ilkesi olarak adlandırılan bu esas, ceza muhakemesinin yürüyüşüne ilişkin bir insan hakkını oluşturmaktadır. İlke kişiyi, sadece kendisini değil, yakınlarını da suçlayıcı beyanlarda bulunmaya zorlamaktan korumaktadır. Hükümle, kişilerden kendisini veya yakınlarını suçlayıcı beyanlarda bulunmasının veya bu yolda delil göstermesinin beklenemeyeceği belirtilmiş, böylelikle bildirim yükümlülüğünün ihmali bakımından bir mazeret sebebi oluşturulmuştur.¹⁰³

Madde 279 ise, kamu görevlisinin suçu bildirmemesi suçunu düzenler. Suçun oluşabilmesi için kamu görevlisinin görevini yaptığı sırada, görevle bağlantılı kamu adına soruşturma ve kovuşturmayı gerektiren suçun işlendiğini öğrenmiş olması gerekir. Bu durumda m. 279'dan sorumluluğun doğabilmesi için suçun re'sen kovuşturulabilir bir suç olması gerekir. Ancak bu suçu bizzat kendi ya da yakınlarından biri işlemişse yetkili makamlara haber vermediğinden cezalandırılması da düşünülemez. Ayrıca m. 279'a aykırı davranan kamu görevlisi adli kolluk görevlisi ise cezası arttırılır. (TCK m. 279/2).

Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin 10.06.2009 tarihli ve 2007/12719 E. – 2009/11588 K. sayılı kararında¹⁰⁴, dört kişiyi köpek ısırmasına ilişkin olayda, olaya ilişkin bilginin sağlık ocağı hekimi tarafından İlçe Tarım Müdürlüğü'ne bildirilmiş, fakat İlçe Tarım Müdürü'nün suçu ilgili makamlara bildirmemesinden dolayı bu eylemin suç oluşturmadığına yönelik Yerel Mahkeme kararı bozulmuştur. Kanaatimizce Yargıtay'ın bozma kararı yerindedir. Çünkü, olayda bildirim yükümlülüğünün ihlal edildiği ortadadır. Sağlık ocağı hekimi, durumu yetkili makama bildirerek,

Hukuku”, Seçkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 71.

103 ÜZÜLMEZ, s. 839.

104 YAŞAR / TAHSİN / GÖKCAN, s. 8047.

“İlçe Tarım Müdürü olan sanık Arif T.’nin 10.01.2005 ile 09.03.2005 tarihleri arasında meydana gelen ve doğrudan kamu adına kovuşturulması gereken köpek tarafından dört kişinin ısırılması vakasından sağlık ocağı hekimi Murat K.’nin yazıyla kendisine bildirmesi nedeniyle haberdar olmasına karşın, bu olayları soruşturmayı yapabilecek makamlara bildirmemek suretiyle, zincirleme biçimde atılı suçları işlediği anlaşıldığından; memur tarafından bildirilmesi gereken suçun yakınmaya bağlı nitelikte olduğu, göreviyle ilgisi bulunmadığı; eylemin suç oluşturmadığına ilişkin yanılgıların da kastı ortadan kaldırmadığı gözetilmeden hükümlülüğü yerine beraatine karar verilmesi, yasaya aykırıdır.” (Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin 10.06.2009 tarihli ve 2007/12719 E. – 2009/11588 K. sayılı kararı.)

bildirim yükümlülüğünü yerine getirmiştir. Fakat, İlçe Tarım Müdürü bildirim yükümlülüğünü yerine getirmeyerek, halk sağlığını tehdit eden bir vakayı ilgili makamlara bildirmemiştir. Bu noktada İlçe Tarım Müdürü'nün hangi suçu işlediği konusu da tartışmalıdır. Sağlık ocağı hekimi kendisi bildirim yükümlülüğünü ihlal etmiş olsa idi, TCK 280, sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi suçu oluşacaktı. Hekimin, amirine bu durumu bildirmesi ve fakat amirin, durumu ilgili makamlara bildirmemesi durumunda yine TCK 280. maddede düzenlenen suç oluşacaktı. Olayda sağlık mesleği mensubu olmayan İlçe Tarım Müdürünün bildirim yükümlülüğünü ihlal etmesi TCK 279, kamu görevlisinin suçu bildirmemesi suçunu mu, yoksa TCK 257/2, görevi ihmal suçunu mu oluşturacaktır? Kanaatimizce, kamuyu ilgilendiren bir meselenin ilgili makamlara bildirilmemesi dolayısıyla İlçe Tarım Müdürünün TCK 279. maddede düzenlenen, kamu görevlilerinin suçu bildirmemesi suçunu işlediğini söylemek mümkündür.

Madde metninde açıkça belirtilmemiş ise de, ihbar edilmesi gereken suçun, failin işlemediği veya iştirak etmediği bir suç olması gerekir. Bu görüşün dayanağı Anayasanın 38/5. maddesidir. Kanımızca kendisinin de katıldığı suçun ihbar edilmemesi halinde failin Anayasal hakkını kullandığı ve fiilin suç oluşturmadığı kabul edilmelidir. 765 sayılı Kanun uygulamasında Yargıtay da bu görüşte karar vermiştir: “Köy muhtarı olan sanığın suçlulara yardım ve yataklık suçundan hüküm giymesine karşısında, bizzat faili olduğu bir suçu kabul ve dolayısıyla ihbar zorunluluğu bulunmadığı gözetilmeden TCK'nın 235. maddesiyle hükümlülüğüne karar verilmesi yasaya aykırıdır.”¹⁰⁵ (Yargıtay 4. Ceza Dairesi., 16.12.1997, 1065/11217)

TCK 278., 279. ve 280. maddelerde ihbar edilecek suçlar arasında sivil kişiler aleyhine yapılan hatalı düzenlemenin değiştirilmesi gereğinden farklı olarak, mevcut maddelerin karşılaştırılması durumunda, kamu görevlilerinden bağımsız olarak sağlık personeli için ayrı bir norm sevk etmenin amaç ve nedeni de bizi, sağlık personeli hakkında (kamu görevlisi olsun olmasın) asli normun 280. maddedeki düzenleme olduğunu kabule zorlar. Kamu görevlileri sadece sağlık personelinin ibaret değildir, sağlık personeli arasında kamu görevlisi olup olmamasına göre bir ayırım yapmak ve kamu görevlisi sağlık personeline daha az yükümlülük yüklenmiş gibi yorum yapmak yerinde olmadığı gibi, madde metninin ratio legis, lafzı ve

105 GÖKCAN, Hasan Tahsin, “Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Ceza Sorumluluk”, Seçkin Yayınları 2013, s. 844.

sistematik yorumlarına da aykırıdır.¹⁰⁶

Faillik statüsü açısından önemli bir sorun da, bu düzenlemede (TCK 280) fail ile suçunun bildirilmesi yükümlülüğü yüklenen kişi arasındaki akrabalık ilişkisinin hiç dikkate alınmamasıdır. Gerek failin, kendi işlediği bir suçun varlığına gerek belirli yakınlarının işlediği suçun varlığına yönelik belirtileri öğrenmesi durumunda bunun bir cezasızlık nedeni olarak düzenlenmeyişi, Anayasa m. 38'deki kimsenin kendisi ve yakınları aleyhine beyanda bulunmaya veya delil vermeye zorlanamamasını düzenleyen hükme aykırılık oluşturmaktadır. Bunun bir cezayı hafifleten neden olarak dahi düzenlenmeyişi, Kanun koyucunun bu Anayasaya aykırılıkta oldukça aşırıya gittiği ve benzer birkaç suçta buna yer vermesi nedeniyle, bilinçli ve fakat hukuka aykırı bir tercih olduğunu göstermektedir.¹⁰⁷

TCK 279 ve TCK 280 arasında kamu görevlisi olan ve olmayan sağlık mesleği mensubu ayrımı yapılmasına yönelik görüşe katılmadığımızı daha önce belirtmiştik. Bununla birlikte TCK 280. maddenin, TCK 279'un bir alt normu değil, kamu görevlisi olsun veya olmasın sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmeme yükümlülüğünü düzenleyen asli bir norm olduğu görüşüne de katılmaktayız.

H. 5237 SAYILI TCK'NIN 280. MADDESİ İLE 765 SAYILI TCK'NIN 530. MADDESİNİN KARŞILAŞTIRILMASI

5237 sayılı TCK'nın 280. maddesinde düzenlenen olan "sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi" suçu ile mülga 765 sayılı TCK'nın 530. maddesinde düzenlenmiş olan "cürmü haber vermekte zuhul" suçu arasında birçok farklılık bulunmaktadır:

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda bu suç kabahat olarak cezalandırılmıştı. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda kabahatler suç olmaktan çıkarılmış, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu ile bazı kabahatleri bu kanunda düzenlerken bazı kabahatleri ise suç kabul ederek, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda düzenlemiştir. Sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi de suç olarak düzenlenmiştir.¹⁰⁸

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda suçun faili olarak hekim, cerrah, ebe veya "sair sıhhiye memurları" gösterilmiştir. Sıhhiye memurları

106 ÜNVER, s. 266.

107 ÜNVER, s. 266-267.

108 BULUT, s. 99.

kavramından sağlık mesleğini yerine getiren kimseler anlaşılmaktadır. Yan sağlık hizmeti icra eden eczacı, ilaç üreticisi bu suçtan sorumlu olmamaktadır. Oysa 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda sorumlu olan kişi alanı genişletilmiştir.¹⁰⁹

765 sayılı Türk Ceza Kanunu sadece “adam öldürme” ve “yaralama” türünden “şahıslar aleyhine işlenmiş” suçların bildirilmesi yükümlülüğünü öngörürken, yeni düzenlemede herhangi “bir suçun işlendiği yönünde bir belirti ile karşılaşan” sağlık çalışanı bunu bildirmekle yükümlü tutulmuştur. Böylece ihbar yükümlülüğünün kapsamı genişletilmiştir.¹¹⁰

TCK.m.530'da “bu ihbar kendisine yardım ettikleri kimseyi takibata maruz kılacak ahval müstesna” kabul edilirken, yeni düzenleme (YTCK.m.280) istisnaya yer vermeyerek, sağlık çalışanlarının tedavisine yardım ettikleri hastaların kovuşturulmasını gerektirecek suçların da bildirilmesini emretmektedir. Bu durum, hasta hakları duyarlılığı yönünden önemli sakıncalara elverişlidir. Böylece, her hangi bir nedenle suça bulaşmış kimseler, ihbar edilmek korkusuyla sağlık kurumlarına başvurmak ve tedavi olmaktan kaçınacaktır. Bu durum, hastanın en temel hakkı olan tedavi olma hakkını elinden almaktadır. Şimdi artık, hasta hakkında kovuşturma gerektirecek bir suçun da bildirilmesi söz konusu olduğundan; hastalar tedavi olmak amacıyla sağlık kurumlarına başvurmaktan kaçınabileceklerdir. Örnek olarak, ölümlü bir kavgada yaralanmış bir hastanın ihbar edileceği korkusuyla tedaviden uzak durması ya da ehliyetsiz kişilere başvurması mümkündür. Bir başka açıdan, pişmanlık duyan suçlunun suç mağdurunu hekime götürebilmesi için ihbar edilme korkusu taşımaması gerekir.¹¹¹

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda bu davranışın yaptırımı sadece para cezası iken, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda para cezası veya hapis cezasıdır. (diğer tedbirlere çevrilebilir.)¹¹²

TCK.m.530'da “icap eden yardımı ifa ettikten sonra” bildirim yükümlülüğü öngörülmüşken; YTCK.m.280'de bu hususa değinilmemektedir. Hekimlerin asli görevi, hastalarını tedavi etmek ve onları sağlığına kavuşturmak olduğundan, tedavi sırasında sağlık

109 BULUT, s. 99.

110 DERYAL, s. 78.

111 DERYAL, s. 79.

112 BULUT, s. 99-100.

çalışanlarını suç bildirimini ile meşgul etmemek için öncelikle tedaviyi gerçekleştirmesi, acil ve gerekli tıbbi müdahaleyi yaptıktan sonra suç bildiriminde bulunması esası benimsenmiştir. Yeni Ceza Kanunu, bu yerinde ilkeye yer vermeyerek sağlık çalışanlarını ceza tehdidi altında öncelikle suçu ihbar etmek telaşına düşürmüş, tedavi amacını göz ardı etmiştir. Sağlık çalışanlarının asli görevi hastanın sağlığı ile ilgilenmek olmalıdır. Suçların önlenmesine yardımcı olmak üzere ihbarda bulunmak görevi sağlık çalışanlarının tali (ikincil) bir görevi olabilir ve bu görev asli görevin icrasına zarar vermemelidir.¹¹³ Madde hükmü bu yönüyle, hekimin tedavi ve sır saklama yükümlülüğü ile hasta haklarına ilişkin ilkeler nazara alındığında önemli bir çelişki doğurmaktadır. Nitekim örneğin CMK'nın 46/1. maddesinin (b) bendinde, sağlık mesleği mensuplarına hastaları ve yakınları hakkında öğrendikleri bilgiler bakımından tanıklıktan çekinme hakkı tanınmıştır.¹¹⁴

Görüldüğü üzere 5237 sayılı TCK ile suç, kabahat olmaktan çıkarılmış, suçun faili olabilecek kişiler açısından daha geniş bir düzenlemeye gidilmiş, bildirim yükümlülüğünün kapsamına tüm suçlar alınmış, kendisine yardım ettikleri kimseyi takibata maruz kılacak durumun istisna olduğu hale yeni kanunda yer verilmemiş, suçun cezasının arttırılması öngörülmüş ve TCK 280'in belki de en büyük eksikliklerinden birisi olan, 765 sayılı TCK'da bulunan "önce müdahale sonra bildirim" ilkesine yer verilmemiştir.

I. SUÇUN KARŞILAŞTIRILMALI HUKUKTA İNCELENMESİ

1. İtalyan Ceza Kanunu'nda Sağlık Mesleği Mensubunun Bildirim Yükümlülüğü

1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'nun 439. maddesinde düzenlenmiş olan sağlık personelinin ihbar yükümlülüğü, 1930 tarihli Yeni İtalyan Ceza Kanunu'nun 365. maddesinde yer almıştır. Yeni İtalyan Ceza Kanunu'nun 365. maddesine göre "sağlık hizmetlerini ifa eden kimse, re'sen takibi gerekli bir suçun vasıflarını görürse, hizmetini ifa ettikten sonra, resmi makamlara bildirmez yahut bildirmede gecikirse" cezalandırılır. Bu hüküm kabahatler bölümünde değil, cürümler bölümünde "Adliyyeye Karşı Cürümler" arasında yer almakta ve şöyle devam etmektedir: "Kendisine yardım edilen kimse ceza takibine maruz kalacak ise, bu hüküm uygulanmaz."¹¹⁵

113 DERYAL, s. 79.

114 PARLAR / HATİPOĞLU, s. 4325.

115 HIZAL, s. 24.

Bu madde İtalya’da sert tepkilere neden olmuş, hekimin “muhbir” haline getirilemeyeceği, bir yandan “meslek sırrı” kabul edilirken diğer yandan ihbar zorunluluğunun çelişki olduğu, maddenin bir çeşit “casusluk” sonucunu doğuracağı yönünde eleştirilmiştir. İtirazlar karşısında maddeye 2. fıkradaki şart eklenmiştir. “Bu ihbar kendisine yardım edilen kimseyi takibe maruz kılacak” nitelikte ise ihbar zorunluluğu yoktur. Ancak bu durum ihbarın dolaylı bir takibe vesile olması hallerini içermez. Sadece ihbar sebebiyle doğrudan kişi hakkında takibat yapılacaksa, ihbar zorunluluğu yoktur. Aynı şekilde ihbarın yapılması halinde kendisine karşı işlenen cürümden dolayı, kişinin yakın akrabasının takibe uğraması ihtimali, ihbar zorunluluğunu ortadan kaldırmaz.¹¹⁶

Sağlık hizmetini ifa eden kimse suçun failidir. Mesleklerini gayri meşru bir şekilde icra edenler bu madde ile cezalandırılmazlar. Muayene ve tedavi birden fazla kişi tarafından yapılmışsa her birinin ihbar zorunluluğu vardır. Yan sağlık hizmetlerini icra edenler (eczacılar, ilaç imal edenler gibi) bu madde dışında kalmaktadır. Ancak sağlık hizmeti verenlere yardım edenler bu madde kapsamına dahil edilmiştir.¹¹⁷ İtalyan mevzuatında doktorlar, eczacılar, veterinerler ve dişçilerin bu suç açısından fail sayılıp kendilerine ihbar hukuki yükümlülüğü yüklenmekle birlikte, genelde bu suçun fail statüsü açısından sınırlı olduğu ve aynı alandaki bazı meslek mensuplarının, örneğin diş teknisyeni, gözlükçü, ortopedik araç ve protez teknisyeni gibi sağlık hizmetlerine yardımcı olan meslek sahiplerinin bu tür ihbar yükümlülüklerine yer verilmediği belirtilmektedir.¹¹⁸

Re’sen takibi gerekli bir suçun vasıflarının görülmesi, ihbar edilecek suçu oluşturur. Mevzuatın aksine Yeni İtalyan Ceza Kanunu yalnız “şahıslara karşı cürümleri” değil, tüm cürümleri nazara almıştır. Yeni İtalyan Kanunu’nun cürmün re’sen takibinin gerekli olmasını araması sebebiyle şikayete, talep ve izne bağlı suçlar kapsam dışı kalmıştır. Yani bu tip suçlarda ihbar zorunluluğu yoktur. Gerekli yardımın yapılmasından sonra ihbar zorunluluğu, yardımın gecikmesine engel olmamak için öngörülmüştür. Yeni İtalyan Ceza Kanunu (m.365) ihbarın yapılacağı makamı “Adli makam veya ihbarı Adli makama bildirecek makam” olarak belirtir. Kanun bir süre kabul etmemiş, yalnız gecikmeyi suç saymıştır. Ağır yaralamada, hayati tehlikede ihbar hemen yapılmalıdır. İtalyan

116 HIZAL, s. 24.

117 HIZAL, s. 24.

118 ÜNVER, s. 264.

Usul Kanunu (m.102) acele olmayan hallerde ihbar için 24 saatlik bir süre tanımıştır. Yeni İtalyan Kanunu fiili “cürüm” saydığına göre “kast” aranacaktır.¹¹⁹

Roma-İtalya Hukukunda Silvio Berlusconi liderliğindeki hükümetin hazırladığı güvenlik paketinde yer alan, ancak insan hakları açısından da ciddi sakıncaları da bünyesinde barındıran, hekimlere ve hemşirelere yasadışı göçmenler hakkında suç duyurusunda bulunma zorunluluğu getiren 39. madde Bağımsız Senato’da kabul edilmiştir. Yeni düzenleme sonucunda İtalya’da yasadışı durumda olan ya da oturma izni sorunu bulunan göçmenlerin hastalanmaları durumunda sağlık kurumlarına başvurmamasını da beraberinde getirecektir. Sağlık hakkı zarar görmektedir.¹²⁰

1930 tarihli İtalyan Ceza Kanunu’nun 365. maddesi ile 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 280. maddesi arasında birtakım benzerliklerin yanı sıra birçok fark da mevcuttur. İtalyan Ceza Kanunu’nun 365. maddesine bakıldığında, 765 sayılı TCK’nın 530. maddesi ile daha fazla benzer yönünün bulunduğunu söylemek mümkündür. İtalyan Ceza Kanunu’nun 365. maddesi ile TCK 280 arasındaki benzerlik ve farkları incelemek gerekirse;

a-) İtalyan Ceza Kanunu’nda bildirim yükümlülüğünün kapsamına re’sen takibi gerekli suçlar alınmışken, TCK 280’de bu tür bir ayrıma gidilmemiş, takibi şikayete bağlı ve re’sen takibi gerekli suçlar için bildirim yükümlülüğünün varlığı kabul edilmiştir.

b-) İtalyan Ceza Kanunu’nda, sağlık mesleği mensubunun hizmetini ifa ettikten sonra, bildirim yükümlülüğünü yerine getirmesine yönelik düzenleme mevcuttur. Bu düzenlemenin amacı, sağlık mesleği mensubunun birincil görevi olan kendisine gelen vaka ile ilgilenmede gecikme gösterilmesinin önüne geçilmek istenmesidir. Bu düzenleme, sağlık mesleği mensuplarının asli görevlerini ifa etmesi yönünde yerinde bir düzenleme olmakla birlikte, böyle bir düzenlemenin TCK 280 içeriğinde bulunmaması çok büyük bir eksikliktir.

c-) Suçun maddi unsuru her iki kanunda da resmi makamlara bildirmeme veya geç bildirme şeklindedir.

119 HIZAL, s. 25.

120 BULUT, s. 101.

d-) Yine suçun her iki kanunda da “Adliyeye Karşı İşlenen Suçlar” başlığı altında düzenlenmiş olması, İtalyan Ceza Kanunu ve TCK arasındaki benzer yanlardandır. Bilindiği üzere suç, 765 sayılı TCK’da kabahatler bölümünde düzenlenmiştir.

e-) “Kendisine yardım edilen kimsenin takibata maruz kalması gibi bir durumun varlığında” ihbar yükümlülüğünün doğmadığı kuralını içeren İtalyan Ceza Kanunu, bu yönden 765 sayılı TCK ile benzerlik göstermiştir. Bu hüküm konulmakla, her hangi bir nedenle suç işlemiş kimselerin, ihbar edilme korkusuyla sağlık kurumlarına başvurma ve tedavi olmaktan kaçınmasının önüne geçilmek istenmiştir. TCK 280 hükmünün, 765 sayılı TCK 530. maddenin muadili olarak ihdas edilmesine rağmen bu şekilde bir ibareyi içermemesi, suç işleyen kimselerin sağlık kurumlarına başvurma hususunda tereddüt göstermesine yol açmış, sağlık hakkına aykırılık teşkil etmiştir. Bu yüzden Bağımsız Senato tarafından kabul edilen İtalya’da yasadışı durumda olan ya da oturma izni sorunu bulunan göçmenler hakkında bildirim yükümlülüğünün düzenlenmiş olması da sağlık hakkına aykırılık teşkil etmiştir.

f-) İtalyan Ceza Kanunu bildirim yükümlülüğü bulunan kişiler arasında, eczacı, diş teknisyeni, protez teknisyeni vb. kişileri düzenlenmemişken, TCK 280/2. maddede, tabip, diş tabibi, eczacı, ebe, hemşire ve sağlık hizmeti veren diğer kişiler denilerek sorumluluk çok geniş bir alana yayılmıştır. Suçun şüphelisi olabilecek kişilerin kapsamının bu kadar geniş tutulmasının kanunun amacına (occassio legis) aykırı olduğu kanaatindeyiz. Örneğin, eczacının niçin bildirim yükümlülüğü bulunan kişiler arasında düzenlendiği anlaşılamamaktadır.

g-) Yalnızca şahıslara karşı işlenen cürümlerin değil, tüm suçların bildirim yükümlülüğü kapsamında tutulması, İtalyan Ceza Kanunu ve TCK arasındaki benzer yanlardandır.

h-) İtalyan Ceza Kanunu’nda bildirim yükümlülüğünü yerine getiren sağlık mesleği mensubunun, bu bildirim yükümlülüğünü adli makam ya da adli makama bildirecek makama başvurarak yerine getirmesi şeklinde bir düzenleme mevcut iken, TCK’da yalnızca “yetkili makamlar” ibaresinin kullanılmış olması TCK 280’in müphem yanlarından birisidir.

1-) Gerek İtalyan Ceza Kanunu’nda gerek TCK’da bildirim

yükümlülüğünün yerine getirilmesi için herhangi bir süre öngörülmemiştir. İtalyan Ceza Usul Kanunu acele olmayan hallerde ihbar için 24 saatlik bir süre tanımıştır. Fakat TCK’da bu yönden bir sürenin öngörülmemiş olması uygulamada sorunlara neden olabilecektir. Sürenin makul, kabul edilebilir olup olmadığı Mahkemenin takdirine bırakılmıştır. Hâlbuki bu süreyi yargıcın takdirine bırakmak yerine makul bir sürenin öngörülmesi ve yasada bunun net olarak düzenlenmesi yerinde olacaktır.

2. Alman Ceza Kanunu’nda Sağlık Mesleği Mensubunun Bildirim Yükümlülüğü

Eski Doğu Alman Kanunu’nun 225 ve devamı maddelerinde bir suçun ihbarının ihmali düzenlenmiştir. 1871 yılında yürürlüğe giren Alman Ceza Kanunu’nun “Devlete Karşı İşlenen Suçlar” bölümünde “Adliye Aleyhine İşlenen Suçlar” başlığı altında 138. maddede “Planlanmış olan suçları ihbar etmeme suçu” düzenlenmiştir. Gerçek ihmali suçu olarak bu suç, hem kamunun güvenliğini sağlamak mükellefiyetinde bulunan adli mercilere, hem de işlenmek üzere olan suç ile tehdit edilen hukuki menfaatlere karşı işlenen bir suçtur. Suç işleme planını veya halen işlenmekte olan suç, kanaat verici bir şekilde öğrenen kişi tarafından ihbar edilmesi mecburi olan suçlar, Alman Ceza Kanunu’nun 138.maddesinde sayılmıştır. Burada sayılan suçlardan başka, kurulmak üzere olan bir terör birleşimi ile, Alman Ceza Kanunu’nun 129 a maddesinin 3. fıkrası uyarınca cezalandırılmış bulunan (üye olmak, desteklemek veya propaganda yapmak) fiilleri ihbar mecburiyeti, 1976 yılında kanuna eklenmiştir.¹²¹

139.maddede, din adamları, aile mensupları, avukatlar, müdafiler ve doktorlar bakımından, planlanan suç ihbar etmeme suçu açısından cezasızlık sebebi kabul edilmiştir. Ancak, din adamları dışında kalan kişilerin cezasızlık sebebinden yararlanabilmeleri için, fiile engel olmak için ciddi şekilde çaba göstermiş olmaları şarttır. Bu kişiler belli bazı ağır suçları da ihbar etmek mecburiyetindedirler.¹²²

Alman Ceza Kanunu belirli suçlar açısından hekimin ilgili kimseyi bu suçu işlemekten vazgeçirmeye yönelik gerekli çabayı göstermiş olmak kaydı ile bildirim yükümlülüğünün bulunmadığını ve bildirmez ise sorumlu olmayacağını düzenleyerek, TCK’ya nazaran çok daha yerinde bir çözüm getirmiştir. Çok sınırlı da olsa, Alman mevzuatında da hekimin ihbar yükümlülüğü vardır. Hekimin mesleğini icra ederken öğrendiği sırları

121 HIZAL, s. 26.

122 HIZAL, s. 26.

saklaması yükümlülüğü, Alman Ceza Kanunu'nun 203. paragrafında özel biçimde ve ihlali ise suç olarak düzenlenmiştir. Bu susma (sır saklama) yükümlülüğünün amaç ve anlamı, bir kimsenin belirli bir meslek grubuna veya özel ya da resmi kamu kuruma güvene dayalı olarak açıklanan kişisel yaşam alanı ile mahrem alanın korunmasıdır. Bu yükümlülük, aynı zamanda, anayasal dayanağı da bulunan bireyin aydınlatılmaya dayalı olarak kendi geleceğini özgürce belirleme hakkını da korumaktadır. Bireyin bu hakkı, Alman Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasa'nın 1. maddesi ile 2. maddesinin 1. fıkrasından hareketle geliştirilmiştir.¹²³

Alman hukukunda hekimin suç ihbar yükümlülüğü sadece ağır bazı suçlarda söz konusudur. Örneğin basit ve nitelikli adam öldürme suçları (prg. 211 ve 212), soykırım suçu (prg. 220a, Abs. 1. Nr:1), tehdide dayalı insan yağması suçu (prg. 239a, Abs. 1), rehine alma suçu (prg. 239b, Abs. 1) veya bir terör örgütü (prg. 129a) aracılığıyla hava nakil aracına saldırı suçu (prg. 316c, Abs. 1.). Hekimin bu belirtilenler dışında ihbar yükümlülüğü, Enfeksiyon Kanunu, Nüfus Sicili Kanunu, Sosyal Kanun ve Organ Nakli Kanunu'nda bulunmaktadır.¹²⁴

Alman Ceza Kanunu'nda düzenlenen bildirim yükümlülüğü ile TCK 280 düzenlemesi arasında da birtakım benzerlikler ve farklılıklar bulunmaktadır. Şöyle ki;

a-) Alman Ceza Kanunu'nun 138. maddesi de tıpkı TCK 280. madde gibi "Adliye Karşı İşlenen Suçlar" bölümünde düzenlenmiştir.

b-) Alman Ceza Kanunu'nun 138. maddesinde yer alan düzenleme "Planlanmış olan suçları ihbar etmeme" suçunu düzenlemiştir. Madde, hekimleri de kapsamaktadır. Fakat TCK 280. maddede olduğu gibi yalnızca sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesine özgü bir hüküm koyma yoluna gidilmemiştir. Bunun yerine TCK 278, 279 ve 280'in birleşimi niteliğinde olan bir madde ile bildirim yükümlülüğünün ihlali düzenleme alanı bulmuştur.

c-) Alman Ceza Kanunu'nun din adamları, aile mensupları, avukatlar, müdafiler ve doktorlar için istisna niteliği taşıyan 139. maddesine benzer bir düzenlemenin TCK'da olmaması büyük bir eksikliklerdir. Sır saklama yükümlülüğü bulunan kimselerin bu şekilde istisnaya tabi tutulması

123 ÜNVER, s. 271.

124 ÜNVER, s. 272.

yerinde bir düzenleme olmuştur.

d-) Alman Ceza Kanunu hekimin sorumluluğuyla ilgili olarak hekimin ilgili kimseyi suçu işlemekten vazgeçirmeye yönelik gerekli çabayı göstermiş olmak kaydı ile bildirim yükümlülüğünün bulunmadığını ve bildirmez ise sorumlu olmayacağına yönelik düzenlemeye yer vererek, ülkemizde halen devam etmekte olan, hekimin muhbir konumuna getirildiği tartışmalarını başlamadan bitirmiştir. Bu şekilde bir düzenlemenin TCK 280. maddeye eklenmesi, hekimlerin mesleklerini ifa ederken daha rahat bir konumda bulunmalarını sağlayacak ve sır saklama yükümlülüğüne ilişkin tartışmaların da önüne geçecektir.

e-) Sadece belirli suçlar açısından hekimin bildirim yükümlülüğü bulunduğunu düzenleyen Alman Ceza Kanunu, bu hususta muğlak nokta kalmamasını sağlaması açısından yerinde bir düzenleme olmuştur. Ayrıca bildirim yükümlülüğünün sadece Alman Ceza Kanunu ile sınırlı tutulmayarak, ilgili alana ilişkin kanunlarda düzenlenmesi de yerinde bir düzenlemedir.

3. İngiliz Hukukunda Sağlık Mesleği Mensubunun Bildirim Yükümlülüğü

İngiliz Hukukunda 1959 yılı itibarıyla ihmali hareketin icrai harekete eşit görülmesi konusunda genel bir kabul bulunmadığı ve daha çok adam öldürme suçları ile ilgili olarak bu hususun benimsendiği belirtilmektedir. İngiliz Hukukunda ihbar yükümlülüğü içeren gerçek ihmali suçlara örnek olarak “bir trafik kazasından sonra durup, isim ve adresini bildirmeme veya 24 saat içinde polise duyurmama, terörizm faaliyetlerini ve faillerini ilgili makamlara bildirmeme gösterilebilir.¹²⁵

4. Avusturya Hukukunda Sağlık Mesleği Mensubunun Bildirim Yükümlülüğü

Avusturya'daki kanuni düzenleme, Doktorlar Kanunu'nun 54. paragrafının 4., 5., 6. fıkralarında düzenlenmiştir. Buna göre, bir hekimin mesleğini icra ederken mahkemece cezalandırılabilir bir hareket aracılığıyla bir kimsenin öldüğünü veya ağır yaralandığı şüphesini öğrenirse, aşağıdaki 5. fıkrada başka türlü belirlenmemiş olmak kaydı ile, derhal güvenlik makamlarına haber vermek zorundadır. Kendi menfaatlerini, kötüye kullanmaktan, zarar verilmesinden, ihmal edilmesinden veya cinsel olarak kötüye kullanılmasından korunmayacaksa, reşit bir kimseden kuşkulandırılması

125 HIZAL, s. 26 - 27.

halinde de aynı yükümlülük geçerlidir (fık:4). Hekim mesleğini icra ederken, reşit olmayan bir kimsenin suiistimal edildiği, kendisine zarar verildiği, ihmal edildiği veya cinsel olarak kötüye kullanıldığı kuşkusu edinirse, hemen güvenlik güçlerine haber vermek zorundadır. Failin bir akrabası olduğundan kuşkulanılan hallerde, hekim çocuğun yararına olmak üzere bir gençlik kurumu ve çocuk koruma kurumuyla işbirliği yapılması suretiyle çocuğun korunmak amacıyla bir sağlık kurumuna yerleştirilmesi söz konusu olduğu sürece, ihbar etmeyebilir (fık:5). Kasten işlenen ağır müessir fiil (yaralama) olaylarında, hekimin durumu mağdurun korunması kurumlarına bildirmesi yükümlülüğü bulunmaktadır. 5. fıkrada belirtilen durumlarda hekim durumu gecikmeksizin ve ispat araçlarıyla gençlik kurumu yetkililerine bildirmek zorundadır.¹²⁶

Avusturya Doktorlar Yasası'na göre sır saklama yükümlülüğü şu hallerde ortadan kalkmaktadır:¹²⁷

-Yasayla, hekime belirli bir kişinin sağlık durumu hakkında bildirimde bulunma yükümlülüğü yüklenmişse,

-Hekimin, tedavi masraflarını kurumlara fatura etmesi gerekiyorsa,

-Sırrın açıklanmasından zarar görecektir olan kişi, hekimi bu yükümlülükten kurtarmışsa, yani sırrının açıklanmasına izin vermişse,

-Sırrın açıklanması, kamusal nitelikteki sağlık veya adalet sisteminin daha yüksek menfaatlerini korumak için mutlaka gerekli ise. Avusturya yasa koyucusu bu hallerde menfaatler dengesini esas alan bir kriter öngörmüştür.

Avusturya Ceza Muhakemesi Yasası m.84/1'de de, kamu görevlileri için kendi görev alanları ile ilgili ve re'sen takip edilen bir suçta bildirme yükümlülüğü öngörülmüştür. Bu görevin yerine getirilmemesi görevi ihmal oluşturur. Kişisel güven ilişkisine dayanan ve ihbar yükümlülüğünün mesleki etkinliği azalttığı görevlerde, öğrenilen suçta bildirme yükümlülüğü yoktur. Örneğin, eğitimde görev alanların, gençlik ve sosyal sorunlarla ilgilenen görevlilerin mağduru koruma yasasında belirtilen hallerde ihbar

126 ÜNVER, s. 272.

127 ZAFER, Hamide, "Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçta Bildirmemesi Suçta (TCK 280)", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 71, Sayı 1, 2013, s. 1329 – 1330.

yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bu kişiler muhatap oldukları kişilerin menfaati ile genel cezalandırma ihtiyacı arasında bir denge kurmak zorundadırlar.¹²⁸

Avusturya Hukukunda sağlık mesleği mensubunun bildirim yükümlülüğü Ceza Kanunu yerine Doktorlar Kanunu'nda düzenlenmiş, TCK'dan farklı olarak bildirim yükümlülüğü belirli suçlar açısından düzenleme alanı bulmuştur. Ayrıca çocuğun cinsel istismarı suçuna ilişkin bir vakayla karşılaşan hekimin bildirim yükümlülüğünün istisnalarına da yer verilmiştir. Aynı zamanda kanunda yer alan düzenlemeyle sır saklama yükümlülüğünün ortadan kalktığı haller de düzenlenmiştir. Avusturya Doktorlar Kanunu'ndaki düzenleme bu yönleriyle TCK'dan farklıdır.

5.Polonya Ceza Kanunu'nda Sağlık Mesleği Mensubunun Bildirim Yükümlülüğü

Bildirim yükümlülüğüne ilişkin düzenleme Polonya Ceza Kanunu'nun 240. maddesinde yapılmıştır. Polonya Ceza Kanunu'ndaki bildirim yükümlülüğü de yalnızca sağlık mesleği mensuplarına özgü bir yükümlülüğü düzenlememekte tıpkı Alman Ceza Kanunu'ndaki gibi genel bir bildirim yükümlülüğünü düzenlemektedir. Söz konusu 240. maddede, “yasaklanmış bir fiilin gerçekleştirilmesinin veya bu fiile teşebbüse yönelik hareketle ilgili bir belirtinin görülmesi durumunda” bu durumun yetkili makamlara bildirilmesi gerektiği hükme bağlanmıştır.

Polonya Ceza Kanunu'nda (m. 240/prg. 2) kanuni tipte düzenlenerek, hangi koşullarla başkasının bildirdiği veya ceza kovuşturma makamlarının öğrendikleri durumda failin bu yükümlülüğünün nasıl ortadan kalktığı açıklığa kavuşturulmuş ve bu özel hükümle tipe uygun eyleme bir istisna getirilerek, bu gibi hallerde hukuki yükümlülüğün artık devam etmediği kanunla düzenlenmiştir. TCK'ya da bu tür bir hüküm konulmadıkça, başkası bildirmiş olsun veya olmasın, TCK'nın mevcut düzenlemesi karşısında, herkesin ayrı ayrı bildirim zorunluluğu vardır ve bunun ihmali bu suça vücut verecektir.¹²⁹

Polonya Ceza Kanunu m. 240/prg. 2 gibi , TCK m. 280'de de açık bir düzenlemeye yer verilmesi gerekir. Madde metninin suç belirtisinin öğrenen herkese yükümlülük yüklediği açık iken, soyut bir yorumla ve sadece

128 ZAFER, “Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu (TCK 280)”, s. 1330.

129 ÜNVER, s. 274.

maddenin amacına atıfla bir kişinin bildirimini o amacın gerçekleşmesi olarak değerlendirilmesi suretiyle, birden fazla delil kaynağının aynı anda var olmasına rağmen, keyfi ve biraz da kimin erken davranmasından kaynaklı tesadüfen diğer delil kaynaklarından vazgeçildiğini iddia etmek, sadece TCK m. 280 ile değil, CMK'nın delil ve ispat kuramıyla da çelişir.¹³⁰

SONUÇ

Çalışmamızın başından sonuna kadar belirtmiş olduğumuz üzere TCK 280. madde birçok eksiklik içermektedir. Bu eksiklikler yalnızca uygulamada sorunlar çıkmasına neden olmamakta, aynı zamanda bazı durumlarda sağlık mesleği mensupları hükmün eksiklikleri dolayısıyla uzun soruşturma ve kovuşturma sürelerine maruz kalabilmektedirler.

TCK 280. maddede birçok eksiklik bulunması çeşitli tartışmalara yol açmakta, maddede kesin ve net ibareler bulunmaması, bu maddeye ilişkin uygulamayı, kanunu uygulayan kişilerin inisiyatifine bırakmaktadır. Bu yüzden ki TCK 280. maddenin yalnızca özel sağlık kuruluşlarında görev yapan sağlık mesleği mensuplarını kapsayıp kapsamadığı hususunda dahi henüz uygulamada net ve tek tip bir görüş bulunmamaktadır. İddianamenin hazırlanması sürecinde bazen bu şekilde bir ayrıma gidildiği görülmekte, kamu kurumlarında görev yapan hekimlerin suçu bildirmemesi nedeniyle TCK 279. maddeden, özel sağlık kuruluşlarında görev yapan hekimlerin ise TCK 280. maddeden dolayı sorumlu tutuldukları görülmektedir. Bu nedenle konunun açıklığa kavuşturulması uygulama açısından da önemlidir. Önceden bahsetmiş olduğumuz üzere eğer kamu ve özel sağlık kuruluşlarında çalışan sağlık mesleği mensupları için bir ayrıma gidilmek isteniyorsa bu durumda bunun ayrı bir madde veya fıkra ile ihdas edilmesi gerekir. Fakat kanaatimizce suçu bildirmeme suçuna ilişkin sağlık mesleği mensupları anlamında kamu – özel ayırımına gidilmemesi ve TCK 280. maddenin hem kamu hem özel sağlık kuruluşlarında görev yapan sağlık mesleği mensupları için uygulanması gerekir. Şu anki gibi kamu kurumlarında görev yapanların TCK 279. maddeye, özel sağlık kuruluşlarında görev yapanların ise TCK 280. maddeye göre sorumlu tutulması, her iki kurumda da görev yapanların sağlık mesleği mensubu olmasına rağmen farklı cezalara tabi tutulması sonucunu ortaya çıkarmakta ve bu durum eşitlik ilkesini ihlal etmektedir.

Öte yandan TCK 280. maddede yalnızca belirti deyimine yer verilmiş, belirtiden ne anlaşılması gerektiği açıklığa kavuşturulmamıştır.

130 ÜNVER, s. 275.

Keza, yetkili makamlara makul süre içerisinde başvurulması gerektiği belirtilmiş, fakat yetkili makamlardan hangi makamların kast edildiği, makul sürenin de ne kadar bir zaman zarfını kapsadığı düzenlemeye dahil edilmemiş, TCK 280. maddede sözü geçen diğer sağlık mesleği mensupları deyiminden kimlerin anlaşılacağı madde metninde belirtilmemiştir.

Öte yandan uygulamada özellikle TCK 280. maddede düzenlenen suçun kast ile işlenebileceği göz ardı edilmektedir. Örneğin, hekim, baktığı hastanın maruz kaldığı fiilin adli vakaya ilişkin olduğunu bilmemekte ve doğal olarak bu durumu adli makamlara intikal ettirmemektedir. Bakılan hastanın ölmesi durumunda da durumun adli vakaya ilişkin olduğu bilinmediğinden müteveffanın defin ruhsatı doğal ölüm olarak düzenleniyor. Durum böyle olunca da TCK 280. maddede düzenlenen suçu işleme yönünde iradesi bulunmayan hekim, uzun sürecek soruşturma ve kovuşturma sürecine dahil ediliyor. Suçun kast ile işleneceği en çok soruşturma aşamasında göz ardı edilmekte, kovuşturmanın yer olmadığına dair karar verilmesi gerekirken, birçok olayda kovuşturma evresine geçilmekte ve neticede sağlık mesleği mensuplarının mağduriyetine yol açılmaktadır.

TCK 280. maddedeki eksiklikler açıkça ortadayken, 765 sayılı mülga TCK'nın 530. maddesinin TCK 280. maddeden daha iyi bir düzenleme olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Modern ceza kanunlarının daha iyi hazırlanması ve içerisindeki eksikliklerin en aza indirilmesi gerekirken, maalesef bu husus TCK 280. maddenin düzenlenmesinde başarısızdır. 765 sayılı mülga TCK 13.03.1926 tarihli 320 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Buna rağmen 765 sayılı TCK'nın 530. maddesi, TCK 280'e göre daha ayrıntılı düzenlenmiş, bu maddede gerek hekimler gerekse hastalar için daha güvenli bir ortam sağlanması amaçlanmıştır.

Mülga TCK'nın 530. maddesinde yer alan, TCK 280. maddede yer almayan özellikle iki husus bulunmaktadır ki bunlar sağlık mesleği mensubunun suçu bildirmemesi suçunun düzenlendiği modern bir Ceza Kanununda mutlaka bulunması gereken zorunlu hususlardır. Bunlar, ihbarın, yardım edilen kişiyi takibata maruz bırakacak nitelikte olması durumunda bu durumun suçun istisnası olarak kabul edilmesi ve önce müdahale sonra bildirim yükümlülüğüdür. Bu ilkelere TCK 280'de yer verilmeyerek, sağlık çalışanlarının tedavisine yardım ettikleri hastaların kovuşturulmasını gerektirecek suçların da bildirilmesi emredilmiş,

hekimin müdahale yükümlülüğünün önüne bildirim yükümlülüğünün geçebileceği hesaba katılmamıştır. Bu aşamada, her ne kadar TCK 280. maddede önce müdahale sonra bildirim yükümlülüğüne yer verilmemişse de tıbbi uygulamada öncelikle hekimlerin hastalarına müdahale ettiğini, adli bir vaka mevcutsa bunun sonrasında adli makamlara bildirildiğini belirtmek gerekecektir.

Sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi suçunu düzenleyen TCK 280. maddedeki eksikliklerin giderilebilmesinin tek yolu, maddede köklü bir değişiklik yapılmasıdır. Yapılacak olan değişiklikle, kamu ve özel sağlık kuruluşlarında görev yapan sağlık mesleği mensupları bildirim yükümlülüğü açısından tek bir maddeye tabi olmalı, hangi koşullarda bildirim yükümlülüğünün doğacağı ayrıntılı bir şekilde açıklanarak, belirti ibaresinden ne anlaşılması gerektiği açıklanmalı, başvurulması gereken yetkili makamların hangi merciler olduğu, makul süreden ne anlaşılması gerektiğine kanunda açıkça yer verilmeli, İtalyan Ceza Kanunu'nda bulunan sağlık mesleği mensubunun hizmetini ifa ettikten sonra bildirim yükümlülüğünü yerine getirmesine yönelik düzenleme madde metnine eklenmelidir.

Maddenin iyileştirilmesine yönelik önerilerimiz, hekimlerin suçu bildirmemesine yönelik bir suçun ceza kanununa konulmasının istenmesi durumunda geçerlidir. Fakat buna bir alternatif olarak Alman Ceza Kanunu'nun 139. maddesine benzer, hekimlerin de içinde bulunduğu meslek gruplarının planlanan suçu ihbar etmeme eylemlerinin cezasızlık sebebi olacağına ilişkin düzenlemeye de TCK'da yer verilmesi mümkündür. Bu düzenlemede yalnızca planlanmış suçları ihbar etmeme eylemi cezasızlık sebebi kabul edilmekte, hekimlerin cezasızlık sebebinden yararlanabilmeleri için, file engel olmak için ciddi şekilde çaba göstermiş olmaları şart olmakla birlikte, bazı ağır suçları da ihbar etmeleri gerekmektedir.

Alman Ceza Kanunu'ndaki gibi hekimlere yüklenen bildirim yükümlülüğünün yalnızca belirli suçlar için yerine getirilmesi gerektiğine yönelik bir düzenlemeye iç hukukumuzda yer verilmesi yerinde bir düzenleme olacaktır. Böylece hekimler görevlerini daha rahat yerine getirirken, hastalar da adli vakaya ilişkin durumlarda hekime başvurma hususunda tereddüt etmeyeceklerdir.

KAYNAKÇA

ALACAKAPTAN, Uğur, “Suçun Unsurları”, Sevinç Matbaası, Ankara, 1975.

ARTUK / GÖKÇEN / YENİDÜNYA, “Ceza Hukuku Özel Hükümler”, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010.

BULUT, Pınar, “Sağlık Hukuku Makaleleri”, İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Merkezi, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2012.

BÜYÜKAY, Yusuf, “Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: VIII, Sayı: 1-2, 2004.

CENTEL/ ZAFER/ ÇAKMUT, “Türk Ceza Hukukuna Giriş”, Beta Yayınları, İstanbul, 2010.

ÇAKIROĞLU, Maral Törenli, “Hekimin Borçlarından Özel Olarak Sır Saklama Borcu”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 12, Sayı:2, 2010.

<http://web.deu.edu.tr/hukuk/dergiler/dergimiz12-2/maralcakiroglu+159-181.pdf> (Erişim Tarihi: 13.09.2014)

DERYAL, Yahya, “Hastanın Özel Yaşamına Saygı Hakkının 2 Boyutu: Hasta Sırrının Korunması ve Beden Mahremiyeti”, Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara Barosu ve Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 01-03.11.2007.

DONAY, Süheyl, “Türk Ceza Kanunu Şerhi”, Beta Yayınları, İstanbul, 2007.

DÖNER, İsa, “Suçu Bildirmeme Suçu (TCK m. 278)”, AÜEHFD, Cilt 9, Sayı: 3-4, 2005

http://www.erzincan.edu.tr/birim/HukukDergi/makale/2005_IX_2.4.pdf (Erişim Tarihi: 14.09.2014)

ERCAN, İsmail, “Ceza Hukuku Genel Hükümler”, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014.

EREM, Faruk, “Ceza Hukukunda Meslek Sırrı”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 1, Sayı 1, 1943.

FEYZİOĞLU, Metin, “Tanıklık”, US-A Yayıncılık, Ankara, 1996.

GÖKCAN, Hasan Tahsin, “Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk”, Seçkin Yayınları 2013.

HAKERİ, Hakan, “Ceza Hukuku Genel Hükümler Temel Bilgiler”, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2010.

HAKERİ, Hakan, “Tıp Hukuku”, 6. Baskı, Seçkin Yayınları, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2013.

HIZAL, Sevinç Arslan, “Türk Ceza Kanununda Sağlık Personelinin İhbar Yükümlülüğü”, İzmir Tabip Odası, İzmir, 2010.

KOLENOĞLU, Mustafa, “Sağlık Mesleği Mensuplarının Sır Saklama ve Suçu Bildirme (İhbar) Yükümlülüğü”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2009. <https://tez.yok.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 07.09.2014)

MALKOÇ, İsmail, “Açıklamalı Yeni Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler (170 – 345)”, Malkoç Kitabevi, 2006.

ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, “Ceza Muhakemesi Hukuku”, Seçkin Yayınları, Ankara, 2012.

ÖZBEK/ KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, “Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler”, Seçkin Yayınları, Ankara, 2012.

PARLAR, Ali, HATİPOĞLU, Muzaffer, “Açıklamalı – Yeni İçtihatlarla 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu”, Cilt 4., Seçkin Yayınları, Ankara, 2010.

TANERİ, Gökhan, “Uygulamadan Örnek Hükümlerle Türk Hukukunda Hekim Ceza Sorumluluğu”, Bilge Yayınevi, Ankara, 2010.

ÜNVER, Yener, “Adliye Karşı Suçlar (TCK m. 267-298)”, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2010.

ÜZÜLMEZ, İLHAN, “Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu (TCK m. 280)”, Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 28.02.2008 - 01.13.2008.

YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, “Yorumlu – Uygulamalı Türk Ceza Kanunu”, Adalet Yayınevi, Cilt VI, Madde 257-345, 2010, Ankara.

YILMAZ, Ejder, “Hukuk Sözlüğü” , Yetkin Yayınları, 2006.

ZAFER, Hamide, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Hekimin Meslek Sırrını Saklama Yükümlülüğü”. <http://hamidezafer.com/belirli-bir-spor-musabakasinin-sonucunu-etkilemek-amaciyla-kazanc-veya-sair-menfaat-temin-etme-sucu/> (Erişim Tarihi: 14.09.2014)

ZAFER, Hamide, “Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu (TCK 280)”, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 71, Sayı 1, 2013.

YARGI İÇTİHATLARI

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

Tarih: 10.10.2012

Esas: 2012/4-441 **Karar:** 2012/710

- ◆ **MADDİ VE MANEVİ TAZMİNAT DAVASI**
- ◆ **İDARENİN HİZMET KUSURU**
- ◆ **YANLIŞ TEDAVİ NEDENİYLE MEYDANA GELEN ÖLÜM**
- ◆ **GÖREV**
- ◆ **HİZMET KUSURUNA DAYALI DAVA**
- ◆ **KAMU GÖREVLİSİNİN KUSUR SORUMLULUĞU**
- ◆ **HUSUMET YOKLUĞU**

İlgili Kanun/Madde: 657/m.13 5283/m.4/a,4/c,10

DAVA : Taraflar arasındaki “maddi ve manevi tazminat” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Konya 1.Asliye Hukuk Mahkeme’since davanın kısmen kabulüne dair verilen 24.11.2009 gün ve 2005/13 E.-2009/453 K. sayılı kararın incelenmesi davalılar vekilleri tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 4.Hukuk Dairesi’nin 22.3.2011 gün ve 2010/943 E.-2011/2996 K. sayılı bozma ilamı ile;

(... 1-Davalılardan Sağlık Bakanlığı’nın temyiz itirazları yönünden; davacı, tedavi amacıyla davalılardan Sağlık Bakanlığı’na bağlı SSK Meram Hastanesi’ne getirdiği eşinin, yanlış tedavi sebebiyle yaşamını yitirdiğini belirterek, uğradığı maddi ve manevi zararın ödetilmesini istemiştir. Yerel mahkemece istemin bir bölümü kabul edilmiş; karar, davalılar tarafından temyiz olunmuştur.

Davalı idare, sağlık hizmetlerinin işleyişini ve hizmetin işleyiş sırasındaki olası aksaklıkları denetlemekle görevlidir. Bu görevin hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesi hizmet kusuru niteliğinde olup hizmet kusurundan doğan davalar sebebiyle İdari Yargılama Usulü Yasası’nın 2/1-b maddesi gereğince ilgili idareye karşı, idari yargı yerinde tam yargı davası açılması gerekir. Görev konusu kamu dizinine dair olup açıkça

veya hiç ileri sürülme de yargılamanın her aşamasında mahkemelerce kendiliğinden gözetilir.

Yerel mahkemece açıklanan olgular gözetilerek, davalılardan Sağlık Bakanlığı yönünden yargı yolu bakımından mahkemenin görevsizliği sebebiyle dava dilekçesinin reddine karar verilmesi gerekirken, işin esasının incelenmiş olması usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın bozulması gerekmiştir.

2-)a) Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı kanıtlarla yasaya uygun gerektirici nedenlere, özellikle delillerin değerlendirilmesinde bir isabetsizlik görülmemesine göre davalılardan M. A.'nın aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları reddedilmelidir.

b-)Diğer temyiz itirazına gelince; Borçlar Yasası'nın 47.maddesi gereğince yargıcın, özel durumları göz önünde tutarak manevi zarar adı ile hak sahibine verilmesine karar vereceği para tutarı adalete uygun olmalıdır. Takdir edilecek bu tutar, zarara uğrayanda manevi huzuru doğurmayı gerçekleştirecek tazminata benzer bir işlevi (fonksiyonu) olan özgün bir nitelik taşır. Bir ceza olmadığı gibi malvarlığı hukukuna dair bir zararın karşılanmasını da amaç edinmemiştir. O halde bu tazminatın sınırı onun amacına göre belirlenmelidir. Takdir edilecek tutar, var olan durumda elde edilmek istenilen doyum (tatmin) duygusunun etkisine ulaşmak için gerekli olan kadar olmalıdır. 22.6.1966 gün ve 7/7 Sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı'nın gerekçesinde takdir olunacak manevi tazminatın tutarını etkileyecek özel durum ve koşullar da açıkça gösterilmiştir. Bunlar her olaya göre değişebileceğinden yargıç, bu konuda takdir hakkını kullanırken ona etkili olan nedenleri de karar yerinde nesnel (objektif) ölçülere göre uygun (isabetli) bir biçimde göstermelidir.

Dava konusu olayda; safra kesesi rahatsızlığı sebebiyle SSK Meram Hastanesi'ne yatırılan davacının eşinin, davalılardan Doktor M. A. tarafından ameliyat edildiği, ağrılarının dinmemesi nedeni ile 3 gün hastanede tutulduğu, rahatsızlığına tanı konulmadan Tıp Fakültesi Hastanesi'ne gönderilen hastanın yaşamını yitirdiği; otopsi sonucu Adli Tıp Kurumu'ndan alınan raporda, ameliyat sırasında bağırsaklardaki kesi sebebiyle hastanın hayatını kaybettiği ve davalı doktorun 4/8 oranda kusurlu olduğunun belirtildiği anlaşılmaktadır.

Olayın oluş biçimi, davalı doktorun kastının bulunmayışı, tarafların ekonomik ve sosyal durumları ile yukarıdaki ilkeler gözetildiğinde davacı yararına takdir edilen 15.000,00 TL manevi tazminat fazladır. Davacı yararına daha alt düzeyde manevi tazminat takdir edilmek üzere karar bozulmalıdır...),

Gerekçesiyle temyiz olunan kararın oyçokluğu ile BOZULMASINA

karar verilmesi sonrası davacı vekili ve davalılardan M. A. vekillerinin karar düzeltme yasa yoluna başvurması üzerine Yargıtay 4.Hukuk Dairesi'nin 13.10.2011 gün ve 9815/10466 E., K. sayılı karar düzeltme ilamı ile;

(...Dava, desteğini kaybeden davacının maddi ve manevi tazminat talebinden ibaret olup davanın kabulüne dair verilen karar davalılar tarafından temyiz edilmiştir.

Davalı Sağlık Bakanlığına ait S.S.K. Konya Hastanesinde davalı Opr. Dr. M. A. tarafından safra kesesinden ameliyat edilen destek, hayatını kaybetmiştir. Davacı, desteğinin davalıların kusurları sonucu vefat ettiğini iddia etmiştir. Mahkeme Adli Tıp Kurumu tarafından dosyasına ibraz edilen kusur raporuna itibar edip, davanın kabulüne karar vermiştir.

Dairemizin 22.3.2011 tarih ve 2010/943 Esas-2011/2996 Karar sayılı ilamı ile davalı Sağlık Bakanlığı hakkında açılan davanın idari yargı merciinde görülmesi gerektiği, doktor olan diğer davalı aleyhine hükmedilen manevi tazminatın ise fazla olduğu gerekçeleriyle temyiz edilen karar bozulmuştur.

Davacı ile davalı Dr. M. A. kararın tashihini istemiştir.

Anayasa'nın 129/5.maddesinde; memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken (görevlerini yaparken) işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları rücu edilmek kaydıyla kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak ancak idare aleyhine dava açılabilir. Keza 657 Sayılı Devlet Memurları Yasası'nın 13.maddesi de aynı meyardadır.

Dairemizce davalı Sağlık Bakanlığı hakkında İdari Yargılama Usulü Yasası'nın 2/1-b maddesi gereğince idareye karşı idari yargı merciinde tam yargı davası açılması gerektiği gerekçesi ile verilen bozma kararı bakidir. Bakanlık çalışanı olan davalı Dr. M. A. hakkında verilen bozma kararına gelince; Anayasanın 129/5 maddesi ve 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 13.maddesi gereğince davanın idari yargı yerinde ve idareye karşı açılması gerekir. Davalıya husumet yöneltilemez. Husumet yokluğu sebebiyle davanın reddi gerekir. Mahkemece işin esasının çözümlenmesi doğru görülmemiştir. Davalı M. A.'nın karar düzeltme istemi bu bakımdan yerinde görülmemiş, kararın bu sebeple bozulması gerekmiştir...),

Gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

H.G.K.'nce incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği düşünüldü:

KARAR : Dava, maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir.

Mahkemece, davacı eşinin davalı kuruma bağlı hastanede ameliyatı

sonrasında ölmesinden kusurlu fiili sebebiyle ameliyatı gerçekleştiren doktorun, hizmet kusuru sebebiyle de davalı Sağlık Bakanlığı'nın sorumlu olduğu gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Davalılar vekillerinin temyizi üzerine karar, Özel Dairece yukarda başlık bölümünde gösterilen sebeplerle bozulmuştur.

Yerel mahkemece, önceki kararda direnilmiş; hükmü temyize davalılar vekilleri getirmiştir.

H.G.K. önüne gelen uyuşmazlık; yargı yolu ve husumetin tespitine dair olup, davacı eşinin geçirdiği ameliyat sonucu doktor kusuruyla öldüğü iddiasıyla talep edilen tazminatın davalılardan Sağlık Bakanlığı açısından idari yargı mahkemelerinde görülmesi gereken tam yargı davası olup olmadığı, bu bağlamda diğer davalı doktor hakkındaki davanın da Anayasa'nın 129/5 ve 657 sy'nin 13.maddesi uyarınca husumet yokluğu sebebiyle reddinin gerekip gerekmediği noktalarında toplanmaktadır.

I- Hemen belirtmelidir ki, davacı eşinin davalı kuruma bağlı hastanede ameliyatı sonrasında ölmesi sebebiyle davalılardan Sağlık Bakanlığı'na yöneltilen eldeki davada, bu davalı açısından salt hizmet kusuruna dayanıldığı ve davanın bu hukuki neden üzerine kurulu olduğu kuşkusuzdur.

T.C.Anayasası'nın 125 /son fıkrasında "İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür." hükmüne yer verilmiş; 2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2/1-b maddesinde de "idari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan tam yargı davaları" idari dava türleri arasında gösterilmiştir.

Kamu hizmeti yürüttüğü kuşkusuz olan ve olay tarihinde Sosyal Sigortalar Kurumu'na bağlı bulunan SSK Konya Hastanesi'nin bu hizmeti yürüttüğü sırada kişilere verdiği zararların giderilmesinin, ancak idari yargıda açılacak tam yargı davası yoluyla ve idarenin tazmin sorumluluğuna dair esaslar çerçevesinde mümkün olacağı her türlü duraksamadan uzaktır.

Diğer taraftan; 19.1.2005 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan 5283 Sayılı "Bazı Kamu Kurum ve Kuruluşlarına Ait Sağlık Birimlerinin Sağlık Bakanlığına Devredilmesine Dair Kanunun; 10. maddesi uyarınca, yayımını takip eden günden bir ay sonra yürürlüğe giren 4/a ve 4/c maddelerinin açık hükmü karşısında; Sağlık Birimlerinin sağlık hizmeti sunumundan kaynaklanan davaların "Sağlık Bakanlığı" husumeti ile yürütüleceği kuşkusuzdur.

Bu saptamalardan anlaşıldığı üzere; görülmekte olan davada zararın kamu hizmetinin yürütülmesi sırasında doğması sebebiyle idarenin hizmet kusuruna dayanılmış olması karşısında, olayda kamu hizmetinin yöntemine ve hukuka uygun olarak yürütülüp yürütülmediğinin, hizmet kusuru

veya başka sebeple idarenin sorumluluğunun bulunup bulunmadığının saptanması gerekmekte olup, bu hususların saptanmasının ise idare hukuku ilkelerine göre yapılabileceği; yargılama aşamasında yürürlüğe giren 5283 Sayılı Kanunun 4/a ve 4/c maddeleri uyarınca davaya konu tedaviyi yapan hastane Sağlık Bakanlığı'na devredilmiş olup, bu birimlerin sağlık hizmeti sunumundan kaynaklanan davaların Sağlık Bakanlığı husumetiyle yürütülmesinin gerekmesi hususları nazara alındığında; devredilen SSK. hastanesinin hizmet kusuru iddiasına dayalı eldeki davada tazminata konu zararın, idarenin bir eyleminden meydana geldiği, yukarıda yapılan açıklamalar ışığında idarenin eylemlerine karşı ise idari yargıda tam yargı davası açılması gerektiği kuşkusuzdur.

Hal böyle olunca; Yerel Mahkemece, davalı Sağlık Bakanlığı hakkındaki davanın idari yargı yerinde görülüp sonuçlandırılması gerektiği göz önüne alınmadan, hatalı değerlendirme sonucu adli yargı yerinin görevli olduğu benimsenmek suretiyle işin esasının incelenmesi ve bu yönde direnme kararı verilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Bu sebeple direnme kararının davalılardan Sağlık Bakanlığı açısından BOZULMASINA H.G.K.nda oybirliği ile karar verilmiştir.

II- Diğer davalı Dr. M. A.'nın temyiz istemleri yönünden yapılan incelemeye gelince;

Öncelikle, SSK hastanesinde çalışan kamu görevlisi doktorun eyleminden sorumluluğa dair yasal düzenleme, kavram ve kurumlar irdelenmelidir:

Kamu personelinin mali sorumluluğuna dair düzenlemeler öncelikle Anayasa olmak üzere ilgili kanunlarında yer almaktadır. T.C.Anayasasının "Temel Hak ve Hürriyetlerin Korunması" başlıklı 40.maddesinin Ek fıkrası (3.10.2001-4709 S.K./16. md.) uyarınca; "...Kişinin, resmi görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, yasaya göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır." Hükmünü içermektedir.

İdareye karşı yargı yolunu düzenleyen "Yargı Yolu" başlıklı 125. maddesinin 1. fıkrasının ilk cümlesinde: "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır."; son fıkrasında da "İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür." Şeklinindedir.

Kamu görevlilerinin görev ve sorumluluklarını düzenleyen 129. maddesinin 1. fıkrasında: "Memurlar ve diğer kamu görevlileri Anayasa ve kanunlara sadık kalarak faaliyette bulunmakla yükümlüdürler." Beşinci fıkrasındaki düzenleme ile de; "Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara

uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir.” hükümleri yer almaktadır.

Anayasa'nın bu hükümleri ile amaçlanan, memur ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken kusurlu davrandıklarından bahisle haklı ya da haksız olarak yargı mercileri önüne çıkarılmasını önlemek, kamu hizmetinin sekteye uğratılmadan yürütülmesini sağlamak ve aynı zamanda zarara uğrayan kişi yönünden de memur veya diğer kamu görevlisine oranla ödeme gücü daha yüksek olan devlet gibi bir sorumluyu muhatap kılarak kamu düzenini korumaktır.

Bu anayasal hükümlere paralel düzenleme 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun, 12.5.1982 tarih ve 2670 Sayılı Kanunun 6.maddesiyle değişik, 13.maddesinde yer almaktadır. Anılan kanunun değişik, 1. fıkrasında; “Kişiler kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açarlar. Ancak, Devlet dairelerine tevdi veya bu dairelerce tahsil veya muhafaza edilen para ve para hükmündeki değerli kağıtların ilgili personel tarafından zimmete geçirilmesi halinde, zimmete geçirilen miktar, cezai takibat sonucu beklenmeden Hazine tarafından hak sahibine ödenir. Kurumun, genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır.” hükmü öngörülmüştür.

Görülmektedir ki, Anayasa'nın 40/3, 125 /son, 129/5 maddeleri ile uygulamanın çerçevesi net olarak çizilmiş; “memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davalarının, ancak rücu edilmek şartı ile idare aleyhine açılabilmesi” açıkça ifade edilmiştir.

Diğer taraftan uyuşmazlığın çözümünde Anayasa'nın 129/5. maddesinde yer alan “yetkilerini kullanırken işledikleri kusur” ifadesinden ne anlaşılması gerektiğinin belirlenmesi önem taşımaktadır ki, bu noktada “kusur” ile ilgili açıklama yapılmasında yarar vardır:

Kusurun kanunlarımızda tanımı yapılmamıştır. Uygulama ve öğretilerde kabul görmüş tanıma göre; kusur, hukuk düzenince kınanabilen davranıştır. Kınamanın nedeni, başka türlü davranma olanağı varken ve zorunlu iken, bu şekilde davranılmayarak, bu tarzdan sapılmış olmasıdır. Kısacası; kusur, genel tanımıyla, hukuk düzeni tarafından bir davranış tarzının kınanması olup; bu kınama, o davranışın belirli koşullar altında bireylerden beklenen ortalama hareket tarzından sapmış olmasından kaynaklanır.

Yine, öğreti ve uygulamadaki hakim görüşe göre, sorumluluk hukuku açısından kusurun, kast ve ihmal (taksir) olmak üzere ikiye ayrılacağı kabul edilmektedir. Bu bağlamda, kast hukuka aykırı sonucun bilerek ve isteyerek meydana getirilmesi; ihmal ise, hukuka aykırı sonucu istememekle birlikte, böyle bir sonucun önlenmesi için gerekli önlemlerin

alınmaması ve gereken özenin gösterilmemesidir. (Yargıtay H.G.K.'nun 10.12.2003 gün ve 2003/11-756 E., 2003/743 K. sayılı ilamı).

İdare hukuku ilkeleri çerçevesinde olaya bakıldığında ise, bir kamu görevlisinin görev sırasında, hizmet araçlarını kullanarak yaptığı eylem ve işlemlerine dair kişisel kusurunun, kasti suç niteliği taşısa bile hizmet kusuru oluşturacağı ve bu sebeple açılacak davaların ancak idare aleyhine açılabileceği bilinen ilkelerindendir (Danıştay 10.Daire T. 20.4.1989 gün ve 1988/1042 E.; 1989/857 K. sayılı ilamı).

Yeri gelmişken “yetkilerini kullanırken” ve “bu görevleri yerine getiren personel” kavramlarıyla amaçlanın ne olduğu üzerinde durulmalıdır:

Devletin sorumluluğunun diğer bir şartı da, zararın, memur ve diğer bir kamu görevlisi tarafından “görevini yerine getirirken” ve “görevle ilgili yetkilerini kullanırken” gerçekleştirilmiş olmasıdır.

Şu halde “görevin ifası” “yetkinin kullanılması” ile gerçekleşen zarar arasında işlevsel (görevsel) bir bağ bulunmalı; zarar, kamu görevi (kamu yetkisi) yerine getirilirken, bu görev ve yetki nedeni ile doğmuş olmalıdır.

Memur ve diğer resmi görevlilerinin kamu görevlisi sıfat ve kapasiteleri dışında özel bir kişi olarak, özel hukuk hükümlerine göre özel işlerini yaparken üçüncü kişilere verdikleri zarardan doğrudan doğruya kendileri sorumludur (Eren F., Borçlar Hukuku Genel Hükümleri, Beta, 10. Bası, s. 590 vd.).

Öte yandan, kamu görevlisinin, hizmet içinde veya hizmetle ilgili olmak üzere tutum ve davranışının suç oluşturması ya da hizmeti yürütürken ağır kusur işleme veya düşmanlık, siyasal kin gibi kötü niyetle bir kişiye zarar vermesi halinde dahi bu durum, aynı zamanda yönetimin gözetim ve iyi eleman seçme yükümlülüğünü yerine getirmemesi sebebiyle hizmet kusuru da sayılmalı ve bu sebeple açılacak dava idareye yöneltilmelidir.

Tüm bu açıklamalar göstermektedir ki, kişilerin uğradığı zararlar, zarara sebebiyet veren kamu personelinin yürüttüğü görev arasında herhangi bir ilişki kurulabiliyorsa, ortada görevle ilgili bir durum var demektir ve bu tür davranışlar kasten veya ihmalen işlenmesine bakılmaksızın, kamu personelinin hizmetten ayrılamayan kişisel kusurları olarak ortaya çıkmakta ve bu husus, 657 Sayılı Kanununun 13'üncü maddesindeki “kişilerin kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlar” ibaresinde ifadesini bulmaktadır.

Diğer taraftan, Anayasa'nın 129/5.maddesinde “kusur” şartından bahsedildiğine göre yetkisini kullanan memurun veya kamu görevlisinin işlediği eylemin kasten mi yoksa ihmalen mi gerçekleştirdiğine bakılmaksızın bu eylemlerinden doğan davaların ancak idare aleyhine açılması gerektiğinin kabulü zorunludur.

Ayrıca; mahkemenin direnme kararına gerekçe yaptığı 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun "Ölüm veya vücut bütünlüğünün yitirilmesinden doğan zararların tazmini davalarında görev" başlıklı 3.maddesi, Anayasa Mahkemesi'nin 16.2.2012 gün ve 2011/35 E., 2012/23 K.sayılı kararı ile iptal edilmiş, iptal kararı 19.5.2012 gün ve 28297 Sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

Öncelikle belirtelim ki, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararları Resmi Gazetede yayımlandıkları tarihten itibaren ve geleceğe dönük olarak hüküm ve sonuç doğurur. Ancak bu kuralın istisnası Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararlarının etkisi henüz kesin hükme bağlanmamış olan davalar yönünden geçerli olduğudur (Anayasa m. 153). Eldeki davada henüz kesinleşmediğinden Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının eldeki dava yönünden etki doğuracağı ve H.M.K.nun 3.maddesinin eldeki davada uygulanmayacağı kuşkusuzdur. Nitekim, Yargıtay H.G.K.'nun 23.2.2005 gün ve 2005/21-66-93 E., K., 13.6.2012 gün ve 2012/4-173 E., 2012/379 K.sayılı kararlarında da bu ilke benimsenmiştir.

Bu ilkeler ışığında somut olay değerlendirildiğinde; davacı taraf, davalılardan doktorun görevi sırasında dikkatsizlik ve tedbirsizliği nedeni ile desteğin ölümüne neden olduğu iddiasıyla ve doktoru da hasım göstererek eldeki tazminat davasını açmıştır.

Davacının bu iddiası, içerikçe davalı doktorun görevi sırasında ve yetkisini kullanırken işlediği bir kusura ve bu kusurun niteliği itibariyle de kamu görevlisinin ihmeline dayanmaktadır.

Hal böyle olunca, davalının görevi dışında kalan kişisel kusuruna dayanılmadığına, dikkatsizlik ve tedbirsizliğe dayalı da olsa eylemin görev sırasında ve görevle ilgili olmasına ve hizmet kusuru niteliğinde bulunmasına göre, eldeki davada husumet kamu görevlisine değil, idareye düşmektedir. Öyle ise, dava idare aleyhine açılıp, husumetin de idareye yöneltilmesi gerekir.

Yerel mahkemece açıklanan yönler gözetilerek, davalılardan Sağlık Bakanlığı açısından yargı yolu bakımından mahkemenin görevsizliği sebebiyle dava dilekçesinin reddedilmesi, diğer davalı doktor M. A. hakkındaki davanın ise husumet yokluğu nedeni ile reddedilmesi gerektiği gözetilmeyerek için esasının incelenmiş olması usul ve yasaya aykırıdır.

Bu itibarla; H.G.K.'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Bu sebeple direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ : Davalılar vekillerinin temyiz itirazlarının kabulüyle direnme kararının Özel Daire bozma kararında ve yukarıda gösterilen

nedenlerden dolayı 6217 Sayılı Kanunun 30.maddesiyle 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na eklenen "Geçici madde 3" atfiyla uygulanmakta olan 1086 Sayılı H.U.M.K.'nun 429.maddesi gereğince BOZULMASINA, istenmesi halinde temyiz peşin harcının yatırana iadesine, aynı kanunun 440/1 maddesi uyarınca tebliğden itibaren 15 gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 10.10.2012 gününde yapılan görüşmede davalılardan İdare yönünden oybirliği, davalılardan gerçek kişi yönünden ise oyçokluğu ile karar verildi.

İLGİLİ MEVZUAT METİNLERİ

657/m.13 DEVLET MEMURLARI KANUNU

(Değişik birinci fıkra 6/6/1990-3657/1 md.) Kişiler kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açarlar. Ancak, Devlet dairelerine tevdi veya bu dairelerce tahsil veya muhafaza edilen para ve para hükmündeki değerli kağıtların ilgili personel tarafından zimmete geçirilmesi halinde, zimmete geçirilen miktar, cezai takibat sonucu beklenmeden Hazine tarafından hak sahibine ödenir. Kurumun, genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır.

(Ek: 26/3/2002-4748/3 md.) İşkence ya da zalimane, gayri insani veya haysiyet kırıcı muamele suçları nedeniyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince verilen kararlar sonucunda Devletçe ödenen tazminatlardan dolayı sorumlu personele rücu edilmesi hakkında da yukarıdaki fıkra hükmü uygulanır.

12 nci maddeyle bu maddede belirtilen zararların nevi, miktarlarının tespiti, takibi, amirlerin sorumlulukları ve yapılacak işlemlerle ilgili diğer hususlar Başbakanlıkça düzenlenecek yönetmelikle belirlenir.

5283/m.4/a BAZI KAMU KURUM VE KURULUŞLARINA AİT SAĞLIK BİRİMLERİNİN SAĞLIK BAKANLIĞINA DEVREDİLMESİNE DAİR KANUN

Kamu kurum ve kuruluşlarına ait tüm sağlık birimleri; bunlara ilişkin her türlü görev, hak ve yükümlülükler, taşınırlar, taşınmazlar ve taşıtlarla birlikte, Sosyal Sigortalar Kurumuna ait olanlar rayiç bedeli karşılığında, diğerleri bedelsiz olarak aşağıdaki usul ve esaslar çerçevesinde Bakanlığa devredilmiştir:

a) Genel ve katma bütçeli idarelerden devredilen sağlık birimlerinde istihdam edilen personele ve buralarda kullanılan araç, gereç, malzeme, demirbaş ve taşıt alımı ile bunların bakım ve onarım giderlerine ilişkin olarak belirlenmiş bütçe ödeneklerinin devir tarihi itibarıyla kalan tutarlarını, Bakanlık bütçesinin ilgili tertiplerine aktarmaya Maliye Bakanı yetkilidir.

5283/m.4/c BAZI KAMU KURUM VE KURULUŞLARINA AİT SAĞLIK BİRİMLERİNİN SAĞLIK BAKANLIĞINA DEVREDİLMESİNE DAİR KANUN

c) Devredilen sağlık birimleri ile ilgili olarak; bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihe kadar, Sosyal Sigortalar Kurumunun sağlık hizmeti satın almasına ilişkin sözleşmeleri hariç, kamu kurum ve kuruluşları tarafından yapılmış sözleşmeler, kredi anlaşmaları, yatırım projeleri ile kamu kurum ve kuruluşları leh ve aleyhine adli ve idarî yargıda sağlık hizmeti sunumundan, iyileştirici tıbbî malzeme alımından dolayı ve sağlık hizmeti sunan personelle ilgili açılmış ve açılacak davalar ile icra takipleri, Bakanlık husumetiyle yürütülür, bütün hak, yetki, yükümlülük, alacak ve borçlarıyla birlikte Bakanlığa geçer.

Devredilen sağlık birimleriyle ilgili kamu kurum ve kuruluşlarına; sözleşmeler, kredi anlaşmaları, yatırım projeleri ve davalar dolayısıyla bankalarca verilmiş olan teminat mektupları ile ipotek belgeleri hiçbir işleme gerek olmadan Bakanlık muhatap alınarak verilmiş sayılır.

5283/m.10 BAZI KAMU KURUM VE KURULUŞLARINA AİT SAĞLIK BİRİMLERİNİN SAĞLIK BAKANLIĞINA DEVREDİLMESİNE DAİR KANUN

Bu Kanunun 4 üncü maddesinin (b) ve (g) bendi, 5 inci maddesinin üçüncü fıkrası ve 6 ncı maddesi yayımı tarihinde, diğer hükümleri yayımını takip eden günden bir ay sonra yürürlüğe girer.

YARGITAY

4. HUKUK DAİRESİ

Tarih: 3.3.2009

Esas: 2008/6311 **Karar:** 2009/3092

- ◆ **BASIN YOLUYLA KİŞİLİK HAKLARINA SALDIRI**
- ◆ **MANEVİ TAZMİNAT İSTEMİ**
- ◆ **YAYININ GÖRÜNÜRDEKİ GERÇEĞE UYGUN OLMASI**

İlgili Kanun/Madde: 4721/m.24, 25

DAVA : Davacı Salih Ahmet G. vekili Avukat Turgut Özkan tarafından, davalı Mümin Ç. vd. aleyhine 28/05/2007 gününde verilen dilekçe ile basın yoluyla kişilik haklarına saldırı nedeniyle manevi tazminat istenmesi

üzerine yapılan yargılama sonunda; Mahkemece davanın kısmen kabulüne dair verilen 07/02/2008 günlü kararın Yargıtay'da duruşmalı olarak incelenmesi davalılar vekili, duruşmasız olarak incelenmesi de davacı adına gelen olmadı. taraflarından süresi içinde istenilmekle, daha önceden belirlenen 03/03/2009 duruşma günü için yapılan tebligat üzerine temyiz eden davalılar vekili Av. Ezgi Kılıçer geldi, karşı taraftan davacı vekili gelmedi Açık duruşmaya başlandı. Süresinde olduğu anlaşılan temyiz dilekçelerinin kabulüne karar verildikten ve hazır bulunanın sözlü açıklaması dinlendikten sonra tarafa duruşmanın bittiği bildirildi. Dosyanın görüşülmesine geçildi. Tetkik hakimi tarafından hazırlanan rapor ile dosya içerisindeki kağıtlar incelenerek gereği düşünüldü:

KARAR : Dava, basın yoluya kişilik haklarına saldırı nedeniyle manevi tazminat istemine ilişkindir. Mahkemece, davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir. Karar taraflarca temyiz edilmiştir.

Davacı, H. Gazetesi'nin H. Bursa ekinin 07/05/2007 tarihli nüshasında yer alan "Bir bacağa bir ay men cezası" başlıklı haberin gerçek dışı ve okuyucuyu yanıltacak nitelikte olduğunu iddia ederek manevi tazminatın tahsilini istemiştir.

Davalı gazete, dava konusu haberin gerçek olup yeni doğan Sergen Y. isimli bir bebeğin doğum sonrası ayağının kesilmesinden sonra yaşanan idari ve yargısal gelişmelere yer verildiğini belirterek haksız davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece, TTB Yüksek Onur Kurulu Kararının bebeğin bacağının ameliyatla kesilmesinin hatalı olup olmadığına veya bu hatanın kime ait olduğuna dair olmayıp, evrakta tahrifatla ilgili olduğu yayının yanlış izlenim ve intiba uyandırmaya yol açtığı gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir

Dava konusu haber, H. Gazetesi 'nin Bursa ekinde, 7 Mayıs 2007 tarihli nüshasında 1. sayfada "Bir bacağa bir ay men cezası" 4. sayfada ise "Başhekim yardımcısına meslekten men cezası" başlıkları ile verilen haberdir. Haberde, dava dışı bebeğin bacağının kesilmesi üzerinde durularak, ailenin şikayeti üzerine olayla ilgili yaşanan idari ve adli gelişmelere yer verilip, ceza davasında davacının beraat etmesine rağmen TTB Merkez Konseyi'nin davacıya dosyada tahrifat yaptığı gerekçesiyle 1 ay meslekten men cezası verildiği ifade edilmiştir.

Davacı çocuk doktoru ve Çekirge Çocuk Hastanesi Başhekim yardımcısıdır. 12/07/2004'de sezaryenle dünyaya gelen bebeğin bacağı, davacının nöbetçi olduğu 13/07/2004 tarihinde, bacağın kesilmesi gerekliliğine dair kanaati ve dava dışı hekimlerin görüşü alınarak ampute

edilmiştir. Dosya kapsamından davacının operasyona katılmadığı ancak operasyon kararında görüş sahibi olduğu anlaşılmaktadır. Olay basına yansımış ve bebeğin ailesinin şikayeti üzerine soruşturma başlatılmıştır. Bebeğe yönelik tedavi aşamasında görev alan dava dışı doktorun, klinik seyir başlıklı belgenin amputasyonu haklı göstermek kaygısı ile sonradan düzenlenip, hasta dosyasına ek yapılarak tahrifat edildiği iddiası üzerine, davacı hakkında evrakta sahtecilik suçu nedeniyle kamu davası açılmıştır. Davacı, 21/03/2007 günlü kararla atık suçtan dolayı delil yetersizliğinden beraat etmiştir. Bu karardan kısa süre sonra TTB Yüksek Onur Kurulu 24/03/2007 tarihli kararıyla, tahrifat eyleminin gerçekleştiği kanaatiyle davacının 1 ay süre ile geçici olarak meslekten men cezası ile” cezalandırılmasına ve ayağın ampute edilmesine kadar geçen sürede tıbbi müdahaleden sorumlu olan hekimler hakkında ise soruşturma açılmasına karar vermiştir. Söz konusu men kararı dava konusu yayında ele alınmış olayların gelişim süreci aktarılmıştır. 08/05/2007 tarihli Bursa Tabip Odası Onur Kurulu kararıyla, davacıya disiplin cezası verilmesine gerek olmadığına karar verilmişse de karar yayın tarihinden sonraki bir tarihtir.

Dava konusu haberde sık sık gündeme gelen sağlık sistemindeki problemlere, yanlış uygulamalara ve sonuçlarına dikkat çekmek amacıyla etkileyici bir başlık kullanılmıştır. Ayrıca, men cezasına temel teşkil eden uyumsuzlukta bacağın ampute edilmesi ve başlatılan soruşturma sonucu gelişmiştir. Davacının operasyona katılıp katılmadığı konusu haberde ayrıntı olarak verilmiştir.

Tüm bu bulgular gözetildiğinde, yayının görünürde ki gerçeğe uygun olduğu, kamu yararının bulunduğu, olayların gelişimi karşısında kişilik haklarına saldırıdan söz edilemeyeceğinden istemin tümünden reddi gerekirken, kısmen kabulü doğru görülmediğinden bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda açıklanan nedenle davalılar yararına BOZULMASINA, bozma nedenine göre davalıların diğer temyiz itirazları ile davacının tüm temyiz itirazlarının şimdilik incelenmesine yer olmadığına ve temyiz eden davalılar yararına takdir olunan 625,00 TL duruşma avukatlık ücretinin davacıya yükletilmesine ve davalılardan peşin alınan harcın istek halinde geri verilmesine, 03.03.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

İLGİLİ MEVZUAT METİNLERİ

4721/m.24 TÜRK MEDENİ KANUNU

Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hakimden, saldırıda bulunanlara

karşı korunmasını isteyebilir.

Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır.

4721/m.25 TÜRK MEDENİ KANUNU

Davacı, hakimden saldırı tehlikesinin önlenmesini, sürmekte olan saldırıya son verilmesini, sona ermiş olsa bile etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespitini isteyebilir.

Davacı bunlarla birlikte, düzeltmenin veya kararın üçüncü kişilere bildirilmesi ya da yayımlanması isteminde de bulunabilir.

Davacının, maddi ve manevi tazminat istemleri ile hukuka aykırı saldırı dolayısıyla elde edilmiş olan kazancın vekaletsiz iş görme hükümlerine göre kendisine verilmesine ilişkin istemde bulunma hakkı saklıdır.

Manevi tazminat istemi, karşı tarafça kabul edilmiş olmadıkça devredilemez; mirasbırakan tarafından ileri sürülmüş olmadıkça mirasçılara geçmez.

Davacı, kişilik haklarının korunması için kendi yerleşim yeri veya davalının yerleşim yeri mahkemesinde dava açabilir.

YARGITAY

10. HUKUK DAİRESİ

Tarih: 27.9.2011

Esas: 2010/3219 **Karar:** 2011/12530

- ◆ **ÖZEL TEDAVİ MERKEZİNDE YAPILAN SAĞLIK HARCAMALARININ TAHSİLİ**
- ◆ **ACİL VE HAYATİ TEHLİKE ARZ EDEN HASTALIK NEDENİYLE ÖZEL SAĞLIK KURULUŞUNDA TEDAVİ**
- ◆ **SİGORTALININ ÖZEL TEDAVİ MERKEZİNDE YAPILAN SAĞLIK HARCAMALARINDAN KURUMUN SORUMLULUĞU**

İlgili Kanun/Madde: 2709/m.56

DAVA : Dava, özel tedavi merkezinde yapılan sağlık harcamalarının tahsili istemine ilişkindir.

Mahkemece, ilamında belirtildiği şekilde davanın kabulüne karar verilmiştir.

Hükmün, davalı Kurum vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine, temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hâkimi Ebru Pakin Akın tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi:

KARAR : 20.07.2006 günü fenalaşıp bayılması üzerine, Kandıra Devlet Hastanesi'ne götürülen davacının beyin kanaması geçirdiğinin bildirilmesi sebebiyle, Kocaeli Devlet Hastanesine, oradan da yer olmadığından, kardeşinin isteği ile Acıbadem Hastanesine ambulansla götürülüp, 21.7.2006'da ameliyata alındığı ve 14.08.2006'ya dek yatarak tedavi olduğu, ardından hareket kısıtlılığı ile ve önerilerle taburcu olduğu, anılan tedavisi sebebiyle, 14.08.2006 tarih ve 8747967 sayılı fatura karşılığı 52.047,47 TL ödendiği, fatura bedeli için davalı Kuruma yapılan başvuru sonucunda Kurumun; vakıanın acil olmadığı gerekçesiyle herhangi bir ödemede bulunmadığı dosyadaki bilgi ve belgelerden açıkça anlaşılmaktadır.

Dava sonuç itibarıyla, 1479 sayılı Kanun kapsamında sigortalı iken 01.01.2007 tarihinden itibaren yaşlılık aylığı almakta olan sigortalının hastalığı nedeniyle özel sağlık kuruluşunca yapılan tedavi ve iyileştirme giderlerinin Kurumdan tahsili istemine ilişkin olup, davanın yasal dayanağını teşkil eden 1479 sayılı Kanun'un Ek 13. maddesi gereğince Kurum, sağlık sigortası kapsamında, ilgilinin hekime muayene ettirilmesi, hekimin göstereceği lüzum üzerine teşhis için gereken klinik ve laboratuvar muayenelerinin yapılması, gerekirse sağlık kuruluşlarına yatırılması ve tedavi süresince gerekli ilaç ve iyileştirme vasıtalarının sağlanması hallerini kapsar ve sağlık yardımları sigortalının iyileşmesine kadar devam eder. 1479 sayılı Kanununun 11. maddesinde, "Sağlık hizmeti; Sağlık Bakanlığı, Sosyal Sigortalar Kurumu, mahalli idareler, üniversiteler, kamu iktisadi teşebbüslerine ait sağlık tesisleri ile gerçek ve tüzel kişilerden satın alınmak suretiyle yürütülür. Buna ilişkin usul ve esaslar Kurumca belirlenir." düzenlemesine yer verdikten sonra, aynı Yasanın Ek 17. maddesinde, "Yatarak ve ayakta yapılan tedavilerin fiyatlandırılması, Kurumca karşılanacak ilaçların, ortez, protez ve iyileştirme vasıtalarının cins ve miktarı ile ödenecek bedellerinin tespitine ilişkin usul ve esaslar Kurumca belirlenir. Sağlık hizmetlerinin gerektirdiği giderler Sağlık

Bakanlığının yataklı tedavi kurumları için belirlediği fiyat tarifesini geçemez.” hükmü yer almış ise de;

Yaşam hakkının kutsallığı nedeniyle, devletin sigortalıların tedavilerini en iyi şekilde yaptırması gereği, sosyal güvenlik hukukunun en temel ilkelerinden biri olarak, Anayasının 56. maddesinde; Devletin bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak yerine getireceği hükmü öngörülmüştür.

Bu ilkelerin ışığı altında somut olaya bakıldığında; dosyada mevcut, Adli Tıp İhtisas Kurulu'nun ilgili raporunda da belirtildiği üzere, sigortalının anevrizmal subaruknoidal kanaması acil nitelikte ve cerrahi müdahaleyi gerektirir bir durum olup, öncelikle muayene ve tedavi için yasal prosedüre uygun bir biçimde resmi sağlık kuruluşlarına başvurduğu, oradan bir üniversite hastanesine şevki gerekli görülmesine rağmen, yer olmadığı belirtilmesi üzerine, aradan zaman geçmesine rağmen gereğince muayene edilip teşhis konularak tedaviye başlanmaması, yakınları tarafından hayati tehlikeye maruz kalacağı endişesi ile özel bir sağlık kuruluşu olan Acıbadem Hastanesine getirilmesi ve burada subaraknoid kanama teşhisi ile acilen ameliyata alınmış olmasına göre, iş bu hastalığın SGK sağlık kuruluşlarında tedavisinin mümkün bulunduğundan bahisle, davacının kurumun sağlık tesisinde kalarak gerekli muayene ve tedavisinin yapılmasını bekleme yükümlülüğünde olduğunun kabulü mümkün değildir. 1479 sayılı Kanun ve ödeme başvurusunun yapıldığı tarihte yürürlükte olan Bağ-Kur Sağlık Sigortası Yardımları Yönetmeliğinde sigortalının özel sağlık kuruluşunda tedavisini yaptırması durumunda, özel sağlık kuruluşlarında yapılan giderlerin Kurumca sigortalıya ödeneceğine dair bir hüküm bulunmadığı gerekçesiyle Kurumun bu giderlerden sorumlu olmadığından söz edilemez.

Sigortalının, ani olarak gelişen, tıbbi müdahale gerektiren, ivedilikle tıbbi müdahale yapılmaması halinde hayatın kaybedilmesi riski olan, bir başka deyişle acil ve hayati tehlike arz eden hastalığı nedeniyle Kurumun sağlık tesisleri dışındaki özel bir sağlık Kuruluşunda tedavi görmesi; Kurumun hastalık sigortası kapsamındaki sağlık yardımlarını yapma yükümünü gereğince ve özenle yerine getirmemiş olmasının doğal sonucu olup, davalı Kurumun; davacı için Acıbadem Hastanesinde yapılan muayene ve tedaviye ilişkin masraflardan sorumlu olduğuna dair mahkeme kabulünde bir isabetsizlik yoksa da;

Kurumun davacıya ödemesi gerekli miktarın, hükmedilen talebe konu miktarın yanında, hüküm kısmında yer verilen, 52.047,47 TL'lik fatura bedelinin tamamı mı olduğu, yoksa özel harcamalar ile refakat ve konaklama hizmetleri gibi masrafları da içerip içermediği belirlenmemiş olup, bu tür giderler fatura içeriğinde yer alıyorsa ayrıştırılması gerektiği

gözetilmemiştir.

Mahkemece, açıklanan bu maddi ve hukuki olgu gözetilmeksizin eksik inceleme sonucu yazılı şekilde istemin reddine karar verilmesi, usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

O halde, davalı Kurum vekilinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ : Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, 27.09.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

İLGİLİ MEVZUAT METİNLERİ

2709/m.56 1982 ANAYASASI

Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir.

Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir.

Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler.

Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir.

Sağlık hizmetlerinin yaygın bir şekilde yerine getirilmesi için kanunla genel sağlık sigortası kurulabilir.

YARGITAY

13. HUKUK DAİRESİ

Tarih: 16.2.2012

Esas: 2011/19947 **Karar:** 2012/3097

- ◆ **HATALI TEDAVİ NEDENİYLE TAZMİNAT TALEBİ**
- ◆ **DOKTORA KARŞI HATALI TEDAVİ NEDENİYLE TAZMİNAT DAVASI AÇILMASI**
- ◆ **BİLİRKİŞİ RAPORU**
- ◆ **VEKİLİN SORUMLULUĞU**

İlgili Kanun/Madde: 818/m.41, 49, 321, 394

DAVA : Taraflar arasındaki tazminat davasının yapılan yargılaması sonunda; ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın reddine yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde davacı avukatınca temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davacı, kaza sonucu sağ kolunun yaralanması nedeniyle davalı hastanede çalışan diğer davalı doktor tarafından ameliyat edildiğini, ancak ameliyat sonucu iyileşme görülmediğinden başka bir hastanede yeniden ameliyat olduğunu, bu ameliyat sonrasında kaza nedeniyle sağ kolunda sinir kesilmesi olduğunun tespit edildiğini, ilk ameliyatta bu sinirlerin tamiri gerekirken davalı doktorun yalnız dıştan cerrahi müdahale ile yetindiğini ve davalılar tarafından bilgilendirilmediğini bildirerek fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydıyla 1.000.-TL tedavi gideri, 1.000.-TL çalışma gücünü kaybetmesinden doğan tazminat olmak üzere 2.000.-TL'nin ve 20.000.-TL manevi tazminatın olay tarihinden itibaren işleyecek faizi ile davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsiline karar verilmesi talep etmiştir.

Davalılar davanın reddini dilemişlerdir.

Mahkemece davanın reddine karar verilmiş; hüküm, davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Davadaki ileri sürülüşe ve kabule göre dava temelini vekillik sözleşmesi oluşturmakta olup, özen borcuna aykırılığa dayandırılmıştır (BK. 386-390). Vekil, vekalet görevine konu işi görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden sorumlu değil ise de; bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabanın yaptığı işlemlerin eylemlerin ve davranışlarının özenli olmayışından doğan zararlardan sorumludur. Vekilin sorumluluğu genel olarak işçinin sorumluluğuna ilişkin kurallara bağlıdır (BK. 290/2 md.). Vekil, işçi gibi özenle davranmak zorunda olup, hafif kusurundan dahi sorumludur (BK. 321/1 md.). O nedenle vekil konumunda olan doktorun meslek alanı içinde olan bütün kusurları, hafif dahi olsa sorumluluğunun unsuru olarak kabul edilmelidir. Doktor, hastasının zarar görmemesi için mesleki tüm şartları yerine getirmek, hastanın durumunu, tıbbi açıdan zamanında gecikmeksizin saptayıp, somut durumun gerektirdiği önlemleri eksiksiz biçimde almak, uygun tedavi yöntemini de gecikmeden belirleyip uygulamak zorundadır. Asgari düzeyde dahi olsa, tereddüt doğuran durumlarda, bu tereddüdü ortadan kaldıracak araştırmalar yapmak ve bu arada da koruyucu tedbirleri almakla yükümlüdür. Çeşitli tedavi yöntemleri arasında bir tercih yaparken de hastasının ve hastalığının özelliklerini göz önünde tutmalı, onu risk altına sokacak tutum ve davranışlardan kaçınmalı, en emin yol seçilmelidir. Gerçekten de hasta, tedavisini üstlenen meslek mensubu doktorundan tedavisinin bütün aşamalarında mesleğin gerektirdiği titiz bir ihtimam ve dikkati göstermesini, beden ve ruh sağlığı ile ilgili tehlikelerden kendisini bilgilendirmesini güven içinde beklemek hakkına sahiptir. Gereken özeni göstermeyen vekil, B.K.'nun 394/1. maddesi hükmü uyarınca, vekaleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır. Tıbbın gerek ve kurallarına uygun davranılmakla birlikte sonuç değişmemiş ise doktor sorumlu tutulmamalıdır.

Her ne kadar mahkemece kusur yönünden alınan bilirkişi raporu hükme dayanak yapılarak dava reddedilmiş ise de; bilirkişi raporunun bir kısım ihtimal ve varsayımlara dayalı olarak düzenlendiği anlaşılmaktadır. Somut olayda davacının kolundaki kesiyi müteakip ilk müdahalenin tıbbi kurallara uygun olduğu belirtilmekle birlikte sinir kesilmesi ihtimaline binaen davacının ileride ne yapacağı ile ilgili doktor önerilerinin yapıp yapılmadığı asıl uyuşmazlık konusunu oluşturmaktadır. Nitekim bu hususa bilirkişi raporunda da işaret edilmiştir. Böyle olunca mahkemece tarafların bu husustaki delillerinin toplanıp gerektiğinde konusunda uzman üniversite hastanesinden seçilecek kuruldan bilirkişi raporu alınmak suretiyle hasıl olacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir.

SONUÇ : Yukarıda açıklanan nedenle kararın BOZULMASINA,

peşin alınan 18,40.-TL temyiz harcının istek halinde iadesine, 16.02.2012 gününde oybirliği ile karar verildi.

İLGİLİ MEVZUAT METİNLERİ

818/m.41 BORÇLAR KANUNU

Gerek kasten gerek ihmal ve teseyyüp yahut tedbirsizlik ile haksız bir surette diğer kimseye bir zarar ika eden şahıs, o zararın tazminine mecburdur.

Ahlaka mugayir bir fiil ile başka bir kimsenin zarara uğramasına bilerek sebebiyet veren şahıs, kezalik o zararı tazmine mecburdur.

818/m.49 BORÇLAR KANUNU

Şahsiyet hakkı hukuka aykırı bir şekilde tecavüze uğrayan kişi, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat namıyla bir miktar para ödenmesini dava edebilir.

Hakim, manevi tazminatın miktarını tayin ederken, tarafların sıfatını, işgal ettikleri makamı ve diğer sosyal ve ekonomik durumlarını da dikkate alır.

Hakim, bu tazminatın ödenmesi yerine, diğer bir tazmin sureti ikame veya ilave edebileceği gibi tecavüzü kınayan bir karar vermekle yetinebilir ve bu kararın basın yolu ile ilanına da hükmedebilir.

818/m.321 BORÇLAR KANUNU

İşçi, taahhüt ettiği şeyi ihtimam ile ifaya mecburdur.

Kasıt veya ihmal ve dikkatsizlik ile iş sahibine iras ettiği zarardan mesuldür. İşçiye terettüp eden ihtimamın derecesi, akde göre tayin olunur ve işçinin o iş için muktazi olup iş sahibinin malümü olan veya olması icabeden malümatı derecesi ve mesleki vukufu kezalik istidat ve evsafı gözetebilir.

818/m.394 BORÇLAR KANUNU

Vekilin usulü dairesinde müvekkilünbihi ifa için yaptığı masrafı ve verdiği avansları, müvekkilin, faiziyle beraber vermesi ve vekilin deruhte eylediği borçlardan onu kurtarması lazımdır.

Vekil, vekaleti ifa dolayısıyla uğramış olduğu zarar ve ziyanın tazminini müvekkilinden isteyebilir. Meğerki müvekkil bu hususta kendisinin sun'u taksiri olmadığını ispat eyleye.

YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ

Tarih: 21.3.2014

Esas: 2013/5084 **Karar:** 2014/5560

- ◆ İNSAN YAŞAMININ KUTSALLIĞININ GÖZETİLMESİ GEREĞİ
- ◆ İLAÇLI STEND KULLANIMININ TIBBEN GEREKLİ OLDUĞU
- ◆ HEKİMİN TERCİHİNE ÜSTÜNLÜK SAĞLANMASI GEREĞİ
- ◆ İLAÇLI STEND BEDELİNİN KURUMDAN TAHSİLİ DAVASI
- ◆ İLAÇ SALINIMLI STENDLE İLGİLİ RAYİÇ FİYAT TESPİTİ YAPILMASI GEREĞİ

İlgili Kanun/Madde: 506/m. 32

Sosyal Güvenlik Kurumu Sağlık Uygulama Tebliği/m. 20,21

DAVA : Davacı, ödediği 4.269,63 TL ilaçlı stent bedelinin yasal faiziyle birlikte Kurumdan tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme ilamında belirtildiği şekilde, isteğin reddine karar vermiştir.

Hükmün, davacı vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hakimi Nurten Fidan tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi:

KARAR : Davacı, 25.12.2008 tarihinde kaldırıldığı Mersin Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastanesinde takılan ilaçlı stent bedeli olan 4.629,63 TL'nin davalıdan tahsilini istemiştir.

Mahkemece, davanın reddine karar verilmiş ise de varılan bu sonuç usul ve yasaya uygun değildir.

Davacının kalp rahatsızlığı nedeniyle hastanece yapılan tedavisinde ilaçlı stent kullanıldığı ve bu malzemenin ortez niteliğinde olduğu uyuşmazlık konusu değildir. Uyuşmazlık, davacının bu tedavi giderini Kurumdan isteyip isteyemeyeceği noktasındadır.

Davanın yasal dayanağı 506 Sayılı Yasa'nın 32. ve devamındaki maddelerdir. Anılan Yasa'nın 34 /son maddesinde Kurumun, sigortalının iyileşmesine yarayacak, yahut iş göremezliğini az çok gidermesi için gerekli görülecek protez, araç ve gereçleri, maddede belirtilen süreler ile bağlı olmaksızın sağlamak, onarmak ve tespit edilen süre ve şartlarla yenilemekle yükümlü olduğu belirtilmiştir. Görüldüğü gibi; protez araç ve gereçlerin temini konusunda yasa iki şart öngörmüş ve bunu "sigortalının iyileşmesine yarayacak" olma veya "işgöremezliği az çok giderecek" olma ifadeleri ile belirtilmiştir. Aynı hüküm Yasanın Ek 32. Maddesinde de yer almaktadır. Söz konusu hükümlerle, sigortalının iyileşmesine yada iş göremezlik derecesine olumlu yönde katkısı olmayacak, hayati önemi haiz olmayan veya kişinin hayatını idame ettirmesi için zorunlu olmayan, protez, araç ve gereçlerin Kurumca karşılanmasının mümkün olmadığı ifade edilmekle, yapılacak sağlık yardımlarının kapsamı ve amacı bu şekilde belirlenmiş olmaktadır.

25.03.2010 tarih ve 27532 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Sosyal Güvenlik Kurumu Sağlık Uygulama Tebliğinin, Tıbbi Malzeme Temin Esasları 7.1. maddesinin 18. fıkrasında ilaçlı stent bedellerinin Kurumca ödenmeyeceği belirtilmiş ise de; Danıştay Onuncu Dairesi'nin 16.06.2010 tarih ve 2010/6009 sayılı kararı ile tebliğin anılan maddesinde yazılı "ilaçlı stent bedelleri Kurumca ödenmez" kuralının yürütmesinin durdurulmasına, 06.02.2012 gün ve 2012/392 sayılı kararı ile de iptaline karar verilmiştir.

Kurum, 06.08.2010 tarih ve 27664 sayılı Resmi Gazetede yayınlanarak, 05.07.2010 tarihinden itibaren yürürlüğe giren değişiklikle, tebliğin 20. maddesi ile yukarıda belirtilen SUT'un 7.1 numaralı maddesinin 18. fıkrasında yer alan "ve ilaçlı stent bedelleri" ibaresini metinden çıkarmış, tebliğin 21. maddesi ile de, SUT'a 7.3.25. madde olarak eklenen düzenleme ile, belli şartların varlığı halinde ilaçlı stent bedelinin karşılanacağı belirtilmiştir. Buna göre, "Referans damar çapı 3.0 mm altında ve 15 mm uzunluğunda olan olgularda (her iki koşulu bir arada sağlaması şartıyla) veya rekürrent (stent restenozu tespit edilmiş olup balon anjiyoplasti uygulanmış ancak tekrar restenoz gelişmiş) insegment stent restenozu olan olgularda, bir hastada en fazla 3 (üç) adet ilaçlı stent bedelinin Kurumca karşılanacağı" düzenlemesine yer verilmiştir.

Kurum, açılan damara stent yerleştirilmesi yoluyla tedavi yöntemini uyuşmazlık konusu yapmamaktadır. Uyuşmazlık, finansmanı sağlanacak stentin, rayiç değeri daha düşük olan çıplak stent mi, yoksa değeri daha yüksek olan ilaç salınımlı stent mi olması gerektiği noktasında toplanmaktadır.

Ulusal ve uluslararası bilimsel makalelerin bir kısmında, yine kardiyoloji alanındaki bir kısım uzman görüşlerinde, takılan stentin, vücut tarafından yara olarak algılanması nedeniyle, stent takılan damarın aynı yerden yeniden tıkanabildiği, bunu engellemek için pek çok yöntemin uygulandığı, şu ana kadar bulunan en başarılı yöntemin, bu hücrelerin oluşumunu engelleyen ve yavaşlatan ilaçların bu bölgeye doğrudan uygulanması sağlanan ilaç salınımlı stentlerin kullanılması olduğu, bu durumun, stent takıldıktan itibaren ilk 1 yıl içinde, yeniden daralma riskini %60'a varan oranda azaltarak, tekrarlanacak müdahalelerin önlenmesi yoluyla tedaviyi kolaylaştırıp, yeniden müdahale olasılığını azalttığı için yaşam kalitesini artırdığı, böylece, cerrahi müdahale edilerek tedavi olasılığının da azaldığı belirtilmekte; bir kısmı tarafından ise, kısa vadedeki bu avantajın, uzun vadede etkili olmadığı ve stentler arasında bir farkın kalmadığı belirtilmektedir. Kurum, daha önceki düzenlemelerde, ilaç salınımlı stentin tedavide etkinliğinin kesin olarak ortaya konulmadığından bahisle, finansmanının sağlanmayacağını belirtmekte iken, Sağlık Uygulama Tebliğinde sonradan yapılan değişiklik ile, yukarıdaki bentlerde yazılan şartların varlığı halinde, ilaç salınımlı stentin tedavi için tıbben gerekli olabileceğini esas alarak, Sağlık Hizmetlerini Fiyatlandırma Komisyonu tarafından belirlenen bedeli ödemeye başlamıştır.

Her ne kadar, ilaç salınımlı stentlerin veya başka bir tedavi şeklinin, hastaların tedavisinde tıbben gerekli olduğu hususu, bilim dünyası tarafından, kesin kanaat oluşturacak şekilde ortaya konulamamış ise de; bir kısım uzman görüşleri ile yayınlanan bir kısım bilimsel makalelerde, bu tür hastaların tedavisinde ilaç salınımlı stentin, çıplak stente oranla, en azından kısa vade için daha etkili olduğunun belirtildiği; Kurum'un da bu görüşlere itibar ederek, SUT'da belirtilen şartların varlığı halinde, ilaç salınımlı stent kullanılmasının hastalar için tıbben gerekli olduğunun esas alındığı; kısa süre içinde müdahale gereken bir halde bulunan hastadan, hangi özellikte ve sayıdaki stentin kendi tedavisi için daha uygun olduğu hususunun doğru bir şekilde değerlendirilmesi kendisinden beklenemeyecek olup, hekiminin yaptığı tercihi kabul edeceği; yine, insan yaşamının kutsallığı ve temel insan haklarından olan, yaşama ve sosyal güvenlik hakkının özüne dokunacak sınırlamalar getirilemeyeceği yönündeki ilkeler göz önüne alındığında; uyuşmazlığın, ilaç salınımlı stentle sınırlı olarak, hekimin

tercihine üstünlük tanınarak giderilmesi gerekir.

Yapılacak iş, ilaç salınımlı stentin, hasta açısından tıbben gerekli olduğu esas alınarak, Sağlık Bakanlığı Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumu v.b. kuruluşlardan sorulup davaya konu sağlık malzemesine ilişkin ihalelerde teklif edilen fiat ortalaması alınarak raîç fiat belirlenmeli, ödemeye esas fiatın bu şekilde belirlenmesinin mümkün olmaması halinde, konu hakkında teknik ve mali bilgiye sahip bilirkişiden piyasa değerleri ve ilgili kuruluşların görüşü ışığında fiat tespitine ilişkin rapor alınmalı, tüm araştırmalar yapılmak suretiyle raîç bedelden sigortalının katılım payı düşüldükten sonra kalan kısmın, SGK'nun temerrüde düştüğü tarih itibariyle yasal faiziyle tahsiline karar verilmesinden ibarettir.

Mahkemece bu maddi ve hukuki olgular gözetilmeksizin yanılığılı değrelendirme ve eksik araştırma ve incelemeye yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde davacının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ : Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, temyiz harcının istek halinde davacıya iadesine, 21.03.2014 gününde oybirliğiyle karar verildi.

İLGİLİ MEVZUAT METİNLERİ

506/m. 32 SOSYAL SİGORTALAR KANUNU

Sigortalıya, iş kazalarıyla meslek hastalıkları sigortası kapsamı dışında kalan hastalıklara da, aşağıda yazılı yardımlar sağlanır:

A) Sağlık yardımı yapılması,

B) (Değişik bent: 30/05/1997 - KHK 572/19 md.) Protez araç ve gereçlerinin standartlara uygun olarak sağlanması, takılması, onarılması ve yenilenmesi,(Ağız protezlerine ilişkin yardımlar, Kurumca hazırlanacak yönetmelik esasları dahilinde sağlanır.)

(Ek fıkra: 25/08/1999 - 4447/3 md.) Protez, araç ve gereç bedellerinin %20'sini sigortalı öder. Ancak, ilgiliden alınacak katkı miktarı, ödeme tarihindeki 25/08/1971 tarihli ve 1475 sayılı İş Kanununun 33 üncü maddesine göre sanayi kesiminde çalışan onaltı yaşından büyük işçiler için uygulanan aylık asgari ücretin birbuçuk katından fazla olamaz.

C) Geçici iş göremezlik süresince günlük ödenek verilmesi,

D) Gerekli hallerde muayene ve tedavi için yurt içinde başka bir yere gönderilmesi,

E) (Ek bent: 20/06/1987 - 3395/3 md.) Hastalığın anlaşıldığı tarihten önceki bir yıl içinde en az 300 gün hastalık sigortası primi ödenmiş olması şartıyla, yurt içinde tedavisi mümkün olmayıp ancak yabancı bir ülkede kısmen veya tamamen tedavisi mümkün görülen ve malullük halinin önenebileceği veya önemli oranda azaltılabileceği Kurum sağlık tesisleri sağlık kurulu raporu ile tespit edilen sigortalının ve bu raporda belirtilmiş ise beraber gideceği kimsenin yurt dışına gönderilmeleri, yabancı ülkelere gidip gelme yol paraları ile bu ülkede kalış ve tedavi masraflarının ödenmesi, (Kurum sağlık tesisleri sağlık kurulunca verilen rapora karşı Kurum veya ilgili sigortalıca yapılacak itiraz, Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kurulunca karara bağlanır. Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kurulunca verilen karar kesindir.) (Ek paragraf: 02/12/2004-5264 S.K./1.mad) Yabancı ülkeye gönderilenlerin tedavi süresi iki yılı geçemez. Bu süre içerisinde acil haller hariç olmak üzere, raporda belirtilen hastalığın dışındaki hastalıklar için tedavi ücreti ödenmez. Bu tedavi için süre uzatılamaz. Tedavi süresi altı ayı geçtiği takdirde ilgili yabancı sağlık kurumundan alınan ve tedavinin devamı zaruretini gösteren rapor, dış temsilciliklerce Kuruma gönderilir. Bu işlem her altı ayda bir tekrarlanır ve Kurumca sigortalılar için tespit edilen esaslara göre gidip-gelme yol paraları ile tedavi ve zarurî masrafları Kurumca ödenir.

(Ek fıkra: 25/08/1999 - 4447/3 md.; Değişik fıkra: 04/10/2000 - KHK/616, md.58; İptal: Anayasa M.'nin 31/10/2000 tarih ve 2000/65 Esas ve 2000/38 Kararı ile; Değişik fıkra: 29/07/2003 - 4958 S.K./29. md.) Sigortalıların, bu maddenin (A), (B) ve (D) bentlerinde yazılı yardımlardan yararlanabilmeleri için, hastalığın anlaşıldığı tarihten önceki bir yıl içinde en az doksan gün hastalık sigortası primi ödemiş olmaları şarttır.

YARGITAY CEZA GENEL KURULU

Tarih: 12.07.2005

Esas: 2005/5-39 **Karar:** 2005/96

- ◆ RÜŞVET ALMA SUÇU
- ◆ RÜŞVET ALMAYA EKSİK TEŞEBBÜS
- ◆ KANITLARIN YETERLİLİĞİ VASFİ

Sanık Okyay G.....'in değişen suç vasfı uyarınca iki ayrı mağdura yönelik rüşvet almak, üç ayrı mağdurdan ise rüşvet almaya eksik teşebbüs etmek suçlarından, TCY.nın 212/4, 61 ve 219/3.(üç kez) 212/4 ve 219/3 (iki kez), TCY.nın 71 ve 72. maddeleri uyarınca sonuç olarak 3 yıl 25 ay 10 gün ağır hapis ve 780.447.582 lira ağır para cezası ile cezalandırılmasına, aynı Yasanın 219/son maddesi uyarınca 5 kez müebbeten memuriyetten mahrumiyetine, kararın infazına başlandığında yatırdığı nakdi kefaletin iadesine, sanık Bekir K....'ın ise isnat edilen suçlardan beraatine, şikayetçiler Fatih Mehmet E..... ve Ethem K..... haklarında TCY.nın 213/2. maddesi uyarınca işlem yapılmak üzere suç ihbarında bulunulmasına, ilişkin İskenderun Ağır Ceza Mahkemesince verilen 19.04.2001 gün ve 216-94 sayılı hüküm,

O Yer C.Savcısı ve sanık Okyay G..... vekilleri tarafından temyiz edilmekle, dosyayı inceleyen Yargıtay 5. Ceza Dairesince 23.10.2002 gün ve 3838-6710 sayı ile;

Bekir K.... hakkındaki hükmün ONANMASINA,

Sanık Okyay G..... hakkındaki hükmün ise;

“Müştekiler Behçet H....., Mehmet M..... ve Ercan K.....’in ameliyat yapmak için sanık doktorun para istediğine, müşteki Fatih Mehmet E..... ve Ethem K.....’ın da istenen bu parayı sanığa verdiklerine dair beyanlarına itibar edilerek hükümlülük kararı verilmişse de, adı geçen müştekilerin aradan 1,5 ila 11 ay gibi bir süre geçtikten sonra sanığın eşinin çalıştırdığı eczane ile kendi eşinin işlettiği eczane arasında rekabet bulunan ve daha önce de sanığı şikayet ettiği söylenen Muammer Ö....’nün telkin ve yönlendirmesi hatta bir kaçının dilekçelerini de

yazması suretiyle şikayette bulunması, dinlenen tanıkların da müştekilerin yakınları olup onların beyanlarına şahitlik yapması ve verdiği iddia edilen paralar belgelendirilmediği gibi ele de geçmemiş olması karşısında, atılı suçları işlemediğini ileri süren sanığın savunmasının aksini kanıtlamaya ve cezalandırmaya yeterli her türlü kuşkudan uzak kesin ve inandırıcı delillerin bulunmadığının gözetilmemesi,

Kabule göre de;

Sanığın müştekiler Behçet H....., Mehmet M..... ve Ethem K.....’dan sağladığı yararların pek hafif nitelikte olduğunun nazara alınmaması,” isabetsizliklerinden BOZULMASINA,

Karar verilmiştir.

Kabule göre yapılan bozmaya uyararak, gereğini yerine getiren Yerel Mahkeme, 6.05.2003 gün ve 523-127 sayı ile;

Sanığın görevlisi bulunduğu İskenderun Devlet Hastanesinin, müştekilere ait tıbbi belgeleri, müştekiler ve tanıklar Hayrettin H....., İraz K....., Sabiha E....., Emine K....., Nurgül K..... ve Garip Ş.....’ın aşamalarda değişiklik göstermeyen beyanları ve tüm dosya kapsamına göre, aralarında çeşitli nedenlerle rekabet bulunan kişilerin birbirine asılsız yere suç atacağı dolayısıyla iftira atacağı kabul edilemez. Birinin suç işlemesi halinde, diğerinin kendisini ilgilendirmese de, aralarındaki rekabet nedeniyle duyarsız kalması beklenemez. İhbarcı Muammer Ö.....’nün, eşinin eczanesinden ilaç almaya gelen vatandaşlardan, muayeneleri esnasında muhatap kaldıkları haksız talepleri öğrenmesi hayatın olağan akışına uygundur. Şikayetçilerin ifadelerinin kanıtlarından sayılan tıbbi belgelere göre, şikayetçiler, sanığın uzmanlık alanı olan, böbrek ve idrar yolları rahatsızlıkları nedeniyle muayene olmuşlardır. İhbarcı Muammer Ö..... dışında, diğer şikayetçi ve tanıklarla aralarında husumet bulunmamaktadır. Birbirinden bağımsız, farklı konumlardaki şikayetçi ve tanıkların tüm aşamalarda birbirini doğrulayan anlatımları ve tıbbi belgelere göre, sanığın rüşvet alma ve talep etmek suçlarının oluştuğu, gerekçeleriyle ilk hükümde direnilmiştir.

Bu hükmün de, O Yer C.Savcısı ve Sanık müdafileri tarafından temyiz edilmesi üzerine, dosya Yargıtay C.Başsavcılığının “bozma” istekli 2.11.2004 gün ve 144959 sayılı tebliğnamesi ile 5. Ceza Dairesine, Özel Dairece de, 24.02.2005 gün ve 8799-455 sayılı karar ile Birinci Başkanlığa gönderilmekle, Ceza Genel Kurulunca okunup, müzakere edildikten sonra, aşağıdaki karara ulaşılmıştır.

CEZA GENEL KURULU KARARI

Sanığın beş ayrı mağdura yönelik olarak, rüşvet almak ve rüşvet almaya eksik teşebbüste bulunmaktan cezalandırılmasına karar verilen somut olayda, Özel Daire ile Yerel Mahkeme arasındaki uyuşmazlık, kanıtların sanığın cezalandırılmasına yeterli bulunup, bulunmadığı noktasında toplanmaktadır.

Şikayetçi Muammer Ö.....;

C.Savcılığında alınan 20.10.2000 tarihli beyanında; eşinin İskenderun'da eczacı olması ve sağlık çevresini yakından tanınması nedeniyle, zaman zaman devlet hastanesi başhekimini Dr. Okyay G..... tarafından tedavi veya ameliyat edilmek için kendilerinden zorla para almaya çalışılan kişilerin, şikayet ettikleri taktirde tedavilerinin aksatılacağını düşündüklerinden sorunlarını kendisine açtıklarını, bu şekilde öğrendiği suiistimallerin şunlar olduğunu,

Behçet H..... isimli şahsın, rahatsızlığı nedeniyle Dr. Okyay G.....'e gittiğinde, kendisinden 300 Dolar istendiğini, kabul etmesi üzerine hastaneye 6.09.2000 tarihinde yatırıldığını, 200 Dolar ödediğini, geri kalanı ödeyemediği için hastaneye tekrar gidemediğini, başka bir doktora gittiğinde, alet kullanımı gerekmeyp, tedavisinin ilaçla yapılabileceğini söylediğini,

Mehmet M..... isimli şahsın, Dr. Okyay tarafından muayenehanesine çağrılıp, ameliyat olması gerektiği, herkesten 350 milyon aldığı ancak kendisinden 200 milyon alabileceği, ameliyat olmazsan böbreklerin çürür diyerek, ameliyata ikna edilmeye çalıştığı, ancak şahsın korktuğu için ameliyat olmadığını,

Ercan K..... isimli şahıstan, resmi sevki olduğu halde, 120 milyon istendiği, parası olmadığını söylenince, ameliyat edemeyeceğini, nasıl olsa eline düşeceğini söylediğini, bu nedenle şahsın İskenderun'da değil, Balcalı'da ameliyat olduğunu,

Fatih E..... isimli polis memurundan da, 110 dolar aldığı, ayrıca sevk kağıdı getirmesi söylenip, bu kişiye 290 milyon liralık tıbbi alet taktığı belirtilerek, Güven yada Hülya Medikal adına düzenlenmiş faturayı emniyet Müdürlüğüne ibraz ederek, bedelini tahsil etmeye çalıştığını,

Bağ-Kurlu olan Menderes Ethem K..... isimli şahıstan ameliyat için 250 dolar alındığını,

Belirtilen konularda, bizzat sağlık bakanına iletilmek üzere şikayet dilekçe vermesine rağmen, dilekçenin Hatay Sağlık Müdürlüğüne

gönderildiğini ve hiçbir işlem yapılmadığını öğrendiğini, bu nedenle C.Savcılığına şikayet dilekçesi vermek zorunda kaldığını, basını da bilgilendirdiğini, dertlerini anlatan vatandaşların yazılı beyanlarını aldığını, bazılarını sağlık bakanlığına gönderdiğini, bazılarını da ekte sunduğunu söylemiş, kendi el yazısı ile yazdığı şikayet dilekçesinde de aynı iddiaları yinelemiş, Fatih E.....'in beyanlarını içeren el yazısı ile yazılmış iki sayfalık 29.05.2000 tarihli, Mehmet M.....'un beyanlarını içeren bir sayfalık 29.05.2000 tarihli ve Ercan K.....'in beyanlarını içeren bir sayfalık, 12.10.2000 tarihli beyanları 20.10.2000 tarihli dilekçe ekinde sunmuştur.

Duruşmada; Etem K..... ve Behçet H..... isimli şahısları tanımadığını, Mehmet M....., Fatih Mehmet E..... ve Ercan K.....'i, eşine ait eczaneden alışveriş yaptıkları için tanıdığını, bu şikayetçilerin ameliyat için kendilerinden para talep edildiğini söylediklerini, gidin şikayetçi olun dediğini, Mehmet M.....'nun benim adıma dilekçe yaz demesi üzerine söylediklerini zapta geçirdiğini, vatandaş olarak bu tür suçların takibinin gerektiğine inandığı için gerekli işlemleri başlattığını, daha önceki beyanlarını aynen tekrar ettiğini,

Şikayetçilerin, iyi cümle kuramadıklarını söyledikleri için, arzuhalci gibi dediklerini yazdığını, daha sonra bu yazılanları C.Savcılığına bizzat verdiğini, ayrıca sanıklardan Okyay G.....'in eşi ile kendi eşinin eczacı olduklarını, eczaneleri arasında sadece iki dükkan bulunduğunu, eczanede sürekli eşinin durduğunu, kendisinin de yardımcı olduğunu,

Beyan etmiştir.

Behçet H..... tarafından C.Savcılığına verilen 20.10.2000 tarihli şikayet dilekçesinde; 5.09.2000 tarihinde İskenderun Devlet Hastanesi başhekimi Okyay G.....'in muayenehanesine idrar yollarındaki rahatsızlığım nedeniyle gittim, röntgenlerimi çektikten sonra, idrar yollarımdan tıkanıklık olduğunu, aletle açması gerektiğini, aletin 300 dolar olduğunu söyledi, beni hastaneye yatırdı, işlemleri bitirdikten sonra para bulmak için beni eve gönderdi, 200 dolar buldum, ancak gerisini tamamlayamadım, bu nedenle hastaneye dönemedim, tavsiye üzerine bir başka bevliye uzmanına götürüldüm, yaptığı tetkiklerde, ilaçla tedavi olabileceğimi söyledi, nitekim kullandığım ilaçlarla rahatsızlığım geçti. Benden sırf para almak için, Amerika'dan getirdiği aleti kullanacağını söyleyerek, 300 dolar isteyen, sağlığımı ve hayatımı riske atan, başhekim hakkında gerekli yasal işlemin yapılmasını istiyorum, şeklinde beyanda bulunmuş C.Savcılığında ve Sulh Ceza Mahkemesinde; Benzer anlatımlarda bulunarak, konuşmalar esnasında yanında dayısının oğlu Hayrettin H.....'ın bulunduğunu, sanıktan şikayetçi olduğunu söylemiştir.

Duruşmada, benzer anlatımlarda bulunarak, para istenmesinden yaklaşık 15 gün sonra C.Savcılığına gelerek ihbarda bulunduğunu, başkalarından da para istendiğini duyduğundan ihbarda bulunma gereği duyduğunu, yönlendiren veya talimat veren olmadığını, ilk gittiğinde Okyay G.....'in kartını verdiğini, 15 milyon muayene ücreti ödediğini, hazırlık sırasında gerek görmediğinden bundan bahsetmediğini,

Tanık Hayrettin H..... aşamalarda saptanan beyanlarında benzer şekilde; Behçet H....., halamın oğlu olur, Eylül ayında rahatsızlandı, durumu ciddi olduğu için kendisine refakat ediyordum, daha önce Okyay G.....'in muayenehanesine gittiğini, kendisini hastaneye çağırdığını, Okyay G..... filmleri gördükten sonra, hastanın bir böbreğinin çalışmadığını, ameliyat olması gerektiğini, maliyetinin 300 dolar olduğunu, Adana'ya gidecek olursa, 700 dolara yapılabileceğini, kendisini özel bir aletle yapacağını söyledi, bunun üzerine kendisine inanıp, hastaneye yatırdık, yatış işlemlerini yaptık, bu arada Behçet H..... para bulmak için çalışıyordu, kardeşi ile görüşmüş, ameliyattan vazgeçmişler ve hastaneden ayrılmış, aralarında para diyalogu geçtiği sırada yanlarında idim, daha sonra kardeşi ile olan konuşmaları görmedim, fakat dışarıdan duydum, hatta daha sonra, başka bir doktora gidip, ilaç tedavisi ile iyileştiğini biliyorum demiştir.

Şikayetçi Fatih Mehmet E..... (Polis Memuru); Muammer Ö.....'nün 20.10.2000 tarihli şikayet dilekçesi ekinde sunulan 29.05.2000 tarihli yazılı beyanında; 1999 yılının Ramazan ayından bir hafta önce Devlet Hastanesi Bevliye servisine gidip, Dr. Okyay G.....'le görüştüm, muayenehanesine gelip, görüşmemizi söyledi, muayenehanesinde polis olduğumdan az para alacağını söyleyerek, 110 dolar istedi, idrar yollarımdan rahatsız olduğumdan kabul ettim, ertesi günü Devlet Hastanesinde ameliyat etti ve benden 110 dolar aldı, daha sonra birisi telefonla aradı, kim olduğunu sorunca, Okyay G.....'in adamı olduğunu, Medikal şirketten aradığımı, 1 fotoğraf ve vizite kağıdı gerektiğini söyledi, götürüp verdim, daha sonra açılan telefonda ise, bir fatura olduğunu, bunu lojistik şubeye vererek tahsil etmem istendi, fatura tutarı 290 milyon lira idi, bu faturayı neden kestiklerini sorduğumda, ameliyatım nedeniyle İstanbul'dan getirilen parça bedeli olduğu söylendi, bir gecede İstanbul'dan parça gelemeyeceğini, ayrıca parça da takılmadığını söyleyerek itiraz ettim, telefonu kapattım, bir daha bu konuyla ilgili aranmadım, hastanede rastladığım doktora konuyu sorunca cevap vermeden uzaklaştı, Emniyet müdürlüğündeki arkadaşları uyararak, böyle bir fatura geldiğinde bedelini ödememelerini istedim, aynı doktorun, idrar yollarında taş bulunan ve sebze halinde çalışan Mehmet isimli şahıstan da, ameliyat olması gerektiğini söyleyerek, para istendiğini duydum, kendisini bu işten vazgeçirdim, şahıs kendi kendine taş düşürdü

demiş,

C.Savcılığında saptanan 20.10.2000 tarihli beyanında; benzer anlatımda bulunarak, Okyay G..... benden 110 dolar istedi, sancıdan kıvranıyordum, ertesi gün ameliyat edince, 110 dolar karşılığı 54 milyon tutmasına rağmen 50 milyon lirayı eşimle gönderdim, ayrıca sebze halinde çalışan Mehmet isimli arkadaşım idrar yollarındaki taştan dolayı Okyay G.....'e muayene olduğunu ve kendisinden 200 milyon ameliyat parası istendiğini söyledi, doktor, ameliyat olmaması halinde böbreğinin çürüyeceğini ve 3 ay içinde öleceğini söylemiş, kendisine doktora inanmamasını, bu kişinin benden de para aldığını söyledim, zor durumumdan yararlanarak benden ameliyat için para alan doktordan devlet memuru olması nedeniyle şikayetçi değilim demiş,

Sulh Ceza Mahkemesinde; doktorun, idrar yollarından enfeksiyon olduğunu, böbreklerinde bulunan taşı almalarının zor olduğunu, ameliyat olması gerektiğini, malzeme parası olarak 110 dolar verirse bu işin olacağını, vermezse Balcalı'ya sevk edeceğini, orada iyice rahatsız olup, ölüp gideceğini söylemesi üzerine, teklifini kabul etmek zorunda kaldığını söyleyerek, diğer gelişmeleri benzer şekilde anlatmış, olayı eşine ve kendisi gibi rahatsız olan Mehmet M.....'na anlattığını, doktordan tedavisini yapması ve devlet memuru olması nedeniyle şikayetçi olmadığını söylemiş,

Duruşmada da benzer şekilde beyanda bulunmuş,

Sorulması üzerine, Muammer Ö.....'nün hemşehrisi olması nedeniyle gerekli ilaçları eşinin eczanesinden aldığını, kendisi ile sık sık görüştüğünü, bir gün eczaneye gittiğinde, doktorların ameliyat parası aldıkları konusunun konuşulduğunu, kendisinin de, polis memuru olduğum halde ben de para verdim demesi üzerine, Muammer'in, neden şikayetçi olmuyorsun diyerek, beyanlarını kağıda yazdığını, baygın olduğundan alet takılıp takılmadığını bilmediğini, ancak vücudunda alet takıldığına ilişkin bir emare bulunmadığını, ameliyatının Okyay G..... tarafından yapıldığını, yanında diğer sanığın da bulunduğunu, ameliyattan sonraki işlemleri Bekir K....'ın yaptığını, Mehmet M.....'dan alışveriş yaptığını, bir gün yanına gittiğinde acılar içinde kıvrandığını görünce, durumu sorduğunu, böbreklerinde taş olduğunu söyleyen Mehmet, tedavi için Okyay G.....'e gittiğinde kendisinden 200 milyon lira istendiğini, bu nedenle ameliyat olamadığını söyleyince, bunun üzerine bu kadar paraya gerek yok, greyfurt satıyorsun, suyunu iç iyileşirsin dediğini, onun da bunu uyguladığını, eczaneye gittiğinde konuşanlar arasında Mehmet M.....'nun da bulunduğunu, ifadelerin kendisi ile ilgili bölümünün bizzat kendisi tarafından yazıldığını, söylemiştir.

Tanık Sabiha E..... C.Savcılığında; Fatih E..... eşim olur, 1999 yılının Ramazan ayından bir hafta önce idrar yollarından rahatsızlandı, İskenderun Devlet Hastanesine gidip muayene olmuş, akşam eve geldiğinde ameliyat olması gerektiğini, Dr. Okyay G.....'in ameliyatı yapacağını ve 50 milyon lira istediğini söyledi, ertesi sabah gidip ameliyat oldu, hastaneden çıktıktan sonra bana 50 milyon verip, Dr. Okyay G.....'e vermemi söyledi, ben de parayı alıp Dr. Okyay G.....'in, yazıhanesine götürüp verdim, Fatih E.....'in eşi olduğumu, bu parayı kocamın gönderdiğini söyledim, şeklinde beyanlarda bulunmuş,

Diğer aşamalarda da benzer anlatımlarda bulunmuştur.

Mehmet M..... Muammer Ö.....'nün 20.10.2000 tarihli şikayet dilekçesi ekinde sunulan, 29.05.2000 tarihli yazılı beyanında; sebze halinde manavım, idrar yollarımdan rahatsızlığım nedeniyle Devlet hastanesine gittim, başhekim Okyay G..... beni muayene etti, muayenehanesine gelmemi istedi, ertesi gün gittim, birkaç sorudan sonra, ameliyat yapacağını, herkesten 340 milyon aldığını, ancak müşterek dostlarımız nedeniyle benden 200 milyon alacağını, ameliyat olmazsam böbreklerimin çürüyeceğini, böbrek değiştirmenin milyarlarca patlayacağını söyledi, garantisi var mı diyince, % 80 olduğunu söyleyerek iknaya çalıştı, korktum, ameliyat olmadım, kendi kendime taşı düşürdüm demiş,

C.Savcılığında saptanan beyanında; 2000 yılının Haziran ayında böbreklerimden rahatsızlanmışım, İskenderun Devlet Hastanesine gidip muayene oldum, filmler çekildi, Okyay G..... filmleri alıp muayenehanesine gelmemi istedi, odasına götürdüğümde bakmadı, tekrar aynı şeyleri söyledi, bunun üzerine muayenehanesine gittiğimde, böbreklerimde taş olduğunu, ameliyat olmam gerektiğini, bu işin maliyetinin 350 milyon lira olduğunu, ancak müşterek tanıdıklarımız nedeniyle 200 milyona yapabileceğini, ameliyat olmazsam böbreklerimin çürüyeceğini söyledi, param olmadığını, düşünmem gerektiğini söyleyerek ayrıldım, bir kaç gün sonra, bana gelen arkadaşım Fatih E.....'e rahatsızlığım ve doktorla aramızda geçenleri anlatınca, Fatih, aynı doktorun kendisini de muayene ettiğini, para almak için bu şekilde davrandığını, inanmamamı grefurt suyu içersem taşları düşürebileceğimi söyledi, doktora daha sonra gitmedim, hatta bu sayede taşları düşürdüm, ameliyat için benden para isteyen doktordan şikayetçi değilim, Fatih, doktora ne kadar para verdiğinden bahsetmişti ancak şu an hatırlamıyorum biçiminde açıklama yapmış.

Sulh Ceza Mahkemesinde; benzer anlatımda bulunarak, Fatih'in aynı doktorun kendisini 7-8 ay önce ameliyat edip, 50 milyon lira aldığını, kendisinin de ameliyata karar vermesi halinde, doktorun istediği parayı almadan ameliyat etmeyeceğini bildiğini, para vermektan K.....ulduğu için

şikayetçi olmadığını söylemiştir.

Duruşmada, benzer anlatımda bulunarak, 29.05.2000 tarihli ifadesinin Muammer Ö..... tarafından yazıldığını belirtmiştir.

Şikayetçi Ercan K....., Muammer Ö.....'nün 20.10.2000 tarihli şikayet dilekçesi ekinde sunulan, 12.10.2000 tarihli yazılı beyanında; Petrol ofisinde çalıştığını, resmi sevkle Devlet Hastanesine geldiğini, başhekim Okyay G.....'in, ameliyat olması gerektiğini söyleyerek, 120 milyon lira istediğini, parası olmadığını söyleyince, ameliyatına girmem, nerede ameliyat olursan ol, nasıl olsa eline düşeceğini söylediğini, Balcalı'da ameliyat olduğunu, söylemiştir.

C.Savcılığında saptanan beyanında; Petrol Ofisi Bölge müdürlüğünde memur olarak çalışıyorum, 2000 yılı Şubat ayında, böbrek rahatsızlığı nedeniyle sevkli olarak İskenderun Devlet hastanesi Üroloji servisine gittim, Dr. Bekir K.... muayene etti, ertesi gün gel yatışını yapalım, ameliyat olacaksın dedi, ertesi gün gidip yatışımı yaptım, serviste pijama ile dolaşırken Dr. Bekin K....'ı gördüm, ameliyat sıramın ne zaman geleceğini sordum, git Okyay beyle görüş dedi, başhekim Okyay G.....'in odasına gittiğimde ameliyat için 120 milyon lira istedi, resmi sevkli memur olduğumu, masrafların kurumum tarafından karşılandığını, bu paranın ne parası olduğunu sorunca, ameliyat sırasında üzerinin kirlendiğini, bu parayı ona karşılık aldığını söyledi, cebimde sadece beş milyon olduğunu söyleyince, bu parayı getirmezsen ameliyatını yapmayız dedi, ben de üst kata çıkıp durumu eşime anlattım, o arada koridorda tesadüfen işyeri hekimimiz Bedi K.... ile karşılaştım, tanıyıp sorunca, durumu anlatarak Okyay G.....'in 120 milyon lira istediğini, paramın olmadığını söyleyince, gidip, tekrar konuşup, durumumu anlatmamı istedi, gidip görüştüm, bunun üzerine, madem memursun, sevk evrakın var, durumun iyiymiş senden 60 milyon alalım dedi, veremeyeceğimi söyleyince, parayı bul da gel, parayı getirmezsen ameliyatın yapılmaz dedi, eşime durumu anlatıp hastaneden ayrıldık, daha sonra Adana'ya gidip, bir doktorla görüştüm, sevkli geldiğim taktirde ameliyatımın yapılacağını söyledi, tekrar sevk yaptırmak için İskenderun Devlet Hastanesine geldim, Okyay G....., ne yaptığımı sorunca, durumu anlattım, ameliyatı nerede olursan ol, elime yine düşersin dedi ve sevk evraklarımı imzaladı, Adana'ya gidip ameliyat oldum, başıma gelenler zoruma gittiği için Muammer Ö.....'ye anlattım, el yazısı ifadem bana aittir, şahsi şikayetim yoktur, ancak vatandaşlık görevini yerine getirmek amacıyla olayı anlattım, şeklinde beyanda bulunmuştur.

Sulh Ceza Mahkemesinde, benzer anlatımda bulunarak, başına gelen bu olaydan, ameliyatını yapan Dr. Bülent, eşi ve hastanenin karşısındaki

Tuğba eczanesinin sahibi Muammer Ö.....'ye bahsettiğini, onların yaşadıklarına şahit olduğunu söylemiştir.

Duruşmada; Benzer anlatımda bulunarak, Balcalı'ya iki kez sevkinin yapıldığını, ilk sevkinin Adana'ya, Dr. K.... tarafından, ikinci sevkinin ise Okyay G..... tarafından doğrudan Balcalı'ya yapıldığını, İskenderun Devlet Hastanesine 2000 yılı şubat aylarında gittiğini, Eylül veya Ekim aylarında Muammer Ö.....'nün eczanesine gittiğinde, mahalli gazetelerden birinde Okyay G.....'le ilgili yazı gördüğünü, hastaneye gittiğinde kendisinden de para istendiğini söylemesi üzerine Muammer'in sen de dilekçe yaz savcılığa ver, bu tür şikayet dilekçelerini topluyorum Savcılığa vereceğim dediğini, kendisinin söylediklerini Muammer'in yazdığını, söylemiştir.

Tanık İraz K..... C.Savcılığında; Ercan K.....'in eşi olduğunu, eşinin 2000 yılı Şubat ayında rahatsızlandığını, muayene eden doktorun ameliyat olması gerektiğini söylemesi üzerine, üroloji servisine yatırarak, yanında refakatçi kaldığını, eşinin başhekimin yanına gidip görüştüğünde, kendisinden ameliyat için 120 milyon lira istendiğini kendisine söylediğini, durumları uygun olmadığından bu parayı veremediklerini, eşinin başhekime gidip durumu tekrar izah etmesi üzerine, 60 milyon lira istendiğini, bu parayı veremediklerinden yatış işlemleri yapılmasına rağmen, ameliyat olmadan hastaneden çıktıklarını, eşi başhekimle görüştüğünde, kendisinin odada beklediğini, ancak konuşulanları kendisine anlattığını söylemiş, diğer aşamalarda da benzer anlatımlarda bulunarak, olayların gelişimini eşinden naklen anlatmıştır.

Tanık Bedi K.... C.Savcılığında;İskenderun Devlet Hastanesinde genel cerrahi uzmanı olarak görev yaparım, aynı zamanda Petrol Ofisi İskenderun Bölge Müdürlüğünde işyeri hekimi olarak çalışıyorum, Ercan K..... isimli şahsı, burada memur olması nedeniyle tanırım, böbrek rahatsızlığı nedeniyle kendisini birçok kez Devlet Hastanesi Üroloji bölümüne sevk ettim, birkaç kez de dahiliye servisine sevk ettim, bir ara devlet hastanesinde tedavi oldu, daha sonra Adana'ya gidip, orada tedavi veya ameliyat oldu, devlet hastanesinde kendisiyle birçok kez karşılaştım, bana başhekimin ameliyat yapmak için para istediği yolunda bir söz söyleyip, söylemediğini hatırlamıyorum, üzerinden oldukça zaman geçmişti, bahsettiğim kişi ile defalarca hastane koridorunda ya da üroloji servisinde karşılaştım, böyle bir diyalog geçip geçmediğini hatırlamıyorum demiş,

Duruşmada; önceki beyanına benzer anlatımda bulunarak, her uzman doktorun ayrı servisi olduğunu, para istenmesi durumunda diğer servise giderek, muayene veya ameliyat olma imkanının bulunduğunu, hastanın manevi cebir altında kalmasının söz konusu olmadığını söylemiştir.

Şikayetçi Ethem K....., C.Savcılığında ve Sulh Ceza Mahkemesinde 30.10.2000 tarihli beyanlarında, kızım Nurgül K..... 2000 yılı ocak ayı başlarında rahatsızlandı, İskenderun Devlet Hastanesi Acil servisine götürdüm, Dr. Bekir K.... muayene etti, film çekirdi, filmleri ve tetkikleri Okyay beyin görmesi gerektiğini söyledi, evrakları alıp başhekimin yanına gittim, kızımın böbreklerinin çürüdüğünü, ameliyat olması gerektiğini söyledi, saat 13.30 da muayenehaneme gel diyerek kartını verdi, öğleden sonra kızım ve eşimle muayenehanesine gittim, ameliyat olması gerektiğini söyleyerek, 250 dolarını alırım dedi, maddi durumumun iyi olmadığını, Bağ-Kur'lu olduğumu söylediysem de, 250 dolardan aşağı olmaz, kabul ediyorsan yatır, etmiyorsan yatırma dedi, param olmadığı için başhekimi tanıyan Garip Ş.....'ı aradım, durumu anlattım, görüşeceğini söyledi, illa parayı istediklerini, yoksa ameliyat yapmayacaklarını, en fazla Adana'ya sevk edeceklerini söyledi, acil olduğu için hastaneye yatırdım, 13 Ocak 2000 günü ameliyat oldu, ameliyattan sonra 250 doları vermek için Okyay G.....'ın muayenehanesine gittiğimde, kendisi ile aynı muayenehanede ortak olarak çalıştıkları Bekir K....'a vermeme istedi, bende parayı ona verdim, Okyay G..... ile pazarlık yaptığım esnada yanımda eşim ve kızımda vardı, onlarda bu olaya şahittir, ameliyat parasını Garip Ş.....'dan borç aldım şikayetçiyim demiş,

C.Savcılığında 13.11.2000 tarihli beyanında, benzer anlatımlarda bulunarak, parayı bana verdikleri kartlarda yazan adrese götürdüm, Dr. Bekir K.... vardı, kızımı birlikte ameliyat ettikleri için beni tanıır, kendisine 250 doları, Okyay beyin ameliyat parası olduğunu söyleyerek, Okyay beye verilmek üzere parayı verdim, hiç bir şey sormadan aldı, eski ifademi tekrar ederim, sanıklardan şikayetçiyim demiş,

Duruşmada; Benzer anlatımlarda bulunarak, ifadesinde adı geçen Garip Ş.....'ın, adını Muammer'e vermesi üzerine, Muammer'in kendisini aradığını, eczanesine gittiğinde şikayetçi olmasını istediğini söylemiştir.

Tanık Emine K..... C.Savcılığında, Ocak ayında kızım rahatsızlandı, Bekir K.... muayene etti, filmlerimiz ile başhekime göndererek görmesi gerektiğini söyledi, başhekim Okyay G..... bizi muayenehanesine çağırıldı, muayenehanesinde eşim ve kızımın bulunduğu ortamda, kızımın böbreklerinin çürüdüğünü, ameliyat olması gerektiğini, bu iş için 250 dolar alacağını söyledi, eşim durumlarının uygun olmadığını söyleyince, 250 dolardan aşağıya olamayacağını, karar verdiyseniz hemen yatırmamızı söyledi, acil olduğu için hastaneye yatırdık, eşim para miktarını düşürmek için bir tanıdığı araya koydu, ancak düşüremedi, Garip isimli bir dostundan aldığı parayı ameliyattan sonra götürüp muayenehanesinde Dr. Bekir K....'a vermiş, bunu bana söyledi şeklinde beyanda bulunmuş,

Diğer aşamalarda da, benzer anlatımda bulunarak, eşinin daha önce parayı bizzat Okyay G.....'in devlet hastanesindeki odasına götürdüğünü, ancak doktorun, parayı Bekir K....'a götürüp vermesini söylemesi üzerine, Bekir K....'a verdiğini söylemiştir.

Tanık Nurgül K....., aşamalarda Annesi Emine K.....'ın anlatımlarına benzer şekilde beyanda bulunmuştur.

Tanık Garip Ş....., C.Savcılığında ve Sulh Ceza Mahkemesinde; Menderes lakaplı Ethem K..... işlettiğim petrol istasyonuna bazen gelir yardım eder, mağdur bir insandır, kış aylarında gelip, kızının ameliyat olacağını ancak başhekim Okyay G.....'in ameliyat için 250 dolar istediğini, tanıdığım olması nedeniyle görüşüp, bu miktarı indirip indiremeyeceğimi sordu, aradım, hastaya parça takılacağını, bunun devlet tarafından karşılanmadığını söyledi, mağdur olduklarını, 150 dolarla yapılıp yapılamayacağını sordum, aşağı olamayacağını söyledi, Ethem'e durumu anlattım, benden 250 dolar borç aldı, daha sonra kızını Okyay G.....'e ameliyat ettirdi, demiş, duruşmada da benzer anlatımlarda bulunmuştur.

Sanık Okyay G....., müdafileri hazır olduğu halde C.Savcılığında saptanan beyanında; 22 Mayıs 1999 tarihinde İskenderun devlet hastanesinde başhekim olarak göreve başladım, daha önceleri aynı hastanede üroloji uzmanı olarak görev yapmaktaydım, 18 Nisan 1999 seçimlerinde, aday adayı olduğum için, üç ay kadar önce yasal süresi içinde istifa ettim, bu süre içerisinde aktif bir şekilde hekimlik yapmadım, seçimlerden sonra görevime geri dönüp, başhekim olarak göreve başladım, aynı yılın Haziran yada Temmuz ayında muayenehanemi tüm mefruşatıyla yeni atanan Bekir K....'a devrettim, aynı yerin bitişiğinde bulunan 20 m2.lik bir yeri büro olarak kullanmaya başladım, hatta Bekir K....'a, ihtiyacı olduğunda serum takmak için büromu kullanabileceğimi söyledim, işlerimin yoğunluğu nedeniyle öğle yemeklerinde bile hastaneden çıkamıyordum, başhekimlik görevine başladığımda döner sermaye 700 milyar civarında borçluym, yıllardan beri İskenderun'da çalıştığım için, durumu tanıdığım eşrafa anlatıp, hastaneye yardım sağlamaya çalıştım, İDÇ. Genel Müdürüne, elektrik tesisatı ve dış cephe sıvasını yenilettim, İskenderun belediyesinde makine desteği gördüm, bu şekilde su sorununu çözdüm, hastaneye karo döşettim, bahçe tanzimini yaptırđım, bu şekilde hastanenin iç dış tüm ihtiyaçlarını kişisel ilişkilerimle giderdim, resmi ödeneklerle sadece poliklinik ve labratuvar bölümü yapıldı, hastanedeki aksaklıkları giderip, döner sermayeyi 2000 yılına 100 milyar alacakla geçirdim, aynı şekilde Hastaneyi Yardımlaşma ve Güzelleştirme derneğinin de gelirlerini arttırıp, hastaneye pikap, bilgisayar ve büro malzemeleri aldırđım. İşlerim çok

yoğun olduğundan, özel hasta bakacak zamanım olmadı, İskenderun'da yaklaşık 25 yıl hekimlik yaptığım için tanıdıklarım muayene için başvuruluyordu, Dr. Bekir K....'ın da işleri yoğun olduğunda, Çarşamba günleri poliklinik yapıyordum, bazen de bana gelen hastaları Bekir K....'a gönderiyor, hasta tanıdığım ise film ve tetkiklerini görmek için istiyordum, Dr. Bekir K.... yeni uzman olduğu için cerrahi müdahale gereken hastalarda, operasyonlarda benimle fikir alışverişi yapar, daha önceden yapmadığı ameliyatlara bana sorar, ameliyata birlikte girip yardım etmemi isterdi, kendisine yardım ederdim. Lokal anestezi ile yapılan küçük ameliyatlarda, muayene yaptığım hastaları, kendim hastaneye yatırıp, ameliyatını yaptığım da oluyordu, ameliyat sırasında solunan halaton gazı beni kronik hepatit hastalığımından dolayı etkilediği için genellikle genel anestezi ile yapılan ameliyatlara girmekten kaçınırdım. Bu tür ameliyatlarda Dr. Bekir K.... hastayı uyuttuktan sonra beni çağırır, ondan sonra yardım ederdim, hasta narkozdan çıkmadan ameliyathaneden ayrılırdım, muayene ettiğim kişilerden, çeşitli nedenlerle ameliyatını Dr. Bekir K....'ın yapmasını istediğim de olmuştur.

Behçet H.....'ı tanımam, hastanede, yada muayenehanede muayene etmiş değilim, yatış ve tedavi evraklarında endoskopi ile tedavi edileceği yazılıdır ki, endoskopi ile müdahale genel anestezi altında yapıldığı için ve endoskopi konusunda fazla bilgim olmadığı için tedavi yapmış değilim.

Nurgül K.....'ı ve babasını hatırlamıyorum, kartımı vermiş değilim, sekreterliğimde alınmış olabilir.

Ercan K.....'ı tanırım, sürekli rahatsızdır, birkaç kez muayene ettim, başhemşire yardımcımız Dilek Dalmış vasıtasıyla tanırım, böyle bir teklif sunmam düşünülemez, suçlamaları kabul etmiyorum.

Fatih Mehmet E.....'i şahsen hatırlamıyorum, evraklara göre ameliyat sırasında Dr. Bekir K....'a yardım ettiğim hastalardan biridir. Hastaya parça takılıp, takılmadığı fotokopilerden anlaşılmıyor, gönderilen not yazısı Dr. Bekir K....'a aittir. Menfaat temin etmiş değilim.

Mehmet M..... isimli hastayı tanımıyorum, reçetelerdeki yazı ve imzalar bana ait değildir. Kendisini muayene etmiş veya herhangi birşey istemiş değilim. Gelen birçok hasta benim telefon etmemle daha iyi bakılacağını düşündüğünden, birçok hastayı bu şekilde polikliniklere yönlendirdiğim olmuştur.

Sanık müdafilerine sorulduğunda, şikayetçilerden çoğunun, müvekkillerinin eşinin rakibi olan bir kişinin yönlendirmesi ile bu şekilde ifade verdiklerini, ayrıca basınla da arası iyi olmadığını, iddiaların soyut olduğunu söylemişlerdir.

Sulh Ceza Mahkemesinde; Önceki beyanlarımı tekrar ettiğini, suçsuz

olduğunu, şahsını hedef alındığını, iddia tarihlerinden 9-10 ay hatta 1 yıl geçtikten sonra hakkında şikayette bulunulduğunu, Tuğba eczanesinin sahibinin daha önceden de kendisi hakkında iki kez müfettiş getirttiğini, kendisine husumet beslediğini, incelemelerin hepsinden aklanarak çıktığını söylemiştir.

Duruşmada, suçlamaları kabul etmediğini, daha önceki savunmalarını aynen tekrar ettiğini, Ercan K.....'den, el yazısı ile yazılmış yazının kendi tarafından yazılıp yazılmadığının sorulmasını istemiş,

Sorulduğunda; Ercan K....., kendisinin söylediğini, Muammer Ö.....'nün yazdığını, altındaki imzanın kendine ait olduğunu söylemiştir.

Ek savunma hakkı verilip sorulduğunda, Muammer Ö.....'nün komplosunun kurbanı olduğunu, Fatih ve Mehmet M.....'nun hemşehri olmaları nedeniyle birbirine destek verdiklerini, şahısların dilekçelerinin aynı gün aynı kişi tarafından kaleme alındığını, eşinin İskenderun'da eczacı olması ve şikayetçinin eşinin de yakın yerde eczacı olması ve ticari rekabet nedeniyle kendisine iftira atıldığını söylemiştir.

Beraat eden Sanık Bekir K....., C.Savcılığındaki beyanında; İskenderun Devlet hastanesinde haziran 1999'dan beri üroloji uzmanı olarak görev yapıyorum, Aralık 1999 tarihinde hastanede üroloji uzmanı olarak ben ve başhekim Dr.Okyay G..... bulunuyordu, başhekim Okyay beyin idari işleri de bulunduğu için kendisi genellikle Çarşamba günleri, poliklinik yapıyor, kalan günlerde ben bakıyordum, Okyay G.....'le poliklinik nöbetine ilişkin bir işbölümü listesi bulursa da işin çokluğu ve mesleki dayanışma gereği fiilen uygulanamıyordu, Okyay G.....'in ilçemiz Şehit Pamir Cad. Mavi Merkez işhanı numara 28, K. 1. daire 6. da bulunan işyerini İskenderun'a atamam yapılıncaya devraldım, maliyeden kaydını adıma yaptırdım, Okyay G....., muayenehaneye ara sıra ziyaret için gelirdi, ayrıca yanımızda çalışan sekreterde, Okyay beyin, önceki sekreteri olduğu için benim olmadığım zamanlarda, muayenehaneye rahatlıkla girip çıkabiliyordu, fakat ben yokken Okyay G.....'in muayenehanede muayene ve tedavi yapıp yapmadığını bilemiyorum, hastanede polikliniğimiz yoğun olduğu için, ayrıca Okyay G..... makam odasında da tanıdığı veya kendisine gelen hastaları muayene edip, ilaç yazıyor olabilir. Çünkü her doktorun poliklinik defteri ayrıdır, her doktor muayene ettiği hastayı kendi poliklinik defterine kaydeder, Okyay G.....'in zaman zaman kendi odasında muayene ettiği hastalara teşhis koyup, hastaneye yatırılması için bana gönderdiği olmuştur, bana gönderdiği hastaları tıbbi olarak takipleri gerekiyorsa, cerrahi müdahalelerin yapılması ve hastanın yataklı serviste takibinin yapılması amacıyla bana gönderirdi, ben de bu şekilde Okyay'ın, gönderdiği hastaları servise yatırırdım, mesleki dayanışma ve nezaket

kuralları çerçevesinde baktığı hastayı teşhisini de bildirerek gönderir, ben de servise yatırırđım, talimatla servise yatırılan hastalar konusunda daha sonra tıbbi olarak, aramızda fikir alışverişinde bulunup, buna göre yapılacak tedaviye karar verirdik, bu uygulama sadece talimatla gönderilen hastalar için yaptığımız uygulamadır.

İlaç tedavisi kafi gelmeyip, ameliyat gerekenler için de durum aynıydı, bu nedenlerle bana gönderdiği ve ameliyatını benim yaptığım kişiler olmuştur, bunların kesin sayısını hatırlamıyorum, bu durumlarda bütün ameliyat tutanaklarına kendi adımı yazarım, ayrıca Okyay'ın bana bu kişiyi kendi servisine yatır, diye gönderdiği ve ameliyat edilmesini de benden rica ettiği hastalar olmuştur. Bunların da ismini hatırlamıyorum, hasta sahiplerini de tanımam.

Ercan K....., Fatih Mehmet E....., Nurgül K....., Behçet H....., Mehmet M..... isimli hastaları tanımıyorum. Bu kişileri tedavi veya ameliyat etmiş olabilirim, çünkü üroloji polikliniğinde günlük ortalama 40 hastaya bakıyorum, ayrıca aylık 20 civarında ameliyat yapıyorum,

Fatih E.....'i, Okyay G..... ile ameliyat ettiğim evrak üzerinde görülüyor ise de, hatırlamıyorum, ancak fotokopisi gösterilen Ercan K....., Fatih E....., Nurgül K..... ve Behçet H.....'a ait tüm tıbbi evrak suretlerindeki imzalar bana aittir, içerikleri doğrudur.

Nurgül K..... isimli hastanın babası Ethem K.....'ın muayenehaneme gelip, Okyay G.....'e verilmek üzere, 250 dolar verdiği iddiasını kabul etmiyorum, böyle bir şey olmadı, Ercan K..... isimli hastayı, hastanenin servis koridorunda benimle yaptığı konuşmayı da hatırlamıyorum, böyle bir olay olmamıştır. Ercan K.....'i soyadından dolayı hatırlıyorum, ancak aramızda böyle bir diyalog geçmedi, görsem tanıyıp, tanıyamayacağımı da bilmiyorum,

Okyay G..... ile birlikte ameliyat etmiş olarak gözüktüğüm, yada Okyay'ın talimatıyla servise yatırdığım veya ameliyat ettiğim işlerden herhangi bir menfaat temin etmem sözkonusu değildir suçlamaları kabul etmem.

Okyay'ın da bu kişilerden, para alıp almadığını bilmiyorum.

C.Savcılığında; Okyay G.....'in önceden endoskopi metoduyla ameliyat yapıp yapmadığını bilmiyorum, bana yardım ederdi, hepatit olduğundan, hastaya narkoz verilirken ameliyathanede uzun süre bulunmama çalışıyordu, Fatih E..... isimli hastaya, gözlem tabelasındaki nota göre, balon dilatasyon kateteri ve basket kateteri takılmıştır, bu malzemeler hastanın kendisi yada kurumu tarafından karşılanır, şeklinde beyanda bulunmuş, diğer aşamalarda ise önceki beyanlarını tekrar ettiğini söylemiştir.

Tanık Hamit S..... C.Savcılığında saptanan beyanında; İlçemizde

yayınlanan Hatay'da Son Haber isimli gazetenin genel yayın yönetmeniyim, devlet hastanesinde meydana gelen bazı kanuna aykırı uygulamalarla ilgili çeşitli kaynaklardan ihbarlar geldi, ben de gazetede haber yaptım, Muammer Ö.....'de haber kaynaklarından bana ihbarda bulunan bir kişidir. Kamuoyunu aydınlatmak ve toplumun dikkatini çekmek için haber yaptım, bildiğim bundan ibarettir, demiş,

Duruşmada ise, olayla ilgili görgüye dayalı bilgisinin olmadığını söyleyerek, önceki anlatımlarına benzer anlatımda bulunmuştur.

Savunma Tanığı Selda G..... duruşmada saptanan beyanında; 1,5 yıl öncesine kadar, 8 yıl süreyle, Okyay G.....'in muayenehanesinde sekreter olarak çalıştım, muayenehaneyi Bekir K.....'a devredince, bu sefer Bekir'in yanında 1 yıl çalıştım, 2000 yılı Haziran ayında işten çıktım, muayenehane devredildikten sonra diğer sanık hiç burada muayene yapmadı, ancak zaman zaman dinlenme odasına gelip, çay kahve içtiği oluyordu, şeklinde beyanlarda bulunmuştur.

Savunma Tanığı Fuat E..... ise duruşmada saptanan beyanlarında, İskenderun'da avukatlık yapıyorum, Okyay G.....'i, uzun süredir, İskenderun'da hekimlik ve başhekimlik yapması nedeniyle tanırım, Muammer Ö.....'yü ise 1989 yılından bu yana tanırım, çocukları, çocuklarımla birlikte sınava hazırlık için ders alıyorlardı, benim evimde toplanılıyordu, şikayetçi bir gün çocuğunu almak için eve gelince tanışıp ahbab olduk, bir gün bana eşinin Devlet hastanesi yakınında eczacı olduğunu, aynı hastaneye yakın mesafede Okyay G.....'in de eşinin eczanesi bulunduğunu, bu eczanenin gerek hastaneye yakın olması gerekse, başhekimin eczacının eşi olması nedeniyle müşterilerin önce sanık Okyay'ın eczanesine uğradıklarını, bu durumun haksız rekabete yol açtığını, bu hususları bizzat başhekimle görüştüğünü, eczanesini daha yakın bir yere taşıyacağını, apartmanın alt katının işyeri olarak kullanılması için ne gerektiğini sordu, kat maliklerinden izin alması gerektiğini söyledim, bu sorunu aşamadığı için bundan vazgeçti, sonraki tarihlerde Okyay G.....'i zaman zaman şikayet ettiğini, hakkında soruşturmalar açıldığını haricen duydum, ismi geçen diğer şikayetçileri sonradan tanıdım, bir dönem bir partinin ilçe başkanlığını yapmam nedeniyle ve aramızdaki samimiyete binaen kendisine çok sayıda hasta gönderdiğim olmuştur, hiç bir ücret talep etmeden muayenelerini yapmıştır. Yine hastaların dışarıya gidip ameliyat parası ödememesi için tamirat sırasında dahi ameliyathaneyi sürekli açık tutmuştur. Muammer'i yakından tanırım, Okyay G.....'e karşı düşünceleri hasmane idi demiştir.

Şikayetçilere yönelik tıbbi belgelerin incelenmesinde;

Behçet H.....'ın, 6.09.2000 tarihinde Üroloji servisine yatırılıp,

8.09.2000 tarihinde taburcu edildiği, sağ süzmeyen böbrek teşhisi konduğu, muayene yapan doktorun Dr.Bekir K.... olduğu, tıbbi müşahede ve muayene kaydında hasta endoskopi için gelmedi gıyabında taburcu edildi notunun bulunduğu,

Fatih Mehmet E....'in mesane taşı teşhisiyle 1.12.1999 tarihinde hastaneye yattığı, 2.12.1999 tarihinde cerrahi müdahale yapıldığı, cerrahi müdahale yapanların Okyay G..... ve Bekir K.... oldukları, 3.12.1999 tarihinde taburcu edildiği,

Mehmet M.....'nun reçete fotokopilerine göre, 8.12.1999 günü 1743, 15.09.1999 tarih 1213, protokol numarasıyla Üroloji Uzmanı Bekir K.... tarafından muayene edilerek, ÜRL. teşhisi konulduğu,

Ercan K.....'in, 21.03.2000 tarihinde 1431 no ile hastaneye giriş kaydının yapıldığı, şikayetinin mesane taşı olarak belirtildiği, hasta tabelasına göre aynı gün çıkış yaptığı, Adana Devlet Hastanesine sevk edildiği, 21.03.2000 tarihinde İskenderun Devlet Hastanesince tetkiklerinin yapıldığı, doktorunun Op. Dr. Bekir K.... olduğu,

Ethem K.....'ın kızı Nurgül K.....'ın, sağ üreter taşı teşhisiyle üroloji bölümüne 11.01.2000 tarihinde yatırıldığı, aynı gün akciğer grafisinin çekildiği, 12.01.2000 tarihinde ameliyata mani halinin olmadığı saptanarak, 13.01.2000 tarihinde cerrahi müdahale yapıldığı, 24.01.2000 tarihinde kısmen iyileştiği belirtilerek taburcu edildiği, belgelerde, yapılan işlemler ve kullanılan ilaçların ayrıntılı olarak belirtildiği, doktorunun Op. Dr. Bekir K.... olduğu,

Anlaşılmaktadır.

Sanığın, 21.05.1999 tarihinden itibaren baştabip olarak görevlendirildiği, Bekir K....'ın ise 2.06.1999 tarihinde göreve başladığı,

Sanık Okyay G.....'in, 26.07.1999 tarihinde özel işyerindeki doktorluk işini terk ettiği,

Gönderilen yazılardan saptanmıştır.

Bu bilgi ve belgeler ışığında somut olay değerlendirildiğinde;

Şikayet tarihi ile mağdurlar hakkında yapılan işlemler arasında hiç de makul sayılamayacak 1 ay 12 gün ile 11 ay arasında değişen sürelerin geçmesi,

Şikayetçi Muammer Ö..... ile sanık arasında, ikisinin de eşinin eczacı oluşundan kaynaklanan ticari rekabet bulunması ve tanık Fuat E....'in anlatımlarına göre, sanığa karşı davranışlarının hasmane olması, yine sanık hakkında gazetelerde çıkan haberlere kaynaklık etmesi, şikayetçiler, Fatih Mehmet E....., Mehmet M..... ve Ercan Kraker'in, şikayetçi Muammer'in yönlendirmesi ile C.Savcılığına ihbarda bulunmaları, ihbar dilekçelerinin dahi şikayetçi Muammer tarafından C.Savcılığına sunulması, şikayetçi

Muammer Ö.....'nün sanık hakkında, daha önceden de çeşitli mercilere sanık hakkında şikayette bulunması, Ercan Kraker ve Mehmet M.....'nun şikayet dilekçelerinin bizzat Muammer Ö..... tarafından yazılması, bizzat şikayetçi olan Behçet H.....'ın dahi şikayet tarihinin diğer mağdurlara ait şikayet dilekçelerinin Muammer Ö..... tarafından C.Savcılığına verildiği günle aynı tarihi taşıması dinlenen tanıklardan, Hayrettin H.....'ın, Behçet H.....'ın halasının oğlu, Sabiha E.....'in, Mehmet Fatih E.....'in eşi, İraz K.....'ın, Ercan Kraker'in eşi, Emine ve Nurgül K.....'ın, Ethem K.....'ın, eşi ve kızı olmaları ve beyanlarının gönderilen tıbbi belgelerle örtüşmemesi, yalnızca, Fatih Mehmet E.....'in cerrahi müdahalesinin sanık Okyay G..... ile Bekir K.... tarafından yapıp, diğer mağdurlara yönelik işlemlerin Dr. Bekir K.... tarafından yapıldığının saptanması, yine aynı şekilde tanık Garip Ş.....'ın anlatımlarının da, bu belgeler karşısında kuşkulu kalması, tarafsız tanık konumundaki Bedi K....'un da, Ercan K.....'ın iddialarını doğrulamaması, diğer yönden görevi suçla mücadele olan polis memuru Fatih Mehmet E.....'ın de, şikayetini yetkili mercilere iletmesi yerine, 11 ay sonra, aralarında ticari rekabet bulunan Muammer Ö..... vasıtasıyla C.Savcılığına intikal ettirmesi hususları ve somut bir kanıtın da ele geçirilemeyişi birlikte değerlendirildiğinde, sanığın isnat edilen suçları işlediğine ilişkin, kuşku sınırlarını aşan, kesin ve inandırıcı kanıtlar elde edilemediğinden, kuşku sanık lehine yorumlanır evrensel hukuk ilkesi uyarınca sanığın beraetine karar verilmelidir, sanığın bir suçtan cezalandırılmasının temel koşulu, suçun kuşkuya yer vermeyen bir kesinlikle ispat edilmesine bağlıdır. Şüpheli ve aydınlatılamamış olaylar ve iddialar sanığın aleyhine yorumlanarak hüküm tesis edilemez. Ceza mahkûmiyeti bir ihtimale değil, kesin ve açık bir ispata dayanmalıdır.

Bu itibarla Yerel Mahkeme direnme hükmünün bozulmasına karar verilmelidir.

Çoğunluk görüşüne katılmayan 6 Kurul üyesi, Yerel Mahkeme direnme hükmünün isabetli olduğu yönünde oy kullanmışlardır.

SONUÇ; Açıklanan nedenlerle,

1- Yerel Mahkeme direnme hükmünün **BOZULMASINA**,

2-Dosyanın mahkemesine gönderilmek üzere Yargıtay C.Başsavcılığına tevdiine, 12.07.2005 günü yapılan müzakerede, tebliğnamedeki isteme uygun olarak oyçokluğuyla karar verildi.

DANIŞTAY 10. DAİRE

Tarih: 29.4.2008

Esas: 2007/3301 **Karar:** 2008/2939

- ◆ **HASTA GRAFİLERİ / KAYIT VE BELGELERİNİN GEREKLİ ŞEKİLDE MUHAFAZA EDİLEMEMESİ**
- ◆ **HASTAYA AİT DOSYANIN KAYBEDİLMESİ**
- ◆ **AĞIR HİZMET KUSURU**
- ◆ **TIBBİ KAYIT VE BELGELERİN İBRAZ EDİLEMEMESİ**
- ◆ **MADDİ TAZMİNAT**
- ◆ **MANEVİ TAZMİNAT**

İlgili Kanun/Madde: 2709/m.12,17,56,125 2577/m.2/1 -b

İstemin Özeti : Ankara 1. İdare Mahkemesi'nce verilen 24.5.2006 tarih ve E:2002/245, K:2006/1237 sayılı kararın temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

Savunmaların Özeti : Yerinde olmadığı ileri sürülen temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi : Mustafa Şişaneci

Düşüncesi : Davalı idarece, davacıya 3 kez tıbbi müdahale edilmesine karşın hastaya ait grafilerin gerekli şekilde muhafaza edilmemesi ve hastaya ait dosyanın kaybedilmesinin, sağlık hizmetinin işletilmesine ilişkin ağır hizmet kusuru teşkil ettiği; diğer taraftan, idarece tıbbi kayıt ve belgelerin ibraz edilememesinin, meydana gelen zarar nedeniyle idarenin sorumluluğunun bulunup bulunmadığının yargısal denetimini de engellediği ve bu konuda kuşkuya yer verildiği açık olduğundan, oluşan bu durum sonucu meydana gelen manevi zararın idarece tazmini yolunda karar verilmesi gerekirken, davanın; manevi tazminat istemine ilişkin kısmının da reddine karar verilmesinde hukuki isabet bulunmadığından, temyizen incelenen kararın bu kısmının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı : Hüseyin Yıldız

Düşüncesi : İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi ile temyiz edilen Mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onuncu Dairesince gereği görüldü:

KARAR : Dava; Gazi Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastanesinde tedavi gören davacının, teşhis ve tedavide hatalı davranılması sonucu sol ayağının diz kapağının üzerinden kesilmesine sebep olduğundan bahisle, maddi ve manevi tazminat ödenmesi istemiyle yaptığı başvurunun reddine ilişkin 18.1.2002 tarih ve 549 sayılı işlemin iptali ile 75.000 YTL maddi, 50.000 YTL manevi tazminatın yasal faizi ile birlikte ödenmesine karar verilmesi istemiyle açılmıştır.

Ankara 1. İdare Mahkemesince; idarenin hizmet kusuru sonucu oluştuğu ileri sürülen zararların tazmini istemiyle açılan tazminat davalarında, meydana gelen zarar ile idarenin kusuru arasında illiyet bağının olması gerektiğinin idare hukukunun bilinen ilkelerinden olduğu; meydana gelen zarar ile kusur arasında illiyet bağı kurulamadığı takdirde idarenin hizmet kusurundan sözedilemeyeceği; dosyada bulunan bilgi ve belgelerin Adli Tıp Kurumu Başkanlığı'na iki kez gönderildiği; Kurum tarafından gönderilen 22.3.2006 tarih ve 1221 sayılı yazıda, uyuşmazlığın çözümü için gerekli olan belgelerin (özellikle grafilerin) taraflarca temin edilemediği; mevcut tıbbi belgelerden, davalı idareye ait hastanede yapılan operasyonların gerekliliği konusunda görüş bildirilemeyeceğinin belirtildiği; diğer taraftan, teşhis ve tedavide ihmal ve tıbbi eksiklik bulunduğu ileri sürülmekte ise de; dava dosyasına bu durumu kanıtlayacak bilgi ve belge sunulmadığından, meydana gelen zarardan dolayı idarenin tazmin yükümlülüğü bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Davacı tarafından, anılan mahkeme kararının yerinde olmadığı ileri sürülerek temyizen incelenip bozulması istenilmektedir.

Davacı tarafından ileri sürülen temyiz nedenleri, mahkeme kararının maddi tazminat isteminin reddine ilişkin bölümünün bozulmasını gerektirecek nitelikte bulunmadığından, kararın bu kısmında hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

İdare Mahkemesi kararının, davacının manevi tazminat istemine ilişkin kısmına gelince,

Manevi zarar, kişinin fizik yapısını zedeleyen, yaşama gücünü azaltan olaylar nedeniyle duyulan acıyı, ıstırabı veya kişilik haklarının zedelenmesi nedeniyle şeref ve haysiyetin rencide edilmesini ifade ettiği gibi; günlük yaşamı zorlaştıran belli ağırlıktaki her türlü üzüntü ve sıkıntıyı da kapsamaktadır. Ancak kişinin kendi tutum ve davranışları nedeniyle duyduğu üzüntü ve acı nedeniyle idarece tazmini gereken manevi zararın doğduğundan söz edilemeyeceği de açıktır.

Anayasanın 12. maddesinde; herkesin, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahip olduğu, 17.maddesinde; herkesin, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu, tıbbi zorunluluklar ve yasada yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamayacağı, 56. maddesinde; Devletin, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenleyeceği hükme bağlanmıştır.

Yine Anayasanın 125. maddesinin son fıkrasında, idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğu hükme bağlanmıştır. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2/1 -b maddesinde ise, idari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan tam yargı davaları, idari dava türleri arasında sayılmıştır.

İdarenin hukuki sorumluluğu, kamusal faaliyetler sonucunda, idare ile yönetilenler arasında yönetilenler zararına bozulan ekonomik dengenin yeniden kurulmasını, idari etkinliklerden dolayı bireylerin uğradığı zararın idarece tazmin edilmesini sağlayan bir hukuksal kurumdur. Bu kurum, kamusal faaliyetler nedeniyle yönetilenlerin malvarlığında ortaya çıkan eksilmelerin ya da çoğalma olanağından yoksunluğun giderilebilmesi, karşılanabilmesi için aranılan koşulları, uygulanması gereken kural ve ilkeleri içine almaktadır.

İdarenin hukuki sorumluluğu, kişilere lütuf ve atfet duygularıyla belli miktarda para ödenmesini öngören bir prensip olmayıp; demokratik toplum düzeninde biçimlenen idare-birey ilişkisinin doğurduğu hukuki bir sonuçtur. İdari yargı da, bu anlayış doğrultusunda, idare hukukunun ilke ve kurallarını uygulamak suretiyle, idarenin hukuki sorumluluk alanını ve sebeplerini içtihadıyla saptamak zorundadır.

Genel anlamı ile tam yargı davaları, idarenin faaliyetlerinden ötürü,

hakları zarara uğrayanlar tarafından idare aleyhine açılan tazminat davalarıdır. Bu tür davalarda mahkeme, hem olayın maddi yönünü, yani zararı doğuran işlem ve eylemleri, hem de bundan çıkabilecek hukuki sonuçları tespit edecektir.

İdari faaliyetten zarar gören kişi, faaliyetin ilişkili olduğu kamu hizmetinden yararlanan durumunda veya faaliyetin içinde, kamu hizmetinin görülmesine katılan bir kişi olabileceği gibi; idari faaliyetle, kamu hizmeti ile hiçbir yönden ilişkisi olmayan üçüncü bir kişi de olabilir.

İdare kural olarak, yürüttüğü kamu hizmetiyle nedensellik bağı kurulabilen zararları tazminle yükümlü olup; idari eylem ve/Veya işlemlerden doğan zararlar, idare hukuku kuralları çerçevesinde, hizmet kusuru veya kusursuz sorumluluk ilkeleri gereği tazmin edilmektedir.

Tam yargı davalarında, öncelikle zarara yol açtığı öne sürülen idari işlem veya eylemin hukuka uygunluğunun denetlenmesi esas alındığından, olayın oluşumu ve zararın niteliği irdelenip, idarenin hizmet kusuru olup olmadığının araştırılması, hizmet kusuru yoksa kusursuz sorumluluk ilkelerinin uygulanıp uygulanmayacağına incelenmesi, tazminata hükmedilirken de her halde sorumluluk sebebinin açıkça belirtilmesi gerekmektedir.

İdarenin hizmet kusuru nedeniyle sorumluluğu, idarece yürütülen hizmetin kuruluşunda, düzenlenmesinde ve işleyişinde ortaya çıkan her türlü bozukluk, aksaklık ve eksikliklerdir. Bu bağlamda hizmet kusuru, özel hukuktaki anlamından uzaklaşarak nesnelleşen, anonim bir niteliğe sahip, bağımsız karakteri olan bir kusurdur. Hizmet kusurundan dolayı sorumluluk, idarenin sorumluluğunun doğrudan doğruya ve asli nedenini oluşturmaktadır.

Dava dosyasının incelenmesinden; diz kapağı bölgesindeki ağrılar nedeniyle 18.1.2000 tarihinde davalı idareye ait hastaneye başvuran davacının, 7.2.2000 tarihinde yapılan menisküs ameliyatı sonrasında, 2.3.2000 tarihinde taburcu edildiği; ağrılarının geçmemesi üzerine 3.5.2000 tarihinde tekrar hastaneye başvurduğu; 23.5.2000 tarihinde kıkırdak transferi ameliyatı gerçekleştirildiği ve 5.7.2000 tarihinde ikinci kez taburcu edildiği; buna rağmen davacının sağlık durumunda olumlu yönde gelişme olmaması üzerine, 3. kez hastaneye başvurusu üzerine, 20.10.2000 tarihinde MR tahlili yapıldığı; diğer taraftan, 9.11.2000 tarihinde biyopsi alınması sonucunda davacıya kanser teşhisi konulup, 2.12.2000 tarihinde kemoterapi tedavisine başlanıldığı; 20.3.2001 tarihinde de sol ayağının diz kapağı üzerinden kesildiği; teşhis ve tedavide tıbbi eksiklik ve ihmali sonucu davalı idarenin hizmet kusurunun bulunduğu ileri sürülerek bakılmakta olan davanın açıldığı; Mahkemenin 21.11.2003 tarihli ara kararı ile bilirkişi

incelemesi yaptırılması için dosyanın Adli Tıp Kurumuna gönderildiği; Adli Tıp Kurumu Başkanlığı'nın 20.2.2004 tarih ve 516 sayılı yazısıyla hastaya ait grafilerin, yapılan biyopsi ve geçirdiği tüm operasyonlara ait patoloji blok ve preparatların temin edilerek gönderilmesinin istendiği; 11.10.2005 tarihli ara kararıyla,

Mahkemenin önceki ara kararları üzerine davalı idarece, hasta dosyasının hastaya verilmiş olması nedeniyle mevcut olmadığı bildirildiği; davacının da hasta dosyasını temin edemediği, ancak kayıtlardan yenilenen belgelerin eksikliği belirtilen ilgili evrak ve dökümanların temini için yapılan ara karar üzerine ibraz edilen belge ve preparatlarla birlikte dosyadaki iddia ve savunmalar dikkate alınarak bilirkişi incelemesi yaptırılmak üzere 2. kez Adli Tıp Kurumu Başkanlığına gönderildiği; Adli Tıp Kurumu Başkanlığı'nın 22.3.2006 tarih ve 1221 sayılı yazısında özetle, uyuşmazlığın çözümü için gerekli olan belgelerin istenilmesine rağmen taraflarca temin edilemediği, mevcut tıbbi belgelere göre davacının geçirdiği operasyonların sedimantasyon ve X-raylerin normal olduğunun, ancak grafiler temin edilip gönderilmediği için yapılan bu operasyonların endikasyonları (gerekliliği) ve tanı açısından görüş bildirilemeyeceğinin ifade edildiği; öte yandan, dava dosyasında bulunan 4.6.2003 tarihli Hastane Müdürü tarafından düzenlenen belgeden, davacıya ait hasta dosyasının 13.12.2002 tarihinde hastane arşivinden ilgili bölümce istenildiği ve daha sonra iade edilmediği anlaşılmaktadır.

Tam yargı davalarında yargı yeri, hem olayın maddi yönünü, yani zararı doğuran fiilleri, hem de bundan çıkması muhtemel hukuki sonuçları tespit etmelidir. Tam yargı davalarında yargı yerlerinin, araştırma, inceleme ve hüküm verme yetkisi, bu yönüyle iptal davasına göre çok daha geniştir.

Bu durumda, davacıya 3 kez tıbbi müdahale uygulanmasına karşın, hastaya ait grafilerin gerekli şekilde muhafaza edilmemesi ve hastaya ait dosyanın kaybedilmesinin, sağlık hizmetinin işletilmesine ilişkin ağır hizmet kusuru teşkil ettiği; diğer taraftan, idarece tıbbi kayıt ve belgelerin ibraz edilememesinin, meydana gelen zarar nedeniyle idarenin sorumluluğunun bulunup bulunmadığının yargısal denetimini de engellediği açık olduğundan maddi tazminatın reddedilmesinde hukuka aykırılık bulunmamakta ise de, oluşan bu durum sonucu meydana gelen manevi zararın idarece tazmini yolunda karar verilmesi gerekirken; davanın, manevi tazminat istemine ilişkin kısmının da reddine karar verilmesinde hukuki isabet bulunmamaktadır.

SONUÇ : Açıklanan nedenlerle, 2577 sayılı Yasanın 49. maddesi uyarınca, davacının temyiz isteminin kısmen reddi ile, Ankara 1. İdare

Mahkemesinin 24.5.2006 tarih ve E:2002/245, K:2006/1237 sayılı kararının maddi tazminat isteminin reddine ilişkin kısmının onanmasına, temyiz isteminin kısmen kabulü ile, anılan kararın manevi tazminat isteminin yasal faiziyle birlikte tazmini isteminin reddine ilişkin kısmının bozulmasına, dosyanın bozulan kısım hakkında yeniden bir karar verilmek üzere anılan mahkemeye gönderilmesine, 29.04.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

İLGİLİ MEVZUAT METİNLERİ

2709/m. 12 1982 ANAYASASI

Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir.

Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder.

2709/m. 171982 ANAYASASI

Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.

Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz.

Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz.

...*1* Meşru müdafaa hali, yakalama ve tutuklama kararlarının yerine getirilmesi, bir tutuklu veya hükümlünün kaçmasının önlenmesi, bir ayaklanma veya isyanın bastırılması, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde yetkili merciin verdiği emirlerin uygulanması sırasında silah kullanılmasına kanunun cevaz verdiği zorunlu durumlarda meydana gelen öldürme fiilleri, birinci fıkra hükmü dışındadır.

2709/m. 56 1982 ANAYASASI

Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir.

Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir.

Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler.

Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir.

Sağlık hizmetlerinin yaygın bir şekilde yerine getirilmesi için kanunla genel sağlık sigortası kurulabilir.

2709/m. 125 1982 ANAYASASI

İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır. (Ek hükümler: 13/08/1999 - 4446/2 md.) Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir. Milletlerarası tahkime ancak yabancılik unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir.

Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemler ile Yüksek Askeri Şuranın kararları yargı denetimi dışındadır.

İdari işlemlere karşı açılacak davalarda süre, yazılı bildirim tarihinden başlar.

Yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır. Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı verilemez.

İdari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkansız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda gerekçe gösterilerek yürütmenin durdurulmasına karar verilebilir.

Kanun, olağanüstü hallerde, sıkıyönetim, seferberlik ve savaş halinde ayrıca milli güvenlik, kamu düzeni, genel sağlık nedenleri ile yürütmenin durdurulması kararı verilmesini sınırlayabilir.

İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür.

2577/m.2/1 –b İDARİ YARGILAMA USULÜ KANUNU

1. (Değişik bent: 10/06/1994 - 4001/1 md.) İdari dava türleri şunlardır:

a) (İptal: Anayasa Mahkemesi'nin 21/09/1995 tarih ve E:1995/27, K:1995/47 sayılı kararı ile; Yeniden düzenleme: 08/06/2000 - 4577/5. md) İdari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı

iptalleri için menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılan iptal davaları,

b) İdari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan tam yargı davaları,

c) (Değişik bent: 18/12/1999 - 4492/6 md.) Tahkim yolu öngörülen imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar hariç, kamu hizmetlerinden birinin yürütülmesi için yapılan her türlü idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davalar.

2. İdari yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır. İdari mahkemeler; yerindelik denetimi yapamazlar, yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya idarenin takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı veremezler.

3. Cumhurbaşkanının doğrudan doğruya yaptığı işlemler idari yargı denetimi dışındadır.

DANIŞTAY 10. DAİRE

Tarih: 9.5.2012

Esas: 2010/4601 **Karar:** 2012/2151

- ◆ VAKIF ÜNİVERSİTE HASTANESİ
- ◆ İLAVE ÜCRET
- ◆ SAĞLIK HİZMETİ SUNUMU

İlgili Kanun/Madde: 4734/m.1 5510/m.72,73

Davanın Özeti : Dava, 25.3.2010 tarih ve 27352 mükerrer sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Sosyal Güvenlik Kurumu Sağlık Uygulama Tebliğinin “Tıbbi Malzeme Ödeme Esasları” başlığı altında yer alan 7.2.1.A- 1 ve 7.2.1.A-2 maddelerinin; tıbbi malzeme bedelinin ödenmesi yönünden vakıf üniversite hastaneleri ile Devlet üniversite hastaneleri arasında kamu İhale Kanununa tabi olup olmama yönünden getirilen ayırımın yasal dayanağının bulunmadığı, vakıf üniversite hastanelerinin Devlet üniversite hastaneleri ile aynı statüde kabul edilmemesinin Anayasa ve ilgili mevzuat hükümlerine aykırı olduğu, vakıf üniversite hastanelerine de %15 işletme giderini Kuruma fatura etme imkanı tanınması gerektiği ileri sürülerek iptali istenilmektedir.

Savunmaların Özeti : Yasal dayanağı bulunmayan davanın reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi: Erkan Yılmaz

Düşüncesi : Yasal dayanağı bulunmayan davanın reddi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı : Yalçın Macar

Düşüncesi : Dava, 25.3.2010 günlü, 27532 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan “Sosyal Güvenlik Kurumu Sağlık Uygulama Tebliği”nin 7.2.1.A.1. maddesi ile 4734 sayılı Yasa’ya tabi olmayan resmi sağlık kurumlarınca sağlanan tıbbi malzeme bedellerinin ödenme esaslarını düzenleyen 7.2.1.A.2. maddesinin, vakıf üniversite hastaneleri yönünden iptali istemiyle açılmıştır.

Sağlık Uygulama Tebliği (SUT)’nin amacı, sağlık yardımları Sosyal Güvenlik Kurumu (SGK) tarafından karşılanan genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin, finansmanı SGK tarafından sağlanan sağlık hizmetleri ile yol, gündelik ve refakatçi giderlerinden yararlanmalarının esas ve usulleri ile bu hizmetler için ödenecek olan ve Sağlık Hizmetleri Fiyatlandırma Komisyonunca belirlenen bedellerin gösterilmesidir.

Tebliğin, “Tıbbi Malzeme Ödeme Esasları” başlıklı 7.2.1. maddesinde, sözleşmeli sağlık kurum ve kuruluşlarınca temin edilen tıbbi malzeme bedellerinin ödenmesinin yöntemi, resmi sağlık kurum ve kuruluşları ile özel sağlık kurum ve kuruluşları yönünden ayırım yapılarak açıklanmıştır. Tebliğin 7.2.1.A. maddesinde ise resmi sağlık kurum ve kuruluşları yönünden de, bunların 4734 sayılı Kamu İhale Yasası’na tabi olup, olmamasına göre farklı esaslar getirilmiştir. Buna göre, 4734 sayılı Yasa’ya tabi olan resmi sağlık kurum ve kuruluşlarına, bu çerçevede Devlet üniversite hastanelerine, sağladıkları tıbbi malzemenin bedelinin, KDV dahil alış fiyatı üzerine %15 işletme gideri ilave edilerek ödenmesi

olanağı tanınmıştır. 4734 sayılı Yasa'ya tabi olmayanlara, bu kapsamda vakıf üniversite hastanelerine ise, sağladıkları tıbbi malzeme eğer SUT ve eki listelerde yer alıyorsa, bu listelerde gösterilen birim fiyatın; SUT ve ekindeki listelerde yoksa, "Kamu İhale Kurumu İhale Sonuç Formu Ekranında (son bir yıl içerisinde farklı en az 5 hastanenin fiyatı olmalı)

tespit edilen ve SGK taşra teşkilatı inceleme birimlerince benzer nitelikte, aynı işlevsel özellikte ve aynı tıbbi sonucu verdiği kabul edilen malzemenin işlem tarihinden itibaren son bir yıl içerisinde en ucuz beş fiyatın ortalamasının alınarak ödenmesi öngörülmüştür.

Uyuşmazlık, SUT'nin resmi sağlık kuruluşu olarak tanımladığı vakıf üniversitelerinin, sağladığı tıbbi malzemenin bedelinin ödenmesi işleminde özel sağlık kuruluşlarıyla aynı yöntem tabi olmasından, diğer bir ifadeyle Devlet üniversiteleri ile vakıf üniversitelerine farklı kurallar uygulanmasının dayanağının olmadığı savından kaynaklanmaktadır.

Ancak, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Yasası'nın 72. ve 73. maddeleriyle, Sağlık Hizmetleri Fiyatlandırma Komisyonuna, bu maddelerde gösterilen ölçütlere dayanarak, sağlık hizmeti sunucularını fiyatlandırmaya esas olmak üzere sınıflandırma yetkisi tanınmış; diğer yandan, vakıf üniversite hastaneleri ile özel sağlık kuruluşlarına, genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerden, Bakanlar Kurulu kararıyla gösterilen tavanı aşmamak üzere, Sağlık Hizmetleri Fiyatlandırma Komisyonu tarafından belirlenen hizmet bedeline ek ücret almasına olanak sağlanmış; Bakanlar Kurulu'nun 2012/2939 sayılı Kararıyla da, SGK ile sözleşmeli olan özel sağlık kuruluşlarının yanı sıra vakıf üniversite hastanelerinin alabileceği ek ücretin üst sınırı, Sağlık Hizmetleri Fiyatlandırma Komisyonu tarafından saptanan hizmet bedelinin %90'ı olarak belirlenmiştir.

Görüldüğü üzere, sağlık hizmetinin sunumu karşılığında sosyal güvenlik örgütü tarafından karşılanacak bedel yönünden vakıf üniversiteleri ile özel sağlık kuruluşları aynı grupta değerlendirilmiş; bunlar, kamu idaresi sağlık hizmet sunucularından, bu arada Devlet üniversitelerinden farklı olarak, ek ücret alma olanağıyla donatılmışlardır.

Bu durum karşısında, dava konusu düzenlemeyle, tıbbi malzemelerini 4734 sayılı Kamu İhale Yasası'nın gösterdiği yöntemle göre sağlamak zorunda olan sağlık kuruluşlarından bu yönle de farklı kurallara tabi olan vakıf üniversite hastanelerinin, tıbbi malzemenin alış fiyatına belli oranda işletme gideri eklemesi ve bunun SGK tarafından karşılanması yönteminden yararlandırılmamasında hukuka, kamu yararı ve hizmet gereklerine ve 5510 sayılı Yasa'ya aykırı bir yön bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, davanın reddi gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onuncu Dairesince, dava dosyasının tekemmül ettiği görülmekle dosyadaki bilgi ve belgeler incelendi, davacının bağlantı istemi yerinde görülmeyle işin gereği görüşüldü :

KARAR : Dava, 25.3.2010 tarih ve 27352 mükerrer sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Sosyal Güvenlik Kurumu Sağlık Uygulama Tebliğinin “Tıbbi Malzeme Ödeme Esasları” başlığı altında yer alan 7.2.1.A-1 ve 7.2.1.A-2 maddelerinin iptali istemiyle açılmıştır.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun 1. maddesinde, genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri ile özel bütçeli idarelerin, sosyal güvenlik kuruluşlarının, fonların, özel kanunlarla kurulmuş ve kendilerine kamu görevi verilmiş tüzel kişiliğe sahip kuruluşlar (mesleki kuruluşlar ve vakıf yüksek öğretim kurumları hariç) ile bağımsız bütçeli kuruluşların kullanımında bulunan her türlü kaynaktan karşılanan mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihalelerinin bu Kanun hükümlerine göre yürütüleceği kurala bağlanmıştır.

4734 sayılı Kanunda, vakıf yükseköğretim kurumlarının mal veya hizmet alımları ile yapım işleri yönünden Kamu İhale Kanununa tabi olmadığı, 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunda özel bütçeli idareler olarak tanımlanan Devlet yükseköğretim kurumlarının ise Kamu İhale Kanununa tabi olduğu görülmektedir.

30.4.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu’nun 5754 sayılı Kanun ile değişik 72. maddesinin 1. fıkrasında; Sağlık Hizmetleri Fiyatlandırma Komisyonu’nun, tıp eğitimini, hizmet basamağını, alt yapı ve kaynak kullanımı ile maliyet unsurlarını dikkate alarak sağlık hizmeti sunucularını fiyatlandırmaya esas olmak üzere ayrı ayrı sınıflandırabilmeye; Kurumca finansmanı sağlanan sağlık hizmetleri için Kurumun ödeyeceği bedelleri; sağlık hizmetinin sunulduğu il ve basamak, Devletin doğrudan veya dolaylı olarak sağlamış olduğu sübvansiyonlar, sağlık hizmetinin niteliği itibarıyla hayati öneme sahip olup olmaması, kanıta dayalı tıp uygulamalarını, maliyet-etkililik ölçütlerini ve genel sağlık sigortası bütçesini dikkate almak suretiyle her sınıf için tek tek veya gruplandırarak belirlemeye yetkili olduğu kurala bağlanmıştır.

Aynı Kanunun 73/2. maddesinde ise, kamu idaresi sağlık hizmeti sunucuları dışındaki vakıf üniversiteleri dahil sözleşmeli sağlık hizmeti sunucularınca, Sağlık Hizmetleri Fiyatlandırma Komisyonunca belirlenen sağlık hizmetleri bedeline ek olarak, genel sağlık sigortalısı ve bakmakla

yükümlü oldukları kişilerden, sağlık hizmeti sunucularının giderleri ve ürettikleri sağlık hizmetlerinin maliyetleri, yapılan sübvansiyonlar gibi kriterler dikkate alınarak bu bedellerin bir katına kadar alınabilecek ilave ücretin tavanını belirlemeye Bakanlar Kurulunun yetkili olduğu kurala bağlanmıştır.

5510 sayılı Kanunun, yukarıda aktarılan hükümlerine göre, Sağlık Hizmetleri Fiyatlandırma Komisyonu'nun maliyet-etkililik ve Kanunda sayılan diğer ölçütleri dikkate alarak Kurumun, sağlık hizmeti sunucularına ödeyeceği bedeli belirleyebileceği gibi, maddede sözü edilen ölçütleri dikkate almak suretiyle sağlık hizmeti sunucularını fiyatlandırmaya esas olmak üzere ayrı ayrı sınıflandırabileceği, Devlet üniversite hastaneleri hariç, Kurumla sözleşmeli vakıf üniversite hastaneleri ile özel hastanelerin giderleri ve ürettikleri sağlık hizmetlerinin maliyetleri, yapılan sübvansiyonlar gibi kriterler dikkate alınarak, vakıf üniversite hastaneleri ile özel hastanelerin, genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü oldukları kişilerden, komisyonca tespit edilecek bedelin bir katını aşmamak üzere Bakanlar Kurulu kararı ile belirlenecek oran kadar ilave ücret alması mümkündür.

Nitekim, Kanunda öngörülen bu yetki kullanılmak suretiyle 8.12.2009 tarih ve 27426 mükerrer sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 16.11.2009 tarih ve 2009/15627 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile kamu idaresi sağlık hizmeti sunucuları dışındaki vakıf üniversite hastaneleri ve diğer özel sağlık hizmeti sunucularının, genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü oldukları kişilerden komisyonca belirlenen sağlık hizmeti bedelinin en fazla %70'i oranında ilave ücret alabilmelerine olanak tanınmış, bu oran 17.3.2012 tarih ve 28236 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 12.3.2012 tarih ve 2012/2939 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile %90'a yükseltilmiştir.

5510 sayılı Yasada, vakıf üniversite hastanelerinin sağlık hizmeti sunumu karşılığında ödenecek bedel yönünden, Devlet üniversite hastanelerinden farklı bir statüye tabi tutulduğu, aynı sağlık hizmeti için Devlet üniversite hastanelerinin, komisyonca belirlenen ve Kurumca ödenen bedel dışında genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerden ilave ücret almasının mümkün olmadığı, oysa vakıf üniversite hastanelerine aynı sağlık hizmeti için komisyonca belirlenen bedel kadar Kurum tarafından ödeme yapıldığı gibi aynı sağlık hizmeti için genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerden de komisyonca tespit edilecek bedelin bir katını aşmamak üzere Bakanlar Kurulu kararı ile belirlenecek oran kadar ilave ücret alabilmektedirler. Dolayısı ile sağlık hizmeti sunumu karşılığında tahsil edilecek ilave ücret yönünden Kanunun 73/2. maddesi ile vakıf üniversite hastaneleri lehine düzenleme yapıldığı,

bir başka ifade ile sağlık hizmeti sunumu karşılığında tahsil edilecek ilave ücret yönünden vakıf üniversite hastaneleri ile özel hastaneler aynı statüde kabul edilmiştir.

Bu durumda, vakıf üniversite hastanelerinin Kamu İhale Kanununa tabi olmadığı, Devlet üniversite hastanelerinden farklı olarak genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerden, komisyonca tespit edilecek bedelin karar tarihi itibarıyla %90'ına kadar ilave ücret alabilme olanağının bulunduğu dikkate alındığında, Devlet üniversite hastanelerinin ihaleyle almış olduğu tıbbi malzemenin KDV dahil alış fiyatına %15 işletme gideri ilave etmek suretiyle Kuruma fatura etmesinde ve tıbbi malzeme bedellerinin Kurumca ödenmesi noktasında vakıf üniversite hastaneleri ile Devlet üniversite hastanelerinin 4734 sayılı Kanuna tabi olup olmaması yönünden ayrıma tabi tutulmasında, bir başka ifadeyle bu malzemeler yönünden her iki hastanenin fiyatlandırmaya esas olmak üzere ayrı ayrı sınıflandırılmasında hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

SONUÇ : Açıklanan nedenlerle, davanın reddine, yargılama giderlerinin davacı üzerinde bırakılmasına, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesine göre belirlenen 1.200,00 TL avukatlık ücretinin davacıdan alınarak davalı idarelere verilmesine, bu kararın tebliğ tarihini izleyen günden itibaren otuz gün içinde temyiz yoluyla Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'na başvurulabileceğinin taraflara duyurulmasına, posta ücretinden artan 72.00 TL'nin istemi halinde davacıya iadesine, 09.05.2012 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

İLGİLİ MEVZUAT METİNLERİ

4734/m.1 KAMU İHALE KANUNU

Bu Kanunun amacı, kamu hukukuna tâbi olan veya kamunun denetimi altında bulunan veyahut kamu kaynağı kullanan kamu kurum ve kuruluşlarının yapacakları ihalelerde uygulanacak esas ve usulleri belirlemektir.

5510/m.72 SOSYAL SİGORTALAR VE GENEL SAĞLIK SİGORTASI KANUNU

(Değişik birinci fıkra: 17/4/2008-5754/44 md.) 65 inci madde gereği ödenecek gündelik, yol, yatak ve yemek giderlerinin Kurumca ödenecek bedellerini belirlemeye Sağlık Hizmetleri Fiyatlandırma Komisyonu yetkilidir. Komisyon, tıp eğitimi, hizmet basamağını, alt yapı ve kaynak kullanımı ile maliyet unsurlarını dikkate alarak sağlık hizmeti sunucularını fiyatlandırmaya esas olmak üzere ayrı ayrı sınıflandırabilir. Komisyon, 63 üncü madde hükümlerine göre finansmanı sağlanan sağlık hizmetlerinin

Kurumca ödenecek bedellerini; sağlık hizmetinin sunulduğu il ve basamak, Devletin doğrudan veya dolaylı olarak sağlamış olduğu sübvansiyonlar, sağlık hizmetinin niteliği itibarıyla hayati öneme sahip olup olmaması, kanıta dayalı tıp uygulamaları, maliyet-etkililik ölçütleri ve genel sağlık sigortası bütçesi dikkate alınmak suretiyle, her sınıf için tek tek veya gruplandırarak belirlemeye yetkilidir.

(Değişik ikinci fıkra: 21/5/2013-6486/3 md.) Komisyon; Bakanlık, Maliye, Sağlık ve Kalkınma bakanlıkları, Hazine Müsteşarlığı, üniversite sağlık hizmeti sunucuları ile özel sağlık hizmeti sunucularını temsilen Bakanlıkça belirlenecek birer üye ve Kurumu temsilen iki üye olmak üzere toplam dokuz üyeden oluşur. Komisyon kararlarını salt çoğunluk ile alır. Komisyon kararları Resmî Gazetede yayımlanır. Komisyonca gerekli görülen hâllerde sağlık hizmetlerinin türlerine göre birden fazla alt komisyon kurulabilir. Komisyonun sekreteryası işlemleri Kurumca yerine getirilir.

Sağlık Hizmetleri Fiyatlandırma Komisyonuna iştirak edenlere, ayda iki defadan fazla olmamak üzere katıldıkları her toplantı günü için (3000) gösterge rakamının memur aylık katsayısı ile çarpılarak bulunacak tutarı üzerinden toplantı ücreti ödenir. Komisyon çalışmaları ile ilgili her türlü giderler Kurumca ödenir.

(Değişik dördüncü fıkra: 17/4/2008-5754/44 md.) Kurum, ilgili kamu kurum ve kuruluşları ile dernek, vakıf, federasyon, konfederasyon ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının görüşlerini alabilir.

Sağlık Hizmetleri Fiyatlandırma Komisyonunun çalışmasına, görev ve yetkileri ile bu maddenin uygulanmasına ilişkin diğer usûl ve esaslar, Komisyon üyesi kurumların görüşleri alınarak Kurum tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.

5510/m.73 SOSYAL SİGORTALAR VE GENEL SAĞLIK SİGORTASI KANUNU

Bu Kanuna göre sağlık hizmetleri, Kurum ile yurt içindeki veya yurt dışındaki sağlık hizmeti sunucuları arasında yapılan sözleşmeler yoluyla ve/veya bu Kanun hükümlerine uygun olarak genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin sözleşmesiz sağlık hizmeti sunucularından satın aldıkları sağlık hizmeti giderlerinin ödenmesi suretiyle sağlanır.

Kamu idaresi sağlık hizmeti sunucuları dışındaki vakıf üniversiteleri dahil sözleşmeli sağlık hizmeti sunucularınca, Sağlık Hizmetleri Fiyatlandırma Komisyonunca belirlenen sağlık hizmetleri bedeline ek olarak, genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü oldukları kişilerden sağlık hizmeti sunucularının giderleri ve ürettikleri sağlık hizmetlerinin maliyetleri, yapılan sübvansiyonlar gibi kriterler dikkate alınarak bu bedellerin iki katına kadar alınabilecek ilave ücretin tavanını belirlemeye Bakanlar Kurulu yetkilidir.

(1) Bu tavan dahilinde alınabilecek ilave ücret oranları Kurumca belirlenir. Ancak ()
(2) 60 ıncı maddenin birinci fıkrasının (c) bendinin (4), (6) ve (8) numaralı alt bentleri kapsamında sayılanlar ile bakmakla yükümlü oldukları kişilerden ilave ücret alınmaz. Sağlık Hizmetleri Fiyatlandırma Komisyonunca belirlenen eşdeğer ilaçların, azami fiyatı

ile kişinin talep ettiği eşdeğer ilacın fiyatı arasında oluşacak fark ve optik için tavan uygulanmaz ve bu fıkra kapsamında değerlendirilmez. (2)

Kamu idaresi sağlık hizmeti sunucuları ise otelcilik hizmeti ile dördüncü fıkrada belirtilen istisnai sağlık hizmetleri dışında, sağladıkları sağlık hizmetleri için genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerden ilave ücret talep edemez. (Mülga ikinci cümle: 21/1/2010-5947/19 md.)(Ek cümleler: 21/5/2013-6486/4) Ancak yükseköğretim kurumlarına ait sağlık hizmeti sunucularında öğretim üyeleri tarafından mesai saatleri dışında bizzat verilen sağlık hizmetleri için Kurumca belirlenmiş sağlık hizmetleri bedelinin, poliklinik muayenelerinde bir katını, diğer hizmetlerde yüzde ellisini geçmemek üzere, üniversite yönetim kurulu kararıyla öğretim üyelerinin unvanları itibarıyla belirlenen miktarda ilave ücret alınabilir. Ancak alınacak ilave ücret bir defada asgari ücretin iki katını geçemez. Bu oranları bir katına kadar artırmaya Bakanlar Kurulu yetkilidir. Kurum bu fıkra kapsamında ilave ücret alınamayacak sağlık hizmetlerini belirlemeye yetkilidir.

Sözleşmeli sağlık hizmeti sunucuları, Kurumca belirlenmiş standartların üstündeki talepleri karşılayan otelcilik hizmetleri ile hayati öneme sahip olmama ve alternatif tedavilerin bulunması gibi hususlar göz önüne alınarak Sağlık Hizmetleri Fiyatlandırma Komisyonu tarafından belirlenen istisnai sağlık hizmetleri için, genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerden belirlenen hizmet fiyatlarının üç katını geçmemek üzere ilâve ücret alabilir. Sözleşmeli sağlık hizmeti sunucuları, Kurumca ödenecek sağlık hizmeti bedellerinin yayımlanmasını takiben otuz gün içinde ilâve ücret ödemeleri için belirlenen tavanlar dahilinde belirledikleri sağlık hizmeti fiyatlarını kuruma bildirmek zorundadır. Sözleşmeli sağlık hizmeti sunucuları fiyat değişikliklerini 5 iş günü içinde Kuruma bildirirler. Tavanlar dahilinde de olsa Kurumca belirlenen süreden önce bu fiyatlarını artıramazlar.

Kurum, provizyon işlemlerini yürütmek üzere sağlık hizmeti sunucularının mahallinde provizyon merkezi açabilir ve personel çalıştırabilir. Sözleşmeli sağlık hizmeti sunucuları, bu amaçla Kuruma uygun bağımsız mekân tahsis etmek zorundadır.

Acil haller dışında sözleşmesiz sağlık hizmeti sunucularından kişilerce satın alınan sağlık hizmeti bedelleri Kurumca ödenmez.

(1) 21/5/2013 tarihli ve 6486 sayılı Kanunun 4 üncü maddesiyle, bu cümlede yer alan bir ibaresi iki şekilde değiştirilmiştir.

(2) 10/1/2013 tarihli ve 6385 sayılı Kanunun 8 inci maddesiyle, bu fıkranın üçüncü cümlesinde yer alan kamu idaresi sağlık hizmeti sunucuları tarafından sevk edilmesi halinde ibaresi madde metninden çıkarılmıştır.

Sözleşmesiz sağlık hizmeti sunucularından acil hallerde alınan sağlık hizmeti bedeli, 72 nci madde gereği sözleşmeli sağlık hizmeti sunucuları için belirlenen bedeller esas alınarak genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilere fatura karşılığı ödenir. Sözleşmeli ve sözleşmesiz sağlık hizmeti sunucuları, acil hallerde, sözleşmeli sağlık hizmetleri sunucuları ise Kurumun belirlediği sağlık hizmetleri için genel sağlık

sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerden veya Kurumdan herhangi bir ilave ücret talep edemez.

Kurum, bu Kanunun birinci fıkrasında belirtilen yöntemler dışında, kamu idarelerince verilecek sağlık hizmetlerini götürü bedel üzerinden hizmet alım sözleşmesiyle de sağlamaya yetkilidir. Kamu idaresi sağlık hizmeti sunucuları, sözleşmede belirtilen götürü bedel karşılığında genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilere sözleşme kapsamında verilmesi gereken her türlü sağlık hizmetini sunmakla yükümlüdür ve sözleşmede belirtilen götürü bedel dışında Kurumdan veya genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerden Kanunda belirtilen ilave ücretler ve katılım payları dışında ayrıca bir bedel talep edemez. Götürü bedel üzerinden hizmet alım sözleşmesiyle temin edilen hizmetler için Kuruma ayrıca fatura ve dayanağı belge gönderilmez. Bu fıkranın uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Sağlık Bakanlığı ile müştereken belirlenir.

Sağlık hizmeti sunucuları, genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin sağlık hizmetlerinden yararlanmaya müstahak olup olmadığını, Kurumun elektronik veya diğer ortamlarda sağlayacağı yöntemlere uygun olarak kontrol etmek ve belgelemek zorundadır.

(Ek fıkra: 4/7/2012-6353/84 md.) 3713 sayılı Kanuna göre aylık bağlanmış maluller, 5434 sayılı Kanunun 56 ncı maddesi veya 2330 sayılı Kanunun 2 nci maddesinin birinci fıkrasının (e) ve (f) bentlerinde sayılanlardan 3713 sayılı Kanun kapsamına giren olaylar sebebiyle aylık bağlananlar ile 3713 sayılı Kanun kapsamına girmese dahi başkasının yardımı ve desteği olmaksızın yaşamak için gereken hareketleri yapamayacak derecede malul olan vazife ve harp malullerinin sağlık kurulu raporuyla ihtiyaç duydukları her türlü ortez/protez ve diğer iyileştirici araç ve gereçler herhangi bir kısıtlama getirilmeksizin Kurumca karşılanır. 72 nci maddede belirtilen usullere göre bedelleri karşılanacak olan bu kapsamdaki ürünler garanti süresi içerisinde veya aynı amaca yönelik yeni ürün talepleri Kurum tarafından belirlenen usul ve esaslara göre karşılanır.

(Ek fıkra: 4/7/2012-6353/84 md.) Genel sağlık sigortalısı ile bakmakla yükümlü olduğu kişilerden, 3713 sayılı Kanunun 21 inci maddesinde sayılan olaylara maruz kalmaları nedeniyle yaralananlar, tedavileri sonuçlanıncaya veya maluliyetleri kesinleşinceye kadar geçen süre içerisinde verilen sağlık hizmetleri ve diğer haklardan aynı Kanuna göre aylık bağlanmış olanlar gibi yararlandırılırlar.

Sağlık hizmeti satın alma sözleşmelerinin hazırlanması ve akdedilmesi, sağlık hizmeti giderlerinin ödenmesi ve bu maddenin uygulanmasına ilişkin diğer usul ve esaslar, Kurum tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.

DANIŞTAY 10. DAİRE

Tarih: 19.9.2007

Esas: 2004/6540 **Karar:** 2007/4237

- ◆ HİZMET KUSURU
- ◆ BİLİRKİŞİ İNCELEMESİ
- ◆ DİLEKÇENİN İPTALİ
- ◆ MENFAAT İHLALİ

İlgili Kanun/Madde: 2577/m.26/2

İstemin Özeti : Antalya 1. İdare Mahkemesinin tazminat isteminin kısmen kabulü yolundaki 29.4.2003 tarih ve E:2002/869, K:2003/509 sayılı kararının taraflarca aleyhlerine olan kısımlarının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

Savunmaların Özeti : Taraflarca karşılıklı olarak savunma verilmemiştir. Danıştay Tetkik Hakimi: Yunus Çetin

Düşüncesi : Mahkeme kararının hükmedilen manevi tazminat ve manevi tazminatın fazlaya ilişkin kısmının reddi yönünden onanması, manevi tazminata faiz yürütülmemesine ilişkin kısmı ile dilekçenin iptaline ilişkin kısmı yönünden ise bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı : Emin Celalettin Özkan

Düşüncesi : İdare Hukukunun ilkeleri ve Danıştayın yerleşik içtihatlarına göre, zarar gören kişinin hizmetten yararlanan durumda olduğu ve hizmetin riskli bir nitelik taşıdığı hallerde, idarenin tazmin yükümlülüğünün doğması için zararın, idarenin ağır hizmet kusuru sonucu meydana gelmiş olması gerekmektedir. Bünyesinde risk taşıyan hizmetlerden olan sağlık hizmetinden yararlananın zarara uğraması halinde, bu zararının tazmini ancak idarenin ağır hizmet kusurunun varlığı halinde mümkün olabilecektir.

... Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastanesinde gerçekleştirilen doğum sırasında gecikmeli ve hatalı tıbbi müdahalelerde bulunulması sonucu bebeğin oksijensizliğe bağlı beyin ölümü tanısıyla dünyaya gelmesi ve daha sonrada ölümü nedeniyle anne ve baba olan davacıların uğradığı manevi zararın tazmini istemiyle açılan davada, İdare Mahkemesince sağlık hizmetinin kuruluşu ve işleyişinde ağır hizmet kusuru bulunduğu gerekçesiyle davacıların manevi tazminat isteminin kısmen kabulüne

karar verilmiştir.

Dava ve temyiz dosyasının incelenmesinden; doğumu gerçekleştiren hastane personeli hakkında yaptırılan soruşturmaya dayalı olarak Danıştay 2. Dairesince verilen 10.10.2002 tarih ve E:2002/850 K:2002/3418 sayılı kararlar eylemlerine uyan 765 sayılı TCK'nun 459 uncu maddesinin 2 nci fıkrası uyarınca lüzumu muhakemelerine karar verildiği, karara dayanak alınan ... Üniversitesi Tıp Fakültesi Daimi Etik Kurulu Kararı'nın ise; ... hekim ihmali ve klinik uygulamanın eksikliğinden kaynaklanan bir tıbbi zararın oluştuğunu düşündürmekte olduğu kanaatini bildiren bir karar olduğu anlaşılmaktadır.

Öte yandan, 2659 sayılı Adli Tıp Kurumu Kanunu'nun 1. maddesiyle adalet işlerinde bilirkişilik yapmak üzere Adalet Bakanlığına bağlı Adli Tıp Kurumu Kurularak 2. maddesinde de kurumun mahkemeler ile hakimlikler ve savcılıklar tarafından gönderilen adli tıp ile ilgili konularda bilimsel ve teknik görüşlerini bildirmekle yükümlü olduğu hükme bağlanmıştır.

Bu haliyle, doğumu gerçekleştiren hastane personeli hakkında bir yargılamanın da bulunduğu hususu gözönüne alındığında, sağlık hizmetinin kuruluşu ve işleyişindeki ağır kusurun varlığının saptanması bu yargılama sonucuna bağlı olup; davalı idarenin ağır hizmet kusuru bulunduğu kabulü için yeterli kabul edilemeyecek nitelikteki dosya içindeki bilgi ve belgelere dayalı olarak verilen kararda hukuki isabet görülmemiştir.

Belirtilen nedenle, taraflar temyizine konu İdare Mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onuncu Dairesince gereği görüldü:

KARAR : Dava, anne ...'nın 20.5.2001 tarihinde ... Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastanesinde yaptığı doğumda bebeğinin oksijen yetersizliğine bağlı beyin ölümü tanısıyla dünyaya gelmesinde idarenin hizmet kusurunun bulunduğu iddiasıyla uğranıldığı ileri sürülen bebek ... için 200.000 YTL, anne ... için 150.000 YTL ve baba ... için 150.000 YTL olmak üzere toplam 500.000 YTL manevi zararın yasal faiziyle birlikte tazmini istemiyle açılmıştır.

Antalya 1. İdare Mahkemesince, Anayasanın 125. maddesinde idarenin kendi işlem ve eylemlerinden doğan zararları ödemekle yükümlü olduğunun kurala bağlandığı, davalı idarece yaptırılan ceza soruşturması ve son soruşturma açılmasına ilişkin karar ile yine davalı idare bünyesinde kurulu bulunan Etik Kurulunun hazırladığı rapor uyarınca sağlık hizmetinin kusurlu işletildiği sonucuna ulaşıldığı, manevi tazminatın idarenin işlem ve eylemlerinden kaynaklanan zarar nedeniyle duyulan elem ve ızdırabı

belirlemek ve karşılığında hiç bir şekilde giderilemeyecek olan bu elem ve ızdırabı kısmen de olsa hafifletmek amacını taşıması nedeniyle ta kd iren anne için 20.000 YTL, baba için de 15.000 YTL manevi tazminatın faizsiz olarak ödenmesinin uygun olduğu, öte yandan 2577 sayılı Yasanın 26/2. maddesinde yalnız öleni ilgilendiren davalara ilişkin dilekçelerin iptal edileceği kuralına yer verildiği, çocuk .. .'nun davanın devamı sırasında 2.6.2002 tarihinde ölmesi ve istenilen manevi tazminatın kişisel zarar olması ve sadece isteyeniyi ilgilendirmesi nedeniyle çocuk ... yönünden dilekçenin iptali gerektiği gerekçesiyle anne için 20.000 YTL, baba için de 15.000 YTL manevi tazminatın faizsiz olarak tazminine, bebek ... yönünden ise dilekçenin iptaline karar verilmiştir.

Davacılar tarafından, çocuğun mirasçıları olmaları nedeniyle çocuk için de tazminat ödenmesi gerektiği, manevi tazminata faiz yürütülmemesinin hukuka aykırı olduğu, takdir edilen manevi tazminatın çok az olduğu; davalı idare tarafından ise, usul ve hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek anılan İdare Mahkemesi kararının temyizden incelenerek bozulması istenilmektedir.

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

İdare Hukukunun ilkeleri ve Danıştayın yerleşik içtihatlarına göre, zarar gören kişinin hizmetten yararlanan durumda olduğu ve hizmetin riskli bir nitelik taşıdığı hallerde, idarenin tazmin yükümlülüğünün doğması için, zararın, idarenin ağır hizmet kusuru sonucu meydana gelmiş olması gerekmektedir. Bünyesinde risk taşıyan hizmetlerden olan sağlık hizmetinden yararlananın zarara uğraması halinde, bu zararının tazmini, ancak idarenin ağır hizmet kusurunun varlığı halinde mümkün olabilecektir.

Uyuşmazlıkta, anne .. .'nun 20.5.2001 tarihinde ... Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastanesinde yaptığı doğumda bebeğinin oksijen yetersizliğine bağlı beyin ölümü tanısıyla dünyaya gelmesinde idarenin hizmet kusurunun bulunup bulunmadığı konusunda idare mahkemesince herhangi bir bilirkişi incelemesi yaptırılmaksızın ... Üniversitesi Tıp Fakültesi Daimi Etik Kurulu'nun olay hakkında düzenlediği rapor esas alınmak suretiyle karar verildiği görülmekle beraber, Dairemizin 4.4.2007 tarihli ara kararına cevaben gönderilen belgelerden, tıbbi müdahalede bulunan sağlık personeli hakkında Antalya 4. Asliye Ceza Mahkemesinin E:2003/42 sayısında açılan ceza davasında, sağlık personelinin kusur oranlarının

tespitinin yapılması amacıyla konunun Yüksek Sağlık Şurası'na intikal ettirildiği, Yüksek Sağlık Şurası'nca da; 26.4.2001 tarihinden itibaren yapılmış olan NST'lerde tekrarlayan deselerasyonların olduğu, bu nedenle bebekte gelişen iskemik ensefalopatinin akut olarak doğumda gelişmediği ve kronik anoksiye bağlı olduğunun anlaşıldığı, antenatal takibi yapan, bu NST'leri normal olarak kabul ederek daha ileri tetkik ve tedaviye gerek görmeyen, dosyada isimleri belli olamayan hekimlerin 8/8 oranında kusurlu olduklarına, hastaneye başvuran hastanın antenatal kayıtlarını ve testlerini incelemeyen normal doğuma yönlendirerek kaçınılmaz olarak fetal sıkıntıya neden olan doktorun 4/8 oranında kusurlu olduğuna, ancak bu kusurun bebekteki iskemik ensefalopatinin nedeni olmadığına, hastada fetal kalp hızının çok düşmesine rağmen anestezi ekibi bulunmadığından, acil sezeryanın gecikmeli olarak gerçekleşmesine neden olduklarından anestezi ekibi ve nöbetçi doktorun 4/8 oranında kusurlu olduklarına, adli bir dosya olmasına rağmen önemli delillerin (NST grafleri) kaybolmasını engellemede gerekli özeni göstermediğinden Kadın Doğum Bölümünün kusurlu olduğuna, önemli delillerin (NST grafleri) kaybolmasını engelleme de gerekli özeni göstermeyen ve hasta ile acil ameliyat koşullarının organizasyonunda eksikliği bulunan hastane idaresinin kusurlu olduğuna 30.5.2007 tarihinde oybirliğiyle karar verildiği anlaşılmaktadır.

Bu durumda, Yüksek Sağlık Şurası'nca yapılan tespitler uyarınca, davalı idarece yürütülen sağlık hizmetinin kuruluşunda ve işleyişinde ağır hizmet kusurunun bulunduğu açıktır.

Yukarıda yapılan açıklamalar doğrultusunda temyiz konu Mahkeme kararının, manevi tazminat isteminin kabulüne ilişkin kısmı ile hükmedilen manevi tazminattan fazlaya ilişkin kısmının reddine yönelik kısmında 2577 sayılı Yasanın 49. maddesinde belirtilen bozma nedenlerinden hiç birisi bulunmadığından, davacıların temyiz istemi kısmen, davalı idarenin temyiz istemi ise tamamen yerinde görülmemektedir.

Mahkeme kararının, çocuk ... yönünden dilekçenin iptaline ilişkin kısmına gelince; Oksijen yetersizliği nedeniyle beyin ölümü tanısıyla doğup bu davada davacı olan bebek .. .'nun davanın devamı sırasında ölümü nedeniyle İdare Mahkemesi tarafından, davanın adı geçen davacıya ilişkin bölümü için dilekçenin iptaline karar verilmiştir.

Oysa, 2577 sayılı Yasanın 26/2. maddesinde yalnız öleni ilgilendiren davalara ilişkin dilekçelerin iptal edileceğine ilişkin kural, menfaat ihlaline dayalı olarak açılan davalarda uygulanacak bir kural olup, hak ihlaline dayalı olarak açılan tam yargı davalarında uygulanma olanağı bulunmamaktadır.

Esasen davanın bebek .. .'ya ilişkin bölümünde manevi tazminat isteminin kabulü halinde Türk Lirası cinsinden tazminata hükmedileceği dikkate alındığında davanın ölen davacıya ilişkin bölümünün yalnız öleni ilgilendirmedeğinin, mirasçılarının davanın bu bölümünü takip edebileceğinin kabulü gerekir.

Mahkeme kararının, hükmedilen manevi tazminata yasal faiz yürütülmesi isteminin reddine ilişkin kısmına gelince;

Manevi tazminat, patrimonuanda meydana gelen bir eksilmeyi karşılamaya yönelik bir tazmin aracı değil, tatmin aracıdır. Manevi zararın başka türlü giderim yollarının bulunmayışı veya yetersiz kalışı manevi tazminatın parasal olarak belirlenmesini zorunlu kılmaktadır. Manevi tazminat olay nedeniyle duyulan elem ve ızdırabı kısmen de olsa hafifletmeyi amaçlar. Belirtilen niteliği gereği manevi tazminatın, zenginleşmeye yol açmayacak şekilde belirlenmesi gerekmekte ise de, tam yargı davalarının niteliği gereği takdir edilecek miktarın aynı zamanda idarenin kusurunun ağırlığını ortaya koyacak bir oranda olması gerekmektedir.

Manevi tazminatın belirtilen niteliği itibarıyla, ilgililerin uğradıkları manevi zararın gerçek anlamda karşılanabilmesi, hükmedilen manevi tazminat tutarına yasal faiz uygulanmasını da gerektirmektedir.

Bu durumda, İdare Mahkemesi kararının, manevi tazminata faiz yürütülmemesine ilişkin kısmında hukuki isabet görülmemektedir.

SONUÇ : Açıklanan nedenlerle, 2577 sayılı Yasanın 49. maddesine uygun bulunan davacıların temyiz isteminin kısmen kabulüyle Antalya 1. İdare Mahkemesinin 29.4.2003 tarih ve E: 2002/869, K: 2003/509 sayılı kararının, hükmedilen manevi tazminata faiz yürütülmemesine ilişkin kısmı ile çocuk” yönünden dilekçenin iptaline ilişkin kısmının bozulmasına oyçokluğuyla, 2577 sayılı Yasanın 49. maddesine uygun bulunmayan davacıların temyiz isteminin kısmen, davalı idarenin temyiz isteminin ise tamamen reddiyle hükmedilen manevi tazminattan fazlaya ilişkin kısmının reddiyle, manevi tazminat isteminin kabulüne ilişkin kısmının onanmasına, dosyanın, bozulan kısım hakkında yeniden bir karar verilmek üzere anılan İdare Mahkemesine gönderilmesine, 19.09.2007 tarihinde karar verildi.

KARŞI OY :

Mahkemece, çocuk ... 'nun davanın devamı sırasında 2.6.2002 tarihinde ölmesi ve istenilen manevi tazminatın kişisel zarar olması ve sadece isteyeniyi ilgilendirmesi nedeniyle çocuk ... yönünden dilekçenin iptaline karar verilmesinde usul ve hukuka aykırılık bulunmadığından mahkeme kararının bu kısmının da onanması gerektiği oyuyla çoğunluk kararına bu

yönden karşıyım.

İLGİLİ MEVZUAT METİNLERİ

2577/m.26/2 İDARİ YARGILAMA USULÜ KANUNU

1. Dava esnasında ölüm veya herhangi bir sebeple tarafların kişilik veya niteliğinde değişiklik olursa, davayı takip hakkı kendisine geçenin başvurmasına kadar; gerçek kişilerden olan tarafın ölümü halinde, idarenin mirasçılar aleyhine takibi yenilemesine kadar dosyanın işlemden kaldırılmasına ilgili mahkemece karar verilir. Dört ay içinde yenileme dilekçesi verilmemiş ise, varsa yürütmenin durdurulması kararı kendiliğinden hükümsüz kalır.

2 Yalnız öleni ilgilendiren davalara ait dilekçeler iptal edilir.

3. (Değişik bent: 05/04/1990 - 3622/9 md.) Davacının gösterdiği adrese tebligat yapılamaması halinde, yeni adresin bildirilmesine kadar dava dosyası işlemden kaldırılır ve varsa yürütmenin durdurulması kararı kendiliğinden hükümsüz kalır. Dosyanın işlemden kaldırıldığı tarihten başlayarak bir yıl içinde yeni adres bildirilmek suretiyle yeniden işleme konulması istenmediği takdirde, davanın açılmamış sayılmasına karar verilir.

4 . (Değişik bent: 05/04/1990 - 3622/9 md.) Dosyaların işlemden kaldırılmasına ve davanın açılmamış sayılmasına dair kararlar diğer tarafa tebliğ edilir.

DANIŞTAY 10. DAİRE

Tarih: 28.3.2012

Esas: 2011/11311 **Karar:** 2012/1213

- ◆ **KİFOSKOLYOZ HASTALIĞI NEDENİYLE AMELİYAT OLAN YAŞI KÜÇÜĞÜN FELÇ KALMASI**
- ◆ **HİZMET KUSURUNA DAYALI MADDİ VE MANEVİ TAZMİNAT DAVASI**
- ◆ **ÜNİVERSİTE HASTANESİNDE GERÇEKLEŞEN AMELİYATTA HASTANIN FELÇLİ KALMASI**
- ◆ **MANEVİ TAZMİNATIN BELİRLENMESİ**

İlgili Kanun/Madde: 2577/m.17

İstemin Özeti : R. K.'ın, kifoskolyoz rahatsızlığı nedeniyle Atatürk Üniversitesi Süleyman Demirel Tıp Merkezi Ortopedi ve Travmatoloji Anabilim Dalında geçirdiği ameliyatlar sonucu felç kalmasında idarenin hizmet kusuru bulunduğu gerekçesiyle uğranıldığı ileri sürülen zarar karşılığı davacılarından Ramazan K. için 1.950.000.-TL maddi, 350.000.-TL manevi; adı geçenin babası Ahmet K. için 50.000.-TL, annesi Senem K. için 50.000.-TL, kardeşleri; İ. K. için 10.000.-TL, Nuh K. için 10.000.-TL, Nejla K. için 10.000.-TL, M.K. için 10.000.-TL, Cuma K. için 10.000.-TL ve E.K. için 10.000.-TL manevi tazminatın yasal faizi ile birlikte tazmini istemiyle açılan davada, Erzurum 1. İdare Mahkemesince yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucunda; R. K. için 861.968.50.-TL maddi, 150.000.-TL manevi, A.K. için 50.000.-TL, Senem K. için 50.000.-TL, İntizar K. için 10.000.-TL, Nuh K. için 10.000.-TL, N. K. için 10.000.-TL, Muhammed K. için 10.000.-TL, C.K. için 10.000.-TL ve Esra K. için 10.000.-TL manevi tazminatın yasal faizi ile birlikte ödenmesi fazlaya ilişkin kısmın reddi yolunda verilen 30.9.2011 tarih ve E:2007/53, K:2011/1256 sayılı kararın, tazminat isteminin kabulüne ilişkin kısmının temyizden incelenerek bozulması davalı idare tarafından istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Temyiz isteminin reddi ile mahkeme kararının onanması gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi : Hasan Çeğindir

Düşüncesi : Temyiz isteminin reddi ile usul ve hukuka uygun bulunan mahkeme kararının onanması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı : Yalçın Macar

Düşüncesi : İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi ile temyiz edilen mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onuncu Dairesince, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 17/2 nci maddesi uyarınca davalının duruşma istemi yerinde görülmeyle ve dosyanın tekemmül ettiği anlaşılmalı ikinci kez istenilen yürütmenin durdurulması istemi hakkında ayrıca bir karar verilmeyele işin esası incelenip, gereği görüldü:

KARAR : İdare ve vergi mahkemelerinin nihai kararlarının temyizen bozulması, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49 uncu maddesinde yer alan sebeplerden birinin varlığı halinde mümkündür.

Adli Tıp Kurumu Üçüncü Adli Tıp İhtisas Kurulunun temyiz istemine konu karara esas alınan 18.02.2010 günlü ve 634 sayılı raporunda, davacı Ramazan K.'ın mevcut parapleji arızasının Sağlık İşlemleri Tüzüğü hükümlerine göre Grup 1 kabul olunarak % 100 olduğu E cetveline göre % 100 oranında meslekte kazanma gücünü kaybetmiş sayılacağı belirtilmiş olması karşısında skolyoz hastası olan davacının ameliyat sonrası şifa bulup iyileşeceğinin kabul edildiği başka bir anlatımla davacının uğradığı zararın adli tıp raporuna göre % 100 olduğunun kabulü gerekmektedir.

SONUÇ : Açıklanan nedenle, temyizen incelenen karar, usul ve hukuka uygun olup, dilekçede ileri sürülen temyiz nedenleri kararın kabule ilişkin kısmının bozulmasını gerektirecek nitelikte görülmediğinden temyiz isteminin reddi ile Erzurum 1. İdare Mahkemesinin 30.9.2011 tarih ve E:2007/53, K:2011/1256 sayılı kararının ONANMASINA, 28.03.2012 tarihinde davanın manevi tazminata ilişkin kısmı yönünden oybirliğiyle, maddi tazminata ilişkin kısmı yönünden oyçokluğuyla karar verildi.

AZLIK OYU : Skolyoz hastası olan davacının ameliyat olmadan önce işgücü kaybının bulunup bulunmadığı hususunun ek bilirkişi incelemesi yaptırılmak suretiyle açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

Bu husus açıklığa kavuşturulmadan davacının % 100 işgücü kaybına uğradığı kabul edilerek hesaplanan maddi zararın tazmin edilmesi yolunda verilen mahkeme kararının eksik inceleme nedeniyle bozulması gerektiği görüşü ile idare mahkemesi kararının bu kısmının onanmasına ilişkin çoğunluk kararına katılmıyoruz.

T.C.
DANIŞTAY
10. DAİRE
E. 2012/4714
K. 2012/6965
T. 26.12.2012

İstemin Özeti : Danıştay Onuncu Dairesince verilen 28.03.2012 tarih ve E:2011 /11311, K:2012/1213 sayılı kararın, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 54. maddesi uyarınca düzeltilmesi istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Yerinde olmadığı ileri sürülen karar düzeltme isteminin reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hâkimi : Erkan Yılmaz

Düşüncesi : 2577 sayılı Yasanın 54. maddesinde öngörülen nedenler bulunmadığından, kararın düzeltilmesi isteminin reddi gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onuncu Dairesince, dosyanın tekemmül ettiği görülmekle davalı idarenin yürütmenin durdurulması istemi incelenmeksizin işin gereği görüşüldü:

KARAR : Danıştay dava daireleri ile İdari veya Vergi Dava Daireleri Kurullarının temyiz üzerine verilen kararlar hakkında, ancak 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 54. maddesinde yazılı nedenlerle kararın düzeltilmesi istenebilir. Kararın düzeltilmesi dilekçesinde öne sürülen hususlar ise, adı geçen Yasa maddesinde yazılı nedenlerden hiçbirisine uymamaktadır.

SONUÇ : Bu nedenle kararın düzeltilmesi isteminin reddine, 26.12.2012 tarihinde oyçokluğu ile karar verildi.

AZLIK OYU : Kararın düzeltilmesi isteminin kabulü ile Dairemizin 28/3/2012 tarih ve E:2011/11311, K:2012/1213 sayılı kararının kaldırılarak, bu kararda yer alan azlık oyu doğrultusunda Mahkeme

kararının bozulmasına karar verilmesi gerektiği oyu ile aksi yöndeki çoğunluk kararına katılmıyoruz.

YEREL MAHKEME KARARI

T.C.

ERZURUM

1. İDARE MAHKEMESİ

ESAS NO : 2007/53

KARAR NO : 2011/1256

DAVACILAR : 1- Kendi adlarına asaleten İntizar KILIÇ'a velayeten Ahmet KILIÇ ve Senem KILIÇ

2- Nuh KILIÇ

3- Nejla KILIÇ

4- Muhammed KILIÇ

5- Cuma KILIÇ

6- R.K.

7- Esra KILIÇ

VEKİLİ : Av. Mustafa ALADAĞ

Şerefiye Mh Urartu Sk Albina Sitesi B Blok K:4/5

Merkez/VAN

DAVALI : Atatürk Üniversitesi Rektörlüğü-ERZURUM

VEKİLİ : Av. Özge ÖZGÜR

Atatürk Üniversitesi Rektörlüğü Hukuk Müşavirliği

Merkez/ERZURUM

MÜDAHİL (DAVALI) : Ali OKUR

Atatürk Ün. Aziziye Araştırma Hastanesi Ortopedi ve Travmatoloji Anabilim Dalı-ERZURUM

DAVANIN ÖZETİ : Davacıların yakını Ramazan K.'ın kifoskolyos şikayeti nedeniyle 16.11.2005 ve sonraki tarihlerde Atatürk Üniversitesi Tıp Fakültesi Süleyman Demirel Tıp Merkezi Ortopedi ve Travmatoloji Anabilim Dalı'nda yapılan ameliyatlar neticesinde felç kalması nedeniyle davacılarından R.K. için 1.950.000.-TL maddi ve 350.000.-TL. manevi, Ramazan KILIÇ'ın anne ve babasının her biri için 50.000.-TL ve kardeşlerinin her biri için 10.000.-TL'den toplam 160.000,00.-TL manevi olmak üzere toplam 2.460.000.-TL tazminatın yasal faizi ile birlikte ödenmesine karar verilmesi istenilmektedir.

SAVUNMANIN ÖZETİ : Davacılara yapılacak ameliyata ilişkin bilgi verilmesi ve rızalarının alınması sonrasında söz konusu ameliyatların gerçekleştirildiği, hizmetin riskli bir nitelik taşıdığı hallerde idarenin tazmin yükümlülüğünden söz edilebilmesi için zararın ağır hizmet kuşum sonucunda doğmuş olması gerektiğinin yargısal içtihatlarla kabul

edildiği, istenen tazminat miktarının fahiş miktarda olduğu ve sebepsiz zenginleşmeye yol açacağı, manevi tazminat koşullarının ise oluşmadığı belirtilerek davanın reddi gerektiği savunulmuştur.

MÜDAHİL SAVUNMASININ ÖZETİ: Davaya katılma talebinde bulunularak, davanın reddi gerektiği savunulmuştur.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Erzurum 1. İdare Mahkemesi'nce dava dosyası incelenerek için gereği görüşüldü:

KARAR : Dava, davacıların yakını R.K.'ın kifoskolyos şikayeti nedeniyle 16.11.2005 ve somaki tarihlerde Atatürk Üniversitesi Tıp Fakültesi Süleyman Demirel Tıp Merkezi Ortopedi ve Travmatoloji Anabilim Dalı'nda yapılan ameliyatlardan neticesinde felç kalması nedeniyle davacılarından R.K. için 1.950.000.-TL maddi ve 350.000.-TL. manevi, R.K.'m anne ve babasının her biri için 50.000.-TL ve kardeşlerinin her biri için 10.000.-TL'den toplam 160.000,00,-TL'den manevi olmak üzere toplam 2.460.000.-TL tazminatın yasal faizi ile birlikte ödenmesine karar verilmesi istemiyle açılmıştır.

Anayasa'nın 125. maddesi'nin son fıkrasında, "İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür." hükmü yer almıştır.

Doktrinde, idarenin hukuki sorumluluğu, kamu hizmetlerinden doğan zararların karşılanıp giderilmesini amaçlayan hukuki bir kurum olarak tanımlanmaktadır.

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

İdare hukukunun ilkeleri ve Danıştay'ın yerleşik içtihatlarına göre, zarar gören kişinin hizmetten yararlanan durumda olduğu ve hizmetin riskli bir nitelik taşıdığı hallerde, idarenin tazmin yükümlülüğünün doğması için, zararın, idarenin ağır hizmet kusumu sonucu meydana gelmiş olması gerekmektedir. Bünyesinde risk taşıyan hizmetlerden olan sağlık hizmetinden yararlananın zarara uğraması halinde, bu zararının tazmini, ancak idarenin ağır hizmet kusumunun varlığı halinde mümkün olabilecektir.

Dava dosyasının incelenmesinden; davacıların yakını R.K.'ın 16.11.2005 tarihinde Atatürk Üniversitesi Tıp Fakültesi Süleyman Demirel Tıp Merkezi Yakutiye-Aziziye Araştırma Hastanesi Ortopedi Servisinde kifoskolyoz tanısıyla yapılan ameliyatlardan sırasında ve sonrasında gereken dikkat ve özenin gösterilmemesi nedeniyle felç kalması sonucunda, davacılar tarafından olayın oluşumunda davalı idarenin hizmet kusumunun

bulduğundan bahisle 1.950.000,00.-TL maddi ve 510.000,00.-TL manevi olmak üzere toplam 2.460.000,00.-TL tazminatın yasal faiziyle birlikte ödenmesi istemiyle yapılan 28.09.2006 tarihli başvurunun cevap verilmemek suretiyle reddi üzerine bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Söz konusu olayda, Mahkememizin muhtelif tarihli ara kararları ile davalı idarenin hizmet kusurunun bulunup bulunmadığı hizmet kusuru var ise kusurun ağırlık derecesi ve oranı ile davacıda meydana gelen işgücü kaybı oranının ne kadar olduğuna ilişkin gerekli incelemelerin yapılması ve idarenin hizmet kusunun olup olmadığının tespitine yönelik Adli Tıp Kurumu'na hastanın tüm tedavileri ve tetkikleri gönderilerek bilirkişi incelemesi yaptırılması sağlanmış olup, Mahkememize sunulan Adli Tıp Kurumu 3.Adli Tıp İhtisas Kurulu'nun 18.02.2010 gün ve 634 sayılı rapomnda özetle; davacıların yakını R.K.'ın 16.11.2005 tarihinde ameliyata alındığı, T5-L4 arasına poaterior enstumantasyon T10-11'e laminektomi, T9-10-11 'den kama osteotomi yapıldığı, post op paraplejik olduğunun saptandığı, serviste izlendiği post op 3 gün-ameliyata alınarak ameliyat sahasında gözlem yapıldığı, problem görülmediği düşünülerek ameliyatın sonlandırıldığı beyanları bulunmakla birlikte, bu ifadeleri doğrulayan tıbbi belgelerin mevcut olmadığı, post op erken dönemde pareleji görülmesine rağmen gerekli tetkiklerin yapılmayıp zaman kaybedilmesi, ikinci ameliyatın hasta açısından çok önemli olmasına rağmen sadece asistanlar tarafından yapılmış olması, ikinci ameliyat ile ilgili tıbbi belgelerin olmaması, ameliyattan yaklaşık 1 ay sonra yaptırılan torokolomber BT'de birçok seviyede vidaların kanalın içinden geçtiği ve T11 seviyesinde kord basısı olduğu raporu ile belirtilmesine rağmen herhangi bir işlem yapılmamasının bu olayda ihmal ve özen eksikliğinin olduğunu gösterdiği, bu arada sorumluluğun 1.derecede ameliyatı yapan Prof.Dr.A.O.'a ait olmakla birlikte anılan kişinin talimatıyla yalnızca kendi başlarına ameliyat yetkisi olmayan asistanların girmiş olduğu ameliyatta söz konusu grafilerin incelenmesinde bu 2.ameliyatta asistanların stabilizasyon yapısını değiştirdiklerinin anlaşıldığı ve bu durumun da bir uzmanın gözetiminde olmaması nedeniyle yetkilerini aştığı için izin veren kurum yetkililerinin de sorumlu olduğu, davacıların yakını R.K.'ın mevcut parapleji arızasının Sağlık İşlemleri Tüzüğü hükümlerine göre Grup 1 kabul olunarak % 100 olduğu, E cetveline göre %100 oranında meslekte kazanma gücünü kaybetmiş sayılacağına mütalaa olunduğu belirtilmiş olup, raporun taraflara tebliği üzerine bilirkişi raporuna itiraz eden davalı idarenin itirazları raporu kusurlandıracak nitelikte görülmemiştir.

Uyuşmazlık konusu olayda, dosyadaki bilgi ve belgelerle yukarıda yer verilen Adli Tıp Kurumu raporundaki açıklamaların birlikte

değerlendirilmesinden; davacıların çocuğunun ameliyatlarının gerçekleştirilmesi esnasında yapılması gereken işlemlerin tam ve eksiksiz olarak yapılmayarak gerekli dikkat ve özenin gösterilmemesi nedeniyle davalı idarenin tam olarak (% 100) kusurlu olduğu ve hizmet kusuru doğrultusunda davalı idarenin tazmin borcunun doğduğu ve olay neticesinde, davacının yürüyemez hale gelmesi, bir başka ifade ile felç kalması nedeniyle meydana gelen zararın hukuki sorumluluk kapsamında davalı idare tarafından karşılanması gerektiği sonucuna varılmıştır.

Bu bağlamda, davacıların çocuğuna yapılan ameliyatlar sonrasında R.K.'ın felç kalması neticesinde % 100 oranında meslekte kazanma gücünden kaybetmiş sayılacağı yönündeki istanbul Adli Tıp Kurumu Başkanlığından alınan raporla kesinlik kazanması üzerine maddi tazminatın belirlenmesi için re'sen seçilen bilirkişi tarafından yapılan hesaplamalar sonucu düzenlenen raporda; davacının gerçek zararının 378.968,85 TL işgöremezlik tazminatı, ve 482.999,65 TL bakıcı gideri tazminatı olmak üzere toplam 861.968,50 TL olarak saptandığı görülmektedir. Söz konusu raporun taraflara tebliğ edilmesi üzerine, davalı idare tarafından yapılan itiraz, raporu kusurlandıracak nitelikte görülmemiştir.

Bu durumda, davacılarından R.K.'ın uğradığı zararın tespiti amacıyla yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucunda hazırlanan rapora itibar edilerek, 378.968,85 TL işgöremezlik tazminatı ve 482.999,65 TL bakıcı gideri tazminatı olmak üzere toplam zararın 861.968,50.-TL maddi tazminata hükmedilmesi, geriye kalan 1.088.031,50.-TL miktarın reddi, kabul edilen tazminat miktarına ise davalı idareye başvurunun yapıldığı 28.09.2006 tarihinden itibaren yasal faiz uygulanması gerekmektedir.

Davacıların manevi tazminat talebine gelince; manevi tazminat malvarlığındaki eksilmeyi gidermeye yönelik bir tazmin aracı olmayan, zarar nedeniyle duyulan elem ve ızdırabı belirlemek ve karşılığında hiç bir şekilde para ile giderilmeyecek olan bu elem ve ızdırabı kısmen de olsa hafifletmek amacını taşımakta olup, Mahkememizce davacıların yakını R.K.'ın idarenin %100 kusuru sonucunda çok küçük yaştan itibaren yürüyemeyecek olması ve maruz kaldığı olayın boyutunun ileriki yaşamında çok vahim sonuçlar doğuracak olması hususları dikkate alındığında davacılarından R.K.'a 150.000,00.-TL, anne ve babasının her birisine 50.000,00.-TL ve kardeşlerinin her birine 10.000,00.-TL olmak üzere taktiren toplam 310.000,00.-TL manevi tazminatın davalı idarece davacılar a ödenmesi, fazlaya ilişkin manevi tazminat talebinin ise reddi gerektiği sonuç ve kanaatine varılmıştır.

Açıklanan nedenlerle; davanın KISMEN KABULÜNE, 861.968.50.-TL maddi ve davacılarından R.K. için 150.000.000.-TL., anne ve babasının

herbiri için 50.000,00.-TL ve kardeşlerinin her biri için 10.000,00.-TL'den 310.000,00.-TL manevi tazminat olmak üzere toplam 1.171.968,50.-TL tazminatın davalı idareye başvuru tarihi olan 28.09.2006 gününden itibaren işletilecek yasal faizi ile birlikte davacılara ödenmesine, fazlaya ilişkin tazminat isteminin REDDİNE, dava kısmen kabul kısmen ret ile sonuçlandığından ve davacıların adli yardım talepleri kabul edildiğinden aşağıda dökümü yapılan 63.670,90.TL yargılama giderinden haklılık oranına göre belirlenen 33.108,87.TL'nin davacılar üzerinde bırakılmasına, dava açılırken posta ücreti olarak peşin yatırıldığı anlaşılan 13,00.TL'nin mahsubu ile geriye kalan 33.095,87.TL'nin davacılarından tahsili için maliyeye müzekkere yazılmasına, kalan yargılama giderinden 24.114,55 TL'nin davalı idareden tahsili için maliyeye müzekkere yazılmasına, müdahil tarafından yapılan 73,10.-TL yargılama giderinin müdahil üzerinde bırakılmasına, hükmedilen miktar üzerinden kabul edilen maddi tazminat miktarı için Avukatlık Asgari Ücret Tarifesiince takdir edilen 42.579,00.-TL vekalet ücreti ve kabul edilen manevi tazminat miktarı için takdir edilen 21.970,00.-TL vekalet ücreti olmak üzere toplam 64.549,00.-TL vekalet ücretinin davalı idareden alınarak davacılara verilmesine, reddedilen maddi tazminat miktarı üzerinden hesaplanan 49.360,00.TL vekalet ücreti ve reddedilen manevi tazminat miktarı için takdir edilen 16.070,00.TL vekalet ücreti olmak üzere toplam 65.430,00.TL nin ise davacılarından alınarak davalı idareye verilmesine, artan posta ücretinin istemi halinde yatırımlara iadesine, bu kararın tebliğini izleyen günden itibaren 30 gün içerisinde bu karara karşı Danıştay Başkanlığı'na temyiz yolu açık olmak üzere 30/09/2011 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Bu kararlar, kullanıcılarımızdan Sayın Avukat Mustafa ALADAĞ tarafından gönderilmiştir.

İLGİLİ MEVZUAT METİNLERİ

2577/m.17 İDARİ YARGILAMA USULÜ KANUNU

1. (Değişik bent: 05/04/1990 - 3622/7 md.) Danıştay ile idare ve vergi mahkemelerinde açılan iptal ve birmilyar lirayı aşan tam yargı davaları ile tarh edilen vergi, resim ve harçlarla benzeri mali yükümler ve bunların zam ve cezaları toplamı beş milyon lirayı aşan vergi davalarında, taraflardan birinin isteği üzerine duruşma yapılır.

2. Temyiz ve itirazlarda duruşma yapılması tarafların istemine ve Danıştay veya ilgili bölge idare mahkemesi kararına bağlıdır.

3. Duruşma talebi, dava dilekçesi ile cevap ve savunmalarda yapılabilir.

4. (Değişik bent: 05/04/1990 - 3622/7 md.) 1 ve 2 nci fıkralarda yer alan kayıtlara bağlı olmaksızın Danıştay, mahkeme ve hakim kendiliğinden duruşma yapılmasına karar verebilir.

5. Duruşma davetiyeleri duruşma gününden en az otuz gün önce taraflara gönderilir.

MEVZUAT

HEKİMLİK MESLEK ETİĞİ KURALLARI

Yayın Tarihi : 01.02.1999

Kendilerini her zaman dünya hekimliğinin bir parçası olarak gören; Türkiye Cumhuriyeti toprakları üzerinde ulusal, evrensel ve çağdaş bir sorumluluk ve hizmet anlayışına sahip bulunan, hekimlik mesleğinin, içinde yer aldığı toplumsal ve kültürel koşullardan soyutlanmayacağını bilinci ile insanın sahip olduğu olanakları geliştirebilmesinin en temel koşulunun onun bedensel ve ruhsal sağlığı olduğunun bilincini taşıyan bu ülkenin hekimleri; dünyadaki ve Türkiye’deki toplumsal ve bilimsel değişimler göz önünde bulundurularak ve çeşitli platformlarda tartışılarak oluşturulan Hekimlik Meslek Etiği Kuralları’na bağlılıklarını bildirmekle, insana insan olarak hizmet etmenin yüce onurunu taşırlar.

BİRİNCİ BÖLÜM

(Amaç, Kapsam ve Tanımlar)

Amaç

Madde 1-Bu kuralların amacı, hekimlerin mesleklerinin gereklerini yerine getirirken uymaları zorunlu olan hekimlik meslek etiği kurallarını belirlemektir.

Kapsam

Madde 2-Türkiye’de hekimlik yapma hakkını kazanmış olup mesleğini uygulayan tüm hekimler bu kurallar kapsamındadır.

Dayanak

Madde 3-Bu kurallar bütünü 6023 sayılı yasanın 59/g maddesine dayanılarak hazırlanmıştır.

Tanımlar

Madde 4-Bu metinde geçen;

- a)Bakanlık deyimi; Sağlık Bakanlığı'nı
- b)Hekim deyimi; tıp doktorlarını,
- c)Hekim örgütü deyimi; Türk Tabipleri Birliği'ni ifade eder.

İKİNCİ BÖLÜM

(Genel Kural ve İlkeler)

Hekimin Görev ve Ödevleri

Madde 5-Hekimin öncelikli görevi, hastalıkları önlemeye ve bilimsel gerekleri yerine getirerek hastaları iyileştirmeye çalışarak insanın yaşamını ve sağlığını korumaktır. Meslek uygulaması sırasında insan onurunu gözetmesi de, hekimin öncelikli ödevidir. Hekim, bu yükümlülüklerini yerine getirebilmek için, gelişmeleri yakından izler.

Etik İlkeler

Madde 6-Görevlerini yerine getirirken, hekimin uyması gereken evrensel tıbbi etik ilkeleri yararlılık, zarar vermeme, adalet ve özerklik ilkeleridir.

Hekimin Yansızlığı

Madde 7-Hekim görevlerini her durumda hastaları arasındaki siyasal görüş, sosyal durum, dini inanç, milliyet, etnik köken, ırk, cinsiyet, yaş, toplumsal ve ekonomik durum ve benzeri farklılıkları gözetmeksizin yerine getirmekle yükümlüdür.

Vicdani ve Mesleki Kanı

Madde 8-Hekim, mesleğini uygularken vicdani ve mesleki bilimsel kanaatine göre hareket eder.

Sır Saklama Yükümlülüğü

Madde 9-Hekim, hastasından mesleğini uygularken öğrendiği sırları açıklayamaz. Hastanın ölmesi ya da o hekimle ilişkisinin sona ermesi, hekimin bu yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz.

Hastanın onam vermesi ya da sırrın saklanması hasta ya da öteki insanların yaşamını tehlikeye sokması durumunda, hastanın kişilik haklarının zedelenmemesi koşuluyla, hekim bu sırrı saklamakla yükümlü değildir.

Yasal zorunluluk durumlarında hekimin rapor düzenlemesi de, meslek sırrının açıklanması anlamına gelmez.

Hekim, tanık ya da bilirkişi olarak mahkemeye çağrıldığında olayın meslek sırrı olduğunu ileri sürerek bu görevlerinden çekilebilir.

Acil Yardım

Madde 10-Hekim, görevi ve uzmanlığı ne olursa olsun, gerekli tıbbi girişimlerin yapılamadığı acil durumlarda, ilk yardımda bulunur.

Ticari Amaç ve Reklam Yasağı

Madde 11-Hekim, mesleğini uygularken reklam yapamaz, ticari reklamlara araç olamaz, çalışmalarına ticari bir görünüm veremez; insanları yanıltıcı, paniğe düşürücü, yanlış yönlendirici, meslektaşlar arasında haksız rekabete yol açıcı davranışlarda bulunamaz. Hekim, yayın araçlarıyla yapacağı duyurularda varsa, Tababet Uzmanlık Tüzüğü'ne göre kabul edilmiş olan uzmanlık alanını, çalışma gün ve saatlerini bildirebilir. Tabela ve benzeri tanıtım araçlarının biçim ve boyutları yerel tabip odası tarafından saptanır.

Meşru ve Yasak Yöntemler

Madde 12-Hekim mesleğini yerine getirirken, bilimsel ve çağdaş tanı ve tedavi yöntemleriyle koruyucu hekimlik ilkelerini göz önünde bulundurur; hastalarının tanı ve tedavisinde bilimsel olmayan yöntemleri uygulayamaz. Hekim, gerekli bilimsel aşamalardan geçip ruhsatlandırılmamış kimyasal, farmakolojik, biyolojik maddeleri ilaç olarak kullanamaz.

Hekimliğin Kötü Uygulanması (Malpractice)

Madde 13-Bilgisizlik, deneyimsizlik ya da ilgisizlik nedeniyle bir hastanın zarar görmesi “hekimliğin kötü uygulaması” anlamına gelir.

Aracılık Etme ve Aracıdan Yararlanma Yasağı

Madde 14-Hekim öteki hekimlere veya tetkik-tedavi kuruluşlarına maddi çıkar karşılığı hasta gönderemez. Hekim, hasta sağlamak amacıyla aracı kişilerden yararlanamaz.

Endüstri ile İlişkilerde Çıkar Sağlama Yasağı

Madde 15-Hekimler endüstri kuruluşları ile hiçbir çıkar ilişkisi kuramazlar. Bilimsel araştırmalar ve eğitime yönelik ilişkiler ise, şeffaf ve kurumsal olmalıdır. Bu ilişkilerde Türk Tabipleri Birliği’nin hazırladığı “Hekim ve İlaç Tanıtım İlkeleri” geçerlidir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

(Hekimler Arası İlişkiler)

Meslektaşlar Arasında Saygı

Madde 16-Hekim, kendi meslektaşları ve insan sağlığı ile uğraşan öteki meslek mensupları ile iyi ilişkiler kurar, meslektaşlarına veya tedavi ekibinin bir başka üyesine karşı küçük düşürücü davranışlarda bulunamaz.

Mesleki Dayanışma

Madde 17-Hekim, meslektaşlarını mesleki yönden onur kırıcı ve haksız saldırılara karşı korur.

Yetkinlik Dışı Faaliyet Yasağı

Madde 18-Hekim tıbbi görevlerini yerine getirirken, gecikmenin hasta yaşamını tehdit edebileceği zorunlu durumlar dışında özel bilgi, beceri gerektiren bir girişimde bulunamaz.

Danışım(Konsültasyon) ve Ekip Çalışması

Madde 19-Danışım ve ekip çalışması sürecinin düzenli işleyebilmesi ve bir hekim hakkı olarak yaşama geçirilebilmesi için;

a) Hasta izlemi sırasında, değişik uzmanlık alanlarının görüş ve uygulamalarına gereksinim doğduğunda, tedaviyi yürüten hekim durumu hasta ve/veya yakınlarına bildirmelidir. Konsültasyonu hastanın tedaviyi yürüten hekimi yazılı olarak ister. Yazılı istemde hastanın özellikleri, konsültasyon isteğinin nedenleri açık ve anlaşılır biçimde belirtilir.

b) Konsültasyon sürecinde konsültan hekim de, hastanın sürekli hekimi gibi hastadan sorumludur.

c) Konsültan hekim, alanında bilimsel ve teknik bilgiye sahip olmalıdır.

d) Konsültasyon sonucunda, konsültasyonun gerekçesi ve sonuçları, açık ve anlaşılır biçimde bir tutanak ile belgelenir.

e) Konsültasyonun sonuçlarından hastalar da yeterli ölçüde bilgilendirilir.

f) Konsültasyonun sonucunda hastanın tedaviyi yürüten hekimi ile konsültan hekimin görüş ve kanaatleri arasında fark olur ve hasta konsültan hekimin önerilerini kabul ederse, hastanın tedaviyi yürüten hekimi tedaviyi bırakabilir.

g) Konsültasyon istenen hekim davete uymak zorundadır.

Odaya Bildirme Yükümlülüğü

Madde 20-Hekim meslektaşları ile meslek uygulaması konusunda uzlaşmaz bir anlaşmazlığa düştüğünde ya da tıp etiği açısından yanlış davranan bir meslektaşının bu davranışını kasıtlı bir biçimde sürdürmesi durumunda yerel tabip odasına konuyla ilgili bildirimde bulunur.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

(Hekim-Hasta İlişkileri)

Hasta Haklarına Saygı

Madde 21-Hekim hastasının sağlığı ile ilgili kararlar alırken; bilgilendirme hakkı, aydınlatılmış onam hakkı, tedaviyi kabul ya da red hakkı , vb. hasta haklarına saygı göstermek zorundadır.

Hekim Seçme Özgürlüğü

Madde 22-Hasta, mevzuatın belirlediği kurallara, tıbbi uygulamanın özelliklerine ve kurumun koşullarına göre hekimini seçmekte özgürdür.

Muayenesiz Tedavi Yasağı

Madde 23-Hekim, acil vakalar gibi zorunlu durumlar dışında, hastasını bizzat muayene etmeden tedavisine başlayamaz.

Hasta Üzerindeki Etkinin Kullanımı

Madde 24-Hekim hasta üzerindeki etkisini tıbbi amaçlar dışında kullanamaz.

Tedaviyi Üstlenmeme veya Yarıda Bırakma

Madde 25-Hekim, ancak tıbbi bilgisini gerektiği gibi uygulayamayacağına karar verdiğinde ve hastasının başvurabileceği başka bir hekim bulunduğu durumlarda, hastanın bakımını ve tedavisini

üstlenmeyebilir veya tedaviyi yarım bırakabilir. Yukarıdaki koşullarda tedaviyi bırakacak hekim, bu durumu ve hastanın sağlığının tehlikeye düşmeyeceğini hastaya veya yakınlarına anlatır ve onları tıbbi yardımla ilgili başka olanaklar konusunda bilgilendirir. İkinci hekim bulunmadan hekim hastasını bırakamaz. Hekim, tedaviyi üstlenen meslektaşına hasta hakkındaki tüm bilgileri aktarmakla yükümlüdür.

Aydınlatılmış Onam

Madde 26-Hekim hastasını, hastanın sağlık durumu ve konulan tanı, önerilen tedavi yönteminin türü, başarı şansı ve süresi, tedavi yönteminin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler, verilen ilaçların kullanılışı ve olası yan etkileri, hastanın önerilen tedaviyi kabul etmemesi durumunda hastalığın yaratacağı sonuçlar, olası tedavi seçenekleri ve riskleri konularında aydınlatır. Yapılacak aydınlatma hastanın kültürel, toplumsal ve ruhsal durumuna özen gösteren bir uygunlukta olmalıdır. Bilgiler hasta tarafından anlaşılabilir biçimde verilmelidir. Hastanın dışında bilgilendirilecek kişileri, hasta kendisi belirler. Sağlıkla ilgili her türlü girişim, kişinin özgür ve aydınlatılmış onamı ile yapılabilir. Alınan onam, baskı, tehdit, eksik aydınlatma ya da kandırma yoluyla alındıysa geçersizdir.

Acil durumlar ile, hastanın reşit olmaması veya bilincinin kapalı olduğu ya da karar veremeyeceği durumlarda yasal temsilcisinin izni alınır. Hekim temsilcinin izin vermemesinin kötü niyete dayandığını düşünüyor ve bu durum hastanın yaşamını tehdit ediyorsa, durum adli mercilere bildirilerek izin alınmalıdır. Bunun mümkün olmaması durumunda, hekim başka bir meslektaşına danışmaya çalışır ya da yalnızca yaşamı kurtarmaya yönelik girişimlerde bulunur. Acil durumlarda müdahale etmek hekimin takdirindedir. Tedavisi yasalarla zorunlu kılınan hastalıklar toplum sağlığını tehdit ettiği için hasta veya yasal temsilcisinin aydınlatılmış onamı alınmasa da gerekli tedavi yapılır.

Hasta vermiş olduğu aydınlatılmış onamı dilediği zaman geri alabilir.

Bilgilendirilmeme Hakkı

Madde 27-Hasta hastalığı konusunda bilgilendirilmek istemediğini belirtmişse, hekimin bilgi vermesi gerekmez. Ailenin haberdar edilmesi hastayla görüş birliğine varılarak yapılmalıdır. Bilinçsiz durumdaki hastalar için, yakınlarının bilgilendirilip bilgilendirilmemesine hekim karar verir.

Terminal Hastalara Yardım

Madde 28-Hekim, terminal dönemdeki hastalara her türlü insani yardımı yapmaya, insan onuruna yaraşır koşulları sağlamaya ve çekilen acıyı olabildiğince azaltmaya çalışır.

Ücret

Madde 29-Hasta ücret konusunda önceden hekimden bilgi alabilir. Hekim, tüm muayene, tetkik, tıbbi ve cerrahi girişimlerde meslek örgütünün belirlediği taban ücretin altında bir ücret alamaz. Hekimin, meslektaşları ile meslektaşlarının eşleri ve bakmakla yükümlü olduklarından muayene ve tedavi için –masraflar dışında- ücret almaması uygundur.

Gereksiz Harcama Yaptırma Yasağı

Madde 30-Hekim, hastasının parasal durumu ne olursa olsun, kesin zorunluluk olmadıkça pahalı ilaçlar ve yöntemler öneremez, hastaya gereksiz harcamalar yaptıramaz ve yararı olmayacağını bildiği bir tedaviyi veremez.

Hastayla İlgili Bilgilerin Hastaya Verilmesi ve Kullanımı

Madde 31-Hasta dosyalarındaki bilgilerin geniş bir özeti ile bilgi ve belgelerin örnekleri, isteği durumunda hastaya verilir. Hekim, yasal zorunluluk olmadıkça, bu bilgileri başkasına veremez. Hekim, hastanın kimlik bilgilerini saklı tutmak koşuluyla, bu bilgileri dosya üzerinden yapacağı araştırmalarda kullanabilir.

Rapor Düzenleme

Madde 32-Hekim, bizzat muayene ve tedavi ettiği hastasına gerekli gördüğünde hastalıkla ilgili rapor verir. Bu raporda tıbbi gerekçelere bağlı olarak istirahat, tedavi şekli, diyet, çalışma koşulları gibi hasta için gerekli geçici ya da kalıcı bilgiler ve hekimin önerileri bulunur.

BEŞİNCİ BÖLÜM

(Hekim ve İnsan Hakları)

Uluslararası Sözleşmelere Uyuma Zorunluluğu

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

İşkenceye Yardım Yasağı

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

Tutuklu ve Hükümlülere Verilecek Tıbbi Yardım

Madde 35-Tutuklu ve hükümlülerin muayenesi de öteki hastalarinki gibi, kişilik haklarına saygılı, hekimlik sanatını uygulamaya elverişli koşullarda yapılır ve onların gizlilik hakları korunur. Hekimin, bu koşulların sağlanması için ilgililerden istekte bulunma hakkı ve sorumluluğu vardır. Muayene sonucu düzenlenecek belge veya raporlarda hekimin adı, soyadı, diploma numarası ve imzası mutlaka bulunur. Belge ve raporun bir örneği kişiye verilir. Belge ve rapor baskı altında yazılmış ise, hekim bu durumu en kısa zamanda meslek örgütüne bildirir.

Tutuklu ve Hükümlülerin Tıbbi Yardımı Reddetmesi

Madde 36-Hekim, muayene ve tedavi olanaklarını bilinçli olarak reddeden tutuklu ve hükümlülere bu davranışlarının sonuçlarının neler olabileceğini açıklar. Zorla muayene ve tedavi yolunu deneyemez, öneremez.

Ölüm Cezasına Etkin Katılım Yasağı

Madde 37-Hekim, hiçbir zaman ölüm cezasının infazında bulunamaz,

infaza yardımcı olamaz, ölüm cezası uygulamasında tıbbi hizmet veremez.

Olağanüstü Durumlar ve Savaş

Madde 38-Hekim, olağanüstü durumlar ve savaşta, evrensel nitelikteki tıbbi etik kurallarını yansızlıkla uygular. Hasta ve yaralı sayısının çokluğu nedeniyle, herkese gerekli tıbbi yardımın verilemediği koşullarda, hekim, tedavi olasılığı yüksek olan ağır vakalara öncelik verir.

Cinsel İlişki Muayeneleri

Madde 39-Hekim, savcılıklar ve mahkemeler dışında kalan kişi ve kurumlardan gelen cinsel ilişki muayene istemlerini dikkate alamaz. Hekim ilgilinin veya ilgili reşit değilse, veli veya vasisinin aydınlatılmış onamı olmadıkça cinsel ilişki muayenesi yapamaz.

ALTINCI BÖLÜM

(Tıbbi Araştırmalar ve Yayın Etiği)

İnsan Üzerinde Araştırma

Madde 40-İnsan üzerinde yapılacak klinik, deneysel ya da epidemiyolojik araştırmalar, gerek ilaç gerek cerrahi yöntem araştırmaları olsun, bilimsel bilgi birikimine katkıda bulunabilmek amacıyla yerel etik kurullardan geçmek koşuluyla yapılır. İnsan üzerinde yapılan tüm araştırmalar, bilimsel ve mesleki yönden yeterli ve yetkin kişiler tarafından yürütülür. Araştırmanın sorumluluğu tümüyle araştırmacıya aittir.

Deneğin Bilgilenmesi ve Aydınlatılmış Onamı

Madde 41-İnsan üzerinde yapılan araştırmalarda her deneğe araştırmanın amacı, yöntemleri, beklenen yarar ve olası yan etkileri hakkında, deneğin anlayabileceği dilde ve biçimde yeterli bilgi verilmesi zorunludur. Deneğe, çalışma başladıktan sonra isterse araştırmaya katılmaktan vazgeçebileceği ve onamını geri alabileceği, ancak bu nedenle daha sonraki tedavisinin ve takibinin aksamayacağı anlatılır. Bilgilendirme sonrasında deneğin konuyu yeterince anlayıp anlamadığı değerlendirilir.

Araştırma hakkında yeterli bilgilendirme sağlandıktan sonra, deneğin yazılı onamı alınır. Bu onam, deneğin özgür iradesine dayanmalıdır.

Reşit ve Mümeyyiz Olmayanların Durumu

Madde 42-Reşit ve/veya mümeyyiz olmayan kişiler yönünden veli veya vasisinin aydınlatılmış onamı gerekir.

Deneğin Korunması

Madde 43-İnsan üzerinde yapılan tıbbi araştırmalarda deneğin yaşamı, bedensel ve zihinsel bütünlüğü ile sağlığı her zaman toplumsal veya bilimsel çıkarların üzerinde tutulur.

Deneğin özel yaşamına saygı gösterilmesi ve kişisel bilgilerin gizliliği sağlanır. Bilimsel araştırma ve yayınlar ile akademik-bilimsel amaçlı sunuşlarda deneğin kimliği gizli tutulur.

Bir tıbbi araştırmada, beklenen katkı ne olursa olsun, denek için ciddi bir tehlike şüphesi doğduğunda araştırma durdurulur.

Araştırmanın giderleri deneğe, yakınlarına ya da sosyal güvenlik kurumuna yansıtılamaz.

Yayın Etiği

Madde 44-Hekim, araştırma verilerini değerlendirirken ve yayına hazırlarken bilimsel gerçekleri yansıtmalıdır. Çalışmaya fiilen katılmamış kişilerin adları o yayında yer alamaz. Kaynak göstermeden ve izin almadan başkalarına ait veriler, olgular ve yazılı eserler kullanılamaz.

YEDİNCİ BÖLÜM

(Çeşitli Hükümler)

Hüküm Bulunmayan Durumlar

Madde 45-Bu kurallarda yer almayan durumlarla karşılaşıldığında, hekim, genel etik ilkelere, ulusal düzenlemelere, uluslararası düzeydeki

bildirge ve sözleşme hükümlerine uyar.

Disiplin Kovuşturması

Madde 46-Hekimler bu kurallar bütünü hükümlerine aykırı davranışlarda bulduklarında, 6023 Sayılı Türk Tabipleri Birliği Yasası'na göre tabip odaları yönetim kurulları tarafından onur kurullarına sevk edilirler. Hekimlerin disiplin soruşturmasına uğraması, haklarında ayrıca hukuki veya cezai takibat yapılmasına engel değildir.

Yürürlük

Madde 47-Bu kurallar bütünü Türk Tabipleri Birliği Büyük Kongresi'nde kabul edilip, Türk Tabipleri Birliği yayın organlarından birinde yayımlandıktan bir ay sonra yürürlüğe girer ve Türk Tabipleri Birliği Merkez Konseyi ve tabip odaları tarafından yürütülür.