

İSTANBUL BİLGİ ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ PROGRAMLAR ENSTİTÜSÜ
HUKUK YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

TÜRK CEZA HUKUKU BAĞLAMINDA
PSİKIYATRİDE TIBBİ UYGULAMA HATALARI

Miray SEZER

119614015

Dr. Öğr. Üyesi Öznur SEVDİREN

Prof. Dr. Ahmet Tamer AKER

İSTANBUL

2021

**Türk Ceza Hukuku Bağlamında
Psikiyatride Tıbbi Uygulama Hataları**

**Malpractice in Psychiatry
in the Context of Turkish Criminal Law**

Miray SEZER

119614015

Tez Danışmanları : Dr. Öğr. Üyesi Öznur SEVDİREN

İstanbul Bilgi Üniversitesi

Prof. Dr. Ahmet Tamer AKER

İstanbul Bilgi Üniversitesi

Jüri Üyeleri : Dr. Öğr. Üyesi Barış ERMAN

Yeditepe Üniversitesi

Prof. Dr. Ahmet Nezi̇h KÖK

Atatürk Üniversitesi

Doç. Dr. Devrim AYDIN

Ankara Üniversitesi

Savunma Tarihi : 25/06/2021

Toplam Sayfa Sayısı : 125

Anahtar Kelimeler (Türkçe)

1) psikiyatri

2) tıbbi uygulama hataları

3) Türk ceza hukuku

4) tıp hukuku

5) etik

Anahtar Kelimeler (İngilizce)

1) psychiatry

2) malpractice

3) Turkish criminal law

4) medical law

5) ethics

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	iii
KISALTMALAR	vi
ŞEKİL LİSTESİ.....	vii
ABSTRACT	viii
ÖZET.....	ix
GİRİŞ	1
I. BÖLÜM - TIP HUKUKUNA DAİR YASAL DÜZENLEMELER VE İNSAN HAKLARI BOYUTU	5
1. GENEL OLARAK	5
1. Uluslararası Düzenlemeler	6
2. Ulusal Düzenlemeler	8
2.1. Kanunlar	8
2.2. Tüzük ve Yönetmelikler.....	9
2.3. Meslek Odalarının Yayınladığı Kurallar.....	9
2. CEZA HUKUKU BAĞLAMINDA TIBBİ MÜDAHALE	10
1. Tıbbi Müdahale Kavramı	11
2. Ceza Hukuku Çerçevesinde Tıbbi Müdahale.....	18
II. BÖLÜM - TIBBİ UYGULAMA HATASI VE KOMPLİKASYON KAVRAMLARI	24
1. TIBBİ UYGULAMA HATASI (MALPRAKTİS)	24
2. KOMPLİKASYON	31
3. TIBBİ UYGULAMA HATASI VE KOMPLİKASYON AYRIMI	33

III. BÖLÜM - TIBBİ UYGULAMA HATASINA NEDEN OLABİLECEK BİLEŞENLER	36
1. AYDINLATILMIŞ ONAM VE CEZAİ SORUMLULUK.....	36
1. Genel Olarak	36
2. Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü.....	38
2.1. Güvenlik Aydınlatması	40
2.2. Riziko Aydınlatması	40
3. Hastanın Onamı.....	41
4. Psikiyatri Bağlamında Aydınlatılmış Onam ve Tıbbi Uygulama Hatası.....	43
5. Aydınlatma Yükümlülüğünün Şekli	44
6. Varsayılan Rıza	46
7. Zorla Yatırma ve Ardılı Tedavide Aydınlatılmış Onam ve Cezai Boyutu.....	49
7.1. Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması (TMK madde 432). 50	
7.2. Gözlem Altına Alma (CMK madde 74).....	61
7.3. Zorla Yatırmada Kararında Görevli Mahkeme	65
2. TEŞHİS VE TEDAVİ HATASI HALİNDE CEZAİ SORUMLULUK	68
1. İntihar ve Zarar Eğilimli Hastalarda Teşhis ve Tedavi Yükümlülüğü	71
3. İLAÇ UYGULAMASI BAĞLAMINDA CEZAİ SORUMLULUK....	77
1. Akılcı İlaç Kullanımı.....	80
4. MESLEKİ SINIRLARIN İHLALİNDE CEZAİ SORUMLULUK	83

IV. BÖLÜM - PSİKİYATRİ UYGULAMALARI NEDENİYLE	
HEKİMİN CEZAİ SORUMLULUĞU	91
1. TAKSİR VE NEDENSELLİK BAĞI KAVRAMLARI	91
1. Nedensellik (İllyet) Bağı	93
1.1. Şart Teorisi ve Objektif İsnadiyet Teorisi	93
2. Taksir	96
2. PSİKİYATRİST HEKİMİN CEZAİ SORUMLULUĞU	101
1. Taksirle Ölüme Sebebiyet Verme Suçu	102
2. Taksirle Yaralama Suçu	103
SONUÇ	105
KAYNAKÇA	107

KISALTMALAR

ABD	Amerika Birleşik Devletleri
AİHM	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
Ailenin Korunmasına Dair Kanun	6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun
AYM	Anayasa Mahkemesi
BM	Birleşmiş Milletler
CİMER	Cumhurbaşkanlığı İletişim Merkezi
CMK	5271 Sayılı Ceza Muhakemeleri Kanunu
EKT	Elektro Konvülsif Tedavi
ESKHS	Ekonomik, Sosyal, Kültürel Haklar Sözleşmesi
HHY	Hasta Hakları Yönetmeliği
TBMM	Türkiye Büyük Millet Meclisi
TMK	Türk Medeni Kanunu
TTB	Türk Tabipler Birliği
TPD	Türkiye Psikiyatri Derneği
TCK	5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu

ŞEKİL LİSTESİ

Şekil.1

Tehlikelilik hali kriterleri.

ABSTRACT

Medical malpractice, which has been discussed in various aspects in our country for the last 20 years in terms of legal and ethical aspects, can be defined as the wrong practices of the physician, the harm of the patient due to the behavior of a physician who has the knowledge and skills of medicine in the patient-physician relationship, during the medical intervention, which is contrary to the obligation of attention and care. Today, however, we are witnessing the dynamic process of solutions sought for professional practice errors, which are the subject of the study, both by legal regulations and by the initiatives of professional chambers. The criminal liability of the physician refers to the responsibility for the crimes that may be committed while performing his duty arising from the law or the contract. For the criminal liability of the physician to occur, first, there must be an unlawful act by the physician, which constitutes a medical intervention and is regulated as a crime in the Turkish Penal Code No. 5237. These actions include errors in disclosure and consent, crossing professional boundaries, errors in diagnosis and treatment, and errors in medication administration.

Medical intervention errors seen in psychiatry are generally suicide cases, forced hospitalization, diagnostic errors, wrong drug administration, mistakes in consultation and occupational boundary violations. Despite the importance of the subject, studies on how the above-mentioned major medical practice errors occur in psychiatry and how they cause criminal liability for the psychiatrist are very few. In this study, the criminal liability of the psychiatrist will be discussed in the light of current legal regulations, limited to the main medical practice errors listed above.

ÖZET

Hukuki ve etik yönüyle ülkemizde son 20 yıldır çeşitli boyutlarıyla tartışılan tıbbi malpraktis, hekimin hatalı uygulamaları, hasta-hekim ilişkisinde hekimlik bilgi ve becerisine sahip bir hekimin tıbbi müdahalesi sırasında dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı bir davranışı nedeniyle hastanın zarar görmesi olarak tanımlanabilir. Bugün ise çalışmaya konu edilen mesleki uygulama hatalarına gerek kanuni düzenlemeler gerek meslek odalarının girişimleriyle aranan çözümlerin dinamik sürecine şahitlik etmekteyiz. Hekimin cezai sorumluluğu, kanundan veya sözleşmeden kaynaklanan görevini ifa ederken işlenebilecek suçlardaki sorumluluğu ifade etmektedir. Hekimin cezai sorumluluğunun meydana gelmesi için ilk olarak hekim tarafından tıbbi müdahale teşkil eden ve 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda suç olarak düzenlenen hukuka aykırı bir eylemi olmalıdır. Bu eylemler, aydınlatma ve onamda hata, mesleki sınırların aşılması, teşhis ve tedavide hata ve ilaç uygulamasında hata bağlamında meydana gelebilmektedir.

Psikiyatride görülen tıbbi müdahale hatalarını ise genellikle intihar vakaları, zorla yatırma, teşhis hataları, yanlış ilaç uygulamaları, konsültasyonda hatalar ve mesleki sınır ihlalleri oluşturmaktadır. Yukarıda bahsi geçen başlıca tıbbi uygulama hatalarının psikiyatride nasıl cereyan ettiği ve psikiyatrist hekim açısından nasıl cezai sorumluluk doğurduğu hakkında yapılan çalışmalar konunun önemine rağmen hayli azdır. Bu çalışmada, psikiyatrist hekimin yukarıda sayılan başlıca tıbbi uygulama hataları ile sınırlı olmak üzere cezai sorumluluğu güncel yasal düzenlemeler ışığında tartışılacaktır.

GİRİŞ

1948 yılından bugüne değin Dünya Sağlık Örgütü tarafından yapılan tanımlamada sağlık, yalnızca hastalığın olmaması değil bedensel, manevi, sosyal ve ruhsal bütünlük hali içinde iyilik halidir, kişinin kendisini iyi hissetmesidir¹. Hukuk öğretisinde ise sağlığın tanımı, fiziksel veya ruhsal rahatsızlık açısından belli bir dereceyi geçmeyen şekilde yaşamı sürdürebilme gücü olarak tanımlanmaktadır².

DSÖ'ye göre ruh sağlığı, “her bireyin kendi potansiyelini fark ettiği, yaşamın normal stresleriyle baş edebildiği, üretken ve verimli çalışabildiği ve kendi toplumuna katkıda bulunabildiği bir refah durumu³” olarak tanımlanmakta, bu duygu, düşünce veya davranış kombinasyonunda değişiklikler de ruh hastalığı olarak tanımlanmaktadır⁴. Ruhsal rahatsızlıkları, bireyde görülen uyumsuzlukları önleme, teşhis ve tedavi için uğraşan uzmanlık alanı olan psikiyatri pratiğinde yalnızca hekimler yer almamakta, psikoterapistler, klinik psikologlar, psikiyatri hemşireleri ve birçok uzman tarafından da sağlanmaktadır⁵. Bu çalışmada yapılan incelemede psikiyatristin cezai sorumluluğu ele alınacağından bahsedilen diğer uzmanların cezai sorumluluğuna ve sorumluluk kapsamına değinilmeyecektir.

Tıp biliminin insan oluşunun ve insana yaklaşımının getirdiği etik duyarlılık psikiyatri alanında da kendisini göstermektedir⁶. Psikiyatride önem teşkil eden etik kavramlar arasında kişilerin değerlerine, tecrübelerine, özerklik ve onuruna saygı gösterme, sadakat, zarar vermeme, yarar sağlama ve dürüstlüğün yer aldığı klinik

¹ <https://www.who.int/about/who-we-are/frequently-asked-questions>, Erişim Tarihi: 02.03.2021.

² HAKERİ, Hakan. 2020. *Tıp Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınevi, s. 94.

³ https://www.who.int/mental_health/who_urges_investment/en/, Erişim Tarihi: 12.03.2021.

⁴ <https://www.psychiatry.org/patients-families/what-is-mental-illness>, Erişim Tarihi: 12.03.2021.

⁵ GÜNDAY, Harun Mirsad. 2016. *Psikiyatristin Hukuki Sorumluluğu*. Ankara: Yetkin Yayınevi, s. 32.

⁶ ŞEMİN, Semih, ARAS, Şahbal. 2004. *Temel Yönleriyle Psikiyatride Etik*. İzmir: Dokuz Eylül Yayınları, s. 43.

yeterlilik önem arz etmektedir. Bu klinik yeterlilik de mesleki sınırları koruma ve aydınlatılmış onam gibi kavramlarla yakından ilişkilidir⁷.

Tıbbi müdahale, hekim tarafından tıp mesleği icra edilirken doğrudan ya da dolaylı olarak tedavi etme amacına yönelik olarak bireyin bedensel ve ruhsal bütünlüğüne karşı gerçekleştirilen her türlü müdahale olarak tanımlanmaktadır⁸. Psikiyatristin de hekim olmasının doğal sonucu olarak kendi alanıyla sınırlı olmak üzere yaptığı her türlü teşhis ve tedavi, bir tıbbi müdahale teşkil edecektir. Her ne kadar modern psikiyatride tedavi yöntemleri biyolojik ve psikolojik tedavi olmak üzere iki dalda incelense de her halükârda hastanın hastalığının tedavi etme ama güttüğü için tıbbi müdahale teşkil etmektedir.

Esasen her tıbbi müdahalede kişinin vücut bütünlüğünün ihlali söz konusu olmakta iken psikiyatride maddi vücut bütünlüğünü ihlali gerektirecek bir müdahale ile çok karşılaşmamaktadır. Bu durumda psikiyatri alanındaki tıbbi hata olgusunun tespitini ve nedensellik bağının kurulmasını güçleştirmektedir. Psikiyatri alanında ölçülebilirliğin somut olgulara dayanmaması, hastanın nedensel değişken hallerinin gözlenememesi de bu bağı güçleştirdiğinden⁹ tıbbi hata olgusu incelenirken hekimin dikkat ve özen yükümlülüğü bağlamında hastanın aydınlatılmış onamı, mesleki sınırların ihlali, teşhis ve tanı hataları, ilaç uygulamaları gibi olguların önem arz ettiği kanaatindeyiz.

Psikiyatri alanının konusu ve toplumsal farkındalık olan ruh sağlığı ve hastalıkları ülkemizde halen bedensel hastalıklara denk bir yere sahip değildir ve bu durum da kişide ruh hastalıklarına dair farkındalığın çoğunlukla gelişmemesine yol

⁷ ŞEMİN/ARAS, s. 68.

⁸ HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 270.; ÜNVER, Yener. 2009. Doktorların Malpraktis Ceza Hukuku Sorumluluğu ve Malpraktis-Komplikasyon Ayrımı, Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk, Sempozyum, 16-17 Ocak 2009, s.150, aktaran ÜMİT, Ceyda. 2017. «Hekimlerin Mesleklerinin Uygulanmasından Doğan Ceza Sorumluluğu.» *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 8 (32): 197-246.

⁹ KARAKAŞ, Sirel. 2002. «Nedensellik İlişkisi ve Pozitif Bilimin Amaçları Açısından DeneySEL ve Korelatif Yaklaşımlar.» *Klinik Psikiyatri Dergisi* 5: 72-81, s. 78.

açmaktadır. Bunun doğal sonucu olarak, hastaların çoğu hastalığının farkında olmamakla, farkında olsa dahi hastalığını kabul etmemekte ve tedavi konusunda da iş birliği yapmamaktadır¹⁰. Bedensel hastalıklarla ilgilenen tıp alanlarında hasta, hastalığı olduğunun farkındadır ve iyileşmek istediği için hekime başvurur, tedavi için iş birliği yapmaya yatkındır. Psikiyatri alanında ise ülkemizde farkındalık yüksek olmadığı için hastaların tedavide iş birliği gösterme oranlarının düşük olduğu ifade edilmektedir¹¹. Çalışmada ayrıntılı inceleneceği üzere hastanın tedaviye karşı çıkması halinde dahi toplumun bir parçasının olabilmesi, kendisine ve yakınlarına zarar vermemesi adına hastanın iradesi dışında tedavi uygulanması da mümkündür¹².

Tüm bu mesleki uygulamalarda uygulama hataları, diğer bir deyişle tıbbi malpraktis, görülmesi de olağandır. Türk Tabipler Birliği Disiplin Yönetmeliği'nde *“meslekte bilgi ve beceri yetersizliği, özen eksikliği, dikkatsizlik ve benzeri kusurlardan dolayı eksik ya da yanlış tanı ve tedavide bulunarak hastaya zarar vermek”* şeklinde tanımlanmaktadır. Tıbbi uygulama hatası, neticesinde cezai sorumluluk, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen öldürme, yaralama gibi suçlarda tartışma konusu olmaktadır. Kanaatimizce hekimin mesleği gereği uyguladığı tıbbi müdahale kasten işlenen suç tiplerine uymamaktadır. Özellikle hastanın sağlığına kavuşması, iyileşmesi saiki güdülen psikiyatrik tıbbi müdahalelerde hekimin uygulama hatası neticesinde kasıtlı suçlardan sorumlu tutulması isabetli olmayacaktır¹³. Bu sebeple çalışmamızda hekimin tıbbi uygulama hatası neticesinde cezai sorumluluğu incelenirken taksirli suçlar ele alınacaktır.

¹⁰ ÖRNEK BÜKEN, Nüket. 2018. «Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu Açısından Aydınlatılmış Onam Süreci ve Hasta Özerkliğine Saygı.» *TTB ve Tabip Odalarının Tıbbi Etik ve Deontolojiyi Koruma Yükümlülüğü* (Türk Tabipler Birliği Yayınları) 96-115, s. 104.

¹¹ GÖKTEPE, Esat Oğuz, röportaj yapan: Yasemin Oğuz. 1994. *Ülkemizde Psikiyatri Alanında Etik Sorunlar* Psikiyatri, Psikoloji ve Psikofarmakoloji Dergisi. 37-40, s. 37.

¹² A.g.e, s. 37.

¹³ HAKERİ, Hakan. Mayıs 2021. *Tıp Ceza Hukuku*. Seçkin Yayıncılık, s. 23, 24; DÖNMEZER, Sulhi, ERMAN Sahir. Ocak 2019. *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt II*. 14. Baskı. İstanbul: DER Yayınları, s. 280.

Hekimlerin cezai sorumluluğuna dair birçok çalışma mevcut iken psikiyatrist hekimin tıbbi uygulama hatasında cezai sorumluluğuna yönelik yapılan çalışmalar hayli azdır. Yapılan çalışmalarda ekseriyetle hekim-hasta arasında kurulan sözleşme bağlamında hukuki sorumluluğu incelenmiş; fakat hekimin cezai sorumluluğu bakir kalmıştır. Dolayısıyla psikiyatrist hekimin cezai sorumluluğu, tıbbi müdahaleden ve tıbbi uygulama hatası kavramlarından hareketle TCK’da düzenlenen taksirle öldürme ve taksirle yaralama bağlamında incelenecektir.

Bu suçlar için psikiyatride tıbbi uygulama hatası çerçevesinde yapılacak incelemede özel yasal düzenlemeler mevcut olmadığından uygulamada hekimin yükümlülüğünün ne olduğu ve sonucunda nasıl bir yaptırımla karşılaşabileceği ortaya konmaya çalışılacaktır. Bu inceleme, hekimin yasal yükümlülük sınırları açıkça çizilmemiş olan kişinin iradesi yerine mahkeme kararının esas alındığı zorla yatırma ve tedavisi hususunda aydınlatma ve onam hataları, intihar ve zarar eğilimli hastalarda teşhis ve tedavi hataları, ilaç uygulaması hataları ve mesleki sınırların ihlali çerçevesinde olacaktır.

I. BÖLÜM

TIP HUKUKUNA DAİR YASAL DÜZENLEMELER VE İNSAN HAKLARI BOYUTU

1. GENEL OLARAK

İlk defa Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 25. maddesi¹⁴ ile yaşam hakkı bağlamında sağlık hakkına yer verilmiştir. Böylece sağlık hakkı ile sosyal güvenlik hakkı bir bütün olarak düzenlenmiştir¹⁵. Bildirgenin ardından Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin 12. maddesi¹⁶ ile de sağlık standardı hakkı düzenlenmiştir. Sağlık hakkına ilişkin bu düzenlemelerle beraber AŞICIOĞLU/DEMİRCAN'ın tanımına göre kişilerin sağlık-bakım hizmetlerinden yararlanma haklarını, sağlık hizmeti verenler ve alanlar arasındaki ilişkiyi hak, yükümlülük ve sorumluluk bağlamında düzenlenmesi adına çeşitli alt dallarıyla beraber sağlık hukuku oluşmuştur¹⁷. Sağlık hukukunun alt dalı olan tıp hukuku da hekim ve hasta arasındaki ilişkiyi ve bu ilişkinin hukuki çerçevede hak, yükümlülük ve sorumluluklarını ele almaktadır¹⁸. Aşağıda inceleneceği üzere tıp hukukunun

¹⁴ “MADDE 25 - (1) Herkesin kendisinin ve ailesinin sağlık ve refahı için beslenme, giyim, konut ve tıbbi bakım hakkı vardır. Herkes, işsizlik, hastalık, sakatlık, dulluk, yaşlılık ve kendi iradesi dışındaki koşullardan doğan geçim sıkıntısı durumunda güvenlik hakkına sahiptir. (2) Anaların ve çocukların özel bakım ve yardım görme hakları vardır. Bütün çocuklar, evlilik içi veya evlilik dışı doğmuş olsunlar, aynı sosyal güvenceden yararlanırlar.”

¹⁵ <http://www.saglikhakki.org/saglikhak-ic.htm>, Erişim Tarihi: 12.05.2021.

¹⁶ “MADDE 12 - (1) Bu Sözleşmeye Taraf Devletler, herkesin mümkün olan en yüksek seviyede fiziksel ve ruhsal sağlık standartlarına sahip olma hakkını tanır.

(2) Bu Sözleşmeye Taraf Devletlerin bu hakkı tam olarak gerçekleştirmek amacıyla alacakları tedbirler, aşağıdakiler için de alınması gerekli tedbirleri içerir:

a) Varolan doğum oranının ve bebek ölümlerinin düşürülmesi ile çocukların sağlıklı gelişmelerinin sağlanması;

b) Çevre sağlığını ve sanayi temizliğini her yönüyle ileriye götürme;

c) Salgın hastalıkların, yöresel hastalıkların, mesleki hastalıkların ve diğer hastalıkların önlenmesi, tedavisi ve kontrolü;

d) Hastalık halinde her türlü sağlık hizmetinin ve bakımının sağlanması için gerekli şartların yaratılması.”

¹⁷ AŞICIOĞLU, Faruk, DEMİRCAN, Tunç. 2015. *Sağlık Hukuku ve Mevzuatı*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi, s. 6.

¹⁸ AŞICIOĞLU/DEMİRCAN, s. 10.

temel konuları, tıbbi uygulamaların hiç ya da gerektiği gibi uygulanmaması, teşhis ve tedavi gibi ana yükümlülüklerin dışında yan yükümlülüklerle aykırı davranılması, standart tıbbi uygulamadan sapma durumunda oluşan zararlardan doğan sorumluluklardır¹⁹.

Ülkemizde sağlık hakkına dair temel düzenleme Anayasa'nın 17. maddesi "(1) Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. (2) Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz." şeklinde yapılmış ve kişinin fiziksel hem ruhsal bütünlüğünü koruması ve geliştirmesi temel hak ve özgürlük olarak düzenlenmiş ve yalnızca kanunda yazılı kişilere tıbbi müdahalede bulunma yetkisi verilerek genel bir düzenleme yapılmıştır. Kanunla ve uluslararası sözleşmelerle yapılan düzenlemelerle beraber, ülkemizde kişinin beden ruh bütünlüğünün korunması için yönetmelik, tüzükler ve meslek odalarının yayınladığı düzenlemelerle de tıp hukuku alanı geliştirilmektedir.

1. Uluslararası Düzenlemeler

Aşağıda inceleneceği üzere Anayasa ve kanunlarla yapılan düzenlemelerin yanı sıra Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerle de kişinin beden ve ruh bütünlüğü korunmaktadır. Bu sözleşmeler, Anayasa'nın 90. maddesinin 5. fıkrası gereğince "*usulüne uygun yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmünde*" olup iç hukukumuzda düzenlenen kanunlarla eşdeğerdir. Dolayısıyla 03.12.2003 tarihinde Resmî Gazete'de yayınlanmasının ardından tam adı "Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi" yürürlüğe girmiştir. Sözleşmenin giriş kısmında taraf devletlerin BM İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunması Sözleşmesi, Avrupa Sosyal Şartı, Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi, ESKHS'deki hükümleri göz

¹⁹ AŞICIOĞLU/DEMİRCAN, s. 10.

önünde tutarak bu sözleşmeyi kabul ettikleri belirtilmektedir. Dolayısıyla bu sözleşme ile her şeyden önce insan olan hastanın sahip olduğu haklarının ayrıntılı olarak tıp alanındaki etkin koruması amaçlanmaktadır. İç hukukumuzda da uygulanabilirlik kazanan İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin 1. maddesinde *“Bu Sözleşmenin Tarafları, tüm insanların haysiyetini ve kimliğini koruyacak ve biyoloji ve tıbbın uygulanmasında, ayırım yapmadan herkesin, bütünlüğüne ve diğer hak ve özgürlüklerine saygı gösterilmesini güvence altına alacaklardır.”* hükmü ile amacı belirtilmiş ve taraf devletlerin sözleşmede öngörülen tedbirleri almasını sağlamış, devletlere gerekli hukuki düzenlemeleri yapma yükümlülüğünü yüklemiştir. Sözleşme'nin 7. maddesi ile Dünya Tıp Birliği'nin kabulüne göre de akıl hastalığına sahip kişiler bakımından da düzenleme yapılarak bu kişilere uygulanacak tıbbi müdahale ve tedavi için aranan yasal işlemlerin usulüne uygun olarak yapılması vurgulanmıştır²⁰.

İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'ni takiben 2005 yılında BM tarafından yayınlanan Biyoetik ve İnsan Hakları Bildirisi de sağlık hakkı ve insan hakları bağlamında insan onuruna ilişkin düzenlemeler içermekte *“insanın önceliği”* ilkesine yer verilmiştir²¹.

Dünya Ruh Sağlığı Kongresi'nde 2 yılda bir yayınlanan Dünya Ruh Sağlığı Bildirgesi'nde hasta-hekim ilişkisinde hastanın tedavi için zorlamaya maruz kalmadan, onurlu, kaliteli yaşama sahip olma ve kaliteli tedavi görme hakkı, tedavi öncesinde rızasının alınması, tedavide ayırım yapılmaması, mahremiyet, fiziksel ya da psikolojik şiddet görmeme, hekimin ilgisizliği ve ihmaliyle korunma, klinik durumundan yeterince bilgi sahibi olma hakkı ve benzerlerinin mevcudiyetine vurgu yapılmıştır²². İnsan haklarında ideal belirleyen BM İnsan Hakları Evrensel

²⁰ Medical Ethics Manual, The World Medical Association, 2005, France, aktaran KÖK, Ahmet Nezih. 2005. «İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesine Göre Aydınlatma ve Rıza.» *1. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu Sayısı*. Kamu Hukuku Arşivi. 116-121, s. 121.

²¹ GÜRBÜZ, Nagehan. 2014. *Biyotıp Hukukunda İnsan Onuru*. On İki Levha Yayıncılık, s. 34, 35.

²² SEVİNÇOK Levent (çev): İnsan Hakları ve Ruh Sağlığı Bildirgesi Psikiyatri Bülteni, 1992, 3:142-43, Hekimler Yayın Birliği, aktaran İLNEM C., İLNEM M. (1999), «Psikiyatri Pratiğinde Hatalı Uygulamalar.» *Düşünen Adam* 4-15, s. 6.

Bildirgesi'nin 25. maddesi ve BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmenin 12. maddesi ile de düzenlenen bu korunan değerler, insan haklarının hukuken korunan yapı taşlarını oluşturmaktadır²³. Bu düzenlemelerden hareketle hekim, uyguladığı her tedavide bunu mutlaka göz önünde bulundurmmalıdır, kurulan hasta-hekim ilişkisinde insanın yalnızca insan olmasından dolayı sahip olduğu hakları ve korunan değerleri bakımından iki taraf da eşit durumdadır.

2. Ulusal Düzenlemeler

Ülkemizde normlar hiyerarşisi esas olduğundan tıp hukukuna dair düzenlemeler Anayasa'nın anlayışına uygun olarak²⁴ Anayasa ile sınırlı kalmayıp çeşitli özel düzenlemeler yapılmıştır.

2.1. Kanunlar

Tıbbi müdahalede bulunacak kişinin kim olduğu ise 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun ve 6023 sayılı Türk Tabipler Birliği Kanunu'nda sınırlı şekilde sayılarak özel bir düzenleme yoluna gidilmiş ve bu düzenlemelerde kişinin biricik olan beden ve ruh bütünlüğü koruma altına alınarak kanunlarda yetkili sayılan kişiler sınırlı addedilmiştir. Başka bir deyişle kanunda, tıbbi müdahaleyi icra etmek üzere yetkilendirilen kişiler hakkında yapılan düzenleme ile hukuken emredici norm oluşturulmuştur.

Çalışmamızın ana konusunu oluşturan psikiyatri ve ruh sağlığı alanına dair özel kanuni düzenlemeler taslak halinde olup ülkemizde yürürlükte değildir. Ancak

²³ “MADDE 25 – (1) Herkesin kendisinin ve ailesinin sağlık ve refahı için beslenme, giyim, konut ve tıbbi bakım hakkı vardır. Herkes, işsizlik, hastalık, sakatlık, dulluk, yaşlılık ve kendi iradesi dışındaki koşullardan doğan geçim sıkıntısı durumunda güvenlik hakkına sahiptir.”; “MADDE 12 – (1) Bu Sözleşmeye Taraf Devletler, herkesin erişilebilir en yüksek bedensel ve ruhsal sağlık standardından yararlanma hakkını tanır.”

²⁴ KÖK, Ahmet Nezih. 2018. «İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin Uygulanmasında Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu.» *Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Dergisi* (1): 147-162, s. 153.

uygulamada yukarıda tıp hukukuna dair bahsedilen genel çerçeveler dahilinde psikiyatrist hekime de alan çizilmektedir. Konu ile ilgili ilk özel düzenleme Sağlık Bakanlığı tarafından yayınlanan 2011-2023 Ulusal Ruh Sağlığı Eylem Planı çerçevesinde 2018 yılında Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne sunulan Ruh Sağlığı Kanun Teklifi²⁵ ile atılmış; fakat halen yasalaşmamıştır. Bu kanun teklifinin yasalaşması halinde psikiyatrinin konusu ilgilendiren ruh sağlığı konusunda uluslararası sözleşmelerde ön görülen seviyeye bir adım daha atılmış olacak, hasta-hekim ilişkisinde bilinmezlikler iki taraf için de giderilecektir.

2.2. Tüzük ve Yönetmelikler

İlk olarak 1960 yılında yürürlüğe giren Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi (Tüzüğü) ile hekim ve dış hekimlerinin hasta ile kuracağı ilişkideki esaslar belirlenmiş, ardından 1998 yılında yürürlüğe giren Hasta Hakları Yönetmeliği ile hastanın sahip olduğu hakları öğrenmesi ve bu haklarından yararlanabilmesi, olası hak ihlallerinin önlenmesi için düzenleme yapılmıştır. Bu yönetmelik ile hasta hakları, insan haklarının tıp alanındaki yansıması²⁶ olarak vücut bulmuş ve hukuk sistemimizde önceki düzenlemelere nazaran dinamik, güncel ve önemli bir tanım olarak literatüre girmiştir²⁷.

2.3. Meslek Odalarının Yayınladığı Kurallar

Yapılan yasal düzenlemeler dışında, Türk Tabipler Birliği tarafından 1999 yılında Hekimlik Meslek Etiği Kuralları yayınlanmıştır²⁸. Bu kurallar dizisi, TTB

²⁵ Kanun Teklifi Tam Metni İçin Bkz.: <https://www.tbmm.gov.tr/d27/2/2-0858.pdf>

²⁶ KÖK, İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin Uygulanmasında Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu, s. 153.

²⁷ TÜMER, Ali Rıza. 2015. *Komplikasyon ve Malpraktis Ayrımı*. Kasım 2015. Erişim Tarihi: 03.04.2021. <https://alirizatumer.com.tr/komplikasyon-ve-malpraktis-ayrimi/>; Hasta Hakları Kılavuzu, https://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com_content&view=article&id=984:hasta&catid=26:etik&Itemid=65.

²⁸ Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın tam metni için bkz.: https://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com_content&id=65&Itemid=31

tarafından güncellenmekle beraber hekimlerin, mesleklerini icra ederken uymakla yükümlü olduğu etik kurallar somut hale gelmiştir. Yapılan bu düzenlemeler çerçevesinde, hekimin uzman olduğu alana, tıbbi müdahalede bulunup bulunmamasına bakılmaksızın her hekimin kanuna, yönetmeliğe, tüzüğe ve TTB tarafından yayınlanan kurallara “*insana insan olarak hizmet*” etme esasıyla bağlı olduğu kabul edilmiştir. 2002 yılında ise Türkiye Psikiyatri Derneği tarafından tıp alanındaki genel etik kurallarından sapmamak fakat psikiyatri alanının kendisine özgü etik kuralları da Ruh Hekimliği (Psikiyatri) Meslek Etiği Kuralları adı altında yayınlanmıştır²⁹.

2. CEZA HUKUKU BAĞLAMINDA TIBBİ MÜDAHALE

Geçmişten günümüze kadar tıp mesleğini icra edenler için tıp biliminin ahlaki ve toplumsal yönü, zarar vermeme ilkesiyle iç içedir. Hekimlerin mesleklerini icra etmeye başlamadan önce ettikleri Hipokrat Yemini’nde de “*primura non nocere*” (“*önce zarar verme*”) şeklinde geçtiği üzere hekimlik mesleğinin icra edilmeye başlandığı ilk zamanlarda dahi etik ve ahlaki olarak zarar vermemek esas kabul edilmiştir. Bu ilkedeki zarar kavramının yalnızca hastaya değil, hasta yakınlarına ve hatta topluma zarar vermemeyi de kapsadığı belirtilmektedir³⁰. Bu ilkeden hareketle yapılan tıbbi müdahalelerde hekimin etik olarak iyileştirmeye yönelik hareket ettiği, hastaya zarar verme kastının olmadığı kabul edilebilir, dolayısıyla tıbbi uygulama hataları ceza hukuku açısından taksir kavramı içinde ele alınmaktadır, bu amaca yönelik müdahalede bulunulmaması halinde ise hekim, müdahalesi neticesinde gerçekleşebilecek zararlardan kasten sorumlu olacaktır³¹. Belirtmeliyiz ki, hekimin kasıtlı olarak hastaya zarar vermesi tıp etiği ve kurallarına

²⁹ Ruh Hekimliği (Psikiyatri) Meslek Etiği Kuralları’nın tam metni için bkz.: <https://psikiyatri.org.tr/tpd-kutuphanesi/belge/311>

³⁰ OĞUZ, N. Yasemin. 2001. *Psikiyatri ve Etik*. Yenilenmiş 2. Baskı, *Ruhsal Hastalıklar* içinde, Ed. Nevzat Yüksel, 825-841. Ankara: Çizgi Yayınevi, s. 826.

³¹ YENERER ÇAKMUT, Özlem. 2003. *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi*. Legal Yayıncılık, s. 243, 244.

da aykırı olacağından zarar verme kastı ile yapılan herhangi bir eylem ile bu uygulama hataları dar ya da geniş anlamıyla dahi söz konusu olmayacaktır, bu durum yalnızca tıp biliminin suça alet edilmesine de yol açacaktır³².

Ceza hukuku bağlamında tıbbi müdahaleden önce tıbbi müdahale kavramına değinmekte fayda görmekteyiz.

1. Tıbbi Müdahale Kavramı

Kanunda düzenlenen her suçta bir hukuki değerin korunması amaçlanır. Bu hukuki değerlerden biri de temel bir kişilik hakkı olan vücut dokunulmazlığıdır. Kişinin maddi ve manevi bütünlüğünün bir bütün olduğundan hareketle, ruh sağlığı da kişinin vücut bütünlüğünün ayrılmak bir parçasıdır³³. Kanunda öngörülen hallerle sınırlı olmak üzere kişinin vücut dokunulmazlığı hukuka uygun olarak tıbbi müdahale ile ihlal edilebilmektedir. Tıbbi müdahalenin tanımına “*kişileri hastalık, sakatlık ve diğer istenmeyen tıbbi durumlardan koruma, bu durumlar oluşmuşsa tanı koyma ve tedavi etme, iyileşmeden sonraki sosyal iyilik halinin devamını sağlama gibi sebeplerle; konusunda eğitim almış kişiler tarafından (resmi diploma sahibi ve Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olmak), tıp bilimi ve tekniği çerçevesinde, rıza dahilinde gerçekleştirilen kişinin beden ve ruh sağlığını etkileyen hareketler*”³⁴ şeklinde yer verilmektedir. Ülkemizdeki mevcut yasal düzenlemelerde ise kavramsal olarak tıbbi müdahale, yetkili hekimler tarafından bir hastalık

³² BİRTEK, Fatih. 2015. «Tıbbi Uygulama Hataları Bakımından Taksir-Bilinçli Taksir Ayrımı (Komplikasyon-İzin Verilen Risk Bağlamında).» *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 10 (1): 63-106., s. 69.

³³ YENERER ÇAKMUT, s. 24.

³⁴ CAN, İsmail Özgür, ÖZKARA, Erdem, CAN, Muhammed. 2011. «Yargıtayda Karara Bağlanan Tıbbi Uygulama Hatası Dosyalarının Değerlendirilmesi.» *Dokuz Eylül Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi* 25 (2): 69-76.

tedavisinde doğrudan veya dolaylı olarak etkili olmak üzere yapılan her türlü faaliyet olarak tanımlanmaktadır³⁵.

Vücut dokunulmazlığının tipik olarak ihlalinde³⁶ uluslararası ve ulusal mevzuatlarda çeşitli cezai yaptırımlar düzenlenmiştir. Her suçun bir hukuksal değer ihlali olduğu; ancak her hukuksal değer ihlalinin suç teşkil etmediğinden hareketle, vücut dokunulmazlığının tıbbi müdahale ile ihlal edilmesi halinde birtakım şartlar sağlandığında cezai müeyyidesi olmayacaktır. Bu şartlar 4 maddede şu şekilde belirtilmektedir:

- Müdahaleyi gerçekleştiren kişinin kanunen yetkili olması,
- Müdahalenin tıp bilimi çerçevesinde zorunluluk arz etmesi (endikasyon),
- Müdahale öncesinde aydınlatılmış olan hastanın onamı, rızası,
- Tıp bilimi verilerine göre gerekli ve bu verilere paralel olarak yapılan müdahale³⁷.

Tıbbi müdahaleyi hukuka uygun kılan bu şartlar bakımından ön şart olarak değerlendirilebilecek kanunen yetkili olma halinden de anlaşılacağı üzere tıbbi müdahaleyi bütün sağlık hizmeti sağlayıcıları yapmaya yetkili değildir; çünkü bir müdahalenin tıbbi müdahale sayılabilmesi için hastanın maddi ve manevi bütünlüğüne sirayet edecek bilimsel ve teknik bir tıbbi faaliyet olması gerekir. Örneğin, hastanın hastaneye giriş kaydını yapmak gibi idari işlemler de sağlık hizmeti sayılabilir; ama tıbbi müdahale sayılamayacaktır. Kanundan kaynaklanan bu yetkinin öznesi olan kişi ise hekim, hemşire gibi sağlık personeli olabilir. Tıp mesleği gereği tıbbi müdahalelerde hakkın yerine getirilmesi sağlanırken 1219 Sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun hükümlerince

³⁵ AYAN, Mehmet. 1991. *Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluk*. Ankara: Kazancı Hukuk Yayınevi, s.5.

³⁶ PAKEL, Ezhan Doğan. 2019. «Tıp Hukukunda İzin Verilen Risk.» *Yüksek Lisans Tezi*. İstanbul Medeniyet Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Tıp Hukuku Anabilim Dalı, Temmuz, s. 92.

³⁷ HATİPOĞLU, Gözde. 2021. *Hekimin Görevi Kötüye Kullanma Suçu Bakımından Cezai Sorumluluğu*. Ankara: Seçkin Yayıncılık., s. 81.

tıbbi müdahalede bulunmaya yetkili kişiler sayılmıştır. Bu kişiler, hekim, madde 3 hükmünce “*küçük sıhhiye memurları*”, madde 29 ve 30 hükmünce “*dişçiler*”, madde 68 ve devamı hükümlerinde yetkilendirilen “*ebeler*”, “*sünnetçiler*” ve “*hasta bakıcı hemşireler*”, TCK’nın 280. Maddesinde ise sağlık mensubu olan kişiler “*tabip, diş tabibi, eczacı, ebe, hemşire ve sağlık hizmeti veren kişiler*” olarak sayılı olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla kanun tarafından kendisine yetki verilmemiş kişilerin yaptığı tıbbi müdahaleler hukuka aykırı olacaktır.

Bir müdahale her ne kadar bir hekim tarafından icra ediliyor olsa da bu müdahalenin tedavi amacı taşıması gerekir. Psikiyatrist hekimin tıbbi müdahalede amacı, hastanın ruhsal dünyasında yaşadığı hastalığı tedavi etmek olmalıdır. Tedavi ile hastalığın tamamen ortadan kaldırılamadığı hallerde ise yapılan tıbbi müdahale, içinde bulunulan hastalık durumunun yansımalarını hafifletmek ve hastayı bir nebze olsun rahata kavuşturma amacı taşınmalıdır. Bu tedavide kurulan terapötik ilişkide sınırların kesin olarak çizilebilmesi ilk önce rahatsızlığın belirlenmesine bağlıdır; çünkü kural olarak psikiyatrist hekim, psikiyatrik rahatsızlığı bulunmayan kimseyi tedavi etme yükümlülüğü altında değildir³⁸.

Endikasyon şartına ilişkin olarak doktrinde endikasyonun tıbbi müdahalenin hali hazırda tıp bilimi çerçevesinde icra edildiğine ilişkin değerlendirmeler mevcuttur³⁹, başka bir deyişle endikasyon, hekimin zaten gözetmesi gereken özen yükümlülüğü içindedir⁴⁰. Dolayısıyla ayrı bir hukuka uygunluk şartı olarak değil, hekimin yapacağı müdahalenin tıp biliminin verilerine göre ve özenli biçimde, etik ilkelere dayanarak yapma şartının doğal olarak içinde yer aldığı kanaatindeyiz. Nitekim Yargıtay kararlarında⁴¹ da “(...) *Çeşitli tedavi yöntemleri arasında bir seçim*

³⁸ GÜNDAY, s. 52.

³⁹ HAKERİ, Tıp Ceza Hukuku, s. 34.

⁴⁰ HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 270.; KAYAER, s. 284, 285.; ERSÖZ, Kürşat. 2010. «Tıbbi Müdahale Kavramı ve Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Şartları.» *Terazi Hukuk Dergisi* 5 (45): 105-122, s. 108.

⁴¹ Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 2007/14545 Esas, 2008/3803 Karar, 18.03.2003; 2005/3645 Esas, 2005/11796 Karar, 08.07.2005. Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı. Erişim Tarihi: 12.04.2021.

yapılırken, hastanın ve hastalığın özellikleri göz önünde tutulmak, onu risk altına sokacak tutum ve davranışlardan kaçınılması ve en emin yol seçilmelidir. Gerçekten de müvekkil (hasta), mesleki bir iş gören doktor olan vekilden, tedavinin bütün aşamalarında titiz bir ihtimam ve dikkat göstermesini beklemek hakkına sahiptir. Gereken özeni göstermeyen vekil, BK.nun 394/1 maddesi hükmü uyarınca, vekaleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır.” şeklinde dikkat ve özen yükümlüğünün doğal bir getirisi olarak değerlendirilmiştir.

Günümüzdeki hukuk düzeni, bireye, kendisi ile ilgili ve belli durumlarda olmak üzere başkaları tarafından tasarrufta bulunması için rıza göstermesini yeterli kabul etmektedir. Kişinin kendisi üzerinde sahip olduğu yetkisini temel alarak verdiği rıza, rıza verdiği kişi ya da kişiler tarafından gerçekleştirildiği sürece hukuka uygun olacaktır. Başka bir deyişle, belli konular özelinde tasarrufta bulunulması için hukuka uygun olarak verilen rıza ile gerçekleştirilen eylemler hukuka uygundur⁴². Tıbbi müdahalenin de kişinin beden ve ruh bütünlüğü üzerindeki tasarruf olduğundan hareketle, müdahalenin muhatabı olacak kişinin rızası, tıbbi müdahaleyi hukuka uygun kılar. Ne var ki, hastanın vermesi beklenen rızayı vermeden önce hasta, ilgili müdahalenin ne olduğuna dair hastanın bilgi düzeyinde, anlaşılabilir bir şekilde hekim tarafından bilgilendirilmeli, aydınlatılmalıdır. Hastanın aydınlatılma aşamasından sonra tıbbi müdahale için rızasının aranması gerekliliğine ilk olarak 1981 yılında Dünya Tabipler Birliği tarafından yayınlanan Lizbon Bildirgesi’nin 3. maddesi ile “*Hasta yeterli ölçüde bilgilendirildikten sonra önerilen tedaviyi kabul veya reddetme hakkına sahiptir.*” şeklinde düzenleme yapılmıştır. 1994 yılında ise Dünya Tabipler Birliği, yayınladığı Amsterdam Bildirgesi’nin 3. maddesinin 2. fıkrasında “*Hasta, tıbbi girişimi reddetme veya durdurma hakkına sahiptir.*” şeklinde güncel yorum katılarak hastanın önceden rıza

⁴² BORAN, Bedia. 1-3 Kasım 2017. “*Aydınlatılmış Rıza*”, Sağlık Hukuku Kurultayı, s. 85, aktaran ERSÖZ, s. 110.; TOROSLU, Nevzat. 2012. *Ceza Hukuku Genel Kısım*. Ankara: Savaş Yayınevi, s. 178.

verdiği icra edilecek veya icra edilmeye başlanan tıbbi müdahaleden vazgeçme hakkına değinilmiştir.

Mevzuatımızda ise her türlü tıbbi müdahale için hastanın rızasının ve hastanın rıza beyanını bildirmeden önce aydınlatılması gerektiği düzenlenmiştir. İleriki bölümlerde ele alınacağı üzere bu düzenlemeler, 1219 Sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 70. maddesinin 1. fıkrasında "*Tabipler, dış tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evvelemirde muvafakatını alırlar.*", HHY'nin 5. maddesinin d bendinde "*Tıbbi zorunluluklar ve kanunlarda yazılı haller dışında, rızası olmaksızın kişinin vücut bütünlüğüne ve diğer kişilik haklarına dokunulamaz.*", aynı yönetmeliğin 22. maddesinde "*Kanunda gösterilen istisnalar hariç olmak üzere, kimse, rızası olmaksızın ve verdiği rızaya uygun olmayan bir şekilde tıbbi ameliyeye tabi tutulamaz.*", Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 14. maddesinin 2. fıkrasında "*(...) Hastanın maneviyatı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimali bulunmadığı takdirde, teşhise göre alınması gereken tedbirlerin hastaya açıkça söylenmesi lazımdır. (...)*" hükümleri ile hekimin aydınlatma yükümlülüğü ve hastanın rıza verebilmesi aranan koşullar için genel çerçeve çizilmiştir.

Bu çerçevede yargı kararlarında da aydınlatmanın kapsamı belirtilmiştir, örneğin Yargıtay kararlarında "*(...) Ayrıca, komplikasyonların da izah edilmesi gerekmektedir. Ancak bu rızanın da az yukarıda vurgulandığı üzere aydınlatılmış rıza olması gerekir. Yapılacak aydınlatma hastanın kültürel, toplumsal ve ruhsal durumuna özen gösteren bir uygunlukta olmalıdır. Bilgiler hasta tarafından anlaşılabilir biçimde verilmelidir. Hastanın dışında bilgilendirilecek kişileri, hasta kendisi belirler. Sağlıkla ilgili her türlü girişim, kişinin özgür ve aydınlatılmış onamı ile yapılabilir. Alınan onam, baskı, tehdit, eksik aydınlatma ya da kandırma yoluyla alındıysa geçersizdir. Acil durumlar ile, hastanın reşit olmaması veya bilincinin kapalı olduğu ya da karar veremeyeceği*

*durumlarda yasal temsilcisinin izni alınır.*⁴³” şeklinde hükmedilmiş ve başkaca kararlarda hekimin, hastaya önceden aynı tıbbi müdahale yapılmış ve sonuçlarını biliyor olsa dahi her tıbbi müdahale için hastayı tekrar ve tıpkı ilk müdahaledeki gibi bilgilendirmekle de yükümlü olduğu belirtilmiştir⁴⁴.

Yapılan bu müdahalede amaç, konu, özellik itibarıyla hekimin sorumluluğunun tespiti sübjektif inceleme yapılması gerektiği kanaatindeyiz. Hekimin cezai sorumluluğu, teknik anlamda tıp mesleğini icra ederken ya da mesleğin icrası dolayısıyla işlenmiş olabilecek eylemlerden dolayı sorumluluğu ifade eder⁴⁵. Hekimin mesleğini yerine getirirken uyguladığı tıbbi müdahale, hastayı iyileştirmeye yönelik, aynı zamanda hastanın vücut bütünlüğü ve yaşam hakkıyla doğrudan bağlantılı olarak ifa edilen bir eylemdir⁴⁶. Tıbbi müdahale sonucu, yaralanma, ölüm, sakatlanma, ciddi acılara katlanma gibi sonuçlar doğabileceğinden, tıbbi müdahalede uygulama hatası, öldürme ya da yaralama gibi suç türlerinin konusu olabilir⁴⁷. Ancak, tıbbi müdahale sonucu meydana gelen her yaralama ya da ölüm olayının suç sayılması yerinde olmayacaktır⁴⁸. Tıbbi

⁴³ Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 2016/23373 Esas, 2019/12469 Karar, 12.12.2019; 2016/7094 Esas, 2019/3740 Karar, 21.03.2019; 2015/41712 Esas, 2018/4243 Karar, 05.04.2018; Yargıtay 3. Hukuk Dairesi 2015/1851 Esas, 2016/489 Karar, 21.01.2016, Sinerji Mevzuat ve İctihat Programı, Erişim Tarihi: 14.04.2021.

⁴⁴ Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 1976/6297 Esas, 1977/2541 Karar sayılı ve 07.03.1997 tarihli kararında “*O halde nadiren de olsa bu böyle bir sonucun yani riskin meydana geleceği açık olarak davacıya bildirilmeliydi. Olayımızda davalı hekim, aydınlatma görevini yerine getirdiğini, bütün veri ve sonuçları tıp bilimine uygun olarak davacının anlayacağı biçimde bildirdiğini iddia ve ispat etmediğine göre meydana gelen ve Türk Ceza Kanununda da mayubiyet olarak nitelenen zararlı sonuçtan sorumludur. (Bayraktar- age-127 vd.). Kaldı ki, olayın özelliği davacının bu riski bilmesi gerektiği sonucunu kabule de olanak vermemektedir.*” şeklinde belirtmiştir, Sinerji Mevzuat ve İctihat Programı, Erişim Tarihi: 13.04.2021.

⁴⁵ KEYMAN, Selahattin. 1978. «Hekimin Cezai Sorumluluğu.» *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 35 (1-4). s. 57, (www.auhf.ankara.edu.tr/auhfd/auhf-dergisi/ yıl 1978-cilt-35-sayı-1-4)

⁴⁶ ÜMİT, Ceyda. 2017. «Hekimlerin Mesleklerinin Uygulanmasından Doğan Ceza Sorumluluğu.» *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 8 (32): 197-246, s. 201.

⁴⁷ EKİCİ ŞAHİN, Meral. 2010. «Ceza Hukukunda Rıza.» *Yayınlanmış Doktora Tezi*. Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, s. 271.

⁴⁸ Hasta Hakları Yönetmeliği’nin 12. maddesi “*teşhis, tedavi veya koruma maksadı olmaksızın, ölüme veya hayati tehlikeye yol açabilecek veya vücut bütünlüğünü ihlal edebilecek veya akli veya*

müdahalenin icrasından dolayı ceza sorumluluğundan bahsedebilmek için suçun maddi ve manevi unsurlarının bir arada bulunması, yani hekimin tipik, hukuka aykırı⁴⁹, kusurlu eyleminin varlığı aranmalıdır. Yargıtay da “(...) *tıbbi müdahale sırasında; standart uygulamayı yapmaması, bilgi, beceri veya deneyim eksikliği ile yanlış ya da eksik teşhis veya tedavide bulunması, gerektiği ölçüde ilgi ve itina göstermemesi veya hastaya gereken tedaviyi vermemesi neticesinde tehlike ve zarar oluşturan eylemleri tıbbi hata olarak kabul edilecektir. Tedavi sonrası bakım ve kontrol yükümlülüklerine aykırılıkların da bu bağlamda değerlendirilmesi gerektiği izahtan varestedir.*(...)”⁵⁰ şeklindeki kararıyla tıbbi müdahaledeki tıbbi uygulama hatasına yol açacak hususlara işaret etmektedir.

bedeni mukavemeti azaltabilecek hiçbir şey yapılamaz, talep de edilemez.” hükmüyle tıbbi gereklilik dışında müdahale yasağı düzenlenmiştir.

⁴⁹ Bu bakımdan hukuka aykırılık KATOĞLU’nun da ifade ettiği üzere “manevi unsurun da bulunması kaydıyla suç ile hukuk düzeni arasındaki çatışma ilişkisi.” olarak tanımlanabilir. KATOĞLU, Tuğrul. 2003. *Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık*. Seçkin Yayıncılık, s. 158.

⁵⁰ Daha fazlası için bkz.: Yargıtay Ceza Genel Kurulu 2014/12-103 Esas, 2014/552 Karar sayılı ve 09.12.2004 tarihli kararında “(...) *Tıbbi müdahaleler genel olarak "izin verilen risk" kapsamında gerçekleştirilen müdahalelerdir. İzin verilen risk, hukuken müsaade edilen tehlike oluşturma alanı olarak tarif edilmektedir. Kişiler zarar ya da tehlike doğuracak bütün davranışlarında cezalandırılma tehdidi altında bulunmamalıdır. Toplumsal gelişmeyi sağlamak veya daha kıymetli hukuki değerlere ulaşabilmek için bazı durumlarda kişilere yaptıkları işin niteliği gereği belirli oran ve ölçüde risk oluşturmaları için izin verilmelidir. Önemli olan belirlenen kurallara uygun şekilde gerçekleştirilen davranışların izin verilen risk alanı içinde yapılması ve neticenin de bu alan içinde gerçekleştirilmiş olmasıdır. Bu takdirde sorumluluk söz konusu olmayacaktır. Tıbbi müdahale çeşidi olarak ameliyat yapılması, (...) izin verilen risk alanlarına örnek olarak gösterilmektedir. Ancak konunun uzmanı olmayan doktorun teşhis veya tedaviyi üstlenmesi anlamında üstlenme kusuru ve gerek doktorun bireysel olarak gerekse çalıştığı kurum yönünden kurumsal olarak organizasyon kusurunun, izin verilen risk dışında kaldığını söylemek mümkündür.*

Doktorun, tıbbi müdahale sırasında; standart uygulamayı yapmaması, bilgi, beceri veya deneyim eksikliği ile yanlış ya da eksik teşhis veya tedavide bulunması, gerektiği ölçüde ilgi ve itina göstermemesi veya hastaya gereken tedaviyi vermemesi neticesinde tehlike ve zarar oluşturan eylemleri tıbbi hata olarak kabul edilecektir. Tedavi sonrası bakım ve kontrol yükümlülüklerine aykırılıkların da bu bağlamda değerlendirilmesi gerektiği izahtan varestedir. Ön muayenenin eksik yapılması, hastanın anamnezinin (geçmiş bilgisi) ya hiç ya da gerektiği gibi alınmaması veya gerekli tetkiklerin yapılmaması teşhis aşamasında; gereken tıbbi müdahalenin hiçbir şekilde yapılmaması, ameliyat sırasında hastanın vücudunda yabancı madde unutulması, yanlış tedavi yöntemi seçilmesi, yanlış ilaç verilmesi, hastanın veya müdahale edilecek uzvun karıştırılması, müdahalenin ölçsüz bir şekilde yapılması, hijyen kurallarına dikkat edilmemesi veya hatalı ameliyat tarzının benimsenmesi de uygulamada tedavi aşamasında görülen tıbbi hata örneklerindendir. (...)” şeklinde genel bir çerçeve çizmiştir, Sinerji Mevzuat ve İctihat Programı, Erişim Tarihi 07.04.2021.

2. Ceza Hukuku Çerçevesinde Tıbbi Müdahale

Doğal olarak, ceza hukukunda, gerçekleşen tıbbi uygulama hatasının ağırlık derecesine göre farklı tipte suçlar ve cezai yaptırımlar yer almaktadır. Bu cezai yaptırımlara sebep ve suç olarak düzenlenen fiiller, TCK'da 85. madde ile düzenlenen taksirle öldürme ve 89. madde ile düzenlenen taksirle yaralama olarak düzenlenmiştir. Taksir kavramı içinde yer alan uygulama hatalarında öncelikle taksirin ne olduğunun ve nasıl tayin edildiğine bu aşamada açıklık getirmek gerektiği kanaatindeyiz. Kanunda tanımlandığı üzere ve ileri bölümlerde ele alınacağı üzere taksir⁵¹, *“kişinin ön gördüğü sonucu istememesine karşın sonucun meydana gelmesi”*, Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararlarında ise *“(…) failin suç tipindeki neticeye yönelik kast içinde olmadan, fakat zorunlu olduğu özeni gösterdiği takdirde neticenin meydana gelmesi mümkün bulunmayan hallerde, tespit edilmiş suç tipini hukuka aykırı olarak ihlal etmesi; bir kimsenin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranmak suretiyle istemediği ve fakat öngörülebilir bir neticeyi gerçekleştirmesi”⁵²* şeklinde tanımlanmıştır.

Tıbbi uygulama hatasının taksirli suçlara yol açacağını belirterek bu suçların önem arz eden noktası, kanuni tanımda yer alan unsurların birinin öngörülmemiş

⁵¹ Bkz. s. 93, 94.

⁵² Daha fazla karar için bkz.: Yargıtay Ceza Genel Kurulu 2014/12-36 Esas, 2015/143 Karar sayılı ve 05.05.2015 tarihli; 2014/36 Esas, 2015/143 Karar sayılı ve 05.05.2015 tarihli kararlarında *“(…) Ancak kanunda açıkça gösterilen hallerde taksirle de işlenebileceği kabul edilmiştir. Failin cezalandırılabilmesi için, kanunda açık bir düzenleme bulunmasının zorunlu olduğu istisnai bir kusurluluk şekli olan taksir, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 22/2. maddesinde; "dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla bir davranışın, suçun yasal tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyle gerçekleştirilmesi" şeklinde tanımlanmıştır.*

Suçun manevi unsurlarından olan kast gibi taksirde de, birlikte yaşamının getirdiği kurallara uyulmaması söz konusudur. Toplumsal hayatta belli faaliyetlerde bulunan kişilerin başkalarına zarar vermemek için bir takım önlemler alma ve bazı davranış kurallarına uyma zorunlulukları bulunmaktadır. Bu kurallar birlikte yaşama mecburiyetinden doğabileceği gibi, devletin müdahalesiyle de ortaya çıkabilmektedir. Taksirli suç, bu kuralların ihlal edilmesi sonucu belirir. Taksirli suçta fail; dikkatli, tedbirli ve öngörülü davranmamış olduğu için ceza yaptırımı ile karşılaşır. Bu bakımdan sorumluluğun nedeni, öngörebilme imkân ve ödevinin varlığına rağmen, sonuca iradi bir hareketle neden olmaktan kaynaklanmaktadır”, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 07.04.2021.

olmasıdır; fakat bu öngörmeme halinin, hekimin tabi olduğu gerekli dikkat ve özen gösterme yükümlülüğüne aykırılıktan ortaya çıkması gerekir⁵³. Başka bir deyişle, gerekli dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranıldığı için kanunda tanımlanmış neticenin gerçekleşeceği öngörülmez, dolayısıyla kusurlu davranır. Bu kusurlu davranış, hekimin mesleki tecrübesi, tıp dünyasındaki gelişmeleri takip etmesi, görgüsü ile tıp biliminin gerekliliklerine göre davranmamasıdır. Taksir içinde fail, olayın doğal seyrine, kendi mesleki tecrübelerine, bilgisine, eğitim derecesine göre sübjektif bir değerlendirmeye tabii tutulur. Dolayısıyla hekimin kusurluluğu sübjektif değerlendirme ile ölçülmesi hakkaniyetli olacaktır⁵⁴. Bu değerlendirmeden yola çıkarak taksirli suçlar, sübjektif özelliğiyle ön plana çıktığında aslında taksir ve kusur derecesi kişisel olduğu kabul edilebilir. Bu durumda tıbbi müdahalenin neticesi değil, aslında neticeye giden süreçte hekimin izlediği yol önem kazanmaktadır. Şöyle ki Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 2014/12-103 Esas, 2014/552 Karar sayılı ve 09.12.2014 tarihli kararında “(...) Doktor tıbbi müdahaleyi, tıp biliminin güncel kural ve standartlarına uygun olarak özenli bir şekilde yapmakla yükümlüdür. (...) Doktor, doktorluk mesleğinin gerektirdiği yükümlülükler ile tıp biliminin geçerli kurallarına uygun olarak müdahale yapmalı, tıbbın ilke ve prensiplerine aykırı teşhis ve tedavi yapmamalıdır. (...) Belirtmek gerekir ki, doktorun standartlara ve bilimsel kurallara uygun olarak özenli bir şekilde müdahale yapıp yapmadığı belirlenirken yaptığı müdahale sonucunda hastanın şifa bulması değil, kurallara uygun müdahalede bulunup bulunmadığı göz önüne alınmalıdır. (...)”⁵⁵ sübjektif değerlendirme çerçevesinde hekimin aldığı tıp eğitimi neticesinde kendisinden göstermesi beklenen özen yükümlülüğüne işaret etmektedir. Ayrıca hekimin “özen yükümlülüğüne aykırı

⁵³ İÇEL, Kayıhan. 1967. *Türk Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları., s. 207, 208.

⁵⁴ HAKERİ, Hakan. 2014. «Tıp Hukukunda Malpraktis Komplikasyon Ayrımı.» *Toraks Cerrahisi Bülteni* 5: 23-28, s. 26.

⁵⁵ Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 07.04.2021.

*davranmış olabilmesi için bilebileceği özen yükümlülüğünü de kişisel yetenekleriyle yerine getirebilir durumda olması*⁵⁶” da aranmaktadır.

Gerekli dikkat ve özen yükümlülüğünün kapsamının ne olduğu incelenirken failin algılama gücü, tecrübeleri, bilgi düzeyi ve içinde bulunduğu koşullar da ölçüt olarak kullanılacaktır. Çalışmanın öznesi olan hekim, bütün bu yeteneklere sahip olmasına rağmen bu yükümlülüğe aykırı davranarak kanundaki suç tanımında belirlenen neticenin gerçekleşmesine sebep olması durumunda taksirli suçtan dolayı kusurlu hareket ettiği için kusur oranında⁵⁷ sorumlu tutulacaktır. Doğaldır ki, mesleğini yeni icra etmeye başlayan bir hekim ile artık kıdemli sayılan bir hekimin bu yükümlülüğü aynı ölçüde olmayacaktır. Bu yükümlülüğün ölçüsüne yönelik olarak Yargıtay da öğretilerdeki görüşleri derleyerek nedensellik bağının tespitinden ziyade öncelikle kusurluluğun incelenmesi yönünde karar vermiştir⁵⁸. Hekimin bilgi ve

⁵⁶ KEÇELİOĞLU, Elvan. 2015. *Taksirli Suçun Dogmatiği*. Turhan Kitabevi Yayınları, s. 178.

⁵⁷ Failin kusur oranında cezalandırılacağı TCK’nın 22. maddesinde;

“(4) Taksirle işlenen suçtan dolayı verilecek olan ceza failin kusuruna göre belirlenir.

(5) Birden fazla kişinin taksirle işlediği suçlarda, herkes kendi kusurundan dolayı sorumlu olur. Her failin cezası kusuruna göre ayrı ayrı belirlenir” şeklinde düzenlenmiş ve madde gerekçesinde "Birden fazla kişinin taksirle işlediği suçlarda herkes kendi kusuru göz önünde bulundurulmak suretiyle sorumlu tutulur. Taksirli suçun kanuni tanımında belirlenen netice birden fazla kişinin karşılıklı olarak işledikleri taksirli fiiller sonucunda gerçekleşmiş olabilir. (...) Bu gibi durumlarda neticenin oluşumu açısından her kişinin taksirli fiili dolayısıyla kusurluluğu bir diğerinden bağımsız olarak belirlenmelidir.

⁵⁸ Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 2014/12-103 Esas, 2014/552 Karar sayılı ve 09.12.2014 tarihli kararında “Öğretilde; "Üçüncü bir kişinin veya mağdurun hareketinin failin taksirli hareketine eklenmesi durumunda nedensellik ilişkisinin ortadan kalkıp kalkmadığı araştırılmalıdır. Eklenen hareketler kusurlu değilse, neticenin failin taksirli hareketinden kaynaklandığı kabul edilir. Diğer hareketler kusurlu ise bunların taksirin varlığını tamamen veya kısmen kaldırıp kaldırmadığına bakılmalıdır." (Nur Centel-Hamide Zafer-Özlem Çakmut, *Ceza Hukukuna Giriş*, Beta Yayınevi, 8. Baskı, İstanbul, 2014, s. 366); "Birden fazla kişinin birleşen fiilleri ile bir neticeye neden oldukları hallerde, bu fiillerin hareketi ile netice arasındaki nedensellik ilişkisi özel önem taşır. Belirtelim ki bu hallerde her bir kişinin hareketi ile netice arasında nedensellik ilişkisinin bulunması ön koşuldur. Ekip halinde faaliyeti gösterenlerden birisine diğerlerini denetleme ve kişiler arasında koordinasyonu sağlama yükümlülüğü yüklenmiş ise kişi bu yükümlülüğe uygun davranmadığı için neticeye sebebiyet vermiş olabilir. Bu halde bu kişi neticeden sorumlu olur." (Hamide Zafer, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Beta Yayınevi, 4. Baskı, İstanbul, 2015, s. 254); "Failin kusurlu hareketine mağdurun kusurlu hareketi de eklenmiş ve netice bu iki kusurlu hareketin birleşmesinden meydana gelmişse (ortak kusur) failin sorumluluğu ortadan kalkmış olmaz. Nitekim bu ihtimalde taksirler arasında takas söz konusu olmayıp, fail kusuru oranında taksirli suçtan cezalandırılır. (Mehmet Emin Artuk- Ahmet Gökçen-Ahmet Caner Yenidünya, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, 8. Baskı, Ankara, 2014, s. 341); "Birden çok kişinin davranışı birlikte neticeye sebebiyet

özen yükümlülüğünün ölçülmesi ve neticenin öngörülebilirliğinin dışında doktrinde hekimin tıbbi müdahalesi neticesinde sebep olduğu uygulama hatası iddiasında taksir, hekimin tıbbi müdahalede çekimser davranması dışında cüretkâr davranarak yapılmaması gereken bir müdahaleye girişmesi halinde de söz konusu olacaktır⁵⁹.

Belirtmek gerekir ki, psikiyatri alanında genellikle rastlanmasa da birden fazla hekimin katılımıyla, müştereken, gerçekleştirilen bir tıbbi müdahale neticesinde elde edilen sonuçta malpraktis iddiası var ise tıbbi müdahaleyi gerçekleştiren hekimler bakımından kasten hareket etmedikleri sürece TCK hükümlerince iştirak kuralları uygulanmaz. Zira, iştirak hükümleri yalnızca kasıtlı suçlara özgüdür. Bu durumda, gerçekleşen neticedeki kusur, her bir hekim için ayrı ayrı incelenecektir⁶⁰.

Özetle, TCK’da hekimin meslek pratiğinden sorumlu tutulmaması, “*yazılı hukuka uygunluk sebeplerine bağlanmıştır*”⁶¹. Başka bir deyişle, hekimlere özgü hukuka uygunluk sebepleri olmadığından tıbbi müdahalede şu hallerde hukuka uygunluk sağlanacaktır:

- Hekimin tıbbi müdahaleyi tıp bilimi tarafından kabul edilen ilkeler çerçevesinde gerçekleştirmesi,

vermiş ve tüm katılanlar özen yükümlülüğüne aykırı hareket etmişse netice objektif olarak isnad edilebilir ve herkes kendi taksirli fiilinden dolayı kusuruna göre sorumlu olur. Bu gibi hallerde önceki taksirli hareket ile netice arasında illiyet bağı bulunmamasından veya kesilmesinden söz edilmesi doğru değildir.” (Mahmut Koca-ilhan Üzülmmez, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, 7. Baskı, Ankara, 2014, s. 214); "Fail zaten taksirli hareket ediyor ve bir başkasının taksirli hareketi buna ekleniyorsa, failin hareketi ile netice arasındaki nedensellik bağı mevcut olmaya devam eder. Bu durumda mesele artık nedensellik bağı meselesi değil, failin ve üçüncü kişinin kusurunun tespiti meselesidir(...)" şeklinde öğretilerdeki görüşlere yer vermiştir, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, Erişim Tarihi 07.04.2021.

⁵⁹ DEĞDAŞ, Ulaş Can. 2018. «Hatalı Tıbbi Uygulamadan (Malpraktis) Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk.» *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1 (6): 41-65, s. 62.

⁶⁰ ARSLANTÜRK, Mustafa. 2020. *Kasten Öldürme Suçları*. 2. Baskı. İstanbul: Adalet Yayınevi, s. 13, 14.

⁶¹ KOCASAKAL, Ümit. 2006. «Yeni Türk Ceza Kanununda Hekimin Cezai Sorumluluğu.» *Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu*. Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 151-158, s. 152.

- Hekimin hastayı mümkün olan en ayrıntılı ve anlaşılabilir şekilde tıbbi müdahale öncesinde bilgilendirerek, başka bir deyişle aydınlatarak rızasını alması,
- Hastayı tedavi etme ve iyileştirme amacıyla hareket etmesi⁶².

KOCA'ya göre hekimlerin kasten veya taksirle işledikleri fiillerden dolayı haklarında kanunlarda belirtilen yaptırımların uygulanabilmesi için, yapılan müdahalenin tıp biliminin o günkü verileriyle bağdaşmaması gerekir, bu itibarla teşhis ve tedavi amacına yönelik olmayan, tedavi amacına yönelik olmakla birlikte hastanın rıza göstermediği, tedavi amacına yönelik ve hastanın rızası bulunmakla birlikte gerçekleştirildiği tarih itibarıyla tıp biliminin verilerine uygun olmayan bir tıbbi müdahale hukuka aykırı olacaktır⁶³.

Yukarıda açıklandığı üzere, bir tıbbi müdahale ancak tıp bilimi ve etiği çerçevesinde çizilen sınırlar çerçevesinde icra edilmelidir. Yalnızca bu çerçevede icra edilen faaliyet, tıbbi müdahaleyi hukuka uygun kılmaz. Söz konusu müdahalenin hukuka uygun olması için hastanın müdahale öncesinde, eğitim durumu, yaşı, bilgi ve birikimi göz önünde tutularak, müdahalenin neden gerekli görüldüğü, müdahale neticesinde ortaya çıkabilecek komplikasyonlar, reçete edilecek ilaçlar ve onların yan etkileri dahil olmak üzere hastanın beden ve ruh bütünlüğünü etkilemesi muhtemel diğer olguların anlaşılabilir şekilde kendisine aktararak aydınlatılmasının ardından vereceği rıza tüm silsile içinde adeta kilit noktayı oluşturmaktadır. Hasta tarafından ancak bu şekilde verilen bir rıza, hekimi tıbbi uygulama hatası sorumluluğu dışında ortaya çıkan olumsuz neticelerden koruyabilecektir. Bu nedenle uygulanan tıbbi müdahale veya tedavi sonrasında ortaya çıkan herhangi bir olumsuz neticede meydana gelen zararın malpraktis mi

⁶² KOCASAKAL, s. 151.

⁶³ KOCA, Mahmut. 2006. «Yeni TCK'da Hekimler Hakkında Uygulanacak Yaptırımlar.» *Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu*. Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 159-184, s. 162, 163.

komplkasyon mu kaynaklı olduğunu belirlenmelidir ki hekimin cezai sorumluluğu deđerlendirilebilsin⁶⁴.

⁶⁴ ÖZCAN, Zeynep. 2018. «Malpraktis ve Komplkasyon Ayrımının Önemi.» *Uluslararası Sağlık Hukuku Kongresi*. İstanbul: Legal Yayıncılık. 197-211, s. 209.

II. BÖLÜM

TIBBİ UYGULAMA HATASI VE KOMPLİKASYON KAVRAMLARI

1. TIBBİ UYGULAMA HATASI (MALPRAKTİS)

Türkçe bir kavram olmayan malpraktis, yaygın kullanımı nedeniyle yalnızca tıp mesleği mensuplarına özgü bir kavram olarak anlaşılmaktadır. Oysaki, malpraktis, herhangi bir mesleğe mensup kişinin, mesleğini uygularken mesleğiyle bağlantılı olarak yaptığı kötü uygulama ya da uygulama hatasıdır. Tıp mesleğine mensup kişilerin kötü uygulamalarını ise “tıbbi malpraktis” kavramı ile özgülendirmek uygun olacaktır. Çalışmamızda “malpraktis” yerine Türkçe karşılığı olan “tıbbi uygulama hatası” kullanılacaktır.

Tıbbi uygulama hatası kavramı, Dünya Tabipler Birliği’nin 1992 yılında 44. Genel Kurulu’nda kabul edilen Marbella Bildirgesi’nde “*hekimin tedavi sırasında standart uygulamayı yapmaması, beceri eksikliği veya hastaya tedavi vermemesi ile hastada doğrudan oluşan zarar*”⁶⁵; tıbbi bakım ve tedavi sırasında görülen ve hekimin hatası olmayan durumlardan, başka bir deyişle komplikasyondan, ayırt edilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Türk Tabipler Birliği’nin 47. Büyük Kongresi’nde kabul edilen ve 01.02.1999 tarihinde yayınlanan Hekimlik Mesleği Etik Kuralları’nın 13. maddesinde bu kavram için “*bilgisizlik, deneyimsizlik ya da ilgisizlik nedeniyle bir hastanın zarar görmesi, “hekimliğin kötü uygulaması”.*” tanımları yapılmıştır. TTB Disiplin Yönetmeliği’nde ise “*meslekte bilgi ve beceri yetersizliği, özen eksikliği, dikkatsizlik ve benzeri kusurlardan dolayı eksik ya da yanlış tanı ve tedavide bulunarak hastaya zarar vermek*” olarak tanımlanmıştır. Nitekim Yargıtay Ceza

⁶⁵ Dünya Tabipler Birliği Websitesi, <https://www.wma.net/policies-post/world-medical-association-statement-on-medical-malpractice/>, Erişim Tarihi: 27.05.2021.

Genel Kurulu da verdiği kararlarda benzer şekilde tanımlar yapmaktadır⁶⁶. Yapılan tanımlardan yola çıkarak Türkiye'nin de taraf olduğu İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin 4. madde lafzında "*Araştırma dahil, sağlık alanında herhangi bir müdahalenin, ilgili mesleki yükümlülükler ve standartlara uygun yapılması gerekir.*" mesleki standart için çizilen genel çerçevesinin içi doldurulmaktadır. Bu noktada 4. madde lafzından ziyade ruhu ile yorumlanmalı ve KÖK'e göre "*4. madde ruhu ile; insan onuru ön plana alınarak, yapılacak tıbbi işlemin hastanın bedensel ve ruhsal bütünlüğüne ve diğer hak ve özgürlüklerine saygı gösterilerek yapılmasını.*"⁶⁷ esas almaktadır.

Tıp biliminin ve insanın bedeninin ve ruhen bilinmezliğinden ötürü hiçbir hekim müdahale veya tedavi neticesinde kesin olarak iyi bir sonuç elde edileceğini iddia etmemelidir, nitekim hayatın olağan akışına da uygun olarak yapılan tıbbi müdahale neticesinde istenmeyen sonuçlar da meydana gelmektedir. Bu sonuçlar şu şekilde tasnif edilmiştir:

- Komplikasyon,
- Tedavinin doğasından kaynaklanabilen sekel,

⁶⁶ Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 2017/271 Esas, 2017/278 Karar sayılı, 16.05.2017 tarihli ve 2014/103 Esas, 2014/552 Karar sayılı, 09.12.2014 tarihli kararlarında geçtiği üzere "*Tıpta hatalı uygulamalar, İngilizce "malpractice" sözcüğünün Türkçe okunuşuyla "malpraktis", "hekimliğin kötü uygulanması", "tıbbi kötü uygulama", "uygulama hatası", "tıpta yanlış uygulama" gibi çeşitli kavramlarla isimlendirilmekle birlikte en geniş olarak kabul gören ve kullanılan kavram "tıbbi hata" dır. Türk Tabipler Birliğinin kabul ettiği 01.02.1999 tarihli Hekimlik Meslek Etiği Kurallarının 13. maddesinde "Hekimliğin Kötü Uygulanması (Malpractice)" başlığı altında; "Bilgisizlik, deneyimsizlik ya da ilgisizlik nedeniyle bir hastanın zarar görmesi" biçiminde tanımlanan tıbbi hata kavramı; Dünya Tabipler Birliğinin 44. Genel Kurulunun "Malpractice Bildirisi" olarak da bilinen sonuç bildirgesinde, tıbbi yanlış uygulama ile tıbbi bakım ve tedavi sırasında görülen hekimin hatasından kaynaklanmayan durumların birbirinden ayrılması gerektiği vurgulanarak; "a) Tıbbi yanlış uygulama; doktorun tedavisi sırasında standart uygulamayı yapmaması, beceri eksikliği veya hastaya tedavi vermemesi ile oluşan zarar, b) Tıbbi uygulama sırasında öngörülemeyen bilgi ya da beceri noksanlığı sonucu oluşan ise; istenmeyen sonuçtur ve bunda hekimin sorumluluğu yoktur" şeklinde; Sağlık Bakanlığı tarafından hazırlanan ancak kanunlaşmamış bulunan "Tıbbi Hizmetlerin Kötü Uygulanmasından Doğan Sorumluluk Kanunu Tasarısı"nın 3. maddesinde ise; "Sağlık personelinin kasıt, kusur ve ihmali ile standart uygulamayı yapmaması, bilgi ve beceri eksikliği ile yanlış ya da eksik teşhiste bulunması ya da hastaya tedavi vermemesi ile oluşan ve zarar meydana getiren fiil ve durumlar" biçiminde tanımlanmıştır."*

⁶⁷ KÖK, İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin Uygulanmasında Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu, s. 157.

- Yapılan tedavi sonrasında hastanın durumunun seyrinin stabil devam etmesi,
- Önlenebilir tıbbi hata (Hekimin dışında gelişen, sistemsel problemler neticesinde hekimin olumsuz etkilenmesi, hekimle bağlantılı olmayan olaylardan ibaret olduğundan bu durumun malpraktis olarak değerlendirilmesi hakkaniyetli olmayacaktır⁶⁸. Zira malpraktiste hekimin bireysel kusuru ön planda iken bu kavramda hatanın kaynağı, sistemdeki işleyiş olarak tanımlanmıştır.),
- İhmal ya da tıbbi uygulama hatası⁶⁹.

Tıp bilimine özgü bu uygulama hatalarının gerçekleşmesi için 4 koşul aranması gerektiği kaydedilmektedir:

- Tedavi sorumluluğu doğuran bir hasta-hekim ilişkisinin varlığı,
- Standart tedavi yaklaşımından sapma olması,
- Hastanın zarar görmüş olması,
- Standart tedaviden sapmanın, hastada oluşan zarara doğrudan neden olması (illiyet bağı) olarak sıralanabilir⁷⁰.

Hekim ile hasta arasında kurulan sözleşme, tıp dallarına göre değişmekle beraber kural olarak vekalet sözleşmesi niteliğindedir. Bu vekalet sözleşmesinin niteliği, Yargıtay kararlarına da yansıdığı üzere vekalet alan hekimin tedavi garantisi veremeyeceği ancak hastanın mustarip olduğu hastalığını düzeltmesi, sağlığını koruması için tüm bilgi ve becerisini kullanarak, özen göstererek, kayıtlarını güvenilir bir şekilde tutarak tedavisini sürdüreceğine, asgari düzeyde dahi olsa bir tereddüt oluşturan durumlarda, bu tereddüdü ortadan kaldıracak araştırmaları

⁶⁸ TÜMER, Ali Rıza. 2015. *Komplikasyon ve Malpraktis Ayrımı*. Erişim Tarihi: 03.04.2021. <https://alirizatumer.com.tr/komplikasyon-ve-malpraktis-ayrimi/>

⁶⁹ TÜMER, Ali Rıza. 2015. *Komplikasyon ve Malpraktis Ayrımı*. Erişim Tarihi: 03.04.2021. <https://alirizatumer.com.tr/komplikasyon-ve-malpraktis-ayrimi/>

⁷⁰ HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 923.

yapmak ve koruyucu tedbirleri alacağına dair güvence verdiği kabul edilir⁷¹. Bu durumda hekim sonuçtan değil sonucu ortaya çıkan hareketinden sorumlu olmalıdır.

2008 yılında Türk Tabipler Birliği Etik Bildirgeler Çalıştayı'nda kabul edilen ve 2009 yılında Türk Tabipler Birliği II. Etik Bildirgeler Çalıştayı'nda güncellenen kabule göre *“hekimin sorumluluğu, hastayı tedavi ederken hata yaparak zarara neden olmamak için bilgi ve becerisini yetkinleştirmek ve hizmet sunumunda yeterli özeni göstermektir.”*⁷². Ne var ki, hastaya uygulanan tedavi neticesinde iyileşme söz konusu olmadığında doğrudan tıbbi uygulama hatası olgusuna dikkat çekmek doğru değildir. Bu durumda, tedavi gören hastanın aydınlatılmış onam çerçevesinde kendisine uygulanan tedavi yönteminin rizikolarını kabul ettiğinden tedavide ortaya

⁷¹ KOÇ, Sermet. 2018. «Tıbbi Malpraktis.» *TTB ve Tabip Odalarının Tıbbi Etik ve Deontolojiyi Koruma Yükümlülüğü* (Türk Tabipler Birliği Yayınları) 82-96, s. 82.; Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 2017/8515 Esas, 2020/5427 Karar sayılı ve 29.06.2020 tarihli kararında *“(...) Taraflar arasındaki ilişki vekalet sözleşmesidir. Vekil, vekalet görevini yerine getirirken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden sorumlu değil ise de, bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabanın, yaptığı işlemlerin, eylemlerin ve davranışlarının özenli olmayışından doğan zararlardan sorumludur. O nedenle, vekil konumunda olan doktorların bilim ve teknolojinin getirdiği bütün imkanları kullanmak suretiyle özen borcunu yerine getirmeleri gerekir. Vekil, hastanın zarar görmemesi için, mesleki tüm şartları yerine getirmek, hastanın durumunu tıbbi açıdan zamanında ve gecikmeksizin saptayıp, somut durumunun gerektirdiği önlemleri eksiksiz bir şekilde almak, uygun tedaviyi de yine gecikmeden belirleyip uygulamak zorundadır. (...)”*; 2015/15350 Esas, 2017/1911 Karar sayılı ve 16.02.2017 tarihli kararında *“(...) Vekilin sorumluluğu, genel olarak işçinin sorumluluğuna ilişkin kurallara bağlıdır. Vekil işçi gibi özenle davranmak zorunda olup, en hafif kusurunda bile sorumludur. (BK.nun 321/1 md.) O nedenle, doktorun meslek alanı içinde olan bütün kusurları, hafif de olsa, sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir. Doktor hastasının zarar görmemesi için, mesleki tüm şartları yerine getirmek, hastanın durumunu tıbbi açıdan zamanında ve gecikmeksizin saptayıp, somut durumun gerektirdiği önlemleri eksiksiz biçimde almak, uygun tedaviyi de yine gecikmeden belirleyip uygulamak zorundadır. Asgari düzeyde dahi olsa, bir tereddüt doğuran durumlarda bu tereddüdünü ortadan kaldıracak araştırmalar yapmak ve bu arada da koruyucu tedbirleri almakla yükümlüdür. Çeşitli tedavi yöntemleri arasında bir seçim yapılırken, hastanın ve hastalığın özellikleri göz önünde tutulmak, onu risk altına sokacak tutum ve davranışlardan kaçınılması ve en emin yol seçilmelidir. (...) Tıbbın gerek ve kurallarına uygun davranılmakla birlikte sonuç değişmemiş ise doktor sorumlu tutulmamalıdır. (...)”* şeklinde hekim ve hasta arasındaki vekalet sözleşmesinin içeriğini doldurmuştur. Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 10.04.2021.

⁷² Türk Tabipleri Birliği Merkez Konseyi. 2010. *Türk Tabipleri Birliği Etik Bildirgeleri*. Ankara: Türk Tabipleri Birliği Yayınları, s. 7-11.

çıkabilecek komplikasyonları da kabul etmektedir. Dolayısıyla, bir tedavi sonucunda yaşanan her olumsuz sonuç, uygulama hatasına işaret etmez⁷³.

Tıbbi uygulama hatasının ne olduğuna ve sorumluluğun hangi hallerde doğacağına dair mevzuatımızda halihazırda bir kanun olmaması büyük bir boşluk ve muamma yaratmaktadır. Görüş ayrılıklarını gidermek adına mevzuatta düzenleme yapılmasına ilişkin 2020 yılında Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne sunulan Tıbbi Hizmetlerin Kötü Uygulanmasından Doğan Sorumluluk Kanunu Tasarısı Teklifi'nin sunulması ile bir adım atılmıştır. Tasarı'nın "*Tanımlar*" başlıklı 3. maddesinde tıbbi kötü uygulama, malpraktis, kavramına yer verilmiş ve "*Sağlık personelinin, kasıt veya kusur veya ihmal 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*"⁷⁴ şeklinde tanımlı yapılmıştır.

Vurgulamak gerekir ki gerek bildirilerde gerek kanun tasarılarında yapılan tanımlar neticesinde, tıbbi uygulama hatası incelenirken hekimin bilgi ve birikimi, mesleki becerisi, tecrübesinden ziyade tıp biliminin standartları içinde müdahalede bulunup bulunmadığı incelenmelidir. Zira, mesleğe yeni başlamış bir hekimin kıdemli bir hekim gibi davranmasını beklemek isabetli olmayacaktır, yalnızca tıp mesleğinin standartlarına ve etiğine uygun olarak davranmasının ve müdahalede bulunmasının beklenmesi yerinde olacaktır⁷⁵.

Hekimlere karşı açılan davalar günden güne artış kaydedilmektedir. Ülkemizde, %26,7'lik oranla en çok kadın hastalıkları, açık bir farkla ikinci sırada %9,8'lik oranla genel cerrahi alanlarında uzman hekimlere dava açılmaktadır, psikiyatrist

⁷³ DEĞDAŞ, s. 42.

⁷⁴ Tasarı metninin tamamı için bkz.: <https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-3052.pdf>, Erişim Tarihi 18.04.2021.

⁷⁵ DEĞDAŞ, s. 51.; YENİSEY, Feridun. 2008. «Tedavi Açısından İlgilinin Rızası.» *Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları*. Ankara: Türkiye Barolar Birliği. 868-880, s. 872.

hekimlere dava açılma oranı ise yalnızca %1,7'dir⁷⁶. Psikiyatrist hekimlere dava açma oranının düşük olması farklı birçok nedene bağlanmaktadır:

- Psikiyatrik bozuklukların doğası, tanımı ve sınıflandırılmasındaki güçlük,
- Psikiyatrik sorunların sebebini saptamada zorluk ve insan doğası gereği hastalıklar hakkında sınırlı bilgi,
- İdare tarafından yeterli klinik standartların oluşturulmaması, klinik teknik ve stratejilerin çeşitliliği,
- Hastaların, hastalıklarını mahkemede izah etmedeki çekingenlikleri,
- Hasta ve hekim arasında tedaviye yönelik kurulan samimi ilişki neticesinde hastaların psikiyatristlerine karşı dava açmadaki çekingenlikleri,
- Hasta-hekim ilişkisinde kesin kanıt ve ilişkiye dair tanık bulmanın zorluğu,
- Psikiyatriye özgü hastalıkların tanı ve tedavi yöntemlerinin düşük riskler taşıması⁷⁷.

Hastaların hastaneye ya da kliniğe yatırılması şeklinde tedavi dışında başka bir deyişle, hekimin yalnızca kendisinin sorumluluğu üstlendiği tedavilerde, tedavi boyunca sorumluluk risklerine karşı dikkat etmelidir. Zira burada birebir olarak kurulan hasta-hekim ilişkisinde idare olan hastane ya da klinik yer almadığından hukuki sorumluluk paylaşılamayacaktır. Bu durumda hekim, riskli durumları genel klinik stratejiler uygulayarak yönetmekle yükümlüdür. Bu klinik stratejiler şu şekilde sıralanmaktadır:

⁷⁶ BAYRAK, Samet. 2016. «Kadın-Doğum Pratiğinde Medikolegal Sorunlar.» *Türk Jinekoloji ve Obstetrik Derneği*. Erişim Tarihi: 19.04.2021. (<http://www.tjodistanbulanadolu.org/uploads/sunumlar/25-aralik/sbayrak.pdf>.); GÖKCAN, s. 201.; 2019, 2020 ve 2021 yıllarında hekimler hakkında tıbbi hata uygulamaları iddiası ile başlatılan soruşturma ve açılan davalara ilişkin istatistikler, 25.04.2021 tarihinde 4982 Sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu çerçevesinde CİMER üzerinden Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü'nden talep edilmiş olsa da henüz herhangi bir veri paylaşılmamıştır.

⁷⁷ İLNEM/İLNEM, s. 6, 7.

- Terapötik uyum sağlayabilmek,
- Diğer hekimler ve uzmanlarla iş birliği içinde olarak konsültasyonda (istişare) bulunmak,
- Hastanın hastalığı ile ilgili anamnezi (öyküsü) dinlenirken tutulan kayıttaki hasta hakkında önemli bilgi ve kararlara mutlaka yer vermek⁷⁸.

Bu stratejiler, hekimin hukuki ve cezai sorumluluğunu bertaraf etmez; fakat kanaatimizce olası bir dava açılması halinde kendisine yüklenen ispat yükünü karşılamasına yardımcı olacaktır. İLNEM/İLNEM'e göre hastaneye yatış, izin, taburculuk ya da ilaç değişikliği gibi önemli klinik kararları bir anlamda kağıt üstünde yüksek sesle düşünerek risk-yarar hesaplaması yaparak kayıt altına alması psikiyatristin hastaya sorumluluk içerisinde yaklaşımda bulunduğunun çok önemli bir göstergesi ve ispatı olacağı düşünülmektedir⁷⁹. Uygulanan klinik stratejiler, aslında farklı yöntemlerin hastayı iyileştirme amacına uygun olarak hekim tarafından yerine getirilmesi ifade etmektedir. Bu süreçte hekim gerek hastanın şikayetlerini dinleyerek gerek kendisinin gerekli gördüğü şekilde müdahalede, gözlemde bulunarak elde ettiği sübjektif ve objektif bulguları birleştirir. Bulguların elde edilmesinin ardından hekimin teşhis koyması ve tedaviye başlaması beklenir. Ayrıca, hasta ve hekim arasında tedaviye yönelik kurulan ilişkide hekim, hastasına özenli davranmakla yükümlüdür. Bu ilişkide gösterilen özen, tedavi için gerekli bilgi ve deneyim yeterliliğiyle sınırlı kalmamalı, hastanın insani onurunu gözeterek ön plana çıkaran mesleki ve sosyokültürel davranışlarla pekiştirilmesi gerektiği vurgulanmaktadır⁸⁰. Hekimin, hastasının onurunu korumak özen göstermesi de ancak ilgi göstermekle mümkündür. Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın 13. maddesinde de ifade edilen "*ilgisizlik*", tıbbi uygulama hatalarının nedenlerinden biri olabilecektir. Hekimin hastası ile ilgilenmesi, hastaya makul şekilde vakit

⁷⁸ A.g.e., s. 13.

⁷⁹ İLNEM/İLNEM, s. 14.

⁸⁰ KÖK, İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin Uygulanmasında Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu, s. 158.

ayırması, şikayetlerini ayrıntılı dinlemesi şeklinde olabilecektir. Dünya Sağlık Örgütü tarafından hekimin hastaya ayırması gereken makul süre 20 dakika olarak tavsiye edilmiştir. Hastaya ilgi gösterilmesi ayrılan bu süre, hastanın memnuniyetini sağlayarak hekimin malpraktis iddiası ile karşı karşıya gelme riskini da azaltacaktır⁸¹.

2. KOMPLİKASYON

Hekimlik, birçok meslek grubundan farklı olan ve öznesinde bir yaşam yer alan bir meslek olup doğası gereği riskli bir meslek grubudur. Hekimin, hastasına komplikasyon (izin verilen risk) çerçevesinde müdahalede bulunduğu kabul edilmektedir. Tıp biliminde hayatın olağan akışına uygun olduğu kabul edilen risk ve sapmalar neticesinde her müdahalede meydana gelebilecek istenmeyen olumsuz sonuçlar, hekime sorumluluk yüklemeyecektir⁸². Ne var ki, hekimin yaptığı her tıbbi müdahalede mesleki yeterliliği ve tecrübesi çerçevesinde özen borcu vardır. Bu özen borcu, hekimden göstermesi beklenilenin dışında bulunulan sağlık biriminin imkanları ve tıbbi girişimin tehlikelilik derecesi ile doğru orantılıdır. Dolayısıyla hekim uyguladığı tedavi neticesinde ortaya çıkması muhtemel riskten ancak tıbbi uygulama hatası halinde sorumlu olacaktır⁸³.

DEMİR tarafından komplikasyon, *“bir tıbbî rahatsızlığın başka bir tıbbî problem haline dönüşerek hastalığın bilinen ve normal gelişimine eklenen ve onun gidişini ağırlaştıran yeni ve değişik durumlar olarak ifade edilebilir.”* şeklinde tanımlanmıştır⁸⁴. ÖZCAN’a göre komplikasyon hali bir hastalığa bağlı olabileceği

⁸¹ David C. Dugdale, Ronald Epstein, Steven Z. Pantilat, “Time and the patient-Physician Relationship”, JGIM, 14/Supplement1, 1999, p.S34-40, aktaran KÖK, İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin Uygulanmasında Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu, s. 159.

⁸² YENERER ÇAKMUT, s. 248.; KEÇELİOĞLU, s. 169.

⁸³ AŞÇIOĞLU, Çetin. 1993. *Tıbbi Yardım ve El Atmalarda, Doktorların, Devletin ve Özel Hastanelerin Sorumluluğu (Cezai ve Hukuki)*. Ankara, s. 34.; AYAN, s. 62.

⁸⁴ DEMİR, Mehmet. 2010. *Tıbbi Organizasyon Kusuru Açısından Hastanelerin Hukuksal Sorumluluğu*. Turhan Kitabevi, s. 42.

gibi uygulanan tedaviye bağılı olarak (örneğin gün geçtikçe artan ilaç komplikasyonları nedeniyle), hastanın hastalığının geliştiğı özel hallerde, başka bir hastalığın daha ortaya çıkması ya da kendi evrimini sürdüren ikincil bir enfeksiyonun olaya eklenmesi neticesinde de meydana gelebilir⁸⁵. Hekimler hizmet ve görevlerini, hukuki açıdan hastanın izin verdiği risk çerçevesinde yerine getirirken bu kavram, yukarıda da belirtildiğı şekilde hekimin, tıp biliminin kabul ettiğı normal risk ve sapmalar çerçevesindeki hareketleri dolayısıyla kötü sonuçlar meydana gelse bile hekime sorumluluk yükletilmemesini karşılamaktadır; fakat hekim, dikkat ve özen borcuna aykırılık gösterdiği takdirde o andan itibaren sorumluluğı doğacaktır⁸⁶. İzin verilen riskin ne ile sınırlı olduğuna dair doktrinde görüş birliğı olmamakla, genel kabule ve Yargıtay kararlarına göre izin verilen riskin kapsamı, objektif isnadiyetin ortadan kalktığı durumlar ile kapsamının sınırlı olduğudur⁸⁷. Önemli husus ise hekimin kendisinden beklenen tedbirleri alması ve gereken özeni göstermesidir. Bu hususlar yerine getirildiğı takdirde meydana gelen komplikasyon halinden hekim sorumlu tutulmayacaktır⁸⁸.

Nitekim, tıp biliminin doğası gereğı bazı vakalarda tedaviye bağılı komplikasyonların maskelenmiş olabileceğı belirtilmektedir. Bu durumda benzer

⁸⁵ ÖZCAN, s. 205.

⁸⁶ YENERER ÇAKMUT, s. 249.

⁸⁷ PAKEL, s. 93.

⁸⁸ Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 2016/31093 Esas, 2020/2079 Karar sayılı ve 13.02.2020 tarihli kararında “yargılama sırasında alınan Yüksek ... Şurası raporu, Adli Tıp Kurumu İhtisas kurulundan alınan rapor ve Hacettepe Üniversitesi’nden alınan bilirkişi raporunun sonuç kısmında gebelikte plasenta previa tanısı olan hastada olabilecek komplikasyonları öngörmesine rağmen ameliyatı tıp merkezinde yapmasının doğru olmadığı belirtilmesine rağmen ameliyat sırasında tıp bilimine uygun işlemler yaptığı ve tam teşekküllü hastaneye sevk edilse bile komplikasyonun gelişebileceğı tespiti bildirilmiştir. Ancak bilirkişi raporlarında yer alan ikinci kısım varsayıma dayalı olduğundan davalıların tam teşekküllü hastane yerine tıp merkezinde ameliyat yapılmasının doğru olmadığı, plasenta previa tanısı olan hastada bu durumları öngörüp sevk etmesi beklenebileceğı anlaşılmaktadır. O halde, Mahkemece, davalı doktorun vekil olarak en hafif kusurundan dahi sorumlu olacağı değerlendirilerek sonuca uygun makul maddi ve manevi tazminata hükmedilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.”; Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 2015/27853 Esas, 2018/6133 Karar, 23.05.2018; 2016/24615 Esas, 2019/12860 Karar, 19.12.2019; 2016/23372 Esas, 2019/12469 Karar, 12.12.2019, 2016/24447 Esas, 2019/11320 Karar, 14.11.2019, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, 24.05.2021.; YENERER ÇAKMUT, s. 250, 251.

bilgi, beceri ve tecrübeye sahip başka bir hekimin de tespit edemeyeceği komplikasyonlar için hekimi sorumlu tutmak isabetli olmayacaktır⁸⁹.

3. TIBBİ UYGULAMA HATASI VE KOMPLİKASYON AYRIMI

Tıbbi müdahale neticesinde öngörülen ama önlenmesi mümkün olmayan, oluşması ihtimali önceden hastaya anlatılarak onamı alınmış hallerde izin verilen bir risk oluşur. Bu durumda hekimin hukuki veya cezai bir sorumluluğu doğmaz. Yukarıda yapılan malpraktis kavramının tanımından da anlaşılacağı üzere, hekim yalnızca yaptığı müdahaledeki kusurlarından sorumludur⁹⁰. Ayrıca hekim, mensubu olduğu birimin olanakları dahilinde gerekli önlemler önceden almalıdır. Hekimin komplikasyon neticesinde sorumlu olmaması, hakkında dava açılmayacağı anlamına gelmemektedir. Hekim hakkında dava açılması halinde soruşturma ve kovuşturma organlarınca hekimin tıbbi müdahaledeki tutumu dikkatle araştırılarak kasıtlı ya da taksirli bir suçun olup olmadığı belirlenmelidir.

Her tıbbi müdahalenin muhtemel risklerinin olması ve tehlikenin önceden bilinmemesi de muhtemeldir. Pek doğaldır ki, her tıbbi girişim öncesinde, ortaya çıkması muhtemel tehlikelerin ve en kötü olasılıkların göz önüne alınıp gerekli hazırlıkların yapılarak tıbbi müdahalede bulunulması gerekir. Sağlık personeli ve hekim, mesleği gereği önceden muhtemel riskleri öngörmeli, gerekli tedbirleri almalı ve zorunlu haller dışında riskli tedavilerden kaçınmalıdır. Zira komplikasyon gelişen durumlarda hekimin ve sağlık personelinin gerekli özeni gösterip göstermediği de araştırmaya tabii olabilecektir. Kanaatimizce hekim tarafından gösterilmesi gereken özenin ölçüsü, aynı şartlar altında, söz konusu olaya müdahalede bulunan hekimle eşdeğer statüde bulunan bir hekimin düşünüp göstermesi gereken özen düzeyindedir⁹¹. Örnek vermek gerekirse hastaya müdahale

⁸⁹ KOÇ, s. 88.

⁹⁰ A.g.e.

⁹¹ Bu şekilde gösterilen özenin, öngörülebilirliğe ilişkin değerlendirmesi için bkz. İÇEL, s. 152.

eden bir pratisyen hekim ise, beklenecek bilgi ve özen derecesi, bir uzman hekimin sahip olduğu bilgi, deneyim ve göstereceği özen ile eş tutulamaz ve karşılaştırılamaz. Ondan, kendisi ile eşdeğer sayılabilecek bir pratisyen hekimin aynı şartlar altında gösterebileceği özeni göstermesi beklenir. Yine, son derece ileri imkanlara sahip gelişmiş cihazlarla çalışan modern bir hastanede çalışan bir hekimin, olanaksızlıklar içinde çalışan bir sağlık ocağında çalışan hekimden daha fazla özen göstermesi doğal olarak beklenecektir⁹².

YENERER ÇAKMUT'un "*tıbbi müdahalede hekimin taksire dayanan sorumluluğu izin verilen risk çerçevesinde de ele alınmalıdır.*"⁹³ şeklindeki görüşüne katılarak dikkat ve özen yükümlülüğünün aykırılık hali olarak tanımlanan taksir kavramında neticenin öngörülebilirliği önem arz ettiğini vurgulamak gerekir⁹⁴. Tanımda geçen dikkatsizlik hali, fail tarafında yapılmaması gerekeni yapmadır. Tedbirsizlik ise önlenabilir bir tehlikenin önlenmesinde pasif davranarak ortaya çıkan kusurluluktur. Burada belirtmek gerekir ki ceza hukukunda fiilin suç teşkil etmesi için hekimin ağır ya da hafif kusurunun olması dikkate alınmaz, kusurlu hareket etmiş olması yeterlidir. Kusur derecesi TCK madde 61 bağlamında faile verilecek cezanın belirlenmesinde önemli olacaktır. Kusur derecesi, yerleşik uygulamada Anayasa Mahkemesi'nin 2009/69 Esas, 2010/79 Karar sayılı ve 03.06.2010 tarihli iptal kararına değin 1219 Sayılı Kanun'un 75. maddesi ile Yüksek Sağlık Şurası yetkili iken artık Adli Tıp Kurumu tarafından belirlenecek olan kusurun derecesi yalnızca cezanın belirlenmesinde esas alınmaktadır⁹⁵.

⁹² ÖZCAN, s. 206.

⁹³ YENERER ÇAKMUT, s. 247.

⁹⁴ ÖZBEK, Veli Özer, DOĞAN, Koray, BACAŞIZ, Pınar. Ekim 2020. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. 11. Baskı. Seçkin Yayıncılık, s. 482.; Bkz. s. 95-98.

⁹⁵ HANCI, İ. Hamit. 2005. «Malpraktis mi Komplikasyon mu?» *Mevzuat Dergisi* (90).

Riskin öngörülebilir veya önlenabilir olmaması halinde hekimin kusurundan bahsedilemeyecektir⁹⁶. Öngörülebilirlik, ileri bölümlerde⁹⁷ de açıklanacağı üzere sonuçtan doğan sorumluluğun niteliği etkilemektedir. Neticenin öngörülebilirliği ölçütünü Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 2004/2-97 Esas, 2004/115 Karar sayılı ve 11.05.2004 tarihli kararında “(...) Neticenin öngörülebilmesi (tahmin edilebilmesi) ise failin hareketlerinin sonuçlarını tahmin edebilme yeteneğini ifade eder. Bu bakımdan failce neticenin öngörülebilir olup olmadığının belirlenmesi bakımından failin yaş, görgü, meslek vs. gibi niteliklerinin nazara alınmasını zorunlu kılar. Zira öngörülebilmenin imkansız olması durumunda taksirden değil, kaza ve tesadüflerden söz edilebilir. Öngörebilme olanağının belirlenmesinde nasıl bir ölçüt uygulanacağı hususu uygulama ve öğretide de tartışılmış, failin kişisel niteliklerini göz önünde bulunduran sübjektif görüş eğilim kazanmıştır. Bu görüşe göre failin görgüsü, sosyal seviyesi, yaşam tecrübesi, bedeni ve akli hali, zeka düzeyi gibi hususlar öngörme olanağının belirlenmesinde nazara alınacaktı. (...)”⁹⁸ şeklinde bizim de katıldığımız gibi sübjektif değerlendirilme yapılmasını yerinde görmüştür.

Özetle, hekimin kendisinden beklenen özeni göstermemesi, tedavi ya da müdahaleye dair riskleri ve tehlikeliliği hasta ve hastalığın özelinde değerlendirmemiş olması, tedavi ya da müdahaleye dair riskleri, yan etkileri, tehlikeliliği ön görmemesi ve önlememesi halinde artık komplikasyon değil kendi hareket sınırlarını dahilinde olan tıbbi uygulama hatası söz konusu olacaktır.

⁹⁶ İÇEL, s. 147, 148.; BİRTEK, s. 72.

⁹⁷ Bkz. s. 95-98.

⁹⁸ Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 17.04.2021.

III.BÖLÜM

TIBBİ UYGULAMA HATASINA NEDEN OLABİLECEK BİLEŞENLER

1. AYDINLATILMIŞ ONAM VE CEZAİ SORUMLULUK

1. Genel Olarak

YENERER ÇAKMUT'un da ifade ettiği gibi “*Tıbbi müdahaleler nitelikleri itibariyle hangi amaç için yapılırlarsa yapılırlar, yaşam, sağlık ve vücut tamlığı gibi önemli kişilik haklarının ihlalini ortaya çıkartmakla birlikte kanunen bu faaliyetlere izin verilmiş olması ve ilgilinin müdahaleye rıza göstermesi, fiilin suç olma vasfını ortadan kaldırmaktadır.*⁹⁹”, hastanın hukuken geçerli bir rıza vermesinin şartlarından biri de HHY ve çalışmamızda belirtilen sair mevzuatlarda düzenlendiği üzere aydınlatıldıktan sonra rıza vermesidir. Psikiyatride hastalardan aydınlatılmış onam alınmasının uygulamada önemli bir sorun olarak ortaya çıktığı belirtilmektedir¹⁰⁰. Bunun en önemli nedeninin ise hastaların karar verme yetilerindeki bozulmalar olduğu ifade edilmektedir¹⁰¹.

Hastanın rızasını¹⁰² ifade eden aydınlatılmış onam, hastaya uygulanacak tedavi yönteminin, varsa alternatiflerinin riskleri ve yararları hakkında ilgili hekim

⁹⁹ YENERER ÇAKMUT, s. 261.

¹⁰⁰ SAVAŞ, A. Haluk, ÇOŞKUN, Ahmet, HAYRAN, Osman, GERGERLİOĞLU, H. Serdar, ARKONAÇ, Oğuz, ERKOÇ, Şahap. 2007. «Türkiye'de Psikiyatristlerin Aydınlatılmış Onam Hakkında Görüş ve Tutumları.» *Gaziantep Üniversitesi Tıp Dergisi* (1): 35-40, s. 35.

¹⁰¹ A.g.e.

¹⁰² HHY'nin dördüncü ve beşinci bölümlerinde “rıza” ifadesine yer verilmiştir. Nitekim YENERER ÇAKMUT da eserinde (s. 199-203) “rıza” ifadesine “*Eğer hekimin fiili tıbbi müdahalenin şartlarını taşıyor ve ilgilinin rızası ile gerçekleştiriliyorsa artık hukuka uygun olacaktır. Rıza, kanunun öngördüğü hallerde kabul edilmiş bir hukuka uygunluk nedenidir ve diğer hukuka uygunluk nedenlerinde olduğu gibi objektif niteliktedir. (...) Hukuka özel aykırılık teşkil eden ve varlığı halinde fiili suç olmaktan çıkartan rıza, bu yönde ne açık ne de zımni bir açıklamaya ihtiyaç vardır. Bilinçli bir onaylama yeterlidir. Hukuka uygunluk nedeni olan rıza, ilgili tarafından bu yöndeki beyanını açık ya da zımni olarak ama net şüpheye yer bırakmayacak şekilde yapılması gereklidir. (...) İlgilinin anlama ve isteme yeteneğine sahip olması, verdiği kararın kapsamı özelliğini bilmesi, bunu kavramış olması aranır.*” şeklindeki açıklamalarla yer verdiğiinden, kanaatimizce de hastanın rızası, onam vermesini ifade etmektedir.

tarafından hastanın anlayabileceği seviyede uygun bir şekilde açıklanmasının ardından hasta tarafından hiçbir eksik nokta kalmayacak şekilde anlaşılmasıyla hasta tarafından gönüllü ve istekli olarak verilen kabul, hastanın kendisi hakkında karar verme hali olarak tanımlanmaktadır¹⁰³. Aydınlatılmış onam ilkesi, yararlılık, zarar vermeme, özerkliğe saygı gibi tıbbi etiklerin de uygulamaya aksettirilmesini sağlayan bir omurga olarak tanımlanmıştır¹⁰⁴. Hastanın özerkliğinin, “*insan onurunun bir parçası*”¹⁰⁵ olduğundan bahisle bu özerkliğin kullanılabilmesi için hastanın kendisine uygulanacak müdahale hakkında aydınlatılması gerekmektedir. Aydınlatılmış onama dair uluslararası düzenleme Dünya Psikiyatri Birliği’nin Madrid Bildirgesi’nde “*Hastanın kendi kişisel değer ve tercihlerine göre akılcı bir karar verme gücünü kazanabilmesi için psikiyatrist hastaya ilgili bilgileri vermek zorundadır*” ifadesi yer alırken Ruh Hekimliği (Psikiyatri) Meslek Etiği Kuralları ile daha özel bir düzenlemeye gidilmiş ve “*Ruh hekimi her türlü değerlendirme, tanı, sağaltım ya da araştırma amacı ile yapılacak girişimler için hastaya ve gerektiğinde hastanın yakınlarına yeterli bilgi vermeli ve onların bilgilendirilmiş olurlarını almalıdır*” şeklinde kurala bağlanmıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin yerleşik içtihatlarına göre Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne üye devletler, uygulanması uygun görülen tıbbi işlemin sonucunun öngörülebilir olan riskler hakkında hekimlerin hastalara önceden bilgi vermelerini sağlayacak gerekli ve düzenleyici önlemleri almakla yükümlüdür. Alınacak bu önlemlerin doğal sonucu olarak, hastanın tıbbi işlem hakkında önceden bilgilendirilmesi söz konusu olmadan öngörülebilir bir riskin ortaya çıkması halinde ilgili devlet, hastaya bilgi verilmemesinden ötürü doğrudan sorumlu tutulabilmektedir¹⁰⁶. Türkiye’de ise aydınlatılmış onama ilişkin ilk düzenlemelere 1928 yılında yürürlüğe giren 1219 Sayılı Tababeti Şuabatı San’atlarının Tarz ve İcrasına Dair Kanun’da yer

¹⁰³ SAVAŞ ve Diğerleri, s. 36.; YENERER ÇAKMUT, s. 238.

¹⁰⁴ KÖK, İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesine Göre Aydınlatma ve Rıza, s. 117.

¹⁰⁵ GÜRBÜZ, s. 114.

¹⁰⁶ Anayasa Mahkemesi, Başvuru No: 2014/13327, Karar Tarihi: 08.03.2018, Resmî Gazete Tarih ve Sayısı: 30.03.2018-30376.

verilmiştir. Bu Kanun’a göre “*Hekimler, dış hekimleri ve dışçiler yapacakları her çeşit ameliye için hastanın, hasta küçük veya hacir altında ise veli veya vasisinin önceden rızasını alırlar. Büyük cerrahi ameliyeler için bu rızanın yazılı olması gereklidir. Veli veya vasisi olmadığı veya bulunamadığı veya üzerinde ameliye yapılacak kişi görüş belirtecek durumda değil ise rıza koşulu aranmaz.*”

aydınlatılmış onamın öznesi belirtilerek aydınlatma yükümlülüğü hekime verilerek hastanın onamına işaret edilmiştir. Dolayısıyla aydınlatılmış onamın bileşenleri de önce aydınlatma, ardından hastanın onamından oluşmaktadır.

2. Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü

Hekim, öncelikle hastanın onam vermede yetkin olduğuna karar verdikten sonra aydınlatma aşamasına geçmelidir. Aydınlatma aşamasında ilk olarak hasta, süreç hakkında bilgilendirilmelidir. Örneğin, psikiyatrist tarafından yapılacak süreç hakkındaki bilgilendirme, teşhisi, ilaçlı ve ilaçsız tedavi yöntemlerini ve kapsamını içermesi gerektiği ifade edilmektedir¹⁰⁷. Özellikle kişinin maddi vücut bütünlüğüne doğrudan müdahalede bulunulmayan terapi yöntemlerinde, örneğin psikoterapi, tıbbi müdahale öncesinde süreç aydınlatmasının yapılması etik açıdan doğru olacaktır. Maddi vücut bütünlüğüne doğrudan müdahale içermeyen terapi yöntemlerinde, riskin gerçekleşme halinin daha düşük olduğunun kabulüyle uygulamada aydınlatma yapılıp yapılmaması gerekliliği hususunda ikilemler vardır. Psikiyatriye özgü olarak uygulanan bir tıbbi müdahale olan terapi yönteminin yalnızca maddi vücut bütünlüğüne yönelip yönelmediğine bakılmaksızın hastanın aydınlatılması hem iç hukukumuzda hem de uluslararası hukukta öngörülen bir zorunluluk ve asli yükümlülüktür, hastanın maddi ve manevi dünyası arasında herhangi bir öncelik yoktur. Zira, vücut bütünlüğü, hastanın yalnızca maddi bütünlüğünü değil manevi bütünlüğünü de ele alır ve hukuken koruma altındadır¹⁰⁸.

¹⁰⁷ GÜNDAY, s. 168, 169.

¹⁰⁸ GÜNDAY, s. 23.

Hekimin aydınlatma yükümlülüğünün kapsamının sınırına ilişkin olarak mevzuatımızda özel düzenlemeler de yer almaktadır. Bu yükümlülüğün kapsamına dair 1960 yılında yürürlüğe giren Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 14. maddesinin 2. fıkrası “*Hastanın maneviyatı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimali bulunmadığı takdirde, teşhise göre alınması gereken tedbirlerin hastaya açıkça söylenmesi lazımdır. Ancak, hastalığın, vahim görülen akibet ve seyrinin saklanması uygundur.*”, HHY'nin 19. maddesinin 1. fıkrasında ise “*Hastanın manevi yapısı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimalinin bulunması ve hastalığın seyrinin ve sonucunun vahim görülmesi hallerinde, teşhisin saklanması caizdir.*” şeklinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler ile hastanın teşhis ve riskler konusunda aydınlatılmasının esas olduğu belirtilerek, hekimin yapacağı sübjektif değerlendirmede aydınlatmanın hasta ve tedavi üzerinde kötü etki yaratacak olması ve tedavinin olumsuz etkilenmesi halinde teşhis ve tedavi konusunda hastanın ayrıntılı bir şekilde bilgilendirilmemesi hukuka uygun kabul edilmiştir¹⁰⁹. Hekim, HHY'nin 20. maddesinde¹¹⁰ de düzenlendiği şekilde hastanın özerkliği çerçevesinde isteği doğrultusunda aydınlatmanın yapılmayacağı hususunda da hastayı bilgilendirmeli ve hasta bilgilendirme yapılmamasını isterse hekim isteği yazılı bir şekilde kayıt altına almalıdır. Ne var ki, hastaya gereğinden fazla şekilde bilgilendirme yapılması da hasta üzerinde kötü etki yaratabilir. Genellikle tedaviye direnç gösterebilen ve depresif haldeki hastalara uygulanan terapötik tedavilerde hastaya gereğinden fazla bilgi verilmesi duygusal çöküntü halinin artmasına neden olabildiği belirtilmektedir. Bu durumda, tedavinin amacı hastanın sağlığına kavuşması olduğu için hastanın yararı gözetilerek aydınlatma yapılmalıdır.

¹⁰⁹ ERMAN, Barış. Nisan 2003. *Ceza Hukuku'nda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu*. 1. Baskı. Seçkin Yayıncılık, s. 106.

¹¹⁰ “MADDE 20 - İlgili mevzuat hükümleri ve/veya yetkili mercilerce alınacak tedbirlerin gerektirdiği haller dışında; kişi, sağlık durumu hakkında kendisinin, yakınlarının ya da hiç kimsenin bilgilendirilmemesini talep edebilir. Bu durumda kişinin kararı yazılı olarak alınır. Hasta, bilgi verilmemesi talebini istediği zaman değiştirebilir ve bilgi verilmesini talep edebilir.”

Hekimin hastayı aydınlatması, HHY'nin 15. maddesinde¹¹¹ de düzenlendiği üzere müdahalenin bütüne ilişkin olmakla müdahale öncesi ve sırasında da hastaya bilgilendirmeler yapmakla yükümlüdür. Yapılan bu bilgilendirmeleri güvenlik ve riziko aydınlatması altında ayrı olarak incelemek yerinde olacaktır.

2.1. Güvenlik Aydınlatması

Doktrinde koruma, tedavi aydınlatması olarak da adlandırılan güvenlik aydınlatmasında hekim, hastayı sağlık durumu, ilaç kullanılacaksa yapacağı yan etkiler ve başka ilaçlarla etkileşimi, hastalık boyunca karşılaşılabilecek durumlar, tıbbi müdahale olacakssa müdahale sonrasında dikkat zayıflığı, hareket kısıtlılığı gibi hususlarda bilgilendirir ve tedavi süreci boyunca olumlu bir sonuç elde edebilmek için hastanın nelere dikkat etmesi gerektiği konusunda bilgilendirerek aydınlatmaktadır¹¹². Aslında buradaki aydınlatmanın hekimin özen borcunun gerekliliği olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır¹¹³.

2.2. Riziko Aydınlatması

Tedavinin gereği gibi ilerlemesi halinde dahi ortaya hayatın olağan akışında ortaya istenmeyen sonuçlar, komplikasyonlar çıkabilir. Bu istenmeyen sonuçlar hakkında hastanın bilgilendirilmesi de hastanın onamını etkileyecektir. Zaten aydınlatmanın

¹¹¹ “MADDE 15 - (Başlığı ile birlikte değişik:RG-8/5/2014-28994)

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 tıbbi yardıma nasıl ulaşabileceği, hususlarında bilgi verilir.”

¹¹² SUBAŞI, İlhan. 2016. *Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü-Aydınlatılmış Onam-Tazminat Sorumluluğu*. Seçkin Yayıncılık, s. 43.

¹¹³ GÜNDAY, s. 161.

temelinde de tedavi ya da müdahale neticesinde karşılaşılabilecek neticeler olduğundan hekim hastasını bu neticeler hakkında aydınlatmakla yükümlüdür. Rizikolar konusunda yapılan aydınlatmada hekim, uygulanacak tedavinin tıp doktrininde ağır sonuçları olabileceği ve tedaviye yönelik önemli itirazlar mevcutsa bunları da belirtmelidir¹¹⁴. Dolayısıyla riskin gerçekleşme ihtimalinin düşük olması halinde dahi hekimin hastasını bu riskler hakkında aydınlatması beklenecektir.

3. Hastanın Onamı

Hastanın özerkliğini korumak için hastalığının ne olduğu, tedavi seçenekleri ve hastanın anlayacağı şekilde ayrıntılı olarak bu seçenekler hakkında bilgilendirildikten özerkliğe saygı ilkesi gereği muhatabı olacağı müdahale veya tedaviye dair onamı aranır¹¹⁵. Başka bir deyişle, hastanın ayrıntılı bilgilendirilmesi sonunda kendi kendine karar vermesi ile aydınlatılmış onam oluşur. Bu hususta psikiyatri alanında da birçok etik soruna da gebe olan önemli nokta hastanın özerkliğini kullanmada yeterli olup olmadığıdır¹¹⁶, zira TMK'nın 13. maddesinde¹¹⁷ sayılan haller dışında kişilerin ayırt etme gücüne doğal olarak özerkliğine karar vermede yetkin olduğu kabul edilmektedir. Hastanın, hastalığının özellikleri nedeniyle onam vermede yeterli olup olmadığı hekim tarafından mutlaka ayrıntılı denetlenmeli, muhakeme edilmelidir¹¹⁸. Özellikle hastanın zorla yatırılması gerekli görüldüğü takdirde hastanın rızasının mahkeme kararıyla ikame

¹¹⁴ ÇİLİNGİROĞLU, Cüneyt. 1991. «Özel Hukuk Yönünden Hastanın Tıbbi Müdahaleye Rızası.» *Yüksek Lisans Tezi*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 62, aktaran SUBAŞI, s. 47.; Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 1977/6297 Esas, 1977/2541 Karar, 07.03.1977, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 02.04.2021.

¹¹⁵ AYDIN, Erdem. 2001. «Tıp Etiğinde Temel İlkeler.» *I. Ulusal Uygulamalı Etik Kongresi El Kitabı* içinde. Ankara, s. 2.

¹¹⁶ ÖRNEK BÜKEN, s. 98.

¹¹⁷ «MADDE 13 - Yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkes, bu Kanuna göre ayırt etme gücüne sahiptir.»

¹¹⁸ GÜNDAY, s. 168.

edilebilir olup olmadığı hekim tarafından yine ayrıntılı ve mümkünse yazılı olarak bir muhakeme edilmesi gerektiği kabul edilmektedir.

Hastanın onam verme konusunda yetkinliği denetlenirken ilk olarak, TMK 10. maddede¹¹⁹ belirtildiği üzere kısıtlılık hali ve yaşı incelenmeli, hastanın bu anlamda yetkinliği öğrenildikten sonra somut durumda 13. madde bağlamında onam vermede temyiz kudretinin haiz olup olmadığı incelenmelidir. TMK'dan hareketle, hasta, rıza verme yetkisini başkasına devredemez, yalnızca rızasını açıklama yetkisini devredebilir.

Acil bir tıbbi müdahalenin gerekli olduğu hallerde hekimden yapması beklenen aydınlatmanın kapsamı da doğal olarak daralmalıdır¹²⁰. Acil olan müdahalenin yapılmasından aydınlatmayı kapsamlı yapmak suretiyle imtina edilirse hastanın zararına hareket edilmiş olacak ve hekimin ihmalkarlığından hareketle cezai sorumluluğu doğabilecektir. Acil durumlarda uygulanması gereken tıbbi müdahaleler için ileriki bölümlerde ayrıntılı açıklanacağı üzere varsayılan rıza olduğu kabul edilmektedir¹²¹.

Ne var ki, HHY'nin 25. maddesi ile hastaya verdiği onamı her zaman geri alabilme hakkı da verilmiştir. Müdahale esnasında rızanın geri alınmasına rağmen müdahaleye devam edilmesi halinde rızanın geri alındığı bildirildikten sonraki müdahale hukuka aykırı olacak ve hekimin cezai sorumluluğu doğacaktır.

Hastanın eksik aydınlatılarak onamının alınmasına dair aydınlatılmasının eksikliğinden dolayı AİHM, Altuğ ve Diğerleri¹²² kararında Türkiye'yi mahkûm etmiştir. Başvuru, başvuranların 74 yaşındaki akrabasının özel bir hastanede

¹¹⁹ “MADDE 10 - Ayırt etme gücüne sahip ve kısıtlı olmayan her ergin kişinin fiil ehliyeti vardır.”

¹²⁰ KAYAER, Nebahat. 2012. «Ceza Hukukunda Hekimin Tıbbi Müdahalesi Çerçevesinde İşlenen Taksirle Öldürme Suçu.» *Doktora Tezi*. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı Kamu Hukuku Programı, s. 332.;

¹²¹ KAYAER, s. 22.; YENİSEY, s. 873.

¹²² Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Başvuru No: 32086/07, Karar Tarihi: 30.06.2015.

damardan enjeksiyon yapılmak suretiyle bir penisilin türevi uygulanması ve enjeksiyona şiddetli alerjik tepki göstermesi neticesinde vefat etmesiyle ilgilidir. Başvuranlar, hastayla ilgilenen tıbbi ekibin anamnez almaya ve hastayı olası bir alerjik tepkimeye dair bilgilendirmeye ve başvuruların ilacın uygulanmasına ilişkin rızalarını almaya dair yasal yükümlülüklerini yerine getirmediklerini iddia etmiş ve Mahkeme, ilgili tıbbi ekibin, hasta ve başvuran yakınlarına hastalık öyküsünü sormamış, alerjik tepkimeler hakkında aydınlatmamış ve enjekte edilen ilacın kullanılmasına dair rızalarını almamasından ötürü başvuruyu yerinde bularak AİHS'in 2. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiş ve Türkiye'ye mahkûm etmiştir. Mahkeme, başvuruyu incelerken yetkililerin hastanın yaşam hakkını korumaya ilişkin olarak düzenlenen ilgili yasal çerçevenin uygun bir şekilde hayata geçirilmediğini vurgulamıştır.

4. Psikiyatri Bağlamında Aydınlatılmış Onam ve Tıbbi Uygulama Hatası

Ruhsal hastalıkların tedavisinde önemli yer tutan aydınlatılmış onamla ilgili ülkemizde halen özel bir düzenleme mevcut değildir; fakat psikiyatri uygulamalarında da aydınlatılmış onamın işlevselliği yadsınamaz bir gerçektir. Nitekim, psikotik rahatsızlığa sahip hastalar ve karar vermekte güçlük çekebilen şiddetli depresyon veya mani halindeki hastalara uygulanacak tedavi için karar verme kapasitelerinin değerlendirilmesinde önemli güçlükler vardır¹²³, ne var ki, hastanın yanı sıra psikiyatristin otoritesi tedavi konusunda karar vermesini etkilese de hukuki anlamda ideal aydınlatıcı onamla hastanın seçim yapma ve aydınlatılma hakkının sıkı sıkıya gözetilmesi gerektiği belirtilmektedir. Günümüzde ruhsal hastalık nedeniyle tedavi gören hastalarda karar verme yetisinin tahmin edilenden daha fazla, diğer tıbbi rahatsızlıklarda ise tahmin edilenden daha az olduğu ileri sürülmektedir, bu konuda yapılan araştırmaya göre şizofreni tanısıyla hastanede tedavi süreci geçiren hastaların yarısı depresyon tanısı nedeniyle hastanede tedavi

¹²³ SAVAŞ ve Diğerleri, s. 36.

görenlerin %75'i karar verme kapasitesi açısından yeterli görülmüştür¹²⁴. Ruhsal hastalığı olan hastaların hastanede tedavi edilme ve tedavi süreleri boyunca aydınlatılmış onam alınması hukuki açıdan büyük önem arz etmekle beraber onamın alınmadığı hallerde tıbbi endikasyonun yanı sıra psikiyatri alanına özgü olarak yapılacak tıbbi girişimlerde başkalarına ve kendine zarar verme olasılığının değerlendirilmesi önem arz etmektedir. Psikiyatride yaşanan zor durumlardan biri de hastanın onam verme için yetkin olması; fakat onam vermemesidir. Bu gibi durumlarda pratikte “*akılcı bir öneriye onam vermeyen, yetkin değildir*” yaklaşımının etkisinin de tamamen ortadan kalktığını söylemek güçtür¹²⁵. Hastaların kendi haklarına dair bilgi seviyeleri de yeterli değildir, bu konuda yapılan bir araştırmada, ruhsal hastalığı olan hastaların yaklaşık yarısı kendilerine önerilen tedaviyi kabul etmeme hakkının olmadığını düşünmektedir¹²⁶.

5. Aydınlatma Yükümlülüğünün Şekli

Tıbbi müdahalenin hukuka uygun olması için aranan şartlardan aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmiş olması gerekir. Doğal olarak, bu yükümlülüğü taşıyan kişi, tıp hukukundaki hastayı koruma ilkesine de paralel olarak müdahaleyi yapacak ve müdahale hakkında bilgi sahibi olan hekimdir. Aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirildiğine dair ispat, aydınlatmanın yazılı yapılması halinde hekimi büyük bir sorumluluktan kurtaracaktır. Uygulamada ise aydınlatma yükümlülüğünün yazılı olarak yapıldığını ispatlamak adına matbu formlar kullanılmaktadır; fakat bu matbu formlar, aydınlatma yükümlülüğünün ruhuna uymamaktadır. Aydınlatma yükümlülüğü, yukarıda izah edildiği üzere her hastalık ve her hastaya özgü olarak sübjektif bir şekilde yapılmalıdır, dolayısıyla matbu formlar üzerinden yapılan genel geçer bir aydınlatmanın hukuken hiçbir geçerliliği

¹²⁴ MacArthur Research Network on Mental Health and the Law (2001) The MacArthur Treatment Competence Study.

¹²⁵ OĞUZ, N. Yasemin. 2001. *Psikiyatri ve Etik*. Cilt Yenilenmiş 2. Baskı, *Ruhsal Hastalıklar* içinde, Ed. Nevzat Yüksel, 825-841. Ankara: Çizgi Yayınevi, s. 129.

¹²⁶ OĞUZ, N. Yasemin. 1994. «Psikiyatride Onam ve Aydınlatılmış Onam (Doktora Tezi).» Ankara: Ankara Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü, s. 121.

olmamalıdır, dolayısıyla aydınlatma yükümlülüğünün yapıldığına dair ispata konu olmamalıdır. Doktrinde ise bu aydınlatmanın yazılı yapılmasının hasta ve hekim arasındaki tedavi sözleşmesinden doğan güven ilişkisine zarar verebileceği, hekimin hasta ile karşılıklı bir görüşme şeklinde yapılan aydınlatmanın oluşan güven ilişkisini pekiştireceği yönünde görüşler de yer almaktadır¹²⁷. Nitekim 2014 yılında yapılan değişiklikle HHY'nin 18. maddesi ile aydınlatmanın sözlü olarak yapılabileceği de düzenlenmiştir, bu aşamada aydınlatmayı nasıl yapacağı aslında hekimin inisiyatifine bırakılmıştır.

Bu yükümlülüğün ispatının geçmiş yıllardan günümüze kadar TTB'nin 01.02.1999 tarihinde yayınladığı Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın 26. maddesinden yola çıkarak hekimin üzerinde olduğuna Yargıtay içtihatlarında da vurgu yapılmıştır¹²⁸. Bu ispat yükünün nasıl karşılanacağına dair Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 2018 tarihli bir kararında *"Epikriz raporunda "göz hastalıkları polikliniğinde ... muayenesi önerildi" şeklinde yazıyor olması hekimin aydınlatma yükümlülüğünü yerine*

¹²⁷ Ayan, Mehmet. 1991. *Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluk*. Ankara: Kazancı Hukuk Yayınevi, s. 52.

¹²⁸ Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 1976/6297 Esas, 1977/2541 Karar sayılı ve 07.03.1977 tarihli kararında *"(...) Davalının, rızasının bulunduğu kabul edilse dahi az yukarıda açıklanan şekilde muayenenin, muhtemel sonuçları, riski davacıya bildirilmemiştir. Bu yönün ispatı davalı doktora düşer. Çünkü bu tür muayenelerde bazen kızlık zarının bozulabileceği tıbbi adli raporunda açıklanmıştır. Diğer bir deyimle bu muayene sonunda her halde kızlık zarının bozulacağı tıbben kabul edilmemiştir. O halde nadiren de olsa bu böyle bir sonucun yani riskin meydana geleceği açık olarak davacıya bildirilmeliydi. Olayımızda davalı hekim, aydınlatma görevini yerine getirdiğini, bütün veri ve sonuçları tıp bilimine uygun olarak davacının anlayacağı biçimde bildirdiğini iddia ve ispat etmediğine göre meydana gelen ve Türk Ceza Kanununda da mayubiyet olarak nitelenen zararlı sonuçtan sorumludur. (Bayraktar- age-127 vd.). Kaldı ki, olayın özelliği davacının bu riski bilmesi gerektiği sonucunu kabule de olanak vermemektedir.(...)"*; Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 2016/23372 Esas, 2019/12469 Karar sayılı ve 12.12.2019 tarihli, 2016/25663 Esas, 2018/7615 Karar sayılı ve 04.07.2018 tarihli, 2015/15350 Esas, 2017/1911 Karar sayılı ve 16.02.2017 tarihli, 2017/8515 Esas, 2020/5427 Karar sayılı 29.06.2020 tarihli kararlarında *"Salt yapılacak işleme rıza göstermek yeterli değildir. Ayrıca, komplikasyonların da izah edilmesi gerekmektedir. Ancak bu rızanın da az yukarıda vurgulandığı üzere aydınlatılmış rıza olması gerekir. Nitekim Hekim Etiği Yönetmeliği'nin 26. maddesinde düzenleme yapılmış ve (...) aydınlatmanın ne şekilde yapılacağı açıklanmıştır. Aydınlatılmış onamda ise ispat külfeti hekim ya da hastanededir."*; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 2018/1849 Esas, 2019/7606 Karar sayılı ve 28.11.2019 tarihli kararında *"Bu durumda mahkemece, (...), hastayı bu şekilde aydınlatma yükümlülüğü bulunan hekimin, bu yükümlülüğünü mevzuata ve usule uygun şekilde yerine getirdiğini ispatlamak zorunda olduğu, ispat yükünün hekimde bulunduğu kabul edilerek (...)"*, Sinerji Mevzuat ve İctihat Programı, Erişim Tarihi: 08.04.2021.

getirdiğini ispat için yeterli kabul edilemez.¹²⁹” şeklinde hüküm kurarak hekimin kendisinden beklendiği şekilde özenli davranarak öneriden ziyade daha güçlü argümanlarla ispat yükümlüğünün karşılanacağı kanaatindeyiz.

Hastanın onamının nasıl alınacağına dair Sağlık Bakanlığı tarafından oluşturulan Tıbbi Müdahalelerde Bilgilendirilmiş Rıza Alınması Yönetmeliği Taslağı’nda ise aydınlatma, bireyin sağlıklı durumu, kendisine uygulanacak vücut bütünlüğüne müdahale gerektiren tanı ve tedavi yöntemleriyle, bunların faydaları ve muhtemel riskleri, diğer tıbbi müdahale ve tedavi yöntemleri, tedavinin kabul edilmemesi halinde ortaya çıkabilecek muhtemel sonuçları ve hastalığın seyri, neticeleri ve öngörülemez acil durumlarda önerilen tedavinin dışına çıkma konularında ayrıntılı ve yazılı olarak bilgilendirilmesi şeklinde tanımlanmıştır. Bu yönetmelik, taslak halinde olduğundan yalnızca tavsiye niteliğinin haiz olduğu kanaatindeyiz.

6. Varsayılan Rıza

Varsayılan rızanın tıbbi müdahalede hukuken geçerlilik kazanabilmesi için, rızası aranan hastanın açık bir irade beyanında bulunamayacak halde olması gerekir¹³⁰. Açık irade beyanını alınamaması hali ise ancak acil tıbbi müdahaleyi gerektiren hallerde söz konusu olabileceğinde, bu rıza aslında ikincil niteliklidir. Başka bir deyişle, hekim ilk bakışta hastaya izni olmadan müdahale ederek kanunda suç olarak düzenlenen fiili gerçekleştirmektedir. Varsayılan rıza, hastanın rızası ile müdahale için zorunluluk hali arasında dar bir uygulama alanına sahip bir kavramdır¹³¹. Bu dar uygulama içinde hastanın rızasının alınmasının olanaksız olması ve hasta yakını tarafından hastanın yararına olacak şekilde rıza vermesi de

¹²⁹ Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 2016/30023 Esas, 2018/11375 Karar, 27.11.2018, Sinerji Mevzuat ve İhtihat Programı, Erişim Tarihi: 07.04.2021.

¹³⁰ HATİPOĞLU, s. 75.; ERMAN, s. 142.

¹³¹ KANGAL, Zeynel. 2011. «Ceza Hukukunda Varsayılan Rıza.» *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15 (4): 223-252., s. 226.; YENİSEY, s. 875.

varsayılan rıza olarak kabul edilmektedir¹³². Nitekim, acil durumlarda hastanın aydınlatılmasının kapsamının daralması gibi yine acil durumlarda gerekli rızanın var sayılması, hastanın sağlık ve yaşam hakkı gözetildiği için yerinde olacaktır¹³³.

Önemle belirtmek gerekir ki, varsayılan rıza, bazı yazarlara göre “*her zaman bir hukuka uygunluk nedeni*¹³⁴” olarak sayılsa da aslında hastanın rızasının hukuka uygun sayıldığı bir alt nitelikli rıza değildir; çünkü varsayılan rızadan bahsedebilmek için hastanın açık ya da örtülü olarak rızasının alınamaması gerekir¹³⁵. Bu bakımdan bizim de katıldığımız görüşe göre “*ilgilinin menfaatine hareket etme gereği karşısında gerçekleştirilecek fiilin hukuka uygunluğunu sağlayan kendine özgü bir hukuka uygunluk nedenidir.*¹³⁶”. İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi’nin 9. maddesi “*Müdahale sırasında isteğini açıklayabilecek bir durumda olmayan bir hastanın, tıbbi müdahale ile ilgili olarak önceden açıklamış olduğu istekler göz önüne alınacaktır.*” ve Tababet ve Şuabatı San’atlarının İcrasına Daire Kanun’un 70. maddesi “*(...) Büyük ameliyei cerrahiyeler için bu muvafakatin tahriri olması lazımdır. (Veli veya vasisi olmadığı veya bulunmadığı veya üzerinde ameliye yapılacak şahıs ifadeye muktedir olmadığı takdirde muvafakat şart değildir.)(...)*” düzenlemeleri ile varsayılan rıza ile yapılacak müdahalenin sınırı da belirlenmiştir. Bu müdahale, hastanın ne koşulda rıza vereceği objektif olarak değerlendirmesi neticesinde yapılmalıdır¹³⁷. Örneğin açlık grevinde ya da ölüm orucunda olan kişilere ancak acil durum söz konusu olduğunda müdahale edilmektedir, zira kişi önceden iradesini açıkça ortaya

¹³² GÜNDAY, s. 177.

¹³³ ÖRNEK BÜKEN, s. 102.; ERMAN, s. 140.

¹³⁴ KEÇELİOĞLU, s. 171, 172.

¹³⁵ KANGAL, s. 231.; YENERER ÇAKMUT, s. 211.

¹³⁶ YENERER ÇAKMUT, s. 211.

¹³⁷ KANGAL, s. 224.; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 317, 318.; ERMAN, s. 140, 141.

koymuştur, bu iradenin de hekim tarafından tespit edilmesi gereklidir¹³⁸. Bu acil durumda yapılan müdahalede kişinin yaşam hakkı korunduğu için varsayılan rıza kapsamında hareket edilir ve bu kapsam, kişiyi tamamen içinde bulunduğu durumdan kurtarmak değil onu hayatta tutmakla sınırlıdır. Başka bir deyişle, bu rıza kavramı, objektif bir değerlendirmeye varsayılır¹³⁹. Hekim, bu durumda kişinin değer yargılarını da esas alarak kişinin rıza verebilecek durumda olsaydı vereceği rıza yönünde hareket etmekle sınırlıdır, yakınlarının ya da üçüncü kişilerin iradesi belirleyici olmayacaktır. Hal böyle iken hekime çok ağır ve ucu açık bir sorumluluk yüklenmektedir. Hekim, her zaman öncelikle hastanın rızasını almaya çalışmalıdır; fakat mümkün değilse ve müdahale yapılması için süre varsa hastanın rızasını, mahkeme kararıyla ikame etmeye çalışmalıdır. Eğer ki, yapılacak müdahale için yeterli süre yoksa, hekim hastanın yaşam hakkına yönelik tasarrufta bulunmalı ve bu süreçleri sıkı sıkıya yazılı bir şekilde kayıt almalıdır.

Hekimin, hastada varsayılan rızayı sonucu öngörerek, bilerek ve isteyerek yani kasten aşması halinde artık hukuka uygun olmayan bir tıbbi müdahale söz konusu olacaktır ve hekim, hareketi ve neticesi sebebiyle TCK'da sayılan suç tipinin faili olabilecektir; varsayılan rızanın dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranış neticesinde hukuka uygunluk sınırının aşılması halinde ise sınır, taksirli hareketle aşılmış olup hekim, hareket ve neticeye bağlı olarak TCK'da taksirle işlenebileceği düzenlenen suç tipinin faili olacaktır¹⁴⁰.

Sonuç olarak, doktrinde, açık rıza alınamadığı hallerde varsayılan rızadan bahsedebilmek için:

- Tıbbi müdahalenin rıza aranabilecek nitelikte olması,
- Hastanın müdahaleye ilişkin iradesini açıkça açıklayamıyor olması,

¹³⁸ ÖZBEK, Veli Özer. 2019. *İnfaz Hukuku*. Seçkin Yayıncılık, s. 141-149, aktaran HATİPOĞLU, s. 31.; ERMAN, s. 149.

¹³⁹ KEÇELİOĞLU, s. 170.

¹⁴⁰ KANGAL, s. 245.

- Hastanın rızasının alınabilmesi için yeterli süre olmaması,
- Tıbbi müdahalenin kapsamının hastanın gerçek iradesi ile sınırlı olması gerekir¹⁴¹.

7. Zorla Yatırma ve Ardılı Tedavide Aydınlatılmış Onam ve Cezai Boyutu

1830’lardan günümüze değin psikiyatri hastasının zorla yatırılması ve tedavisi hususunda hangi koşullarda hastanın zorla yatırılacağı, tedavi konusunda onam alınıp alınmaması gerekliliğinin tartışma konusu olduğu ifade edilmektedir, nitekim 1970’lere kadar zorla yatırılan bir hastanın tedaviyi reddetme hakkı mümkün bile değilken aydınlatılmış onam kavramının literatürde yer edinmesiyle, önce kendi iradeleriyle yatan ve tedavi olan hastalarda sonrasında zorla yatan ve tedavi olan hastaların da onamı aranmaya başlanmıştı¹⁴². Günümüzde ise TMK’nın 432. maddesi çerçevesinde zorla yatırma, hastanın mustarip olduğu ruhsal hastalık neticesinde ortaya çıkan tehlikelilik halinde, tehlikelilik hali bertaraf edinceye kadar hastanın tedavisini, hastanın ve toplumun güvenliğini sağlamak için psikiyatri kliniğine yatırılma anlamına gelir. Başka bir deyişle, bir ruhsal hastalığa bağlı tehlikelilik hali söz konusu olmadıkça TMK’nın 432. maddesi hükmünce zorla yatırma mümkün değildir¹⁴³. Ülkemizde ise bir ruh sağlığı ve sinir hastalıkları hastanesinde yapılan yatışlardan %23,1’i zorla yatırma kararı ile yapılmıştır¹⁴⁴. Ruhsal hastalık dışında ileriki bölümlerde¹⁴⁵ inceleneceği üzere TCK’nın 31. maddesi kapsamında kişinin faili olduğu suçun sonuçlarını anlayıp anlamama

¹⁴¹ ERSÖZ, s. 115, 116.; ERMAN, s. 149, 150.

¹⁴² OĞUZ, Yasemin, Psikiyatride Onam ve Aydınlatılmış Onam, s. 125.

¹⁴³ AYDIN ER, Rahime, ŞEHİRALTI, Mine. 2010. «Çözümlememiş Bir Konu: Psikiyatrik Bozukluğu Olan Hastanın Gönülsüz/Zorla Tedavi Edilmesi.» *Psikiyatri Hemşireliği Dergisi* 1 (1): 39-42, s. 41.

¹⁴⁴ GÜNDOĞMUŞ, Ümit Naci, ÖZBEK ÖZER, Veli, ÖZKARA, Erdem, BİÇER, Ümit, YILDIZ, Mustafa. 2004. «İntihar Girişimlerinde Sağlık Personelinin Adli İhbar Yükümlülüğü.» *Adli Tıp Dergisi* 18 (2): 38-44., aktaran EŞİZOĞLU, Altan. 2016. «Psikiyatrik Uygulamalarda İntihar Davranışının Adli Boyutu.» *Türkiye Klinikleri Psikiyatri Dergisi* 9 (3): 56-61, s. 59.

¹⁴⁵ Bkz. s. 59.

yetkinliğinin gözlenmesi, muayene edilmesi için de CMK'nın 74. maddesi kapsamında mahkeme kararı ile gözlem altına alınması düzenlenmiştir.

Günümüze kadar psikiyatri TMK kapsamında hastasının zorla yatırılarak tedavisi hukuki ve etik yönden uygulamada en çok fikir ayrılığı bulunan konulardan biri olmuştur¹⁴⁶. Psikiyatri hastasının zorla yatırılması ve yatırmanın ardılı olarak zorla tedavi edilmesi, Anayasa'da güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerini kullanmaktan mahrum bırakmakta ve çoğunlukla rızası dışında tıbbi müdahalede bulunulmasına neden olmaktadır¹⁴⁷. Hal böyle iken, kanaatimizce zorla yatırma tedbiri en son çare olarak görülmelidir, hastanın tehlikelilik hali, zorla yatırma kararı verilmeden de önlenebiliyorsa yalnızca koruma amacıyla zorla yatırma kararı verilmemelidir¹⁴⁸.

7.1. Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması (TMK madde 432)

Ülkemizde zorla yatırmanın düzenlendiği özel bir düzenleme olmadığından genel hükümlere atıfla kıyasen uygulamalar yapılmaktadır. Bu bakımdan TMK'nın 432. maddesi¹⁴⁹ genel bir yol gösterici bir hüküm olup hastanın zorla yatırılmasının ardılı

¹⁴⁶ DUMAN, Berker. 2010. «Psikiyatride Zorla Tedavi.» *Current Opinion in Psychiatry TURKISH EDITION* 6 (1): 15-21, s. 15.

¹⁴⁷ ÖZBAY, Feyzan. 2013. «İngiltere ve Türkiye'de Psikiyatri Hastalarına Uygulanan Zorunlu Tedavinin Hukukî Karşılaştırılması.» *Tıp Hukuku Dergisi* 2 (3): 75-104, s. 77.

¹⁴⁸ Yargıtay 8. Hukuk Dairesi 2017/1089 Esas, 2017/2818 Karar sayılı ve 02.03.2017 tarihli kararında "(...) Maddede sayılan hallerin varlığına rağmen ergin kişinin korunması için yasal başka imkanlar varsa, özgürlüğünün kısıtlanmasına karar verilemez. Böyle bir durumda vesayet makamı, kişisel korunmasını sağlayacak diğer imkanları kararında gösterir ve özgürlüğün kısıtlanması isteğini bu sebeple reddeder. Aksi durumda, kişinin korunması amacıyla, ne için (tedavisi, eğitimi veya ıslahı) olduğunu da belirtmek suretiyle, kuruma yerleştirilmesine veya alıkonulmasına, eş değişimle özgürlüğünün kısıtlanmasına karar verecektir. O halde, sayılan hallerin mevcut olup olmadığı, toplum için tehlike oluşturup oluşturmadığı, oluşturuyor ise, kişinin korunmasının başka türlü sağlanıp sağlanamayacağı, ayrıntılı bir araştırma ve inceleme yapılmasını ve ilgili kişilerin dinlenmesini (TMK. m. 437/3) gerektirir", Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 21.04.2021.

¹⁴⁹ "MADDE 432 – (1) Akıl hastalığı, akıl zayıflığı, alkol veya uyuşturucu Madde bağımlılığı, ağır tehlike arzeden bulaşıcı hastalık veya serserilik sebeplerinden biriyle toplum için tehlike oluşturan her ergin kişi, kişisel korunmasının başka şekilde sağlanamaması hâlinde, tedavisi, eğitimi veya ıslahı için elverişli bir kuruma yerleştirilir veya alıkonulabilir. Görevlerini yaparlarken bu sebeplerden birinin varlığını öğrenen kamu görevlileri, bu durumu hemen yetkili vesayet makamına

bir işlem olarak tedavisine de zorla başlandığı kabul edilebilir. Dolayısıyla zorla yatırma aslında zorla tedaviyi de içinde barındırmaktadır, oysaki hastanın rızasının mahkeme kararıyla ikame edilerek alınan zorla yatırma kararı, zorla tedaviye de içermemektedir, yalnızca zorla yatırma işlemi içindir. Bu aşamadan sonra başlanacak olan tedavide hastanın doğal olarak tedaviyi kabul etmeme ya da kabul etme hakkı haizdir. Hastanın zorla yatırma işleminde hukuken aktif taraflardan biri olduğunda bahisle zorla tedavide de aktif taraflardan biri olacaktır, onam alınamayacak olsa dahi bu durum hekimlerce yazılı olarak değerlendirilmeli ve nedenleriyle beraber kayıt altına alınmalıdır. Uygulamada ise hastaneye yatırılırken, hastaya veya yakınına imzalatılan matbu bir form ile her türlü uygulamaya izin verdiğine dair imza alınmaktadır. Yukarıda ayrıntılı açıklandığı üzere, matbu formların hukuki hiçbir geçerliliği yoktur, yapılan işlemi hukuka uygun kılmaktan çok uzaktır. Her hasta nasıl ki aynı bilgi, eğitim ve hayat tecrübesinde değilse her tedavi de hastalarda aynı etkiyi yaratmayacaktır. Dolayısıyla zorla yatırma kararının ardından hastanın tedavisi için aydınlatılması gerekir ki tedaviye hukuka uygun bir şekilde başlanabilsin. Aksi halde uygulanan tedaviler bir anlamda hukuka aykırı davranışlar dizisi olacaktır. Yapılan araştırmalar neticesinde ülkemizde bu durumun gerektiği gibi özenli bir şekilde uygulanmadığı belirtilmekte, yalnızca 2006 yılında yürürlüğe giren Elektro Konvülsif Tedavi Uygulamalar Yönergesi¹⁵⁰ kapsamında zorla yatırma neticesinde tedaviye başlanmadan hasta veya yakınlarından onam alınmaktadır. Ne var ki, bu onam hakkında Savaş ve Diğerleri'nin yaptığı araştırma neticesinde hekimlerin EKT öncesinde hastaya veya yakınlarına yeterince bilgi verildiğine inanmadıkları ortaya konmuştur¹⁵¹.

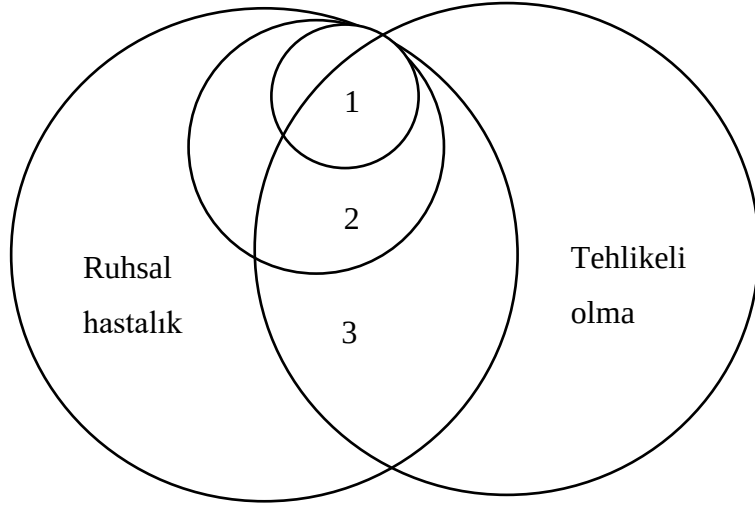
bildirmek zorundadırlar. (2) Bu konuda kişinin çevresine getirdiği külfet de göz önünde tutulur. (3) İlgili kişi durumu elverir elvermez kurumdan çıkarılır.”

¹⁵⁰ <https://www.saglik.gov.tr/TR,11235/elektro-konvulsif-tedavi-uygulama-yonergesi.html>

¹⁵¹ Savaş ve Diğerleri, s. 40.

Zorla yatırma kararında kilit nokta olan tehlikelilik hali kriteri Szmukler ve Holloway tarafından oluşturulan şekilde hastanın, 1. grupta karar verme kapasitesinin olmadığı, etkili bir tedavinin sağlandığı; 2. grupta karar verme ve etkili bir tedavinin olmadığı; 3. grupta ise karar verme kapasitenin olduğu haller gösterilmiştir.

Şekil.1



Kaynak: Şemin ve Aras¹⁵²

İlk bakışta, zorla yatırma ile tedavi edilmek istenen hastanın özgürlükleri hiçbir hukuki gerekçe olmadan kısıtlanmakta ve tedaviyi reddetme hakkı da elinden alınmaktadır. Hastanın rıza verecek durumda olmayışı kabul edilse dahi kanuni temsilcisinden rıza alınması gerekmektedir. Kanuni temsilcisi yok ise bu sıfatı haiz olmayan yakınlarından rıza alınmaktadır. Sonucunda da hukuki geçerliliği olmayan rıza temel gösterilerek tıbbi müdahale gerçekleştirilmekte ve kuşkusuz ki hastanın vücut bütünlüğü ihlal edilmektedir¹⁵³. Hastanın tedavi aşamasında kendisini ifade edememesi halinde başvurulacak yollar ise uygulamada çeşitlendirilmiştir. TMK’da düzenlendiği şekilde hastanın vesayet altına alınması esas iken hastanın yakını

¹⁵² A.g.e., s. 119.

¹⁵³ ÖZBAY, s. 31.

sayılan aile üyelerinden onam almakla yetinilmekte ve bu onam hastanın onamı gibi varsayılmaktadır.

Hukuki tartışmaya paralel olarak tıp biliminde de zorla yatırmaya yönelik eleştiriler yapılmaktadır. Bir görüşe göre zorla yatırarak tedavi, psikiyatrist ile hasta arasındaki iletişimi engellediği belirtilmekle¹⁵⁴, hasta-hekim ilişkisinde iletişimde kurulan ilişkinin temel taşı olan güven duygusunu zedelemekte ve tedavide elde edilebilecek başarıyı olumsuz etkileyebilmektedir. Ayrıca günümüzde gelişen psikofarmakolojik tedavi yöntemlerinin geniş bir yelpazede uygulanabilir olması zorla yatırmayla sonuç alınmaya çalışılan tedavi yöntemini eleştiriye açık hale getirmektedir¹⁵⁵. Dolayısıyla zorla yatırmayla yapılan tedavi, hekim için de hem hukuki hem de cezai sorumluluk doğurma potansiyeli yüksek bir tedavidir. Ne var ki doktrindeki birçok eleştiriye rağmen, bazı durumlarda hastanın zorla yatırılarak tedavi edilmesi gerektiği kabul edilmektedir. Zorla yatırma ile Anayasa'nın 5. maddesiyle devlete yüklenen kişi hak ve özgürlüklerinin korunması, kişilerin refahın korunması ve sağlanması gibi yükümlülükler sonucunda ciddi ruh hastalığı yaşayan hastaların tedavilerinin sağlanmasında hem hastanın kendi kişisel varlığını geliştirmesi hem de toplumun güvenliği sağlanmaktadır¹⁵⁶. Öte yandan, kişi özgürlüğünün bu şekilde sınırlandırılması, hastanın haberleşme, ziyaret gibi insani haklarına kavuştuğu takdirde engel teşkil etmemektedir.

Zorla yatışa yönelik karar, ülkeden ülkeye değişse de genellikle yetkili yargı mercileri tarafından verilmektedir. Örneğin, zorla yatırma kararı, Amerika Birleşik Devletleri'nde mahkemeler, İsrail'de psikiyatrist, İtalya'da ise belediye başkanı

¹⁵⁴ HUSUM, Tonje Lossius, FINSET, Arstein, RUUD, Torleif. 2008. "The Staff Attitude to Coercion Scale (SACS): reliability, validity and feasibility." *International Journal of Law and Psychiatry* 31 (5): 417-422, s. 421.

¹⁵⁵ MORSE, Stephen J. 1982. "A Preference for Liberty; the Case Against Involuntary Commitment of the Mentally Disordered." *California Law Review* 54-106, s. 78.

¹⁵⁶ GÜNDAY, s. 83.

tarafından verilebilmektedir¹⁵⁷. Ülkemizde ise zorla yatırma kararı mahkeme tarafından da verilebilmekle beraber özel bir yasal düzenleme yoktur. Ruh Hekimliği (Psikiyatri) Mesleği Etik Kuralları'nın 17. ve 18. maddeleriyle kanunda yer alan boşluk doldurulmaya çalışılmıştır. 17. maddede “İstemsiz Yatış” başlığı altında “*Hastanın ya da temsilcisinin yatırılmaya karşı çıktığı durumlarda, hekim, tıbbi psikiyatrik gerekçeleri değerlendirerek istem dışı yatış kararını hekimlik bilgisi ve vicdanına göre kendi vermelidir. Hasta, ruhsal bir bozukluk nedeniyle uygun karar verme yetisini yitirmişse, istem dışı hastaneye yatırma ve sağaltım uygulama kararında, ülkemizdeki yasalar uyarınca hareket etmek ruh hekiminin görevidir. Hastanın insanlık onurunu ve yasal haklarını güvenceye almak için ruh hekimi aileyle görüşmeli ve gerekiyorsa yasal yollara başvurulmasında rehberlik etmelidir. Hastanın isteği dışında sağaltım uygulanması durumunda önce hastanın sağlığı düşünülmeli, ancak insan hakları ilkelerine de özen gösterilmelidir.*” şeklinde düzenleme yapılarak hekimden kendi mesleki tecrübesine ve vicdanına dayanarak hastanın zorla yatarak tedavi edilip edilmemesine ilişkin kararı temel alınmaktadır. Hekim, bu kararı verirken aynı Kurallar'ın 18. maddesi ile düzenlenen “*Sağaltımı Reddetme Hakkı*” çerçevesinde tehlikelilik söz konusu olmadığında hastaya sağaltımı yani tedaviyi reddetme hakkı olduğunu da hatırlatmalı ve bu hakkı tanımalıdır. Ruh Hekimliği (Psikiyatri) Meslek Etiği Kuralları dışında HHY'nin 25. maddesi ile “*Tedaviyi Reddetme ve Durdurma*” başlığı altında düzenlenen “*Kanunen zorunlu olan haller dışında ve olabilecek olumsuz sonuçların sorumluluğu hastaya ait olmak üzere; hasta kendisine uygulanması planlanan veya uygulanmakta olan tedaviyi reddetmek veya durdurulmasını istemek hakkına sahiptir. (...)*” hastaya tedaviyi reddetme hakkı doğal olarak zorla yatırma ile tedavi için de geçerlidir; fakat burada da tehlikelilik hali için bir istisna olduğu kabul edilmelidir. Yani ilgili düzenlemede görüleceği

¹⁵⁷ KOCAMAZ, Begüm. 2016. «Psikiyatri Hastalarının Zorla Hastaneye Yatırılmasında Hukuki Sorunlar.» Ed: Hakan HAKERİ ve Cahid DOĞAN. *I. Uluslararası Katılımlı Ulusal Tıp Hukuku Kongresi (Vaka Tartışmalı)*. İstanbul. 431-441, s. 431.; AYDIN ER/ŞEHİRALTI, s. 40.

üzere hastanın tedaviyi reddetme hakkı, “*tedavi için kanunen zorunlu hallerin*” dışında mevcuttur. Tehlikelilik halinin ne olduğuna ve hastanın ne kadar süre gözetim altında tutulması gerektiğine dair özel bir kriter olmamakla beraber tehlikelilik halinin genel bir kriter olan “*toplum için tehlike teşkil eden bir akıl hastası*” kriterine göre psikiyatri hastasının zorla hastaneye yatırılması sağlanmaktadır. Bu nedenle genel kriter olarak “*hastanın kendisi yahut toplum için tehlikeli olması*” tehlikelilik unsuru için temel alınmakla birlikte özel yasal düzenleme bulunmaması sebebiyle bu konudaki kararlar Ruh Hekimliği (Psikiyatri) Meslek Etiği Kuralları’nın 17. maddesine göre hekimin görüşüne ve kanaatine bırakılmıştır. Ne yazık ki bu durumda psikiyatri hekimine yol gösterecek düzenlemelerin olmaması bireysel uygulamalar sebebiyle yanlış uygulamaların doğmasına sebebiyet verecek¹⁵⁸ ve hekimlerin cezai sorumlulukları doğabilecektir.

Doktrindeki bazı görüşlere göre tehlikelilik kriterine dayanarak alınan zorla yatırma kararlarında hasta iradesi, mahkeme tarafından dikkate alınmamaktadır¹⁵⁹. Bu eleştiriyi savunan görüşe göre, ayırt etme gücüne sahip olan ve uyuşturucu madde, alkol bağımlılığı bulunan hasta hakkında zorla yatırma kararı verilemez. Ayırt etme gücüne sahip olmasına rağmen kendi iradesi yerine mahkeme kararı dikkate alınarak zorla yatırma gerçekleşiyse hukuka uygun bir işlem yapıldığı söylenmesi mümkün değildir. Ancak doktrinde bu görüşe yapılan eleştiriler, tehlikelilik ölçütüne dayanarak alınan mahkeme kararları ile gerçekleşmesi muhtemel zararın önlenmesi olup hastanın ayırt etme gücüne sahip olup olmamasının dikkate alınmaması gerektiği yönündedir¹⁶⁰. Ayrıca hastanın günlük hayatını sürdürebilmesi gibi durumlar göz ardı edilerek yalnızca hastanın hastalığından ötürü kendisine veya üçüncü kişilere zarar verme eğilimine sahip olduğu için zorla

¹⁵⁸ “*Psikiyatriye Hastanın Zorla Hastaneye Yatırılması ve Tedavisinin Hukuki Boyutu*” başlıklı makalenin tüm hakları yazarı Av. E. Aşşen Oktay'a aittir ve makale, yazarı tarafından Türk Hukuk Sitesi (<http://www.turkhukuksitesi.com>) kütüphanesinde yayınlanmıştır. http://www.turkhukuksitesi.com/makale_1210.htm

¹⁵⁹ SERT/ÖZÇELİK/YILDIRIM, s. 399.

¹⁶⁰ NESİPOĞLU, s. 52, 53.

yatırma kararı verilebilir denmektedir¹⁶¹. Bu görüşe katılmak mümkün değildir, aksi takdirde Anayasa ve çeşitli kanunlarla, uluslararası sözleşmelerle, yönetmelikler ve tüzüklerle kişiye biricik ve devredilemez bir hak olarak tanınan kendisi hakkında karar verme hakkı, çok net bir şekilde ihlal edilecektir. Üstelik, gerçekleşmesi muhtemel bir tehlikeden bahsedilmekle somut değil soyut bir durum temel alınmakta ve varsayımsal gerekçe gösterilmektedir. Bu durumda tıp alanındaki çalışmalarla bazı psikiyatrik hastalıkların hastayı tehlikeli hale getirebileceği kanıtlanan hastalıklara sahip hastaların toplumda özgür bir birey gibi yaşaması adeta imkansız hale getirilmektedir.

Zorla yatırma kararını Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, tedavinin tıbben gerekli olması, insanlık dışı ve onur kırıcı olmamasını vurgulayarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. maddesi ile düzenlenen işkence yasağı, 5. maddesi ile düzenlenen özgürlük ve güvenlik hakkı bağlamında değerlendirmektedir. Ne var ki hastaların yatış ve tedavi sürecinde yoğun saldırgan davranış sergilemesi nedeniyle tecrit edilmeleri ya da yatağa bağlı tutulmaları insanlık onuruna aykırı olmayacak şekilde, saldırganlık sona erince derhal uygulamanın sonlandırılması şartıyla ve ceza mahiyeti olmadığı takdirde hukuka uygun kabul edilmektedir¹⁶².

Dikkat çekmek gerekir ki, İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin 7. maddesi hükmünce “*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.*” tehlikelilik ölçütü olarak üçüncü kişiler sayılmamıştır, yalnızca hastanın sağlığı temel alınmıştır, bu durumda Sözleşme maddesinin lafzı ile hasta hakkında zorla yatırma kararı alınması daha kolaylaştırılmaktadır, bu durumda zorla yatırma

¹⁶¹ GÜNDAY, s. 88.

¹⁶² GÖKCAN, s. 375.

istisnai bir hal taşımamaktadır. Hastanın tedavi amaçlı dahi olsa iradesi dışında bir yerde kapalı kalması, zorla yerleştirilmesi, özgürlüğünün sınırlandırılması ve tedavilerin zorla muhatabı olma, beden bütünlüğünün ihlali anlamına geleceğinden hastanın iyiliği gözetilerek, tıpkı ceza hukukunda esas alındığı gibi lehe olan düzenlemelerin detaylı bir değerlendirme sürecinden geçerek uygulanması gerektiği kanaatindeyim. Bu şekilde bir uygulama ile Anayasa madde 13 ile düzenlenen kişinin haklarının sınırlandırılmasında ölçülülük ve yasallık gereklilikleri de gerçekleştirilmiş olacaktır. Tüm bu gerekliliklerin yerine getirilmesi halinde de hastanın zorla yatırılmasını hukuka uygun kılacağı kanaatindeyiz.

TMK'nın 432. maddesi ile kişinin korunmasının başka şekilde sağlanamaması kaydıyla bir kurumda koruma altına alınması düzenlenmiş ve koruma altına alınmasını gerektirecek haller sınırlı olarak sayılmıştır:

- Akıl hastalığı,
- Akıl zayıflığı,
- Alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı,
- Ağır tehlike arz eden bulaşıcı hastalık,
- Serserilik.

Hükümde sayılan hallerin kıyasen uygulanması mümkün değildir, sayılan haller dışında başka bir gerekçe ileri sürülerek zorla yatırma talep edilemez ve karar verilemez. Maddede sayılan akıl hastalığı veya akıl zayıflığı hali, hastanın zorla yatırılmasına karar verilmesi için yeterli değildir. TMK'nın 436. maddesinin 5. fıkrası ile “*Akıl hastalığı, akıl zayıflığı, alkol veya uyuşturucu Madde bağımlılığı, ağır tehlike arzeden bulaşıcı hastalığı olanlar hakkında, ancak resmî sağlık kurulu raporu alındıktan sonra karar verilebilir.*” kararın alınabilmesi için tek bir hekimden değil kuruldan sağlık raporu alınması gerekliliğine işaret etmektedir. Ruh Sağlığı Kanun Teklif metninde ve Dünya Sağlık Örgütü'nün hastalık sınıflandırmasında tanımlanan ruhsal hastalık tanımına paralel olarak, alkol ve uyuşturucu madde kullanım bozuklukları da kanunlarımızdaki tanıma dahil edilmiştir. Zorla yatırma kararı verilmesi için zorunlu öngörülen rapor alınana kadar

hastanın ne kadar süre ve hangi tanı ile tutulacağına, rapor alındıktan sonra mahkemenin azami ne kadar sürede karar vermesi gerektiğine dair de yasal düzenlemelerimizde büyük bir boşluk bulunmaktadır. Uluslararası uygulamalarda bu süreler en az 24 saat ve en fazla 15 gün arasında değişmektedir¹⁶³.

Ruh Sağlığı Kanunu Teklifi ile ilk defa bu süreler düzenlenmiştir. Teklif metninin 16. maddesi ile hasta hakkında zorla yatırma kararı alınması için sağlık raporunun görevli kurulca 72 saat içinde düzenlenmesi, bu raporla mahkemeye 24 saat içinde başvuru yapılması ve mahkemenin de 24 saat içinde duruşma yapması öngörülmüştür. İlk duruşmada zorla yatırma talebi onaylanacak veya reddedilecek, eğer hâkim gerekli görürse ruh sağlığı ve hastalıkları uzmanı bilirkişisinden 48 saat içinde rapor düzenlemesini isteyebilecektir. Bilirkişi raporunun ardında mahkemenin ikinci duruşmayı ne zaman yapacağı teklif metninde düzenlenmemiştir; fakat ikinci duruşma için de tıpkı ilk duruşma gibi 24 saat içinde yapılması gerektiği kanaatindeyim. Zorla yatırma kararı alınması için süre öngörülmesi dışında, zorla yatırma halinin en fazla 3 hafta olabileceği ve ancak risk içeren durum ortadan kalkmadığı takdirde bunun ayrıntılı raporlanmasıyla mahkemeye uzatma talebinde bulunulabileceği öngörülmüştür. Uzatma talebinin yerinde görülmesi halinde uzatma kararı verilerek hastaya uygulanan tedavinin raporu 3 aya dek tedaviyi sürdüren hekimce, sosyal inceleme raporu ise sosyal çalışmacı tarafınca düzenlenir. 3 aylık sürenin ardından ise hastane sağlık kurulunca düzenlenir. Ne var ki, kararın alınması için hazırlanacak kurul raporu düzenlenene dek hastanın nerede, ne koşulda, hangi tanı ile tutulacağı düzenlenmemiştir.

Süreler konusunda ilk ve tek olarak yapılan düzenlemeler, hastanın özerkliğine saygı gösterilmesi ve özgürlüğüne güvence verilmesi, hekimi birçok hukuki ve cezai sorumluluktan kurtarması adına çok büyük önem arz etmektedir. Şu anki durumda ise hekimin yasal olarak tabii olduğu bir süre mevcut değildir, yalnızca en kısa sürede gerekli müdahalede bulunmak ve adli işlemleri başlatması mesleki

¹⁶³ AYDIN ER/ŞEHİRALTI, s. 40.

yükümlülüğü gereği kendisinden beklenmektedir. Uluslararası uygulamalarda hastanın zorla yatırma kararı ile kurumda azami kalma süresi, İtalya’da 7 gün, Belçika’da 2 yıl, Danimarka, Fransa, Portekiz ve İspanya’da ise süre öngörülmemiş, mahkeme veya belediye başkanı dahi dahil olmak üzere yetkililer bu süreyi 7 günden 12 aya kadar uzatabilmektedir¹⁶⁴.

Doktrinde yer alan bir görüşe göre TMK’nın 432. maddesi, zorla yatırmanın ardılı olarak görülen zorla tedavide için koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasında hukuki temel oluşturmamakta, maddenin, zorla tedavi de uygulanması için yeterli olmadığı ve tedavi içinde yasal düzenleme yapılması gerektiği savunulmaktadır¹⁶⁵. Yukarıda ayrıntılı açıklandığı üzere, zorla tedavi aslında zorla yatırma kararının bileşeni değildir, ayrı bir hukuki boyutu vardır. Şu anda zorla tedavi için de yasal bir düzenleme bulunmamakla beraber tedavi öncesinde hastadan onam alınması gerekliliği tekrar vurgulanmalıdır. HHY’nin 18. maddesinin 1. ve 6. fıkralarını hasta lehine yorumlayarak, yatırıldığı kurumda tedaviye yönelik bilgi verilmesi ve onamının arandığı sonucuna ulaşabiliriz. Yine yorumdan, hastanın onam veremeyecek durumda olması halinde yasal temsilcisinden onam alınması gerekir. Mahkeme kararı, her ne kadar uygulamada hastanın hem zorla yatırmaya hem de hem de tedaviye onamı yerine geçse de hastanın en azından mutlaka bilgilendirilmesi gerektiği açıktır.

Ruh Sağlığı Kanun Teklifi’ne göre 15. maddenin b bendinde “*Yukarıda tanımlanan risk durumu nedeniyle ruh sağlığı sorunu olan kişi istemsiz olarak kuruma yerleştirilecek olursa tedaviyi uygulayan hekim, ilgili kişiye ve gerektiğinde yasal temsilcisine öngörülen tıbbi tedavinin sebebi, amacı, türü, yöntemi, riskleri, yan etkileri, tedavinin yapılmamasının olası sonuçları ve alternatif tedavi imkanları*

¹⁶⁴ ŞEN, N., SÜZER Ö. Psikiyatri Hastalarında Zorunlu Yatış ve Zorla Tedaviye Bir Bakış Açısı. Düzce Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü Dergisi. 2017(7): 176-181, aktaran SERT, Gürkan, ÖZÇELİK, Hatice, YILDIRIM, Gülay. 2019. «Türkiye’de Akıl Hastalığı Olan Hastalarda Zorla Yatırma ve Zorla Tedavi/ Hukuki ve Etik Sorunlar.» *Lokman Hekim Dergisi* 9 (3): 393-404, s. 401.

¹⁶⁵ SERT/ÖZÇELİK/YILDIRIM, s. 393.

hakkında bilgi verir ve onayına sunar. Eğer ayırt etme gücü bulunmayan kişi önceden talimatla tedavi düzenlemesinde bulunmamışsa, müdahaleyi gerçekleştirecek hekim, gerekli tedaviyi temsil yetkisi olan kişiyi bilgilendirerek yapar. Ayırt etme gücü bulunmayan kişi mümkün olduğu ölçüde karar verme sürecine katılır.” düzenlemesi yapılmış ve Teklif metninin yasalaşması halinde kurulacak “hasta hakları temsilcisi” kurumunun sürece dahil edilmesi gerekliliği belirtilmiştir.

Neticeten ruh sağlığı ile ilgili özel bir kanun düzenlenmeden zorla yatırma kararı alınması için aydınlatılmış onamın kime hangi koşullarda yapılacağı ve hangi hallerin tehlikelilik ölçütünü karşıladığı ve hangi ölçütlerin temel alınacağı muallakta bırakılmaktadır.

Zorla yatırma kararı ile klinik ve hastanelerde bulunan hastaların kısıtlamanın minimum seviyede olduğu bir ortamda, gönüllülüğe dayanarak iyileşmesine ve topluma karışmasına yönelik tedavi alma hakkı hastanın insan olarak onuruna gösterilen saygının da bir göstergesi olacaktır. Bu husus, Ruh Sağlığı Kanunu Teklifi’nde ayrıntılı düzenlenerek hastanın dış dünya iletişim kurmasının, ihtiyaç duyduğu kadar ziyaretçi kabul etme hakkının haiz olduğu belirtilmiştir. Zira bu klinik ve hastaneler, tutukevleri ile bir değildir. İki kurumda da kişi, her ne kadar iradesi dışında orada olsa da tutukevinde amaç ıslah etmek iken klinik ve hastanelerde koruma amacıyla hastanın özgürlüğü kısıtlanarak iyileşmesi amaç edinilmiştir. Ruhsal hastalığa sahip hastaya, bir hükümlü muamelesi yapılarak ziyaretçi kabul etme, dış dünya ile bağlantısını kesme gibi tedbirler uygulanması etik olarak hastanın tedavisini olumsuz etkileyecek, telafi edilemez bir şekilde onurunu zedeleyecektir.

Uzman Psikiyatr Hüseyin Soysal tarafından aktarılan bir vakada¹⁶⁶ Bakırköy Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından yürütülen bir soruşturmada hasta, çevresi

¹⁶⁶ Medikal Akademi. 11.04.2021. «Psikiyatride Malpraktis.» Webinar.

tarafından öldürölmek istendiği, takip edildiği, maddi varlıklarının elinden alınacağına ilişkin sanrıları neticesinde kapalı psikiyatri kliniğine zorla yatırılmıştır. Tedavisi sona erdikten sonra hasta, kendisinin zorla yatışına karar veren hekimlerin mallarını gasp etmeye çalışan yakınlarıyla iş birliği yaptığı ve özgürlüğü kısıtlandığı için şikayetçi olmuştur. Hekimler, hastanın düşman bellediği yakınlarıyla ilişkileri olmadığını, hastanın yatışına karar verdikten sonraki tedavi aşamasında diğer hekimlerden de psikoz tanısını doğrulamaları konusunda yardım aldıkları ve tanının doğrulandığı, zorla yatışın ve tedavinin uygulanmasına başladıktan sonra TMK'nın 432. maddesi çerçevesinde 2 iş günü içinde sulh hukuk mahkemesine başvurularak zorla yatış kararı almışlardır. Yapılan soruştırma neticesinde, hekimlerin kendilerinden beklenen özeni gösterdiklerinin kabulüyle kovuştırmaya yer olmadığına dair karar verilmiş, hekimler hakkında kamu davası açılmamıştır, başka bir deyişle cezai sorumlulukları doğmamıştır.

7.2. Gözlem Altına Alma (CMK madde 74)

Esas olarak ceza yargılamasından kaynaklanan ve kişinin kendi isteği dışında gözlem altına alınması CMK'nın 74. maddesi¹⁶⁷ ile düzenlenmiştir. Kişilerin mahkeme kararı ile bir psikiyatri servisinde kanunda belirtilen süre çerçevesinde alıkonulması olan “adli gözlem” süresince hekim tarafından objektif, ön yargısız, etik ilkeler ve yasalar dahilinde hareket etmesi esastır¹⁶⁸. Öncelikle belirtmek

¹⁶⁷ “MADDE 74 – (1) Fiili işlediği yolunda kuvvetli şüpheler bulunan şüpheli veya sanığın akıl hastası olup olmadığını, akıl hastası ise ne zamandan beri hasta olduğunu ve bunun, kişinin davranışları üzerindeki etkilerini saptamak için; uzman hekimin önerisi üzerine, Cumhuriyet savcısının ve müdafii dinlenmesinden sonra resmî bir sağlık kurumunda gözlem altına alınmasına, soruştırma evresinde sulh ceza hâkimi, kovuştırma evresinde mahkeme tarafından karar verilebilir. (2) şüpheli veya sanığın müdafii yoksa hâkim veya mahkemenin istemi üzerine, baro tarafından bir müdafii görevlendirilir. (3) Gözlem süresi üç haftayı geçemez. Bu sürenin yetmeyeceği anlaşılırsa resmi sağlık kurumunun istemi üzerine, her seferinde üç haftayı geçmemek üzere ek süreler verilebilir; ancak sürelerin toplamı üç ayı geçemez. (4) Gözlem altına alınma kararına karşı itiraz yoluna gidilebilir; itiraz, kararın yerine getirilmesini durdurur. (5) Bu madde hükmü, 223 üncü maddenin sekizinci fıkrası gereğince yargılamanın durması kararı verilmesi gereken hâllerde de uygulanır.”.

¹⁶⁸ ALPKAN, Latif Ruşşat. 2011-2012-2013. «Ceza Sorumluluğu İçerisinde Psikiyatri ve Etik – Hukuk.» Düzenleyen: Fatih Selami MAHMUTOğLU, Arın NAMAL ve Hanzade DOğAN. *Türk Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Araştırmaları Yıllığı*. Nobel Tıp Kitabevleri. 87-94, s. 89.

gerekir ki, uygulanması zorunlu olmayan bu maddenin lafzından da anlaşılacağı üzere bu hükmün uygulanabilmesi için failin üstüne atılı suçu işlediğine dair kuvvetli suç şüphesi olmalıdır. Şüphe, basit veya makul olarak değerlendirildiği takdirde doğal olarak bu hüküm uygulama alanı bulamayacaktır. Böylece, Anayasa'nın 19. maddesinde “(...) toplum için tehlike teşkil eden bir akıl hastası, uyuşturucu madde veya alkol tutkunu, bir serseri veya hastalık yayabilecek bir kişinin bir müessesede tedavi, eğitim veya ıslahı için kanunda belirtilen esaslara uygun olarak alınan tedbirin yerine getirilmesi; (...) halleri dışında kimse hürriyetinden yoksun bırakılamaz.” şeklinde belirtilen gözlem altına alınma hali gibi kişi hürriyetini ihlal edebilecek ağır bir işlemin yalnızca kuvvetli şüphe ile uygulanabilmesi yerinde görülmüş ve ceza hukukunun temel ilkelerinden ölçülülük ilkesine de vurgu yapılmıştır.

Ne var ki, Anayasa'daki düzenlemeye nazaran CMK'da daha ayrıntılı düzenlemeye gidilerek hükmün uygulanabilmesi için kuvvetli suç şüphesinin yanı sıra uzman hekim önerisi de aranmaktadır. Her ne kadar bu önerinin ne şekilde sunulacağı düzenlenmemiş ise de Yargıtay bu önerinin evrak üzerinden inceleme ile değil kişi muayene edildikten sonra sunulması gerektiğini ifade etmektedir¹⁶⁹. Doğal olarak, soruşturma veya kovuşturma aşamasında failin üzerine atılı suçu işlediğine dair

¹⁶⁹ Yargıtay 4. Ceza Dairesi 2018/3177 Esas, 2018/11051 Karar sayılı ve 31.05.2018 tarihli kararında “Gözlem altına alınma kararı, kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir düzenlemedir. Bu nedenle kanun koyucu tarafından sıkı koşullara bağlı tutulmuştur. Bu koşullar; kuvvetli şüphenin bulunması, uzman hekimin önerisi, Cumhuriyet savcısının ve müdafinin dinlenmesi, soruşturma evresinde sulh ceza hâkimi, kovuşturma evresinde mahkeme tarafından karar verilmesi ve süredir. Her ne kadar kanun maddesinde belirtilmese de gözlem altına alınma kararı kişiyi hürriyetinden yoksun bırakacağı için Anayasa'da temel hak ve hürriyetlerin kısıtlanması için öngörülen ölçülülük ilkesi, gözlem altına alınma kararı verilirken de göz önünde bulundurulmalıdır. Bu bağlamda, şüpheli veya sanığın akıl hastası olup olmadığı, akıl hastası ise ne zamandan beri hasta olduğu ve bunun, kişinin davranışları üzerindeki etkileri gözlem altına alınmadan tespit edilebiliyorsa önce bu yol tüketilmeli, başka türlü tespitin mümkün olmaması halinde ise gözlem altına alınma yoluna başvurulmalıdır. Ayrıca sanık veya şüphelinin isnad edilen suçu işlediğine dair kuvvetli şüphe bulunmuyorsa gözlem altına alınma kararı verilemeyecektir. Gözlem altına alınma kararı verilmeden önce mutlaka uzman hekimden görüş alınması gerekir. Kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma özelliği nazara alındığında, uzman hekim görüşünü bizzat şüpheli veya sanığı muayene ederek belirlemeli, evrak üzerinden sanık veya şüpheliyi görmeden gözlem altına alınma önerisinde bulunmamalıdır.” kişinin muayenesinden sonra hekimin önerisinin yerinde olacağına ifade etmiştir. Sinerji Mevzuat ve İctihat Programı, Erişim Tarihi: 30.04.2021.

kuvvetli suç şüphesi olsa dahi gözlem altına alınması için uzman hekim önerisi yok ise verilen karar isabetsiz olacaktır¹⁷⁰.

Yine madde lafzında, kişinin gözlem altına alınması üç hafta ile sınırlanmış, sürenin uzatılması gerekli görüldüğü takdirde artık uzman hekim değil resmi bir sağlık kuruluşundan rapor alınması usulünün benimsenmesi de kişi özgürlüğünün korunması bakımından orantılılık ve ölçülülük ilkesine paralel bir düzenleme ihtiva etmektedir.

TPD, 26.03.2019 tarihinde gözlem altına alınma kararı alınabilmesi sürecini berraklaştırmak adına şöyle bir açıklamada bulunmuştur “(...) Yargı organları tarafından gönderilen kişiler öncelikle ayaktan psikiyatrik değerlendirmeye alınırlar. Ayaktan değerlendirme ile yeterince tıbbi kanaat oluşturulmadığında ise yatırılarak gözlem gerektiğine dair tıbbi kanaat oluşabilir. Uzman hekim tarafından kişinin yatırılarak gözlemine gerek olduğuna dair tıbbi kanaat oluşması halinde Cumhuriyet savcısının ve müdafinin dinlenmesinden sonra resmî bir sağlık kurumunda gözlem altına alınmasına, soruşturma evresinde sulh ceza hâkimi, kovuşturma evresinde mahkeme tarafından karar verilebilir. (...) Ancak ayaktan muayene ile karar verilemeyen durumlarda kişinin ruhsal hastalığının olup olmadığının belirlenmesi için bazen gerekebilmektedir. Bu süreçte bilirkişi olarak psikiyatristin tıbbi etik kurallar içerisinde varolan bilgisini tüm becerisiyle ortaya koyması ve doğru verileri toplayıp bunları objektif olarak değerlendirmesi gerekmektedir. (...)”¹⁷¹.

¹⁷⁰ Yargıtay 9. Ceza Dairesi 2008/6230 Esas, 2009/1 Karar sayılı ve 30.12.2008 tarihli kararında “Cumhuriyet Savcısının, bu rapora dayanarak kovuşturmayaya yer olmadığına karar vermesi ve ardından şüpheli Yahya hakkında koruma ve tedavi tedbiri kararı verilmesi istemiyle Sulh Ceza Mahkemesine başvurulmasında bir isabetsizlik bulunmadığı gibi, adı geçen kurumdan rapor aldırılırken şüphelinin gözlem altına alınması da zorunlu değildir. Kaldı ki, kişinin gözlem altına alınması gerektiğine ait bir uzman hekim görüşü de bulunmamaktadır. (...)” uzman hekim görüşüne işaret edilmiştir.

¹⁷¹<https://psikiyatri.org.tr/2023/psikiyatride-bilirkişilik-ve-gozlem-altina-alinma-ile-ilgili-kamuoyuna-aciklama>

Ülkemizin yanı sıra AİHM Zaichenko/Ukrayna (No.2) kararında¹⁷² başvuru kişinin akıl sağlığının yerinde olup olmadığının anlaşılması için Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasının e bendi¹⁷³ gerekçe gösterilerek 25 gün boyunca gözlem altında tutulduğuna işaret ederek başvuru Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. maddesi ile kişinin bedensel bütünlüğünü koruyan temel hakların Sözleşme'nin 2., 3. ve 4. maddeleri ile bir arada olduğunu ve demokratik bir toplumunda gerekliliğinden bahisle AİHM'e başvurmuştur. AİHM ise kararında, başvurunun ülkesinde her ne kadar bu gözlem altında tutma yasal olsa da kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılması ancak özel durumlarda uygulanabilir olduğunu vurgulayarak gözlem altına alınma için dayanak gösterilen sözleşme maddesinin kısıtlama amacına uygun ve ölçülü bir tedbir alınmasını ve kısıtlama için kişide 3 asgari şart aranmasını gerektiğini belirtmektedir. Bu şartlar karardan aynen aktırılacağı üzere:

- “Nesnel biçimde sağlam olmayan akli dengede olmak,
- Zorunlu sınırlandırmayı garanti eden bir tür veya dereceli zihinsel bozukluk,
- Devam eden sınırlandırmanın geçerliliği, bozukluğun sürekliliği.”

Mahkeme, ülkemizdeki düzenlemeye paralel olarak, kararında bir uzman psikiyatristin görüşü alınmadan karar verildiği takdirde Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasının e bendine dayanılamayacağını, usul eksikliği bulunan bu karar ile kimsenin özgürlüğünden yoksun bırakılamayacağını belirtmiştir¹⁷⁴.

¹⁷² Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Başvuru No: 45797/09, Karar Tarihi: 06.07.2015.

¹⁷³ Anılan hüküm için bkz.: “e) Bulaşıcı hastalıkların yayılmasını engellemek amacıyla, hastalığı yayabilecek kişilerin, akıl hastalarının, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılarının veya serserilerin yasaya uygun olarak tutulması;”.

¹⁷⁴ ÇAVUŞOĞLU, Sümeyra. 2019. «İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (Beşinci Daire) Kararı Zaichenko-Ukrayna Davası (No.2) Başvuru Numarası 45707/09-06.07.2015.» *Fasikül Dergisi* (115): 28-39, s. 36.

7.3. Zorla Yatırmada Kararında Görevli Mahkeme

Psikiyatri uygulamasında kişinin iradesi dışında hastane ya da kliniklerde tutulmasına dair zorla yatırma ya da gözlem altına alma kararı, 4721 Sayılı TMK, 5271 Sayılı CMK veya 6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun çerçevesinde alındığı ifade edilmektedir¹⁷⁵. 4721 Sayılı TMK'nın genel kapsamlı olan “*Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması*” başlıklı 432. maddesi temel alınsa da uygulamada özel bir kanun olan 6284 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun'un “*Hâkim Tarafından Verilebilecek Önleyici Tedbir Kararları*” başlıklı 5. maddesinin 1 bendi ile aile mahkemelerine başvuru yapılarak da zorla yatırma kararı alındığı kaydedilmektedir¹⁷⁶. TMK'nın 432. maddesine dayanılarak alınan zorla yatırma kararı için sulh hukuk mahkemeleri görevlidir. Ne var ki günümüzde sulh hukuk mahkemelerinin iş yoğunluğundan bahisle aile mahkemesine başvuru yapılmakta ve başvurular da mahkeme tarafından 24 ile 48 saat içinde sonuçlandırılmaktadır¹⁷⁷.

CMK'nın 74. maddesinde düzenlenen kişinin gözlem altına alınması üç hafta ile sınırlanmış, sürenin uzatılması gerekli görüldüğü takdirde artık uzman hekim değil resmi bir sağlık kuruluşundan rapor alınması usulünün benimsenmesi de kişi özgürlüğünün korunması bakımından orantılılık ve ölçülülük ilkesine paralel bir düzenleme ihtiva etmektedir.

Zorla yatırma kararında, önemli hususlardan biri de hastanın tedaviyi reddetme hakkının olup olmadığıdır. Ailenin Korunmasına Dair Kanun'nun 5. maddesinin 1 bendi gerekçe gösterilerek alınan zorla yatırma kararı, kanunun ruhuna uygun olarak yalnızca acil durumlarda uygulanması gereklidir; çünkü hastanın tedaviyi reddetme hakkı, bu maddeye dayanarak alınan zorla yatırma kararında mevcuttur. Dolayısıyla verilen karar hasta için zorla yatırma kararı niteliğinde değil hastanın

¹⁷⁵ Medikal Akademi, Psikiyatride Malpraktis.

¹⁷⁶ A.g.e.

¹⁷⁷ A.g.e.

tercihine bırakılmış tavsiye niteliğinde bir yatırma kararı olacaktır. Uygulamada başka bir görüşe göre, 6284 sayılı kanuna dayanarak aile mahkemesinden alınan zorla yatırma kararında, mahkeme kararı, kişinin rızası ile ikame edilebilir durumdadır; bu durumda, tıpkı 432. madde gerekçe gösterilerek alınan zorla yatırma kararında olduğu gibi hastanın tedaviyi reddetme hakkı olmayacaktır¹⁷⁸.

Alınan zorla yatırma kararının ardından, olayda hastanın tedaviyi reddetme hakkının olmasına rağmen zorla yatırma gerçekleştirilirse hekimin cezai sorumluluğu doğacaktır. Doğacak olan sorumluluk, aşağıda bazı detaylarıyla değerlendirileceği üzere hastayı istemediği halde hastaneye yatırıldığı için TCK'nın 109. maddesinde düzenlenen "*Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma*" suçuna işaret etmektedir. Bu suç ile korunan hukuki değer, kişinin kendi iradesi ile hareket edebilmesi, bir yerde kalma veya bir yerden gitme kararını verebilmesidir. Dolayısıyla hasta için zorla yatırma kararı niteliğinde olmayan bir kararla zorla yatırılması, hastanın iradesi dışında bir yere kapatılması, bir yerden gitmekten men edilmesi işe eş değer olduğundan hekimin kişiyi hürriyetinden yoksun kalma suçunun faili olabileceği açıktır. Burada failin saiki her ne kadar hastanın iyileşmesi, tedavisi yönünde de alınan mahkeme kararı hukuka uygun olmadığı için, zorla yatırma hukuka uygun olmayacaktır.

Mevzuatımızda aile mahkemesine hastanın koruma amacıyla özgürlüğünün kısıtlanması için başvuru düzenlenmemiştir. Uygulamada ise 6284 Sayılı Kanun'un kapsamının genişletilmesiyle aile mahkemesine başvuruda bulunmaktadır; fakat bu durumda ilgili karar için itiraz süresi, zorla yatırmanın ne kadar süre için öngörüleceği gibi usuli konular belli değildir. Bu usuli boşluğu doldurma adına aile mahkemesinden alınan kararı sulh hukuk mahkemesinden alınmış gibi işletildiği ifade edilmektedir¹⁷⁹. Bu durum da doğal olarak hekimi sınırları belli olmayan

¹⁷⁸ Medikal Akademi, Psikiyatride Malpraktis.

¹⁷⁹ A.g.e.

yükümlülük altına sokmakla Ruh Sağlığı Yasası'na duyulan ihtiyacı daha da belirginleştirmektedir.

TMK'nın 435. maddesi ile sulh hukuk mahkemesine başvurarak koruma amacıyla özgürlüğü kısıtlanması istenen hasta hakkında verilen zorla yatırma kararına itiraz hakkı tanımıştır. Bu durumda verilen karara 10 gün içinde denetim makamı olan asliye hukuk mahkemelerine başvurarak itiraz kanun yolu tanınmıştır. Yapılan itirazın ardında asliye hukuk mahkemesinin kararı kesin olacaktır, başka bir deyişle yapılan itiraza son kararı asliye hukuk mahkemesi verecektir. Aile mahkemelerine yapılan başvurular neticesinde verilen karara ise bir üst numaralı aile mahkemesine bahsedilen 435. maddenin lafzından kıyasla 10 gün içinde itiraz süresi tanımak isabetli olacaktır.

Ne var ki, hangi kanundan yola çıkılarak alındığı fark etmeksizin mahkeme kararı için hekim görevini kötüye kullanmak suretiyle hastayı hastanın somut durumunda aranan koşulların ortaya çıkmamasına rağmen kasten hastanede ya da kurumda tutmak için rapor düzenlemesi, aranan koşulları gerçekleşmiş gibi göstermesi halinde TCK'nın 109. maddesi¹⁸⁰ olan "Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu"nın faili olabilecektir.

¹⁸⁰ "MADDE 109 - (1) Bir kimseyi hukuka aykırı olarak bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakan kişiye, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilir. (2) Kişi, fiili işlemek için veya işlediği sırada cebir, tehdit veya hile kullanırsa, iki yıldan yedi yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. (3) Bu suçun;

- a) Silahla
- b) Birden fazla kişi tarafından birlikte,
- c) Kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle,
- d) Kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle\
- e) Üstsoy, altsoy veya eşe karşı,
- f) Çocuğa ya da beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı, İşlenmesi halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza bir kat artırılır.

(4) Bu suçun mağdurun ekonomik bakımdan önemli bir kaybına neden olması halinde, ayrıca bin güne kadar adli para cezasına hükmolunur. (5) Suçun cinsel amaçla işlenmesi halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek cezalar yarı oranında artırılır. (6) Bu suçun işlenmesi amacıyla veya sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış hallerinin gerçekleşmesi durumunda, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır."

2. TEŞHİS VE TEDAVİ HATASI HALİNDE CEZAİ SORUMLULUK

Psikiyatrist hekim, hastanın öyküsünü ve hastalığa ilişkin olarak şikayetlerini gerek dinleyerek gerek başka tıp dallarına da başvurarak birtakım tetkikler yaparak teşhisi koymadan önce de özen yükümlülüğü içinde hareket ederek hastalığa yönelik bulgular elde eder. Bu bulguları hekim yeterli görebilir; fakat bulguları yorumlamada yanılabilir. Bu yanılma hali neticesinde teşhis edilebilecek bir hastalık teşhis edilememiş olursa teşhis hatası meydana gelir¹⁸¹.

Bir hastalığın teşhisi, tespiti giden yoldur. Dolayısıyla bir hastalığın tespit edilebilmesi için hekimin teşhis yükümlülüğü vardır. Psikiyatride de teşhis, mevcut hastalığın tespitinin sağlandığı anlamına gelmez, teşhis yalnızca bir aşamadır. GÜNDAY, teşhis ve tespiti ilişkin şu örnekle açıklamaktadır “(...) hastadaki mevcut intihar ve zarar eğiliminin tespiti yönündeki faaliyetler de birer teşhis uygulaması olarak karşımıza çıkar. Dolayısıyla bu faaliyetlerin gerektiği gibi yerine getirilmemesi birer teşhis yükümlülüğünün ihlali olarak ortaya çıkar.”. Bir tıbbi müdahale olan terapilerde ise hekimin teşhis yükümlülüğünü yerine getirip getirmediğini ararken yeterli derecede objektif bulgular elde etmenin zor olduğu da göz önünde bulundurulmalıdır. Hekimin, somut olarak elde edeceği bulgular dışında hastanın verdiği bilgilere de itibar etmelidir; fakat hastanın verdiği bilgilerin güvenilirliği her zaman sorgulanmalıdır. Hastanın verdiği bilgilerin objektif olduğu yönünde hekimin şüphesi olmasa dahi yine de yanlış teşhis de bulunulması mümkündür.

Yukarıda değinildiği üzere, hastanın öyküsü teşhis aşamasında kilit rol oynayan unsurlardan biridir¹⁸². Hekim her ne kadar teşhisi koymuş olsa da teşhis konusunda

¹⁸¹ GÜNDAY, s. 105.; HATİPOĞLU, s. 84.

¹⁸² “Şiddetli karın ağrısı olan 16 yaşında hastanın getirildiği hastanenin acil servisinde, yapılan tüm müdahalelere rağmen, ağrısının aynı şiddetle devam ettiği ve hastanın daha önce iki kez ameliyat edildiği, bağırsak düğümlenmesi olabileceği yolunda kuşkuların bulunduğu defalarca aile tarafından söylendiği halde, ancak; ertesi gün sevk edildiği, orada bağırsak düğümlenmesi sebebiyle ameliyata alındığı ve zamanında müdahale edilmemesi nedeniyle hastanın öldüğü belirtilmiştir. YSS kararında, tanı konulmayan karın ağrısına analjezik ve sedatif yaptıran, gerekli

şüpheyeye düştüğü anda ilk teşhisini tekrar gözden geçirmelidir. Şüpheyeye olmasa dahi hastalığın özellikleri de dikkate alınarak hasta gözlemlenebilir ve tekrar değerlendirmelerde bulunulabilir. Teşhis yenilendiği takdirde yeni bir tedavi süreci de oluşturulmalıdır. Özellikle intihar eğilimli hastalar, tekrar gözlem ve değerlendirmede bulunulması gereken hastalara örnek gösterilebilir.

İÇEL tarafından ifade edildiği üzere, hekimlerin tıbbi müdahale sırasında taksir sorumluluğuna yol açacak hususların başında tedavi hataları gelmektedir¹⁸³. Hekimin tedaviye dair her işleminde özenli olması beklenir. Örneğin hekim, sınırda kişilik bozukluğu teşhisli bir hasta söz konusu olduğunda, tedavi neticesinde değiştirilmeye çalışıldığına dair en ufak bir ipucu dahi vermeden samimi bir şekilde ve kabul edişle yaklaşmalıdır¹⁸⁴. Aynı şekilde teşhis aşamasında da elde ettiği bilgileri incelerken de özenli hareket etmelidir. Hekim, kendisinden beklenen şekilde özenli hareket ederek yine de hatalı bir teşhis söz konusu oldu ise hekimin sorumluluğundan bahsetmek hakkaniyetli olmaz. Nitekim, hekimin mesleğine dair sınırsız bilgi ve birikime sahip olması beklenemeyeceği gibi teşhis aşamasında da mutlaka kesinlik arz eden bir teşhiste bulunmasının beklenmesi hayatın olağan akışına aykırıdır. Ayrıca hekim, yanlış teşhiste bulunmuş olsa da uygun tedavi uygulamış olabilir, burada da hekimin yanlış teşhis sebebiyle malpraktisten kaynaklanan sorumluluğunun doğmayacağı kabul edilmelidir¹⁸⁵.

Hekim, teşhis neticesinde sadece mevcut hastalığı temel alarak tedavi planını belirlememelidir. Bu aşamada, hastalığın ve hastanın özelliklerini harmanlayarak en uygun tedavi yöntemini seçmelidir. Teşhis ve tedavi hatası bağlamında

ilgi ve itinaı göstermeyerek tıbbi usullere uygun takip ve tedavilerini yapmayarak, sevk etmede gecikerek tedavide gecikmeye sebep olmaları nedeniyle doktorun, tedbirsizlik ve dikkatsizlik sonucu ölüme neden olmak nedeni ile kusurlu olduğuna karar verilmiştir.” Türkan/Tuğcu, s. 229, aktaran KAYAER, s. 254.; ERSÖZ, s. 118.

¹⁸³ İÇEL, s. 208.

¹⁸⁴ LINEHAN, Marsha M. 1987. "Dialectical Behaviour Therapy for Borderline Personality Disorder." *Bulletin Menninger Clinic* 51 (3): 261-276., s. 272.

¹⁸⁵ GÜNDAY, s. 107.

psikiyatrist hekimler aleyhine açılan davalar intihar ve zarar eğilimli hasta ya da yakınları tarafından açılmaktadır. Mahkemeler, bu davalarda hastayı bir çocuk gibi korunmaya muhtaç ve dürtülerini kontrol etmeleri mümkün olmayan şekilde görmeye eğilimli olduğu belirtilmektedir¹⁸⁶. Açılan davaların yasal temellerini genellikle aşağıda sayılan savlar oluşturmaktadır:

- Hastanın öyküsünü almada ve muayenede hata,
- İntihar ve zarar verme eğilimi tanısında ve riskin saptanmasında hata,
- Tedavide uygulanan hata,
- Hastayı tedavi edildiği kurumda gözetmemek ve koruyamamak¹⁸⁷.

İLNE/İLNE tarafından aktarılan vakada Amerika Birleşik Devletleri'nde 1982 yılında John Bell isimli hasta, zaman zaman intihar girişimlerinde bulunan, uzun bir psikiyatrik hastalık geçmişine sahip, son zamanlarda eşinin aktardığı üzere tuhaf davranan ve dini halüsinasyonlar gören, büyük oğlunun dini sebeplerden ötürü ölmesi gerektiğini düşünen biridir. Eşi, John Bell'in kısıtlılık talebi için aile mahkemesine başvurmuş ve aile mahkemesi tarafından yetkilendirilen psikiyatrist hekimin muayenesi neticesinde eşinin gerçeklikle temasının kesildiği, şizofreni halinin kronik bir boyuta geldiği saptanmıştır. New York eyaletindeki hastanede yatarak bir süre tedavi gören John Bell, öyküsüne ve geçmiş girişimlerine rağmen erken taburcu edilmiştir. Ardından üzerine gaz yağı dökmek suretiyle kendisini yakarak tekrar intihar girişiminde bulunmuştur. Hastanın taburcu edilmesinde ihmal iddiası ile dava açılmıştır. Yargılamada iddia edildiğine göre, tedaviyi yürüten hekim, hastanın yatış yaptığı süre boyunca hastasının hezeyanlarını, halüsinasyonlarını dikkatli bir şekilde incelememiş, hastaya gerekli özeni göstermemiştir. Dava neticesinde ise hekim, yaptığı muayenede hastanın öyküsünü yeteri kadar dinlemediği ve eksik tedavi uyguladığı gerekçesiyle sorumlu

¹⁸⁶ İLNE/İLNE, s. 7.

¹⁸⁷ A.g.e., s. 8.

tutulmuştur¹⁸⁸. İLNEM/İLNEM'in aktardığı başka bir vakada ABD'de 1982 yılında psikiyatrist hekimin tedbirsizliği iddiasıyla açılan davada hastanın bu tedbirsizlik neticesinde hastaneden çıktığı ileri sürülse de hastanın eşi, psikiyatrist ihmali ile eşinin hastaneden çıktığını reddetmiştir. Mahkeme, *“çağdaş psikiyatrik uygulamaların, bir hastanın olası her tehlike geçinceye kadar normal bir insanın etkinliklerinden soyutlanmasını gerektirmediği”* yargısına vararak hekimin sorumluluğu olmadığına karar vermiştir¹⁸⁹.

1. İntihar ve Zarar Eğilimli Hastalarda Teşhis ve Tedavi Yükümlülüğü

Ulusal Ruh Sağlığı Eylem Planı'nda belirtildiği üzere bir halk sağlığı problemi de olan intihar¹⁹⁰, kişinin gerek toplumsal gerek ruhsal sebeplerden ötürü kendi iradesiyle hayatına son vermesidir. İntihar, önemli bir tıbbi ve sosyal sorun olmakla ülkemizde son 40 küsur yılda intihar vakaları yarı oranında artış göstermiş ve son 10 yılda 29 bin kişi intihar etmek suretiyle hayatını sonlandırmıştır¹⁹¹. Ne var ki, ruh sağlığı ve intihar arasında da araştırmalar neticesinde çok yakın ilişki olduğu saptanmıştır¹⁹². Psikiyatrist hekim hastasının intihar riskini, hastanın doğrudan ve dolaylı sorulara verdiği yanıtlar, bilinen risk faktörleri, hastanın geçmişte benzer koşullar altında nasıl davrandığına ilişkin bilgiler ve yardımcı bilgiler dahil olmak üzere mevcut tüm bilgilere dayanarak değerlendirmelidir¹⁹³. Nitekim, ümitsizlik, benlik kaybı, bilişsel ve sosyal becerilerdeki yetersizlik, katı düşünce tarzı, kendine zarar vermeyi salık veren sanrılar, kaotik aile geçmişi hikayesi, suçluluk gibi

¹⁸⁸ İLNEM/İLNEM, s. 8.

¹⁸⁹ A.g.e., s. 9.

¹⁹⁰ Sağlık Bakanlığı Ulusal Ruh Sağlığı Eylem Planı (2011-2023), s. 36.

¹⁹¹ Ruh Sağlığı Kanun Teklifi Metni.

¹⁹² MACLEAN, Jayda, KINLEY, D. Jolene, JACOBI, Frank, BOLTON, M. James, SAREEN, Jitender. 2011. "The Relationship Between Physical Conditions and Suicidal Behavior Among Those With Mood Disorders." *Journal of Affective Disorders* 130 (1-2): 245-250, s. 245.

¹⁹³ GÖKCAN, s. 376.

yakınmaları tanıdan bağımsız olarak intihar riskini artırdığı kanıtlanmıştır¹⁹⁴. Psikiyatri alanında yanlış tedavi neticesinde açılan davalar artmakla psikiyatri pratiğiyle ilgili en yaygın tıbbi uygulama hatası iddiası, hastalara kendilerini öldürmekten makul bir koruma ve bakım sağlanamadığı yönündedir¹⁹⁵. Makul bakım, intihara meyilli olduğu düşünülen veya intihara meyilli olduğu tespit edilen bir hastanın bazı önlemlere tabi olmasını gerektirir. Makul bakım ise intihara meyilli olduğu düşünülen veya tespit edilen hastanın bazı önlemlere tabi olmasını gerektirir. Hasta hakkında yapılan değerlendirmelerin ve hastaya uygulanan tedavi müdahalelerinin, hastanın klinik durumuna ilişkin değişikliklerin bir açıklamasıyla birlikte hekimin özen yükümlülüğü çerçevesinde belgelendirilmesi, klinik ve yasal olarak uygun psikiyatrik bakımı gösterir. Hem intihar riski hem de koruyucu faktörlerin değerlendirilmesi ve yönetim müdahalelerinin faydaları dikkatlice belgelenmelidir.

İntihar ve zarar eğilimli hastalar bakımından da hekimin sorumluluğunun doğması için hastanın intihar veya zarar verme girişimi kusurlu bir tedavi sonucu gerçekleşmelidir. Aranan kusurlu tedavi kavramı, hekimin sorumluluğunun şartlarından hem fiil hem dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık hem de riskin hekim tarafında tahmin edilebilir olmasını arayan bir kavramdır¹⁹⁶. Başka bir deyişle hekim, somut olay bazında riskleri tahmin ederek kendisinden beklenen gerekli dikkat ve özeni göstererek hastanın tedavisini yürütmesine rağmen hastanın bulunduğu girişimlerden sorumluluğu doğmayacaktır. İntihar ve zarar eğilimli hastaların tedavilerinde genel çerçeve çizen bir tedavi yöntemi oluşturulmamıştır ancak her hasta hekim tarafından subjektif olarak değerlendirilerek teşhis ve tedavide özen ve gözetme yükümlülüğü yerine getirilmelidir. İntihar girişiminin tahmin edilip olmadığı hususunda aynı koşullar altında makul bir psikiyatristin

¹⁹⁴ ÖNCÜ, Bedriye. 2016. «İntihar ve İntiharda Risk Etmenleri.» *Türkiye Klinikleri Psikiyatri Dergisi* 9 (3): 1-15, s. 12.

¹⁹⁵ Kararlar için bkz.: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2009/13-393 E., 2009/452 K., 21.10.2009; Danıştay 10. Dairesi 2008/1989 E., 2008/2802 K., 22.04.2008, aktaran GÖKCAN, s. 1282, 1468.

¹⁹⁶ GÜNDAY, s. 133.

tutumu esas alınmalıdır. Hekim, intihar risk değerlendirmesini yaparken hastalığın seyri, hastanın kişiliği, geçmişi, sosyal çevresi ve mevcut ruh sağlığını da detaylı bir şekilde incelemelidir¹⁹⁷. Psikiyatri hastalarında intihar ve zarar verme eğilimi diğer hasta gruplarına kıyasla 5-10 kat fazla, psikiyatri hastaları arasında da tanı gruplarında da bazı hastalıklarda intihar ve zarar verme eğiliminin daha yüksek olduğu kabul edilmektedir¹⁹⁸. Ne var ki, bazı araştırmalar da göstermektedir ki intihar ve cinayet olaylarında birçok olgunun hiçbir ön bulgu vermeden rastgele kliniğe geldiği görülmüştür¹⁹⁹. YÜKSEL'in aktardığına göre bu tanı grupları arasında sırasıyla:

- Affektif bozukluk (hastalığın depresif döneminde intihar oranı manik dönemdeki intihar oranına göre 30 kat fazla olduğu tespit edilmiştir.),
- Distimik bozukluklar ve uyum bozuklukları,
- Depresyon (depresyona bağlı intihar vakalarında erkeklere göre kadınların intihar oranı daha fazladır),
- Alkol ve madde bağımlılığı,
- Şizofreni,
- Anti sosyal ve borderline kişilik bozukluğu,
- Panik bozukluğu ve diğer anksiyete bozuklukları,
- Yeme bozukluklarıdır²⁰⁰.

Ancak hastanın sayılan hastalıklardan birine sahip olmasıyla intihar ve zarar verme riskinin mutlak olduğu şeklinde değerlendirme yapmak yerinde değildir, her zaman hastanın hastalığı hasta özelinde risk değerlendirilmesi yapılmalıdır; fakat hastanın intihar veya zarar eğilimli davranışlarını olup olmadığı risk değerlendirmesinde

¹⁹⁷ GÜNDOĞAR, Duru, ATAY, İnci Meltem. 2016. «İntiharda Risk Değerlendirmesi.» *Türkiye Klinikleri Psikiyatri Dergisi* 9 (3): 62-70., s. 64.

¹⁹⁸ YÜKSEL, Nevzat. 2001. «İntiharın Nörobiyolojisi.» *Klinik Psikiyatri* 4 (Ek 2): 5-15, s. 7.

¹⁹⁹ POLAT, Oğuz. 2019. *Tıbbi Uygulama Hataları*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 113.

²⁰⁰ YÜKSEL, s. 7, 8; ÖNCÜ, s. 6.; KÖŞGER, Ferdi, SÖNMEZ, İpek. 2016. «İntihar Girişimleri.» *Türkiye Klinikleri Psikiyatri Dergisi* 9 (3): 16-20, s. 18.

önemli ölçütler olduğundan hekim, böyle eğilimlerin olup olmadığını saptamak için özel çaba da harcamalıdır. Tıp doktrininde GÜNDOĞAR/ATAY'dan aynen aktarılacağı üzere risk değerlendirmesi için şu aşamalar ön görülmüştür:

- *“Hastanın intihar riski açısından kapsamlı değerlendirmeye ihtiyaç duyulup duyulmadığını belirlemek,*
- *İntihar riskinde uyarıcı bulguları tanımlamak,*
- *İntihar açısından risk faktörlerini ve koruyucu faktörleri tanımlamak,*
- *Hastadaki koruyucu faktörler ve risk faktörleri dengesini göz önüne alarak mevcut durumdaki intihar eğilimini değerlendirmek,*
- *Müdahale planı oluşturmak”*²⁰¹.

Bu durumda hekim, hasta için uygulanacak tedavi yöntemi için tüm tıbbi ve diğer tedavi ve güvenlikle ilgili olguları bir arada değerlendirebileceği özel bir bakış açısı ile olayı değerlendirmelidir. Hastaya uygulanacak tedavi yöntemleri insanlık onuru, kişi özgürlüğü ve güvenliğini koruyarak ölçülülük ilkesi kapsamında olmalıdır. Psikiyatri alanına özgü olarak çok değerli olan hasta-hekim ilişkisinde güven kurulması da intihar veya zarar verme eğilimli olan hastaların tedavisinde daha önem kazanmaktadır. Hastanın her zaman tedaviyi reddetme hakkı haiz olduğundan hastanın böyle bir talebi doğrultusunda tedaviye devam etmesine yönelik telkinlerde bulunarak güven ilişkisinden doğan yakınlıkla hekim, hastayı tedaviye devam etmesi için ikna edebilecektir.

Eğer ki hastanın hastaneye yatırılarak tedavisi gerçekleşirse hastanede gerek fiziksel ortam gerek sosyal ortam değişikliğinden dolayı intihar veya zarar verme riskinin artış gösterebileceği kaydedilmiştir²⁰². Bu riskten dolayı bağcık, kemer, makas gibi eşyalar hastalardan uzak tutulmalı, hastanede ise pencerelerin parmaklık desteğiyle kapatılması yeterli olacaktır. Bu hususla ilgili olarak Danıştay da pencerelerin havalandırma kısmında demir parmaklık olmadığından bu kısımdan

²⁰¹ GÜNDOĞAR/ATAY, s. 64.

²⁰² YÜKSEL, s. 7.

atlayarak intihar eden hastanın ardından yaptığı incelemede neticesinde hastanenin ve klinik sorumlusu hekimin sorumluluğuna hükmetmiştir²⁰³.

Hastanın hastaneye yatışının ardından en kısa sürede sorumlu hekim tarafından muayene edilmesi esastır. Riskli durumda olan hastalar için oluşturulan tedavi planı ve hangi seviyede gözlemleneceğine tek hekimden ziyade birden çok hekimde oluşan ekip şeklinde karar verilmeli ve verilen karar, diğer hastane çalışanlarıyla da paylaşılmalıdır²⁰⁴. Hastayla etkin olarak ilgilenebilecek, etkili terapötik ilişki kurabilecek ve hastanın intihar hissi olduğunda bunları aktarabileceği, tartışabileceği daha özel bir kişi görevlendirilebilir²⁰⁵.

²⁰³ Danıştay 1. Dairesi 2010/818 Esas, 2010/900 Karar ve 02.06.2010 tarihli kararında “26.5.2009 tarihinde şizofren hastalığı tanısıyla Tıp Fakültesi Hastanesi Psikiyatri kliniğine yatırılan ...'in 13.9.2009 tarihinde odada kimsenin olmadığı bir zamanda, pencerenin havalandırma amaçlı kullanılan kısmından dışarı çıkarak, 7 nci kattan atlamak suretiyle öldüğü; Bursa Cumhuriyet Başsavcılığının 13.10.2009 tarih ve 2009/54617 Hz sayılı kararı ile meydana gelen olay nedeniyle hastane ve ilgili klinik görevlilerinin kusurlarının bulunup bulunmadığının tespiti amacıyla bilirkişi görevlendirildiği; bilirkişiler tarafından hazırlanan raporda, psikiyatri kliniğinde yer alan odalarda, havalandırma amaçlı kullanılan pencerelerin basit bir müdahale ile açılabilir tarzda olmaması için gerekli tedbirleri almayan ... ile psikiyatri kliniğinde yatan hastaların can güvenliklerinin sağlanması konusunda alınan önlemleri denetlemeyen (...) Psikiyatri Ana Bilim Dalı Başkanlığınca, değişik zamanlarda hasta odalarının tadilatının yapılması için Sağlık Uygulama ve Araştırma Merkezi Müdürlüğüne müracaat edilmiş, en son 29.1.2007 tarihli talep yazısı ile pencerelerin dış yüzeylerinin insan çıkışlarını engelleyecek şekilde demir çubuklarla kaynatılması istenmiştir. Ancak 2007 yılından sonra geçen uzun süre içinde hem başhekimlik tarafından bu eksiklikler giderilmemiş hem de psikiyatri kliniği sorumlusu ...'ün bu tehlikeli durumu bilmesine rağmen etkin bir önlem alınmasına yönelik yeni bir talepte bulunmadığı anlaşılmıştır. Bu durumda 1.8.2008 tarih ve 23420 sayılı Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Hasta Hakları Yönetmeliğinin 37 nci maddesi gereğince hastaların can ve mal güvenliklerinin sağlanması için gerekli tedbirlerin alınması zorunlu olduğu; yönetmelikle öngörülen güvenlik önlemlerinin alınmaması nedeniyle ölüm olayının meydana geldiği, mevcut delillerin, şüpheliler ... ve ...'in atılı suçu işledikleri ve haklarında kamu davası açılması gerektiği hususunda yeterli şüphe oluşturduğu anlaşıldığından, (...)şüphelilerin lüzum-u muhakemelerine, eylemlerine uyan Türk Ceza Kanununun 85 inci maddesi gereğince yargılanmalarına, yargılamanın Manisa Asliye Ceza Mahkemesinde yapılmasına, dosyanın Manisa Cumhuriyet Başsavcılığına, kararın bir örneğinin ... Üniversitesi Rektörlüğüne ve şikayetçiye gönderilmesine 25.5.2010 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.”, https://www.danistay.gov.tr/assets/pdf/yayinlar/dergi/20_05_2019_042636.pdf, Erişim Tarihi: 03.04.2021

²⁰⁴ GÜNDAY, s.134.

²⁰⁵ POLAT, s. 120.

Hastanın intiharı veya kendisine zarar vermesi neticesinde hekime ve hastanelere karşı açılan ve mahkemece sorumlulukları tespit hastane ve personeli aşağıdaki mahkeme tarafından nedenlerle sorumlu tutulabilmektedir:

- Güvenli olmayan dizayn,
- Hastanın gözetiminde yetersizlik,
- Tehlikeli objelerin uzaklaştırılmasında yetersizlik,
- Kilitli oda temininde yetersizlik,
- Personel denetlenmesinde yetersizlik,
- Hastanın geçmiş kayıtlarının temininde yetersizlik,
- Personel arası yetersiz iletişim,
- Psikiyatrik bozukluğun gereğince tedavi edilememesi,
- Özensiz taburcu edilme²⁰⁶.

Hastanın ilk intihar girişiminden sonra tedavisine devam edilirken sonraki girişimin ne zaman olacağının hekim açısından öngörülmemesinin zor olduğu belirtilmektedir²⁰⁷. Ne var ki, hekimin yapılan araştırmalar neticesinde de tıp biliminin güncel verilerini takip etmesi ödevi kapsamında KÖŞGER/SÖNMEZ'in aktardığına göre ilk girişimden sonraki ilk 6 ayın riskin en fazla arttığı dönem ve takip eden süreçte de riskin fazla olduğu belirtilmektedir. Bu durumda hekimin dikkat ve özen yükümlülüğü çerçevesinde hastasını çalışmalarla da kanıtlanan süre boyunca daha sıkı takip etmesinin kendisinden beklenebileceği kanaatindeyiz.

Günümüzde yapılan çalışmalar neticesinde hastanın mesleğinin, içinde bulunduğu kurumun veya yaşının²⁰⁸ intihar eğiliminde önemli bir faktör olabileceği kabul edilmektedir. HOCAOĞLU/AYTAÇ'ın aktardığı vakalarda da asker, polis gibi

²⁰⁶ A.g.e., s. 121, 122.

²⁰⁷ KÖŞGER/SÖNMEZ, s. 18.; Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumu Akılcı İlaç Kullanımı Dairesi'ne göre 15-29 yaş aralığındaki kişilerde intihar, en sık karşılaşılan ikinci ölüm şeklidir, s. 1.

²⁰⁸ Ergenlik döneminde intihar eğiliminin artmasına yönelik değerlendirmeler için bkz.: DEVRİMCİ ÖZGÜVEN, Halise, HOŞGÖREN ALICI, Yasemin. 2016. «İntiharı Önleme.» *Türkiye Klinikleri Psikiyatri Dergisi* 9 (3): 71-76, s. 73.

güvenliği sağlayan meslek gruplarında ve cezaevindeki mahkumlarda intihar oranları, genel nüfustaki intihar oranlarından çok daha fazla olduğu belirtilmektedir²⁰⁹. Dolayısıyla sayılanlar gibi özel meslek grupları ve kurumlarda bulunanlar bakımından da hekimin dikkat ve özen yükümlülüğünün sıradan bir kişiye gösterdiği yükümlülüğünden fazla olacağı kanaatindeyiz.

3. İLAÇ UYGULAMASI BAĞLAMINDA CEZAI SORUMLULUK

İlaçlar, farmakolojik ve farmakolojik olmayan olmak üzere iki başlıkta incelenebilir²¹⁰. Farmakolojik ilaçlar, hekim tarafından reçete edilen tedavi edici özelliği haiz ilaçlardır, dolayısıyla hastanın reçete ettiği ilacın kullanmasını eksiksiz olarak hastaya anlatmalı, dozajı, yan etkileri gibi hususlar hakkında da hekimin aydınlatma yükümlülüğü olacaktır²¹¹. Farmakolojik etkisi olmayan ilaçlar, tedavi ve klinik araştırmalar için kullanılmaktadır, içeriğinde farmakolojik madde yoktur, başka bir deyişle farmakolojik içeriği olmadığından yan etkisi de olmayan plasebo²¹² maddesi ilaç olarak hastaya verilerek yalnızca hastalığın seyri izlenir²¹³.

Yanlış ilaç uygulaması ve reçete edilmesi nedeniyle açılan davalar, doğal olarak ilacı reçete etme yetkisi haiz hekime karşı da açılabilmektedir. Bunun sonucunda psikiyatrist hekimler hakkında ilaçlı tedavi uygularken reçete edilen ilaç hakkında tıbbi uygulama hatası iddiasında bulunulabilecektir. Bu iddiaların genel çerçevesinin şu şekilde olduğu belirtilmektedir:

²⁰⁹ HOCAOĞLU, Çiçek, AYTAÇ, Hasan Mervan. 2016. «Özel Grup ve Kurum İntiharları.» *Türkiye Klinikleri Psikiyatri Dergisi* 9 (3): 37-50., s. 47; DEVRİMCİ ÖZGÜVEN/HOŞGÖREN ALICI, s. 73.

²¹⁰ KAYAER, s. 64.

²¹¹ KALEMOĞLU, Murat. 2017. «Hekimlerin Deontolojik, Cezai ve Hukuki Sorumlulukları.» *Nobel Medicus* 13 (2): 5-11, s. 9.

²¹² Klinik araştırmalarda araştırılan ürüne benzer farmasötik şekilde hazırlanan, içinde herhangi bir etken madde ya da incelenen hastalık üzerinde etkisi olabilecek herhangi bir bileşen içermeyen preparat. TDK İlaç ve Eczacılık Terimleri Sözlüğü.

²¹³ KAYAER, s. 64.

- Tedaviye yönelik olmayan ilaç reçete etme,
- Reçete edilen ilacın uygun dozda olmaması,
- İlacın hastaya uygun olmayan süre içinde reçete edilmesi,
- İlacın uygulanmasında yapılan hata,
- İlacın yan etkilerini, toksisitesini tanıyamama,
- Hastanın kullandığı başka ilaçlar ve halinde ilaç-ilaç ve ilaç-besin etkileşimini dikkate almama²¹⁴.

Bu alanda hastanın ilacın yan etkileri ya da başka ilaçlarla etkileşime girmesi halinde karşılaşılabilecek neticeler gibi hususlar hakkında gerekli şekilde aydınlatılarak onamının alınmaması da hekimi sorumlu kılacaktır. Bu durumun önüne geçmek adına reçete edilen ilacın tavsiye edilen kullanım süresinden sonra da ortaya çıkan yan etkileri konusunda da hastanın bilgilendirilmesi gerekir. Yine psikiyatri alanına özgü olarak, bu alanda kullanılan ilaçlarla ilgili klinik standartların halen ayrıntılı olarak oluşturulamadığı belirtilmektedir²¹⁵. Bu yüzden reçete edilecek ilaç seçilirken dozajı, kullanım süresi ve ilacın tedavideki seyri her hastada çok özenli bir şekilde incelenmelidir²¹⁶. Bu genel standartlara ek olarak bazı ilaçlar hakkında hekimin, hastayı daha özel ve ayrıntılı bir şekilde aydınlatması gerektiği kanaatindeyiz. Örnek verilmesi gerekirse, Sağlık Bakanlığı'nın 14.03.2016 tarihli ve 31951 sayılı genelgesi ile “yeşil reçeteli” olarak bilinen içinde bağımlılık yaratabilecek bileşenler bulunan ilaçlar hekimce reçete edilirken hastanın alkol tüketilmemesi gerektiği, tüketildiği takdirde birtakım etkileşimlerin meydana gelebileceği konusunda hasta ayrıntılı olarak bilgilendirilmelidir²¹⁷. Zira hekim, ilacın yan etkilerini gibi hususları mesleği gereği bilmeli ve tıp biliminin güncel verilerine takip etmelidir. Psikofarmakolojik uygulama hatasında hastanın

²¹⁴ İLNEM/İLNEM, s. 9.

²¹⁵ BULUT, Melisa, MERCAN, Neşe, YÜKSEL, Çiğdem. 2020. «Psikiyatride Malpraktis.» *Psikiyatride Güncel Yaklaşımlar* 12 (2): 195-204, s. 200.

²¹⁶ İÇEL, s. 209.

²¹⁷ TEMEL, Erhan. 2012. «Alman Hukukunda Psikiyatri Hastası-Hekim İlişkisi.» *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 61 (2): 773-806, s. 779.

öyküsünün yeteri kadar değerlendirilmemesi, tedavi metodundan önce klinik testlerin yapılmaması, yeterli konsültasyonun istenmemesi ve uygulanan tedavinin kayıt altına alınmaması da neden olmaktadır²¹⁸. Ayrıca ilacın uzun vadede oluşabilecek yan etkileri ve uzun süren tedavinin riskleri hakkında hasta ya da bazı durumlarda yakınlarının anlayabileceği şekilde açık bilgi verilmemesi de tıbbi müdahale davalarının açılmasına konu olabileceği kaydedilmiştir²¹⁹.

Hastanın, konuda Danıştay İdare Dava Daireleri Kurulu'nun 2002/716 Esas, 2003/91 Karar sayılı ve 07.03.2003 tarihli kararında "(...) *Davacının kulak zarının delik olduğu doktor tarafından bilinmesine rağmen, ilacın yan etkileri konusunda davacıya aydınlatılma yapılmaması, böylece gerekli olan tedbirlerin alınmaması durumu ağır hizmet kusuru oluşturmaktadır*²²⁰" şeklinde hükmedilerek tedavi neticesinde oluşacak ağır yan etkiler içinde hastanın ayrıntılı olarak aydınlatılması gerekliliğini vurgulamıştır.

Dünya genelinde yapılan araştırmalar neticesinde yanlış ilaç ve dozajlar kullanılmasının ve bu durumunun istenmeyen neticelere yol açmasının ardından bu durumun önüne geçilebilmesi adına ilk olarak 1985'te DSÖ tarafından akılcı ilaç kullanımı çalışmaları başlamıştır.

Hekimin bu bilgi birikiminin yanı sıra hastayı görmeden, muayene etmeden ya da rica üzerine ilaç reçete etmesinin ise uygulama hatası kapsamında değerlendirilemeyeceği kanaatindeyiz. Zira bu durumda artık dikkat ve özen eksikliğinden hareketle taksir kavramı değil, kasıt söz konusudur. Dolayısıyla hekimin devlet hastanesinde çalışarak kamu görevlisi niteliği haiz olduğu ve reçete edilen ilacın hastada TCK'da düzenlenen bir suçun neticesinin oluşmaması halinde

²¹⁸ İLNEM/İLNEM, s. 9; HAW, Camilla, STUBBS, Jean. 2003. "Prescribing Errors At a Psychiatric Hospital." *Pharmacy in Practice* (13): 64-66, s. 65, 66.

²¹⁹ BULUT/MERCAN/YÜKSEL, s. 198.

²²⁰ Sinerji Mevzuat ve İctihat Programı, Erişim Tarihi: 19.04.2021.

TCK'nın 257. maddesinde²²¹ düzenlenen “Görevi Kötüye Kullanma Suçu”nın faili olabilecektir.

1. Akılcı İlaç Kullanımı

DSÖ, akılcı ilaç uygulamalarının tavsiye ederek akılcı ilaç kullanımını “*hastaların ilaçları klinik ihtiyaçlarına uygun şekilde, gereksinimlerini karşılayacak dozlarda, yeterli zaman diliminde ve en düşük maliyette almalarını gerektiren kuralları bütünü*” olarak tanımlamakta ve bu tanımın dışında kalan ilaç uygulamalarını “*akılcı olmayan ilaç kullanımı*” olarak kabul etmektedir. Nitekim ülkemizde de yapılan araştırmalar neticesinde psikotrop ilaç kullanım sıklığını ile bağdaşmayacak seviyede psikotrop ilaç kullanımı olduğu tespit edilmiştir²²².

Psikiyatride hastalıkların tedavisi için akılcı olmayan ilaç kullanımının karşısındaki en büyük risk faktörü birden çok ilaç kullanılması (polifarmasi) olup günümüzde hasta için bir ya da birden çok ilaç veya dozajının (polifarmasi) reçete edildiği yönünde eğilim olduğu ve bunun da hastanın öyküsünün ayrıntılı alınmamasından kaynaklandığı kaydedilmekle²²³, bağımlılık yapan ve kötüye kullanılan ilaçların tedavisinin yönetilmesinin zor olduğu belirtilmektedir²²⁴.

²²¹ “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.)”

²²² Sağlık Bakanlığı Ulusal Ruh Sağlığı Eylem Planı (2011-2023).

²²³ TAMAM, Lut, NAMLI, Zeynep, DEMİRKOL, Mehmet Emin. 2019. «Psikiyatrik Hastalıkların Tedavisinde Verilen İlaçların Akılcı Olmayan Kullanımı.» *Türkiye Klinikleri Farmakoloji Dergisi* 1. Baskı: 11-17, s. 12.

²²⁴ A.g.e., s. 16.

MEAGHER/SNOWDEN tarafından 2003 yılında yapılan araştırmada, uygulamada ilaç tedavisi belirlenirken ilaç kılavuzlarından yararlanılmadığını tespit edilerek²²⁵ antipsikotik ilaç²²⁶ kullanan toplam 217 hastadan 169'unun yalnızca oral, 71'inin uzun vadede etkili intramüsküler ilaç²²⁷ ve 34'ünün oral ve intramüsküler ilaçları beraber aldığı saptanmıştır. Yine benzer bir çalışmada polifarmasinin hastalar arasında yaygın olduğu, 258 hastadan 30'unun tedavi belirlenirken kullanılması gereken kılavuzlarda tavsiye edilen ilaç dozajının çok üstünde antipsikotik ilaç kullandığı saptanmıştır²²⁸. PATON/BENHAM tarafından yapılan çalışmada, 400 yataklı ruh ve sinir hastalıkları hastanesinde çalışmakta olan eczacılar tarafından tespit edilen reçete hatalarının analizi incelenmiştir. Yapılan inceleme neticesinde tespit edilen yaklaşık 300 hatanın yarısından fazlasının klinik açıdan önemsiz olduğu, %9'unun hastaya zarar verme potansiyeline sahip; fakat yaşamı tehdit etmeyen hatalar olduğu saptanmıştır. Reçete yazarken yapılan hataların %80 küsur ile ilaca karar vermede yapılan hatalardan daha fazla olduğu tespit edilmiştir. Psikotrop²²⁹ olmayan ilaç hata oranı, psikotrop ilaç hatalarının iki katı olarak bulunmuştur²³⁰. Bu durumda, hekimlerin psikotrop ilaç yazarken daha temkinli davrandığı; fakat psikotrop ilaçlara aşına oldukları için gerekli özeni göstermedikleri sonucuna ulaşılabilir. Bu da göstermektedir ki, psikotrop olmayan ilaçların reçete edilmesinde psikofarmakolojik uygulama hataları ile daha sık karşılaşılabilceği belirtilmektedir.

²²⁵ MEAGHER, David J., SNOWDEN, Helen. 2003. «Sub-optimal prescribing in an adult community mental health service: Prevalence and determinants.» *Psychiatric Bulletin* (27): 266-270., s. 269.

²²⁶ Psikoz tedavisinde kullanılan ilaçlara verilen genel ad.

²²⁷ Derin kas dokusuna enjekte edilen ilaçlara verilen genel ad.

²²⁸ YORSTON, Graeme. 2000. "Chlorpromazine equivalents and percentage of British National Formulary maximum recommended dose in patients receiving high-dose antipsychotics." *Psychiatric Bulletin* (24): 130-132, s. 131.

²²⁹ Beyinde etki eden ve bu etki sonucunda normal veya anormal ruh hali değişimine neden olan ilaçlara verilen genel ad.

²³⁰ PATON, Carol, GILL-BANHAM, Stuart. 2003. "Prescribing Errors in Psychiatry." *Psychiatric Bulletin* (27): 208-210, s. 210.

OĞUZ/ÖZGÜVEN tarafından incelenen bir vakada, eşinin aşırı alkol kullanımından yakınan kadın, pratisyen hekime durumu ve eşinin öyküsünü anlatmış ve hekim de eşinin yemeklerine alkolizm tedavisinde kullanılan *antabus* karıştırmasını önermiş ve reçete etmiştir. Ardından eşi kocasının yemeğine her gün *antabus* karıştırmaya başlamıştır. Neticede erkek eşin aşırı alkol kullanımı düzelmiştir; fakat sonuca giden yolda birçok sakatlık mevcut olduğu belirtilmektedir²³¹. Vakada, etik olarak birçok yanlış bulunmakla beraber hukuki çerçevede cezai sorumluluğu da doğmaktadır. Öncelikle hekimin bir ilaç reçete etmesi için, meslek etiği ve yükümlülüğü gereği hastanın kendisinden öyküsünü dinlemek, tetkiklerde bulunmak ve inceleme yapmak durumundadır. Somut olayda ise aşırı alkol kullandığı iddia edilen erkek eş, hekim tarafından muayene dahi edilmemiş ve üçüncü bir kişinin anlatımından yola çıkarak ilaç reçete etmiştir. Kural olarak kişinin alkol bağımlısı olması halinde ise isteği ve talebi halinde tedavi süreci başlatılır. *Antabus* ise alkolizm tedavisine destek olması için reçete edilen ve her ilaç gibi yan etkileri olan bir ilaçtır. Vakada ise alkol bağımlısı eşin rızası ve isteği dahi olmadan bu şekilde ilaç reçete edilmesi birçok açıdan etik ve hukuk ihlali olduğuna çok açık bir örnektir.

1986 yılında Amerika Birleşik Devletleri'nde Argus v. Scheppegrell²³² davasında, 19 yaşındaki uyuşturucu bağımlısı hastaya, uyuşturucu bağımlılığını besleyen ve aşırı dozda uyuşturucu alarak ölümüne sebep olan hekime, tehlikeli maddeler içeren ilaç reçete edilmesi sebebiyle dava açılmıştır. Olayda hekim, evde tedavi gören hastaya ilaç tedavisini 19 ay boyunca uygulamış, ilaç kombinasyonunu 17 kere reçete etmiştir. Tedavi sürmekte iken hasta, aşırı dozda ilaç almak suretiyle intihar etmiştir. Yargılamada, hekim tarafından reçete edilen ilaçların miktarının ve kombinasyonunun tek başına bağımlılığa neden olabileceği, bağımlılık tedavisi gören hasta için hastalığının şiddetlenmesine yol açtığı tespit edilmiştir.

²³¹ OĞUZ, N. Yasemin, ÖZGÜVEN DEVRİMCİ, Halise. «Psikiyatri ve Etik Sorunları.» <http://www.yaseminyalim.com/yayinlar/>, Erişim Tarihi: 12.03.2021.

²³² Louisiana Yüksek Mahemesi, Başvuru No: 85-C-100, Karar Tarihi: 09.09.1985, www.casetext.com, Erişim Tarihi: 09.05.2021.

Mahkemeye sunulan bilirkişi raporunda da hekimin, ilaçların bağımlılığa neden olacağını bilebileceği, uzun zaman boyunca reçete ettiği ilaç kombinasyonunun tıp biliminin standartlarına uygun olmadığı tespit edilmiştir. Ayrıca uygulanan ilaç kombinasyonu, hastada epileptik nöbetlere neden olarak hastayı saldırganlaştırmıştır. İlaç tedavisinin hemen ardından hastanın yol ortasında tutarsız bir şekilde konuştuğu, kendinde olmadığı görülüp kolluk tarafından acil servise girişi yapıldığı da kayıt altına alınmıştır. Mahkeme, hastanın tedavinin ardından böyle bir durumla karşı karşıya gelmesi ile ilaç ve dozaj kombinasyonu arasında illiyet bağı kurmuş ve hastalığın karakteristik özelliğini bilen hekimin riski öngörememesi, ilaç reçete etmeye devam etmesini bir malpraktis kabul ederek hekimi mahkûm etmiştir.

Akılcı olmayan ilaç uygulamalarının tıbbi uygulama hatasına yol açmasının yanı sıra hekimin görevi kötüye kullanma suçu bakımından da zaman zaman sorumluluğu doğabilir. Bu durumda taksirli değil kasten yapılan bir eylem mevcut olduğundan hekim, görevi kötüye kullanma suçunun faili olabileceğine dair de Yargıtay kararları mevcuttur²³³.

4. MESLEKİ SINIRLARIN İHLALİNDE CEZAI SORUMLULUK

Profesyonel kimlik ve kişisel kimlik arasındaki ayrım, mesleki sınırları belirler. Sınırların konulması hastaların güvenliği için gerekli olduğu kadar hekim için de

²³³ Yargıtay 11. Ceza Dairesi 2017/13956 E., 2020/1976 K., 02.03.2020; Yargıtay 4. Ceza Dairesi 2008/20682 E., 2010/18036 K., 01.11.2010, aktaran HATİPOĞLU, s. 110; Yargıtay 11. Ceza Dairesi 2015/19 E., 2017/3158 K. sayılı ve 26.04.2017 tarihli kararında “Suç tarihinde Gölköy Devlet Hastanesinde doktor olan sanık ...'in geçici olarak görevlendirildiği Mesudiye Devlet Hastanesinde hastaları muayene etmeden sağlık karnelerine ilaç yazıldığı ve bu reçetelerin sanığın eşi diğer sanık ...'in eczanesinde faturalandırıldığı iddiası ile açılan davada; ayrıntıları Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 04.02.2014 gün ve 2012/11-1347esas 2014/30 karar sayılı ilamında açıklandığı ve dairemizin de benzer kararlarında kabul edildiği üzere, eczaneden gelen ya da hasta yakınlarının bizzat getirdikleri sağlık karnelerine, hastaları görmeden, ancak konulan hastalık tanısıyla uyumlu ilaç yazma şeklindeki eylemlerinin bir bütün olarak " görevi kötüye kullanma" suçu kapsamında kaldığı,” şeklinde hükmederek hekimin cezai sorumluluğuna işaret etmiştir, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 22.04.2021.

gereklidir. Dolayısıyla mesleki sınır ihlalleri hekim ve hasta arasında kurulan, samimi ve güvene dayalı olan ilişkinin güvenliğini zedelemektedir.

Güncel mevzuatlarımızda değinilmemiş olan mesleki sınırların ihlali hususunun, mesafe koruma yükümlülüğü, hekimin özen ve sadakat gösterme borcu kapsamında değerlendirilebileceği kanaatindeyiz. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 7. ve 13. maddelerinden²³⁴ de hareketle mesafe koruma yükümlülüğü, hekimin yalnızca hasta ile değil hasta yakınlarıyla da tedavi ötesine geçecek şekilde ilişki kurmasını engelleyen yükümlülüktür. Başka bir deyişle hekim, hasta ile arasındaki ilişkiyi şahsi, mesleki, ailevi yönleri katmadan yalnızca profesyonel boyutta ele almalıdır. Dolayısıyla hasta ve yakınlarıyla sosyal veya cinsel olarak kurulan yakınlaşmalar mesafe koruma yükümlülüğünün ihlali olacaktır. Hekim, bu yükümlülük kapsamında hasta ile profesyonel ve tedavi maksadı dışında gerçekleştirilen her ilişkiden kaçınmalıdır zira terapi sürecinde sosyal yakınlık kurulması, hastayı da olumsuz yönde etkileyebilir²³⁵. Etik açıdan da terapi sürecinde, sosyal bir yakınlık kurulmasının zararlı sonuçları olacağı kabul edilmektedir²³⁶. Hekimin, mesleği gereği ilk yükümlülüğü olan zarar vermeme yükümlülüğü de hasta ile sosyal yakınlık kurulması tedavinin boyutunu değiştirecek ve yükümlülük ihlal edilmiş olacaktır²³⁷. Bu aşamada, sosyal yakınlık kurma girişiminin veya isteğinin hastadan gelmiş olması, yükümlülük ihlalini ortadan kaldırmaz²³⁸. Hastanın sosyal yakınlık

²³⁴ “MADDE 7 - Tabip ve dış tabibi sanat ve mesleğinin icrası dışında dahi olsa, meslek ahlak ve adabı ile telif edilemeyen hareketlerden kaçınır.”

“MADDE 13 - Tabip ve dış tabibi, ilmi icaplara uygun olarak teşhis koyar ve gereken tedaviyi tatbik eder. Bu faaliyetlerinin mutlak surette şifa ile neticelenmemesinden dolayı, deontoloji bakımından muaheze edilemez.

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

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

²³⁵ GÜNDAY, s. 127.

²³⁶ ŞEMİN/ARAS, s. 73, 74.

²³⁷ AYDIN, Erdem, s. 2.

²³⁸ GÜNDAY, s. 128.

kurulması için ısrarlı bir tutumuyla karşılaşılması halinde ise hekimin mesleki özerkliği kapsamında HHY ile hastaya hekim seçme hakkı tanınmasından bahisle özel durumlara mahsus olmak üzere hekimlere kıyasen hastayı reddetme hakkı tanınmalıdır²³⁹. Böyle bir yakınlık kurulması halinde ise hasta-hekim ilişkisi derhal sonlandırılmalıdır.

Türkiye’de mesleki sınır ihlalleri hakkında adli makamlara intikal eden vakaların azlığından dolayı veri elde etmek güçtür. Yalnızca çok ciddi ihlallerin bildirildiği, görece daha küçük olanların ise bildirilmeme ihtimalinin yüksek olduğu tahmin edilmektedir. Terapi sırasında oluşabilecek mesleki sınır ihlalleri, cinsel ve cinsel olmayan sınır ihlalleri olarak sınıflandırılabilir.

Cinsel olmayan mesleki sınır ihlalleri; terapi sırasında hekimin kişisel yaşantısını aşırı açıklama, düşük ücret almak veya hiç ücret almamak, terapi süresini kasıtlı olarak uzatma, hasta ile sosyal bir ilişki kurma, hasta ve hekimin birbirlerine isimleriyle hitap etmesi, hastaya tedavi süresince arkadaş veya sırdaş gibi davranma, sık dokunmalar veya sık kucaklaşmalar olarak tanımlanabilir²⁴⁰.

Cinsel sınır ihlallerinin ise çok daha ciddi bir sorun teşkil etmekle hem etik ihlal olmaktan çıkmakta hem de birçok ülkede yasadışı olarak kabul edilmektedir. Cinsel sınır ihlali, doğrudan ve açık şekli fiziksel temas olmakla beraber sözel ya da davranışsal cinsel uyarıcı tutumlar, hekimin hastayı sorgulama şekli, önerileri gibi davranışların da cinsel sınır ihlaline neden olduğu değerlendirilmektedir²⁴¹. Psikoterapi türlerinden olan cinsel terapi, hastayı istismara ve oyalamaya açıktır. Bu tür terapilerde, hastanın cinsel organına dokunmanın tedavinin bir parçası olduğu ileri sürülmesi ve bu şekilde hastanın ikna edilmesi neticesinde etik ve

²³⁹ HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 143.

²⁴⁰ SARKAR, Sameer P. 2004. "Boundary Violation and Sexual Exploitation in Psychotherapy: A Review." *Advances in Psychiatric Treatment* 10 (4): 312-320., s. 313.

²⁴¹ OĞUZ, N. Yasemin, Ekim 2011-2012-2013. «Psikiyatride Hasta-hekim Arasında Cinsel Yakınlık Sorunu: Az Konuşulan Sık Yaşanan Bir Etik İkilem.» Düzenleyen: Fatih Selami MAHMUTOĞLU, Arın NAMAL ve Hanzade DOĞAN. *Türk Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Araştırmaları Yıllığı*. Nobel Tıp Kitabevleri. 95-100, s. 98, 99.

hukuki kurallar hiçe sayılacaktır. Cinsel organa dokunma dışında hekimin hastaya bedensel muayene yapması da kendisinden beklenen bir tedavi yöntemi değildir. Hekim, hastanın bedensel muayenesinin yapılması gerektiği kanaatinde ise hastayı ilgili tıp alanındaki uzman hekimlere sevk etmelidir. Ne var ki hasta, hekimin ilgili uzman hekime sevk etmeden kendisi bedensel muayene adı altında hastanın cinsel organına dokunursa hasta bu duruma hekime mesleğin ötürü duyduğu güvenle razı da olabilir. Bu durumda artık malpraktis değil, hastanın kasıtlı olarak cinsel dokunulmazlığı ihlal edilmektedir ve hekimin hasta ile aralarında kurulan güven ilişkisini görevi sebebiyle kötüye kullanması nedeniyle TCK'nın 257. maddesi hükmünce cezai veya disiplin hukuku bakımından sorumluluğu doğacaktır²⁴². Cinsel sınır ihlali, hastanın sadece terapi sürecini etkilememekte, daha sonraki sürecini de negatif yönde etkilemektedir. Tüm bunların yanında terapi süreci sonlandıktan sonra dahi romantik ilişkinin başlaması ve tedavi sürecinde elde edilen güvenin kullanılması mesleki etik ihlal olarak kabul edilmektedir²⁴³.

Hasta-hekim arasındaki ilişkinin güven temeline dayandığından bahisle güven ilişkisinin kaynaklarından biri de hekimin iyi niyetine olan inançtır²⁴⁴. Psikiyatride aranan hasta-hekim ilişkisinde tanı veya tedavi süreci fark etmeksizin hastadan kendisini korumak için oluşturduğu kalkanları bu süreçte indirmesi tıpkı bir cerrahın karşısında fiziksel olarak soyunmasında fark olmayacak şekilde kendisini olduğu ve hissettiği gibi ortaya koyması, hastanın bu şekilde davranmasına karşın hekimin de kurulan terapötik ilişkide ön yargısız olarak hastanın iyiliğini amaç edinmesi olduğu belirtilir²⁴⁵.

²⁴² SONAY EVİK, Vesile. 2019. *Görevi Kötüye Kullanma Suçları (TCK m.257)*. 1. Baskı. İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, s. 104, aktaran HATİPLOĞU, s. 105.

²⁴³ American Medical Association (2002) Code of Medical Ethics: Current Opinions with Annotations, 2002-2003 ed. Chicago, IL, American Medical Association.

²⁴⁴ OĞUZ, N. Yasemin, *Psikiyatride Hasta-hekim Arasında Cinsel Yakınlık Sorunu: Az Konuşulan Sık Yaşanan Bir Etik İkilem*, s. 96.

²⁴⁵ A.g.e., s. 96.

Hekim ve hasta arasındaki terapötik süreçte ilişkinin cinsel boyut kazanmasında tarafların rızası olsa dahi tedavideki nesnelliği, profesyonelliği hasta bakımından iyileşme sürecini zedeleyeceğinden dolayı yanlış ve etik dışı bir tutum olduğu ve bu durumda hekimin duygu, tecrübe, arzu, düşüncesi kısaca hekimin öznelliğinden arınmış olarak sürdürülemeyeceği belirtilir²⁴⁶. Terapötik ilişkiden doğan cinsel ilişkilere dair yapılan çalışmalar neticesinde de hastanın uzun vadede zarar gördüğü kanıtlanmıştır, bu da hekimin mesleği gereği sahip olduğu zarar vermeme ilkesini de açıkça ihlal etmektedir²⁴⁷.

Mesleki sınır ihlallerine örnek olarak OĞUZ tarafından aktarılan bir vakayı paylaşmakta fayda görmekteyiz²⁴⁸, bu vakada bir süredir terapi görmekte olan kadın hasta, olay günü sabahı uyandığında kendisini çok mutsuz ve huzursuz hissederek ilaçlarını reçete edilen dozdan iki katı fazla almıştır; fakat etki etmemiştir. Hekimine telefon ederek acil bir durum olduğunu belirtmiş, hekim ise işlerinin yoğunluğunun sebebiyle göremeyeceğini akşam saat 19:00 gibi görebileceğini söylemiştir. Bu süre zarfında hasta bir doz daha ilaç almıştır, hekim de akşam mesai saatinin ardından hastayı muayenehanesine çağırarak ve hekimin talimatıyla bir doz yatıştırıcı enjekte edilmiştir. Hastaya yatıştırıcı enjekte edildikten sonra hekim, asistanını muayenehanesinden göndererek hastayı kendi odasına almış, soyunmaya ve cinsel ilişkiye zorlamıştır. Hekime karşı direnen hasta sonrasında yaşanan bu olayı adli mercilere ve TTB'ye iletmıştır. Hakkında soruşturma başlatılan hekimin hastaya reçete ettiği ilaçlar incelendiğinde ilaç bağımlılığına yol açacak ilaçlar reçete edildiği tespit edilmiş ve TTB uzman kurulunca verilen mütalaada hastanın tedavisinde bu ilaçların kullanılmasının tıbbi uygulama hatası kapsamında olabileceği gibi kasten hastada bağımlılık yaratması arzu edilmiş olabileceği

²⁴⁶ A.g.e., s. 97.

²⁴⁷ POPE, Kenneth, BOUHOUTSOS, Jacqueline. *Sexual Intimacy Between Therapists and Patients*. 1st ed., Praeger Limited: 1986, aktaran OĞUZ, N. Yasemin, *Psikiyatride Hasta-hekim Arasında Cinsel Yakınlık Sorunu: Az Konuşulan Sık Yaşanan Bir Etik İkilem*, s. 97.

²⁴⁸ OĞUZ, N. Yasemin, *Psikiyatride Hasta-hekim Arasında Cinsel Yakınlık Sorunu: Az Konuşulan Sık Yaşanan Bir Etik İkilem*, s. 97.

belirtilmiştir. Hasta-hekim arasındaki terapötik sürece ilişkin şekil şartlarına uygun davranılıp davranılmadığı da araştırıldığında hastanın düzensiz aralıklarla, on beş dakika ya da üç buçuk-dört saatlik bir süre zarfında, hastadan tedavi ücreti almadığı, hastaya dair herhangi bir görüşme kaydı tutulmadığı saptanmıştır. Hastanın beyanına göre hekim terapi sırasında cinsel yaşamı ile çok ayrıntılı sorular sorduğu ve aynı şekilde ayrıntılı cevaplar beklediğini belirtmiştir.

Hekimlerin mesleğe adım adarken ettikleri Hipokrat Yemini'nde de "*hastamla cinsel ilişki kurmayacağım*" ifadesi ile hekim ve hasta arasında cinsel yakınlık kurulması açıkça reddedilmektedir. Hekim ve hasta arasında cinsel yakınlık kurulması halinde ise tedavi sürecindeki temel dayanaklardan güven ilişkisi geri dönülemez biçimde zedelenecaktır. KARASU²⁴⁹'nun belirttiği üzere hekim ve hastanın cinsel boyuta varan ilişkisi, terapötik ilişkinin açıkça kötüye kullanılması ve sömürülmesinin nihai neticesi anlamına gelebilir. Psikiyatri alanına özgü olarak hastanın, hekime duygu dünyasını açması ve bir anlamda savunmasız hale gelmesi de göz önüne alındığında kurulan cinsel yakınlık, hasta için telafi edilemez zararlar doğururken hekim için de etik ilkelerin ihlalini ve cezai sorumluluğunu meydana getirecektir²⁵⁰. KARASU/HOPE tarafından aktarılan bir vakada²⁵¹ Missouri Yüksek Mahkemesi, 1968 yılında Zipkin/Freeman²⁵² davasıyla, hasta-hekim cinsel temasını ve aktarım ilişkisinin kötüye kullanılmasını yanlış uygulamalarının temellerinden biri olarak kabul etmeye başladı. Hasta Bayan Zipkin tarafından psikiyatrist hekim Dr. Freeman'a açılan bu davada başlangıçta, psikosomatik semptomlar nedeniyle hekim ile tedaviye başlamış ve olumlu sonuçlar almaktaydı. Ancak daha sonra hekim, hastaya terapinin bir parçası olduğunu söyleyerek tıbbi

²⁴⁹ KARASU, Toksoz Bayram. 1980. "The Ethics of Psychotherapy." *American Journal of Psychiatry* 137: 1502-1512, s. 1508.

²⁵⁰ Oğuz, N. Yasemin. 2001. *Psikiyatri ve Etik*. Yenilenmiş 2. Baskı, *Ruhsal Hastalıklar* içinde, Ed. Nevzat Yüksel, 825-841. Ankara: Çizgi Yayınevi, s. 834.

²⁵¹ KARASU, Toksoz Bayram, CONTE, Hope R. 1990. "Malpractice in Psychotherapy: An Overview." *American Journal of Psychotherapy* (44): 232-246, s. 236.

²⁵² Missouri Yüksek Mahkemesi, Başvuru No: 53160, Karar Tarihi: 10.02.1966, www.casetext.com, Erişim Tarihi: 04.03.2021.

standartların dışında tedavi planı uygulamaya başlamış, hastayı çıplak yüzme partileri de dahil olmak üzere sosyal ortamlara, şehir dışına seyahat etmeye çağırmaya, finansal tavsiyeler vermeye başlamıştı. Bu sosyal yakınlığın ardından hekim, hastaya kocasından boşanmasını, yanına taşınması gerektiğini salık vermeye başladı ve bir süre boyunca hasta tarafından bu tavsiyeler de gerçekleştirildi. Hasta bir zaman sonra hekimin kontrolü altında kaldığını anlayarak dava açmış ve mahkemece de terapötik ilişkinin hekim tarafından yanlış yönetildiği, aralarındaki sosyal yakınlık yalnızca sosyal ortamda görüşmek olsa dahi hastaya zarar vereceği kabul edilmiş oldu. Başka bir deyişle, hekimin tarafsızlığını kaybetmesi, cinsel ilişki olmasa dahi aralarındaki ilişkinin profesyonelliği ve etiği aşmasının yanlış uygulama olacağına hükmedilmiştir.

Dolayısıyla cinsel veya cinsel olmayan sınır ihlali olması fark etmeksizin hekim tarafından sınırın bu şekilde aşılması neticesinde hastalar, duygusal karmaşa ve kimlik karmaşası yaşamaya sürüklenerek utanç, korku, suçluluk hissetmektedirler. Ayrıca hastaların paranoya, depresyon, cinsel işlev bozuklukları, kendine zarar verme ve hatta intihar girişiminde bulunmalarına sebep olabilmektedir²⁵³. Öte yandan yeni gelişen duygu durum bozukluklarında veya nevrozlarda hastanın zarar vermesi halinde illiyet bağının çok kuvvetli kurulması gerekir. İlliyet bağı çok kuvvetli kurulduğu şekilde hekimin cezai sorumluluğu söz konusu olacaktır.

Belirtmek gerekir ki, hekimin cinsel dürtülerini tatmin etme amacına yönelik davranışlar neticesinde kişinin vücut dokunulmazlığının ihlal etmesi veya hastayı cinsel yönden kişinin rahatsız etmesi halinde cinsel olarak mesleki sınırlarını ihlal etmesi ve bunu dikkat ve özen yükümlülüğüne bağlı olmaksızın gerçekleşmesi

²⁵³ SARKAR, s. 316.

halinde uygulama hatasının özüne uymayan TCK'da 102. madde²⁵⁴ ve TCK'da 105. madde²⁵⁵ ile düzenlenen suçların faili olacaktır.

²⁵⁴ “MADDE 102 - (DEĞİŞİK MADDE RGT: 28.06.2014 RG NO: 29044 KANUN NO: 6545/58)

(1) Cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlâl eden kişi, mağdurun şikâyeti üzerine, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Cinsel davranışın sarkıntılık düzeyinde kalması hâlinde iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilir.

(2) Fiilin vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, on iki yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur. Bu fiilin eşe karşı işlenmesi hâlinde, soruşturma ve kovuşturmanın yapılması mağdurun şikâyetine bağlıdır.

(3) Suçun;

- a) Beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı,
- b) Kamu görevinin, vesayet veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle,
- c) Üçüncü derece dâhil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı ya da üvey baba, üvey ana, üvey kardeş, evlat edinen veya evlatlık tarafından,
- d) Silahla veya birden fazla kişi tarafından birlikte,
- e) İnsanların toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunda bulunduğu ortamların sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle, işlenmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilen cezalar yarı oranında artırılır.

(4) Cinsel saldırı için başvurulacak cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması hâlinde, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.

(5) Suç sonucu mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölümü hâlinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur.”

²⁵⁵ “MADDE 105 - (1) Bir kimseyi cinsel amaçlı olarak taciz eden kişi hakkında, mağdurun şikâyeti üzerine, üç aydan iki yıla kadar hapis cezasına veya adli para cezasına (DEĞİŞİK İBARE RGT: 28.06.2014 RG NO: 29044 KANUN NO: 6545/61), fiilin çocuğa karşı işlenmesi hâlinde altı aydan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(2) (DEĞİŞİK FIKRA RGT: 28.06.2014 RG NO: 29044 KANUN NO: 6545/61) Suçun;

- a) Kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin ya da aile içi ilişkisinin sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle,
- b) Vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, koruyucu aile veya sağlık hizmeti veren ya da koruma, bakım veya gözetim yükümlülüğü bulunan kişiler tarafından,
- c) Aynı işyerinde çalışmanın sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle,
- d) Posta veya elektronik haberleşme araçlarının sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle,
- e) Teshir suretiyle,

işlenmesi hâlinde yukarıdaki fıkraya göre verilecek ceza yarı oranında artırılır. Bu fiil nedeniyle mağdur; işi bırakmak, okuldan veya ailesinden ayrılmak zorunda kalmış ise verilecek ceza bir yıldan az olamaz.”

IV.BÖLÜM

PSİKİYATRİ UYGULAMALARI NEDENİYLE HEKİMİN CEZAI SORUMLULUĞU

1. TAKSİR VE NEDENSELLİK BAĞI KAVRAMLARI

Çalışmamızın disiplinler arası olma özelliğinden ötürü bu başlık altında TCK'nın özü ve esas aldığı suç düzenlemelerine değinilmesinde fayda görmekteyiz.

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu da tüm kanunlar gibi esasında toplumsal düzeni korumayı amaçlar. Toplumsal düzenin devam etmesi ve korunması için gerekli olan hukuki değerlerin ihlalinde suç ve ceza kavramları düzenlenmiştir. Bu değerlerin ihlali olan suç, ancak TCK'nın 2. maddesinde “*Kanunun açıkça suç saymadığı fiiller için kimseye ceza verilemez*” hükmünden anlaşıldığı üzere bir eylemin suç teşkil etmesi için yalnızca kanunla düzenlenmelidir, buna “*kanunsuz suç ve ceza olmaz (nullum crimen, nulla poena sine lege)*” ilkesi denir. Suç, kural olarak kanundaki tipe uygun, hukuka aykırı ve kasten ya da taksirle işlenen bir fiil olmalıdır, bu da tipiklik unsuruna işaret etmektedir. ÖZTÜRK/ERDEM'e göre tipiklik esas olarak, “*kanunda öngörülen cezayı gerekli kılan ve cezaya layık haksızlık biçimlerini belirleyen kanundaki soyut betimlemedir*”²⁵⁶.

Bu ilke, Anayasa ve kanunlarda açıkça düzenlenmemiş olsa da doktrindeki ağırlıklı görüşler, yargı içtihatları ve Anayasa'da “*bir temel haktan ziyade insan haklarının kaynağı ve varlık nedeni olan*”²⁵⁷ insan onurunun korunması hakkındaki düzenlemeler sayesinde somutlaşmaktadır²⁵⁸. TCK'da düzenlenen her suç tipi, maddi ve manevi unsurlardan oluşmaktadır. Manevi unsur failin iç dünyasına

²⁵⁶ ÖZTÜRK, Bahri, ERDEM, Mustafa Ruhan. Eylül 2020. *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*. 20. Baskı. Seçkin Yayıncılık, s. 194.

²⁵⁷ GÜRBÜZ, s. 15.

²⁵⁸ ERSOY, Uğur. 2013. «Türk ve Alman Ceza Hukuku Sistemlerinde Kusur Prensibinin Kapsamı ve Objektif Cezalandırılabilme Şartlarının Kusur Prensibiyle Bağdaştırılabilirliği.» *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* (109): 203-250, s. 205.

yönelik olup maddi unsur dış dünyada failin hareketi ile gerçekleşenlerdir. Failin, hareketinin sonucunu istemesi, ön görmesi, sonucun fail tarafından önlenebilirliği TCK’da farklı kavramlara işaret etmektedir.

Öğretide, failin fiili işlerken kusurlu hareketinin aranması, başka bir deyişle suç teşkil eden kusurlu fiilin anlam ve sonuçlarının fail tarafından idrak edilebilmesi gerektiği belirtilmektedir²⁵⁹. Failin fiilinde kusur olmadığı durumda ise Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay da dahil olmak üzere yargı içtihatlarında da kabul edilen kusursuz sorumluluk ilkesi²⁶⁰ gereği cezai sorumluluk doğmayacaktır. Kusur sorumluluğunun hukuki esası, failin korunan hukuki değeri ve toplumsal düzeni ihlal eden davranışdır. Kusur sorumluluğunda, toplumsal düzeni ihlal eden fiilin suç olarak düzenlenip düzenlenmediği ve ardından failin gerçekleşen neticedeki kusuru incelenir. Burada incelenen kusur, failin, fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama, davranışlarını yönlendirme yeteneğini²⁶¹ haiz olup bilerek ve isteyerek (kasten) veya sonuçlarını tahmin edebilmesine rağmen pasif davranması (taksirle) şeklinde ortaya çıkmaktadır. Başka bir deyişle, ceza sorumluluğu aslında kasıt ya da taksire dayanan kusur sorumluluğudur.

Manevi unsurun yanı sıra, tipiklik ilkesi gereği failin hareketinin ve sonucunun kanunda suç ve ceza olarak düzenlenmesi gerektiğinin yanı sıra hareket ve sonucu arasında doğal olarak nedensellik (illiyet) bağı olmalıdır. Bu noktada maddi unsur

²⁵⁹ HAKERİ, Hakan. Eylül 2020. *Ceza Hukuku Genel Hükümler-Temel Bilgiler*. 18.Baskı. Astana Yayınları, s. 264.

²⁶⁰ Anayasa Mahkemesi 2006/72 Esas, 2009/24 Karar sayılı ve 19.02.2004 tarihli kararında kusursuz sorumluluk ilkesine “*Çağdaş ceza hukukunun önde gelen özelliklerinden biri kusurlu sorumluluğu benimsemiş bulunmasıdır. Ceza hukukçularının büyük bir çoğunluğuna göre, bir insan davranışı olmadan suç olmaz, ancak onun bu davranışı nedeniyle ortaya çıkan sonuçtan sorumlu tutulabilmesi için de, o davranışının en azından kusurlu bulunması gerekir. Böylece modern ceza hukuku, objektif sorumluluğu terk ederek “kusursuz suç olmaz” anlayışını çağdaş ceza hukukunun temel bir ilkesi olarak kabul etmiştir.*” şeklinde yer vermiştir. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2009/06/20090625-18.htm>, Erişim Tarihi: 07.04.2021.

²⁶¹ Türk Ceza Kanunu’nun 31. ve 34. maddeleri kapsamında düzenlenen yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, sağır-dilsizlik, geçici nedenler olarak da alkol veya uyuşturucu madde etkisi altında olma halleri, kusur yeteneğini etkileyen değerlendirme ölçütleridir. Bu kapsamda cebir ve şiddet, korkutma ve tehdit, haksız tahrik ve hata kusurluluğu azaltan veya kaldıran diğer hallerdendir.

olarak nedensellik bağına ve manevi unsur olarak taksir kavramına değinilmesi gereklidir.

1. Nedensellik (İllyet) Bağı

Hayatın olağan akışına uygun olarak, fiil ile ortaya çıkan netice arasındaki sebep-sonuç ilişkisidir. Başka bir deyişle, suç olarak düzenlenen fiilin yöneldiği netice ile arasında bir bağ yoksa suç tamamlanmamış olacak, teşebbüs haline dair açıklamalar saklı kalmaz üzere, cezaların şahsiliği ilkesi gereği fiili gerçekleştiren kişi fail olmayacak, suç oluşmayacaktır²⁶².

Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun kararında “(...) dış dünyada gerçekleşen sonuç ile bu sonucu doğuran sebep arasındaki nedensellik bağı doğa bilimleri bağlamında değerlendirilmeli ve hayat tecrübelerimizle mantığımıza göre belirlenmelidir. Nedensellik bağının doğal olarak belirlenmesi icrai suçlar bakımından geçerlidir, zira ihmali suçlarda farklılık sözkonusudur.²⁶³” şeklinde belirtilerek aslında hayatın olağan akışının içindeki bir kavram olduğunu vurgulanmıştır.

Bazı durumlarda, özellikle tek hareket içermeyen durumlarda, nedensellik bağının fiil ile nasıl kurulacağına dair doktrinde görüş birliği olmamakla, ağırlıkla iki teori mevcuttur:

1.1. Şart Teorisi ve Objektif İsnadiyet Teorisi

Doktrinde en çok kabul gören ve “doğal nedensellik” olarak da adlandırılan bu teoriye göre, meydana gelen neticede yalnızca failin fiili değil doğal süreçte

²⁶² AKBULUT, Berrin. 2008. «Tıp Ceza Hukukunda Nedensellik Bağı.» *Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları*. Ankara: Türkiye Barolar Birliği. 209-296, s. 212.

²⁶³ Yargıtay Ceza Genel Kurulu 2014/12-103 E., 2014/552 K., 09.12.2014, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 25.04.2021.

meydana gelen her koşul, olay ve fiil de dikkate alınmalıdır²⁶⁴. Bu durum da kanaatimizce neticeyle direkt bağlantı kurulamadığı, dolaylı bir bağlantı kurulduğu için failin cezai sorumluluğu da kendi fiilinden de bağımsız olacak şekilde genişlemektedir. Böylece kusurun esas olduğu ceza hukukunda bir anlamda doğa kanunlarına göre nedensellik kurulmaktadır²⁶⁵.

Günümüz modern ceza hukuku doktrininde, neticenin kasıt veya taksirli bir hareketle meydana gelip gelmediğinin araştırılmasından önce netice ve ona neden olan hareketler arasında bağ araştırılmaktadır²⁶⁶. Hem kasten hem taksirle işlenebilen suçlarda da geçerli olan objektif isnadiyet teorisi, şart teorisinden daha yalındır. Şöyle ki, objektif isnat edilebilirlik için failin fiili ile kanundaki tipik tehlike yaratılmalı, bu tehlikenin de kanundaki tipik neticeyi meydana getirmesi aranır²⁶⁷. Bu bakımdan TOROSLU'nun katıldığımız görüşüne göre de “(...) *bu davranış olmadan o sonucun gerçekleşmemesi gerekir. Ayrıca sonucun istisnai etkenlerden ileri gelmemiş olması, yani davranışın gerçekleştirildiği anda dönemin en ileri bilim ve tecrübesine göre, o sonucun davranışın olağan sonucu olarak ön görülebilir olması aranır.*”²⁶⁸. Yargıtay Ceza Genel Kurulu da bir kararında “*Objektif isnadiyet, neticenin belirli bir insanın eseri olarak görülüp görülemeyeceği anlamına gelmektedir. Eğer meydana gelen netice, üçüncü kişinin veya bir rastlantının eseri ise faile isnat edilemeyecektir.*”²⁶⁹ şeklinde ifade etmektedir. Objektif isnadiyet, ARTUK/GÖKCEN'e göre “*suçun konusuna yönelik hukuken izin verilen riskin riski aşan bir tehlike oluşturması ve tehlikenin gerçekleşmesi*” halinde uygulama alanı bulacaktır. Aksi takdirde hukuka aykırı ve

²⁶⁴ ÖMEROĞLU, Ömer. 2014. «Ceza Hukukunda Nedensellik İlişkisi Üzerine (Teoriler Dışında Bir Bakış).» *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15 (Özel Sayı): 1529-1582, s. 1565; PAKEL, s. 96.; AKBULUT, s. 222.

²⁶⁵ HAKERİ, Hakan. Mart 2021. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. 24. Baskı. Adalet Yayınevi, s. 165.

²⁶⁶ AKBULUT, s. 257.

²⁶⁷ HAKERİ, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 184.

²⁶⁸ TOROSLU, s. 145.

²⁶⁹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu 2013/653 Esas, 2015/430 Karar, 01.12.2015. Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 01.06.2021.

izin verilen riski aşan bir fiil mevcut değilse fail sorumlu olmayacaktır²⁷⁰. İÇEL’e göre ise “kusurluluk meselesinin çözümü isnad kabiliyeti meselesinin çözümüne bağlı²⁷¹” olup failin kusurlu hareket edebilecek niteliği haiz olması da gerekir.

Tıp hukuku açısından da nedensellik bağının nasıl tespit edileceği önem arz etmektedir. Tıp biliminin konusu olan insanın tam olarak bilinmezliğinden ötürü kanaatimizce de objektif isnadiyet teorisi isabetli olacak ve komplikasyon-tıbbi uygulama hataları arasındaki farkı da açıklamaya yardımcı olacaktır. Aksi takdirde hekim, müdahale sırasında veya neticesinde doğal olarak yaşanabilen komplikasyonlar sebebiyle de sorumlu olacaktır. Bu gibi sayılanlar gibi durumları AKBULUT da izin verilen risk²⁷² altında değerlendirerek “İzin verilen risk kapsamında kalmak şartıyla fail tarafından yaratılan ve suçun kanuni tanımında belirtilen netice faile objektif olarak isnat edilemeyecektir. Eğer fail tarafından yaratılan risk, izin verilmeyen risk kapsamındaysa o netice faile objektif olarak isnat edilecektir.” şeklinde ifade etmektedir. Tıpkı TOROSLU’nun da bu noktada ortaya çıkan sonuç “o davranışın olağan sonucu olarak öngörülebilir değilse, yani sonuç istisnai bir sonuç ise, davranış sonucun nedeni sayılamaz²⁷³.” şeklinde ifade ettiği üzere öngörülebilir olmayan sonuç bağlamında davranışından sorumlu olmayacaktır. Nitekim Tıbbi Deontoloji Nizamnesi’nin 13. maddesi hükmü ile hekimin yasal kurallar çerçevesinde hareket etmiş olmasına rağmen meydana gelen netice, uygulanan tıbbi müdahalenin olağan sapması ise sorumlu tutulamayacağı düzenlenmiştir²⁷⁴.

²⁷⁰ A.g.k. bkz. “Tıbbi müdahaleler örneğinde olduğu gibi bazı davranışlar “izin verilen risk” ya da “riziko” çerçevesinde yapılmaktadır. Hareketin izin verilen risk kapsamında gerçekleştirilmiş olması durumunda netice faile objektif olarak isnat edilemeyecektir. Keza gerçekleşen netice failin hareketiyle tesadüfen birleşen başka sebeplerden meydana gelmiş ise bu durumda da neticenin faile isnat edilmesinden bahsedilemeyecektir. Bunun gibi, sonradan gerçekleştirilen bir fiilin önceden gerçekleştirilmiş fiilin neticeye ulaşmasını engellemesi durumunda da önceki eylemi gerçekleştiren faile neticenin isnat edilmesi mümkün olmayacaktır.”.

²⁷¹ İÇEL, s. 20.

²⁷² AKBULUT, s. 260, 261.; Bkz. s. 29.

²⁷³ TOROSLU, s. 146.

²⁷⁴ AKBULUT, s. 262.

2. Taksir

TCK'nın 22. maddesi²⁷⁵ ve Yargıtay Ceza Genel Kurul kararlarında “(...) failin suç tipindeki neticeye yönelik kast içinde olmadan, fakat zorunlu olduğu özeni gösterdiği takdirde neticenin meydana gelmesi mümkün bulunmayan hallerde, tespit edilmiş suç tipini hukuka aykırı olarak ihlal etmesi; bir kimsenin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranmak suretiyle istemediği ve fakat öngörülebilir bir neticeyi gerçekleştirmesi²⁷⁶” şeklinde taksir kavramına değinilmiştir. Bir suçun taksirle işlenebilmesi için tipiklik ilkesi gereği o suç tipinin taksirle de işlenebileceği kanunla düzenlenmelidir. Öldürme ve yaralama suçlarının taksirle işlenebileceğinin düzenlenmesi buna örnek oluşturmaktadır. Çalışmamızın konusu bağlamında taksirle işlenebilecek suçlar ayrıntılı inceleneceği üzere taksir kavramı

²⁷⁵ “Madde 22-(1) Taksirle işlenen fiiller, kanunun açıkça belirttiği hâllerde cezalandırılır.

(2) Taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanunî tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyle gerçekleştirilmesidir.

(3) Kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi hâlinde bilinçli taksir vardır; bu hâlde taksirli suça ilişkin ceza üçte birden yarısına kadar artırılır.

(4) Taksirle işlenen suçtan dolayı verilecek olan ceza failin kusuruna göre belirlenir.

(5) Birden fazla kişinin taksirle işlediği suçlarda, herkes kendi kusurundan dolayı sorumlu olur. Her failin cezası kusuruna göre ayrı ayrı belirlenir.

(6) Taksirli hareket sonucu neden olunan netice, münhasıran failin kişisel ve ailevî durumu bakımından, artık bir cezanın hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede mağdur olmasına yol açmışsa ceza verilmez; bilinçli taksir hâlinde verilecek ceza yarıdan altıda bire kadar indirilebilir.”

²⁷⁶ Daha fazla karar için bkz.: Yargıtay Ceza Genel Kurulu 2014/12-36 Esas, 2015/143 Karar sayılı ve 05.05.2015 tarihli; 2014/36 Esas, 2015/143 Karar sayılı ve 05.05.2015 tarihli kararlarında “(...) Ancak kanunda açıkça gösterilen hallerde taksirle de işlenebileceği kabul edilmiştir. Failin cezalandırılabilmesi için, kanunda açık bir düzenleme bulunmasının zorunlu olduğu istisnai bir kusurluluk şekli olan taksir, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 22/2. maddesinde; “dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla bir davranışın, suçun yasal tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyle gerçekleştirilmesi” şeklinde tanımlanmıştır.

Suçun manevi unsurlarından olan kast gibi taksirde de, birlikte yaşamının getirdiği kurallara uyulmaması söz konusudur. Toplumsal hayatta belli faaliyetlerde bulunan kişilerin başkalarına zarar vermemek için bir takım önlemler alma ve bazı davranış kurallarına uyma zorunlulukları bulunmaktadır. Bu kurallar birlikte yaşama mecburiyetinden doğabileceği gibi, devletin müdahalesiyle de ortaya çıkabilmektedir. Taksirli suç, bu kuralların ihlal edilmesi sonucu belirir. Taksirli suçta fail; dikkatli, tedbirli ve öngörülü davranmamış olduğu için ceza yaptırımına ile karşılaşır. Bu bakımdan sorumluluğun nedeni, öngörebilme imkân ve ödevinin varlığına rağmen, sonuca iradi bir hareketle neden olmaktan kaynaklanmaktadır”, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 07.04.2021.

üzerinde durmakta fayda görmekteyiz. Toplum olmanın sonucu olarak kişilere birtakım ödevler, davranış kuralları yüklenmiştir. Bu davranış kuralları, dikkat ve özen yükümlülüğünün temelini oluşturmaktadır. Bu yükümlülük, genel ve özel yasal düzenlemelerden kaynaklanabilmektedir. Örneğin, 1219 Sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun ve HHY, hekimler açısından bu yükümlülüğe yer vermektedir.

ARTUK/GÖKCEN'e göre taksirli suçlara dair kanuni düzenlemeler de bu yükümlülüğün kaynağını oluşturur²⁷⁷. Bu dikkat ve özen yükümlülük, karşılaşılan somut olayda bu yükümlülüğün ihlali tespit edildikten sonra taksirli fiilin derecelendirilmesi şeklinde yol izlenmektedir. Dikkat ve özen yükümlülüğün ihlali, doktrinde de görüş birliği olduğu üzere objektif olarak, başka bir deyişle fail ile aynı mesleğe mensup, makul bir üçüncü kişinin davranışı, dikkat ve özen yükümlülüğünün ölçüsünü belirlemede kriter olarak kullanılmaktadır²⁷⁸.

TOROSLU'ya göre sonucu öngörülebilir ve önlenemeyen hareket için fail hakkında kınamada bulunulamayacağından²⁷⁹ ve YENERER ÇAKMUT'un da *“taksirin şartlarından biri olan neticenin öngörülebilir olmasının, mesleki taksir açısından taşıdığı önem haizdir. Gerçekten de taksir de neticenin öngörülebilir olup olmadığı, fail açısından değerlendirilmekte ve kusur tespitine gidilmektedir.”*²⁸⁰ şeklinde ifade ettiği üzere bahisle madde lafzındaki öngörülebilirlik ve önlenebilirlik kavramları açıklanmaya muhtaçtır. Bu kavramlar bakımından ise doktrinde görüş birliği olmamakla öngörülebilirlik kavramına sübjektif olarak yaklaşan yazarlar, failin yaşı, tecrübesi, eğitimi, bilgi düzeyine göre neticeyi öngörüp öngöremeyeceğinin tartışılması gerektiğini savunmaktadır. Objektif ve sübjektif değerlendirmeyi harmanlayan karma görüşü savunan

²⁷⁷ ARTUK, Emin, GÖKCEN, Ahmet. Mart 2021. *Ceza Hukuku Özel Hükümler*. 19. Baskı. Adalet Yayınevi, s. 305.; İÇEL, s. 244.

²⁷⁸ BİRTEK, s. 86, 87.

²⁷⁹ TOROSLU, s. 218.

²⁸⁰ YENERER ÇAKMUT, s. 246.

DÖNMEZER/ERMAN, taksirin esasının öngörülebilirlik değil, önleme olduğunu vurgulayarak öngörülebilirliğin “*belirli bir toplumda ve belirli bir anda yaygın olan genel tecrübe*” çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktadır²⁸¹. ÖZTÜRK/ERDEM ve KOCA/ÜZÜLMEZ ise öngörülebilirlik değerlendirilirken ortalama bir kişinin esas alınması gerektiğini bunun yanında failin tecrübesi ve yeteneklerinin de dikkate alınması gerektiğini savunmaktadır²⁸². Ayrıca KOCA/ÜZÜLMEZ, madde lafzındaki öngörülebilirliğin suçun kanuni tanımındaki unsurların hepsiyle bağlantılı olabileceğini ve hareket neticesinde tipik sonucun gerçekleşmemesi için failin niteliği önemli olmaksızın herkesin objektif özen göstermesi gerektiğini vurgulamaktadır²⁸³. CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT ise öngörülebilirliği her somut olayın kendi içinde değerlendirilmesi gerektiğinden bahisle bu değerlendirmenin objektif, sübjektif ya da karma görüşe göre yapılabileceğini savunmaktadır, ne var ki, öngörülebilirlik belirlenirken uzmanlaşma, tecrübe, yaş, bedensel durumların dikkate alınması gerektiğini dolayısıyla öngörülebilirliğin göreceli olduğunu belirterek aslında sübjektif değerlendirmeye yakındırlar²⁸⁴. HAKERİ ise sübjektif görüşe yaklaşarak öngörülebilirliğin tespitinde failin kişisel niteliklerinin incelenmesini, başka bir deyişle öngörülebilirlik tespit edilirken kriter kabul edilecek kişinin, failin sosyal ve mesleki ortamının dışında orta kabiliyetli, sıradan biri değil, failin bütün kabiliyet ve niteliklerini üzerinde toplamış biri olması gerektiğini savunmaktadır²⁸⁵. ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ da gerçekleşen neticenin failin kusurlu davranışının sonucu olduğundan failin kusuru araştırılırken tüm özelliklerinin nazara

²⁸¹ DÖNMEZER/ERMAN, s. 502, 503.

²⁸² ÖZTÜRK/ERDEM, s. 459.; KOCA, Mahmut, ÜZÜLMEZ, İlhan ÜZÜLMEZ. Eylül 2020. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. 13. Baskı. Seçkin Yayıncılık, s. 202.

²⁸³ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 188, 202.

²⁸⁴ CENTEL, Nur, ZAFER, Hamide, ÇAKMUT, Özlem. Eylül 2020. *Türk Ceza Hukukuna Giriş*. 11. Baskı. Beta Basım Yayın, s. 388.

²⁸⁵ HAKERİ, Hakan. Eylül 2020. *Ceza Hukuku Genel Hükümler-Temel Bilgiler*. 18. Baskı. Astana Yayınları, s. 200.; KEÇELİOĞLU, s. 179, 180.

alınmasıyla sübjektif görüşü savunmaktadır²⁸⁶. Başka bir deyişle, özen yükümlülüğünün sübjektif değerlendirilmesi, sübjektif öngörülebilirlik değerlendirmesine de yol açmaktadır²⁸⁷. Nitekim Yargıtay da birçok içtihadında öngörülebilirliğin sübjektif isnad edilebilirlik ile değerlendirilmesi gerektiğini ve bununla beraber taksirin derecesinin tayin edilebileceğini belirtmektedir²⁸⁸.

Biz de özellikle tıp bilimindeki insan doğasının bilinmezliği göz önüne alındığında CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT gibi her vakanın kendi özelinde objektif ve sübjektif değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Failin kendi eğitimi, görgüsü, mesleki tecrübesi, kendine aşırı güvenme, cüret gibi kriterler somut olayda incelenmelidir. Yargıtay 12. Ceza Dairesi 2013/11225 Esas, 2013/15909 Karar sayılı ve 11.06.2013 tarihli kararında “(...) sanığın kusurlu bulunduğu ve bu kusurlu davranışın ölüme etkisinin olduğu ve ölümlerle sanığın eylemi arasında illiyet bağının bulunduğu, uygulanan yöntemin bilinen tıbbi standartlara uymaması nedeniyle, ölümün komplikasyon olarak da değerlendirilemeyeceği, meydana gelen ölüm sonucunun sanık tarafından da öngörülmesinin mümkün olduğu ancak, buna rağmen tedavi yönteminin değerlendirilmemesi ve yeni tetkiklerin yapılmaması nedeniyle, sanığın

²⁸⁶ ÖZBEK, Veli Özer, DOĞAN, Koray, BACAŞIZ, Pınar. Ekim 2020. *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*. 15. Baskı. Seçkin Yayıncılık, s. 470, 478.

²⁸⁷ KEÇELİOĞLU, s. 182.

²⁸⁸ Yargıtay Ceza Genel Kurulu 2009/9-185 Esas, 2009/273 Karar sayılı ve 24.11.2009 tarihli kararında “(...) Kanunun tarifinden de anlaşılacağı üzere, bilinçli taksir, fail tarafından neticenin öngörülüp istenmemiş olmasıdır. Başka bir anlatımla, taksirin bu şekilde neticenin gerçekleşmesini istemeyen fail, hareketin tipe uygun, hukuka aykırı bir sonuca sebep olabileceğini öngörmesine rağmen, hareketine devam ederek zararlı neticeyi meydana getirmektedir. Hukuka aykırı hareketi öngördüğü halde gerçekleşmeyeceğine güvenen ve bu güvenle devam eden failin söz konusu güveninin dayanağı talih, bilgi, kabiliyet, tecrübe vs. gibi çeşitli etkenlerden ileri gelebilir. Bilinçli ve bilinçsiz taksiri birbirinden ayıran özellik kendini 'öngörme' kavramında gösterir. Neticenin öngörülmesinden anlaşılan, neticenin fail tarafından, hareketin yapıldığı zaman ve bu zamandaki şartlara göre tahmin edilebilmesidir. Yukarıda da belirtildiği üzere, öngörülmenin takdirinde failin yaşı, bedeni ve ruhi yapısı, eğitim durumu vs. göz önünde tutulur. (...) Taksir ile bilinçli taksir arasındaki ayırıcı ölçüt taksirde failin öngörülebilir nitelikteki neticeyi öngörmemesi, bilinçli taksir halinde ise bu neticeyi öngörmüş olmasıdır. Bilinçli taksirde gerçekleşen sonuç, fail tarafından öngörüldüğü halde istenmemiştir. Gerçekten neticeyi öngörüldüğü halde, sırf şansına veya başka etkenlere, hatta kendi beceri veya bilgisine güvenerek hareket eden kimsenin tehlike hali, bunu öngörmemiş olan kimsenin tehlike hali ile bir tutulamaz; neticeyi öngören kimse, ne olursa olsun, bu neticeyi meydana getirecek harekette bulunmamakla yükümlüdür.” Sinerji Mevzuat ve İctihat Programı, Erişim Tarihi: 24.04.2021.

tecrübesine dayanarak zararlı bir sonucun meydana gelmeyeceğine duyduğu güvenle kayıtsız kaldığı ve eyleminin bilinçli taksirle öldürme suçu kapsamında değerlendirilmesi gerektiği (...)²⁸⁹ failin cüret ve kendisine aşırı güvenmesinin de taksire yol açtığı oraya konulmuştur. Böylece sonucu önlememe, engel olamama gibi hareketsizlik halinin dışından failin kendisinden beklenenden aşırı hareket etmesi halinde de arzu edilmeyen sonucun ortaya çıkması halinde taksirle sorumluluğu doğacaktır.

Ayrıca öngörülebilirliği sübjektif olarak değerlendirirken her tıbbi müdahalede oluşabilecek komplikasyonun hekim tarafından öngörülmesine rağmen kayıtsız kalması, tedbir almayarak tıbbi müdahaleyi gerçekleştirmiş olması da taksire işaret etmektedir. Tıbbi müdahale neticesinde ortaya çıkan komplikasyon için tedbir almayan hekim hakkında Yargıtay 12. Ceza Dairesi 2013/5731 Esas, 2013/29511 Karar ve 10.12.2013 tarihli kararında “(...) *Henüz 16 yaşında olan ölenin, dişini çektirmek istediğini söylediği, ölenin kardeşinin, sanığa başka bir doktora gittiklerini ve bu doktorun dişi çekmediğini söylediği, sanığın dişe geçici dolgu yapıldığını ve dişin abseli olduğunu görmesine rağmen, ölenin dişini çektiği, çekme işleminden kısa süre sonra fenalaşan ölenin kaldırıldığı hastanede 9 gün sonra "diş apsesi ile ilişkili septik şok ve gelişen komplikasyonlardan" dolayı öldüğü olayda, diş teknisyeni olan ve tıbbi müdahale yetkisi bulunmayan sanığın, abseli olduğunu bildiği ve bu nedenle çekilmemesi gereken dişi çekmek suretiyle ölüme neden olmasında bilinçli taksir koşullarının oluştuğu (...)²⁹⁰* yönünde karar vermiştir. Dolayısıyla hekimin mesleki cüreti ile tıbbi müdahaleyi uygulaması ve dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranarak hasta için zararlı neticenin ortaya çıkmasına neden olması ya da müdahale sırasında oluşan komplikasyon ile baş edememesi kusurluluk bakımından yine taksire işaret etmektedir.

²⁸⁹ Sinerji Mevzuat ve İctihat Programı, Erişim Tarihi: 05.05.2021.

²⁹⁰ BİRTEK, s. 95.

2. PSİKİYATRİST HEKİMİN CEZAI SORUMLULUĞU

Önceki bölümlerde de değinildiği üzere²⁹¹ ceza sorumluluğunun doğması için riskin öngörülebilirliği, engellenebilirliği ve risk meydana geldikten sonra hekimin kendisinden beklenen dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun davranıp davranmadığı aranmaktadır²⁹². Bu bakımdan hekimlerin taksirli hareketli aslında “*genel taksirin özel durumudur ve genel taksir kavramından farklı değildir.*”²⁹³. Bu bakımdan taksirle işlenen suçlarda KEÇELİOĞLU’nun katıldığımız görüşüne göre de “*Bu tür suçlarda suçtan zarar gören kişi, bir tehlikeye rıza göstermekte fakat bunun özen yükümlülüğüne uygun davranılacağını kabul ederek neticeyi rıza göstermektedir. Özellikle taksirli suçların birçoğunun yaşam hakkı ve vücut bütünlüğü ile yakın ilişkisi bulunduğundan bu hakları ortadan kaldıracak neticelere rıza gösterilmesi, en azından rızanın yalnızca üzerinde tasarrufta bulunulacak haklar çerçevesinde geçerli olduğu dikkate alındığında mümkün olamayacaktır.*”²⁹⁴, böylece “*bireysel iradenin hukuksal iradeye karşı çıkararak*”²⁹⁵ önceki bölümlerde incelenen hastanın aydınlatılmış onamının da büyük önem arz etmektedir²⁹⁶.

Çalışmamızda incelenen hekimin cezai sorumluluğu, hastası ile uyguladığı terapi temelinde gelişebilecek tıbbi hata olgularına ilişkindir. Dolayısıyla psikiyatrist hekimlerin CMK’nın 63. maddesi hükmünce “*özel veya teknik bilgi*” sağlanması amacıyla bilirkişi olması veya sair kanunlarda²⁹⁷ düzenlenen yargılama sürecinde maddi gerçeği açığa çıkarma görevini ifa ederken meydana gelebilecek tıbbi uygulama hataları konumuz dışında kalmaktadır. Bu bölümde incelenen psikiyatrist

²⁹¹ Bkz. s. 96-99.

²⁹² BİRTEK, s. 72.; İÇEL, s. 244.

²⁹³ YENERER ÇAKMUT, s. 246.

²⁹⁴ KEÇELİOĞLU, s. 168.

²⁹⁵ KATOĞLU, s. 108.

²⁹⁶ Bkz. s. 35-66.

²⁹⁷ Daha fazla açıklama için bkz. BİLGE, Yaşar, GÜNDOĞMUŞ, Ümit Naci, GÜNDÜZ, Tarık, HANCI, İ. Hamit, KATKICI, Ufuk, KÖK, Ahmet Nezih, YAVUZ, İsmail Cezmi. *Hekimlerin Yasal Sorumlulukları*. <https://www.ttb.org.tr/eweb/adli/1.html>.

hekimin cezai sorumluluğu, hekim-hasta ilişkisinin sağlanabildiği terapötik ilişkiye ilişkin olacaktır.

1. Taksirle Ölüme Sebebiyet Verme Suçu

TCK'da taksirli suçların teşebbüsle işlenmesi düzenlenmediğinden taksirli bir suçtan sorumluluk doğması için kanunda belirtilen neticenin gerçekleşmesi gerekir, başka bir deyişle netice meydana gelmediği takdirde bu suçtan dolayı bir ceza sorumluluğu doğmayacaktır²⁹⁸. TCK'da 85. madde²⁹⁹ ile yer bulan bu suçla korunan hukuki değer şüphesiz ki yaşam hakkıdır ve taksirle ölümün meydana gelmesi için yaşam hakkını ihlal eden failin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranmış olması aranır. Belirtmek gerekir ki, hekimin hastayı “müdahale neticesinde istenmeyen bir sonuç elde edilebilir” şeklindeki aydınlatması hekimi pek tabii sorumluluktan kurtarmayacaktır, zira hastanın aydınlatmış olması hekimi sorumluluktan kurtarmaz, sonuca neden olan hareket hekimin sorumluluğunu belirleyecektir³⁰⁰. Ayrıca, dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun davranılsaydı dahi

²⁹⁸ YENİDÜNYA, A. Caner. 2009. «Hekimin Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Cezai Sorumluluğu.» *Sağlık Hukuku'nda Dünyadaki Son Gelişmeler* içinde, 65-87. İstanbul: Karakter Color A.Ş., s. 75.

²⁹⁹ “MADDE 85 - (1) Taksirle bir insanın ölümüne neden olan kişi, iki yıldan (DEĞİŞİK İBARE RGT: 31.03.2005 RG NO: 25772 KANUN NO: 5328/3) altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Fiil, birden fazla insanın ölümüne ya da bir veya birden fazla kişinin ölümü ile birlikte bir veya birden fazla kişinin yaralanmasına neden olmuş ise, kişi iki yıldan (DEĞİŞİK İBARE RGT: 31.03.2005 RG NO: 25772 KANUN NO: 5328/3) onbeş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

³⁰⁰ Danıştay 10. Dairesi 1994/2110 Esas, 1995/4255 Karar sayılı ve 09.10.1995 tarihli kararında “Davacının, rahatsızlığı nedeniyle tedavi için yatırıldığı ... Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastanesi Psikiyatri Kliniğinde uygulanan elektrokonvülsit tedavisi sırasında kolunda meydana gelen kırıktan dolayı gerekli dikkat ve özen gösterilmemesi sonucu sakatlandığı iddiasıyla (...) doktor tarafından incelenmesi sonucu Hastanın grafisinde patoloji tesbit edilmedi raporu verildiği, dolayısıyla gerekli tedavi yapılmayarak davacının kolunun sakat kalmasına yol açıldığı olayda idarenin ağır hizmet kusuru bulunduğu gerekçesiyle 2.000.000 lira maddi, 3.000.000 lira manevi olmak üzere toplam 5.000.000 lira tazminatın ödenmesine, maddi tazminata davanın açıldığı 10.9.1986 tarihinden itibaren yasal faiz uygulanmasına karar vermiştir.

Davalı idare, elektroşok tedavisinde kırık, çıkık ve çatlak gibi komplikasyonların olabileceği, davacının kırık koluna rağmen dikkat ve itina tedbirlerine riayet etmediğini iddia ederek, anılan mahkeme kararının temyizden incelenerek bozulmasını istemektedir.

(...) Bozulması istenen karar, usul ve hukuka uygun olup dilekçede ileri sürülen temyiz sebepleri kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte görülmediğinden temyiz isteminin reddi ile bozulması istenen kararın onanmasına karar verildi.”, aktaran SAVAŞ, Halide, s. 97.

yine aynı netice meydana gelecekti şeklinde fikir yürütme ile ceza sorumluluğunun doğmayacağını düşünmek yanlış olacaktır³⁰¹.

Hekimin genellikle yetersiz gözlem, yanlış teşhis ve tedavi uygulaması, müdahale gecikme, yanlış ilaç ve dozaj uygulaması, erken taburcu etme, ölçüsüz müdahale, geç sevk etme gibi hallerde TCK 85. madde sorumluluğu doğmaktadır³⁰².

2. Taksirle Yaralama Suçu

Hekimin tıbbi müdahalesi ile hastanın iyileşmemesi halinde her zaman hekim hatasından bahsetmek insan doğasının özgülüğü ve bilinmezliğinden de bahisle hakkaniyetle olmaz. TCK’da “*Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar*” başlığı altında 89. madde³⁰³ ile düzenlenen suç tipi ile korunan hukuksal yarar, vücut

³⁰¹ YENİDÜNYA, s. 76.

³⁰² TANERİ, Gökhan. 2014. *Uygulamadan Örnek Hükümlerle Türk Hukukunda Hekim Ceza Sorumluluğu*. Ankara: Bilge Yayınevi, s. 61.; ÖZCAN, Serpil. 2016. «Hekimin Öldürme ve Yaralama Suçlarından Sorumluluğu.» *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 4 (2): 45-66, s. 57.

³⁰³“MADDE 89 - (1) Taksirle başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan kişi, üç aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.

(2) Taksirle yaralama fiili, mağdurun;

- a) Duyularından veya organlarından birinin işlevinin sürekli zayıflamasına,
- b) Vücudunda kemik kırılmasına,
- c) Konuşmasında sürekli zorluğa,
- d) Yüzünde sabit ize,
- e) Yaşamını tehlikeye sokan bir duruma,
- f) Gebe bir kadının çocuğunun vaktinden önce doğmasına,

Neden olmuşsa, birinci fıkraya göre belirlenen ceza, yarısı oranında artırılır.

(3) Taksirle yaralama fiili, mağdurun;

- a) İyileşmesi olanağı bulunmayan bir hastalığa veya bitkisel hayata girmesine,
- b) Duyularından veya organlarından birinin işlevinin yitirilmesine,
- c) Konuşma ya da çocuk yapma yeteneklerinin kaybolmasına,
- d) Yüzünün sürekli değişikliğine,
- e) Gebe bir kadının çocuğunun düşmesine,

Neden olmuşsa, birinci fıkraya göre belirlenen ceza, bir kat artırılır.

(4) Fiilin birden fazla kişinin yaralanmasına neden olması halinde, altı aydan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(DEĞİŞİK FIKRA RGT: 19.12.2006 RG NO: 26381 KANUN NO: 5560/5)

(5) Taksirle yaralama suçunun soruşturulması ve kovuşturulması şikâyeteye bağlıdır. Ancak, birinci fıkra kapsamına giren yaralama hariç, suçun bilinçli taksirle işlenmesi halinde şikâyet aranmaz.”

bütünlüğü, dokunulmazlığı ve kişinin bedensel ve ruhsal refahıdır³⁰⁴. Taksirin doğası gereği bu suçun failinin kendisine yüklenebilecek davranış kuralına, başka bir deyişle belirli bir hukuki değerle bağlı kuralına öngörülebilir veya önlenabilir şekilde dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranması aranır, madde lafzında suçun icrai veya ihmali hareketle işlenmesine dair özel bir düzenlemeye gidilmediğinden failin bu nitelikteki her hareketi ile taksirle yaralama suçuna elverişlidir³⁰⁵.

TCK'da hekimlerin faili olabileceği taksirle yaralama suçuna dair özel bir düzenleme öngörülmediğinden genel hükümler, hekimler için de uygulama alanı bulacaktır. Kişinin vücut dokunulmazlığını ihlal etme hali olan yaralama, kişinin manevi dünyasında anlam bulan psikolojik tedavi faaliyetleri kapsamında da Anayasa ve sair kanunlarda belirtildiği üzere ruh hali, vücut bütünlüğünün içinde kabul edildiğinden hastanın ruhsal durumunun bozulması taksirle yaralama suçunun konusu olabilecektir³⁰⁶.

³⁰⁴ HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 1242.

³⁰⁵ GÖKCEN, s. 552.; ARTUK/GÖKCEN, s. 305.

³⁰⁶ HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 1245.

SONUÇ

Tıbbi müdahaleler, oluşu gereği TCK’da suç teşkil eden fiilleri içermesine rağmen birtakım nedenlerle hukuka uygun sayılmaktadır. KAYAER, “(...) belirli amaçlara yönelik, yetkili kişilerce tıp biliminin kabul görmüş ilke ve kurallara uygun bir tıbbi müdahalenin hastanın rızasıyla yapılması gerekmektedir. Bu koşullardan birinin eksikliği müdahaleyi hukuka aykırı hale getirecektir.”³⁰⁷ şeklinde tıbbi müdahalenin hukuka uygun olacağı halleri ifade etmiştir.

Anayasa’nın 17. maddesi ile yaşam hakkı ve bu hakkın sağlanmasının sac ayaklarından biri olan vücut bütünlüğünün dokunulmazlığı ilkesi, kişinin maddi ve manevi dünyasını koruma altına almaktadır. Bu madde neticesinde vücut bütünlüğü ihlal edilemez değildir, ancak kanunlarda sınırlı olarak sayılan meslek gruplarına mensup kişiler tarafından ihlal edilebileceği öngörülmüştür. Bu meslek gruplarından kişinin manevi dünyasını iyileştiren, dahili bir bilim olan psikiyatri, tıp biliminin diğer dallarına nazaran soyut bir alan da olsa şüphesiz ki kişinin vücut bütünlüğüne dokunmaktadır. Vücut bütünlüğüne dokunan hekimlerin “mesleğin kötü uygulaması” olan tıbbi uygulama hatalarının, bir “hata” yani “kasten” yapılan bir eylem olmamasından hareketle hekimlerin mesleğini icra ederken meydana gelebilecek bu hatalardan TCK’da düzenlenen birtakım taksirli suçlar bağlamında sorumlu olması gerektiği kanaatindeyiz. Aksi takdirde iyileştirme saiki güdülen tıbbi müdahale konusuz kalacaktır.

Tarihsel süreçte psikiyatride meydana gelen tıbbi hata uygulamalarına ve uzman hekimlerin cezai sorumluluğu pek gündeme gelmese de tıp biliminin insanın ruh bütünlüğünü ve sağlığını ele alan psikiyatri, ülkemizde özel yasal düzenlemelere en çok ihtiyaç duyulan alanlardan biridir. Günümüzde ise psikiyatrinin özel düzenlemeler bakımından yalnız bırakılarak medeni hukuk ve ceza hukukundaki genel çerçeve ile hukuki sınırları çizilmektedir. Bu durum da psikiyatrist hekimin

³⁰⁷ KAYAER, s. 418.

yasal düzlemde, çalışmada incelendiği üzere özellikle cezai boyutta doğan ve doğabilecek sorumluluklarını berraklaştırmamaktadır. Başka bir deyişle, yasal düzenlemelerin yetersizliği sonucunda genel çerçevede uygulanan hükümler de uygulamada işlevselliğini yitirmektedir. Nitekim adli makamların da psikiyatriye aşına olmaması da içinde bulunulan durumu daha karıştırmaktadır. Çalışmamızda psikiyatride tıbbi hata uygulamalarına aydınlatılmış onam, özellikle zorla yatırma ve tedavide, teşhis ve tedavi hataları, ilaç uygulamaları ve mesleki sınırların ihlali üzerinden incelenmiş olup bugüne kadar bakir bırakılan bir alan ceza hukuku ve tıp etiği ile incelenerek aydınlatılmaya çalışılmıştır.

İncelenen diğer unsurlardan ziyade özel olarak belirtmek gerekir ki zorla yatırma ve tedavi gibi kişinin iradesi dışında uygulanan müdahalelerde, temel hak ve özgürlüğün kısıtlanması TMK ve CMK'daki genel düzenlemelere göre yapılıyor olması Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerde öngörülen standartla ve tıp etiğiyle de bağdaşmadığı kanaatindeyiz.

Bu bağlamda psikiyatri ve hukuk uygulamaları düzleminde paralellik oluşturulması ve meslek odaları tarafından yayınlanan kurallardan ziyade Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerde hedeflenen standartlara ulaşması adına yapılan Ruh Sağlığı Yasası Teklifi gibi adımlar umut vericidir. Zira özel düzenlemelere tıp etiği kurallarıyla yer verilmesi tıbbi müdahalenin tarafları olan hekim ve hastanın haklarının korunması, hekimin uygulayacağı tedavi ve müdahaleye ilişkin (özellikle zorla yatırma ve tedavi kapsamında) hukuki usulle ilgili yaşadığı belirsizlikler giderilecektir.

KAYNAKÇA

- AKBULUT, Berrin. 2008. «Tıp Ceza Hukukunda Nedensellik Bağı.» *Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları*. Ankara: Türkiye Barolar Birliği. 209-296.
- ALPKAN, Latif Ruhşat. 2011-2012-2013. «Ceza Sorumluluğu İçerisinde Psikiyatri ve Etik – Hukuk.» Düzenleyen: Fatih Selami MAHMUTOĞLU, Arın NAMAL ve Hanzade DOĞAN. *Türk Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Araştırmaları Yıllığı*. Nobel Tıp Kitabevleri. 87-94.
- American Medical Association Council on Ethical and Judicial Affairs. 2006. *Code of Medical Ethics: Current Opinions with Annotations*. Chicago: AMA Press.
- ARSLANTÜRK, Mustafa. 2020. *Kasten Öldürme Suçları*. 2. Baskı. İstanbul: Adalet Yayınevi.
- ARTUK, Emin, GÖKCEN, Ahmet. Mart 2021. *Ceza Hukuku Özel Hükümler*. 19. Baskı. Adalet Yayınevi.
- AŞÇIOĞLU, Çetin. 1993. *Tıbbi Yardım ve El Atmalarda, Doktorların, Devletin ve Özel Hastanelerin Sorumluluğu (Cezai ve Hukuki)*. Ankara.
- AŞICIOĞLU, Faruk, ve Tunç DEMİRCAN. 2015. *Sağlık Hukuku ve Mevzuatı*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi.
- AYAN, Mehmet. 1991. *Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluk*. Ankara: Kazancı Hukuk Yayınevi.
- AYDIN ER, Rahime, ŞEHİRALTI, Mine. 2010. «Çözümlememiş Bir Konu: Psikiyatrik Bozukluğu Olan Hastanın Gönülsüz/Zorla Tedavi Edilmesi.» *Psikiyatri Hemşireliği Dergisi* 1 (1): 39-42.
- AYDIN, Erdem. 2001. «Tıp Etiğinde Temel İlkeler.» *I. Ulusal Uygulamalı Etik Kongresi El Kitabı* içinde. Ankara.

- BAYRAK, Samet. 2016. «Kadın-Doğum Pratiğinde Medikolegal Sorunlar.» *Türk Jinekoloji ve Obstetrik Derneği*. 25 Aralık. Erişim Tarihi: Nisan 19, 2021. <http://www.tjodistanbulanadolu.org/uploads/sunumlar/25-aralik/sbayrak.pdf>.
- BİLGE, Yaşar, HANCI, Hamit, KENDİ, Özer. 2004. «Reçete Tanziminde Hekim Sorumluluğu: Bir Olgu Sunumu.» *Fasikül Dergisi* 3 (1): 35-39.
- BİLGE, Yaşar, GÜNDOĞMUŞ, Ümit Naci, GÜNDÜZ, Tarık, HANCI, İ. Hamit, KATKICI, Ufuk, KÖK, Ahmet Nezir, YAVUZ, İsmail Cezmi. *Hekimlerin Yasal Sorumlulukları* . <https://www.ttb.org.tr/eweb/adli/1.html>.
- BİRTEK, Fatih. 2015. «Tıbbi Uygulama Hataları Bakımından Taksir-Bilinçli Taksir Ayrımı (Komplikasyon-İzin Verilen Risk Bağlamında).» *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 10 (1): 63-106.
- BULUT, Melisa, MERCAN, Neşe, YÜKSEL, Çiğdem. 2020. «Psikiyatride Malpraktis.» *Psikiyatride Güncel Yaklaşımlar* 12 (2): 195-204.
- CAN, İsmail Özgür, ÖZKARA, Erdem, CAN, Muhammed. 2011. «Yargıtayda Karara Bağlanan Tıbbi Uygulama Hatası Dosyalarının Değerlendirilmesi.» *Dokuz Eylül Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi* 25 (2): 69-76.
- CENTEL, Nur, ZAFER, Hamide, ÇAKMUT, Özlem. Eylül 2020. *Türk Ceza Hukukuna Giriş*. 11. Baskı. Beta Basım Yayın.
- ÇAVUŞOĞLU, Sümeyra. 2019. «İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (Beşinci Daire) Kararı Zaichenko-Ukrayna Davası (No.2) Başvuru Numarası 45707/09-06.07.2015.» *Fasikül Dergisi* (115): 28-39.
- ÇİLİNGİROĞLU, Cüneyt. 1991. «Özel Hukuk Yönünden Hastanın Tıbbi Müdahaleye Rızası.» *Yüksek Lisans Tezi*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- DÖNMEZER, Sulhi, ERMAN, Sahir. 2019. *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt II*. 14. Baskı. İstanbul: DER Yayınları.

- DEĞDAŞ, Ulaş Can. 2018. «Hatalı Tıbbi Uygulamadan (Malpraktis) Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk.» *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1 (6): 41-65.
- DEMİR, Mehmet. 2010. *Tıbbi Organizasyon Kusuru Açısından Hastanelerin Hukuksal Sorumluluğu*. Turhan Kitabevi.
- DEVİRMCİ ÖZGÜVEN, Halise, HOŞGÖREN ALICI, Yasemin. 2016. «İntiharı Önleme.» *Türkiye Klinikleri Psikiyatri Dergisi* 9 (3): 71-76.
- DUMAN, Berker. 2010. «Psikiyatride Zorla Tedavi.» *Current Opinion in Psychiatry TURKISH EDITION* 6 (1): 15-21.
- EKİCİ ŞAHİN, Meral. 2010. «Ceza Hukukunda Rıza.» *Yayınlanmış Doktora Tezi*. Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı.
- ERMAN, Barış. 2003. *Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu*. Seçkin Yayıncılık.
- ERSÖZ, Kürşat. 2010. «Tıbbi Müdahale Kavramı ve Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Şartları.» *Terazi Hukuk Dergisi* 5 (45): 105-122.
- ERSOY, Uğur. 2013. «Türk ve Alman Ceza Hukuku Sistemlerinde Kusur Prensibinin Kapsamı ve Objektif Cezalandırılabilme Şartlarının Kusur Prensibiyle Bağdaştırılabilirliği.» *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* (109): 203-250.
- EŞSİZÖĞLU, Altan. 2016. «Psikiyatrik Uygulamalarda İntihar Davranışının Adli Boyutu.» *Türkiye Klinikleri Psikiyatri Dergisi* 9 (3): 56-61.
- GÖKCAN, Hasan Tahsin. 2013. *Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk*. Seçkin Yayıncılık.
- GÖKTEPE, Esat Oğuz, röportaj yapan: Yasemin Oğuz. 1994. *Ülkemizde Psikiyatri Alanında Etik Sorunlar* Psikiyatri, Psikoloji ve Psikofarmakoloji Dergisi. 37-40.

- GÜNDAY, Harun Mirsad. 2016. *Psikiyatristin Hukuki Sorumluluğu*. Ankara: Yetkin Yayınevi.
- GÜNDOĞAR, Duru, ATAY, İnci Meltem. 2016. «İntiharda Risk Değerlendirmesi.» *Türkiye Klinikleri Psikiyatri Dergisi* 9 (3): 62-70.
- GÜNDOĞMUŞ, Ümit Naci, ÖZBEK, Veli Özer, ÖZKARA, Erdem, BİÇER, Ümit, YILDIZ, Mustafa. 2004. «İntihar Girişimlerinde Sağlık Personelinin Adli İhbar Yükümlülüğü.» *Adli Tıp Dergisi* 18 (2): 38-44.
- GÜRBÜZ, Nagehan. 2014. *Biyotıp Hukukunda İnsan Onuru*. On İki Levha Yayıncılık.
- HAKERİ, Hakan. Mart 2021. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. 24. Baskı. Adalet Yayınevi.
- . Eylül 2020. *Ceza Hukuku Genel Hükümler-Temel Bilgiler*. 18. Baskı. Astana Yayınları.
- . 2020. *Tıp Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınevi.
- . Mayıs 2021. *Tıp Ceza Hukuku*. Seçkin Yayıncılık.
- HAKERİ, Hakan. 2014. «Tıp Hukukunda Malpraktis Komplikasyon Ayırımı.» *Toraks Cerrahisi Bülteni* 5: 23-28.
- HANCI, Hamit. 2005. «Malpraktis mi Komplikasyon mu?» *Mevzuat Dergisi* (90).
- HATİPOĞLU, Gözde. 2021. *Hekimin Görevi Kötüye Kullanma Suçu Bakımından Cezai Sorumluluğu*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- HAW, Camilla, STUBBS, Jean. 2003. "Prescribing Errors At a Psychiatric Hospital." *Pharmacy in Practice* (13): 64-66.
- HOCAOĞLU, Çiçek, AYTAÇ, Hasan Mervan. 2016. «Özel Grup ve Kurum İntiharları.» *Türkiye Klinikleri Psikiyatri Dergisi* 9 (3): 37-50.
- HUSUM, Tonje Lossius, FINSET, Arstein, RUUD, Torleif. 2008. "The Staff Attitude to Coercion Scale (SACS): reliability, validity and feasibility." *International Journal of Law and Psychiatry* 31 (5): 417-422.

- İÇEL, Kayıhan. 1967. *Türk Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları.
- İLNEM, Cem, İLNEM, Müjen. 1999. «Psikiyatri Pratiğinde Hatalı Uygulamalar.» *Düşünen Adam* 4-15.
- İMAMOĞLU, Hülya. 2012. «Hukuki Açından Özellikle Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanmasına İlişkin Hükümler Çerçevesinde Zorla Yatırma.» *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 7 (3-4): 29-59.
- ÜMİT, Ceyda. 2017. «Hekimlerin Mesleklerinin Uygulanmasından Doğan Ceza Sorumluluğu.» *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 8 (32): 197-246.
- KALEMOĞLU, Murat. 2017. «Hekimlerin Deontolojik, Cezai ve Hukuki Sorumlulukları.» *Nobel Medicus* 13 (2): 5-11.
- KANGAL, Zeynel. 2011. «Ceza Hukukunda Varsayılan Rıza.» *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15 (4): 223-252.
- KARAKAŞ, Sirel. 2002. «Nedensellik İlişkisi ve Pozitif Bilimin Amaçları Açısından Deneysel ve Korelatif Yaklaşımlar.» *Klinik Psikiyatri Dergisi* 5: 72-81.
- KARASU, Toksoz Bayram. 1980. "The Ethics of Psychotherapy." *American Journal of Psychiatry* 137: 1502-1512.
- KARASU, Toksoz Bayram, CONTE, Hope R. 1990. "Malpractice in Psychotherapy: An Overview." *American Journal of Psychotherapy* (44): 232-246.
- KATOĞLU, Tuğrul. 2003. *Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık*. Seçkin Yayıncılık.
- KAYAER, Nebahat. 2012. «Ceza Hukukunda Hekimin Tıbbi Müdahalesi Çerçevesinde İşlenen Taksirle Öldürme Suçu.» *Doktora Tezi*. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı Kamu Hukuku Programı.

- KEÇELİOĞLU, Elvan. 2015. *Taksirli Suçun Dogmatiği*. Turhan Kitabevi Yayınları.
- KEYMAN, Selahattin. 1978. «Hekimin Cezai Sorumluluğu.» *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 35 (1-4).
- KOÇ, Sermet. 2018. «Tıbbi Malpraktis.» *TTB ve Tabip Odalarının Tıbbi Etik ve Deontolojiyi Koruma Yükümlülüğü* (Türk Tabipler Birliği Yayınları) 82-96.
- KOCA, Mahmut. 2006. «Yeni TCK'da Hekimler Hakkında Uygulanacak Yaptırımlar.» *Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu*. Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 159-184.
- KOCA, Mahmut, ÜZÜLMEZ, İlhan. Eylül 2020. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. 13. Baskı. Seçkin Yayıncılık.
- KOCAMAZ, Begüm. 2016. «Psikiyatri Hastalarının Zorla Hastaneye Yatırılmasında Hukuki Sorunlar.» Düzenleyen: Hakan HAKERİ ve Cahid DOĞAN. *I. Uluslararası Katılımlı Ulusal Tıp Hukuku Kongresi (Vaka Tartışmalı)*. İstanbul. 431-441.
- KOCASAKAL, Ümit. 2006. «Yeni Türk Ceza Kanununda Hekimin Cezai Sorumluluğu.» *Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu*. Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 151-158.
- KÖK, Ahmet Nezih. 2005. «İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesine Göre Aydınlatma ve Rıza.» *I. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu Sayısı*. Kamu Hukuku Arşivi. 116-121.
- KÖK, Ahmet Nezih. 2018. «İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin Uygulanmasında Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu.» *Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Dergisi* (1): 147-162.
- KÖŞGER, Ferdi, SÖNMEZ, İpek. 2016. «İntihar Girişimleri.» *Türkiye Klinikleri Psikiyatri Dergisi* 9 (3): 16-20.
- LINEHAN, Marsha M. 1987. "Dialectical Behaviour Therapy for Borderline Personality Disorder." *Bulletin Menninger Clinic* 51 (3): 261-276.

- MACLEAN, Jayda, KINLEY, D. Jolene, JACOBI, Frank, BOLTON, James M., SAREEN, Jitender. 2011. "The Relationship Between Physical Conditions and Suicidal Behavior Among Those With Mood Disorders." *Journal of Affective Disorders* 130 (1-2): 245-250.
- MEAGHER, David J., SNOWDEN, Helen. 2003. «Sub-optimal prescribing in an adult community mental health service: Prevalence and determinants.» *Psychiatric Bulletin* (27): 266-270.
- Medikal Akademi. 11.04.2021. «Psikiyatride Malpraktis.» *Webinar*.
- MORSE, Stephen J. 1982. "A Preference for Liberty; the Case Against Involuntary Commitment of the Mentally Disordered." *California Law Review* 54-106.
- NESİPOĞLU, Gamze. 2017. «Zorunlu Yatış Özelinden Ulusal “Ruh Sağlığı Yasası”nın Önemi ve Gerekliliği.» *Türkiye Klinikleri Etik Dergisi* 25 (2): 49-56.
- OKTAY, Ahsen E. 2010. «Psikiyatride Hastanın Zorla Hastaneye Yatırılması ve Tedavisinin Hukuki Boyutu.» *Türk Hukuk Sitesi*. 6 Haziran. Erişildi: 04 10, 2021. https://www.turkhukuksitesi.com/makale_1210.htm.
- OĞUZ, N. Yasemin. 1994. «Psikiyatride Onam ve Aydınlatılmış Onam (Doktora Tezi).» Ankara: Ankara Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü.
- OĞUZ, N. Yasemin. 2001. *Psikiyatri ve Etik*. Yenilenmiş 2. Baskı, *Ruhsal Hastalıklar* içinde, yazar Nevzat Yüksel, 825-841. Ankara: Çizgi Yayınevi.
- . Ekim 2011-2012-2013. «Psikiyatride Hekim-Hasta Arasında Cinsel Yakınlık Sorunu: Az Konuşulan Sık Yaşanan Bir Etik İkilem.» Düzenleyen: Fatih Selami MAHMUTOĞLU, Arın NAMAL ve Hanzade DOĞAN. *Türk Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Araştırmaları Yıllığı*. Nobel Tıp Kitabevleri. 95-100.
- OĞUZ, N. Yasemin, DEVRİMCİ ÖZGÜVEN, Halise. «Psikiyatri ve Etik Sorunları.» <http://www.yaseminyalim.com/yayinlar/>.

- ÖMEROĞLU, Ömer. 2014. «Ceza Hukukunda Nedensellik İlişkisi Üzerine (Teoriler Dışında Bir Bakış).» *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15 (Özel Sayı): 1529-1582.
- ÖNCÜ, Bedriye. 2016. «İntihar ve İntiharda Risk Etmenleri.» *Türkiye Klinikleri Psikiyatri Dergisi* 9 (3): 1-15.
- ÖRNEK BÜKEN, Nüket. 2018. «Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu Açısından Aydınlatılmış Onam Süreci ve Hasta Özerkliğine Saygı.» *TTB ve Tabip Odalarının Tıbbi Etik ve Deontolojiyi Koruma Yükümlülüğü* (Türk Tabipler Birliği Yayınları) 96-115.
- ÖZBAY, Feyzan. 2013. «İngiltere ve Türkiye'de Psikiyatri Hastalarına Uygulanan Zorunlu Tedavinin Hukukken Karşılaştırılması.» *Tıp Hukuku Dergisi* 2 (3): 75-104.
- ÖZBEK, Veli Özer, DOĞAN, Koray, BACAKSIZ, Pınar. Ekim 2020. *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*. 15. Baskı. Seçkin Yayıncılık.
- . Ekim 2020. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. 11. Baskı. Seçkin Yayıncılık.
- ÖZCAN, Serpil. 2016. «Hekimin Öldürme ve Yaralama Suçlarından Sorumluluğu.» *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 4 (2): 45-66.
- ÖZCAN, Zeynep. 2018. «Malpraktis ve Komplikasyon Ayırımının Önemi.» *Uluslararası Sağlık Hukuku Kongresi*. İstanbul: Legal Yayıncılık. 197-211.
- ÖZTÜRK, Bahri, ERDEM, Mustafa Ruhan. Eylül 2020. *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*. 20. Baskı. Seçkin Yayıncılık.
- PAKEL, Ezhan Doğan. 2019. «Tıp Hukukunda İzin Verilen Risk.» *Yüksek Lisans Tezi*. İstanbul Medeniyet Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Tıp Hukuku Anabilim Dalı, Temmuz.
- PATON, Carol, GILL-BANHAM, Stuart. 2003. "Prescribing Errors in Psychiatry." *Psychiatric Bulletin* (27): 208-210.
- POLAT, Oğuz. 2019. *Tıbbi Uygulama Hataları*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.

- Sağlık Hakkı. www.saglikhakki.org, Erişim Tarihi: Mayıs 2021.
- SARKAR, Sameer P. 2004. "Boundary Violation and Sexual Exploitation in Psychotherapy: A Review." *Advances in Psychiatric Treatment* 10 (4): 312-320.
- SAVAŞ, A. Haluk, ÇOŞKUN, Ahmet, HAYRAN, Osman, GERGERLİOĞLU, H. Serdar, ARKONAÇ, Oğuz, ERKOÇ, Şahap. 2007. «Türkiye'de Psikiyatristlerin Aydınlatılmış Onam Hakkında Görüş ve Tutumları.» *Gaziantep Üniversitesi Tıp Dergisi* (1): 35-40.
- SAVAŞ, Halide. 2011. *Yargıya Yansıyan Tıbbi Müdahale Hataları*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- SERT, Gürkan, ÖZÇELİK, Hatice, YILDIRIM, Gülay. 2019. «Türkiye'de Akıl Hastalığı Olan Hastalarda Zorla Yatırma ve Zorla Tedavi/ Hukuki ve Etik Sorunlar.» *Lokman Hekim Dergisi* 9 (3): 393-404.
- SHER, Leo. 2005. "Suicide Medical Malpractice: An Educational Overview." *International Journal of Adolescent Medicine and Health* 27 (2): 203-206.
- Sinerji Mevzuat ve İċtihat Programı. www.sinerjimevzuat.com.tr.
- SUBAŞI, İlhan. 2016. *Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü-Aydınlatılmış Onam-Tazminat Sorumluluğu*. Seçkin Yayıncılık.
- ŞEMİN, Semih, ARAS, Şahbal. 2004. *Temel Yönleriyle Psikiyatride Etik*. İzmir: Dokuz Eylül Yayınları.
- TAMAM, Lut, NAMLI, Zeynep, DEMİRKOL, Mehmet Emin. 2019. «Psikiyatrik Hastalıkların Tedavisinde Verilen İlaçların Akılcı Olmayan Kullanımı.» *Türkiye Klinikleri Farmakoloji Dergisi* 1. Baskı: 11-17.
- TANERİ, Gökhan. 2014. *Uygulamadan Örnek Hükümlerle Türk Hukukunda Hekim Ceza Sorumluluğu*. Ankara: Bilge Yayınevi.
- TEMEL, Erhan. 2012. «Alman Hukukunda Psikiyatri Hastası-Hekim İlişkisi.» *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 61 (2): 773-806.

- TOROSLU, Nevzat. 2012. *Ceza Hukuku Genel Kısım*. Ankara: Savaş Yayınevi.
- TÜMER, Ali Rıza. 2015. *Komplikasyon ve Malpraktis Ayrımı*. Kasım. Erişildi: Nisan 3, 2021. <https://alirizatumer.com.tr/komplikasyon-ve-malpraktis-ayrimi/>.
- Türkiye Büyük Millet Meclisi. 2018. *Ruh Sağlığı Kanun Teklifi*. <https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-0858.pdf>.
- . 2020. *Tıbbi Hizmetlerin Kötü Uygulanmasından Doğan Sorumluluk Kanun Teklifi*. <https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-3052.pdf>.
- Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumu Akılcı İlaç Kullanımı Dairesi. 2021. «Depresyon.» *Türkiye Akılcı İlaç Bülteni* 8 (4).
- Türk Tabipleri Birliği Merkez Konseyi. 2010. *Türk Tabipleri Birliği Etik Bildirgeleri*. Ankara: Türk Tabipleri Birliği Yayınları.
- YENERER ÇAKMUT, Özlem. 2003. *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi*. Legal Yayıncılık.
- YENİDÜNYA, A. Caner. 2009. «Hekimin Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Cezai Sorumluluğu.» *Sağlık Hukuku'nda Dünyadaki Son Gelişmeler* içinde, 65-87. İstanbul: Karakter Color A.Ş.
- YENİSEY, Feridun. 2008. «Tedavi Açısından İlgilinin Rızası.» *Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları*. Ankara: Türkiye Barolar Birliği. 868-880.
- YÜKSEL, Nevzat. 2001. «İntiharın Nörobiyolojisi.» *Klinik Psikiyatri* 4 (Ek 2): 5-15.
- YORSTON, Graeme. 2000. "Chlorpromazine equivalents and percentage of British National Formulary maximum recommended dose in patients receiving high-dose antipsychotics." *Psychiatric Bulletin* (24): 130-132.