



YAŞAR ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ
YÜKSEK LİSANS TEZİ

HEKİMİN GÖREVİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇU
BAKIMINDAN CEZAI SORUMLULUĞU

GÖZDE HATİPOĞLU

Tez Danışmanı: Dr. Öğr. Üyesi Candide ŞENTÜRK

KAMU HUKUKU TEZLİ YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

SUNUM TARİHİ:16.07.2020

BORNOVA/İZMİR

TEMMUZ, 2020

ÖZ

HEKİMİN GÖREVİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇU BAKIMINDAN CEZAI SORUMLULUĞU

Gözde HATİPOĞLU

Yüksek Lisans Tezi, Kamu Hukuku Tezli Yüksek Lisans Programı

Danışman: Dr. Öğrt. Üyesi Candide ŞENTÜRK

2020

Sağlık hukukunun bir alt dalı olan tıp hukuku; her derece sağlık çalışanlarının, sağlık kurumlarının ve sağlık hizmeti alan vatandaşların hak, yükümlülük ve cezai sorumluluklarını ortaya koymaktadır. Ancak tıp hekimleri uygulama bakımından en fazla yükümlülük alan grubu oluşturmaktadır. Malpraktis olarak hukuk literatürüne giren tıbbi uygulama hatalarındaki cezai yükümlülüklerinin hastaların yaşam ve vücut bütünlüğünü koruma haklarına zarar verdiği durumlarda, tıbbi hizmet sunumu içerisinde bilinçli ya da bilinçsiz tıbbi mağduriyetler ortaya çıkmaktadır. Bu çalışma hekimlerin tıbbi uygulama hatası yaratmalarından kaynaklanan cezai yaptırımlarının içerisinde yer alan görevi kötüye kullanma suçu bakımından ele alınmaktadır. Bununla beraber, hekimlerin uyguladığı tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk koşulları da ayrı bir başlıkta ele alınmıştır. Ancak bu konuda özel hukuk ve idare hukuku gibi alanlar inceleme harici olarak bırakılmıştır.

Bu tez kapsamında; tıp hekimlerinin mesleki kusurlarından ötürü görevi kötüye kullanma suçuna yönelik düzenlemeler ve cezai sorumlulukları üç bölümde ele alınmış olup; birinci bölümde tıbbi müdahalenin hukuk düzenindeki yeri incelenmiş, ikinci bölümde ise görevi kötüye kullanma suçuna ilişkin kanun, kanun gerekçesi, yönetmelik ve Yargıtay içtihatlarının bazı durumlarda birbiriyle çeliştikleri ortaya çıkartılmış ve konuyla ilgili önemli hukuksal eksikliklere yer verilmiş, benzer suç tipleri kıyaslama yapılmış ve son bölümde de soruşturma usulleri, görevli ve yetkili mahkeme, yaptırım ve zamanaşımına yer verilmiştir. Bu çalışmada doktrinde yer alan farklı görüşlere yer verilerek mevzuat hükümlerinde yer alan belirsizliklere açıklamalar getirilmiş devamında mukayeseli hukukta karşılık gelen düzenlemelere ilişkin benzerlik ve farklılıklar ortaya konulmuştur.

Anahtar sözcükler: Hekim, Tıbbi Müdahale, Malpraktis, Görevi Kötüye Kullanma Suçu, Hekimin Cezai Sorumluluğu

ABSTRACT

CRIMINAL LIABILITY OF PHYSICIANS FOR THE CRIME OF MISCONDUCT

Gözde, HATIPOGLU

Master's program with thesis

Advisor: Asst. Prof.Dr. Candide SENTURK

2020

Medical law, a sub-branch of health law; It reveals the rights, obligations and criminal responsibilities of healthcare professionals, health institutions and citizens receiving health care services. However, medical practitioners constitute the group with the highest liability in terms of implementation. Conscious or unconscious medical grievances arise in the provision of medical services in cases where criminal obligations in medical practice errors, which enter the legal literature as malpractice, harm patients' right to protect life and body integrity. This study is dealt with in terms of crime of abuse of office, which is among the criminal sanctions resulting from physicians creating medical malpractice. However, the legal compliance conditions of the medical intervention applied by physicians are also discussed in a separate heading. However, areas such as private law and administrative law are left out of the investigation.

In this thesis; regulations and criminal responsibilities of medical physicians for the crime of misconduct due to their professional defects are discussed in three sections; In the first part, the place of medical intervention in the legal order has been examined, in the second part, the jurisprudence of the law, law justification, regulation and Supreme Court has been revealed that some contradictions have been found about crime of misconduct and important legal deficiencies have been included, compared with similar crime types and then in final part, investigation procedures, officers and the competent court, sanction and timeout. In this study, different explanations in the doctrine have been included and explanations have been made for the uncertainties in the provisions of the legislation.

Key words: Phycians, Medical Intervention, Malpractise, Misconduct, Criminal Liability of Phycians

TEŞEKKÜR

Tez çalıŐmasının planlanmasında, yazılmasın, yürütülmesinde ve tamamlanmasında ilgi ve desteğini esirgemeyen, engin bilgi birikimi ve tecrübelerinden yararlandığım, çalıŐmamı bilimsel temeller ışığında Őekillendiren, sayın hocam Dr. Öğrt. Üyesi Candide ŞENTÜRK'e teşekkürlerimi sunarım.

Gözde HATİPOĞLU

İzmir, 2020



YEMİN METNİ

Yüksek Lisans Tezi olarak sunmuş olduğum “*Hekimin Görevi Kötüye Kullanma Suçu Bakımından Cezai Sorumluluğu*” adlı çalışmanın, araştırma aşamasından tamamlanmasına kadar olan tüm süreçte, tarafımdan bilimsel ahlak, gelenek ve temellere uygun olarak yazıldığını ve yararlandığım eserlerin bibliyografyada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve onurumla doğrularım.

Ad Soyad

İMZA

TARİH

Göze HATİPOĞLU



16.07.2020

İÇİNDEKİLER

ÖZ	iii
ABSTRACT	iv
TEŞEKKÜR METNİ	v
YEMİN METNİ	vi
İÇİNDEKİLER	vii
KISALTMALAR	xi
GİRİŞ	11

BİRİNCİ BÖLÜM

TIBBİ MÜDAHALE KAVRAMI, TARİHSEL GELİŞİMİ, TÜRK HUKUKUNDA TIBBİ MÜDAHALENİN HUKUKA UYGUNLUK KOŞULLARI

§1. TIBBİ MÜDAHALENİN HUKUK DÜZENİNDEKİ YERİ	
I. TIBBİ MÜDAHALE KAVRAMI VE TARİHSEL GELİŞİMİ	
A. KAVRAM	14
B. TARİHSEL GELİŞİMİ	16
II. TEMEL HAKLAR ÇERÇEVESİNDE TIBBİ MÜDAHALE	
A. YAŞAM VE VÜCUT BÜTÜNLÜĞÜNÜ KORUMA HAKLARI	23
1. Açlık Grevleri ve Ölüm Oruçları	24
2.Ötanazi	31
3.Gebeliğin Sonlandırılması	39
B. SAĞLIK HAKKI	42
C. HASTANIN KENDİ KADERİNİ TAYİN HAKKI	45

§2.CEZA HUKUKUNDA TIBBİ MÜDAHALENİN TEMELLENDİRİLMESİ

TÜRK HUKUKUNDA TIBBİ MÜDAHALENİN HUKUKA UYGUNLUK KOŞULLARI

I. HEKİMLİK SIFATINA SAHİP OLUNMASI	48
-------------------------------------	----

A. HEKİMLİK KAVRAMI	48
B. TÜRK HUKUKUNA GÖRE HEKİMLİĞİN KAZANILMASI	49
C. YETKİLİ HEKİM KOŞULU BAKIMINDAN ÖZELLİK ARZ EDEN HALLER	51
1. Hekim Olmayan Kişinin Müdahalesi	51
2. Yabancı Hekimin Müdahalesi	51
3. Üstlenme Kusuru	52
II. TIBBİ GEREKLİLİĞİN BULUNMASI	53
III. HASTANIN AYDINLATILMIŞ RIZASI	55
A. GENEL OLARAK	55
B. AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ	59
C. AYDINLATMANIN KAPSAMI	61
D. RIZANIN ŞEKLİ	63
E. RIZA EHLİYETİ	65
F. VARSAYILAN RIZA	67
G. TIBBİ VASİYET (HASTA VASİYETİ)	69
H. RIZANIN ARANMADIĞI HALLER	71
IV. TIBBİ KURAL VE STANDARTLARA UYGUN ÖZENLİ MÜDAHALENİN GERÇEKLEŞMESİ	
A. GENEL OLARAK	72
B. İZİN VERİLEN RİSK (KOMPLİKASYON)	74
C. UYGULAMA HATASI (TIBBİ HATA - MALPRAKTİS)	75
1. Teşhis Hatası	76
2. Tedavi Hatası	77
3. Tedavi Sonrası Yükümlülüklerin İhlali	77

İKİNCİ BÖLÜM

HEKİMİN GÖREVİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇU BAKIMINDAN CEZAI SORUMLULUĞU, GÖREVİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇUNUN BENZER SUÇ TİPLERİ İLE KARŞILAŞTIRMASI

HEKİMİN CEZAI SORUMLULUĞU

I.	HEKİMİN GÖREVİ KÖTÜYE KULLANMA BAKIMINDAN CEZAI SORUMLULUĞU	80
A.	KORUNAN HUKUKSAL DEĞER	86
B.	SUÇUN MADDİ UNSURLARI	88
1.	Fail-Mağdur	88
2.	Maddi Konu	93
3.	Hareket, Netice ve Nedensellik Bağı	94
a.	Hareket	96
aa.	Suçun Görevin Gereklere Aykırı Hareket Etmesi Suretiyle İşlenmesi	96
bb.	Suçun Görevin Gereklere Yapmakta İhmali veya Gecikme Göstererek İşlenmesi	100
cc.	Suçun Çıkar Sağlanarak İşlenmesi	103
b.	Netice	105
aa.	Kişilerin Mağduriyetine Neden Olma	114
bb.	Kamu Açısından Bir Zararın Meydana Gelmesi	116
cc.	Kişilere Haksız Bir Menfaat Sağlamış Olma	119
c.	Nedensellik Bağlantısı	121
d.	Hekimin Görevi Kötüye Kullanma Suçları	122
C.	SUÇUN MANEVİ UNSURU	125
D.	HUKUKA AYKIRILIK UNSURU	131
E.	KUSURLULUĞU KALDIRAN VEYA ETKİLEYEN NEDENLER	135
F.	TEŞEBBÜS	143
G.	İŞTİRAK	146
H.	İÇTİMA	148
II.	GÖREVİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇUNUN BENZER SUÇ TİPLERİ İLE KARŞILAŞTIRMASI	
A.	ZİMMET SUÇU (TCK m.247)	154
B.	İRTİKAP SUÇU (TCK m.250)	157
C.	DENETİM GÖREVİNİN İHMALİ SUÇU (TCK m.251)	161
D.	RÜŞVET SUÇU (TCK m.252)	163
E.	KAMU GÖREVİNİN TERKİ VEYA YAPILMAMASI (TCK m.260)	166

F. KAMU GÖREVLİSİ TARAFINDAN İŞLENEN RESMİ BELGEDE SAHTECİLİK SUÇU (TCK m.204/2)	168
---	-----

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMA USULÜ, GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME, YAPTIRIM, ZAMANAŞIMI

I. SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMA USULÜ	171
II. GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME	177
III. YAPTIRIM	178
IV. ZAMANAŞIMI	179
SONUÇ	181
KAYNAKÇA	183

KISALTMALAR

AİHM: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

AİHS: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

AÜHFD: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

ATK: Adli Tıp Kurumu

AY: Anayasa

AYM: Anayasa Mahkemesi

CK: Ceza Kanunu

CMK: Ceza Muhakemesi Kanunu

CvGTİHK: Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun

ÇKK: Çocuk Koruma Kanunu

D: Danıştay

DEÜHFD: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

ESKHS: Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi

HHY: Hasta Hakları Yönetmeliği

İHEB : İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi

KHK: Kanun Hükmünde Kararname

MÜHF-HAD: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi-Hukuk Araştırmaları Dergisi

MSHS: Medeni ve Sivil Hakları Sözleşmesi

NPHK: Nüfus Planlaması Hakkında Kanun

TBB: Türkiye Barolar Birliği

TCK: Türk Ceza Kanunu

TMK: Türk Medeni Kanunu

TSK: Türk Silahlı Kuvvetleri

TŞSTİDK: Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun

TOHAV: Toplum ve Hukuk Araştırmaları Vakfı

TTB: Türk Tabipler Birliği

TTBK: Türk Tabipler Birliği Kanunu

Y: Yargıtay

YCGK: Yargıtay Ceza Genel Kurulu

YSS: Yüksek Sağlık Şurası

GİRİŞ

Tıp bilimi; insanın fiziki veya psikolojik olarak sahip olduğu hastalık halinin giderilebilmesi için insan hayatının önemli parçalarından biridir. Sağlık hukukunun bir alt dalı olan tıp hukuku; her derece sağlık çalışanlarının, sağlık kurumlarının ve sağlık hizmeti alan vatandaşların hak, yükümlülük ve cezai sorumluluklarını ortaya koymaktadır. Tıp biliminin en önemli uygulayıcılarından biri olan hekimler; gerçekleştirmiş oldukları tıbbi müdahaleler aracılığıyla başta kişinin yaşam ve vücut bütünlüğü hakları olmak üzere devlet tarafından koruma altına alınan birçok hakka yönelik doğrudan etkileri bulunmaktadır. Tıp biliminin icrası insan hayatı ve sağlığının korunması açısından büyük bir değere sahip olduğundan, devlet tarafından getirilen birçok yasal düzenlemenin yanı sıra, tıp mesleğinin uygulamasından kaynaklanan ve hekimlerin uymakla yükümlü olduğu düzenlemelere de yer verilerek öncelikle birey devamında ise toplum sağlığının korunması öngörülmüştür.

Sağlık hukukuna yönelik düzenlemeler, dünyadaki modern toplumlarda olduğu gibi Türkiye’de 1961 Anayasası 49 ve 53. maddesinde devamında ise 1982 Anayasası’nın 56’nci maddesinde yer verilmiştir. Sonradan kabul edilen doğrudan ya da dolaylı kanun, yönetmelik ve tüzüklerde hem yükümlülük hem de cezai sorumluluklar olarak tanımlanmıştır.

Görevi kötüye kullanma suçu; kamu görevlisi tarafından işlenebilen bir suç olup, devletin sağladığı sağlık hizmetinde hekimler tarafından işlenebilen bir suç tipidir. Hekimlerin, sahip oldukları yükümlülüklerle aykırı olarak gerçekleştirdikleri veya gerçekleştirmeyi ihmal ettiği görevleri sebebiyle toplumun zarar görmesini engellemek amacıyla ilgili yasal düzenlemeye yer verilmiştir. Bu düzenlemelerde sağlık hukukunun en önemli uygulayıcısı tıp hekimleri olup, tıbbi hizmet verme bakımından en fazla yükümlülük alan grubu oluşturmaktadırlar. Malpraktis olarak hukuk literatürüne giren tıbbi uygulama hatalarındaki cezai yükümlülüklerinin hastaların yaşam ve vücut bütünlüğünü koruma haklarına zarar verdiği durumlarda, tıbbi hizmet sunumu içerisinde bilinçli ya da bilinçsiz tıbbi mağduriyetler ortaya çıkmaktadır. Bu yüzden, hekimlerin tıbbi uygulama hatası yaratmalarından kaynaklanan cezai yaptırımlarının içerisinde yer alan görevi kötüye kullanma suçu büyük önem taşımaktadır ve bu durum birçok tez ve kitap konusu olmaktadır.

İlk olarak 1992 yılında Dünya Tabipler Birliği'nin 44.Genel Kurulu'nda “*hekimin tedavi sırasında standart uygulamayı yapmaması, beceri eksikliği veya hastaya tedavi vermemesi ile oluşan zarar*” olarak tanımlanmıştır¹. İç hukukumuzda baktığımızda ise, malpraktis Türk Tabipler Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kurallarının 13'üncü maddesinde; bilgisizlik, deneyimsizlik ya da ilgisizlik nedeniyle hastanın zarar görmesi şeklinde tanımlanmıştır. Bununla birlikte 25.07.2002 tarihinde “*Tıbbi Hizmetlerin Kötü Uygulamasından Doğan Sorumluluk Yasa Tasarısı*” Bakanlar Kurulu'nda imzalanarak TBMM'ye iletilmesine rağmen, tasarı hakkında çalışmalar neticeye bağlanmamıştır. Ancak kanun tasarının 3'üncü maddesinde ise tıbbi kötü uygulama kavramı; “*..sağlık personelinin kasıt veya kusur veya ihmâl ile standart uygulamayı yapmaması, bilgi veya beceri eksikliği ile yanlış veya eksik teşhiste bulunması veya yanlış tedavi uygulaması veya hastaya tedavi vermemesi ile oluşan ve zarar meydana getiren fiil ve durum..*” olarak tanımlanmıştır.

Görüldüğü üzere, malpraktisin veya diğer adıyla tıbbi uygulama hatasının birçok yönleri farklı bakış açılarında incelenerek eserler ortaya konulmuştur. Ancak tüm bu çalışmalar içerisinde malpraktis nedeniyle hekimin görevi kötüye kullanma suçu bakımından cezai yaptırımlarının kapsamlı ve karşılaştırmalı olarak ele alınmadığı tespit edilmiştir. Bu yüzden, bu tez çalışması yüzeysel incelenen bu konunun günümüzde hastanelerde kamu görevlisi olarak görev yapan tıp hekimlerinin uygulamalarında büyük önem arz etmeye başladığından bu konuda detaylı incelemeye ihtiyaç duyulmaktadır.

Bu tez kapsamında hekimin görevi kötüye kullanma suçu bakımından cezai sorumluluğu üç bölümde incelenmiştir; birinci bölümde hekimin gerçekleştirmiş olduğu tıbbi müdahalenin hukuk düzenindeki yerinden yola çıkılarak ceza hukuku açısından kuramsal temellendirmesi yapılmaktadır. İlk bölümde tıbbi müdahale ilgili; kavramsal, tarihsel gelişim ve tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk koşullarına yer verilerek hekimin cezai sorumluluğunun günümüz koşullarına geçişi aktarılmıştır. İkinci bölümde ise görevi kötüye kullanma suçunun oluşabilmesi için aranan unsurlar incelenerek hekimin cezai sorumluluğunun oluşabileceği durumu; gerek Türk hukuku gerekse mukayeseli hukuk bakımından karşılaştırma yapılarak, yargısal

¹ Dünya Tabipler Birliği “Mal praktice” Bildiri (<http://www.ttb.org.tr/td/td59/597.html>), Erişim Tarihi: 27.10.2019)

kararlar ile somut olaylar, genel bir suç tipi olarak düzenlenen görevi kötüye kullanma suçunun özel nitelikli suçlar ile olan benzerlik ve farklılıkları değerlendirilmiştir. Son bölümde ise; soruşturma ve kovuşturma usulleri, görevli ve yetkili mahkeme, yaptırım ve zamanaşımına ilişkin açıklamalara yer verilmiştir.



BİRİNCİ BÖLÜM

TIBBİ MÜDAHALE KAVRAMI, TARİHSEL GELİŞİMİ, TÜRK HUKUKUNDA TIBBİ MÜDAHALENİN HUKUKA UYGUNLUK KOŞULLARI

§1.TIBBİ MÜDAHALENİN HUKUK DÜZENİNDEKİ YERİ

I. TIBBİ MÜDAHALE KAVRAMI VE TARİHSEL GELİŞİMİ

A. KAVRAM

Tıbbi müdahale; tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından bir diğer deyişle hekim tarafından yapılan tanı ve teşhis üzerine tespit edilen hastalıkların tedavisinin yapılması veya önlenmesi amacıyla hastanın vücut bütünlüğüne yönelik gerçekleştirilen her türlü müdahale olarak ifade edilebilir². Yapılan müdahale ile hedeflenen iyileştirme hali yalnızca mevcut veya beklenen fiziksel rahatsızlıkla sınırlı olmamış, gerektiğinde ruhsal rahatsızlığın da giderilmesini içermektedir.

Başka bir ifade ile, kişilerin bedensel veya ruhsal rahatsızlıklarını, noksanlığı teşhis ve tedavi etmek, bu mümkün olmadığı takdirde ise tedavi sürecinin insani yaşam koşullarına uygun bir şekilde sürdürebilmesi için gereken medikal yardımda bulunmak suretiyle acıların dindirilmesini sağlamak, korunma amaçlı müdahalelerde bulunmak, ilaç yazılması, tahlillerin yapılması gibi; müdahalelerin tıp mesleğini yerine getirmeye kanunen yetkili kişiler tarafından tıp bilimine kabul görmüş kural ve esaslara uygun bir şekilde gerçekleşmesini içeren en basit teşhis işlemlerinden en ağır cerrahi müdahalelere kadar her türlü faaliyet bu kapsama girmektedir³. Aynı zamanda tedavi amacı dışında, nüfus planlaması (gebeliğin sonlandırılması, sterilizasyon), tıbbi deney, estetik müdahale gibi bir dizi özel müdahale tipi de tıbbi müdahale kavramının içerisinde değerlendirilir.

Hekimler “*tıbbi müdahale*” kapsamında kişilerin vücut bütünlüklerine yönelik müdahalede bulunmaktadır. Söz konusu müdahalelerin belli şartları taşınması durumunda hukuka uygun hale geldiğini, aksi bir durumda müdahalenin anayasal

² KEYMAN, Selahattin; “*Hekimin Cezaî Sorumluluğu*”, AÜHFD, C.XXXV, Sy:1-4, 1978, syf:58; DEMİR, Simge, “*Kamu Görevlisi Hekimlerin Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Sorumluluğu*”, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Haziran 2018, syf:34

³ HAKERİ, Hakan; “*Tıp Hukuku*”, Seçkin Yayınevi, 19.baskı, Ankara, Şubat, 2020, syf:32

hükümlerin ihlali sonucunu doğurduğunu, yapılan müdahale neticesinde hekimin sorumluluğunun doğabileceği belirtilmiştir.

AY'nin 17/2'inci fıkrası gereğince, *“kişinin vücut bütünlüğü ve sağlığı üzerindeki haklarının temel haklardan biri olduğunu belirterek, tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı ve rızası olmaksızın bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamayacağı”* hükme bağlanmıştır.

Bu açıklamalardan hareketle, bir girişimin tıbbi müdahalenin meşru olabilmesi için dört şartın varlığı aranmaktadır⁴.

İlk olarak müdahalenin tıbbi müdahaleyi yapmaya yetkili bir kimse tarafından gerçekleştirilmesi gerekmektedir. 1219 Sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'da hukuka uygun bir şekilde tıbbi müdahalede bulunabilecek kişiler; birinci fasılın 3'üncü maddesinde hekimler, ikinci fasılın 29'uncu maddesinde diş hekimleri, üçüncü fasılın 47'inci maddesinde ebeler başta olmak üzere sünnet yapan kişiler, hemşeriler gibi sağlık personelinin sınırlı sayıda belirterek yetkili kişiler arasında saymıştır.

İkinci şart olarak ise, yapılan müdahalenin hastanın tedavi edilmesi ve rahatsızlığın önlenmesi amacıyla uygun olarak tıp bilimine uygun yani özenli bir şekilde gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

Üçüncü şart ise, hekim tarafından müdahalenin gerçekleştirilmesinde tıbbi endikasyon adı verilen, ruhsal veya fiziksel olarak iyileştirme amacının olması ve son olarak ise; yapılan müdahale hakkında hastanın konuyla ilgili aydınlatılarak edindiği bilgiler doğrultusunda müdahalenin gerçekleştirilmesine yönelik hukuka uygun bir rızanın varlığıdır. Zira hastanın kendi vücudu üzerindeki hakları, TMK'da yer bulan kişilik haklarını ifade etmektedir. Bu sebeple doğrudan hasta üzerine yapılacak bir müdahale için istisnai haller hariç tutulmak üzere (örn; küçüğe yönelik müdahalelerde veli veya vasinin izninin arandığı durumlar) bizzat hasta tarafından rıza gösterilmesi hukuka uygunluk sebebini gündeme getirebilmektedir. Bu rıza, hem özel hukuk hem de ceza hukuku bakımından önem arz eden bir hukuka uygunluk sebebidir.

⁴ HAKERİ, syf:109

B. TARİHSEL GELİŞİMİ

Mezopotamya-Mısır-Hint Medeniyetleri incelendiğinde hekimlerin sorumluluklarına ilişkin düzenlemeler tıbbın gelişimi ile paralel bir yol izlemektedir⁵. Zaman içerisinde mevcut zamanın koşullarına göre kabul edilen gerçeklikler; tıp ve hekimin sorumluluğuna ilişkin düzenlemeleri hızla oluştururken kimi zaman ise gelenen noktadan daha geriye düşmesine neden olabilecek toplumsal durumlarda yaşanmıştır.

Bu sebeple tıbbi müdahaleden doğan sorumluluğun tarihsel gelişimi Önyasya Medeniyetlerinde 3 temel başlık altında incelenebilir.

İlk başta rahiplerin hakim olduğu bir diğer deyişle dini toplumlarda; hastalığın, tedavinin ve nihayetinde tıbbi müdahale neticesinin ilahi kaynaklı olarak gerçekleştiği düşüncesi kabul edilmiş, tedavi yöntemi olarak büyü kabul edilmiş dolayısıyla olumsuz sonuçlanan bir tedavi neticesinde tabip veya rahibin sorumluluğunun bulunmayacağı düşüncesi kabul edilmiştir.

Sonraki dönemlerde, savaşçı toplumlarda özellikle kullanılan bıçak veya diğer keskin aletler yardımıyla gerçekleştirilen cerrahi tedavi yöntemi benimsenmiştir. Ancak bu yöntemde yapılan müdahalenin taşıdığı riskler göz önünde tutulduğunda tabiplerin mesleki bilginin kötüye kullanılmasını önlemek amacıyla kısas anlayışına dayalı cezalandırılma sistemini kabul edilmiştir.

Son olarak ise, din adamları veya halk tarafından sihirbaz olarak isimlendirilen kişiler tarafından yapılan şifalı otlardan üretilen ilaçlar veya izlenen müdahale yöntemi ile yapılan tıbbi müdahaleler neticesinde hastaların iyileştirememesi halinde veya ihmal ile bir zararın oluştuğu zaman bu kişilerin sorumluluklarının olduğu belirtilmiştir. Ancak gelişen zaman içerisinde gerçekleştirilen tıbbi müdahaleler neticesinde kişilerde oluşan zararın giderilmesi amacıyla müdahalede bulunan kişinin sorumluluğunun bulunması gerektiği fikri birçok farklı medeniyet tarafından ele alınmıştır. Günümüze ulaşan bir kısım belgelere göre ise; hekimlik, mesleki sorumluluğa ve tıp etiğine ilişkin kuralların yer aldığı görülmektedir.

-Mezopotamya Medeniyeti:

Hekimlerin yaptıkları tıbbi müdahaleden doğan sorumluluklarına ve hekimlik ücretlerine ilişkin ulaşılan en eski tarihe sahip olan kurallar Hammurabi Kanunlarında yer almaktadır. Bu kanunlarda doğrudan tıp mesleğine hizmet eden

⁵ DİZDAR, Emre, “*Hekimlerin Cezai Sorumluluğu*”, Adalet Yayınevi, Ankara, Şubat, 2019, syf:4-57

hekimlerle ilgili maddeler bulunmamaktadır. Ancak tıp alanı dışında hizmet ettiği kabul edilen cerrahların çalışmalarının, bazı maddelere göre cezalandırılması kabul edilmiştir.

Bu kanuna göre başarısız olan cerrahların kısas usulüne göre cezalandırılması gerekmektedir. Bunun nedeni ise bünyesinde riskleri içeren müdahalelerde, mesleki bilginin kötüye kullanılmasının önüne geçmektedir. Bu dönemin hukuk anlayışı içerisinde hekimin faaliyeti ile zarar doğurucu sonuç arasındaki bağlantı sorumluluk için esas alınmış, ancak kusurlu olup olmadığı konusu üzerinde durulmamıştır⁶.

Hammurabi Kanunlarında konu ile ilgili olabilecek bazı maddeler⁷ incelendiğinde, müdahalenin köleye veya asil bir kişiye yönelik gerçekleşmesi neticesinde hem hekimlik ücreti hem de cezai sorumluluk bakımından farklılıklar göstermektedir. Şöyle ki, hukuki statüsü mal olarak kabul edilen kölelere zarar verme neticesinde verilen zarar maddi bir tazminat ile giderilirken, asil bir kişiye verilen zarar neticesinde cerrahın bileklerinin kesilmesine neden olacak düzeyde bir kısas usulü benimsenmiş bir haldedir.

Cerrahlar için bu kadar detaylı düzenlemelerin bulunması, zamanın koşulları ve elde bulunan araçların sınırlı olmasının yanı sıra anestezi vb. gibi uyuşturucu ilaçların da bulunmaması göz önünde tutulduğunda başta adaletsiz bir tutum olarak değerlendirilse bile riskli ameliyatlara neticesinde elde ettikleri maddi değer o zamanın para birimine göre yüksek bir miktardır. Ayrıca bahsi geçen cezalandırmaların gerçekleşebilmesi için cerrahın yaptığı hatanın dikkatsizlik ve ihmalden kaynaklandığı kesin olduğunun mahkemeler tarafından tespit edilen vakalar için mümkün olabilmektedir. Bu şekilde hedeflenen amaç; bünyesinde büyük riskler barındırılan operasyonlarda cerrahların işlemlerinin daha dikkatli bir şekilde gerçekleşmesini sağlayabilmektir.

⁶ SOMER, Pervin, “Roma Hukukunda Hekimin Sorumluluğu” Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi-Hukuk Araştırmaları Dergisi (MÜHF-HAD), Cilt:14, Sayı:4, 2008, syf:134

⁷ Madde 215-7: Bir cerrah, asil sınıftan ağır yaralı birini bronz neşteriyle ameliyat edip hayatını kurtarırsa veya hastanın alnını veya şakağını bronz neşteriyle açıp iyileştirirse 10 Şekel gümüş alacaktır. Aynı işlemleri orta sınıftan birine yaparsa 5 Şekel, köyle yaparsa sahibinden 2 Şekel gümüş alacaktır.

Madde 218-20; Bir cerrah, asil sınıftan birini tedavi ederken ölümüne sebep olursa veya göz bölgesini neşteriyle açıp tedavi ederken gözünü kör ederse elleri bileklerinden kesilecektir. Aynı ameliyatı köleye yaparken köle ölürse sahibine yeni bir köle verecek, gözü kör olursa kölenin yarı değeri kadar gümüşü sahibine ödeyecektir.

Madde 221-3: Bir cerrah, asil sınıftan birinin kırık kemiğini, hasta damarlarını, adalelerini iyileştirirse 5 Şekel gümüş alacaktır. Aynı işlemleri orta sınıftan birine yaparsa 3 Şekel, köleye yaparsa sahibinden 2 Şekel gümüş alacaktır.

-Mısır Medeniyeti:

Eski Mısır Medeniyetinde Hammurabi Kanunlarında kabul edilen aksine, özel cezalandırma sebepleri açıkça düzenlenmemiştir. Hekimlerin sorumluluk değerlendirmesi, ihmal ve zarar verme durumuna bakılmaksızın hastanın ölümüne bağlı olarak yapılmıştır. Hekimlerin yapmış olduğu tıbbi müdahale neticesinde hastanın ölmesi durumunda sorumlu tutulabilmesi için aranan tek bir kıstas vardır. Buna göre, eğer hekim hastasının tedavi ederken tıp kitaplarında yer alan bilgileri uygulamak suretiyle hastanın ölümüne sebep verirse bu durumda sorumlu olmamaktadır. Ancak hekim tedavi yöntemini şahsi bilgi ve becerileri çerçevesinde belirler ve nihayetinde hasta ölürse, hekim bu hatasından dolayı kısas yöntemi ile ölümlü cezalandırılmaktadır. Böylelikle tıp kurallarının ilk defa yazılı hale getirilmesini ve bunlara uyma zorunluluğunun konulması Mısır Medeniyeti'nde görülmektedir.⁸

-Hint Medeniyeti:

M.Ö. 200 ila M.S. 200 yıllarında yürürlükte olan Manu ve Zoroastre kanunlarında hekimlik mesleğinde sorumluluğa ilişkin hükümler yer almaktadır. Sorumluluğun temelini ise; kötü niyet veya dikkatsizlik şeklinde ifade edilen kusurluluk hali oluşturmaktadır.

M.Ö. 100 yılına kadar geçen sürede kullanılan Hindistan Kanunları içinde yer alan Manu hükümlerine göre, hekim tarafından sahip olunan yetkilerin tıbbi gereklere aykırı veya kötü niyetli bir şekilde kullanılması durumunda, para cezası ile eylem cezalandırılmaktaydı. M.Ö. 100 ila M.S. 200 arasında ise yürürlükte bulunan Zoroastre Kanunu'nda ise, hekimin mesleki yetersizliğinin tespit edilmesi halinde, bilgi ve beceri eksikliğine rağmen hekimlik mesleğini yapmayı sürdürmesi durumunda, hekimin parçalanarak öldürülmesine ilişkin hüküm yer almaktaydı⁹.

Sahip olunan mesleki bilgi ve becerinin yetersiz olduğu veya yetkinin kötüye kullanıldığına ilişkin durumların yani mesleki kusurun varlığının tespiti için hekimlerden oluşan bir jüri tarafından hekim hakkında karar verilmesi gerekmektedir. Olayın özelliklerine göre ve hekimin bilgi ve imkanlarına göre yapılan değerlendirme neticesinde, tedavi sırasında ihmal veya kötüye kullanmanın varlığına kanaat getirildiğinde, hekim ilk olarak uyarı mahiyeti taşıyan para cezası ile

⁸ SOMER, syf:134

⁹ BAYAT, Ali Haydar; "Tıp Tarihi" 3.baskı, İstanbul, Mayıs 2016, syf:93

cezalandırılırdı. Fakat hekim tarafından kusurluluk halinin tekrar edilmesi durumunda hekim hakkında ölüm cezasına varacak mahiyette cezalandırma yapılabilirdi. Böylelikle hekimin cezai sorumluluğuna başvurabilmesi için kusurun varlığını arayan ilk medeniyet Hintliler olmuştur.

-Yunan Medeniyeti:

M.Ö. 5 yüzyılda bir bütün olarak gelişen tıp, felsefeden ayrılarak Hipokrates'in etkisi ile bilimsel tıp dönemi başlamıştı. Ayrılma ile birlikte tıp, felsefe tarafından çerçevelenen belli kalıpları aşmış ve özellikle Kos Tıp Okulu ve Hipokrates'in düşünce akımından etkilenecek hekimliğin doğuştan gelen bir yaratıcılık olduğunu, meslek sanatının ise usta-çıraklık ilişkisi içerisinde daha iyi bir şekilde öğrenilebileceğini savunulmuştur.

Bu doğrultuda, hekimlik mesleği babadan oğula veya evlat edinilen kimseye aktarılan bilgiler çerçevesinde seçkin kişiler tarafından icra edilen bir meslek haline gelmişti. Kos Tıp Okulu hekimlik yeteneğinin özgürce ortaya çıkmasına elverişli bir ortam sağlayarak serbest düşünce akımına katkıda bulunmak istemiştir. Tıbbın babası olarak kabul edilen Hipokrates ayrıca hekimlik mesleğinin icrası ile ilgili yer verdiği özlü sözler ile birlikte mesleki etik kurallarının oluşmasına da katkı sağlamıştır. Böylelikle hekimin mesleğin icrası sırasında tıp biliminin kurallarına uymaması meslek etiğine aykırı ve kusurlu davranış olarak nitelendirilmesine neden olmuştur¹⁰.

Günümüzde tıp fakültelerinde ilk ders olarak öğretilen “*Hekimlikte esas hastaya zarar vermemektir.*” sözü bu dönemde oraya çıkmıştır. Bu şekilde hekimlik hayatına başlamadan evvel tıp öğrencileri tarafından “*Hipokrat Andı*” edilmesiyle birlikte geçmişten bu yana mesleğin yapısı gereğince kabul edilen ahlak kurallarının geleceğe taşınması da hedeflenmiştir. Bu dönemde tıbbi sorumluluğa ilişkin, ortaya çıkan zararın giderilmesi yerine cezai sorumluluk kabul edilmiş ve sorumluluğa ilişkin temel kurallar getirilmiştir¹¹.

-Roma Medeniyeti:

Roma döneminde, hekimlik mesleği başta köleler ve azatlılar olmak üzere çoğunluğu yabancılara ait olan kişiler tarafından icra edilirdi. Doğuştan özgür

¹⁰ BAYAT, Syf:114

¹¹ ÖZPINAR, Berna, “*Tıbbi Müdahalede Kötü Uygulamanın Hukuki Sonuçları*” Ankara Barosu Yayınları, 1.baskı, Ankara, 2007, syf:8

olan Roma vatandaşları tarafından hekimlik mesleğine küçümsenerek yaklaşılmaktaydı. Zira hekimlik mesleği Roma'nın geleneksel değerleri ile örtüşmemekteydi. Bu nedenle tıp ve hekimlik mesleği birçok dönemin önemli düşünürü tarafından ağır bir şekilde eleştirilmiştir.

Şöyle ki, Galenos gibi tıp yazarları, kasten yanlış tedavi ya da ihmalkârlıktan dolayı değil, mesleki yetersizliklerden dolayı hekimlerin sorumlu tutulması gerektiğini savunmuştur. Tıp yazarlarının görüşleri o dönem hekimlerin tercih edilmesi konusunda önemli bir etkidir, zira doktorların hataları en az ünleri kadar hızlı yayılabildiğinden, başarısız bir tedavi neticesinde yasal bir tazminat sözü konusu olmasa bile kamunun yaptırımını ile hekimin işine son verebilir güçteydi¹².

Dönemin şartları göz önünde tutulduğunda anatomi bilgisindeki eksikliklerin varlığı, anestetik ilaçların yeterli miktarda olmayışı ve cerrahi müdahale sırasında hızlı hareket edebilme baskısı altında olan hekimlerin müdahale sırasında tıbbi hatalarının bulunması kaçınılmaz bir sonuç olarak ortaya çıkmaktaydı.

Hipokrat döneminden bu yana hekimlere verilen nasihatlerden biri de, sağlık durumu ve tedavi yöntemi göz önüne alındığında başarısız sonuçlanabilecek müdahalelerde bulunmaktan kaçınmaları gerektiğidir. Zira hasta yakınlarının yaşamış olduğu ruhsal değişiklik içerisinde hekimlerin tıbbi uygulama hataları nedeniyle hekimlerin sorumluluğuna başvurması ve dolayısıyla hekimlerin mesleklerini icra edemez hale gelmesinin önüne geçilmek istenmiştir.

Hekimin sözleşmeden doğan sorumluluğu konusunda ise; hekimin özgür, köle veya azatlı olmasına göre sözleşmenin niteliği ve dolayısıyla da sorumluluk konusunda farklı sonuçlar ortaya çıkarmaktaydı. Sözleşmenin niteliği, hekimlik faaliyetini gerçekleştiren kişi köle ise locatio conductio operis(istisna akdi) veya rei(kira akdi), azatlı ise locatio conductio operis(istisna akdi) veya operarum(hizmet akdi), özgür doğan hekim ile hasta arasındaki ilişki mandotum (vekalet akdi)olarak kabul edilirdi.

Hekimin mesleki tecrübesizliği ve ihmali neticesinde tedavi sonlandırılmıyor veya hatalı tedavi sonucunda ölümün gerçekleşmesi durumunda hekimin verdiği zararlardan ötürü tazminat borcu ortaya çıkmaktaydı. Örneğin gerçekleşen bir ameliyat neticesinde köle ölürse son 1 yıl içindeki en yüksek değeri ile, köle sakatlanırsa son 30 gün içindeki en yüksek değer esas alınarak tazminat yoluna gidilmekteydi.

¹² SOMER, syf:139

Bununla birlikte, hekimin sorumluluğuna ilişkin kuralları düzenleyen Lex Aquilianın sorumluluğa *culpa lata*(ağır kusur- ağır ihmal) kavramına ilk defa yer vererek, hekimlik faaliyeti sırasında hekimden, *pater familias* başka bir ifade ile çok tedbirli bir aile babasından beklenebilecek tedbir ve özenin de aranması gerektiğine işaret edilmiştir. Böylelikle hekimin gerçekleştirdiği tıbbi müdahale ötürü sorumluluktan kurtulabilmesi için hekimin zarar verici davranıştan kaçınması yeterli olmayıp, zararı önleyici pozitif bir davranış gerçekleştirmesi gerektiği aranmıştır¹³.

Meslekte deneyimsizlik, bilgisizlik, dikkatsizlik şeklinde ortaya çıkan kusurlu hallerinde ise bu durumu ihmal olarak nitelendirmiştir. Böylelikle Roma Hukukunda ortaya çıkan kusurun ihmal/ağır ihmal olarak derecelendirilmesi tıbbi sorumluluğun temelini oluşturmuştur.

Hekimin cezai sorumluluğuna ilişkin düzenlemeler Lex Cornelia adlı kodeksinde kasten işlenen öldürme ve yaralama suçları içerisinde düzenlenmiştir. Örneğin; insan öldürmeye yönelen, insanlara zarar vermek için zehir veren, çocuk düşüren, kısırlaştıran, kötü sanatlarla yani sihir ve büyülerle insanı öldürmeye uğraşan veya zararlı ilaçlar satan hekim ölüme mahkum edilirdi¹⁴.

Ancak hastanın ölmesi veya yaralanması kasıtlı bir davranış yerine ihmal neticesinde gerçekleşirse örneğin, tedaviye uygun olmayan bir ilacın verilmesi suretiyle gerçekleşirse Lex Cornelia kurallarının uygulanmayacağı kabul edilmiştir.

Sonuç olarak gerek Lex Aquillia'da düzenlenen tazminat sorumluluğunda gerekse Lex Cornelia'da düzenlenen cezai sorumlulukta hekimler için gerçekleştirdiği tıbbi müdahalede kusurun varlığı aranmaktadır. Kusurun derecelendirilmesinin yapılması suretiyle bazı hallerde hekimin eyleminden ötürü sorumsuzluğuna da karar verilebilirdi.

Söz konusu bu durum sayesinde günümüz tıp hukukunda hekimin sorumluluğuna ilişkin önemli bir aşama kaydedilmiş olundu.

-İslam Medeniyeti:

İslam hukukçuları hekimin tıbbi uygulamasından kaynaklanan sorumluluğu haksız fiil ilkelerine göre belirlemeyi tercih etmişlerdi. Hekimin üstlenmiş olduğu yükümlülüğün ifasını, tıbbi müdahalenin tipik özellikleri göz önünde tutularak sorumluluk konusunda değerlendirme yapılmıştır.

¹³ SOMER, Syf:15

¹⁴ SOMER, Syf:147-148

Sözleşme ile hekim, tıp ilminin teorik ve pratik kurallarına uygun bir şekilde hastayı muayene edip hastalığı teşhis etme, uygun tedavi yöntemini seçip uygulama ve özen gösterme yükümlülüğünü üstlenmiş olmaktadır. Örneğin yarayı gereğinden fazla açmak, uygun olmayan ilacı önermek gibi durumların gerçekleşmesi halinde hekim sözleşmeyi ihlal etmiş kabul edilirdi¹⁵.

Hekim tedavi süresince gereken tüm özeni gösterir ve mevcut koşullara göre alması gereken tüm tedbirleri almasına rağmen öngörülemez zararlar ortaya çıkarsa, bu durumda hekimin sorumluluğu bulunmamaktadır.

Tıbbın ve hukukun bugünkü haline geliş zaman içerisinde bahsedilen birçok medeniyet ve toplumun kabul ettiği düzenlemeler çerçevesinde şekillenmiştir. Günümüzde gerek ulusal gerekse uluslararası metinlerde kabul edilen ve korunan insan hakları çerçevesinde her bir bireyin sahip olduğu yaşama, sağlık, hasta hakları vb. düzenleme altına alınmış olup devletler tarafından belli yükümlülükler üstlenilmiştir. Çalışmamızın devamında bahsedilen kavram ve düzenlemelere ayrıca yer verileceğinden tıbbi müdahalenin tarihsel gelişimine ilişkin açıklamalarımıza bu noktada son vermiş bulunuyoruz.

II. TEMEL HAKLAR ÇERÇEVESİNDE TIBBİ MÜDAHALE

Tıbbi müdahale, kişinin bedensel ve ruhsal bütünlüğüne yönelik olmak üzere doğrudan kişinin temel haklarına yönelik gerçekleşen bir müdahaledir. Bu doğrultuda gerek ulusal gerekse uluslararası mevzuat gereğince koruma altına alınan birçok temel hakkı ilgilendiren bir durumdur. Bu sebeple sağlık görevlileri tarafından gerçekleştirilen müdahalenin insan sağlığı ve hukukun çizdiği sınırlar çerçevesinde gerçekleşmesi gerekir.

Çalışmamızın konusu hekimin tedavilerinde ortaya çıkan tıbbi hatalarından dolayı sorumluluğudur. Dolayısıyla hekim-hasta ilişkisinden kaynaklanan sorunların gündeme gelmesi, gelişen tıp ve somut koşullarda sorumluluğun ne yönde şekillenebileceğinin anlaşılabilmesi için insan hakları çerçevesinde bazı incelemeler yapılarak tıbbi müdahale değerlendirilecektir.

¹⁵VALİYEV, Aıvaz, “İslam Hukuku Açısından Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu” Selçuk Üniversitesi SBE Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalı- İslam Hukuku Bilim Dalı, Konya 2010, syf:17

A. YAŞAM VE VÜCUT BÜTÜNLÜĞÜNÜ KORUMA HAKKI BAKIMINDAN

Temel haklar; insanların doğuştan sahip olduğu, ayırım yapılmaksızın herkese eşit bir şekilde tanınan, bu bağlamda kişiliğine bağlı dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez hak ve özgürlüklerin bulunduğunu ifade eden hakların tümü olarak tanımlanabilir. Alman hukukçu Jellinek tarafından insan haklarına yönelik yapılan sınıflandırma içerisinde yaşama hakkı, koruyucu haklar içerisinde sayılmıştır. Yaşama hakkı, insanların yaşamını sürdürülmesini, maddi ve manevi varlığının korunmasını, devam ettirilmesini ve herhangi bir nedenle son verilmesini önlemeyi güvence altına alır¹⁶.

Yaşama müdahalenin hukuka uygun olarak sayılacağı haller AY m.17 ve AİHS m.2 maddelerinde sınırlı sayıda gösterilmiş olup, savaş veya olağanüstü haller haricinde bu hakka müdahale meşru kabul edilemeyeceğinden bu hak, mutlak bir hak olarak kabul edilmektedir. Bu şekilde kamusal makamlar tarafından öldürülmeme, yaşama yönelik tehlike ve risklere karşı yine kamusal otoriteler tarafından korunma hakkını da kapsamına almaktadır¹⁷.

AY m.17/1, AİHS m.2 ve BMMSHS m.6, İHEB m.3 insan yaşamının korunması konusunda temel bir hükme yer vermektedir¹⁸. Buna göre; bu hak o kadar üstündür ki, tüm hakların özünü ve varlık nedenini oluşturmaktadır. Herkesin yaşam hakkı gerek ulusal gerekse uluslararası mevzuat gereğince koruma altına alınmıştır. Devletin bu konuda sahip olduğu yükümlülükler ise; devletin bireyi “öldürmeme yükümlülüğü”, bireyin “yaşamını koruma yükümlülüğü”¹⁹, bireyin gerçekleşen “ölümünü soruşturma yükümlülüğü” olarak sayılabilmektedir²⁰.

¹⁶ DOĞMUŞ, Simay, “AİHS Işığında Devletlerin Yaşama Hakkına İlişkin Pozitif Yükümlülükleri”, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Eylül 2018, syf:26-37

¹⁷ Asiye Genç/Türkiye, AİHM 2.D., Başvuru No:24109/07, Karar Tarihi: 27.01.2015 “AİHM, prematüre olarak doğduktan sonra sağlık alım hizmetinin iyi organize edilmemesi nedeniyle bebeği ölen bir annenin başvurusunda devletin yaşam hakkını ihlal ettiğine hükmetmiştir. Mahkeme ‘Bir yandan gerekli acil tedavinin sağlanmamasına neden olan koşulları ve diğer yandan, bu bağlamda iç hukukta yürütülen soruşturmanın yetersizliğini göz önünde bulundurarak, Devletin, başvurusunun bebeği ile ilgili olarak, Sözleşme’nin 2.maddesinden ileri gelen yükümlülüklerini yerine getirmediği’ gerekçesiyle başvurucuya 65.000 Avro manevi tazminat ödenmesine karar vermiştir.” (TEZCAN, Durmuş/ ERDEM, Mustafa Ruhan/SANCAKDAR, Oğuz/ ÖNOK, R. Murat, “İnsan Hakları El Kitabı” Seçkin Yayıncılık, 8.baskı, Eylül, 2019, Ankara, syf:99)

¹⁸ DOĞMUŞ, syf:32; TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ ÖNOK, syf:91

¹⁹ “AİHM Büyük Dairesinin 31.1.2019 tarihli Fernandes de Oliveira/Portekiz kararında da yine intiharı önlemeye dair pozitif yükümlülükler, bu sefer sağlık kurumlarının işleyişi çerçevesinde, ele alınmıştır. Bu kararda da devletin “önleyici operasyonel tedbirler” alma yükümlülüğünün kapsamı üzerinde durulmuştur. Gönüllü olarak sağlık kurumuna yatan bir psikiyatri hastası açısından ilgili

Mevcut kanuni düzenlemelerin yanında yaşama hakkı, öğretide yaşamın başlaması ve sona erdirilmesi açısından değerlendirme konusu yapılmıştır. İlk olarak insan yaşamının sağlık ve bütünlük içerisinde başlamasını, devamında yaşam süresi boyunca sorunsuz bir şekilde ilerleyebilmesi için gerek fiziksel gerekse ruhsal sağlığının korunmasını sağlamayı hedeflemiştir. Ayrıca, kazanılmış olan yaşam hakkının kamusal kurumlar yanında bireyler tarafından da ihlal edilmemesini sağlamak için gerekli tedbirlerin alınmasını, nihayetinde insanın maddi-manevi bütünlüğünü yasal hükümlerde belirtilen istisnai haller dışında bir nedenle ihlal edilmemesini güvence altına alınması şeklinde tanımlanmıştır.

Yaşam hakkı kapsamında değerlendirilen ve hekimin görevi kötüye kullanma suçu bakımından cezai sorumluluğunu ilişkin özellik arz eden bazı tartışmalı hususlar bulunmaktadır. Bu hususlara ilişkin sorunların bulunmasının nedeni, bazı sosyal olaylarda hekimin ne gibi tavır takınabileceği veya sorumluluğa ilişkin kritik geçişlerinin bulunması devamında bu durumun mukayeseli hukuk göz önünde tutulduğunda farklı eleştirilere tabi tutulabilir olmasından kaynaklanmaktadır.

Bu konular; açlık grevi ve ölüm orucu, ötenazi, gebeliğin sonlandırılması bir başka ifade ile kürtaj olarak başlıklar şeklinde değerlendirilebilir.

1. Açlık Grevi ve Ölüm Oruçları

Açlık grevi ve ölüm oruçları, ağırlıklı olarak siyasi amaçla belirli bir olayı veya davranışı protesto etmek, bir görüşü savunmak, belirli istekleri kabul ettirmek ve bu doğrultuda karar alınması için başka hiçbir seçeneği olmayan insanlar tarafından yapılan başta toplumun devamında yetkililerin vicdanlarını etkilemek suretiyle gerçekleştirilen yemek yememe şeklinde gerçekleşen protesto biçimidir²¹.

makamların onu gerçek ve derhal gerçekleştirebilecek bir intihar riskine karşı korumak için makul önlemleri almakla yükümlü oldukları teyit edilmiştir. AİHM'in bu tür vakalarda hangi kıstasları dikkate alarak yükümlülüğünün varlığını kabul edildiği özetlenmiştir: akıl sağlığı sorunlarının tarihçesi ve sorunun vahameti, intihar düşüncelerinin veya tehditlerinin varlığı, fiziksel veya zihinsel sıkıntı emarelerinin varlığı dikkate alınmalıdır.” (TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ ÖNOK, syf:112)

²⁰ DOĞRU, Osman, “Yaşama Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-5” Avrupa Konseyi, Temmuz 2018, syf:4; TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ ÖNOK, syf:107

²¹FEYZİOĞLU, Metin, “Açlık Grevi” Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:43, Sayı:01, 1993, s:157-168; TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ ÖNOK, syf:710; DOĞMUŞ, syf:102; AYDIN, Aslı, “Açlık Grevlerine Yapılan Tıbbi Müdahaleler ve Türk Ceza Hukuku Açısından Bir Değerlendirme” (IV. Uluslararası Sağlık Hukuku Kongresi, Editörler: HANCI, İ. Hamit/ÜNVER, Yener) Seçkin Yayıncılık, 1.Baskı, Eylül, 2018, Ankara, syf:163; ÖZER ÖZBEK, Veli, “İnfaz Hukuku”, Seçkin Yayıncılık, 11.Baskı, Şubat, 2019, Ankara, syf:141; DEMİRBAŞ, Timur, “İnfaz Hukuku” (İnfaz), Seçkin Yayıncılık, 6.Baskı, Ağustos, 2019, Ankara, syf:231; TAŞKIN, Ahmet, “Açlık Grevleri ve Hak Arama Hürriyeti” AÜEHFD, C.VII, S.3-4, Aralık, 2003, syf:515; CENGİZ,

Bu eylemin gerçekleştirilmesi belli bir süreye bağlı olduğunda “açlık grevlerine”, süre kısıtlaması yapılmadığında ise yapılan grev “ölüm orucuna” dönüşmektedir. Ölüm gerçekleşinceye kadar sadece günlük insan vücudu için zorunlu görünen ve eylemin devam etmesini sağlayabilecek miktarlarda su, tuz ve şeker alımı haricinde hiçbir şey tüketilmemektedir²².

Açlık grevinde amaç “ölüm” olmasa bile, insan vücudunda yaratabileceği etkiler göz önünde tutulduğunda kalıcı hastalıklar veya ölümle sonlanabilmektedir. Bu durum hekimler için değerler çatışması oluşturabilir zira grev yapan kişinin gerçek niyetinin tespiti oldukça önemlidir²³.

Yaşama döndürebilmek için hekimler tarafından yapılabilecek bir müdahaleyi, eylem öncesinde grev yapacak olan kişiyi, uzun süre aç kalmanın bünyesinde yaratabileceği sağlık sorunlarını ve bunların sonuçlarına dair bilgilendirme neticesinde tedaviyi açık bir şekilde reddeden kişinin bilinci bozulduğunda hekimler açısından etik bir ikilem gündeme gelmektedir. Hekimler bu durumda ya grev yapan kişinin iradesiyle verdiği yaşama döndürmeme kararına bağlı kalarak bir müdahalede bulunmayacak ya da hastanın yararını önde tutarak grev yapan kişiyi yaşama döndürmeye çalışacaktır. Bir başka deyişle, hekim içinde bulunduğu değerler çatışması neticesinde ya kendi geleceğini belirleme hakkı kapsamında bireysel özerkliğe saygı ilkesine uygun olarak tıbbi müdahalede bulunmayacaktır ya da hasta yararına davranma ilkesine bağlı kalarak gerekli tıbbi müdahalede bulunarak hastanın yaşam hakkını koruyacaktır²⁴.

Serkan “Mahpusların Açlık Grevi ve Zorla Besleme Paradoksu Işığında Hekim Sorumluluğu”, TBB Dergisi, Sayı:88, 2010, syf:421; **SEVİNÇ**, Murat, “Bir İnsan Hakları Sorunu Olarak: Açlık Grevleri”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 57-1, syf:113; **BORAN**, Bedia, “Açlık Grevine/Ölüm Orucuna Müdahale Sorunu Tıbbi ve Hukuki Yaklaşım” Ankara Barosu Dergisi, Yıl:65, Sayı:3, Yaz 2007, syf:96; **ÖMEROĞLU**, Ömer, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında; Hükümlü, Tutuklu ve Gözaltındakilerin Açlık Grevi, Ölüm Orucu ve Müdahale Sorunu”, EÜHFED, C. XV, S. 3-4 (2011), syf:83-84

²² **ALTUN**, Gürcan/**UĞUR ALTUN**, Betül, “Açlık ve Açlık Grevlerinin Klinik, Etik ve Hukuki Açından Değerlendirilmesi” TTB Haberler, 2012; **DOĞMUŞ**, syf:101; **ÖZER ÖZBEK**, syf:142; **DEMİRBAŞ** (İnfaz), syf:231

²³ **AYDIN**, syf:167; **ÖZER ÖZBEK**, syf:142; **DEMİRBAŞ** (İnfaz), syf:232; **TAŞKIN**, syf:516; **BORAN**, syf:98

²⁴ **HAKERİ**, syf:205; “Yakın tarihli bir kararında ise, (5.4.2005 tarihli Nevmerzhtsky/Ukrayna kararı), AİHM zorla besleme meselesini ayrıntılı olarak ele alınmıştır. Karara yol açan olayda başvuru, 13.4.1998 tarihinde, sadece su tüketmek suretiyle açlık grevine başvurmuş ve 20.4.1998 tarihli üre analizi üzerine, 23.4.1998 itibarıyla zorla beslenmeye tabi tutulmuştur. 14.7.1998’de eylemine ara veren başvuru, Ekim 1998’den sonra buna devam etmiştir (par. 38). 1.12.1999’da açıklama yapan infaz kurumu doktoru, başvurunun zorla beslendiğini duyurmuştur (parag 39). Hükümete göre, 27.5.1997 ve 7.2.2000 arasında, başvuru, 61 kez doktorlar tarafından muayene edilmiş; bu sırada kendisinden bir çok hastalık bulgusuna rastlanmamıştır (par. 40 vd.).

Hekimlerin maruz kaldığı söz konusu etik ikileme ilişkin çözüm üretmek amacıyla, açlık grevi yapan kişinin tanımı içeren ve bu kişilere yönelik hekimler tarafından gerçekleştirilecek takip ve tedavinin ilkeleri hakkında 1991 tarihli Malta Bildirgesi²⁵ kabul edilmiştir. Bu bildireye göre; açlık grevi yapan kişiler, “*zihinsel olarak ehliyetli, açlık grevine kendi iradesiyle karar vermiş, bu nedenle belirli bir zaman için yiyecek ve/veya sıvı almayı reddeden kişi*” olarak tanımlanmıştır²⁶.

Hekimlerin ise, bildirmede yer alan tanıma uygun kişilere karşı yaklaşımına ilişkin ilkelere yer verilerek; örneğin tedavi edilmeseler bile savunmasız insanlara karşı hekimlerin tıbbi etik kurallarına uygun olarak profesyonel temasta bulunması gerektiğini, bunun yanı sıra hekimin kişisel özerkliğe de saygı göstermesi gerektiği belirtilmektedir.

Ayrıca hekim, grev yapan kişinin süreç boyunca zihinsel kapasitesini doğru bir şekilde değerlendirmelidir, zira algılama yeteneği olmayan bir kimsenin tedaviyi reddetmeye yönelik almış olduğu bir karar hukuken geçerli kabul edilmeyecektir. Ancak kesin olmayan durumlarda yeniden tarafsız şekilde bir değerlendirme yaparak açlık grevcisinin gerçek isteğinin bu yönde olup olmadığını tespit edilmeli ve sergilenen iradenin tehdit veya baskı altında alınmış bir karar olmadığına emin olunmalıdır. Aksi bir durumda gönülsüz verilen bu karar bağlayıcı olmayıp, gerekli tedavinin gerçekleşmesi için grevcinin açık veya örtülü iznini alarak suni beslenme yoluna başvurması etik bir davranış olarak kabul edilir. Çünkü hekim, tüm bilgi ve becerisini tedavisini üstlendiği kişinin yararına olacak bir şekilde başka ifadeyle onun iyiliğine ve devamında isteklerine saygı göstermek suretiyle kullanmalıdır²⁷.

Bu şekilde zihinsel açıdan yetkin insanları zorla tedavi etmek, açlık grevini sonlandırmaya zorlamak gibi anlayışla gerçekleştirilen hareketler, hekimlik

Başvurucunun 20.7.1998 tarihli tıbbi kurumda yatılı tedavi talebi reddedilmiş (par. 47), daha sonraki tedavisi de infaz kurumunda gerçekleştirilmiştir. Açlık grevini son olarak 5.10.1998-23.2.2000 arasında uygulayan başvuru, 5.8.1998-10.1.2000 tarihleri arasında, bir daha tıbbi muayeneye tabi tutulmamıştır (par. 50).” (TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK, syf:712); AYDIN, syf:194-197; ÖZER ÖZBEK, syf:142-144; DEMİRBAŞ (İnfaz), syf:233; CENGİZ, syf:428; SEVİNÇ, syf:116-117; BORAN, syf:100; ÖMEROĞLU, syf:93-104

²⁵TOHAV/Toplum ve Hukuk Araştırmaları Vakfı - Malta Bildirgesi (<http://www.tohav.org/malta-bildirgesi>, Erişim Tarihi: 7.9.2019)

²⁶TTB Haberler - “Dünya Tabipler Birliği Malta Bildirgesini güncelledi”,2017 (http://www.ttb.org.tr/haber_goster.php?Guid=dc62059a-b7f3-11e7-9b9a-3e055bbc9cd9, Erişim Tarihi: 8.9.2019); DOĞMUŞ, syf:102; AYDIN, syf:205-207; ÖZER ÖZBEK, syf:143; CENGİZ, syf:429; SEVİNÇ, syf:118; BORAN, syf:97-99; ÖMEROĞLU, syf:86

²⁷İNGİLİZ TABİPLER BİRLİĞİ (BMA), “*Medicine Betrayed/İhanete Uğrayan Tıp-Doktorların İnsan Hakları İhlallerine Karışması*”, Cep Kitapları AŞ, 1992; DEMİRBAŞ (İnfaz), syf:233; SEVİNÇ, syf:121-123; BORAN, syf:98

mesleğinde ilk öğretilen ilke olan “önce zarar verme” prensibiyle de bağdaşır bir yanı bulunmamaktadır²⁸. Zira bireyin, kendi sağlıklı iradesiyle almış olduğu kararlara, mahremiyetine hekimler tarafından saygı gösterilmesini isteme ve bunlara uygun davranılmasını beklemesi en doğal hakkıdır.

Malta Bildirgesi’nde, Dünya Tabipler Birliği tarafından 2017 yılında yapılan güncelleme ile “..açlık grevcisini; zorla besleme, rektal hidrasyon ve açlık grevcisini kelepçeleme, tecritte tutma, yatağa bağlama dahil olmak üzere herhangi bir kısıtlama ya da baskı uygulanmayacağı..” vurgulanmış olup, böylelikle korunması hedeflenen kişinin özerkliğine saygı gösterme yükümlülüğü uluslararası platformda somut bir dayanak edinmiş oldu²⁹.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin açlık grevlerine ilişkin olan uygulamasında ise; kişilerin kendi yaşamları üzerinde vermiş oldukları karar çerçevesinde kişi özerkliğine saygı gösterilmesi ve gerçekleştirilen eylem ile düşünceyi açıklama özgürlüğüne saygı gösterilmesi gerektiğinin belirtilmesi yanında, kişilerin yaşam hakkının korunmasına taraf devletler tarafından üstünlük tanınması gerektiği düşüncesindedir. Bu doğrultuda mahkeme bazı şartlar altında, hükümlü veya tutuklular tarafından gerçekleştirilen açlık grevi veya ölüm orucu çerçevesinde gözetimi altında bulunan kişilerin yaşam hakkının korunmasına ilişkin zorla beslenme gibi alınan tedbirlerin onur kırıcı ve insanlık dışı bir muamele olarak değerlendirmemiştir. Söz konusu şartlar, adli makamların bilgi ve denetimi altında gerçekleştirilen insan onuruna, sağlığına ve yaşamına zarar vermeyecek şekilde usulüne uygun bir şekilde uygulanacak olan zorla besleme yönteminin, hükümlü veya tutuklunun sağlık durumu için kaçınılmaz bir müdahale olarak başvurulmasının hekim raporu ile tespit edilmesi gerektiğidir³⁰.

²⁸ “19.6.2007 tarihli Ciarop/Moldova kararında da, açlık grevcisinin yaşamını kurtarmak amacıyla zorla beslenmesinin, ilke olarak, insanlık dışı ya da küçük düşürücü muamele sayılamayacağı vurgulanmıştır. Somut olayda ise, başvurucunun defalarca zorla beslenmesinin geçerli tıbbi sebeplere dayanmadığı, daha ziyade grevciyi eylemini durdurmaya zorlama amacı güttüğünü, gereksiz yere acı verici ve rezil edici şekilde uygulandığını tespit eden Mahkeme, bu muameleyi “işkence” olarak nitelendirilmiştir.”, “AİHM’in 21.7.2005 tarihli Rohde/Danimarka kararında vurgulandığı üzere, ulusal mevzuata göre açlık grevcisinin iradesinin saygı gösterilmesi gereken durumda dahi, devletin ilgiliye gerekli ve uygun sağlık hizmeti sunma yükümlülüğü devam edecektir (kararın 108. Ve 110.paragrafları).” (TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ ÖNOK, syf:715)

²⁹ **TTB Haberler-** “Dünya Tabipler Birliği Malta Bildirgesini güncelledi”,2017 (http://www.ttb.org.tr/haber_goster.php?Guid=dc62059a-b7f3-11e7-9b9a-3e055bbc9cd9, Erişim Tarihi: 8.9.2019)

³⁰ CASE OF EĞİLMEZ v. TURKEY, B.N:21798, T:10/11/2005 (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-121189>, E.T: 22.07.2020); CASE OF HOROZ v. TURKEY, B.N:1639/03, T.31/03/2009

İç mevzuatımız ise, Anayasamızda yer alan 13-14-17'inci maddeler incelendiğinde; devlet tarafından dokunulmaz, devredilmez ve vazgeçilmez bir hak olan yaşam hakkı ile birlikte maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı herkese tanınmıştır. Kişilerin maddi ve manevi varlığını korunması ve geliştirilmesi kapsamında kişilere kendi geleceklerini belirleme hakkı olarak tanınan rıza göstermedikleri müdahalelere tabi olmama özgürlüğüne sahip olunmasının yanında söz konusu temel hak ve özgürlüklerin yok edilmesine yönelik kötüye kullanılmaması da gerekmektedir. Bu doğrultuda, açlık grevleri kişilerin kendi geleceklerini belirleme hakkı yanında düşünceyi açıklama özgürlüğü kapsamında gerçekleştirilen bir eylem olmakla birlikte yaşam hakkına ciddi boyutta zarar verici niteliğinden ötürü söz konusu hakların kötüye kullanılması olarak değerlendirilmektedir³¹.

Söz konusu düzenleme haricinde, CvGTİHK 82'inci maddesinde hükümlüler tarafından belirli bir amaç çerçevesinde gerçekleştirilen düzenli olarak yiyecek veya içecek tüketiminin reddedilmesi durumunda, başta kurum hekimi devamında psiko-sosyal hizmet birimlerinde ki görevliler tarafından söz konusu eylemini vücut üzerinde ortaya çıkarabileceği fiziksel ve ruhsal etkileri konusunda yapılan bilgilendirme çerçevesinde söz konusu eylemden vazgeçmeleri konusunda ikna çalışmaları yürütülür. Hükümlünün eylemi sürdürme kararı üzerine kurum hekimi tarafından belirlenen rejim çerçevesinde beslenmelerine uygun ortamda başlanılır. Kurum hekimi tarafından alınan önlemlere ve beslenme rejimine rağmen hükümlünün bilincinin bozulması veya hayati tehlikesinin gündeme gelmesi durumunda, hükümlünün isteklerine bakılmaksızın, kurum veya derhal hastaneye sevkinin gerçekleştirilmesi suretiyle gerekli tıbbi müdahale bulunulması sağlanır. Bunun haricinde hükümlünün doğrudan sağlık veya yaşamını tehdit eden ciddi bir tehlike durumunun ortaya çıkması veya ceza infaz kurumunda bulunan diğer kişiler

(<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-91989>, E.T: 22.07.2020); CASE OF PEKER v. TURKEY, B.N:42136/06, T:12/04/2011 (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-104515>, E.T: 22.07.2020); CASE OF ROHDE v. DENMARK, B.N:69332/01, T:21/07/2005 (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-69794>, E.T: 22.07.2020); CASE OF HERCZEGFALVY v. AUSTRIA, B.N:10533/83, T.24/09/1992 (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-57781>, E.T: 22.07.2020); CASE OF ILIJKOV v. BULGARIA, B.N:33977/96, T.26/07/2001 (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-59613>, E.T: 22.07.2020); CASE OF NEVMERZHITSKY v. UKRAINE, B.N.54825/00, T.05/04/2005 (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-68715>, E.T: 22.07.2020); DOĞMUŞ, syf:105-107; AYDIN, syf:178-185; DEMİRBAŞ (İnfaz), syf:233-236; CENGİZ, syf:425-428; BORAN, syf:103; ÖMEROĞLU, syf:89-90

³¹ DOĞMUŞ, syf:107; AYDIN, syf:186; ÖZER ÖZBEK, syf:146; SEVİNÇ, syf:127-132; BORAN, syf:101; ÖMEROĞLU, syf:90

için böyle bir tehlikenin ortaya çıkması durumunda da kurum veya hastanede gerekli tıbbi müdahale işlemlerine başlatılır. Hükümlünün sağlığının korunmasına ve gerekli tıbbi tedaviye ilişkin söz konusu zorunlu tedbirler, kurum hekiminin tavsiye ve yönetimi altında veya hekimin tıbbi müdahalede gecikmesi neticesinde hükümlünün hayati riskinin oluşmasına izin vermeden doğrudan olmak suretiyle hükümlünün onurunu kırmayacak nitelikte gerçekleştirilmesi gerekmektedir³².

Son olarak ise, TCK'nın 298'inci maddesinde düzenlenen “*Hak kullanımı ve beslenmeyi engelleme*” başlığı altında, kurum hekimi tarafından hükümlünün sağlık durumunun ihtiyaç duyduğu tıbbi tanı ve tedavi işlemlerinin sağlanmasının engellenmesi, sonrasında hükümlü veya tutuklunun beslenmelerinin engellenmesi durumunda cezai yaptırımlar düzenleme altına alınmıştır. Bunlarla birlikte beslenmenin engellenmesi hallerinin başka hangi yolda olabileceğine ilişkin örneklere de yer verilerek; hükümlü veya tutukluların açlık grevi veya ölüm orucuna teşvik edilmesi, ikna edilmesi veya bu eylemi gerçekleştirmelerine yönelik talimatların verilmesi halleri sayılmıştır³³.

Açlık grevleri ve ölüm oruçları sürecinde hekimlerin cezai sorumluluğuna ilişkin mevcut kanuni düzenlemeler, kabul edilen bildirmede vurgulanan ilkeler neticesinde genel bir değerlendirme yapıldığında; hekim tarafından yapılması gereken eylem öncesinde eylemciye uzun süre aç kalmanın bünyesinde yaratabilecek sağlık sorunları ve devamında sonuçları hakkında kişinin anlayabileceği düzeyde bilgilendirme yapması gerekmektedir. Yapılan bilgilendirme neticesinde, tedavi edilmeme isteğinin açık bir şekilde eylemci tarafından ifade edilmesi gerekmektedir. Elbette ki hekim, eylem süreci boyunca kişinin algılama yeteneğinin bulunduğu denetlemeli, alınan kararın herhangi bir tehdit veya baskı altında olmaksızın bireyin iradesine dayalı olduğundan emin olabilmelidir.

Hekim tarafından alınan tedavinin açıkça reddedilmesi durumuna rağmen, eylemcinin bilincini yitirmesi ve sağlık sorunlarının yaşamı tehlikeye uğratacak bir boyuta gelmesi durumunda, hekimler açısından bireysel özerkliğe saygı ilkesi ile hasta yararına davranma ilkesi olmak üzere değerler çatışması gündeme gelmektedir.

³² DOĞMUŞ, syf:108; AYDIN, syf:176; ÖZER ÖZBEK, syf:145-149; DEMİRBAŞ (İnfaz), syf:235-236; CENGİZ, syf:436; BORAN, syf:102; ÖMEROĞLU, syf:92

³³ ÜNVER, Yener, “İftira, Suç Uydurma, Suç Üstlenme, Yalan Tanıklık ve Bilirkişilik, İnfaz Kurumlarından Kaçma”, Seçkin Yayıncılık, 5.Baskı, Mayıs 2019, Ankara, syf:669-674; DOĞMUŞ, syf:109; AYDIN, syf:180; ÖZER ÖZBEK, syf:144; DEMİRBAŞ (İnfaz), syf:235; BORAN, syf:101

Bu durumda hekimin davranışının hangi yönde olması gerektiğine ve farklı uygulamaların önüne geçebilmek amacıyla 1991 yılında Malta Bildirgesi ülkemiz tarafından kabul edilmiştir.

Bu bildireye göre; hekimler bahsi geçen konu hakkında etik ikilem yaşadığında eylemcinin bireysel özerkliğine saygı gösterme ilkesine bağlı kalması gerektiği vurgulanmıştır. Ancak eylemcinin iradesine bağlı kalarak hareket edildiğinde dahi, gerekli tıbbi tedavi olmasa bile hekim tarafından profesyonel temaslarda bulunarak eylem sürecinin tıbbın elverdiği ölçüde rahat geçmesine yardımcı olunması gerektiği belirtilmiştir.

Ancak iç hukukumuzda ise, CvGTİHK'in 82'inci maddesinde yer alan hükümlere göre, eylemci tarafından verilen tedaviyi reddetmeye yönelik irade, eylemcinin hayati tehlike yaşaması veya bilincinin bozulması durumuna kadar geçerliliğini koruyacak olup, bu süreçten sonra gerekli tıbbi müdahalenin uygulanması kurum hekiminin takdirine bağlı kalınarak kararlaştırılacaktır. Bu durum kabul edilen Bildirge ilkelerinin aksine, hekimler tarafından hastanın yararına davranma ilkesine bağlı kalınarak hareket edilmesini öngörmektedir.

Kanaatimizce, açlık grevi veya ölüm orucu sürecinde eylem yapan kişinin iradesine bağlı kalınarak hekimler tarafından tıbbi müdahalenin gerçekleştirilmemesi durumunda cezai sorumluluk gündeme gelmemelidir. Zira grev başlatılmadan evvel, eylem süreci hakkında yapılan bilgilendirmede, insan vücudunda gerçekleşmesi beklenen hem fiziksel hem de zihinsel muhtemel sağlık sorunları ve sonuçlar hakkında aydınlatılma yapılması suretiyle tedavinin reddedilmesine yönelik irade temin ediliyor. Dolayısıyla hür irade ile alınan ve belli amaçlar doğrultusunda bireyin kendi vücudu üzerinde almış olduğu karara hekim tarafından saygı gösterilmesini istemesi en doğal hakkıdır. Uzun süreli beslenmeme sonucunda, kişinin algılama yeteneğinin bozulması, hayati tehlikesi riskinin artması bu sürecin başından beri bilinen ve buna bağlı olarak kabul edilen doğal sonuçlar olup, alınan rızanın eylemcinin bilincinin yitirmesi durumunda dahi geçerliliğini korunması gerektiği ve buna bağlı olarak hekim tarafından tedavi edilmeme eyleminin hukuka uygun hale getiren bir unsur olduğunun kabulü gerekmektedir.

2. Ötanazi

Ötanazi, tıbben tedavisi olmadığı kabul edilen, kişiyi sürekli ve dayanılmaz acıların yanı sıra insan onuruyla bağdaşmayacak bir hal içerisinde bırakan, mevcut rahatsızlık ve iyileşememe durumunun yakınları ile kendisi tarafından bilinen, temyiz kudretine sahip olan kişinin vereceği hukuka uygun bir rıza veya iradesinin alınmadığı hallerde, kanuni temsilcinin izni ile tıbbi yardımın hekim tarafından kesilmesi ve/veya diğer tıbbi yollara başvurulması suretiyle “acısız” bir şekilde ölümün hekim tarafından gerçekleştirilmesidir³⁴. Hastanın iradesinin alınmadığı hallere tipik örnek durumlar olarak; 1)Hastanın bilincinin kapalı olması, 2)Temyiz kudretine hiç sahip olunmaması, 3)Yaşı sebebiyle böyle bir rızayı açıklamaya ehil olmaması, verilebilir.

Ötanazinin, öğretilerde birçok türde sınıflandırılmasına rağmen, her bir türü bu çalışmada ayrıca incelenmemiş olup, hekimin cezai sorumluluğu konusunda önem arz eden türleri olan; iradeye bağlı / irade dışı ötanazi, aktif / pasif ötanazi ve dolaylı ötanazi incelenmiştir.

-İradeye Bağlı Olan Ötanazi/ İrade Dışı Ötanazi

İradeye bağlı ötanazi, bilinci yerinde olan hastanın doğrudan verdiği talimat doğrultusunda veya bilinci kapalı olmasına rağmen önceden vermiş olduğu yazılı beyana dayalı olarak; temyiz kudretine sahip, reşit, hata, hile ve tehdit altında olmadan açıklanan iradeye dayalı olarak gerçekleştirilen ötanazidir. Elbette ki, iradeye bağlı ötanazinin bahsedilebilmesi için hukuka uygun bir şekilde alınan rızanın, algılama yeteneğine sahip bir kişi tarafından verilmiş olması, verilen rızanın anlam ve sonuçlarının anlaşılması da gerekmektedir³⁵.

³⁴ DEMİRÖRS, Özge/HIZAL, Sevinç Arslan, “Türk Ceza Hukuku Açısından Ötanazi (Euthanasia in Terms of Turkish Criminal Law)” Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 65(4), 2016, syf:1486; DOĞMUŞ, syf:84; GÖKCAN, syf:64; GÜLEL, İlhan, “Tıbbi Müdahaleye Rıza” Seçkin Yayıncılık,1.Baskı, Ocak, 2018, Ankara, syf:166; ÖZSARI, Berat, “Hollanda Hukukunda Ötanazi Düzenlemesi ve Türk Hukukunda Uygulanabilirliği Sorunu” Adalet Yayınevi, 1.Baskı, Şubat, 2017, Ankara, syf:27;ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ,(Genel), syf:330; DEMİRBAŞ, (Genel), syf:333; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, syf:191; ALAN AKCAN, Esra, “Ötanazi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:71, Sayı:1 (Prof. Dr. Füsun SOKULLU AKINCI’ya Armağan), 2013, syf:3; CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide/ÇAKMUT, Özlem, “Kişilere Karşı İşlenen Suçlar”, Beta Yayınları C:I, 3. Baskı, İstanbul, 2016, syf:31-32; HAKERİ, Hakan “Ceza Hukuku Genel Hükümler” Adalet Yayınları, 17.Baskı, Ankara, 2014, syf:302; ARTUK, Mehmet Emin/YENİDÜNYA, A. Caner, “Ötanazi”, DEÜHFD, Prof. Dr. Tuhan Tufan Yüce’ye Armağan, İzmir, 2001, syf:297-298

³⁵ DOĞMUŞ, syf:87; GÖKCAN, syf:65; ÖZSARI, syf:56; DEMİRBAŞ, (Genel), syf:334; ALAN AKCAN, syf:7; HAKERİ, syf:324; ARTUK/YENİDÜNYA, syf:301

İrade dışı ötanazide, hastanın mevcut fiziksel ve ruhsal halinin karar veremeyecek durumda olması, bir diğer ifade ile bilincinin kapalı olması, aldığı ilaçların etkisinde nörolojik anlamda sağlıklı bir iradenin oluşmaması, temyiz gücüne hiç sahip olmaması veya yaşı sebebiyle rıza veremiyor olması gibi nedenlerle varsayılan iradesinin ne yönde olduğunun saptanamadığı gibi durumlarda hasta yakınlarının veya mahkeme tarafından verilen karara dayalı olarak ötanazi işleminin gerçekleştirilmesidir³⁶.

-Aktif/Pasif Ötanazi

Bilindiği üzere hastaya yönelik hekim tarafından uygulanan yöntemler bakımından ötanazi; aktif ve pasif ötanazi olarak ikiye ayrılmaktadır.

Aktif ötanazinin gerçekleştiği durumları tipik bir örnek üzerinden açıklamak gerekirse; ötanazi uygulanacak hastaya bir hekim tarafından gerçekleştirilen olumlu bir eylemle tıbbi yoldan ölüm sonucunun sağlanması. Bu müdahale, hekimlik faaliyeti sırasında hastaya öldürücü etkisi olan bir ilacın iğne yapılarak verilmesi veya öldürücü dozda bir sıvının enjekte edilmesi şeklinde gerçekleştirilebilecek bir hareket olabilir³⁷. Bununla birlikte, ikinci olarak hekim tarafından hastayı yaşama bağlayan ve tedavi süreci boyunca uygulanan ilaç tedavisinin veya yaşam destek üniteleri gibi tıbbi destek sağlayan hayati gereksinimlerin sağlanmasının engellenmesi durumu da örnek gösterilebilir.

Pasif ötanazi ise, hekim tarafından ölümcül bir hastalığı bulunan hastanın yaşamı üzerinde önemli etkileri bulunan örneğin hayat desteğini sağlayan ilaç ve araçların desteğinin kesilmesi veya söz konusu tıbbi yardımın sağlanmasının bir müddet ihmal edilmesi ya da tedavinin hasta tarafından kabul edilmemesi suretiyle hekimin hareketsiz kalması sonucu, acısız ölümün gerçekleşmesinin hızlandırılması şeklinde tanımlanabilir. Bir diğer ifade ile hastanın hekim tarafından ölüme dolaylı davranışlarla terk edilmesidir³⁸.

³⁶BITON SERDAROĞLU, Erika, “Ötanazi-Ölme Hakkı (Euthanasia-Right to Die)” Cevdet Yavuz’a Armağan, syf:465; DOĞMUŞ, syf:88; GÖKCAN, syf:65; ÖZSARI, syf:61; DEMİRBAŞ, (Genel), syf:334; ALAN AKCAN, syf:8; ARTUK/YENİDÜNYA, syf:301

³⁷ ÖZEN, Muharrem/EKİCİ ŞAHİN, Meral, “Ötanazi” Ankara Barosu Dergisi, Yıl:68, Sayı:2010/4, syf:19, DOĞMUŞ, syf:86; GÖKCAN, syf:37; GÜLEL, syf:166; ÖZSARI, syf:40; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ, (Genel) syf:331; DEMİRBAŞ, (Genel), syf:334; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, syf:193; ALAN AKCAN, syf:6; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, syf:32; HAKERİ, syf:304; ÖZTÜRK, syf:582; ARTUK/YENİDÜNYA, syf:301

³⁸ DOĞMUŞ, syf:86; GÖKCAN, syf:69; GÜLEL, syf:166; ÖZSARI, syf:43; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ, (Genel), syf:331; DEMİRBAŞ, (Genel), syf:334;

Pasif ötanazide, özellik arz eden en önemli durum, hastalık nedeniyle hastanın ölmesinin beklenen bir sonuç olgusudur. Bir başka ifade ile hastalığın öngörülen sürecinde ölüm olayının gerçekleşmesinin zaten beklenen bir sonuç olmasıyla birlikte, hastanın beyin ölümü gerçekleşmemesinin karşın, hayati organların sağlıklı bir şekilde çalışmayı sürdürmesi (çoklu organ yetmezliği gibi), hastanın yaşamının devam edebilmesi için kesinlikle yaşam destek ünitelerine bağlı olarak hayatını sürdürmeye devam etmesi zorunda kalmasıdır. Bu yüzden, eğer hekimin doğrudan eylemi ile birlikte hasta ölümü gerçekleşirse bu davranış aktif ötanazi olarak değerlendirilirken, hekimin hasta için yaşamını devam ettirebilecek davranışların gerçekleştirilmemesi durumunda ölüm gerçekleştiğinde ise pasif ötanazi işlemi gerçekleşmiş olmaktadır³⁹. Tüm bunlar dışında, beyin ölümünün gerçekleşmesi durumunda ise, hasta tıbbi ve hukuki anlamda zaten “ölü” mahiyetini taşıdığından, bu kişilerin yaşam destek ünitelerine olan bağlılığının sonlandırılması yani ötanazi suçunu oluşturmamaktadır⁴⁰.

Pasif ötanazi, hastaya yönelik gerçekleşen tedavi sürecinin başından beri hekimin hareketsiz kalması şeklinde gerçekleşebileceği gibi, sürdürülen tedavinin ileri ki aşamalarında tedavinin sonlandırılması şeklinde de gerçekleşebilir. Tedaviye yönelik müdahalenin sonradan kaldırılması durumunda, hekimin bu davranışının pasif ötanazi kapsamında kalıp kalmadığına ilişkin öğretide, farklı görüşler bulunmaktadır. Bu tür görüşler arasında⁴¹; tıp mesleği gereğince hekimin tedavi süreci boyunca gelişen neticeleri önleme yükümlülüğünün bulunmasından ötürü, tıbbi müdahalenin sonraki sürecinde müdahalenin sonlandırılması durumunda hekimin bu eyleminin ihmal yerine, icrai bir davranış olarak değerlendirilmesi ve bu doğrultuda eylemin aktif ötanazi olarak yorumlanması gerektiğini ve bu durumda ilgili hekimin de kasten adam öldürme suçu kapsamında cezalandırılması gerektiği belirtilmiştir. Bir diğer görüşlere göre ise⁴²; hastanın göstermiş olduğu irade kapsamında tıbbi müdahale seyri belirleneceğinden, hastanın tedaviyi reddetmesi gibi bir durumda hekimin hastanın talebi doğrultusunda hareket etmesinden ötürü hekimin cezalandırılmayacağıdır.

TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, syf:193; ALAN AKCAN, syf:7; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, syf:32; HAKERİ, syf:306; ÖZTÜRK, syf:583; ARTUK/YENİDÜNYA, syf:302

³⁹ GÖKCAN, syf:69

⁴⁰ GÜLEL, syf:167

⁴¹ ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ, ,(Genel), syf:332; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, syf:194

⁴² GÖKCAN, syf:73-74; ÖZSARI, syf:47

Kanaatimizce, pasif ötanazi kişinin “*kendi geleceğini belirleme*” ve “*tedaviyi reddetme hakkı*” ile doğrudan ilintilidir. Aklen sağlıklı ve bilinçli olan bir hastanın uygulanacak olan tedaviyi reddetmesi bir başka ifade ile yaşam destek ünitelerinin kapatılmasını istemesi halinde hekim, hastanın kendi geleceğini belirleme hakkına saygı gösterme ödevi ile iyileştirme görevi arasında bir ikileme düşmektedir⁴³. Bu doğrultuda HHY’nin 24-25 maddelerine dayalı olarak hastanın tedaviyi reddetme, durdurma hakkı bulunduğundan, hastanın talebi üzerine tedavinin durdurulması veya sona erdirilmesi gibi bir durumda hekimin cezai sorumluluğu bulunmamalıdır.

-Dolaylı Ötanazi

Dolaylı ötanazide ise, hekimin hastaya yönelik uyguladığı tıbbi müdahale kapsamında tercih ettiği tedavi yöntemi ve ilaçların içeriği ve yan etkileri dolayısıyla hastalığın tedavi edilmesi neticesinde acıların azalmasıyla birlikte hastanın yaşam süresinin kısalması sonucu doğmaktadır⁴⁴.

Söz konusu tıbbi tedavi yönteminin veya ilaçların kullanılmasına başlanılmadan önce yan etkileri ve içeriği hakkında tam, açık ve doğru bir şekilde aydınlatılması üzerine hastadan alınan hukuka uygun rıza ile bu ilaçların kullanılmasına hekim tarafından karar verilmektedir. Yapılan tercih çerçevesinde müdahalenin gerçekleştirilmesi durumunda hastanın yaşam hakkına yönelik gerçekleşen ihlal; mevcut tıp olanakları çerçevesinde öngörülen tedavi biçimi olmasından ötürü hekimin bu eylemi “*izin verilen risk*” kapsamında değerlendirildiğinden cezai sorumluluk gündeme gelmemektedir⁴⁵.

Bununla birlikte hastanın insan onuruna yakışır bir şekilde yaşam sürmesi ve tedavinin bu duruma elverişli bir şekilde sevkini sağlanması hekimlere yüklenen bir tıbbi ödev olmasıyla birlikte; hekimin hastanın yaşamını kısaltmasına etkili olsa dahi tıbbi veriler ve kaynaklar çerçevesinde en uygun tedavi yöntem veya ilacı tercih etmesini “*zorunluluk hali*” kapsamında değerlendirildiğinden, cezai sorumluluğun oluşmayacağı da belirtilmektedir⁴⁶.

⁴³ ÖZEN/EKİCİ ŞAHİN, syf:19

⁴⁴ DOĞMUŞ, syf:87; GÖKCAN, syf:68; ÖZSARI, syf:53; HAKERİ, syf:305; ÖZTÜRK, syf:581; ARTUK/YENİDÜNYA, syf:302

⁴⁵ DOĞMUŞ, syf:86; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, syf:195

⁴⁶ DOĞMUŞ, syf:86; GÖKCAN, syf:63-64; ÖZSARI, syf:295

Dolaylı ötanazi Türk ceza hukuku öğretisinde de⁴⁷, HHY 14'inci maddesi gereğince, hekim tedavisi mümkün olmayan kişinin insan onuruna yakışır bir hayat ve tedavi süresi geçirebilmesi için elinde olan tüm imkanlar ile kişinin acı ve ızdırabını dindirmekle yükümlendirilmiştir. Burada önemli olan yan etkileri hakkında aydınlatılmış olan hastadan alınacak rızanın varlığıdır aksi halde hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilemeyecektir.

Yasal mevzuatımız incelendiğinde; Türkiye'de ötanazi AY m.12-13-17, AİHS'e Ek 6'ncı ve 13'üncü, BM KvSHS'a Ek 2.Protokol hükümleri gereğince meşru olarak kabul edilmemiş olup, ötanazi ile ilgili TCK'da ayrı bir suç tipi düzenlemesi bulunmamaktadır⁴⁸. Bu doğrultuda hekimin ötanazi işlemini gerçekleştirmesi durumunda, genel hükümlere göre söz konusu eyleminden ötürü TCK m.81 kapsamında kasten adam öldürme suçundan ötürü cezalandırılabilir. Ancak hekimin, hastanın acı ve ızdırabını dindirme amacıyla bu işlemi gerçekleştirmesi gerekçesine dayanılarak TCK m.61-62 hükümleri çerçevesinde cezanın azaltılması veya takdiri indirim söz konusu olabilmektedir.

Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nün m.13/3 "*Tabip ve dış tabibi; teşhis, tedavi veya korunmak gayesi olmaksızın hastanın arzusunun uyararak veya diğer sebeplerle, akli veya bendeni mukavemetini azaltacak her hangi bir şey yapamaz.*" denilmesi suretiyle hastanın var olan bedensel ve ruhsal sağlık halinin azaltılamayacağı belirtilmektedir. Bununla birlikte m.14 "*Tabip ve dış tabibi, hastanın vaziyetinin icabettirdiği sıhhi ihtimamı gösterir. Hastanın hayatını kurtarmak ve sıhhatini korumak mümkün olmadığı takdirde dahi, ıstırabını azaltmaya veya dindirmeye çalışmakla mükelleftir.*" değerlendirildiğinde ise hekimin; hastanın mevcut fiziksel ve ruhsal sağlık durumunu azaltacak bir müdahalesinin bulunamayacağı belirtilmesiyle birlikte hekim ayrıca hastanın acı ve ızdırabını dindirmekle de yükümlendirilmiştir. Bu noktada tüzük maddeleri incelendiğinde, hekim tarafından dolaylı ötanaziye başvurma'nın hukuki zeminine ulaşabilmek mümkündür.

⁴⁷ ÖZEN/EKİCİ ŞAHİN, syf:22, BITON SERDAROĞLU, syf:469, BESİRİ, syf:195, KILINÇ, syf:310, DEMİRÖRS/HIZAL, syf:1490;

⁴⁸ TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ ÖNOK, syf:104; DOĞMUŞ, syf:96-99

Tıbbi Deontoloji Tüzüğü haricinde ötanaziye ilişkin en açık düzenlemeye sahip olan yasal metin Hasta Hakları Yönetmeliğidir⁴⁹. HHY 13'inci maddesi gereğince, “..ötanazinin yasak olduğu, tıbbi gereklerden bahisle veya her ne suretle olursa olsun yaşam hakkından vazgeçilemeyeceği, kendisinin veyahut başkasının talebi üzerine kimsenin hayatına son verilemeyeceği..” düzenlenmiştir.

Tedavisi mümkün olmayan, hastaya sürekli olarak dayanılmaz acıların verildiği bir sağlık durumunda; hastaya ötanazinin uygulanabilmesi doktrininde, yaşam hakkının vazgeçilmezliği ile kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı arasında çıkan çatışmadan ötürü farklı görüşlerin ortaya çıkmıştır.

Ötanazi hakkında savunulan bazı görüşlere göre, yaşam hakkı anayasal korumaya sahip olan devlet tarafından herkese tanınan, vazgeçilmez ve dokunulmaz bir hak olmasından ötürü, kişinin bu temel hakkını yok edecek şekilde kötüye kullanması hukuken meşru kabul edilemeyeceği yönündedir⁵⁰. Bununla birlikte; söz konusu hastalığın tedavisinin olmadığı değerlendirilmesi mevcut tıbbi veriler ve teknoloji çerçevesinde yapıldığından sonra ki bir süreçte hastalığın tedavisinin bulunma olasılığının bulunduğu göz önünde tutulması gerektiği belirtilmiştir. Hekimin hastalığın tanısında, teşhisinde ve tedavi yöntemini belirme sürecinde hata yapabileceği dolayısıyla hekimliğin temel ilkesi olan hastaya “önce zarar verme” kavramı çerçevesinde böyle bir kararın tam olarak öngörülemeyeceği belirtilmektedir. Ayrıca söz konusu ötanazi işlemini dini sebeplerden ötürü karşı çıkan görüşlerde bulunmaktadır. Bununla birlikte, ötanazi işleminin meşrulaştırılmasıyla birlikte hastanın mirasçıları olan yakınları tarafından kötüye kullanılması suretiyle devlet eliyle kişilerin yaşam hakkının ihlal edilebilmesinin imkan yaratıldığını düşünen görüşlerde bulunmaktadır. HHY'nin 13'inci maddesi gereğince ötanazi açıkça yasakladığını belirtmiş, bir başka görüşte ise pasif ötanazinin meşrulaştırılmasının kişilerin intihara devlet eliyle özendirilmesi anlamına gelebileceği düşüncesindedir. Ayrıca ilgilinin rızasının hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilebilmesi için üzerinde mutlak surette tasarrufta bulunabileceği bir hakkın varlığı aranmaktadır ki, yaşam hakkı vazgeçilmez olup üzerinde tasarrufta bulunabilecek bir hak değildir. Bu nedenle yaşam hakkına yönelik verilecek rızasının

⁴⁹ R.G:01.08.1998, S:23420 (E.T:23.07.2020)

⁵⁰ DEMİRÖRS/HIZAL, syf:1488, DOĞMUŞ, syf:99-101; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ,(Genel), syf:332; DEMİRBAŞ, (Genel), syf:335; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, syf:195; ALAN AKCAN, syf:12; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, syf:32-33; ARTUK/YENİDÜNYA, syf:304-305

hukuka uygunluk nedeni olmayacağı dolayısıyla da ötanazi işlemi neticesinde hekimin cezalandırılması gerektiği görüşü savunulmaktadır.

Ötanazinin meşrulaştırılması gerektiğini savunan görüşlerde⁵¹ ise; herkes insan onuruna yakışır bir şekilde yaşam hakkını sürdürebilmelidir. Dolayısıyla acı ve ızdırıp dolu bir tedavi sürecinin iyileşme imkanı olmayan hastaya sürekli olarak yaşatılması yerine hekimlerin hastanın talebi ile ötanazi işlemini gerçekleştirebilmesi imkanın sağlanması gerekmektedir. Zira uzun süreli hastalık hali; başta hasta olmak üzere devamında hasta yakınları açısından da maddi ve manevi olumsuz etkiler doğuran zorlu bir süreçtir. İnsanların yaşam hakkının korunması düşüncesiyle kesin bir şekilde davranış sergilemenin, zorlu sürece katlanma yükümlülüğünün devlet tarafından dayatılmaması gerekir. Bunun haricinde illiyet bağından hareketle, hastanın ölmesine neden olan asıl şeyin tedavi edilemeyen hastalığın olması, hekimin davranışı ile birlikte ölüm sonucunun hızlanmaktadır. Bununla beraber TCK'da intihar eden kişiye yönelik ceza öngören bir düzenleme olmadığı gibi hekimin eylemi ile hızlanan ölüm neticesinden ötürü hekiminde cezalandırılmaması gerektiği düşüncesini savunanlarda bulunmaktadır. HHY 14'üncü maddesi gereğince; *"...sağlık personelinin hastanın durumunun gerektirdiği tıbbi özeni göstererek hastanın hayatını kurtarmak ve sağlığını korumak mümkün olmadığı takdirde dahi ıstırabını azaltmak veya dindirmeye çalışmakla yükümlü olduğu.."* düzenlenmiştir. Bir başka ifade ile hekim, sahip olunan tüm bilgi ve imkanları kullanarak dönemin teknolojisiyle de paralel bir şekilde hastalık tedavisi için uygun olan süreci gereken tıbbi özenle yürütecek olup, tedavisi mümkün olmayan hastalıklarda ise hastaların daha fazla acı ve ızdırıp çekmelerini engelleyecek şekilde tıbbi girişimlerde bulunarak hastalık sürecini sevk etmekle yükümlü olacaktır.

Ayrıca, ötanazinin ayrı bir suç tipi olarak düzenlemeye konu edilmesi gerektiğini belirten görüşlerde bulunmaktadır⁵². Ötanazi, TCK'da ayrı bir suç tipi olarak düzenlenmediğinden, bu işlemi gerçekleştiren hekim veya diğer sağlık çalışanlarının kasten adam öldürme suçu bakımından cezai sorumluluğu gündeme gelmektedir. Kasten adam öldürme suçuna ilişkin, manevi unsur incelendiğinde, tedavisi mümkün olmayan bir hastalığı olan hastanın hekimin müdahalesiyle ölmesi

⁵¹ ÖZEN/EKİCİ ŞAHİN, syf:20; BITON SERDAROĞLU, syf:467; BESİRİ, syf:193; KILINÇ, syf:307; GÜLEL, syf:168; ÖZSARI, syf:302; ALAN AKCAN, syf:12; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, syf:33

⁵² TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, syf:195; ALAN AKCAN, syf:12; ARTUK/YENİDÜNYA, syf:308

durumunda, hekimin hastayı öldürme iradesi yerine dayanılmaz ve sürekli acı çeken hastanın iradesine dayalı olarak gerçekleşmesi beklenen ölümün hızlandırması söz konusudur. Bu açıdan hekim veya diğer sağlık görevlileri tarafından gerçekleştirilecek olan eylemin kasten adam öldürme suçundan ayrı bir düzenlemeye tabi tutulması gerektiği belirtilmektedir.

Yapılan açıklamalar çerçevesinde şahsi kanaatimiz, ötenazinin Türkiye’de meşrulaştırılması gerektiği yönündedir. Zira kabul edildiği gibi herkesin insan olmasından ötürü sahip olduğu bir hak olan yaşam hakkı, koşulsuz her durumda vazgeçilmez bir hak olarak yorumlanmamalıdır. AİHM kararlarında da değinildiği üzere, yaşam hakkının temelinde yatan felsefe, insanlık şerefi ve onuruna uygun bir şekilde yaşama faaliyetini idame ettirmektir. Bu durum göz önünde tutulduğunda ileri derecede hasta olan ya da geçirdiği tedaviler neticesinde bilincini yitirmiş bir şekilde yaşatılmaya zorlanan kişi, sırf vazgeçilmez bir hak olduğu kabul edilen yaşam hakkının korunmasıyla insanlara, insanlık dışı bir yaşam sürdürmenin de önüne geçilmesi hedeflenmelidir.

Elbette ki, sadece ileri derece hastalığının olması, ya da çok acılar çekmenin tek başına ötanazi hakkının kullanılmasında belirleyici olmamalıdır. Kişi hakkında en azından alanında uzman hekimler tarafından oluşan bir heyet raporu neticesinde, hastalığı veya acısını dindirebilecek bir tedavi yönteminin olmadığı tespit edilmesi ve bunun yanında da öncelikle rıza gösterebilecek bilince sahip ise hastadan, bu durum sağlanamadığı takdirde yasal mirasçılardan izin alınması öngörülebilir. İzin alınması için yetkili kılınan kişilerin yasal mirasçıların olması menfaat çatışmasını gündeme getirebilir ve akıllarda somut olaya göre objektif bir karar nasıl verilebilir şeklinde bir şüphe yaratsa bile hekimler tarafından oluşan heyet kurumu tarafından kararın da alınması gerektiği unutulmamalıdır.

Böylelikle hastanın korunması gereken yaşam hakkı; öncelikle bilimsel veriler çerçevesinde yapılan değerlendirme neticesinde sağlığı maddi olarak, devamında ise hastanın yakınları tarafından kişinin yaşadığı duygusal rahatsızlıklar bakımından yapılan değerlendirme ile manevi olarak da korunmuş olacaktır.

3. Gebeliğin Sonlandırılması (Kürtaj)

Gebeliğin sonlandırılması (kürtaj), “*cenin*”⁵³ olarak adlandırılan canlının ya da gebeliğe bağlı olarak rahim içinde oluşan cenine ait parçaların tahliye edilmesi şeklinde tanımlanabilir. Türk hukuk düzeninde ceninin haklarının korunması amacıyla önlemler alınmıştır. Bu amaçla TCK’da gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin “*çocuk düşürtme*” suçları⁵⁴, NPHK’da⁵⁵ “*gebeliğin sonlandırılması ve sterilizasyon*”, Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine ilişkin Tüzük’te⁵⁶ ise “*rahim tahliyesi*” olmak üzere düzenlemelere yer verilmiştir.

Mevcut tıp verilerine göre varlığı tespit edilen cenin, annenin operasyon süreci ve sonuçları hakkında aydınlatılması üzerine alınan rızası ile ilk 10 haftalık süreç içerisinde olması veya 10 haftadan fazla olmakla birlikte tıbbi zorunluluğun bulunması şartıyla gebeliği sonlandırmaya yetkili olan kişiler tarafından ana rahminden tahliye edilebilir.

Gebeliği sonlandırma yetkisi, kadın hastalıkları ve doğum uzmanlarına verilmiş olup⁵⁷, pratisyen hekimlere de sınırlı bir yetki (menstrüel regülasyon yöntemi) verilmiştir. Sayılan kişiler haricinde bir başkası tarafından gebeliğin sonlandırılması durumunda ise, TCK m.99/5 yer alan suçun nitelikli hali gündeme gelmektedir.

Tıbbi zorunluluk olmaksızın gerçekleşen gebeliğin sonlandırılması işlemleri iradi operasyonlar olduğundan kadının rızası çerçevesinde hareket edilmelidir⁵⁸. Dikkat edilmesi gereken husus ise; 10 haftalık süreç içerisinde bulunan gebeliklerin sonlandırılması işleminin TCK kapsamında suç oluşturmaması için sadece kadının rızası aranmaktadır, bir başka ifade ile çocuğun babasının rızasına ihtiyaç

⁵³ Cenin; dişi yumurtanın erkek spermi ile birleşmesinden sonra ana rahminde döllenmiş olan yumurtanın rahmin iç zarına yerleşmiş olan ve anneden bağımsız olarak yaşama imkanı bulunmayan canlı bir varlıktır; “*Gebeliğin sekizinci ile onuncu haftasından sonra canlının tüm organlarının oluşumu tamamlanmış olacaktır ve canlı bu evreden sonra cenin veya fetüs olarak anılmaktadır.*” (DOĞMUŞ, syf:60)

⁵⁴ R.G:12/10/2004, S:25611, m.99 (Çocuk Düşürtme)

⁵⁵ R.G:25/05/1983, S:18059, m.5(Gebeliğin Sonlandırılması)

⁵⁶ R.G:18/12/1983, S:18255, m.3-8

⁵⁷1983 tarihli Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine ilişkin Tüzük’ün 3.maddesinin 1.fikrasında gebeliği sonlandırmaya yetkisi olan kişiler sayılmıştır. (<https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/2.5.837395.pdf>, Erişim tarihi:24.09.2019)

⁵⁸ DÖNMEZ, Burcu, “*TCK’da Çocuk Düşürtme Suçu Mukayeseli Hukuk ve AİHM’in Bakış Açısıyla Ceninin Yaşama Hakkının Sınırlandırılması*” (Çocuk) DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt:9, Sayı:2, 2007, syf: 125, DOĞMUŞ, syf:72

duyulmamaktadır. Ancak NPHK’ında bu işlem için eğer kadın evli ise kocanın da rızasının olması gerektiği belirtilmiştir. Bu durum uygulamada bazı belirsizliklere yol açsa da, eşin rızası olmaksızın gerçekleştirilen kürtaj işleminde, hekim hakkında cezai sorumluluk gündeme gelmezken, NPHK m.8/2 gereğince hekim para cezası ile cezalandırılabilir.

Bir diğer hukuka uygunluk sebebi olan tıbbi zorunluluk⁵⁹ durumunda ise, gebelik süresi 10 haftayı geçse bile annenin ve ceninin sağlığının tehlike içerisinde bulunmasından ötürü gebelik sonlandırıldığında hekim açısından bir suç oluşturmamasıdır. Tıbbi zorunluluk halleri; çocuk için tehlikeli hastalıklar ve onu takip edecek nesiller için ağır maluliyete neden olan veya kadının hayatını ya da hayati organlarından birinin tehdit eden fiziksel veya ruhsal rahatsızlıklar olmak üzere ikiye ayrılabilir⁶⁰. Tıbbi açıdan zorunluluk halinin tespiti ise doğum ve kadın hastalıkları uzmanı ve ilgili daldan bir uzmanın objektif bulgulara dayanan gerekçeli raporları mümkün olabilecektir.

TCK m.99/6 da düzenlenen bir diğer durum ise, kadının mağduru olduğu bir suç neticesinde gebe kalması halinde kadının rızası ve gebelik süresinin 20 haftayı geçmemiş olması şartıyla hastane ortamında uzman hekim tarafından gerçekleştirilecek operasyonla gebelik sonlandırılabilir⁶¹. Ancak kanun maddesinde, kadının bir suçun mağduru olmasından dolayı gebe kalma durumunun kimin tarafından tespit edileceğine dair açıklık bulunmamasıyla birlikte, benzer konuda düzenlemeye sahip olan Alman Ceza Hukukuna paralel bir düzenleme getirilerek kadının mağduriyetinin daha da artması ve hekiminde cezai sorumluluğunu doğuran belirsizlik bertaraf edilebilir. Konu hakkında Alman Ceza Kanununun 218 a/3

⁵⁹ Nüfus Planlaması Hakkında Kanun M.5- Gebeliğin Sonlandırılması

“Derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı veya hayati organlardan birisini tehdit eden acil hallerde durumu tespit eden yetkili hekim tarafından gerekli müdahale yapılarak rahim tahliye edilir. Ancak, hekim bu müdahaleyi yapmadan önce veya mümkün olmadığı hallerde müdahaleden itibaren en geç yirmidört saat içinde müdahale yapılan kadının kimliği, yapılan müdahale ile müdahaleyi icabettiren gerekçeleri illerde sağlık ve sosyal yardım müdürlüklerine, ilçelerde hükümet tabipliklerine bildirmeye zorunludur.

Acil müdahale hallerinin nelerden ibaret olduğu ve yapılacak ihbarın şekil ve mahiyeti ile sterilizasyon ve rahim tahliyesini kabul edenlerden istenilecek izin belgesinin şekli ve doldurulma esasları, bunların yapılacağı yerler, bu yerlerde bulunması gereken sağlık ve diğer koşullar ve bu yerlerin denetimi ve gözetimi ile ilgili hususlar çıkarılacak yönetmelikte belirtilir.”, HAKERİ, syf:105

⁶⁰ **AYDIN ŞAFAK**, Ayşe; “Türk Hukukunda Gebeliğin Sonlandırılması”, Kadın Çalışmaları Yüksek Lisans Programı-Kadın ve Sağlık Dersi Ödevi, 23.05.2012, syf:4 (http://bianet.org/files/doc_files/000/000/588/original/tu%CC%88rkiye_de_ku%CC%88rtaj_hakk%C4%B1n%C4%B1n_gelis%CC%A7imi.pdf) (Erişim tarihi:27.09.2019)

⁶¹ **DÖNMEZ**, (Çocuk), syf:115, **DOĞMUŞ**, syf:72

maddesinde yer alan ilgili düzenlemede, gebeliğin böyle bir suça dayandığına ilişkin kesin sebeplerin bulunması ve bu sebeplere bağlı olarak hekim tarafından kuvvetli suç şüphesinin oluşması halinde yapılan gebeliği sonlandırması işlemi nedeniyle hekimin cezai sorumluluğu bulunmamaktadır⁶².

Gebeliği sonlandırmaya yönelik olarak hekimler tarafından gerçekleştirilen operasyonlar sırasında gözetilmesi gereken iki değer çatışması gündeme gelmektedir. Bu değerler; annenin özel hayatına saygı ve vücudu hakkında karar verme yetkisi çerçevesinde annenin sağlık ve vücut bütünlüğü hakkı ile ceninin yaşama hakkıdır. Kanun koyucu yapmış olduğu düzenlemelerle, kadın ile ceninin çatışan menfaatleri arasında bir denge kurmaya çalışmıştır. Kriter olarak kabul edilen gebeliğin 10 haftalık sürecine kadar gebeliği sonlandırma işlemini sadece kadının rızasına tabi tutarak kadının özel hayatına saygı göstererek kişinin beden ve vücut bütünlüğüne yönelik iradesini üstün tutmuştur. Bunun yanında gebelik sürecinin 10 haftayı geçmesinden sonra ise ceninin yaşama hakkına üstünlük tanıyarak, bu hakkın korunmasına yönelik çeşitli önlemler almıştır. Böylelikle ceninin varlığı ve insan olabilme yeteneği, insan onuru adına koruma altına alınmış oldu⁶³.

Ülkelere göre, gebeliğin sonlandırılmasına yönelik hafta süreleri de değişiklik göstermektedir. Örneğin Norveç'te kürtajın yapılabilmesi için gebelik süresi 14 hafta olabiliyorken, İtalya'da bu süre 12 hafta olarak karşımıza çıkmaktadır⁶⁴.

Yapılan açıklamalar çerçevesinde, kanaatimizce de kanun koyucunun hem annenin özel hayatı hakkında karar verme iradesine saygı gösteren hem de ceninin yaşama hakkını korumaya yönelik getirmiş olduğu gebeliği sonlandırma işleminin belli sürelerle bağlamasına yönelik iradesi çatışan menfaatlerin dengesini sağlamış vaziyettedir. Kadının iradesi her ne kadar ceninin yaşam hakkına üstün olarak kabul edilmiş olsa da, aslında kanun koyucunun hedeflediği ceninin insan onuruna uygun bir şekilde yaşayabilmesini de fikrimizce sağlamaktadır. Gerçekten de yaşam hakkı, sadece bireyin öldürülmemesi olarak kabul edilmemelidir. Korunması hedeflenen ceninin yaşam hakkı, doğumdan sonrasında her insanın hak ettiği çerçevede ilgi ve bakımın yanı sıra, öncelikle annesi tarafından insan onuruna uygun bir şekilde beklenen sevgi ve saygıya sahip olabilmesidir. Bu durum hem annenin hem de

⁶² DÖNMEZ, (Çocuk), syf:135

⁶³ ÇİFTÇİOĞLU, Cengiz Topel, "Yaşama Hakkı-Right to Live" TBB Dergisi 2012 (103), syf:165, DOĞMUŞ, syf:71

⁶⁴ DOĞRU, syf:8

ceninin psikolojisini koruyarak, toplumun da sağlıklı bireyler tarafından oluşmasını sağlayabilmesi konusunda önem arz etmektedir.

B. SAĞLIK HAKKI

Sağlık hakkı, Dünya Sağlık Örgütü Anayasası ve 1978 Alma-Ata Bildirgesinden yola çıkılarak “*yalnızca hasta olmama durumunu değil aynı zamanda bedensel, zihinsel ve sosyal olarak tam bir iyilik halini*”⁶⁵ ifade eden sağlığı konu edinmektedir.

Bu şekilde sağlığın bozulmaması için koruyucu sağlık hizmetlerinden yararlanma, sağlığın bozulması halindeyse öncelikle herkesin ulaşabileceği mevcut tıbbi olanakları kullanarak tedavi talep etme ayrıca sağlığa yönelik zarar verici davranışların önüne geçmek amacıyla sağlık hizmet sağlayıcılarına yönelik ileri sürebileceğimiz hakları barındıran önleyici tedbirleri de ihtiva eden bir haktır. Başka bir deyişle, sağlık hakkı geniş bir kavram olup, içerisinde hasta hakkı, sağlık görevlilerinin ödevleri ve sorumlulukları, sağlık riskleri ve bunların onarımı, sağlık bakıcılarının sorumlulukları ile mağduriyetlerin giderilmesine dair hususları içerir. Ayrıca sosyal güvenlik hakkı çalışanların mesleki hastalıkları ile iş kazalarına karşı koruma öngöreceğinden sağlık hakkı ile yakın bağlantılı bir haktır.⁶⁶

Sağlık hakkı iki boyutlu olarak ele alınabilir.

İlki sağlık hakkının özgürlük boyutu olarak, insanlara yönelik rızaları dışında vücut ve beden bütünlüğüne yönelik herhangi bir müdahalenin olmayacağı, devamında istemedikleri tıbbi işlem ve müdahalelere maruz kalamayacağını böylelikle sağlığı bozucu etkiye sahip etken ve faaliyetlerin devlet veya üçüncü kişiler eliyle yapılmasının önlenmesi olarak ifade edilir. Zira sağlık hakkı, devlet ve üçüncü kişiler tarafından saygı gösterilmesini hak eden ve yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı (AY m.17) ile yakın bir ilişkiye sahiptir.

İkinciye, hak boyutu olarak sağlığın bozulması durumunda, devlet tarafından veya devletin sıkı denetimi altında sunulan sağlık sistemiyle iyileştirme hizmetinin

⁶⁵ “Bu tanımın, Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’nin yetkili yorum organı olan Komite’nin yapmış olduğu sağlık hakkı yorumunda ayrıca Türk Anayasası’nın 56.maddesinde “beden ve ruh sağlığından bahsedilmek suretiyle temel alındığı görülmektedir.” **TEMİZ**, Özgür, “Türk Hukukunda Bir Temel Hak Olarak Sağlık Hakkı” Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Cilt:69, No:1,2014, syf:167

⁶⁶ **ŞAHBAZ**, İbrahim, “Bir Sosyal Hak Olarak Sağlık Hakkı” TBB Dergisi, sayı 86, 2009, syf:410

herhangi bir cinsiyet, ırk, dil, din ayrımı yapılmaksızın herkese eşit bir şekilde ulaşabilecekleri mümkün olan en yüksek bedensel ve ruhsal sağlık standardına sahip olma hakkıdır⁶⁷.

Sağlık hakkı Anayasamızda “Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler” başlığı altında 56’inci madde⁶⁸ kapsamında düzenlenmiştir. Jellinek tarafından yapılan haklar sınıflandırması içerisinde sağlık hakkı, pozitif statü haklar içerisinde yer alan sosyal bir hak olarak düzenlenmiştir. Bir başka ifadeyle, sağlık hakkının herkese eşit bir şekilde ulaşabilmesini, devlet tarafından sağlanan güvenceler çerçevesinde kişinin bu haktan istifade edebilmesi için kişinin isteme, devletin ise olumlu edimlerle bunu temin etme yükümlülüğü altında olmasıdır. Kişilere ulaşabilecekleri en yüksek standarda sahip olan sağlık hakkının sağlanması amacıyla yerine getirilmesi gereken devletin üç ödevi, ESKHS Komitesinin 14 sayılı Genel Yorum’unda şu şekilde ifade edilmektedir:⁶⁹

“Sağlık hakkı, diğer bütün insan hakları gibi taraf devletlere üç tür ve kademedede sorumluluk yüklemektedir; saygı, koruma ve gereğini yerine getirme yükümlülüğü. Gereğini yerine getirme yükümlülüğü ise; kolaylaştırmak, sağlamak ve geliştirmek yükümlülüklerini içermektedir. Saygı yükümlülüğü, devletlerin sağlık hakkından faydalanılmasına doğrudan veya dolaylı yoldan müdahale etmemelerini gerektirir. Koruma yükümlülüğü, devletlerin üçüncü kişilerin 12.maddedeki güvencelere(ulaşılabilir en yüksek sağlık standardına sahip olma hakkı) müdahalelerini engellemeye yönelik tedbirler almalarını öngörmektedir. Son olarak, gereğini yerine getirme yükümlülüğü, devletlerin sağlık hakkının tam anlamıyla

⁶⁷ Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (ESKHS) 14 Sayılı Genel Yorum. Paragraf 8

⁶⁸1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası

“VIII. Sağlık, çevre ve konut

A. Sağlık hizmetleri ve çevrenin korunması

Madde 56 – 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.”

⁶⁹ ESKHS 14 Sayılı Genel Yorum, Paragraf 33
(https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/media/uploads/2016/05/05/BMde_Insan_Haklari_Yorumlari_1981_2006.pdf, Erişim Tarihi: 24.3.2020)

hayata geçirilmesi amacıyla, yasama tedbirleri ve idari tedbirleri, bütçeyle ilgili gerekli tedbirleri ve hakkın gerçekleşmesini sağlayacak diğer bütün tedbirleri almasını öngörmektedir.”

Sonuç olarak, yaşama hakkı ile doğrudan bağlantılı olan sağlık hakkı çerçevesinde devlet, bünyesinde bulunan doğrudan kamu hizmet birimlerinin yanı sıra sıkı denetimi altında bulunan özel hizmet birimlerinde herkese eşit bir şekilde kişinin ulaşabileceği en yüksek standarda sahip sağlık hizmeti sağlamakla yükümlüdür.

Devletin bu yükümlülüğü saygı, koruma ve gereğini yerine getirme yükümlülüğü olarak üçe ayrılmaktadır.

Saygı yükümlülüğü çerçevesinde nüfus ve aile sağlığı planlamasına ilişkin üreme sağlığını ilgilendiren ve birden çok hukuksal değer çatışmasını içeren; gebeliğin sonlandırılması, doğum kontrolü ve yöntemlerini ilgilendiren konularda kişilerin sahip olduğu haklar ve bu haklara ilişkin getirilebilecek sınırlamalar hakkında tartışılmalar mevcuttur. Bu başlıklardan her bir kişinin sağlık hakkını ve devletin buna karşı gelen saygı ödevini ilgilendirmektedir.

Koruma yükümlülüğünde ise, bireylerin ve devamında toplumun sağlığına yönelik tehdit oluşturan sosyal veya geleneksel yöntemlerin engellenmesi, toplumu oluşturan bütün bireyler arasında herhangi bir ayırım gözetmeksizin sağlık hizmetlerine ulaşımın sağlanması, sağlık hizmetlerinin sunulmasına ilişkinse, sağlık görevlileri için gereken eğitimin, deneyimin temin edilmesini sağlama ve yükümlü olunana mesleki etik kurallara uygun hareket etmesini denetleme gibi davranışlarda bulunarak kişilerin sağlığına yönelik olası zararların önüne geçilmesi hedeflenmiştir⁷⁰.

Son olarak yerine getirme yükümlülüğündeysen, devlet sağlık kuruluşları, hizmetleri ve malzemeleri bakımından ülke içinde kişiler arasında mevcut olan dengesizlikleri giderebilmeli, bu kapsamda gerekli idari, mali ve yasal tedbirleri alması gerekmektedir⁷¹.

⁷⁰ TEMİZ, syf:179-180

⁷¹ ZENGİN, Nazmi, “Sağlık Hakkı ve Sağlık Hizmetlerinin Sunumu” Sağlıkta Performans ve Kalite Dergisi, syf:48

Böylelikle devlet oluşturacağı sağlık sistemi çerçevesinde, bireye gerektiği gibi sağlık hakkını kullanabilmesini sağlayabilmenin yanı sıra getirilen düzenlemeler ve sınırlamalarla, denetimi altında gerçekleştirilen sağlık hizmetinde hekim ve sağlık görevlilerini yapmış oldukları tıbbi müdahaleler neticesinde oluşabilecek aksaklıkların önüne geçerek, kişilerin ulaşabileceği en yüksek standarda sahip sağlık hizmetini sunmuş olacaktır⁷².

C. HASTANIN KENDİ KADERİNİ TAYİN HAKKI

Hastanın kendi kaderini tayin hakkı bir diğer ifade ile hasta özerkliğine saygı ilkesi, kişinin yaşama, maddi ve manevi varlığının bütünlüğünü korunmasını ve geliştirilmesini kendi iradesiyle belirleyebilmesi olarak ifade edilebilir.

Kişinin rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulmaması yahut organlarının alınması yasağı, vücut bütünlüğünün korunmasının uzantısı niteliğindedir. Anayasal temelini 17'inci maddede bulan bu hak aynı zamanda hasta hakları ile ilgili ilk bildiri olan 1981 tarihinde DTB tarafından kabul edilen Lisbon Haklar Bildirgesi'nde de pekiştirilmiştir. Bu bildirgenin ikinci ve üçüncü maddesi hastanın bilgilendirilmesi ve bunun üzerine yapılacak işlemlerle ilgili onayının alınmasına yer vererek, hekim hastasının yalnızca tıbbi yönden yararını öngörmekle yetinmeyerek, izlemeyi hedeflediği tıbbi karar hakkında hastayı aydınlatarak hastanın kendi kaderini tayin etmesine imkân sağlayarak onun iradesine üstünlük tanımış olabilecektir. Bu olgu “özerkliğe saygı ilkesi” olarak tanımlanmıştır⁷³.

Geçmişten bugüne gelen süreç incelendiğinde; hekim ile hasta ilişkisinde başta hakim olan hekimin mutlak iradesi çerçevesinde tıbbi müdahalenin seyri şekillenirken hastanın bir söz sahibi olmamasının yanında hekim tarafından beklenen davranış; müdahale de koruyucu ve özenli olması gerektiğiydi. Bu durum zamanla değişerek, hekimin mutlak iradesi yerini hastanın da söz sahibi olarak kendi vücudu ve yaşamı üzerinde karar vermesinin yanında hekimden beklenen davranış ise

⁷² “AİHM, Mehmet Şentürk ve Bekir Şentürk kararında, hekimlerin hastanın hastaneye varışı sırasındaki sağlık durumunun ağırlığı ve yapılmadığı takdirde son derece ağır sonuçlara yol açabilecek acil bir ameliyatın gerekliliğini bildikleri halde, hastane masrafları ödenmediği için, hiçbir sağlık hizmeti sunmayıp, hastayı başka bir hastaneye transfer etmeleri biçimindeki açık bir fonksiyon bozukluğu nedeniyle ölen kişinin uygun tıbbi bakıma erişim hakkından yoksun bırakılmasını yaşam hakkının (AİHS m.2) ihlali olarak değerlendirmiştir.” (TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ ÖNOK, syf:708)

⁷³ AYDIN, Erdem; “Tıp Etiğinde Temel İlkeler” I.Ulusal Uygulamalı Etik Kongresi El Kitabı, 2001, Ankara, syf:2

yalnızca ortak irade ile kararlaştırılan tıbbi müdahalenin gereklerine ve beklenen özene sahip bir şekilde gerçekleştirmesine dönüşmüştür. Böylelikle hekimin paternalist yaklaşımından, hastanın özerkliğine saygı gösterilmesine varan tıbbi kararın alınması süreci şekillenmiştir⁷⁴.

Bir kişinin “özerkliğinden” söz edebilmek için bireyin herhangi bir dış baskı altında kalmadan kendi özgür ve hür iradesiyle kendi başına düşünebilmesi, kendi ile ilgili kararlar verebilme ve bu kararlara dayanan eylemde bulunabilme yeterliliği ve yetkinliği olmalıdır. Birinin yetkinliği, o kişinin gerekli olgunluğa ve bütünlüğe eriştiği anlamına gelmektedir. Hukuken aranan yetkinliği ise fiil ehliyeti olarak ifade edildiğinden kişinin yapılacak işlemlere ilişkin onayının alınabilmesi için algılama gücüne sahip olması, ergin olması ve kısıtlılık halinin bulunmaması gerekmektedir. Sağlık alanı için özerklik ise, gerekli yetkinlik ve yeterliliğe sahip olan hastanın tedavisini seçme ya da reddetme hakkıdır. Tedavi süreci hakkında bilgiler içeren onay formunu okumadan imzalayan bir hasta özerk bir karar vermiş olmaz⁷⁵. Bu nedenle hastanın özerk bir kararından söz edebilmemiz için; kararı vermeden evvel hastanın anlayabileceği düzeyde ve dilde yapılan açıklamalar neticesinde oluşan iradenin hastanın özerk karar ve tutumlarını etkileyici etmenlerin bulunmadığı bir ortamda, istekli bir şekilde yapılan irade açıklamasının olması gerekmektedir. Yeterlilik konusunda ise bazı yaşama ve özerkliğe saygı ilkesi çerçevesinde ele alınan ancak önemli etik sorunları da beraberinde getiren organ aktarımı konusunda canlı veya ölü vericinin durumudur. Canlı vericiden elde edilecek organ aktarımında, hekim organ verme kararının baskı altında gerçekleşmemesini böylelikle gerçek iradenin ortaya çıkmasında yardımcı olabilir. Ancak hekimler açısından asıl sorunu yaratan durum; ölü vericiden yapılacak organ bağışlarında gündeme gelmektedir. Ölü vericiden organ aktarımı yapılabilmesi için yasal mevzuat şu şekildedir; kişinin ölmeden önce organ bağışı yapma iradesini açıkça içeren bir beyanın bulunması gerekir. Böyle bir beyana ulaşılmadığı takdirde; yakınları tarafından verilen rıza çerçevesinde ölen kişinin organ bağışı hukuken meşru kabul edilecektir⁷⁶.

Hastanın kendi kaderinin tayin edebilme ilkesinin getirilmesiyle birlikte hedeflenen amaç; hekimin sahip olduğu tıbbi bilgi çerçevesinde salt onun iradesine

⁷⁴ AYDIN, Erdem; “*Tıp Etiğinde Hasta Özerkliğine Saygı İlkesi*” (Saygı) Erciyes Tıp Dergisi, 2003, Cilt:25, No:2, syf:2

⁷⁵AYDIN, (Saygı), syf:4

⁷⁶ KOÇAK SÜREN, Özlem, “*Organ ve Doku Naklinin Yasal ve Etik Açısından İncelenmesi*”, TBB Dergisi, Sayı 73, 2007, syf:183

bağlı kalınarak bir tıbbi müdahalenin olmasının önüne geçilmek istenmesidir. Yapılan açıklamalar neticesinde tedavi türünün seçilmesi, tedavinin ret veya kabul edilmesinde bireyin söz hakkına sahip olması, onun iradesine bağlı kalınarak hareket edilmesi her bir insanın vücut ve beden bütünlüğü üzerinde sahip olduğu ve devletin de bu duruma saygı göstermekle yükümlü olduğu en doğal haklardan biridir. Bu şekilde hastanın bireysel haklarına saygı gösterilmesinin yanı sıra onun tıbbi karar aşamasında söz sahibi olması da sağlanabilmektedir. Bazı klinik durumlar olarak değerlendirilen, kişinin ağır bir mental veya fiziki rahatsızlığının bulunması, acil bir şekilde müdahalede bulunulması gereken hallerin varlığında ya da hastanın geçici veya kalıcı şekilde bilincin yitirilmesi gibi durumlarda; hastaya zarar vermeme ve hasta yararına hareket etme ilkeleri öncelik kazanabilir⁷⁷.

Hasta özerkliğine saygı ilkesi doğrultusunda hastanın kendi kaderini tayin edebilmesinin yaşama geçirilmesini sağlayabilecek en önemli araçlardan biri “*aydınlatılmış onamın*” alınabilmesidir. Şu anda neredeyse her türlü tıbbi işlem öncesinde hasta tarafından bu onamın alınması zorunlu tutulmaktadır. Aydınlatılmış onam; hastanın anlayabileceği dil ve düzeyin kullanılmasıyla tıbbi tanının, tedavi çeşitleri arasından seçim yapılması, seçilen tedavi süreci, uygulanan tedavinin muhtemel olumlu ya da olumsuz sonuçları hakkında hastanın hekim tarafından bilgilendirmesi neticesinde uygulanacak tıbbi işlemlerin ortak bir irade ile belirlenmesi ve hasta tarafından onaylanmasıdır. Aydınlatılmış onama ilişkin detaylı bilgilendirme çalışmanın ileriki aşamalarında değinilecek olup, konuyla ilgili açıklamalarımızı burada sınırlandırıyoruz.

Ş2. CEZA HUKUKUNDA TIBBİ MÜDAHALENİN TEMELLENDİRİLMESİ

TIBBİ MÜDAHALENİN HUKUKA UYGUNLUK KOŞULLARI

Tıbbi müdahale, tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından teşhis, tedavi veya hukuka uygun amaçlarla hastanın tedaviden beklentisine uygun bir şekilde tıp biliminin kurallarının uygulanması suretiyle hastanın ruhen veya fiziken var olan rahatsızlık durumunun giderilmesi sağlayan her türlü müdahaledir⁷⁸.

⁷⁷ AYDIN, (Saygı), syf:5

⁷⁸ ÖZPINAR, syf:17, GÖKALP, Gültekin Can, “*Tıbbi Müdahalede Hukuka Uygunluk Şartı Olarak Rıza*” (<https://cangokalp.com/2019/02/04/tibbi-mudahalede-hukuka-uygunluk-sarti-olarak-riza/>) Erişim Tarihi: 27.09.2019)

Sonuç olarak Türk hukukunda yapılan müdahalenin, kişilik haklarına aykırılık taşımaması için belirli şartlar altında gerçekleşmesi durumunda hukuka uygun olduğu kabul edilmektedir. Bu şartlar, evrensel tıp hukuku tarafından benimsendiği üzere;

- Tıbbi müdahalenin yetkili sağlık personeli tarafından yapılması,
- Tıbbi bir zorunluluktan kaynaklanması gerektiği,
- Müdahalenin öznesi olan hastanın uygulanacak müdahale hakkında aydınlatılması üzerine rızasının alınması veya rızanın varsayılmasını gerektiren acil bir durumun varlığı,
- Müdahalenin tıbbın öngördüğü kural ve standartlara uygun bir yöntemlerle özenle yerine getirilmesi,

olarak 4 temel başlık şeklindedir⁷⁹.

I. HEKİMLİK SIFATINA SAHİP OLUNMASI

A. HEKİMLİK KAVRAMI

Tabip ve uzman tabip tanımı bir diğer adıyla hekimlik kavramı, Sağlık Bakanlığı tarafından yayımlanan “*Sağlık Meslek Mensupları ile Sağlık Hizmetlerinde Çalışan Diğer Meslek Mensuplarının İş ve Görev Tanımları*”na dair yönetmeliğinin ikinci bölümde “*İş ve Görev Tanımları*”nı içeren Ek-1’de yapılmıştır.

Yapılan tanımlamaya göre; hekimler, mesleklerini yerine getirirken öncelikle tıp bilimi ile ilgili verilen eğitim çerçevesinde edindikleri bilgi ve deneyimlerle birlikte Hipokrat yemini kapsamında yüklenilen mesleki etik ilke ve kurallarına uygun davranarak başta bireyin ve devamında toplumun sağlık sorunlarını gidermek amacıyla mevcut ruhsal veya fiziksel rahatsızlık halini gideren kişilerdir. Bu amaçla, söz konusu sağlık sorununun giderilmesi için tanı, tedavi ve rehabilitasyon yöntemleri belirleyerek ortaya çıkabilecek olası komplikasyonların da önlenmesi için gerekli tedbirleri de almaları gerekmektedir⁸⁰.

Hekimlik mesleği yapısı itibariyle sürekli gelişen, alanında eğitimsel ve bilimsel faaliyetlerin çok olduğu ve dolayısıyla mevcut edinilen temel bilginin haricinde yapılan teknolojik değişikliklere ayak uydurulması gereken bir meslektir. Bu sebeple hekimlerin sürekli olarak bilgi ve becerilerini gelişen teknolojiye ve

⁷⁹ ÖZPINAR, syf:18, HAKERİ, syf:109, DEMİR, syf:44

⁸⁰ DEMİR, syf:45, HAKERİ, syf: 111

hizmet ettiği kurumun sahip olduğu koşullara uygun olarak tıbbi m¼dahalelerini gerçekleştirmesi gerektiği, kurumun bu konuda yetersizliği durumunda ise hastanın y¼ksek menfaati g¼z ¼n¼nde tutularak başka bir kuruma sevkini de sağlayabilmedir. Sevk işlemi sırasında hasta için aranabilecek tıbben gerekli şartları sağlamak suretiyle g¼venli ve hastanın sağlık durumunu tehlikeye atmayacak şekilde ulaşımın gerçekleşmesinde de tedbirleri almakla y¼k¼ml¼d¼rler.

Elbette ki, hekimlik mesleği tek başına icra edilebilen bir meslek olmasının yanı sıra gerçekleştirilen komplike ve risk taşıyan operasyonlarında g¼z ¼n¼nde tutulmasıyla birlikte, tıbbi m¼dahale sırasında birçok sağlık mensubunun da katkısıyla y¼r¼t¼len bir işlemdir. Bu gibi durumlarda, hekimin yanı sıra hemşire, anestezi uzmanı veya başka bir sağlık mensubunun katılımıyla gerçekleşen operasyonlarda, gerçekleştirilmesi hedeflenen tıbbi tedavi y¼ntemlerini belirlemek, izlenecek tedavi s¼reci planlaması gerçekleştirmek ve diğer sağlık mensupları tarafından gerçekleştirilen bakım ve uygulamaların denetlenmesini de yapma mecburiyetindedir. Sadece bunlarla da sınırlı olmayıp, uzmanlık gerektiren ya da farklı bir g¼r¼ř¼n alınmasında tıbbi bir gerekliliğin bulunduğu durumlarda “kons¼ltasyon” istenmesi suretiyle farklı bir tabip veya uzman hekimin ¼nerisiyle birlikte hasta için aranan en uygun tedavi y¼ntemi belirlenmesi gerekmektedir.

B. T¼RK HUKUKUNA G¼RE HEKİMLİĞİN KAZANILMASI

T¼rk hukukuna g¼re hekimlik mesleğin hukuka uygun bir şekilde icra edilebilmesi için kanunen bazı şartlar aranmaktadır. Bu şartlar 1219 sayılı TşşİDK ile 6023 sayılı TTBK h¼k¼mlerine g¼re d¼zenlenmiřtir. Bu d¼zenlemelerden yola çıkıldığında T¼rkiye’de hekimlik mesleğinin icra edilebilmesi için; tıp fak¼ltesi diplomasına sahip olmak, Tabip odasına kayıtlı olmak ve hekimlik mesleğini geçici veya s¼rekli ifasını engelleyen bir halin bulunmaması gerekmektedir.

İlk olarak; 1219 sayılı kanunun 1’inci maddesinde de belirtildiği ¼zere; hekimlik mesleğinin icrası kapsamında değerlendirilebilecek davranışta bulunmak ya da herhangi bir surette hastaya tıbbi m¼dahale de bulunulabilmesi için ¼ncelikle hekimin tıp mesleği ile ilgili almış olduğu eğitimi g¼steren Sağlık Bakanlığı tarafından tasdik ve tescil edilen tıp fak¼ltesi diplomasına sahip olması gerekmektedir. Hukuka uygun bir şekilde elde edilen diplomaya sahip olan hekim; yaptığı veya yapacağı tıbbi m¼dahalelerde yetkili kişi olarak kabul edilecektir.

İkinci olarak; hekimler arasında mesleki deontolojinin korunması, meslektaşları arası iletişim ve dayanışmanın olması, hekimlerin sahip oldukları hak ve yararların temin edilmesini ve hekimlerin tıp mesleğinin ilke ve kurallarına uygun davranılmasını sağlamak amacıyla mesleki disipline yönelik tedbirler alınan kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşu olan Türk Tabipler Birliği'ne kayıt olmaları gerekmektedir. TTBK 5'inci maddesinde ilgili düzenleme şu şekildedir; “..Mesleğini sadece kamu kurum ve kuruluşlarının asli ve sürekli görevlerinde icra edenler dışındaki hekimler, çalıştıkları yere bakılmaksızın (hastane, tıp merkez, poliklinik, Vakıf Üniversitesi, aile hekimliği, işyeri hekimliği vb) odaya üye olmak zorundadır.”

Son olarak ise; hekimlerin geçici veya sürekli mesleklerini yerine getirmesini engelleyen bir halin bulunmaması gerekmektedir. Buna göre hekimler hakkında, Tabipler Odası'nın Oda Haysiyet Divanı tarafından TTBK m.39⁸¹ hükümlerine göre disiplini tekrar tayine yönelik geçici süreliğine meslekten men cezası verilebileceği gibi, TŞSTİDK m.28 hükümleri gereğince mesleğin icrası sürekli olarak da engellenebilir⁸².

Tıbbi müdahalede en yetkili ve çoğunlukla tek yetkili isim olan hekim için hekimlik yapabilmenin şartlarının sağlanması durumunda Türkiye sınırları içerisinde kişiler, hekim olarak meslek ve sanatlarını icra edilebilecektir.

⁸¹ RG:31.1.1953, S:8323

Madde 39 – Haysiyet Divanı, evraki kendisine tevdi edilen azaların fiil ve hareketlerinin mahiyetine göre aşağıdaki inzibati cezaları verir:

a) Yazılı ihtar,

b) (Değişik: 23/3/2006 – 5477/6 md.) O yılki en yüksek yıllık üye aidatının üç katından az, beş katından fazla olmayan para cezası,

c) 15 günden 6 aya kadar geçici olarak sanat icrasından meni,

d) Bir muntakada üç defa sanat icrasından meni cezası almış olanları o muntakada çalışmaktan meni. Haysiyet divanları, bu cezaların verilmesinde sıra gözetmeksizin geniş takdir hakkını kullanırlar.

⁸² DEMİR, syf:51-52, RG: 14.4.1928, S: 863

Madde 28 – (Değişik: 23/1/2008-5728/25 md.)

Hekimlik mesleğinin icrası için; Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; kasten işlenen bir suçtan dolayı beş yıl veya daha fazla süreyle ya da devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, (...) (1) zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık suçlarından hapis cezasına mahkûm olmamak gerekir.

İcrayı sanat etmesine mani ve gayrıkabili şifa bir marazı aklı ile malul olduğu bilmuayene tebeyün eden tabipler, Sağlık Bakanlığının teklifi ve Sağlık Bakanlığı Yüksek Disiplin Kurulu kararıyla icrayı sanattan menolunur ve diplomaları geri alınır.

(Ek fıkra: 15/8/2017-KHK-694/5 md.; Aynen kabul: 1/2/2018-7078/5 md.) Millî Savunma Bakanlığı ile Jandarma ve Sahil Güvenlik Akademisi nam ve hesabına tıp fakültelerinde okuyan tabip subaylardan yükümlülük süresini tamamlamadan mahkeme veya disiplin kurulu kararına dayanılarak ilişiği kesilenler, kalan yükümlülük süresince hekimlik mesleğini icra edemezler.

C. YETKİLİ HEKİM KOŞULU BAKIMINDAN ÖZELLİK ARZ EDEN HALLER

Tıbbi müdahale yetkisi sadece sağlık personeline, esas itibariyle hekime verilmiştir. Böylelikle, bireyin üzerinde yaratabileceği olumsuz etkilerin önlenmesi, toplumun korunması amaçlanmıştır. Hekim dışındaki sağlık görevlileri, hekim kararı ve talimatı olmaksızın hastalara doğrudan tıbbi müdahalede bulunmak suretiyle sağlık hizmeti veremez. İlk yardım ve acil tıbbi müdahale gerektiren durumlarda, sağlık görevlisinin yardım yükümlülüğü bulunduğu tıbbi müdahalede bulunması gerekmektedir.

1. Hekim Olmayan Kişinin Müdahalesi

Hekimlerin yanı sıra, kanunun m.3/2 de belirtildiği üzere, acil tıbbi yardım ve bakım ile sınırlı kalmak ve Sağlık Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikte belirtilmesi kaydıyla acil tıp teknisyenleri, kanunun m.3/2 de belirtildiği üzere ise, Türk Silahlı Kuvvetlerince yetiştirilen sıhhiye sınıfına mensup erler ve erbaşlar, TSK’da görev yaptıkları süre ve görevle sınırlı olmak üzere hasta için gerekli olan tıbbi işlem ve müdahalelerde bulunabilir. Aynı maddenin 4’üncü fıkrasında ise, “*Türk Silâhlı Kuvvetlerinin muharip unsurlarından ve Emniyet Genel Müdürlüğü Özel Harekat Dairesi Başkanlığının merkez ve taşra teşkilatı personelinden, görevlendirilen ve ilgili eğitimi başarıyla tamamlayanların sağlık personeli yokluğunda sağlık hizmetine ulaşınca kadar acil tıbbi müdahalede bulunmaya yetkili kişiler*” arasında sayılmıştır.

2. Yabancı Hekimin Müdahalesi

Hekimlik faaliyetinin yalnızca Türk vatandaşlarına özgü olmasını belirten düzenleme olan 1219 sayılı kanunun 4’üncü maddesinde yer alan “*Türk hekimleri*” ibaresi 11/10/2011-KHK-663/58 md. Hükmü gereğince “*hekimlerin*” şeklinde değiştirilmiştir. Buna göre önceden hekimlerin Türk vatandaşı olma şartı 2011 yılından bu yana aranmamaktadır.

Bizce de yerinde olan düzenleme ile Türk vatandaşı olmayan hekimlerin; tıp gibi evrensel olarak kabul edilen bir mesleği icra ederken yetkili görülmemesi hatalı bir değerlendirme olacaktır.

Yabancı olan hekimlerin Türkiye’de çalışabilmesi için öncelikle sahip olduğu tıp diplomasına ilişkin onayının yapılabilmesi için, Sağlık Bakanlığı tarafından düzenlenen jüri ve ihtiyaç olması halinde sınavlara girerek diplomanın denkliği sağlanacaktır. Sonrasında ise, Sağlık Bakanlığı’ndan onay ve Çalışma Bakanlığı’ndan çalışma izni aldıkları süreçte, yabancı hekimler de hekimlik mesleğinin icrasına sürekli veya geçici engel hali bulunmaması koşuluyla Türkiye’de hekimlik yapabileceklerdir.

3. Üstlenme Kusuru

Günümüzde tıp biliminin gelişimine paralel bir şekilde artan tıpta uzmanlaşma ile birlikte, her bir tedavinin üstlenilmesi ve yürütülmesinin o alanda uzmanlık sahibi kişi tarafından gerçekleştirilmesi arzulanmaktadır⁸³.

Tıbbi müdahalede bulunmak için uzman doktor olmak şart olmasa da, mevzuat gereği, acil durumlar hariç olmak üzere rahim tahliyesi ve sterilizasyon ameliyatlarında, 3153 sayılı kanunda belirtilen hallerde, 1219 sayılı kanunun 3’üncü ve 23’üncü maddeleri gereğince önemli cerrahi işlemlerde bulunabilmek için uzman hekim sıfatına sahip olunması gerekmektedir. Hekimin özel uzmanlık koşulunu sağlamadığı veya genel uzman olmasına rağmen alt uzmanlık alanına ait bir dalda yaptığı ameliyatın kendi bilgi ve beceri seviyesinin üzerinde olduğu veya gerekli tıbbi şartların hazır olmaması nedeniyle operasyon olumsuz sonuçlanırsa hekim bu davranışından sorumlu tutulacaktır.

Hekim yapmış olduğu tıbbi müdahale sırasında sadakat ve özen borcuna aykırı davranmış kabul edilecektir ki, bu durum hekimin üstlenme kusuru olarak da ifade edilmektedir⁸⁴. Kanunun özellikle özel uzmanlık dalı tarafından yürütülmesini açıkça belirttiği hallerde, örneğin yetkisiz bir hekim tarafından kısırlaştırma veya rahim tahliyesinin yapılması halinde, tıbbi girişimin uzman olmayan kişi tarafından yapılması açıkça hukuka aykırılık teşkil etmektedir.

Kural olarak, hekim önüne gelen tıbbi vakıa da tedavi konusunda bilgi ve tecrübeye sahip olup olmadığını değerlendirmeli, tedavinin kendi bilgi ve becerisini aştığını fark ettiği anda uzman bir hekime yönlendirmesi gerekmektedir.

⁸³ HAKERİ, syf:114

⁸⁴ GÖKCAN, Hasan Tahsin; “Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk” Seçkin Yayınları, 3.baskı, Ankara, Nisan 2017, syf:190-191, HAKERİ, syf:117

Uzmanlık eğitimini yeni tamamlamış ancak ilk ameliyatına giren hekimin, başka bir uzman hekimin gözetiminde müdahaleyi gerçekleştirmemesi hali de üstlenme kusurunu ortaya çıkartabilmektedir. Özellikle uzmanlık öğrencilerinin, uygulama bilgisinin artırılması amacıyla hekim gibi tıbbi müdahale de bulunması yetkisi verildiğinden bu kişilerin eylemi; eğitim sorumlusunun denetim ve gözetimi altında gerçekleşmesi koşuluyla hukuka uygun hale gelmektedir. Bu durumda öğrencinin mevcut bilgisi, becerisi ve yeteneği doğrultusunda üstlenmemesi gereken bir işi alırsa bu durumda öğrenci hakkında üstlenme kusuru, gözetim yükümlülüğü bulunan kişi hakkında ise hatalı tıbbi uygulama sebebiyle cezai sorumlulukları doğacaktır.

Pratisyen hekim veya herhangi bir dalda uzman olan hekimin diğer bir uzmanlık dalıyla ilgili müdahalelerde bulunamayacağına ilişkin kanunda sınırlama olmaması rağmen, hastanelerin işletilmesiyle ilgili iç düzenlemelerde, tıbbi müdahalelerin o dalın uzmanı tarafından yürütülmesi gerektiği öngörülmektedir. Zira acil durumlar haricinde tedavinin ilgili dalda uzman hekim tarafından yürütülmesi ve hastanenin de bu koşulu sağlayacak standartta hizmet vermesi esas kabul edilmektedir⁸⁵.

Hekimin uzmanlığının olmadığı bir alanda tıbbi müdahalede bulunması halinde, hekim eyleminden ötürü vermiş olduğu zararlardan taksire dayalı olarak sorumluluğu doğacaktır. Zira hekim, Tıpta ve Diş Hekimliğinde Uzmanlık Eğitimi Yönetmeliği'nin m.4/1-1 hükmüne göre uzmanlık isteyen ilgili dalda sanat uygulama hakkı ve uzmanlık unvanının kullanılması uzmanlık eğitiminin tamamlanması neticesinde elde edileceği belirtilse de, o alanda tek yetkili kişilerin uzmanların olduğu belirtilmektedir. Bu sebeple; uzmanlık koşulunu sağlamadan gerçekleşen tıbbi müdahale neticesinden hekim taksirinden ötürü sorumlu tutulur⁸⁶.

II. TIBBİ GEREKLİLİĞİN BULUNMASI

Her türlü tıbbi müdahale kural olarak endikasyona dayanmalı, başka bir deyişle, belirli bir teşhis veya tedavi sürecinin uygulanabilmesi için, hekimin bu

⁸⁵ GÖKCAN, syf:303, DEMİR, syf:47

⁸⁶ HAKERİ, syf:117

tedbirini haklı kılan tıbbi veriler çerçevesinde gerekli ve zorunlu görülmesini sağlayan nedeni bulunmalıdır⁸⁷.

Bir olayda endikasyonun varlığı, hastaya sağlanması beklenen menfaatin müdahale ile ortaya çıkması beklenen sonucun hastanın yaşam hakkı ve sağlığında olumsuz bir hal yaratmayacağına, mevcut tıp bilimi ve mesleki veriler açısından değerlendirilmesi gerekir.⁸⁸

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi⁸⁹ md.13/2 hükmüne göre: “*Tabip ve dış tabibi; teşhis, tedavi veya korunmak gayesi olmaksızın, hastanın arzusuna uyararak veya diğer sebeplerle, akli veya bedeni mukavemetini azaltacak herhangi bir şey yapamaz.*” ve md.20/1 hükmüne göre: “*Tabip ve dış tabibi, faydasızlığını bildiği bir ilacı, hastaya veremez. Ancak, esaslı bir tedavi yapılması mümkün olmayan hallerde, teselli bakımından bazı ilaçlar tavsiye edebilir.*” hükümleri gereğince hekimin hukuka uygun bir tıbbi müdahaleyi gerçekleştirdiğinin kabulü için endikasyon adı verilen, söz konusu tedavinin hasta için tıbben gerekliliğinin bulunması gerekmektedir.

‘*Tıbbi Gereklilikler Dışında Müdahale Yasağı*’nı düzenleyen HHY md.12 hükmüne göre: “*Teşhis, tedavi veya korunma maksadı olmaksızın, ölüme veya hayati tehlikeye yol açabilecek veya vücut bütünlüğünü ihlal edebilecek veya akli veya bedeni mukavemeti azaltabilecek hiçbir şey yapılamaz ve talep de edilemez.*” şeklinde yasal düzenlemeye yer verilmiştir.

Ayrıca YCGK E. 2014/12-103 K. 2014/552 T. 9.12.2014 kararında endikasyon şartına dikkat çekmiştir: “*Doktor, doktorluk mesleğinin gerektirdiği yükümlülükler ile tıp biliminin geçerli kurallarına uygun olarak müdahale yapmalı, tıbbın ilke ve prensiplerine aykırı teşhis ve tedavi yapmamalıdır. Doktorun müdahalesi öncelikle endikasyon da denilen tıbbi bir gereklilik sebebiyle teşhis, tedavi ve hastalıktan korunma gibi sebeplerle yapılmalıdır. Bu zorunluluk Anayasamızın 17. maddesinde de vurgulanmıştır.*”

Yapılan açıklamalar çerçevesinde hukuka uygun bir şekilde tıbbi müdahalenin gerçekleşebilmesi için tıbbi gereklilik bir diğer ifade ile endikasyonun bulunması gerekmektedir. Endikasyon şartı gerçekleşmeden yapılan bir tıbbi müdahale, rıza alınmış olsa bile hukuka aykırı olacaktır. Ayrıca, hekimin haksız fiil

⁸⁷ ÖZER, Oktay, “*Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Şartları*” (<https://www.kavlak.av.tr/tibbimudahale>, Erişim Tarihi:15.12.2019), HAKERİ, syf:222

⁸⁸ GÖKCAN, syf:195

⁸⁹ RG:19.2.1960, S:164

ya da sözleşmeye aykırılık sorumluluğuna yol açacağı gibi, duruma göre, hekim, kasten yaralama ya da öldürme suçlamaları ile de karşı karşıya kalabilecektir.

III. HASTANIN AYDINLATILMIŞ RIZASI

A. GENEL OLARAK

Hastanın, vücut dokunulmazlığına yönelik gerçekleşecek her eylem yasal düzenlemeler gereğince hukuka aykırı olarak kabul edilirken, söz konusu hukuka aykırılığın giderilmesi, kişinin aydınlatılması neticesinde alınan rızası ile mümkün olmaktadır⁹⁰.

Hekim tarafından yapılan tıbbi müdahalede hastanın rızasının varlığı temel bir unsur olup, bu konuyla ilgili hem uluslararası hukukta hem de ulusal hukukta düzenlemelere de yer verilmiştir.

Uluslararası hukukta ilk düzenlemeye, Avrupa Konseyi tarafından Kasım 1996'da karara bağlanan ve Türkiye tarafından da onaylanması suretiyle bağlayıcı hale gelen “*İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi*” hastanın rızasının olmasına yönelik ayrıntılı bir şekilde konu incelenmiştir⁹¹. Konuyla ilgili açıklamalara yeri geldikçe değinilecektir.

Uluslararası hukukta yer alan bir diğer düzenleme ise, Dünya Tabipler Birliği tarafından periyodik bir şekilde düzenlenen tıp kongrelerinde⁹² hastanın rızasını alınması ve zamanla ilkenin geliştirilmesi amacıyla kabul edilen ilke kararları

⁹⁰ HAKERİ, syf:124

⁹¹ RG:20.04.2004, S:25439

“Her tıbbi müdahale, bireylerin özgür ve bilgilendirilmiş onayı ile yapılır. Bu kişilere olası riskler ve olası sonuçlar aktarılır. Onay veremeyecek durumda olanların korunması: Yasalara göre onay veremeyecek yaşta olanlar için izin, o kişilerin yasal temsilcilerinden alınır. Yaşı küçük olanlarda ayrıca yaş ve olgunluğa göre görüş de alınmaya çalışılır. Yetişkin bir kişi sağlık nedenlerinden dolayı onay veremeyecek durumda ise onun yerine yasal temsilcisi karar verir. Akıl sağlığı yerinde olmayanlara yapılacak tıbbi müdahale ancak kişinin iyiliği için yapılır. Onay alınamayacak kadar acil olan durumlarda sadece kişinin yaşamı ve sağlığı göz önüne alınır”

“İnsan üzerinde araştırma ancak şu durumlarda yapılır:

Etik kararlar multidisipliner bir komite tarafından verilmeli, araştırma kapsamına girenlere hakları ve yasal güvenceleri hatırlatılmalı, kişinin onayı alınmalı, araştırma kapsamına giren kişi istediği zaman bu onaydan vazgeçebilir.

In vitro embriyo araştırmaları yasalar mümkün kılıyorsa ve ancak embriyonun yeterli derecede korunması ile yapılabilir. Araştırma amacı ile insan embriyosu oluşturmak yasaktır”

“Organ veya dokunun alınması onaya bağlıdır. İnsan vücudunun hiçbir parçası ticari amaç için kullanılamaz”

⁹² 18. Dünya Tıp Kongresi (Helsinki, Finlandiya, 1964), 29. Dünya Tıp Kongresi (Tokyo, Japonya, 1975), 35. Dünya Tıp Kongresi (Viyana, İtalya, 1983), 41. Dünya Tıp Kongresi (Hong Kong, 1989) ve 48. Genel Kongre'de (Somerset West, Güney Afrika Cumhuriyeti, 1996) alınan ilke kararları, konuyla ilişkin düzenlemeler içermektedir.

bulunmaktadır. Ülkenin zamanla geliştirilmesine yönelik 1994 tarihli Amsterdam Kongresinde “*Hasta Hakları Geliştirilmesi Bildirgesi*” konuyla ilgili özel bir başlık altında açıklamalara yer vermiştir⁹³. Yer alan açıklamalara ilgili başlıklarda detaylı bir şekilde incelenecektir.

Türk hukukunda yer alan yasal düzenlemelerde ise; 1982 Anayasası’nda kişilik hakları ve kişiliğin korunması amacıyla insan sağlığı ve vücut bütünlüğünü ilgilendiren koruyucu hükümlere yer verilmiştir. AY’nin 17’inci maddesinin ikinci fıkrasında vücut bütünlüğüne dokunulmayacağına ilişkin temel bir sınırlandırma getirirken, yapılan sınırlandırmaya tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller olmak üzere iki istisna getirmiştir. Ayrıca insan vücudunun bilimsel ve tıbbi deneylerde kullanılmasını kişinin rıza vermesi şartına bağlamıştır.

AY’deki hükümlere paralel TMK’da da getirilen yasal düzenlemelerle kişinin rızasına bağlı olarak m.23 gereğince “*insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve nakli*”nin rızanın alınması ile mümkün olabileceği, m.24 gereğince de kişilik haklarına yönelik bir saldırının ancak; kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası,

⁹³ 1994 tarihli Amsterdam- Avrupa Hasta Haklarının Geliştirilmesi Bildirgesi (<https://dosyaism.saglik.gov.tr/Eklenti/27596.amsterdambildirgesi1994pdf.pdf?0& tag1=CBEABCE E221081BD5FAE7148AEAD37936885CF3F>, Erişim tarihi: 16.12.2019)

" Hastanın bilgilendirilmiş onayı herhangi bir tıbbi girişimin ön koşuludur.

Hasta tıbbi girişimi reddetme veya durdurma hakkına sahiptir. Reddedilen veya durdurulan tıbbi girişimin getireceği sonuçlar hastaya dikkatli bir şekilde açıklanmalıdır.

Hastanın iradesini beyan etmesinin mümkün olmadığı ve acilen tıbbi girişim yapılması gereken durumlarda, daha önceden bu girişimi reddettiğini gösteren bir açıklaması yoksa hastanın onayı varsayılarak girişim yapılabilir.

Hastanın yasal temsilcisinin onayının gerektiği ve önerilen girişimin acil olduğu durumda eğer temsilcinin onayı zamanında alınamıyorsa tıbbi girişim yapılabilir.

Yasal temsilcinin onayı gerektiği zaman, hastalar (çocuk veya erişkin olsun) durumlarının izin verdiği ölçüde yine de karar alma sürecine dahil edilmelidir.

Yasal temsilcinin onay vermeyi reddettiği durumda, doktor veya diğer sağlık personelinin görüşü girişimin hastayı ilgilendirdiği yolunda ise, karar mahkemeye veya hakem heyeti benzeri merciye bırakılmalıdır.

Hastanın onay vermesinin mümkün olmadığı ve yasal temsilcisinin bulunmadığı veya bu amaçla seçilmediği bütün diğer durumlarda hastanın istekleri tahmin edilerek ve hesaba katılarak alternatif karar alma biçimi için uygun önlemler alınmalıdır.

İnsan vücudunun bütün parçalarının kullanımı ve korunması için hasta onayı gereklidir. Tanı, tedavi ve hasta bakımı için madde kullanımı gereken durumlarda onay varsayılarak davranılabilir.

Klinik çalışmalara katılım için hastanın bilgilendirilmiş onayına ihtiyaç vardır.

Hastanın bilgilendirilmiş onayı bilimsel araştırmalarda dahil edilme için önkoşuldur. Bütün araştırma protokolleri uygun etik kurul onayı işlemlerinden geçirilmelidir. Bu gibi araştırmalar, yasal temsilcisinin onayı olmadıkça ve hastayı ilgilendirmedikçe kendi iradesini beyan edemeyen hastalarda yapılmamalıdır. Bu konuyla ilgili bir istisna, önemli bir değeri olan, alternatif yöntemleri olmayan ve başka araştırma öznesi bulunmayan araştırmalardır. Böyle bir durumda risk ve/veya yük çok azsa, kişinin itirazı yoksa, hastanın sağlığına doğrudan bir yararı olmasa da kapasite eksikliği olan bireyler gözleme dayalı araştırmalara dahil edilebilir”.

daha üstün nitelikte özel ve kamusal yararın bulunması, kanunun verdiği yetkinin kullanılması hallerinde hukuka uygun sayılabileceği belirtilmiştir.

Benzer bir düzenlemeye, İtalyan MK m.5'te yer verilerek; kişinin vücut bütünlüğünü üzerinde yalnızca tasarrufta bulunabileceği haklarına yönelik gerçekleşen müdahaleye rıza gösterebilir ve bu rıza hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmektedir. Ancak yapılacak olan tıbbi müdahale öncelikle kişinin vücut bütünlüğü üzerinde daimi bir ihlaline yönelik ise ya da müdahale kamu düzenini, hukuka veya ahlaka aykırı olduğunda da verilen rıza hukuken geçerlilik göstermeyecektir⁹⁴.

TMK hükümlerinin yanı sıra 1219 sayılı kanunun 70'inci maddesinde de, rıza şartının tıbbi müdahalenin temel bir unsuru olduğunu ve verilen rıza kapsamında hareket edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Ayrıca HHY'de de Beşinci Bölüm olan “*Tıbbi Müdahalede Hastanın Rızası*” başlığı altında konuya detaylı bir şekilde yer verilmiştir⁹⁵.

Hekim, tıbbi müdahalede bulurken sahip olduğu nihai amacı hastaları tedavi etmektir. Bu amaçla hareket eden hekim, hukuka uygunluk sınırı içerisinde kişinin yasalarca korunan vücut bütünlüğü ve yaşam hakkını ihlal ederse de (tıbbi el atma ve yardım) hukuken korunur. Ceza hukukunda tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğu hakkın icrasına dayanmaktadır. Teşhis ve tedavi amacıyla yapılan bir tıbbî müdahalenin hukuka uygun olabilmesi için, kural olarak, kişinin buna rıza göstermesi gerekir.

Kanun maddesinde belirtilen istisnai haller hariç olmak üzere, rıza alınmadan tıbbi müdahalenin yapılması durumunda; söz konusu müdahale her ne kadar tıp biliminin verilerine uygun olsa dahi teşhis veya tedavi neticesinde kişi sağlığına kavuşsa da hukuka aykırı olarak kabul edilmektedir.

Tıbbi müdahale işlemi sırasında hastanın rızasının alınması ve rızasına bağlı kalınarak harekete edilmesi, kişinin kendi kaderini tayin hakkı ile bağlantılı olması nedeniyle tıp hukukunda yer almıştır. Tıp hukukunda önceleri hakim olan hekimin

⁹⁴ **DERYAL**, Yahya; “*Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluk Şartı Olarak Hastanın Rızası*” (<https://sbu.saglik.gov.tr/hastahaklari/riza2.htm>, Erişim Tarihi:16.12.2019)

⁹⁵ **SEZER**, Nazlı; “*Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu*” (<http://www.sezerutkaner.com/blog/tibbi-mudahalenin-hukuka-uygunlugu/>, Erişim Tarihi:18.12.2019), **HAKERİ**, syf:124

müdahaleye yönelik mutlak iradesi yerini, hastanın kendi vücudu üzerinde kaderini belirlemeye yönelik almış olmuş iradeye bırakmıştır. Bu amaçla Lizbon Bildirgesinin 3'üncü maddesinde⁹⁶ de yapılan bilgilendirme neticesinde hastanın tedaviyi kabul veya reddetme hakkına sahip olduğu belirterek hastanın iradesine tanınan üstünlük vurgulanmış oldu. Benzer bir ifade, Avrupa İnsan Haklarının Geliştirilmesi Bildirgesinin (Amsterdam Bildirgesi) 3.2 maddesinde⁹⁷ de yer verilmiştir.

Hastanın rızasının hukuken geçerli kabul edilen bir rıza olabilmesi için aranan bazı şartlar vardır. Bunlar;

- 1. Hastanın temyiz kudretinin bulunması**, kendisinin uygulanacak olan tıbbi müdahalenin içeriği, olumlu ya da olumsuz sonuçları, etkileri ve nedenlerini anlayabilme, öngörüye sahip olmak ve bu öngörüye uygun bir şekilde hareket edebilme kudretidir. Hastanın yaşı veya mental rahatsızlıkları nedeniyle temyiz kudretine sahip olamaması hallerinde ise kanunen onlar adına irade açıklaması yapabilecek kişiler belirlenmiştir. Buna göre; hasta yaş küçüklüğünden ötürü reşit olmaması halinde ona uygulanacak olan tıbbi müdahaleye rıza vermeye velisi olan kişiler yetkilidir. Bununla birlikte hasta reşit olmasına rağmen temyiz kudretinin bulunmaması halinde ise, kanunen atanan vasiler söz konusu tıbbi müdahale ile ilgili rıza göstermeye yetkili kişilerdir. Hastanın temyiz kudretini alkol veya uyuşturucu madde etkisi gibi geçici süreliğine sahip olmaması halinde ise, hekimler tarafından tıbbi müdahale acil nitelikte değilse ertelenmelidir. Eğer acil nitelik taşıyan ve hastanın yaşam ve vücut bütünlüğüne yönelik ciddi bir tehdidin bulunması durumunda ise, hekim derhal tıbben gerekli olan işlem ve müdahaleleri yapmakla meslek etiği kuralları gereğince yükümlüdür.
- 2. Hastanın iradesinin sakatlanmamış olması**, tıbbi müdahale hakkında, önemi veya gerekliliği gibi konularda hastanın oluşan iradesi ile hekimin tıbbi müdahaleyi uygulamadaki amacını içeren iradenin uyuşmamasıdır. Böyle bir

⁹⁶ 1981 tarihli Lizbon Bildirgesi (<https://dosyaism.saglik.gov.tr/Eklenti/27595.lizbonbildirgesi1981pdf.pdf?0& tag1=B604E65F9D752DBD1BCFA298D02CC89A4C8DE295>), Erişim Tarihi: 12.12.2019)

Madde 3- Hasta yeterli bilgilendirmeden sonra önerilen tedaviyi kabul veya reddedebilme hakkına sahip olabilmelidir.”

⁹⁷ Avrupa İnsan Haklarının Geliştirilmesi Bildirgesinin (Amsterdam Bildirgesi) (<https://dosyaism.saglik.gov.tr/Eklenti/27596.amsterdambildirgesi1994pdf.pdf?0& tag1=CBEABCE E221081BD5FAE7148AEAD37936885CF3F>), Erişim Tarihi: 12.12.2019)

“3.2 maddesi: Hasta tıbbi girişimi reddetme veya durdurma hakkına sahiptir. Reddedilen veya durdurulan tıbbi girişimin getireceği sonuçlar hastaya dikkatli bir şekilde açıklanmalıdır.”

durumda hekim tarafından yapılan aydınlatmanın dili, zamanı, yöntemi, karşı tarafın anlayabileceği ve olayın özelliklerini idrak edebileceği şekilde gerçekleştirilmelidir. Böylelikle hekimler hastaların yanlış anlama neticesinde hatalı bir karar vermesinin de önüne geçmiş olabileceklerdir.

3. **Rızanın hukuka ve ahlaka uygun olması**, hastanın vermiş olduğu rızanın hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilebilmesi için önemlidir. Hukuken yasaklanan tedavi veya yöntemlerin uygulanmasına yönelik verilen rızanın geçerliliği bulunmamaktadır. Zira hukuk düzeni yalnızca kişinin tasarruf edebileceği haklar üzerinde kanunen belirlenen metot ve tekniklerin kullanılmasına ilişkin rıza verebileceğini kabul etmektedir. Örnek vermek gerekirse, Türk hukukunda ötanazi yasaktır. Bu sebeple hasta ile hekim ötanaziye ilişkin bir kararlaştırmanın yapılması ve hastanın rıza göstermesi neticesinde hekimin müdahalesi hukuka uygunluk koşullarından yararlanamayacak ve cezai sorumluluk gündeme gelecektir. Zira hasta yaşam hakkı üzerinde tasarrufta bulunma yetkisine kanunen sahip değildir.

Bahsedilen şartları taşıyan bir aydınlatılmış onamın alınması tıp etiğinde yer alan zarar vermeme ve özerkliğe saygı ilkesi gibi temel ilkelerin uygulanmasını sağlayan önemli bir husustur⁹⁸.

B. AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Tıp hukukunda, hekimin tıbbi müdahalesinin hukuka uygunluğunu sağlayan esas unsur 'rıza'dır. Aydınlatma ise rızanın geçerliliğinin ön şartıdır. Aydınlatma yükümlülüğünün iki işlevi bulunmaktadır.

İlki; tedavi aydınlatması olarak bilinen, müdahale öncesinde hekim tarafından tıbbi müdahalenin gerekliliği konusunda bilgilendirme yapması ve tedavinin başarısı ve hastalığın kişinin sağlığı üzerinde oluşturması muhtemel risklerin önlenmesine ilişkin belirli davranışlarda bulunmasını bildirmesi şeklinde gerçekleşir. Bu aydınlatmanın karar aydınlatmasından farkı ise, neticesinde hastanın rızasının alınmasına yönelik bilgilendirme yapılmamasıdır. Hekimin yaptığı bilgilendirme; hastayı koruyacak olan yaşam biçimi, ilaç verilmesi durumunda olası yan etkileri, ameliyatın gerçekleşmesi durumunda ortaya çıkabilecek muhtemel komplikasyonlar ile ilgilidir. Bu aydınlatmaya; uyarı yükümlülüğü de denilmektedir⁹⁹.

⁹⁸ HAKERİ, syf:125

⁹⁹ HAKERİ, syf:136

İkincisi ise; tıbbi müdahalenin hukuka aykırılık teşkil etmemesi için hastanın konu ile ilgili aydınlatılması neticesinde kararının alınmasıdır. Karar aydınlatılmasında ulaşılmak istenen; hastanın, hastalığın türü, ağırlığı, müdahalenin gelişimi, riskler ve muhtemel sonuçları hakkında bilgilendirme yapılarak kişinin serbest iradesiyle karar verebilmesinin sağlanabilmesidir¹⁰⁰. Karar aydınlatmasının kendi içinde çeşitleri de bulunmaktadır. Bunlar; teşhis aydınlatması, süreç aydınlatması, alternatif konusunda aydınlatma, müdahale yapılmamasının sonuçları konusunda aydınlatma şeklindedir.

Teşhis aydınlatması; hastanın sahip olduğu hastalık hakkında, hekimlerin söz konusu teşhisi yapabilmeleri için gösterdikleri uğraşlar neticesinde elde edilen, kesinleşen, ispatlanan veya onaylanan sonuçların hasta veya yakınları ile paylaşılmasıdır. Hekim, teşhisin türüne göre tedavinin başarı şansı ya da başarısız olma ihtimali konusunda da hastayı bilgilendirmeli, '*hastayı endişeye sevk etmeme*' fikrine kapılmamalıdır.

Süreç aydınlatması; tedavi sürecinin nasıl sevk edileceği, varsa evrelerin ne olduğuna, bu evrelerde beklenen muhtemel yan etki veya sonuçlar hakkında hastalığa ilişkin tedavi süreci hakkında bilgilendirilmesidir. Burada önem arz eden husus ise; hekimlerin tedavinin başarısızlık ihtimalinin varlığından ve beklenen başarısızlık ölçüsünün ne olabileceğine ilişkin aydınlatma yapma mecburiyetinde olmasından kaynaklanmaktadır¹⁰¹.

Alternatif konusunda aydınlatma türünde ise; hastalığa ilişkin tedavi türleri içerisinde ilaç, ameliyat, süreli terapi gibi tedavilerin alternatiflerinden hangisinin başarı şansının yüksek olduğu ve içerdiği riskler hakkında yapılan bilgilendirme ile; hasta tedavi sürecinde hangi alternatifte dayalı olarak müdahalenin gerçekleşeceği hakkında bilgi sahibi olabilmekte ve kendi menfaatini en çok koruyan tedavi yöntemini tercih edebilmesidir.

Son olarak; yapılan tüm teşhis, süreç, alternatif tedavi yöntemleri içerisinde hasta hiçbirini benimsemeyerek müdahale yapılmamasını tercih etme hakkına da sahiptir. Fakat hastanın bu hakkını kullanmasından önce, hastalığın riskleri ve olası yan etkileri hakkında detaylı bir şekilde aydınlatılması, hastanın mevcut bütün sonuçları göz önünde bulundurarak karar verilmesi gerekmektedir.

¹⁰⁰ HAKERİ, syf:131

¹⁰¹ HAKERİ, syf:133

Aydınlatmanın en hayati aşaması olan risk aydınlatması, gerekli özen gösterilmesine rağmen müdahale sırasında ya da sonrasında meydana gelecek yan etkilerin hastaya aktarılmasıdır¹⁰². Bunlar, hekimin teşhise giderken yaptığı tedaviler sırasında tespit ettiği ve tıp biliminin geldiği nokta itibariyle bilinen tüm riskler olduğu gibi, nadir de olsa ortaya çıkabilecek ağır nitelikte bir riskte olabilir. Bütün tipik riskler, tipik tehlikeler izah edilmeli, açıklama kayıt altına alındığı gibi, hastanın risklere rağmen tedaviye rıza verdiği imzası ile tevsik edilmelidir. Tıbbi müdahalenin yaratacağı risklerin varlığını bilmek, hasta için bir hak olduğu kadar, hekim açısından da mutlaka yerine getirilmesi gereken bir yükümlülüktür.

Hastanın aydınlatılması, acil nitelik taşımayan müdahaleler bakımından usulüne uygun olarak yapılmalıdır. Ancak hastanın bilincinin kapalı olduğu ve dolayısıyla rıza alınmanın mümkün olmadığı gibi hallerde hastanın vücut ve beden bütünlüğüne yönelik organ kaybı veya işlev yitirmesi gibi ağır sonuçlara neden olabilecek bir riskin bulunması durumunda hekim derhal müdahaleyi yapacaktır. Bu gibi aciliyet halinin olduğu durumlar kayıt altına alınır ve daha sonrasında hasta veya yakınına bu konuda açıklama yapılarak, yapılan müdahaleye ilişkin onayı imza altına alınarak söz konusu eksiklik giderilmiş olur.

Yasal düzenlemeler çerçevesinde; hekimin kendisine tanınan tıbbi müdahaleyi takdir yetkisine dayalı olarak sevk etmesinde ki yarar ile hastanın vücut dokunulmazlığı ile sağlığı hakkında karar veren mutlak kişi olması yararı çakışmaktadır. Bu noktada söz konusu çatışmayı gideren bir unsur olan aydınlatılmış onam ile; kişi sağlığı ile olan ve menfaatine olabilecek uygulama hakkında verdiği onay ile vücudu üzerindeki mutlak iradesini korurken; hekim ise açıklanan risklerin kabul edildiği ölçüde tıbbi müdahalesine yön verebilmektedir¹⁰³.

C. AYDINLATMANIN KAPSAMI

Aydınlatmanın kapsamı, genel kapsamda yapılan bilgilendirme olmayıp, somut olayın özelliklerine ve hastanın sağlık durumuna göre ortaya konmalıdır. Yapılan bilgilendirmenin kapsamı hakkında belirsizliğin giderilebilmesi amacıyla Sağlık Bakanlığı tarafından yayınlanan Hasta Hakları Yönetmeliği'nde değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmeliğin¹⁰⁴ 18'inci maddesinde düzenlemeye yer verilmiştir.

¹⁰² HAKERİ, syf:142

¹⁰³ HAKERİ, syf:126

¹⁰⁴ RG:8.5.2014 Sayı:28994

Buna göre, yapılacak bilgilendirme de esas olarak hastanın o anki mevcut fiziksel ve ruhsal sağlık durumu göz önünde tutularak; “..müdahalenin gerekliliği, rizikoların ağırlığı, 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 içeren..” bir bilgilendirme yapılacaktır. Yapılan bilgilendirme tıbbi müdahaleyi gerçekleştirecek hekim tarafından hastanın da mahremiyetinin korunması suretiyle doğrudan hastaya yapılır. Ayrıca, hastanın sosyal ve kültürel düzeyine uygun olarak anlayabileceği şekilde, mümkün oldukça tıbbi terimler kullanılmadan, tereddüt ve şüpheye yer vermeyecek şekilde sade bir dille sözlü gerçekleştirilmelidir¹⁰⁵.

Alman hukukunda, hekimin yapacağı aydınlatmanın kapsamı; tıbbi müdahalenin arz edeceği tehlikenin tipine, derecesine ve meydana getireceği komplikasyonların yoğunluğuna göre hastanın anlayabileceği kültür ve düzeye göre hekimin yapacağı bilgilendirme değişebilmektedir. Ancak müdahalenin normal sonuçları çerçevesine giren ve makul bir hastadan kabul edilmesi beklenen komplikasyonlar hakkında hekime aydınlatma yükümlülüğü yanı sıra açık bir izin alma yükümlülüğü de getirilmemiştir.

Alman hukukunun aksine, ABD mahkeme içtihatlarına göre, beklenen normal veya anormal risk ayrımı yapılmaksızın, tüm riskler hakkında hastanın tam bir açıklıkla aydınlatılması neticesinde rızasının alınması benimsenmiştir. Öyle ki, hastanın tedavi sürecinde öğrendiği tüm riskler nedeniyle yaşayacağı psikolojik

“Madde 18 – Bilgi, mümkün olduğunca sade şekilde, tereddüt ve şüpheye yer verilmeden, hastanın sosyal ve kültürel düzeyine uygun olarak anlayabileceği şekilde verilir.

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

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

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

Acil durumlar dışında, bilgilendirme hastaya makul süre tanınarak yapılır.

Bilgilendirme uygun ortamda ve hastanın mahremiyeti korunarak yapılır.

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

¹⁰⁵ HAKERİ, syf:152

buhranlar ve benzeri sakıncaların ortaya çıkması dahi hekimler tarafından hastanın tedavinin tüm riskleri hakkında aydınlatılmamasına yeterli neden teşkil etmemiştir¹⁰⁶.

Fransız hukukunda ise, hastanın aydınlatılması neticesinde alınan rızanın genel ve uygulanması beklenen rutin müdahaleler için verildiği görüşü hakimdir. Eğer hekim, tedavi sürecinde özel risk barındıran ve hastanın vücut bütünlüğünü kesin ve devamlı bir şekilde ihlal edebilecek, alışılmışın dışında bir tıbbi girişimde bulunacak ise, bu durumda hastanın bu konu hakkında özellikli bir şekilde yeniden aydınlatılması üzerine alınan açık rıza çerçevesinde yapacağı eylemlerin hukuka uygun hale geldiği kabul edilmektedir. Elbette ki, acil ve hayati önem taşıyan durumlarda yapılan müdahalelerde rıza şartı hastanın menfaatinin korunması amacıyla aranmamaktadır¹⁰⁷.

D. RIZANIN ŞEKLİ

HHY, “*mevzuatın öngördüğü istisnalar dışında*” rızanın şekle bağlı olmadığı ilkesi belirlenmiştir (m.28/I). Böylelikle rızanın; açık bir şekilde verilebileceği gibi örtülü bir şekilde de verilebileceği kabul edilmektedir. Ancak ispat kolaylığının sağlanabilmesi için yazılı bir şekilde alınması tavsiye edilir. Mevzuatın öngördüğü istisnalardan biri, organ ve doku alınması işlemleri sırasında verilecek rızanın bazı şartları taşıması gerektiğidir¹⁰⁸. Ayrıca 1219 sayılı kanunun 70’inci maddesinde büyük cerrahi operasyonlar için alınan rızanın yazılı olması da gerekmektedir. Mevzuatla öngörülen bir başka istisnai hal ise, HHY’nde ayrıntılı olarak düzenlenen tıbbi araştırmalarda hastanın rızasının alınmasının yazılı şarta tabi olmasıdır. (m.34/II)

Rızanın alınması, aydınlatılmış onam formunun doldurulması suretiyle gerçekleşmektedir. Söz konusu prosedürel işlemin hukuken geçerli bir şekilde kabul edilebilmesi için hastanın uygulanma ihtimali olan tedavi hakkında ve onun muhtemel yan etki ve sonuçları hakkında bilgilendirilmiş olması gerekmektedir. Bunun yanı sıra hastanın rahatsızlığına en uygun ve hastane olanaklarına göre

¹⁰⁶ DERYAL, Yahya; “*Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluk Şartı Olarak Hastanın Rızası*” (<https://sbu.saglik.gov.tr/hastahaklari/riza2.htm>, Erişim Tarihi:16.12.2019)

¹⁰⁷ DERYAL, Yahya; “*Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluk Şartı Olarak Hastanın Rızası*” (<https://sbu.saglik.gov.tr/hastahaklari/riza2.htm>, Erişim Tarihi:16.12.2019)

¹⁰⁸ 2238 sayılı Kanun’da şu şekilde yer almaktadır: “18 yaşını doldurmuş ve mümeyyiz olan bir kişiden organ ve doku alınabilmesi için vericinin en az iki tanık huzurunda açık, bilinçli ve tesirden uzak olarak önceden verilmiş yazılı ve imzalı veya en az iki tanık önünde sözlü olarak beyan edip imzaladığı tutanağın bir hekim tarafından onaylanması zorunludur” (m.6).

hastanın menfaatini en fazla koruyacak olan tedavi süreci tercih edilmelidir. İzlenebilecek farklı tedavi yöntemlerinin bulunması durumunda ise, hastaya her bir tedavi süreci ayrı ayrı ve hastanın anlayabileceği bir düzeyde anlatılması gerekmektedir. Yapılan bilgilendirme neticesinde hastada oluşan sağlıklı irade ile imzalanmış olan aydınlatılmış onam formları, hekimin müdahalesini izin verilen risk kavramı altında değerlendirilerek hukuka uygun hale gelmesini sağlayacaktır. Aksi bir durum da hekimin hukuka aykırı bir eyleminden ötürü cezai sorumluluğu gündeme gelecektir.

Sağlık Bakanlığı tarafından yayınlanan Hasta Hakları Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmeliğin¹⁰⁹ 26'nci maddesinde ise, hukuken geçerli kabul edilecek aydınlatılmış onam formlarının nasıl olması gerektiği belirtilmiştir. Rıza formunda yer alması beklenen bilgiler HHY'nin 15'inci maddesindedir¹¹⁰. Gerekli bilgileri içeren aydınlatılmış onam formlarında yer alan bilgiler hastaya sözlü olarak aktarılarak, bir nüshası hastada diğeri ise hastanın dosyasına konulmak üzere, hastaya veya kanuni temsilcisine imzalatılır. Acil durumlarda dahi, hastanın tedaviyi reddetme hakkı bulunmaktadır. Hastanın söz konusu beyanının da tutanak altına alınarak imzalanması, imzalanmaması durumunda da bu durumu belirten şerhin tutanağa işlenmesi gerekmektedir. Bizzat bilgilendirmeyi yapan sağlık meslek mensubunun imzasının eklenmesi ile birlikte, rıza formu muhafaza edilir. Böylelikle, yapılan tüm açıklamalar ve bilgilendirme sisteminin işleyişinden ve doğruluğundan imzayı tanzim eden sağlık meslek mensubu sorumlu olacaktır.

¹⁰⁹RG:8.5.2014, Sayı:28994

¹¹⁰RG:01.08.1998, S:23420

Madde 15-Bilgilendirmenin Kapsamı

"Hastaya;

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

E. RIZA EHLİYETİ

Türkiye'nin taraf olduğu “*Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi*”nde,¹¹¹ yapılacak olan tıbbi müdahaleye verilecek olan rıza kural olarak müdahaleye tabi tutulan kişi tarafından açıklanmalıdır. Hastaya yapılacak olan aydınlatma neticesinde oluşan özgür iradesine göre rıza açıklayabilecektir. Eğer hasta muvafakat verme yeteneği olmayan küçük veya mental rahatsızlığı bulunan bir kimse ise bu durumda, veli veya vasisinden tıbbi müdahalenin gerçekleştirilmesi için rıza alınması gerekmektedir. Veli veya vasinin rızası alınmadan önce rahatsızlıkla ilgili bilgilendirme yapılarak müdahalenin amacı, içeriği, süreci, yan etkileri hakkında kanaat oluşturabilmesi sağlanmalıdır. Rızasının alınmasının mümkün olmadığı durumlar ise küçük veya mental rahatsızlığı bulunan kimseye yalnızca onun doğrudan yararı bulunan durumlarda yapılabilecektir.

¹¹¹ RG:09.12.2003, S:25311

“Madde 5. (Genel Kural)

Sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde muvafakat etmesinden sonra yapılabilir.

Bu kişiye, önceden, müdahalenin amacı ve niteliği ile sonuçları ve tehlikeleri hakkında uygun bilgiler verilecektir.

İlgili kişi, muvafakatini her zaman, serbestçe geri alabilir.

Madde 6. (Muvafakat verme yeteneği bulunmayan kişilerin korunması)

1. *Aşağıda, 17 ve 20. maddelere tâbi olmak koşuluyla, muvafakat verme yeteneği bulunmayan bir kimse üzerinde tıbbî müdahale, sadece onun doğrudan yararı için yapılabilir.*

2. *Kanuna göre bir müdahaleye muvafakatini verme yeteneği bulunmayan bir küçüğe, sadece temsilcisinin veya kanun tarafından belirlenen makam, kişi veya kuruluşun izni ile müdahalede bulunabilir.*

Küçüğün görüşü, yaşı ve olgunluk derecesiyle orantılı bir şekilde, gittikçe daha belirleyici bir etken olarak göz önüne alınacaktır.

3. *Kanuna göre, akıl hastalığı, bir hastalık veya benzer nedenlerden dolayı, müdahaleye muvafakat etme yeteneği bulunmayan bir yetişkine, ancak temsilcisinin veya kanun tarafından belirlenen kişi veya makamın izni ile müdahalede bulunulabilir.*

İlgili kişi mümkün olduğu ölçüde izin verme sürecine katılacaktır.

4. *Yukarıda 2 ve 3. paragraflarda belirtilen temsilci, makam, kişi veya kuruluşa, aynı şartlarda, Madde 5’te belirtilen bilgi verilecektir.*

5. *Yukarıda 2 ve 3. paragraflarda belirtilen izin, ilgili kişinin en fazla yararı bakımından her zaman geri çekilebilir.*

Madde 7. (Akıl hastalığı olan kişilerin korunması)

Gözetim, denetim ve başka bir makama başvurma süreçleri dahil, kanun tarafından öngörülen koruyucu şartlarla bağlı olmak üzere, ciddi nitelikli bir akıl hastalığı olan kişi, yalnızca böyle bir tedavi yapılmadığı takdirde sağlığına ciddi bir zarar gelmesinin muhtemel olduğu durumlarda, muvafakatı olmaksızın, akıl hastalığının tedavi edilmesini amaçlayan bir müdahaleye tâbi tutulabilir.

Madde 8. (Acil durum)

Acil bir durum nedeniyle uygun muvafakatın alınamaması halinde, ilgili bireyin sağlığı için tıbbî bakımdan gerekli olan herhangi bir müdahale derhal yapılabilir.

Madde 9. (Önceden açıklanmış istek)

Müdahale sırasında isteğini açıklayabilecek bir durumda bulunmayan bir hastanın, tıbbî müdahale ile ilgili olarak önceden açıklamış olduğu istekler gözönüne alınacaktır.”

Aynı yaklaşıma HHY m.24'e yer verilerek tıbbi müdahaleye rıza vermeye yetkili kişilerin ehliyeti hakkında düzenlemeye gidilmiştir. İlgili maddede rızanın bizzat tam ehliyeteye sahip olan hasta tarafından açıklanması gerektiğidir, eğer hasta sınırlı ehliyetsiz ya da tam ehliyetsizse bir diğer ifadeyle, küçük ise velisinin veya vasisinin verdiği izinle birlikte tıbbi müdahaleye vermiş olduğu rıza hukuken geçerli kabul edilebilir. Hastanın, velisinin veya vasisinin olmadığı veya hazır bulunmadığı veya hastanın ifade gücünün olmadığı hallerde, bu şart aranmaz. Ancak unutulmamalıdır ki, kişinin yaşam ve vücut bütünlüğüne yönelik yapılan müdahale hastanın kişiliğine sıkı sıkıya bağlı haklardan olup, onlarında görüş ve iradesine yer verilerek tıbbi tedavi yöntemi izlenmelidir. Hastanın fiziksel veya zihinsel engelli olması durumunda da, bilgilendirme sırasında onların anlayacağı iletişim türünün uygulanması neticesinde rızaları alınması gerekmektedir.

Kanuni temsilci tarafından rıza verilmeyen hallerde, müdahalede bulunmak tıbben gerekli ise, velayet ve vesayet altındaki hastaya tıbbi müdahalede bulunulabilmesi; TMK'nın 346'ncı ve 487'inci maddeleri uyarınca mahkeme kararına bağlıdır¹¹².

Küçüğe yönelik tıbbi müdahalenin gerçekleştirilmesinde acil bir halin bulunması durumunda hekim tıbben gerekli tedbirleri alarak müdahalede bulunmalıdır. Hekimin bu müdahalesi, üçüncü kişi lehine meşru savunma veya zorunluluk hali hükümlerine göre hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilecektir.

Alman hukukuna göre¹¹³, tıbbi müdahaleye rıza verme yaşı 14'tür. Bu yaşa kadar olan çocuklara müdahale için velinin rızası aranır. 14-18 yaş aralığında bulunan çocuklar, müdahalenin ağırlığına ve acilliğine bağlı olarak tek başlarına rıza gösterme ehliyetine sahiptir. Müdahalenin önemli, ciddi risk barındırması hallerinde ise, tıbbi müdahaleye verilecek rıza da ayrıca velinin de görüşüne yer verilmektedir. Bizim hukukumuzda ki gibi benzer bir düzenleme ile, açıkça verilmiş veya zımnen verilen bir rıza olmaksızın gerçekleşen her müdahale haksız fiil olarak kabul edilmekte, gerçekleşen fiil hukuka aykırı kabul edilmektedir. Ancak acil müdahale gerektiren bir durum olduğunda, hasta kendinde değil veya fiil ehliyetine sahip olmasa bile kanuni temsilcinin rızası hemen elde edilemediğinde, hekim tarafından

¹¹² RG: 01.08.1998 S: 23420 HHY (md. 24/2)

¹¹³ **DERYAL**, Yahya, "Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluk Şartı Olarak Hastanın Rızası" (<https://sbu.saglik.gov.tr/hastahaklari/riza2.htm>, Erişim Tarihi:16.12.2019)

tedavinin gerçekleştirilmesi beklenir. Bu gibi durumlarda yapılan müdahale hukuka uygun fiil olarak kabul edilir. Hukuka uygunluğu sağlayan yasal statü ise ya BGB 683'üncü maddede yer alan vekaletsiz iş görmeye ilişkin hükümlerin uygulanması ya da aciz haline ilişkin genel hükümlere başvurulma durumu alman doktrininde benimsenmektedir. Zira hareket edilen düşünce, acil durumlarda objektif anlamda hastanın menfaatinin korunması ve sübjektif açıdan hastanın bu müdahaleye gerçek veya farazi iradesiyle onaylayacağını kabulündendir.

F. VARSAYILAN RIZA

Kural olarak hekim her tıbbi müdahale girişiminden önce yaptığı bilgilendirme sonucunda verilen hastanın rızası ise tedavi sürecini sevk etmekle yükümlüdür. Ancak tıbbi durumdaki zorunluluk durumunun bulunması ve o anda hastanın rızasının alınmasının mümkün olmadığı hallerde, hekimler tarafından gerçekleştirilen tıbbi müdahale işlemlerine hastanın rıza vereceği kabul edilerek hareket edilmektedir. Zira, hemen müdahalede bulunulmadığı takdirde hastanın yaşamı ve sağlığı üzerinde büyük bir tehlikenin ortaya çıkma ihtimalinin bulunması gerekmektedir. Hastanın rıza vereceğinin kabul edildiği durumlar, objektif bir değerlendirme neticesinde mevcut örf ve adete uygun bir şekilde yürütülen varsayım üzerine yapılan fiilin hukuka uygun hale geldiği kabul edilmektedir. Varsayılan rıza, ilgilinin rızası ile zorunluluk durumunun çatışması neticesinde hastanın sağlık durumu bakımından muhtemel olumsuzlukların zaman kaybetmeksizin giderilmesini hedefleyen bir kavramdır. Ancak unutulmamalıdır ki, varsayılan rıza gerçek rıza karşısında ikincil niteliktedir ve önemli olmayan bir tehlike durumunda söz konusu olmamaktadır¹¹⁴.

Varsayılan rızanın hukuka uygun olarak kabul edilebilmesi için bazı şartları taşıması gerekmektedir. Bunlar;

- İlgilinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkının bulunması ve rıza açıklamaya ehil olması,
- İlgilinin rızasının alınamaması,
- Failin ilgili yararına hareket etmesidir.

Varsayılan rızaya benzer bir diğer kavram olan ve Alman hukukunda yer alan hipotetik rıza ile aralarında yer alan farklılıklara değinmenin yararlı olacağı

¹¹⁴ **KANGAL**, Zeynel T, "Ceza Hukukunda Varsayılan Rıza" Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:15, Yıl:2011, Sayı:4, syf:226-234, **HAKERİ**, syf:209-211

düşüncesindeyiz. Hipotetik rızada; hekimin uygulamayı hedeflediği tıbbi müdahale hakkında hastaya karşı yerine getirmekle yükümlü olduğu bilgilendirmeyi tam olarak yapmaması sebebiyle, alınan rızanın hukuken geçersiz olduğu kabul edilen hukuka aykırılığın, doğru bir şekilde aydınlatma yapıldığında da hastanın rıza vereceğini kabul ederek yapılan tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunun sağlanmasıdır. Ancak bu durumda sorun yaratan bir husus, usulüne uygun bir aydınlatılma neticesinde hastanın tıbbi girişime rıza göstermeyeceğinin sabit olması durumunda, hekimin kasten adama yaralama suçundan cezalandırılması gerektirir. Çünkü bu gibi durumlarda, aydınlatma yükümlülüğü haricinde hekim tarafından farazi bir rızaya dayalı alınan bir risk söz konusudur. Bu şekilde, usulüne uygun aydınlatma imkanı varken bunun yapılmaması neticesinde elde edilen sakat irade hukuka aykırılığa neden olmaktadır. Varsayılan rızada ise, usulüne uygun yapılacak bir aydınlatma neticesinde dahi alınma imkanı bulunmayan ancak aydınlatma yapıldığında objektif bir değerlendirme neticesinde rızanın verileceği varsayılarak hareket edilir¹¹⁵.

Bizde, Kangal'ın görüşüne katılarak hipotetik rızanın varsayılan rızadan farklı olarak fiili hukuka uygun hale getirmeyeceği fikrindeyiz. Hekimin yerine getirmekle sorumlu olduğu aydınlatma yükümlülüğüne imkanı olmasına rağmen uygun davranmaması neticesinde sonrasında hastanın da buna rıza vereceği düşüncesiyle kişinin doğrudan yaşam ve vücut bütünlüğüne yönelik büyük riskler içeren tıbbi girişimlerde bulunması hukuken kabul edilmemelidir. Bu yaklaşımın benimsenmesi, çalışmamızın başında da belirttiğimiz gibi tıbbi müdahalede hekimin rolünü gösteren tarihsel süreçte gelinen noktanın inkarı anlamına gelmektedir. Tarihsel süreçte birlikte hastanın kendi kaderinin tayin hakkı olduğunu, kendi bedeni ve yaşamı hakkında onun sağlık durumuna uygun olmasa bile yaptığı irade açıklamasına bağlı kalınarak insan onuruna uygun bir şekilde yaşamı sürmesinin en doğal hakkı olduğu kabul edilmiştir. Bu süreçten sonra hipotetik rızanın geçerliliğinin kabul edilmesi, hekim tarafından gerçekleştirilen eylemin hukuka aykırı olduğunu ve buna bağlı kalınarak hekimin cezai sorumluluğunun gündeme gelmesi gerektiğini savunmaktayız.

¹¹⁵ KANGAL, syf:225-226

G. TIBBİ VASIYET (HASTA VASIYETİ)

Hastanın kendi kaderini tayin hakkını kullanmasını sağlayan, gelecekte ayırt etme gücünü kaybetmesi durumunda, tedavi sürecinin nasıl ilerlemesi gerektiği belirten, hangi tedavi yöntemlerini kabul ettiği veya hangilerini reddettiği ifade etmesini sağlayan bir tasarruftur¹¹⁶. Hastanın önceden aydınlatılması gerektiği¹¹⁷ veya vasiyetin sadece belirli bir hastalık durumu ve tedavi yöntemlerini içermesi gibi geçerlilik şartı olmayan¹¹⁸ tıbbi vasiyet, hasta tarafından geri alınıncaya kadar kural olarak bağlayıcıdır. Tıbbi vasiyet başka bir ifade ile hasta vasiyeti, yalnızca hayatın son dönemi olarak adlandırılabilir hayati devam ettiren tıbbi müdahalelerin kabul edilmesi veya reddedilmesi gibi dönemler için uygulama alanına sahip olmayıp, hastanın sağlık durumunu ilgilendiren her türlü müdahale hakkında düzenleme yapılabilmesine imkan sağlamaktadır.

İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin 6'nci maddesine göre sözleşmede imzası bulunan devletlerin "tıbbi vasiyet" kavramı ile ilgili içsel düzenleme yapılmasına yönelik Avrupa Konseyi'nin CM/Rec(2009) 11 numaralı tavsiye kararı bulunmaktadır. İlgili tavsiye kararına göre; hastanın hukuken ehliyetini kaybettiği durumlarda, hastanın yasal ehliyete sahipken önceden vermiş olduğu talimatları varsa veya bir kişiyi temsilci olarak yetkilendirmesi durumunda, gelecekte hakkında karar vermelerine imkan sağlayacak hukuki düzenlemeleri önermektedir. Önceden verilmiş hasta talimatlarını içeren yasal düzenleme iç hukukta yapılmamış olsa da, hastanın kendi kaderini tayine yönelik iradi açıklamalarına saygı gösterilmesi gerektiğini ancak yinede verilen talimatların ne denli bağlayıcı olacağına devletlerin karar vermesi gerektiğini belirtmiştir¹¹⁹.

Tıbbi vasiyet, Türk hukukuna bununla ilgili bir hüküm içeren Biyotıp Sözleşmesinin onaylanması devamında HHY'nin 24'üncü maddesinde yapılan

¹¹⁶ İMAMOĞLU, Hülya, "Hasta Vasiyetine İlişkin Bazı Meseleler" Ankara Üni. Hukuk Fak. Dergisi, Sayı:65, Cilt:1, 2016, syf:199; ÜLMAN, Yeşim Işıl, "Yaşamın Son Döneminde Tıbbi Tedavide Karar Verme Sürecine İlişkin Kılavuz" Avrupa Konseyi, İstanbul, Ekim 2014, syf:17; HAKERİ, syf:213-215

¹¹⁷"İsviçre Medeni Kanunu, hasta vasiyetinin geçerliliği için düzenleyen kişinin önceden aydınlatılmış olmasını açıkça talep etmemiştir. Kanunun gerekçesinde, burada, kural olarak hasta vasiyetini düzenleyen kişinin irade oluşumu için önemli bilgilere sahip olduğu ve ek aydınlatmadan vazgeçtiği esastan hareket edildiği belirtilmiştir. Nitekim ayırt etme gücüne sahip bir hasta da aydınlatmadan vazgeçebilir ve kararı tedavi eden tıbbi personele bırakabilir. Şu halde İsviçre hukukuna göre hasta vasiyeti, önceden içeriğindeki tıbbi tedbirler hakkında aydınlatma olmaksızın düzenlenmiş bulursa da geçerli ve bağlayıcı sayılır." İMAMOĞLU, syf:209

¹¹⁸ İMAMOĞLU, syf:209

¹¹⁹ ÜLMAN, syf:20

değişiklikle birlikte uygulamamızda yer edinmiştir¹²⁰. Yer alan düzenlemede, tıbbi müdahale sırasında isteğini açıklayamayacak durumda bulunan bir hastanın, önceden açıklamış olduğu iradenin göz önünde tutularak sürecin sevk ve idaresinin sağlanması gerektiğinin belirtilmesiyle kanuni bir temellendirme yapılmış oldu¹²¹.

Burada dikkat çekmesi gereken nokta şudur ki; hem Biyotıp Sözleşmesinin hasta vasiyetine ilişkin 9'uncu maddesinde hem de HHY 24'üncü maddesinde tıbbi vasiyet kapsamında belirtilen isteklerin “göz önünde tutulması” gerektiği ifadenin yer aldığıdır. Zira tıp her zaman gelişime ve değişime açık olması nedeniyle, hastanın vasiyeti hazırladığı dönemde sahip olunan tıbbi imkânlar ile müdahalenin gerçekleşeceği dönemde sahip olunan imkânlar arasında farklılıklar olabilir. Bu sebeple, her iki yasal düzenlemede bu değişikliğin göz önünde tutulması gerektiği, hekimin tıbbi tedaviyi uygulayacağı dönemdeki sahip olunan teknoloji ve kaynaklar çerçevesinde değerlendirme yapması gerekmektedir. Hasta vasiyetinin bağlayıcılığı ilkesinde tartışmalar yaratan bu durum İsviçre öğretisinde de gündeme gelmiştir. Kural olarak hekim hasta vasiyetine bağlı hareket etmekle yükümlüdür. Ancak kanunda sayılı bazı hallerde vasiyete uymayabilir. Eğer vasiyet, kanun hükümlerine aykırı olduğunda, hastanın serbest iradesine dayanmadığında veya farazi iradesine uygun olmadığı konusunda somut belirtilerle ispatlanabilecek şüpheler varsa hekim vasiyetteki irade ile bağlayıcı değildir. Hekim, vasiyetin oluşmasını sağlayan irade ile farazi iradenin uyuşmadığını tespit ettiğinde iki farklı tavır sergileyebilir. İlk olarak, hekimler tarafından hasta mevcut olanakları bilseydi vasiyette belirttiği iradeden farklı bir iradeye sahip olacağını varsayarak, mevcut yeni tıbbi olanaklar çevresinde vasiyet hükümlerine aykırı olsa bile tıbbi tedavi sürecini yönetebilirler. Ancak var olan tıbbi vasiyetin aksine farazi iradenin bu yönde olabileceğinin ispatı oldukça zordur. İkinci bir tavır olarak ise, hekim hastanın düzenlemiş olduğu tıbbi vasiyete bağlı kalarak tıbbi tedavi yöntemlerini vasiyete göre belirlemesi de mümkün olabilir¹²².

¹²⁰RG:01.08.1998, S:23420

Hastanın Rızası ve İzni- Madde 24

“..Tıbbi müdahale sırasında isteğini açıklayabilecek durumda bulunmayan bir hastanın, tıbbi müdahale ile ilgili olarak önceden açıklamış olduğu istekleri göz önüne alınır.

Yeterliğin zaman zaman kaybedildiği tekrarlayıcı hastalıklarda, hastadan yeterliği olduğu dönemde onu kaybettiği dönemlere ilişkin yapılacak tıbbi müdahale için rıza vermesi istenebilir...”

¹²¹ İMAMOĞLU, syf:199

¹²² İMAMOĞLU, syf:204-207

Kanaatimizce, hekimlerin ilk tavrı yansıtan davranışı benimsemeleri daha yerinde olacaktır. Ortada her ne kadar hasta tarafından hazırlanan tıbbi vasiyet bulunsa bile, yasal düzenlemelerde de değinildiği üzere neticesinde hastanın yararına davranmakla yükümlü olan hekimlerin vasiyeti göz önünde tutularak tedavi yönteminin belirlenmesi gerekmektedir. Hekim yapacağı değerlendirmede, hastanın menfaatini korumalıdır. Ayrıca, hasta tarafından ortaya konulan irade, o anki mevcut tıbbi gelişim ve teknoloji çerçevesinde yapmış olduğu değerlendirme neticesinde çıkmıştır. Tıbbi yeniliklerin gelmesiyle ortaya çıkan tıbbi girişimler hakkında bilgi ve öngörüsü olmadığından salt tıbbi vasiyetin bağlayıcılığı ilkesine sadık kalınarak, hastanın sağlık durumunu olumsuz etkileyecek bir tedavi süreci işlenmemelidir. Sağlık durumunu iyileştirecek ve insan onuruna uygun bir yaşam sürmesine imkan sağlayacak tedavi yöntemlerinden hastanın mahrum bırakılması hukuken kabul edilebilir olmamalıdır.

Türk hukukunda da, “*tıbbi vasiyet*” kavramının Biyotıp Sözleşmesinin onaylanması nedeniyle düzenlenmiş olduğunu, sözleşmeye paralel ancak İsviçre doktrinine aykırı bir düzenlemeye yer vererek tıbbi vasiyetin bağlayıcılığının esasen olmadığı kabul edilmektedir. Bununla beraber, tıbbi vasiyet bağlayıcı olmasa bile, acil durumlarda veya kanuni temsilci tarafından temsil yetkisinin kullanıldığı durumlarda farazi iradesi ve menfaatinin ne yönde olacağına ilişkin değerlendirme yapılması gerektiği ve vasiyetin göz önünde tutularak tedavinin sevk edilmesi gerektiğine yer verilmiştir. Ayrıca, tıbbi vasiyet olarak düzenlenen belgede, hastanın ayırtım gücünü kaybetmesi halinde hakkında uygulanacak tıbbi tedbirlere karar verebilmesi için bir kişinin de belirlenebileceğine yer verilmiştir. Bu kişi TMK m.415 aranan koşulları taşıması durumunda hasta için vasi veya kayyum olarak atanabilir. Hasta tarafından tayin edilen kişi, vasiyetname de yer alan belirsizliklere açıklık getirebilir, hastalık süreci boyunca ortaya çıkan sorunlara hastanın menfaatini koruyacak şekilde ve kanunen çizilen sınırlar çerçevesinde çözümler getirebilir¹²³.

H. RIZANIN ARANMADIĞI HALLER

Rızanın aranmadığı durumlar, somut olayın özelliklerine göre, tıbbi zorunluluk olarak ifade edilen hastanın hayati tehlikesinin bulunduğu ve bilincinin kapalı olduğu acil durumlarda hastanın muhtemel bir organ kaybı yaşama veya

¹²³ ÜLMAN, syf:17

fonksiyonunu ifa edemez hale gelme gibi risklerin bulunduğu sırada hastanın rızası alınmaksızın müdahalede bulunulması gerektiği hallerdir. Acil bir hal olduğunun tespitini yapma görevi hekime aittir¹²⁴.

İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin 8'inci maddesi gereğince de, acil durum ve hastanın rızasının alınmadığı özellik arz eden hallerde hekimler tarafından gerekli müdahalenin biran evvel yapılması gerektiği vurgulanmıştır.

Acil durumdaki tıbbi müdahalede bilgilendirme yükümlülüğü başlangıçta bulunmamaktadır. Bu gibi durumlarda hastanın rızası olmaksızın gerçekleştirilen müdahaleler kayıt altına alınır ve imkan olması durumunda hastanın orada bulunan yakını veya kanuni temsilcisi yapılan müdahalenin sebebi, sonuçları ve tedavi süreci hakkında bilgilendirilmesi gerçekleştirilir. Hastanın bilincinin açılması gibi, rıza verme haline sahip olduğu zamanda ise; hastanın yeterliliği ve ifade edebilme gücüne bağlı olarak rıza işlemlerine başvurulması gerekmektedir¹²⁵.

IV. TIBBİ VERİLERE VE STANDARTLARA UYGUN ÖZENLİ MÜDAHALENİN GERÇEKLEŞMESİ

A. GENEL OLARAK

Hekimin gerçekleştirmiş olduğu tıbbi müdahalenin; yetkili bir kişi tarafından gerçekleştirilmesi, hastanın müdahale hakkında bilgilendirilmesi neticesinde alınan rızanın varlığının yanında müdahale için aranan tıbbi endikasyon şartının da bulunmasına rağmen yapılan tıbbi girişim mevcut olan tıbbi verilere veya tıbbi standartlara aykırı gerçekleşirse hekimin cezai sorumluluğu gündeme gelecektir.

Tıp mesleğini icra etmeye yetkili olan hekimin yapmış olduğu müdahale, mevcut tıp verilerine ve standartlarına uygun olarak hakkın kullanılması kapsamında değerlendirilerek hukuka uygun olduğu kabul edilmektedir. Ancak bu kapsam dahilinde müdahalenin hukuku uygunluğunun kabullüğünün sağlanabilmesi için ayrıca, hakkın sınırlarının aşılması ve hakkın kötüye kullanılmaması da gerekmektedir. Burada hekimin bahsi geçen hakkın kötüye kullanılması veya sınırın aşılmasına neden olmamak için, tedavi süreci boyunca özenle hareket etme

¹²⁴ GÖKCAN, syf:255

¹²⁵ RG: 01.08.1998, S:23420, m.24/7
(<https://www.mevzuat.gov.tr/Metin.Aspx?MevzuatKod=7.5.4847&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch=hasta%20haklar%C4%B1>, Erişim tarihi:14.12.2019)

yükümlülüğünde olduğu, sadece okuldan öğrendiği bilgi ve deneyimle sınırlı kalmayarak, gelişen tıp biliminin sağladığı yeni yöntem ve bilimsel verilerden yararlanarak tedavi sürecini sevk etmesi gerektiği de vurgulanmıştır.

Tıbbi verilere ve standartlara uygun özenli bir müdahalenin gerçekleşebilmesi için bahsi geçen iki kavrama açıklık getirmek yerinde olacaktır. Bahsi geçen bu iki kavram birbirlerine eş anlamlı olarak da kullanılmaktadır. Tıbbi verilere uygunluk olarak ifade edilen kavram, tıp bilimi tarafından geçerli kabul edilen tanı ve tedavi yöntemleriyle tedavi sürecinin sürdürülmesidir. Tıbbi standartlar kavramı ise, tıp biliminin güncel, teorik ve bilimsel kabul edilen, benzer tedavi yöntemlerde kullanılması deneyimlerle kanıtlanmış olan ve hekimlerin birçoğu tarafından da benimsenen tıbbi uygulamalardır¹²⁶.

Sonuç olarak, hekim tıp biliminin kural ve tedbirlerine uymak ve bu sınırlar içinde hareket etmek zorundadır. Hastanın rızası ya da zaruret hali dahi, hekimin tabi olduğu tıbbi özen yükümlülüğünden ayrılmasını gerektirmemektedir. İnsan yaşamı gibi yüksek özen gösterilmesi gereken bir alanda görev yapan hekimler, müdahalelerinin her aşamasında, tıbbi kural ve standartlardan sapmadan, tedavinin gerektirdiği tüm etik ve tıbbi kurallara uydukları takdirde, doğacak bir zarardan sorumlu tutulamazlar¹²⁷.

Hekim, tıbbi müdahale sırasında tercih ettiği tedavi yöntemlerini hastanın fiziksel özelliklerini de göz önünde tutarak hastaya en az zarar verecek tedavi yöntemini tercih etmelidir. Zira hekimlerin her bir davranışta uymakla yükümlü olduğu dikkat ve özen yükümlülüğünün yanı sıra, tıp biliminin güncel bilgilerine göre hastanın sağlığı açısından gerekli tıbbi önlemleri de alması gerekmektedir¹²⁸.

¹²⁶ GÖKCAN, syf:197

¹²⁷ HAKERİ, syf:322, DEMİR, syf:52

¹²⁸ Y13. HD, E. 2014/26571 K. 2015/33584 T. 18.11.2015 kararı: “Dava, davacının motosiklet kazası sonucunda sağ el bileğinde meydana gelen travma sonucunda davalı doktora başvurduğu, doktorun kusuru nedeniyle ameliyat sırasında ve sonrasında uygulanan yanlış tedaviler sonucunda, kırık hattında kaynama oluşmaması sonucunda sağ el bileğinin sakat kaldığının saptanması nedeniyle maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir. Uyuşmazlık ameliyatı gerçekleştiren davalı doktorun, davacının sağ el bileğinde meydana gelen arızanın oluşmasında hukuka aykırı bir eyleminin kusurunun bulunup bulunmadığı noktasında toplanmaktadır.

Davada ki ileri sürülüşe ve kabule göre dava temelini vekillik sözleşmesi oluşturmaktadır. Eş deyişle dava, davalı doktorun vekillik sözleşmesinden kaynaklanan özen borcuna aykırılık olgusuna dayanmaktadır. Vekil, iş görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden değil de bu sonuca ulaşmak için yaptığı uğraşların özenle görülmemesinden sorumludur. Vekil, işçi gibi özenle davranmak zorunda olup, hafif kusurundan bile sorumludur. (BK.321/1) o nedenle doktorun meslek alanı içinde olan bütün kusurları (hafifte olsa) sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir.

B. İZİN VERİLEN RİSK (KOMPLİKASYON)

TCK'ya göre, kanunda tanımlanarak yasaklanan ve karşılığında bir ceza yaptırımını öngörülen fiiller suç olarak ifade edilmiş olup, bir suçun gündeme gelebilmesi için ilgili suçun aradığı maddi ve manevi unsurları bulunmasının yanında hukuka aykırılık unsurunu da taşıması gerekmektedir. Bir başka ifadeyle, hekim ve diğer sağlık görevlilerinin gerçekleştirmiş olduğu tıbbi müdahaleler neticesinde ortaya çıkan olumsuz sonuçların suç teşkil edebilmesi için; kanunda tanımlanan tipikliğe uygun bir fiilin, failin kusurlu davranışı nedeniyle hukuka aykırı bir şekilde gerçekleşmesi gerekmektedir¹²⁹. Bu sebeple insanın yaşam hakkına, vücut ve beden bütünlüğüne yönelik doğrudan hekim ve sağlık görevlileri tarafından gerçekleştirilen tıbbi müdahaleler "*izin verilen risk*" kavramı çerçevesinde yerine getirilmektedir.

Tıbbi müdahale, hukuken izin verilen bir faaliyet olsa bile, mesleğin özelliği nedeniyle taşıdığı risk ve tehlikeler bakımından alınması beklenen tedbirlerin alınmamış olması durumunda hukuka uygunluk sınırının aşıldığı kabul edilerek, TCK'nın 50'inci maddesine göre cezai sorumluluk gündeme gelebilmektedir¹³⁰.

Tıp biliminin doğası gereği, halen öngörülemeyen ve dolayısıyla tespit edilemeyen, insan anatomisinden kaynaklanan, mevcut tıp kurallarına uygun olmasına rağmen meydana gelen sapmalar ve riskler bulunmaktadır. Bu sebeple sağlık görevlileri ellerinde ki, mevcut teknoloji ve imkanlar dahilinde gerekli önlemleri almalı, zorunlu haller dışında hastanın hayatını tehlikeye atabilecek tedavi ve müdahalelerden kaçınmalıdır. Zira tıbbın kabul ettiği risk ve sapmalar çerçevesinde oluşan zarar nedeniyle hekimin gerçekleştirdiği işlemlerden sorumluluğu gündeme gelebilir. Bu gibi durumlarda belirleyici kriter dikkat ve özen görevidir. Şöyle ki, tıbbi yardımın ilgili sağlık biriminin tıbbi olanakları ve tıbbi girişimin tehlikelilik derecesine orantılı olarak özenle yürütülmesi zorunluluğu vardır. Eğer eylemi gerçekleştiren sağlık personelinin eşdeğeri statüsünde bulunan ortalama ve basiretli bir sağlık görevlisi tarafından, aynı hal ve şartlar altında göstermesi beklenen dikkat ve özenin gösterildiğinin kanıtlanması durumunda hekimin izin verilen risk kapsamında hareket ettiği ve devamında herhangi bir sorumluluk yükletilemeyeceği kabul edilmektedir. İzin verilen riskin tıbbi karşılığı

Gerçekte de mesleki bir iş gören; doktor olan vekilden, ona güvenen müvekkil titiz bir ihtimam ve dikkat göstermesini beklemekte haklıdır. Titiz, özen göstermeyen bir vekil, BK. 394/1 uyarınca vekaleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır."

¹²⁹ ERSOY, Yüksel, "Tıbbi Hatanın Hukuki ve Cezai Sonuçları" TBB Dergisi, Sayı:53, 2004, syf:169

¹³⁰ ERSOY, syf:170

"komplikasyon"dur¹³¹. Dolayısıyla öngörülemeyen bir netice olan komplikasyon durumlarının ortaya çıkmasında hekime kusur yüklenemediğinden cezai sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. Ancak hekim komplikasyonu zamanında fark edemez ya da fark ettiği halde doğru zamanda müdahale de bulunmazsa bu durumda mesleki kusur ortaya çıkacağından cezai sorumluluğu gündeme gelebilecektir.

C. UYGULAMA HATASI (TIBBİ HATA – MALPRAKTİS)

Tıbbi Hizmetlerin Kötü Uygulanmasından Sorumluluk Kanunu tasarısının 3'üncü maddesi tıbbi kötü uygulamayı, "*sağlık personelinin kasıt veya kusur veya ihmâl ile standart uygulamayı yapmaması, bilgi eksikliği ile yanlış veya eksik teşhiste bulunması veya yanlış tedavi uygulaması veya tedavi vermemesi ile zarar meydana getiren fiil ve durum*" olarak tanımlanmıştır¹³².

Dünya Tabipler Birliği'nin 1992 yılında yapılan 44. Genel Kurulu'nda kabul edilen bildirisine göre ise, malpraktis (tıbbi uygulama hataları) "*hekimin tedavi sırasında standart uygulamayı yapmaması, beceri eksikliği veya hastaya tedavi vermemesi ile oluşan zarar*" şeklinde tanımlanmıştır¹³³. Bir başka ifadeyle, hekimin yapılmaması gerekeni yapması ya da yapılması gerekeni yapmaması nedeniyle hastada bir zarara dolayısıyla istenmeyen bir sonuca neden olmasıdır.

Türk Tabipler Birliği Hekimlik Mesleği Etiği Kuralları'nın 13'üncü maddesinde tıbbi hata; "*Bilgisizlik, deneyimsizlik ya da ilgisizlik nedeni ile bir hastanın zarar görmesi "hekimliğin kötü uygulanması" anlamına gelir*"¹³⁴.

Yapılan tanımlamalar çerçevesinde tıbbi hata olarak da ifade edilen malpraktis; hekimin tıbbi standart ve meslek etiği kuralları neticesinde sahip olduğu yükümlülükleri; bilgisizliği, tecrübe eksikliği, yanlış uygulaması veya zamanında gerekli müdahaleyi yapmaması gibi hareketleri ile ihlal etmesi sonucunda zarar vermesi anlamına gelmektedir. Hekimin, özen yükümlülüğünün ihlali neticesini doğuran bu hareketi icrai surette işlenebileceği gibi ihmali surette de işlenebilmektedir.

¹³¹ HANCI, İ. Hamit, Medimagazin Sayı:100 Tarih:18.11.2002 (<https://www.mevzuatdergisi.com/2005/06a/02.htm>, Erişim tarihi:28.11.2019)

¹³² <http://web.deu.edu.tr/radyolojiabd/malpraktis.html> (Erişim tarihi:06.12.2019)

¹³³ KOÇ, Sermet, "Adli Tıbbi Açısından Malpraktis ve Hekim Sorumluluğu" (<https://www.toraks.org.tr/uploadFiles/book/file/173201492518-1422.pdf> (Erişim Tarihi:06.12.2019)

¹³⁴ HAKERİ, syf:397

Tıbbi hata; teşhis, tedavi ve tedavi sonrası yükümlülüklerin ihlali gibi bireysel kusurla ortaya çıkabileceği gibi organizasyon kusuru ile de meydana gelebilir¹³⁵.

1. Teşhis Hatası

Hekim, hastalığın teşhisi için çalıştığı ortamın olanakları içerisinde sahip olduğu tüm imkanları kullanarak gerekli tetkik ve incelemeleri yapmalı; elde edilen neticeleri tıbbi standartlara uygun bir şekilde yorumlayabilmelidir. Hekimin teşhis yükümlülüğünün tam olarak nasıl gerçekleşeceğine ilişkin hukuksal düzenleme bulunmasa da, her somut olaya göre tıp bilimi verilerine uygun hareket etmesi gerekmektedir.

Buradan anlaşılması gereken bir diğer durum ise; hekimin yükümlülüğü, sahip olduğu bilgi ve tecrübenin yanı sıra elde ettiği bulgular çerçevesinde değerlendirme yapması, hastalığın gerektirdiği şekilde hareket etmesi gerekmektedir. Aksi halde, hekimin teşhiste mutlaka başarılı olma gibi yükümlülüğü bulunmamaktadır¹³⁶. Mutlak anlamda kesin ve net teşhisin her durumda yapılması beklenmemektedir. Zira bulguların belirsiz olmasının yanı sıra her semptom veya bulgu tek bir hastalığı belirtmemekte, birden çok hastalığı ifade edebilmektedir. Bu yüzden hekimin mevcut koşullarda o anda yaptığı her teşhis hatası, tedavi kusuru olarak değerlendirilmemelidir.

Hekimin hatasının olduğunun kabulü için; çok bariz bir hastalığın teşhisinin yapılamaması, yanlış değerlendirmenin tıp bilimi verileri açısından temel olarak sayılabilecek bir konuda yapılması, gereken tetkik ve incelemelerin ihmali, konulan teşhise ilişkin doğrulama çalışmalarının gerçekleştirilmemesi gibi özen yükümlülüğünün ağır bir ihlali gerekmektedir.

Ağır bir ihlali en somut şekilde yansıtan davranışlar; hekimin hastanın ön muayenesini tam olarak gerçekleştirmemesi veya hastanın öyküsünü almadan, teşhise yönelik yapılması öngörülen tetkiklerin yapılmaması neticesinde hastanın

¹³⁵ **TIKIROĞLU**, Akın, “*Tıbbi Müdahale Hatalarından Doğan Zararların Giderilmesi*” (Danışman: ERMUMCU, Senem, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi)- PAÜ Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Programı, Denizli, Aralık 2017, Syf:19

¹³⁶ **HAKERİ**, syf:402

taburcu edilmesi, bizzat hastayı muayene etmeden tıbbi müdahaleye maruz bırakması gibi durumları tıbbi uygulama hatası olarak kabul etmektedir¹³⁷.

2. Tedavi Hatası

Hekimin, doğrudan tıbbi müdahale sırasında veya sonrasında olabileceği gibi ilaç yazmasına da ilişkin olarak icrai veya ihmali surette tıp biliminin verilerine göre beklenen özenin gösterilmemesi neticesinde tıbben gerekli müdahalenin yapılmaması sonucunda tedavi hatası ortaya çıkmaktadır¹³⁸.

Tedavi hataları; hekim tarafından gerekli olan müdahalenin ya hiç yapılmaması ya da geç yapılması, hastanın vücudundan yabancı bir maddenin unutulması, yanlış tedavi yönteminin seçilmesi veya doğru tedavi yönteminin yanlış uygulanması, gereksiz veya uygun olmayan tedavilerin tercih edilmesi, tedavinin gereken zamanda yetkili kişi tarafından gerçekleştirilmemesi, bir hastalık açısından risk taşıyan kişilerde koruyucu tedavinin uygulanmaması, yanlış ilacın verilmesi, gerekli tetkiklerin yapılmaması şeklinde ortaya çıkabilmektedir¹³⁹.

3. Tedavi Sonrası Yükümlülüklerin İhlali

Hekimlerin, özen yükümlülüğü yalnızca teşhis ve tedavi süreci boyunca geçerli olmayıp, tıbbi tedavi sonrasında da hastanın uyması gereken koşullara ilişkin tavsiye ve uyarılarda bulunması, tedavinin veya ilaçların yan etkilerinden ve hastalığın tehlikesine ilişkin uyarılarda bulunması gerekebilir.

Hekimin tedavi sonrası; kendi veya bir başka hekimin hastasında tedavi süreci ile ilgili ortaya çıkan olumsuzluklara karşı da tedavide bulunması gerekmektedir. Travma nedeniyle başvuran hastanın, gözlem altında tutulması gereken sürede de takibinin yapılması gerekmektedir. Zira hekim yasal olarak belirlenen gözlem altında tutma yükümlülüğüne uygun davranmaz ve hastayı olması gerekenden erken taburcu ederse bu durumda hekimin kusuru ortaya çıkmaktadır¹⁴⁰.

¹³⁷ HAKERİ, syf:405

¹³⁸ HAKERİ, syf:407

¹³⁹ HAKERİ, syf:407-415

¹⁴⁰ KOÇ, Sermet, “Adli Tıbbi Açıdan Malpraktis ve Hekim Sorumluluğu”, syf:15 (<https://www.toraks.org.tr/uploadFiles/book/file/173201492518-1422.pdf>, Erişim tarihi:06.12.2019), HAKERİ, syf:416-417

Böylelikle malpraktis, sadece tanı ve tedavi ile sınırlı olmayıp, genel olarak mesleki alandaki tüm eylem ve davranışları ile ilgilidir¹⁴¹. Hekimlerin yasal sorumluluğunun esasını ise, uymakla yükümlü olduğu mesleki ilkeler ve etik kuralları oluşturmaktadır. Tıbbi hata olarak nitelendirilen davranış, kasti veya ihmali davranışla gerçekleştiğine bakılmaksızın bazı durumlarda hekim-hasta arasındaki sözleşmeye aykırılık veya haksız fiil şeklinde hukuki bir kusur olabileceği gibi, mevcut bir ceza kuralının ihlali neticesinde bir suç veya meslek ilkelerine ve etik kurallara aykırılıktan bir disiplin suçuna da neden olabilir¹⁴². Malpraktisin neticesinde yapılan eylem ile verilen zararın derecelerine göre hekimler; taksirle yaralama (TCK m.89), taksirle öldürme (TCK m.85), kasten adam öldürmenin ihmal suretle gerçekleşmesi (TCK m.83) vb gibi kanun maddesinde yer alan eylemin tipikliğine uygun surette gerçekleşen diğer ceza hükümlerine göre cezalandırılabilir. Hekimlerin yaptıkları işlemde cezai sorumluluğuna ilişkin kusurun belirlenmesi YSS ve ATK tarafından gerçekleştirilmektedir. Buna göre hekimler yalnızca ağır kusurlarından değil, hafif kusurlarından da sorumlu tutulmaktadır. Kusurun derecesi ile cezanın belirlenmesinde önem taşımaktadır¹⁴³.

Malpraktisin yapılan tanımı, bu tez kapsamında inceleme konusu olan görevi kötüye kullanma suçu ile yakından ilişkisi olduğu görülmektedir. Zira görevi kötüye kullanma suçu; kamu görevlisi tarafından görevin gereklerine aykırı davranma veya görevin gereklerini ihmali veya gecikmesi suretiyle işlenebildiğinden ve kanunda sayılı olan zararlı neticelere de yol açması neticesinde işlenmektedir. Bu suretle tıp hukukunda malpraktis olarak adlandırılan tıbbi hatanın bulunması halinde, hekimin eyleminden ötürü başka türlü cezalandırılmasının mümkün olmaması durumunda, genel hüküm olan görevi kötüye kullanma suçu nedeniyle cezai sorumluluğu gündeme gelebilecektir.

¹⁴¹ KOÇ, Sermet, “Yasal Düzenlemeler Çerçevesinde Hekim Sorumluluğu”, (Hekim) Türkdem Sayı:41 syf:36

¹⁴² ERSOY, syf:168

¹⁴³ HANCI, İ. Hamit, Medimagazin Sayı:100 Tarih:18.11.2002
(<https://www.mevzuatdergisi.com/2005/06a/02.htm>, Erişim tarihi:28.11.2019)

İKİNCİ BÖLÜM

HEKİMİN GÖREVİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇU BAKIMINDAN CEZAI SORUMLULUĞU, GÖREVİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇUNUN BENZER SUÇ TIPLERİ İLE KARŞILAŞTIRMASI

HEKİMİN CEZAI SORUMLULUĞU

İnsanın hayatı ve sağlığı üzerinde tasarruf edebilme yetkisi olan hekimlerin, tıp ceza hukuku bakımından yalnızca mesleğini icra ederken yerine getirdiği iş ve eylemlerden ötürü sorumluluğuna başvurulabilmektedir. Zira doğası gereği tehlike barındıran tıp mesleği, suç işlerken araç olabileceği gibi suçun işlenmesinde kolaylık ve ortamda yaratabilmektedir. Hekimlerin tıbbi müdahalede bulunurken, bağlı oldukları genel tıp veri ve kurallarının yanı sıra mesleki etik kurallarına da uygun hareket etmeleri gerekir.

Nihai amacı hastaların sağlık durumlarının iyileştirilmesi ve hastalık halinin giderilmesi olan hekimler, hukuka uygunluk sınırları içerisinde yasalarca koruma altında bulunan vücut bütünlüğü ve yaşam hakkına yönelik tıbbi girişimlerde bulunurlar. Korunması hedeflenen hukuka uygunluk sınırlarının aşılması halinde ise, hekimin hukuki sorumluluğunun yanı sıra cezai sorumluluğu da gündeme gelebilmektedir.

Hakkın icrası kapsamında ilerleyen tıbbi müdahaleler, hastanın rızasının alınmasıyla birlikte bir anlam ifade edebilmektedir. Önceki konularda da bahsettiğimiz üzere, hastanın rızasının hukuken geçerli kabul edilebilmesi, işlem sırasında hekim tarafından hukuka uygun bir şekilde yapılan bilgilendirme neticesinde alınması gerekmektedir.

Tıbbi girişim veya yardım olarak adlandırılacak müdahaleler neticesinde hukuka aykırı olan ve ceza kanunu gereğince koruma altına alınan hukuksal değerler hakkında cezai sonuçların yüklenilmesi hekimler tarafından gerçekleştirilmektedir. Öncelikle, hekimin cezai sorumluluğundan bahsedebilmek için hekimin gerçekleştirmiş olduğu eylemin TCK'da tanımlanan suç tipine uygun ve hukuka aykırı olarak nitelendirilebilecek bir hareketin varlığı şarttır.

Hekimler mesleklerini icra ederken eğitimini almış buldukları temel tıp kurallarının yanı sıra gerek yasal mevzuat gerekse tıp mesleğinin tehlikeli boyutları nedeniyle yüklendikleri sorumluluklar neticesinde gerçekleştirdikleri tıbbi müdahaleleri, her bir somut olaya göre klasik ve genel tıp kurallarına uygun davranılması yükümlülüğü altındadır. Ayrıca hekimler, hekimlik mesleğinin yapısı gereğince gelişen son teknoloji ve tıp alanında getirilen yenilikler neticesinde kendisinin bilgi ve deneyim alanında geliştirmelidir. Sahip olduğu yükümlülükler uygun davranılmaması ve beklenen kişisel gelişimlerin hekimler tarafından gerçekleştirilmemesi neticesinde hekim tarafından gerçekleştirilen eylem dikkat ve özen yükümlülüklerinin ihlali neticesinde hukuka aykırı olarak kabul edilecektir.

Bununla beraber suçun manevi unsuru bakımından ise; genel ceza hukukunda kasıt asıl, takdir istisnai bir durum iken; tıp ceza hukukunda ise asıl eylem taksir iken, kasıt istisnai bir durumdur¹⁴⁴. Tıp hukukunda hekimin kusurunun taksir şeklinde ortaya çıkabilmesi için hekim dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı olacak şekilde mesleki bilgi veya tecrübesinde bir eksikliğin ortaya çıkması gerekmektedir. Bu eksiklik neticesinde hastanın zarar görmesi durumunda ise; ihlalden ötürü hekim davranışından taksir düzeyinde sorumlu olacaktır.

Belirtilen suçun maddi ve manevi unsurunu ihtiva eden hekim tarafından gerçekleştirilen tıbbi müdahaleler bakımından hekimin cezai sorumluluğu gündeme gelecek olup, çalışmamız kapsamında hekimin yalnızca görevi kötüye kullanma suçunun icrai veya ihmali davranışla işlenmesi neticesinde gündeme gelen cezai sorumluluğundan bahsedilecektir.

I. HEKİMİN GÖREVİ KÖTÜYE KULLANMA BAKIMINDAN CEZAI SORUMLULUĞU

TCK'nın "*Millete ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükümler*" başlığını taşıyan Dördüncü Kısımın içinde "*Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar*" başlığını taşıyan Birinci Bölüm'de 257'inci madde de görevi kötüye kullanma suçu düzenlenmiştir¹⁴⁵.

¹⁴⁴ÖZALP, Tuba/ÖZALP, Faruk, "*Hekimin Cezai Sorumluluğu*", Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, 2.baskı syf:71

¹⁴⁵YOKUŞ SEVÜK, Handan, "*Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Yargıtay Kararları-AİHM Kararları*" Adalet Yayınevi, Kasım, Ankara, 2018, syf:411

“Görevi kötüye kullanma

Madde 257- (1) Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir menfaat sağlayan kamu görevlisi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstererek, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir menfaat sağlayan kamu görevlisi, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(3) (Mülga: 2/7/2012-6352/105 md.)”

Görevi kötüye kullanma suçu, düzenlendiği başlıktan da anlaşılacağı üzere kamu idaresinin güvenilirliğine ve işleyişine karşı işlenen suçlar kapsamında düzenlendiğinden, kamu idaresi kavramının neyi ifade ettiğinden kısaca bahsetmenin yerinde olacağı düşüncesindeyiz.

Devletin sahip olduğu kamusal yetkiyi, toplumun refahının ve gelişiminin sağlanabilmesi için bireysel faaliyetlerin toplumun duyduğu güvene uygun, belirlenen yasal işleyiş ve düzen içerisinde hareket etmesini sağlayan faaliyetlerde bulunması kamu idaresini ortaya çıkarmaktadır. Böylelikle kamu idaresi, yürüttüğü faaliyetler bakımından yapısal ve işlevsel idare olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Yapısal anlamda idare bir başka ifade ile dar anlamda kamu idaresi, yasama ve yargı fonksiyonları dışında kalan devletin yürütme fonksiyonu altında faaliyet gösterdiği idareyi ifade etmektedir¹⁴⁶. İşlevsel anlamda idare bir başka ifadeyle geniş anlamda kamu idaresi, üstlendiği yasama, yürütme, yargı fonksiyonlarının yanı sıra toplumun yaşamını sürdürülebilmesi için gereksinim duyduğu ihtiyaçları karşılayacak faaliyetleri de yerine getiren kamu idaresini belirtmektedir¹⁴⁷.

Yapılan tanımlama çerçevesinde, Türk ceza hukuku kapsamında konu edilen kamu idaresi kavramından, geniş anlamda kamu idaresi olduğunun kabulü gerekmektedir. Zira devletin, kamu hukuk kurallarına tabi olan kamu tüzel

¹⁴⁶ TAN, Turgut; “*İdare Hukuku*” Turhan Kitapevi Yayınları, 4.Bası, Ankara, Eylül, 2015, syf:16

¹⁴⁷ SONAY EVİK, Vesile, “*Görevi Kötüye Kullanma Suçları (TCK m.257)*” Onikilevha, 1.baskı, İstanbul, Mart, 2019, syf:6-8

kişiliklerinin olmasının yanında özel hukuk kurallarına tabi olan kamu tüzel kişiliklerinin de olduğu, bu kişilerinde toplumsal yaşamı etkileyecek faaliyetlerinin olduğunun kabulü gerekmektedir¹⁴⁸. Ayrıca 765 sayılı TCK'da “*memur*” kavramının tanımı “*devlet veya her türlü amme müesseseleri*” ibaresini kullanması suretiyle devlet haricinde gerçekleştirilen tüm kamusal faaliyetlere katılan kişilerin memur olduğu benimsenmiş, bu sebeple TCK bölümünde yer alan devlet idaresinin geniş anlamda kamu idaresi olduğu vurgulanmıştır. Böylelikle, kanun koyucu kamu idaresinin; göreve ilişkin yetkilerin keyfi tutumlara yer vermeyecek şekilde dürüst, kesintisiz, kanun, idari uygulama ve usul kurallarına uygun bir şekilde; topluma yönelik hizmetin sistematik, tarafsız ve güvenilir şekilde yürütülmesine yönelik cezai tedbirler almıştır.

TCK'da kanun koyucu geniş bir cezai koruma sağlanması için devletin ve diğer tüm kamu kurumlarının faaliyetlerini kapsamak üzere bölüm başlığını “*kamu idaresinin güvenilirliğine ve işleyişine karşı suçlar*” şeklinde belirlenmiştir. Bu başlık altında; zimmet, rüşvet, irtikap, görevi kötüye kullanma başta olmak üzere birçok suç tipine yer vermiştir. Konumuz itibarıyla çalışmamızda görevi kötüye kullanma suçunun detaylı incelemesine yer verilecek olup, diğer suçlara ilişkin yalnızca görevi kötüye kullanma suçu ile arasında yer alan benzerlik ve farklılıklara değinilmekle yetinilecektir.

Görevi kötüye kullanma suçu, 765 sayılı mülga Ceza Kanunumuzda da yer alan bir suç olmakla birlikte, 230¹⁴⁹ (Görevi İhmal) ve 240¹⁵⁰ (Görevi Genel Nitelikte Kötüye Kullanma) olmak üzere iki ayrı maddede düzenlenmiştir. Yargıtay

¹⁴⁸ Benzer bir yaklaşım 1930 tarihli İtalyan Ceza Kanunu Bakanlık Tasarısı gerekçesinde de ele alınmış, kamu idaresine yönelik işlenen suçlar bakımından yasama, yürütme ve yargı fonksiyonları kapsamında gerçekleştirilen faaliyetlerin korunmak istendiği, devlet ve diğer kamu tüzel kişilerinin faaliyetlerinin düzenli olarak işleyişini engellemeye veya bozmaya çalışan her türlü davranışın bu bölüm altında yer alan suç tipleri kapsamında önlenmesi hedeflenmiştir, **SONAY EVİK**, syf:8

¹⁴⁹RG:13.3.1926, S:320

Madde 230: “*Her ne vesile ile olursa olsun memuriyet vazifesini yapmakta ihmal ve terahi eden veya amirinin kanuna göre verdiği emirleri makbul bir sebep olmaksızın yapmayan memur, otuz liradan yüz liraya kadar ağır cezayı nakdi ile cezalandırılır.*

Bu ihmal ve terahiden veya amirin kanuni emirlerini yapmamış olmaktan Devletçe bir mazarrat husule gelmiş ise derecesine göre bir aydan üç seneye kadar hapis cezasıyla birlikte müebbeden veya muvakkaten memuriyetten mahrumiyet cezası dahi hükmolunur.

Her iki surette memurun terahisinden veya verilen emri yapmamasından efratça bir türlü zarar hasıl olmuş ise oda başkaca ödettirilir.”

¹⁵⁰RG:13.3.1926, S:320

Madde 240: “*Kanunda yazılı hallerden başka her ne suretle olursa olsun vazifesini suiistimal eden memur derecesine göre üç aydan üç seneye kadar hapis olunur. Cezayı tahfif edecek sebeplerin vücudu halinde bir aydan az olmamak üzere hapis ve otuz liradan yüz liraya kadar ağır cezayı nakdi ile cezalandırılır ve her halde müebbeden veya muvakkaten memuriyetten mahrum edilir.”*

kararlarında iki madde için dikkat edilen husus; eylemin icrai hareketle işlenmesi halinde 240'inci maddesinde görevi kötüye kullanma suçu ve ihmali davranışla işlenmesi halinde ise 230'uncu maddesinde görevi ihmal suçu olarak iki suçun ayrımı yapılmıştır¹⁵¹. Görevi kötüye kullanma suçunun icrai veya ihmali davranışla işlenmesinin sadece ceza miktarı üzerinde bir etkisi olabilmekteydi.

TCK ile getirilen değişiklikle birlikte, görevi ihmal suçu ile görevi kötüye kullanma suçu arasında yapılan ayırım kaldırılmış, her iki maddeyi kapsayacak şekilde TCK'nın 257'inci maddesinde görevi kötüye kullanma suçu düzenlenmiştir¹⁵². Bunun yanında 765 sayılı TCK'nın 228/1¹⁵³ maddesinde düzenlenen görev sırasında keyfi davranma suçu da 257'inci madde kapsamına alınmıştır¹⁵⁴.

TCK'da düzenlenen 257'inci madde ele alındığında; görevi kötüye kullanma suçu bakımından birinci fıkrada eylemin icrai hareketle suçun işlenmesi, ikinci fıkrada ihmali davranışla suçun işlenmesi ve üçüncü fıkrada ise çıkar sağlamak suretiyle görevi kötüye kullanma suçu şeklinde tasniflendirilmiştir¹⁵⁵.

Her üç fıkrada da, suçun kamu görevlisi tarafından ve görevlerinin gereklerine aykırı davranmak suretiyle işleneceği ortak bir unsur olarak belirlenmiştir. Bu ortak özellik özel nitelikteki görev suçları ile benzerlik gösterse de (örneğin; rüşvet, irtikap, zimmet vb gibi) aralarındaki temel fark; görevi kötüye kullanma suçu diğer özel nitelikteki suçlara nazaran daha *genel, tali(ikincil) ve tamamlayıcı nitelikte* bir suç olmasından kaynaklanmaktadır¹⁵⁶. Bir başka ifadeyle,

¹⁵¹ **GÖKCAN**, syf:879; **ÖZBEK**, Veli Özer/ **DOĞAN**, Koray/ **BACAKSIZ**, Pınar; “*Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*” Seçkin Yayıncılık, 14.Baskı, Eylül, Ankara, 2019, syf:1127

¹⁵² **TEZCAN**, Durmuş/ **ERDEM**, Mustafa Ruhan/ **ÖNOK**, R. Murat; “*Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*” Seçkin Yayıncılık, 17.baskı, Eylül, 2019, Ankara, syf:1100; **GÖKCAN**, syf:879; **ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ**, syf:1125

¹⁵³RG:13.3.1926, S:320

Madde 228/1: “Devlet memurlarından her kim bir şahıs veya memur hakkında memuriyetine aid vazifeyi suiistimal ile kanun ve nizamın tayin ettiği ahvalden başka suretle keyfi bir muamele yapar veya yapılmasını emreder veya ettirirse bir aydan bir seneye kadar hapse mahkûm olur ve bunda hususi bir maksadı dahi mevcut olduğu anlaşılırsa cezası üçte bire kadar artırılır.”

¹⁵⁴ **GÖKCAN**, syf:879-880

¹⁵⁵ **YOKUŞ SEVÜK**, syf:411; **TÜRKOĞLU**, Türker; “Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK 257/1-TCK 257/2), Adalet Yayınevi, Nisan, Ankara, 2016, syf:3

¹⁵⁶ **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK**, syf:1101; **ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ**, syf:1126; **YOKUŞ SEVÜK**, syf:413; **TÜRKOĞLU**, syf:5; **KOCA**, Mahmut/ **ÜZÜLMEZ**, İlhan, “*Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*” Adalet Yayınevi, 4.baskı, Ankara, Eylül, 2017, syf:927; **SOYASLAN**, Doğan, “*Ceza Hukuku Özel Hükümler*” Yetkin Yayınları, 11.Baskı, Ankara, 2016, syf:707; **ÖZEN**, Mustafa, “*Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri*”, Adalet Yayınevi, 2.baskı, Ankara, Ekim, 2017, syf:771; **ARTUK**, M. Emin/ **GÖKCAN**, Ahmet/ **ALŞAHİN**, M. Emin/ **ÇAKIR**, Kerim, “*Ceza Hukuku Özel Hükümler*”

fail tarafından gerçekleştirilen eylemin özel nitelikli görev suçlarında yapılan tipikliğe uymaması ve görevi kötüye kullanma suçunda tanımlanan tipikliği sağlaması halinde failin genel nitelikte bir suç tipi olan 257'inci maddeye göre cezalandırılması sağlanır. Zira bir eylemin aynı suç tiplerinde tanımlanan tipikliğe uygun olması halinde, normların genel-özel norm ilişkisinde önceliğin özel norma tanınması kuralı mevcuttur¹⁵⁷.

Öğretide belirtildiği üzere, görevi kötüye kullanma suçu kapsamında kamu görevlisi tarafından kötüye kullanılan görev olmadığı, kamu görevin sağlamış olduğu *yetki ve nüfuzun* kamu görevlisi tarafından kötüye kullanılması neticesinde failin cezalandırılması amacıyla ilgili düzenlemeye yer verilmiş olduğudur¹⁵⁸.

TCK'nın 257'inci maddesinde düzenlenen görevi kötüye kullanma suçu bir “*zarar suçu*” olarak düzenlenmiştir. Bu madde de sayılan suçların işlendiğinin kabul edilebilmesi için, kamu görevlisinin yaptığı eylemle görev gereklerine aykırı hareket etmiş olmasının yanı sıra, yapılan eylem neticesinde kanunda belirtilen neticelerin meydana getirmesi gerekmektedir. Kanun maddesinde belirtilen yasal sonuçlar; kişilerin mağduriyetine neden olma, haksız kazanç elde edilmesi veya kamu zararına neden olma şeklinde ifade edilmiştir. Oysaki bir önceki düzenleme olan 765 sayılı kanunda ise, görevinin gereklerine aykırı davranması, kamu görevlisinin cezalandırılabilmesi için yeterli kabul edilmiş bir diğer ifade ile söz konusu suç “*tehlike suçu*” olarak tanımlanmıştır¹⁵⁹.

765 sayılı kanunda basit rüşvet kapsamında değerlendirilen eylemler, 5237 sayılı kanunda yer alan düzenleme ile birlikte 257'inci maddenin üçüncü fıkrası

Adalet Yayınevi, 17.baskı, Ankara, Ekim, 2018, syf:1014; **ZAFER**, Hamide, “*Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK m.257)*” Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırmaları Dergisi, C.25, S.2, Prof. Dr. Ferit Hakan BAYKAL Armağanı, Aralık, 2019, syf:1533; **MEMİŞ KARTAL**, Pınar; “*Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK m.257)*” Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.19, S.2, 2013, syf:1374; Y12.CD, E.2014/28, K.2014/15418; “*..mevcut arter ve ven yırtığının fark edilmemiş olması, katılanın yeterince takibinin yapılmamış olması ve kalp damar cerrahi konsültasyonunun geç yapılması nedenleri ile sanık doktorun, mesleğinin gerektirdiği objektif özen ve dikkat yükümlülüğünü yerine getirmemek suretiyle katılanın yaralanmasına neden olduğu anlaşılmalı; sanığın sabit olan taksirle yaralama suçundan mahkumiyetine karar verilmesi gerekirken; ... görevin gereklerine aykırı davranışın başka bir suçu oluşturmadığı hallerde, kamu görevlisin bu suça istinaden cezalandırmak gerekir. Buna karşılık, görevle bağlantılı yükümlülüğün ihmali sonucunda şayet bir kişi ölmüş veya yaralanmış ise, kişi artık görevi kötüye kullanma suçundan dolayı cezalandırılmaz. ...*” (TÜRKOĞLU, syf:75)

¹⁵⁷ **GÖKCAN**, syf:880

¹⁵⁸ **ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ**, syf:1126-1127; **SONAY EVİK**, syf:83; **BAŞARAN**, Serkan; “*Türk Ceza Hukukunda Görevi Kötüye Kullanma*” Adalet Yayınevi, Ankara, Nisan, 2018, syf:45

¹⁵⁹ **GÖKCAN**, syf:880-881

kapsamına alınmıştır¹⁶⁰. İlgili düzenlemeye göre görevin gereklerine uygun hareket edilmesi neticesinde kamu görevlisinin bir menfaat elde etmesi halinde bu durum TCK 252'inci maddesinde rüşvet suçunu oluşturacağından, uygulama alanı kalmaması nedeniyle 257'inci maddenin üçüncü fıkrası yürürlükten kaldırılmıştır. Böylelikle bir kamu görevlisi tarafından görevin gereklerine uygun davranması neticesinde yarar sağlayabilmesi için ya rüşvet anlaşması çerçevesinde kamu görevlisine bu yararın sağlanmış olması gerekir ki böyle bir durumda her ikisi açısından da rüşvet suçu işlenmiştir ya da kamu görevlisinin sahip olduğu nüfuzu kullanması suretiyle karşı taraftan yarar sağlamasıdır ki bu da irtikap suçunu oluşturmaktadır¹⁶¹. Ancak unutulmamalıdır ki, kamu görevlisinin eylemleri sadece rüşvet veya irtikap suçunun kapsamı ile sınırlı olmayıp, görevlerinin gereklerine uygun davranmasından sonra geçmişte yapılmış bir işle alakalı kamu görevlisine sonradan çıkar sağladığında 257'inci maddenin üçüncü fıkrası kapsamında cezalandırılabilir iken¹⁶², yeni düzenleme ile bahsi geçen eylem rüşvet kapsamında değerlendirilmesinin imkan dahilinde olmadığından, bu tür eylemler yaptırımsız kalmış oldu¹⁶³.

Mukayeseli hukukta, görevi kötüye kullanma suçu bakımından ülkelerin izlediği farklı suç politikaları neticesinde ikili sistem anlayışı benimsenmiştir¹⁶⁴. Almanya, Fransa ceza kanunlarında görevin özel nitelikte kötüye kullanılmasını suç tipi olarak düzenlemelerinin yanında genel olarak görevi kötüye kullanma suçuna yer verilmemiştir. Fransız Ceza Kanununda ayrıca, özel nitelikteki görevi kötüye kullanma suçlarını, şahıslara veya kamuya yönelik görevi kötüye kullanma suçu olarak ikiye ayrılmaktadır.

¹⁶⁰ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, syf:1100; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, syf:1127; Y5.CD, E.2011/2068, K.2012/12789, T.10.12.2012; “*Sanığın SSK Bölge Hastanesinde çocuk cerrahi uzmanı olarak görev yaptığı dönemde, müştekilerin çocuklarını ameliyat etmeye karar verdikten sonra bu kişilerden yapması gereken ameliyat işini yapmak için para aldığına ilişkin olarak kabul edilmesine rağmen, sanığın eyleminin suç tarihinde yürürlükte bulunan 765 sayılı TCK'da düzenlenen basit rüşvet suçu kapsamında kaldığı, 5237 sayılı TCK'nın rüşvet suçuna ilişkin değişiklik yapılmıyacağı kadar yürürlükte kalan ilk halinde basit/nitelikli rüşvet ayırımına yer verilmemesi nedeniyle sanığın eyleminin 5237 sayılı görevi kötüye kullanma suçunu oluşturduğunun gözetilmesi gerekir.*”, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/5cd-2011-2068.htm> (Erişim Tarihi:14.01.2020)

¹⁶¹TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, syf:1101

¹⁶² Y5.CD, E.2008/6181, K.2011/3644, T.3.5.2011; “*İrtikap suçunda; sanığın yapması gereken ameliyatı yaptıktan sonra görevinin gereklerine aykırı olarak mağdurdan para almak şeklinde sübut bulan eyleminin görevi kötüye kullanma suçunu oluşturduğu dikkate alınmalıdır.*”, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/5cd-2008-6181.htm> (Erişim Tarihi:14.01.2020)

¹⁶³ TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, syf:1101; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, syf:1126; YOKUŞ SEVÜK, syf:413; TÜRKÖĞLU, syf:5;

¹⁶⁴ BAŞARAN, syf:10

Türkiye, Danimarka, Polonya, Romanya, İtalya, Yunanistan, Rusya, Çin, Brezilya ceza kanunları gibi bazı kanunlarda ise görevin özel nitelikte kötüye kullanması suçunun yanı sıra, tamamlayıcı ve genel nitelikte görevin kötüye kullanılması suçuna da yer verilmektedir¹⁶⁵.

Küba, Romanya, İsveç ceza kanunlarında, görevi kötüye kullanma suçunun oluşması ve dolayısıyla cezalandırılması için zarar koşulu aranmaktadır¹⁶⁶. Türkiye’de ise; bu suçun oluşması ve cezalandırılabilir olması için zararın ortaya çıkıp çıkmaması hakkında farklı görüşler bulunmaktadır, konu hakkında ilgili açıklamalara ilerleyen bölümlerde değinilecektir.

A. KORUNAN HUKUKSAL DEĞER

Hukuksal değer, kanun kuralının koruduğu subjektif hak olarak ifade edilmiştir¹⁶⁷. Kanun koyucunun, her suç tipinin oluşumunda ortaya çıkan ve bireysel veya toplumsal menfaat için korunmasını hedeflediği değerler bulunmaktadır. Bu değerlerden en önemli gördüklerini ön plana çıkararak ceza kanununda benzer suç tiplerini belirli bölümler altında düzenlemektedir¹⁶⁸. Bu sebeple suç tipini incelerken düzenlendiği bölüm başlığı korunan hukuksal değerler bakımından sınıflandırmıştır.

Görevi kötüye kullanma suçu, “*Millete ve Devlete Karşı Suçlar*” kısmı, “*Kamu İdaresinin Güvenirliği ve İşleyişine Karşı Suçlar*” bölümünde düzenlenmiştir. Korunan hukuksal değerın anlaşılabilmesi için idarenin işleyişinin somut göstergesi olan hizmetten yola çıkılmalıdır.

¹⁶⁵ SONAY EVİK, syf:60

¹⁶⁶ ŞİK, Hüseyin, “*Görevi Kötüye Kullanma Suçu*” Marmara SBE Kamu Hukuku Anabilim Dalı (Danışman: ARTUK, M. Emin, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2007, syf:8

¹⁶⁷ BAŞARAN, syf:11; ÖZEN, Mustafa, “*Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri*”, (Genel) Adalet Yayınevi, Ankara, Ağustos, 2019, syf:299; DEMİRBAŞ, Timur, “*Ceza Hukuku Genel Hükümler*”, Seçkin Yayınevi, 14.Baskı, Ankara, Eylül, 2019, syf: ;ÖZBEK, Veli Özer/ DOĞAN, Koray/ BACAKSIZ, Pınar, “*Ceza Genel Hukuku Temel Bilgiler*” (Genel) Seçkin Yayıncılık, 10.Baskı, Eylül 2019, Ankara, syf:85; ÖZGENÇ, İzzet / ÜZÜLMEZ, İlhan, “*Ceza Genel Hukuku*”, 2.Baskı, Seçkin Yayınevi, Eylül 2019, Ankara, syf:49; ÖZGENÇ, İzzet, “*Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*”, Seçkin Yayınevi, Eylül 2019, Ankara, syf:220; ALDEMİR, Hüsnü, “*Uygulayıcılar İçin Ceza Hukuku Genel Hükümler Rehberi*”, Adalet Yayınevi, Kasım 2019, Ankara, syf:179; KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan, “*Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*” (Genel) Seçkin Yayınevi, 12.baskı, Ankara, Eylül, 2019, syf:818; ÖZTÜRK, Bahri/ ERDEM, Mustafa Ruhan, “*Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*”- TCK Değişikliklerine Göre Yenilenmiş 19.Baskı-, Seçkin Yayınevi, Ankara, Eylül 2019, syf:359; AKBULUT, Berrin, “*Ceza Hukuku Genel Hükümler*”(Genel), Adalet Yayınevi, 6.Baskı, Eylül 2019, Ankara, syf:85; AKBULUT, Berrin, “*Türk Ceza Hukuku Temel Bilgiler*”, Seçkin Yayınevi, Mart 2019, Ankara, syf: 114

¹⁶⁸ SONAY EVİK, syf:95

Bir hukuk toplumunda, sosyal hayatın devamı için önem arz eden faaliyetlerin devlet veya diğerk kamu tüzel kişilerin marifetiyle kamu hizmeti olarak sunulmaktadır¹⁶⁹. Kamu olarak adlandırılan, tüm fertler adına yürütülen faaliyet kamu görevi, bu faaliyeti yürütmekle yükümlendirilen kişiler ise kamu görevlisidir¹⁷⁰.

Görevi kötüye kullanma suçu ile birlikte; kamu adına yürütülen işlerde kamu görevlisi olarak yükümlendirilen kişilerin görevleri sırasında disiplinin sağlanması suretiyle kamu idaresinin düzenli, etkin, dürüst ve tarafsız bir biçimde işlemesi amaçlanmaktadır¹⁷¹. Böylelikle bu düzenleme ile korunmaya alınan hukuki değer; *“kamu görevlilerinin görevlerinin gereklerine uygun hareket ettikleri, bu görevleri dolayısıyla kendilerine tanınan yetkinin ya da nüfuzun hukuken belirlenmiş sınırlar içinde kullandıkları konusunda toplumda hakim olan güven”*dir¹⁷².

Madde gerekçesinde de belirtildiği üzere; kamu görevini, yerine getirmekle yükümlendirilen kişi kamu faaliyetleri sırasında gerek eşitlik gerekse liyakatliliğe uygun davranışlar sergileyebilmek için adalet ilkesi çerçevesinde görevinin gerektirdiği yükümlülüklerle uygun hareket etmek zorundadır¹⁷³. Zira kamu hizmeti yürütmekle görevlendirilen kişinin, görevi sırasında benimsediği davranışlar ve tutumlarda toplum bilincinde hakim olan güveni sarsmaması gerekmektedir. Kamu görevlisinin, görev alanına giren bir hususla ilgili yükümlülükleriyle bağdaşmayan bir davranış sergilemesi halinde belli koşulları sağlaması durumunda görevi kötüye kullanma suçu olarak tanımlanmıştır¹⁷⁴.

Aynı zamanda kamu görevlisi tarafından görevinin yerine getirilmesi sırasında kişilere ve kamuya zarar vermesini önlemek veya haksız kazanç

¹⁶⁹ ÜZÜLMEZ, İlhan, “Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK m.257)” Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C.XVI, Y.2012, Sayı:1, syf:193; KOCA/ÜZÜLMEZ, syf:927

¹⁷⁰ KOCA/ÜZÜLMEZ, syf:928

¹⁷¹ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, syf:1102; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, syf:1127; YOKUŞ SEVÜK, syf:413; SOYASLAN, syf:708; ÖZEN, syf:772; ZAFER, syf:1534; MEMİŞ KARTAL, syf:1380; SONAY EVİK, syf:98; BAŞARAN, syf:12; OKUYUCU-ERGÜN, Güneş, “Görevi Kötüye Kullanma Suçu” TBB Dergisi, Sayı:82, 2009, syf:2

¹⁷² ÜZÜLMEZ, syf:194; KOCA/ÜZÜLMEZ, syf:927; MERAN, Necati, “Zimmet& 3.Yargı Paketindeki En Son Değişiklikler ve Uygulamalarıyla Rüşvet - İrtikap ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları” Seçkin Yayınevi, 3.Baskı, Kasım 2013, Ankara, syf:441

¹⁷³ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, syf:1127; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, syf:1102; TÜRKÖĞLU, syf:2-3

¹⁷⁴ TBMM Mevzuat Bilgi Sistemi, Komisyonun Değişiklik Gerekçesi (<https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleri?pkanunlarno=24110&pkanunnumarasi=5237>), Erişim Tarihi:22.12.2019)

sağlanmasının da önüne geçilmesi hedeflendiğinden başta kamu otorite ve kuvvetini elinde bulunduranlara karşı kişiler ve kamu idaresinin ekonomik varlığının ise ikincil olarak korunduğu söylenebilir¹⁷⁵.

Kanaatimizce; görevi kötüye kullanma suçunda başta kamu görevlisinin dürüst, eşit, tarafsız, disiplinli ve sadakat ilkeleri çerçevesinde faaliyet yürütmesiyle toplumun kamu idaresine olan güven ve saygı duygusunun korunması bir diğer yandan kamu idaresinin düzenli işleyişi neticesinde kamu idaresi ve bireylerinin maddi ve manevi menfaatlerini korunmasını hedefleyen, birden fazla hukuki değere ilişkin düzenlemedir.

B. SUÇUN MADDİ UNSURLARI

1. Fail - Mağdur

Görevi kötüye kullanma suçu, gerçek özgü suçlardandır bir diğer ifade ile suçun varlığının kabulü için yapılacak eylemin kamu görevlisi veya özel kanunlarda kamu görevlisi gibi cezalandırılacağı belirtilen kişiler tarafından işlenmesinin suçun unsuru olduğu suçlardandır¹⁷⁶. Bu suçun faili olunabilmesi için kamu görevlisi olma sıfatının hukuka uygun usullerle elde edilmiş olması da gerekmektedir¹⁷⁷.

Kamu görevlisi olan fail; emeklilik, istifa, kamu görevinden ihraç, uzaklaştırma cezası vb gibi nedenlerden kamu görevlisi sıfatını kaybetmiş olsa bile, eylemi gerçekleştirdiği sırada sahip olduğu kamu otoritesini ve yetkisini kullanmış ise sorumlu tutulacaktır¹⁷⁸.

¹⁷⁵ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, syf:1102; YOKUŞ SEVÜK, syf:413; İtalyan ceza hukukunda, tipik fiilin aynı zamanda özel kişilere de zarar verdiği hallerde söz konusu suçun, kamu idaresinin düzgün işlemindeki devlete ait menfaatin yanı sıra, kamu görevlisinin belirtilen davranışına maruz kalan özel kişinin de menfaatine zarar verdiği, bu nedenle inceleme konusu suçun çift hukuki konulu olduğu ve burada korunan hukuki varlık veya menfaatin bir yandan kamu idaresinin düzenli ve düzgün işlemindeki devlete ait menfaat, diğer yandan ise kamu görevlisinin gayrimişru ve haksız davranışlarına karşı anayasal garanti altına alınan bireysel varlık veya menfaati olduğu savunulmaktadır. (Benussi, *I delitti dei pubblici ufficiali*, s. 560-561, aktaran OKUYUCU-ERGÜN, syf:2)

¹⁷⁶ ÖZALP/ÖZALP, syf:164; SOYASLAN, syf:707; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, syf:1022; ÖZEN, syf:772; KOCA/ÜZÜLMEZ, syf:928; TÜRKÖĞLU, syf:11; YOKUŞ SEVÜK, syf:413; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, syf:1127; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, syf:1102; ZAFER, syf:1535; MEMİŞ KARTAL, syf:1381; SONAY EVİK, syf:99; BAŞARAN, syf:15; ÖZEN, (Genel), syf:280; DEMİRBAŞ, syf:495; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, (Genel), syf:493; ÖZGENÇ/ÜZÜLMEZ, syf:50; ÖZGENÇ, syf:212; ALDEMİR, syf:871; KOCA/ÜZÜLMEZ, (Genel), syf:481; ÖZTÜRK/ERDEM, syf:200; AKBULUT, (Genel), syf:372; AKBULUT, syf: 152.

¹⁷⁷ ÖZEN, syf:773; PINAR, syf:48; MERAN, syf:441; OKUYUCU-ERGÜN, syf:3

¹⁷⁸ YOKUŞ SEVÜK, syf:415; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, syf:1022; ÖZEN, syf:773; OKUYUCU-ERGÜN, syf:5

Kamu görevlisi olmayan kişilerin TCK m.40/2 hükmü gereğince doğrudan veya müşterek fail olarak bu suçtan cezai sorumluluğu doğmamaktadır. Bu kişiler suçun azmettirenini veya yardım edeni olabilirler¹⁷⁹. Örneğin, özel hastanede hekim olarak görev yapan kişi kamu görevlisi olmadığından, özgü suç olan görevi kötüye kullanma suçunun bu kişi tarafından işlenemeyeceği yönünde karar verilmiştir¹⁸⁰. Ancak Yargıtay kararlarının aksine bu konuya ilişkin farklı bir değerlendirmenin yapılması gerektiği düşüncesindeyiz. Öncelikle, sağlık alanı gibi kamu hizmeti niteliği taşıyan bir sektörde görev yapan hekimlerin aynı suçu oluşturan eylemlerinden ötürü devlete bağlı olarak çalışan hekimlerin kamu görevlisi olarak kabul edildiği, özel sektöre bağlı hastanelerde görev yapan hekimlerin ise kamu görevlisi olmadığı kabulü ile görevi kötüye kullanma suçu bakımından cezai sorumluluğunun doğmayacağı yönünde ki yaklaşıma katılmamaktayız. Zira; TCK m.6/1-c kapsamında tanımlaması yapılan “*kamu görevlisi*” olarak bir kişinin kabul edilebilmesi için aranan şartların değerlendirilmesiyle birlikte, başta Sağlık Bakanlığı’nın sıkı denetim ve talimatları altında sonrasında Türk Tabipler Birliği’nin belirlediği meslek etik kurallarına bağlı olarak faaliyetlerini icra eden özel hastanelerde görev yapan hekimlerin sağlık hizmetini sunma sırasında kamu görevlisi olarak kabul edilmeleri gerekmektedir. Her ne kadar TCK’nın madde gerekçesi göz önünde tutulduğunda, kamu görevlisi kabul edilebilmesi için “*kamusal faaliyetin yürütülmesine ihaleye dayalı olarak özel hukuk kişilerince üstlenilmesi durumunda..*” kişilerin kamu görevlisi olarak kabul edilmeyeceği açıkça belirtilmesine rağmen, sağlık sektörünün diğer özel sektörlere nazaran farklılığı bulunmalıdır. Özellikle sağlık alanında, tehlikeli bir mesleği icra eden hekimlerin işlediği hem de hekimlere yönelik olarak işlenen suçlar bakımından kamu görevlisi olduklarının kabulü ile son zamanlarda sağlık çalışanlarına yönelik artan şiddet olaylarını önüne geçebilmek ve bireyler açısından caydırıcılığın artırılabilmesi düşüncesindeyiz. Bununla birlikte, hekimler açısından da, özellikle kamu idaresi

¹⁷⁹ SONAY EVİK, syf:100; ÖZEN, (Genel), syf:282; DEMİRBAŞ, syf:506; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ, (Genel), syf:332; ÖZGENÇ/ÜZÜLMEZ, syf:129; ÖZGENÇ, syf:556; ALDEMİR, syf:874; KOCA/ÜZÜLMEZ, (Genel), syf:481; ÖZTÜRK/ERDEM, syf:423; AKBULUT, (Genel), syf:698; AKBULUT, syf: 287; OKUYUCU-ERGÜN, syf:5

¹⁸⁰ Y15.CD E.2017/14316, K.2017/7499, T.14.3.2017; “...doktor olan sanıkların özel hastane çalışanı olmaları nedeni ile eylemlerinin görevi kötüye kullanma suçuna vücut vermeyeceğini...”, (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, Erişim Tarihi: 22.12.2019), Y12.CD E.2014/9886, K.2015/5850, T.6.4.2015;“.. tüm raporlarda değinildiği üzere, ölüm olayının sanıkların taksirli eyleminden değil, ilgili uzmanınca ölenin durumunun değerlendirilmemesinin ve ölene EKO yapılmamasının bir eksiklik olarak değerlendirilmesine ...ancak özel hastanede çalışan sanığın kamu görevlisi olmaması sebebiyle bu suçun da oluşmayacağı gözetilerek...”, (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/12cd-2014-9886.htm>, Erişim Tarihi:22.12.2019)

aleyhine işlenen suçlara ilişkin hekimin özel hastanede çalışması gerekçesiyle, işlemiş oldukları suçların cezasız kalması, toplumun kamu idaresine olan güvenirliliğini zedeleyeceği düşüncesindeyiz.

Mukayeseli hukuk açısından görevi kötüye kullanma suçunun faili ele alındığında; İtalyan CK'nın 323'üncü maddesinde “..kamu görevlisi veya kamu hizmetiyle görevlendirilen kişi..”, İsviçre CK'nın yetkinin kötüye kullanılmasını düzenleyen 312'inci maddesinde “..yetkili bir makamın üyeleri veya çalışanları..” ve hukukun ihlali suçuna benzeyen bir hüküm olan 314'üncü maddesinde “..kamu görevlisi..”, Avusturya CK'nın 302'inci maddesinde “..kamu görevlisi başkalarının haklarına zarar vermek amacıyla bilinçli olarak Federasyonun, ülkenin, belediyeler birliği veya belediye veya diğer bir kamu tüzelkişisinin bir organı olarak..”, İsveç CK'nın 20'inci bölümün birinci paragrafında “Kamu görevine ilişkin bir yetkiyi kullanan kişi..”, Slovenya CK'nın 257'inci maddesinde “..bir memur veya kamu görevlisi..”, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti CK'nın 105A maddesinde “..kamu hizmetinde görevli kişi..”, Brezilya CK'nın 327'inci maddesinin birinci fıkrasına göre “..kamu görevlisi, geçici olarak da olsa veya ücretli olmasa da kamusal bir görev, iş veya hizmeti üstlenen kişidir..”, 2014 tarihli Romanya CK'nın 297'inci maddesinde, Portekiz CK'nın 382'inci maddesinde, 1997 tarihli Polonya CK'nın 231'inci maddesinde, Arnavutluk CK'nın 248'inci maddesinde¹⁸¹, Rusya Federasyonu CK'nın 285'inci maddesinde, Danimarka CK'nın 156'ıncı maddesinde, İngiliz Hukuku'nda İngiliz ve Galler Temyiz Mahkemesi'nin 07.04.2004 tarih ve EWCA Crim 868 sayılı kararında¹⁸²; bu suçun kamu görevlisi tarafından işlenebileceği kabul edilmektedir¹⁸³.

Türk hukukunda ise, kamu görevlisi kavramı TCK'nın 6/1-c maddesine göre tanımlanmış ve buna göre, “..kamu görevlisi; kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişidir.” Madde gerekçesinde ise, kişinin kamu görevlisi olarak kabul

¹⁸¹ Arnavutluk CK 248.maddesi; “Kamu görevini icra eden kişi, kasten görevinin gereklerine aykırı olarak icrai veya ihmali hareket etmek suretiyle kendisine veya başkalarına haksız maddi veya manevi çıkar sağlarsa veya devletin, vatandaşların veya diğer tüzel kişilerin meşru menfaatlerine zarar verirse fiil, başka bir suçu oluşturmadıkça altı aydan 5 yıla kadar hapis ve 300.000'den bir milyona kadar Lek para cezası ile cezalandırılır.” (SONAY EVİK, syf:78)

¹⁸² Bu karara göre görevi kötüye kullanma suçunun unsurları: “1.Failin kamu görevlisi olması, 2.kasten görevini kötüye kullanması veya görevini ihmal etmesi, 3.Bu ihlallerin kamusal göreve duyulan güveni istismar eden nitelikte olması, 4.Makul bir mazeret ya da meşru bir nedenin bulunmaması.” (SONAY EVİK, syf:77)

¹⁸³ SONAY EVİK, syf:60-81

edilebilmesi için yürüttüğü veya yürütülmesine iştirak ettiği işin kamusal faaliyet olması gerektiği aranmaktadır¹⁸⁴.

Yapılan tanımlamadan da anlaşıldığı üzere, bir kişinin kamu görevlisi sayılabilmesi için üçü madde tanımından açıkça anlaşılan, biri de gerekçede konulan dört temel şartı taşıması gerekmektedir. Bunlar; yürütülen işin kamusal faaliyet olması, bu işin yürütülmesine kişinin katılma şekli, faaliyetin niteliği ve kişinin idare ve özel hukuk ilişkisi içerisinde olmamasıdır¹⁸⁵.

Kamusal faaliyetin tanımı gerekçede vurgulanarak; Anayasa ve kanunlarla belirlenmiş olan usullere uygun bir şekilde alınan bir siyasi karar ile bir hizmetin kamu adına yürütülmesi şeklinde ifade edilmiştir. Aynı gerekçede kamusal faaliyete örnek olarak verilen meslek ve görevler de değerlendirildiğinde, kamu hizmeti ile kamusal faaliyet özdeş olarak kullanılmaktadır. Ancak kamusal faaliyete bağlı bazı özel kişilere devredilmesiyle birlikte, devredilen faaliyet, kamu görevi olarak kabul edilmemektedir. Bir başka ifade ile gerçekleştirilen kamusal faaliyet kamu idaresi tarafından gerçekleştirilirse bu işleri yapan kişiler kamu görevlisi kabul edilirken, aynı faaliyetin özel kişilere devredilmesi neticesinde işleri gerçekleştiren kişiler ise kamu görevlisi olarak kabul edilmemektedir.

Kamu idaresi ile arasında bulunan istihdam ilişkisine dayalı olarak kamusal faaliyete katılan kişiler; 657 sayılı kanuna tabi devlet memurları, idareyle sözleşme ve benzeri bazı statülerle ücret bağı ile bağımlı olan sözleşmeli personel, geçici personel ve kadrolu işçiler kamusal faaliyete usulünce iştirak etmeleri kaydıyla kamu görevlisi olarak kabul edilmektedir.

Devlet hastaneleri, sağlık ocağı, dispanserler, belediye ve üniversite hastaneleri gibi devlete bağlı sağlık kuruluşlarında çalışan başta pratisyen ve uzman hekimlerin sundukları hizmet, kamu görevi niteliğinde olduğundan ceza hukuku uygulamasında kamu görevlisi olarak kabul edilmektedirler. Bu kişilerle beraber;

¹⁸⁴ DEMREN DÖNMEZ, Burcu, “Türk Ceza Kanunu’nda ‘Kamu Görevlisi’ Kavramı” TBB Dergisi, 2011 (94), syf:115; ÖZEN, (Genel), syf:312; DEMİRBAŞ, syf:233; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ, (Genel), syf:143; ÖZGENÇ/ÜZÜLMEZ, syf:50; ÖZGENÇ, syf:211; ALDEMİR, syf:48; KOCA/ÜZÜLMEZ, (Genel), syf:112; ÖZTÜRK/ERDEM, syf:199; AKBULUT, (Genel), syf:372; AKBULUT, syf: 152.

¹⁸⁵ DEMREN DÖNMEZ, syf:114-155; BAŞARAN, syf:28; ÖZEN, (Genel), syf:281

laborantlar, hemşireler, idari görev alan personel ve bu kişilerin amirleri de kamu görevlisi sayılmaktadır¹⁸⁶.

Aile hekimleri hakkındaki m.3'teki yasal düzenleme ise şu şekildedir; aile hekimleri Sağlık Bakanlığı ile sözleşmeli olarak görev yapmaktadır. Ayrıca 5258 sayılı kanunun 6'ncı maddesinde aile hekimleri ve aile sağlığı çalışanları¹⁸⁷, sundukları hizmetlerle alakalı görevlerini yerine getirirken işledikleri veya kendilerine işlenen suçlar bakımından devlet memurları gibi kabul edileceğine yer verilmiştir.

Üniversite personeli; tıp eğitimi görevi yapan ve bu görevin yönetimi alanında çalışan tıp fakültesi dekan ve diğer yöneticileri, uzmanlar, profesörler, doçentler, öğretim görevlileri, okutmanlar, araştırma görevlileri kamu görevlisi olarak kabul edilmektedir¹⁸⁸.

Sonuç olarak sayılan kişiler kamu görevlisi olarak kabul edildiğinden özgü suç olan görevi kötüye kullanma suçu bakımından fail olabilirler. Çalışmamız kapsamında hekimin gerçekleştirdiği eylemler neticesinde işlediği görevi kötüye kullanma suçu ve görevi ihmal suçu bakımından cezai sorumluluğu ele alınacağından, konumuz bakımından suçun failinin hekim olduğunun kabulüyle açıklamalara yer verilecektir.

Ceza hukuku bakımından suçun mağduru, ceza normu tarafından korunan ve suç tarafından ihlal edilen, yani suçun konusunu oluşturan hukuki varlık ve menfaat sahibidir¹⁸⁹. Bu suçun mağduru ise, *kamu idaresine güvenirliliğine ve işleyişine karşı suçlar* bölümünde düzenlendiğinden, mağdurunun kamu idaresi bir diğer ifade ile toplumu oluşturan herkesin olduğu söylenebilmektedir¹⁹⁰. Bu suç tipinin

¹⁸⁶ GÖKCAN, syf:594-595

¹⁸⁷ RG. 9.12.2004 – S.25665

“Madde 2- Aile sağlığı çalışanı; aile hekimi ile birlikte hizmet veren hemşire, ebe, sağlık memuru gibi sağlık elemanıdır.”

¹⁸⁸ GÖKCAN, syf:596

¹⁸⁹ BAŞARAN, syf:40; ÖZEN, (Genel), syf:289-292; DEMİRBAŞ, syf:565; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, (Genel), syf:143; ÖZGENÇ/ÜZÜLMEZ, syf:51; ÖZGENÇ, syf:223; ALDEMİR, syf:181; KOCA/ÜZÜLMEZ, (Genel), syf:114; ÖZTÜRK/ERDEM, syf:200; AKBULUT, (Genel), syf:383; AKBULUT, syf: 156.

¹⁹⁰ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, syf:1128; YOKUŞ SEVÜK, syf:415; KOCA/ÜZÜLMEZ, syf:929; BAŞARAN, syf:41

düzenlenmesi ile birlikte toplumun devlete olan güveninin korunmasının yanı sıra olası bireysel ve kamusal zararların önüne geçilmesi de hedeflenmektedir¹⁹¹.

İtalyan CK'nın 328'inci maddesinde özel nitelikte görevi ihmal suçunu düzenleyen ilgili maddeye göre; “*Kamu görevlisi veya kamu hizmetiyle görevlendirilen kişi adalet, kamu güvenliği veya kamu düzeni veya kamu sağlığı nedenlerinden ötürü geciktirilmeden yerine getirilmesi gereken bir işlemi (görevi) haksız olarak yapmayı reddederse..*” ifadesine yer vererek; kamu idaresinin düzenli işleyişiyle birlikte kamu sağlığına yönelik bireysel menfaatleri de koruma altına almaktadır¹⁹².

Suçun mağduru kamu olduğundan, suç bireye işlenmiş suçlarda olduğu gibi belli bir kişiye yönelik değildir. Ancak suçun mağdurunun belirli bir kişi olması durumunda suçtan mağduriyeti olan gerçek kişinin mağdur olduğu kabul edilmelidir. İtalyan Yargıtay'ının ağırlıklı içtihadına göre de suçun mağdurunun sadece kamu idaresi olduğunu ve bireyin kovuşturmaya yer olmadığı kararına itiraz edemeyeceği ancak zarar gören olarak davaya katılabileceği yönündedir¹⁹³.

Hekimin gerçekleştirdiği eylem neticesinde hakkı ihlal edilen, mağduriyete veya zarara uğrayan gerçek veya tüzel kişiler “*zarar gören*” konumundadır. Devlet ve diğer kamu tüzel kişileri ise, görevi kötüye kullanma suçu nedeniyle zarar görmeleri halinde “*mağdur*” durumundadırlar¹⁹⁴.

Suçun mağdurunun belirlenmesi hukuka aykırılık unsuru(mağdurun rızası) ve zincirleme suç hükümlerinin uygulanması açısından önem taşımaktadır. Bu konulara ilişkin detaylı açıklama ilgili bölümlerde yapılacaktır.

2. Maddi Konu

Suçun maddi konusu, suçun üzerinde işlendiği dolayısıyla failin hareketi neticesinde etkilenen kişi veya şeyi ifade etmektedir¹⁹⁵.

¹⁹¹ ÖZEN, syf:773

¹⁹² SONAY EVİK, syf:63

¹⁹³ SONAY EVİK, syf:102; OKUYUCU-ERGÜN, syf:3

¹⁹⁴ GÖKCAN, syf:881

¹⁹⁵ ÖZEN, (Genel), syf:297; DEMİRBAŞ, syf:562; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, (Genel), syf:143; ÖZGENÇ/ÜZÜLMEZ, syf:48; ÖZGENÇ, syf:219; ALDEMİR, syf:181; KOCA/ÜZÜLMEZ, (Genel), syf:116; ÖZTÜRK/ERDEM, syf:202; AKBULUT, (Genel), syf:385; AKBULUT, syf: 157.

Görevi kötüye kullanma suçunun maddi konusu kamu hukukunda belirlenen usul hükümleri çerçevesinde kamu görevlileri tarafından üstlenilen ve toplum adına yürütülen kamu görevidir¹⁹⁶.

3. Hareket, Netice ve Nedensellik Bağlantısı

Suçun maddi unsuru; fiil, netice ve nedensellik bağından oluşmaktadır. Fiil, insanın iç dünyasındaki iradenin dış dünyaya yansımaları ile ortaya çıkan insan davranışlarıdır¹⁹⁷. Dış dünyaya yansıyan davranış icrai olabileceği gibi ihmali de olabilir. Bu davranışın dış dünyada meydana getirdiği ve ceza hukuku bakımından yaptırıma bağlanan hareket ise neticeyi oluşturmaktadır. Kişinin dış dünyada yarattığı neticeden cezai sorumluluğunun doğabilmesi için davranış ile netice arasındaki nedensellik bağının da net bir şekilde kurulması gerekmektedir.

TCK m.257’de görevi kötüye kullanma suçu; görevin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle veya görevin gereklerine yapmaktan ihmal veya gecikme gösterme suretiyle icrai veya ihmali hareket ile işlenebilen iki ayrı suç tipi olarak düzenlenmiştir.

İcrai hareket ile suçun işlenmesi, kanun koyucunun yasakladığı hareket türü bu suç tipinde kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı hareket etmesi ile gerçekleşmektedir. Ancak kamu görevlisinin eylemi görevin değil memuriyet veya meslek etiğine aykırılık gibi kurum hukukuna aykırı olarak gerçekleştirilmesi durumunda davranış disiplin hukuku kapsamında kabul edilmektedir¹⁹⁸.

Aynı zamanda 3’üncü fıkrada düzenlenen çıkar sağlanması suretiyle işlenen görevi kötüye kullanma suçuna yer verilmiş olsa da, bahsi geçen düzenleme 6352 sayılı kanun ile 5.7.2012 tarihinde yürürlükten kaldırılmıştır. 3’üncü fıkra yürürlükten kaldırılmış olsa bile, suç işleme tarihi bakımından lehe kanun uygulaması bulunduğundan, çalışmamız kapsamında üç suç tipiyle de ilgili açıklamaya yer verilecektir.

¹⁹⁶ ÜZÜLMEZ, syf:195; KOCA/ÜZÜLMEZ, syf:929; ZAFER, syf:1539; MEMİŞ KARTAL, syf:1381; Görev suçun maddi konusunu değil, maddi unsuruna ilişkin bir ön şart olduğu konusunda bkz. SONAY EVİK, syf:104

¹⁹⁷ BAŞARAN, syf:43; ÜZÜLMEZ, syf:195-196; KOCA/ÜZÜLMEZ, syf:931; ZAFER, syf:1540; MEMİŞ KARTAL, syf:1384; ÖZEN, (Genel), syf:208; DEMİRBAŞ, syf:112; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ, (Genel), syf:513; ÖZGENÇ/ÜZÜLMEZ, syf:43; ÖZGENÇ, syf:179; ALDEMİR, syf:368; KOCA/ÜZÜLMEZ, (Genel), syf:88; ÖZTÜRK/ERDEM, syf:202; AKBULUT, (Genel), syf:252; AKBULUT, syf: 112.

¹⁹⁸ SONAY EVİK, syf:104; MERAN, syf:442

İtalyan CK'nın görevi kötüye kullanma suçunu düzenleyen ilgili 323'üncü maddesine göre; suçun fail tarafından *“kanun veya yönetmelik hükümlerine aykırı davranarak”* veya *“kendisinin veya bir yakınının menfaati olan bir durumda veya görevinden çekinmesi gerektiği belirtilen diğer hallerde çekinmemesi”* şeklinde olmak üzere iki seçimli hareketli olarak işlenebileceği belirlenmiştir¹⁹⁹.

Diğer yabancı hukuki düzenlemeler incelendiğinde, görevi kötüye kullanma suçunu oluşturan fiil şu şekilde ifade edilmektedir; İsviçre CK'nda 312'inci maddesinde *“..göreve ilişkin yetkinin kötüye kullanılması..”*, Avusturya CK'nda 302'inci maddesinde *“..sahip olunan yetkilerin kötüye kullanılması..”*, Portekiz CK'nda 382'inci maddesinde *“..yetkilerini kötüye kullanması veya görevini ihmal etmesi..”*, Polonya CK'nda 231'inci maddesinde *“..görevini yerine getirirken yetkisini aşmak ya da görevini yerine getirmemek suretiyle..”*, Danimarka CK'nda 156'ıncı maddesinde *“..görevini gereği gibi yerine getirmez, görevini ifa etmeyi reddeder veya göreviyle ilgili herhangi bir yasal emri yerine getirmezse”* ve 157'inci maddesinde *“..görevini yerine getirmede ciddi veya sıklıkla tekrarlanan ihlallerde bulunur veya görev veya fonksiyonlarını ifa sırasında özen göstermezse”*, Slovenya CK'nda 257'inci maddesinde *“Kendisine veya başkasına herhangi bir maddi olmayan menfaat sağlama veya başka bir kimseye zarar verme amacıyla görevini kötüye kullanan ya da resmi görevlerinin sınırlarını aşan ya da resmi görevlerini yerine getirmeyen..”*, Romanya CK'nda 297'inci maddesinde *“Görevini yerine getirirken, ırk, milliyet, etnik köken, dil, din, cinsiyet, cinsel yönelim, siyasi üyelik, refah, yaş, engellilik, kronik bulaşıcı olmayan hastalık veya HIV/AIDS enfeksiyonu nedeniyle bir kişinin haklarını kullanmasını sınırlayan ya da ona olumsuz bir durum yaratan..”* ayrıca 298'inci maddesinde mesleki ihmal adı altında kamu görevlisinin taksirle görevi kötüye kullanması suçuna da yer vererek *“..taksirle görevinin gereğini yerine getirmeyerek veya hatalı şekilde yerine getirmek suretiyle..”* ve son olarak da KKTC CK'nda 105A maddesinde TCK'ya paralel bir düzenlemeye yer verilerek failin eyleminin *“..görevin gereklerine aykırı hareket eden..”* şeklinde

¹⁹⁹ İtalyan CK 323.maddesi: *“Fiil daha ağır bir suçu oluşturmadıkça, kamu görevlisi veya kamu hizmetiyle görevlendirilen kişi, görevlerinin veya hizmetlerinin icrası sırasında kanun veya yönetmelik hükümlerine aykırı davranarak veya kendisinin veya bir yakınının menfaati olan bir durumda veya görevinden çekinmesi gerektiği belirtilen hallerde çekinmeyerek bilerek ve isteyerek kendisine veya başkasına haksız bir maddi çıkar sağlar veya başkasına haksız zarar verirse bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Çıkar ve zararın ciddi nitelikte olduğu durumlarda ceza arttırılır.”* (SONAY EVİK, syf:61)

ibarelere yer verilerek, mukayeseli hukukta da görevi kötüye kullanma suçunun tipikliğini oluşturan fiil benzer şekilde tanımlanmıştır²⁰⁰.

a. Hareket

aa. Suçun Görevin Gereklere Aykırı Hareket Etmek Suretiyle İşlenmesi

TCK m.257/1'inci fıkrasında düzenlenen icrai davranışla görevi kötüye kullanma suçu, 765 sayılı TCK'nın 240'ıncı maddesi ve 228'inci maddesinde düzenlenen keyfi muamele suçunun karşılığını oluşturmaktadır.

Suç, kamu görevlisinin görevi kapsamında işleyebilecek bir eyleminin olması ve bu eylemi görevi sırasında gerçekleştirmesiyle görev gereğine aykırı davranışıyla işlenmektedir²⁰¹. Bir başka ifadeyle kamu görevlisinin yürüttüğü kamusal faaliyetle ilgili olarak kendisine yüklenmiş olan davranış normlarına aykırı hareketi görevin gereklere aykırı hareketi söz konusu olmaktadır²⁰². Yapılan eylemin görevin gereklere uygunluğu söz konusu olduğunda suç gündeme gelmeyecektir²⁰³.

Görevin gereklere aykırı hareket YCGK'nın 06.11.1961 tarihli kararında şöyle tanımlanmıştır; *"..memurun kendisine görevi nedeni ile tanınan güç ve yetki sınırlarını aşacak şekilde hareket etmesi, görevini yaparken kanunun öngördüğü usul-şekil gibi formalitelere uymayarak yetkisini aşması, kanunun öngördüğü takdir hakkını amacı dışında kullanması yahut üstlerinin kanuna aykırı nitelikteki emirlerini yerine getirmesi halleri..."* şeklindedir²⁰⁴.

Hükümde her ne kadar görevin gereklere aykırı hareket edilmesinden bahsedilse de, görev yerine getirilmesi gereken işlem veya eylem niteliğindeki bir faaliyet olduğundan görevi kötüye kullanmada bu faaliyetin yapılması için kullanılan yetkinin kötüye kullanılması söz konusudur²⁰⁵.

²⁰⁰ SONAY EVİK, syf:60-81

²⁰¹TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, syf:1103; ÖZEN, syf:775; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, syf:1022; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ, syf:1128; YOKUŞ SEVÜK, syf:415; TÜRKÖĞLU, syf:24; KOCA/ÜZÜLMEZ, syf:930; ZAFER, syf:1540; MEMİŞ KARTAL, syf:1384; OKUYUCU-ERGÜN, syf:7

²⁰² SONAY EVİK, syf:117

²⁰³ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, syf:1103; YOKUŞ SEVÜK, syf:418; TÜRKÖĞLU, syf:24

²⁰⁴ YCGK, T.06.11.1961, 113/119 sayılı karar.

(<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, Erişim Tarihi: 17.02.2020)

²⁰⁵ SONAY EVİK, syf:104; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ, syf:1126-1127; BAŞARAN, syf:45

Yargıtay'ın 23.2.2007 tarihli kararında; *“..görevi kötüye kullanma suçu, mevzuat ve etik kurallarının öngördüğü usul ve esastan farklı olarak kamu görevlisi tarafından kötüye kullanılanın görev olmadığını, kamu görevlisinin sahip olduğu yetkinin kötüye kullanılmasıyla birlikte eylemin suçu oluşturduğu..”* belirtilmiştir²⁰⁶. Bizim de katıldığımız ve Yargıtay'ın son kararları kapsamında benimsendiği üzere; suç kapsamında kamu görevlisi tarafından kötüye kullanılanın görev olmadığı, kamu görevlisinin sahip olduğu kanuni yetkilerin kötüye kullanması söz konusu olmaktadır.

Ayrıca, söz konusu suçun oluşabilmesi için eylemin kamu görevlisinin görevi kapsamına girmeyen konularda veya görevli olmadığı zamanlarda ya da görevlendirilmediği konularda gerçekleştireceği aykırı davranışlar da suçu oluşturmayacaktır²⁰⁷. Bir başka ifadeyle, görevi kötüye kullanma suçunun oluşabilmesi için gerçekleştirilen fiilin kamu görevlisinin görev alanına giren bir hususla ilgili olması gerekmektedir²⁰⁸. Görevi kapsamına girmeyen bir konuda yaptığı eylem, görevi kötüye kullanma suçu yerine örneğin; *“yetkili olmadığı bir iş yarar sağlama”*(TCK m.255), *“kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi”* (TCK

²⁰⁶TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, syf:1104

²⁰⁷GÖKCAN, syf:881; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ, syf:1128; YCGK, 26.2.2013, E.2012/4-425, K.2013/67; *“Bu suçun oluşması için gerekli olan ilk şart, kamu görevlisi olan failin yaptığı işle ilgili olarak kanun ve diğer idari düzenlemelerden doğan bir görevinin olması ve bu görevi dolayısıyla yetkili bulunmasıdır. Bir kimse kamu görevlisi olmasına karşın o işle ilgili görevi ve yetkisi yok ise, başka bir suçu oluşturmayan hukuka aykırı davranışı disiplin cezasını gerektirebilirse de, görevi kötüye kullanma suçunu oluşturmayacaktır. Çünkü hukuken sahip olunmayan bir yetkinin kötüye kullanılmasından da söz edilemez.”* (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, Erişim Tarihi: 17.02.2020) Y21.CD, E.2015/10325, K.2017/1404, T.20.3.2017; *“olay gecesi acil servis nöbet listesinde adı bulunmayan sanık Dr. ...'ın arızalı olması nedeni ile çıktı alamadığı alkolmetre ile alkol ölçümünü yaptığını, makinenin raporunu düzenlediğine yönelik savunmalarının aksine tanıkların kesin delil niteliğinde olmayan ve birbiri ile çelişen anlatımları dışında içerik olarak sahte belge düzenlediğine dair somut ve her türlü şüpheden uzak delil elde edilemediği anlaşılmakla, savunmalar doğrultusunda sanığın suç tarihinde acil servis polikliniğinde görevli olduğuna yönelik sözlü ya da yazılı bir talimat bulunup bulunmadığı araştırılıp, alkolmetre ölçüm çıktısı olmaksızın genel adli muayene raporu düzenleyerek yaralıyı taburcu etmekten ibaret eylemlerinin tck 257.maddesindeki suçu oluşturup oluşturmayacağı karar yerinde tartışılmaksızın yazılı şekilde karar verilmiş olması yasaya aykırıdır.”* (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, Erişim Tarihi: 17.02.2020)

²⁰⁸ YCGK. E.2017/16-956, K.2017/370, T.26.09.2017; *“Bu suçun oluşabilmesi için gerekli olan ilk şart, kamu görevlisi olan failin yaptığı işle ilgili olarak kanun veya diğer idari düzenlemelerden doğan bir görevinin olması ve bu görevi dolayısıyla yetkili bulunmasıdır. Bir kimse kamu görevlisi olmasına karşın o işle ilgili görevi ve yetkisi yok ise, başka bir suçu oluşturmayan hukuka aykırı davranışı disiplin cezasını gerektirebilse de, görevi kötüye kullanma suçunu oluşturmayacaktır. Çünkü hukuken sahip olunmayan bir yetkinin kötüye kullanılmasından da söz edilemez.”* (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, Erişim Tarihi: 20.02.2020)

m.262) veya disiplin suçunu gündeme getirecektir²⁰⁹. İtalyan doktrinine göre, görevin bulunması suçun maddi unsuru olan hareketin ön şartını oluşturmaktadır²¹⁰.

YCGK 09.07.2013 tarihli kararında; “..bir kimse kamu görevlisi olmasına karşın o işle ilgili görevi ve yetkisi yok ise, başka bir suçu oluşturmayan hukuka aykırı davranışı disiplin cezasını gerektirebilirse de görevi kötüye kullanma suçunu oluşturmayacaktır. Çünkü hukuken sahip olunmayan bir yetkinin kötüye kullanılmasından da söz edilemeyecektir.”²¹¹

Görevin gereklerinin kapsamına nelerin girdiği, failin görev alanını düzenleyen kanun, idari düzenlemeler veya talimatlar çerçevesinde belirlenir. Bununla birlikte görevin gereğinin, kamu görevlisinin yalnızca kendi görev alanıyla ilgili hukuk kurallarına bağlı kalınarak belirlenmesi zorunlu olmadığından, faili ilgilendiren ve yeni görevler yükleyen farklı hukuk kurallarının da dikkate alınarak görev alanı belirlenmelidir²¹².

Hekimler ve diğer sağlık mesleği mensupları bakımından görevin kapsamı; ilk olarak 1219 sayılı kanun olmak üzere ayrıca konu ile ilgili açıklama getiren diğer mevzuat ve Sağlık Bakanlığı tarafından yayınlanan genelgeler ile başhekimlik gibi yetkili mercilerin vermiş olduğu talimatlar doğrultusunda belirlenir. Bununla birlikte hekimler, tıp bilimi ve mesleğinde meydana gelen değişikliklerle yenilenen görüş ve uygulamalara da uygun hareket etmekle yükümlü olduğundan bunlar da görevleri kapsamına girmektedir²¹³.

Görev gereklerine aykırı davranış ise; görev dolayısıyla tanınan yetkilerin kullanılması sırasında sınırın aşılması, yetkileri kullanırken kanunen aranan prosedüre uygun bir şekilde kullanılmaması, sahip olunan takdir yetkisinin amaç dışı kullanılması²¹⁴, görevle ilgili yetkili amir tarafından verilen emrin hiç yerine veya

²⁰⁹ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, syf:1103; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, syf:1128; OKUYUCU-ERGÜN, syf:8

²¹⁰ SONAY EVİK, syf:106; İCK'nın 323. maddesinde “görevin icrasında” ibaresi kullanılmaktadır. Söz konusu ibareye dayanan İtalyan yazarlar, böylece kamu ajanının, yürüttüğü faaliyetten herhangi bir biçimde yararlanmak veya sıfatını yahut pozisyonunu kötüye kullanmak suretiyle gerçekleştirebileceği ihlallerin bu madde kapsamı dışında kalacağını belirtmektedirler (bkz. Benussi, *I delitti dei pubblici ufficiali*, s. 566, aktaran OKUYUCU-ERGÜN, syf:7)

²¹¹ YCGK T.09.07.2013, E.2012/5-1339, K.2013/347 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, Erişim Tarihi: 20.02.2020)

²¹² ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, syf:1129

²¹³ GÖKCAN, syf:882

²¹⁴ Takdir yetkisinin kamu yararı gözetilmeksizin eşitlik, objektiflik ve tarafsızlıktan uzak bir şekilde sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet, siyasi, felsefi ve ideolojik farklılık veya birlikteliğe dayalı

gereği gibi ya da zamanında yerine getirilmemesi, görevin yerine getirilirken takip edilmesi gereken yöntemle aykırı davranılması gibi durumlar ifade edilebilir²¹⁵.

Serbest hareketli olan suça ilişkin²¹⁶, yapılan hareketlerin görevin gereklerine aykırı veya uygun olduğunun belirlenmesi idare hukuku ve uygulamada yerel örfi kurallara göre yapılacaktır²¹⁷.

Kamu görevlisi, görevinin gereklerine aykırı davranışı ile bu suçun oluşmasını sağlayan eylemi işlemektedir. Eylemin işleme biçiminin aktif hareketlere dayanması halinde, bir diğer ifade ile görevlerine aykırı bir davranışta bulunma niyetiyle hareket etmesi durumunda görevi kötüye suçu icrai bir davranışla işlenmektedir.

Uygulamada en çok karşımıza çıkan sorun; doktorun hastaları muayene etmeden hastalara konulan hastalık tanısına uygun sağlık raporunu düzenlemesi görevin gereklerine aykırılık teşkil etmektedir. Zira hekimlerin hastalarıyla olan ilişkilerini düzenleyen 19.02.1960 tarih ve 10436 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nün 16. Maddesinin "*hekim, bir kimsenin sıhhi durumu hakkında, ilmî metodları tatbik suretiyle bizzat yaptığı muayene neticesinde edindiği vicdani ve fennî kanaate ve şahsi müşahedesine göre rapor verir. Hususi bir maksatla veya hatır için rapor veya herhangi bir vesika verilmez*", Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın 23. maddesine göre ise "*Hekim, acil olgular gibi zorunlu durumlar dışında, hastasını bizzat muayene etmeden tedavisine başlayamaz*" şeklindeki düzenlemeleri gereğince hekimler, zorunluluk hali hariç olmak üzere,

olarak veya kişisel nefret, intikam gibi duygularla veya kişisel yarar sağlama, kişisel üstünlüğü ispatlamak gibi amaçlarla kullanılmış olması hallerinde görevi kötüye kullanma suçu oluşabilecektir. (SONAY EVİK, syf:130); İtalyan ceza hukukunda, takdiri bir işlem söz konusu olduğunda, bu işlemin kamu görevlisi tarafından, kanunda öngörülen amaçlardan birine ulaşmak için, yani kendisine veya başkasına maddi olmayan haksız bir "avantaj" sağlamak amacıyla ya da başkasını haksız bir zarara uğratmak için gerçekleştirilmiş olması halinde hukuka aykırı olacağı savunulmuştur. (bkz. Antolisei, *Par. spec.*, II, s. 326, dn. 160, aktaran OKUYUCU-ERGÜN, syf:8)

²¹⁵ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, syf:1130; SOYASLAN, syf:708; YOKUŞ SEVÜK, syf:417

²¹⁶ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, syf:1129; ÖZEN, (Genel), syf:247; DEMİRBAŞ, syf:228; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, (Genel), syf:154; ÖZGENÇ/ÜZÜLMEZ, syf:54; ÖZGENÇ, syf:184; KOCA/ÜZÜLMEZ, (Genel), syf:121; ÖZTÜRK/ERDEM, syf:210; AKBULUT, (Genel), syf:275; AKBULUT, syf: 120.

²¹⁷ OKUYUCU-ERGÜN, syf:9; D1.D, E.2009/423, K.2009/610, T.9.4.2009 ;“ ... Üniversitesi, Tıp Fakültesi, Kadın Hastalıkları ve Doğum Anabilim Dalı öğretim üyesi olarak görev yapan şikayetçi hakkında, tam günlük olarak çalışmasına rağmen ... Tüp Bebek Merkezi adlı özel bir Hastanede hasta takip ve tedavisi yaptığı ve hastalarını bu Merkeze yönlendirdiği iddiası ile yapılan şikayet üzerine başlatılan soruşturmada alınan tanık ifadeleri ile söz konusu iddiaların doğrulandığı bu nedenle şüphelinin atılı suçu işlediğini doğrulayacak ve hakkında kamu davasının açılmasını gerektirecek yeterli kanıtın dosyada mevcut olduğu anlaşıldığından..” <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/1d-2009-423.htm> (Erişim Tarihi:14.01.2020)

bizzat muayene ettikleri hastalara sağlık raporu düzenlemekle yükümlüdürler. Bu yükümlülüğe aykırı davranış m.257/1 kapsamında cezalandırılmaktadır²¹⁸.

bb. Suçun Görevin Gereklerini Yapmakta İhmali veya Gecikme Göstererek İşlenmesi

Bir kamu görevlisinin görevi gereği yapması gerekeni, belli bir yönde icrai davranışta bulunma yükümlülüğünün söz konusu olduğu hallerde kendisinden bekleneni hiç yerine getirmemesi ya da gecikmeli olarak yerine getirmesi ihmali davranışla görevi kötüye kullanma suçunu oluşturur²¹⁹.

765 sayılı kanundan farklı olarak görevi kötüye kullanma suçunun ihmali davranış ile işlenmesi ayrı bir madde de düzenlenmeyerek, 257'inci maddenin ikinci fıkrasında yer verilmiştir. İlgili düzenlemeyle, devletin hizmetinin düzenli ve sürekli bir şekilde işleyebilmesi için kamu görevlisi tarafından gerçekleştirilebilecek iş yapmama veya ihmalkarlıkların önüne geçilmesi hedeflenmiştir²²⁰. İkinci fıkra hükümlerine göre cezalandırma işlemi sırasında birinci fıkrada aranan fail, mağdur, görevin gereklerine aykırılık ve yasal neticeler burada da geçerliliğini korumaktadır. Yaptığımız açıklamalarımızı tekrar etmemek için iki fıkrada yer alan farklı yönlere değinmekte yarar vardır.

Görevi kötüye kullanma suçunun ihmal suretiyle işlenmesinden anlaşılması gereken; görevin gereklerine uygun davranışın ya hiç yapılmaması veya davranışın gecikilerek yapılması²²¹ şeklinde kendi içerisinde seçimlik hareketli bir suçtur²²². Her

²¹⁸ Y4.CD, 01.11.2010, 2008-20682/2010-18036; “*doktor olan sanığın, görmediği ve bizzat muayene etmediği, tahlil ve tetkik yaptırmadığı Hacer Bayat isimli hastanın sağlık karnesine ilaç yazmaktan ibaret eylemi ile görevde yetkiyi kötüye kullanma suçunu işlediği anlaşılmakla; 5237 sayılı TCY'nin 257.maddesinde düzenlendiği üzere eylemin, kişilerin mağduriyetlerine, kamu zararına yol açıp açmadığı ve kişilere haksız kazanç sağlayıp sağlamadığı tartışılıp açıklanarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, reçete edilen Tarden isimli ilacın tıbbi gerekliliğine dayanılarak beraat kararı verilmesi,*” (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, Erişim Tarihi: 19.02.2020); Y5.CD, 4.5.2015, E.2013/7692, K.2015/11147; (GÖKCAN, syf:894), Y4.CD, 14.01.2013, E.2011/3998, K.2013/105; (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, Erişim Tarihi: 17.02.2020)

²¹⁹ SONAY EVİK, syf:132, BAŞARAN, syf:53

²²⁰ SOYASLAN, syf:710

²²¹ Y12.CD, E.2012/33049, K.2013/20208, T.16.9.2013; “*...sanığın Disekan Aort Anevrizmasına yönelik tetkik yaptırmadığı ve teşhis edemediğinden dolayı eksikliğinin olduğu belirtilmiş olup, ölene gerekli tetkikleri yapmayan ve bu konuda ihmal gösteren sanığın eyleminin taksirle öldürme suçunu oluşturmayacağı, ölene gerekli müdahalenin yapılmayarak tıbbi yardımın geciktirilmesi suretiyle mağduriyete neden olunması şeklindeki eylemin TCK'nın 257. maddesine uygun suçu oluşturacağı..*”, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/12cd-2012-33049.htm> (Erişim Tarihi:14.01.2020), Y12.CD, 7.5.2019 E.2019/773, K.2019/5789; “*...beyin cerrahisi uzmanının büyük arter yaralanmasına hemen müdahale etmesi gerekirken kardiyoloji, kalp damar cerrahisi ve genel cerrahi uzmanlarını*

iki durumda da görevinin gerektirdiği davranışı, aktif bir davranışı yerine getirmemeyi veya geciktirmeyi içeren ve hareketsiz kalma biçimindeki pasif bir eylemle suç işlenmektedir. Dolayısıyla suçu oluşturan husus salt hareketsiz kalınması değil, görevin gerektirdiği aktif davranışı yerine getirmeme biçimindeki eylemli davranıştır²²³. İhmal ve gecikme halinde, failin ihmal kastıyla hareket etmesi şarttır; aksi halde suç oluşmaz²²⁴. Böylelikle hekim tıp kurallarına uygun hareket etmeyerek gerekli tıbbi dikkat ve özeni göstermemektedir²²⁵.

Görevin gereklerine aykırılık unsurunun bulunabilmesi için öncelikle davranışın, görevin bulunması gerekmektedir. Bir diğer ifadeyle, failin gereğini yapmakta ihmal veya gecikme gösterdiği (ya da hiç yapmadığı) işlemin görevine girmesi, yani yapmak ve geciktirmemekle yükümlü olduğu bir işlemin olması gerekir²²⁶. Örneğin; devlet hastanesinde çalışan doktorun hastayı muayene etmemesi gösterilebilir.

İhmal edilen veya geciktirilen görevin doğrudan bir emir veya düzenleyici işlemten kaynaklanması arasında bir fark yoktur. Bu sebeple, yetkili amir tarafından verilen kanuna uygun surette verilen emirde, emrin gerçekleştirilmemesi veya emrin

çağırmanın zaman kaybettirdiği, ayrıca ameliyat sırasında hastaya, EKO yapılmasının da zaman kaybettirdiği dikkate alındığında TCK'nın 257/2. maddesindeki ihmal suretiyle görevi kötüye kullanma suçu kapsamında değerlendirilerek,..", <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/12cd-2019-773.htm>, (Erişim Tarihi:15.01.2020)

²²² **ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR**, syf:1021; **ÖZEN**, syf:778; **SOYASLAN**, syf:710; **KOCA/ÜZÜLMEZ**, syf:931; **YOKUŞ SEVÜK**, syf:420; **TÜRKOĞLU**, syf:6; **ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ**, syf:1134; **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK**, syf:1114; **ZAFER**, syf:1543; **MEMİŞ KARTAL**, syf:1386

²²³ **GÖKCAN**, syf:885

²²⁴ **YURTCAN**, syf:312

²²⁵ Y5.CD, E.2013/4857, K.2014/11388, T.24.11.2014; "...hastanın ilk getirildiğinde acilen ameliyata alınması gerektiği halde başka bir hastaneye sevk edildiği şeklinde gerçekleştiği anlaşılan olayda; Adli Tıp Kurumu 3. İhtisas Kurulunun 25.11.2009 tarihli raporunda da belirtildiği şekilde sanığın eyleminin tıp kurallarına uygun olmadığı, tedavide gerekli dikkat ve özeni göstermediği, böylece yüklenen ihmali davranışla görevi kötüye kullanma suçunun tüm unsurlarıyla oluştuğu gözetilmeden oluşa uygun düşmeyen gerekçeler ve yanlışlı değerlendirme sonucu yazılı şekilde beraatine karar verilmesi,..", <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/5cd-2013-4857.htm> (Erişim Tarihi:14.01.2020)

²²⁶ **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK**, syf:1114; **ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR**, syf:1021; **ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ**, syf:1134-1135; D1.D.E.2010/546, K.2010/656, T.21.4.2010 ; "...*olayın asistanlar ile yardımcı personel arasındaki yanlış anlaşılardan kaynaklandığı, doku örneğinin kimin tarafından kaybedildiğini ispatlar yeterli delile rastlanılmadığı bu nedenle şüphelilerin ihmalden söz edilemeyeceğinden bahisle men-i muhakemelerine karar verilmişse de, hastadan alınan doku örneğinin Patoloji bölümüne gönderilmesi gerekirken, yeterli dikkat ve özenin gösterilmemesi suretiyle kaybedilmesinde şüphelilerin ihmali olduğu sonucuna varılmıştır...*", <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/1d-2010-546.htm> (Erişim Tarihi: 14.01.2020)

uygulanmasının geciktirilmesi halinde de bu suç kamu görevlisi tarafından işlenmiş olacaktır²²⁷.

Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği'nin 72'inci maddesine göre; hastanın müşahedesinin hekimler tarafından alınabileceği ve 24 saat içinde tamamlanması gerektiği belirtilmektedir. Buna göre hekim tarafından verilen talimat doğrultusunda; hemşirenin veya görevli olmayan kişilere müşahedenin bırakılması durumunda hekimin görevi ihmal suçu bakımından sorumluluğunun doğacağı kabul edilmektedir²²⁸.

Görevin içeriği, mevzuat hükümlerine veya ilgili emire göre tayin edilecektir. Buna göre faile görev mevzuatı gereğince yüklenebilen icrai bir davranış bulunmalı ve fail bu davranışı yapmamalı veya geciktirmesi söz konusu olmalıdır.

İnsani hata veya memuriyet görevi ile alakalı yapılması gerekenler hakkındaki bilgisizlik veya yanlış bilgidir, hekimin hatasından dolayı görevi ihmal suçu oluşmamaktadır²²⁹. Bununla birlikte, eylemin görevinin kapsamına girdiğinin bilinmemesi veya görevi yerine getirmenin fail tarafından unutulması gibi durumlarda da suç kastının oluşmadığı teorik olarak kabul edilse bile, somut olayın özelliklerine göre değerlendirme yapılması daha yerinde olacaktır. Böylelikle, görevin geciktirilmesi veya ihmal edilmesi failin bilerek ve isteyerek bir iradesini sergilemesi şeklinde olmadığı takdirde suçu işleme kastının oluşmadığı kabul edilmelidir.

Uygulamada yaşanan en büyük sorunlardan birisi ise, işlemin gerçekleştirilmesi gereken süre miktarı konusunda netlik olmamasından kaynaklanmaktadır. Kamu görevlisinin, görevini yapması gereken süre miktarının tespiti bakımından mevzuat hükümlerinin bazılarında süreye yer verilmekle birlikte bazı görevler bakımından herhangi bir süre öngörülememiştir. Bu gibi durumlarda “*makul süre*” kavramından yararlanılmaktadır.

²²⁷ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, syf:1114,

²²⁸ ÖZALP/ÖZALP, syf:170; D1.D, E.2010/1142, K.2010/1358, T.28.9.2010; “...*farklı gruptaki kanı kontrol etmeden hastaya nakleden Hemşire ... ile kimlik bilgilerini ve hasta protokol numarasını kontrol etmeden yanlış kanı hasta yakınına teslim eden ...'nun özensiz ve dikkatsiz davrandıkları ve kusurlu olduklarının belirtildiği, TCK' nın 257/2 maddesi uyarınca mahkumiyetine,...*” <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/1d-2010-1142.htm> (Erişim Tarihi:14.01.2020)

²²⁹ ÖZALP/ÖZALP, syf:170

Makul süre hesaplanmasında; ortalama bir insanın benzer koşul ve yetkileri kapsamında işi yapabilme hızlılığı, çalışma temposu, iş yoğunluğu, failin diğer görevlerinin sayısı ve yoğunluğu, bu görevi yapması için gereken yasal prosedürün biçimi, emrin içeriği esas alınmaktadır²³⁰. Hesaplanan makul süre içerisinde faile yükümlendirilen davranış gerçekleştirilmediğinde hareket ögesi gerçekleşmiş kabul edildiğinden cezalandırma şartı yerine getirilmiş olup, suç tamamlanmıştır. Gecikmenin gerçekleşmesi sonrasında, fail tarafından o iş yapılsa dahi bu durum suçun oluşmasına engel değildir²³¹.

Kamu görevlisi tarafından yapılması beklenen görevin gereklerine uygun bir şekilde yapılmaması halinde de, bu fıkra kapsamında suç oluşmaktadır. Nitekim Yargıtay'ın uygulamasına göre, izlenmesi gereken prosedüre uygun davranılmamasına rağmen görev yerine getirilse dahi bu suç oluşmaktadır²³².

Unutulmamalıdır ki, kamu görevlisi tarafından gerçekleştirilen her ihmal veya gecikme suç tipinde öngörülen şartları taşıması halinde 257'inci maddenin 2'inci fıkrasında kapsamında cezalandırılacaktır, akdi halde yapılan hareket sebebiyle kamu görevlisi hakkında yalnızca disiplin hukukuna göre yaptırım gündeme gelecektir²³³. Nitekim kamu görevlisi olan fail tarafından gerçekleştirilen görevin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme gösterme durumu neticesinde kişinin mağduriyetine, kamunun zararına neden olunması ya da kişilere haksız menfaat sağlanması gerçekleştiği takdirde görevi kötüye kullanma suçunun ihmal suretiyle işlenmesi ve cezalandırılması söz konusu olacaktır.

cc. Suçun Çıkar Sağlanarak İşlenmesi

6352 sayılı kanunun yürürlüğe girdiği 5.7.2012 tarihinden itibaren 257'inci maddenin üçüncü fıkrasında yürürlükten kaldırılmıştır. Kanunun yürürlük tarihinden sonraki dönemde bu tür eylemler rüşvet veya cebri irtikap suçlarını oluşturabilecektir. 5.7.2012 tarihinden önce işlenen eylemler bakımından ise, lehe kanunların uygulanması söz konusu olacaktır²³⁴. Bu sebeple üçüncü fıkraya ilişkin açıklamalara yer vermek yerinde olacaktır.

²³⁰ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, syf:1135

²³¹ GÖKCAN, syf:886

²³² TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, syf:1116

²³³ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, syf:1022

²³⁴ Y5.CD 25.11.2013 T., 2012/10419 E., 2013/11304 K.; *"..saniğin icbar boyutuna varan bir hareketinin olmadığı, ...5237 sayılı TCK'nın 257/3 maddesi yürürlükten kaldırılmış olmakla birlikte*

257'inci maddenin üçüncü fıkrasında belirtilen; “..kamu görevlisinin, görevinin gereklerine uygun davranması için veya bu nedenle kişilerden kendisine veya bir başkasına çıkar sağlaması”, ifadesinde tanımlanan suçun hareket tipi bazı durumlarda, görevi kötüye kullanma suçunun birinci fıkrası kapsamında da kalabilmektedir²³⁵.

İcbar suretiyle görevin kötüye kullanma suçunun oluşabilmesi için, kamu görevlisi tarafından gerçekleştirilen eylemin icbar suretiyle irtikap suçunu oluşturmaması gerekmektedir²³⁶. Aynı şekilde kamu görevlisi ile üçüncü bir kişi arasında kamu görevinden ötürü sahip olunan yetkilerin görevin gereklerine aykırı olarak bir işin yapılması veya yapılmamasına yönelik anlaşma çerçevesinde menfaat temin edilmesi durumunda da kamu görevlisinin davranışı rüşvet suçunu oluşturacaktır.

Suç hakkında yapılan, fail ve mağdura yönelik açıklamalar burada da geçerlidir. Ancak fail tarafından gerçekleştirilen eylemde bu sefer görev gereklerine aykırılık yerine, görevin gereklerine uygun davranılması ve buna bağlı olarak bir çıkar sağlanması yoluyla işlenmektedir. Eğer görevin gereklerine aykırı davranılması neticesinde çıkar elde edilirse bu durumda rüşvet suçu gündeme gelmektedir. Yine, görevi kapsamında gerçekleştirilen bir eylemle çıkar sağlanmakla birlikte, bu çıkarın görev sırasında veya görev sonrasında elde edilmesi bakımından bir fark bulunmamaktadır²³⁷.

bu kez eylemin aynı kanunun 87.maddesiyle değiştirilen TCK'nın 252/2.maddesinde düzenlenen rüşvete teşebbüs suçuna dönüştüğü, bu durumun aleyhe sonuç doğurduğu, en lehe olan yasal düzenlemenin 6352 sayılı kanunla yapılan değişiklikten önceki haliyle 5237 sayılı TCK'nın 257/3.maddesi olduğunu” belirterek sanık hekim hakkında lehe olan, 6352 sayılı kanunun yürürlük tarihinden önceki 5237 sayılı TCK'nın 257/3.maddesinin uygulanması gerektiğini belirtmiştir. Aynı yönde diğer kararı için bkz, Y5.CD, E.2008/152, K.2012/594, T.16.2.2012

<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/5cd-2008-152.htm> (Erişim Tarihi:14.01.2020), Y4.CD, E.2008/1710, K.2009/15748, T.7.10.2009 <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/4cd-2008-1710.htm> (Erişim Tarihi:14.01.2020), Y5.CD, 12.4.2016, E.2014/1988, K.2016/3799 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, Erişim Tarihi: 2.03.2020)

²³⁵ GÖKCAN, syf:887; YURTCAN, syf:313

²³⁶ Y5.CD E.2011/12785, K.2013/10, T.7.1.2013; “İcbar suretiyle irtikap suçuna ilişkin davada, doktor olan sanık devlet hastanesinde ameliyat olacak mağdurdan kendi özel muayenehanesinde için para almıştır. Sanığın davranışları icbar boyutuna ulaşmamıştır. Sanığın eyleminin görevinin gereklerine uygun davranmak için çıkar sağlama suçu niteliğinde olduğu, sanığın eyleminin, 6352 sayılı Kanunun 87. maddesi ile değiştirilen rüşvet suçuna dönüştüğü anlaşılacakla, lehe kanun değerlendirmesinin bu suçlar arasında yapılmasının gerektiği gözetilmelidir.”, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/5cd-2011-12785.htm> (Erişim Tarihi:14.01.2020)

²³⁷ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, syf:1113; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, syf:1023; GÖKCAN, syf:886; ÖZALP/ÖZALP, syf:168

Suçun oluşması için elde edilen çıkarın bir diğer ifade ile maddi veya manevi kazanımın bizzat faile yapılması zorunlu olmayıp, başkasının lehine yapılan kazanımda bu suçun oluşması için yeterlidir. Taraflar arasında elde edilecek çıkar konusunda anlaşmanın yapılması ancak çıkarın elde edilememesi halinde failin eylemi teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilecektir. Zira fıkrada da açıkça belirtildiği üzere, suçun tamamlanma anı fail veya başkasına yönelik bir kazanımın gerçekleşme anıdır.

Zarar suçu olarak kabul edilen görevi kötüye kullanma suçunda çıkarın elde edilmesi sonrasında fail tarafından görev gereklerine uygun bir davranışın bulunup bulunmaması önem taşımamaktadır²³⁸. Ancak unutulmamalıdır ki, gerekçede de belirtildiği üzere sağlanan çıkarın irtikap suçunu oluşturmaması halinde m.257 gündeme gelmektedir.

Bu fıkrada suçun manevi unsuru, kasttır. İkinci fıkradaki düzenlemeden farklı olarak fail haklı bir işin yapılmasını ve bu iş neticesinde bir çıkar elde etme maksadıyla hareket etmektedir. Dolayısıyla bu suçun işlenebilmesi için failin özel kast çerçevesinde hareket etmesi gerekmektedir. Diğer fıkralarda yer alan “*haksız menfaat*” kavramı ile “*çıkara*” kavramı arasında benzerlikler bulunsa da, eylemin üçüncü fıkrasında kapsamında kalabilmesi için görevin gereklerine uygun gerçekleştirilen davranış ve buna bağlı olarak bir çıkar elde edilmesi bilinci ve isteğiyle hareket edilmelidir²³⁹.

b. Netice

765 sayılı TCK'dan farklı olarak 5237 sayılı TCK'da kabul edilen görevi kötüye kullanma suçu bir “*zarar suçu*” olarak düzenlenmiştir. Bu sebeple görevi kötüye kullanma suçunun oluşabilmesi için kamu görevlisi tarafından görevin gereklerine aykırı davranışta bulunması ya da görevin gereklerine uygun davranmasında gecikme gösterilerek yerine getirilmemesi şeklinde davranış tek başına yeterli değildir. Bu suçun oluşabilmesi için kamu görevlisi tarafından tipik hareketlerin gerçekleştirilmesi neticesinde kişilerin mağduriyetine neden olunması veya kamu zararına neden olunması ya da kişilere haksız bir menfaatin

²³⁸ GÖKCAN, syf:882; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, syf:1106; YOKUŞ SEVÜK, syf:426; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ, syf:1130; ZAFER, syf:1549; MEMİŞ KARTAL, syf:1383; OKUYUCU-ERGÜN, syf:11

²³⁹ GÖKCAN, syf:888

sağlanmasının da gerçekleşmesi cezalandırma için aranmaktadır. Kanun maddesinde belirtilen bu üç zarar ögesinden en az birinin olayda gerçekleşmesi suçun oluşması için yeterlidir²⁴⁰.

Diğer hukuk sistemleri incelendiğinde ilgili suç tipini Türk hukuku gibi zarar suçu olarak kabul eden ülkeler olduğu gibi soyut tehlike suçu olarak kabul eden ülkelerde bulunmaktadır.

Örneğin, İtalyan CK'nın 323'üncü maddesinde açıkça dile getirilmesinin yanı sıra İtalyan doktrin ve içtihatlarında kabul üzerine suçun oluşabilmesi için failin gerçekleştirdiği seçimlik hareketler neticesinde "*kendisine veya başkasına haksız bir maddi çıkar sağlaması veya başkasına haksız bir zarar vermesi*" aranmaktadır. Hükümde failin cezalandırılabilmesi için açıkça bir maddi çıkar elde etmesi aransa da, kamu görevlisi veya hizmetlisinin elde ettiği manevi menfaatte ikinci zarar kalemi olan "*başkasına haksız bir zarar vermesi*" çerçevesinde değerlendirmeye tabi tutularak failin elde ettiği manevi menfaat neticesinde de cezalandırılması sağlanabilmektedir²⁴¹. Ayrıca TCK'dan farklı olarak; m.257 de belirtilen görevi kötüye kullanma suçu bakımından failin cezalandırılabilmesi için zarar neticelerinden birinin ortaya çıkmasının yeterli olduğu kabulünün yanı sıra çıkar veya zararın miktarının cezalandırma açısından önemi hakim takdir yetkisine bırakılmışken, İtalyan CK'nın 323'üncü maddesinin son cümlesinde "*Çıkar veya zararın ciddi nitelikte olduğu durumlarda ceza arttırılır.*" denilmesi suretiyle failin eyleminden ötürü daha ağır bir ceza ile cezalandırılması gerektiği belirlenmiştir.

²⁴⁰GÖKCAN, syf:882; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, syf:1106-1107; SOYASLAN, syf:708; ÖZEN, (Genel), syf:299; DEMİRBAŞ, syf:245; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, (Genel), syf:155; ÖZGENÇ/ÜZÜLMEZ, syf:59; ÖZGENÇ, syf:220; ALDEMİR, syf:179; KOCA/ÜZÜLMEZ, (Genel), syf:129; ÖZTÜRK/ERDEM, syf:216; AKBULUT, (Genel), syf:319; AKBULUT, syf: 134. ,Y4.CD, E.2008/7763, K.2009/20371, T.14.12.2009; "*Doktor olan sanığın, Huriser D. isimli hastayı muayene etmeden, muayene etmiş gibi göstererek hastada olmayan demans hastalığı tanısıyla sağlık kurulu raporu için sevk ettiği, sağlık kurulunca yine hasta muayene edilmeksizin kendisinde bulunmayan demans hastalığı tanısıyla rapor verilmesi üzerine söz konusu ilaçların Emekli Sandığına bedeli karşılanmak üzere eczaneden alınmış gibi gösterildiğinin anlaşılması karşısında, sanığın eyleminin 5237 sayılı TCY'nin 257/1. maddesindeki görevi kötüye kullanma suçunu oluşturup oluşturmayacağı yönünden değerlendirme yapılması gerekir. ...kişilerin mağduriyetlerine, kamu zararına yol açıp açmadığı ve kişilere haksız kazanç sağlayıp sağlamadığı konularının kararı yerinde tartışılıp açıklanmadan eylemini suç kastı ile gerçekleştirmediği biçimindeki yerinde olmayan gerekçe ile beraat kararı verilmesi, hatalı olup..*", <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/4cd-2008-7763.htm> (Erişim Tarihi:14.01.2020) Y.4CD, 30.3.2006, 38/10; "*..suçun tamamlanmış sayılabilmesi için görevde yetkiye kötüye kullanma teşkil eden fiil ile kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına yol açılması yahut kişilere haksız kazanç sağlaması biçiminde birer seçimlik netice eklenmesi suretiyle suçun bir zarar suçu şeklinde düzenlenmiş olmasıdır.*", (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, Erişim Tarihi: 14.01.2020)

²⁴¹ SONAY EVİK, syf:62

1997 tarihli Polonya CK'nın 231'inci maddesinde yer alan düzenleme de kanunumuza benzer bir yaklaşım sergileyerek suçun oluşabilmesi için *“..kamusal veya bireysel çıkarların zarar görmesine yol açarsa..”* şeklinde ibareye yer vererek zarar suçu şeklinde düzenlemeye gitmiştir. Bununla birlikte failin hareketinin kamusal ve bireysel çıkarlara zarar vermesi eylemin cezalandırılması için aranırken, failin faile maddi veya kişisel bir menfaat sağlaması durumunda ise suçun nitelikli hali olarak kabul edilerek daha ağır bir ceza ile cezalandırılması yoluna gidilmiştir²⁴².

Diğer birçok ülke de kanunlarında yaptıkları düzenleme de görevi kötüye kullanma suçunu zarar suçu olarak kabul etmiştir; İsveç CK'nda 20'inci bölümün birinci paragrafında *“..suçun bir kişiye veya kamu sektörüne ciddi bir zarar vermesi veya ciddi bir haksız bir menfaat sağlayıp sağlamadığına...”*, Romanya CK'nda 297'inci maddesinde *“..gerçek kişinin veya bir tüzel kişinin meşru haklarına veya menfaatlerine zarar verirse..”* ve 298'inci maddesinde düzenlenen mesleki ihmale ilişkin *“..bir gerçek veya tüzel kişinin meşru haklarına veya çıkarlarına zarar verir veya ihlal ederse..”*, Arnavutluk CK'nda 248'inci maddesinde *“..kendisine veya başkalarına haksız maddi veya manevi çıkar sağlarsa veya devletin, vatandaşların veya diğer tüzel kişilerin meşru menfaatlerine zarar verirse..”*, Rusya Federasyonu CK'nda 285'inci maddesinde *“..devletin veya toplumun kanunla korunan menfaatlerini veya vatandaşların veya kuruluşların haklarına ve meşru menfaatlerini önemli şekilde ihlal ederse..”*, KKTC CK'nda 105A maddesinde *“..başkalarının haklarını haleldar etmek veya kamunun zararına sebep olmak veya kendisine veya başkalarına menfaat sağlamak..”*, Slovenya CK'nda 257'inci maddesinde suç soyut tehlike suçu olarak düzenlense de ikinci fıkrasında yer alan *“..fail büyük bir zarara neden olursa veya başka birinin haklarına ciddi şekilde zarar veriyorsa..”* şeklinde ibareye yer vererek ortaya çıkan zararı suçun nitelikli hali olarak öngörmüştür.

Görevi kötüye kullanma suçunu, soyut tehlike suçu olarak kabul eden ülkelerin hukuki düzenlemeleri şu şekildedir; İsviçre CK'nda 312'inci maddesinde *“Kendilerine veya başkalarına haksız bir menfaat sağlamak veya başkalarına zarar vermek amacıyla..”*, Avusturya CK'nda 302'inci maddesinde *“..başkalarının*

²⁴² Polonya CK'nın 231.maddesi; *“Bir kamu görevlisi görevini yerine getirirken yetkisini aşmak ya da görevini yerine getirmemek suretiyle, kamusal ya da bireysel çıkarların zarar görmesine yol açarsa üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Fail, 1.fıkra belirtilen fiili maddi veya kişisel bir menfaat sağlamak için işlerse bir yıldan on yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır. Fail birinci fıkra belirtilen fiili istemeden işler ve önemli bir zarara neden olursa iki yıla kadar hapis veya hak yoksunluğu cezası ile cezalandırılır.”* (SONAY EVİK, syf:71)

haklarına zarar vermek amacıyla..”, Portekiz CK’nda 382’inci maddesinde “*..kendisine veya bir başkasına haksız menfaat sağlamak veya başkasına zarar vermek amacıyla..*”, Slovenya CK’nda 257’inci maddesinde “*Kendisine veya başkasına herhangi bir maddi olmayan menfaat sağlama veya başka bir kimseye zarar verme amacıyla..*”, Brezilya CK’nda 319’uncu maddesinde “*Kişisel çıkar veya duyguları tatmin etmek için..*” ifade edilmektedir²⁴³.

Türk öğretisinde, görevi kötüye kullanma suçunun “*zarar suçu*” olduğu yönünde görüş birliği²⁴⁴ olmasına rağmen, suçun tipikliğinde yer alan kamu zararına neden olma, kişilerin mağduriyetine neden olma ve kişilere haksız menfaat sağlanması koşulların suçun maddi unsuru mu olduğunun yoksa objektif cezalandırma şartı mı olduğuna yönelik görüş farklılıkları bulunmaktadır.

Kanun maddesinde belirtilen neticelerin maddi unsur ya da objektif cezalandırılabilme şartı olarak sınıflandırılması; suçun manevi unsuru, teşebbüs, zamanaşımı, suçun tamamlanma anının belirlenmesi ve hükmedilecek ceza çeşidi (CMK’nın 223’üncü maddesi) gibi konularda önem taşımaktadır. Bu sebeple bahsedilen tartışmaya açıklık getirebilmek için öncelikle objektif cezalandırma şartının içeriği hakkında kısa bir bilgi vermek yerinde olur.

Objektif cezalandırılabilme şartları; suç oluşturan eylemle doğrudan doğruya ilişkisi bulunmalarına rağmen hukuka aykırılık ve kusurluluk kavramı içine girmeyen olgulardır. Bu şartlar tipe uygun ve kusurlu kabul edilecek bir eylemi hukuka aykırı bir hale getirmez. Tipikliğe uygun, kusurlu ve hukuka aykırı bir hareketin cezalandırılabilmesi için devlet objektif cezalandırma şartlarının gerçekleşmesini aramaktadır. Kısacası, suçun tüm unsurlarına sahip olması neticesinde, yapılan eylemin cezalandırılabilmesi için aranan şartlardır. Failin kusurunun bu şartlara etkisi olmadığından; kanunda yazılı olan netice, failin kusurlu bir davranışı sonucu ortaya çıkıyor ve bu kusur faile yükletilebiliyorsa bu durumda suçun unsurundan; failin

²⁴³ SONAY EVİK, syf:61-82

²⁴⁴ GÖKCAN, syf:882; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, syf:1106; YOKUŞ SEVÜK, syf:426; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, syf:1130; ZAFER, syf:1549; MEMİŞ KARTAL, syf:1383; OKUYUCU-ERGÜN, syf:11; Ayrık görüş için bkz. Görevi kötüye kullanmanın icrai hareketle işlenen halini tehlike suçu olarak düzenlenmesi söz konusu olduğunda; görevin ihmali veya gecikmeli olarak yerine getirilmesi ayrı maddede düzenlenmek suretiyle sadece onun açısından zararın gerçekleşmesi aranabilir. (SONAY EVİK, syf:94); BAŞARAN, syf:59

neticeye kusurlu bir şekilde yol açmış olması gereği aranmıyorsa, bu durumda objektif cezalandırma şartından bahsedilmektedir²⁴⁵.

Kişilerin mağduriyetine, kamu zararına ve kişilere haksız menfaat sağlanmasının suçun maddi unsurunun neticesi olduğunu kabul eden görüşlere göre;²⁴⁶ kamu görevlisi tarafından görevin gereklerine aykırı davranışın neticesinde belirtilen zararlı sonuçların ortaya çıkması ile birlikte görevi kötüye kullanma suçu tamamlanmış olur. Eğer failin sonuca elverişli hareketleri neticesinde ortaya zararın çıkmaması halinde ise suçun teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilmektedir. Böylelikle failin neticeye kusurlu bir davranışı ile yol açtığını, dolayısıyla failin kastının bu neticeleri de kapsamı halinde cezalandırılabilirliği belirtilmektedir. Ayrıca kanun maddesinin gerekçesinden yola çıkarak; '*mağduriyet, zararın meydana gelmesi veya haksız kazancın sağlanması ile suçun oluşacağı*'nin ifade edilmesi; suçun oluşacağından bahisle sayılan neticelerin suçun unsuru olduğunu, objektif cezalandırma şartı olarak kabul edilebilmesi için '*suçun oluşması*' ibaresi yerine '*cezanın verilmesine*' yönelik bir ifadenin olması gerektiği de belirtilmektedir²⁴⁷.

Bununla birlikte kanun maddesinde belirtilen koşulların failin görevin gereklerine aykırı davranması neticesinde ortaya çıkacağı bilinciyle hareket etmesi, dolayısıyla failin kastının bahsi geçen zarar koşullarını da kapsamı gerektiğinin kabulü sübjektif ceza hukukuna daha uygun düşmektedir. Eğer kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı hareketi neticesinde zararlı sonuçların objektif cezalandırma şartı olduğu kabul edilirse, bu durumda zararlı sonuçların çıkmaması neticesinde failin hareketlerine karşı, disiplin hukuku çerçevesinde uygulanacak olan yaptırımların hukuk devletini koruyamayacağı ve buna bağlı olarak devletin itibarının, saygınlığının ve güvenilirliğinin zarar görmesi kaçınılmaz bir sonuç olacaktır. Ayrıca görevi kötüye kullanma suçu ile korunmak istenen hukuki değerler kamu idaresinin güvenilirliği, düzenli, dürüst, tarafsız şekilde işlemesi olduğu da göz önünde tutulduğunda kamu görevlisinin bu değerleri zedeleyecek

²⁴⁵ BAŞARAN, syf:61; ÖZEN, (Genel), syf:300; DEMİRBAŞ, syf:208; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ, (Genel), syf:167; ÖZGENÇ/ÜZÜLMEZ, syf:57; ÖZGENÇ, syf:692; ALDEMİR, syf:610; KOCA/ÜZÜLMEZ, (Genel), syf:372; ÖZTÜRK/ERDEM, syf:233; AKBULUT, (Genel), syf:239; AKBULUT, syf: 107.

²⁴⁶ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, syf:1106; ÜZÜLMEZ, syf:199; SOYASLAN, syf:709; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ, syf:1130; ÖZEN, syf:784; SONAY EVİK, syf:146-165; OKUYUCU-ERGÜN, syf:11

²⁴⁷ ÖZEN, syf:784

davranışlarının salt objektif cezalandırma şartlarının gerçekleşmemesi nedeniyle cezasız kalması toplumsal vicdanı rahatlatmayacaktır²⁴⁸.

Öğretide suç tipinde belirtilen bu neticeleri objektif cezalandırılabilme şartı olarak kabul eden yazarlara göre²⁴⁹, görevin gereklerine aykırı davranmanın bir haksızlık oluşturduğu ancak bu haliyle haksızlığın cezaya layık olmadığı hususunda birleşmektedir. Bu bağlamda şartlar gerçekleşmediği sürece, fiilin suçu oluşturmadığını ve bu sebeple failin ceza hukuku bakımından cezalandırılmayacağını ancak hareket sebebiyle disiplin hukuku hükümlerine göre bir çözüm getirileceğini ileri sürülmektedir²⁵⁰. Zira TCK m.257’de düzenlenen, bu şartların haksızlığın cezalandırılabilir olması bakımından kurucu unsur olduğunu, kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı hareketiyle haksızlık tipinin gerçekleştiğini, haksızlık tipinin cezayı gerektirdiğini belirleyen unsurların da kamunun zararı, kişilerin mağduriyetine neden olma veya kişilere menfaat sağlama olduğu ifade edilmektedir. Neticelerin objektif cezalandırma şartı olduğunun kabulü ile birlikte; failin kastının bu neticeleri kapsayıp kapsamadığının somut olayda incelenmesinin bir önemi olmamasının yanı sıra söz konusu suçun teşebbüse elverişli olmadığı da kabul edilmektedir.

Objektif cezalandırma şartı niteliğinde olduğu görüşünün savunuların bir diğer dayanak noktası ise; madde gerekçesinde yer verilen “*kamu görevinin gereklerine aykırı olan her fiili cezai yaptırım altına almak suç ve ceza siyasetinin esaslarıyla bağdaşmamaktadır. Bu nedenle görevin gereklerine aykırı davranışın belirli koşullar taşınması halinde görevi kötüye kullanma suçunun oluşabileceği kabul edilmiştir.*” ifadelerden hareketle kamu görevlisinin her görevinin gereklerine aykırı hareketi yerine sadece kanun hükmünde yer verilen neticelerin ortaya çıkması durumunda bu tür norma aykırı hareketlerinin cezalandırılması gerektiği ileri sürülmektedir.

²⁴⁸ SONAY EVİK, syf:147; SOYASLAN, syf:709-710

²⁴⁹ BAŞARAN, syf:64; YOKUŞ SEVÜK, syf:429; TÜRKOĞLU, syf:6; KOCA/ÜZÜLMEZ, syf:935; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, syf:1017; ZAFER, syf:1549; MEMİŞ KARTAL, syf:1383; ŞİK, syf:82

²⁵⁰ Y4.CD 14.04.1999 T., 2082/2960 K; “...sanık hekimin, trafik kazası sonucu görevli olduğu hastaneye getirilen yaralıya rahatsızlığı hakkında haber verilmesinden itibaren 15 dakikalık gecikme ile tedaviye başlamasında ve bilirkişi raporuna göre de bu gecikme olmasa bile ölümün kaçınılmaz olacağını belirtmesi karşısında, eylemin disiplin suçu kapsamında kaldığı gözetilmeden, hükümlülüğe karar verilmesini...” hukuka aykırı bulmuştur.” (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, Erişim Tarihi: 11.03.2020)

Ancak, TCK'nın 257'inci maddesinde değişiklik öngören 6086 sayılı kanunun genel gerekçesi de incelendiğinde, “..bu suçun oluşabilmesi için objektif cezalandırılabilme şartı olarak...suçun oluşumu bakımından..” şeklindeki açıklamalar ile de kanun gerekçelerine bağlı hareket edildiğinde tercih edilen kelimelerden neticelerin hem objektif cezalandırma şartı olduğuna hem de suçun unsuru olduğunu belirten ifadelere rastlamak mümkündür. Bu sebeple, çelişkilerin giderilmesi amacıyla neticelerin hukuki mahiyetinin tayininde; suçun içeriği, ulaşılmak istenen hedef gibi konulara odaklanması, bizleri istenilen sonuca sevk edecektir.

Konu ile ilgili doğru bir sentezin gerçekleşebilmesi için göz önünde tutulması gereken hususlar; suç ile korunmak istenen hukuki değer, 257'inci maddenin kanuni gerekçesi ve kanun koyucunun ulaşmayı hedeflediği nihai amacı, 257'inci maddede değişiklik öngören 6086 sayılı kanunun genel gerekçesi, sübjektif sorumluluk esası olacaktır.

Görevi kötüye kullanma suçu, kamu idaresinin işleyişine ve güvenilirliğine karşı suçlar bölümü başlığı altında düzenlendiğinden burada korunması hedeflenen hukuki değerin toplumun kamu idaresine duyduğu güvenin yanı sıra düzenli, etkin, dürüst, tarafsız işleyişidir. Kamu görevlisi tarafından görevini yerine getirirken norma aykırı bir şekilde gerçekleştirdiği dolayısıyla toplumda olumsuz bir etki yaratabilecek her türlü davranışın cezalandırılmasının amaçlanması sosyal beklenti yönünden olağandır. Fakat 257'inci maddenin kanun gerekçesinde de belirttiği üzere, her fiilin ceza yaptırımını altına alınması ise suç ve ceza siyasetinin esasıyla bağdaşmamaktadır. Bu sebeple belirli koşulları taşıyan ve korunması hedeflenen hukuki değerlere yönelik aykırı davranışlarında yaptırımsız bırakılmaması için söz konusu neticelerin mahiyetinin saptanması önem taşımaktadır. Kanun koyucu bazı koşulları taşıması gerektiğinden bahisle, suça sınırlama ölçütleri getirerek sorumluluk alanını daraltmak istemiştir.

Neticelerin objektif cezalandırma şartı olarak kabulü halinde, failin hareketi ile ortaya çıkan neticeler arasında sübjektif bağlantı aranmaksızın bir başka ifadeyle failin söz konusu neticeleri bilip istemeye yönelik iradesinin bu sonuçlarının kapsayıp kapsamadığına bakılmaksızın salt neticelerin varlığını aramak söz konusu sorumluluk alanını genişletecektir. Bu durum suç ve cezaların esasıyla bağdaşmadığından kanun koyucunun gerekçede belirttiği amacına da uygun

düşmeyeceği de ortadadır. Bu sebeple çağdaş ceza hukukunda kabul edilen subjektif sorumluluk esasına göre failin ancak kasti veya taksirli hareketinin sebebiyet verdiği neticeden sorumlu tutulması gerekir.

Gereğede de verilen örnekler incelendiğinde örneklerde failin bilip istediği neticeler söz konusudur. Hâlbuki objektif cezalandırabilme şartları, fiilin hukuka aykırılığını, haksızlık içeriğini etkilemeyen failin kasıtlı veya taksirli hareketiyle sebebiyet vermediği, fiilden bağımsız bir niteliğe sahip olgulardır²⁵¹.

Yargıtay'ın kararları arasında da söz konusu neticelerin suçun maddi unsuru olarak kabul eden kararlarının²⁵² yanında objektif cezalandırabilme şartı olarak kabul eden kararları²⁵³ da vardır.

YCGK konuyla ilgili 16.5.2017 tarihli kararında; “*Görevi ihmal suçunun oluşabilmesi için, görevin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstermek tek başına yeterli olmayıp ihmali hareket yüzünden kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olunması ya da kişilere haksız bir menfaat sağlanması gerekir. Yani, bu suçun oluşabilmesi için tipik hareketin illi bir sonucu olarak kişi mağduriyeti veya kamu zararının oluşması a da haksız bir menfaatin sağlanması şarttır. Bu husus madde gerekçesinde ‘Bu nedenle, görevin gereklerine aykırı davranışın belli koşulları taşınması halinde, görevi kötüye kullanma suçunun oluşturabileceği kabul edilmiştir. Buna göre, kamu görevinin gereklerine aykırı davranışın, kişilerin mağduriyetini sonuçlanmış olması veya kamunun ekonomik*

²⁵¹ SONAY EVİK, syf:152-153

²⁵² Y4.CD, T.30.3.2006, 38/10; Y4.CD, T.3.10.2007, E.2007/7704, K.2007/7692; Y4.CD, T.14.12.2009, E.2008/7763, K.2009/20371; Y4.CD, T.19.11.2008, E.2007/3558, K.2008/20883; Y4.CD, T.9.11.2010, E.3835, K.2010/18893 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, Erişim Tarihi: 14.10.2019)

²⁵³ Y5.CD, E.2013/17146, K.2017/1516, T.24.4.2017, Y5.CD, E.2016/8844, K.2017/802, T.2.3.2017, Y5.CD, 8.6.2016, E.2014/5523, K.2016/6046; “*Suç tarihinde Devlet Hastanesi acil polikliniğinde doktor olan sanığın, ..kişi mağduriyeti, kişilere menfaat sağlama veya kamu zararına neden olma şeklindeki objektif cezalandırma şartlarından herhangi birinin gerçekleşmediği, eylemin disiplin hukukunun konusunu oluşturacağı...*” (GÖKCAN, syf:899), aynı yönde bir diğer karar YCGK, 21.10.2014, E.2012/4-1283, K.2014/430, Y5.CD, 2.4.2018, E.2014/10538, K.2018/2398, YCGK, 16.5.2017, E.2017/12-271, K.2017/278, Y5.CD, 11.4.2016, E.2014/2300 K.2016/3739, YCGK, 21.10.2014, E.2012/4-1283, K.2014/430; YCGK, 16.5.2017, E.2017/12-271, K.2017/278; Y20.CD, 27.2.2018, E.2015/13557, K.2018/1149; “*Sanıkların usulsüz işlemlerden dolayı görevlerini kötüye kullandıkları iddia edilen olayda; eylem neticesinde objektif cezalandırma şartı olan kişi mağduriyeti, kamu zararı ve kişilere haksız menfaat sağlanması unsurlarının oluşup oluşmadığının varsa ne şekilde oluştuğu denetime imkan verecek şekilde gerekçeleriyle tartışılması ve neticesine göre hukuki durumlarının tayin ve takdir edilmesi gerektiği gözetilmeden eksik inceleme ve yetersiz gerekçelerle yazılı şekilde mahkumiyet hükümleri kurulması” bozmayı gerektirmiştir.*” (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, Erişim Tarihi: 17.12.2019)

bakımdan zararına neden olması ya da kişilere haksız bir kazanç sağlamış olması halinde, görevi kötüye kullanma suçu oluşabilecektir’ şeklinde belirtilmiştir”²⁵⁴.

Yine aynı YCGK’nın 26.9.2017 tarihli kararında aynı konu ile ilgili yorumu şu şekilde olmuştur; “.. diğer taraftan suçun oluşabilmesi için, norma aykırı davranış yetmemekte; bu davranış nedeniyle, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olunması ya da kişilere haksız bir menfaat sağlanması gerekmektedir. Norma aykırı davranışın madde de belirtilen sonuçları doğurup doğurmadığını saptanabilmesi için haksız menfaat kavramı üzerinde durulmalıdır. 19.12.2010 tarihinde yürürlüğe giren 6086 sayılı kanunun 1.maddesiyle TCK’nın 257.maddesinin birinci fıkrasındaki seçimlik objektif cezalandırılabilme şartlarında birini oluşturan “kişilere haksız kazanç sağlayan” ifadesindeki “kazanç” ibaresi “menfaat” olarak değiştirilmiştir. Bu hususta 6086 sayılı kanunun genel gerekçesinde “TCK’nın 257.maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında yer alan “kazanç” ibaresi “menfaat” olarak değiştirilmiştir. Bu suretle görevi kötüye kullanma suçunun oluşumu bakımından kişilere sağlananın sadece ‘ekonomik’ bir kazanç olarak algılanmasının önüne geçilecek ve görevin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle kişilere ekonomik olarak ölçülemeyen bir menfaatin sağlanması halinde de bu suç oluşacaktır.” Şeklinde açıklamalara yer verilmiştir. Failin saiki veya maksadı farklı olsa dahi, görevinin gereklerine aykırı davranışının maddede belirtilen neticelerden birine yol açacağını bilerek hareket etmiş olursa, suçun manevi unsuru diğer bir deyişle genel kastı gerçekleşmiş olacaktır²⁵⁵.

YCGK’nın dört ay süre farkıyla görevi kötüye kullanma suçunun neticelerinin mahiyeti hakkında aldığı kararlar ve gerekçeler kıyaslandığında çelişkili ifadelerin bulunduğunu söylemek yerinde olur. Zira Yargıtay’ın kabul ettiği gibi neticelerin objektif cezalandırılabilme şartı olarak kabulü halinde dahi, ‘suçun oluşabilmesi için’, ‘maddede belirtilen sonuçların doğurup doğurmadığının’, ‘menfaat sağlanması halinde bu suç oluşacaktır’, ‘madde de belirtilen neticelerden birine yol açacağını bilerek’ şeklinde kullandığı ibareler objektif cezalandırılabilme şartının özelliklerine sağlamamaktadır. Çünkü objektif cezalandırılabilme şartları; suçun unsuru olmayan, suçun tamamlanması veya teşebbüs aşamasından sonra

²⁵⁴ YCGK, E.2017/12-271, K.2017/278, T.16.5.2017 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, Erişim Tarihi: 17.12.2019)

²⁵⁵ YCGK, E.2017/16-956, K.2017/370, T.26.09.2017 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, Erişim Tarihi: 17.12.2019)

cezalandırma safhasında özellik taşıyan, suçun manevi unsurunda etkili olmayan dolayısıyla failin kastının neticeleri kapsamı yönünde bir değerlendirmenin önemi olmayan şartlardır.

Sonuç olarak kanaatimizce, kamu görevlisi tarafından görevin gereklerine aykırı davranışı neticesinde ortaya çıkan neticeler suçun objektif cezalandırma şartı değil, maddi unsurudur. Suç ile korunan hukuksal değer göz önünde tutulduğunda, kamu idaresinin güvenilirliğini ve işleyişini zedeleyici hareketin caydırıcı olması için disiplin hukuku haricinde yaptırım altına alınması gerekmektedir. Zira yasal sonuçların objektif cezalandırma koşulu kabul edilmesiyle birlikte, teşebbüs hükümlerinin uygulanması mümkün olmayacağından yapılan haksızlığın sadece disiplin hukuku kapsamında yaptırım altına alınması; suçla korunan hukuki değer olan toplumun kamu idaresinin işleyişine olan güven ve inancını derin bir şekilde sarsacaktır. 257'inci maddenin gerekçesinde belirtildiği üzere, kamu görevlisinin her hareketi değil, belirli koşulları taşıyan hareketlerinin sorumluluk alanının daraltılması neticesinde suç ve cezanın esaslarıyla bağdaşır hale gelecektir. Bu sebeple, söz konusu neticeler ile failin psikolojik bağının kurulması, nedensellik bağının sağlanmasını, suçun oluşması ve dolayısıyla cezai sorumluluğu gündeme getirebilmesi için neticelerin suçun unsuru olarak kabul edilmesi gerektiği düşüncesindeyiz. Nitekim, YCGK'nın son kararları da göz önünde tutulduğunda her ne kadar neticelerin objektif cezalandırma şartı olarak kabul edildiği ve failin cezalandırılabilmesi için kişilerin mağduriyetine neden olma, kamu zararına neden olma veya kişilere haksız bir menfaatin sağlanması gerektiğini arasa da sunmuş olduğu gerekçesinde objektif cezalandırma şartının taşımadığı özelliklere değinerek zımnen neticelerin suçun unsuru olduğunu belirtmektedir.

aa. Kişilerin Mağduriyetine Neden Olma

Kamu görevinin gereklerine aykırı davranış, gerçek veya tüzel kişinin mağduriyetine, bir diğer ifade ile haksızlığı uğramasına neden olabilir²⁵⁶.

Gerçekleştirilen eylem ile birlikte, kişilerin malvarlıkları veya diğer kişilik haklarının haksız yere ihlal edilmesi veya zarara uğratılması söz konusudur. Burada

²⁵⁶ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, syf:1108; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ, syf:1131; TÜRKOĞLU, syf:44; YOKUŞ SEVÜK, syf:429; KOCA/ÜZÜLMEZ, syf:936; SOYASLAN, syf:708; ÖZEN, syf:785; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, syf:1017; ZAFER, syf:1551; MEMİŞ KARTAL, syf:1383; BAŞARAN, syf:66

bahsi geçen mağduriyet, yalnızca kişinin maddi ve ekonomik yönden zarara uğramasını ifade etmemekte, aynı zamanda kişinin manevi anlamda bir haksızlığa uğratılmasını da kapsayacak şekilde daha geniş bir anlama sahiptir²⁵⁷.

Örneğin; hekimin başka bir hastaneye sevki için talimat vermek yerine ailenin kendi imkanlarıyla bebeği sevk etmesi gerektiğini söylediği, bu nedenle mağdur bebeğin olay günü 01.00-06.00 arasında hayati tehlike oluşturacak şekilde hastanede bekletilmesi durumunda olduğu gibi,²⁵⁸ saat 04:00 sıralarında görevli olarak katıldığı ölü muayene ve otopsi işlemi sırasında hekimin, savcı tarafından kendisinin uzun süredir bekletildiği gerekçesiyle isteksiz davranıp, bu işlemin sabah yapılmasını söylediği, otopsi başladıktan sonra da, cesetten uzak durup, elleri cebinde ilgisiz tavırlar sergilemesi üzerine otopsi işleminin daha geç tamamlanması nedeniyle ölü yakınlarının yaşadığı mağduriyette bu kapsamda değerlendirilmektedir²⁵⁹.

YCGK'nın da yaptığı değerlendirme ile mağduriyet kavramı sadece ekonomik yönüyle sınırlı olmayıp, “..bireysel hak ihlalleri sonucunu doğuran her türlü davranışı..” da ifade edecek şekilde anlamlandırmıştır²⁶⁰.

Örneğin; acil durumu bulunması nedeniyle hastaneye başvuruda bulunan her birey sağlık hizmeti alma hakkına sahiptir. Buna rağmen sendromik bebek tanısı konulan ve sürekli yaşadığı akciğer enfeksiyonları nedeniyle düzenli tedavi gören bebeğin getirildiği hastanede yer olmadığı gerekçesiyle içinde bulunduğu acil sağlık durumu dikkate alınmaksızın, hekimler tarafından oksijen tüpü takma dahil hiçbir acil tıbbi müdahalede de bulunulmadan bebeğin bir üst merkeze sevkinin yapılması işleminde, bebeğin mutlaka stabilizasyonunun sağlandıktan (hastanın damar yolunun açılması, oksijen maskesi kullanarak oksijenin verilmesi, hasta için en başta yapılması gereken ilk tıbbi tedbirlerin alınarak hastanın sağlık durumunun stabilizasyonunun sağlanması gibi) sonra sevkinin yapılmaması nedeniyle mevcut tıp bilimi etik ilke ve kurallarına uygun bir müdahalenin yapılmadığı bu sebeple ölenin

²⁵⁷ BAŞARAN, syf:65; OKUYUCU-ERGÜN, syf:14

²⁵⁸ SOYASLAN, syf:708; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, syf:1017; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, syf:1131; TÜRKÖĞLU, syf:44; YOKUŞ SEVÜK, syf:429; Y5.CD, E.2012/16212, K.2014/3976 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, Erişim Tarihi: 10.02.2020); TÜRKÖĞLU, syf:50

²⁵⁹ Y4.CD 8.10.2013 tarihli kararında <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/4cd-2013-18243.htm> (Erişim Tarihi:14.01.2020)

²⁶⁰ GÖKCAN, syf:883

sağlık hizmeti alma hakkının ihlal edilmesi yoluyla mağdur edilmesinde hekimler suçlu bulunmuştur²⁶¹.

Mağduriyet içerisine, belli bir konuda yapılmak istenen özel araştırma ve eğitiminin engellenmesi gibi gelecekte elde edilmesi beklenen manevi tatminlerin engellenmesi durumları da girmektedir. Zira kişilerin, kazanacağı sıfat veya elde edeceklerin bilgi ve becerilere ulaşma imkanının ortadan kaldırılması da bir mağduriyet yaratmaktadır²⁶².

Bu suç, kamu görevlisi tarafından işin görülmesi sırasında veya haklı olan bir işin görülmesinden sonra kişilerden yarar sağlanması halinde de işlenmiş olabilir. Bu aşamada kişilerin, işin görülmesi ve hakkın teslim edilmesi hakkında kamu görevlisine sağladığı yarar her ne kadar rızaen yapılmış gibi gösterilse de, kamusal görevlerin eşitlik ve liyakat esasına göre yürütüldüğü hususunda taşınan kaygının olması nedeniyle bu gibi durumlarda da mağduriyetin varlığının kabul edilmesi gerekmektedir²⁶³.

Son olarak, suç işlendikten sonra kişilerde gündeme gelen mağduriyetin giderilmiş olması TCK m.61 kapsamında cezanın belirlenmesi aşamasında önem taşımaktadır²⁶⁴.

bb. Kamu Açısından Bir Zararın Meydana Gelmesi

Kamu görevlisi olan failin görevin gereklerine aykırı hareket etmesi neticesinde kamu açısından bir zarar meydana gelmiş olabilir. Burada bahsedilen ve zarar gördüğü kamudan anlaşılması gereken kamu hizmetini sağlayan bütün kuruluşlarıdır²⁶⁵.

²⁶¹ Y5.CD, E.2011/17304, K.2013/24275 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, Erişim Tarihi: 10.02.2020); (TÜRKOĞLU, syf:52)

²⁶² TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, syf:1109

²⁶³ <https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleri?pkanunlarno=24110&pkanunnumarasi=5237> (Erişim Tarihi:22.12.2019)

²⁶⁴ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, syf:1131; TÜRKOĞLU, syf:46

²⁶⁵ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, syf:1110; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, syf:1018; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, syf:1131; TÜRKOĞLU, syf:31; YOKUŞ SEVÜK, syf:430; KOCA/ÜZÜLMEZ, syf:936; SOYASLAN, syf:709; ÖZEN, syf:786; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, syf:1018; ZAFER, syf:1552; MEMİŞ KARTAL, syf:1384; BAŞARAN, syf:68

Kamu zararı kavramı, 5018 sayılı Kanununun 71'inci maddesindeki tanım doğrultusunda; “*kamu zararı, kamu görevlilerinin kasıt, kusur veya ihmallerinden kaynaklanan mevzuata aykırı karar, işlem veya eylemleri sonunda kamu kaynağından artışa engel veya eksilmeye neden olunması*” şeklinde ekonomik zarar olarak kabul edilmektedir²⁶⁶.

Öğretide de zarar deyimi, maddi zarar olarak yorumlanmaktadır²⁶⁷. Yargıtay'da zararın, somut ve ekonomik bir zarar olduğu görüşündedir²⁶⁸. Bununla birlikte, YCGK göre; zararın belirlenmesi amacıyla gerçekleşen her norma aykırı davranışın, “*kamuya duyulan güveni sarstığı dolayısıyla kamu zararına yol açtığı veya zarara uğrama ihtimalini ortaya çıkardığı*” şeklinde ki bir varsayımla da hareket edilmemelidir²⁶⁹.

Hâkimler tarafından her somut olayda olayın özelliklerine göre; iş, mal, veya hizmetin rayiç bedelinden daha yüksek bir fiyatla alınıp alınmadığını veya aynı şekilde yaptırılıp yaptırılmadığını, özellikle teknik hususlarda bilirkişi raporunun

²⁶⁶ RG:24.12.2003, S:25326 Söz konusu madde metni şu şekildedir:

“*Madde 71- (Değişik birinci fıkra: 25/4/2007-5628/4 md.) Kamu zararı; kamu görevlilerinin kasıt, kusur veya ihmallerinden kaynaklanan mevzuata aykırı karar, işlem veya eylemleri sonucunda kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunmasıdır.*

Kamu zararının belirlenmesinde;

a) İş, mal veya hizmet karşılığı olarak belirlenen tutardan fazla ödeme yapılması,
b) Mal alınmadan, iş veya hizmet yaptırılmadan ödeme yapılması,
c) Transfer niteliğindeki giderlerde, fazla veya yersiz ödemede bulunulması,
d) İş, mal veya hizmetin rayiç bedelinden daha yüksek fiyatla alınması veya yaptırılması,
e) İdare gelirlerinin tarh, tahakkuk veya tahsil işlemlerinin mevzuata uygun bir şekilde yapılmaması,
f) (Mülga: 22/12/2005-5436/10 md.)

g) Mevzuatında öngörülmediği halde ödeme yapılması, Esas alınır.

(Değişik üçüncü fıkra: 22/12/2005-5436/10 md.) Kontrol, denetim, inceleme, kesin hükme bağlama veya yargılama sonucunda tespit edilen kamu zararı, zararın olduğu tarihten itibaren ilgili mevzuatına göre hesaplanacak faiziyle birlikte ilgililerden tahsil edilir.

Alınmamış para, mal ve değerleri alınmış; sağlanmamış hizmetleri sağlanmış; yapılmamış inşaat, onarım ve üretimi yapılmış veya bitmiş gibi gösteren gerçek dışı belge düzenlemek suretiyle kamu kaynağında bir artışa engel veya bir eksilmeye neden olanlar ile bu gibi kanıtlayıcı belgeleri bilerek düzenlemiş, imzalamış veya onaylamış bulunanlar hakkında Türk Ceza Kanunu veya diğer kanunların bu fiillere ilişkin hükümleri uygulanır. Ayrıca, bu fiilleri işleyenlere her türlü aylık, ödenek, zam, tazminat dahil yapılan bir aylık net ödemelerin iki katı tutarına kadar para cezası verilir.

(Değişik son fıkra: 25/4/2007-5628/4 md.) Kamu zararının, bu zarara neden olan kamu görevlisinden veya diğer gerçek ve tüzel kişilerden tahsiline ilişkin usûl ve esaslar, Cumhurbaşkanlığı tarafından çıkarılan yönetmelikle düzenlenir.”

²⁶⁷ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, syf:1111; GÖKCAN, syf:897; ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ, syf:1132; TÜRKÖĞLU, syf:31; KOCA/ÜZÜLMEZ, syf:937; YOKUŞ SEVÜK, syf:432; SOYASLAN, syf:708; ÖZEN, syf:786; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, syf:1018; ZAFER, syf:1552; MEMİŞ KARTAL, syf:1384; BAŞARAN, syf:72

²⁶⁸ YCGK 11.4.2006, 4MD 36/119, (ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ, syf:1132)

²⁶⁹ YCGK, 26.2.2013, E.2012/4-425, K.2013/67; YCGK, 16.5.2017, E.2017/12-271, K.2017/278, (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, Erişim Tarihi: 3.03.2020)
;ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ, syf:1132

alınması suretiyle değerlendirilecektir. Yapılan belirleme ile hedeflenen amaç kamu zararının tam olarak hangi miktarda olduğu değil, işin veya hizmetin niteliği göz önünde tutularak rayiç bedelden daha yüksek bir değerde alım veya yapımın gerçekleştirildiğinin anlaşılması halinde kamu zararının tespitinin sağlanmasıdır²⁷⁰.

Örneğin; hastane içerisinde açılacak Diş Tedavi ve Protez Merkezi için gerekli olan tıbbi malzeme ve cihaz ihtiyaçlarının karşılanması amacıyla yapılan ihalenin işin aciliyetine binaen 4734 sayılı kanunun 21/b madde uyarınca pazarlık usulü ile ihale düzenlenmesine neden olan hekimlerin, aciliyet raporu bulunmaması üzerine Sağlık Bakanlığı'nca ihalenin yenilenmesi nedeniyle ikinci ihaleyle ortaya çıkan fiyat farklılığından ötürü kamu zararına neden olan hareketleri bu suç kapsamında değerlendirilmiştir²⁷¹.

Kamu zararının oluşmasını sağlayan, uygulamada sık karşılaşılan bir diğer durum ise; eczane görevlisinin talimatı doğrultusunda ya da hasta yakınlarının şahsen ilettikleri reçetelerine hekim tarafından hastaya yönelik herhangi bir teşhis ve tedavi yapılmadan, hastanın önceden sahip olduğu hastalık halini tedaviye yönelik ilaçları yeniden yazmasıdır. Bu şekilde hastaların sosyal güvenlik kuruluşları tarafından hastalığın tedavisine uygun ilaç veya aletin karşılanmasıyla ortaya çıkan katkı payının eczane sahiplerinin lehine yarar sağlaması dolayısıyla da bu durumdan ötürü kamu kurumlarının zararına neden olması şeklinde hekimin hareketleri örnek gösterilebilir²⁷².

²⁷⁰TÜRKOĞLU, syf:32; Y5.CD, 26.10.2015, E.2013/13090, K.2015/15591; “Devlet Hastanesinde doktor olan sanığın gerekli tetkikleri yapmadan ve koşulları elverişli başka bir hastaneye sevk işlemi gerçekleştirilmeden kendisine müracaat eden hastalara reçete ve rapor tanzim etmek suretiyle kamunun zararına sebep olma eyleminin ... zarar kavramının ölçülebilir, belirlenebilir, maddi zarara ilişkin olduğu, suçtan kaynaklanana zararın ise Mahkemece usulüne uygun şekilde tespit ettirilmediği gözetilerek, zarar miktarının SGK sorulup denetime imkan verecek biçimde belirlenmesi gözetilmemesi kanuna aykırıdır.” (GÖKCAN, syf:883), YCGK, 26.2.2013, E.2012/4-425, K.2013/67; YCGK, 16.5.2017, E.2017/12-271, K.2017/278; YCGK, 28.3.2017, E.2015/14-1253, K.2017/184 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, Erişim Tarihi: 15.01.2020)

²⁷¹TÜRKOĞLU, syf:33, Y5.CD, E.2013/7171, K.2015/8207 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, Erişim Tarihi: 15.01.2020)

²⁷²YCGK E.2012/11-1347, K.2014/30, T.4.2.2014; <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/cgk-2012-11-1347.htm> (Erişim Tarihi:14.01.2020), aynı yönde başka bir karar için bkz. Y15.CD, 18.4.2019, E.2017/34760, K.2019/4058 <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/15cd-2017-34760.htm> (Erişim Tarihi:15.01.2020), Y11.CD, 14.2.2019, E.2017/6133, K.2019/1485 <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/11cd-2017-6133.htm> (Erişim Tarihi:15.01.2020)

cc. Kişilere Haksız Bir Menfaat Sağlamış Olma

8.12.2010 tarihli ve 6086 sayılı kanun ile m.257/f.1-2 de yer alan “kazanç” ifadesi yerine “menfaat” ibaresi getirilmiştir. Kelime anlamı itibariyle menfaat; çıkar, yarar, dolaylı bir biçimde elde edilen kazanç anlamlarını da barındıran, kişinin hukuksal durumunda öncekine göre iyileşmeye yol açan her türlü edimi ifade eden geniş bir anlama sahiptir²⁷³.

Görevin gereklerine aykırı davranmak suretiyle fail kendisine veya başkasına olabileceği gibi gerçek veya tüzel kişiye maddi veya manevi olarak hukuka aykırı bir yarar bir diğer ifade ile haksız bir menfaat sağlamış olabilir²⁷⁴. Menfaatin haklı bir şekilde kazanılması durumunda eylem bu hüküm kapsamında değerlendirilmeyecektir.

YCGK 26.02.2013 tarihli kararında; “..kişilere haksız kazanç sağlanmasını da içine alan kişilere haksız menfaat sağlanması, kişilere hukuka aykırı olarak maddi ya da manevi yarar sağlanmasıdır.”²⁷⁵

Kendisine yarar sağlanan kişinin malvarlığında somut ve belirli miktarda bir artışın meydana gelmiş olması şart değildir²⁷⁶. Ancak Yargıtay, zarar suçu olarak tanımlanan kanun maddesine paralel bir yorum geliştirerek, kamu görevlisine veya başkasına haksız bir yararın varlığının tespitinin yanında bunun hangi işlemlerden kaynaklandığının ve nihayetinde sağlanan yararın somut miktarının açıkça belirlenmesini şart koşmuştur. Bunlardan birinin bulunmaması halinde suçun oluşmayacağı fikrini benimsemiştir. Ancak unutulmamalıdır ki, menfaat sadece ekonomik olmayıp örneğin hak etmeyen kişinin belirli bir statüye taşınması halinde elde edeceği fazladan maddi gelirden bu kapsamda değerlendirilmelidir²⁷⁷.

²⁷³ Y5.CD, E.2012/621, K.2012/769, T.21.2.2012; “...kanun değişikliği ile görevi kötüye kullanma suçuna ilişkin hükümden yer alan “kazanç” sözcüğünün “menfaat” olarak değiştirilmesi, bu fıkralarda öngörülen cezaların alt ve üst sınırlarının indirilmesi sonucunda sanığın hukuki durumunun yeniden değerlendirilmesi zorunluluğu gözetilmelidir...”, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/5cd-2012-621.htm> (Erişim Tarihi:14.01.2020)

²⁷⁴ GÖKCAN, syf:883-884, ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, syf:1019, YOKUŞ SEVÜK, syf:432, ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ, syf:1133, TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, syf:1112, TÜRKOĞLU, syf:56, KOCA/ÜZÜLMEZ, syf:937, SOYASLAN, syf:709, ÖZEN, syf:788, ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, syf:1020, ZAFER, syf:1552, MEMİŞ KARTAL, syf:1384

²⁷⁵ YCGK, T.26.2.2013, E.2012/4-425, K.2013/67 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, Erişim Tarihi: 14.01.2020)

²⁷⁶ GÖKCAN, syf:882

²⁷⁷ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, syf:1114

YCGK 20.11.2007 tarihli kararında; “..haksız kazancı her türlü yarar olarak kabul ettiğimiz takdirde cezanın yasallık ilkesine uymayan genişletici yorumu yapmış olacağız. Üzerinde durulacak kazanç bize göre de ekonomik yarar olmalıdır. Kamu görevlisi için asıl tehlike parasal yarardır. Her türlü avantajın kazanç olduğunu kabul ettiğimiz takdirde, bunun saptanmasında zorluklar da ortaya çıkacaktır.”²⁷⁸”

Öğretide de söz konusu edinilen yararın, ekonomik nitelikte olması zorunluluğunun bulunmadığının, öğretmenin başarısız bir öğrenciyi dersten geçirmesi durumunda olduğu gibi başka nitelikleri de taşıyan yarar ile de bu suç işlenmiş kabul edilmektedir²⁷⁹.

Failin kendisine veya başkasına sağlamış olduğu yararın haksız olması gerekmektedir. Örneğin; kişi, devletin sağladığı belirli bir krediden yararlanma şartlarını taşımamasına rağmen bundan yararlandırılmış olabilir, kamu idaresinin vereceği izinlere veya sağlayacağı olanaklara bunları hak etmeyen kişilere tanınması²⁸⁰ durumunda olduğu gibi haksız yarar sağlanmış olunabilir ya da belirli bir kademe veya kadro için atama şartlarını taşımamasına rağmen kişilerin sağlanan menfaat karşısında bu yerlerde görevlendirilmesinin sağlanması gibi durumlarda örnek olarak verilebilir²⁸¹. Sayılan örneklerin yanı sıra kanun maddesi gerekçesinde de bazı örneklere yer verilerek kişilere sağlanan haksız menfaat hali somutlaştırılmıştır.

Lehine haksız menfaat sağlanan kişi ile kamu görevlisi arasında iştirak iradesi varsa bu durumda her iki fail suçun aradığı şartları sağlaması koşuluyla görevi kötüye kullanma suçundan fail, azmettiren veya yardım eden sıfatına göre cezalandırılır. Ancak taraflar arasında iştirak iradesi olmaması ile birlikte elde edilen menfaatin görevin gereklerine aykırı hareket neticesinde sağlandığının bilinmesi şartıyla, lehine menfaat sağlayan kişi suç eşyasını kabul etme suçundan dolayı da cezalandırılabilir²⁸².

²⁷⁸ YCGK, T.20.11.2007, E.2007/5-83, K.2007/244 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, Erişim Tarihi: 14.01.2020)

²⁷⁹ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, syf:1113; GÖKCAN, syf:883; KOCA/ÜZÜLMEZ, syf:937

²⁸⁰ Y5.CD, 11.1.2018, E.2014/12398, K.2018/112; “...hakkı bulunan kişiler yerine hakkı olmayanların atanması halinde kişilerin mağduriyetinin ve haksız menfaat sağlama unsurlarının gerçekleşmiş olacağı gözetilerek, 2006-2007 yıllarında vekil ebe/hemşire atamaları ile ilgili Sağlık Bakanlığı Personel Genel Müdürlüğü'nün 18/09/2006 ve sonraki tarihli yazılarında öncelikle sağlık biriminin olduğu yerde veya ilde ikamet edenlerin müracaatlarının kabul edilmesi gerekirken...” <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/5cd-2014-12398.htm> (Erişim Tarihi:15.01.2020)

²⁸¹ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, syf:1113; GÖKCAN, syf:885

²⁸² TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, syf:1114

c. Nedensellik Bağlantısı

Ceza hukukunda failin kusurlu eylemi ile ortaya çıkan netice arasında nedensellik bağı kurulabildiği sürece yapılan eylem cezalandırılabilir. Görevin gereklerine aykırı icrai veya ihmali hareket ile kişilerin mağduriyeti veya kamunun zarar görmesi veya kişilerin haksız bir menfaat sağlamış olması şeklindeki neticeler arasında nedensellik bağı bulunmalıdır. Bu sebeple hekimin gerçekleştirmiş olduğu tıbbi girişim olarak ifade edilen her türlü müdahale neticesinde ortaya çıkan zararın yargılama sürecinde yapılacak bilirkişi raporu ile ilişkilendirildiği sürece cezalandırılabilir²⁸³.

Örneğin YCGK'nin bir kararında; *"..genel beden travmasına ve çoklu kemik kırıklarına maruz kalmış öleni Acil Sağlık Hizmetleri Yönetmeliğinin 24/2 maddesi uyarınca stabilizasyonu sağlanıncaya kadar ve tıp çevrelerinde genel olarak kabul gördüğü şekilde 24 saat müşahade altında tutmaları gerekirken 6-7 saat içinde taburcu etmeleri nedeniyle olayda görevlerinin gereklerini yapmakta ihmal gösterdikleri, ancak bu davranışları ile meydana gelen ölüm neticesi arasında nedensellik bağının bulunmadığı, başka bir anlatımla sanıkların ihmali davranışlarının ölüme neden olacak nitelikte bulunmadığı gerekçesiyle hekimi yalnızca m.257/2 kapsamında sorumlu tutmuştur*²⁸⁴." Kanaatimizce de yerinde olan yaklaşımla; cezai sorumluluğun gündeme gelebilmesi aranan ölçüt olan nedensellik bağının her bir somut olay bakımından delillerle ortaya konulma mecburiyeti bulunmaktadır. Özellikle malpraktis gibi özel bilgiye dayalı olan bu tür davalarda alınan bilirkişi raporu kapsamında yapılan hukuki değerlendirme neticesinde; görevi kötüye kullanma suçunun işlendiğinin ve ortaya çıkan neticenin de fail tarafından gerçekleştirilen hareketin ürünü olduğuna ilişkin somut bulgular tespit edilmelidir. Aksi halde hekimin hareketi ile netice arasındaki ilişkinin kesin bir şekilde kurulmadığı veya ilişkiyi kesebilecek bir durumun varlığı halinde örneğin üçüncü bir kişinin müdahalesi, gibi durumlarda cezai sorumluluk gündeme gelmeyecektir²⁸⁵.

²⁸³ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, syf:1112; ÖZEN, syf:791; SOYASLAN, syf:711; KOCA/ÜZÜLMEZ, syf:934; YOKUŞ SEVÜK, syf:424; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, syf:1136; ÖZEN, (Genel), syf:313; DEMİRBAŞ, syf:220; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, (Genel), syf:159; ÖZGENÇ/ÜZÜLMEZ, syf:47; ÖZGENÇ, syf:191; ALDEMİR, syf:178; KOCA/ÜZÜLMEZ, (Genel), syf:129; ÖZTÜRK/ERDEM, syf:227; AKBULUT, (Genel), syf:321; AKBULUT, syf: 134.

²⁸⁴ YCGK, E.2014/12-103, K.2014/552; (TÜRKOĞLU, syf:74)

²⁸⁵ Y12.CD,14.2.2018, E.2016/5581, K.2018/1517; "...yapılan uygulamaların tıp kurallarına uygun olduğu oybirliği ile mütalaa olunduğunun belirtildiği olayda esas mahkemenin bilirkişi raporunu

d. Hekimin Görevi Kötüye Kullanma Suçları

Sağlık mensuplarının, başta hekimler olmak üzere mevzuat hükümleri gereğince görevi kapsamında olan bazı tıbbi girişim ve müdahaleleri yapmaması veya geciktirmesi, göreve gelmemesi, görevde olması gereken sürede görevinin başında olmaması halinde hekimler hakkında icrai veya ihmali davranışla işlenen görevi kötüye kullanma suçu oluşmaktadır.

Bu davranışlara örnek olarak; mahkeme tarafından kişiden doku örneği almak üzere görevlendirilen hekimin zamanında kişiden tehlike oluşturmadan doku alamaması²⁸⁶, kan şekeri ve tansiyonu düzensiz olan hastayı yüksek riskli gebelik grubunda olması nedeniyle bir üst merkeze yönlendirmemesinde hekimin mesleki kusurunun bulunması²⁸⁷, hekimin hastayı görmeden sağlık durumunu kontrol altına almadan hastanede hastayı kabul edecek yerin olmaması gerekçesiyle başka bir hastaneye sevk etmesi²⁸⁸, hekim tarafından şüpheli bir şekilde ölen kişiye otopsi yapılmadan gömülmesine ilişkin izin raporunun düzenlenmesi²⁸⁹, icapçı hekimin acil servise getirilen ağır hasta çocuğun durumunun kendisine bildirilmesi üzerine hastaneye gelip hastayı görerek değerlendirmesi ve tedavisini düzenlemesi, gerekirse başka hastaneye sevkini sağlaması gerekirken evinden telefonla talimat vererek görevin gereklerine aykırı davranması²⁹⁰, doktorun eczaneden gelen ya da hasta

*dikkate alarak doktor sanıkların ihmallerinin bulunmadığını tespitle görevi ihmal suretiyle kötüye kullanma suçundan verdiği beraat kararları Yargıtay tarafından onanmıştır..”;*Y4.CD, 20.2.2013, E.2011/17667, K.2013/4706; “..Tedavi Yardımına İlişkin Uygulama Tebliği'nin Active Protein C (Xigris) adlı ilaçla ilgili 12.7.22 maddesinde belirtilen prosedüre uymadan ve gerçeği yansıtmayan verilerle düzenledikleri epikriz raporlarına, xigris kullanım formlarına istinaden reçeteler düzenledikleri veya düzenlemesini sağladıkları, görev gereklerine aykırı bu eylemleriyle 220.084 TL tutarında kamu zararına sebebiyet verdiklerinin iddia edilmesi karşısında, iddianameye dayanak oluşturan 15.12.2008 tarihli ön inceleme raporuna konu olan hastalara ait dosyalarda inceleme yaptırılarak Xigris adlı ilacın yasal prosedüre uygun olarak doğru şekilde reçetelendirilip reçetelendirilmediği tespit ettirilerek sonucuna göre sanıkların hukuki durumlarının belirlenmesi yerine, bu hastalardan sadece birine ait değerlendirmeyi içeren, suça konu olayı açıklığa kavuşturmayan bilirkişi raporu esas alınarak eksik inceleme ve yetersiz gerekçe ile yazılı şekilde beraatine karar verilmesi...”(<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, Erişim Tarihi: 14.01.2020)

²⁸⁶ Y4.CD, E.2011/5356, K.2013/6985, T.11.3.2013; <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/4cd-2011-5356.htm> (Erişim Tarihi:14.01.2020)

²⁸⁷ Y4.CD E.2011/5345, K.2013/16792, T.30.5.2013; <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/4cd-2011-5345.htm> (Erişim Tarihi:14.01.2020), Y12.CD, 16.1.2019, E.2018/3545, K.2019/663, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/12cd-2018-3545.htm> (Erişim Tarihi:15.01.2020)

²⁸⁸ Y4.CD E.2011/17665, K.2013/15693, T.22.5.2013; <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/4cd-2011-17665.htm> (Erişim Tarihi:14.01.2020)

²⁸⁹ Y4.CD, E.2012/1614, K.2013/231, T.15.1.2013; <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/4cd-2012-1614.htm> (Erişim Tarihi:14.01.2020)

²⁹⁰ Y4.CD, E.2011/3195, K.2012/2667, T.14.2.2012; “..suretiyle mağduriyete sebebiyet verme eyleminin ihmali davranışla görevi kötüye kullanma suçunu oluşturduğu gözetilmeden, ölüme neden olma suçunun oluşumunda aranması gereken "ölüm ile failin davranışı arasındaki illiyet bağının"

yakınlarının bizzat getirdikleri sağlık karnelerine, hastalarını görmeden, ancak konulan hastalık tanısıyla uyumlu ilaç yazma şeklindeki eylemleri²⁹¹, hekimin kendisini mesai saatinde görev başında bulunmadığından bahisle şikayet ettikleri kanısıyla, hasta yakınının tedavisini veya üst sağlık kuruluşuna sevki için muayenesini yapmaması²⁹² ya da arandığında kendisine ulaşılabilmesi halinde görevini yapmaması biçimindeki eylemleri²⁹³ gibi durumlar gösterilebilir.

Yargıtay, bebeğin özürlü doğduğu somut olayda NST (gebelik esnasında bebeğin hareketlerinin, buna bağlı olarak kalp atış hızının ve bu hızın değişkenliğinin izlendiği test) kayıtlarının bulunmamasını, müştekinin hastanede gece saat üç sıralarında doğumun gerçekleştiği sabah onbirbuçuk saatine kadar, genel tıp uygulamaları gereği saat başı NST kontrolü yapılması gerekmesine rağmen, düzenli aralıklarla NST tetkiki yapılmamasını ve çocuk kalp sesinin sayı olarak tespit edilmemesini, ihmal suretiyle görevi kötüye kullanma suçu olarak nitelendirmiştir²⁹⁴. Zira hekimin görevinin içeriği hakkında belirleme yapmamızda dayanak oluşturan genel tıp kuralları çerçevesinde; sistematik kontrollerin yapılması ile hastanın sağlık durumunun stable edilmesi, hastanın hastalığı ile bağlı olarak kalp kontrollerinin yapılması beklenirken, hekimin bu davranışlarını yerine getirmemesi neticesinde hastada zarara yol açması bizce de yerinde olarak görevi kötüye kullanma suçunun ihmali davranışla hekim tarafından işlenmesi söz konusu olmaktadır.

Hekim yükümlülüğü olduğu halde hastayı kasten tedavi etmemesi gibi bir durumda hastanın yaralanması veya ölmesi gibi neticelere yol açar ise; hekimin bu davranışı aynı zamanda görevinin gereklerine aykırı hareket etmesi sebebiyle TCK m.257'de yer alan görevi kötüye kullanma suçu kapsamına girebilmektedir. Fakat görevi kötüye kullanma suçunun genel ve tali nitelikte bir suç tipi olarak öngörülmesinde önem arz eden husus; hekimin davranışları diğer kanunlarda yer alan suç tiplerine uygunluğu neticesinde cezalandırılabilir bir durumda ise, bu durumda genel ve tali nitelikli olan görevi kötüye kullanma suçu kapsamında faile

bulunmadığı ve "eylemin disiplin cezasını gerektirdiği" biçimindeki yasal ve yerinde olmayan gerekçeyle beraat kararı verilmesi yerinde değildir.", <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/4cd-2011-3195.htm> (Erişim Tarihi:14.01.2020) Y4.CD, E.2009/547, K.2011/2152, T.22.2.2011; <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/4cd-2009-547.htm> (Erişim Tarihi:14.01.2020)

²⁹¹ Y.11CD, 26.4.2017, E.2015/19, K.2017/3158; (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, Erişim Tarihi: 13.01.2020)

²⁹² Y4.CD, E.2008/14996, K.2010/12573, T.28.6.2010; <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/4cd-2008-14996.htm> (Erişim Tarihi:14.01.2020)

²⁹³ Y12.CD, 25.04.2012, 18333/10865; (GÖKCAN, syf:897)

²⁹⁴ Y12.CD, 27.2.2018, E. 2017/9921, K.2018/2180, (YOKUŞ SEVÜK, syf:422)

ayrıca cezai sorumluluk yükletilememektedir. Bir başka ifade, hekim TCK m.83-88 de yer alan kasten yaralama ve kasten öldürme suçlarından sorumlu tutulacaktır. Örneğin bir kararda, “..hasta M.’ın, sol testisinde ağrı olması nedeniyle ailesi tarafından getirildiği .. Yüksek İhtisas Hastanesi acil servisinde yapılan muayene sonrası, genel cerrahi uzmanı sanık Dr...nin, testis ultrasonografisini yaptırmadığı gibi, testis torsiyonu gibi akut bir tabloyu zamanında teşhis edemeyip, orşit ön tanısı ile mağdur hastaya antibiyotik yazılmasını tavsiye ettiği, mağdur hastada yanlış teşhis nedeniyle uygulanan tedaviden bir netice alınmadığı gibi, mağdurun testisini kaybederek organlarından birinin işlevini yitirdiği, mağdur hastanın zarar görmemesi için mesleki tüm şartları yerine getirmek, tıbbi açıdan zamanında teşhis koyup, somut durumun gerektirdiği önlemleri eksiksiz bir biçimde almak ve uygun tedavi yöntemlerini uygulamak zorunda olan genel cerrahi uzmanı olan sanık doktorun, mesleğin gerektirdiği objektif özen ve dikkat yükümlülüğünü yerine getirmemek suretiyle mağdurun yaralanmasına neden olduğundan hekimin taksirle yaralamadan cezalandırılması gerektiğini ifade etmiştir²⁹⁵.”

TCK’nın 257’inci maddesinin 3’üncü fıkrasında düzenlenen hukuka uygun veya aykırı olan bir işin görülmesi için kamu görevlisine çıkar sağlanması biçimindeki eylemler 5.7.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6352 sayılı kanun ile yürürlükten kaldırılmış olup, yapılan eylem biçimine göre rüşvet veya irtikap suçları kapsamında cezalandırılması yoluna gidilmiştir.

Örneğin; devlet hastanesinde uzman doktorun, hastanede ameliyat ettiği katılanın eşine taburcu olduğu sırada görev gereklerine aykırı olarak kontrol muayenesi ve dikişleri alma işini özel muayenesinde yapacağını söyleyerek yönlendirdiği ve ücreti karşılığında bu işlemleri yaparak mağduriyetine neden olması gibi eylemlerinde çıkar sağlanması suretiyle görevi kötüye kullanma suçunun işlendiği söylenebilir²⁹⁶.

5.7.2012 tarihinden önceki eylemler bakımından yapılan değerlendirme şu şekildeydi. TCK’da rüşvet tanımı değiştirilerek, kamu görevlisi tarafından hukuka aykırı bir şekilde bir işin görülmesi neticesinde bir çıkar, menfaat edilmesi veya bu amaca yönelik anlaşma yapılması halinde bu suçun oluşacağı belirlenmiştir.

²⁹⁵ Y12.CD, E.2012/1415, K.2012/21130; (TÜRKOĞLU, syf:75)

²⁹⁶ Y5.CD, 29.2.2016, E.2014/596, K.2016/2195; (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, Erişim Tarihi: 17.02.2020)

Böylelikle, kamu görevlisi tarafından görevinin gereklerine uygun davranması sebebiyle bir menfaat elde etmesi halinde ise fail tarafından gerçekleştirilen eylem ilk olarak irtikap suçu bakımından değerlendirilecektir. Eylemin irtikap suçuna özgü koşulların olayda gerçekleşmemesi halinde ise, fail görevi kötüye kullanma suçunun 3'üncü fıkrası kapsamında cezalandırılacağı kabul edilmiştir.

Örneğin; başka bir hekime ulaşma veya tedavi şansı bulunmayan acil ameliyata ihtiyacı olan hastadan veya ailesinden belli bir miktar para ödenmezse ameliyat edilmeyeceğinden bahisle hekimin bir menfaat elde etmesi durumunda icbar suretiyle irtikap suçu gündeme gelmektedir. Yargıtay kararlarında, hekimin uyguladığı icbarın ispatlanabilmesi konusunda; hastanın bulunduğu durumun özellikleri değerlendirilirken hekimin davranışlarının hastanın fiziksel ve ruhsal olarak içinde bulunduğu durum göz önünde tutularak kurtulma imkanının olmadığı yönünde düşünmeye sevk etmesi aranmaktadır. Hastanın bu yönde hekime menfaat sağlamaktan başka çaresinin olmadığı bilincine sahip olmalıdır. Ciddi, etkili ve şiddetli olan maddi veya manevi cebrin etkisinde yarar sağlanmalıdır²⁹⁷. Ancak hastanın aciliyetinin bulunmamasının yanı sıra başka bir hastane, hekim veya tedaviye ulaşabilme imkanı var iken, hekim tarafından para ödenmesine ilişkin yapılan teklif neticesinde menfaat elde etmesi durumunda ise irtikap suçunun aramış olduğu özel koşulları taşımaması nedeniyle hekim, görevi kötüye kullanma suçu bakımından cezalandırılması gerekmektedir²⁹⁸.

5.7.2012 tarihinden sonraki eylemler hakkında yürürlüğe giren 6352 sayılı kanun ile yeni bir cebri irtikap suçu oluşturulmuş ve rüşvet suçunun tanımı değiştirilmiş ve nihayetinde 257'inci maddenin 3'üncü fıkrası yürürlükten kaldırılmıştır.

C. SUÇUN MANEVİ UNSURU

765 sayılı kanunda olduğu gibi 5237 sayılı kanununda da görevi kötüye kullanma suçunun her iki fıkrasında da suçun genel kast ile işlenebileceği kabul edilmektedir. Bu sebeple, kamu görevlisinin gerçekleştirdiği hareketin mevzuat

²⁹⁷ Y5.CD E.2008/3634, K.2012/1861, T.12.3.2012, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/5cd-2008-3634.htm> (Erişim Tarihi:14.01.2020)

²⁹⁸ GÖKCAN, syf:890

hükümlerinde verilen ilgili emirde yer alan görevinin gereklerine aykırı olduğunu bilmesi ve bunu istemesi yeterlidir²⁹⁹.

Görevin gereğine aykırı veya ihmali davranış iradi olmalıdır. Bir diğer ifade ile görevin gereklerine aykırı davranış veya ihmalin, failin dikkatsiz ve özensiz davranışı neticesinde gerçekleşmemesi gerekmektedir. Zira failden beklenen dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun olmayan davranış taksire dayalı cezai sorumluluğu gündeme getirmektedir. Bilindiği üzere, suç ve cezaların kanuniliği ilkesi gereğince, görevi kötüye kullanma suçunun manevi unsurunun taksir olması halinde cezai sorumluluğu bulunduğuna ilişkin yasal düzenleme olmadığından³⁰⁰, failin görevi kötüye kullanma suçu bakımından cezai sorumluluğuna başvurulabilmesi için icrai veya ihmali hareketin bilerek ve isteyerek yani kasta dayalı bir şekilde gerçekleştirilmesi gerekmektedir³⁰¹.

Uygulamada sorun yaratan ve YCGK kararında da konu olan önemli bir husus ise; ihmali davranışla görevi kötüye kullanma suçu açısından fiilin dikkat ve özen eksikliği ile mi, yoksa kasıtlı bir ihmali hareketle işlendiğinin somut olaya göre belirlenmesi gerektiğidir.

YCGK'nın 16.5.2017 tarihli kararında bu husus şu şekilde belirtilmiştir; *“..5237 sayılı Kanun'un 257/2.maddesinde düzenlenen suç, genel kast ile işlenebilen bir suçtur. Yani, ihmali davranışın bilerek ve isteyerek gerçekleştirilmesi gerekir. Uygulamada, ihmali davranışla taksirli hareketin zaman zaman birbirine karıştırıldığı görülmektedir. ...Somut olaydaki gibi bir hekimin, görevini bilerek ve*

²⁹⁹ GÖKCAN, syf:885; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, syf:1117; OKUYUCU-ERGÜN, syf:17; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, syf:1136; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, syf:1023; ÖZEN, syf:791; SOYASLAN, syf:712; KOCA/ÜZÜLMEZ, syf:938; YOKUŞ SEVÜK, syf:433; TÜRKÖĞLU, syf:7; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, syf:1136; ZAFER, syf:1554; MEMİŞ KARTAL, syf:1389; ÖZEN, (Genel), syf:328; DEMİRBAŞ, syf:383; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, (Genel), syf:183; ÖZGENÇ/ÜZÜLMEZ, syf:56; ÖZGENÇ, syf:242; ALDEMİR, syf:171; KOCA/ÜZÜLMEZ, (Genel), syf:145; ÖZTÜRK/ERDEM, syf:239; AKBULUT, (Genel), syf:397; AKBULUT, syf: 165.

³⁰⁰ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, syf:1136; Y4CD, E.2010/28606, K.2012/13900; *“..tıp bilimi ve mesleğinin gereklerine aykırı davranışı kasta veya taksire dayalı olabilir. Hekimlerin tıp bilim ve mesleğinin icrası sırasında dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranışları nedeniyle tedavi kusuruna yol açmaları taksirle sorumluluğa neden olur. Dolayısıyla, taksire dayalı bir tıbbi kusurla hastaya zarar veren hekimin eyleminin, kasıtlı bir suç olan görevi kötüye kullanma suçunu oluşturması mümkün olmayacağından, eylemin taksirle ölüme veya yaralamaya neden olma suçunu oluşturacağı düşünülmelidir.” (TÜRKÖĞLU, syf:11)*

³⁰¹ SONAY EVİK, syf:182, BAŞARAN, syf:75; ÖZEN, (Genel), syf:212; DEMİRBAŞ, syf:451; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, (Genel), syf:183; ÖZGENÇ/ÜZÜLMEZ, syf:64; ÖZGENÇ, syf:310; ALDEMİR, syf:208; KOCA/ÜZÜLMEZ, (Genel), syf:249; ÖZTÜRK/ERDEM, syf:243; AKBULUT, (Genel), syf:397; AKBULUT, syf: 166; MERAN, syf:469

isteyerek ihmal etmesi neticesinde ölüm olayı meydana gelirse bu kişi, görevi ihmal suçundan değil, ancak 5237 sayılı kanununun 83.maddesi uyarınca sorumlu tutulabilir. 5237 sayılı Kanun'un 257.maddesinin gerekçesinde bu durum “..Buna karşılık, görevle bağlantılı yükümlülüğün ihmali sonucunda şayet bir kişi ölmüş veya yaralanmış ise, kişi artık görevi kötüye kullanma suçundan dolayı cezalandırılmaz. Bu durumda, ihmali davranışla işlenmiş öldürme veya yaralama suçunun oluştuğunu kabul etmek gerekir” şeklinde açıklanmıştır³⁰².”

İlgili YCGK kararında da değinildiği üzere; genel kasıtlı işlenebileceği düzenlenen bu suç sırasında, kastın unsurları olan bilme ve isteme hususlarının neticeyi kapsamaması gerekmektedir. Bu yönüyle, failin davranışını taksirle gerçekleştirilmesi durumuyla olan farkını da ortaya koyabilmektedir. Somut olay değerlendirildiğinde fail; neticenin ortaya çıkmasını bilerek ve isteyerek imkan sağlıyorsa bu durumda dikkat ve özen eksikliğinin tartışılması yerine kast ile işlenen bir suçun oluştuğunu kabul etmek kanaatimizce de doğrudur. Tıp mesleği gibi, insan vücudu üzerinde önemli rol oynayan mesleğin icrası sırasında; görevin yerine getirilmesinin ihmali gibi bir davranış sergilenmesi durumunda hastalar açısından zarar verici sonuçların ortaya çıkması kaçınılmaz bir sonuç olarak öngörülebilmektedir. Bu amaçla hekimin mesleği çerçevesinde ve somut olay kapsamında incelenen davranışlarında neticenin yalnızca dikkat ve özen eksikliği olarak değerlendirilebilme düşüncesine, her somut olayın özelliklerine ilişkin değerlendirmenin saklı kalması kaydıyla, olumsuz yaklaşmaktayız. Hekim tarafından gerçekleştirilen bu eylemin ortaya çıkan yaralama veya ölüme göre ihmali bir davranışla işlendiği ve bu kapsamda cezalandırılması gerektiğine ilişkin YCGK'nın kararına katılmaktayız.

Bununla birlikte TCK'nun 257'inci maddesinde görevi kötüye kullanma suçunun oluşabilmesi için genel kast yeterli kabul edildiğinde, failin belirli bir saikle yani özel kasta dayalı suçu işlenmesi ayrıca aranmamaktadır³⁰³.

Bu sebeple suç kamu görevlisi tarafından görevini belirleyen düzenlemelere ve talimatlara aykırı davranmak veya görevinin gereğini yerine getirmemek veya görevini geciktirmek suretiyle kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına yol açabileceğini veya kişilere haksız menfaat sağlayabileceğini göze almayı kabul eden

³⁰² YCGK. E.2017/12-271, K.2017/278, T.16.5.2017, (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, Erişim Tarihi: 9.01.2020)

³⁰³ Saik; kasttan önce gelen ve kastı hazırlayan bir duygu ve düşüncedir. Saik faille suç işleme kararını verdikten, faili harekete geçiren etkidir. (SONAY EVİK, syf:183); ÖZEN, (Genel), syf:215

amaç olan doğrudan kastla işlenebileceği gibi, öngörülen netice açısından failin umursamazlığı, göze alma ve kabullenmesi söz konusu ise olası kast ile işlenmesi hali de mümkündür.

Elbette ki, failin sahip olduğu kastın değerlendirmesi yapılmadan önce failin söz konusu görevin gereğini yapabilecek koşul ve vasıtalara sahip olduğu, imkanı olmasına rağmen kendisinden beklenen görevin niteliğine aykırı veya ihmali bir davranışından ötürü sorumluluk değerlendirmesi yapılması gerekmektedir³⁰⁴.

Görevi kötüye kullanma suçunun incelenmesi sırasında önem arz eden bir diğer konu; fail tarafından gerçekleştirilen görevinin gereklerine aykırı hareket sonucunda ortaya çıkan neticeleri kapsayacak kastının olup olmamasına ilişkindir.

Kanun maddesinde belirtilen zarar koşullarını maddi unsur olarak benimseyen ve bizimde katıldığımız görüşe göre; failin kastının görevin gereklerine aykırı davranışı neticesinde ortaya çıkan zararlı sonuçları da kapsayacağı yönündedir.

Zarar koşullarını objektif cezalandırma şartı olarak kabul eden görüşe göreyse; objektif cezalandırma şartı olan hususlara ilişki failin kastının bu koşulları da kapsamına gerek olmadığına, bu sebeple failin bu koşulların varlığının bilip bilmemesi önem arz etmemektedir.

18.3.2008 tarihli YCGK kararında³⁰⁵ ; “..5237 sayılı TCK'nun 257/1 maddesindeki suçun oluşabilmesi için, kamu görevlisinin görevin gereklerine aykırı davranışının yanında, görevin gereklerine aykırı hareket ettiğini ve fiil neticesinde bir kişinin mağduriyetine ya da kamunun zararına neden olunacağını veya kişilere haksız kazanç sağlamış olacağını bilerek ve isteyerek hareket etmesi de şarttır. Suçun manevi unsurunu bu şekilde belirtilen kast oluşturmaktadır.” şeklinde bir ibareye yer vermiştir.

³⁰⁴ Y4.CD 25.05.2006 tarihli kararında; “..Görevi kötüye kullanma suretiyle keyfi davranma suçu genel kastla işlenen bir suç olup, suçun oluşması için saikin bir önemi olmadığı gibi özel kastı da aranmaz.” (Y4.CD, T.25.06.2006, K.9/13 (BAŞARAN, syf:77); SONAY EVİK, syf:184; ÖZEN, (Genel), syf:335; DEMİRBAŞ, syf:392; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, (Genel), syf:303; ÖZGENÇ/ÜZÜLMEZ, syf:118; ÖZGENÇ, syf:210; ALDEMİR, syf:202; KOCA/ÜZÜLMEZ, (Genel), syf:153; ÖZTÜRK/ERDEM, syf:250; AKBULUT, (Genel), syf:840; AKBULUT, syf: 132.

³⁰⁵ YCGK., 18.3.2008, 2007/4.MD-89, 2008/54, (TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, syf:1120), “Failin saiki veya maksadı farklı olsa dahi, görevinin gereklerine aykırı davranışının maddede belirtilen neticelerden birine yol açacağını bilerek hareket etmiş olursa, suçun manevi unsuru diğer bir deyişle genel kastı gerçekleşmiş olacaktır.”, YCGK, 26.9.2017-16-956/370, www.kazanci.com , (ZAFER, syf:1550)

Aynı şekilde, ikinci fıkrada yer alan düzenleme de, kamu görevlisi tarafından görevin gereklerinin yerine getirilmesinde gösterilen ihmal ve gecikmesinin bilinçli yapılması ve bunlara bağlı olarak doğacak olan neticelerin öngörülmesi, bilinmesi ve istenmesi de bu suçun manevi unsurunu oluşturmaktadır. Bir diğer ifadeyle gerçekleşen ihmali hareketin dahi bilinçli bir şekilde sergilenen irade ile ortaya çıkması gerekmektedir. Yargıtay'da içtihatlarında genel kastın varlığını yeterli görmektedir³⁰⁶.

Polonya CK'unda görevi kötüye kullanma suçunu düzenleyen 231'inci maddesinde suçun kasten işlenmesi durumunda verilecek cezanın yanı sıra suçun taksirle işlenmesi durumunda uygulanacak yaptırıma da yer verilmiştir. İlgili düzenlemeye göre; suçun kasten işlenmesi halinde üç yıla kadar hapis cezası ile failin cezalandırılması söz konusu iken birinci fıkrada belirtilen fiilin istemeden işlenmesi durumunda eğer önemli bir zarara neden olunursa iki yıla kadar hapis veya hak yoksunluğu cezası ile cezalandırılırken, önemli bir zarara neden olunmaması halinde ise fail cezalandırılmayacaktır. Benzer bir düzenlemeye İsveç CK'nun 20.Bölümünün 1.paragrafında yer vererek, failin eyleminin görevinin niteliği göz önünde tutularak bu eylem önemsiz sayılacak ise ceza verilemeyeceğini belirtmektedir. Ayrıca ilgili madde de fiilin kasten veya ağır görevi kötüye kullanma şeklinde ibare kullanarak ağır taksirle de işlenebileceğini, söz konusu fiilin ağır olup olmadığı konusunda ki değerlendirmenin de; suçlunun pozisyonunu ciddi bir şekilde kötüye kullanıp kullanmadığına veya suçun bir kişiye veya kamu sektörüne ciddi bir zarar vermesi veya ciddi bir haksız bir menfaat sağlayıp sağlamadığına özel dikkat edilerek tayin edilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Kanunun lafzında hareketle sağlanan menfaat veya verilen zarar önemsiz miktarda ise fiil cezalandırılmayacaktır.

Danimarka CK'nun da suçun genel kastla işlenme halini 156'ncı madde de suçun taksirle işlenen halini ise 157'inci madde de düzenlemiştir. Buna göre, “ *Bir kamu görevlisi görevini gereği gibi yerine getirmez, görevini ifa etmeyi reddeder veya göreviyle ilgili verilen herhangi bir yasal emri yerine getirmese dört ayı aşmamak kaydıyla hapis veya para cezası ile cezalandırılır.*” 156'ncı madde incelendiğinde soyut tehlike suçu olan bu düzenlemeye göre failin ayrıca özel kastta dayalı hareket etmesi aranmamaktadır. 157'inci madde de yer alan düzenleme ise; “*Bir kamu görevini yerine getiren herhangi bir kişi, görevi yerine getirmede ciddi*

³⁰⁶ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, syf:1117

veya sıklıkla tekrarlanan ihlallerde bulunur veya görev veya fonksiyonlarını ifa sırasında özen göstermezse dört ayı aşmamak kaydıyla hapis veya para cezası ile cezalandırılır” şeklindedir³⁰⁷.

1930 tarihli İtalyan CK’nun 323’üncü maddesinde “..başkalarına bir zarara neden olmak veya bir çıkar sağlamak için ..” ibaresiyle özel kastın arandığını açıkça belirtilmiştir³⁰⁸. Ancak 1997 yılında yapılan değişiklikle beraber görevi kötüye kullanma suçu özel kastla işlenebilen tehlike suçu yerine yeni hükümde “..bilerek ve isteyerek..” ibaresine yer vererek suçun doğrudan kastla ve önceden de belirttiğimiz üzere failin hareketinin cezalandırılabilmesi için bazı neticelerin de varlığını aradığından zarar suçu haline dönüştürülmüştür.

İsviçre CK’nun 312’inci maddesinde düzenlenen yetkinin kötüye kullanılması suçunun oluşabilmesi için failin hareketini “Kendilerine veya başkalarına haksız bir menfaat sağlamak veya başkalarına zarar vermek amacıyla..” gerçekleştirmesi bir başka ifadeyle özel kast ile suçu işlemesi gerekmektedir. Bu düzenlemeden yola çıkarak failin bu saikle hareket etmesi cezalandırılması için yeterli kabul edildiğinden suç, soyut tehlike suçu şeklinde düzenlenmiştir³⁰⁹.

Avusturya CK’nun 302’inci maddesinde görevi kötüye kullanma suçunun kasten işlenebildiği hale yer veren düzenlemede açıkça belirtildiği üzere; eylem fail tarafından “..başkalarının haklarına zarar vermek amacıyla..” işlendiği durumlarda özel kast ile işlenebilen soyut tehlike suçudur³¹⁰.

Portekiz CK’nun 382’inci maddesinde genel olarak yetkinin kötüye kullanılması suçunun oluşabilmesi için failin iki seçimlik hareketlerden birini “..kendisine veya bir başkasına haksız menfaat sağlamak veya başkasına zarar vermek amacıyla..” gerçekleştirmesi gerektiği aranmaktadır³¹¹.

³⁰⁷ SONAY EVİK, syf:72-75

³⁰⁸ ŞİK, syf:76

³⁰⁹ SONAY EVİK, syf:62-66

³¹⁰ Avusturya CK m.302; “Kamu görevlisi başkalarının haklarına zarar vermek amacıyla bilinçli olarak Federasyonun, ülkenin, belediyeler birliği veya belediye veya diğer bir kamu tüzel kişininin bir organı olarak sahip olduğu yetkileri bilerek kötüye kullanırsa altı aydan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.” (SONAY EVİK, syf:67)

³¹¹ Portekiz CK’nın 382.maddesi; “Önceki maddelerde belirlenen haller dışında kamu görevlisinin kendisine veya bir başkasına haksız menfaat sağlamak veya başkasına zarar vermek amacıyla yetkilerini kötüye kullanması veya görevlerini ihlal etmesi, başka bir yasa hükmü gereğince daha ağır şekilde cezalandırılmadıkça, üç yıla kadar hapis veya para cezası ile cezalandırılır.” (SONAY EVİK, syf:71)

D. HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

Hukuka aykırılık, belli bir normda belirtilen emir veya yasağa uygun hareket edilmesi kuralına aykırılık ve fiil ile hukuk düzeni arasındaki çelişki anlamına gelmektedir. Burada yer alan hukuk düzeni sadece belli bir kanun ile sınırlı olamayıp hukukun bir bütününe aykırılık teşkil eden failin eylemi, suçu oluşturmaktadır. Dolayısıyla failin eyleminin tüm hukuk düzenine, aykırılığını ortadan kaldıran hukuka uygunluk sebepleri olduğu sürece failin gerçekleştirdiği eylemi suç oluşturmayacaktır³¹².

TCK'nın ikinci bölümünde “*Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler*” başlığı altında hem hukuka uygunluk nedenleri hem de ceza sorumluluğunu kaldıran ve azaltan nedenlere yer verilmiştir. TCK'nun 257'inci maddesi incelendiğinde bu suça ilişkin hukuka uygunluk nedenleri hakkında özel bir düzenleme mevcut değildir. Ancak görevi kötüye kullanma suçu ile ilgili olarak hukuka uygunluk nedenleri arasında sayılabilecek olan; görevin ifası (yetkili amirin emrini icra), meşru savunma, ilgilinin rızası gibi nedenleri incelemek mümkündür.

Ancak mevcut çalışma kapsamında inceleme konumuz olan hekimin cezai sorumluluğu konusunda değerlendirme konusu olabilecek hukuka uygunluk nedenleri üzerinde durulması yerinde olacaktır. Hekimin tıbbi müdahale sırasında görevi kötüye kullanma suçunu oluşturabilecek tipe uygun eylemini tüm hukuk düzeni açısından hukuka uygun hale getirebilecek sebeplerin neler olabileceği sırasıyla değinilecektir.

Kamu hizmetlerinin yürütülmesi hiyerarşik yapı içerisindeki üstün, asta verdiği emirlerin yerine getirilmesiyle sağlanır³¹³. Amirin emrini ifa AY m.137 ve TCK'nun 24'üncü maddesinde düzenlenmiştir.

Madde 137 – “Kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olan kimse, üstünden aldığı emri, yönetmelik, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, kanun veya Anayasa hükümlerine aykırı görürse, yerine getirmez ve bu aykırılığı o emri verene

³¹² BAŞARAN, syf:83; ÖZEN, (Genel), syf:374; DEMİRBAŞ, syf:269; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, (Genel), syf:172; ÖZGENÇ/ÜZÜLMEZ, syf:65; ÖZGENÇ, syf:313; ALDEMİR, syf:303; KOCA/ÜZÜLMEZ, (Genel), syf:262; ÖZTÜRK/ERDEM, syf:257; AKBULUT, (Genel), syf:466; AKBULUT, syf: 191.

³¹³ BAŞARAN, syf:84; DEMİRBAŞ, syf:279; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, (Genel), syf:242; ÖZGENÇ/ÜZÜLMEZ, syf:67; ÖZGENÇ, syf:330; ALDEMİR, syf:309; KOCA/ÜZÜLMEZ, (Genel), syf:273; ÖZTÜRK/ERDEM, syf:266; AKBULUT, (Genel), syf:478; AKBULUT, syf: 194.

bildirir. Ancak, üstü emrinde ısrar eder ve bu emrini yazı ile yenilerse, emir yerine getirilir; bu halde, emri yerine getiren sorumlu olmaz.

Konusu suç teşkil eden emir, hiçbir suretle yerine getirilmez; yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz.

Askeri hizmetlerin görülmesi ve acele hallerde kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunması için kanunla gösterilen istisnalar saklıdır.”

Madde 24- “(1) Kanunun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez.

(2) Yetkili bir merciden verilip, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emri uygulayan sorumlu olmaz.

(3) Konusu suç teşkil eden emir hiçbir surette yerine getirilemez. Aksi takdirde yerine getiren ile emri veren sorumlu olur.

(4) Emrin, hukuka uygunluğunun denetlenmesinin kanun tarafından engellendiği hallerde, yerine getirilmesinden emri veren sorumlu olur.”

Amir emrinin ifası sırasında hukuka aykırılığın ortadan kaldırılabilmesi için; emri veren kişinin hiyerarşik ilişki içerisinde yetkisi dahilinde olduğu bir konu hakkında altında yer alan kişiye emir vermesi, emir alan kişinin ise verilen emrin hukuka uygun olduğu kanaatine varır ve emri yerine getirirse bu durumda emri uygulayanın cezai sorumluluğu bulunmayacaktır³¹⁴.

Bu durum ilgili TCK'nun 24/2-3 hükmünde şöyle belirtilmiştir; yetkili bir merciden yerine getirilmesi görev gereği uygulaması zorunlu olan bir emri uygulayan kişinin ceza sorumluluğu bulunmamaktadır.

Ancak AY'nın 137'inci maddesinde de belirtildiği üzere, kamu görevlisine verilen emir biçimsel veya içerik yönünden hukuka aykırı ise, emri uygulayan kişi cezai sorumluluktan kurtulamaz. Zira, böyle bir durum olduğunda, emri alan kişi emrin hukuka aykırı olduğunu emri verene bildirir ve emrin yazılı olarak verilmesi durumunda, emri uygulayan kişinin cezai sorumluluğu oluşmaz.

Eğer üst tarafından verilen emrin konusu suç teşkil ediyorsa, bu emir üst tarafından yazılı şekilde veya herhangi bir şekilde yinelenmesi durumunda konusu

³¹⁴ ÖZEN, (Genel), syf:382; DEMİRBAŞ, syf:270; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, (Genel), syf:173; ÖZGENÇ/ÜZÜLMEZ, syf:65; ÖZGENÇ, syf:315; ALDEMİR, syf:304; KOCA/ÜZÜLMEZ, (Genel), syf:263; ÖZTÜRK/ERDEM, syf:259; AKBULUT, (Genel), syf:467; AKBULUT, syf: 194.

suç teşkil eden emri uygulayan kamu görevlisi cezai sorumluluktan kurtulamayacaktır.

Görevi kötüye kullanma suçu bakımından değerlendirme yapıldığında; yetkili amir tarafından görevin gereklerine aykırı bir davranışta bulunulmasının istenmesi veya görevin gereklerinin yapılmasında ihmal veya gecikme gösterilmesine ilişkin emir, kanuna aykırı olduğundan ve dolayısıyla suç oluşturan bir emir olduğundan; emir veren kişi ile emri uygulayan kamu görevlisinin eyleminin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmayacaktır.

Hekimin sorumluluğu bakımından değerlendirme yapıldığında ise; örneğin, acilde nöbetçi olarak görevlendirilen hekimin başka bir hasta için konsültasyona gitmesi gibi bir durumda acile gelen hastalara gerekli tıbbi hizmeti sunamaması, başhekim tarafından başka bir hastanın ameliyatı için görevlendirilen hekimin kendi hastalarını muayene işlemleri sırasında gecikme göstermesi gibi hallerde hekimin hukuka uygunluk sebebinden yararlanarak cezai sorumluluğunun doğmayacağı düşüncesindeyiz.

Meşru savunma TCK'nun 25/1'inci maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre;

“(1) Gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anda hal ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez.”

Meşru savunma yani görevini yaptığı sırada kendisine veya başkasına karşı üçüncü bir kişi tarafından haksız saldırıya maruz kalan kamu görevlisinin haksız saldırıyı önlemek amacıyla, orantılı bir şekilde defetmek için görevin gereklerine aykırı davranması veya ihmal suretiyle görevini kötüye kullanması halinde hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmesi çok istisnai bir durum olabilir. Zira meşru müdafaa hükümlerinin uygulanabilmesi için söz konusu saldırı veya tehlikeden başka türlü kurtulma imkanının bulunmaması da gerekmektedir³¹⁵. Özellikle ülkemizde son zamanlarda artış yaşanan ve haberlerden de vakıf olduğumuz bir konu olan hasta veya hasta yakınları tarafından sağlık çalışanlarına yönelik; maddi veya manevi

³¹⁵ ÖZEN, (Genel), syf:391; DEMİRBAŞ, syf:286; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ, (Genel), syf:198; ÖZGENÇ/ÜZÜLMEZ, syf:69; ÖZGENÇ, syf:365; ALDEMİR, syf:327; KOCA/ÜZÜLMEZ, (Genel), syf:276; ÖZTÜRK/ERDEM, syf:270; AKBULUT, (Genel), syf:482; AKBULUT, syf: 197.

şiddet, tehdit, cebir gibi durumların olduğu ve olma riskinin yüksek olduğu hallerde; hekimin hastayı muayene etmek istememesi, hastaya yönelik tıbbi işlemlerin yapılmaması veya geciktirilmesi, hekimin görev alanından uzaklaşması gibi durumlarda bu hukuka uygunluk sebebinden yararlanılarak hekimin cezai sorumluluğunun gündeme gelmeyeceği düşüncesindeyiz. Fakat bu olasılıklar içerisinde; hekimlerin uymakla yükümlü olduğu “*Hipokrat Andı*” çerçevesinde hastanın sağlık durumunun tehlikeye atabilecek bir durumun olmaması için hastanın sağlık durumunun stabilizasyonun sağlanması sonrasında hastanın gerekli kurum ve kuruluşlara sevkini yapılması ya da başka bir hekime yönlendirilmesi beklenmektedir. Her somut olay kapsamında yapılan değerlendirme saklı kalmak üzere; hekimin hastaya yönelik beklenen bu davranışı gerçekleştirebilme imkanı var iken bunu sağlamaması durumunda ise, hekim tarafından gerçekleştirilen bu davranış nedeniyle görevi kötüye kullanma suçu kapsamında cezalandırılacağı olasılık dahilindedir.

İlgilinin rızası TCK'nun 26/2 maddesine göre;

“(2) Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez.”

Her özgür bireyin kendi kaderini tayin hakkı bulunmaktadır. Hukuka uygunluk nedenlerinden biri olan ilgilinin rızası ise bu hakka dayanmaktadır³¹⁶. Suça uygun olan tipik eylem neticesinde zarar gören kimsenin açık veya örtülü bir şekilde verdiği rıza ile söz konusu hukuka aykırılığın giderilmesi ilgilinin rızası ile sağlanmaktadır.

Kişi, üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği hukuksal değerlere karşı ihlaller hakkında rıza göstererek eylemi hukuka uygun hale getirebilir. Dolayısıyla söz konusu ihlal kamunun menfaatinin zedelenmesi şeklinde ortaya çıkıyorsa ve bu durumdan bireyin de etkilenmesine yol açsa bile kişinin gösterdiği rıza geçerli kabul edilmeyecektir.

³¹⁶ BAŞARAN, syf:88; ÖZEN, (Genel), syf: 410; DEMİRBAŞ, syf:327; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ, (Genel), syf:212; ÖZGENÇ/ÜZÜLMEZ, syf:74; ÖZGENÇ, syf:374; ALDEMİR, syf:361; KOCA/ÜZÜLMEZ, (Genel), syf:287; ÖZTÜRK/ERDEM, syf:295; AKBULUT, (Genel), syf:493; AKBULUT, syf:201.

Görevi kötüye kullanma suçunu koruduğu hukuksal değerden yola çıkarak, söz konusu hukuka aykırı bir eylemi hukuka uygun hale getirecek olan rızanın kimin tarafından açıklanması gerektiği konusunda olan belirsizlik mevcuttur. Şöyle ki; suçun kamu idaresinin güvenilirliğine ve işleyişine karşı işlenmesinden ötürü mağdurun kamu olması nedeniyle söz konusu suçun hukuka uygunluk nedeninden yararlanması mümkün olmamaktadır. Her ne kadar failin eylemi neticesinde bireysel bir zarar ortaya çıkması söz konusu olsa da bu kişi zarar gören konumunda olduğundan bireyin kamunun mağdur olduğu bir suça rıza göstermeye yönelik tasarruf edebileceği bir hakkı bulunmamaktadır³¹⁷.

Aynı yaklaşım İtalyan doktrini tarafından da benimsenmiş olup, birey zarar gören konumunda olduğundan, vermiş olduğu rıza eylemi hukuka uygun hale getirmez. Ancak azınlık bir görüşe göre, bireyin mağduriyetinin söz konusu olduğunda kamu görevlisinin eyleminden önce verilen rızanın hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir³¹⁸.

Yapılan açıklamalar çerçevesinde; suçun mağduru kamu idaresi olduğu düşüncesini savunduğumuzdan hekim tarafından gerçekleştirilen eyleme ilişkin ilgilinin rıza vermesi söz konusu olmayacağından; hekimin davranışı sadece belirli bir kişide zarar doğmasına neden olsa da cezai sorumluluğunun devam edeceği düşüncesindeyiz.

E. KUSURLULUĞU KALDIRAN VEYA ETKİLEYEN NEDENLER

Failin görevinin gereğine aykırı davranmanın veya görevinde ihmal ya da gecikme göstermesinde kusurluluğunu kaldıran veya etkileyen nedenler olarak; hata, cebir, şiddet, korkutma, tehdit, zorunluluk hali konularının hekimin cezai sorumluluğuna olan etkisi hakkında açıklamalara yer vermek yerinde olacaktır.

Fiil üzerinde hata hükümleri TCK'nun 30/1'inci maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre;

“(1) Fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hali saklıdır.”

³¹⁷ ÖZEN, syf:792; YOKUŞ SEVÜK, syf:435; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, syf:1136; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, syf:1119; ZAFER, syf:1553; MEMİŞ KARTAL, syf:1388

³¹⁸ SONAY EVİK, syf:192

Suç teşkil eden fiilin kurucu unsurları üzerinde yapılan hata esaslı hatadır³¹⁹. Zira suçun kurucu unsurları failin kastının konusunu oluşturduğundan; kurucu unsurlarda düşülen esaslı kaçınılmaz hata kastı da ortadan kaldırmaktadır.

Öncelikle failin hata hükümlerinden yararlanarak cezai sorumluluktan kurtulabilmesi için; gerçekleştirdiği görevin gereklerine aykırı davranış veya görevinde ihmal ya da gecikme göstermesinin suç olmadığını düşünerek hareket etmesinde hukuki hata söz konusu olup, TCK'nun 4'üncü maddesi gereğince kanunun bilmemek mazeret sayılmayacağından bu durumun cezai sorumluluğa etkisi olmayacaktır.

Buna karşılık, kaçınılmaz hata hükümlerini düzenleyen TCK'nun 30/4 maddesi gereğince “(4) İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz.”; yaptığı eylemin hukuken meşru olduğu bilinciyle hareket eden, kaçınılmaz bir hataya düştüğü kesin bir şekilde ispatlanabilen ve kusur atfedilemeyen fail cezalandırılmayacaktır³²⁰.

Hekimlerin bilmekle yükümlü olduğu yasal mevzuat ve sahip oldukları görevleri içeren mevzuatın karmaşık yapısı göz önünde tutulduğunda, failin sürekli yaptığı ve hukuken meşru olduğu bilinciyle hareket etmesi durumunda cezalandırılmaması gerekmektedir.

Örneğin; Sağlık Bakanlığı Acil Sağlık Hizmetleri Yönetmeliği'nin 10'uncu maddesinde “Birinci, ikinci ve üçüncü basamak resmi sağlık kurum ve kuruluşları ile entegre olarak kesintisiz ambulans ve acil servis hizmeti verilen, kadrosu ve özlük hakları bakımından bünyesinde bulunduğu kuruma, ambulans hizmeti bakımından merkeze bağlı olan, ekip içerisinde hekim bulunan istasyon şeklinde” ve Acil Yardım Ambulansı Ekibinin de 8/7/2001 tarih ve 24456 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan Ambulanslar ile Özel Ambulans Servisleri ve Ambulans Hizmetleri Yönetmeliği'nin 4'üncü maddesinde “en az biri hekim olmak üzere iki sağlık personeli ile şoförden oluşan acil yardım ambulans personeli” şeklinde tanımlanmış olması; ve yine Acil Sağlık Hizmetleri Yönetmeliği'nin 24'üncü maddesinde “..sevk işlemi, ambulans

³¹⁹ BAŞARAN, syf:81; ÖZEN, (Genel), syf:204; DEMİRBAŞ, syf:448; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, (Genel), syf:256; ÖZGENÇ/ÜZÜLMEZ, syf:104; ÖZGENÇ, syf:473; ALDEMİR, syf:499; KOCA/ÜZÜLMEZ, (Genel), syf:253; ÖZTÜRK/ERDEM, syf:464; AKBULUT, (Genel), syf:614; AKBULUT, syf:212.

³²⁰ ÖZEN, (Genel), syf:204; DEMİRBAŞ, syf:427; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, (Genel), syf:265; ÖZGENÇ/ÜZÜLMEZ, syf:107; ÖZGENÇ, syf:491; ALDEMİR, syf:486; KOCA/ÜZÜLMEZ, (Genel), syf:262; ÖZTÜRK/ERDEM, syf:468; AKBULUT, (Genel), syf:614.

ekibinin dışında başkaca personel ve araç desteği gerektiriyorsa, sevk eden kuruluş gerekli desteği sağlar” denilmesi karşısında acil Sağlık Hizmetleri istasyonunda görevli nöbetçi hekim olarak ambulans ekibinde yer aldığı anlaşılan doktor Y'nin sevke karar veren sanık icapçı uzman doktor tarafından ayrıca bir görevlendirme yapılmasına gerek olmaksızın 112 ambulansıyla yapılan sevkte kendiliğinden araçta bulunması gerektiği ve ambulans nöbetçi hekimi olmasına rağmen ekibinin başında bulunmaması ve ekibinin yapmış olduğu iş ve işlemlerden habersiz olması nedeniyle ölenin doktorsuz olarak sevkinde kusuru bulunmadığı anlaşılan sanık hakkında atılı görevi ihmal suçu yönünden kastının bulunmadığını ve eylemin disiplin hukuku çerçevesinde yaptırıma bağlanması gerektiği belirtilmiştir³²¹.

Kusurluluğu ortadan kaldıran bir diğer sebep olan cebir, şiddet, tehdit, korkutma gibi durumu TCK'nın 28'inci maddesinde şu şekildedir;

“(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.”

Maddi cebir olan şiddet; karşı konulamaz fiziki gücün baskısı altında, failin suç işlenmeye zorlanmasıdır. Maddi cebir baskısı altında hareket eden kişinin seçme imkanı olmadığından ve söz konusu cebre karşı koyamamasından ötürü, cebri uygulayan kişinin etkisi altında suçu işlediğinden, kamu görevlisine suç atfedilememektedir³²².

Görevi kötüye kullanma suçunda, kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı hareket etmesini ya da görevinin gereklerine yapmakta ihmal veya gecikme göstermesini sağlamak için başka bir kişi tarafından maddi cebire maruz bırakılması mümkündür.

Manevi cebiri ifade eden tehdit durumunda ise, kişi gelecekte meydana gelebilecek ağır ve muhakkak zarar tehlikesi altında, baskı uygulayanın iradesine bağlı kalarak suçu işlemektedir.

³²¹ Y12.CD, 16.07.2014 T., 2013/20279 E., 2014/17076 K.; (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, Erişim Tarihi: 17.02.2020)

³²² ÖZEN, (Genel), syf:312; DEMİRBAŞ, syf:445; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, (Genel), syf:249; ÖZGENÇ/ÜZÜLMEZ, syf:95; ÖZGENÇ, syf:432; ALDEMİR, syf:425; KOCA/ÜZÜLMEZ, (Genel), syf:354; ÖZTÜRK/ERDEM, syf:323; AKBULUT, (Genel), syf:588; AKBULUT, syf:239.

Bu sebeple; cebir, şiddet, tehdit, korkutma etkisi altında kalınarak failin icrai veya ihmali surette görevi kötüye kullanma suçuna vücut veren eyleminden ötürü belli şartları taşıması koşuluyla failin kusurunun olmadığı kabul edileceğinden cezai sorumluluğu gündeme gelmeyecektir.

Bu şartlara göre; söz konusu cebir, şiddet, tehdit, korkutma durumunun fail üzerinde belli bir ağırlıkta ve ciddi nitelikte olması sebebiyle failin tipikliğe uygun davranışı gerçekleştirmeye mecbur hissetmesi, söz konusu etkiden kurtulma imkanının bulunmaması gerekmektedir. Bu şekilde haksız bir davranışın gerçekleştirilmesinde mecburiyetin kanıtlanması durumunda, cebir, tehdit, şiddet, korkutma gibi etkiyi yaratan kişi dolaylı fail olarak cezalandırılacaktır³²³.

Zorunluluk hali, TCK'nun 25/2'inci maddesinde düzenlenmiştir. İlgili düzenleme şu şekildedir;

“(2) Gerek kendisine gerek başkasına ait bir hakka yönelik olup, bilerek neden olmadığı ve başka suretle korunmak olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu ile ve tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunmak koşulu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez.”

Zorunluluk hali; kanunda düzenlediği bölüm ve kanun gerekçesinden yola çıkılarak kusurluluğu kaldıran bir hal olarak belirlenmiştir. Ancak zorunluluk halinin hukuki niteliğinin tayini konusunda; ilgili maddenin Alman Ceza Hukukundan iktibas edilmesi ve Türk Hukukunda yer aldığı kanun sistematüğinden hareketle hukuki niteliğinin tayini konusunda belirsizlikler bulunmaktadır³²⁴. Hukuki niteliğinin tayini, doğacak hukuki sonuçlar bakımından önem arz etmektedir. Bu amaçla zorunluluk halini; hukuka uygunluk sebebi, kusurluluğu kaldıran bir neden olduğu veya somut olaya göre hukuka uygunluk sebebi ya da kusurluluğu kaldıran neden olduğunu belirten farklı görüşler mevcuttur³²⁵. Bu doğrultuda zorunluluk halinin hukuki esasını açıklamada önemi olan teorilerden ve mehz Alman CK'nunda

³²³ SONAY EVİK, syf:193

³²⁴ ÖZBEK, Veli Özer/ DOĞAN, Koray, “Zorunluluk Halinin (TCK m.25/2) Hukuki Niteliği”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt:9, Sayı:2, 2007, syf:195-196

³²⁵ ÖZEN, (Genel), syf:411; DEMİRBAŞ, syf:296; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, (Genel), syf:237; ÖZGENÇ/ÜZÜLMEZ, syf:96; ÖZGENÇ, syf:322; ALDEMİR, syf:350; KOCA/ÜZÜLMEZ, (Genel), syf:344; ÖZTÜRK/ERDEM, syf:281; AKBULUT, (Genel), syf:574; AKBULUT, syf: 233.

zorunluluk halini düzenleyen ilgili maddelerden yola çıkarak çıkarım yapmak yerinde olacaktır.

Zorunluluk halinin hukuki esasını açıklayan teorilere ilişkin; koruma içgüdüsü teorisi, manevi cebir teorisi, saiklerin sosyalliği teorisi, amaç teorisi, hakların çatışma teorisi örnek gösterilebilir³²⁶. Bu teoriler içinde yer alan koruma içgüdüsü teorisi, manevi cebir teorisi ve hakların çatışması teorisi kapsamında ileri sürülen görüşler ile zorunluluk halinin hukuki niteliğinin belirlenmesi konusunda daha somut ve karşılaştırılabilir bulgular ortaya konulduğundan yalnızca bahsi geçen teorilerin açıklamasına yer verilecektir.

İlk olarak koruma içgüdüsü teorisi; failin kendisini koruma içgüdüsüne veya refleksine bağlı kalarak başkasına zarar vermesi durumunda, bu davranış her ne kadar ahlaki olmasa da, hukuk düzeni tarafından kişinin kendisini korumaya yönelik hakkını göz ardı edemeyeceği düşüncesindedir. Yine bu teori ile benzerlik gösteren manevi cebir teorisinde ise, kişinin içinde bulunduğu mevcut veya gerçekleşmesinde kuvvetli bir ihtimal bulunan tehlike karşısında korkuya kapılması ve buna bağlı olarak kaybettiği irade serbestisi doğrultusunda suç işlemiş olmasıdır. Her iki teorinin değerlendirilmesi neticesinde; faili suç işleme yönlendiren ve kusurluluk halini doğrudan etkileyen sübjektif psikolojik bir etki söz konusudur. Bu gibi hallerde, hukuka aykırılık ve tipiklik unsurunu taşıyan bir davranışın fail tarafından gerçekleştirildiği kabul edilmektedir. Fakat ceza hukuku sistemimizde failin cezalandırılabilmesi için bu unsurların yanında kusur unsurunun da bulunması gerekmektedir. Dolayısıyla failin hareketini; içgüdülerine bağlı kalarak psikolojik bir tepki çerçevesinde gerçekleştirmesi sebebiyle, söz konusu hukuka aykırı tipik davranışın ya cezalandırılmaması ya da ceza miktarında indirim uygulanması öngörülmektedir³²⁷.

Hakların çatışması teorisinde ise; birbirine eşit iki hakkın ya da ast-üst değer ilişkisi olan hakların çatışması halinde fail tarafından üst hakkın korunmasının tercih edilmesi durumunda, ast değere sahip olan hakkın tercih edilmemesinin hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmesi gerektiği savunulmaktadır. Bu teori kapsamında tercih değerlendirmesi sırasında; objektif kriterler neshinde böyle bir çatışmaya maruz kalan herkes tarafından bu yönde tercih yapılacağına ilişkin

³²⁶ Detaylı açıklamalar için bkzn. ÖZBEK/ DOĞAN, syf:200-203

³²⁷ ÖZBEK/ DOĞAN, syf:200-201

toplumun inancı mevcuttur. Böylelikle fail tarafından gerçekleştirilen tipe uygun davranış, hukuk düzeni tarafından hukuka aykırı olarak kabul edilmediğinden cezalandırılmaya layık görülmemektedir³²⁸.

Mehaz Alman CK'nu ele alındığında ise; zorunluluk haline ilişkin düzenleme 34'üncü maddede hukuka uygunluk sebebi olan zorunluluk hali ile 35'inci maddede mazeret sebebi olan zorunluluk hali düzenlenmiştir³²⁹.

Hukuka uygunluk sebebi olan zorunluluk halinde³³⁰; fail tarafından doğrudan kendisine olabileceği gibi bir başkasının yaşam hakkına, vücut bütünlüğüne, kişinin özgürlüğüne veya şerefine ya da mülkiyet hakkı gibi hukuken korunan herhangi bir hakkına yönelik tehlikenin bertaraf edilebilmesi için suç işlemesidir. Burada fail tarafından yapılan değerlendirme içerisinde, çatışan haklar içerisinde derece farkı olması ve failin üstün olan hakkı korumak için daha az değerli hakkı ihlal etmesi ile gerçekleşmektedir. Bu amaç doğrultusunda gerçekleşen ihlal ile fiil suç vasfını taşımayacağından faile ceza verilmemektedir.

Mazeret sebebi olan zorunluluk halinde³³¹; failin doğrudan kendisine, akrabasına ya da yakınına yönelik onların yalnızca yaşam, vücut bütünlüğü ve özgürlüğüne yönelik gerçekleşecek olan tehlikeden başka kurtulma imkanının olmaması sebebiyle hukuken eşit değerde korunan olan hakların dahi ihlal edilmesi durumudur. Bu durumda failin davranışı, tehlikeden kurtulabilmek için mutlaka gerçekleştirme mecburiyeti altındadır. Ancak bu durumda hukuka uygunluk sebebi olan zorunluluk halinden farklı olarak fiil haksızlık niteliğini korumaya devam etmektedir. Bu sebeple faile somut olayın değerlendirilmesi çerçevesinde ceza verilmemesi ya da verilen ceza miktarında indirim uygulanması yolu da tercih edilebilir. İlgili düzenlemenin tek bir istisnası ise; failin tehlikeyi şahsen yaratmış olması ya da tehlikeye katlanma yükümlülüğü olan kişilerin bu şekilde bir suç işlemesi durumunda bu madde uygulanmamaktadır.

Kanaatimizce; zorunluluk halinin hukuki niteliği somut olay üzerinde yapılacak olan değerlendirme sonucunda tayin edilmesi daha doğru olacaktır. Bu

³²⁸ ÖZBEK/ DOĞAN, syf:202

³²⁹ ÖZBEK/ DOĞAN, syf:207

³³⁰ ÖZBEK/ DOĞAN, syf:207-212

³³¹ ÖZBEK/ DOĞAN, syf:212-214

değerlendirme sırasında mehzaz kanunda yer alan iki farklı tip olan zorunluluk halinin şartlarının göz önünde tutulması belirsizliğin giderilmesinde yardımcı olacaktır.

Hem görüşümüzü daha belirgin kılmak hem de hekimin görevi kötüye kullanma suçu bakımından cezai sorumluluğunun tartışılacağı inancında olduğumuz bir konuda örnekle açıklama yapmak daha yerinde olacaktır. Son zamanlarda ülkemizde ve dünyada etkisini yoğun bir şekilde gösteren sağlık alanında hekimlerin doğrudan maruz kaldığı COVID-19 virüsünün ortaya çıkardığı “*pandemi*” hastalığı sebebiyle hekimlerin hastalarına yönelik tıbbi hizmeti hiç sağlanmaması ya da gecikmeli sağlanması gibi bir durumda hekimlerin bu davranışının zorunluluk hali çerçevesinde hangi doğrultuda şekilleneceğine ilişkindir.

COVID-19 virüsü; dünya genelinde salgın etkisi gösteren, insan vücudunda ölümcül etkisi bulunan, temas mesafesinde 15 dakika içerisinde damlacık yoluyla bulaşan ve halen aşı çalışmaları tamamlamamış olan bir hastalık çeşididir. Bu doğrultuda bulaşan kişilerin yaşam ve vücut bütünlüğüne yönelik ciddi bir tehlike yaratan bir hastalıktır. Hastalığa yakalanılmaması için korunma yöntemi olarak; hijyenin sağlanması, maske kullanımı zorunluluğu, sosyal mesafenin korunması ve kalabalık ortamlarda bulunulmaması gibi izolasyon yöntemleri önerilmektedir. Özellikle salgın ve bulaşıcı hastalıklara doğrudan maruz kalma yerleri olan hastanelerde, bahsi geçen korunma yöntemleri ne kadar özenle yürütülse de hekimlerin yaşam ve vücut bütünlüğüne yönelik tehlikenin varlığının sürdüğü, hastalığa yakalanan birçok sağlık çalışanının olduğu Sağlık Bakanlığı tarafından da kabul edilen bir husustur.

Dolayısıyla hekimlerin; doğrudan kendisinin ya da akrabalarının yaşam ve vücut bütünlüğüne yönelik ciddi bir tehlikenin var olması ve hastalığa ilişkin aşı gibi koruyucu çalışmaların tamamlanmaması sebebiyle riskli bölge olan hastanelerden uzaklaşarak evlerinde sosyal izolasyonunun sağlanması durumunda zorunluluk haline kapsamında işlediği görevi kötüye kullanma suçundan ötürü cezai sorumluluğu zorunluluk halinin hukuki niteliğinden ötürü belirsizlik taşıyabilmektedir.

Zorunluluk halinin hukuka uygunluk sebebi olduğunun kabul edilmesi durumunda; özellikle hakların çatışması teorisi ve Alman CK’nda yer alan düzenlemeye ilişkin şartlardan yola çıkarsak, hekimin kendisine veya bir başkasına yönelik yaşam ve vücut bütünlüğüne ilişkin bir tehlikeden korunma yöntemi olarak

izolasyonu tercih etmesi durumunda işlediği suça ilişkin zorunluluk halinin olduğu ortadadır. Fakat bu madde de çatışan haklar arasında derece farklılığının bulunması da aranmaktadır. Görevi kötüye kullanma suçu ile birlikte korunması hedeflenen hukuksal değer, kamu idaresinin güvenilirliğinin ve işleyişinin sağlanmasıdır. Bu sebeple çatışan haklar; yaşam ve vücut bütünlüğünün dokunulmazlığı hakkı ile kamu idaresinin işleyişi ve güvenilirliği korunması hakkı olmasından ötürü hekimin üst hak olan yaşam ve vücut bütünlüğünü hakkı tercih ederek görevine aykırı hareket etmesi ya da ihmal etmesi durumunda bu fiili hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilecek ve fail hakkında cezaya hükmedilmeyecektir.

Zorunluluk halinin kusurluluk halini ortadan kaldıran bir mazeret sebebi olarak kabul edilebilmesi için; özellikle koruma içgüdüsü ve manevi cebir teorisi ile Alman CK’unda yer alan düzenlemeye ilişkin şartlardan hareketle, hekimin kendisine veya ailesine yönelik yaşam ve vücut bütünlüğüne ilişkin bir tehlikeden korunma yöntemi olarak izolasyonun tercih etmesi durumunda tehlikeden ötürü yaşadığı korku çerçevesinde içgüdüsel hareketi ile işlediği suça ilişkin kusurluluğu etkileyen bir durum söz konusudur. Bu durumda hukuken eşit değerde olan haklardan birinin feda edilmesi durumunda dahi eylemin zorunluluk hali kapsamında değerlendirilmesine engel değildir. Ancak işlenen suçun haksızlık içeriği devam ettiğinden ya hiç ceza verilmemesi ya da cezada indirim yöntemi tercih edilecektir. Fakat burada özellikli bir durum söz konusudur. Hekimlik mesleği gibi doğası gereği bulaşıcı ve ölümcül hastalık ile yüzleşme riskinin bulunduğu durumlarda hekimlerin tehlikeye katlanma yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu durumda da hekimlerin bu maddenin ilgili hükümlerinden yararlanamayacağından cezai sorumluluğu devam etmektedir.

Sonuç olarak; verilen örnek çerçevesinde zorunluluk halinin kabul edilen hukuki niteliğine göre hekimin davranışından ötürü cezai sorumluluğu değişebilmektedir. Bu sebeple zorunluluk halinin hukuki niteliğinin belirlenmesinde somut olaya göre değerlendirme yapılmasını ve niteliğin buna göre tayin edilmesi gerektiği düşüncesindeyiz. Ancak tıp hizmetinin sağlayıcıları olan hekimlerin salgın ve bulaşıcı hastalıklarla karşılaşmaları mesleki bakımından beklenen risk kapsamındadır. Bu sebeple hekim her ne kadar içgüdüsel bir davranış sonucu korku etkisinde hareket ediyor olsa da, mesleğin özelliği gereği ve tehlikeye katlanma yükümlülüğü olan kişiler arasında yer aldığından bu gibi durumlarda işledikleri

suçlardan ötürü zorunluluk halini kusurluluğu etki eden mazeret sebebi olarak kabul edebilmek de, mehzaz kanunda yer alan istisnai durumun Türkiye’de de uygulanması ve hekimin bu davranışından ötürü görevini ihmal etmesi neticesinde cezai sorumluluğuna başvurulmalı ancak ceza miktarında indirim yolunun tercih edilmesi gerektiği düşüncesindeyiz.

F. TEŞEBBÜS

Teşebbüs bir suçun icrasına elverişli hareketlerle başladıktan sonra failin elinde olmayan nedenlerle icra hareketlerini ya da neticeyi tamamlayamamasıdır³³². Bir suçun teşebbüs aşamasında kalıp kalmadığının belirlenmesi için suçun tamamlanma anı önem taşımaktadır.

Neticeye göre suçlar; sırf hareket suçları ve neticeli suçlar olmak üzere ikiye ayrılmaktadır³³³.

Sırf hareket suçları, tipikliğe uygun eylemin icrai veya ihmali surette gerçekleştirilmesi ile tamamlanan, suçun tamamlanma anının belirlenmesinde ayrıca neticenin gerçekleşmesi aranmayan suç tipleridir. Hareketin gerçekleşmesiyle suç tamamlandığından, suç teşebbüse kural olarak elverişli değildir. Ancak hareket kendi içerisinde kısımlara ayrılabilirse bu durumda teşebbüs hükümleri gündeme gelebilmektedir.

Neticeli suçlarda ise, suçun tamamlanma anı bakımından failin eylemi gerçekleştirmesi tek başına yeterli olmayıp, kanun hükmünde öngörülen neticelerin de gerçekleşmesi gerekmektedir.

Önceki düzenleme olan 765 sayılı kanun kapsamında düzenlenen görevi kötüye kullanma suçu, tehlike suçu biçiminde düzenlenmiştir. Bu suçlar bakımından eksik teşebbüsün³³⁴ mümkün olacağı kabul edilmekteydi.

³³² BAŞARAN, syf:129; ÖZEN, (Genel), syf:373; DEMİRBAŞ, syf:462; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, (Genel), syf:285; ÖZGENÇ/ÜZÜLMEZ, syf:116; ÖZGENÇ, syf:495; ALDEMİR, syf:599; KOCA/ÜZÜLMEZ, (Genel), syf:412; ÖZTÜRK/ERDEM, syf:347; AKBULUT, (Genel), syf:615; AKBULUT, syf: 252; KAZAKER, Gözde, “Ceza Hukukunda Elverişsiz Teşebbüs”, Adalet Yayınevi, Ankara, Ekim 2019, syf:28-33; MERAN, syf:470

³³³ ÖZEN, (Genel), syf:256; DEMİRBAŞ, syf:241; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, (Genel), syf:155; ÖZGENÇ/ÜZÜLMEZ, syf:122; ALDEMİR, syf:177; KOCA/ÜZÜLMEZ, (Genel), syf:128; ÖZTÜRK/ERDEM, syf:212; AKBULUT, (Genel), syf:320; AKBULUT, syf: 134.

³³⁴ ŞARE, Ersin, “Türk Ceza Kanununda Suça Teşebbüs”, TBB Dergisi, 2017, Sayı:130, syf:144 “765 sayılı TCK’nın yürürlükte olduğu dönemde, kanunda eksik-tam teşebbüs ayırımına yer verilmiştir.

TCK’nda düzenlenen görevi kötüye kullanma suçuna ilişkin, teşebbüs hükümlerinden bahsedebilmek için suç tipinde öngörülen kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olunması ya da kişilere haksız menfaat sağlamasının suçun unsuru mu olduğu yoksa objektif cezalandırma şartı olduğunun kabulüne göre değişmektedir.

Kanun maddesinde belirtilen; kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olunması ve kişilere haksız menfaat sağlanmasının suç unsuru olduğunun kabul eden ve bizimde katıldığımız görüşlere göre³³⁵; görevi kötüye kullanma suçu kamu görevlisi tarafından mevzuat hükümleri gereğince yüklenen görevin gereklerine aykırı davranışları neticesinde kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olunması veya kişilerin haksız bir menfaat elde etmesi ile birlikte tamamlanır. Ancak kamu görevlisi tarafından, gerçekleştirilen tipikliğe uygun icrai bir hareket neticesinde kanun maddesinde belirtilen zararların ortaya çıkmaması halinde suçun teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilmektedir. Aynı şekilde, suçun ihmalî bir davranışla gerçekleştirilmesi halinde ise, kanunda öngörülen neticeler gerçekleşmediği sürece suç teşebbüs aşamasında kalmıştır.

Kişilerin mağduriyetine, kamunun zararına ve kişilere haksız bir menfaat sağlanmasının objektif cezalandırma şartı olarak kabul eden görüşlere göre³³⁶ ise, suçun oluşabilmesi için kanun maddesinde belirtilen zararlı sonuçların meydana gelmesi gerektiğidir. Fail tarafından gerçekleştirilen eylemin teşebbüse elverişli olup olmadığına yönelik farklı yaklaşımlar bulunmaktadır.

Objektif cezalandırma şartı içeren suçlarda teşebbüsün mümkün olmadığını belirten görüşlerin³³⁷ olmasıyla birlikte, bu suçlara teşebbüsün mümkün olduğunu ancak suçun teşebbüs aşamasında kalması halinde objektif cezalandırma şartı

Failin, elinde olmayan nedenlerle icra hareketini tamamlayamaması durumunda eksik teşebbüsün varlığı, bütün icra hareketlerinin bitirilmesine rağmen neticenin gerçekleşmediği durumlarda da tam teşebbüsün varlığı kabul edilmekteydi.” Örneğin; silahla yapılan ve tekrarlanan hareketlerle gerçekleştirilmek istenen adam öldürme suçunda, tabancasındaki mermilerden sadece birini atıp mağduru yaraladıktan sonra engellenen fail, icra hareketleri bitmediği için adam öldürmeye “eksik teşebbüs”ten dolayı, buna karşılık silahındaki tek kurşunu atıp mağduru isabet ettiremeyen fail, icra hareketleri bittiği için “tam teşebbüs”ten dolayı cezalandırılmaktadır.

³³⁵ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, syf:1119; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, syf:1136-1137; ÖZEN, syf:795; SONAY EVİK, syf:195; OKUYUCU-ERGÜN, syf:15

³³⁶ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, syf:1024; SOYASLAN, syf:712; ZAFER, syf:1556; BAŞARAN, syf:94

³³⁷ ÖZALP/ÖZALP, syf:166; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, syf:1024; SOYASLAN, syf:712; TÜRKÖĞLU, syf:91; ZAFER, syf:1556

gerçekleşmediğinden failin cezalandırılmayacağı da belirtilmektedir³³⁸. Bir başka görüşe göre ise³³⁹, suçun icrai hareketle işlenmesi halinde görevin gereklerine aykırı davranışın icrasının tamamlanması anına kadar teşebbüsün mümkün olduğunu ancak suçun ihmali hareketlerle işlenmesi halinde ise teşebbüse elverişli olmadığı ifade edilmektedir.

Yargıtay'a göre, görevi kötüye kullanma suçu bakımından kanun maddesinde belirtilen kişilerin mağduriyetine ve kamu zararına neden olma kişilere haksız bir menfaat sağlanması objektif cezalandırma şartları olup, bu suçlar sırf hareket suçu özelliği gösterirler. Ayrıca bu suçun teşebbüse elverişli olmadığını ve bahsedilen sonuçların gerçekleşmemesi durumunda ise failin eylemden ötürü cezalandırılmayacağını kabul etmektedir³⁴⁰.

YCGK'nın 18.03.2008 tarihli kararında; *"..kastın fiil neticesinde bir kişinin mağduriyetine ya da kamunun zararına neden olunacağı veya kişilere haksız menfaat sağlamış olacağı hususlarını da kapsamı gerektiği vurgulanarak, suçun netice unsuru olarak kastın kapsamında olması"* görüşü ifade edilmiştir. Yargıtay her ne kadar söz konusu neticelerin objektif cezalandırılabilme şartı olarak kabul etse de, objektif cezalandırma şartında failin kastının söz konusu neticeleri kapsamı aranmamaktadır. Söz konusu neticeler yalnızca failin gerçekleştirdiği haksızlığın cezalandırılabilme şartıdır. Bu sebeple YCGK kararından yola çıkılarak; neticelerin suçun unsurunu olduğu kabul görmektedir.

Görevi kötüye kullanma suçunun ihmali davranış suretiyle işlenen suçlar teşebbüse elverişli olup olmadığı konusunda ise söz konusu eylemin sırf hareket suçu olmasından dolayı teşebbüse elverişli olmadığını söyleyen görüşlerin³⁴¹ yanı sıra hareketin kısımlara bölünebilme ihtimalinin bulunması durumunda teşebbüsün mümkün olacağını belirten görüşler³⁴² de bulunmaktadır.

Bizimde katıldığımız görüşe göre, her somut olay kendi özelliğine göre bir değerlendirmeye tabi olduğundan eğer görevin gereklerinin yerine getirilmesinde

³³⁸ YOKUŞ SEVÜK, syf:436-437; KOCA/ÜZÜLMEZ, syf:939; BAŞARAN, syf:95

³³⁹ ÜZÜLMEZ, syf:210-211

³⁴⁰ Y21.CD, 16.3.2017, E.2016/10435, K.2017/1339; Y15.CD, 9.2.2017, E.2014/1869, K.2017/5878, Y4.CD, T.01.05.2008, 2007/21-2008/10; Y4.CD.17.04.2008, 2007/27, 2008/8; YCGK. E.2009/4-136, K.2009/281, T.8.12.2009; YCGK.E.2007/4-229, K.2008/64, T.1.4.2008 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, Erişim Tarihi: 17.02.2020)

³⁴¹ KOCA/ÜZÜLMEZ, syf:911, GÖKCAN, syf:123

³⁴² SONAY EVİK, syf:199

ihmal veya gecikme gösterme eylemlerinin hareketi kısımlara bölünebiliyorsa bu suçun teşebbüse elverişli olduğunun kabulü gerekmektedir. Ancak söz konusu bu durum, neticelerin suçun unsuru olduğunun görüşünün kabulü üzerine kabul edilmelidir. Eğer neticeler objektif cezalandırma şartı olarak kabul edilirse bu suçlara teşebbüs elverişli olmadığından ihmalî suretle görevin kötüye kullanılması suçundan ötürü cezai sorumluluğu doğmayacaktır.

Konuyla ilgili bir örnek üzerinden gidilecek olunursa; fail tarafından başkaları için tehlikeli olan akıl hastasına müdahale edilmeyerek sakinleştirici iğnenin yapılmaması ya da kapısının kilitlenmemesi gibi önlemlerin alınmaması ve olay yerinden ayrılırken, çevreden bu durumun fark edilerek failin olay yerini terk etmesi engelleniyorsa hareket kısımlara bölünebildiğinden ihmalî surette görevi kötüye kullanma suçuna teşebbüs mümkün olabilmektedir³⁴³.

Gönüllü vazgeçme hükümlerine bakılacak olunursa, fail tarafından tipikliğe uygun icra hareketlerinin başlanmasından sonra icra hareketlerinin tamamlanmaması veya zararın ortaya çıkmasının engellenmesi durumunda bu aşamaya kadar gerçekleştirilen hareketlerin başka suçlara vücut vermemesi şartıyla görevi kötüye kullanma suçu bakımından cezalandırılması söz konusu olmayacaktır.

Etkin pişmanlık hükümleri, görevi kötüye kullanma suçu bakımından düzenlemeye sahip olmadığından fail ortaya çıkan zararı sonrasında giderse dahi cezai sorumluluk devam etmektedir.

G. İŞTİRAK

Ceza kanunlarında kural olarak suç tipleri bir kişi tarafından ihlal edilecek eylemlere göre belirlenmiştir³⁴⁴. Fakat bazı durumlarda, bir suç tipi birden fazla kişi tarafından ortak bir irade neticesinde, iştirak halinde işlenebilmektedir. Bir kişi tarafından işlenebilen suçlar tek failli suçlar; birden fazla kişinin işlenmesi kanun

³⁴³ SONAY EVİK, syf:199-201

³⁴⁴ ÖZEN, (Genel), syf:282; DEMİRBAŞ, syf:493; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, (Genel), syf:323; ÖZGENÇ/ÜZÜLMEZ, syf:127; ÖZGENÇ, syf:527; ALDEMİR, syf:765; KOCA/ÜZÜLMEZ, (Genel), syf:444; ÖZTÜRK/ERDEM, syf:401; AKBULUT, (Genel), syf:667; AKBULUT, syf: 274.

düzenlenmesinde kurucu unsur olarak kabul edilen suçlar ise çok failli suçlardır. Her iki suç tipine de iştirak mümkündür³⁴⁵.

Görevi kötüye kullanma suçu, faili bakımından özel bir nitelik aranan, kamu görevlisi olarak kabul edilebilen kişiler tarafından işlenebileceği kabul edilen bir suç tipidir. Birden fazla kamu görevlisi tarafından belli bir görevin gereklerine aykırı davranılarak görevi kötüye kullanma suçunun işlenmesi halinde TCK m.37/1 hükümleri gereğince her biri müşterek fail olarak cezalandırılacaktır. Zira bu suçun işlenmesinde yalnızca failin kamu görevlisi olmasına bakılmamakta aynı zamanda aykırı davranış sergilenen görev üzerinde hakimiyette kurabilmelidirler. Aksi halde görevi olmayan bir konuda bu suç kamu görevlisi tarafından işlenirse dahi failler, müşterek fail olamazlar.

TCK m.40 hükümlerine göre;

“(1) Suça iştirak için kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığı yeterlidir. Suçun işlenişine iştirak eden her kişi, diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılır.

(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.

(3) Suça iştirakten dolayı sorumlu tutulabilmek için ilgili suçun en azından teşebbüs aşamasına varmış olması gerekir.”

İlgili genel hükme göre, failin suçtan ötürü iştirak hükümlerine göre sorumlu tutulabilmesi için; suçun kasten işlenmiş olması ve suçun en azından teşebbüs aşamasında kalmış olması gerekmektedir. Görevi kötüye kullanma suç ile ilgili teşebbüs hükümlerine ilişkin yaptığımız açıklamalar çerçevesinde; objektif cezalandırma şartı olarak kabul eden görüşe göre suç teşebbüse elverişli olmadığından, kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı hareketinin ya da görevin gereklerini yapmakta ihmal veya geciktirme göstermenin tamamlanmasına kadar iştirak mümkündür. Söz konusu neticeleri suçun unsuru olarak kabul eden

³⁴⁵ BAŞARAN, syf:97; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, syf:1032; SOYASLAN, syf:722; ZAFER, syf:1559; ÖZALP/ÖZALP, syf:171; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, syf:1026; TÜRKOĞLU, syf:92; ZAFER, syf:1558; YOKUŞ SEVÜK, syf:438; KOCA/ÜZÜLMEZ, syf:940

görüŖe göre; icrai ve ihmali hareketlerin fail tarafından başlatılması üzerine neticelerin gerçekleşmesi anına kadar suça iştirak mümkündür.

Özgü bir suç olan görevi kötüye kullanma suçuna, kamu görevlisi olmayan kişilerin sağladığı iştirak eden kişiler TCK'nın m.40/2 fıkrası gereğince, azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabilirler³⁴⁶.

Lehine haksız yarar sağlanan kişi ile kamu görevlisi arasında iştirak iradesi yoksa, lehine haksız yarar sağlanan kişi görevi kötüye kullanma suçundan dolayı sorumlu tutulamaz. Bununla birlikte, bu haksız yararı, kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı bir davranışından kaynaklandığını bilerek kabul eden kişinin, suç eşyasını kabul etme suçundan dolayı cezalandırılması mümkündür³⁴⁷.

H. İÇTİMAI

Kural olarak ceza hukukunda, fail tarafından ihlal edilen suç tipi kadar suç oluşur ve fail oluşun suç tipine göre ayrı ayrı cezalandırılır. Yani failin ihlal ettiği her suç tipi için işlediği suç kadar cezalandırılmasına gerçek içtima denir. Eğer failin gerçekleştirmiş olduğu bir eylem ile, ceza kanununda koruma altına alınan birden fazla hukuki değerin ihlali neticesinde birden fazla suç işleniyorsa bu durumda suçların itması gündeme gelecektir. Bu gibi durumlarda, birden fazla suç tipini ihlal eden fail hakkında içtima hükümlerine göre tek bir ceza verilir. İçtima hükümleri; genel-özel norm ilişkisinde, zincirleme suç, fikri içtima, bileşik suç hükümleri bakımından önem tařımaktadır³⁴⁸.

³⁴⁶ ÖZBEK/DOğAN/BACAKSIZ, syf:1138; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, syf:1122; ARTUK/GÖKCEN/ALşAHİN/ÇAKIR, syf:1024; ÖZEN, syf:795; SOYASLAN, syf:712; KOCA/ÜZÜLMEZ, syf:939; ÖZEN, (Genel), syf:312 YOKUş SEVÜK, syf:437; TÜRKÖĞLU, syf:21; ÖZBEK/DOğAN/BACAKSIZ, syf:1138; ZAFER, syf:1557; MEMİş KARTAL, syf:1391; Y5 CD., 22.03.2017, E.2015/10130, K.2017/1097; “Sanık ...'in görevi kötüye kullanma suçunu bilerek iştirak ettiği anlaşılan sanık ...'ın TCK m.40/2.maddesi gereğince bu suçtan sorumlu tutulması gerekirken ...” (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, Erişim Tarihi: 17.01.2020), MERAN, syf:472

Y5.CD, E.2010/4417, K.2012/155, T.23.1.2012; “Devlet Hastanesinde doktor olan sanığın ameliyatı gerçekleştirmek için ücretsiz olan işlemlerden sekreteri aracılığı ile para istemesi şeklinde gerçekleşen olayda; 5237 sayılı T.C.K.'da sadece nitelikli rüşvete yer verildiği, kamu görevlisinin yapması gereken bir işi yapması ya da yapmaması gereken işi yapmaması için yarar sağlanmasının rüşvet suçu kapsamından çıkarıldığı, bu cihetle doktor olan sanığın eyleminin görevi kötüye kullanma sekreter olan sanığın eyleminin ise görevinin gereklerine uygun davranmak için çıkar sağlama ve buna yardım etme suçlarını oluşturduğu gözetilmelidir.”, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/5cd-2010-4417.htm> (Erişim Tarihi:14.01.2020)

³⁴⁷ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, syf:1114; ÖZEN, syf:795; SONAY EVİK, syf:201

³⁴⁸ BAşARAN, syf:100; ÖZEN, (Genel), syf:217; DEMİRBAş, syf:540; ÖZBEK/DOğAN/BACAKSIZ, (Genel), syf:335; ÖZGENÇ/ÜZÜLMEZ, syf:135; ÖZGENÇ,

Görevi kötüye kullanma suçu, TCK m.257’de genel, tali, yardımcı ve tamamlayıcı bir hüküm olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla failin bu suç bakımından cezalandırılabilmesi için bu suça nazaran özel nitelik taşıyan suçlar kapsamında cezalandırılmıyor olması gerekmektedir³⁴⁹. Görevi kötüye kullanma suçu ile zimmet, rüşvet, irtikap, denetim görevinin ihmali gibi suçlar arasında genel-özel norm ilişkisi bulunmaktadır. Bu gibi durumlarda; somut olaydaki suç tipi özel normu karşılıyorsa, özel normun önceliği kuralı uygulanarak fail genel norm olan görevi kötüye kullanma suçundan ötürü cezalandırılmayacaktır.

TCK’nın 257’inci maddesinin ilk cümlesinde “..kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında...” denilmesi suretiyle görevin gereklerine aykırı davranmak suretiyle işlenen ve sadece düzenlendiği bölüm değil, TCK’nın bütünü bakımından suç olarak tanımlanan diğer suçlar karşısında görevi kötüye kullanma suçunun genel, tamamlayıcı, tali norm niteliğini taşıdığını³⁵⁰ pekiştirilmiştir³⁵¹.

765 sayılı kanun döneminde de suçu düzenleyen 240’ıncı maddesinde yer alan “kanunda yazılı hallerden başka” ibaresinin cezaların kanuniliği ve belirliliği ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle 1961 Anayasası döneminde Şirvan Asliye Ceza Mahkemesi tarafından Anayasa Mahkemesi’ne iptal başvurusunda bulunulmuştur.

syf:601; ALDEMİR, syf:883; KOCA/ÜZÜLMEZ, (Genel), syf:504; ÖZTÜRK/ERDEM, syf:385; AKBULUT, (Genel), syf:742; AKBULUT, syf: 303; MERAN, syf:473

³⁴⁹ ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ, syf:1137; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, syf:1025; ÖZEN, syf:796; SOYASLAN, syf:712; KOCA/ÜZÜLMEZ, syf:940; YOKUŞ SEVÜK, syf:437; TÜRKÖĞLU, syf:94; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, syf:1120; HAKERİ, syf:576; ZAFER, syf:1557; MEMİŞ KARTAL, syf:1390; Y4.CD, 11.10.2011, 2011/13917/17276; “İddianamede, doktor olan sanıkların hastaları muayene etmeden reçete düzenledikleri, özel poliklinikte muayene ettikleri hastalara sağlık ocağından resmi reçete hazırladıklarının anlatılması karşısında, eylemlerinin 765 sayılı TCK’nın 339/1, 5237 sayılı TCK’nın 204/2.maddelerinde düzenlenen resmi belgede sahtecilik suçunu oluşturabileceği, kanıtları değerlendirme ve eylemi nitelendirmenin Ağır Ceza Mahkemesinin görevine girdiği gözetilmeden, Asliye Ceza Mahkemesinde yargılamaya devamla zamanaşımı nedeniyle davanın düşürülmesine karar verilmesi, yasaya aykırıdır.” (GÖKCAN, syf:898), Y4.CD, 18.04.2011, E.2010/29786, K.2011/5106; “İddianamede, doktor olan sanığın hastaları muayene etmeden reçete düzenleyerek üçüncü kişilere menfaat sağlayıp Sosyal Güvenlik Kurumu’na zarara uğrattığının anlatılması karşısında, sanığın eyleminin TCK’nın 158/1-e maddesinde düzenlenen nitelikli dolandırıcılık suçunu oluşturabileceği, bu konuda kanıtları değerlendirme ve suçu nitelendirme görevinin ağır ceza mahkemesine ait olduğu gözetilmeden, görevsizlik kararı yerine yargılamaya devamla hüküm kurulması, yasaya aykırıdır.” (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, Erişim Tarihi: 5.03.2020)

³⁵⁰ Y5.CD 26.04.2004 T., 2063/3377 K.; “..devlet hastanesinde hekim olan sanığın, müştekiden karısını sezaryenle ameliyat etmesinden sonra 40.000 TL para isteyip aldığı anlaşılmasıyla, taraflar arasında ameliyat öncesi karşılıklı rızaya dayalı rüşvet anlaşması yapıldığının yeterli ve inandırıcı kanıtının bulunmadığı, bu suretle eylemde rüşvet suçunun unsurlarının oluşmadığı, ancak ameliyat sonrası hasta sahibinden kanunen almaması gereken parayı alan sanığın eylemini torba hüküm olan görevi kötüye kullanma suçu bakımından değerlendirmiştir.” (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/5cd-2004-2063.htm> (Erişim Tarihi:14.01.2020)

³⁵¹ ÖZALP/ÖZALP, syf:164-165, YOKUŞ SEVÜK, syf:412

AYM'nin 12.10.1965 tarihli kararında iddiayı yerinde bulmamasının gerekçesini şu ifadelerle belirtmiştir; “..Maddede “*kanunda yazılı hallerden başka her ne suretle olursa olsun vazifesini suiistimal eden*” denilmesinin sebebi, yukarıda örneğini verdiğimiz mahkemelerdeki gibi görevi kötüye kullanmayı da kapsayan nitelikleri belli fiillerin dışında görevlerini kötüye kullananların cezasız bırakılmamasını sağlamaktadır.” Böylelikle, kanun maddesinde yer “*kanunda yazılı hallerden başka*” ibaresinin kanunilik ilkesi ile çelişmediği ve bu bağlamda belirlilik ilkesini zedelediği kanaatine varmıştır.

İtalyan Anayasa Mahkemesi'ne de kanunilik ilkesine aykırılık ötürü benzer bir başvuruda bulunulmuş, ancak İtalyan CK'nda yer alan 323'üncü maddesinin de anayasaya aykırı olmadığına benzer gerekçe ile karar verilmiştir³⁵².

İtalyan CK'nun 323'üncü maddesinde “*Fiil daha ağır bir suç oluşturmadıkça..*”, denilmek suretiyle görevi kötüye kullanma suçunu düzenleyen normun genel ve tali nitelikte olduğu açıkça belirtilmiştir. Ayrıca ilgili maddeye nazaran özel nitelikte görevi kötüye kullanma suçu olan m.328³⁵³ de yer verilmiştir. Genel düzenlemeye nazaran konusunu oluşturan kamu görevini sınırlandıran, hükümde ayrıca zarar neticesi aranmadığından soyut tehlike suçu olarak düzenlenen bu suçun yaptırımını da 323'üncü maddeye göre daha hafiftir.

Alman CK'nunda görevi kötüye kullanma suçuna ilişkin genel ve tali bir hükme yer verilmemiş olup, özel nitelikte görevi kötüye kullanma suç tipleri olan rüşvet, irtikap, zor kullanma yetkisinin aşılması çerçevesinde eylemin cezalandırılması yolunu tercih edilmiştir³⁵⁴. Bunlarla birlikte genel ve tali nitelikte görevi kötüye kullanma suçunun özelliklerini taşıyan ancak hakim, hakem veya başka kamu görevlisi tarafından haksız kararların alınması veya uygulanmasını engellemeye çalışan 339'uncu maddesinde yer alan “*Hukukun İhlali Suçu*” konumuz hakimlerin cezai sorumluluğu ile ilgili hüküm içermediğinden açıklamalarımızı bu noktada sonlandırma mecburiyetindeyiz.

³⁵² SONAY EVİK, syf:87-88

³⁵³ İtalyan CK m.328: “*Kamu görevlisi veya kamu hizmetiyle görevlendirilen kişi adalet, kamu güvenliği veya kamu düzeni veya kamu sağlığı nedenlerinden ötürü geciktirilmeden yerine getirilmesi gereken bir işlemi (görevi) haksız olarak yapmayı reddederse, atı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*” (SONAY EVİK, syf:63)

³⁵⁴ SONAY EVİK, syf:66

Hekimin uygulama hatası neticesinde gerçekleşen yaralama veya öldürme eylemlerinden ötürü somut olayda değerlendirilen kasta veya taksire dayalı, illiyet bağının kesin olarak kurulabildiği³⁵⁵ eylemlerinden dolayı cezalandırılır. Bunun yanı sıra, hekim aynı zamanda bir kamu görevlisi olarak kabul edildiğinden yaptığı her türlü tıbbi girişimde tıp bilimi verilerine ve mesleki ilkelere bağlı kalarak, uygulanması gereken sürede müdahalede bulunması gerekir. Aksi halde hekim, hatalı uygulaması ile görevinin sahip olduğu gereklerine uygun davranmaması sebebiyle icrai veya ihmali davranışına göre görevi kötüye kullanma suçu bakımından da cezai sorumluluğun doğduğu kabul edilmektedir. Böyle bir durumda hekimin gerçekleştirmiş olduğu bir eylem ile birden fazla suçu işlendiğinden bahisle içtima hükümlerinin hangi şekilde uygulanacağı sorunsalı mevcuttur³⁵⁶. Hekimin eylemi başka bir suç tipine uygun³⁵⁷ ise, bu durumda hekim ayrıca görevi kötüye kullanma suçu bakımından sorumlu tutulamaz.

Yargıtay'ın 4.CD 05.05.2012 tarihli kararında; *"..Tıp bilimi ve mesleğinin gereklerine aykırı davranış kasta veya taksire dayalı olabilir. Hekimlerin tıp bilimi ve mesleğinin icrası sırasında dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranışları nedeniyle tedavi kusuruna yol açmaları taksirli sorumluluğa neden olur. Dolayısıyla, taksire dayalı bir tıbbi kusurla hastaya zarar veren hekimin eyleminin, kasıtlı bir suç olan görevi kötüye kullanma suçunu oluşturması mümkün olmayacağından, eylemin taksirle ölüme veya yaralamaya neden olma suçunu oluşturacağı düşünülmelidir.. Tıbbi kusur teşkil eden davranışın özen yükümlülüğüne aykırı şekilde bilgi eksikliği veya beceri hatasına dayanmayıp, hekimin bilinçli bir tercihi olması durumunda manevi unsurun kasta dayandığı düşünülür. Bu takdirde hastasına zarar veren veya ölümüne yol açan kamu görevlisi hekimin eylemi bir taraftan TCK'nın 257.maddesini ihlal ederken, diğer yandan kasten öldürme veya yaralama suçlarına ilişkin ceza normları ihlal edilmiş olur. Bu normlar çatışmasında, yardımcı norm*

³⁵⁵Y12.CD, E.2014/17445, K.2014/22084, T.6.11.2014; *".. kırıkların tespit edilememesinin eksiklik olduğu, ancak kişide tespit edilen travmatik değişimlerin ağırlıkları ve kişinin yaşı da dikkate alındığında zamanında tespit edilerek uygun tedavisinin başlanması durumunda da kişinin kurtarılmasının kesin olmadığı belirtilmesi karşısında, sanığın eylemi ile netice arasında illiyet bağının kesin bir şekilde kurulmadığı,.."*, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/12cd-2014-17445.htm> (Erişim Tarihi:14.01.2020)

³⁵⁶ GÖKCAN, syf:892

³⁵⁷ TCK m.257/1 hükmü gereğince m.94 (işkence), m.247 (zimmet), m.250 (irtikap), m.252 (rüşvet), m.255 (nüfuz ticareti), m.258 (göreve ilişkin sırrın saklanması), m.260 (kamu görevinin terki veya yapılmaması), m.257/2 kapsamında ise m.279 (kamu görevlisinin suçu bildirmemesi), m.251 (denetim görevinin ihmali), m.295/2 (muhafızın görevini kötüye kullanması) vb. gibi özel nitelikte bir hüküm varsa bu durumda eylemden ötürü faile m.257 kapsamında ceza verilemez. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, syf:1120-1121

olan TCK'nın 257.maddesi geriye çekilirken, fail, öne çıkan kasten yaralama veya öldürmeye ilişkin temel norm ile sorumlu tutulur.³⁵⁸”

Kamu görevlisi olan hekimin, görevinin gereklerine uygun hareket etmemesi halinde bir kişinin ölmesi veya yaralanması söz konusu ise, bu durumda ölüm veya yaralanma ile failinin görevinin gereğini yerine getirmemesi arasında nedensellik bağı kurulabiliyorsa fail kast veya taksirine göre öldürme veya yaralama suçları bakımından cezalandırılacaktır. Eğer nedensellik bağı kurulamıyor ise³⁵⁹, görevinin gereğini yerine getirmemesi sebebiyle suçun diğer unsurların da varlığı halinde genel hüküm olan m.257 kapsamında cezalandırılacaktır³⁶⁰.

Tüm bunların yanında, aynı suç işleme kararının mevcut olması durumunda aynı kişiye yönelik birden fazla görevi kötüye kullanma suçu işlendiğinde zincirleme suç hükümleri gündeme gelmektedir³⁶¹. TCK m.43/1 hükmüne göre, “„mağduru

³⁵⁸ Y4.CD, T.05.06.2012, E.2010/28606, K.2012/13900 (BAŞARAN, syf:106)

³⁵⁹ Y12.CD, 03.02.2016, E.2016/16654, K.2916/1147; “hastanın acil servise getirildiğinde ilgili uzman doktorla görüşüp tetkik ve tedavileri sağlamayan sanık Dr. V... C. ile Dr. A.. B.. kusurlu oldukları anlaşılmış ise de, ölümün takip ve tedavi eksikliğinden kaynaklandığının kesin olarak saptanmaması karşısında ölüm ile sanığın eylemi arasında uygun illiyet bağı bulunmadığı anlaşılmalı, sanığın hukuki durumunun TCK m.257/2.maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiğinin gözetilmemesi” sebebiyle bozmayı gerektirmiştir. Aynı yönde karara bkz. Y12.CD, 4.7.2019, E.2019/4586, K.2019/8136 <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/12cd-2019-4586.htm> (Erişim Tarihi:15.01.2020), Y12.CD, 14.11.2018, E.2017/2309, K.2018/10779 <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/12cd-2017-2309.htm> (Erişim Tarihi:15.01.2020), Y12.CD, 24.10.2018, E.2016/13037, K.2018/10136 <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/12cd-2016-13037.htm> (Erişim Tarihi:15.01.2020), Y12.CD, 10.01.2017, E.2015/15359, K.2017/147; “... zamanında çocuk hastalıkları konsültasyonu istenerek uygun tedavi başlanması durumunda da hastanın kurtarılmasının kesin olmadığı...” belirtilmesi karşısında, sanığın eylemi ile netice arasında illiyet bağının kesin bir şekilde kurulmadığı, bu nedenle sanığın taksirle öldürme suçundan sorumlu tutulamayacağı, ancak bahsedilen raporlar ve tüm dosya kapsamından sanığın üzerine düşen görevleri yerine getirmediği ve eyleminin TCK m.257/2. Maddesindeki görevi ihmal suçunu oluşturduğu gözetilmeksizin, yazılı şekilde taksirle öldürme suçundan mahkumiyetine karar verilmesi, kanuna aykırı olup...” (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, Erişim Tarihi: 5.03.2020)

³⁶⁰ Y4.CD, 1.11.2012, E.2011/4171, K.2012/22296; “..acil müdahale gerektiği halde özürsüz olarak hastanın bekletildiği olgusunun kabul edilmesi durumunda, tıbbi müdahalede özürsüz gecikmenin meslek kusuru olacağı ve yargılamada kusuru belirleme yetkisinin hakime ait bulunduğu gözetilerek...”(GÖKCAN, syf:895)

³⁶¹ ÖZEN, (Genel), syf:217; DEMİRBAŞ, syf:545; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, (Genel), syf:336; ÖZGENÇ/ÜZÜLMEZ, syf:137; ÖZGENÇ, syf:610; ALDEMİR, syf:909; KOCA/ÜZÜLMEZ, (Genel), syf:516; ÖZTÜRK/ERDEM, syf:387; AKBULUT, (Genel), syf:775; AKBULUT, syf: 312; YCGK E.2009/11-174, K.2010/92, T.27.4.2010; “.. sanık Dr. Y. B.'nin da yukarıda gösterildiği şekilde, A... Devlet Hastanesine hastalar muayene olmadığı halde özel muayenehanede muayene ederek, A... Devlet Hastanesinde muayene etmiş gibi işlemler yaptığı. Bu şekilde her iki sanığın görevini yasanın gösterdiği usul ve esaslara uymaksızın yapmak suretiyle, zincirleme bir şekilde, 765 Sayılı T.C.K.nın 240. maddesinde düzenlenen görevde yetkiyi kötüye kullanma suçunu işledikleri, bu davranışları ile, gerek normal prosedüre uymak suretiyle muayene sırası bekleyen diğer hastaların mağduriyetine, gerekse reçeteleri resmileştirmek suretiyle, sosyal güvenlik kuruluşlarınca ödenecek katkının ödenmesine sebep olmak suretiyle kamu zararına sebep oldukları, ayrıca, anlaşmalı optik firmalarına da haksız yarar sağladıkları sabit olduğundan eylem 5237 Sayılı T.C.K.nın 257/1. maddesi uyarınca da, görevi kötüye kullanma suçunu oluşturmaktadır.”, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/cgk-2009-11-174.htm> (Erişim Tarihi:14.01.2020)

belli bir kişi olmayan suçlarda da bu fıkra hükmü uygulanır.” denilmek suretiyle, kamu idaresinin güvenilirliğine ve işleyişine karşı suçlar başlığı altında düzenlenen m.257’de de zincirleme suç hükümleri uygulanabilir³⁶². Kamu görevlisinin bir kişiye karşı aynı suç işleme kararının icrası kapsamında değişik zamanlarda aynı suçu birden fazla işlenmesi halinde zincirleme suç hükümleri gereğince fail hakkında dörtte birinden dörtte üçüne kadar ağırlaştırılmış tek bir cezaya hükmedilir.

Suç, kamu idaresine yönelik işlendiğinden aynı suç işleme kararına dayanması halinde bireysel bir zarar ya da mağduriyet meydana gelse de zincirleme suç hükümleri uygulama alanı bulmaktadır³⁶³.

Ancak suçun, maddenin 1’inci ve 2’inci fıkrasında düzenlemeye yer verilen kişilerin mağduriyetine neden olunması suretiyle işlendiğinde mağdur olarak kişi bulunduğundan TCK m.43/1 uygulanması mümkün değildir. Bu gibi durumlarda, görevi kötüye kullanmaya ilişkin tek bir fiile birden fazla kişinin bir diğer ifade ile kişi ve kamu idaresinin mağduriyetine neden olduğundan TCK m.43/2 fikri içtima hükümleri uygulama bulabilmektedir³⁶⁴.

Görevi kötüye kullanma suçunun ihmali hareketlerle işlenmesi halinde görevin gereğini yapmakta ihmal veya gecikme gösterilmesi seçimlik hareketli suç olduğundan, ikisinin de gerçekleştiği bir eylemde fail tek bir suçtan dolayı cezalandırılır. Zincirleme suç hükümlerinin uygulanması için iki veya daha fazla kez işlenen suçun tipiklikte yer alan tek bir eylemle işlenme mecburiyeti bulunmamaktadır. Bir başka ifade ile, kamu görevlisi suçu ilk olarak birinci fıkra kapsamında, daha sonrasında ise ikinci fıkra kapsamında işlenmesi durumunda; kamu görevlisinin işlemiş olduğu bu suçlar bakımında da zincirleme suç hükümleri uygulanabilir haldedir³⁶⁵. Başka bir ihtimalde; fail bir suçunu birinci fıkra kapsamında görevin gereklerine aykırı davranışta bulursa bir diğer suçunu ise ihmal suretiyle görevi kötüye kullanma suçunu işlerse bu durumda her iki suç aynı suç işleme iradesine dayalı olsa bile gerçek içtima hükümleri gereği ayrı ayrı

³⁶² ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, syf:1137

³⁶³ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, syf:1122

³⁶⁴ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, syf:1137; ÖZALP/ÖZALP, syf:166; YOKUŞ SEVÜK, syf:414; SONAY EVİK, syf:89; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, syf:1123; ÖZEN, syf:668; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, syf:883; ÖZEN, (Genel), syf:242; DEMİRBAŞ, syf:553; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, (Genel), syf:342; ÖZGENÇ/ÜZÜLMEZ, syf:139; ÖZGENÇ, syf:628; ALDEMİR, syf:1055; KOCA/ÜZÜLMEZ, (Genel), syf:530; ÖZTÜRK/ERDEM, syf:395; AKBULUT, (Genel), syf:798; AKBULUT, syf: 319.

³⁶⁵ YOKUŞ SEVÜK, syf:439

cezalandırılacaktır. Yargıtay ise böyle bir durumda zincirleme suç hükümlerine yönelik inceleme yapmaksızın, fail hakkında bütün değerlendirmede bulunarak yalnızca icrai davranışla işlenen görevi kötüye kullanma suçu bakımından yaptırımını tayin etmiştir³⁶⁶.

II. GÖREVİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇUNUN BENZER SUÇ TIPLERİ İLE KARŞILAŞTIRMASI

A. ZİMMET SUÇU (TCK m.247)

Zimmet suçu, TCK'nın dördüncü kısım "*Millete ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükümler*", birinci bölüm "*Kamu İdaresinin Güvenirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar*" başlığı altında 247'inci maddesinde düzenlenmiştir³⁶⁷.

Zimmet suçu, içeriği itibariyle birden fazla hukuksal yararı korumayı amaçlayan bir suç tipidir. İlgili suç tipiyle bir yandan kamu görevlilerinin devlete olan bağlılıkları çerçevesinde işlemlerini gerçekleştirirken doğru, dürüst bir şekilde davrandıklarına ilişkin toplumun güven duygusu, diğer yandan ise, kamu idaresinin yürütülen işlemlerinin düzgün bir şekilde gerçekleşmesi ve devletin mali menfaatlerinin korunmaktadır. Düzenlendiği bölüm ve korunması hedeflenen değer bakımından görevi kötüye kullanma suçuyla benzerlik göstermektedir³⁶⁸.

Bunlarla birlikte, görevi kötüye kullanma suçunda olduğu gibi, zimmet suçu da özgü bir suç niteliği taşıması nedeniyle failinin kamu görevlisi olması gerekmektedir, iştirak hükümleri aynen bu suç tipinde de geçerlidir³⁶⁹.

³⁶⁶ Y5.CD, T.23.06.2018, E.2014/6749, K.2016/6698 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, Erişim Tarihi: 19.08.2020)

³⁶⁷ "Zimmet- Madde 247

(1) Görevi nedeniyle zilyedliği kendisine devredilmiş olan veya koruma ve gözetimiyle yükümlü olduğu malı kendisinin veya başkasının zimmetine geçiren kamu görevlisi, beş yıldan oniki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Suçun, zimmetin açığa çıkmamasını sağlamaya yönelik hileli davranışlarla işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır.

(3) Zimmet suçunun, malın geçici bir süre kullanıldıktan sonra iade edilmek üzere işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranına kadar indirilebilir."

³⁶⁸ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, syf:1123; ÖZEN, syf:855; ARTUK/GÖKÇEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, syf:903; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ, syf:1047; YOKUŞ SEVÜK, syf:444; KOCA/ÜZÜLMEZ, syf:879; SOYASLAN, syf:678; BAŞARAN, syf:108; MERAN, syf:44;

³⁶⁹ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, syf:1124; ÖZEN, syf:857; ARTUK/GÖKÇEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, syf:908; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ, syf:1050; YOKUŞ SEVÜK, syf:444; MERAN, syf:45; KOCA/ÜZÜLMEZ, syf:880; SOYASLAN, syf:673; SONAY EVİK, syf:227-228; YURTCAN, Erdener; "Yargıtay Kararları Işığında Rüşvet – Zimmet –

Suçun maddi unsuru, kamu görevlisinin görevi nedeniyle zilyetliği kendisine devredilmiş olan veya koruma ve gözetimiyle yükümlü olduğu malın kendisinin veya başkasının zimmetine geçirilmesi olarak öngörülmüştür³⁷⁰.

Görevi kötüye kullanma suçuyla ile kıyaslandığında; bu suç tipinde kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı davranması nedeniyle kişilerin mağduriyetine veya kamu zararına neden olma ya da başkasına haksız bir menfaat sağlanması suretiyle suçun oluştuğu öngörülmekteydi. Bu durumda daha önceden de açıkladığımız kanun maddesinde belirtilen neticelerin suçun maddi unsuru mu yoksa objektif cezalandırma şartı mı olarak kabulüne göre zimmet suçuyla benzerlik ve farklılıklar ortaya çıkacaktır.

Zarar neticelerinin, maddi unsuru olduğu kabul edilirse, bu durumda suçun unsurlarından olan başkasına veya kendisine haksız bir menfaat sağlanması neticesinde kişilerin mağduriyetine ve dolayısıyla kamunun ekonomik olarak zararına neden olacağından, zimmet suçuyla büyük bir benzerlik göstermektedir. Ancak zarar neticelerinin objektif cezalandırma şartı olarak kabul edilmesi halinde, bu neticelerin sadece kamu görevlisi tarafından yapılan haksızlığın cezalandırılması boyutuyla ilgilenildiğinden ve suçun maddi unsurunun görevin gereklerine aykırılık göstermesi kabul edildiğinden, yapılan geneli kapsayacak hareket tanımlaması nedeniyle zimmet suçuyla daha az ölçüde benzerlik gösterecektir.

Zimmet suçunda suçun tamamlanma anı, kamu görevlisinin görevi nedeniyle kendine devredilmiş olan malı kendisinin veya başkasının zimmetine geçirmesiyle birlikte gerçekleşmektedir. Zimmetine geçirmeden anlaşılması gereken, mal olarak ifade edilen ekonomik değer üzerinde fiziki bir teslimiyetin gerçekleşmesinin zorunlu olması, failin fiili egemenliğine girmiş olmasıyla birlikte o mal üzerinde malikin bulunabileceği tasarruflarda bulunulmasıdır. Bu sebeple; zimmete konu değer failin veya üçüncü bir kişinin malvarlığına intikal ettiği an suç tamamlanmış olur³⁷¹.

İrtikap – Görevi Kötüye Kullanma Öteki Kamu Yönetimine Karşı Suçlar” Seçkin Yayıncılık, 3.bası, Ocak, Ankara, 2020, syf:13

³⁷⁰ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, syf:904; ÖZEN, syf:886-871; SOYASLAN, syf:679; KOCA/ÜZÜLMEZ, syf:887; YOKUŞ SEVÜK, syf:446; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, syf:1056; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, syf:1129; YURTCAN, syf:14; BAŞARAN, syf:109; MERAN, syf:48

³⁷¹ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, syf:919; ÖZEN, syf:871; SOYASLAN, syf:680; KOCA/ÜZÜLMEZ, syf:896; YOKUŞ SEVÜK, syf:466; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, syf:1067; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, syf:1150; YURTCAN, syf:14; MERAN, syf:51

Salt hareket suçu olan zimmet suçuna teşebbüsün elverişli olduğu kabul edilmekle birlikte somut olayda icraya başlama anının belirlenmesinde güçlük yaşanmaktadır.

Görevi kötüye kullanma suçunun tamamlanma anının belirlenmesinde, zararlı neticelerin maddi unsur veya objektif cezalandırma şartının kabulüne göre farklılık göstermektedir. Maddi unsur olarak kabul eden görüşe göre, suç kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olma ya da başkasına haksız menfaat sağlanmasının gerçekleşmesiyle birlikte tamamlanmıştır. Bu zararlı neticelerin ortaya çıkmaması ancak kamu görevlisi tarafından görevin gereklerine aykırı hareketin gerçekleştirilmesi ile birlikte suçun teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilmektedir. Zararlı neticeleri objektif cezalandırma şartı olarak kabul eden görüşe göre ise, suç kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı davranışıyla ortaya bir haksızlık çıkmaktadır. Ancak bu haksızlığın cezalandırılabilmesi için söz konusu zararlı neticelerin ortaya çıkmasıyla birlikte yapılan bu haksızlığın hukuk düzeni tarafından cezalandırılabilir olduğu savunulmaktadır. Dolayısıyla objektif cezalandırma şartı içeren suç tiplerinde suçun teşebbüse elverişli olmadığı belirtilmektedir.

Her iki suç tipinin de maddi unsurunu oluşturan hareket “*icrai*” olabileceği gibi “*ihmali*” bir davranışın işlenmesi suretiyle de kasten gerçekleşebilmektedir. Hareketin *icrai* ya da *ihmali* davranışla gerçekleştirilmesi suçun ceza miktarı hakkında önem taşımaktadır³⁷².

Tartışmalı olan bir nokta ise; kamu görevlisinin görevi nedeniyle zilyedi olduğu malı, malın zilyetliğin devrediliş amacından başka ancak kamu idaresinin amaçları doğrultusunda kullanılması durumunda kamu görevlisi tarafından gerçekleştirilen eylem zimmet suçunu mu yoksa görevi kötüye kullanma suçunu mu oluşturacağı yönündedir. Bir görüşe göre³⁷³ malın, amacı dışında gerçekleştirilen zilyedliğin devrine yönelik her hareket zimmet suçunu oluşturmaktadır. Bir diğer görüşe göre ise, her ne kadar amacı dışında kullanılsa da nihayetinde kamu idaresinin amaçları çerçevesinde kamu yararına hizmet amacıyla kullanıldığından kamu görevlisi tarafından gerçekleştirilen bu eylem zimmet suçunu oluşturmayacaktır. Zira zimmet suçunda aranan, zimmete geçirme bilinç ve isteğiyle gerçekleşmediğinden

³⁷² ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, syf:917; ÖZEN, syf:874; SOYASLAN, syf:680; KOCA/ÜZÜLMEZ, syf:892; YOKUŞ SEVÜK, syf:457; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, syf:1066; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, syf:1147; BAŞARAN, syf:109; MERAN, syf:63

³⁷³ KOCA/ÜZÜLMEZ, syf:892

zimmet suçunun maddi ve manevi unsurları oluşmamaktadır. Bu durumda ancak görevi kötüye kullanma suçu oluşabilir³⁷⁴.

Zimmet suçu ile görevi kötüye kullanma suçu arasında özel hüküm-genel hüküm ilişkisi bulunmaktadır. Bu sebeple kanunda ayrıca suç tipine uymaması suretiyle genel, tali, tamamlayıcı bir norm tipine sahip olan görevi kötüye kullanma suçu; failin hareketinin zimmet suçu kapsamında cezalandırılabilir olması durumunda ayrıca m.257'den cezalandırılmayacaktır³⁷⁵.

B. İRTİKAP SUÇU (TCK M.250)

İrtikap suçu, TCK'nın dördüncü kısım "*Millete ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükümler*", birinci bölüm "*Kamu İdaresinin Güvenirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar*" başlığı altında 250'inci maddesinde düzenlenmiştir³⁷⁶.

Bu suç tipiyle birlikte kamu görevlisinin sahip olduğu konumdan meşru olmayan bir biçimde yararlanılması suretiyle kamu idaresiyle ilişkisi olanlardan haksız yarar sağlanmasının veya vaad edilmesinin cezalandırılmasıdır. Görevi kötüye kullanma suçunda olduğu gibi bu suç tipinde de korunan hukuksal değer; kamu idaresinin dürüstlük, tarafsızlık içerisinde işleyişine toplumun olan güveni ve bir yönden de bireyin karar verme özgürlüğüdür³⁷⁷.

³⁷⁴ SONAY EVİK, syf:228

³⁷⁵ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, syf:920; ÖZEN, syf:875; SOYASLAN, syf:682; KOCA/ÜZÜLMEZ, syf:897; YOKUŞ SEVÜK, syf:469; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, syf:1069; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, syf:1151; BAŞARAN, syf:110; MERAN, syf:64

³⁷⁶ "*İrtikap- Madde 250 (Değişik: 2/7/2012-6352/86 md.)*

(1) Görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle kendisine veya başkasına yarar sağlanmasına veya bu yolda vaatte bulunulmasına bir kimseyi icbar eden kamu görevlisi, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Kamu görevlisinin haksız tutum ve davranışları karşısında, kişinin haklı bir işinin gereği gibi, hiç veya en azından vaktinde görülmeyeceği endişesiyle, kendisini mecbur hissederek, kamu görevlisine veya yönlendireceği kişiye menfaat temin etmiş olması halinde, icbarın varlığı kabul edilir.

(2) Görevinin sağladığı güveni kötüye kullanmak suretiyle gerçekleştirdiği hileli davranışlarla, kendisine veya başkasına yarar sağlanmasına veya bu yolda vaatte bulunulmasına bir kimseyi ikna eden kamu görevlisi, üç yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(3) İkinci fıkrafta tanımlanan suçun kişinin hatasından yararlanarak işlenmiş olması halinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(4) (Ek: 2/7/2012-6352/86 md.) İrtikap edilen menfaatin değeri ve mağdurun ekonomik durumu göz önünde bulundurularak, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarısına kadar indirilebilir."

³⁷⁷ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, syf:952; ÖZEN, syf:890; KOCA/ÜZÜLMEZ, syf:904; YOKUŞ SEVÜK, syf:475; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, syf:1073; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, syf:1153; HAKERİ, syf:568; MERAN, syf:238

Özgü suç niteliğine sahip olması nedeniyle irtikap suçu ancak kamu görevlisi tarafından işlenebilir, suça iştirak edilmesi halinde görevi kötüye kullanma suçunda belirtilen hususlar aynen burada da geçerliliğini korumaktadır³⁷⁸.

İcbar (zorlama), ikna veya hatadan yararlanmak suretiyle irtikap suçu olmak üzere üç türü kanun maddesinde öngörülmüştür. Bir başka ifadeyle, bu suç; kamu görevlisinin görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanarak, görevi sebebiyle muhatap olduğu bir kimseyi kendisine veya başkasına yarar sağlamaya veya bu yolla vaatte bulunmaya icbar etmesi (iradesini zorlaması) veya görevinin sağladığı güveni kötüye kullanarak gerçekleştirdiği hileli davranışlarla kendisine veya başkasına yarar sağlamaya veya bu yolla vaatte bulunmaya ikna etmesi veya kişinin hatasından yararlanarak haksız menfaat sağlaması şeklinde işlenebilir³⁷⁹.

Görevi kötüye kullanma suçu ise, kamu görevlisi tarafından görevin gereklerine aykırı davranmak veya görevini ihmal etmek veya geciktirmek suretiyle işlenebilmesi olmak üzere iki türü belirtilmiştir.

İrtikabın en ağır türü olan; icbar ederek yarar sağlanması iradeyi bozan bir nedendir. İrtikap suçunun icbar suretiyle işlenmesi durumunda, kamu görevlisi, haksız bir yarar elde etmek için sahip olduğu nüfuzu, mağdurun iradesini baskı altında tutmaya elverişli³⁸⁰, doğrudan veya dolaylı zorlayıcı, istenen yararın sağlanmaması durumunda bundan kurtulmanın mümkün olmayacağını belirten herhangi bir hareketi ile bu suçu işleyebilmektedir. Yani kamu görevlisi, görevinin kendisine tanıdığı yetki ve olanakların neticesinde sahip olduğu güç ve etkinliği, görevin gereklerine aykırı davranarak elde edebileceği gibi görevine uygun hareket edebilmek için muhataptan haksız yarar elde etme amacıyla nüfuzun kötüye kullanarak işlemektedir³⁸¹.

YCGK'nın 28.02.2012 tarihli kararında; *"..Suç tarihi itibarıyla Çorum Devlet Hastanesinde genel cerrahi uzmanı olarak çalışan sanık, müştekinin eşi olan C..1 ameliyat ettikten sonra suça konu parayı istemesi karşısında; suç konusu eylemde*

³⁷⁸ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, syf:963; ÖZEN, syf:894; KOCA/ÜZÜLMEZ, syf:905; YOKUŞ SEVÜK, syf:475; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, syf:1076; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, syf:1154; MERAN, syf:238

³⁷⁹ SONAY EVİK, syf:232, YURTCAN, syf:55; MERAN, syf:240

³⁸⁰ "Hekimin, hastanede yapılacak bir ameliyatın yapılamayacağını ileri sürerek para karşılığı özel hastanede gerçekleştirmesi durumunda zorlama belirli bir yoğunluğa ulaşmadığında, icbar suretiyle irtikap suçu değil, görevi kötüye kullanma suçunun olduğu kabul edilmiştir." (HAKERİ, syf:570)

³⁸¹ SONAY EVİK, syf:232-233, YURTCAN, syf:55

manevi cebir unsuru gerçekleşmediğinden sanığın eyleminin cebri irtikap suçunu oluşturmadığı v eylemin yapması gereken işi yapmak için menfaat temin etmek yolu ile görevi kötüye kullanma suçunu oluşturduğuna..” belirterek muhatabın söz konusu yararın sağlanması veya vaade bulunulmasına ilişkin kurtulmanın mümkün olmadığına yönelik zorlayıcı bir baskı altında kalmadığından, sağladığı menfaat neticesinde hekimin cebir suretiyle irtikap suçu yerine görevi kötüye kullanma suçuna göre cezalandırılması gerektiği belirtilmiştir³⁸².

İrtikabın ikinci türü olan görevin sağladığı güvenin kötüye kullanılmasıyla yarar sağlanmasıyla muhatap hileli davranışlar neticesinde faile veya üçüncü kişiye yarar sağlamaya ya da vaad etmeye ikna edilmelidir³⁸³. Muhatap, kamu görevlisinin istediği yararı sağlamadığı veya vaad de bulunulmadığı sürece kendisinin işinin yapılmayacağı izlenimine sahip olmalıdır. Burada fail, icbar suretiyle irtikaba oranla daha aldatıcı bir tavır sergilemiştir. İcbar da olduğu gibi açık bir irade ile onu zorlamamış, muhatabı kandırarak onun iradesini bozmuştur. Hilenin varlığı tespit edilirken; olayın oluş biçimi, kamu görevlisinin pozisyonu, görev alanı, muhatabın içinde bulunduğu durum, işin sonuçlanmasının aciliyet durumu, muhatabın eğitim düzeyi gibi olaydaki tüm etkenler dikkat alınmalıdır³⁸⁴.

Hatadan yararlanarak işlenen irtikap suçu ise, en hafif ceza alan türüdür. Muhatap burada da failin hareketlerinden ötürü iradesinin bozulması sonucu hataya düşmektedir. Hatanın varlığı somut durumlar ve olayın cereyanı dikkate alınarak tespit edilecektir. Fakat burada önemli olan husus; muhatabın bilgi eksikliği veya yanlış değerlendirmesi neticesinde hataya düşmesi durumunda söz konusu suç işlenmemiş olacaktır. Suçun oluşabilmesi için; failin hareketlerinin neticesinde muhatabın iradesinin bozulması ve muhatabın hataya düşmesi sebebiyle faile veya başka bir kişiye yarar sağlama veya vaade bulunulması gerekmektedir³⁸⁵.

İrtikap suçunun neticesi; icbar, ikna veya hata dayalı seçimlik hareketler neticesinde yararın sağlanması veya vaatte bulunulmuş olması gerekirken, görevi

³⁸² YURTCAN, syf:100, BAŞARAN, syf:110

³⁸³ “Gebelik döneminde, karnında oluşan varislerin en geç emzirme dönemi sonunda geçeceğini bilmesine rağmen, hekimin hastayı aydınlatmayıp bu varislerin mutlaka tedavi edilmesi, tedavi için de anjiyo yapılması, anjiyo gideri olarak bir miktar para gerektiği gerekçesiyle hastadan para alınması ikna suretiyle irtikap suçuna örnek olarak gösterilebilir.” (HAKERİ, syf:570)

³⁸⁴ HAKERİ, syf:570, YURTCAN, syf:58

³⁸⁵ YURTCAN, syf:58

kötüye kullanma suçunun neticesinde; kamunun zarara uğraması, kişilerin mağdur olması veya kişilere haksız menfaat sağlanması gerekmektedir.

Görevi kötüye kullanma suçunda ise failin mevzuat hükümleri gereğince kendine yükletilen görevin gereklerine aykırı hareket etmesi, ihmal etmesi veya geciktirmesi gerekmektedir. Aksi halde; görevin gereklerine uygun hareket etmesi görevi kötüye kullanma suçunu oluşturmamaktadır. 6352 sayılı kanun değişikliği ile birlikte görevi kötüye kullanma suçunun 3'üncü fıkrasını düzenleyen hükümle yürürlükten kaldırılmıştır. Zira kamu görevlisinin görevinin gereğini yerine getirmesi gereken bir işi yerine getirmesi sonucu menfaat elde etmesi durumunda failin hareketi m.257/3 kapsamında kaldığından, suçun cezalandırılması bakımında caydırıcılık uygulama da yeterli gelmemekteydi. Yapılan değişiklikle birlikte kamu görevlisinin görevinin gereğini yapması neticesinde bir menfaat edinmesi durumunda özelliklerine göre ya rüşvet suçuna ya da irtikap suçuna konu olacaktır. Eğer kamu görevlisi davranışlarıyla karşı tarafın kendisine veya başkasına menfaat sağlamasına mecbur hissetmişse bu durumda rüşvet suçu değil, icbar boyutuyla işlenen irtikap suçundan dolayı cezalandırılacaktır³⁸⁶.

İrtikap suçunda da, görevin kötüye kullanılması suçunda olduğu gibi kamu görevlisinin görev ve yetki alanına giren bir işi yaparken veya o işi yapabilecek yetkiye sahipken bu suç işlenebilmektedir. Eğer irtikap suçu işlenirken; icbar veya ikna konusu kamu görevlisinin görevine girmiyorsa bu durumda; kamu görevinin usulsüz üstlenilmesi (TCK m.262) veya nüfuz ticareti (TCK m.255) veya dolandırıcılık (TCK m.157-158) suçu oluşabilir³⁸⁷.

İrtikap suçunun tamamlanma anı; icbar, ikna veya düşülen hata sonucu kamu görevlisine bir yarar sağlanmış olması veya bu yararın vaad edilmiş olması gerekmektedir. Eğer kamu görevlisine sağlanan yarar veya vaad öncesinde yapılan icbar, ikna veya düşülen hata sonucu elde edilmiyorsa bu durumda failin hareketleri görevi kötüye kullanma suçu kapsamında cezalandırılacaktır. Ayrıca irtikap suçunda kendisine veya üçüncü kişiye sağlanan yarar maddi olabileceği gibi manevi de olabilir³⁸⁸. Bununla birlikte kanun koyucu yarar vaadinde bulunmaya mecbur

³⁸⁶ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, syf:952, ÖZEN, syf:896-910, KOCA/ÜZÜLMEZ, syf:906, YOKUŞ SEVÜK, syf:478, ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, syf:1077, TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, syf:1155

³⁸⁷ SONAY EVİK, syf:233; MERAN, syf:249

³⁸⁸ YURTCAN, syf:56; MERAN, syf:248

bırakmayı da cezalandırmıştır. Zira söz konusu yarar olayın yaşandığı tarihte değil, daha sonra sağlanmış olabilir.

Suçun tamamlanması için vaadin yerine getirilmesi gibi bir mecburiyet bulunmamaktadır. Bu sebeple icbar veya ikna suretiyle irtikap hareket neticeden ayrılabilirdi için suçun teşebbüse elverişli bir suç tipi olduğu ifade edilmektedir³⁸⁹. Görevi kötüye kullanma suçunun tamamlanma anı ile teşebbüs hükümleri bakımından yaptığımız açıklamalar burada da geçerliliğini korumaktadır.

Zimmet ve görevi kötüye kullanma suçlarında olduğu gibi bu suç tipi de fail tarafından kasten işlenebilen bir suç olarak öngörülmüştür³⁹⁰.

Son olarak failin hareketlerinin irtikap suçu kapsamında kaldığının tespiti üzerine ayrıca görevi kötüye kullanma suçundan cezalandırması söz konusu olmayacaktır³⁹¹.

C. DENETİM GÖREVİNİN İHMALİ (TCK m.251)

Denetim görevinin ihmali suçunun kamu görevlisi tarafından işlenmesi, TCK'nın üçüncü kısım "*Topluma Karşı Suçlar*", dördüncü bölüm "*Kamu Güvenine Karşı Suçlar*" başlığı altında 251'inci maddesinde düzenlenmiştir³⁹².

Denetim görevi bulunan kamu görevlisinin, yapması gereken denetim görevini kasten yapmaması ile neticesinde zimmet veya irtikap suçunun işlenmesine imkan sağlaması, ihmal suretiyle görevi kötüye kullanma suçunun özel bir şeklini oluşturmaktadır. Denetim görevi; mevcut yasalar doğrultusunda sahip olduğu görev ve yetki kapsamında belirlenecektir³⁹³.

³⁸⁹ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, syf:967, ÖZEN, syf:913, KOCA/ÜZÜLMEZ, syf:918, YOKUŞ SEVÜK, syf:503, ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, syf:1089, TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, syf:1169

³⁹⁰ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, syf:966, ÖZEN, syf:723, KOCA/ÜZÜLMEZ, syf:913, YOKUŞ SEVÜK, syf:502, ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, syf:1088, TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, syf:1168; MERAN, syf:248

³⁹¹ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, syf:969, ÖZEN, syf:728, KOCA/ÜZÜLMEZ, syf:918, YOKUŞ SEVÜK, syf:505, ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, syf:1091, TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, syf:1169

³⁹² Denetim görevinin ihmali Madde 251-

(1) Zimmet veya irtikap suçunun işlenmesine kasten göz yuman denetimle yükümlü kamu görevlisi, işlenen suçun müşterek faili olarak sorumlu tutulur.

(2) Denetim görevini ihmal ederek, zimmet veya irtikap suçunun işlenmesine imkan sağlayan kamu görevlisi, üç aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

³⁹³ YURTCAN, syf:169

Söz konusu denetim görevinin ihmali; bu görevin hiç yapılmaması şeklinde olabileceği gibi zamanında yapılmaması veya gerektiği şekilde denetimin yapılmaması yoluyla da işlenebilmektedir³⁹⁴. Bir başka ifadeyle; denetim yapmakla görevli olan kişi denetim görevini ihmal etmeseydi, zimmet veya irtikap suçunun işlenmesinin mümkün olmaması gerekmektedir.

Suçun oluştuğunun kabulü için denetim görevini yapmakla yükümlendirilen kamu görevlisinin, yükümlendirildiği denetim görevinin hiç yapılmaması, zamanında yapılmaması, gerektiği gibi yapılmaması şeklinde gerçekleşen hareketi neticesinde denetimi altında bulunana kişinin işlemiş olduğu zimmet veya irtikap suçu arasında nedensellik bağının da kurulması gerekmektedir. Zira failin yapmaması gereken denetimi yapmamasının sağladığı kolaylıktan faydalanılarak başka bir kamu görevlisi tarafından zimmet veya irtikap suçunun işlenmesi gerekiyor. Eğer denetimle yükümlendirilen kişinin üzerine düşen görevi ortalama insandan beklenen ölçüde dikkat ve özene uygun bir şekilde yapılmasına rağmen zimmet veya irtikap suçunun ustalıkla gizlenerek gerçekleştirilmesi durumunda denetim görevinin ihmali suçu işlenmiş kabul edilmemektedir³⁹⁵.

Bu suçun oluşabilmesi için bir diğer gerekli olan unsur ise denetim görevinin ihmali neticesinde zimmet veya irtikap suçunun da işlenmiş olması gerekmektedir. Aksi halde denetim görevini ihmal eden kamu görevlisi hakkında bu suçtan ötürü cezai sorumluluğu yerine, genel hüküm olan m.257/2 fıkrası gereğince ihmal suretiyle görevin kötüye kullanılması suçundan ötürü cezalandırılması gerekmektedir.

Suç; icrai veya ihmali surette olacak şekilde iki farklı şekilde işlenebilir³⁹⁶. Eğer suç; zimmet veya irtikap suçunun işlenmesine kasten³⁹⁷ göz yumulması şeklinde işlenirse, bu durumda kamu görevlisi işlenen suçun müşterek faili olarak sorumlu tutulmaktadır³⁹⁸.

³⁹⁴ MERAN, syf:301

³⁹⁵ SONAY EVİK, syf:229

³⁹⁶ MERAN, syf:301

³⁹⁷ YURTCAN, syf:167; MERAN, syf:303

³⁹⁸ MERAN, syf:303

D. RÜŞVET SUÇU (TCK m.252)

Rüşvet suçu, TCK'nın dördüncü kısım "*Millete ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükümler*", birinci bölüm "*Kamu İdaresinin Güvenirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar*" başlığı altında 252'inci maddesinde düzenlenmiştir³⁹⁹.

Rüşvet suçu, kamu görevlisi ile varılan anlaşma çerçevesinde kamu görevlisinin görevine giren bir işin yapılması ya da yapılmaması karşılığında haksız bir yarar elde edilmesidir⁴⁰⁰.

Rüşvet suçunda korunan hukuksal yarar çok yönlüdür. Zira kamu görevlisinin bir menfaat alması karşılığında vatandaşın devlete olan güven duygusunu, devletin kendi memurunun kanuna ve kamu idaresine olan sadakatini, toplumun ise eşit muamele göreceğine olan inancını korumayı dolayısıyla kamu hizmetinin satın

³⁹⁹ Rüşvet Madde 252- (Değişik: 2/7/2012-6352/87 md.)

(1) Görevinin ifasıyla ilgili bir işi yapması veya yapmaması için, doğrudan veya aracılar vasıtasıyla, bir kamu görevlisine veya göstereceği bir başka kişiye menfaat sağlayan kişi, dört yıldan oniki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Görevinin ifasıyla ilgili bir işi yapması veya yapmaması için, doğrudan veya aracılar vasıtasıyla, kendisine veya göstereceği bir başka kişiye menfaat sağlayan kamu görevlisi de birinci fıkrada belirtilen ceza ile cezalandırılır.

(3) Rüşvet konusunda anlaşmaya varılması halinde, suç tamamlanmış gibi cezaya hükmolunur.

(4) Kamu görevlisinin rüşvet talebinde bulunması ve fakat bunun kişi tarafından kabul edilmemesi ya da kişinin kamu görevlisine menfaat temini konusunda teklif veya vaatte bulunması ve fakat bunun kamu görevlisi tarafından kabul edilmemesi hâllerinde fail hakkında, birinci ve ikinci fıkra hükümlerine göre verilecek ceza yarı oranında indirilir.

(5) Rüşvet teklif veya talebinin karşı tarafa iletilmesi, rüşvet anlaşmasının sağlanması veya rüşvetin temini hususlarında aracılık eden kişi, kamu görevlisi sıfatını taşıyıp taşımadığına bakılmaksızın, müşterek fail olarak cezalandırılır.

(6) Rüşvet ilişkisinde dolaylı olarak kendisine menfaat sağlanan üçüncü kişi veya tüzel kişinin menfaati kabul eden yetkilisi, kamu görevlisi sıfatını taşıyıp taşımadığına bakılmaksızın, müşterek fail olarak cezalandırılır.

(7) Rüşvet alan veya talebinde bulunan ya da bu konuda anlaşmaya varan kişinin; yargı görevi yapan, hakem, bilirkişi, noter veya yeminli mali müşavir olması halinde, verilecek ceza üçte birden yarısına kadar artırılır.

(8) Bu madde hükümleri; a) Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, b) Kamu kurum veya kuruluşlarının ya da kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının iştirakiyle kurulmuş şirketler, c) Kamu kurum veya kuruluşlarının ya da kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar, d) Kamu yararına çalışan dernekler, e) Kooperatifler, f) Halka açık anonim şirketler, adına hareket eden kişilere, kamu görevlisi sıfatını taşıyıp taşımadıklarına bakılmaksızın, görevlerinin ifasıyla ilgili bir işin yapılması veya yapılmaması amacıyla doğrudan veya aracılar vasıtasıyla, menfaat temin, teklif veya vaat edilmesi; bu kişiler tarafından talep veya kabul edilmesi; bunlara aracılık edilmesi; bu ilişki dolayısıyla bir başkasına menfaat temin edilmesi halinde de uygulanır.

⁴⁰⁰ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, syf:982, ÖZEN, syf:925, ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, syf:1096, TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, syf:1176, BAŞARAN, syf:112, HAKERİ, syf:574; DOĞAN, Koray, "Rüşvet Suçunda Yapısal Değişim", Ankara Üniversitesi Yayınları, No:459, Prof. Dr. Nevzat TOROSLU'ya Armağan, Cilt I, Ankara, 2015., syf:340; MERAN, syf:312

alınmazlığı ilkesinden⁴⁰¹ yola çıkılarak, bu suç tipini düzenleyerek sağlayamaya çalışılmıştır⁴⁰².

Rüşvet; basit ve nitelikli rüşvet olmak üzere iki ayrı suç tipi olarak öngörülmüştür. Basit rüşvet; kamu görevlisine görevinin gereklerine göre yapması gereken bir işi yapması veya yapmaması gereken bir işi yapmaması için haksız bir menfaatin sağlanması şeklinde tanımlanabilir⁴⁰³. Nitelikli rüşvet ise; kamu görevlisinin görevi gereği yapması gereken bir işi yapmaması veya yapmaması gereken bir işi yapması için haksız bir menfaatin sağlanmasıdır⁴⁰⁴. Görevi kötüye kullanma suçu ise iki fıkarda düzenlendiği şekilde icrai veya ihmali davranışla işlenmesi hali olmak üzere iki farklı tipte düzenlenmiştir.

Rüşvet suçuna ilişkin 765 sayılı TCK m.211'de yer alan düzenlemeye göre; basit rüşvet ve nitelikli rüşvet olmak üzere iki ayrı tipte düzenlenmiştir. 5237 sayılı kanunun kabul edilmesiyle birlikte basit rüşvet suçu TCK m.257/3 kapsamında çıkar sağlama suretiyle görevi kötüye kullanma suçu olarak cezalandırılma politikası değiştirilmiştir. Aynı kanunun 252'inci maddesi çerçevesinde yalnızca nitelikli rüşvet suçunun cezalandırılmasına ilişkin tasnifleme yapılmıştır. Fakat 5.07.2012 tarihinde 6352 sayılı kanun ile yapılan değişiklikle⁴⁰⁵ birlikte TCK'nın 257'inci maddesinin üçüncü fıkrası yürürlükten kaldırılmış, basit rüşvet suçu eski düzenlemede olduğu gibi TCK m.252 kapsamına dahil edilmiştir.

Yapılan son değişiklikle birlikte; basit veya nitelikli rüşvet suç ayırımı yapılmaksızın haksızlığa karşı öngörülen ceza miktarı dört ila oniki yıl arasında değişecek bir aralığa çıkartılmıştır.

Ceza miktarının artmasının yanı sıra, suça ilişkin muhakeme kuralları bakımından bir değişikliğe yol açmıştır. Zira görevi kötüye kullanma suçu kapsamında kamu görevlisi hakkında soruşturmanın yürütülmesi 4483 sayılı kanun kapsamında izin şartına bağlı iken; rüşvet suçu kapsamında olan eylemlere ilişkin

⁴⁰¹ DOĞAN, syf:337

⁴⁰² ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, syf:982, ÖZEN, syf:928, ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, syf:1096, TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, syf:1176, BAŞARAN, syf:112, HAKERİ, syf:574; DOĞAN, syf:340; MERAN, syf:312

⁴⁰³ DOĞAN, syf:342; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, syf:989, ÖZEN, syf:932, ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, syf:1098, TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, syf:1177, YURTCAN, syf:173.

⁴⁰⁴ DOĞAN, syf:343; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, syf:990, ÖZEN, syf:946, ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, syf:1100, TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, syf:1177, YURTCAN, syf:174; MERAN, syf:315

⁴⁰⁵ 02.07.2012 gün ve 6352 sayılı Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun, RG. 05.07.2012, 28344.

özel bir düzenleme olan 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzlukla Mücadele Kanunu kapsamında kamu görevlisi hakkında izin şartına bağlı olmaksızın Cumhuriyet savcılığı bakımından doğrudan soruşturma açılabilir bir hale gelmiştir⁴⁰⁶.

Suçun faili bakımından, rüşvet suçu çok failli bir suç olup, m.252/8 fıkrasında düzenlenen hususlar hariç olmak üzere, rüşvet alan kişinin TCK m.6/1-c kapsamına giren kamu görevlisi olması gerekmektedir⁴⁰⁷. Görevi kötüye kullanma suçunda fail sadece görevin gereklerine aykırılık yapan kamu görevlisi olduğundan tek bir kişi tarafından da işlenebilmektedir.

Rüşvet suçunun maddi unsurunu; alan kişi bakımından rüşvet alma, veren kişi bakımından ise rüşvet verme oluşturmaktadır. Suçun tamamlanma anı ise; rüşvette yönelik tarafların sağlıklı iradelerine uygun olarak anlaşmaya varması ile gerçekleşmektedir. Dolayısıyla rüşvet anlaşmasına yönelik girişimler yapıldığı halde engel bir durumun ortaya çıkması veya teklifin kabul edilmemiş olması durumunda suç teşebbüs aşamasında kalır⁴⁰⁸. Teşebbüs hükümlerine ilişkin ceza tayini bakımından ise; m.252/4 fıkrasında özel bir düzenlemeye yer verildiğinden TCK m.35 hükümleri yerine madde fıkrasında açıkça belirtildiği üzere, ceza miktarı yarı oranında indirilecektir⁴⁰⁹.

Görevi kötüye kullanma suçunda olduğu gibi, rüşvet suçu da kasten işlenebilen bir suç tipidir. Dolayısıyla bir taraftan kamu görevlisinin bir işin yapılması ya da yapılmamasına yönelik yarar veya vaad edindiğini bilmesinin yanı sıra rüşvet veren kişi bakımından yarar sağlamaya veya vaadde bulunma eyleminin bir anlaşmaya dayalı olarak gerçekleştiğinin nihayetinde rüşvet önerisini serbest iradesiyle kabul etmesi gerekmektedir⁴¹⁰.

Rüşvet anlaşması çerçevesinde yararın sağlanması veya vaadin gerçekleşip gerçekleşmemesi suçun tamamlanması bakımından önem taşımaz. Ancak yararın

⁴⁰⁶ DOĞAN, syf:344

⁴⁰⁷ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, syf:989, ÖZEN, syf:947, ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, syf:1098, TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, syf:1177, YURTCAN, syf:173; DOĞAN, syf:340; MERAN, syf:312

⁴⁰⁸ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, syf:995, ÖZEN, syf:951, ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, syf:1116, TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, syf:1187, BAŞARAN, syf:114; DOĞAN, syf:342-350; MERAN, syf:329

⁴⁰⁹ DOĞAN, syf:350

⁴¹⁰ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, syf:994, ÖZEN, syf:953, ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, syf:1115, TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, syf:1185; DOĞAN, syf:348; MERAN, syf:329

sağlanması ile birlikte tamamlanmış olan suç sona erer. Sona erme iştirak hükümleri bakımından önem taşımakta olup, anlaşma ile yararın sağlanması arasında yer alan sürede suça iştirak mümkündür. Görevi kötüye kullanma suçunda olduğu gibi rüşvet suçu da özgü suçlar kategorisinde yer almaktadır. Dolayısıyla failin cezalandırılabilmesi için kural olarak kamu görevlisi olması gerekmekte ve bununla birlikte iştirak hükümlerine göre kamu görevlisi olmayan kişilerin ise yardım eden veya azmettiren kişi olmalarına göre cezalandırılmalı mümkün olmaktadır. Fakat rüşvet suçunu düzenleyen maddenin beşinci ve altıncı fıkrasında özgü suçlara iştirak hükümlerine ilişkin bir istisna yer almaktadır. Buna göre; rüşvet suçlarında aracılık eden kişi veya rüşvet anlaşması kapsamında menfaat elde eden üçüncü kişi, her ne kadar TCK m.40/2 hükümleri kapsamında azmettiren veya yardım eden statüsünde olsalar bile getirilen değişikliklerle birlikte müşterek fail olarak cezalandırılacaktır⁴¹¹.

E. KAMU GÖREVİNİN TERKİ VEYA YAPILMAMASI (TCK m.260)

Kamu görevinin terki veya yapılmaması suçu, TCK'nın dördüncü kısım "*Millete ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükümler*", birinci bölüm "*Kamu İdaresinin Güvenirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar*" başlığı altında 260'ıncı maddesinde düzenlenmiştir⁴¹².

Bu suçla korunmak istenen yarar, kamu hizmetlerinde süreklilik ve düzenin sağlanmasıdır. Sistematik işleyişi sağlamayı hedefleyen bu suç ile görevi kötüye kullanma suçunda kamu görevinde disiplinin sağlanması suretiyle, kamu idaresinin düzenli, etkin, dürüst ve tarafsız bir biçimde işleminin amaçlanması benzerlik göstermektedir⁴¹³.

Kamu görevinin terki veya yapılmaması suçu da özgü bir suç niteliğine sahip olup TCK m.6/1-c tanımlanan kamu görevlisi tarafından bu suç işlenebilmektedir. Çok failli bir suç tipi olmasından ötürü eylemin m.260 kapsamında kalabilmesi için

⁴¹¹ YURTCAN, syf:174; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, syf:1189; DOĞAN, syf:351-353; MERAN, syf:330

⁴¹² <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5237.pdf> (Erişim tarihi:02.02.2020), *Kamu görevinin terki veya yapılmaması Madde 260- (1) Hukuka aykırı olarak ve toplu biçimde, görevlerini terk eden, görevlerine gelmeyen, görevlerini geçici de olsa kısmen veya tamamen yapmayan veya yavaşlatan kamu görevlilerinin her biri hakkında üç aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir. Kamu görevlisi sayısının üçten fazla olmaması halinde cezaya hükmolunmaz. (2) Kamu görevlilerinin mesleki ve sosyal hakları ile ilgili olarak, hizmeti aksatmayacak biçimde, geçici ve kısa süreli iş bırakmaları veya yavaşlatmaları halinde, verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, ceza da verilmeyebilir.*

⁴¹³ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, syf:1193-1199; MERAN, syf:634

en az dört kamu görevlisinin bulunması gerekmektedir⁴¹⁴. Belirtilen bu asgari sayıdan az kamu görevlisinin işi bırakma eylemi görevi kötüye kullanmanın ihmali suretle işlenmesi suçuna vücut verecektir.

Kamu görevlileri tarafından kamu görevinin terki veya yapılmaması eylemi önceden alınan bir karara dayanarak gerçekleştirilmelidir. Bu kararın mutlaka iş bırakan kamu görevlisi tarafından alınmasına gerek yoktur. Başkaları tarafından alınan karara uygun bir şekilde görevin terk edilmesi veya yapılmaması halinde bu suç oluşabilmektedir. Bir karara dayalı olmaksızın ve aralarında anlaşma olmaksızın gerçekleşen, kanunun aradığı asgari sayıda kamu görevlisinin kamu görevini terk veya yapılmama durumunda her biri açısından 257/2 maddesi kapsamında cezai sorumluluk doğacaktır.

Görevi terk etme, göreve gelmeme, görevi yapmama, görevi yavaşlatma gibi seçimlik hareketli şekilde tasniflenen suçun tamamlanma anı bu hareketlerden herhangi birinin gerçekleştirilmesiyle mümkün olmaktadır. Bir başka ifade ile, kamu görevinin terki veya yapılmaması suçu, görevi kötüye kullanma suçundan farklı olarak soyut tehlike suçudur. Suçun tüm seçimlik hareketler, ihmali bir nitelik taşıdığından bu suç teşebbüse elverişli değildir⁴¹⁵.

Görevin terk eylemi; failin görevine giren bütün görev ve hizmetleri hiç yapmamak üzere görevin veya hizmetin yapılacağı yerden uzaklaşılması neticesinde kamu fonksiyonlarını aksatacak sürekliliğe sahip boyutu içermektedir.

Göreve gelmeme eyleminin kabul edilebilmesi için;

-Fail, görev veya hizmetine göre belirlenen görev yerine hiç gelmemesi,

-Failin gelmemesinin görev veya hizmetin gereği olan işlerin tamamının yapılmamasına yönelik bulunması,

-Göreve gelmeme halinin kamu işlerini aksatacak bir süre uzunlukta olması,

şartlarını içermesi gerekmektedir⁴¹⁶.

⁴¹⁴ YURTCAN, syf:412; MERAN, syf:646

⁴¹⁵ MERAN, syf:648

⁴¹⁶ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, syf:1196; MERAN, syf:647

Görevi yavaşlatması eyleminden ise, bir görev veya hizmetin yapılması sırasında normalde harcanması gereken süreden daha fazla süre de yapılması şeklinde gerçekleşmektedir. Bu seçimlik harekette de, eylemin kamu görevinin düzenli bir şekilde görülmesini sekteye uğratması gerekmektedir⁴¹⁷.

Bu suç tipi içinde genel kast yeterli olup, özel bir saikle işlenmesi aranmamaktadır.

Kamu görevinin terki veya yapılmaması suçunun oluşabilmesi için önemli olan husus tüm seçimlik hareketler neticesinde gerçekleştirin hareketin, kamu görevinin düzenli bir şekilde işlenmesini sekteye uğratması gerekmektedir. Bununla birlikte, geçici veya kısmi şekilde görevin terk edilmesi veya yapılmaması durumun da dahi bu husus sağlanıyorsa kamu görevinin terki veya yapılmaması suçu oluşmaktadır. Ancak kısa bir süre için terkin kamu hizmetinin yürütülmesi açısından oluşturduğu haksızlığın azlığı göz önünde tutulduğunda hakim in takdirine göre cezada indirim yapma ya da ceza vermeme şeklinde kararda çıkabilir⁴¹⁸.

F. KAMU GÖREVLİSİ TARAFINDAN İŞLENEN RESMİ BELGEDE SAHTECİLİK SUÇU (TCK m.204/2)

Resmi belgede sahtecilik suçunun kamu görevlisi tarafından işlenmesi, TCK'nın üçüncü kısım "*Topluma Karşı Suçlar*", dördüncü bölüm "*Kamu Güvenine Karşı Suçlar*" başlığı altında 247'inci maddesinde düzenlenmiştir⁴¹⁹.

Resmi belgede sahtecilik suçu kamu görevlisi olan bir kişi tarafından işlenebileceği gibi kamu görevlisi olmayan bir kişi tarafından da işlenebilen bir suç tipidir. Aralarındaki temel fark kamu görevlisi tarafından resmi belgede sahtecilik suçunun işlenmesi durumunda daha ağır bir ceza ile yaptırım altına alınmıştır⁴²⁰.

⁴¹⁷ SONAY EVİK, syf:235

⁴¹⁸ YURTCAN, syf:414; MERAN, syf:647

⁴¹⁹ <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5237.pdf> (Erişim tarihi:02.02.2020), Resmi belgede sahtecilik Madde 204- (1) Bir resmi belgeyi sahte olarak düzenleyen, gerçek bir resmi belgeyi başkalarını aldatacak şekilde değiştiren veya sahte resmi belgeyi kullanan kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Görevi gereği düzenlemeye yetkili olduğu resmi bir belgeyi sahte olarak düzenleyen, gerçek bir belgeyi başkalarını aldatacak şekilde değiştiren, gerçeğe aykırı olarak belge düzenleyen veya sahte resmi belgeyi kullanan kamu görevlisi üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (3) Resmi belgenin, kanun hükmü gereği sahteliği sabit oluncaya kadar geçerli olan belge niteliğinde olması halinde, verilecek ceza yarısı oranında artırılır.

⁴²⁰ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, syf:718, ÖZEN, syf:774, SOYASLAN, syf:506, KOCA/ÜZÜLMEZ, syf:881, ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, syf:841, TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, syf:961

Suçun fiili olarak tanımlanan ve bizimde üzerinde durduğumuz 2'inci fıkra kapsamında öngörülen seçimlik hareketler şu şekildedir; resmi bir belgenin sahte olarak düzenlenmesi, resmi belgenin başkalarını aldatacak biçimde değiştirilmesi veya kullanılması ya da gerçeğe aykırı olarak resmi bir belgenin düzenlenmesi biçimindedir. Öncelikle bu suçun işlenebilmesi için, kamu görevlisinin görevi gereği düzenlemeye yetkili olduğu bir resmi belge olması gerekmektedir. Eğer kamu görevlisi düzenlemeye kendi görevi kapsamında yetkili değilse bu durumda birinci fıkra kapsamında cezalandırılacaktır.

Konumuzla hekimin hastaları görmeden ve muayene etmeden sağlık karnelerinde yazılı olan hastalık tanısıyla uyumlu bir şekilde reçete düzenlenmesi konusunda Yargıtay, kamu görevlisinin gerçeğe aykırı resmi belge düzenleme şeklindeki fiillerini resmi evrakta sahtecilik suçu yerine icrai surette görevi kötüye kullanma suçu kapsamında değerlendirmektedir.

YCGK'nın, 4.2.2014 tarihli kararında⁴²¹; *“..doktor olarak ilk görev yerlerinde çalışmaya başlayan sanıkların, aralarında maddi bir ilişki bulunduğu her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delillerle ispatlanamayan eczane sahiplerinin gönderdiği ya da hasta yakınlarının bizzat getirdikleri sağlık karnelerine, hastaları görmeden, büyük bölümü konulan hastalık tanısıyla uyumlu ilaç yazma şeklindeki eylemlerinin, sosyal güvenlik kuruluşlarında ödenen katkı payının doğması, bu şekilde eczane sahiplerine menfaat sağlanması ve kamu zararına da neden olunması hususları gözetildiğinde, görevi kötüye kullanma suçunu oluşturduğunun kabulünde zorunluluk bulunmaktadır.”*

Suçun manevi unsuru bakımından Yargıtay'ın kabul ettiği yaklaşım üzerine belgede sahtecilik suçlarında kastı, zarar verme bilinç ve iradesi şeklinde kabul etmektedir. Kasten işlenebilen bir suç olan belgede sahtecilik suçu bakımından genel kast yeterlidir⁴²².

Yargıtay 12.4.2017 tarihli kararında failin sahtecilik kastı taşımaması durumunda görevi kötüye kullanma suçunun oluşacağını şu şekilde belirtmiştir;

⁴²¹ YCGK E.2012/11-1347, K.2014/30, T.4.2.2014; <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/cgk-2012-11-1347.htm> (Erişim Tarihi:14.01.2020), Y11.Cd, E.2015/19, K.2017/3158, T.26.4.2017 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, Erişim Tarihi: 14.01.2020)

⁴²² ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, syf:720, ÖZEN, syf:789, SOYASLAN, syf:494, KOCA/ÜZÜLMEZ, syf:692, ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, syf:850, TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, syf:968

“Olay tarihinde Bandırma Türk Kızılay’ı Firdevs Şeker Tıp Merkezinde doktor olarak çalışmakta olan sanığın bazı aile bireylerini tedavi etmesi sebebiyle önceye dayalı tanışıklığı bulunan .. isimli şahsı muayene etmemesine rağmen hakkında istirahat raporu düzenleyerek kamu görevlisinin resmi belgede sahtecilik suçunu işlediği kabul edilen kamu davasında; sanığın aşamalarda istikrarlı savunmalarında..isimli şahsın kendisini telefonla arayarak hastalığını izah edip, hastaneye gelemeyecek durumda olduğunu söyleyerek rapor düzenlemesini talep ettiğini, kendisinin de şahsın beyanlarına itibar ederek yardımcı olmak amaçlı suç konu raporu düzenlediğini beyan ettiği, bu anlatımların tanık olarak dinlenen ,,tarafından doğrulandığı, söz konusu şahsın bu eylemi sebebiyle .. sanığın, hakkında rapor düzenlediği kişi ile anlaşarak sahtecilik kastı ile hareket ettiği yönünde dosya kapsamında delil bulunmadığı, eylemin kül halinde 5237 sayılı TCK’nın 257.maddesinde düzenlenen görevi kötüye kullanma suçunu oluşturduğu gözetilmeksizin suç vasfında hataya düşülerek yazılı şekilde karar verilmesi kanuna aykırıdır⁴²³.”

Resmi belgede sahtecilik suçunun maddi unsurunu oluşturan dört seçimlik hareketten herhangi birinin gerçekleşmesiyle suç tamamlanmış olur. Seçimlik hareketlerden herhangi birinin icra hareketlerine başlanılmasına rağmen elde olmayan nedenlerle suçun tamamlanamaması gibi durumlarda suçun teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilir⁴²⁴.

İştirak hükümleri çerçevesinde; kamu görevlisinin resmi belgede sahtecilik suçuna iştirak eden kişiler görevi kötüye kullanma suçundan farklı olarak, kamu görevlisi olmasa dahi bu suçtan kamu görevlisinin işlediği resmi belgede sahtecilik suçundan dolayı cezalandırılır⁴²⁵.

⁴²³ Y11.CD, E.2015/8833, K.2017/2782, T.12.4.2017; <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/11cd-2015-8833-2782.htm> (Erişim Tarihi:14.01.2020)

⁴²⁴ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, syf:721, ÖZEN, syf:792, SOYASLAN, syf:506, KOCA/ÜZÜLMEZ, syf:698, ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, syf:851, TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, syf:969

⁴²⁵ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, syf:723, ÖZEN, syf:792, SOYASLAN, syf:507, KOCA/ÜZÜLMEZ, syf:700, ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, syf:851, TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, syf:969

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMA USULÜ, GÖREVLİ VE. YETKİLİ MAHKEME, YAPTIRIM, ZAMANAŞIMI

I. SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMA USULLERİ

Hukuk sistemimizde, kamu görevlilerinin yürütmekte oldukları görevleri dolayısıyla haklarında açılacak olan soruşturma ve kovuşturmaların özel usullere tabi tutulması sistemi benimsenmiştir. Çünkü kamu görevlilerinin belli bir statüye bağlı olarak kamu hizmeti görmelerinin onlara bazı güvencelerin de sağlanması mecburiyetini getirmektedir. Zira devlet, kamu hizmetinin sürekli, düzenli, aksatılmadan yürütülmesini sağlayarak kamu menfaatini korumayı hedeflemektedir⁴²⁶.

1982 Anayasasının m.129⁴²⁷; “...Memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında işledikleri iddia edilen suçlardan ötürü ceza kovuşturması açılması, kanunla belirtilen istisnalar dışında, kanunun gösterdiği idari merciin iznine tabidir...” ve 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu m.24; *Devlet memurlarının görevleri ile ilgili veya görevleri sırasında işledikleri suçlardan dolayı soruşturma ve kovuşturma yapılması ve haklarında dava açılması özel hükümlere tabidir.*”, hükümlerine yer verilmesi nedeniyle 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun’un yürürlüğe girmesi ile birlikte memurlar ve diğer kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri suçlardan dolayı yargılanabilmeleri için özel soruşturma ve kovuşturma usullerine tabi olanlara ilişkin kanun hükmü saklı tutularak, ceza muhakemesi işlemleri izi koşuluna bağlanmıştır⁴²⁸.

Görevi sebebiyle işlenen suç YCGK’nın 17.02.2004 tarihli kararında; “..kamu görevlisinin ilgili kanun ve mevzuat hükümleri uyarınca yerine getirmekte olduğu görev sebebiyle işlediği, doğrudan görevin içeriği veya biçimsel koşulları ile ilgili olan, failin memur olmasının suç tipinde kurucu unsur olarak yer aldığı, kamu

⁴²⁶ BAŞARAN, syf:117, PINAR, İbrahim; “4483 Sayılı Kanuna Göre Memurlar ve Diğer Kamu Görevlileri Hakkında Ceza Soruşturması” Seçkin Yayıncılık, Nisan, 2009, Ankara, syf:23

⁴²⁷ RG:9.11.1982, S:17863

⁴²⁸ DÖNMEZ, Burcu; “Ceza Muhakemesi Uygulamasında Görev Suçu” DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan, C.19, Özel Sayı-2017, syf:2729

görevlisinin suç teşkil eden eylemiyle görevi arasında illiyet bağının bulunduğu suçtur.” şeklinde tanımlamıştır⁴²⁹.

TCK’da tanımlanan kamu görevlisi ile 4483 sayılı kanundaki memur kavramından daha geniş anlama sahiptir. Şöyle ki; 4483 sayılı kanunda memur asli ve sürekli görev ifa eden kişi olarak tanımlanırken, TCK’da kamusal faaliyetin yürütülmesine geçici olarak dahi katılan kişi kamu görevlisi olarak kabul edilmektedir. Bu sebeple TCK kapsamında kamu görevlisi olarak kabul edilen kişi hakkında doğrudan soruşturma talebinde bulunulsa bile 4483 sayılı kanun kapsamında kalan kişiler hakkında izin sistemi uygulanmaktadır. Buna göre; kamu tüzelkişiliğine bağlı hastaneler ve sağlık ocaklarında çalışan hekimler; kamu görevlisi olduğundan haklarında yapılacak soruşturma öncesinde izin alınması gerekmektedir.

Bununla birlikte geçici personel olarak tanımlandırılan asli ve sürekli görev ifa etmeyen kişiler, sözleşmeli personel olup kadro karşılığı değil akdi bir ilişki ile personel olarak istihdam edilen kişilerin görevleri sebebiyle işledikleri suçlarda izin şartı aranmayacak olup, genel hükümlere göre soruşturma ve kovuşturma usulleri izlenecektir. Ancak kadro karşılığı sözleşme gerçekleşmişse bu durumda, sözleşmeli personel hakkında 4483 sayılı kanun hükümleri uygulanacaktır. Sözleşmeli personel, geçici personel ve işçi statüsünde kamuda çalışan hekimler de kanunun kapsamı dışındadır⁴³⁰.

Serbest olarak çalışan hekimler, serbest meslek mensupları olarak özel muayenehanelerinde yürüttükleri tıbbi müdahaleler kapsamında işledikleri suçlar bakımından TCK hükümlerine göre kamu görevlisi olarak kabul edilmemektedir. Ancak bu kişiler; geçici bir süreliğine de olsa kamunun aracılığıyla sağlık hizmetinde görev almaları sırasında işledikleri suçlar bakımından kamu görevlisi olarak cezalandırılabilecektir⁴³¹.

Sayılan kişiler haricinde 4483 sayılı kanunun 2/2 maddesi gereğince görevleri ve sıfatları sebebiyle özel soruşturma ve kovuşturma usullerine tabi olanlara ilişkin özel kanunlar uygulanacak olup, 4483 kapsamında olmayacaklardır. Örneğin, 2547

⁴²⁹ YCGK T.17.02.2004, E.2004/2-10, K.2004/10 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, Erişim Tarihi: 17.02.2020)

⁴³⁰ PINAR, syf:55

⁴³¹ PINAR, syf:88

sayılı Yükseköğretim Kanunu 532'üncü maddesi uyarınca haklarında özel usul işletilecektir.

Kamu görevlisi olarak kabul edilmeyen, örneğin fahri araştırma görevlisi olan sağlık personeli için ise, genel soruşturma hükümleri uygulanacağından ayrıca yetkili mercilerden soruşturma için izin alınmasına gerek yoktur⁴³². Öğretim üyesi ve asker hekimler özel soruşturma ve kovuşturma usulüne tabi olduklarından⁴³³, 4483 Sayılı Kanun kapsamı dışında bırakılmıştır⁴³⁴.

Ağır cezayı gerektiren suçüstü hali de genel hükümlere tabidir. Bazı kanunlarda düzenlenmiş özel bazı suçlar da soruşturulması izne tabi olmayan suçlar olarak bu kanun kapsamı dışında tutulmuştur⁴³⁵.

Görevi kötüye kullanma suçu, kamu görevlisi tarafından kamu idaresi tarafından kendisine tanınan yetkinin dolayısıyla görevi aracılığıyla işlediğinde, suç işlediği yönünde şüphe taşıyan kamu görevlisi hakkında 4483 sayılı Kanun⁴³⁶ hükümleri çerçevesinde soruşturma izninin, izin vermeye yetkili mercilerden alınması gerekmektedir⁴³⁷.

Kendilerine yapılan tıbbi uygulamada hekimin icrai veya ihmali hareketi neticesinde zarar gören, hakları ihlal edilen hasta veya hasta yakınlarının ya da mağdur konumunda olan kamu kuruluşları, hekimin kusurlu hareketlerinden ötürü

⁴³² D1.D E.2011/842, K.2011/1322, T.21.9.2011; "...hastanın Acil Servise gelişinden, genel durumunun kötüleşmesine kadar geçen süre içinde, hastaya akut miyokart infarktüsü (kalp krizi) tanısı konulmadığı ve yapılması gereken tıbbi tedavinin uygulanmadığı, hastaya yapılan ilk acil müdahalenin tıp kuralları ve tekniğine uygun olmadığı, bu müdahaleyi gerçekleştiren görevlilerin ihmali ve kusurunun bulunduğu kanaatine varıldığı bildirilmiştir. Üniversitede fahri araştırma görevlisi olarak görev yapan şüpheliler ... ve ...'nin söz konusu bilirkişi raporuna göre .. adı geçenlerin ise yabancı uyruklu oldukları ve Tıpta ve Dış Hekimliğinde Uzmanlık Eğitimi Yönetmeliğinin 19. maddesine göre Tıp Fakültesinde kadrosuz ve aylıksız olarak uzmanlık eğitimi gördükleri, dolayısıyla 53. maddede belirtilen kadrolu ve sözleşmeli öğretim elemanı statüsünde bulunmadıkları, bu nedenle haklarında anılan madde uyarınca ceza soruşturması yapılamayacağı ve son soruşturmanın açılıp açılmayacağı yolunda bir karar alınamayacağı, ilgililer hakkındaki soruşturmanın genel hükümlere göre ..", <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/1d-2011-842.htm> (Erişim Tarihi;14.01.2020)

⁴³³ 2547 Sayılı Yükseköğretim Kanunu, Dokuzuncu bölümünde düzenlenen Disiplin ve Ceza İşleri 53.maddesinde yer alan hükümlere göre haklarında soruşturma veya kovuşturma izni alma süreci işlemektedir.

⁴³⁴ PINAR, syf:155

⁴³⁵ PINAR, syf:276

⁴³⁶ RG:4.12.1999, S:23896

⁴³⁷ YOKUŞ SEVÜK, syf:441, ÖZEN, syf:770-771, ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, syf:1025, ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, syf:1138, , TÜRKOĞLU, syf:99, KOCA/ÜZÜLMEZ, syf:942, SOYASLAN, syf:712, PINAR, syf:399

cezaî sorumluluğuna başvurabilmek için cumhuriyet savcılıklarına şikayette (ihbarda) bulunma hakları mevcuttur⁴³⁸.

Cumhuriyet başsavcıları, bir kamu görevlisinin görevi sebebiyle suç işlediğini ihbar, şikayet veya başka bir yolla öğrendiğinde, suç isnadı yapılan kamu görevlisinin 4483 Sayılı kanun kapsamında bir memur olup olmadığını, eğer kanun kapsamına giriyorsa işlediği suçun görev sebebiyle işlenmiş olup olmadığını araştırmalı, ivedilikle toplanması gereken ve kaybolma ihtimali bulunan delilleri topladıktan sonra, başka bir işlem yapmaksızın evrakın bir örneğini soruşturma izni vermeye yetkili merciye göndererek soruşturma izni talep etmelidir⁴³⁹.

Memur hekim hakkında yapılan ihbarı öğrenen yetkili idari merci (vali-kaymakam), bizzat veya görevlendireceği kişi/kişiler aracılığıyla olay hakkında inceleme başlatır. Yetkili idari merci, 30 gün ve zorunlu hallerde 45 gün içerisinde ihbar konusu olayla ilgili soruşturmayı tamamlayarak, hakkında ön inceleme yapılan memur hekim hakkında soruşturma izni verilmesi veya verilmemesi yönünde bir karar vermek zorundadır. Ön inceleme görevlisi gerekli bilgi ve belgeleri toplayıp, görüşlerini içeren bir rapor düzenleyerek durumu izin vermeye yetkili merciine

⁴³⁸ PINAR, syf:384

⁴³⁹ İzin vermeye yetkili merciiler 4483 sayılı kanunun “soruşturma izin yetkisi” başlıklı üçüncü maddesinde düzenlenmiştir.

“Madde 3 – Soruşturma izni yetkisi

- a) İlçede görevli memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında kaymakam,
- b) (Değişik:6/12/2019-7196/51 md.) İlde ve merkez ilçede görevli memurlar ve diğer kamu görevlileri ile kaymakamlar hakkında vali,
- c) Bölge düzeyinde teşkilatlanan kurum ve kuruluşlarda görev yapan memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında görev yaptıkları ilin valisi,
- d) Cumhurbaşkanına veya Cumhurbaşkanlığına bağlı, ilgili veya ilişkili kuruluşlar ve bakanlıkların merkez ve bağlı veya ilgili kuruluşlarında görev yapan diğer memur ve kamu görevlileri hakkında o kuruluşun en üst idari amiri,(1)
- e) (Değişik:6/12/2019-7196/51 md.) (b) ve (c) bentlerindeki hükümler saklı kalmak kaydıyla Cumhurbaşkanı kararıyla atanan memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında Cumhurbaşkanı veya ilgili bakan,
- f) Türkiye Büyük Millet Meclisinde görevli memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Sekreteri, Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Sekreteri ve yardımcıları hakkında Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanı,
- g) (Değişik: 2/7/2018-KHK-703/196 md.) Cumhurbaşkanlığında görevli memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanı, Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanı hakkında Cumhurbaşkanı,
- h) Büyükşehir belediye başkanları, il ve ilçe belediye başkanları; büyükşehir, il ve ilçe belediye meclisi üyeleri ile il genel meclisi üyeleri hakkında İçişleri Bakanı,
- i) İlçelerdeki belde belediye başkanları ve belde belediye meclisi üyeleri hakkında kaymakam, merkez ilçelerdeki belde belediye başkanları ve belde belediye meclisi üyeleri hakkında buldukları ilin valisi,
- j) Köy ve mahalle muhtarları ile bu Kanun kapsamına giren diğer memurlar ve kamu görevlileri hakkında ilçelerde kaymakam, merkez ilçede vali, Yokluklarında ise vekilleri tarafından bizzat kullanılır.”

sunar. Yetkili idari merci, bu rapor üzerine gerekçeli olarak soruşturma izni verilmesine veya verilmemesine karar verir⁴⁴⁰.

Soruşturma izni verilmesine ilişkin karara karşı, hakkında ön inceleme yapılan memur hekimin; soruşturma izni verilmemesine ilişkin karara karşı ise Cumhuriyet Başsavcılığı ve ihbar veya şikayette bulunanın 10 gün içinde itiraz hakkı vardır. Soruşturma izni verilmesine ilişkin karara yapılan itirazın reddi veya soruşturma izni verilmemesine ilişkin karara yapılan itirazın kabulü üzerine yetkili merci, soruşturma evrakını Cumhuriyet Başsavcılığı'na gönderir. Görevli Cumhuriyet Başsavcılığı hazırlık soruşturmasını yürütüp sonuçlandırır. Yapılan hazırlık soruşturması sonucunda, Cumhuriyet Başsavcısı, gerekli görürse iddianame hazırlayarak mahkemede kamu davası açar ve yargılama sürecini başlatır⁴⁴¹.

Alınan izin çerçevesinde yürütülen soruşturma kapsamında eylemin başta kamu görevlisi tarafından işlendiği, eylemin görevin gereklerine aykırı bir davranış veya görevin yerine getirilmesinde ihmal veya gecikme gibi hareketlerinden biri olduğu, hekimin eyleminde kusurunun bulunması, hekimin gerçekleştirdiği fiil ile ortaya çıkan sonuç arasında nedensellik bağının bulunması ve tüm iddiaların kanıtlayacak somut delillerin varlığı gibi hususlar değerlendirilmektedir⁴⁴².

Kamu görevlisinin göreve aykırı hareketi adli görevden kaynaklı ise⁴⁴³, bir diğer ifade ile adli kolluk görevlisinin yükümlü olduğu adli görevinin gereklerine

⁴⁴⁰ PINAR, syf:459

⁴⁴¹ PINAR, syf:464

⁴⁴² D1.D, E.2007/1012, K.2007/1102, T.14.11.2007; "..., kan istemini hangi doktorun hazırladığının belli olmadığı, hastaya verilecek kanın hastane personeli tarafından kan bankasından temin edilmesinin görevlerinin bir gereği olup olmadığının belirtilmediği, başka hastaya ait kanı hastane personeli olmayan bir kişiye (hasta yakınına) teslim eden kan bankası görevlilerinin ve son aşamada kanı kontrol etmeden hastaya verilmesine sebep olan doktor ve hemşirelerin bu olaydaki sorumluluklarının belirlenmediği, özetle olayın hangi aşamalarında hangi görevlilerin hatalı ve dikkatsiz davrandığının belli edilmediği gerekçesiyle bu yönlerden eksik incelemeye dayalı olarak düzenlenen soruşturma raporuna dayanarak." <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/1d-2007-1012.htm> (Erişim Tarihi:14.01.2020) D1.D, E.2006/647, K.2006/1013, T.8.11.2006 ; "..., ... ile ... isimli hastalara ilişkin olarak sadece sağlık kurulu raporu düzenlenmesi için hastaneye giriş kaydı yapıldığının, ancak hasta dosyalarının çıkarılmadığının, kayıtlarda muayene ve tetkik hizmetleri ile ilgili bir girişin de bulunmadığının belirtildiği, böylece hastaların hastaneye gelmeden sadece sağlık kurulu raporu almaları için hastaneye giriş kayıtlarının yapıldığı, hipertansiyon ve hiperkolesterolemi tanısı konularak 14.1.2005 günlü sağlık kurulu raporunun düzenlendiği, bu nedenle, şüphelilerin üstlerine atılı suçu işlediklerini doğrulayacak ve haklarında kamu davasının açılmasını gerektirecek yeterli kanıtın dosyada mevcut olduğu anlaşıldığından,..." <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/1d-2006-647.htm> (Erişim Tarihi: 14.01.2020)

⁴⁴³ "Devlet hastanesinde patalog olan sanık doktorun Ceza Muhakemesi Kanunu uyarınca savcının yasal isteğini yerine getirme yükümlülüğü bulunduğu gözetilmeden, yasal olmayan gerekçeye dayanılarak beraat kararı verilmesi hukuk aykırıdır.", "Adliyeye sevklerinden önce tıbbi rapor alınmak üzere kamu görevlileri tarafından getirilen kişileri onların yanında ve gerekli tıbbi

aykırı davranması halinde ise, soruşturma iznine aranmayacak olup genel hükümler çerçevesinde cumhuriyet savcısı doğrudan soruşturma başlatabilecektir. 5271 sayılı CMK'nın 161'inci maddesinde yer alan düzenlemeye göre, adli kolluk görevlilerinin cumhuriyet savcısının yürütülen soruşturma ile ilgili tüm emirlerinin gecikmeksizin yerine getirmekle, yürütülen soruşturma kapsamında ihtiyaç duyulan bilgi ve belgeleri, vakit geçirmeksizin temin etmekle yükümlendirildiği, bu yükümlülüklerine aykırı bir davranış sergilenmesi halinde doğrudan soruşturma başlatılabileceği belirtilmiştir⁴⁴⁴.

CMK'nın 161'inci maddesinin yanı sıra CMK 332'inci bilgi isteme adını taşıyan maddesinde de madde hükümlerine aykırı davranışın bir diğer ifade ile bir suçun soruşturulması veya kovuşturulması hakkında bilgi istenilmesi durumunda süresi içerisinde cevap verilmemesi halinde de izne tabi olunmaksızın doğrudan kişi hakkında soruşturma başlatılabilmektedir.

Kamu görevlisinin soruşturma ve kovuşturması izne bağlı olan bir eylemi nedeniyle izin alınmadan kamu davasının açılması ya da eylemin izne tabi olduğunun kovuşturma aşamasında ortaya çıkması halinde CMK 228/3 maddesi gereğince mahkeme tarafından durma kararının verilmesiyle söz konusu izin şartı eksikliğinin giderilmesi amacıyla izin vermeye yetkili merci tarafından karar alınacaktır.

Kamu görevlisinin eylemi ile ilgili verilen soruşturma izni sonrasında eylemin hukuki mahiyetinin değişmesi durumunda örneğin, rüşvet olarak nitelendirilen eylemin görevi kötüye kullanma suçu olduğunun ortaya çıkması gibi bir durumda kamu görevlisi hakkında yeniden bir izin alınması söz konusu olmayacaktır.

muayeneden geçirmeden, beyana dayalı gelişmiş güzel rapor düzenleyen hekimlerin eylemi, görevi ihmal suçunu oluşturur.” (HAKERİ, syf:580)

⁴⁴⁴ Y4.CD 8.10.2013 tarihli kararında; “Nöbetçi adli hekim olan sanığın, saat 04:00 sıralarında görevli olarak katıldığı ölü muayene ve otopsi işlemi sırasında, kendisinin uzun süredir beklendiği gerekçesiyle isteksiz davranıp, bu işlemin sabah yapılmasını söylediği, otopsi başladıktan sonra da, cesetten uzak durup, elleri cebinde ilgisiz tavırlar sergilemesi üzerine, , Cumhuriyet Savcısı tarafından, ceset üzerindeki bulguların tespit edilmesi kendisinden istendiğinde, yüksek sesle bağırarak "25 senedir bu işi yapıyorum, siz bana öğretemezsiniz" dediği, cesedin kafa kısmından akan kana da, "burada bir şey yok, kulaktan gelen kandır" diyerek, ilgisiz tavırlarına devam etmesi üzerine, Cumhuriyet Savcısının sorduğu "otopsi işlemi yapmak isteyip istemediği" sorusuna da, ellerindeki eldiveni çıkartarak, "şimdi yapmak istemiyorsanız, sabah yapalım" şeklinde cevap verip, kapıya doğru yönelmesi üzerine de, Cumhuriyet Savcısınca, bu şekilde sağlıklı olarak yapılmayacağından, başka bir hekimle devam edilmek üzere otopsi işlemine ara verildiği ve bu şekilde, eylemi,..”, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/4cd-2013-18243.htm> (Erişim Tarihi:14.01.2020),

II. GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME

Görevi kötüye kullanma suçunu düzenleyen TCK'nın 257/1-2 hükümleri bakımından görevli olan mahkeme 5235 sayılı kanunun 11'inci maddesi gereğince Asliye Ceza Mahkemesidir.

Görevi kötüye kullanma suçu için yetkili mahkeme ise, 5271 sayılı CMK'nın 12'inci maddesi gereğince suçun işlendiği yer mahkemesidir.

Yine 4483 sayılı kanunun 13'üncü maddesinin hükümlerine göre davaya bakmaya yetkili ve görevli olan mahkemenin belirlenmesinde genel hükümlerin dikkate alınacağı belirtilmiştir.

Görevi kötüye kullanma suçuna ilişkin kamu görevlisinin yargılamasına; mağdur, suçtan doğrudan zarar görmesi şartıyla⁴⁴⁵ suçtan zarar gören gerçek veya tüzel kişi ve kamu idaresi kamu davasına katılma ve duruşmalardan haberdar edilme hakkına sahiptirler. Bu suç “*Millete ve Devlete Karşı Suçlar*” başlığı altında düzenlenmiş olduğundan, suçun mağdurunun kamu olduğu ve buna bağlı olarak kamu idaresinin suçtan zarar gören konumunda olduğu söylenebilmektedir. Kamu kurumu aleyhine olacak şekilde kamu zararına yol açıldığı ve üçüncü kişilere haksız menfaat sağlandığı somut olayda mevcut ise, zararın aleyhine gerçekleştiği ve işlem nedeniyle kurum aleyhine haksız menfaat sağlandığı durumlarda ilgili kurumun davadan haberdar edilme ve varsa katılma talepleri de değerlendirilecektir⁴⁴⁶. Bununla birlikte mağdurun gerçek kişi olduğu hallerde bu kişi/kişilerin katılma talebi kabul edilmelidir⁴⁴⁷.

⁴⁴⁵ Y12.CD, 8.3.2018, E.2017/4264, K.2018/2669; “Ölenin babası,,adına vekilinin 20.04.2011 tarihli duruşmada şikayetçi olduğunu beyan etmesine rağmen, katılma isteminde bulunmayan şikayetçi hakkında 5271 sayılı CMK'nın 260.maddesi uyarınca katılan sıfatını alabilecek surette suçta zarar gören sıfatıyla temyiz hakkının bulunduğu kabul edilerek, oğlunun ölümü sebebiyle suçtan doğrudan zarar gördüğü anlaşılan ve vekili aracılığı ile hükmü temyiz etmek suretiyle katılma iradesini ortaya koyan müştekinin 5271 sayılı CMK'nın 237/2.maddesi uyarınca davaya katılmasına, karar verilerek..” (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, Erişim Tarihi: 23.11.2020)

⁴⁴⁶ Y5.CD, E.2013/11695, K.2015/15637; “..(hastanede bulunan özel odalardan bağış adı altında bağış makbuzu kesilerek özel oda ücreti alınması şeklinde gerçekleşen olayda).. görevi kötüye kullanma suçundan açılan davada suçtan zarar gören Sağlık Bakanlığı'nın bu sıfatı gereği olarak CMK'nın 233 ve 234.maddeleri gereğince davaya katılma ve hükmü temyiz etme hakkı bulunduğundan temyiz isteminin reddine ilişkin ek kararın kaldırılmasına, müşteki Sağlık Bakanlığı'nın davaya katılan olarak kabulüne ve esasın incelenmesine karar verildikten sonra gereği düşünüldü..” (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, Erişim Tarihi: 23.11.2020)

⁴⁴⁷ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, syf:1138; Y5.CD, E.2013/11475, K.2015/14957; “..(sanık tarafından gerçekleştirilen ameliyatta müştekinin karnunda tampon unutulması şeklinde gerçekleşen olayda)..müşteki R.. nin davaya katılma istemi konusunda mahkemece olumlu ya da olumsuz bir karar

III. YAPTIRIM

Kamu görevlisi olan fail tarafından görevin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle kişilerin mağduriyetine veya kamu zararına neden olma ya da kişilere haksız bir menfaat sağlamanın icrai hareketlerle işlenmesi durumunda fail, *altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacaktır.*

Kamu görevlisi, görevinin gereklerini yapmaktan ihmal veya gecikme göstermek suretiyle kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olması ya da kişilere haksız bir menfaat sağlamanın icrai hareketlerle işlenmesi durumunda ihmal suretiyle görevi kötüye kullanma suçunun işlenmesi nedeniyle *üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacaktır.*

Yargılama sonunda bir yıl veya daha az süreli hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkûmiyet söz konusu olduğunda hâkim bu cezayı, TCK 50'inci maddesinde öngörülen para cezasına ve tedbirlere çevrilebilir.

TCK'nun 53/5'inci maddesi gereğince suçun TCK'nın 53/1-a maddesinde belirtilen sürekli, süreli veya geçici bir kamu göreviyle ilgili yetkinin kötüye kullanılması suretiyle işlenmesi nedeniyle mahkum olan sanık hakkında ayrıca cezanın infazından sonra işlemek üzere hükümde belirtilen gün sayısının yarısından bir katına kadar kamu görevinin üstlenilmesinden yasaklanmasına karar verilmesi söz konusudur.

Kısa süreli ceza adli para cezasına çevrilmişse, TCK'nın 50'inci maddesinin beşinci fıkraya hükümlerine göre asıl mahkumiyet, çevrilen adli para cezası olacağından, hükümde belirtilen gün sayısının yarısından bir katına kadar kamu görevinin üstlenilmesinden yasaklanmasına karar verilir. Hükümün kesinleşmesiyle icraya konu yasaklama ile ilgili süre, adli para cezasının tamamen infazından itibaren işlemeye başlar.

Görevi kötüye kullanma suçları ön ödeme veya uzlaşmaya tabi suçlardan değildir. Kamu davasının ertelenmesi de mümkün değildir fakat verilen ceza miktarına göre belli koşulların sağlanmasına bağlı kalınarak hükümün açıklanmasının geriye bırakılmasına ilişkin hükümlerin uygulanması mümkündür. CMK'nın 231/5-6 hükmüne göre; *“..yapılan yargılama neticesinde hükmolunan ceza iki yıl veya daha kısa süreli hapis cezası veya adli para cezası ise, sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan*

verilmemiş ise de;..” (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, Erişim Tarihi: 23.11.2020)

mahkumiyetinin bulunmaması, suçun neticesinde ortaya çıkan mağdurun veya kamunun zararının aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi, mahkemece sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği yönünde kanaate varılması halinde HAGB kararına hükmedilebilir.”

Yargıtay’ın görevi kötüye kullanma suçunda HAGB kararına ilişkin kararında; *“görevi kötüye kullanma suçu açısından oluşan maddi zararın neden ibaret olduğunun somut olarak belirlenmesinden ve bu zararın diğer sanık.. tarafından giderilip giderilmediğinin araştırılmasından sonra sanığın kişilik özellikleri ve duruşmadaki tutum ve davranışları da irdelenerek yeniden suç işlemeyip işlemeyeceği hususunda ulaşılabilecek kanaate göre, hakkında hükmün açıklanmasının geriye bırakılmasının gerekip gerekmediğine karar verilmesi gerekirken, CMK’nın 231/6 maddesinde yer alan objektif ve sübjektif koşullar değerlendirilmeksizin, duruşma tutanaklarına yansımış olumsuz hali bulunmayan sanık hakkında zararın giderilmediğinden bahisle anılan müessesenin uygulanmasına yer olmadığına karar verilmesi kanuna aykırıdır.”*⁴⁴⁸

IV. ZAMANAŞIMI

Görevi kötüye kullanma suçları açısından dava zamanaşımı süresi, TCK’nın 66’ncı maddesinin birinci ila üçüncü fıkra hükümlerine göre, suçun işlendiği tarihten itibaren sekiz yıldır. TCK’nın 67’inci maddesi uyarınca soruşturma izninin istenildiği durumlarda dava zamanaşımı duracaktır. Ancak dava zamanaşımının durabilmesi için soruşturma izninin, izin vermeye yetkili makamdan istenmesi gerekmektedir.

YCGK’nın 28.03.2006 tarihli kararında; *“..sanık hakkında soruşturma izni vermeye yetkili olan makam yerine yetkili olmayan makam tarafından verilen soruşturma izninin hukuki sonuç doğurmaya elverişli olmadığı ve yasal dayanaktan yoksun olduğu gerekçesiyle dava zamanaşımını durdurmadığı, söz konusu somut olayda da dava zamanaşımının bu nedenle dolduğu..”* yönünde karar verilmiştir.

Zamanaşımı süresi, dava zamanaşımını kesen nedenlerin gerçekleşmesi halinde ise, TCK’nın 67’inci maddesinin dördüncü fıkra hükmüne göre dava zamanaşımı süresi en fazla on iki yıl olabilir.

Uygulamada hesaplama bakımından farklılık yaratan sorunun nedeni suçun işlendiği tarihin kabulünün ne zaman olduğuna yönelik farklı görüşlerden kaynaklanmaktadır.

Madde hükmünde belirtilen neticelerin suçun unsuru olarak kabul eden ve bizim de katıldığımız görüşlere göre; suçun tamamlanma anı söz konusu neticelerden en az birinin ortaya çıktığı zamanı kabul etmekle, suçun tüm kurucu unsurlarının dış dünyaya yansımından itibaren zamanaşımı süre hesaplamasının yapılması gerektiği yönündedir.

Ancak neticelerin suçun unsuru yerine objektif cezalandırılma şartı olarak kabul edilen görüşlere göre ise; suçun işlendiği zamanın şartın gerçekleştiği zaman olduğunu ve zamanaşımının da bu tarihten işlemeye başlayacağı belirtilmektedir.

İtalyan CK'nın 158'inci maddesinde, cezalandırılabilme şartı ihtiva eden suçlarda, dava zamanaşımının şartın gerçekleştiği andan itibaren başlayacağı açıkça düzenlenmiştir⁴⁴⁹.

⁴⁴⁹ BAŞARAN, syf:135

SONUÇ

Sağlık hukukun bir alt dalı olan tıp hukuku; ülkemizde gelişmekte olan, birçok konuda halen mevzuat çalışmaları tam olarak bitirilmemiş dinamik bir hukuk dalıdır. Buradan hareketle, bu çalışma süresince görülen en büyük eksiklik; tıp hukukuna ilişkin mevzuatların çok dağınık olması ve bu yüzden özellikle hekimin görevi kötüye kullanma suçu hakkında hukukçuların gerek suç tespiti gerekse cezai sorumluluğu hakkında ortak bir görüşünün olmadığı ortaya çıkmıştır.

Bu çalışmayla, TCK'nın 257'inci maddesinde düzenlenen görevi kötüye kullanma suçunu düzenleyen maddenin birinci ve ikinci fıkrasında suçun icrai veya ihmali surette işlenebilen halini gösteren iki ayrı suç tipi öngörülmüştür. Ancak kanun metninde belirtilen neticelerin suçun maddi unsuru mu olduğu yoksa suçun objektif cezalandırılabilme şartı mı olduğu, bu tez çalışması süresince yapılan araştırmaların sonucu olarak, açıkça belirtilmediği görülmüştür. TCK'nın 257'inci maddesinde ortaya çıkan bu belirsizlik; maddenin gerekçesinde, maddede değişiklik yapan yasal düzenlemelerde de farklı uygulamalara neden olduğu, uygulamada ise, bu hususta yaklaşık yüzden fazla özünde birbirinden farklılıklar gösteren Yargıtay kararlarının bulunduğu hatta YCGK'nın bile içtihat birliği sağlayamadığı tespit edilmiştir. Dolayısıyla görevi kötüye kullanma suçuna ilişkin mahkemeler arasında içtihat birliğinin sağlanamaması, toplumun bu suç konusunda adalete olan inanç ve güvenini sarsacak bir hal gibi görülmeye başlanmıştır.

Buradan hareketle, söz konusu belirsizliğin giderileceği yasal düzenlemenin yapılmasına kadar, mevcut işlenen suçlarda, mukayeseli hukukta yer alan görevi kötüye kullanma suçuna karşılık gelen maddelere yer verilmesi, öğretide yer alan farklı görüşler çerçevesinde değerlendirme yapılması; bahsi geçen neticelerin suçun unsuru olarak kabul edilmesi gerektiği kanaatimizce doğru olacaktır. Bu kanaate varmamızda, benzer önerilerini bugüne kadar farklı çalışmalarda belirtmiş olan kişilerin fikir ve beyanları etkileyici olmuştur. Somut olarak denilebilir ki; suç tipinde öngörülen neticelerin farklı yorumlanmasının önüne geçilmesi, nispeten benzerlik gösteren olaylarda neticelerin suçun unsuru olarak kabul edilmesinde ve buna bağlı olarak cezaların verilmesinin sağlanabilmesi için yasama organına yeni bir kanun metninin hazırlanması ve bu kanun metninde neticelerin suçun unsurunu olduğunu açıkça belirten düzenlemelerin yapılması gerektiği düşünülmektedir.

Bir diğer uygulamada karışıklığa neden olan sorun ise; görevi kötüye kullanma suçunun genel bir suç tipi olarak öngörülmesi neticesinde “*Kamu İdaresinin Güvenirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar*” bölümü altında yer alan ve özel nitelikli suç tipi olarak öngörülen; zimmet, rüşvet, irtikap, denetim görevinin ihmali, görevi terki veya yapılmaması, kamu görevlisinin resmi belgede sahtecilik gibi suçlar arasında benzerlik ve farklılıkların tam olarak tespit edilememesidir. Bu sorunun giderilmesi amacıyla güncel Yargıtay kararları ışığından hekimin davranışlarının hangi suç tipini oluşturduğu açıkça belirtilmeye çalışılmıştır. Böylelikle suç tiplerinin doğru tayini ile birlikte hekimlerin hakkettiği suç tipinde öngörülen cezai yaptırımla cezalandırılması ve adaletin doğru bir şekilde tecellisi sağlanması hedeflenmiştir.



KAYNAKÇA

AKBULUT, Berrin, “*Türk Ceza Hukuku Temel Bilgiler*”, Seçkin Yayınevi, Mart 2019, Ankara, syf: 107-319

AKBULUT, Berrin, “*Ceza Hukuku Genel Hükümler*”(Genel), Adalet Yayınevi, 6.Baskı, Eylül 2019, Ankara, syf:85-798

ALAN AKCAN, Esra, “*Ötanazi*”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:71, Sayı:1 (Prof. Dr. Füsün SOKULLU AKINCI’ya Armağan), 2013, syf:3-12

ALDEMİR, Hüsnü, “*Uygulayıcılar İçin Ceza Hukuku Genel Hükümler Rehberi*”, Adalet Yayınevi, Kasım 2019, Ankara, syf:48-1055

ALTUN, Gürcan/**UĞUR ALTUN**, Betül, “*Açlık ve Açlık Grevlerinin Klinik, Etik ve Hukuki Açısından Değerlendirilmesi*” TTB Haberler, 2012 (http://www.ttb.org.tr/haberarsiv_goster.php?Guid=66f924fa-9232-11e7-b66d-1540034f819c#, Erişim Tarihi:13.9.2019)

ARTUK, M. Emin/ **GÖKCEN**, Ahmet/ **ALŞAHİN**, M. Emin/**ÇAKIR**, Kerim, “*Ceza Hukuku Özel Hükümler*” Adalet Yayınevi, 17.baskı, Ankara, Ekim, 2018, syf:1014-1138

ARTUK, Mehmet Emin/**YENİDÜNYA**, A. Caner, “*Ötanazi*”, DEÜHFD, Prof. Dr. Tuhan Tufan Yüce’ye Armağan, İzmir, 2001, syf:297-308

AYDIN, Aslı, “*Açlık Grevlerine Yapılan Tıbbi Müdahaleler ve Türk Ceza Hukuku Açısından Bir Değerlendirme*” (IV. Uluslararası Sağlık Hukuku Kongresi, Editörler; **HANCI**, İ. Hamit/**ÜNVER**, Yener) Seçkin Yayıncılık, 1.Baskı, Eylül, 2018, Ankara, syf:163-185

AYDIN, Erdem, “*Tıp Etiğinde Hasta Özerkliğine Saygı İlkesi*” (Etik) Erciyes Tıp Dergisi, Cilt:25, No:2, 2003, syf:2-16

AYDIN, Erdem, “*Tıp Etiğinde Temel İlkeler*” I.Ulusal Uygulamalı Etik Kongresi El Kitabı, Ankara, 2001, syf:2-37

AYDIN ŞAFAK, Ayşe, “*Türk Hukukunda Gebeliğin Sonlandırılması*”, Kadın Çalışmaları Yüksek Lisans Programı - Kadın ve Sağlık Dersi (http://bianet.org/files/doc_files/000/000/588/original/tu%CC%88rkiye_de_ku%CC

[%88rtaj_hakk%C4%B1n%C4%B1n_gelis%CC%A7imi.pdf](#), Erişim Tarihi:
23.05.2012)

BAŞARAN, Serkan, “*Türk Ceza Hukukunda Görevi Kötüye Kullanma*” Adalet Yayınevi, Ankara, Nisan, 2018, syf:45-135

BAYAT, Ali Haydar, “*Tıp Tarihi*” 3.baskı, İstanbul, Mayıs 2016, syf:93-156

BESİRİ, Arzu, “*Ötanazi ve Yaşam Hakkı*” TBB Dergisi, Sayı 86, 2009, syf:188-203

BORAN, Bedia, “*Açlık Grevine/Ölüm Orucuna Müdahale Sorunu Tıbbi ve Hukuki Yaklaşım*” Ankara Barosu Dergisi, Yıl:65, Sayı:3, Yaz 2007, syf:96-104

BITON SERDAROĞLU, Erika, “*Ötanazi-Ölme Hakkı (Euthanasia-Right to Die)*” Cevdet Yavuz’a Armağan, syf: 465-473

CENGİZ, Serkan “*Mahpusların Açlık Grevi ve Zorla Besleme Paradoksu Işığında Hekim Sorumluluğu*”, TBB Dergisi, Sayı:88, 2010, syf:421-438

CENTEL, Nur/**ZAFER**, Hamide/**ÇAKMUT**, Özlem, “*Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*”, Beta Yayınları C:I, 3. Baskı, İstanbul, 2016, syf:31-33

ÇİFTÇİOĞLU, Cengiz Topel, “*Yaşama Hakkı-Right to Live*” TBB Dergisi 2012 (103), syf:137-168

DEMİR, Simge, “*Kamu Görevlisi Hekimlerin Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Sorumluluğu*”, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Haziran 2018, syf:34-52

DEMİRBAŞ, Timur, “*Ceza Hukuku Genel Hükümler*”, Seçkin Yayınevi, 14.Baskı, Ankara, Eylül, 2019, syf: 233-553

DEMİRBAŞ, Timur, “*İnfaz Hukuku*” (İnfaz), Seçkin Yayıncılık, 6.Baskı, Ağustos, 2019, Ankara, syf:231-236

DEMİRÖRS, Özge/**HIZAL**, Sevinç Arslan, “*Türk Ceza Hukuku Açısından Ötanazi (Euthanasia in Terms of Turkish Criminal Law)*” Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 65(4), 2016, syf:1486-1491

DEMREN DÖNMEZ, Burcu, “*Türk Ceza Kanununda ‘Kamu Görevlisi’ Kavramı*” TBB Dergisi, 2011 (94), syf:95-125

DERYAL, Yahya, “*Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluk Şartı Olarak Hastanın Rızası*” (<https://sbu.saglik.gov.tr/hastahaklari/riza2.htm>, Erişim Tarihi:16.12.2019)

DİZDAR, Emre, “*Hekimlerin Cezai Sorumluluğu*”, Adalet Yayınevi, Ankara, Şubat, 2019, syf:4-57

DOĞAN, Koray, “*Rüşvet Suçunda Yapısal Değişim*”, Ankara Üniversitesi Yayınları, No:459, Prof. Dr. Nevzat TOROSLU’ya Armağan, Cilt I, Ankara, 2015, syf:337-357

DOĞMUŞ, Simay, “*AIHS Işığında Devletlerin Yaşama Hakkına İlişkin Pozitif Yükümlülükleri*”, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Eylül 2018, syf:26-109

DOĞRU, Osman, “*Yaşama Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-5*” Avrupa Konseyi, Temmuz 2018, syf:4-19

DÖNMEZ, Burcu, “*Ceza Muhakemesi Uygulamasında Görev Suçu*” DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan, C.19, Özel Sayı-2017, syf:2727-2748

DÖNMEZ, Burcu, “*TCK’da Çocuk Düşürtme Suçu Mukayeseli Hukuk ve AIHM’in Bakış Açısıyla Ceninin Yaşama Hakkının Sınırlandırılması*” (Çocuk) DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt:9, Sayı:2, 2007, syf:99-141

DUYSAK, Merve, “*Hekimin Tıbbi Uygulama Hatalarından Doğan Cezai Sorumluluğu*” II-Hukuk Gündemi Dergisi-Makaleler, Sayı:3, 2009, syf:25-38

DÜNYA TABİPLER BİRLİĞİ, “*Açlık Grevleri Konusunda Malta Bildirgesi*” (<http://debis.deu.edu.tr/DEUWeb/Icerik/Icerik.php?KOD=6719>, Erişim Tarihi: 7.09.2019)

ERSOY, Yüksel, “*Tıbbi Hatanın Hukuki ve Cezai Sonuçları*” TBB Dergisi, Sayı:53, 2004, syf:169-196

EREN, Mustafa, “*Ölüm Oruçları: Yaşamın Kutsallığı ve Direnme Hakkı İkileminde Bir Eylem Tarzı / Death Fasts: A Kind of Action within the Dilemma between the Sanctity of Life and the Right to Resist*” MSGSÜ Sosyal Bilimler Dergisi, Sayı:1, 2017, syf:126-141

FEYZİOĞLU, Metin, “*Açlık Grevi*” Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:43, Sayı:01, 1993, s:157-168

GÜLEL, İlhan, “*Tıbbi Müdahaleye Rıza*” Seçkin Yayıncılık,1.Baskı, Ocak, 2018, Ankara, syf:166-168

GÖKALP, Gültekin Can, “*Tıbbi Müdahalede Hukuka Uygunluk Şartı Olarak Rıza*” (<https://cangokalp.com/2019/02/04/tibbi-mudahalede-hukuka-uygunluk-sarti-olarak-riza/> Erişim Tarihi: 27.09.2019)

GÖKCAN, Hasan Tahsin, “*Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk*” Seçkin Yayınları, 3.baskı, Ankara, Nisan 2017, syf:190-846

GÖRKEMLİ, Burcu, “*Tıp Hukuku Bağlamında Güven İlkesi ve Ceza Hukuku Açısından Sonuçları*”, Ceza Hukuku Dergisi, Cilt:11, Sayı:32, Aralık 2016, syf:139-160

HAKERİ, Hakan “*Ceza Hukuku Genel Hükümler*” Adalet Yayınları, 17.Baskı, Ankara, 2014, syf:302-306

HAKERİ, Hakan, “*Tıp Hukuku*”, Seçkin Yayınevi, 19.baskı, Ankara, Şubat, 2020, syf:32-417

HANCI, İ. Hamit, Medimagazin Sayı:100 Tarih:18.11.2002 İnfazı Hakkında Kanun (<https://www.mevzuatdergisi.com/2005/06a/02.htm>, Erişim Tarihi:28.11.2019)

İMAMOĞLU, Hülya, “*Hasta Vasiyetine İlişkin Bazı Meseleler*” Ankara Üni. Hukuk Fak. Dergisi, Sayı:65, Cilt:1, 2016, syf:199-236

İNGİLİZ TABİPLER BİRLİĞİ (BMA), “*Medicine Betrayed/İhanete Uğrayan Tıp-Doktorların İnsan Hakları İhlallerine Karışması*”, Cep Kitapları AŞ, 1992 (http://www.tb.org.tr/eweb/aclik_grevleri/kitap.html, Erişim Tarihi:6.10.2019)

KAHRAMAN, Zafer, “*Medeni Hukuk Bakımından Tıbbi Müdahaleye Hastanın Rızası*” İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt:7, Sayı:1, 2016, syf:479-506

KANGAL, Zeynel T,“*Ceza Hukukunda Varsayılan Rıza*” Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:15, Yıl:2011, Sayı:4, syf:226-234

KARASERÇE, Ozan, “*Roma Uygarlığında Tıbbi Uygulamalar ve Kuramlar*”
Ankara Üniversitesi DTCTF Tarih Bölümü Lisans, syf: 3-47

KAZAKER, Gözde, “*Ceza Hukukunda Elverişsiz Teşebbüs*”, Adalet Yayınevi,
Ankara, Ekim 2019, syf:28-33

KEYMAN, Selahattin, “*Hekimin Cezaî Sorumluluğu*”, **AÜHFD**, C.XXXV, Sy:1-4,
1978, syf:58-79

KOCA, Mahmut/**ÜZÜLMEZ**, İlhan, “*Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*” (Genel)
Seçkin Yayınevi, 12.baskı, Ankara, Eylül, 2019, syf:88-818

KOCA, Mahmut/**ÜZÜLMEZ**, İlhan, “*Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*” Adalet
Yayınevi, 4.baskı, Ankara, Eylül, 2017, syf:914-978

KOÇ, Sermet, “*Adli Tıbbi Açından Malpraktis ve Hekim Sorumluluğu*”
(<https://www.toraks.org.tr/uploadFiles/book/file/173201492518-1422.pdf>, Erişim
Tarihi:6.12.2019)

KOÇ, Sermet, “*Yasal Düzenlemeler Çerçevesinde Hekim Sorumluluğu*”, (Hekim)
Türkdem Sayı:41 syf:33-38

KOÇAK SÜREN, Özlem, “*Organ ve Doku Naklinin Yasal ve Etik Açından
İncelenmesi*”, TBB Dergisi, Sayı 73, 2007, syf:183

KILINÇ, Bilal, “*Türk Ceza Hukuku Açısından Ötenazi*” Genç Hukukçular Hukuk
Okumaları, syf:299-320

KORFF, Douwe, “*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2.maddesinin
Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap-Yaşam Hakkı*” Avrupa Konseyi İnsan Hakları
El Kitapları, No:8, 1.baskı, Kasım 2006, syf:8-25

MEMİŞ KARTAL, Pınar, “*Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK m.257)*” Marmara
Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.19, S.2, 2013,
syf:1374-1406

MERAN, Necati, “*Zimmet& 3.Yargı Paketindeki En Son Değişiklikler ve
Uygulamalarıyla Rüşvet - İrtikap ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları*” Seçkin
Yayınevi, 3.Baskı, Kasım 2013, Ankara, syf:44-649

OKUYUCU-ERGÜN, Güneş, “*Görevi Kötüye Kullanma Suçu*” TBB Dergisi, Sayı:82, 2009, syf:1-31

ÖMEROĞLU, Ömer, “*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında; Hükümlü, Tutuklu ve Gözaltındakilerin Açlık Grevi, Ölüm Orucu ve Müdahale Sorunu*”, EÜHFD, C. XV, S. 3-4 (2011), syf:83-105

ÖZALP, Tuba/ **ÖZALP**, Faruk, “*Hekimin Cezai Sorumluluğu*” Adalet Yayınevi, 2.Baskı, Mart, Ankara, 2016, syf:71-167

ÖZBEK, Veli Özer/ **DOĞAN**, Koray, “*Zorunluluk Halinin (TCK m.25/2) Hukuki Niteliği*”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt:9, Sayı:2, 2007, syf:195-222

ÖZBEK, Veli Özer/ **DOĞAN**, Koray/ **BACAKSIZ**, Pınar, “*Ceza Genel Hukuku Temel Bilgiler*” (Genel) Seçkin Yayıncılık, 10.Baskı, Eylül 2019, Ankara, syf:85-342

ÖZBEK, Veli Özer/ **DOĞAN**, Koray/ **BACAKSIZ**, Pınar, “*Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*” Seçkin Yayıncılık, 14.Baskı, Eylül, Ankara, 2019, syf:1127-1188

ÖZEN, Mustafa, “*Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri*”, (Genel) Adalet Yayınevi, Ankara, Ağustos, 2019, syf:80-243

ÖZEN, Mustafa, “*Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri*”, Adalet Yayınevi, Ankara, Ağustos, 2019, syf:772-955

ÖZEN, Muharrem/**EKİCİ ŞAHİN**, Meral, “*Ötanazi*” Ankara Barosu Dergisi, Yıl:68, Sayı:2010/4, syf:18-33

ÖZER, Oktay, “*Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Şartları*” (<https://www.kavlak.av.tr/tibbimudahale>, Erişim Tarihi:15.12.2019)

ÖZER ÖZBEK, Veli, “*İnfaz Hukuku*”, Seçkin Yayıncılık, 11.Baskı, Şubat, 2019, Ankara, syf:141-149

ÖZGENÇ, İzzet, “*Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*”, Seçkin Yayınevi, Eylül 2019, Ankara, syf:184-556

ÖZGENÇ, İzzet / **ÜZÜLMEZ**, İlhan, “*Ceza Genel Hukuku*”, 2.Baskı, Seçkin Yayınevi, Eylül 2019, Ankara, syf:43-139

ÖZPINAR, Berna, “*Tıbbi Müdahalede Kötü Uygulamanın Hukuki Sonuçları*” Ankara Barosu Yayınları, 1.baskı, Ankara, 2007, syf:8-69

ÖZSARI, Berat, “*Hollanda Hukukunda Ötanazi Düzenlemesi ve Türk Hukukunda Uygulanabilirliği Sorunu*” Adalet Yayınevi, 1.Baskı, Şubat, 2017, Ankara, syf:27-302

ÖZTÜRK, Bahri, “*Hata Hakları ve Ötanazi*”, DEÜHFD, Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce’ye Armağan, İzmir, 2001, syf:581

ÖZTÜRK, Bahri/ **ERDEM**, Mustafa Ruhan, “*Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*”- TCK Değişikliklerine Göre Yenilenmiş 19.Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, Eylül 2019, syf:199-468

PINAR, İbrahim, “*4483 Sayılı Kanuna Göre Memurlar ve Diğer Kamu Görevlileri Hakkında Ceza Soruşturması*” Seçkin Yayıncılık, Nisan, 2009, Ankara, syf:23-464

ŞARE, Ersin, “*Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs*”, TBB Dergisi, 2017, Sayı:130, syf:119-153

SEVİNÇ, Murat, “*Bir İnsan Hakları Sorunu Olarak: Açlık Grevleri*”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 57-1, syf:111-134

SOMER, Pervin, “*Roma Hukukunda Hekimin Sorumluluğu*” Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi-Hukuk Araştırmaları Dergisi (MÜHF-HAD), Cilt:14, Sayı:4, 2008, syf:134-147

SONAY EVİK, Vesile, “*Görevi Kötüye Kullanma Suçları (TCK m.257)*” Onikilevha Yayıncılık, 1.baskı, İstanbul, Mart, 2019, syf:6-240

SOYASLAN, Doğan, “*Ceza Hukuku Özel Hükümler*” Yetkin Yayınları, 11.Baskı, Ankara, 2016, syf:707-863

SEZER, Nazlı; “*Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu*” (<http://www.sezerutkaner.com/blog/tibbi-mudahalenin-hukuka-uygunlugu/>, Erişim Tarihi: 18.12.2019)

ŞAHBAZ, İbrahim, “*Bir Sosyal Hak Olarak Sağlık Hakkı*” TBB Dergisi, Sayı 86, 2009, syf:410-436

ŞARE, Ersin, “*Türk Ceza Kanununda Suça Teşebbüs*”, TBB Dergisi, 2017, Sayı:130, syf:144-167

ŞIK, Hüseyin, “*Görevi Kötüye Kullanma Suçu*” Marmara SBE Kamu Hukuku Anabilim Dalı (Danışman: ARTUK, M. Emin, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2007, syf:8-93

TAN, Turgut, “*İdare Hukuku*” Turhan Kitapevi Yayınları, 4.Bası, Ankara, Eylül, 2015, syf:16-27

TAŞKIN, Ahmet, “*Açlık Grevleri ve Hak Arama Hürriyeti*” AÜEHFD, C.VII, S.3-4, Aralık, 2003, syf:513-517

TEMİZ, Özgür, “*Türk Hukukunda Bir Temel Hak Olarak Sağlık Hakkı*” Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Cilt:69, No:1, 2014, syf:167-186

TEZCAN, Durmuş/ **ERDEM**, Mustafa Ruhan/ **ÖNOK**, R. Murat, “*Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*” Seçkin Yayıncılık, 17.baskı, Eylül, 2019, Ankara, syf:960-1170

TEZCAN, Durmuş/ **ERDEM**, Mustafa Ruhan/**SANCAKDAR**, Oğuz/ **ÖNOK**, R. Murat, “*İnsan Hakları El Kitabı*” Seçkin Yayıncılık, 8.baskı, Eylül, 2019, Ankara, syf:91-700

TIKIROĞLU, Akın, “*Tıbbi Müdahale Hatalarından Doğan Zararların Giderilmesi*” (Danışman: ERMUMCU, Senem, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi)- PAÜ Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Programı, Denizli, Aralık 2017, syf:19-48

TOHAV/Toplum ve Hukuk Araştırmaları Vakfı - Malta Bildirgesi (<http://www.tohav.org/malta-bildirgesi>, Erişim Tarihi: 7.9.2019)

TTB Haberler - “*Dünya Tabipler Birliği Malta Bildirgesini güncelledi*”,2017 (http://www.ttb.org.tr/haber_goster.php?Guid=dc62059a-b7f3-11e7-9b9a-3e055bbc9cd9, Erişim Tarihi: 8.9.2019)

TÜRKOĞLU, Türker, “*Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK 257/1- TCK 257/2)*”, Adalet Yayınevi, Nisan, Ankara, 2016, syf:3-99

ÜLMAN, Yeşim Işıl, “*Yaşamın Son Döneminde Tıbbi Tedavide Karar Verme Sürecine İlişkin Kılavuz*” Avrupa Konseyi, İstanbul, Ekim 2014, syf:17-56

ÜNVER, Yener, “*İftira, Suç Uydurma, Suç Üstlenme, Yalan Tanıklık ve Bilirkişilik, İnfaz Kurumlarından Kaçma*”, Seçkin Yayıncılık, 5.Baskı, Mayıs 2019, Ankara, syf:669-674

ÜZÜLMEZ, İlhan, “*Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK m.257)*” Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C.XVI, Y.2012, Sayı:1, syf:193-245

VALİYEV, Aıvaz, “*İslam Hukuku Açısından Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu*”, (Danışman: GÖKMENOĞLU, Hüseyin Tekin, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi) Selçuk Üniversitesi SBE Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalı- İslam Hukuku Bilim Dalı, Konya 2010, syf:17-32

YOKUŞ SEVÜK, Handan, “*Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Yargıtay Kararları- AİHM Kararları*” Adalet Yayınevi, Kasım, Ankara, 2018, syf:411-448

YURTCAN, Erdener, “*Yargıtay Kararları Işığında Rüşvet – Zimmet – İrtikap – Görevi Kötüye Kullanma Öteki Kamu Yönetimine Karşı Suçlar*” Seçkin Yayıncılık, 3.bası, Ocak, Ankara, 2020, syf:13-257

ZAFER, Hamide, “*Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK m.257)*” Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırmaları Dergisi, C.25, S.2, Prof. Dr. Ferit Hakan BAYKAL Armağanı, Aralık, 2019, syf:1533-1568

ZENGİN, Nazmi, “*Sağlık Hakkı ve Sağlık Hizmetlerinin Sunumu*” Sağlıkta Performans ve Kalite Dergisi, syf:44-52