

## Giriş ve Amaç

Bugün itibariyle Türkiye’de, diş hekimlerinin mesleki uygulamalarına ilişkin yasal sorumluluklarına özgü yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. Genel hekimlik uygulamalarına ilişkin olarak kabul edilen ilkeler diş hekimleri açısından da geçerli olmakta, mesleki sorumluluklara aykırı davranışlar da yine genel yasal düzenlemeler çerçevesinde çözümlenmektedir.

Aşağıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, diş hekimi bir hastayı kabul edip tedavi etmeyi üstlendiği anda taraflar arasında sözleşmesel bir ilişki oluşmakta, bu ilişkiyle birlikte taraflar bazı hak ve yükümlülükler üstlenmektedir. Söz konusu yasal hak ve yükümlülüklerin nelerden ibaret olduğu ve bunların ihlali halinde nasıl hukuki yaptırımların söz konusu olabileceği çalışmamızın asıl konusunu oluşturmakta ve aşağıda ayrıntılı olarak açıklanmakta ise de, burada tarafların sorumluluklarını başlıklar halinde sıralamak istemekteyiz.

Bir hastayı kabul eden diş hekimi, şu hususları taahhüt etmektedir:

1. Genel kabul görmüş, güncel, bilimsel ve etik normlara uygun olarak sağlık hizmeti vermek,
2. Diş hekimliği yapabilmek için yasal ve bilimsel her türlü sertifikasyonu tamamlamış olmak,
3. Tanı ve tedavi aşamasına geçmeden önce hastanın tıbbi geçmişini (anamnez) almak, (anamnez, sadece diş rahatsızlığına ilişkin olmayıp tüm sağlık durumu hakkında olmalıdır)
4. Gerekliliği halinde, nitelikli yardımcı personel istihdam etmek ve idare etmek,
5. Uzmanlığı ile ilgili yeni gelişmeleri takip ederek bilgi seviyesini güncel tutmak,
6. Meslektaşlarının geneli tarafından kabul edilen metotları uygulamak,
7. Deneysel uygulamalar yapmamak,
8. Herhangi bir girişimden önce hastanın aydınlatılmış rızasını almak,
9. Tedavi devam ederken hastayı bırakmamak,

10. Acil durumlarda da tedavinin devamını garantiye almak,
11. Mesleki yeterliliklerinin dışındaki alanlarda tıbbi girişimde bulunmamak
12. Birlikte çalıştığı yardımcı personelin uzmanlık gerektiren girişimlerde bulunmalarına engel olmak,
13. Tedavinin seyri ve hastalığın durumu hakkında hastayı aydınlatmak,
14. Uzmanı olmadığı bir uygulamayı gerçekleştirmemek,
15. Tedaviyi uygun bir zaman aralığında tamamlamak,
16. Uygulanan tedavinin kayıtlarını tam olarak tutmak,
17. Tıbbi kayıtların ve hastaya ait bilgilerin gizliliğini sağlamak,
18. Tedavi sırasında istenmeyen bir durum ortaya çıktığında hastayı derhal bilgilendirmek,
19. Gereklilik halinde hastayı diğer uzmanlara yönlendirmek ve/veya konsültasyon sağlamak,
20. Yasal gerekliliklere uygun olarak mesleğini yürütmek,
21. Uzmanlığının gerektirdiği etik ilke ve kuralla bağlı kalmak,
22. Uluslararası korunma önlemlerini almak (bulaşıcı hastalıklar vb.)

Esasen çalışmamızın konusunu oluşturmamakla beraber, hekim-hasta arasındaki sözleşmeden sadece hekimler için değil, hastalar için de bazı yükümlülüklerin yer aldığını söylemek gerekmektedir. Buna göre, hekime başvuran hasta;

1. Tedavi prosedürünü uygun olarak hekim tarafından verilen ilaçları, yine onun yönlendirdiği şekilde kullanmak, ayrıca tavsiyelerine uymak,
2. Belirlendiği şekilde ve zamanlarda randevulara gelmek, gelemeyeceği zaman bilgilendirmek,
3. Anamnez formunda yer alan ve ayrıca hekim tarafından sorulan sorulara doğru cevap vermek,
4. Sağlık durumundaki değişikliklerden hekimini bilgilendirmek,
5. Tedavi giderlerini zamanında ödemek, sorumluluğu altındadır.

Dış hekiminin, yukarıda başlıklar halinde belirtilen yükümlülüklerinden bir ya da birkaçına aykırı hareket etmesi

halinde tıbbi uygulama hatası sebebiyle sorumluluğu söz konusu olabilecektir. Malpraktis<sup>1</sup> ya da kusurlu tıp uygulaması diyebileceğimiz durumlarda, diş hekimine özel hukuktan kaynaklanan yaptırımlar uygulanabileceği gibi, tıbbi kötü uygulamanın aynı zamanda suç oluşturması durumunda cezai yaptırım dahi tatbik edilebilecektir. Esasen çalışma konusu hemen her zaman insan vücudu olan diş hekimliği uygulamalarında, tıbbi uygulama hatasının çoğu zaman insana zarar vereceği ve bu sebeple de cezai yükümlülüğün hemen her durumda söz konusu olacağı söylenebilir.

Bu yükümlülüklerin tartışılabilmesi için şu temel unsurların varlığı şarttır:

1. Diş hekiminin hastaya karşı yüklendiği bir görev olmalıdır.
2. Diş hekimi bu görevi yerine getirirken standartlara aykırı ve kusurlu bir davranış göstermelidir.
3. Hasta zarara uğramış olmalıdır.
4. Hastanın zararı, söz konusu kusurlu eylemden meydana gelmiş olmalıdır.

Görülebileceği üzere, tıbbi kötü uygulamadan söz edilebilmesinin ön şartlarından ilki, diş hekiminin hastaya karşı üstlendiği bir yükümlülüğün, görevin veya sorumluluğun varlığıdır. Bu çalışmanın amacı; diş hekiminin mesleki faaliyetleri ile ilgili görev ve sorumluluklarının neler olduğunun tespitidir.

Bu amacın gerçekleştirilmesi gayesi ile öncelikle; birinci bölümde, diş hekiminde aranacak nitelikler, başka bir deyişle Türkiye’de diş hekimliği yapabilmenin yasal gereklilikleri ile, diş ve ağız sağlığı hizmetlerinin verildiği yerlerin tespiti yapılmıştır.

---

<sup>1</sup> Malpraktis, Latince “Mala” ve “Praxis” sözcüklerinden köken alır ve tıbbi bakımın her aşamasında ortaya çıkabilecek ve hastaya zararı dokunan tıbbi kusur veya hataları anlatmak için kullanılır. Dünya Tıp Birliği, 1992 yılındaki 44. Genel Kurulunda, “Hekimin tedavi sırasında standart güncel uygulamayı yapmaması, beceri eksikliği veya hastaya tedavi vermemesi ile oluşan zarar” olarak tanımlamıştır. **Polat, O.**, Tıbbi Uygulama Hataları: Klinik-Sosyal-Hukuksal-Etik Boyutları, 1.Bası, Seçkin, Ankara, 2005, s.31

Üçüncü bölümde, hekim ile hasta arasındaki ilişkinin hukuki niteliğine dair tespit ve açıklamalarda bulunulmuştur.

Üçüncü bölümde, hasta ile hekim arasındaki hukuki ilişkiden kaynaklanan, hekim sorumlulukları; belli standartlara, bilimsel gerekliliklere, güncel gelişmelere uygun hizmet vermek, aydınlatma, onam, tıbbi kayıtların tutulması, sır saklama ve gizlilik (hastanın mahremiyetine saygı) başlıkları altında incelenmiştir.

Son bölümde ise, çocuğun istismarı ile ihmali olgularında ve aile içi şiddetin önlenmesinde diş hekimlerinin rolü, adli bilimlerin uygulamasında adli diş hekimliğinin (adli odontoloji) önemi ve diş hekimliği uygulamalarında bilirkişilik konuları üzerinde açıklamalarda bulunulmuştur.

**BİRİNCİ BÖLÜM**  
**DİŞ HEKİMLERİNDE ARANILAN**  
**NİTELİKLER,**  
**AĞIZ VE DİŞ SAĞLIĞININ VERİLDİĞİ**  
**YERLER**

**§ 1. DİŞ HEKİMLERİNDE ARANILAN YASAL**  
**NİTELİKLER**

Tıbbi faaliyetlerin hukuka uygun olması için bu faaliyetlerde bulunanların yasalarda belirtilen bazı koşulları taşımaları gerekmektedir.

1. Türk vatandaşı olmak: 11.4.1928 tarih ve 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanununun 30.m.si gereğince yabancıların Türkiye’de diş hekimliği yapmaları yasaktır.
2. Diş Hekimliği Fakültesi diplomasına sahip olmak: TŞSTİDK m.30 gereğince Türk üniversitelerinin diş hekimliği fakültelerinden alınmış bir diploma aranmaktadır.
3. Diş Hekimleri Odasına kayıtlı bulunmak : 3224 sayılı Türk Diş Hekimleri Birliği Kanununun 17.maddesi gereğince diş hekimliği mesleğinin icrası için Dişhekimleri Odasına kayıtlı olmak gerekmektedir.
4. Diş Hekimliği mesleğinin icrasına geçici veya sürekli engel hali bulunmamak : Türk Diş Hekimleri Birliği Kanununun 44. maddesi gereğince, gerekli şartların varlığı halinde diş hekimlerinin geçici veya sürekli olarak meslekten men edilmeleri mümkündür.

## § 2. AĞIZ VE DİŞ SAĞLIĞI HİZMETİNİN VERİLDİĞİ YERLER

### I. Kamu Hastaneleri

Kamu hastaneleri, vatandaşlara sağlık hizmeti sunmak amacıyla kurulmuş olan ve kamu yönetiminin içinde yer alan teşekküllerdir. Bu bağlamda kamu hastanelerinin kar gütmek amacıyla değil kamu yararına hizmet etmek amacıyla kurulmuş olduklarını da söylemek gerekecektir. Ancak, “kamu yararına hizmet etme”, bir hastanenin kamu hastanesi sayılması için tek başına yeterli olmaz. Zira toplum sağlığına yaptıkları katkı bakımından özel hastanelerin de kamu yararına hizmet ettikleri söylenebilir. Bu nedenle, asıl göz önünde tutulması gerekli kıstas, “hastanenin kuruluş, örgütleniş ve işleyiş biçimi”dir. Kamu hastaneleri, Devlet veya diğer bir kamu tüzel kişisi tarafından kurulup işletilen sağlık yurtlarıdır. Bu nedenle de, kuruluşları, işleyişleri, idareleri ve kapatılmaları bakımından Kamu Hukuku kurallarına tabidirler.<sup>2</sup>

Bu bağlamda, devletin resmi hastaneleri, özel idareler ile belediyeler tarafından açılan hastaneler ile, askeri hastaneler ve üniversite hastaneleri kamu hastanesi niteliğindedir. Kamu hastanelerinde çalışan diş hekimleri ve diş teknisyenleri “kamu personeli” statüsündedirler.

Dolayısıyla kamu hastanesinden hizmet alan hasta ile, burada çalışan sağlık personeli arasında bir özel hukuk ilişkisi değil, kamu ilişkisi söz konusudur. Bu itibarla tarafların sözleşmeden kaynaklanan hak ve sorumluluklarından bahsedilemeyecek, hizmetin aksaması durumunda ise İdare Hukuku çerçevesinde başvurular yapılabilecektir.

Kamu hastanelerinde çalışan sağlık personeli hakkında yürütülecek cezai soruşturma da farklılık taşımaktadır. Bu kişiler hakkında Cumhuriyet Savcılığı nezdinde bir şikayet yapıldığında, Kamu

---

<sup>2</sup> Ayan, M., Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara, 1991, s.171

Personelinin Yargılanması Hakkındaki Kanun gereğince Savcılık makamı doğrudan kovuşturma yapamayacak, sadece gecikmesinde sakınca bulunan işlemleri tamamlayacak ve sonrasında ise ilgili makamlardan izin almak için başvuruda bulunacaktır. Kamu hastanelerinde çalışan sağlık personeli hakkında-suçüstü halleri ve adli suçlar hariç-ceza davası açılabilmesi, bu prosedürün tamamlanmasına bağlıdır.

## II. Özel Hastaneler

05.06.1933 tarih ve 2219 sayılı Hususi Hastaneler Kanunu ile, Türkiye’de özel hastanelerin açılmasına müsaade edilmiştir. Esasen sağlık hizmeti niteliği gereği bir kamu hizmeti olup, bu sebeple anılan hizmetin devlet tarafından verilmesi gerekmektedir. Ancak diğer alanlarda olduğu gibi sağlık alanında da denetimin devlet tarafından yapılması kaydı ile özel girişimler tarafından ve özel bir hukuksal çerçevede hizmet verilebilmektedir. Ülkemizde özel hastane işletmelerinin sayısı her geçen gün artmakta, dolayısıyla bu kuruluşlarda verilen hizmetler çoğalmakta, buna bağlı olarak da anılan hastanelerde çalışan sağlık personelinin hukuki statüleri ve sorumluluk şartları önem kazanmaktadır.

Özel hastane açmak için aranan koşullar, gerekli başvuru ve izinler, bu hastanelerde verilebilecek hizmetlerin neler olduğu gibi hususlar, gerek Hususi Hastaneler Kanunu’nda, gerekse de bu kanuna dayalı olarak çıkarılan 1982 tarihli Özel Hastaneler Yönetmeliği’nde belirtilmiştir.

Özel hastaneye başvuruda bulunan hasta ile, hasta işleticisi arasında bir sözleşme ilişkisi kurulur. Literatürde “Hastaneye kabul sözleşmesi”<sup>3</sup> de denilen bu sözleşme gereğince hastane hastanın yatırılarak tedavisini üstlenir. Çoğu zaman hastaneye kabul sözleşmesine, dış hekimi ile hasta arasındaki vekalet sözleşmesi eşlik eder. Hastane işleticisi, hastanın tedavisi için yanında sözleşmeli olarak çalıştırdığı sağlık personelinin kullanır. Bu durumda hastaya müdahale eden personel ile hasta arasında vekalet sözleşmesi oluşur. Böylelikle, yapılan tıbbi müdahale sebebiyle

---

<sup>3</sup> Ayan, s.131

zarara uğrayan hasta, anılan sözleşmeler gereği, hastane veya sağlık çalışanı ya da her ikisi hakkında yasal başvuruda bulunabilir. Ancak uğranılan zarar, tıbbi bir ameliyeden kaynaklanmıyorsa, burada tek sorumlu hastane işleticisi olacaktır.

Kamu hastanelerinden farklı olarak, dış hekiminin hatalı müdahalesi aynı zamanda bir suç oluşturuyorsa kendisi hakkında doğrudan ceza kovuşturması yapılabilecek ve hakkında, izne gerek olmaksızın kamu davası açılacaktır.

### **III. Merkezler**

Sağlık Bakanlığınca çıkarılan 14.10.1999 tarih ve 23846 sayılı Ağız ve Diş Sağlığı Hizmeti Sunulan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik'in 5. maddesinde merkezler; "birden fazla dış hekiminin müştereken açtıkları, en az üç diş ünitesinin ve genel anestezi ile müdahale biriminin bulunduğu, hastaların müşahede, teşhis ve tedavi edildikleri ağız ve diş sağlığı hizmeti sunulan sağlık kuruluşları" olarak tanımlanmıştır. Aynı yönetmeliğin 6. maddesine göre merkezler; serbest çalışan dış hekimlerinin yanı sıra, 2368 sayılı Sağlık Personelinin Tazminat ve Çalışma Esaslarına Dair Kanun hükümlerine göre aynı hakkı haiz olan Devlet memuru veya diğer kamu görevlisi statüsünde bulunan dış hekimleri ve ayrıca ortaklarının tamamı dış hekimlerinin bulunduğu şirketler, 2908 sayılı Dernekler Kanunu çerçevesinde kurulan ve bu Kanun'un 59 uncu maddesi çerçevesinde kamu yararına çalıştığına karar verilen ve tüzüğünde ağız ve diş sağlığı hizmeti sunumu ile ilgili düzenleme bulunan dernekler, 13/7/1967 tarihli ve 903 sayılı Kanun'un 4 üncü maddesine göre Bakanlar Kurulu'nca vergi muafiyeti tanınmış olan ve kuruluş senedinde ağız ve diş sağlığı hizmeti sunumu ile ilgili düzenleme bulunan vakıflar ve kanunla kurulan kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları tarafından da açılabilir.

Merkezlerde dış hekimi olan bir mesul müdür bulunur ve yönetmeliğin 9. maddesi gereği, idari işlemlerden bizzat, tıbbi işlemlerden ise diğer dış hekimleri ile birlikte sorumlu olur. Bu yükümlülüklerinin yanı sıra, tıbbi atıkların usulüne uygun olarak imhasını sağlamak, merkezde bulunan cihaz ve malzemelerin sterilizasyonunu denetlemek ve çalışan personelin bulaşıcı



hastalıklar yönünden periyodik olarak muayenelerini yaptırmak da mesul müdürün diğer görevleri arasındadır.

#### **IV. Poliklinikler**

Yukarıda belirtilen yönetmeliğin 5/b maddesinde poliklinikler; “birden fazla diş hekiminin müştereken açtıkları ve en az iki diş ünitesinin bulunduğu ağız ve diş sağlığı hizmeti sunulan sağlık kuruluşu” olarak tanımlanmıştır. Muayenehanelerden farklı olarak yönetmeliğin 20. maddesi gereği poliklinikler, 24 saat hizmet verebilirler.

#### **V. Muayenehane ve Müşterek Muayenehaneler**

Yönetmeliğin 5/c ve 5/d maddelerine göre müşterek muayenehaneler; “Birden fazla diş hekiminin veya en az bir diş hekimi ve bir tabibin müştereken açtıkları ve mesleklerini serbest olarak icra ettikleri sağlık kuruluşları”, muayenehaneler ise; “Diş hekiminin mesleğini serbest olarak icra etmek üzere münferiden açtığı sağlık kuruluşudur.”

Merkezlerin ve polikliniklerin açılış usulleri ve gerekli işlemler yukarıda zikredilen yönetmelikte ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Bunun dışında muayene açmak isteyen diş hekimi 1219 sayılı Kanunun 36. maddesine uygun olarak isim ve hüviyeti ile birlikte diploma ve ruhsatnamesini bulunduğu yerin Sağlık Müdürlüğüne vermek durumundadır. Özel muayenehane açmanın diğer bir şartı ise 3224 sayılı Türk Diş Hekimleri Birliği Kanununun 17. maddesi gereği Diş Hekimleri Odasına kayıtlı olmaktır. Bunun dışında hekimin, mesleğin icrasına geçici veya sürekli engel hali bulunmamalıdır.

Hasta merkez, poliklinik veya muayenehanesinde serbest çalışan diş hekimine başvurduğu ve diş hekiminin onu kabul ettiği anda aralarında; aşağıda unsurlarını ayrıntılı olarak açıklayacağımız bir vekalet veya eser sözleşmesi, yahut her iki sözleşmeyi de bünyesinde barındıran karma bir (tedavi) sözleşmesi kurulur. Taraflar arasında kurulan sözleşmenin ihlal edildiğine ilişkin olarak, taraflardan birinin iddiası söz konusu olduğunda doğrudan diğer

taraf hakkında özel hukuk hükümleri gereğince dava açılabilir. Yine özel muayenehane sahibi diş hekimi, yanında çalıştırdığı personelin kusurlu eylemlerinden de sorumludur. Borçlar Kanunu'nun 55. ve 100. maddelerinden kaynaklanan bu sorumluluk kusura dayalı olmayan bir kusursuz sorumluluk halidir.

Serbest olarak yukarıda sayılan sağlık kuruluşlarında çalışan diş hekimleri, Ceza Hukuku bağlamında memur sayılmadıklarından, haklarında doğrudan ceza kovuşturulması da yapılabilecektir. Diş hekiminin aynı zamanda herhangi bir kamu kurumunda kısmi zamanlı statüde memur olarak çalışması da bu durumu değiştirmeyecek, muayenehanesinde gerçekleştirilen hatalı tıbbi müdahalelere ilişkin ceza kovuşturması, herhangi bir ön inceleme ve izne tabi olmaksızın doğrudan C. Savcılığınca başlatılabilecektir.

## İKİNCİ BÖLÜM

### DİŞ HEKİMİ İLE HASTA ARASINDAKİ HUKUKİ İLİŞKİNİN TESPİTİ

#### § 3. DİŞ HEKİMİ İLE HASTA ARASINDAKİ SÖZLEŞME İLİŞKİSİ

##### I. Genel Olarak

Sözleşme ilişkisinin niteliğini ve hatta bunun da öncesinde sözleşmenin ne olduğunu açıklamadan önce borç ilişkisinin ne olduğunu anlamak gerekmektedir. Zira sözleşme ilişkisi ile taraflar, karşılıklı borçlar, edimler ve alacaklar yüklenmekte ve kazanmaktadırlar.

Borç ilişkisi, taraflardan birine (borçluya) verme, yapma, yapmama anlamında bir edim yükümü (bir borç) yükleyen, ötekisine de (alacaklıya) bu edime ilişkin bir alacak hakkı sağlayan hukuki ilişkidir. Borç ilişkisi aslında salt bir alacak-borç ilişkisinden ibaret değildir. Bu ilişki, asli, tali ve yan edim yüküleriyle, davranış yüküleriyle ve hukuki ödevleriyle dinamik bir organizmadır.<sup>4</sup> Bir başka anlatımla borç ilişkisi, alacaklı ile borçlu arasında mevcut olan ve hem asli yükümleri, hem yan yükümleri, hem de inşai hak ve defi hakkı gibi tali hakları içeren bir hukuki ilişkiler bütünüdür.<sup>5</sup>

Borç ilişkisi doğrudan doğruya yasadan kaynaklanabilir. Bu durumlarda eylem iradi olsa bile, hukuki sonuç iradi olmayıp,

<sup>4</sup> **Hatemi H.-Serozan R.-Arpacı A.**, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul, 1992, s.7

<sup>5</sup> **İnan A.N.**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 1979, s.4; **Ataay A.**, Borçlar Hukukunun Genel Teorisi, İstanbul, 1981, s.31; **Tekinay S.S.-Akman S.-Burcuoğlu H.-Altıp A.**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 1993, s.5; **Sirmen L.**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Ders Notları, Ankara, 1996, s.5; **Feyzioğlu F.N.**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 1976, s.15; **Eren F.**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 1998, s.22; **Akipek Ş.-Küçükgüngör E.**, Sözleşmeler Rehberi, Ankara, 2000, s.13

bireyce değil yasaca öngörülmüştür. Borç ilişkisi aynı zamanda, tarafların iradesi ile belirlenen hukuki sonuçları içeren “hukuki işlemler”den de kaynaklanabilir.<sup>6</sup> Bu anlamda en yaygın hukuki işlem türü “sözleşme”dir.<sup>7</sup>

Sözleşme; karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile (icap ve kabulle) oluşan çok yanlı bir hukuki işlemdir.<sup>8</sup> Sözleşmenin başka bir tanımı ise şu şekildedir: birden çok kişinin ortaklaşa istedikleri bir hukuki ilişkiyi kurmak ya da aralarında mevcut bir hukuki ilişkiyi değiştirmek veya ortadan kaldırmak şeklinde bir hukuki sonuç doğurmak amacıyla karşılıklı ve birbirlerine uygun iradelerini açıklamalarına sözleşme adı verilir.<sup>9</sup> Sözleşmenin kurulabilmesi için gerekli olan karşılıklı irade beyanından kastedilen; taraflardan birinin sözleşme yapma teklifinin (icap) diğer tarafça kabul edilmesidir (kabul). İcap ve kabulün bir araya gelmesi ile sözleşme kurulmuş olur.

Diş hekimleri ile hasta arasındaki ilişkide her iki tarafın da bazı hakları ve sorumluluklarının bulunduğu bir gerçektir. Söz konusu bu hak ve sorumlulukları belirginleştirmek için, ilişkinin hukuki mahiyetini oraya koymak gerekmektedir. Konu ile ilgili teorik değerlendirmeler ve pratik uygulamalar incelendiğinde ilke olarak, taraflar arasında bir sözleşme ilişkisinin bulunduğu kabul edilmektedir. Bu sözleşme ilişkisi her iki taraf için de geçerli olacak hak ve sorumluluklar içermektedir. Taraflar arasında bir sözleşmenin varlığı tespit edilememesi halinde karşılıklı hak ve yükümlülükler genel hukuk kuralları çerçevesinde çözülmektedir.

Hukukumuzda öğretinin büyük çoğunluğu, teşhis ve tedaviyi üstlenen diş hekimi ve hasta arasındaki ilişkiye vekalet sözleşmesi hükümlerinin uygulanacağını kabul etmektedir. Ancak diş hekimliği

<sup>6</sup> Eren, s.115; Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Altıp, s.38; Sirmen, (Borçlar), s.36; Ataay, s.121; İnan, s.60; Akipek Ş., Tamamlayıcı Olgun Hukuki İşleme Etkisi, AÜHFİD, 1995, 44(1-4), s.272; Akipek-Küçükgüngör, s.14

<sup>7</sup> Eren, s.111; Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Altıp, s.33; Sirmen, (Borçlar), s.34; Ataay, s.45; İnan, s.57

<sup>8</sup> Hatemi-Serozan-Arpacı, s.9

<sup>9</sup> İnan, s.67; Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Altıp, s.43; Akipek-Küçükgüngör, s.16

uygulamaları, bünyesinde protez yapımı gibi eser niteliğindeki ürünlerin üretilmesini de barındırmaktadır. Yine fiziksel anlamda bir tedavinin amaçlanmadığı, salt estetik amaçlarla (tıbbi bir gereklilik olmamasına rağmen, güzel görünmesi amacıyla dişlere yapılan müdahaleler) gerçekleştirilen uygulamaların olduğu da bilinmektedir.

Tüm bu uygulamalar dikkate alındığında, taraflar arasında oluşan sözleşmenin tespiti bakımından üç farklı durumu ayrı ayrı değerlendirmek gerekmektedir. Birinci durumda, yapılan uygulama tıbbi bir rahatsızlığı (hastalığı) tedavi etmeye yönelik olup, (diş ve diş eti hastalıklarının tedavisi gibi) bu halde diş hekimi ile hasta arasındaki sözleşme tamamıyla vekalet sözleşmesi hükümlerine tabi tutulacaktır. İkinci ihtimalde, hastalığın tedavisi için, diş hekimi tarafından eser niteliğinde bir ürün (protez) meydana getirilmektedir ki, bu durumda taraflar arasındaki sözleşme, hukuki niteliği itibarıyla karma bir sözleşmedir. Son olarak, tedaviyi amaçlamayan, estetik görünümün sağlanması amacıyla gerçekleştirilen uygulamaların söz konusu olduğu durumlarda eser sözleşmesinin hükümleri uygulanmalıdır.

Bu açıklamalar çerçevesinde öncelikle diş hekimi ile hasta arasında kurulan sözleşme ilişkisine yönelik olarak genel açıklamalarda bulunulacak, sonrasında vekalet ve eser sözleşmeleri bağlamında diş hekimlerinin sorumlulukları tartışılacaktır.

## **II. Sözleşmelere Hakim Olan Genel İlkeler**

Borçlar Hukukunun sözleşmelere ilişkin olarak içerdiği genel ilkeleri tespit etmek, bu sözleşmeler ile ilgili doğabilecek bir anlaşmazlığın çözümlenmesinde oldukça önem taşımaktadır.

### **A. Sözleşme Özgürlüğü İlkesi**

Sözleşme özgürlüğü, kişilerin özel borç ilişkilerini , yapacakları sözleşmelerle serbestçe düzenleme yetkisidir. Bir başka tanımda ise sözleşme özgürlüğü; hukuk düzeninin sınırları içinde kişilerin irade beyanları ile diledikleri hukuki sonuçları meydana getirebilme

özgürlüğüdür. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere sözleşme özgürlüğü ilkesi mutlak değildir ve taraflar bu ilkedен hukuk düzeninin sınırları içinde kalmak kaydı ile yararlanabilirler.<sup>10</sup> Sözleşme özgürlüğü ilkesi ve bu ilkeye getirilen sınırlamalar Borçlar Kanunu'nun 19. maddesinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre; "Bir akdin mevzuu, kanunun gösterdiği sınır dairesinde, serbestçe tayin olunabilir. Kanunun kat'i surette emrelediği hukuki kaidelere veya kanuna muhalefet; ahlaka veya umumi intizama yahut şahsi hükümlere müteallik haklara mugayir bulunmadıkça, iki tarafın yaptıkları mukaveleler muteberdir."

Sözleşme özgürlüğü ilkesi şu alt ilkeleri de bünyesinde barındırmaktadır:

### **1. Sözleşme Yapıp Yapmama Özgürlüğü**

Kural olarak kimse sözleşme yapmaya zorlanamaz. Ancak toplumda ekonomik ve sosyal adaleti gerçekleştirmek amacıyla istisnai durumlar bu hak kısıtlanabilir.<sup>11</sup>

### **2. Sözleşmenin Karşı Tarafını Seçme Özgürlüğü**

Bu özgürlük gereğince kişiler diledikleri kimselerle sözleşme yapma hakkına sahiptirler. Ancak kamu hizmeti gören kurumlar belli durumlarda bazı kişilerle sözleşme yapmaktan kaçınmazlar. Benzer şekilde fiili tekel sahiplerinin haklı bir sebep olmaksızın sözleşme yapmaktan kaçınmayacakları, aksi durumun hakkın kötüye kullanılmasını doğuracağı kabul edilmektedir.<sup>12</sup>

---

<sup>10</sup> Eren, s.278; Zevkliler A.-Aydoğdu M.-Petek H., Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, 1998, s.7; Tandoğan H., Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, 1985, s.9; Feyzioğlu F.N., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 1976, s.233; Tunçomağ K., Türk Borçlar Hukuk Genel Hükümler, İstanbul, 1976, s.166; Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Altıp, s.364; Akipek-Küçükgüngör, s.29; Yavuz C., Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul, 1996, s.9

<sup>11</sup> Kanundan doğan ve özel hukuki işlemde doğan sözleşme yapma zorunluluğu için bkz; Akipek-Küçükgüngör, s.30; Yavuz, s.9

<sup>12</sup> Eren, s.292; Zevkliler-Aydoğdu-Petek, s.8; Yavuz, s.10

### 3.Şekil Serbestisi

Borçlar Kanunu'nun 11. maddesinde belirtildiği üzere, sözleşmelerin geçerliliği, kanunda açıkça belirtilmedikçe bir şekle bağlı değildir.

### 4. Sözleşmenin İçeriğini ve Tipini Belirleme Özgürlüğü (Estetik Operasyonların Sözleşme Konusu Olup Olamayacağı Sorunu)

Taraflar, Borçlar Hukuku alanında yer alan sözleşmelerin içeriğini ve tipini seçme serbestisine sahiptirler. Bu bağlamda, isterlerse kanunda düzenlenmiş bir sözleşme tipini tamamen benimseyebilecekleri gibi, kanunda öngörülmemiş bir sözleşme yaratabilirler veya kanunda öngörülen bir sözleşmeye yeni unsurlar eklemek ya da değiştirerek farklı bir sözleşme oluşturabilirler.<sup>13</sup> Ancak bu genel kuralın da istisnası vardır. Buna göre, sözleşmenin içeriğinin, hukuka, ahlaka, kamu düzenine ve şahsiyet haklarına aykırı hükümler içermemesi ve aynı zamanda imkansız olmaması gerekmektedir.<sup>14</sup>

Burada salt estetik amaçlı operasyonların, hekim ile hasta arasındaki sözleşmenin konusu olup olmayacağı tartışılmalıdır. Öğretide estetik operasyonlar; bir kişinin doğuştan veya kaza sonucu ya da herhangi bir sebep nedeniyle kendiliğinden vücudu üzerinde oluşmuş bulunan ve onun dış görünümünü bozan sakatlık ve deformasyonların ortadan kaldırılmasına veya bu şekil bir deformasyon olmadan sadece kişinin daha güzel görünmesini sağlamak amacıyla yönelik olarak yapılan tıbbi girişimler şeklinde

<sup>13</sup> **Oğuzman M.K., Öz T.**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 1995, s. 19; **Eren**, s.293, **Feyzioğlu F.N.**, Borçlar Hukuku, İkinci Kısım, Akdin Muhtelif Nevileri, C.I, İstanbul, 1980, s.15, **Zevkliler-Aydoğdu-Petek**, s.10; **Akipek-Küçükgüngör**, s.31; **Yavuz**, s.10

<sup>14</sup> **Eren**, s.294; **İnan**, s.144; **Tunçomağ**, (Genel), s.170; **Oğuzman-Öz**, s.71; **Feyzioğlu**, (Genel), s.234; **Yavuz**, s.11

tanımlanmaktadır.<sup>15</sup> Bu tanımdan anlaşılacağı üzere, estetik operasyonlar iki gerekçe ile yapılmaktadır. Birinci durumda kişinin bedenindeki bir bozukluk giderilmekte, diğer ihtimalde ise salt güzellik amaçlanmaktadır. Vücuttaki bozuklukların giderilmesi tedavi amacı taşıdığından, diğer tıbbi girişimler gibi değerlendirilmekte ve tartışmasız aynı kurallara tabi olmaktadır. Ancak salt güzelleştirme amacı güden operasyonlar hakkında, gerek tıp etiği, gerekse de hukuka uygunluk açısından farklı yaklaşımlar sergilenmektedir.

Kimi yazarlar, bir girişimin tıbbi sayılabilmesi için iyileştirme amacı gütmemesinin zorunlu olduğunu savunmaktadırlar.<sup>16</sup> Gerçekten de, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 13. maddesinde yer alan; "hekimler ... teşhis, tedavi veya korunmak gayesi olmaksızın, hastanın arzusuna uyararak veya diğer sebeplerle, akli veya bedeni mukavemeti azaltacak herhangi bir şey yapamazlar" hükmü karşısında tıbbi müdahalelerin mutlaka tedavi amacı taşımaları gerektiği söylenebilir. Bu yaklaşımla, salt güzelleştirme amacı güden estetik girişimler hukuka aykırı sayılabilecektir.

Öğretide, güzelleşme amacı ile yapılan estetik müdahalelerin, kişinin ruhsal durumundaki çöküntü ve kaygıları yok ettiği ve bu sebeple dolaylı bir tedavi etkisi olduğu belirtilerek, bu müdahalelerin de hukuka uygun olduğu savunulmaktadır.<sup>17</sup> Esasen Dünya Sağlık Örgütü'nün 1978'de Alma Ata Konferansı'nda açıkladığı "sağlığın yalnız hastalıklardan arınmış olmak değil, fiziksel, ruhsal ve sosyal bakımdan açıdan tam bir iyilik halidir" şeklindeki tanımlaması karşısında, kişilerdeki psikolojik rahatsızlığı dolaylı olarak gideren estetik müdahalelerin iyileştirici oldukları söylenebilecektir.

Peki güzel olmamak ya da vücudun bir bölümünün güzellik standartlarının altında olması sebebiyle yaşanabilecek sıkıntılar,

<sup>15</sup> **Çakmut (Yenerer), Ö.**, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, Legal, İstanbul, 2003, s.180; **Bayraktar, AK.**, Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul, 1972, s.165; **Çilingiroğlu**, s.19,20

<sup>16</sup> **Ayan**, s.9; **Çilingiroğlu**, s.21; **Gürelli**, s.272

<sup>17</sup> **Çakmut (Yenerer)**, s.181; **Zevkliler, A., Acabey, MB., Gökyayla, KE.**, Medeni Hukuk, Giriş, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, 6.bası, Seçkin, Ankara, 1999, s.499



kişinin psikolojisi üzerinde gerçekten büyük etkiler göstermekte midir? Başka bir söylemle insan oğlu hangi sebeplerle güzelleşmek istemektedir? Bu soruların cevaplarını bulmak amacıyla güzellik kavramının ne anlama geldiğini ve önemini tespit etmeye yönelik çalışmalara değinmekte fayda görüyoruz.

Estetik; “güzel ve güzellik kavramı; ya da kusurlu organı düzeltmek veya güzelleştirmek için uygulanan yöntemler” şeklinde tanımlanmaktadır.<sup>18</sup> Güzel ise; “biçimindeki uyum ve ölçülerindeki dengeyle hoş giderek hayranlık uyandıran” anlamına gelmektedir.<sup>19</sup> Zaman içerisinde güzelliğin standartlarının değiştiği, hatta ülkeden ülkeye veya bölgesel olarak farklılıklar gösterdiği bilinmektedir. Ancak estetik olanın tespitinde “oran”, en önemli belirleyici olarak kabul edilmektedir. Oranın tespitine ilişkin Ricketts tarafından geliştirilen bir ölçünün olduğu bilinmekte, diş hekimleri tarafında kullanılan bu ölçü sayesinde, yüze orantılı dişler yapılabilmektedir.<sup>20</sup> Bu noktada, yüz güzelliğini önemseyen insanların dişlerine ayrıca hassasiyet gösterdiklerinin bir araştırmada ortaya konduğu belirtilmelidir. Çalışmada 57.000 katılımcıya vücutlarında, fiziksel olarak beğenmedikleri bölgeler sorulmuş, verilen cevaplardan, omuz üzerindeki organlar arasında dişlerin birinci sırada yer aldığı görülmüştür.<sup>21</sup>

Yüz şekli, diş ve dudak yapıları ile diğer fiziksel karakteristikler, kişinin diğer insanlar üzerindeki fiziksel ve psikolojik etkilerini belirlemede büyük rol oynamaktadır. Özellikle yüz ifadesi ve gülümsemenin ticari alanda ve reklam sektöründe kullanıldığı ticari ve bilimsel bir gerçektir. Bir araştırmada; “Gülümsemenin gücü”nü kullanan ve kapakta güzel gülen bir insan resminin olduğu dergilerin daha çok sattığı belirtilmiştir.<sup>22</sup>

<sup>18</sup> Türkçe Sözlük, **Püsküllüoğlu, A.**, Yapı Kredi Yayınları, Ankara, 1995, s.563

<sup>19</sup> Türkçe Sözlük, s.698

<sup>20</sup> **Goldstein, RE.**, Esthetics in dentistry, 2nd ed. J.B. Lippincott, Philadelphia, 1993

<sup>21</sup> **Berscheid, E., Walster, E., Bohrnstedt, G.**, Body image: the happy American body: a survey report, Psychology Today:119, s.131, 1973

<sup>22</sup> **Goldstein, RE.**, Esthetic dentistry-a health service? J Dent Res, s.641-2, 1993

Güzel olanların doğdukları andan itibaren daha avantajlı oldukları, güzel olmayanların ise karşı tarafta oluşturdukları olumsuz etkiler sebebiyle, dışlandıkları, sevilmedikleri, ve hatta cezalandırıldıkları söylenmektedir. Örneğin Goleman tarafından yapılan bir araştırmada, güzel görünümlü kadın ve erkeklerin, daha saygın ve yüksek kazançlı işlere alındıkları belirtilmektedir.<sup>23</sup> Güzel görünümlü kişilerin daha az ceza aldıklarına dair kriminolojik araştırmalar da bulunmaktadır. Bir araştırmada öğrencilere ayrı ayrı iki kişi gösterilmiş ve bu kişilerin aynı nitelikteki bir suçun faili olabilecekleri belirtilerek, öğrencilerden karar vermeleri istenmiştir. Sonuç olarak, çalışmaya katılanların %57'si, güzel olan deneği suçlu bulurken, %82'si diğer deneği suçlu bulmuştur. Benzer şekilde, güzel olan denek için 10 yıl hapis cezası öngörülürken, diğeri için 14 yıl önerilmiştir.<sup>24</sup> Diğer bir araştırmada ise, iyi (güzel) görünümlü suçluların anti-sosyal olmadıklarına daha çok inanıldığı tespit edilmiştir.<sup>25</sup> Aynı sınıfta okuyan çocuklara, kim tarafından gerçekleştirildiği bilinmeyen bir zarardan kimin sorumlu olabileceği sorulduğunda, ortak cevabın kilosunu ve kırık dişleri ile hoş görünmeyen arkadaşları olması da, güzelliğin suçlulukla ilişkilendirildiğine dair etkileyici bir örnektir.<sup>26</sup>

Güzel görünümlü çocukların, çirkin olanlara oranla her zaman daha sosyal, daha iyi öğrenci, ve sporcu oldukları söylenmektedir. Yine bir araştırmada, öğretmenlerin güzel çocukları disipline etmekte daha başarılı oldukları belirtilmiştir.<sup>27</sup> Sağlık uygulamaları ile ilgili bir çalışmada ise, "gösterişsiz" (çirkin) hastaların akıl sağlığı kurumlarında, diğerlerine oranla daha fazla tutulduğu tespit edilmiştir. İki yıllık bir gözleme dayalı olarak gerçekleştirilen bu

<sup>23</sup> **Goleman, D., Goleman, B.,** Beauty's hidden equation. American Health: 70, 1987

<sup>24</sup> **Pecoraro, T.,** Jurors go easy on handsome rapists with homely victims, Psychology Today: 15, s.10, 1982

<sup>25</sup> **Cavior, N., Howard, LR.,** Facial attractiveness and juvenile delinquency among black and white offenders, Journal of Abnormal Child Psychology: 1, s.202-13, 1973; **King, M.,** In the eye of the beholder. Savvy, s.76-8, 1988

<sup>26</sup> **Gilmore, R.,** Assessing appearances, How People Interact: 6, s.61-3, 1988

<sup>27</sup> **Goleman,** s.41

çalışmanın diğer bir sonucu ise, çirkin hastaların tıbbi amaçlarla daha az ziyaret edildikleridir.<sup>28</sup>

Esasen güzellik kavramı neredeyse doğumla birlikte oluşan ve bazı ayırımlar yapılmasına neden olabilen bir özelliktir.<sup>29</sup> Yeni doğan bir bebeğin güzel bir kişinin kucığında, ağlamadan daha uzun süre ile kaldığının tespit edildiği araştırma<sup>30</sup> karşısında, güzellik anlayışının öğretilmediği, içgüdüsel olduğu ve doğumla birlikte kazanıldığını söylemek yanlış olmayacaktır.

Tüm bu çalışmaların sonuçlarına dayanarak, güzelleşme duygusunun insanların psikolojisi üzerinde gerçekten tedavi etmeyi gerektirebilecek derecede etkiler oluşturabileceği söylenebilir<sup>31</sup>. Böylelikle güzelleştirme amacı güden müdahalelerin, kişinin dış görünümünü yanında, ruhsal durumunda da bir yansımalarının olacağı, başka deyişle ruh sağlığını olumlu yönde etkileyeceği kabul edilebilecektir. Ancak, kişilerin güzelleşmeye teşvik edilmeleri ya da salt ticari kaygılarla estetik operasyonların özendirilmesi geleneksel tıp etiği açısından gayri ahlaki kabul edilmektedir.

Diş hekimlerinin estetik uygulamalara yaklaşımının sorgulandığı bir makalede, kendisine gülümsemesinin standartlara uygun olmadığı söylenen birinin, buna çok önem verdiği belirtilmiş, söyleyenin bir diş hekimi olması durumunda ise daha ciddiye alınacağı ifade edilmiştir. Bir çok kişi, estetik kaygılardan hareketle, başkaları tarafından görülebilen ön dişlerine önem vermekte arka dişlerini ihmal etmektedir. Rutin bir muayenede dahi, hasta üzerinde estetik görünüm ile ilgili bir şüphenin yaratılmasının kısa ve uzun dönem sonuçları olabilmektedir. Bu nedenle yazar, hastaların estetik analiz talebi olmadan yapılan yorumların etik olmayacağı düşüncesindedir.<sup>32</sup> Bu konuda Brisman, diş hekimleri ile toplumun

<sup>28</sup> United Press International, Ugly patients are at a disadvantage, Atlanta Journal: 8, s.10, 1977

<sup>29</sup> Findlay, S., What's beautiful? ask a baby, USA Today:8, s.7, 1987

<sup>30</sup> Langlois, JH., Roggman, LS., Casey, RJ., et al. Infant preferences for attractive faces: Rudiments of a stereotype? Dev Psychology: 23 s.363-9, 1987

<sup>31</sup> Horn, JC., Are any pretty girls named Gertrude? Psychol Today: 16, 1981

<sup>32</sup> Gilbert, JA., Ethics and esthetics. Journal of American Dent Assoc: 117 s.490, 1988

estetik anlayışının farklı olabileceğini belirterek, esasen olmayan bir problemin diş hekimi tarafından yaratılıp yaratılmadığı sorusunu sormaktadır.<sup>33</sup>

Goldstein ise estetik uygulamaların maliyetine dikkat çekerek, salt estetik uygulamaların tedavi edici niteliğinin olup olmadığını tartışmadan önce, milyonlarca insan temel sağlık hizmetlerine ulaşamazken, estetiğe bu denli maddi harcama yapılmalı mıdır sorusunun cevabının verilmesi gerektiğini belirtmektedir.<sup>34</sup> Başka bir soru ise, sağlık sigortalarının bu türdeki müdahalelerin giderlerini karşılayıp karşılamayacağıdır. Zira yukarıda değinildiği üzere, belki de olmayan bir problem insanların aklına sokulabilmekte, esasen bir ihtiyaç olmayan durum, bir süre sonra gereklilik haline dönüştürülebilmektedir. Bu durumda var olmayan bir rahatsızlığın tedavisi akla gelmektedir ki, tıbbi etik açısından bu tür bir müdahalenin hukuka uygunluğu tartışmalıdır.

Tıbbi girişimin hukuka uygun sayılması için tedavi gayesi gütmesi gerektiği genel olarak kabul edilmekle beraber, öğretilerde aksi görüşte olanlar da bulunmaktadır. Bunlara göre, iyileştirme amacı tıbbi müdahalenin zorunlu bir unsuru değildir ve bu amaca yönelmeyen tıbbi müdahalelerin de doğrudan hukuka aykırı oldukları ileri sürülemeyecektir.<sup>35</sup>

Biz, estetik müdahalelerin, kişinin sağlığına önemli sayılabilecek derecede kötü etkilerinin olmayacağı tıbbi ve bilimsel bir kesinlikle ortaya konabilir ise, tedavi edici bir özellik aranmaksızın uygulanabileceğini, kişinin buna onam vermesinin hukuka uygunluğu sağlamaya yeteceğini düşünmekteyiz. Böylece estetik müdahalelerin hasta ile hekim arasındaki sözleşmenin konusu olabilecekleri de söylenmiş olmaktadır. Ancak, gerek güzelleşmeyi kişisel bir kapris duygusuna dönüştüren kişilerin bu durumlarına tıbbi alet etmelerinin önüne geçmek, gerekse de ticari kaygı ile tıp

---

<sup>33</sup> **Brisman, AS.**, Esthetics: a comparison of dentists' and patients' concepts, Journal of American Dent Assoc: 100 s.345-52, 1980

<sup>34</sup> **Goldstein, RE.**, Esthetics in dentistry, J.B. Lippincott, Philadelphia, 1976

<sup>35</sup> **Erman, B.**, Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Seçkin, Ankara, 2003, s.202,203 (101 numaralı dipnotta belirtilen yazarlar)

mesleğinin en temel ilkesi olan “önce zarar verme” kuralının meslek mensuplarınca ihlalini engellemek gayesi ile, taraflar arasında sözleşmenin oluşumu için bir ön koşul olan; “uygulamanın sağlığa zarar vermemesi ölçüsü”nün olabildiğince geniş uygulanmasını savunmaktayız.

### **5.Sözleşmenin İçeriğini Değiştirme ve Sözleşmeyi Ortadan Kaldırma Özgürlüğü**

Tarafların sözleşme yapma özgürlüğünün diğer bir sonucu da, yaptıkları sözleşmeyi değiştirebilme veya ortadan kaldıracabilmeleridir. Ancak bu konuda tarafların iradeleri ortak olmalıdır. Aksi halde, yani taraflardan sadece birinin tek başına böyle bir özgürlükten yararlanması söz konusu değildir.

### **B. Eşitlik İlkesi**

Kanun; borç ilişkisinin tarafları arasında kural olarak herhangi bir ayırım yapmamış, ister gerçek kişi, ister tüzel kişi ve hatta devlet olsun tarafları eşit kabul etmiştir.<sup>36</sup> Kural olarak sosyal ve ekonomik durumlarına bakılmaksızın alacaklı ile borçlu borç ilişkilerinde kanun tarafından eşit şekilde muamele görmelerine rağmen, özellikle 20. yy.’ın ikinci yarısından itibaren sosyal içerikli sözleşme kavramı gelişmiş ve istisnai de olsa eşitlik ilkesinin uygulanmadığı bazı durumlar ortaya çıkmıştır. Ekonomik ve sosyal yönden giderek güçlenen taraf karşısında diğer tarafın giderek zayıflaması, eşitlik ilkesinin bozulmasına yol açmış ve bu nedenle zayıf tarafın korunması ihtiyacı doğmuştur.<sup>37</sup> Bu durum önce tehlike sorumluluğu hallerinin gelişmesine yol açmış, ardından iş kanunları ile işçi işverene karşı, kira kanunları ile kiracı kiralayana karşı, tüketicinin korunmasına ilişkin kanunlarla tüketici, üretici ve satıcıya karşı korunmaya başlanmıştır.<sup>38</sup>

<sup>36</sup> Edis S., Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara, 1987, s.39;

Eren, s.17

<sup>37</sup> Eren, s.18

<sup>38</sup> Akipek-Küçükgüngör, s.33

### **C. Dürüstlük (İyiniyet) İlkesi**

Taraflar arasındaki borç ilişkisinin güven duygusuna dayalı olarak kurulduğu kabul edilir. Bu aynı zamanda özel hukuka hakim olan bir prensibin Borçlar Hukuku'na yansımadır. Medeni Kanun'un 2. maddesine göre; herkes haklarının kullanırken ya da borçlarını yerine getirirken hukuka, genel ahlaka, örf ve adet kuralları ile doğruluk ve güven ilkelerine uygun davranmakla yükümlüdür.

### **D. Kusurlu Sorumluluk İlkesi**

Bu ilke gereğince, sözleşmeye dayalı sorumluluğun söz konusu olabilmesi için borcu ifa yükümlülüğü olan tarafın kusurlu olması gerekmektedir. Nitekim Borçlar Kanunu'nun 96. maddesinde; alacaklı hakkını kısmen veya tamamen istifa edemediği takdirde, borçlu kendisine hiçbir kusurun isnat edilemeyeceğini ispat etmedikçe bundan doğan zararı tazmine mecburdur düzenlemesi yer almaktadır. Kanunun bu düzenlemesinden ispat hukukuna ilişkin önemli bir ilke ortaya çıkmaktadır. Buna göre; borca aykırılık durumunda borçlu kusurlu kabul edilecek ve kendi kusursuzluğunu ispat etmedikçe sözleşme sorumluluğundan kurtulamayacaktır.<sup>39</sup>

### **E. Hakimin Takdir Yetkisine Sahip Olması İlkesi**

Hakimin taktir yetkisi, özel hukukun önemli ilkelerinden biridir ve Borçlar Hukuku bakımından da geniş bir uygulama alanına sahiptir. Medeni Kanun'un 4. maddesine göre; kanunun takdir yetkisi tanıdığı veya durumun gereklerini ya da haklı sebepleri göz önünde tutmayı emrettiği konularda hâkim, hukuka ve hakkaniyete göre karar verir. Bu düzenleme sözleşmeler hukuku alanında da geçerli olup, sözleşmenin tarafları arasında bir anlaşmazlık çıktığı durumda, hakim önüne gelen anlaşmazlığa ilişkin olarak karar verirken kendisine tanınan taktir yetkisinden yararlanabilecektir.

---

<sup>39</sup> Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Altıp, s.874; Eren, s.19

### III. Sözleşme Çeşitleri

Yukarıda belirtilen, tarafların sözleşmenin içeriği ve tipini belirlemede özgür olmaları ilkesi gereği sözleşmelerin, kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırı olmamak kaydı ile taraflarca diledikleri tipte olmak üzere gerçekleştirilebilmeleri mümkündür. Bir başka deyişle sözleşme çeşitliliği açısından Borçlar Hukuku'nda *numeros clausus* (sınırlı sayıda) prensibi yürümez.

Sözleşmelerin sınıflandırılması ile ilgili olarak çeşitli kriterler göz önünde bulundurulabilir. Bu bağlamda, sözleşmelerin düzenlediği konular, güttüğü amaç, şekle tabi olup olmaması vb. gibi kriterler dikkate alındığında farklı tasniflerin yapılabileceği muhakkaktır. Doktrinde sözleşme çeşitlerine ilişkin temel ayırım, kanun tarafından düzenlenen sözleşmeler ile kanun tarafından öngörülme-yen sözleşmelerdir.

Sözleşmeler, kanunda düzenlenmiş olup olmamalarına göre sınıflandırıldıklarında, isimli sözleşmeler (tipik sözleşmeler) ve isim-siz sözleşmeler (atipik sözleşmeler) olmak üzere ikiye ayrılır.<sup>40</sup>

#### 1) İsimli Sözleşmeler

Sözleşmelerin şekli, unsurları, taraflar açısından getirdiği hak ve yükümlülükleri herhangi bir kanunda düzenlenmişse bu durumda isimli sözleşmelerden bahsedilmektedir. İsimli sözleşmeler, Borçlar Kanunu'nda, Medeni Kanun'da, Ticaret Kanunu'nda, İş Kanunu'nda yer aldığı gibi başkaca özel kanunlarda da yer alabilir. Bu sözleşmeler, sözleşmenin amaç ve içeriği yönünden değişik türlere ayrılırlar.<sup>41</sup> Mülkiyetin devri amacını güden (temlik borcu doğuran) sözleşmeler, Kullandırma amacını güden sözleşmeler, İş görme amacını güden sözleşmeler, Saklama (muhafaza) amacını güden

<sup>40</sup> Akipek-Küçükgüngör, s.19; Yavuz, s.11

<sup>41</sup> Zevkliler A., Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, 1987, s.15; Akyol Ş., Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, İstanbul, 1984, s.4; Erdem N., Türk Borçlar Kanunu Şerhi ve Davaları, c.2, Ankara, 1988, s.1; Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Altıp, s.73; Ataay, s.266; Tandoğan, s.2; Akipek-Küçükgüngör, s.19; Yavuz, s.11

sözleşmeler, Teminat Sözleşmeleri, Sonuçları talih ve tesadüfe bağlı sözleşmeler, Ortaklık (şirket) sözleşmeleri bu bağlamda yapılan sınıflandırmalardır.

## 2) İsimsiz Sözleşmeler

Sözleşme özgürlüğü ilkesi gereğince, hukuk düzeninin sınırları içerisinde kalmak şartı ile taraflar, diledikleri tip ve içerikte sözleşme yapma serbestisine sahiptirler. Bu serbesti dolayısı ile isimsiz sözleşmeler ortaya çıkmaktadır.<sup>42</sup> İsimsiz sözleşmeler, hiçbir unsur itibariyle ya da kısmen herhangi bir kanun hükmü ile düzenlenmemiş olabileceği gibi, kanunun başka sözleşme tipleri (isimli sözleşmeler) için öngördüğü unsurların, kanunun öngörmediği tarzda bir araya getirilmesi şeklinde de oluşturulabilir. Taraflar, nitelikleri bakımından bağımsız ve farklı tipte birden fazla sözleşmeyi tek bir sözleşme içerisinde birleştirmek sureti ile de yeni bir sözleşme yaratabilirler. Bu durumda kendisine özgü yapısı olan sözleşmeler, karma sözleşmeler ve bileşik sözleşmeler karşımıza çıkmaktadır.

Kendisine özgü yapısı olan sözleşmeler, isimli (tipik) sözleşmelerin unsurları dışında, tamamen kendisine özgü unsurlardan oluşan yeni sözleşmelerdir. Bu sözleşmeler kanuni bir düzenlemeye sahip değildirler ve bu nedenle taraflar arasında bir anlaşmazlık olduğunda, anlaşmazlığın ne şekilde ve hangi kurallar tahtında çözümleneceği sorun oluşturmaktadır. Doktrinde ve uygulamada, bu türdeki sözleşmelerden kaynaklanacak anlaşmazlıkların çözümünde öncelikle iyiniyet kurallarının, sonrasında ise kıyas yolu ile benzer sözleşmelere ilişkin kuralların uygulanmasının mümkün olduğu kabul edilmektedir.

Karma sözleşmeler, kanunlarda düzenlenmiş bulunan çeşitli sözleşme türlerine ilişkin farklı unsurların, kanunda öngörülmeyen tarzda bir araya getirildiği sözleşmelerdir.<sup>43</sup> Karma sözleşmelerin

<sup>42</sup> **Eren**, s.202; **Aral, F.**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, 1999, s.47; **Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Altın**, s.56; **Zevkiler-Aydoğdu-Petek**, s.10; **Kırca, Ç.**, Franchise Sözleşmesi, Ankara, 1997, s.47; **Özkaya**, s.22; **Sirmen**, (Borçlar), s.60

<sup>43</sup> **Kuntalp, E.**, Karışık Muhtevalı Akit, Ankara, 1971, s.10; **Eren**, s.199; **Tandoğan, C.I.**, s.68; **Aral**, s.52; **Yavuz**, s.21



uygulanmasında taraflar arasında oluşabilecek anlaşmazlıklara, unsurlarını taşıdığı isimli (tipik) sözleşmelere ilişkin kurallar, doğrudan doğruya değil, kıyasen uygulanacaktır.<sup>44</sup>

İsimsiz sözleşmelerin ortaya çıkış şekillerinden sonuncusu ise, bileşik sözleşmelerdir. Hukuki nitelik ve vasıfları itibariyle tamamen birbirinden bağımsız ve ayrı olan tipik sözleşmelerin, tarafların serbest iradeleri ile birbirine bağlı duruma sokulması bileşik sözleşme olarak adlandırılmaktadır. Bir sözleşmenin bileşik sözleşme olarak adlandırılabilmesi için onu oluşturan sözleşmelerin ortak bir amaç etrafında toplanması ve kendilerine özgü nitelikleri değişmeden fonksiyon itibariyle birbirine bağlanması gerekir.<sup>45</sup> Bir evin satılması ve satın alanın satana evi kiraya vermesi örneğinde alım-satım ve kira sözleşmeleri birleştirilerek yeni bir sözleşme oluşturulmaktadır. Bileşik sözleşmeyi oluşturan isimli (tipik) sözleşmeler kendi bağımsızlıklarını koruduklarından, bu sözleşmelerde ortaya anlaşmazlıklara kanunda yer alan hükümler uygulanacaktır.<sup>46</sup>

#### IV. Vekalet Sözleşmesi

##### A. Tanımı

Borçlar Kanunu'nun 386. maddesinde vekalet sözleşmesi tanımlanmıştır. Buna göre; vekalet bir akittir ki, onunla vekil mukavele dairesinde kendisine tahmil olunan işin idaresini veya takabbül eylediği hizmetin ifasını iltizam eder. Kanunun bu tanımından ve vekalet sözleşmesine ilişkin diğer hükümlerinden hareketle, doktrinde farklı tanımlamalar yapılmaktadır. Tandoğan'a göre; vekalet öyle bir akittir ki, vekil müvekkilin menfaatine ve iradesine uygun bir sonuca yönelen bir iş görmeyi, bir zaman kaydına tabi olmaksızın ve nispeten bağımsız olarak yapma borcunu, sonucun elde edilememesi rizikosunu ona ait olmamak üzere yükler.<sup>47</sup>

<sup>44</sup> Özkaya, s.26; Kuntalp, s.126; Yavuz, s.24

<sup>45</sup> Yavuz, s.19; Kuntalp, s.103; Zevkliler-Aydoğdu-Petek, s.19; Aral, s.54

<sup>46</sup> Kuntalp, s.105; Özkaya, s.28; Tandoğan, C.I, s.76; Feyzioğlu, (Muhtelif Neviler), s.63; Yavuz, s.21

<sup>47</sup> Tandoğan, s.156

Bir başka tanıma göre ise vekalet sözleşmesi, vekilin sözleşme ile yükümlendiği iş görmeyi ya da hizmet ifasını borçlandığı, bu iş görmenin kanun hükümleri ile düzenlenen akitlerden herhangi birisinin konusuna girmediği buna karşılık ancak sözleşme ve teamül olan durumlarda ücrete hak kazandığı, iş görme borcu doğuran bir sözleşmedir.<sup>48</sup>

## B. Unsurları

1) Vekilin vekil edene karşı bir iş görme veya hizmet yapma borcu altına girmesi.

Gerek kanunda gerekse de doktrinde yer alan tanımlar incelendiğinde vekalet sözleşmesinin en önemli unsurunun bir iş görme (veya hizmet) olduğu anlaşılmaktadır. İş görmeden kasıt, herhangi bir hukuki işlem veya hukuki işleme benzer bir fiil ya da maddi bir eylemin yapılmasıdır.<sup>49</sup> Burada önemli olan söz konusu fiillerin yapılmasının, kanunla düzenlenen bir iş görme sözleşmesinin konusunu teşkil etmemesidir. Vekalet sözleşmesinin konusunu, kendisine özgü yapısı olan sözleşmelerin kapsamına girmeyen bir iş yapma, bir hizmeti gerçekleştirme gibi hukuka uygun ve olumlu edimler teşkil edebilmektedir.<sup>50</sup> Bu bağlamda bir hekimin hastasına yönelik olarak gerçekleştirdiği eylemler, kanunda öngörülen herhangi bir iş görme sözleşmesinin konusunu oluşturmadığından vekalet sözleşmesi içerisinde incelenebilecektir.

2) İş görmenin başkasının menfaatine ve iradesine uygun olarak yapılması

İş görmenin vekalet sözleşmesine konu olduğunu kabul edilebilmesi için, başkasına ait olması ve onun yararına yapılması gerektiği açıktır. Bu kuraldan bazı sonuçlar çıkarılmaktadır. Öncelikle bir işi vekaleten gören kişi, işin ait olduğu kimsenin menfaatini korumak durumundadır. Nihayetinde gerçekleştirilen işte, işin sahibinin menfaati bulunmaktadır. Ancak bazı durumlarda -hekimlerin gerçekleştirdikleri iş karşılığında ücret almaları gibi- vekilin de, işi

<sup>48</sup> Yavuz, s.194; Hatemi-Serozan-Arpacı, s.605

<sup>49</sup> Tandoğan, s.356; Yavuz, s.158; Zevkliler, s.170

<sup>50</sup> Özkaya E., Vekalet Sözleşmesi ve Kötüye Kullanılması, Ankara, 1997, s.22

görülen kimse yanında menfaati bulunabilir. Bu durum vekalet sözleşmesinin meydana gelmesini etkilemez.

Bu unsurun belki de en önemli özelliği, vekil edenin iradesine uygun olarak işin yapılmasıdır. Bu kural, Borçlar Kanunu'nun 389. maddesinde yer alan; vekil, müvekkilinin sarıh olan talimatına muhalefet edemez hükmü ile de tespit edilmiştir. Ancak iş görmenin veya hizmeti gerçekleştirmenin genel sınırlarını çizen bu irade ve talimat çerçevesinde vekil, vekil edenin yararına bir sonuç elde etmek için nispeten bağımsız olarak hareket eder. Tam bağımsızlık vekalet sıfatını ortadan kaldırırsa da vekil, sonuca ulaşmak için kendine göre bir karar verme, inisiyatif kullanma ve bir iş yapma durumundadır. Özellikle bir uzmanlığı gerektiren işlerde bağımsızlık kendini daha geniş boyutlarda gösterir.<sup>51</sup> Örneğin hekimlik uygulamalarının gerektirdiği bilimsel bilgi ve tecrübe dikkate alındığında, iş sahibinin yapılacak işin ayrıntılarına ilişkin olarak talimat verme ve irade açıklama imkanının olamayacağı anlaşılabacaktır. Bu durumda aslanan vekilin, vekil eden yararına hareket etmesi ve gerçekleştireceği işlemlere ilişkin olarak vekil edeni bilgilendirmesidir.

3) İş görmenin belli bir zamanla sınırlı olmaksızın gerçekleştirilmesi Vekalet sözleşmesinde iş görme veya bir hizmeti gerçekleştirme, belli bir zaman kaydına bağlı olmaksızın borçlanılmaktadır. Bu unsur, vekalet ve hizmet sözleşmesini birbirinden ayıran en önemli unsurdur.<sup>52</sup>

4) İş görmeden doğan sonuç ve bunun tehlikesinin (riziko) vekil edene ait olması

Her ne kadar bu unsur vekalet sözleşmesinin kanuni tanımında yer almasa da, sözleşmenin özelliği, hüküm ve sonuçları ve diğer sözleşmelerden farkları dikkate alındığında öğretide ortaklaşa kabul edildiği görülmektedir.<sup>53</sup> Vekil bir sonuca ulaşmak amacıyla belli bir yönde iş görürken bu sonucu garanti etmemektedir. Vekilin asıl

<sup>51</sup> Özkaya, s.24

<sup>52</sup> Bilge N., Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri, Ankara, 1971, s.287; Yavuz, s.165; Tandoğan, s.363; Özkaya, s.24

<sup>53</sup> Tandoğan, s.363; Yavuz, s.203; Özkaya, s.23

borcu, iş görme veya hizmeti en iyi şekilde yapmaktır. Bu unsur, vekalet sözleşmesi ile eser sözleşmesini birbirinden ayıran en önemli özelliklerden biridir.

5) İş görme karşılığında ücrete hak kazanma

Ücret vekalet sözleşmesinin zorunlu unsuru olmamakla beraber, günümüzde yapılan vekalet sözleşmelerinin çoğunluğu ve tezimizde incelediğimiz dış hekimi ile hasta arasında var olan vekalet sözleşmesi genellikle bir ücret anlaşması içermektedir. Taraflar ücret kararlaştırmışlarsa veya o işin görülmesi için ücret alınacağı yönünde bir kanun hükmü yahut bir teamül söz konusu ise, vekil ücrete hak kazanır.<sup>54</sup>

Ücret belli bir miktara bağlı olarak tek seferde ödenebileceği gibi, haftalık, aylık veya yıllık olarak da tespit edilebilir. Dış hekimleri ile hastalar arasında kurulacak vekalet sözleşmelerinde, (hizmetin özel sektörde verildiği durumlarda) taraflar ücreti belirleme konusunda serbesttirler. Ancak hizmetin gerçekleştirilmesinden önce ücret üzerinde bir mutabakata varılmamışsa bu durumda dış hekimlerince tanzim olunan faturalar ödenecek ücretin miktarı hakkında bir icap niteliğini taşır, hasta itiraz etmeksizin yazılı miktarı öderse bu icabı kabul etmiş sayılır, aksi halde ücret miktarı, hakim tarafından, teamül ve özellikle asgari ücret tarifeleri dikkate alınarak tespit edilir.<sup>55</sup>

6) Sözleşmenin her zaman tek taraflı olarak feshedilebilmesi

Öğretide hakim görüş, vekalet sözleşmesinin her zaman ve tek taraflı olarak feshedilebileceği yönündedir. Bu görüş, Borçlar Kanunu'nun 396. maddesinde yer alan; "vekaletten azil ve ondan istifa her zaman caizdir" hükmünden kaynağını almaktadır. Ancak bu unsurun her zaman uygulanabileceğini söylemek hayatın akışı ve işin özelliği sebebiyle mümkün olmayabilir. Özellikle hekimlik uygulamalarının söz konusu olduğu durumlarda, yürütülen tedavinin her zaman ve tek taraflı olarak sonlandırılmasının doğru olmayacağı,

<sup>54</sup> **Velidedeoğlu-Özdemir**, Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara, 1987, s.666; **Tandoğan**, s.364; **Yavuz**, s.166; **Olgaç S.**, İçtihatlarla Borçlar Kanunu, C.4, Ankara,1977, s.101; **Zevkliler**, s.171

<sup>55</sup> **Yavuz**, s.206

sözleşmeden ve dolayısıyla hizmetten tek taraflı olarak vazgeçmek isteyen hekimin, öncelikle bazı önlemleri alması gerektiği kabul edilmelidir. Esasen bu kabul vekilin müvekkile karşı özen ve sadakat borçlarıyla da bağlantılıdır. Zira hekim, sözleşme gereği yüklendiği borcu yerine getirirken nasıl hastanın menfaatini göz önüne alarak hareket ediyorsa, bu ediminden vazgeçerken de hastanın zarara uğramaması için gerekli dikkati ve özeni göstermek durumundadır.

### C. Oluşması ve Şekli

Diğer tüm sözleşmeler gibi vekalet sözleşmesi de, karşılıklı icap ve kabulden doğar. Burada icap ve kabul açık olabileceği gibi zımni (örtülü) de olabilir. Nitekim Borçlar Kanunu'nun 387. maddesi bu yönde özel bir hüküm getirerek; “vekilin tevdi edilen işi, idare hususunda, resmi sıfatı varsa veya işin icrası mesleğinin icabından ise yahut bu gibi işleri kabul edeceğini ilan etmiş ise vekalet vekil tarafından derhal reddedilmedikçe kabul edilmiş sayılır” demek sureti ile, sözleşmenin zımni olarak da kurulabileceği belirtilmiştir.<sup>56</sup>

İşin yapılması mesleklerinin gereği vekillere; devletten aldıkları ruhsata dayalı olarak açtıkları özel muayenehanelerde veya özel sağlık kuruluşlarında faaliyet gösteren diş hekimleri örnek olarak gösterilebilir. Bu statüdeki diş hekimleri, kendilerine tedavi amacı ile başvuran hastayı derhal reddetmez ise taraflar arasında zımni olarak vekalet sözleşmesi kurulmuş olur.

Burada, kamu hastanelerinde çalışan ve memur statüsünde bulunan diş hekimlerini ayrı tutmak gerekmektedir. Zira devlet memurları özel hukuk yönünden vekil sayılmamaktadırlar. Kamu hastanelerinde vatandaşlara sunulan hizmetin yaratıcılarından olan diş hekimleri, kamu personeli statüsündedirler ve yerine getirdikleri hizmet de idari faaliyetin bir parçasıdır. Bu nedenle kamu personeli statüsündeki diş hekimi ile hasta arasında herhangi bir sözleşme ilişkisi mevcut değildir.

---

<sup>56</sup> Özkaya, s.257; Tandoğan, s.387; Yavuz, s.166; Zevkliler, s.172

Vekalet sözleşmesi kural olarak Borçlar Kanunu'nun 11. maddesi gereğince hiçbir şekle bağlı değildir. Yazılı olabileceği gibi, sözlü de yapılabilir.<sup>57</sup> Bu durumda vekalet sözleşmelerinin yazılı olmasının sadece ispat bakımından önemli olduğunu söylemek gerekmektedir. Zira vekalet sözleşmesinin varlığının, hükümlerinin ve içeriğinin nelerden ibaret olduğunun ispatı mevzuatımızdaki ispata ilişkin genel kurallara tabidir.

#### **D. Hukuki Niteliği ve Kapsamı**

Borçlar Kanununun sistematigi içerisinde vekalet sözleşmeleri prensip olarak tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerden olmakla birlikte, yukarıda açıklandığı üzere sözleşmede ya da teamülde açıklık olduğu durumlarda vekil edenin ücret ödemesi gerekiyorsa iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme niteliğini kazanmaktadır.

Vekalet sözleşmesinin kapsamı ise, Borçlar Kanunu'nun 398. maddesine göre belirlenir. Söz konusu düzenlemeye göre; vekalet sözleşmesinin kapsamı öncelikle sözleşmede belirlenir. Vekaletin kapsamı sözleşmede açıkça belirtilmemişse ve sözleşmenin yorumlanması sureti ile bir sonuca ulaşılamıyorsa, bu durumda yapılacak işin niteliğine, iş görme ile varılmak istenen amaca, olayın özelliğine, varsa bu konudaki geleneklere göre kapsam belirlenecektir.<sup>58</sup> Uygulamada bir çok vekalet sözleşmesinde, görülecek işin uzmanlık gerektirmesi ve ayrıntısının sözleşmeye yazılmasının olanaksız olması, vekalet sözleşmesinin kapsamının sözleşmede tam olarak belirlenmemesine sebebiyet vermektedir.

Dış hekimleri ile hastalar arasında oluşan vekalet sözleşmelerinde de durum böyledir ve yapılacak tedavinin tüm ayrıntısının sözleşmede belirtilmesinin mümkün olmadığı açıktır. Esasen iş; teşhis ve tedavi gereklerine uygun olarak yapılacak tıbbi bir müdahaledir ve tıbbi müdahaleler farklı usuller uygulanarak gerçekleştirilebilir. Bilindiği üzere teşhis konulduktan sonra uygulanacak tedavi yolları her zaman tek olamayabilmektedir. Örneğin cerrahi müdahale ile tedavi

<sup>57</sup> Velidedeoğlu-Özdemir, s.606; Tandoğan, s.390; Yavuz, s.171, Özkaya, s.258

<sup>58</sup> Yavuz, s.177; Tandoğan, s.392; Zevkliler, s.133; Olguç, s.160; Karahasan MR., Türk Borçlar Hukuku, C.1-6, İstanbul, 1992, s.1219; Özkaya, s.288

edilebilecek bir hastalığın, aynı zamanda ilaç tatbiki ile iyileştirilmesinin mümkün olduğu durumlar olabilir. Alternatif tedavi metotları olarak nitelendirilen bu uygulamalardan hangisinin seçileceği ve dolayısıyla hangisinin vekalet sözleşmesinin konusu olacağı tarafların iradesi ile tespit edilmelidir. Diş hekiminin teşhis ve tedavi, aydınlatma, özen ve sadakat borçları altında incelenecek bu konunun ayrıntılarını aşağıda belirteceğimizden burada değinmiyoruz. Ancak vekalet sözleşmesinin kapsamı ile ilgili açıklamaların yapıldığı bu bölümde, kapsamın tespitinin her zaman tarafların iradeleri doğrultusunda belirlenmesi gerekliliğinin altının çizilmesinde yarar görmekteyiz.

### **E. Vekilin Borçları**

1) Vekil edenin iradesine ve talimatına uygun hareket etme borcu  
Yukarıda vekalet sözleşmesinin unsurları açıklanırken, iş görmenin başkasının menfaatine ve iradesine uygun olarak gerçekleştirilmesi unsuru açıklanmıştı. Esasen bu unsur şimdi vekilin borcu olarak ele alınacaktır. Vekil, vekil edenin irade ve talimatına uygun hareket etmekle yükümlüdür. Talimat, vekalet sözleşmesi yapıldıktan sonra vekil edenin işin görülmesine ilişkin iradesini tek yanlı olarak bildirmesidir.<sup>59</sup> Talimat, vekaletin kapsamını sınırlayıp, yerine getirme şeklini ve özelliklerini belirlemesine karşın, vekil edene, vekalet sözleşesi yapıldığı sırada iş görme veya hizmet olarak kararlaştırılandan daha fazlasını istemek veya vekilin durumunu daha fazla ağırlaştırmak şeklinde değişiklik yapmak yetkisini vermez. Bu gibi hallerde vekil eden yeni bir vekalet icabında bulunmuş sayılır. Bu icap vekil tarafından kabul edilmediği sürece vekil için bir yükümlülük doğurmaz. Kısaca belirtilirse, talimatla vekaletin muhtevası değiştirilemez, kapsamı genişletilemez.<sup>60</sup>

Diş hekimleri ile hastalar arasında gerçekleştirilen vekalet sözleşmelerinde talimatlardan bahsedebilmek çok mümkün olmamaktadır. Zira diş hekimi olan vekilin uzmanlığına giren konularda hastanın talimat verme olanağı oldukça sınırlıdır. Bu durumda hasta tarafından verilen talimat çok genel nitelikli

<sup>59</sup> Tandoğan, s.436; Yavuz, s.196; Özkaya, s.363

<sup>60</sup> Özkaya, s.364

olacaktır. Ancak bu durum, diş hekiminin hastanın iradesi dişında işlemler gerçekleştirmesine, başka bir deyişle vekaletin kapsamının açılmasına ya da kapsam dişına çıkılmasına da sebebiyet vermemelidir. Aksi halde vekalet sözleşmesinin tarafı diş hekimi vekaletsiz iş gören konumuna düşer ve hastanın sözleşme ve talimatla belirttiği iradesine aykırı hareket etmesi sebebiyle doğan zararlardan sorumlu olur.

Hastanın, gerçekleştirilecek iş ile ilgili olarak talimat verecek düzeyde bilgi birikiminden yoksun olması, diş hekiminin teşhis koyma ve uygun tedaviyi tatbik etme yükümlülüğünü kaldırmaz. Hastanın, hastalığı hakkında doğru teşhis yöntemlerinin kullanılarak teşhisi ve uygun bir şekilde tedavisi noktasında varsayımsal bir iradesinin olduğu kabul edilmelidir. Bunun karşılığında ise diş hekiminin “teşhis ve tedavi borcu” yer alır. Diş hekimi, hastalığın tedavisine geçmeden önce gerekli teşhisi koymalı, sonrasında ise uygun tedavi yöntemini belirlemelidir.

Teşhisin konulması, gerçekleştirilecek tedavinin de tespiti bakımından çok önemlidir. Yanlış bir teşhisin konulması durumunda uygulanacak tedavi de yanlış ve/veya gereksiz olabilecek, bu durumda ise hastalığın tedavisinin gecikmesi ya da hiç gerçekleştirilememesi, yanlış tedavi yüzünden hastanın ayrıca zarar görmesi gibi sonuçlar ortaya çıkabilecektir. Teşhisin konulması aşamasında uyulması gerekli kuralların tespiti de ayrıca önem taşımaktadır. Bunun için teşhis amaçlı gerçekleştirilecek işlemlerin neler olduğu üzerinde durulmalıdır. Diş hekimi, kendisine başvuran hastanın şikayetlerinin neler olduğu ve bu şikayetlerin hangi durumlardan kaynaklanabileğine dair bir araştırma yapmalıdır. Hastanın tıbbi geçmişi hakkında bilgilenmek olarak adlandırılabilir ve tıp literatüründe Anamnese olarak tanımlanan bu süreç, hekim ile hasta arasında tam bir diyalogun kurulması ile tamamlanabilir. Diş hekimi, hastanın şikayetlerini ve bu şikayetlere sebep olabilecek tıbbi geçmişini sorgulamalı ve gerekli notları almalıdır.

Tıbbi geçmişe ilişkin bilgilerin alınması ve hastanın şikayetlerinin tespit edilmesinden sonra yapılacak olan ise hastanın muayenesidir. Hekim hastanın muayenesini, tıp biliminin gereklerine uygun olarak



bizzat yapmalıdır. Teşhisin konulmasında, kendisinden önceki hekimlerin muayene bulgularına dayanabilirse de, sadece bu bulgulara dayalı olarak teşhis koyma yoluna gitmemelidir.<sup>61</sup> Hastalığın teşhisinin konulması ile ilgili olarak bu süreç tamamlandıktan sonra teşhise elverişli bulgular elde edilebilir ve sonrasında gerekli tedavi yöntemleri üzerinde konuşulabilir. Ne var ki, günümüz uygulamasında, gerek tıp bilimindeki ilerlemeler, gerekse de teknolojik gelişmelerin tıp uygulamalarına yansımaları sonucunda ve tabi ki, hastalığın özelliğine göre, salt tıbbi geçmiş ve muayene ile teşhis konulamayabilmekte, ileri tetkik ve incelemelerin yapılması gerekebilmektedir. Teşhise yönelik bazı laboratuvar testlerinin yapılması, görüntüleme cihazlarının kullanılması bunlara örnek olarak gösterilebilir. Somut olay bakımından bu incelemelerin gerekip gerekmediğinin tespitinde tıp bilimi ve öngördüğü esaslar dış hekimine yol gösterecektir. Ancak burada üzerinde durulması gerekli bir konu da, anılan incelemelerin aynı zamanda tıbbi bir ameliye özelliği taşımalarıdır. Gerçekten de, hastanın tıbbi geçmişinin alınması ve muayenesi aşamalarında onun vücut bütünlüğüne yönelik bir işlem gerçekleştirilmezken, test için vücut sıvılarının alınması ya da radyolojik görüntüleme incelemeleri sırasında hastanın radyasyon etkisine maruz kalması hastanın vücut bütünlüğünün ihlalini gerektir. Bu nedenle tıpkı tedaviye yönelik ameliyelerin gerçekleştirilmesinde olduğu gibi, bu uygulamaların yapılması aşamasında da hekim, hastayı aydınlatmalı ve onun onamını almalıdır.

Herhangi bir ayırım yapılmaksızın hastaya yönelik olarak gerçekleştirilecek her türlü işlem için aydınlatmanın yapılması ve onamının alınması esastır. Ancak tıbbi geçmişin alınması ve muayene sırasında yapılacak işlemler, bu işlemlerin içeriği ve sonuçları hakkında hasta az çok bilgi sahibi iken, tıbbi bilgi ve uzmanlık gerektiren ileri tetkiklerin içeriği, muhtemel sakıncaları ve sonuçları hakkında hastanın bilgi sahibi olması beklenemez. Dolayısıyla bu yönüyle tedavi ameliyeleri ile benzerlik gösteren tetkikler için hastanı aydınlatılmış onamının alınması, dış hekiminin, hastanın iradesine ve talimatına uygun hareket etme borcu kapsamında değerlendirilmelidir.

---

<sup>61</sup> Ayan , s.65

Yukarıda açıklanan esaslar çerçevesinde gerekli teşhisin konulmasından sonra dış hekiminin tedavi yöntemini belirlemek ve uygulamak yükümlülüğü ortaya çıkmaktadır. Hangi tedavinin uygulanacağını tespit etmek ve belirlemek, uzmanlığı sebebiyle dış hekiminin yapacağı bir işlemdir. Bu tespite hastanın dahil olması veya etki etmesi beklenemez. Ancak hekimin gerek tedavi yönteminin seçilmesinde, gerekse de uygulaması aşamasında, hastanın iradesine uygun hareket edilebilmesi ilkesi, hekime bir başka borç daha yüklemektedir. Bu da hastanın aydınlatılması ve yapılacak tedavi uygulamalarına onamının alınmasıdır.

## 2) Aydınlatma ve vekil edenin rızasını (onamını) alma borcu

Tıbbi girişimler, kişinin (hastanın) vücut bütünlüğüne yönelik bir müdahaleyi bünyesinde barındırması sebebiyle özel hukuk açısından haksız fiile, ceza hukuku açısından ise müessir fiil suçuna sebebiyet verebilecek niteliktedir. Tedavi amacıyla yapılan bu eylemlerin hukuka aykırılığının ortadan kaldırılması, başka bir deyişle hukuka uygun kılınması ise ancak hastanın onamı tahtında gerçekleştirilmeleri ile mümkündür. Onamın geçerliliği ise yeterli aydınlatmanın yapılmasına bağlıdır. Burada özetle değindiğimiz aydınlatma ve onam alma borcu, tezimizin üçüncü bölümünde ayrıntılı olarak incelenmiştir.

## 3) Özen borcu

Vekil, vekalet sözleşmesine dayalı olarak gördüğü işi veya gerçekleştirdiği hizmeti, iyi niyet kurallarına da uygun olarak özenle yerine getirmelidir. Bu husus Borçlar Kanununun 390. maddesinde “vekil, müvekkile karşı vekaleti iyi bir surette ifa ile mükelleftir” demek sureti ile düzenleme altına alınmıştır. Yukarıda da belirtildiği üzere vekil iş görürken amaç edindiği sonucun gerçekleşmemesinden sorumlu değildir. Ancak bu işi görürken yaptığı faaliyeti özenle yürütmelidir. Aksi halde doğacak olumsuzluklardan sorumlu olacaktır. Bu nedenle vekilin, bu borcunun gereği olarak, iş görme ile hedef tutulan sonucun başarılı olması için hayat tecrübelerine ve işlerin mutlak cereyanına göre

gerekli girişim ve davranışlarda bulunması, başarılı sonucu engelleyecek davranışlardan kaçınması gerekmektedir.<sup>62</sup>

Vekilin göstereceği özenin derecesini (ölçüsü) tespit etmek, hangi durumlarda yeterli özenin gösterilmediğini belirlemek açısından önem taşımaktadır. Bu konuda Borçlar Kanununun 390. maddesinde, “vekilin mesuliyeti, umumi surette işçinin mesuliyetine ait hükümlere tabidir” hükmü getirilmiştir. İşçinin özen gösterme borcu ise Borçlar Kanununun 321. maddesinde “işçi taahhüt ettiği şeyi ihtimam ile ifaya mecburdur, kasıt veya ihmal ve dikkatsizliği ile iş sahibine iras ettiği zarardan mesuldür. İşçiye terettüp eden ihtimam derecesi akde göre tayin olunur ve işçinin o iş için muktazi olup iş sahibinin malumu olan veya olması icab eden malumat derecesi ve mesleki vukufu, kezalik istirdat ve evsafı gözetilir” şeklinde belirtilmiştir. Bu düzenlemeye göre özen borcunun derecesini tayin ve tespit edebilmek için biri sübjektif, diğeri objektif iki kıstas öngörülmüştür.<sup>63</sup>

Objektif kıstasa göre, sözleşmeye uygun olarak görülecek işin çeşidi, güçlüğü ve gerektirdiği öğretim ve mesleki bilgi derecesi göz önünde tutulmaktadır. Sübjektif kıstasa göre ise, vekilin, müvekkil tarafından bilinen veya bilinmesi gereken bilgi derecesi, yetenekleri ve diğer nitelikleri hesaba katılmalıdır.

Bu kıstaslar dikkate alındığında, dış hekimlerinin mesleki faaliyetleri sırasında göstermeleri gerekli özenin derecesinin objektif kıstasa göre belirleneceği söylenmelidir. Bu husus öğretilerinde<sup>64</sup> ve uygulamada<sup>65</sup> kabul görmektedir. Uzun süren ve mesleki faaliyet

<sup>62</sup> **Yavuz**, s.231

<sup>63</sup> **Tandoğan**, s.410; **Yavuz**, s.191

<sup>64</sup> **Tandoğan**, s.411; **Yavuz**, s.192; **Ayan**, s.89

<sup>65</sup> “Hasta ile doktorun meslek ilişkisi vekillik sözleşmesine dayanır. Vekil, iş görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden değil, bu sonuca ulaşmak için yaptığı uğraşların özenle görülmemesinden sorumludur. Vekilin sorumluluğu, genel olarak işçinin sorumluluğuna ilişkin kurallara bağlıdır. Vekil, işçi gibi özenle davranmak zorunda olup hafif kusurundan bile sorumludur. O nedenle, doktorun meslek alanı içinde olan bütün kusurları (hafif de olsa) sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir.” (Y. 13. HD. 04.03.1994 T. 1994/8537 E. 1994/2138 K.)

süresince dahi devam eden eğitimler sonucu edinilen bir diploma ve bu diplomaya dayalı olarak devlet tarafından verilen bir ruhsatname ile faaliyet gösteren diş hekimlerinin, gerçekleştirdikleri işlemlerin önemi ve güçlüğü de dikkate alındığında yüksek derecede özen göstermeleri gerekliliği de kendiliğinden anlaşılmalıdır. Başka bir deyişle diş hekimi; “genellikle kabul edilen ve tıp biliminin uygulanması artık mutlak usul haline almış olan ilkelerini bilmek ve sanatının kurallarına göre doğru teşhisi koyup bu teşhise uygun bir tedavi tavsiye etmek ve bu tedaviyi gerekli her türlü ihtiyat tedbirlerini alarak uygulamak zorundadır.”<sup>66</sup>

Diş hekiminden beklenen özenin derecesinin tespitinde objektif kıstas dikkate alındığından, yapılacak tıbbi ameliyenin güçlüğü ve tehlikeliliği de değerlendirmeye katılmalıdır. Beklenen özen, işin tehlikeliliği ve güçlüğü ile doğru orantılıdır. Konu insan sağlığı olduğunda, yapılacak işleri önemli, az önemli ya da önemsiz olarak sıralandırmak mümkün olmayabilir, ancak bu işlemlerin yaratacağı tehlike ve güçlük derecesi bir azlık çokluk değerlendirmesine tabi kılınabilir. Örneğin bir cerrahi girişim ile ağrıyı azaltmak için uygulanacak enjeksiyonun aynı tehlikeye veya güçlük derecesine sahip oldukları söylenemez. Bu durumda diş hekimleri gerçekleştirecekleri ameliyenin tehlikelilik ve güçlük derecesine göre gerekli özeni göstermek durumundadırlar.

Vekalet sözleşmesinin tarafı olan diş hekiminin özen borcu yalnız teşhis ve tedavi ile sınırlı olmayıp, tıbbi uygulamayı hukuka uygun duruma getiren hukuk normları ve deontoloji kurallarının uygulanmasında ve diğer borçlarının ifasında da özen borcu söz konusudur. O halde diş hekimi, aydınlatma, hastanın onamını alma, sır saklama gibi borçların ifasında da özenli davranmak durumundadır.

Diş hekimi, teşhis için gerekli işlemleri yaparken, gerek doğru teşhisin konulması gerekse de teşhis işlemleri aşamasında hastanın zarara uğramaması için, özen gösterme yükümlülüğüne uymak durumundadır. Yukarıda açıklandığı üzere, hekim teşhis aşamasında, hastanın vücut bütünlüğüne yönelik olmayan işlemlerin yanı sıra

---

<sup>66</sup> Tandoğan, s.416, Ayan, s.89

(tıbbi geçmişin alınması, muayene), biyolojik materyallere dayalı olarak yapılan testler ve radyolojik incelemeler gibi vücut bütünlüğünü bozan incelemelere de karar verebilir. Bu işlemler gerçekleştirilirken, özen borcunun bir gereği olarak lüzumsuz yere hastayı zarara uğratabilecek ameliyelerden kaçınılmalıdır.

Diş hekimi, hastalığın tedavisine yönelik olarak en uygun yöntem karar verecek olan kişidir. En uygun yöntem, belirlenen hastalığın tedavisi için riski en az ve fakat başarı şansı en yüksek olan yöntemdir. Bu konuda hekime “en güvenilir yol prensibi” yardımcı olacaktır.<sup>67</sup> Uygulanacak tedaviye karar vermek hekimin uzmanlığı olmakla beraber, hastayı aydınlatarak ve onamını alarak tedaviye dahil etmeyen hekimin özenli davrandığından bahsedilemez. Tedavi yönteminin seçiminde karşılaşılabilecek başka bir durum da, bir hastalığın tedavisine yönelik alternatif tedavi yöntemlerinin bulunduğu hallerdir. Örneğin cerrahi bir girişimle tedavi edilebilecek bir hastalık, aynı zamanda ilaç tatbiki ile de tedavi edilebilir. Bu tedavilerin süreleri, başarı şansları, yan etkileri ile, muhtemel risk ve komplikasyonları farklılık gösterecektir. Bu noktada yapılması gereken tedaviye hasta ile birlikte karar vermektir. Zira kimi hastalar, çok daha uzun bir sürece yayılacak olması, başarı şansının daha düşük bulunmasına rağmen ilaç tedavisini cerrahi girişime tercih edebilecekken, kimileri tam tersine düşünebilirler. Bu konuda kişinin kendi geleceği üzerinde karar verme hakkının bulunduğu bir kez daha dikkat çekilmelidir.

Bu noktada yapılması gerekenler ve yapılmaması gerekenlerin olduğu açıktır. Doğru teşhis için ayrıntılı bir tıbbi geçmişin alınması, hastanın bilimsel gerekliliklere uygun şekilde muayenesi, muayene sırasında kişinin özel hayatına ve mahremiyetine saygı, yapılacak her türlü işlem için hastanın aydınlatılması ve onamının alınması, vücut bütünlüğünü ihlal edici mahiyet taşıyan incelemelerin ancak gereklilik halinde yapılması, başka deyişle tıbbi gereklilik olmadıkça hastayı maddi ve manevi açıdan zora sokacak lüzumsuz incelemelerden kaçınılması, hastalığın tedavisi için uygun yöntemin seçilmesi, muhtemel risk ve komplikasyonlar hakkında hastanın aydınlatılması, alternatif tedavi usulleri hakkında bilgi verilmesi ve

---

<sup>67</sup> Ayan, s.91

hastanın onamı alınarak tedaviye katılımının sağlanması, hastaya ait sırların saklı kalması için gerekli özenin gösterilmesi yapılması gerekenler arasında sayılabilir. Hastayı bizzat muayene etmeyerek sadece önceki tarihlerde muayene yapmış bir hekimin bulgularından yararlanarak teşhis koymaya çalışmak veya telefon ile kendisine verilen bilgiler ışığında teşhis ya da tedaviye yönelik kararlar vermek, tıbbi açıdan gereklilik olmadan ileri tetkiklere girişmek, hastayı yeterince aydınlatmadan ve onamını almadan tıbbi işlemler gerçekleştirmek, hastanın mahremiyetini ve özel hayatını ihlal edecek şekilde kendisi hakkında edinilen bilgileri başkaları ile paylaşmak gibi davranışlar ise yapılmaması, başka bir deyişle kaçınılması gerekli hareketlerdir.

Yukarıda belirlenen şekilde, teşhis ve tedavi aşamaları ile, bunlara bağlı olan yan borçların ifası sırasında gerekli tüm özeni sarfetmiş hekimin, tedavi sonucunun elde edilememesinden, başka deyişle hastalığın iyileşmemesinden sorumlu olmayacağı açıktır. Esasen vekalet sözleşmesinin niteliği gereği, dış hekimi üzerine aldığı iyileştirme ameliyesini özenle yapmaktan sorumludur ve asla bir sonuç garantisi veremez.

Özen borcunun yerine getirilip getirilmediği, başka bir deyişle özen borcuna aykırı bir davranışın varlığı müvekkil tarafından ispat edilmelidir.<sup>68</sup> Hekim ile hasta ilişkisinde, müvekkil durumunda olan hasta, meydana çıkan kötü (istenmeyen) sonucun, vekilin (dışhekim) mesleğin kurallarına uygun olmayan davranışları sebebiyle oluştuğunu ispat etmelidir. Ancak yukarıda da açıklandığı şekilde, dış hekiminin uzmanlığı karşısında daha bilgisiz ve güçsüz taraf olan hastanın ispat yükünü ağırlaştırmak ispatı ve dolayısıyla gerçeğin ortaya çıkmasını imkansız hale getirebilecektir. Bu nedenle istenmeyen ve beklenmeyen bir sonucun varlığı ispat eden hastanın, dış hekiminin özensiz olduğunu da dolaylı olarak ispatladığı kabul edilmelidir. Bu iddia karşısında hekim, istenmeyen durumun ortaya çıkmasında kusursuz olduğunu ispatlamak durumundadır.<sup>69</sup> Hekimin meydana gelen zarardan sorumlu tutulması için, mesleki standartlardan ayrıldığıının ortaya konulması gerekmektedir. Mesleki

---

<sup>68</sup> Tandoğan, s.432; Yavuz, s.232

<sup>69</sup> Ayan, s.94

standartların ne oldu ve nasıl tespit edileceğine ilişkin açıklamalar tezimizin üçüncü bölümünde yer almaktadır.

#### 4) İşi bizzat yapma (şahsen ifa) borcu

Vekilin bu borcu, Borçlar Kanununun 390. maddesinde; “vekil başkasını tevkile mezun veya hal icabına göre mecbur olmadıkça ve adet başkasını kendi yerine ikameye müsait bulunmadıkça müvekkilünbihi kendisi yapmaya mecburdur” şeklinde düzenleme altına alınmıştır. Bu düzenlemeden de açıkça anlaşılacağı üzere, vekil öncelikle işi bizzat yapmak durumundadır. Ancak bunun üç istisnası mevcuttur:

Birinci istisna, vekilin işi başkasına gördürmesi noktasında, vekil ile müvekkil arasında bir anlaşmanın olması halidir. Bu anlaşma vekalet sözleşmesinin kurulduğu aşamada olabileceği gibi, daha sonradan da yani edimin ifası aşamasında da gerçekleşebilir. İkinci istisna, örf ve adet gereği işin başkasına gördürülmesidir. Üçüncü istisna ise halin icabı gereği işin başkasına gördürülmesidir. Bunun için vekilin kendisine tevdi edilen işi veya bu işin bir kısmını bizzat görmekte fiili veya hukuki bir imkansızlığı olmalı ve işi başkasına gördürmeye mecbur kalması gerekmektedir. Bu gibi durumlarda vekil seçeceği kimsenin de kendisi gibi ehliyetli olmasına özen göstermelidir.<sup>70</sup>

Diş hekimi ile hasta arasındaki vekalet ilişkisi genel olarak bir güvene dayanmaktadır. Hastanın hekimini seçme hakkına etki eden sebepler, onun hekimine duyduğu güven ve ona olan inancıdır. Bu nedenle hekim ve hasta arasındaki vekalet ilişkisinde, işin bizzat yapılması borcu büyük önem taşımaktadır. Burada tartışılması gereken, yukarıdaki istisnaların hekim hasta ilişkisinde de geçerli olup olmayacağıdır.

Hekim ile hastanın işin bir başkasına yaptırılabilmesi üzerinde anlaşmaları mümkündür. Bu anlaşma sözleşmenin kurulduğu aşamada olabileceği gibi, işin gerçekleştirilmesi sırasında da söz konusu olabilir. Birkaç diş hekimin birlikte çalıştığı bir polikliniğe ya da muayenehaneye başvuran hastanın, burada çalışan hekimlerden herhangi birinin veya birkaçının gerçekleştireceği

---

<sup>70</sup> Özkaya, s.390

işlemleri kabul etmesi ve bu yönde irade açıklamasında bulunması durumunda, teşhis, tedavi ve tedavinin uygulanması işlemleri farklı hekimler tarafından yerine getirilebilecektir. Burada tartışılması gereken, vekalet sözleşmesinin tarafı olan hekimin kim olduğudur. Böyle bir durumda, birlikte çalışan hekimlerden sadece birinin sözleşmenin tarafı olabileceği gibi, her bir hekimle ayrı ayrı sözleşmeler de kurulmuş olabilir. Hastanın, birlikte çalışan dış hekimlerinden sadece biri ile anlaşması ve asıl teşhis ve tedavinin bu hekim tarafından üstlenilmesi ve gerçekleştirilmesi ve diğer hekimlerin sadece asıl sözleşme borçlusu dış hekimin bulunmadığı durumlarda tedavinin bir kısmına dahil olmaları halinde vekalet sözleşmesinin tarafı tek bir hekim olacak ve diğer hekimler ise ikame hekim (ikame vekil) durumunda çalışacaklardır. Aksi halde, yani uygulanacak ameliyelerin birlikte çalışan hekimlerden herhangi biri tarafından gerçekleştirilebileceği yönünde bir anlaşmanın olması durumunda birden çok vekalet ilişkisinden bahsedilecektir.

Bilindiği üzere teşhis ve tedavi, her zaman kısa sürede ve tek bir eylemle gerçekleştirilip bitirilemeyecek derecede kapsamlı ve süreklilik arzeden işlemler zincirinden oluşabilir. Bu durumda hastanın birden fazla kereler hekime gelmesi, yapılan bir uygulamanın sonuçlarının bir süre beklenmesi ve ortaya çıkacak duruma göre yeni ameliyelerin gerçekleştirilmesi söz konusudur. Süreklilik taşıyan bu süreçte vekalet sözleşmesinin tarafı dış hekiminin bizzat bulunamayacağı durumlar olabilir. Esasen hekimin tedaviyi aksatmayacak şekilde randevu tarihlerini ayarlaması ve hastanın zarara uğramadan ve gecikmeden tedavi edilmesi, özen borcunun bir gereğidir. Bu gereklilik aynı zamanda hastanın zamanına saygı ilkesinin de bir sonucudur. Tüm bu gerekliliklere rağmen dış hekimi bizzat bulunamayacağı durumlarda, tedavinin aksamaması ve muhakkak suretle o tarihte yapılması gerekli ameliyeler için başka bir dış hekimi ile anlaşarak işin bir kısmını ona devredebilir. Aksi halde gecikmesinde büyük sakınca ve tehlikeler bulunan bir ameliye gerçekleştirilemeyecek ve hasta bundan zarar görecektir. Bu durumda, seçilecek hekimin de en az kendisi gibi ehliyet sahibi bir uzman olması, hastanın önceden bu durumdan bilgilendirilmesi de dış hekiminin özen borcunun bir gereğidir.



Diğer tıp dallarında olduğu gibi, diş hekimliği uygulamalarında da belli dallarda uzmanlaşmanın olduğu bir gerçektir. Dolayısıyla kendi uzmanlık alanında olmayan bir işin yapılması, çok acil ve hayati durumlar dışında, o hekimden beklenemez. Bu durumda hekim uyguladığı tedavi sürecinde yer alan ve kendi uzmanlığı alanına girmeyen bir ameliyenin, başka bir hekim tarafından gerçekleştirilmesini isteyebilecektir. Ortodontik bir uygulama sırasında çene cerrahisi gerektirecek bir durumun gereklilik kazanması halinde, bu işlemin cerrahi uzmanlığı olan bir diş hekimi tarafından gerçekleştirilmesi buna örnek olabilir. Esasen bu durumda ilk hekim ile hasta arasındaki vekalet ilişkisi askıya alınacak ve ikinci hekimle hasta arasında yeni bir vekalet sözleşmesi oluşacaktır. Bu nedenle ikinci hekimin gerçekleştireceği işlemlerden doğan zararlardan birinci hekimin sorumlu olması beklenemez.

Bu hallerin dışında ve yetkisi dışında başka bir hekimi tevkil eden diş hekiminin, onun fiillerinden kendi yapmış gibi sorumlu olacağı Borçlar Kanunu'nun 391. maddesinde hüküm altına alınmıştır.

Seçilen bu kişiler vekilin yardımcıları ile karıştırılmamalıdır. Vekilin yardımcı kişiler kullanması Borçlar Kanununun 390. maddesinde sayılan koşullara bağlı değildir. Vekil yardımcı kişilerin eylemlerinden Borçlar Kanununun 391. maddesi hükmüne göre değil, 100. maddesi hükmüne göre yani adam çalıştıran sıfatı ile sorumlu olur.<sup>71</sup>

##### 5) Sadakat borcu

Taahhüt edilen işin müvekkilin menfaat ve iradesine uygun şekilde görülmesi esasının bir sonucu olan sadakat borcu, aslında bir üst kavramdır. Özellikle Borçlar Kanununun 386. ve devamı maddeleri anlamındaki vekalet sözleşmesi bakımından, “sır saklama, müvekkilin yeni bir tutum izlemesi gerektirecek olayları kendisine bildirme, hesap verme ve alınan şeyleri iade” gibi diğer bir kısım yükümlülükler hep bu sadakat borcundan doğarlar.<sup>72</sup>

---

<sup>71</sup> Özkaya, s.390

<sup>72</sup> Tandoğan, II, s.408; Ayan, s.87

Hekim ile hasta arasındaki vekalet ilişkisinde, hayat, vücut bütünlüğü ve sağlık hakkı gibi üstün kişilik değerleri ve haklar söz konusu olduğundan, sadakat borcu riayet büyük önem taşımaktadır. Kişinin kendi geleceği ve vücut bütünlüğü hakkında tasarruf yetkisi kısıtlı olmakla beraber, şahsa sıkı surette bağlı bu kısıtlı yetkinin, sözleşme hükümleri çerçevesinde bir hekime bırakılmasının en büyük sebebi ona duyulan güvendir. İşte hekim bu güvene uygun olarak hastaya karşı dürüst davranmalı, onun güvenini sarsacak davranışlardan kaçınmalı, her işlemde hastanın yararını gözetmelidir.

Sadakat borcu hekime, hastanın yararını kendi çıkarından önde tutma, öncelikle hastanın gerçek ve muhtemel iradesini, sonra da yararını daima göz önünde bulundurma, uygun şekilde ve zamanlarda hastayı bilgilendirme, tavsiyelerde bulunma ve sır saklama gibi borçları da içerir. Özen borcu için görülmesi sırasında devam eden bir borçtur. İş bittikten sonra özen borcundan bahsedilemeyeceği halde sadakat borcu iş bittikten hatta vekalet sona erdikten sonra dahi devam eder. Bu itibarla örneğin hastaya ait sırların saklanması, vekalet sözleşmesinin süresi ile sınırlı olmayıp süreklilik arzeder.<sup>73</sup> Hekim, özellikle kendi parasal çıkarını hastanın çıkarından hiçbir zaman üstün tutmamalıdır. Salt tedavi ücretini artırabilmek için hastaya yanlış bilgi verilmesi veya tedavinin gereksiz şekilde uzatılması sadakat borcunu ihlal eder. Aynı şekilde hekimin, amaca elverişli olmadığını bildiği bir tedaviyi sırt ücret almak için uygulamaması gerekir.<sup>74</sup>

Sadakat borcuna aykırı davranıldığı düşüncesinde olan hasta, vekalet sözleşmesine dayanarak diğ hekim hakkında tazminat davası açabileceği gibi, koşulları oluşmuşsa inancın kötüye kullanılması suçu sebebiyle hekim hakkında ceza kovuşturması yapılması için şikayetçi de olabilir.

#### 6) Sır saklama borcu

Karşılıklı güven ilişkisinin ve sadakat borcunun bir sonucu olarak vekil, vekaleti icrası dolayısıyla öğrendiği müvekkiline ait sırları

<sup>73</sup> Tandoğan, s.407

<sup>74</sup> Tandoğan, s.408; Ayan, s.88

saklamakla yükümlüdür. Vekilin sır saklama borcu, tıbbi uygulamalarda karşımıza hayıtların tutulması, saklanması, hastaya ait sırların gizliliği ve hasta mahremiyetine saygı gösterilmesi yükümlülüğü olarak çıkmaktadır. Bu konu hakkında ayrıntılı açıklamalar tezimizin üçüncü bölümünde yapıldığından burada ayrıntıya girilmemektedir.

#### 7) Hesap verme borcu

Vekilin hesap verme borcu, Borçlar Kanununun 392. maddesinde; “Vekil, müvekkilin talebi üzerine yapmış olduğu işin hesabını vermeye... mecburdur” hükmü ile düzenleme altına alınmıştır. Her ne kadar düzenlemede vekilin, “müvekkilin talebi üzerine” hesap vereceği belirtilse de, gerektiği zamanda hesabın doğru olarak verilebilmesi için vekil bazı yükümlülükleri yerine getirmelidir. Bu yükümlülüklerin başında kayıt tutma yan borcu yer almaktadır. Gerçekten de vekalet sözleşmesi süresince yapılan işlere ilişkin kayıtların tutulmaması halinde hesap verme aşamasında ortaya çıkması muhtemel anlaşmazlıklarda ispat zorluğu yaşanacaktır.

Hekim hasta ilişkisinde gerçekleştirilen her türlü tıbbi işlemin de kaydı tutulmalıdır. Bu kayıtlar ilerinde kaynaklanabilecek anlaşmazlıklarda delil olarak kullanılabilmesi gibi, bunun da öncesinde hekimin teşhis ve seçilecek tedavi yöntemi üzerinde sağlıklı karar vermesine ve tüm tedavi sürecinde kararların denetimine imkan sağlayacaktır. Hastanın tıbbi geçmişinin, muayene bulgularının, teşhise yönelik olarak gerçekleştirilen ileri tetkiklerin ve tedavi uygulamalarının kayıtlı olması, muhtemel bir hekim değişikliği durumunda da işe yarayacak ve yeni hekimin tüm bu incelemeleri boş yere tekrarlamasına gerek kalmayacaktır. Bu fayda, hastalığın ileride tekrarlaması ya da başka bir hastalığın ortaya çıkması durumunda da söz konusu olacaktır.

Hekim tarafından tutulacak bu kayıtların hastaya ait özel bilgiler içermesi sebebi ile gizli tutulması, yukarıda ayrıntılı olarak açıklanan sadakat ve sır saklama yükümlülüğünün de bir gereğidir. Ancak vekil eden sıfatı ile hasta bu kayıtları her zaman inceleyebilir ve kayıtlarda bir yanlışlık varsa düzeltilmesini talep edebilir.

Hastanın bu hakkı, Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 16. ve 17. maddelerinde düzenlenmiştir.<sup>75</sup>

## V. Eser Sözleşmesi

### A. Tanımı

Eser sözleşmesi, Borçlar Kanununun 11. babında, 355 ile 371. maddeleri arasında yer alan hükümlerle düzenlenmiştir. Kanunda “istisna akti” olarak isimlendirilen eser sözleşmesinin tanımı 355. maddede yer almaktadır. Buna göre; “İstisna bir akittir ki, onunla bir taraf (müteahhit), diğer tarafın (iş sahibi) vermeyi taahhüd eylediği semen mukabilinde bir şey imalini iltizam eder”. Öğretide kanuni terim olması dolayısıyla istisna sözleşmesi deyimini tercih eden yazarlar<sup>76</sup> olduğu gibi, eser sözleşmesi terimini kullanan yazarlar<sup>77</sup> da bulunmakta ve bu terimin kullanılması yaygınlaşmaktadır.

Eser sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Bu sözleşme ile müteahhit bir eser meydana getirmeyi, iş sahibi de

---

<sup>75</sup> Kayıtları İnceleme

Madde 16- Hasta, sağlık durumu ile ilgili bilgiler bulunan dosyayı ve kayıtları, doğrudan veya vekili veya kanuni temsilcisi vasıtası ile inceleyebilir ve bir suretini alabilir. Bu kayıtlar, sadece hastanın tedavisi ile doğrudan ilgili olanlar tarafından görülebilir.

Kayıtların Düzeltilmesini İsteme

Madde 17- Hasta; sağlık kurum ve kuruluşları nezdinde bulunan kayıtlarında eksik, belirsiz ve hatalı tıbbi ve şahsi bilgilerin tamamlanmasını, açıklanmasını, düzeltilmesini ve nihai sağlık durumu ve şahsi durumuna uygun hal'e getirilmesini isteyebilir.

Bu hak, hastanın sağlık durumu ile ilgili raporlara itiraz ve aynı veya başka kurum ve kuruluşlarda sağlık durumu hakkında yeni rapor düzenlenmesini isteme haklarını da kapsar.

<sup>76</sup> **Tandoğan**, s.1,2; **Göktürk, H.A.**, Borçlar Hukuku 2. kısım, Aktin Muhtelif Nevileri, Ankara, 1951, s.498; **Yavuz**, s.59; **Uçar, A.**, İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara, 2003, s.5

<sup>77</sup> **Tunçomağ, K.**, Borçlar Hukuku, C.2, Özel Borç İlişkileri (Aktin Muhtelif Nevileri), İstanbul, 1977, s.949; **Öz, M.T.**, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul, 1986, s.5; **Zevkliler**, s.150; **Şenocak, Z.**, Eser Sözleşmesinde Aybın Giderilmesini İsteme Hakkı, Ankara, 2002, s.5

bunun karşılığında bir ücret ödemeyi borçlanmaktadır.<sup>78</sup> Eser sözleşmesi bir iş görme borcu doğuran sözleşme olmakla birlikte, bu sözleşmenin konusu açısından önemli olan iş görme sonucunda ortaya çıkan sonuç yani eserdir. Dolayısıyla müteahhidin sadece sonucu gerçekleştirmeye yönelik faaliyetlerde bulunması onu sözleşmeden kaynaklanan borcundan kurtarmamakta, ancak sözleşmede tarif edilen sonuç meydana gelirse borcunu ifa etmiş sayılmaktadır.<sup>79</sup> Bu nedenle, müteahhidin edim yükümlülüğü bir sonuç borcudur.<sup>80</sup>

## B. Unsurları

### 1) Müteahhit tarafından bir eserin meydana getirilmesi

Eser kavramının kapsamına nelerin gireceği öğretide tartışılmaktadır. Kanuni tarifi ile müteahhit “bir şey” imal etmekle yükümlüdür. Eser kavramını maddi varlığı olan şeylere hasredenler<sup>81</sup> bulunduğu gibi, maddi olmayan varlıkların da eser olarak kabul edilmesi lazım geldiği yönünde görüşler<sup>82</sup> mevcuttur. Esasen öğretilerde bu konuda çok farklı görüşler olmakla birlikte, genel kabul, kendi içinde bir bütünlüğe sahip, belli ölçüde belirlenebilir nitelik taşıyan her iş görme sonucu eser sözleşmesinin konusunu oluşturabilir.<sup>83</sup> Bir eserin meydana getirilmesi dendiğinde, ilk planda, var olmayan bir şeyin imali anlaşılmaktadır. Ancak eserin meydana getirilmesi ile ifade edilmek istenen sadece yeniden imal değil, var olan bir eser üzerinde gerçekleştirilen tamir, yenileme, bakım, temizleme ve imha ete gibi iş görmeler de bir eser meydana getirme olarak kabul edilmelidir.

Eğer yüklenilen netice, yükümlülük altına girenin gücü dışında kalan faktörlere bağlı ise bu neticenin taahhüt edilmesi ve dolayısıyla eser

<sup>78</sup> Şenocak, (Eser), s.5

<sup>79</sup> Yavuz, s.59; Göktürk, s.498; Olgaç, s.884; Zevkliler, s.150

<sup>80</sup> Şenocak, eser, s.13

<sup>81</sup> Yavuz, s.60’da 12 numaralı dipnotta belirtilen yazarlar.

<sup>82</sup> Şenocak, eser, s.13; Yavuz, s.60; Tandoğan, s.16; Öz, s.7; Uçar, s.9; Tunçomağ, s.953; Olgaç, s.885; Bilge, s.213; Dalamanlı, L., Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara, 1977, s.595; Dayınlı, K., İstisna Aktinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü, Hüküm ve Sonuçları, Ankara, 1988, s.7

<sup>83</sup> Şenocak, eser, s.17

sözleşmesinin konusu olması mümkün değildir. Bu bağlamda iyileştirmeye yönelik olarak yapılan faaliyette hekim sonuç garantisi veremeyeceğinden istisna değil, olsa olsa vekalet sözleşmesi söz konusu olacaktır. Ancak dişler için salt estetik amaçlı olarak köprü, dolgu veya protez yapılmasında, diş hekiminin teknik bir imalatı söz konusu olduğundan istisna sözleşmesi düşünülmelidir.

2) Eser karşılığında bir ücretin ödenmesi, sözleşmenin ikinci unsuru olarak belirlenebilir. Taraflar ücretin miktarını açık olarak sözleşmenin başında belirleyebilecekleri gibi, eserin yapımı aşamasında da tespit edebilirler. Ücretin bütün eser için tek bir rakam olarak veya çeşitli işler ve masraflar karşılığında veya parça başına birim fiyat olarak belirlenmesi, sözleşmenin eser sözleşmesi olma niteliğini değiştirmeyecektir.

3) Son olarak eser sözleşmesinin oluşması için tarafların karşılıklı olarak anlaşmaları gerekmektedir. Diş hekimi ile hasta arasında gerçekleşen eser sözleşmeleri, konusu itibarı ile diğer sözleşmelerden bir miktar farklıdır. Zira gerçekleştirilecek eser, kişinin vücudunda kullanacağı bir şeydir ve yapımı teknik bir uzmanlık gerektirdiğinden eserin niteliklerine, kişinin bedeni üzerinde göstereceği muhtemel etkilere, yapılışı sırasında oluşabilecek zararlara ve sonuca varılabilmesi için hasta tarafından uyulması gerekli kurallara ilişkin olarak iş sahibi hastanı bilgilendirilmesi gerekmektedir. Bu durumda müteahhidin aydınlatma ve hastanın onamını alma borcu diş hekimi ile hasta arasında yapılan eser sözleşmelerinde önem kazanmaktadır.

### **C. Oluşması ve Şekli**

Eser sözleşmesinin oluşması için karşılıklı icap ve kabulün açık ya da örtülü (zımni) olarak beyan edilmesinin yeterli olduğunu yukarıda belirtmiştik. Bunun dışında sözleşme herhangi bir şekil şartına bağlı değildir ve yazılı olabileceği gibi sözlü olarak da kurulabilir.

Diğer tüm sözleşmeler gibi vekalet sözleşmesi de, karşılıklı icap ve kabulden doğar. Burada icap ve kabul açık olabileceği gibi zımni (örtülü) de olabilir. Nitekim Borçlar Kanunu'nun 387. maddesi bu

yönde özel bir hüküm getirerek; “vekilin tevdi edilen işi, idare hususunda, resmi sıfatı varsa veya işin icrası mesleğinin icabından ise yahut bu gibi işleri kabul edeceğini ilan etmiş ise vekalet vekil tarafından derhal reddedilmedikçe kabul edilmiş sayılır” demek sureti ile, sözleşmenin zımni olarak da kurulabileceği belirtilmiştir.<sup>84</sup>

#### **D. Hukuki Niteliği ve Kapsamı**

Yukarıda da belirtildiği üzere eser özleşmesi, ivazlı, şekle tabi olmayan, rızai nitelikte tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir.<sup>85</sup> Aynı zamanda eser sözleşmesinin tarafı müteahhidin, iş sahibine nazaran bağımsız olarak işini görmesi ve ani edimli bir sözleşme olması, bu sözleşmeyi vekalet sözleşmesinden ayıran özelliklerdendir.

#### **E. Müteahhidin Borçları**

##### 1) Müteahhidin özen borcu

Borçlar Kanununun 356. maddesine göre; “müteahhidin mesuliyeti, umumi surette işçinin hizmet aktindeki mesuliyetine dair olan hükümlere tabidir.” Bu hükümden de anlaşılacağı üzere, müteahhit, hizmet sözleşmesinde işçiden beklenen derecede özen göstermekle yükümlüdür. Ancak müteahhidin, iş sahibine oranla işten daha iyi anlaması, iş sahibinden talimat alma hususunda daha bağımsız durumda bulunması sözkonusudur ve bu da onun sorumluluğunun işçiye göre daha ağır olarak taktir edilmesini gerektirecektir.<sup>86</sup>

Özen borcu, dış hekimi ile hasta arasında gerçekleştirilen eser sözleşmelerinde daha ön plana çıkmaktadır. Zira eser sözleşmesi, niteliği itibariyle sonuç sorumluluğunun söz konusu olduğu bir sözleşmedir. Başka bir deyişle müteahhit sonuca ulaşırken gösterdiği faaliyetlerden değil, daha çok hedeflenen sonuca başarılı bir şekilde ulaşmaktan sorumludur. Ancak dış hekiminin gerçekleştireceği eser, hastanın vücudunda kullanılacaktır ve bu eserin meydana getirilmesi

<sup>84</sup> Özkaya, s.257; Tandoğan, s.387; Yavuz, s.166; Zevkliler, s.172

<sup>85</sup> Karahasan, s.51; Yavuz, s.66

<sup>86</sup> Selçi, Ö., İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul, 1978, s.92

sırasında da hekim hastanın bedeni üzerinde bazı ameliyeler gerçekleştirecektir. Bu itibarla hekimin sadece başarılı sonuçtan sorumlu tutulması ve faaliyeti sırasında özenli davranmasının kendisinden beklenmemesi düşünülemez. Diş hekimi eserin gerçekleştirilmesi amacıyla yaptığı her tıbbi uygulamada, hastanın zarara uğramaması için gerekli tedbirleri almalı ve özenli davranmalıdır. Aynı zamanda diş hekimi, faaliyetleri sırasında mesleki ilke ve kurallara uygun davranmalı, kendi uzmanlık alanına girmeyen işleri yapmaktan kaçınmalıdır. Müteahhidin özen borcu eserin teslimine kadar devam etmekte, aynı zamanda gereklilik halinde iş sahibini eserin kullanma şekli hakkında bilgilendirme yükümlülüğünü de içermektedir.

Borçlar Kanununun 358. maddesine göre; iş sahibi, işin yapılması sırasında müteahhidin kusuru sebebi ile işin ayıplı veya sözleşmeye aykırı bir surette yapılacağını kesinlikle tahmin edilmesinin mümkün olduğu durumlarda, işin müteahhide düzeltilmesi, bu mümkün olmadığı takdirde bir başkasına yaptırılması imkanına sahiptir. Bunun için şu şartların gerçekleşmesi gerekmektedir:

Yukarıda belirtilen kanun hükmünün uygulanması için ilk şart, eserin yapımının halen devam ediyor olması ve bu aşamada işin ayıplı ya da sözleşmeye aykırı olarak bitirileceğinin kesin olarak tahmin edilmesi gerekmektedir. Aksi halde yani iş ayıplı ya da sözleşmeye aykırı olarak tamamlandığı durumda artık bu hükümden değil, sözleşmeye aykırılığı düzenleyen Borçlar Kanununun genel hükümlerinden yararlanılacaktır. Bir protezin şeklinin ya da rengi, ölçüsü vb. gibi özelliklerinin veya protezin yapımında kullanılan malzemenin sözleşmeye ve dolayısıyla hastanın isteğine aykırı olarak seçilmesi ve bu durumun ölçü alınması ya da prova aşamalarında hasta tarafından fark edilmesi buna bir örnek olarak gösterilebilir.

İkinci şart, müteahhidin kusurunun bulunmasıdır. Diş hekiminin kendisinin değil ama yanında çalışan diş teknisyeninin hatalı olması ya da sipariş ettiği malzemelerin yanlış gelmesi gibi üçüncü kişilerin kusurlarından da yine müteahhit durumunda olan diş hekimi sorumlu olacaktır.



İş sahibi tarafından müteahhide işi düzeltmesi için makul bir sürenin verilmesi ve bu süre içinde gerekli düzeltmeyi yapmadığı takdirde işin başkasına yaptırılacağı ihtarında bulunulması ise üçüncü şart olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu süre dolduktan sonra iş sahibi dilerse işi üçüncü bir kişiye yaptırarak masrafları müteahhitten talep edecek, dilerse hiç bu yola gitmeyip, uğradığı zararın tazminini taleple yetinebilecektir.

## 2) Müteahhidin Sadakat Borcu

Müteahhidin sadakat borcu onun dürüst davranma yükümlülüğünün de bir sonucudur. Müteahhit eseri meydana getirirken iş sahibinin yararına hareket etmeli ve onu zarara uğratabilecek davranışlardan kaçınmalıdır. Eser sözleşmesinin tarafı müteahhidin, tıpkı vekalet sözleşmesinde olduğu gibi, sır saklama borcu da sadakat yükümlülüğünün bir parçasıdır. Müteahhidin bu borca dayalı sorumluluğunun ayrıntıları, vekalet sözleşmesi açıklanırken ayrıntılı olarak belirtildiği için burada ayrıca tekrarlanmayacaktır.

## 3) Müteahhidin işi bizzat yapması (şahsen ifa) borcu

Borçlar Kanununun 356. maddesi; “müteahhit, imal olunacak şeyi bizzat yapmaya veya kendi idaresi altında yaptırmaya mecburdur. Fakat işin mahiyetine nazaran şahsi maharetlerinin ehemmiyeti yok ise, taahhüt ettiği şeyi başkasına dahi imal ettirebilir” hükmüne amirdir. Bu hüküm incelendikte aslolanın işin (eserin) müteahhit tarafından yapılması, işin (eserin) başkasına yaptırılmasının ise istisna olduğu anlaşılmaktadır. Eserin başkasına yaptırılması ise iki şekilde ortaya çıkabilecektir.

Müteahhit sözleşme konusu işin tamamını veya bir kısmını kendi yönetimi altındaki kişilere yaptırabilecektir. Ancak işin görülmesinde yardımcı kişi kullanılması daha düşük nitelikte bir eserin ortaya çıkmasına sebep olacaksa bu durumda müteahhit yardımcı kişi kullanamayacaktır. Diş hekiminin protez için gerekli ölçüleri alması ve hasta üzerinde protezin uygulanması için gerekli işlemleri yapmasının yanında protezin imalinin yanında çalışan teknisyen tarafından gerçekleştirilmesi bu duruma örnektir. Bu durumda diş hekimi, ifa yardımcısı durumundaki teknisyenin kusurlarından Borçlar Kanununun 100. maddesi hükmü gereğince, adam çalıştıran sıfatı ile sorumlu olacaktır. Aynı zamanda bu kusur

sebebi ile borca aykırı davranış da gerçekleşeceğinden, eser sözleşmesinin gereği gibi ifa edilememesinden de ayrıca sorumlu doğacaktır.

Müteahhidin işi bizzat yapmasının ikinci istisnası ise, iş görmenin tamamen ya da kısmen alt müteahhitlere devredilmesidir. Alt müteahhit, asıl müteahhidin eseri meydana getirme borcunun ifasını kendi adına ve hesabına yaptığı (ikinci) bir eser sözleşmesi ile kendisine bıraktığı kişidir.<sup>87</sup> Müteahhit, yüklendiği işin kısmen veya tamamen yapılmasını bu şekilde kendisine tabi olmayan, bağımsız bir alt müteahhide, ancak iş sahibinin rızası ile veya işin mahiyeti başkası tarafından yapılmasına elverişli ise devredebilir.

Diş hekimlerince gerçekleştirilen protez işlemlerinde, kendi muayenehaneleri dışında çalışan diş teknisyenlerine ya da diş protez laboratuvarlarına işin yaptırılması sıklıkla karşılaşılan bir durumdur. Diş hekiminin çalışanı olmayan bu kişilerin alt müteahhit olarak kabulü gerekmektedir. Diş teknisyeni veya diş protez laboratuvarı ile yani alt müteahhit ile hasta arasında herhangi bir akdi ilişki mevcut değildir. Dolayısıyla asıl iş sahibi hasta, alt müteahhit olan teknisyene karşı eserin yapımına dair edimin ifasını istemek ve bu yolda ona talimat vermek hak ve yetkisine sahip değildir. Ancak eser sözleşmesinde var olan alt müteahhitliği, vekalet sözleşmesindeki ikame vekillikle benzer tutan ve dolayısıyla, müvekkile ikame vekile karşı doğrudan talep hakkı tanıyan Borçlar Kanununun 391/3. maddesinin kıyasen eser sözleşmesinde de uygulanabileceğini belirten yazarlar vardır.<sup>88</sup> Böylece eser sözleşmesinde de, asıl iş sahibi, kendi müteahhidine karşı ileri sürebileceği bütün hakları alt müteahhide karşı ileri sürebilecektir.

Diş hekimi, alt müteahhidin kusurlarından kaynaklanan sebeplerle, sözleşmede belirtilen yükümlülüklerini tamamen veya kısmen yerine getiremezse, bu durumda iş sahibi hastaya karşı sorumlu olacak ve alt müteahhidi seçmekte ve ona talimat vermekte kusuru olmadığını ispat ederek sorumluluktan kurtulamayacaktır.

---

<sup>87</sup> Yavuz, s.83

<sup>88</sup> Yavuz, s.86; Tandoğan, 82

#### 4) Müteahhidin genel ihbar borcu

Müteahhidin bu borcu Borçlar Kanununun 357. maddesinden kaynaklanmaktadır. Buna göre; ‘‘iŒ devam ettiği sırada, iŒ sahibinin, verdiği malzemenin veya gösterdiği arsanın kusurlu olduğu anlaşılır, yahut imalatın noktası noktasına muntazaman icrasını tehlikeye koyacak diğer bir hal hadis olursa müteahhit, iŒ sahibini bundan derhal haberdar etmeye mecbur, aksi halde bunların neticelerini tahammül etmekle mükelleftir’’. Esasen müteahhidin bu yükümlülüğü, iŒin görülmesinde sadakat ve zen borçlarının da doğal bir sonucudur ancak kanunda özel olarak düzenlenmesi itibariyle müteahhit tarafından sıkı surette takip edilmelidir. Örneğin protezin imalinde kullanılacak bir malzemenin bulunamaması, ya da iŒin yapılması için gerekli malzemelerin fiyatlarındaki anlamlı deđiŒiklikler yahut iŒin tesliminin gecikmesine sebebiyet verecek aksaklıklar derhal diŒ hekimi tarafından hastaya bildirilmelidir.

#### 5) Müteahhidin iŒe zamanında baŒlama, devam etme ve bitirme borcu

Müteahhidin bu borcu szleŒmede eserin teslimi için bir süre kararlaŒtırılmıŒ olup olmamasına göre farklı kapsamda olacaktır. Her ne kadar szleŒmede belli bir süre kararlaŒtırılmamıŒsa da, bazı durumlarda szleŒmenin niteliğinden ve somut olaydaki eseri meydana getirmek için, deneyimli bir uzmanın normal halde iŒe vaktinde baŒlayıp devamlı bir alıŒma ile mutat alıŒma araçlarını ve gücünü kullanarak ne kadar zaman harcaması gerektiği göz önünde tutularak iŒin teslimi süresi tespit olunabilir. Eğer szleŒmede belli bir süre kararlaŒtırılmamıŒsa veya szleŒmenin içeriğinden bir süre tespit edilemiyorsa, iŒe szleŒmenin kurulmasından hemen sonra baŒlanması gerekmektedir. Aksi halde iŒ sahibi Borçlar Kanununun 106. maddesinde tarif edildiği Œekilde bir mehil vermek sureti ile tazminat hakkı saklı olmak kaydı ile szleŒmeyi feshetme ya da ifadan vazgeçip müspet zararını isteme yetkisine sahip olacaktır.<sup>89</sup> Söz konusu gecikme alt müteahhitten de kaynaklanıyor olabilir. DiŒ hekiminin ölçüyü aldıktan sonra protezi yapacak olan teknisyenin, iŒi teslim etmekte gecikmesi buna örnek olarak gösterilebilir. Bu durumda hastanın muhatabı diŒ hekimi olduğundan, protezin

---

<sup>89</sup> z, s.75; Seliçi, s.79; Yavuz, s.91

yapımında makul bir sürenin aşılması halinde, hasta yukarıda belirttiğimiz seçimlik haklarını kullanmakta özgür olacaktır.

Teslim süresi belirli işlerde ise, Borçlar Kanununun 358. maddesinde yer alan; “Müteahhit, işe zamanında başlamaz veya mukavele şartlarına muhalif olarak işi tehir eder yahut iş sahibinin kusuru olmaksızın vaki olan tehhür bütün tahminlere nazaran müteahhidin işi muayyen zamanda bitirmesine imkan vermeyecek olursa, iş sahibi teslim için tayin edilen zamanı beklemeye mecbur olmaksızın akdi feshedebilir” şeklindeki hüküm uygulama alanı bulacaktır. Bu hükmün uygulanması için, müteahhidin yükümlülüğüne objektif olarak aykırı şekilde eserin yapımında gecikmiş olması yerelidir. Ayrıca iş sahibinin, müteahhide işin gecikmeden ifası için iltarda bulunması ve mehil vermesi gerekmez.<sup>90</sup> Zira Borçlar Kanununun 107. maddesi, borcun ifası belli bir zamana bağlanmışsa artık mehil tayinine lüzum kalmadan fesih yoluna gidilebilecektir. Diş hekiminin sözleşme konusu işe başlamakta gecikmesi, işgörme faaliyetlerini yavaş yürütmesi ya da kabul edilebilir bir gerekçeye dayanmaksızın ertelemesi ve işi sözleşmede kararlaştırılan sürede tamamlayamayacağını anlaşılması durumlarında hasta tarafından BK. 358. maddesi işletilebilecek ve sözleşme feshedilebilecektir.

6) Müteahhidin meydana getirdiği eseri teslim etme borcu  
Borçlar Kanununun eser sözleşmesini düzenleyen hükümleri incelendikte, müteahhidin meydana getirdiği eseri teslim etme borcunun açıkça düzenlenmediği anlaşılmaktadır. Ancak eser sözleşmesinin nihai amacından, müteahhidin bu borcu çıkartılabilir. Esasen eser sözleşmesi, müteahhidin eseri meydana getirirken yürüttüğü faaliyetlerden çok eserle ilgilendiğinden, iş sahibi tarafından arzu edilen edim sonucu, ancak teslimle gerçekleşebilir. Müteahhit, eser meydana getirme ve teslim etmeye ilişkin borcundan, ancak edimini borçlandığı bir vasıfta, yani sözleşmede açıkça kararlaştırılan ve kullanım amaçlarına uygun özellikte olan, bir eserle kurtulabilir. Eserin teslim zamanı gelmesine rağmen müteahhit eseri tamamlayamamış ya da tamamladığı halde teslim edemiyorsa, bu durumda teslimde temerrütten bahsedilecektir. İş

---

<sup>90</sup> Aksi görüşte, Öz, s.87

sahibi Borçlar Kanununun 106-107. maddelerinde belirtilen düzenlemelerden yararlanarak, temerrüde düşen müteahhit hakkında seçimlik haklarından birini kullanabilir.

#### 7) Müteahhidin ayıplı ifadan doğan borçları

Müteahhidin ayıplı ifadan sorumlu olabilmesi için bazı şartların gerçekleşmesi gerekmektedir. Öncelikle, müteahhidin sözleşme konusu eseri tamamlayarak iş sahibine teslim etmiş olması lazımdır. Aksi halde sözleşmeden kaynaklanan edimin hiç ifa edilmediği söylenecektir ki, bu durumda müteahhidin temerrüdünden bahsedilecek ve iş sahibinin yukarıda açıklanan hakları doğacaktır. Burada üzerinde durulması gereken, ayıplı bir malı iş sahibinin kabul etme yükümlülüğü olup olmadığıdır. Borçlar Kanununun 90. maddesinde belirtilen alacaklının temerrüdünün gerçekleşmesi için, alacaklının (olayımızda iş sahibinin) muhik bir sebebe dayanmaksızın eseri almaktan imtina etmesi gerekmektedir. O halde eser, üzerinde anlaşmaya varılan nitelikleri taşııyorsa artık bu durumda iş sahibinin eseri kabul etmemesi için muhik/geçerli bir sebebin olduğu açıktır. Ayıplı bir eserin teslim alınmasından kaçınılması, reddolunması durumunda müteahhidin sözleşmeye uygun bir eser meydana getirme ve bunu iş sahibine teslim etme hususundaki asli edim yükümü genel hükümler çerçevesinde devam ederken, böyle bir eserin teslim alınması halinde müteahhidin ayıplı ifadan dolayı sorumluluğu ortaya çıkar.<sup>91</sup>

İkinci şart teslim konusu eserin ayıplı olmasıdır. Eser sözleşmesinde ayıp kavramının içeriğinin belirlenmesinde dikkate alınacak ölçü gayet tabii ki, sözleşmenin muhtevasıdır. Bu manada ayıp, meydana getirilen eserin sözleşmede belirtilen vasıfları taşıımasıdır. Neyin ayıp olduğu ya da neyin olmadığına ilişkin genel bir tanım verilememesinin nedeni budur, zira ayıplılık hali sözleşmenin muhtevasına bağlı olarak değişen nispi bir kavramdır.

Eserin vasıflarından kasıt, tarafların sözleşmede üzerinde anlaşmaya vardıkları esere dair unsurlardır. Bu anlamda meydana getirilecek eserin şekli, rengi, ölçüsü gibi unsurlar o eserin vasıflarını oluşturacaktır. Örneğin meydana getirilen protezin renginin

---

<sup>91</sup> Şenocak, (Eser), s.78

sözleşmede kararlaştırıldan farklı olması, şeklinin ve ölçüsünün hastanın isteklerine aykırı olması durumunda vasıflarda eksiklik yani eserin ayıplı olması ortaya çıkacaktır. Total bir protez çalışmasında rengin, tarafların başlangıçta üzerinde anlaştıkları renkle uyumlu olup olmadığının ispatı zor olmakla beraber, kısmi protezlerde, ağızdaki diğer dişlerle renk açısından uyumsuz bir protezin bu yönüyle ayıplı olduğu açıktır.

Bunun dışında özel olarak kararlaştırılan vasıfların eksikliği halinde, bu eser tekniğin veya meslek dalının genel kabul görmüş kurallarına uygun şekilde meydana getirilmiş olsa bile ayıplıdır.<sup>92</sup> Örneğin başlangıçta protezin porselen olacağı yönündeki anlaşmaya rağmen, dişlerin başka bir materyalden yapılmış olması durumunda eser ayıplıdır. Burada ayıplı şekilde meydana getirilen eserin, sözleşmede kararlaştırılan eserle aynı derecede kullanıma elverişli olması sonucu değiştirmeyecektir. Hatta eserin bu haliyle daha değerli ve kullanıma daha elverişli olması bile malın ayıplı olmasını değiştirmeyecektir, zira diş hekimi hastanın iradesine ve dolayısıyla sözleşme serbestisi prensibine aykırı davranmış bulunmaktadır.

Tüm bunların dışında meydana getirilen eserin kullanıma elverişli olması gerekmektedir. Estetik kaygılarla ya da tıbbi gerekliliklerle yapılan protezlerin rengi, görünümü gibi özel vasıflarının yanında, kullanılabilirliğini belirleyen lüzumlu vasıflarının eksikliği ifanın ayıplı olmasına sebep verecektir. Bu anlamda diş hekimi, protezin meydana getirilmesine ilişkin olarak yürüttüğü faaliyetlerde tüm dikkatini göstermeli, ölçü alımı, protezin tatbik edileceği yerin hazırlanması, protezin vücut yapısı ile uyumu gibi, eserin kullanılabilirliğine etki edecek ameliyeleri doğru bir şekilde yerine getirmelidir. Diş hekimi aynı zamanda, eseri meydana getirirken tekniğin, mesleki kuralların ve gereklerin genel kabul görmüş uygulamalarına uygun olarak hareket etmelidir. Protezin yapımında bu genel kurallara aykırı davranır ve bunlara uygun olmayan bir imalat yaparsa edimi ayıplı olacaktır. Tekniğin genel kabul görmüş kuralları; “bir eserin tasarlanması ve meydana getirilmesinde kullanılan teknik kurallar olup, bilimsel çevrelerde teorik açıdan doğruluğu sabit ve kabul edilmiş olan ve bu kuralları uygulamaya

---

<sup>92</sup> **Şenocak**, (Eser), s.95

yetkili, en yeni bilgilerle donatılmış teknik elemanlar tarafından bilinen ve de süreklilik taşıyan uygulamalardan doğan tecrübeye göre teknik açıdan elverişli, uygun ve gerekli görülen kurallardır.”<sup>93</sup>

Ayıbın tespiti teslim anı esas alınarak yapılacaktır. Ne var ki, bir eserin ayıplı olduğunu tespit her zaman kolay ve ilk görüşte yapılabilen bir iş olmayabilir. İşte teslim esnasında açıkça görülebilen veya basit bir muayene ile hemen anlaşılabilen ayıplar “açık ayıp”, bunun dışında muayene ile tespit edilemeyen ancak zamanla ortaya çıkan hatta anlaşılması için bir uzman tarafından değerlendirilmesi gereken ayıplar ise “gizli ayıp” olarak kabul edilmektedir.<sup>94</sup> Teslimi sırasında herhangi bir problemi olmayan protezin, sonrasında gerek yapımında kullanılan malzemeler, gerekse de imalatı sırasındaki hatalardan dolayı hastaya rahatsızlık vermesi, ağrı yapması ya da kullanım sırasında problemler yaratması (konuşma güçlüğü, yiyecekleri öğütmeme vb.) durumunda gizli ayıptan söz edilebilecektir. Ancak protezin kullanımına bağlı olarak, vücudun bu elemana alışması ve kabul etmesi aşamasının tamamlanmasına kadar olan süreçte, küçük müdahaleler ile giderilebilen vurmalar ve benzeri rahatsızlıklar sebebi ile protezin ayıplı olduğu söylenemeyecektir. Zira bu süreç aynı zamanda bir tedavi uygulamasının tamamlayıcısı olan bir zaman dilimi olarak kabul edilmelidir.

Eserin ayıplı olarak teslimi halinde Borçlar Kanununun 360. maddesi ile, iş sahibine seçimlik hak olarak, sözleşmeden dönme, ayıbın giderilmesini isteme ve ücretten indirim yapılmasını talep etme hakkı tanınmaktadır. İş sahibi bu haklardan herhangi birine başvurabilir.

İş sahibinin sözleşmeden dönme, ayıbın giderilmesini isteme ve ücretten indirim yapılmasına ilişkin seçimlik haklarından her biri birer yenilik doğuran haktır. Söz konusu seçimlik haklardan birinin kullanılmasından sonra, buna ilişkin beyanın, bütün yenilik doğuran beyanlarda olduğu gibi, geri alınması kural olarak mümkün değildir. Borçlar Kanununun 360. maddesine göre iş sahibi, sözleşmeden

<sup>93</sup> Şenocak, (Eser), s.99

<sup>94</sup> Tandoğan, C.II, s.167; Selici, s.143; Yavuz, s.95; Şenocak, s.104; Uçar, s.45

dönme, ayıbın giderilmesini veya ücretten indirim yapılmasını isteme hakkı yanında, tazminat talebinde de bulunabilir. Söz konusu tazminat talebi, ayıp sonucu ortaya çıkan ve iş sahibinin kullandığı seçimlik hakla telafi edilemeyen zararının tazminine ilişkindir. Bu hak seçimlik haklardan farklı olarak bir alacak hakkıdır.<sup>95</sup>

Hekimin sözleşmeye ilişkin sorumluluğun doğması için, sözleşmenin ihlal edilmesi, hekimin sözleşmenin ihlalinde kusurlu olması, ihlal sebebiyle hastada bir zararın meydana gelmesi gereklidir. Eğer hekimin kusurlu davranışı zararın sebebi olarak nitelendirilemiyorsa, yani hekimin kusurlu davranışı hastaya verilen zarar arasında uygun illiyet bağı yoksa hekim açısından bir tazmin yükümlülüğü doğmayacaktır.

#### § 4. HAKSIZ FİİL İLİŞKİSİ

Hekimle hasta arasında daha önceden sarıh (açık) veya zımni (örtülü) olarak kurulmuş bir akit bulunmadığı takdirde, sorumluluğun kaynağını kural olarak bir haksız fiil teşkil eder. Böylece sorumluluk ya BK'nın 41.maddesi gereğince haksız fiilden veya BK.'nın 55.maddesi gereğince yardımcı şahısların fiilinden ya da BK'nın 58. maddesi gereğince, malik bulunduğu şeylerdeki (belirli nitelikteki tıbbi alet ve makinelerdeki) yapım ve bakım eksikliğinden doğar.

Sözleşme dışı sorumluluğun oluşması için, hekimin herşeyden önce hastaya karşı olumlu ya da olumsuz bir davranışta bulunması gerekmekte, bu davranışın hukuka aykırı olması (hukuka uygunluk sebepleri bulunmaması) aranmakta, hekimin kusurlu davranışı nedeniyle hastada zararın oluşması gerekmektedir.

Zarar veren fiil bazen hem sözleşmeye aykırı davranış hem de haksız fiil niteliğinde olabilir. Doktrinde hakim olan ve Yargıtay'ında benimsemiş olduğu görüşe göre, zarar gören dilerse sözleşme, dilerse sözleşme dışı sorumluluk (haksız fiil) esasına dayanır.

---

<sup>95</sup> Şenocak, Eser, s.34



Hasta ile hekim arasında bir sözleşme olsun ya da olmasın, tıbbi müdahalenin hukuka uygun olabilmesi için, müdahalenin tıbbi gerekliliklere (standartlara) uygun olması ve hastanın aydınlatılmış onamının alınması gerekmektedir. Bunun dışında hekim, tanı ve tedavi aşamasında kayıt tutmak, hasta ile ilgili edindiği bilgileri saklamak (sır saklama) ve hastanın mahremiyetine saygı göstermek zorunda olup, bu yükümlülüklerine aykırı davranışı da yasal sorumluluğunu gerektirecektir. Üçüncü bölümde bu sorumluluklar ayrıntılı olarak açıklanmıştır.

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM DİŞ HEKİMİNİN AYDINLATMA, HASTANIN ONAMINI ALMA, KAYIT TUTMA VE SIR SAKLAMA YÜKÜMLÜLÜKLERİ

### § 5. AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Tıbbi müdahaleyi hukuka uygun kılacak onam beyanının geçerli olabilmesi için hastanın yeterli ölçüde aydınlatılması gerekmektedir. Hekimlerin bu yükümlülüğü, günümüzde neredeyse tüm hukuk düzenleri açısından kabul edilen ve aranan bir sorumluluktur. Hastayı merkez alan ve sağlığın hasta ile birlikte üretildiğini kabul edilen anlayışa göre, “uygulamadan önce aydınlat” (inform before you perform)<sup>96</sup> kuralı her türlü tıbbi ameliye için geçerlidir.

Bir tanım vermek gerekirse **aydınlatma**; resmi ehliyetli kişilerden hekimin, hastasına, gerçekleştirilmesi planlanan tıbbi müdahalenin türü, biçimi, ivediliği, içeriği, yan etkileri, varsa alternatifleri ve rizikolarının yanı sıra; böyle bir tıbbi müdahale gerçekleşmediği takdirde, ortaya çıkması muhtemel olumsuz bir takım sonuçları anlatarak, onu, tıbbi müdahale hakkında serbestçe karar verebilecek bir duruma getirecek bilgilerle donatmasıdır.<sup>97</sup>

#### I. Aydınlatmanın Kapsamı

Tanımında da görüleceği üzere aydınlatmanın kapsamı oldukça geniştir. Tıbbi uygulamaların çeşitliliği, her geçen gün yeni gelişmelerin ortaya çıkması, her hastanın kendine has özellikleri barındırması gibi durumların yapılacak aydınlatmanın kapsamını da etkilemesi kaçınılmazdır. Dolayısıyla aydınlatmanın kapsamını bir kalıba oturtmak, anlatılacakların sınırlarını kesin hatlarla çizmek mümkün değildir. Ancak şu bir gerçektir ki, uygulanacak tıbbi

<sup>96</sup> Graskemper, JP., A new perspective on dental malpractice: Practice enhancement through risk management, JADA:133, s.7522-57, 2002

<sup>97</sup> Çilingiroğlu, s.29

ameliyenin tüm fayda, zarar ve sonuçlarını anlatmak çoğu zaman mümkün olamamaktadır. Ayrıca kimi zaman, gerek konulan teşhisin (hastalığın) ayrıntıları, gerekse de uygulanacak olan tedavinin içeriği ve risklerinin anlatılması, hastanın zararına olabilir.<sup>98</sup> Başka bir bakış açısıyla; çok fazla ayrıntı hastanın karar vermesini ve durumu anlamasını zorlaştırabilir.<sup>99</sup> Bu ince çizgide, hukuka ve insan haklarına saygılı sağlık hizmeti vermek için uğraşan hekimlerin neleri hasta ile paylaşmak zorunda olduklarının belirlenmesi önemlidir.

Bu bağlamda iki yaklaşımın gösterildiğini söylemek mümkündür. “Mesleki standart” olarak adlandırılan ilk yaklaşımda, hekim, ortalama bir meslektaşının benzer bir durumda anlatacakları kadarı ile yükümlü tutulmaktadır.<sup>100</sup> Hasta taraflı diğer yaklaşım ise “makul insan (hasta) standardı” olarak adlandırılmakta ve hekim, ortalama bir hastanın kendisine uygulanacak ameliye hakkında karar verebilmesini sağlayacak kadar, bilgi ve ayrıntıyı anlatmakla yükümlü tutulmaktadır.<sup>101</sup>

Bu konuda ilginç bir uygulama ise, bir dönem Amerika Birleşik Devletleri, Teksas eyaletinde gerçekleştirilmiştir. 1977 yılında kabul edilen Tıbbi Sorumluluk ve Sigorta Kanunu<sup>102</sup> çerçevesinde oluşturulan ve altı uzman hekim ile üç avukattan müteşekkil bir kurul, aydınlatmanın kapsamını tespit etmekte ve bu kapsam doğrultusunda hazırlanan aydınlatma ve onam formu hasta tarafından imzalanmaktadır. Hasta yararına olmaktan çok, hekimlere arşı açılan malpraktis davalarını azaltmak, önüne geçmek amacıyla

---

<sup>98</sup> **Reisoğlu, S.**, Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler Sempozyumu, İstanbul, 1983, s.1-18

<sup>99</sup> **Rosoff, A.J.**, Informed Consents: A Guide to Health Care Providers, Canada, 1981

<sup>100</sup> **Pollack, B.R.**, Legal Considerations in Sports Dentistry, Dental Clinics of North America:35(4), s.809-29, 1991

<sup>101</sup> **Pollack**, (sports), s.822

<sup>102</sup> The Medical Liability and Insurance Improvement Act of Teksas, Subchapter F, 1977, **Rosoff**, s.41

hazırlandığı şeklinde eleştirilere<sup>103</sup> uğrayan yasa yürürlükten kaldırılmıştır.<sup>104</sup>

Amerika Birleşik Devletlerinde, önceleri, New York başta olmak üzere hemen hemen tüm eyaletlerde mesleki standart kabul edilip uygulanmakta iken, 1972 yılında görülen Canterbury v. Spence<sup>105</sup> davasından bu yana yaklaşık son 35 yıldır hasta merkezli yaklaşımın kabul edildiği görülmektedir. Son dönemlerdeki eğilimle aydınlatmanın kapsamı hasta açısından daha da özelleştirilmekte ve aydınlatma yapılırken ortalama bir hastanın değil, ameliyenin uygulanacağı hastanın subjektif durumunun ve özelliklerinin dikkate alınması gerektiği kabul edilmektedir.<sup>106</sup>

Aydınlatmanın kapsamına ilişkin bir düzenleme Hasta Hakları Yönetmeliği'nde yer almaktadır. Yönetmeliğin "Sağlık Durumu İle İlgili Bilgi Alma Hakkı - Genel Olarak Bilgi İsteme" başlığını taşıyan 15. maddesinde "*Hasta; sağlık durumunu, kendisine uygulanacak tıbbi işlemleri, bunların faydaları ve muhtemel sakıncaları, alternatif tıbbi müdahale usulleri, tedavinin kabul edilmemesi halinde ortaya çıkabilecek muhtemel sonuçları ve hastalığın seyri ve neticeleri konusunda sözlü veya yazılı olarak bilgi istemek hakkına sahiptir.*" denilmekte, aydınlatmanın usulü ve kapsamının sınırları çizilmektedir. Söz konusu bu yönetmelik düzenlenirken, gerek uluslararası belgelerde, gerek literatürde ve gerekse yargı kararlarında genel olarak kabul edilen aydınlatma ödevinin, bilgi isteme hakkına dönüştürüldüğü de burada dile getirilmelidir. Konunun ifade edilişindeki bu farklılık, sorumluluğun tespiti noktasında önem taşımaktadır. Zira konuya aydınlatma ödevi

<sup>103</sup> Rosoff, s.41-51

<sup>104</sup> DeVore DT., Legal considerations for treatment following trauma to teeth. Dental Clinic North America;39(1), s.203-19, 1995

<sup>105</sup> Omurgasından ameliyat edilen (laminektomi) 19 yaşında bir hasta, ameliyat sonrasında kısmi felç olmuştur. Yapılan yargılama sonucunda; bu riskin oldukça düşük (%2) olmasına rağmen gerekli aydınlatmayı yapmaması nedeni ile hekim kusurlu bulunmuş ve söz konusu riski bilseydi hastanın bu operasyona izin vermeyebileceği gerçeği göz önüne alındığında, hastanın elinden, kendisi hakkında karar verme yetkisinin alındığı sonucuna varılmıştır. Canterbury vs. Spence, 464 F.2d 772, 780 (D.C. Cir.1972) Nakleden: DeVore, s.205

<sup>106</sup> Pollack, (sports), s.822

olarak bakıldığında, hekimlerin (tıp uygulayıcılarının) aydınlatmadan sorumlu olduğu ve aksine davranışın kusur oluşturduğu kabul edilirken, konu bilgi isteme hakkı olarak formüle edildiğinde ise hasta tarafından bilgi talep edilmediği durumlarda aydınlatmanın yapılmayacağı anlamı çıkmaktadır. Oysa aydınlatma, hasta tarafından verilecek onamın ön şartıdır. Bu durumda hastanın bu konuda bir talebi beklenmemeli ve uygulanacak tıbbi ameliyeye ilişkin aydınlatma gerçekleştirilmelidir.

Ülkemiz uygulamasında bakıldığında, hastanın kendi vücut bütünlüğü üzerinde karar verebilmesine yetecek kadar bilgilendirilmesi gerektiğinin kabul edildiği görülmektedir.<sup>107</sup> Ayrıca Yargıtay, nadir görülebilecek risklerin dahi hastaya anlatılmasını ve onun uyarılmasını gerekli görmektedir.<sup>108</sup> Bunun tek sınırı ise, yine hastanın yararına olan durumlardır.<sup>109</sup>

Aydınlatmanın kapsamının tespitinde, seçilecek usulün de önemli olduğuna inanıyoruz. Hekim, karşısındaki hastanın tıbbi özelliklerini de göz önünde bulundurmak suretiyle, gerekirse hastanın yakınlarından ya da psikolojik bir danışmandan yardım almak sureti ile gerekli bilgilendirmeyi yapmalıdır.

Bundan başka hekim, hastasına gerçeği söylemeli, ancak bunu yaparken onu korkutmamalıdır. Zira gerçekleştirilmesi planlanan tıbbi müdahalenin beraberinde getirebileceği olağan, tipik yan etki ve rizikolar, hekim tarafından sakinleştirici bir biçimde değil de, abartılarak ve korkutucu bir biçimde anlatılacak olursa, hasta,

<sup>107</sup> "...hasta tehlikelere karşı kendisi karar verebilir. Tıbbi müdahaleler ve hekimin girişeceği diğer eylemler kişinin sağlığını ve vücut bütünlüğünü ilgilendirdiği için, bunların gerçekleştirilmesine karar verme yetkisi hekime değil, müdahaleye maruz kalacak kişiye, hastaya aittir..." Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 07.03.1977, E.976/6297, K.2541

<sup>108</sup> "...Özellikle, (hekim) müdahale sırasında ameliyat tekniğinin, halin icaplarının gerektirdiği bütün tedbirleri almalı, bu tip sonuçlar nadir de görülebilecekse hastayı aydınlatıp uyarmalı ve onun rızasını almalıdır..." Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 05.04.1993, E:1993/131, K:1993/2741

<sup>109</sup> "...davalıya yöneltilen kusur ameliyatın küçümsenerek muhtemel sonuçların davacıya anlatılmamış olmasıdır. Davalının bu yolda hareket etmesinin hastanın maneviyatını kuvvetlendirmek bakımından faydalar sağlayacağı genel olarak kabul edilmektedir..." Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, E.964/6458, K.4925

yapılması zorunlu olan tıbbi müdahaleye onamını açıklamaktan kaçınabilecektir.<sup>110</sup> Bu açıdan, hekim, hastanın psikolojik durumunu, onun tıbbi müdahaleler karşısındaki muhtemel tutumunu da dikkate alarak, ya tam bir aydınlatmada bulunacak ya da onu, tıbbi müdahalenin gerçekleştirilmesinden vazgeçirmemek için, dar kapsamlı, fakat gerçek bilgiler vermekle yetinebilecektir.<sup>111</sup>

Aydınlatmanın tanımında görüleceği üzere, hekim uygulanacak tedavinin alternatifleri hakkında da hastayı bilgilendirmelidir ki, tıp uygulamasında, alternatifli durumlarla hiç de göz ardı edilemeyecek oranda sıklıkla karşılaşmaktadır. Özellikle diş hekimliği uygulamalarında çoğu zaman hastadan, alternatifler arasından bir seçim yapması istenmektedir. Örneğin, protezlerin yapılmasında altın, porselen ya da metal alaşımlı materyaller kullanılabilirken, protezin biçimi de (sabit, hareketli) değişken olabilmektedir. Bu uygulamaların yarar ve zararları, hastaya sağladığı konfor, maliyeti ve kalitesi de değişkendir. Bir hastalığa uygulanabilecek birden fazla tedavinin olduğu bu gibi alternatifli durumlarda yapılacak aydınlatma belki de her zamankinden daha fazla önem taşımaktadır. Zira böyle durumlarda, hastaların seçimi genelde hekime bırakma eğiliminde oldukları, bu seçim nedeniyle ileride yaşadıkları problemlerden de yine hekimleri sorumlu tuttıkları görülmektedir.<sup>112</sup> Dolayısıyla uygulanması muhtemel tıbbi girişimler ve bunların alternatifleri hakkında hasta yeterince aydınlatılmalı ve bir anlamda “aydınlatılmış seçim hakkı”<sup>113</sup> hastaya bırakılmalıdır.

Burada tartışılması gereken konulardan biri de, hekimin kendi sağlık durumu ile ilgili bilgileri, özellikle bulaşıcı bir hastalık söz konusu olduğunda, hastası ile paylaşmasının gerekip gerekmediği, başka bir deyişle hastanın bu konuda da bilgilendirilmesinin gerekli olup olmadığıdır. Halen bu konuda tam bir uzlaşmanın olduğunu

<sup>110</sup> **Dural, M.**, Türk Medeni Hukukunda Gerçek Kişiler, 3. Bası, İstanbul, 1987, s.122

<sup>111</sup> **Dural, s.129**

<sup>112</sup> **Sadowsky, D.**, Moral dilemmas of the multiple prescription in dentistry, Journal of American College of Dentistry: 46(4), s.245-248, 1979

<sup>113</sup> **Worthington, R.**, Clinical issues on consent: some philosophical concerns, Journal of Medical Ethics:28, s.377-380, 2002

söylemek mümkün değildir. Amerikan Tıp Birliği aldığı tavsiye kararında<sup>114</sup>, bulaş tehlikesi olan uygulamaları (exposure-prone-procedures) gerçekleştirecek HIV pozitif sağlık çalışanlarının durumu hastalarına bildirmeleri gerektiğini kabul ederken,<sup>115</sup> New York Eyaleti Sağlık Dairesi, HIV bulaşımının çok düşük bir risk olmasından hareketle, bu kararın tam tersi yönde görüş açıklamaktadır.<sup>116</sup> İngiltere’de ise HIV pozitif veya hepatit B virüsü taşıyan sağlık çalışanlarının bulaş tehlikesi olan uygulamaları gerçekleştirmelerine izin verilmemektedir.<sup>117,118</sup> Kanada Bulaşıcı Hastalıkları Kontrol Merkez Laboratuvarı, tıbbi uygulamaların bulaş tehlikesi olan veya olmayan ayrımına itiraz etmekte ve sağlık çalışanlarının kendi sağlık durumları hakkında hastaya bilgi vermelerini gerekli görmemektedir.<sup>119</sup>

Enfekte olduğu anlaşılan sağlık çalışanının tıbbi müdahalede bulunduğu hastaları geriye dönük olarak bilgilendirme kararı ise üzerinde çok daha fazla tartışılan bir konudur. Bu konuda, Birleşik Krallık Sağlık Bakanlığı HIV pozitif olduğu anlaşılan sağlık çalışanının hastalarının, geriye dönük olarak bilgilendirilmelerini

---

<sup>114</sup> **Daniels, N.**, HIV infected health care professionals: public threat or public sacrifice?, *Milbank Quarterly*:70(1), s.3-42, 1992

<sup>115</sup> **Glantz, L.H., Mariner, W.K., Annas, G.J.**, Risky business: setting public health policy for HIV-infected health care professionals, *Milbank Quarterly*:70(1), s.43-79, 1992

<sup>116</sup> **Lieberman, K.C., Derse A.R.**, HIV-positive health care workers and the obligation to disclose: do patients have a right to know? *Journal of Legal Medicine*:13, s.333-56, 1991

<sup>117</sup> The United Kingdom Advisory Group on Hepatitis. Protecting health care workers and patients from hepatitis B. London:HMSO Health Publications Unit, 1993. Nakleden: **Blatchford, O., O’Brien, S.J.**, Blatchford, M., et al, Infectious health care workers: should patients be told?, *Journal of Medical Ethics*: 26, s.27-33, 2000

<sup>118</sup> UK Departments of Health. AIDS-HIV infected health care workers: guidance on the management of infected health care workers. Edinburgh: Scottish Office Home and Health Department, 1993. (AGA00205.043), Nakleden: **Blatchford**, et al, s.29

<sup>119</sup> **Anonim.** Blood borne pathogens in the health care setting. Risk for transmission. *Canadian Dental Association Journal*: 59, s.363-70, 1993

zorunlu kılan bir genelge yayınlamıştır.<sup>120</sup> Hastanın, bulaşıcı hastalıkla enfekte bir hekim tarafından tedavi edildiğini bilme hakkı, hekimin sağlık durumuna ilişkin mahremiyet hakkından üstündür anlayışı, bu uygulamaya dayanak olmuştur.<sup>121</sup> Ancak Sağlık Bakanlığının bu uygulaması, sağlık çalışanından hastaya enfeksiyon geçme riskinin çok düşük olduğu bilimsel gerçeğinin karşısında eleştirilmektedir.<sup>122</sup> Sağlık çalışanından hastaya hepatit B virüsünün bulaşma ihtimali, HIV bulaş ihtimalinden 100 kat fazla olmasına karşın,<sup>123</sup> Birleşik Krallık Sağlık Bakanlığı genelgesinin hepatit B hakkında benzer bir zorunluluk getirmemesi de eleştirilen başka bir yönüdür. Benzer uygulamalar Amerika Birleşik Devletlerinde de yapılmakta olup, Amerikan Hekimler Birliği'nce bu uygulamanın şu üç sebeple yapılabileceği kabul edilmiştir:

1. Sağlık çalışanından hastalık kapalı kişiler tespit edilmesini sağlar,
2. Bilgilendirilen hastaların, hastalıktan korunmak için gecikmeksizin önleyici (proflaktik) tedavilere başvurabilmeleri sağlar,
3. Sağlık çalışanından hastaya virüs bulaş riskinin tespitine ilişkin epidemiyolojik çalışmalar için data oluşturur.<sup>124</sup>

---

<sup>120</sup> The United Kingdom Expert Advisory Group on AIDS. AIDS- HIV infected health care workers: practical advice on notifying patients. Edinburgh: Scottish Office Home and Health Department, (AGA00505.043) 1993., Nakleden: **Blatchford**, et al, s.29

<sup>121</sup> **Dickenson, D.**, The right to know and the right to privacy: confidentiality, HIV and health care professionals. *Nursing Ethics*:1(2), s.111-5, 1994

<sup>122</sup> **Swinhoe, C.**, Commentary: the government has mismanaged cases of HIV infected health care workers, *British Medical Journal*: 312, s.1152-3, 1996

<sup>123</sup> **Webber DJ, Hoffmann KK, Kutala WA.**, Management of the healthcare worker infected with human immunodeficiency virus: lessons from nosocomial transmission of hepatitis B virus, *Infection Control and Hospital Epidemiology*:12(10), s.625-30, 1991

<sup>124</sup> **APIC Bloodborne Pathogens Committee.** The APIC statement on purposes for and elements of patient notification programs related to the health care worker infected with the human immunodeficiency virus or the hepatitis B "e" antigen, *American Journal of Infection Control*:19(6), s.30-3, 1991



## II. Aydınlatmada Bulunacak Kişi

Gerçekleştirilecek tıbbi müdahalelere ilişkin olarak hastanın aydınlatılması ve bu doğrultuda onamının alınması noktasında yükümlülüğün hekimde olduğunu, buna uyulmaması durumunda meydana gelecek zararlardan da yine hekimin sorumlu olacağını söylemiştik. Hekim ile hasta arasındaki sözleşmeden kaynaklanan bu yan yükümlülüğün yardımcı şahıslar vasıtası ile ifa edilip edilemeyeceği ise tartışılan bir konudur. Bu tartışmada; aydınlatmanın, hekimin yanında çalışan hemşire, asistan ya da bir sekreter tarafından gerçekleştirilip gerçekleştirilemeyeceği sorusuna yanıt aranmaktadır.

Konu ile ilgili olarak, Amerika Birleşik Devletleri Pensilvanya eyaletinde görülen bir davada, aynı zamanda muayenehanesinde yardımcı olarak çalışan diş hekiminin eşi tarafından yapılan aydınlatma ve onamın hukuken kabul edilip edilmeyeceği üzerinde tartışılmıştır. Sonuç olarak; aydınlatmayı yapan kişinin kimliğinden çok, aydınlatmanın kapsamının önemli olduğu, hukuken yeterli bir aydınlatmanın yapılması durumunda kim tarafından gerçekleştirildiğinin önem taşımayacağına karar verilmiştir.<sup>125</sup>

Benzer şekilde New York eyaletinde görülen bir davada, eğitilmiş bir hemşirenin belirli bir operasyon için hastayı aydınlatabileceği ve bu bağlamda onamını alabileceği karar altına alınmıştır.<sup>126</sup> Başka bir davada ise, her ne kadar aydınlatma hekimin dışında yardımcı personel tarafından yapılabilirse de, bu noktadaki hatalardan hekimin sorumlu olacağını altı çizilmiştir.<sup>127</sup> Aydınlatmayı yapacak olan kişinin, hasta tarafından sorulacak soruları cevaplayabilecek düzeyde eğitilmiş olması da başka bir gerekliliktir.

Türk hukukunda aydınlatmanın, tedaviyi üstlenen hekim dışındaki kişiler tarafından yapılmasını engelleyici bir düzenleme

<sup>125</sup> Bulman v. Miller, 554 NE2d 773 (1990), Nakleden: **Pollack**, (sports), s.823

<sup>126</sup> Hoffman v. Orentreich, NYLJ, 6/21/89, P22, Col 5, Nakleden: **Pollack**, (sports), s.823

<sup>127</sup> Brandon v. Karp, 490 NYS2d 904 (1985), Nakleden: **Pollack**, (sports), s.823

bulunmamaktadır. Ancak aydınlatmanın, karşılıklı soru ve cevapları içeren bir diyalog şeklinde yürütüldüğü dikkate alındığında, bu konuda eğitilmiş ve yetkin biri tarafından yapılması gerektiği de kendiliğinden ortaya çıkmaktadır. Aksi halde, aydınlatma sorumluluğu tam olarak ifa edilemeyecek ve hasta tarafından verilen onam dahi geçerli olmayacaktır.

### III. Aydınlatmanın Muhatabı

Akli durumu yerinde olan ve hukuken tam ehliyetli olan hastaların aydınlatılması ve onam alınması noktasında genel olarak bir problem yaşanmazken, akli durumu, algılama ve karar verme yeteneği bozuk olan kişilerin tedavisinde ciddi anlamda etik ve hukuksal sorunlar yaşanabilmektedir.<sup>128</sup> Tıbbi ameliyenin muhatabı olan hastanın, algılama ve karar verme yeteneğinden yoksun olması durumunda aydınlatmanın kime yönelik olacağı önem kazanmaktadır.

Esasen insanla ilgili konularda her zaman her şey siyah ve beyaz kadar net değildir. Nitekim hukuki ehliyeti tam olan birine karşı yapılacak tıbbi müdahalelerde aydınlatma ve onam alma konusunda problem yaşanmamakta, benzer şekilde tam ehliyetsiz akıl hastalarına karşı yapılacak ameliyelerde de izlenecek yol bilinmektedir. Problem, kişinin algılama ve sağlıklı kararlar verebilme yetilerinin kısmen azaldığı durumlarda ortaya çıkmaktadır. Böyle bir durumda olan kişinin, kendisine söylenenleri kabul etmesi ve işbirliği yapması; onun kendisine söylenenleri tam olarak anladığı anlamına gelmeyeceği gibi, söylenenleri reddetmesi ve karşı gelmesi de yine gerçek isteği olmayabilir. Özetle bu durumdaki kişi tam olarak akıl hastası olmamakla beraber, algılama ve/veya karar verme yeteneğindeki ciddi eksiklikler sebebiyle iletişim sorunları yaşamaktadır ve böyle bir durumda hekim öncelikle hastasının algılama yeteneğini değerlendirmelidir.<sup>129</sup>

<sup>128</sup> Gillon, R., Impaired autonomy and rejection of treatment [editorial], Journal of Medical Ethics:9, s.131-2, 1983

<sup>129</sup> Bridgman, A.M., Mental incapacity and restraint for treatment: present law and proposals for reform, Journal of Medical Ethics:26, s.387-392, 2000

Aydınlatmanın muhatabı, bu değerlendirmeden sonra belli olacaktır. Eğer hasta kendisine anlatılanları anlamlandırıp, bunlardan sağlıklı sonuçlar çıkarabilecek ve kararlar alabilecek durumda değilse, uygulanacak ameliyeye ilişkin ona bilgi vermenin de pratik bir faydası olmayacaktır. Böyle bir durumda aydınlatma, hasta adına karar verecek olan kişiye yönelik olmalıdır. Bu husus Hasta Hakları Yönetmeliğinde de düzenlenmiş, gereklilik halinde yetkinin belgelendirilmesinin istenebileceği belirtilmiştir.<sup>130</sup>

Hasta adına karar vermeye yetkili kişiyi belirlemek, aydınlatmanın kime karşı ifa edileceğini tespit etmek açısından önemlidir. Zira ancak bu kişinin aydınlatılması ve onamının alınması ile tıbbi ameliye hukuka uygun hale gelecektir. Yetkili kişinin kim olduğuna karar vermek her zaman kolay olmayabilir. Bu konuya ilişkin tartışmalar “onam” başlığı altında yapıldığından, oraya atıf yapmakla yetiniyor ve aydınlatma mükellefiyetinin, ancak onam vermeye yetkili kişiye yönelik olması halinde ifa edilmiş sayılabileceğini belirtiyoruz.<sup>131</sup>

#### IV. Aydınlatmanın Şekli

Tıbbi faaliyetler, oldukça teknik içerikli olmakla, uzmanı olmayanlar tarafından anlaşılması zor hatta imkansız uygulamalar içermektedir. Bu itibarla, aydınlatmayı yapacak hekimin konuyu anlaşılır hale getirmesi ve hastanın anlamasını sağlaması gerekmektedir. Zira bilgilenme ile anlama (aydınlatılma) her zaman aynı şeyi ifade etmemektedir.<sup>132</sup> Salt olarak yapılması düşünülen tıbbi müdahaleye ilişkin teknik bilgileri hastaya vermek, onu aydınlatmak, başka deyişle tıbbi müdahalenin, kendisi açısından fayda ve sakıncalarını, sonuçlarını ve risklerini anlamasını sağlamak anlamına gelmemektedir.

<sup>130</sup> “Sağlık durumu ile ilgili gereken bilgiyi, bizzat hasta veya hastanın küçük, temyiz kudretinden yoksun veya kısıtlı olması halinde velisi veya vasisi isteyebilir. Hasta, sağlık durumu hakkında bilgi almak üzere bir başkasına da yetki verebilir. Gerek görülen hallerde yetkinin belgelendirilmesi istenebilir.” Hasta Hakları Yönetmeliği, madde 15.

<sup>131</sup> Bkz. § 6. II. A. (Ehliyet)

<sup>132</sup> **Worthington, R.**, Clinical issues on consent: some philosophical concerns, Journal of Medical Ethics;28, s.377-380, 2002

Bu nedenle aydınlatma hastanın sosyal statüsü de göz önüne alınarak, mümkün olduğunda teknik terim kullanılmadan yapılmalıdır. Bir araştırmada; hastalara Aspirin içeren maddeler almamaları gerektiği söylenmiş. Sonrasında yapılan görüşmelerde, hastaların %9'unun söyleneni "Aspro güvenlidir" şeklinde, %17'sinin "Disprin" olarak, %20'sinin "Anadin" olarak, %32'sinin ise "Alka Seltzer!" olarak anladığı ortaya çıkmıştır.<sup>133</sup> O halde aydınlatma yapılırken mesleki terimler olabildiğince azaltılmalıdır.

Ayrıca aydınlatma yapılırken hastanın diğer bir deyişe muhatabın özellikleri dikkate alınmalıdır. Zira yukarıda belirtildiği gibi, salt olgulara ilişkin bilgilerin kişiye aktarılması ile aydınlatma tamamlanmaz. Bu aktarımın kişinin özelliklerine uygun olarak gerçekleştirilmesi, başka bir deyişle kişiye özel/kişiselleştirilmiş bilginin aktarılması gerekmektedir.

Tıbbi müdahaleler kişinin vücut bütünlüğünü yakından ilgilendirmekle birlikte, teknik ayrıntıları içerdiğinden sonuçları ve etkileri hakkında hastanın çıkarımlarda bulunması beklenemez. Başka bir deyişle tıbbi durumu ve gerçekleştirilecek faaliyetler hakkında bilgilenecek isteyen hasta, hekimin kendisine anlattığı kadarını bilmektedir. Bu nedenle hekim sadece bilgilendirmekle kalmamalı, aynı zamanda uyarıda bulunmalıdır.<sup>134</sup> Doğru bir aydınlatma, tıbbi ameliyenin muhtemel etkileri, riskleri ve sakıncaları hakkında "uyarıları" da içermelidir.<sup>135</sup>

<sup>133</sup> **Portnoy, S.**, Patient Co-operation—How can it be Improved?, Practice Management Forum:24(4), S.340-2, 1997

<sup>134</sup> **Waitzkin, H.**, Information giving in medical care. Journal of Health Social Behaviour: 26, s.81-101, 1985; **Blanchard, CG., Labrecque, MS., Ruckdeschel, JC.**, et al. Information and decision-making preferences of hospitalized adult cancer patients Social Science and Medicine:27 s.1139-1145, 1988; **Ende, J., Kazis, L., Ash, A.**, et al. Measuring patients' desire for autonomy: decision making and information-seeking preferences among medical patients, J Gen Intern Med: 4, s.23-30, 1989; **Sutherland, HJ., Llewellyn-Thomas, HA., Lockwood, GA.**, et al. Cancer patients: their desire for information and participation in treatment decisions, J R Soc Med: 82, s.260-263, 1989

<sup>135</sup> **Beisecker, AE., Beisecker, TD.**, Patient information-seeking behaviors when communicating with doctors, MedicalCare:28, s.19-28, 1990; **Fallowfield, L., Ford, S., Lewis, S.**, No news is not good news: information preferences of

Aydınlatma yapılırken, sözlü ya da yazılı şekillerden hangisinin tercih edileceği ise tartışılan diğer bir konudur. Karşılıklı bilgi alış verişinin söz konusu olduğu aydınlatma prosedürünün, tarafların akıllarında oluşması muhtemel soruların cevaplanmasına imkan verecek şekilde, zamana yayılı, yüzyüze<sup>136</sup> ve sözlü olması genel olarak kabul edilmektedir.<sup>137</sup> Ancak mülakattan beş dakika sonra konuşulanların sadece %50'sinin hatırlanabildiği, kişinin tedirgin/sıkıntılı olduğu hallerde bu oranın çok daha düştüğü dikkate alındığında, hastanın sonradan başvurabilmesi ve bilgilerini pekiştirebilmesi açısından, tıbbi müdahalenin ayrıntılarını içeren yazılı bir açıklamanın verilmesi de faydalı olacaktır.<sup>138</sup> Yazılı bir belgenin hasta tarafından imzalanması, aydınlatmanın ispatını sağlamak amaçlı olarak da kullanılmaktadır.

Hukukumuzda aydınlatmanın yazılı ya da sözlü usullerden birine tabi kılındığına dair bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle, evrensel düzlemde kabul edildiği üzere, aydınlatma sözlü olarak yapılmalı ve tıbbi ameliyeye ilişkin gerekli tüm bilgiler hastaya anlatılmalıdır. Ancak söz aydınlatmanın ispatına geldiğinde, yargı kararlarında, aydınlatmanın usulüne ve gereklerine uygun olarak yapıldığını ispat külfetinin sağlık çalışanı hekimlere yüklendiği görülmektedir. Nitekim Yargıtay bir kararında; "...olayımızda davalı doktor, aydınlatma görevini yerine getirdiğini, bütün veri ve

---

patients with cancer, *Psychology of Oncology*: 4, s.197-202, 1995; **Nease, RF., Brooks, WB.**, Patient desire for information and decision making in health care decisions: the autonomy preference index and the health opinion survey, *J Gen Intern Med*: 10, s.593-600, 1995; **Davis, MA., Hoffman, JR., Hsu, J.**, Impact of patient acuity on preference for information and autonomy in decision making, *Acad Emerg Med*: 6, s.781-785, 1999

<sup>136</sup> Aydınlatmanın telefonda yapılabileceği de kabul edilmektedir. Bkz. **Pollack** (sports), s.823

<sup>137</sup> **Weisman, CS., Teitelbaum, MA .**, Women and health care communication, *Patient Educ Couns*: 13 s.183-199, 1989; **Degner, LF., Sloan, JA.**, Decision making during serious illness: what role do patients really want to play? *Journal of Clinical Epidemiology*: 45, s.941-950, 1992; **Deber, RB., Kraetschmer, N., Irvine J.**, What role do patients wish to play in treatment decision making? *Arch Intern Med*: 156, s.1414-1420, 1996

<sup>138</sup> **Korsch, BM., Negrete, VF.**, Doctor patient communication, *Scientific American*: 227, s.66-74, 1972

sonuçları tıp bilimine uygun olarak, davacının anlayacağı biçimde bildirdiğini iddia ve ispat edemediğine göre....”<sup>139</sup> demek sureti ile bu kabulü doğrulamıştır. Bu kabul ile hastayı aydınlattığını ispat etmekle mükellef tutulan hekimler, uygulamada sıklıkla aydınlatılmış onam formlarına başvurmakta ve hastalar tarafından imzalanan bu formlar dosyalarında saklanmaktadır.<sup>140</sup> Ancak yukarıda değindiğimiz üzere, aydınlatma yükümlülüğünün gerçekleştirilmiş sayılması için bu formların hastalar tarafından okunduğu beyan edilerek imzalanması yeterli olmayıp, yine anılan formların aydınlatmayı ispat noktasında tek ve yeterli delil sayılması da mümkün değildir. Uygulamaya ilişkin standart bilgiler içeren bu metinlerin, her hasta yönünden kişiselleştirilmiş bilgiyi içermediği, hastanın özellikleri nazara alındığında, yeterli ve açıklayıcı olmadığı her zaman savunulabilecektir.

Son olarak üzerinde durulması gerekli bir konu ise aydınlatmanın hiç ya da eksik yapılması durumunda bunun yaptırımının ne olacağıdır. Bu konuda iki görüş bulunmaktadır. Birinci görüş; aydınlatmayı bir hukuki mükellefiyet ya da ödev değil, bir hukuki külfet olarak kabul etmektedir. Hukuki külfet, kanun tarafından kendisine yüklenen bazı davranış ödevlerini yerine getirmeyen kişinin (*hekimin*) haklarını tamamen veya kısmen kaybetmesi, kısaca, kendi yararına olması muhtemel avantajlı bir hukuki durumu elde edememesi, ondan yoksun kalmasını ifade etmektedir. Fakat karşı taraf (*hasta*) söz konusu davranışa ilişkin olarak alacaklı sıfatını kazanmamakta; hukuki külfetin aynen ifası veya ona uyulmaması nedeniyle tazminat talepleri de kendisine (*hastaya*) tanınmamaktadır.<sup>141</sup> Yani kısacası, aydınlatmayı yerine getirmeyen hekime karşı sırf bu sebeple bir kusur yükleyip tazminat talebinde bulunmak söz konusu değildir. Ancak aydınlatmayı yapmayan hekim, tedavi sonrası çıkabilecek bir takım komplikasyon ya da olumsuz sonuçlardan, kendisini “ben bu konuda gerekli açıklamayı ve aydınlatmayı yapmışım” diyerek kurtaramayacaktır.

<sup>139</sup> Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 7.3.1977, E:1976/6297, K:1977/2541, Benzer şekilde: Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 05.04.1993, E:1993/131, K:1993/2741

<sup>140</sup> Spesifik bazı uygulamalar dikkate alınarak hazırlanmış, “aydınlatılmış onam” belgeleri, örnek olması bakımından tezin sonunda ek olarak verilmiştir.

<sup>141</sup> **Çilingiroğlu**, s.34

Diğer görüş ise, tıbbi eylemlerde bulunması gereken onamın alınmaması veya aydınlatılmadan alınması ya da kapsamının aşılması durumunda hekimin eyleminin hukuka aykırı olacağı yönündedir.<sup>142</sup> Hekimin hukukun yüklediği davranış kuralına uymamakla gösterdiği irade eksikliği, insanın yaşam ve sağlığı ile ilgili kişilik hakkına haksız bir el atmanın olması ve nihayet hastanın serbest karar verme hakkının ortadan kaldırılması nedenleri ile, yapılan tıbbi el atma ve yardım tıp kurallarına uygun olsa bile bir zarardan söz edilebilecektir.<sup>143</sup> Hastanın onamı olmadan veya aydınlatılmadan yapılacak tıbbi el atmalar, söz konusu kişinin yaşam ve sağlığına hukuka aykırı bir el atma niteliğinde olduğundan ve bu nedenle kişilik hakkı ihlal edildiğinden manevi zararın varlığı tartışılmaz olacaktır.<sup>144</sup> Onam alınmadan veya aydınlatılmamış onam ile yapılan el atmalarda tazminat sorumluluğu uygulamada da kabul görmekte ve mahkeme kararlarına yansımaktadır.

## Ş 6. HASTANIN ONAMININ ALINMASI YÜKÜMLÜLÜĞÜ

### I. Genel Olarak

Türk literatüründe “aydınlatılmış onam” olarak kabul gören kavram<sup>145</sup>, Anglo-Amerikan kaynaklı “informed consent” teriminin

<sup>142</sup> **Reisoğlu**, s.9

<sup>143</sup> **Sarıal, ME.**, Sağlıklararası Organ Nakillerinden Doğan Hukuksal İlişkiler, Ankara, 1986, s. 71

<sup>144</sup> **Aşcıoğlu, Ç.**, Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar, Ankara, 1993, s. 42

<sup>145</sup> **Aydın E.**, Çocuklarda aydınlatılmış onam sorunu, Çocuk Sağlığı ve Hastalıkları Dergisi:46(2), s.148-152, 2003; **Palalı, Z.**, Deri Hastalıkları ve Aydınlatılmış Onam, Tıp Etiği-Hukuku-Tarihi, Türkiye Klinikleri: 10(2), s.104-7, 2002; **Özçelikay, G.**, vd., Eczacılık Hizmetlerinde Aydınlatılmış Onam Üzerine Bir Çalışma, Tıp Etiği-Hukuku-Tarihi, Türkiye Klinikleri: 8(1), s.28-31, 2000; **Civaner M., Terzi C.**, Hastanın kendi kaderini tayin hakkı: Aydınlatılmış Onam, Ulusal Cerrahi Dergisi:17(2), s.82-91, 2001; **Bahçecik, N.**, vd., Hemşirelikte Aydınlatılmış Onam, Sendrom: 16(3) s.71-76, 2004; **Ersoy N.**, Aydınlatılmış Onam Öğretisinin Gelişimi, Tıbbi Etik Dergisi:3(1), s.1-6, 1995; **Nermin E.**, Cerrahi Tedavide Hastanın Aydınlatılması ve Aydınlatılmış Onam'ın (Rıza) Alınması ile İlgili Etik Sorunlar, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 1991;

Türkçeleştirilmiştir. Onam teriminin dışında, “olur”, “onay” veya “rıza” kavramlarının da kullanıldığı bilinmektedir. Ancak “rıza” kavramı, bu deyimden razı olmaktan geldiği ve dolayısıyla içeriğinde, esasen tam da kabul edilemeyecek bir öneriyi ya da benimsenmeyen bir seçeneği, koşulların ya da üstün bir erkin dayatması sonucunda yarı gönülsüz kabullenmeyi (razı olmayı) barındırdığı gerekçesi ile eleştirilmiştir. Benzer şekilde “olur” kavramı da, tıp uygulamasındaki güç ilişkisini dengeleme amacı ile hiyerarşiyi kaldırma eğilimi dikkate alındığında, olur vermenin konuyla ilgili tüm yasal ve etik sorumlulukları olur verene yüklemesi sebebiyle eleştirilmiştir. Zira onamada (onam vermede) öneriyi sunanın yükümlülüğü sürmektedir.<sup>146</sup> Biz de bu sebeple çalışmamızda onam terimini kullanmaktayız.

Tıbbi müdahalelerde, birbiri ile çatışma durumunda bulunabilecek iki ilke karşı karşıya gelmektedir. Bunlar; hekimin tedavi ödevi ve hastanın kendisi hakkında karar verme hakkıdır. Anayasamızın 17. maddesi kişinin temel hakları içerisinde, herkesin, yaşama, maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkını düzenlemektedir. Yaşama hakkı, bireyin kendisi hakkında karar verme hakkını da içermektedir. Böylece kişinin, vücut bütünlüğü üzerinde gerçekleştirilecek tedavi amaçlı ameliyeler için karar verebilme hakkı da kabul edilmiş olacak ve hekimler tarafından gerçekleştirilecek operasyonların hukuka uygun kılınması sağlanacaktır.<sup>147</sup> Bunun için hekimin uygulayacağı her türlü tıbbi müdahale için hastanın onamını alması gerekmektedir.

Bu Anayasal gerekliliğin dışında, Türk hukukunda hastanın onamının aranması zorunluluğunu getiren başkaca düzenlemeler de bulunmaktadır. Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrası Hakkında Kanun (m.70) bu koşulu kesin olarak öngörmektedir.<sup>148</sup>

---

**Altıntaş A.**, Deontoloji'den Etik'e Aydınlatılmış Onam, Obezite, Metabolik Sendrom ve Tıbbi Etik Sempozyum Kitabı, İstanbul, 2003, s.111-115

<sup>146</sup> **Oğuz, Y.**, Aydınlatılmış Onam, Cumhuriyet Bilim Teknik Dergisi:888, 2004

<sup>147</sup> **Özsunay, E.**, Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler Sempozyumu, İstanbul, 1983, s.31-59

<sup>148</sup> 11.04.1928 Tarih ve 1219 Sayılı Tababet (Tıp) ve Şuabatı (Şubeleri) San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun



Öte yandan Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi de (m.14/2), hekime “...hastanın maneviyatı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimali bulunmadığı takdirde, teşhise göre alınması gereken tedbirlerin açıkça söylenmesi” ödevini yüklemiştir.

Bunların yanı sıra, 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun’un 6. ve 7. maddelerinde<sup>149</sup>, organ ve doku alacak hekimlerin, vericiye, organ ve doku alınmasının yaratabileceği tehlikeler ile, bunun tıbbi, psikolojik, ailevi ve sosyal sonuçları hakkında ayrıntılı bilgi

---

Madde 70 - Tabipler, diş tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde (kısıtlı/hacir altında) ise veli veya vasisinin evveleminde muvafakatini alırlar. Büyük ameliyei cerrahiyeler için bu muvafakatın tahriri (yazılı) olması lazımdır. Veli veya vasisi olmadığı veya bulunmadığı veya üzerinde ameliye yapılacak şahıs ifadeye muktedir olmadığı takdirde muvafakat şart değildir. Hilafında hareket edenlerden alakadarın (ilgilinin) şikayetine bağlı olmak şartıyla on liradan iki yüz liraya kadar hafif cezai nakdi alınır.

<sup>149</sup> 03.06.1979 Tarih ve 2238 Sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun

Madde 6- Onsekiz yaşını doldurmuş ve mümeyyiz (ayırtım gücüne sahip) olan bir kişiden organ ve doku alınabilmesi için vericinin en az iki tanık huzurunda açık, bilinçli ve tesirden uzak olarak önceden verilmiş yazılı ve imzalı veya en az iki tanık önünde sözlü olarak beyan edip imzaladığı tutanağın bir hekim tarafından onaylanması zorunludur.

Bilgi verme ve araştırma yükümlülüğü:

Madde 7 - Organ ve doku alacak hekimler:

a) Vericiye, uygun bir biçimde ve ayrıntıda organ ve doku alınmasının yaratabileceği tehlikeler ile, bunun tıbbi, psikolojik, ailevi ve sosyal sonuçları hakkında bilgi vermek;

b) Organ ve doku verenin, alıcıya sağlayacağı yararlar hakkında vericiyi aydınlatmak;

c) Akli ve ruhi durumu itibarıyla kendiliğinden karar verebilecek durumda olmayan kişilerin vermek istedikleri organ ve dokuları almayı reddetmek;

d) Vericinin evli olması halinde birlikte yaşadığı eşinin, vericinin organ ve doku verme kararından haberi olup olmadığını araştırıp öğrenmek ve öğrendiğini bir tutanakla tespit etmek;

e) Bedel veya başkaca çıkar karşılığı veya insancıl amaca uymayan bir düşünce ile verilmek istenen organ ve dokuların alınmasını reddetmek;

f) Kan veya sıhri hısımlık veya yakın kişisel ilişkilerin mevcut olduğu durumlar ayrık olmak üzere, alıcının ve vericinin isimlerini açıklamamak;

Zorundadırlar.

vermekle yükümlü oldukları belirtilmiş ve böylece, ancak aydınlatılmış onam ile kendisinden organ alınabilmesine izin verilmiştir.

Benzer şekilde yeni Türk Ceza Kanunu'nda tıbbi deneylere ilişkin olarak getirilen düzenlemede, aydınlatma ve onamın, ön koşul olduğu belirtilmiştir.<sup>150</sup>

Konuya hukuk uygulaması açısından bakıldığında; önceleri, hekimlerin gerçekleştirdikleri faaliyetlerin, "hakkın icrası" düşüncesi ile hukuka aykırı sayılmayacağı, ancak bunun için tıp sanatının kurallarına, gereken tedbirlere uymanın ve bu sınırlar içinde hareket etmiş olmanın arandığı görülürken, sonradan, artık onam teorisine dönüldüğü görüşünden hareketle tıbbi faaliyetlerin hukuka uygun kılınması için hastanın onamının alınması ve bunun da öncesinde hastanın aydınlatılması gerekliliği kabul edilmiştir.<sup>151</sup>

<sup>150</sup> 26.09.2004 Tarih ve 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu

Madde 90-2/g- Deneyin mahiyet ve sonuçları hakkında yeterli bilgilendirmeye dayalı olarak açıklanan rızanın yazılı olması ve herhangi bir menfaat teminine bağlı bulunmaması,

4- Hasta olan insan üzerinde rıza olmaksızın tedavi amaçlı denemede bulunan kişi, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Ancak, bilinen tıbbî müdahale yöntemlerinin uygulanmasının sonuç vermeyeceğinin anlaşılması üzerine, kişi üzerinde yapılan rızaya dayalı bilimsel yöntemlere uygun tedavi amaçlı deneme, ceza sorumluluğunu gerektirmez. Açıklanan rızanın, denemenin mahiyet ve sonuçları hakkında yeterli bilgilendirmeye dayalı olarak yazılı olması ve tedavinin uzman hekim tarafından bir hastane ortamında yapılması gerekir.

<sup>151</sup> "...Hekim, tababeti yerine getirirken, tıbbi uygularken kişinin yaşamasını düzenlemek, sağlığını sağlayabilmek amacıyla çeşitli faaliyetlerde bulunmaktadır. Bu faaliyetler hastalığın teşhisi, gerekli ilaçların verilmesi, cerrahi müdahalelerin yapılması, hastalığın devamlı olarak gözetilmesi, gerektiğinde yan etkili tedavi yollarına, yeni usullere başvurulması gibi çeşitli konuları kapsamaktadır.

İşte hekim bu faaliyetlerde bulunurken bazı mesleki şartları yerine getirmek hastanın durumuna değer vermek ve geniş bir deyimle tıp biliminin kurallarını gözetip uygulamak zorundadır. Aksi halde hekim tıp biliminin verilerini yanlış ya da eksik uygulamışsa, mesleğine gerektirdiği özel görevlere gereği ve yeteri kadar uymamışsa mesleki kusuru var demektir ki, bu eylem ve davranışı da hukuka aykırılık nedeniyle sorumluluğunu gerektirecektir.

Hekim ile hasta arasında sözleşme ilişkisi bulunması ve tıbbi müdahaleye hastanın rıza göstermesi ya da ıstırar hali asla durumu etkilemeyecektir. Çünkü, rızanın ya da ıstırar halin varlığı halinde hekimin davranışının bütün sonuçlarının meşru

Tüm bu mevzuat değerlendirildiğinde ve özetle belirtilmelidir ki; tıbbi müdahalelerin hukuka aykırılığının engellenebilmesi, hastanın onamının alınması ile mümkün olacaktır. Başka bir deyişle, hekim hasta üzerinde herhangi bir işlem yapmadan önce onu aydınlatacak ve sonrasında kararı hastaya bırakıp, onun onamına veya reddine göre hareket edecektir. Böylelikle hastanın tıbbi karara katılımının sağlanması ve hasta ile işbirliği oluşturulması mümkün olacaktır. Bu açıklamalardan aydınlatmanın, onamın geçerliliği açısından olmazsa olmaz bir ön koşul olduğu da anlaşılmalıdır.

Özellikle diş hekimliği uygulamaları dikkate alındığında, tıbbi müdahalelerin bir çoğunun ihtiyari/isteğe bağlı olduğu söylenebilir. Bu durumda hasta, söz konusu tıbbi müdahaleye sadece ihtiyaç

---

sayılması, hukuka uygun addedilmesi düşünülemez. Davranışın ve illiyet bağının meşruluğu ancak kullanılan araç ve uygulanan metodun gerektirdiği bütün tedbirlerin alınmasında söz konusu olabilir. Tababette de aynı kural geçerlidir. Sorumsuzluktan yararlanabilmek için tıp sanatının kurallarına, gereken tedbirlere uymak ve bu sınırlar içinde hareket etmek gereklidir. Diğer bir deyimle şayet tıp ilmi hekimin yaptığı müdahalelere cevaz veriyorsa, bunu yapan hekim, tıp mesleğince tecviz edilen bir faaliyette bulunmuş demektir ki, hakkın icrası nedeniyle, eylemi hukuka aykırı sayılamaz. ... Türk Doktrininde de üstün yarar görüşü olarak nitelenen bu görüşe rağmen, gerçekten zorunlu müdahale halleri dışında mağdurun rızasına önem verilmesi ile artık rıza teorisine dönüldüğü müşahede edildiğinden rıza konusu üzerinde kısaca durulmasında yarar görülmüştür. Çünkü olayımızda da tıbbi müdahale, açık olmamakla beraber zımnî ya da mefruz rızaya dayanmaktadır.

... Sağlık ve yaşama haklarının da bir sınırı bulunmaktadır, kişi ancak tedavi olmak, bir hastalığı önlemek için rızasını verebilir. Kişiler kendi vücutları üzerinde ayırık durumlar hariç ancak kendileri tasarrufta bunabilir ve tehlikelere karşı yine kendisi karar verebilir. Tıbbi müdahalelerde de bu genel kuraldan ayrılmamak gerekir. Tıbbi müdahaleler ve hekimin girişeceği diğer eylemler kişinin sağlığını, vücut bütünlüğünü ilgilendirdiği, muhtemel tehlikeleri meydana getirici nitelikte olduğu için, bunların gerçekleştirilmesine karar verme yetkisi hekime değil, müdahalelere maruz kalacak kişiye ( hastaya ) aittir. Yalnız bu rızanın hukuken geçerli olabilmesi için kişinin, sağlık durumunu, yapılacak müdahaleyi ve etkileri ile sonuçlarını bilmesi, bu konuda yeteri kadar aydınlanması ve iradesini bildirirken baskı altında kalmaması, serbest olması gerekir. Bu itibardır ki ancak aydınlanmış ve serbest bir irade sonucu verilmiş rıza hukuken değerli olan bir rızadır..." Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 07.03.1977, E:1976/6297, E:1977/2541 sayılı kararı

duymamalı fakat aynı zamanda onu istemelidir.<sup>152</sup> Bu nedenle hekim her müdahale öncesinde hastanın onamını almalı ve bunu yaparken şu hususlara dikkat etmelidir:

1. Onam her türlü tıbbi ameliye için gerekli olmakla beraber, önemli ve vücut bütünlüğüne yönelik riskli müdahalelerde geçerli onamın alınmasına mutlak özen gösterilmelidir,
2. Onama ilişkin yazılı kayıtlar, ileride çıkması muhtemel hukuki anlaşmazlıkların çözümü için önem taşımaktadır. Bu kayıtlardan kasıt, yazılı onam formu olmayıp, hastanın tıbbi müdahaleyi bilerek ve isteyerek seçtiğini tespite yönelik her türlü belgedir.
3. Onamı veren kişinin bu konuda yetkili ve ehliyetli olduğuna özen gösterilmelidir,
4. Onamın kanunen yazılı olarak alınmasının arandığı durumlarda bu yükümlülük yerine getirmelidir,
5. Asıl olan onamın, tıbbi müdahaleyi gerçekleştirecek kişi tarafından alınmasıdır. Ancak bu konuda bir yardımcı kullanılacaksa, onun gerektiği şekilde eğitilmesine özen gösterilmeli, müdahaleden önce hastanın ayrıca soruları olup olmadığı öğrenilmelidir,
6. Geçerli bir aydınlatmanın yapıp yapılmadığı, diğer bir deyişle hastanın onam verebilecek düzeyde bilgi sahibi olup olmadığı değerlendirilmelidir,
7. Vücut bütünlüğüne yönelik önemli bir müdahale söz konusu ise (ameliyat vb.) onam vermeden önce hastanın durumunu yakınları ile paylaşabileceği kadar makul bir süre kendisine tanınmalıdır.<sup>153</sup>

Tıbbi müdahalelere onamla ilgili öneriler dikkate alındığında, şu soruların tartışılması ve cevaplanması gerekmektedir:

- Onamın geçerliliği için aranan koşullar nelerdir?
- Onam herhangi bir şekle bağlı mıdır?
- Onamın istisnaları nelerdir?

---

<sup>152</sup> Graskemper, s.755

<sup>153</sup> Pollack, (sports), s.824

## II. Onamın Geçerliliği

Onamın geçerliliği için üç temel unsurun varlığı aranmaktadır<sup>154</sup>:

- Yeterlilik (ehliyet)
- Aydınlatılmış olma
- Gönüllü ve özgür irade açıklaması

### A. Ehliyet

Onamın geçerliliği ile ilgili olarak üzerinde durulması gereken en önemli başlıklardan biri hiç kuşkusuz yeterlilik/ehliyet (competence) konusudur. Bu noktada hak ehliyeti ile fiil ehliyetinin farklı olduğunu, hak ehliyetine sahip olan, fakat fiil ehliyeti sahip olmayan kişilerin bulunabileceğini belirtmek gerekmektedir. Gerçekten de medeni haklardan yararlanma hakkını tanıyan hak ehliyeti; sağ doğumla birlikte kazanılır ve bir işlemi yapmaya yönelik aktif bir gücü değil, sadece hak sahibi olabilmeye ait edilgin bir yeteneği ifade eder. Var olan bu hakların kullanılması ise fiil ehliyetinin varlığına bağlıdır. Fiil ehliyetine sahip kişi kendi eylemi/kararı ile haklar ve borçlar edinebilecektir. Kimlerin fiil ehliyetine sahip olduğunu tespit etmek, tıbbi müdahaleye onam verme ehliyetinin/yeterliliğinin gereklerini ortaya koymak açısından önemlidir.

Fiil ehliyeti durumdan duruma değişebileceği gibi (örneğin malvarlığı idare edemeyecek durumda olan birinin mal satışına ehliyeti bulunmazken, tıbbi araştırmalara katılma konusunda ehliyetli olabilecektir), zamandan zamana da değişebilir (çocuklar yetişkin olduklarına ehliyetlerini kazanırken, yetişkinler yaşlılığa bağlı olarak kısmen veya tamamen fiil ehliyetlerini kaybedebilirler).<sup>155</sup>

<sup>154</sup> Messer, N.G., Professional-patient relationships and informed consent, Postgrad Med. Journal:80, s.277-283, 2004

<sup>155</sup> Beauchamp, T.L., Childress J.F., Principles of biomedical ethics. 5. Bası, Oxford University Press, 2001, s.70

Bir kişinin fiil ehliyetine sahip, yeterli (competent) olduğunu kabul edebilmek için bazı kriterler aranmakla beraber, bu kriterlerin ne olduğu konusunda doktrinde tam bir uzlaşma yoktur. Bazı yazarlar fiil ehliyeti için; kişinin karar vermesinde etkili olacak bilgileri “anlayabilmesini”(understand), bilgiler ile kendi hayatı ve tıbbi durumu arasında “ilinti”(appreciate) kurabilmesini, bilgileri “muhakeme”(reason) ederek sağlıklı sonuçlara ulaşabilmesini ve son olarak da, bir “seçim”(choose) yapıp bunu “açıklayabilmesini”(expres) aramaktadırlar.<sup>156</sup>

İngiltere Yüksek Mahkemesi ile İngiliz Tıp Birliği (İTB) ise fiil ehliyetinin kabulü için farklı kriterler getirmektedir. Paranoid Şizofreni teşhisi ile güvenli bir psikiyatri hastanesinde yatan ve kendisinin dünyaca ünlü bir doktor olduğuna inanan bay (C)’nin, kangrenli sağ kolunun kesilmesine (amputasyon) direnmesi ile ilgili olayda, İngiltere Yüksek Mahkemesi, bu kişinin fiil ehliyetinin varlığını kabul etmiş ve 1994 yılında verilen bu kararda, sonradan “Re C Test” olarak adlandırılan, kriterleri gerekçe göstermiştir.<sup>157</sup> İngiltere Yüksek Mahkemesi’ne göre, bir kişinin fiil ehliyetine sahip olduğunun kabulü ve bir tedaviye onam verebilmesi ya da reddedebilmesi için;

- tıbbi durumu ile ilgili olarak kendisine verilen bilgileri anlaması ve aklında tutması,
- verilen bilgilerin doğruluğuna inanması,
- bu bilgileri değerlendirip, muhakeme ederek bir seçim yapabilmesi gerekmektedir.

<sup>156</sup> **Elliott C.**, Patients doubtfully capable or incapable of consent, Nakleden: **Kuhse H., Singer P.**, A companion to bioethics, Oxford Blackwell, 1998, s.452–462; **Grisso T., Appelbaum PS.**, Assessing competence to consent to treatment: a guide for physicians and other health professionals, Oxford University Press, 1998; **Van Staden CW., Kruger C.**, Incapacity to give informed consent owing to mental disorder, Journal of Medical Ethics:29, s.41–3, 2003

<sup>157</sup> **Kennedy, I., Grubb, A.**, Chapter 5: Consent. In: Medical Law, 3rd edn. London: Butterworths, 2000, s.575–773, Nakleden: **Tan, J.O.A., McMillan, J.R.**, The discrepancy between the legal definition of capacity and the British Medical Association’s guidelines, Journal of Medical Ethics:30, s.427-429, 2004

Konu ile ilgili olarak İngiliz Tıp Birliği ise beş farklı kriter öngörmektedir. Buna göre İngiliz Tıp Birliği, fiil ehliyetinin kabulü için hastanın;

- uygulanacak tedavinin ne olduğunu, amacını, şeklini ve neden önerildiğini,
- yararlarını, risklerini ve alternatiflerinin neler olduğunu,
- önerilen tedavinin uygulanmamasının sonuçlarının neler olabileceğini anlamasını,
- bilgileri, doğru bir seçim yapana kadar akılda tutabilmesini,
- baskıdan ve etkiden uzak bir seçim yapabilmesini aramaktadır.<sup>158</sup>

Fiil ehliyetinin tespitine yönelik olarak kabul edilen bu kriterler karşılaştırıldığında, birbirinden farklı ölçüler içerdiği görölmektedir. Esasen İngiliz Tıp Birliğince kabul edilen beş kriterin ilk dördü, Re C Test kriterlerinden ilkinin karşılamakta ve ayrıntılandırmaktadır. Ancak İngiliz Tıp Birliği kriterleri, Re C Testinin ikinci ve üçüncü unsurlarına dair bir gereklilik içermemekte, benzer şekilde Re C Testinde, İTB. kriterlerinin son unsuru olan “serbest seçim” yer almamaktadır. Sonuç olarak, birbirinden farklı unsurlar içeren bu kriterlerin, birbirini tamamlayacak şekilde uygulanması doğru olacaktır.

Türk hukukunda ehliyet, 4721 sayılı Medeni Kanun’un 8. ve 9. maddelerinde düzenlenmiştir. Kanunun 8. maddesi; “Her insanın hak ehliyeti vardır. Buna göre bütün insanlar, hukuk düzeninin sınırları içinde, haklara ve borçlara ehil olmada eşittirler.” hükmünü içermekte ve hak ehliyetini düzenlemektedir. Bu düzenleme ile Medeni Kanun, eşitlik ve genellik ilkelerine yer vermiş, hukuk düzeni sınırları içinde herkesin eşit olarak bu medeni haklara sahip olduğu kabul edilmiştir.

Kanunun 9. maddesi ise fiil ehliyetini düzenlemektedir. Buna göre; “Fiil ehliyetine sahip olan kimse, kendi fiilleri ile hak edebilir ve borç altına girebilir.” Kanun’un 10. ve devamı maddelerinde ise fiil ehliyetine sahip olabilmenin şartları ve gerekleri açıklanmıştır. Buna

---

<sup>158</sup> Tan, s.427

göre; “ayırt etme” (sezginlik) gücüne sahip ve “kısıtlı” olmayan her “ergin” kişinin fiil ehliyeti bulunmaktadır.

Türk hukukunda erginlik 18 yaşın doldurulması ile başlar. Dolayısıyla 18 yaşın altındakiler, tıbbi müdahaleler için onam verme hakkına, başka bir deyişle fiil ehliyetine sahip değildirler. Şimdilik, bu kişiler için onamın yasal temsilcileri tarafından verileceğini söylemekle yetiniyoruz. Aşağıda küçük (çocuk) hastaların tıbbi müdahalelere onamı konusu ayrıntılı olarak ele alınacaktır. Evlenme<sup>159</sup> veya yargısal kararlar<sup>160</sup> 18 yaş öncesi de kanunen erginlik kazanabilmek mümkündür. Bu durumda hasta 18 yaşında olmasa dahi, kendisine uygulanacak tıbbi ameliye hakkında karar verebilecek ehliyetine sahip olacaktır.

Ayırt etme gücü (sezginlik) ise Medeni Kanun’un 13. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre; “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.” Sezginlik, algılama ve karar verme yeteneklerinin bir arada bulunması ile mümkündür. Sezgin kişi, yaptığı iş ve davranışın içeriğini ve sonucunu bilebilecek, sezebilecek düşünsel yapı ve durumda olmalıdır.<sup>161</sup>

<sup>159</sup> Medeni Kanun’un 11/2. maddesine göre evlenme kişiyi reşit kılar. Kanunun 124/1. maddesine göre ise, erkek veya kadın 17 yaşını doldurmadıkça evlenemez. Ancak hakim olağanüstü durumlarda ve pek önemli bir sebeple 16 yaşını doldurmuş olan erkek veya kadının evlenmesine izin verebilir. Olanak buldukça karardan önce ana ve baba veya vasi dinlenir. Evlenme ile kazanılan reşitlik kesindir ve bundan dönülemez. Yani evlilik 18 yaşından önce boşanma ile sonuçlansa dahi, artık bu kişiler kanunen reşit durumundadırlar.

<sup>160</sup> Medeni Kanun’un 12. maddesi gereği yargısal rüşt kararı verilebilmesi için, küçüğün 15 yaşına gelmesi, rızası, mahkemeye bizzat başvurması, ana ve babası varsa vasi veya kanuni temsilcisinin dinlenmesi, izinlerinin alınması ve küçüğün kısıtlı olmaması koşulu aranmaktadır. Ancak mahkeme, tüm bu koşullar oluşmuş olsa dahi, durumun özelliğine göre yargısal rüşte karar verip vermemekte serbesttir.

<sup>161</sup> **Yetik, N.**, Açıklamalı İçtihatlı Ehliyet-Velayet Nüfus Vesayet-Nafaka, 1. Bası, Adil Yayinevi, Ankara, 2003, s.33



Fiil ehliyetini kısmen veya tamamen kaldıran kısıtlılık hali ise Medeni Kanun'un 404 ila 408. maddelerinde düzenlenmiştir. Buna göre; velayet altında olmayan küçükler, akıl hastaları, akıl zayıflığı olanlar, alkol ve uyuşturucu madde bağımlıları, kötü yaşama tarzı olanlar, malvarlığını kötü yönetenler, bir yıl ve daha fazla süreli hapis cezasına mahkum olanlar ile acizler vesayet altına alınmak suretiyle fiil ehliyetini kullanmaktan kısmen veya tamamen kısıtlanabilirler. Medeni Kanunumuzun bu sistematığı içerisinde, fiil ehliyeti bakımından kişilerin ayırımı şu şekilde yapılabilir:

1. Ehliyetliler
  - a. Tam ehliyetliler
  - b. Sınırlı ehliyetliler
2. Ehliyetsizler
  - a. Tam ehliyetsizler
  - b. Sınırlı ehliyetsizler

Tıbbi müdahalelere onam verilmesi ile ilgili olarak, tam ehliyetliler ve tam ehliyetsizler açısından bir problem olmamakla beraber, sınırlı ehliyetliler ve sınırlı ehliyetsizler için durum her zaman net olmayabilir. Zira bu kişilerin içinde oldukları durum, tıbbi müdahaleye onam verebilmelerini her zaman engellememektedir. Gerçekten de, Medeni Kanun'un 429. maddesi gereğince sınırlı ehliyetli olan ve mal varlığını yönetme yetkisi kaldırılarak kendisine danışman (müşavir) atanan kişinin, tıbbi müdahalelere onam verme ehliyetinin kaldırıldığı söylenemez. Benzer bir durum, Medeni Kanun'un 407. maddesi gereğince kısıtlanan ve sınırlı ehliyetsiz kategorisinde bulunan, ayırt etme gücüne sahip, mahkumlar için de söz konusudur.

Ayırt etme gücüne sahip küçükler ise Medeni Kanun'un 16. maddesi gereği sınırlı ehliyetsizler kategorisinde değerlendirilirler ve yasal temsilcilerinin izni olmadan, kendi işlemleri ile borç altına giremezler. Ancak bu kişilerin şahsa sıkı sıkıya bağlı hakları kullanmalarında yasal temsilcinin (veli veya vasi) rızası aranmaz. Tıbbi müdahalelere onam verilmesi, kişinin kendi vücut bütünlüğü üzerinde tasarruf etme hakkından kaynaklanmakta bu yönüyle de şahsa sıkı surette bağlı bir hak niteliğini taşımaktadır.

Bu açıklama karşısında akla şu soru gelmektedir: ayıt etme gücüne sahip küçük, kendisini borç altına sokmayan tıbbi müdahalelere, yasal temsilcisinin izni olmadan onam verebilecek midir? Esasen buna birinci engel, her türlü tıbbi uygulamada, hasta küçük ise veli veya vasisinden izin alınması kuralını getiren, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 70. maddesidir. Benzer düzenleme, Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 24. maddesinde de yer almaktadır. Ancak tüm dünyada, anlama kapasitesi arttığı ölçüde çocuğun tıbbi müdahalelere katılımının sağlanması ve salt onun onamı ile tıbbi işlemlerin gerçekleştirilmesi eğiliminin giderek yaygınlaştığı da bilinmektedir. Gerçekten de; Amerika Birleşik Devletlerinin bir çok eyaletinde küçüğün kendisi onam verdikten sonra, ailesinin izni aranmaksızın tedavi edilebilecek belirli tıbbi durumlar yasalarca saptanmıştır. İlaç bağımlılığı, cinsel yolla bulaşan hastalıklar, gebe olanların tıbbi tedavisi, doğum kontrolü ve düşük gibi yasalarda belirtilen bu tıbbi faaliyetler küçüklerin onamı doğrultusunda gerçekleştirilebilmektedir.<sup>162</sup> Yine Amerika Birleşik Devletlerinde, yasalarda sayılan bu durumların dışındaki bazı tıbbi müdahaleler de, tıbbi tedavinin içeriğini, doğasını, sonucunu ve boyutunu anlama gücüne sahip çocukların onamı alınarak yapılabilmektedir. Ancak bu durumda şu önceliklere dikkat edilmesi gerekmektedir:

- Hasta takdir edebilme yaşında olmalı (15 ve daha yukarı) ve işlemler ile risklerini gerçekçi bir şekilde anlayarak aydınlatılmış onam verebilecek şekilde yeterlilik içinde görülmelidir.
- Tıbbi önlemler hastanın kendi yararı için olmalıdır. (Organ vericisi veya araştırmaya denek olmamalıdır.<sup>163</sup>)

<sup>162</sup> Committee on Bioethics, American Academy of Pediatrics Informed Consent, parental permission, and assent in pediatric practice, Pediatrics:95, s.314-317, 1995; World Medical Association, Declaration of Ottawa on the Right of the Child to Health Care, 50<sup>th</sup> World Medical Assembly, Canada, 1998; **Annas, G.J.**, The Rights of Patient, Totowa, New Jersey, Humana Press, s.110-112, 1992; **Jonsen, AR., Siegler, M., Winslade, WJ.**, Clinical Ethics, New York, McGraw-Hill, Inc, s.173-174, 1992

<sup>163</sup> Çocuğun ruhsal ve ahlaki gelişimi açısından faydalı olabileceği, aynı zamanda ihtiyacı olanlara yardım etme duygusu kazandıracığı düşüncesi ile, ailesinin izni olmak kaydı ile, bilimsel araştırmalara katılması da savunulmaktadır. **Brock, D.**, Ethical issues in exposing children to risks in research, Nakleden: **Grodin, MA., Glantz LH.**, Children as research subjects: science, ethics and law, Oxford

- Tıbbi müdahalenin gerekliliği güvenilir şekilde tıbben doğrulanmalıdır.
- Aile onayının elde edilmemesinin kabul edilebilir bir nedeni olmalıdır.<sup>164</sup>

Çocukların tıbbi uygulamalara onam vermesine ilişkin bir düzenlemelere, İspanya ve İngiltere’de de rastlanılmaktadır. İspanya’nın Katalonya eyaletinde 2001 yılında yürürlüğe giren Hasta Hakları Yasası’nda 16 yaşından büyük çocukların tıbbi müdahalelere onam verebileceklerinin kabul edildiği görülmektedir.<sup>165</sup> Benzer düzenleme İngiltere’de 1969 yılında yürürlüğe giren Aile Hukuku Reformu Kanunu’nda yer almaktadır. Buna göre; 16 yaşındaki bir çocuk, yasal olarak tıbbi tedaviye onam verme hakkına sahiptir. Ancak böyle bir durumda, tıbbi uygulamayı gerçekleştirecek hekim, çocuğun algılama ve karar verme yeteneğine sahip olup olmadığını denetlemek durumundadır.<sup>166</sup> İngiltere’de 1985 tarihinde verilen bir mahkeme kararı<sup>167</sup> ile; 16 yaşın altındaki çocukların dahi, tıbbi müdahalenin doğasını ve risklerini anlayacak kapasiteyi göstermeleri kaydı ile tek başlarına onam verebilecekleri kabul edilmiştir. Böylelikle “Gillick Ehliyeti” (Gillick Competence) olarak anılan bu kurala dayalı olarak, örneğin 12 yaşındaki bir çocuğun verdiği onam çerçevesinde yapılan tıbbi müdahaleler hukuka aykırı sayılmamaktadır. Onamın esirgenmesi ile ilgili olarak Gillick Ehliyeti kuralının uygulaması biraz farklıdır.

---

University Press, 1994, s.81–101; Çocukların kardeşlerine organ veya doku sağlamalarının psikolojik yönden olumlu etkileri olacağı da belirtilmektedir.

**Elliott**, s.456

<sup>164</sup> **Aydın**, s.150

<sup>165</sup> **Pérez-Cárceles, MD., Osuna, E., Luna, A.**, Informed consent of the minor. Implications of present day Spanish law, *Journal of Medical Ethics*:28, s.326, 2002

<sup>166</sup> **Gore, DM.**, Ethical, professional, and legal obligations in clinical practice: a series of discussion topics for postgraduate medical education. Topic 2: consent and legal competence, *Postgrad. Med. Journal*:77, s.318-319, 2001, (Gore, consent)

<sup>167</sup> *Gillick v West Norfolk and Wisbech Health Authority*, 3 All ER 402., 1985, **Gore**, s.318

1991 yılında görülen bir davada<sup>168</sup> İngiliz Temyiz Mahkemesi, tıbbi müdahalelere verilen onamı bir anahtara benzeterek, bu anahtarın hem Gillick Ehliyeti olan çocukta hem de anne ve babasında olduğunu kabul etmiş ve taraflardan birinin kapıyı açması durumunda müdahalenin uygulanabileceğini belirtmiştir. Bu karardan şu çıkarım yapılmaktadır: Gillick Ehliyetine sahip bir çocuk anne ve babasının isteğinin aksine tıbbi müdahaleye onam verebilecek, aksi durumda yani çocuğun tedaviyi reddetmesine rağmen bu sefer anne ve babanın onamı ile tedavi gerçekleştirilebilecektir. Müdahalenin çocuğun yararına olması gerektiği ise tartışmasızdır.

1990 yılında yürürlüğe giren Tıbbi Kayıtlara Ulaşım Kanunu (Access to Health Records Act) ile de bir ölçüde yasalaşmış ve Gillick ehliyetine sahip 16 yaşın altındaki bir küçüğün izni olmadan ailesinin kendisi hakkındaki tıbbi kayıtlara ulaşması yasaklanmıştır.<sup>169</sup>

Esasen, algılama ve karar verme yeteneğine sahip çocukların kendilerine uygulanacak tıbbi müdahaleler için geçerli onam verebilmeleri şeklindeki eğilimin doğru olduğunu düşünmekteyiz. Nitekim, Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 24. maddesinde; her ne kadar çocuklara uygulanacak tıbbi müdahalelerde veli veya vasi onayı şart koşulsun da, 26. maddede yer alan, “Kanuni temsilcinin muvafakatinin gerekli ve yeterli olduğu hallerde dahi, mümkün olduğu ölçüde küçük veya mahcur (kısıtlı) hastanın dinlenmesi suretiyle tıbbi müdahaleye iştiraki sağlanır” şeklindeki düzenlemenin bu eğilim doğrultusunda kaleme alındığı anlaşılmaktadır. Ayrıca bilindiği üzere; 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun yaş küçüklüğünü düzenleyen 31. maddesinde, 12-15 yaş aralığındaki çocuk suçlular hakkında “işlediği fiili algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin varlığının” aranacağı ve yeterliliğe sahip çocuklar hakkında indirimli cezaların uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. Her ne kadar cezai

---

<sup>168</sup> Re R (A Minor) (Wardship: Medical Treatment) 3 WLR 592., 1991, **Jones, JW.**, A Medico-legal Review of Some Current UK Guidelines in Orthodontics: A Personal View, BJO:26(4), s.307-24, 1999

<sup>169</sup> **Gore**, (consent), s.319

sorumluluk ile hukuki sorumluluk prensipleri aynı olmasa da, işlediği suçtaki sorumluluğunun tespitine ilişkin olarak, ruhsal durumu ve gelişimine değer atfedilen çocukların, kendileri ile ilgili olarak verecekleri kararlarda da aynı yaklaşımın gösterilmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

Hasta çocuklara uygulanacak tıbbi müdahalelerle ilgili olarak tartışılması gerekli diğer bir konu ise ailenin, çocuk için hayati önem taşıyan bir müdahaleye onam vermemesi halidir. Böyle bir durumda, hasta çocuk için tıbben kaçınılmaz olan ve yapılmaması halinde telafisi imkansız zararların doğabileceği bir müdahale söz konusu olup, çocuğun yararı bu ameliyenin gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Çocuğun yararını gözeten Dünya Tıp Birliği, hastanın sağlık durumunun geriye dönüşü olmayacak şekilde tehlikede olduğu ve tıbben alternatif yöntemler bulunmadığı böyle bir koşulda, aile veya yasal temsilci tedaviyi reddediyorsa, bu durumda hekimin mahkemeye başvurarak tedaviyi gerçekleştirmek konusunda yetki alabileceğini kabul etmektedir.<sup>170</sup>

Türk Medeni Kanunu bu konuda benzer hükümler içermektedir. Böyle bir durumda hekimin mahkemeye durumu bildirmesi ile birlikte, mahkeme Medeni Kanun'un 346 ila 348. maddelerinde düzenlenen şu tedbirlere karar verebilecektir;

- Çocuğun menfaati ve gelişmesi tehlikeye düştüğü takdirde, ana ve baba duruma çare bulamaz veya buna güçleri yetmezse hâkim, çocuğun korunması için uygun önlemleri alır. (MK. md.346)
- Çocuğun bedensel ve zihinsel gelişmesi tehlikede bulunur veya çocuk manen terk edilmiş hâlde kalırsa hâkim, çocuğu ana ve babadan alarak bir aile yanına veya bir kuruma yerleştirebilir. (MK. md.347)
- Çocuğun korunmasına ilişkin diğer önlemlerden sonuç alınamaz ya da bu önlemlerin yetersiz olacağı önceden anlaşılırsa, hâkim ...velâyetin kaldırılmasına karar verir. (MK. md.348)

---

<sup>170</sup> Aydın, s.150

Bu düzenlemelerden de anlaşılacağı üzere, hekimin başvurusu ile durumu öğrenen mahkeme, velayete müdahale ederek anne ve baba yerine tıbbi müdahaleye izin verebileceği gibi, çocuğun yararı için gerekli gördüğü taktirde velayeti tümünden de kaldırabilir. Akimin velayete müdahalesi, Medeni Kanun'un 339. maddesi gereği velayeti birlikte yürüten anne ve babanın, çocuğa uygulanacak tıbbi ameliye hakkında anlaşmazlığa düşmeleri halinde de uygulama alanı bulabilecektir. Zira çocuğun velayeti anne ve baba tarafından ortaklaşa yürütüldüğünden, onamın geçerli olması için sadece birinin kabulü yeterli olmayıp, her ikisinin de onam vermesi gerekmektedir. Bu konuda anlaşamamaları halinde, ebeveynlerden biri mahkemeye başvurarak, çocuğun menfaati yönünde mahkemenin velayete müdahale etmesini sağlayabilecektir.

Tıbbi müdahalelere onamla ilgili olarak üzerinde durulması gerekli Fiil ehliyeti kaldıran sebeplerden biri de akıl hastalığıdır. Fiil ehliyetini kaldıracak derecede akıl hastalığına sahip kişiler adına onam vermeye yetkili kişilerin kanuni temsilcileri olduğu açıktır. Ancak psikiyatrik hastalıkların tümünün, kişinin algılama ve karar verme yeteneği üzerinde aynı etkiyi yaptığını söylemek mümkün değildir. Başka bir deyişle, bazı psikiyatrik hastalıklar algılama ve karar verme yeteneğini tamamen kaldırırken, diğerlerinin etkisi kısmi olabilmektedir. Yine bazı psikiyatrik rahatsızlıkların etkisi zaman içerisinde değişebilmektedir. Bu nedenle, aydınlatma ve onam açısından psikiyatri hastalarının durumu, hastalıklarının türü ve dönemine göre değerlendirilmelidir.<sup>171</sup> Bir akıl hastalığı sebebiyle hastanın tam ehliyetsiz sayılması için;

- Hastalığın, kişinin anlama ve algılama yeteneğini kaldırması,
- Hastalığın, onam veya ret şeklinde ortaya çıkabilecek, seçme yeteneğini engellemesi,
- Kişinin onamını açıklayabilmesi noktasında sağlıklı iletişim kurabilmesini önlemesi,
- Kişinin tıbbi girişime ihtiyacı olduğunu kabullenmesini ortadan kaldırması gerekmektedir.<sup>172</sup>

<sup>171</sup> **Bridgman**, s.387

<sup>172</sup> **Staden, VWC., Krüger, C.**, Incapacity to give informed consent owing to mental disorder, *Journal of Medical Ethics*:29, s.41-43, 2003

Yukarıda bahsedildiği üzere tam ehliyetsizler sınıfına giren akıl hastaları, Medeni Kanunumuzun 405 maddesi gereğince kısıtlanarak, Kanun'un 396-425. maddeleri hükümlerine uygun olarak vesayet altına alınırlar. Vesayet, kişisel ve mali çıkarlarını korumak ehliyetinden ve gücünden yoksun kısıtlıların korunması amacıyla devletçe örgütlenmiş, kısıtlının bakımını ve temsilini gerçek kişilere tevdi eden kamu hukukuna tabi bir kurumdur.<sup>173</sup> MK.'nin 397. maddesinin emredici hükmü gereği, vesayet makamı sulh hukuk mahkemesi, denetim makamı ise asliye hukuk mahkemesidir. Vesayet makamı bu görevi yapabilecek yetenekte olan bir ergini vasi olarak atamak durumundadır. İlgililerin kişisel ilişkileri ve yerleşim yeri yakınlığı gözetilerek, kısıtlıların yakın kan veya kayın hısımlarından bu işe ehil olan birinin veya bizzat eşinin vasiliğe atanması da, "eşin ve hısımların önceliğini" düzenleyen MK.414. maddesi hükmü gereğidir. Dolayısıyla bizim hukukumuzda göre vasi, ağırlıklı olarak akıl hastasının akrabalarından biri olmaktadır. Bu durum akıl hastası olmamakla beraber yaşa bağlı olarak algısal zayıflıklar gösteren yaşlı hastalar hakkında aile bireylerinin onam vereceği yönündeki yanlış inanın da kaynağı olabilmektedir.

Ancak günümüzde, aile üyelerinin son derece değerli kaynaklar olduğunun kabulü yanında, aile üyeleri ile kısıtlı kişi arasında çıkar çatışmaları olabileceği düşüncesi ile vasinin bağımsız kişilerden seçilmesi yönünde bir eğilim vardır.<sup>174</sup> Bu doğrultuda, Birleşmiş Milletler tarafından 1991 yılında yayınlanan, "Psikiyatrik Hastaların Korunması ile İlgili İlkeler" (Principles for the Protection of Persons with Mental Illness ) incelendiğinde, 11. bölümde; akıl hastalığı sebebiyle ehliyeti olmayanlara ilişkin her türlü tıbbi girişim için danışmanı tarafından onam verilmesinin şart koşulduğu ve danışman olarak atanacak kişinin tedavinin gerçekleştirildiği sağlık kurumu çalışanı veya hastanın akrabası olmaması gerektiğinin belirtildiği görülmektedir.<sup>175</sup>

<sup>173</sup> Oğuzman, K., Dural, M., Aile Hukuku, Ankara, 1988

<sup>174</sup> Gostin LO., Informed Consent, Cultural Sensitivity and Respect for Persons, Journal of The American Medical Association:274, s.844, 1995

<sup>175</sup> Rosenthal, E., Sundram, C.J., International Human Rights and Mental Health Legislation, 2003

Benzer tartışma İngiltere’de yapılmış ve Avrupa Birliği’nin 2004 tarihli, “İyi Klinik Uygulamaları Direktifi<sup>176</sup>” doğrultusunda, çıkar çatışmasının olabileceğini gösteren özel sebepler olmadıkça aile üyelerinin vasi olarak atanması kabul edilmiştir.<sup>177</sup> Literatürde, hastayı kim temsil ederse etsin şu ilkelere<sup>178</sup> uygun hareket etmekle yükümlü olduğu savunulmaktadır:

- *Vekil olarak verilen onamda, hastanın önceden (ehliyetli olduğu dönemde) var olduğu tespit edilebilen iradesine saygı gösterilmelidir.*

Bu ilke, kişilerin fikir ve kavrayışlarının zaman içerisinde değişebileceği, o bakımdan, iradenin açıklandığı tarihteki hasta ile şu andaki hastanın aynı düşünüşte olamayabileceği gerekçeleri ile eleştirilmiştir.<sup>179</sup> Bu ilkenin her zaman çok katı olarak uygulanmasının gerekli olmadığı, esasen bu ilke ile kişinin kendi bedeni üzerinde karar verme hakkının sağlanmasının amaçlandığı, bu itibarla hastanın geçmişte beyan ettiği iradelerin önemsenmesi gerektiği belirtilerek eleştiriler cevaplanmaya çalışılmıştır.<sup>180</sup>

- *Hastanın önceden açıkladığı bir irade beyanı yok ise, onun değerleri, inançları, beklentileri göz önüne alınarak varsayımsal onamı tespit edilmeye çalışılmalıdır.*

Hastanın önceden açıklanan bir iradesinin olduğu durumda buna saygı gösterileceği, yok ise onun için en iyisinin tespit edileceği belirtilerek, varsayımsal onamın araştırılmasının

---

<sup>176</sup> **Department of Health**, Draft guidance on consent by a legal representative on behalf of a person not able to consent under the medicines for human use (clinical trials) regulations, London, 2003,

URL:

<http://www.doh.gov.uk/research/documents/rd3/legalconsentguidancerev.doc>

(16.10.2005)

<sup>177</sup> **Buchanan, A., Brock, D.**, Deciding for others: the ethics of surrogate decision making, Cambridge: Cambridge University Press, 1989; **Brock**, s.84

<sup>178</sup> **Elliott**, (consent), s.454; **Brock**, s.85

<sup>179</sup> **Elliott**, (consent), s.454; **Parfit, D.**, Reasons and persons, Clarendon Press, Oxford, 1984, s.326–9.

<sup>180</sup> **MacIntyre, A.**, After virtue: a study in moral theory. 2.Bası, Londra, 1985, s.204-5



anlamsız olacağı iddia edilmiştir.<sup>181</sup> Oysa, kişinin kendi bedeni üzerinde karar verme hakkının tesisi için varsayımsal onamın araştırılması gereklidir. Zira hastanın gerçek isteği ile, onun en yararına olan (patient's best interest) her zaman aynı noktada buluşmayabilir. Bu nedenle, eğer ehliyetli olduğu dönemlerdeki davranışlarından ya da hayata ve olaylara ilişkin yaklaşımlarından hareket ederek, hastanın iradesi farazi olarak tespit edilebiliyorsa buna saygı gösterilmelidir. Varsayımsal onamı daha doğru tespit edebilecekleri düşüncesiyle hastayı yakından tanıyan, onun eğilimlerini ve düşüncelerini bilen, empati oluşturabilecek<sup>182</sup> yakınlarının yasal temsilci olarak atanmalarının doğru olduğu savunulmaktadır.<sup>183</sup>

- *Yukarıda sayılanlar mümkün değilse, (örneğin hasta hiçbir zaman ehliyetli olmamış olabilir) hasta için en iyi olan dikkate alınmalıdır.*

Hasta için en iyi olanın tespitinde hangi ölçünün dikkate alınması gerektiği önemlidir. Hasta adına karar verecek vekil, kendi inanç yapısı, anlayışı ve beklentileri ile değil, hastanın sübjektif durumunu dikkate alarak bu tespiti gerçekleştirmelidir.<sup>184</sup>

BM İlkeleri<sup>185</sup>, hastanın yasal temsilcisinin onamının alınmasını esas olarak kabul ederken, zorunlu yatış kararı verilen psikiyatrik hastalar

<sup>181</sup> **Harris, J.**, Consent and end of life decisions, Journal of Medical Ethics:29, s.10–15, 2003

<sup>182</sup> **Manning, R.**, A care approach, Nakleden: **Kuhse, H., Singer, P.**, A companion to bioethics, Blackwell, Oxford, 1998, s.98–105.

<sup>183</sup> **McFadyen, A.I.**, The call to personhood: a Christian theory of the individual in social relationships, Cambridge University Press, Cambridge,1990

<sup>184</sup> **Elliott, C.**, Patients doubtfully capable or incapable of consent. Nakleden: **Kuhse, H., Singer, P.**, A companion to bioethics, Blackwell, Oxford, 1998, s.454; **Hauerwas, S.**, Community and diversity: the tyranny of normality. Suffering presence: theological reflections on medicine, the mentally handicapped, T & T Clark, Edinburgh, 1988, s.211–17

<sup>185</sup> **Rosenthal**, s.20

yönünden istemsiz tedaviyi istisnai olarak öngörmektedir.<sup>186</sup> İstemsiz tedavi ancak “kişinin durumu kendi sağlığına ve başkalarına ciddi bir zarar verme riski taşıyorsa” ve “daha az zorlayıcı tedavi yöntemleri bulunmuyorsa”, sadece “psikiyatrik hastalığın tedavisi amacı” ile uygulanabilecektir.<sup>187</sup> Psikiyatrik hastalığın dışında gelişen diğer hastalıkların tedavisinde ise normal prosedürler uygulanmalıdır.

1983 tarihli, İngiltere Ruh Sağlığı Yasası da istemsiz tedaviye ilişkin benzer bir düzenleme içermektedir. Buna göre hastaya, psikiyatrik bozukluğunun tedavisi için yapılacak tıbbi uygulamalarda aydınlatılmış onam koşulu aranmayacak, bunun dışındaki sair hastalıkların tedavisinde ise yasal temsilcinin onamı gerekecektir. Ancak psikiyatrik rahatsızlıkla doğrudan ilintili bazı hastalıkların tedavisi de onam harici gerçekleştirilebilecektir.<sup>188</sup> Bu bağlamda İngiliz Temyiz Mahkemesi, psikiyatrik bir rahatsızlık olarak kabul edilen Anoreksiya'nın tedavisi için hastanın zorla beslenebileceğini kabul etmiştir.<sup>189</sup> Konu ile ilgili diğer bir olayda, sezaryen uygulanmaması halinde çocuğun öleceği gerekçesi ile bir psikiyatri hastasına tıbbi müdahale için mahkemeye başvurulmuş, hastayı değerlendiren psikiyatrin, canlı doğan bir bebeğin hastanın psikozunun tedavisinde yardımcı olacağı, ayrıca hamilelik nedeniyle kesilen tedavilere tekrar başlanabileceği mütalaası üzerine istemsiz tedavi talebi kabul edilmiştir. Benzer durum akut ya da kronik ağırlı hastalıkların (örneğin diş ağrısı) tedavisi için de öngörülebilir. Zira akut veya kronik ağrının, psikolojik açıdan kişinin stresini arttırdığı

<sup>186</sup> **Gendreau, C.**, The rights of the psychiatric patients in the light of the principles announced by the United Nations: a recognition of the right to consent to treatment, *International Journal of Law and Psychiatry*:20, s.259-78, 1997

<sup>187</sup> **Arcott, K., Dagnan, D., Kroese, BS.**, Assessing the ability of people with a learning disability to give informed consent to treatment, *Psychological Medicine*:29, s.1367-75, 1999; **Appelbaum, PS., Grisso, T.**, Assessing patients' capacities to consent to treatment, *New England Journal of Medicine*:319, s.1635-9, 1998; **Carpenter, WT., Gold, JM., Lahti, AC.**, et al. Decisional capacity for informed consent in schizophrenia research, *Archives of General Psychiatry*:57, s.533-8, 2000

<sup>188</sup> **McHale, J.**, Law and medical ethics: mental incapacity: some proposals for reform, *Journal of Medical Ethics*:24, s.322-7, 1998

<sup>189</sup> **Grubb, A.**, Treatment without consent (anorexia nervosa) adult, *Medical Law Review*:2, s.95-9, 1994

bilimsel bir gerçektir.<sup>190</sup> Bu durumda ağrı ile psikiyatrik rahatsızlık arasında tıbbi bir ilişkinin varlığı ispatlanabilir ise, İngiltere Ruh Sağlığı Yasası'nın 63. maddesi çerçevesinde hastaya istemsiz tedavi uygulanabilmektedir.<sup>191</sup>

İstemsiz tedavilerin uygulanması sırasında uygulanabilecek zorlama, kimyasal, farmakolojik veya fiziksel olabilir. Bunlardan hangisi seçilirse seçilsin, zorlamanın ölçülü ve orantılı olmasına dikkat edilmelidir. Hastanın elleri tutularak dışine müdahale edilebilmesi mümkünken, genel anestezi uygulanması halinde sınırın aşıldığı söylenebilecektir.

Hekim, tıbbi müdahaleye ilişkin hastadan onam alırken yukarıda yapılan açıklamaları göz önünde bulundurmalı, hastanın onam verme ehliyetinin olup olmadığına dikkat etmeli, aksi halde yetkili temsilcisinin aydınlatılmış onamını aldıktan sonra tıbbi müdahaleyi gerçekleştirmelidir.

## **B. Gönüllü ve Özgür İrade Açıklaması**

Hasta tarafından verilen onamın geçerli olmasının diğer bir koşulu ise serbestçe ve herhangi bir etkiye maruz kalınmadan açıklanmış olmasıdır. Başka bir deyişle hastanın, onam verirken, ne hekimin ne de diğer bir kişinin baskısı altında kalmaması ve düzenli bir psikik yapıya sahip olması gerekmektedir.<sup>192</sup> Bu bağlamda hastanın, Borçlar Kanunu'nun 23-30. maddelerinde düzenlenen, iradeyi sakatlayıcı etkilerin (hata, hile, tehdit) altına kalmaksızın tıbbi müdahaleye onam vermesi aranmaktadır.

Tıbbi uygulamalar karşısında karar vermek ve/veya bir seçimde bulunmak durumunda olan hasta her zaman serbestçe hareket edemeyebilir. Buna sebebiyet verebilecek ilk durum, bilgi ve tecrübe gibi konularda hasta ile hekim arasında bir dengenin bulunmayışıdır. Hasta-hekim ilişkisinde, bağımlı , muhtaç ve güçsüz olan tarafta

---

<sup>190</sup> **Kroff, M., Simon, G.,** The relationship between pain and depression, British Journal of Psychiatry, s.101-8, 1996

<sup>191</sup> **Bridgman,** s.389

<sup>192</sup> **Çilingiroğlu,** s.75

bulunan hasta, çoğu zaman kararı hekime bırakma eğilimi göstermekte, hatta kararın kendisine bırakılması durumunda hekimin bilgi ve tecrübesinden şüphe dahi duyabilmektedir. Hastanın serbestçe karar verebilmesini etkileyebilecek diğer bir durum ise akut bir ağrı ya da aşırı sancının olduğu anlardır. Bu dönemde hasta için ilk öncelik ağrının giderilmesi olduğundan, hatalı kararlar alabilmesi söz konusu olabilir. Hasta yakınlarının kurduğu psikolojik baskılar, kişinin serbest hareket etmesini engelleyebilecek diğer bir durumdur.<sup>193</sup>

Hastanın serbest/gönüllü davranması, bilimsel araştırmalar söz konusu olduğunda ayrıca önem taşımaktadır. Zira tedavisini yürüten hekim tarafından gerçekleştirilen araştırmaya katılmayı reddetmesi halinde, tedavisinin aksayabileceği rahatsızlığını hisseden hastanın serbest seçim yaptığını söylemek olanaksızdır.<sup>194</sup> Bilimsel araştırmalarda serbest onamı etkileyen konulardan biri de taahhüt edilen karşılıklar olabilmektedir. Bilimsel araştırmaya iştirak karşılığında kişiye, kendi surumu ile mukayese edildiğinde, oldukça yüksek bir maddi menfaatin önerilmesi, ya da hasta için tıbbi yardım alabilmenin tek yolunun bir araştırmaya katılması olduğu durumlarda da serbest bir seçim ya da karardan bahsedilemeyecektir.<sup>195</sup> Tıbbi araştırmalara katılmada kişinin serbestçe karar vermesini engelleyecek ilginç bir örnek ise, Filipinler hükümetinin organ bağışlayan mahkumların cezasının azaltılacağını açıklamasıdır.<sup>196</sup> Böbrek bağışında bulunan mahkumların cezalarının indirileceği, hatta idam cezasının hapis cezasına çevrileceği yönündeki düzenleme, ahlaki değerlere ve insan onuruna aykırı olup, bu teklif karşısında kişilerin serbest karar verebilmelerini kabul edebilmek mümkün değildir.

<sup>193</sup> **Young, R.**, Informed consent and patient autonomy. Nakleden: **Kuhse, H., Singer, P.**, A companion to bioethics. Oxford: Blackwell, s.441-51, 1998

<sup>194</sup> **Emanuel, E.J., Wendler, D., Grady, C.**, What makes clinical research ethical?, JAMA:283, s.2701-11, 2000

<sup>195</sup> **Moreno, J., Caplan, A.L., Wolfe, P.R.**, Updating protections for human subjects involved in research, JAMA:280, s.1951-8, 1998

<sup>196</sup> **de Castro, L.D.**, Human organs from prisoners: kidneys for life, Journal of Medical Ethics:29, s.171-5, 2003

### III. Onamın Şekli

Hukukumuzda onam açıklamasını herhangi bir şekle bağlayan genel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle tıbbi müdahale için verilecek onam sözlü olabileceği gibi yazılı da olabilir. Diğer bir deyişle onam beyanında esas, Borçlar Kanunu'nun 11/1. maddesi gereği şekil serbestisidir. Ancak bu genel kuralın istisnası Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 70. maddesinde yer almakta; büyük cerrahi ameliyatlara dair onamın yazılı olarak alınması kuralı getirilmektedir. Benzer şekilde, Medeni Kanunun 23. maddesine 1990 yılındaki değişiklikle eklenen ve yeni Medeni Kanun'da korunan düzenlemeye göre, yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve nakli mümkün kılınmaktadır.

Onamın yazılı olması gereken bu istisnai hallerde, geçerlilik şekline uyulmadan açıklanan onam, hukuken kabul edilmemekte ve tıbbi müdahalenin hukuka aykırılığını engellememektedir.<sup>197</sup> Aynı zamanda, büyük cerrahi ameliyatların yazılı şekle uyulmaksızın gerçekleştirilmesi, yine 70. maddede düzenlenen idari para cezası ile yaptırım altına alınmıştır.

Onam açıklamasının yazılı olarak yapıldığı durumlarda, sarih (açık) onam (Express consent) söz konusu olmakla beraber, sözlü onamın her zaman sarih olarak ifade edilmediği durumlar söz konusudur. Esasen Borçlar Kanunumuzun 11/1. maddesinde, onam beyanının sarih olabileceği gibi zımni (örtülü) olabileceği de kabul edilmiş bulunmaktadır. Hasta onamını yazılı bir beyanı imzalamak sureti ile açık olarak belirtebileceği gibi, yapılan müdahaleye karşı çıkmayarak veya onam anlamına gelebilecek bazı eylemlerde bulunarak (iğne yapılması için kolunu uzatmak, muayene amacı ile elbiselerini çıkarmak, dolgu için ağzını açmak vb.) da açıklayabilir.<sup>198</sup> Görüleceği üzere tüm bu hallerde, hasta tarafından gerçekleştirilen icrai veya ihmali yolla bir irade açıklaması söz konusudur. Bu gibi davranışların tıbbi müdahaleye yönelik bir onam

<sup>197</sup> Bazı örnek onam formları çalışmanın sonunda ek olarak verilmiştir.

<sup>198</sup> Messer, s.279

anlamına gelip gelmeyeceği ise güven nazariyesi<sup>199</sup> çerçevesinde çözülecektir.

Tıbbi müdahalede bulunabilmek için, açık ya da örtülü bir onamın varlığı esas olmakla beraber, bazı durumlarda onam alınmaksızın da tıbbi müdahale gerçekleştirilebilecektir. Esasen bu gibi durumlarda, yapılması düşünülen tıbbi uygulama hasta açısından hayati bir önem taşımakta, zaman açısından açık ya da örtülü onamın beklenmesi tıbben mümkün görülmemektedir. Gerek 1219 sayılı TŞSTİDK.'un 70. maddesinde yer alan; "...üzerinde ameliye yapılacak şahıs ifadeye muktedir olmadığı takdirde muvafakat şart değildir." şeklindeki düzenleme, gerekse de, Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 24/3. maddesinde yer alan; "...hastaya derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı veya hayati organlarından birisi tehdit altına girecek ise, izin şartı aranmaz." hükmü, bu durumlara işaret etmektedir. Hekim, müdahalenin aciliyetinin ve yüksek öneminin söz konusu olduğu bu hallerde, hastanın varsayımsal onamı tahtında hareket edecek ve uygulamayı gerçekleştirecektir.

Varsayımsal onamın kabul edilmesi, açık veya örtülü bir irade beyanının elde edilemediği durumlarda, bu beyanda bulunması gereken kişinin gerçek iradesi üzerinde bir tahminde (varsayımda) bulunmaya ve bunun sonucuna göre hareket etmeye dayanmaktadır.<sup>200</sup> Ancak hekim bu tahmini yaparken, kendi objektif değerlerini değil, hastanın sübjektif durumunu dikkate almalıdır. Başka bir deyişle varsayımsal onamın tespitinde, hastanın kişisel bilgi düzeyi, istekleri, beklentileri, umutları ve inançları ölçü olmalıdır.<sup>201</sup>

Varsayımsal onamın hukuken kabul edilebilmesi için, bazı koşulların varlığı aranmaktadır. Bunlardan ilki, tıbbi uygulamanın konusu ile ilgilidir. Bu bağlamda müdahale kişinin hukuken üzerinde tasarrufta bulunabileceği bir hakka yönelik olmalıdır.

<sup>199</sup> **Kocayusufpaşaoğlu, N.**, Güven nazariyesi karşısında borç sözleşmelerinde hata kavramı, İstanbul, 1968, s.5-16

<sup>200</sup> **Erman**, s.139

<sup>201</sup> **O'Neill, O.**, Some limits of informed consent, Journal of Medical Ethics:29, s.4-7, 2003

Esasen bu kural, “üzerinde tam ve serbestçe tasarrufta bulunulamayacak yararlar hakkında verilen onamın hukuka aykırılığı kaldırmayacağı<sup>202</sup>” temel ilkesinin varsayımsal onam için de kabul edilmesinden başka bir şey değildir. Varsayımsal onamın kabulü için ikinci koşul, hastanın önceden, konuya ilişkin açık ya da örtülü bir açıklamasının bulunmamasıdır. Buna varsayılan onamın ikincilliği ilkesi de denmektedir.<sup>203</sup> Varsayılan onamın ikincilliği ilkesi gereği, önceden belirli bir yönde gösterilen irade geçerliliğini koruduğu sürece, varsayılan onama dayanılarak bu iradenin tersine sonuç doğurabilecek işlemler yapılamayacaktır. Bu konudaki üçüncü koşul, hastanın onamının gereken sürede alınmamasıdır. Yukarıda açıklandığı üzere, onam, tıbbi müdahale gerçekleştirilmeden önce alınması gereken ve ameliyeyi hukuka uygun kılan bir müessesedir. Ancak hak sahibinin onamını almak için tıbbi ameliyenin bekletilmesi, onun için hayati bir tehlike oluşturuyorsa artık varsayımsal onam devreye girecektir. Tıbbi gerekliliklerle müdahalenin genişletilmesi durumlarında da varsayımsal onam, ancak yukarıda belirtilen şartlarda, devreye girebilecektir. Varsayımsal onamın kabul edilebilmesinin son koşulu ise, gerçek iradeye uygun sonuca ulaşılma gayretinin gösterilmesi gerekliliğidir. Esasen hekim varsayımsal onam ile hareket ederken, hastanın en yararına olan uygulamayı gerçekleştirmek istemektedir. Ancak hastanın en yararına olan uygulama ile, hastanın sübjektif iradesi her zaman aynı noktada buluşmayabilir. Bu durumda hekim üzerine düşen özen yükümlülüğüne sadık kalarak, gerek hastanın gerçek iradesini belirlemede, gerekse de uygulanacak tedaviden elde edilmesi muhtemel en iyi sonuca ulaşmada tüm gayretini sergilemelidir.

Tıbbi müdahaleler için verilen onamın neleri kapsayıp neleri kapsamadığı ise tartışılması gereken başka bir konudur. Bu bağlamda genel ve özel onamdan bahsedilmekte, genel onamın yeterli ve geçerli olduğunu savunanların yanında<sup>204</sup>, onamın sadece

<sup>202</sup> İçel, K., Sokulu-Akıncı, F., Özgenç, İ., v.d., Suç Teorisi, 2.bası, İstanbul, 2000

<sup>203</sup> Erman, s.150

<sup>204</sup> Özek, Ç., Hekim ve hukuk: Tıbbi müdahalede bulunmak hakkının sınırları, İstanbul Üniversitesi Tıp Fakültesi Mecmuası, 1965, s.445-458

somut bir müdahale için geçerli olacağı görüşünde olanlar bulunmaktadır.<sup>205</sup> Onamın “katılığı<sup>206</sup>” olarak da adlandırılan teoriye göre, somut bir müdahale için verilen onam, o müdahalenin gereği olan diğer bir müdahaleyi kapsamaz. Bir başka deyişle onam saydam/geçirgen değildir. Örneğin belli bir ameliyata onam veren hasta, bu ameliyatın gerçekleştirilmesi için anestezi alması gerektiği konusunda aydınlatılmamışsa, ameliyat için verilen onam anesteziyi kapsamamaktadır. Böyle bir durumda yeterli aydınlatmayı yapmayan hekim, anestezi uygulamasının ameliyatın olmazsa olmazı olduğunu savunarak uygulamayı hukuka uygun hale getiremeyecektir. Ancak bu yaklaşım bir ikilemi de içinde barındırmaktadır. Tıbbi müdahale, sadece tahlil için kan alınmasından oluşabileceği gibi, bir çok tıbbi girişimi bünyesinde barındıran karmaşık bir ameliyat şeklinde de ortaya çıkabilir. Bu durumda her türlü ayrıntı için hastadan ayrıca onam alınmak gerekmekte midir? Bizce bu konu aydınlatma içerisinde halledilmeli ve tıbbi müdahalenin içeriği, bu müdahalenin birlikte getireceği “bağlı ameliyeler” de hastaya anlatılarak onam alınmalıdır.

#### IV. Onamın Aranmadığı Durumlar

Her türlü tıbbi müdahale için hastanın onamının aranması kural olmakla beraber, her kuralın kendi istisnasını da bünyesinde barındırdığını söylemek gerekir. Bu istisnalar, kamusal yararlardan, yasal düzenlemelerden veya tıbbi gerekliliklerden kaynaklanabilir. Kamu sağlığını korumak amacıyla içme sularındaki hijyen tedbirleri veya gıda güvenliği için alınan önlemlerde bireylerin aydınlatılmış onamları aranmayacaktır. Benzer şekilde salgın veya bulaşıcı hastalıklardan toplumu korumak için alınacak karantina veya aşılama tedbirlerinde de kişilerin onamının alınması beklenemez. Bu gibi durumlarda kamu yararı, bireysel hakların önüne geçmektedir.

Onamın aranmayacağı uygulamalar yasal gerekliliklerden de kaynaklanabilmektedir. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun şüpheli veya sanığın beden muayenesi ve vücudundan örnek alınmasını

<sup>205</sup> Çilingiroğlu, s.76; Dural, M., Türk Medeni Hukukunda Gerçek Kişiler, İstanbul, 1987, s.121; O’Neill, s.5-6; Messer, s.279

<sup>206</sup> Opacity of consent, O’Neill, s.6



düzenleyen 75. maddesi ile, diğer kişilerin (mağdurun) beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasını düzenleyen 76. maddesi hükümleri bu bağlamda değerlendirilmelidir. Bu düzenlemelere göre suça ilişkin delillerin elde edilmesi amacıyla, kişinin rızası (onamı) aranmaksızın bazı tıbbi girişimler (beden muayenesi, kan ve tükürük gibi biyolojik materyallerin alınması, diş izlerinin tespiti, tırnak ve saç örneğinin alınması vb.) gerçekleştirilebilecektir. Bu işlemlerin usul ve esaslarını belirlemek amacıyla yayımlanan “Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik<sup>207</sup>”de ayrıntılı olarak düzenlediği üzere, sanık veya şüpheliye yönelik olarak gerçekleştirilecek müdahalelerde rızaya bakılmaksızın mutlak surette C.Savcısı veya Hakim kararının varlığı aranmakta, mağdur üzerinde gerçekleştirilecek işlemlerde ise, kişinin rızasının varlığı halinde C.Savcısı veya Hakim kararı şart koşulmamaktadır.

Onam alınmasına ilişkin genel kuralın diğer bir istisnası ise tıbbi gerekliliklerden kaynaklanabilmektedir. Hastanın anamnezinin alınması sırasında, genetik yatkınlık gibi faktörlerin tespiti amacıyla kendisinin ve ailesinin hastalık geçmişlerinin öğrenilmesi, veya bulaşıcı bir enfeksiyonun kaynağını tespit edebilmek bakımından hastanın yakın ilişkide olduğu kişilerin tıbbi durumları hakkında bilgi edinilmesi, bir hastalığın teşhisi ve tedavisi için tıbben gereklidir. Bu gibi durumlarda, hastadan, üçüncü kişilere ait tıbbi bilgileri açıklamadan önce onların onamını alması beklenemez.<sup>208</sup>

## § 7. KAYIT TUTMA VE SIR SAKLAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Hekim ile hasta arasındaki ilişkide, hekim açısından tıbbi kayıtlara ilişkin yükümlülükler de söz konusu olmaktadır. Bunlar; hekimin kayıt tutma yükümlülüğü ve sır saklama borcudur.

### I. Kayıt Tutma

Kayıt tutma yükümlülüğü, iyi hekimlik uygulamasının bir gereğidir. Hekim, hasta ile karşılaştığı ilk andan itibaren, kişinin hastalık geçmişini, teşhis ve tedavi açısından yararlı olabilecek bireysel

<sup>207</sup> Resmi Gazete : 1 Haziran 2005 - 25832

<sup>208</sup> O'Neill, s.5

özelliklerini, genetik yatkınlığı araştırmak açısından aile bireylerine ilişkin bilgileri, bulaşıcı bir hastalık söz konusu ise yakınlarının sağlık durumları hakkındaki bilgileri, teşhis ve tedavinin seçimi, gerçekleştirilen uygulamaların tümünü ayrıntılı olarak kayda geçirmelidir. Kayıtların tutulması tıbben önemlidir, zira teşhis ve tedavinin organize edilmesine ve sürdürülüp, uygulanmasına yardımcı olacağı gibi, aynı hastalığın tekrarlaması ya da başkaca hastalıkların ortaya çıkması durumunda önemli bir başvuru kaynağı olacaktır. Usulüne uygun kayıt tutmak hekimin özen sorumluluğunun da bir gereğidir ve bu sorumluluğa aykırılık durumunda kötü tıbbi uygulama (malpraktis) ortaya çıkacaktır.<sup>209</sup> İleride karşılaşılabilecek muhtemel anlaşmazlıkların çözümünde ispat aracı olması ise kayıtların hukuki önemini ortaya koymaktadır.

Hasta ile hekim arasındaki ilişkide nelerin kayıt altına alınması gerektiği sorusuna verilmesi gereken cevap belki de “her şeyin kaydedilmesi” olacaktır. Hastalığın teşhisi ile tedavinin hastanın özelliklerine göre belirlenebilmesi için, öncelikle kişinin sağlık geçmişi hakkında bilgi edinilmektedir. Bu bilgiler, tanı ve tedavinin her aşamasında gerekli olabileceğinden ayrıntılı olarak kaydedilmelidir. Hastanın sağlık geçmişine ilişkin bilgiler kendisinden edinilebileceği gibi, üçüncü kişilerden de (hastanın önceki doktoru, tedavi olduğu hastane, tıbbi tahlili ya da radyolojik görüntülemeyi gerçekleştiren merkez vb.) temin edilebilir. Hekim, üçüncü kişilerden hasta hakkında bilgi almadan önce hastanın onamını almalıdır.<sup>210</sup>

Hastanın sağlık geçmişine ilişkin bilgilerin kaydedilmesinde kimi zaman matbu formlar kullanılmaktadır. Bu formlar, bizzat hastalar tarafından ya da hastalarla yapılan mülakat sırasında sağlık çalışanı tarafından doldurulabilmektedir. Hastalığın tanısı ve tedavisi için gerekli tüm bilgilerin bu formda bulunması, tedaviyi üstlenen

<sup>209</sup> “...ameliyat sırasında tutulması gereken kayıtların tutulmaması, ameliyatla ilgili raporun 7-8 ay sonra tutulması, ... dolayısı ile ameliyat sırasında doktorların gerekli dikkat, özen ve ciddiyeti göstermedikleri sabit olduğundan olayda davalı hastahane ve doktorların kusurlu olduklarının kabulü zorunludur.” Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 7.2.2005, E. 2004/12088, K. 2005/1728

<sup>210</sup> **Carman, D., Britten, N.**, Confidentiality of medical records: the patient's perspective, *British Journal of General Practice*:45, s.485-8, 1995

hekimin sorumluluğu olup, standart matbu formu hazırlayana bu sorumluluk yüklenemez.<sup>211</sup> Formun hasta tarafından doldurulması durumunda, hekim hasta ile birlikte anamnez formunu gözden geçirmeli ve eksik kalan bilgileri tamamlamalıdır.<sup>212</sup> Zira kişinin geçmişte kalan hastalık bilgilerini tam olarak hatırlaması her zaman mümkün olmayabilir. Bu nedenle matbu formlar, hasta ile hekim arasında gerçekleştirilecek bilgi alışverişi için ancak bir taslak olarak kullanılabilir. Bunun yanı sıra, sağlık geçmişi ile ilgili bilgilere doğru yanıtlar vermek hastanın sorumluluğundadır.<sup>213</sup>

Hastanın sağlık geçmişine ilişkin bilgilerin kaydedilmesi ile ilgili şu hususlar dikkate alınmalıdır<sup>214</sup>:

- Ayırimsız her hastanın (tedavi ya da kontrol amaçlı muayenelerde), sağlık geçmişine ilişkin bilgiler kaydedilmelidir,
- Sağlık geçmişine ilişkin kayıtlar, tüm tıbbi kayıtların bir parçasını oluşturur,
- Anamnez formunda, tıbben gerekenden fazla bilgi bulunmamalıdır,
- Hastanın soruları anlaması sağlanmalı ve doğru cevaplamasının kendisi için tıbben önemli olduğu hastaya anlatılmalıdır,
- Tüm sorular, olumlu ya da olumsuz cevaplanmalıdır, yanıtlanmamış sorular ve eksik bilgiler önemli noktaların atlandığını düşündürebilir,
- Varsa, ilaç kullanımına ilişkin bilgilere yer verilmelidir,
- Açık uçlu sorular sorularak, hasta hakkında gerekli tüm bilgi toplanmalıdır,
- Sağlık durumunda ya da kullandığı ilaçlarda bir değişiklik olması halinde bilgi vermesi için hasta uyarılmalıdır,
- Belge hasta veya yasal temsilcisi tarafından tarih ve imza atılarak onaylanmalıdır,

<sup>211</sup> Appleby v Miller, 554 NE2d 773, 1990, **Pollack**, (sports), s.815

<sup>212</sup> **Al-Shahi, R., Warlow, C.**, Using patient-identifiable data for observational research and audit, British Medical Journal:321, s.1031-2, 2000

<sup>213</sup> Cook v Yeager, 233 NE2d 326, 1968, **Pollack**, (sports), s.816

<sup>214</sup> **Pollack**, (sports), s.817

- Gereklilik halinde, hastanın sağlık geçmişine ilişkin olarak üçüncü kişilerden bilgi alınmak üzere hastadan izin alınmalıdır,
- Hasta yakını ya da akrabası tarafından sağlanan bilgiler de kayda alınmalıdır.

Hekimin kayıt tutma sorumluluğu sadece hastanın sağlık geçmişi ile sınırlı olmayıp, tedavi süresince devam etmektedir. Tıbbi kayıtların doğru ve düzenli tutulması, ileride çıkabilecek anlaşmazlıkların çözümünde, hasta kadar hekim için de önem taşımaktadır. Herhangi bir anlaşmazlık durumunda başvuru kaynağı olacak kayıtların usulüne uygun tutulmamış olması, hekimin özen kusurunun kabulü için gerekçe edilebilmektedir.<sup>215</sup> Bu nedenle tüm tıbbi kayıtların tutulmasında şu hususlara önem verilmelidir<sup>216</sup>:

- Kayıtlar anlaşılır olmalıdır. Sadece kaydı tutanın anlayabileceği kısaltmalardan kaçınılmalı, okuyan herkesin anlayabileceği şekilde açık ibareler kullanılmalıdır. Ancak, tıp literatüründe genel olarak kabul edilen kısaltmalar bilimsel kısaltmalar yapılabilir.
- Birden fazla sağlık çalışanının kayıt tutması halinde, girişi yapanın kimliği de kaydedilmelidir.
- Yanlış girişler okunamayacak şekilde karalanmamalı, üzeri çizilerek düzeltilmelidir.
- Test sonuçları ve sair incelemeler, konsültasyon talepleri ve sonuçları kaydedilmelidir.
- Randevulara dair ertelemeler, gecikmeler ve iptaller belirtilmelidir.
- Telefonla yapılan görüşmelerin içeriği, zaman ve tarih belirtilerek kaydedilmelidir.
- Hastaya verilen bilgiler ve hasta beyanları kayıt altına alınmalıdır.
- Diğer hekimlerle hasta hakkında yapılan görüşmeler ve içeriği kaydedilmelidir.
- Kayıtlar yasal sürelere uygun olarak saklanmalıdır.

---

<sup>215</sup> Bkz. 209 numaralı dipnottaki Yargıtay kararı, ayrıca: Thor v Boksa, 38 Cal App 3rd558, 11 CalRptr 296, **Pollack**, (sports), s.826

<sup>216</sup> **DeVore**, s.211; **Pollack**, (sports), s.826

- Hasta hakkında kişisel bilgiler barındıran kayıtlar, ilgili olmayanlar tarafından görülmeyecek şekilde muhafaza edilmelidir.

Günümüz koşullarında elektronik kayıt sistemlerinin sıklıkla kullanıldığı bir gerçektir. Teknolojinin bu alanda kullanılmasının kolaylığı ve faydalarının yanında sakıncalar doğurabileceği de açıktır. Bu aşamada, elektronik kayıtların, sonradan değiştirilmeye karşı korunmuş bir sistemde tutulması gerektiği söylenmelidir. Aksi halde, tıbbi kötü uygulama iddiasına karşısında delil olabilecek kayıtların, sonradan kötü amaçlı olarak değiştirilme ihtimali bulunacaktır. Özel Hastaneler Yönetmeliği<sup>217</sup>'nin 50. maddesinde; kayıt işlemlerinin bilgisayar ortamında tutulabileceği, bilgisayar ortamındaki kayıtların, denetim veya resmi taleple istenildiğinde, bilgisayar ekranında izlenen belgeyle daha önceki çıktılarının tutarlılık göstermesinin zorunlu olduğu, bu kayıtların bilgisayar ortamında saklanması, değiştirilmesinin ve silinmesinin önlenmesi amacıyla fiziki, manyetik veya elektronik müdahalelere ve olası suiistimallere karşı gerekli idari ve teknik tedbirlerin alınmasından ve periyodik olarak denetlenmesinden mesul müdür sorumlu olduğu belirtilmiştir.

Aslında ideal olan, tıbbi kayıtların tüm dünyada belli bir standarda ve hatta ayniyete tabi olarak tutulmasıdır. Ancak, gerek tıbbi uygulamaların çeşitliliği, gerekse her hasta için farklı durumların ve bilgilerin söz konusu olması bunu imkansızlaştırmaktadır. Bu itibarla yukarıda kayıtların “doğru” tutulması ile ilgili olarak getirilen öneriler, eksik ya da kimi durumlarda gereksiz olabilir. Esasen bir kaydın “doğru” tutulup tutulmadığı, hangi amaçla kullanılacağına da bağlıdır. Örneğin, amaç istatistik bilgi edinmekse, verilerin tanımı, sıklığı ve demografik özelliklerinin kaydedilmesi yeterli olacaktır. Ya da amaç sadece fatura çıkarmak ise, uygulamaların maliyetinin ve kim tarafından ödeneceğinin kaydedilmesi gerekecektir.<sup>218</sup> Konu tıbbi kayıtlar olduğunda, amaç

<sup>217</sup> Sağlık Bakanlığı, Dayanak Kanun no ve Tarih: 3359 - 7.5.1987 / Khk/181 - 13.12.1983, RG.27.03.2002, S.24708

<sup>218</sup> **Speidel, TM., Jerrold, L.**, Record keeping to avoid or defend lawsuits:A defens attorney's perspective, American Journal of Orthodontics and Dentofacial Orthopedics, s.754-6, 2004

hastanın üstün yararı olmalı ve kayıtlar bu amaç doğrultusunda, mesleki ve yasal gerekliliklere uygun olarak tutulmalıdır.

Tıbbi kayıtlar, halin icaplarına ve yasal gerekliliklere uygun olarak, tedavi süresince ve tedavi prosedürü tamamlandıktan sonra da saklanmalıdır. Zira kayıtlar gerek tıbbi gerekse de hukuki amaçlarla yıllar sonra dahi kullanılabilir. Gerçekten de tedavi edilen hastalık yıllar sonra tekrar nüksedebilir ya da başka bir hastalık ortaya çıkabilir. Bu durumda eski kayıtlar, yeni hastalığın tanı ve tedavisinde yardımcı olabilecektir. Kayıtlar tıbbi amaçların dışında hukuki amaçlarla da kullanılabilir. Bazı olaylarda tıbbi uygulamanın kötü sonuçlarının sonradan ortaya çıktığı bilinmektedir. Bu durumda tıbbi uygulama, yıllar sonra dava konusu edilebilecek ve o halde kayıtlara ihtiyaç duyulacaktır.

Hukukumuzda, kayıt tutma zorunluluğunun süresine ilişkin değişik düzenlemeler bulunmaktadır. Özel Hastaneler Yönetmeliği'nin 49. maddesi, özel hastanelerde tutulan ve hastaya ait tıbbi kayıtları içeren hasta dosyalarının yirmi yıl süre ile saklanması zorunluluğu getirmektedir. Ağız ve Diş Sağlığı Hizmeti Sunulan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkındaki Yönetmelik'in<sup>219</sup> 28. maddesinde ise bu süre iki yıldır.

Karşılaştırmalı hukuka bakıldığında, Alman hukukunda, özel düzenleme bulunmayan haller için on yıllık bir saklama süresinin kabul edildiği görülmektedir.<sup>220</sup> Kanada'da ise bu süre yedi ila on yıldır.<sup>221</sup> İngiltere'de görüntüleme sonuçlarının 6 yıl süre ile saklanması gerektiği, ancak hasta bir çocuğa ait ise 24 yaşına gelinceye kadar saklanmasının zorunlu olacağı kabul edilmektedir.<sup>222</sup>

<sup>219</sup> Sağlık Bakanlığı, Dayandığı Kanun no ve Tarih: 1219 - 11.4.1928 / 3359 - 7.5.1987 / KHK/181 - 14.12.1983, RG: 14.10.1999, S.23846

<sup>220</sup> Laufs, A., Arztrecht, 3. Auflage, München, 1984, Nakleden: Ayan, s.95 (366. no'lu dipnot)

<sup>221</sup> Avon, S.L., Forensic Odontology: The Roles and Responsibilities of the Dentist, J Can Dent Assoc:70(7), s.453-8, 2004

<sup>222</sup> Jones, J.W., A Medico-legal Review of Some Current UK Guidelines in Orthodontics: A Personal View, BJO:26(4), s.307-24, 1999

Tıbbi kayıtların kime ait olduğu ise tartışmalı bir konudur. Hasta Hakları Yönetmeliği'nin "Kayıtları İnceleme" başlıklı 16. maddesinde yer alan; "Hasta, sağlık durumu ile ilgili bilgiler bulunan dosyayı ve kayıtları, doğrudan veya vekili veya kanuni temsilcisi vasıtası ile inceleyebilir ve bir suretini alabilir." şeklindeki düzenleme dikkate alındığında, hastanın kayıtların orijinallerini değil, suretini alabileceği, dolayısıyla asıl kayıtları saklama yükümlülüğünün hekimde olduğu anlaşılabilir. Ancak, bu düzenleme kayıtların mülkiyetinin kime ait olduğu sorusuna cevap vermemektedir. Bu konuda Ayan, hekim ve hastanın karşılıklı menfaatlerinin tartılmasına dayanan görüşe itibar ederek, münhasıran hastanın çıkarına hizmet eden belgelerin hastanın mülkiyetinde olduğu, hekim ve hastanın eşit çıkarlara sahip olduğu belgeler için ise hastanın görme hakkının bulunduğunu, buna karşılık sadece hekimin çıkarlarına hizmet eden kayıt ve belgelerin mülkiyetinin hekime ait olacağı ve gösterme yükümlülüğünün bulunmadığını kabul etmektedir.<sup>223</sup>

Bu konuda Amerikan mahkemelerine yansıyan bir vaka, kayıtların kime ait olduğunu tartışmak açısından önemlidir. Olayda, hastasına cinsel istismarda bulunduğu iddia edilen bir dış hekiminden, hasta ile ilgili tüm kayıtları mahkemeye sunması istenmiş, dış hekimi ise ceza hukukunda geçerli olan kimsenin aleyhine delil vermeye zorlanamayacağı ilkesine dayanarak kayıtları vermekten imtina etmiştir. Bu itiraz karşısında mahkeme, aleyhe delil ilkesinin ancak özel mülkiyete tabi belgeler açısından geçerli olabileceği, tıbbi kayıtların ise hekimin özel mülkiyetinde olmadığı sonucuna varmıştır.<sup>224</sup>

Ülkemiz mevzuatına bakıldığında; gerek Özel Hastaneler Tüzüğü'nde<sup>225</sup> (md.37), gerekse de Özel Hastaneler Yönetmeliği'nde (md.52), talebi halinde hastaya şu belgelerin, ücretsiz olarak, verilmesi gerektiği düzenlenmiştir:

<sup>223</sup> Ayan, s.97

<sup>224</sup> People v Cohen, 414 N.Y.S. 2d 642, 644, 1979, DeVore, s.212

<sup>225</sup> Bakanlar Kurulu Kararname No:8/5747, 28.02.1982, RG: 10.01.1983, S.17924

- Özel hastanede kullanılıp bedeli hastadan alınan ilaç ve sarf malzemesinin tür ve miktarlarını gösteren liste,
- Adli vakalara ilişkin olanların asılları verilmemek kaydıyla, özel hastanede veya dışarıda yapılan ve bedeli hasta tarafından ödenen laboratuvar tetkik ve tahlil sonuçları ile röntgen filmleri,
- Dışarıdan satın alınan ilaç ve malzemenin reçeteleri,
- Hastaların klinik ve laboratuvar bulguları, hastalığın teşhisi, seyri, yapılan incelemeler ile tedavi ve sonucuna ilişkin tedaviyi yapan tabip tarafından düzenlenecek çıkış özeti.

Veri güvenliği ile ilgili olarak Sağlık Bakanlığı tarafından çıkarılan, 7.10.2005 tarih ve 2005/153 sayılı Genelge'nin 1. maddesinde; "hasta ile ilgili sözlü bilgi, yazılı bilgi, tıbbi müdahaleler, ön tanı, teşhisler, grafik imajları, fatura gibi konular"ın hasta kaydı bilgisi olduğu kabul edilmekte, 3/1.maddesinde ise "Sağlık kayıt bilgileri hastaya aittir" denmektedir. Aynı Genelge'de, hasta dosyasının bir kopyasının hastaya teslim edilmesi gerektiği düzenlenmektedir. Ancak Genelge'de, istemi halinde tüm orijinal kayıtların hastaya verilip verilmeyeceği sorusuna, başka bir deyişle kayıtların mülkiyetinin kimde olduğuna cevap verilmemektedir.

Bilindiği üzere hasta ile hekim arasında bir vekalet ilişkisi bulunmaktadır. Vekalet ilişkisinde vekil (hekim), müvekkil (hasta) adına ve hesabına işlemler gerçekleştirmektedir. Bu bağlamda hekimin asıl edimi tanı ve tedavi olmakla beraber, tıbbi kayıtların tutulması asıl edimin yanında yüklediği yan edimlerden biridir. Taraflar arasındaki ilişkinin hukuki mahiyeti dikkate alındığında esasen hastanın mülkiyetinde olan kayıtların, hekim tarafından vekaleten muhafaza edildiği sonucu çıkarılabilir. Dolayısıyla biz hasta hakkında tutulan tüm tıbbi kayıt ve belgelerin, görüntüleme sonuçlarının ve sair dokümanların mülkiyetinin hastaya ait olduğunu savunuyor ve gereklilik ya da istem halinde hekim tarafından sureti alınarak hastaya teslim edilmesinin zorunlu olduğunu düşünüyoruz.

## **II. Sır Saklama**

Tıbbi girişimler söz konusu olduğunda, hastanın kendisi ile ilgili konularda karar verme hakkı üstün tutulmaktadır. Otonomiye saygı



ilkesinin gereği olan bu prensip, aydınlatılmış onam mükellefiyetinin yanında, sır saklama yükümlülüğünü de doğurmaktadır.

Borçlar Kanununda vekilin sır saklama borcuna ilişkin açık bir hüküm bulunmamasıyla birlikte, karşılıklı güven ilişkisinin ve sadakat borcunun bir sonucu olarak vekil, vekaleti icrası dolayısıyla öğrendiği müvekkiline ait sırları saklamakla yükümlüdür.<sup>226</sup> Her ne kadar Borçlar Kanununda sır saklama borcuna ilişkin bir düzenleme bulunmasa da, diğer yasal düzenlemelerde sır saklama yükümlülüğü işaret eden düzenlemeler bulunmaktadır. Aynı zamanda, istemi dışında kişinin sırlarının açıklanması kişilik haklarını ihlal edeceğinden, bu durum; gerek Anayasa'nın 17. ve 20. maddelerinin, gerekse de Medeni Kanununun 24. maddesinin ihlali anlamını taşıyacaktır.

Hekimlerin sır saklama borcu, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 4. maddesinde "Tabip ve dış tabibi, meslek ve sanatının icrası vesilesi ile muttali olduğu sırları, kanuni mecburiyet olmadıkça, ifşa edemez" şeklinde düzenlemiştir. Ayrıca Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 23. maddesinde<sup>227</sup>, hastaya ait bilgilerin gizli tutulmasının gerekliliği düzenleme altına alınmıştır. Sır saklama borcu, tıbbi işlemler sırasında hastanın mahremiyetine saygı gösterilmesini de gerektirir. Başka bir deyişle, tıbbi işlemler yürütülürken hastaya ait sırların, sözleşmenin tarafı hekimden başka kişilerin öğrenmesini engelleyici önlemlerin alınması da sır saklama yükümlülüğü kapsamındadır. Bu husus yine Hasta Hakları

<sup>226</sup> Yavuz, s.242

<sup>227</sup> Hasta Hakları Yönetmeliği; **madde 23.** "Sağlık hizmetinin verilmesi sebebiyle edinilen bilgiler, kanun ile müsaade edilen haller dışında, hiçbir şekilde açıklanamaz.

Kişinin rızasına dayansa bile, kişilik haklarından bütünüyle vazgeçilmesi, bu hakların başkalarına devri veya aşırı şekilde sınırlandırılması neticesini doğuran hallerde bilginin açıklanması, bunları açıklayanın hukuki sorumluluğunu kaldırmaz.

Hukuki ve ahlaki yönden geçerli ve haklı bir sebebe dayanmaksızın hastaya zarar verme ihtimali bulunan bilginin ifşa edilmesi, personelin ve diğer kimselerin hukuki ve cezai sorumluluğunu da gerektirir. Araştırma ve eğitim amacı ile yapılan faaliyetlerde de hastanın kimlik bilgileri, rızası olmaksızın açıklanamaz."

Yönetmeliği'nin "ilkeler" başlıklı 5. maddesinde, "Kanun ile müsaade edilen haller ile tıbbi zorunluluklar dışında, hastanın özel hayatının ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz." şeklindeki düzenleme ile hüküm altına alınmış ve yine 21. maddesinde<sup>228</sup> "mahremiyete saygı gösterilmesi" başlığı altında ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

Sır saklama borcu kapsamında değerlendirilen mahremiyete saygı yükümlülüğü, özel hastanelerin hizmet ve çalışma esaslarını düzenleyen Özel Hastaneler Yönetmeliği'nde de (md.38) hüküm altına alınmıştır. Buna göre, poliklinik hizmetleri sırasında, Hasta Hakları Yönetmeliğinde öngörülen ilkelere uygun davranılarak, hasta mahremiyetine saygı ilkesine uyulmak suretiyle hastaların ayrı ayrı muayene edilmesi gerekmektedir.

Sır saklama yükümlülüğünün bütünleyicisi olan mahremiyete saygı ilkesi, hastaların sağlık hizmetinden rahatlıkla ve çekinmeksizin faydalanabilmelerinin de önkoşuludur. Zira kişisel bilgilerinin gizli tutulmayacağına inanan hastaların, sağlık kurumlarına başvurmadan kaçındıkları ya da özel olduğunu düşündükleri bilgileri vermekten imtina ettikleri, İngiltere, Kanada, Avustralya ve Amerika Birleşik

<sup>228</sup> Hasta Hakları Yönetmeliği; **madde 21.** "Hastanın, mahremiyetine saygı gösterilmesi esastır. Hasta mahremiyetinin korunmasını açıkça talep de edebilir. Her türlü tıbbi müdahale, hastanın mahremiyetine saygı gösterilmek suretiyle icra edilir.

Mahremiyete saygı gösterilmesi ve bunu istemek hakkı;

- a) Hastanın, sağlık durumu ile ilgili tıbbi değerlendirmelerin gizlilik içerisinde yürütülmesini,
- b) Muayenenin, teşhisin, tedavinin ve hasta ile doğrudan teması gerektiren diğer işlemlerin makül bir gizlilik ortamında gerçekleştirilmesini,
- c) Tıbben sakınca olmayan hallerde yanında bir yakınının bulunmasına izin verilmesini,
- d) Tedavisi ile doğrudan ilgili olmayan kimselerin, tıbbi müdahale sırasında bulunmamasını,
- e) Hastalığın mahiyeti gerektirmedikçe hastanın şahsi ve ailevi hayatına müdahale edilmemesini,
- f) Sağlık harcamalarının kaynağının gizli tutulmasını, kapsar.

Ölüm olayı, mahremiyetin bozulması hakkını vermez

Eğitim verilen sağlık kurum ve kuruluşlarında, hastanın tedavisi ile doğrudan ilgili olmayanların tıbbi müdahale sırasında bulunması gerekli ise; önceden veya tedavi sırasında bunun için hastanın ayrıca rızası alınır."

Devletleri gibi ülkelerde yapılan araştırmalarda tespit edilmiştir<sup>229</sup>. İngiltere Tıp Birliği'nce gerçekleştirilen bir araştırmada, hekimlerin kendilerinin temsilcisi olduğu ve bu nedenle paylaştıkları bilgileri onların rızası olmadan üçüncü bir kişiye açıklamamaları gerektiği düşünçesinde olan katılımcıların oranı %93 çıkmıştır.<sup>230</sup> Bu sonuç, hasta-hekim ilişkisinde gizliliğe olan inancı ortaya koymak açısından önemlidir. Kişilerin hastalık geçmişlerine ya da sağlık durumlarına ilişkin bilgileri saklamaları halinde doğru tanı konulamayabileceği gibi, yeterli tedavi planlaması da yapılamayabilir. Böylelikle sır saklama yükümlülüğünün ihlali, dolaylı olarak kişilerin sağlık hakkını engelleyebilmektedir.

<sup>229</sup> **Ginsburg, KR., Slap, GB., Cnaan, A., et al.** Adolescents' perceptions of factors affecting their decisions to seek health care, *JAMA*:273, s.1913–18, 1995; **Hertz-Picciotto, I., Lee, LW., Hoyo, C.,** HIV test-seeking before and after the restriction of anonymous testing in North Carolina, *Am J Public Health*:86, s.1446–50, 1996; **Kegeles, SM., Catania, JA., Coates, TJ., et al.** Many people who seek anonymous HIV-antibody testing would avoid it under other circumstances, *AIDS*:4, s.585–8, 1990; **Kobocow, B., McGuire, JM., Blau, BI.,** The influence of confidentiality conditions on self-disclosure of early adolescents, *Prof Psychol Res Pr*:14, s.435–43, 1983; **Marks, A., Malizio, J., Hoch, J., et al.** Assessment of health needs and willingness to utilize health care resources of adolescents in a suburban population, *J Pediatr*: 102, s.456–60, 1983; **Phillips, KA., Coates, TJ., Eversley, RB., et al.** Who plans to be tested for HIV or would get tested if no one could find out the results? *Am J Prev Med*: 11, s.156–62, 1995; **Woods, KM., McNamara, JR.,** Confidentiality: its effect on interviewee behavior, *Prof Psychol*: 11, s.714–20, 1980; **DePhilippis, D., Metzger, DS., Woody, GE., et al.** Attitudes toward mandatory human immunodeficiency virus testing and contact tracing. a survey of intravenous drug users in treatment, *J Subst Abuse Treat*: 9, s.39–42, 1992; **Burgess, MM., Adam, S., Bloch, M., et al.** Dilemmas of anonymous predictive testing for Huntington disease: privacy vs. optimal care, *Am J Med Genet*: 71, s.197–201, 1997; **Charbonneau, A., Maheux, B., Be'land, F.,** Do people with HIV/AIDS disclose their HIV-positivity to dentists? *AIDS Care*: 11, s.61–70, 1999; **Mansfield, SJ., Singh, S.,** The general practitioner and human immunodeficiency virus infection: an insight into patients' attitudes, *J R Coll Gen Pract*: 39, s.104–5, 1989; **Miller, PJ., Torzillo, PJ.,** Private business: the uptake of confidential HIV testing in remote aboriginal communities on the Anangu Pitjantjatjara Lands, *Aust N Z J Public Health*: 22, s.700–3, 1998; **Robinson, P., Zakrzewska, JM., Maini, M., et al.** Dental visiting behaviour and experiences of men with HIV, *BDJ*: 176, s.175–9, 1994; **Havard, J.,** Medical confidence, *Journal of Medical Ethics*:5, s.57-64, 1985

<sup>230</sup> **Hallows, N., Ryan, C., Scott, G., et al.** A love-hate relationship? *BMA News Review*:17, 1998

Sır saklama borcu anlamında sır, gizli tutulmasına hastanın menfaati bulunan her şeydir. Şüphesiz bu konuda somut olayın özellikleri ve dolayısıyla hastanın durumu öncelikle göz önünde tutulmalıdır. Önemli olan hastanın menfaatidir. Neyin sır olduğu ve neyin sır olmadığı belirlenirken, ortalama bir hasta tipi değil, somut hasta esas alınmalıdır. Bu nedenle hastanın çıkarı varsa hekime müracaat ettiği dahi gizlenmelidir.<sup>231</sup> Nitekim, Amerika Birleşik Devletleri'nde yapılan bir araştırmada, hangi bilgilerin gizli olduğu sorusuna katılımcıların cevabı tüm bilgilerin gizli olduğu ve izin verilmeden açıklanamayacağı şeklindedir.<sup>232</sup>

Sır saklama borcuna ilişkin olarak Ceza Kanunlarında da bazı düzenlemeler bulunmaktadır. Yürürlükten kaldırılan 765 sayılı (Eski) Türk Ceza Kanununun 198. maddesinde yer alan; “Bir kimse resmi mevki veya sıfatı veya meslek ve san’atı icabı olarak ifşasında zarar melhuz olan bir sırda vakıf olup da meşru bir sebebe müstenit olmaksızın o sırrı ifşa ederse ..... mahkum olur” şeklindeki düzenleme ile hekimlerin meslekleri sebebi ile öğrendikleri sırları, kabul edilebilir bir gerekçeye dayanmaksızın, açıklamaktan men etmiştir. Benzer şekilde, 26.09.2004 tarih ve 5237 sayılı (Yeni) Türk Ceza Kanununun 136. maddesinde<sup>233</sup>, “Kişisel verileri, hukuka aykırı olarak bir başkasına veren...kişi.....cezalandırılır” demek sureti ile sır saklama mükellefiyeti hüküm altına alınmış, aksine davranış cezai yaptırım ile karşılanmıştır. Aynı Kanunun 137. maddesinde<sup>234</sup>, kişisel verilerin hukuka aykırı olarak bir başkasına verilmesi fiilinin, belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak sureti ile yapılması hali ise ağırlaştırıcı bir sebep olarak

<sup>231</sup> Ayan, s.99

<sup>232</sup> Jenkins, G., Merz, JF., Sankar, P., A qualitative study of women’s views on medical confidentiality, Journal of Medical Ethics:31, s.499–504, 2005

<sup>233</sup> MADDE 136. - (1) Kişisel verileri, hukuka aykırı olarak bir başkasına veren, yayan veya ele geçiren kişi, bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

<sup>234</sup> MADDE 137. - (1) Yukarıdaki maddelerde tanımlanan suçların;

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

kabul edilmiştir. Sır saklamaya ilişkin diğer bir düzenleme yeni yasanın 239. maddesinde<sup>235</sup> yer almaktadır. Kanunun, “Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar” başlıklı dokuzuncu bölümünde yer alan ve daha çok ticarî sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi ve belgelerin hukuka aykırı olarak açıklanmasını yasaklayan bu düzenlemenin, hekim ile hasta arasındaki ilişkinin, satıcı ve müşteri ilişkisi olarak nitelendirilemeyeceği görüşümüzden hareketle, hekimlik uygulamalarına tatbik edilemeyeceği düşüncesindeyiz.

Sır saklama ve kişisel verilerin korunmasına yönelik olarak uluslararası alanda da kimi sözleşmelerin ve bildirimlerin olduğu bilinmektedir. Özel hayatın korunması ve bu özgürlüğe ilişkin ihlallerin denetlenmesi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin konusu olmuş<sup>236</sup> ve özel hayatın bir bölümünü oluşturan kişisel verilerin

<sup>235</sup> **Ticarî sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması**

**MADDE 239.** - (1) Sıfat veya görevi, meslek veya sanatı gereği vakıf olduğu ticarî sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgeleri yetkisiz kişilere veren veya ifşa eden kişi, şikâyet üzerine, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Bu bilgi veya belgelerin, hukuka aykırı yolla elde eden kişiler tarafından yetkisiz kişilere verilmesi veya ifşa edilmesi hâlinde de bu fıkraya göre cezaya hükmolunur.

(2) Birinci fıkra hükümleri, fennî keşif ve buluşları veya sınaî uygulamaya ilişkin bilgiler hakkında da uygulanır.

(3) Bu sırlar, Türkiye’de oturmayan bir yabancıya veya onun memurlarına açıklandığı takdirde, faile verilecek ceza üçte biri oranında artırılır. Bu hâlde şikâyet koşulu aranmaz.

(4) Cebir veya tehdit kullanarak bir kimseyi bu madde kapsamına giren bilgi veya belgeleri açıklamaya mecbur kılan kişi, üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.

<sup>236</sup> Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi madde 8. **Özel hayatın ve aile hayatının korunması**

**1.** Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.

**2.** Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda, zorunlu olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olmak koşuluyla söz konusu olabilir.

korunmasına ilişkin ihlaller sıklıkla İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi önünde tartışılmıştır. Ancak kişisel verilerin toplanması, işlenmesi ve dolaşımının; yalnızca ifade hürriyeti, özel hayatın, aile hayatının ve haberleşmenin korunması veya gizliliği hakkındaki genel hükümlerle korunamayacağı ve özel düzenleme gerektiği kabul edilmektedir. Bu nedenle uluslararası düzlemde, özellikle elektronik ortamda oluşturulan ve kişilere ait özel bilgiler içeren veri tabanlarına ilişkin olarak daha ayrıntılı düzenlemelerin yapılması gerekmiştir.

Bu düzenlemelerle, bireylerin muhtemel tehlikelerden korunması için elektronik ortamda tutulan veriler hukuki olarak korunmak istenmiş, bu sebeple uluslararası sözleşmeler ve direktifler kaleme alınmıştır. Hazırlanan bu belgelerde, kişinin fiziksel özellikleri; kişisel düşüncesi, görüş ve inançları; sağlık, öğrenim, istihdam durumu ile ilgili bilgileri ve birey olarak sürdürdüğü yaşam veya aile içi yaşantısı, başkaları ile yaptığı haberleşmelerin kendi isteği dışında bahis konusu yapılamayacağı, başkalarına açıklanamayacağı, kendisi tarafından açıklanmış olan bilgilerin de ancak açıklandığı amaç ve bağlamla ile sınırlı olarak kullanılabilmesi belirtilmiştir.

Bu konuda oluşturulan ilk belge, 1981 tarihli Avrupa Konseyi'nin 108 sayılı sözleşmesidir. "Kişisel Verilerin Otomatik İşlemden Geçirilme Sürecinde Bireylerin Korunması Hakkında Sözleşme"<sup>237</sup> adını taşıyan bu sözleşme 1985'te yürürlüğe girmiştir. Sözleşme, sadece Avrupa Konseyi ülkelerinde değil, konsey dışında kalan bir

---

20 Mart 1950'de Roma'da imzalanan Sözleşme, 3 Eylül 1952'de yürürlüğe girdi. Türkiye, Sözleşmeyi 18 Mayıs 1954'de, 6366 sayılı onay yasası ile onayladı. (R.G. 19 Mart 1954-8662)

Sözleşme metni, 21 Eylül 1970'de yürürlüğe giren 3 no'lu Protokol'un 20 Aralık 1971'de yürürlüğe giren 5 no'lu Protokol'un ve 1 Ocak 1990'da yürürlüğe giren 8 no'lu Protokol'un düzenlemelerine uygun olarak değiştirilmişti ve ayrıca, yürürlüğe girdiği 21 Eylül 1970'ten bu yana 5. maddesinin 3. fıkrasına uygun olarak Sözleşme'nin bir parçası olan 2 no'lu Protokol'un metnini içermekteydi. Protokolların getirdiği bütün bu değişikliklerin veya eklemelerin yerini, yürürlüğe girdiği tarih olan 1 Kasım 1998'den itibaren 11 no'lu Protokol aldı. Bu tarihten itibaren, 1 Ekim 1994'te yürürlüğe giren 9 no'lu Protokol yürürlükten kaldırıldı.

<sup>237</sup> "Convention for the protection of individuals with regard to automatic processing of personal data"

çok ülkece de benimsenmiştir. Bu sözleşmenin başka bir özelliği ise bağlayıcı nitelikteki tek belge olmasıdır. Sözleşmeyle sadece kamusal veriler koruma altına alınmamış, geniş kitlelerin bilgilerini barındıran özel ticari kurumlara da bilginin işlenmesi, değiştirilmesi ve açıklanmaması konusunda sınırlamalar getirilmiştir. Kısaca, elektronik ortamda bulunan ve bireylere ait tüm kişisel veriler hukuken korunmak istenmiştir.<sup>238</sup> 28 Ocak 1981 tarihinde imzaya açılan sözleşme, Konsey üyesi diğer devletlerle birlikte Türkiye tarafından da imzalanmış, ancak Türkiye, Sözleşmenin onaylanabilmesi için imzacı devletin öngörülen ilkeler çerçevesinde bir yasa kabul etmesi zorunluluğunu henüz yerine getirmemiştir. Konu ile ilgili bir tasarının hazırlandığı bilinmektedir.

Avrupa Konseyi Sözleşmesi kişisel verilerin dürüst ve yasal bir şekilde toplanarak kullanılması konusunda bir dizi ilke ihtiva etmektedir. Sözleşmeyi onaylayan devletlerin iç hukuk düzenlemelerinin şu ilkelere uygun olması zorunludur:

- Kişisel veriler ancak özel bir maksatla toplanabilir ve başka amaçlarla kullanılamaz.
- Veriler güncel, amaca uygun olmalı ve ancak gerektiği sürece muhafaza edilmelidir.
- Hakkında veri toplanan kişi bunları öğrenme ve gerektiğinde yanlış olanlarını düzeltme hakkına sahiptir.
- Kişilerin dini, siyasi inancı, genetik ve tıbbi özellikleri gibi özel niteliği olan hassas veriler özel yöntemlerle korunmalıdır.<sup>239</sup>

Avrupa Konseyi üyesi ülkelerce 1981 tarihinde imzalanan bu sözleşmenin dışında, uluslararası düzeyde, kişisel verilerin korunmasına yönelik olarak düzenlemeler içeren diğer bir metin ise Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'dır.<sup>240</sup> Her ne kadar şimdilik bir

<sup>238</sup> **Adalı E.**, Bireysel Bilgilerin Korunması, TBD Bilişim Dergisi, 82:(22-27), 2004

<sup>239</sup> EUROPA–Activities of the European Union–Information Society–Data Protection  
([www.europa.eu.int/scadplus/leg/en/lvb/l14012.htm](http://www.europa.eu.int/scadplus/leg/en/lvb/l14012.htm))

<sup>240</sup> 7 Aralık 2000 tarihinde Nice/Fransa'da imzalanan AB Temel Haklar Şartı kabul edilmeden önce Avrupa Birliği, insan hakları konusunda herhangi bir düzenlemeye sahip olmaması nedeniyle eleştirilmekteydi. Oysa AB, tüm üye ülkelerince kabul edilmiş olan İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde ve Ek

bağlayıcılığı olmasa da Avrupa Anayasasının ön hazırlığı olarak kabul edilebilecek bu bildirin 8. maddesinde;

- Herkesin kendini ilgilendiren kişisel nitelikli verilerin korunmasını isteme hakkına sahip olduğu,
- Bu verilerin, belirtilen amaçlarla ve ilgili kişilerin rızası temelinde ya da yasa tarafından öngörülen başka meşru temele dayalı olarak adil bir şekilde kullanılacağı. Herkesin kendisi hakkında toplanmış bilgilere erişmek ve bunlarda düzeltme yaptırabilme hakkının olduğu,
- Bu kurallara uyulmasının bağımsız bir makam tarafından denetleneceği

düzenlenmiştir.<sup>241</sup>

Bu bildirin dışında, Avrupa Birliği tarafından kabul edilen direktiflerin olduğu bilinmektedir. Önce 1995 yılında 95/46/EC sayılı “Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Serbest Dolaşımı Bakımından Bireylerin Korunması”<sup>242</sup> konulu Direktif hazırlamıştır. Bu düzenleme ile bütün üye ülkelerdeki bireylerin, vatandaşlıkları söz konusu olsun olmasın, kişisel verilerinin korunması ve bu verilerin Avrupa Birliği sınırları dahilinde serbest dolaşımını sağlayacak açık ve güvenli bir düzenleme yapılması amaçlanmıştır. 2002 yılında ise, bu Direktifi takiben, “Elektronik İletişim Sektöründe Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Mahremiyetin Korunması”na<sup>243</sup> ilişkin 2002/58/EC sayılı Direktif kabul edilmiş ve 1995 tarihli Direktif’in, bilişim teknolojilerinin hızlı gelişmesi karşısında yetersiz kalmasının önlenmesine çalışılmıştır.

---

protokollerdeki hakları ilke olarak kabul etmiş ve uygulamalarını bu çerçevede geliştirmiştir. Ancak yine de AB normu olarak kabul edilen bir metnin eksikliği duyulmakta idi. Bu belgenin kabul edilişi, aynı zamanda AB'nin ekonomik alandan siyasi alana geçişi ve siyasi olarak da ağırlık kazanmasının bir ön şartı olarak değerlendirilmekteydi. Gelecekteki AB'nin temel ilkelerini ortaya koymak , ulusalüstü kurumlarını da siyasi ilkelerle bağtılamak ve belki de geleceğin AB Anayasasının temelini atmak için gerekli olan bu belge, Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı olarak kabul edilmiştir.

<sup>241</sup> Akilloğlu, T., "İdari Usul ve Kişisel Verilerin Korunması", [www.idare.gen.tr/akkillioglu-idariusul.htm](http://www.idare.gen.tr/akkillioglu-idariusul.htm) (12.08.2005)

<sup>242</sup> EU Directive 95/46/EC: The Data Protection Directive

<sup>243</sup> Directive 2002/58/EC of the European Parliament and of the Council of 12 July 2002 concerning the processing of personal data and protection of privacy in the electronic communications sector



Yukarıda da belirtildiği üzere Türkiye bu sözleşme ve bildirimlerde yer alan ilkelere uygun bir yasal düzenlemeye bugün itibariyle sahip olmasa da, konu ile ilgili olarak “Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı”nın Adalet Bakanlığı nezdinde incelenmekte olduğu bilinmektedir. Tasarı metni incelendiğinde; kişilerin sağlık ve özel yaşamlarına ilişkin verilerin “özel nitelikli veriler”<sup>244</sup> olduğu, 5. madde düzenlemesine göre özel nitelikli verilerin kural olarak işlemeye<sup>245</sup> tabi tutulamayacağı, ancak bu verilerin istisnai olarak, meslekleri gereği öğrendikleri sırları saklama yükümlülüğü altındaki sağlık mensubu tarafından işlenebileceğinin kabul edildiği görülmektedir.<sup>246</sup> Böylelikle vekalet sözleşmesinin tarafı olan dış hekimlerinin sır saklama zorunluluğu bir kez daha kabul edilerek altı çizilmiştir.

Son olarak, yukarıda bahsedilen ve Sağlık Bakanlığı’nca, 07.10.2005 tarihinde yayımlanan 2005/153 sayılı genelge<sup>247</sup> ile, hasta ve hastalık kayıtlarının gizlilik ve mahremiyetine dikkat çekilerek, bakanlığa bağlı tedavi kurumlarında uyulması gerekli önlemler ayrıntılı olarak açıklanmıştır.

#### **A. Tıbbi Yayınlar ve Eğitim İçin Hasta Kayıtlarının Kullanılması**

Tıp alanında bilgilerin paylaşılması ve güncel gelişmelere ilişkin eğitim verilmesi, sağlık çalışanlarının yeniliklerden haberdar

<sup>244</sup> Madde 5- Kişilerin ırk, siyasî düşünce, felsefi inanç, din, mezhep veya diğer inançları; sağlık ve özel yaşamları ve her türlü ceza mahkûmiyetleri ile ilgili kişisel veriler işlenemez.

<sup>245</sup> Madde 3/c- Kişisel verilerin işlenmesi: Kişisel verilerin işlenmek veya kullanılmak üzere kaydedilmesi, içeriğinin değiştirilmesi, kaydedilen veya elde edilen kişisel verilerin üçüncü kişilere iletilmesi, kişisel verilerin işlenmesi veya kullanılmasını sınırlamak amacıyla tasniflenmesi, kaydedilmiş kişisel verilerin tanınmayacak duruma getirilmesi suretiyle silinmesini, ifade eder.

<sup>246</sup> Madde 5/f-İşlenmesine koruyucu hekimlik, tıbbî teşhis, sağlık hizmetlerinin yönetimi, tıbbî tedavi veya bakım sağlanması amaçları için ihtiyaç duyulan kişisel verilerin; ancak, hukuken veya meslek kurallarına göre meslekleri gereği öğrendikleri sırları saklama yükümlülüğü altındaki sağlık mensubu tarafından işlenmesi mümkündür.

<sup>247</sup> Genelgenin tam metni çalışmamızın sonunda ek olarak verilmiştir.

olmalarını ve kendilerini geliştirmelerini sağlamakta, bu ise hastalar yararına dolaylı bir etki göstermektedir. Bu bağlamda, tıp alanında gerçekleştirilen uygulamalardan elde edilen bilgilerin, bilimsel yayınlar ve tıp eğitimi açısından vazgeçilmez materyaller olduğu inkar edilemeyecektir. Ancak hastalara ait sağlık bilgilerinden oluşan bu materyalin kullanılmasında sır saklama yükümlülüğünün ihlal edilmemesi gerekir.

Esasen bu durumda hastaya ait bilgiler, doğrudan onun yararı için değil, bir anlamda toplum yararı için kullanılmakta ve tıp biliminin gelişimine hizmet edilmektedir. Ancak bu bilgilerin kullanılabilmesi için hastanın aydınlatılmış onamının alınması şarttır. Bu konuda “Tıp Dergisi Editörleri Uluslararası Komitesi”<sup>248</sup> hastalardan aydınlatılmış onamın alınması gerekliliği ile ilgili olarak şu ilkeleri benimsemektedir:

- Hastalardan aydınlatılmış onam alınmadan gizlilik hakları ihlal edilmemelidir,
- Kimliğin tespitine sebep olacak açıklamalar ve fotoğraflar, bilimsel gereklilik ve aydınlatılmış onam olmadan makalede yer almamalıdır. Bu konuda aydınlatılmış onam almadan önce hastaya makale gösterilmelidir.
- Bilgileri anonim hale getirmek için, hastanın kimliğini ele verici bilgiler silinebilir, ancak anonimleştirmek için bu bilgilerin değiştirilmesi doğru değildir,
- Vakayı tam anlamıyla anonim hale getirmek oldukça zordur. Bu nedenle en küçük bir şüphe var ise, aydınlatılmış onam alınmalıdır. Örneğin fotoğrafta hastanın gözlerini siyah bantla kapatmak anonimleştirmek için yeterli değildir.
- Dergilerin yazım kuralları içinde, hasta bilgileri içeren yazılar için aydınlatılmış onam aranacağı belirtilmelidir.
- Makalede, hastadan aydınlatılmış onam alındığı bilgi olarak verilmelidir.

İngiltere, Kanada ve Avustralya’da yapılan çalışmalarda, aydınlatılan hastaların, tıbbi bilgilerin bilimsel yayınlarda ve eğitimde kullanılmasına onam verme eğiliminde oldukları

---

<sup>248</sup> International Committee of Medical Journal Editors, Biyomedikal degilere sunulan yazılarda aranan ortak gereklilikler, URL: [www.icmje.org](http://www.icmje.org) , (12.11.2005)

anlaşılmiştir.<sup>249</sup> Çocuk hastalara ilişkin bilgiler ise yasal temsilcilerinin onayı ile yayımlanabilecektir. Ancak geleneksel etik anlayış, tıbben gerekli veya acil olmayan ve çocuğun kendi adına karar verebileceği yaşa kadar beklenebilen durumlarda, yasal temsilcisinin onam vermesini doğru bulmamaktadır.<sup>250</sup> Kişisel bilgilerin bilimsel bir makalede kullanılmasının tedavi edici bir özelliğinin bulunmaması ve yayın yapıldıktan sonra bunun geri dönüşünün mümkün olmaması düşünüldüğünde, bu konuda çocuğun ergin olmasını beklemek daha ahlaki görülebilir. Ancak bu durumda makalenin bilimsel değerini ve güncelliğini kaybedeceği de dikkate alınmalıdır.

Tıp Dergisi Editörleri Uluslararası Komitesi'nin yukarıda belirtilen ilkeleri dikkate alındığında, hastaya ait bilgilerin (hastanın kimliğini ele vermeye yarayacak bilgilerin çıkarılması sureti ile) anonim hale getirilmesi durumunda vakanın bilimsel makalede kullanılabilirliği anlaşılmaktadır. Ancak bu yapılırken dikkatli hareket edilmelidir. Zira literatürde, kendisine ait bilgileri bizzat ya da bir yakını vasıtası ile fark eden hastaların şikayetçi olduklarına dair örnekler bulunmaktadır.<sup>251</sup>

## B. Sır Saklamannın İstisnaları

Sır saklama yükümlülüğünün istisnaları iki sebepten kaynaklanabilir. Bunlardan ilki, hastanın rıza göstermesidir. Diğer sebep ise yasal gerekliliklerdir. Bu istisnai hallerde sır sayılan

<sup>249</sup> Knowles, A., McMahon, M., Expectations and preferences regarding confidentiality in the psychologist–client relationship, *Aust Psychol*: 30, s.175–8, 1995; Holahan, CJ., Slaikeu, KA., Effects of contrasting degrees of privacy on client self-disclosure in a counselling setting, *J Couns Psychol*: 24, s.55–9, 1977; Van de Creek, L., Miars, RD., Herzog, CE., Client anticipations and preferences for confidentiality of records, *J Couns Psychol*: 34, s.62–7, 1987; Willison, DJ., Keshavjee, K., Nair, K., et al. Patient consent preferences for research uses of information in electronic medical records:interview and survey data, *BMJ*: 326, s.1-5, 2003

<sup>250</sup> Rogers, WA., Drapher, H., Confidentiality and the ethics of medical ethics, *Journal of Medical Ethics*:29, s.220-4, 2003

<sup>251</sup> Smith, R., Informed consent: edging forwards (and backwards), *BMJ*:316, s.949-51, 1998

hususların açıklanması hekim için bir hukuka aykırılık doğurmayacaktır.

Ceza kanunlarında sır saklama borcunun bazı istisnalarını görmek mümkündür. Nitekim yürürlükten kaldırılan 765 sayılı (Eski) Ceza Kanunumuzun 530. maddesi düzenlemesine göre, hekim, cerrah, ebe yahut diğer sağlık memurlarının kişi aleyhinde işlenmiş bir suçun delillerini gösteren durumlarda, gerekli tıbbi yardımı yaptıktan sonra durumu ve ilgili şahsa ait bilgileri adli makamlara bildirmek durumundadır. Sır saklama borcunun istisnası olan bu düzenleme, bünyesinde başka bir istisnayı daha barındırmakta ve bildirim halinde söz konusu kişi hakkında ceza kovuşturması açılacak ise sağlık personelinin bu yükümlülüğünü ortadan kaldırmaktaydı. Öğretide Belgesay<sup>252</sup> tarafından, bu düzenlemenin “hastanın şahsi günahı ne olursa olsun, kendini serbestçe tedavi ettirebilmesi insani düşüncesi ile kabul edilmiştir” şeklinde ifade edilen düşüncesine biz de iştirak etmekteyiz. Ancak bu konu 5237 sayılı (Yeni) Türk Ceza Kanunu’nun 280. maddesinde farklı şekilde düzenlenmiş ve görevi sırasında bir suçun işlendiği yönünde bir belirti ile karşılaşan sağlık mensubuna, bu durumu yetkili makamlara bildirme yükümlülüğü getirilmiştir. Aksi durum yeni yasada bir suç olarak düzenlenmiştir. Esasen ilk bakışta suçluların yakalanması açısından gayet makul kabul edilebilecek olan bu düzenlemenin pratik uygulamada sorunlara yol açacağı muhakkaktır. İşlediği suç ne olursa olsun kimsenin sağlık hizmetine ulaşma hakkı elinden alınamaz. Bu düzenleme sonrasında hakkında ihbar olacağını düşünen suç faili hekime başvurmakta tereddüt gösterecek, böylelikle sağlık hizmetinden yeterli ölçüde faydalanamayacaktır. Bu düzenlemenin diğer bir sonucu da, sağlık hizmeti alan suçlunun sonradan bir şekilde yakalanması halinde, tedavi gördüğü ama suçu ihbar etmeyen hekim hakkında soruşturma başlatılabileceği gerçeğidir. Bu durumda belki de hekimler, suça karıştığını düşündükleri kişilere yönelik sağlık hizmeti vermekte çekingenlik göstereceklerdir. Açıklanan ve çoğaltılabilecek nedenlerle bu düzenlemenin yeniden gözden geçirilmesi gerekmektedir.

---

<sup>252</sup> Belgesay, M.R., Tıbbi Mesuliyet, İstanbul, 1954, s.145

Türk Ceza Kanunu ile getirilen ve sır saklama yükümlülüğünün istisnası olarak kabul edilebilecek düzenleme, hekimlerin meslekleri gereği öğrendikleri suçu bildirmelerine ilişkin olup, tanıklık hallerinde uygulanmayacaktır. Gerçekten de hekimler, gerek ceza<sup>253</sup> davalarında gerekse de hukuk<sup>254</sup> davalarında tanıklıktan kaçınabileceklerinden, sırf tanıklık yapmak düşüncesiyle hastaya ait sırları açıklayamayacaklardır.

Karşılaştırmalı hukuk açısından değerlendirildiğinde, İngiltere’de hekimlerin sır saklama yükümlülüklerine istisnalar getiren düzenlemelerin bulunduğu görülmektedir. 1988 tarihli İngiltere Trafik Kanunu’na<sup>255</sup> göre hekimler, trafik kazasına karıştığı düşünülen kişinin isim ve adresini, bunu talep eden polis yetkililerine vermek zorundadır. Yine İngiltere’de hekimler, hastayı ya da üçüncü bir kişiyi tehlikeye düşürecek ciddi bir suçun işlendiğine dair emarelerle karşılaşmış ise, durumu yetkili makamlara bildirmek zorundadır. Burada ciddi suçun tanımı yapılmamakla birlikte, öğretide ağır şiddet içeren suçların kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir.<sup>256</sup> Yine 1989 tarihli Terörizmin Önlenmesine Dair Kanun, hekimlere, terör suçlarına dair edindikleri bilgileri bildirme yükümlülüğü getirmektedir. Son olarak İngiliz Genel Tıp Konseyi, araç kullanamayacak derecede sağlık problemi olan bir hastanın, (örneğin epilepsi hastası) hekim tavsiyesinin

---

<sup>253</sup> 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu md.46/b: Meslekleri ve sürekli uğraşları sebebiyle tanıklıktan çekinebilecekler ile çekinme konu ve koşulları şunlardır: b) Hekimler, diş hekimleri, eczacılar, ebeler ve bunların yardımcıları ve diğer bütün tıp meslek veya sanatları mensuplarının, bu sıfatları dolayısıyla hastaları ve bunların yakınları hakkında öğrendikleri bilgiler. (Bu kişiler ilgilinin rızasının varlığı halinde, tanıklıktan çekinemez.)

<sup>254</sup> 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu md.245/4: Aşağıdaki kimseler şahadetten imtina edebilirler: Memuriyet ve sanat ve meslekleri itibarıyla bir kimsenin sırrını bilenler, şu kadar ki o kimse muvafakat ederse şahadetten imtina edemezler.

<sup>255</sup> Road Traffic Act 1988, Section 172(2)(b), **Jones, C.**, The utilitarian argument for medical confidentiality: a pilot study of patients’ views, *Journal of Medical Ethics*:29, s.348-52, 2003

<sup>256</sup> **Gore, DM.**, Ethical, professional, and legal obligations in clinical practice: a series of discussion topics for postgraduate medical education. Topic 5: disclosing confidential information, *Postgrad. Med. Journal*:77, s.512-3, 2001, (Gore, confidential),

aksine, kullanmakta direnmesi halinde bu kişinin sağlık durumunun yetkili makamlara bildirilmesi gerektiği kuralını getirmiştir.<sup>257</sup>

Amerika Birleşik Devletleri'nde 1974 yılında Çocuk İstismarını Önleme (Federal) Kanunu'nun yayımlanmasından sonra, tüm eyaletlerde bu konuda yerel düzenlemeler yapılmış ve istismara uğrayan çocukların, bunu tespit eden hekimlerce, yetkili makamlara bildirilmesi sır saklama yükümlülüğünün bir istisnası olarak kabul edilmiştir.<sup>258</sup>

---

<sup>257</sup> **Gore**, (confidential), s.512

<sup>258</sup> **Mouden, LD., Bross, DC.**, Legal Issues Affecting Dentistry's Role In Preventing Child Abuse and Neglect, JADA:126, s.1173-80, 1995

## DÖRDÜNCÜ BÖLÜM DIŞ HEKİMLERİNİN SUÇUN ÖNLENMESİNDE VE AYDINLATILMASINDAKİ ROLÜ

### § 8. DIŞ HEKİMLERİNİN ÇOCUK İHMAL VE İSTİSMARI İLE AİLE İÇİ ŞİDDETİN ÖNLENMESİNDEKİ ROLÜ

ABD’de Kepme ve meslektaşlarının 1962 yılında yayınladığı “Örselemiş Çocuk Sendromu”, günümüz çocuk ihmal ve istismarına karşı oluşturulan yaklaşımın temelini teşkil etmekte ve çocuk yaralanmalarında bu sendromun da araştırılmasını önermektedir. Özellikle altı çizilen nokta, çocukta görülen kemik kırıkları, subdural hematom, nefes alma güçlüğü, yumuşak doku ezilmeleri ve deride oluşan ekimozların çocuk ihmal ve istismarının belirtileri olabildiğidir.<sup>259</sup> Dr. Kepme daha sonra listeyi ağızda oluşan yırtılma ve diğer hasarları da kapsayacak derecede genişletmiştir.<sup>260</sup>

Yapılan çalışmalar, çocuk ihmal ve istismarının tüm sosyo-ekonomik seviye ve etnik kökündeki ailelerde görülebileceğini ortaya koymaktadır.<sup>261</sup> Çocuk istismarı genellikle kazara olmayan ve travmaya sebebiyet veren aile ya da bakıcısı tarafından gerçekleştirilen fiziksel ya da ruhsal şiddet olarak tanımlanmaktadır. Çocuk ihmali ise yeterli ve gerekli bakımın, desteğin, beslenmenin ve/veya tıbbi bakımın verilmesinde eksikliğe düşülmesidir.<sup>262</sup>

<sup>259</sup> **Kepme, CH., Silverman, FN., Steele, BF.,** et al. The battered-child syndrome, JAMA:181(1), s.17-24, 1962

<sup>260</sup> **Kepme, CH.,** Uncommon manifestations of battered-child syndrome, American Journal of Disabled Child:129(1), s.265, 1975

<sup>261</sup> **Kepme, CH.,** Pediatric implications of the battered baby syndrome, Arch Dis Child:46(2), s.28-37, 1971; **Becker, D., Needleman, HL., Kotelchuck, M.,** Child abuse and dentistry: orofacial trauma and its recognition by dentists, JADA:97(1), s.24-8, 1978

<sup>262</sup> **McNeese, MC.,** When to suspect child abuse, Am Family Physician:25(6), s.190-7, 1982

Nitekim Amerikan Pediatrik Diş Hekimliği Akademisi, ailelerin, çocukların diş sağlığına yönelik ihtiyaçlarını (tedavi edilmemiş, eksik ya da yanlış tedavi edilmiş dişler, travma, acı, enfeksiyon ya da kanama gibi tıbbi durumlar) karşılamadaki yetersizliğini de, çocuk ihmali olarak tanımlamaktadır.<sup>263</sup> Aile, ekonomik koşulları çocuk ihmali için bir gerekçe yapabileceği gibi, çocuğun sağlık hakkını ekonomik imkanları ölçüsünde sağlama uğraşı içinde de olabilir. Bunun değerlendirmesi hekime bırakılmış olup, hekim sadece tıbbi yardımı yapmakla yetinebileceği gibi, bunun bir ihmal olgusu olduğunu düşündüğünde ilgili makamlara durumu bildirecektir.

Gerek aile içi şiddetin, gerekse de çocuğa yönelik istismar ve ihmal vakalarının ortaya çıkmasında diş hekimlerinin önemli bir rol üstlenebileceği düşünülmektedir. Araştırmalar, aile içi şiddet olgularında oluşan yaralanmaların, ağırlıkla baş ve boyun bölgesinde meydana geldiğini göstermektedir.<sup>264</sup> Örneğin aile içi şiddet öyküsü ile acil servise başvuran 218 hasta dosyası üzerinde yapılan incelemede, en çok rastlanan bulgunun ekimoz (%70) olduğu ve ağırlıkla yüz bölgesinde oluştuğu (%68) tespit edilmiştir.<sup>265</sup> Benzer bir araştırmada aile içi şiddet mağdurlarının %94.4'ünde baş, yüz ve boyun yaralanmasına rastlanırken<sup>266</sup>, bu oran diğer bir çalışmada %58 olarak tespit edilmiştir.<sup>267</sup> 1998 yılında ABD'ni kapsayan bir taramada, tecavüz mağduru kadınların %16.7'sinin, fiziksel şiddet

<sup>263</sup> **Schmitt, B.D.**, Types of child abuse and neglect: an overview for dentists, *Pediatric Dent*:8(1), s.67-71, 1986

<sup>264</sup> **Tilden, V.P., Schmidt, T.A., Limandri, B.J.**, et al. Factors That Influence Clinicians' Assessment and Management of Family Violence, *American Journal of Public Health*: 84(4), s. 632, 1994; **Short, S., Tiedemann, J., Rose, D.**, Family Violence: An Intervention Model for Dental Professionals, *Northwest Dentistry*: 76(5), s.31, 1997

<sup>265</sup> **Berrios, D.C., Grady, D.**, Domestic Violence: Risk Factors and Outcomes, *Western Journal of Medicine*: 155(2), s.133-5, 1991

<sup>266</sup> **Ochs, A., Neuenschwander, M.C., Dodson, T.B.**, Are Head, Neck and Facial Injuries Markers of Domestic Violence? *Journal of the American Dental Association*: 127, s.757-61, 1996

<sup>267</sup> **Christiano, M.R., Pollard, E., Sturdevant, B.**, et al. Battered Women: A Concern for the Medical Profession, *Connecticut Medicine*: 50(2), s. 99-103, 1986



mağduru kadınların ise %9.2'sinin aynı dönemde diş sağlığı hizmetlerinden faydalandıkları ortaya çıkmıştır.<sup>268</sup>

Yine bir çok çalışma, çocuk istismarı vakalarının yarısından fazlasında, baş, yüz ve boyun bölgesinde yaralanmaların olduğunu ortaya koymaktadır.<sup>269</sup> Boston Eyaleti Çocuk Hastanesi Tıp Merkezi'ne kayıtlı 260 çocuk ihmal dosyasının incelenmesi sonucunda, %65'in üzerinde bir oranla, fiziksel darbelerin baş, boyun ve ağız bölgelerinde olduğu tespit edilmiştir.<sup>270</sup> Bu belirtilerin diş hekimleri tarafından kolayca tespit edilebileceği söylenmekte, dolayısıyla gerek aile içi şiddetin gerekse de çocuk istismar ve ihmalinin ortaya çıkmasında diş hekimlerinden yararlanılabileceğinin altı çizilmektedir.<sup>271</sup>

Diş hekimlerinin bu pozisyonları, onların ihmal ve istismar emareleri anlayabilmelerini sağlayacak eğitime de sahip olmalarını gerektirmektedir. Ancak hekimlerin bu konuda yeterli bilgi birikimine ve eğitime sahip olduklarını söyleyebilmek mümkün görülmemektedir. ABD'de yapılan bir araştırmaya katılan diş hekimlerin yarısının, kendilerini, aile içi şiddet ya da istismar/ihmal vakalarını bildirmekle yükümlü görmediklerini ortaya koymuştur.<sup>272</sup> Yine bir çok araştırmada, diş hekimlerinin şiddet bulgularını tespit

---

<sup>268</sup> **Tjaden, P., Thoennes, N.**, Prevalence, Incidence and Consequences of Violence Against Women: Findings from the National Violence Against Women Survey, 1998, National Institute of Justice and Statement of the American Academy of Pediatrics and the American Academy Centers for Disease Control and Prevention, Washington, DC, s.6-9, 1998, Nakleden: **Love**, s.85

<sup>269</sup> Oral and Dental Aspects of Child Abuse and Neglect: Joint Statement of the American Academy of Pediatrics and the American Academy of Pediatric Dentistry, *Pediatrics*:104(2), s.348-50,1999

<sup>270</sup> **Becker, D., Needleman, H.L., Kotelchuck, M.**, Child abuse and dentistry: orofacial trauma and its recognition by dentists, *JADA*: 97(1), s.24-8, 1978

<sup>271</sup> **Love, C., Gerbert, B., Casper, N.**, et al. Dentists' Attitudes and Behaviors Regarding Domestic Violence, *Journal of the American Dental Association*: 132, s.86, 2001

<sup>272</sup> **McDowell, J.D., Kassebaum, D.K., Fryer Jr., G.E.**, Recognizing and Reporting Domestic Violence: A Survey of Dental Practitioners, *Special Care in Dentistry*: 14(2), s. 49, 1994

etmeye yönelik bir faaliyet içinde olmadıkları, tespit etseler dahi bildirimde bulunmaktan imtina ettikleri belirtilmektedir.<sup>273</sup>

ABD'nin 50 eyaletinde, bir çok meslek sınıfının mensuplarını, ihmal edilen ya da şiddet gören herhangi bir çocuğu ya da aile içi şiddete maruz kalanları bildirmekle yükümlü kılan yasal düzenlemeler bulunmaktadır. Bu düzenlemelerle getirilen yükümlülüğe aykırı davranışlar, meslekten mene kadar varan cezalarla yaptırım altına alınmıştır. Bu düzenlemelerde asıl amaç, istismar ve ihmal olgularının tümüyle ortaya çıkarılmasını sağlamak olduğundan, iyi niyetle yapılan yanlış bildirimlere karşı hekimler korunmuş ve bu durum herhangi bir yaptırımdan uzak tutulmuştur.<sup>274</sup> Öte yandan, istismar veya ihmal olgusunu bildiren kişinin güvenliğini sağlamak amacıyla koruma programlarının oluşturulduğu da bilinmektedir. Hekimlerin, bildirimi yapmakta isteksiz olmalarına, hastaya ait tıbbi bilgileri saklama yükümlülüğünü ihlal etmeme isteğinin temel neden oluşturduğu görülmektedir.<sup>275</sup> Oysa istismar ve ihmal olgularının bildirimi, sır saklama yükümlülüğünün de bir istisnası olarak kabul edilmekte ve bu yönüyle de hekim açısından sorumluluğun ihlali olarak değerlendirilmemektedir.<sup>276</sup> Ayrıca bildirimde bulunulması gerekli bir durumun varlığını tespit eden hekimin, ihmal ve istismar olgularının ortaya çıkmasını sağlamak amacıyla hareketle, ailelerinin onamı şart olmaksızın çocuk hastaların, fotoğraflarını çekebileceği ve hatta gerekli tıbbi tanı yöntemlerini uygulayabileceği kabul edilmektedir.<sup>277</sup>

---

<sup>273</sup> **Chiodo, G.T., Tilden, V.P., Limandri, B.J.,** et al. Addressing Family Violence Among Dental Patients: Assessment and Intervention, *Journal of the American Dental Association*:125(1), s.73, 1994; **Love, C.,** s.87

<sup>274</sup> **Lasky, R.E.,** The dentist, forensics and the law, *NY State Dent Journal*: 55(3), s.32, 1989

<sup>275</sup> **Zellman, G.L., Antler, S.,** Mandated reporters and CPS: a study in frustration, *Public Welfare*: 48, s.30-7, 1990; **Zellman, G.L.,** Child abuse and failure to report among mandated reporters, *Journal of Interpersonal Violence*: 5(1), s.3-21, 1990

<sup>276</sup> **Weinstock, R., Weinstock, D.,** Clinical flexibility and confidentiality: effects of reporting laws, *Psychiatr Q*: 60(3), s.195-214, 1989

<sup>277</sup> **Mouden, L.D., Bross, D.C.,** Legal Issues Affecting Dentistry's Role In Preventing Child Abuse And Neglect, *JADA*:126, s.1173-80, 1995

Hekimlerin, bildirim sebebiyle çocuğun tıbbi yardımdan yoksun kalacağını düşünmeleri ise diğer bir nedendir.<sup>278</sup> Esasen bu yükümlülükle getirilmek istenen, sadece istismar ve ihmal olgularının bildirilmesini sağlamak olup, hekime suçun failini bulmak gibi bir görev yüklenmemektedir.<sup>279</sup> Zira bu şekilde durumdan haberdar olan ilgili makamlar, mağduriyetin tekrarlanmaması için gerekli işlemleri başlatabilmekte<sup>280</sup>, çocuğu aileden uzaklaştırmadan, aile içinde ve huzurlu bir ortamda yaşamasını sağlayacak önlemleri alabilmektedir.<sup>281</sup> Bu nedenle hekimler, istismar ve ihmal olgularını bildirmek noktasında cesaretlendirilmektedirler.

Konuyla ilgili olarak ülkemiz mevzuatı incelendiğinde, hekimlere, gerek aile içi şiddet olaylarına, gerekse de çocuğun istismar ve ihmali vakalarına ilişkin olarak bildirim yükümlülüğünün 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda düzenlendiği görülmektedir. Bilindiği üzere aile içi şiddet olguları ile çocuğa yönelik istismar vakaları, "Kötü Muamele" başlığı altında, Türk Ceza Kanunu'nun 232. maddesinde<sup>282</sup>, düzenlenmiştir. Ancak bu maddede belirtilen kötü muamele neticesinde mağdurda, basit bir tıbbi müdahale ile giderilebilecek bir ölçünün ötesinde bir etki meydana gelmiş ise, artık kötü muamele suçu değil, Kanunun 86. maddesinde düzenlenen "kasten yaralama" suçu oluşacaktır. Çocuğun ihmali ise "Aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüğün ihlali" başlığı altında TCK'nun 233. maddesinde<sup>283</sup> düzenlenmiştir.

<sup>278</sup> **Schwartz, C.**, Involuntary interventions: do the benefits exceed the cost? American Journal of Psychiatry:149(3), s.424-5, 1992

<sup>279</sup> **Sopher, IM.**, The dentist and the battered child syndrome, Dent Clinic North Am:21(1), s.113-22, 1977

<sup>280</sup> **Simley, DO.**, Abused and neglected. J Wis Dent Assoc: 51(8), s.377, 1975

<sup>281</sup> **Kiffle, PE., Richardson, DS., Parker, JW.**, Examining for child abuse and neglect, Pediatric Dentistry: 8, s.80-2, 1986

<sup>282</sup> "(1) Aynı konutta birlikte yaşadığı kişilerden birine karşı kötü muamelede bulunan kimse, iki aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) İdaresi altında bulunan veya büyütmek, okutmak, bakmak, muhafaza etmek veya bir meslek veya sanat öğretmekle yükümlü olduğu kişi üzerinde, sahibi bulunduğu terbiye hakkından doğan disiplin yetkisini kötüye kullanan kişiye, bir yıla kadar hapis cezası verilir."

<sup>283</sup> "(1) Aile hukukundan doğan bakım, eğitim veya destek olma yükümlülüğünü yerine getirmeyen kişi, şikâyet üzerine, bir yıla kadar hapis cezası ile

Kanunun 280. maddesinde ise suçun bildirilmemesi müeyyide altına alınmıştır. Esasen Kanunun 280. maddesi<sup>284</sup> doğrudan sağlık mesleği mensuplarını hedef almakta ve mesleğin icrası sırasında bir suçun işlendiği yönünde bir belirti ile karşılaşan sağlık çalışanlarına durumu yetkili makamlara bildirme yükümlülüğü getirmektedir. Yasakoyucu, sağlık çalışanları açısından bu durumu suç olarak düzenlerken, bir anlamda bir sorumluluğun da tarifini yapmış ve meslek mensuplarına öğrendikleri suçun ihbarını zorunlu kılmıştır. Anılan madde düzenlemesine göre, öğrenilen suçun şikayete tabi olup olmaması önem taşımamaktadır. Bu durumda, sağlık mensuplarının gerek şikayete tabi olmayan “kötü muamele” suçu, gerekse de birinci fıkrası yönünden şikayete tabi olan “Aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüğün ihlali” suçu bakımından bildirim yükü altında oldukları söylenmelidir. Ancak mağdurunun şikayeti ile takip edilebilen bir suça ilişkin olarak üçüncü kişilere bildirim (ihbar) yükümlülüğü getiren bu düzenlemenin çelişkili olduğu ve uygulanma güçlükleri yaratacağı ifade edilmelidir. Zira şikayet, Ceza Usul Hukuku açısından soruşturma yapılabilmesinin ön şartı olup, şikayet olmaksızın soruşturma ve kovuşturma başlatılamaz. Bu söylenenlerle tutarlı olarak, Kanunun, kamu görevlisinin suçu bildirmemesini düzenleyen 279. maddesinde, bildirim yükümlülüğü sadece kamu adına soruşturma ve kovuşturmayı gerektiren (şikayete tabi olmayan) suçlar açısından kabul edilmiştir.

Sonuç olarak, Türkiye’de de göz ardı edilmeyecek oranda var olduğuna inandığımız aile içi şiddet ve çocuk istismarı/ihmal vakalarının aydınlatılması açısından, kritik ve önemli bir mesleği

---

cezalandırılır...(3) Velâyet hakları kaldırılmış olsa da, itiyadî sarhoşluk, uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin kullanılması ya da onur kırıcı tavır ve hareketlerin sonucu maddî ve manevî özen noksanlığı nedeniyle çocuklarının ahlâk, güvenlik ve sağlığını ağır şekilde tehlikeye sokan ana veya baba, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

<sup>284</sup> “(1) Görevini yaptığı sırada bir suçun işlendiği yönünde bir belirti ile karşılaşmasına rağmen, durumu yetkili makamlara bildirmeyen veya bu hususta gecikme gösteren sağlık mesleği mensubu, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Sağlık mesleği mensubu deyiminden tabip, dış tabibi, eczacı, ebe, hemşire ve sağlık hizmeti veren diğer kişiler anlaşılır.”

yürüten diş hekimlerinin, bu anlamdaki sorumluluklarının bilincinde olarak yetkili makamlara yardımcı olmaları, dolayısıyla suçun önlenmesine katkı sunarak sosyal sorumluluklarını yerine getirmeleri gerektiğine inanıyoruz. Bunun için öncelikle, meslek mensuplarına, aile içi şiddet, istismar ve ihmal olguları hakkında eğitim verilmesi gerektiği düşüncesindeyiz. Zira yukarıda atıfta bulunduğumuz araştırmalar, meslek mensuplarının bu konularda yeterli bilgi ve donanıma sahip olmadıklarına işaret etmektedir. Bu konuda diş hekimlerini bilgilendirmek ve eğitmek, gizli kalan suçlarla savaşın ilk yarısını kazanmayı sağlayacaktır. Hekimlerin istismar ve ihmal olgularını bildirmeleri ise geri kalan yarısını kazanmak açısından şarttır.

Ne var ki, sadece diş hekimlerine ya da diğer meslek gruplarına, çocuk ihmal ve istismar olgularını bildirme (raporlama) yükümlülüğü getirmek sorunun çözümü için yeterli olamayacağından, bu durumdaki çocuklara ve ailelerine yeterli desteği ve yardımı sunabilecek yapılanmaların da organize edilmesi gerektiği açıktır.

Yine, konunun sadece Ceza Kanununda bildirim yükümlülüğü getirilerek halledilemeyeceğine inandığımızdan, bildirim ve bildirim sonrasında yapılacaklara, görevli ve yetkili organizasyonların kurulmasına ilişkin ayrıntılı hükümler içeren bir düzenlemenin gerekli olduğunu düşünüyoruz. Bu bakımdan, Amerikan eyaletlerinde yürürlükte olan yasalar incelendiğinde tespit edilen, şu ortak başlıkların: “düzenlemenin amacı, bildirimi yapılacak çocukların yaş sınırları, suiistimalin tanımı, raporun içeriği, raporu hazırlayacak kişiye ait bilgiler, raporlama prosedürü, raporun iletileceği kişi veya makamlar, sorumlu kuruluşlar, yanlış raporlamadan sorumsuzluk, cezalar, merkezi kayıt sistemi ve diğer hükümler.”<sup>285</sup> yapılacak düzenlemede kaynak olarak kullanılabileceğini belirtmekte yarar görüyoruz.

---

<sup>285</sup> **Wooldridge, ED.**, Legal problems of the forensic odontologist, Journal of Forensic Science:18(1), s.40-6, 1973

## § 9. DIŞ HEKİMLİĞİ VE BİLİRKİŞİLİK

### I. Genel Olarak

Öğretide bilirkişiliğin tanımı şu şekilde yapılmaktadır: “Yargılama makamlarında görevli olan kimselerin (hakim ve savcıların) sahip oldukları hayat tecrübeleri ve bilgi birikimleri, maddi uyuşmazlığın çözülmesinde kavranması gereken konuları anlamaya yetmediği zaman, hayat tecrübeleri bakımından duyulan noksanlığı tamamlamak maksadı ile yardımına müracaat edilen, belli konuya dair yeterli hayat tecrübesi yani bilgi ve ihtisası bulunan kimseye bilirkişi denir.”<sup>286</sup> Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere bilirkişi, teknik konulara ilişkin olarak, hakimin ihtiyaç duyduğunda başvurduğu bir “yardımcı” ve bir “yargılama süjesi” olarak değerlendirilmektedir.

Hakimlerin tıbbi olaylara ilişkin teknik ve yeterli bilgilere sahip olamayacakları kuşkusuz olduğundan, tıbbi içerikli dosyalarda kanaat oluşturabilmek için bilirkişi yardımı almaları gerekmektedir. Mahkemeler tıbbi içerikli dosyalarda uzmanlığına inandıkları herkesin görüşüne başvurma hak ve yetkisine sahiptir. Ancak 1219 sayılı Kanun’un 13. maddesi gereği, insanın akli ve bedeni durumu ile ilgili rapor verecek kişilerin hekim olmaları gerekmektedir. Yine aynı Kanunun 11. maddesine göre; mahkeme tarafından, uzmanlığına ilişkin görüşü alınacak hekimlerin, bu kanunda aranılan niteliklere sahip olmaları zorunludur. Bu bağlamda, bilirkişi görevini üstlenmesi muhtemel dış hekimlerinin, Türkiye’de faaliyet gösterebilmeleri için taşınmaları gereken kriterleri açıkladığımız bölüme atıf yapmakla yetiniyoruz.<sup>287</sup>

Hekimler esasen bilirkişilik görevini kabule mecburdurlar. Zira gerek Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu’nun (HMUK) 278. maddesinde, gerekse de Ceza Muhakemesi Kanunu’nun (CMK) 65. maddesinde; incelemenin yapılması için bilinmesi gerekli fen ve sanatları meslek edinenler ile incelemenin yapılması için gerekli mesleği yapmaya resmen yetkili olanlar, bilirkişilik görevini kabule

<sup>286</sup> Güreli, N., Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik, İstanbul 1967, s.15

<sup>287</sup> Bkz. § 1

zorunludurlar. Ancak hekimler, HMUK.'nun 245, 246 ve 249. maddelerinde, CMK.'nun ise 45 ve 46. maddelerinde belirtilen bilirkişilikten çekinme gerekçelerinin varlığı halinde, görevi kabule zorlanamazlar.

Bilirkişilikle ilgili bu genel açıklamalardan sonra, 1 Nisan 2005 tarihi itibarıyla yürürlüğe giren 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda yer alan ve sağlık alanında bilirkişilik yapmakta olan hekimleri de ilgilendiren yeni düzenlemelere değinmekte fayda görüyoruz.

## **II. Ceza Yargılamasında Bilirkişilik**

CMK.'nun 63. maddesi gereği; ceza yargılaması hukukunda, bilirkişinin hakim veya mahkeme tarafından atanması kuralı caridir. Soruşturma aşamasında, yani yetkililerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evrede, Cumhuriyet Savcısının da bilirkişiye başvurması olanaklıdır. Mahkeme, bilirkişi atamaya re'sen karar verebileceği gibi, bu konuda Cumhuriyet Savcısının, katılanın, vekilinin, şüphelinin, sanığın, müdafinin veya kanuni temsilcisinin talebini yerinde görmesi üzerine de atamayı yapabilir. Ancak mahkeme bu kararda serbest olup, tarafların talebini kabul edebileceği gibi, reddetme yetkisine de haizdir.

(Yeni) Ceza Muhakemesi Kanunu ile, mahkeme dışında, sanık veya mağdur tarafa da, uzman kişileri mahkeme önünde dinletebilme, onların teknik bilgi ve tecrübelerinden yararlanabilme imkanı tanınmış bulunmaktadır. Sanık veya mağdur bunu iki yolla gerçekleştirebilmektedir:

1) Sanık veya mağdurun, konunun uzmanından bilimsel mütalaa alması.

CMK.'nun 67/6. maddesinde; Cumhuriyet Savcısı, katılan, vekili, şüpheli veya sanık, müdafii veya kanuni temsilcisinin, yargılama konusu olayla ilgili olarak veya bilirkişi raporunun hazırlanmasında değerlendirmek üzere ya da bilirkişi raporu hakkında, uzmanından bilimsel mütalaa alabilecekleri düzenlenmiştir. Böylelikle muhakemenin tarafları, konunun kendileri açısından önemli olan

yönlerini tespit eden ve sahip olduğu uzmanlığa ilişkin bilgi ve görüşleri ile anlaşmazlığa düşülen konuda mahkemeye yardımcı olabilecek bir görüşü dosyaya dahil edebilme imkanına kavuşmuş bulunmaktadır. CMK'nun 68/3. maddesine göre; Mahkemenin gerekli gördüğü taktirde bu mütalaayı hazırlayan uzmanı davet ederek huzurda da dinleyebilecektir.

Teknik bilgiye haiz kişilerin muhakeme aşamasında, mahkeme tarafından dinlenmelerine imkan veren diğer bir düzenleme ise, CMK'nun 214. maddesinde yer almaktadır. Bu düzenlemeye göre, bir açıklamayı ve görüşü içeren resmi belge ve diğer yazılar ve fenni muayene ve doktor raporlarının okunmasından sonra gerekli görülürse belge ve diğer yazılar veya raporda imzası bulunanlar (hazırlayanlar kastedilmiş olmak gerekir), açıklamada bulunmak üzere duruşmaya çağrılacaklardır. Bu düzenlemeye ile, örneğin, dava konusu olayla ilgili olan ve taraflarca değerlendirilmek üzere mahkemeye sunulan bilimsel bir yazı ya da araştırmanın sahibi, konu hakkında teknik bilgi ve ayrıntı vermek üzere duruşmaya davet edilebilecektir.

2) Sanık veya mağdurun belirlediği bilirkişinin dinlenilmesi.

Ceza muhakemesinin taraflarının, uzman bilirkişi görüşünden yararlanabilmelerini sağlayan diğer bir düzenleme ise, CMK'nun 177 ila 179. maddelerinde yer almaktadır. Buna göre taraflar, dinlenilmesini istedikleri bilirkişiye ilişkin bilgileri bir dilekçe ile mahkemeye sunacak, mahkemenin bu talebi reddetmesi halinde ise, ilgili uzmanlar hazır bulundurulmak sureti ile dinlenmeleri sağlanabilecektir. Bu durumda mahkemenin söz konusu uzmanları dinlemesi zorunludur.

Bu açıklamalar çerçevesinde Ceza yargılamasında, bir ölçüde taraf bilirkişiliğinin kabul edildiği söylenebilir. Esasen bilirkişiden beklenen objektif olması ve olaya her iki taraf açısından bakarak, olayın aydınlatılmasında hakime yardım etmesidir. Ancak tanıktan farklı olarak, olaya ilişkin görgüsü bulunmayan bilirkişinin yargılamaları tek yönlü, eksik ya da yanlış olabilecektir.

Uzmanlık gerektiren bir konuda, nelerin doğru nelerin yanlış ya da eksik söylendiğini tespit etme yetisine ne mahkeme hakimi, ne de



muhakemenin tarafları sahip bulunmamaktadır. İşte bu nedenle, savunma ve hak aramanın kutsallığına da dayalı olarak, taraflara, teknik bilgiye haiz kişilerin yardımını alma imkanının verilmesi yerinde olacaktır.

Tıp biliminin ileri düzeyde teknik bilgi ve tecrübe gerektirmesinden ötürü, taraf bilirkişiliğine belki de en sıklıkla başvurulacak davalar, kusurlu tıp uygulamalarının (malpraktis) konu edildiği davalardır. Dolayısıyla hekimler ve tabi ki, dış hekimleri, uzmanlık alanlarına giren bu olaylarda, mahkeme tarafından ya da taraflarca bilirkişi olarak atanabileceklerdir.

### III. Adli Olgulara Yaklaşım ve Beden Muayenesi

Müessir fiil suçu başta olmak üzere, fail tarafından gerçekleştirilen şiddet suçları sonrasında mağdurun vücudunda oluşan bazı delillerin elde edilmesinde ve değerlendirilmesinde de, uzmanlıkları sebebiyle dış hekimlerinden yararlanılabilecektir. Gerçekten de, müessir fiil suçlarında, cinsel suçlarda, aile içi şiddet olaylarında ya da çocuğun cinsel ve fiziksel istismarı olgularında, mağdurun vücudunda ısırık izleri oluşabilecek ve bu izlerin tespiti ile, kim tarafından gerçekleştirildiğinin anlaşılması için sanık ya da şüphelinin dış muayenesinin yapılması gerekebilecektir. Gerek mağdurun vücudunda oluşan, gerekse de bir suçla ilgili olarak olay yerinden elde edilen (kimi zaman hırsızlık suçlarında, fail tarafından ısırılıp unutulmuş yiyecek maddeleri suç mahallinde bulunabilmektedir) dış izlerinin tespiti ile bunların kime ait olduğunun belirlenmesi için sanık ya da şüpheli üzerinde gerçekleştirilecek tıbbi ameliyeler, Adli Odontoloji biliminin konusudur.<sup>288</sup>

Adli olaylarda sanık, şüpheli ya da diğer kişiler üzerindeki delillerin toplanmasında hangi kurallara uyulacağı ve beden muayenesinin nasıl yapılacağı, CMK'nun 75, 76 ve 81. maddelerinde düzenlenmiş olup, bu maddelerde öngörülen işlemlerin gerçekleştirilmesi ile ilgili usuller, 01.06.2005 tarih ve 25832 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan, "Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik

<sup>288</sup> **Bowers, CM.**, Jurisprudence issues in forensic odontology, Dental Clinics of North America: 45(2), 2001

İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik”te açıklanmıştır.

Bu düzenlemeler incelendiğinde, fizik kimliğin tespiti, beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması ile ilgili şu hususlar tespit edilmektedir:

- Delil elde etmek amacıyla, sanık veya şüpheli üzerinde iç beden muayenesi yapılabilmesine ya da vücuttan biyolojik örnekler (kan, tükürük, saç vb.) alınabilmesine hakim veya mahkeme karar vermelidir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde C.Savcısı da bu kararı verebilecek ancak bu karar yirmidört saat içerisinde hakim veya mahkeme tarafından onaylanmazsa elde edilen deliller kullanılamayacaktır. (CMK.md.75/1) Aynı usul ve kurallar, mağdurun vücudu üzerinde dış ve iç beden muayenesi yapılabilmesi veya vücutundan biyolojik materyal alınması için de geçerlidir. (CMK.md.76/1)
- Sanık veya şüpheli üzerinde dış beden muayenesi yapılmasına, C.Savcısının emri ile kolluk görevlileri veya kovuşturma makamları karar verebilir. (Yönetmelik, md.5)
- İç beden muayenesi; kafa, göğüs ve karın boşlukları ile cilt altı dokularının incelenmesi, dış beden muayenesi ise; vücudun dış yüzeyi ile kulak, burun ve ağız bölgelerinin gözle ve elle yapılan yüzeysel tıbbî incelemesidir. (Yönetmelik, md.3)
- Sanık, şüpheli ya da mağdurun, iç ve dış beden muayenesinin yapılabilmesi ve vücuttan örnekler alınabilmesi için; müdahalenin, kişinin sağlığına açıkça ve öngörülebilir zarar verme tehlikesinin bulunmaması gerekir. (CMK.md.75/2, 76/1)
- Belirtilen tıbbi girişimler ancak tabip veya sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından yapılabilir. (CMK.md.75/3, Yönetmelik, md.4-8)
- 75 ve 76. maddelerde öngörülen işlemlerle elde edilen örnekler üzerinde yapılan inceleme sonuçları, kişisel veri niteliğinde olup, başka bir amaçla kullanılamaz. (CMK.md.80/1)

- Üst sınırı iki yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektiren bir suçtan dolayı şüpheli veya sanığın, kimliğinin teşhisi için gerekli olması hâlinde, Cumhuriyet savcısının emriyle, fotoğrafı, iris görüntüsü, beden ölçüleri, diş izi, parmak ve avuç içi izi, bedeninde yer almış olup teşhisini kolaylaştıracak eşkâl bilgileri, kulak, dudak gibi organların bıraktığı kimlik tespitine yarayabilecek vücut izleri ile sesi ve görüntüleri, fizik kimliğin tespitinde kullanılan diğer teknik yöntemler ile kayda alınarak, soruşturma ve kovuşturma işlemlerine ilişkin dosyaya konulur. (CMK.md.81/1, Yönetmelik, md.15/1)
- Fizik kimliğin tespiti açısından, kişinin ağızındaki dişlerin incelenmesi ve diş izlerinin alınması diş tabibi tarafından yapılır. (Yönetmelik, md.15/3)
- Mevzuatta aranan tüm koşulların gerçekleşmiş olmasına ve şüpheli sanık veya diğer kişilerin bu konuda aydınlatılmış olmalarına rağmen muayene yapılmasına ya da örnek alınmasına rıza vermemeleri hâlinde, kararın infazı için ilgilinin muayenesini veya vücudundan örnek alınmasını sağlamak üzere ilgili Cumhuriyet Başsavcılığınca gerekli önlemler alınır. (Yönetmelik, md.18/1)

Görüleceği üzere, bu düzenlemeler gereği yapılan tıbbi girişimlerde kişinin onamı aranmamakta, bir anlamda kamu yararı kişi yararından üstün tutulmaktadır. Ancak bu sayede, hukuka uygun yollarla elde edilecek delillere dayanılarak maddi gerçeğe ulaşılabilecek ve belki de suç aydınlatılabilecektir. Ancak burada hekimler bir ikilemin içinde kalmaktadırlar. Zira bir yanda kamu yararı ve yasal zorunluluklar, diğer yanda ise kökeni Hipokrat adına kadar varan tıbbi etik ilkeler yer almaktadır. Örneğin kişinin, CMK'nda düzenlenen ve yukarıda özetlenen işlemlere onam vermemesi ve hatta buna karşı direnmesi durumunda hekim nasıl davranacaktır? Kişinin ellerinin ya da ayaklarının bağlanması sureti ile etkisiz hale getirilmesini talep edebilecek midir? Ya da kendisi talep etmese bile bu durumdaki bir kişiye yönelik tıbbi müdahalede bulunmak, genel tıp ilkeleriyle uyuşacak mıdır? Fiziksel önlemlerin dışında, örneğin hastaya sakinleştirici ya da uyutucu bazı ilaçların tatbik edilerek etkisiz hale getirilmesi mümkün müdür? Düzenlemede C.Savcılığınca gerekli önlemler alınır denmekte ama fiili olarak

bunun nasıl gerçekleştirileceği tarif edilmediğinden, çözüm uygulamaya bırakılmış görünmektedir. Biz bu tür durumlarda kişiye fiziksel ya da kimyasal yöntemler uygulanarak etkisiz hale getirilmesinin ve bu şekilde etkisiz hale getirilen kişiler üzerinde tıbbi girişimler gerçekleştirilmesinin, insan haklarıyla bağdaşmayacağı düşüncesindeyiz. Bu düzenlemelere göre zorunlu bilirkişi olacak hekimlerin ise, böyle durumlarda, müdahalenin, kişinin sağlığına açıkça ve öngörülebilir zarar verme tehlikesinin bulunması gerekçesine dayanarak tıbbi müdahale yapmaktan kaçınabileceklerini belirtmek isteriz.

Son olarak, adli olgular hakkında görüş bildirmek üzere görevlendirilen hekimlerin, hazırlayacakları raporlarda, adli tıp açısından, hangi konulara değinmeleri ve cevap bulmaları gerektiğine ilişkin şu açıklamalar yapılmalıdır<sup>289</sup>:

- Vücuttaki yaranın oluşma şekli, cisim veya alet kullanılıp kullanılmadığı  
Yaranın ne tür bir travma ile oluştuğunun belirlenmesi, bir cisim ya da alete ilişkin bulguların tespiti olayın aydınlatılması açısından büyük öneme haiz olduğundan, hekim araştırmasını bu bakış açısıyla yürütmeli ve bulgularını raporlamalıdır.
- Yaraların sayısı ve türleri  
Suçun niteliğinin tespiti ve faile verilecek cezanın tayini açısından yaraların sayısı önemlidir. Zira yara sayısı, olayın oluşma tarzı, orijini ve failin kastının tespiti noktasında bilgiler verecektir. Yine birden fazla yaranın bulunması durumunda bunların oluşma şekli ve türlerinin tespiti ile mukayesesinin yapılması gerekmektedir.
- Yaraların lokalizasyonu  
Yaranın vücudun hangi bölgesinde tespit edildiğinin de bildirilmesi gerekmektedir. Bu sayede, suça ve failin kastına yönelik belirlemeler yapılabilecektir.

---

<sup>289</sup> Çetin, G., Yaralar, Adli Tıp, C.1, Ed. Soysal, Z., Çakalır, C., İ.Ü. Basımevi ve Film Merkezi, İstanbul, 1999

- Meydana gelen hasarın ağırlık derecesi  
Yaralanma sonucunda meydana gelen zararın tespiti, suçun ağırlığının ve tipinin belirlenmesi ile, faile verilecek cezanın tayini açısından önem taşımaktadır. Örneğin, kasten yaralama suçu ele alındığında, faile verilecek ceza, meydana gelen neticenin ağırlığına göre kademeli tespit edilecektir. (Neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlar) Bu bağlamda, dişlerin çiğneme ve konuşma fonksiyonları yönünden değerlendirildiği ve her diş türü için farklı puanlamaların yapıldığı belirtilmelidir. Diş kayıplarında puanların toplamı 15-30 arasında ise, işlevin sürekli zayıflaması, 30'un üzerinde ise, işlevin yitilmesi söz konusu olmaktadır. Adli tıp uygulamaları açısından dişlerin puan sıralaması ise şöyledir: Kanin(4,5), Kesici(4), Premolar(3), Birinci ve ikinci Molar(3), Üçüncü Molar(0,5).<sup>290</sup>
- Suç aleti ile yaranın karşılaştırılması  
Yaranın suç aleti ile karşılaştırılarak ilişkinin tespit edilmesinin, suçun aydınlatılması bakımından önemini belirtmeye lüzum yoktur. Ancak suç aletinin her zaman olayın başında ele geçmeyebileceği ve yaraya ilişkin bulguların zaman içerisinde kaybolacağı dikkate alındığında, yaraya ilişkin bulguların sonradan denetime imkan verecek derecede ayrıntılı olması gerektiği anlaşılabacaktır.
- Yaranın yaşı  
suç tarihi ile uyumlu olup olmadığı, yaranın olay tarihinden önce ya da sonra gerçekleşmiş olabileceği ihtimal ve şüphelerinin ortadan kaldırılabilmesi için, imkan ölçüsünde yara yaşının tespiti gerekmektedir.

---

<sup>290</sup> Güzel, S., Balcı, Y., Çetin, G., Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Tanımlanan Yaralama Suçlarının Adli Tıp Açısından Değerlendirilmesi Rehberi, URL:www.atk.gov.tr, (25.12.2005)

**KAYNAKÇA**

**Adalı E.**, Bireysel Bilgilerin Korunması, TBD Bilişim Dergisi, 82:(22-27), 2004

**Akıllıoğlu, T.**, "İdari Usul ve Kişisel Verilerin Korunması", [www.idare.gen.tr/akillioglu-idariusul.htm](http://www.idare.gen.tr/akillioglu-idariusul.htm) (12.08.2005)

**Akipek Ş.**, Tamamlayıcı Olgun Hukuki İşleme Etkisi, AÜHFD, 1995, 44(1-4), s.272

**Akipek Ş.-Küçükgüngör E.**, Sözleşmeler Rehberi, Ankara, 2000

**Akyol Ş.**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, İstanbul, 1984

**Al-Shahi, R., Warlow, C.**, Using patient-identifiable data for observational research and audit, British Medical Journal:321, s.1031-2, 2000

**Altıntaş A.**, Deontoloji'den Etik'e Aydınlatılmış Onam, Obezite, Metabolik Sendrom ve Tıbbi Etik Sempozyum Kitabı, İstanbul, 2003, s.111-115

**Annas, G.J.**, The Rights of Patient, Totowa, New Jersey, Humana Press, s.110-112, 1992

**Anonim.** Blood borne pathogens in the health care setting. Risk for transmission. Canadian Dental Association Journal: 59, s.363-70, 1993

**APIC Bloodborne Pathogens Committee.** The APIC statement on purposes for and elements of patient notification programs related to the health care worker infected with the human immunodeficiency virus or the hepatitis B "e" antigen, American Journal of Infection Control:19(6), s.30-3, 1991

**Appelbaum, P.S., Grisso, T.**, Assessing patients' capacities to consent to treatment, New England Journal of Medicine:319, s.1635-9, 1998

- Aral, F.**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, 1999
- Arscott, K., Dagnan, D., Kroese, BS.**, Assessing the ability of people with a learning disability to give informed consent to treatment, *Psychological Medicine*:29, s.1367–75, 1999
- Aşcıoğlu, Ç.**, Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar, Ankara, 1993, s. 42
- Ataay A.**, Borçlar Hukukunun Genel Teorisi, İstanbul, 1981
- Avon, SL.**, Forensic Odontology: The Roles and Responsibilities of the Dentist, *J Can Dent Assoc*:70(7), s.453–8, 2004
- Ayan, M.**, Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara, 1991
- Aydın E.**, Çocuklarda aydınlatılmış onam sorunu, *Çocuk Sağlığı ve Hastalıkları Dergisi*:46(2), s.148-152, 2003
- Bahçecik, N.**, vd., Hemşirelikte Aydınlatılmış Onam, Sendrom: 16(3) s.71-76, 2004
- Bayraktar, K.**, Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul, 1972
- Beauchamp, TL., Childress JF.**, Principles of biomedical ethics. 5. Bası, Oxford University Press, 2001, s.70
- Becker, D., Needleman, HL., Kotelchuck, M.**, Child abuse and dentistry: orofacial trauma and its recognition by dentists, *JADA*: 97(1), s.24-8, 1978
- Beisecker, AE., Beisecker, TD.**, Patient information-seeking behaviors when communicating with doctors, *MedicalCare*:28, s.19-28, 1990
- Belgesay, M.R.**, Tıbbi Mesuliyet, İstanbul, 1954, s.145

- Berrios, D.C., Grady, D.,** Domestic Violence: Risk Factors and Outcomes, *Western Journal of Medicine*: 155(2), s.133–5, 1991
- Berscheid, E., Walster, E., Bohrnstedt, G.,** Body image: the happy American body: a survey report, *Psychology Today*:119, s.131, 1973
- Bilge N.,** Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri, Ankara, 1971
- Blanchard, CG., Labrecque, MS., Ruckdeschel, JC.,** et al. Information and decision-making preferences of hospitalized adult cancer patients *Social Science and Medicine*:27 s.1139-1145, 1988
- Blatchford, O., O'Brien, S.J.,** Blatchford, M., et al, Infectious health care workers: should patients be told?, *Journal of Medical Ethics*: 26, s.27-33, 2000
- Bowers, CM.,** Jurisprudence issues in forensic odontology, *Dental Clinics of North America*: 45(2), 2001
- Bridgman, A.M.,** Mental incapacity and restraint for treatment: present law and proposals for reform, *Journal of Medical Ethics*:26, s.387–392, 2000
- Brisman, AS.,** Esthetics: a comparison of dentists' and patients' concepts, *Journal of American Dent Assoc*: 100 s.345-52, 1980
- Brock, D.,** Ethical issues in exposing children to risks in research, Nakleden: **Grodin, MA., Glantz LH.,**Children as research subjects: science, ethics and law, Oxford University Press, 1994, s.81–101;
- Buchanan, A., Brock, D.,** Deciding for others: the ethics of surrogate decision making, Cambridge: Cambridge University Press, 1989
- Burgess, MM., Adam, S., Bloch, M.,** et al. Dilemmas of anonymous predictive testing for Huntington disease: privacy vs. optimal care, *Am J Med Genet*: 71, s.197–201, 1997



**Carman, D., Britten, N.,** Confidentiality of medical records: the patient's perspective, *British Journal of General Practice*:45, s.485-8, 1995

**Carpenter, WT., Gold, JM., Lahti, AC.,** et al. Decisional capacity for informed consent in schizophrenia research, *Archives of General Psychiatry*:57, s.533-8, 2000

**Cavior, N., Howard, LR.,** Facial attractiveness and juvenile delinquency among black and white offenders, *Journal of Abnormal Child Psychology*: 1, s.202-13, 1973;

Committee on Bioethics, American Academy of Pediatrics Informed Consent, parental permission, and assent in pediatric practice, *Pediatrics*:95, s.314-317, 1995

**Charbonneau, A., Maheux, B., Be'land, F.,** Do people with HIV/AIDS disclose their HIV-positivity to dentists? *AIDS Care*: 11, s.61-70, 1999

**Chiodo, G.T., Tilden, V.P., Limandri, B.J.,** et al. Addressing Family Violence Among Dental Patients: Assessment and Intervention, *Journal of the American Dental Association*:125(1), s.73, 1994

**Christiano, M.R., Pollard, E., Sturdevant, B.,** et al. Battered Women: A Concern for the Medical Profession, *Connecticut Medicine*: 50(2), s. 99-103, 1986

**Civaner M., Terzi C.,** Hastanın kendi kaderini tayin hakkı: Aydınlatılmış Onam, *Ulusal Cerrahi Dergisi*:17(2), s.82-91, 2001

**Çakmut (Yenerer), Ö.,** Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, *Legal*, İstanbul, 2003, s.180

**Çetin, G.,** Yaralar, *Adli Tıp, C.1*, Ed. Soysal, Z., Çakalır, C., İ.Ü. Basımevi ve Film Merkezi, İstanbul, 1999

**Çilingiroğlu, C.,** Tıbbi Müdahaleye Rıza, *Filiz Kitapevi*, İstanbul, 1993

**Dalamanlı, L.**, Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara, 1977

**Daniels, N.**, HIV infected health care professionals: public threat or public sacrifice?, *Milbank Quarterly*:70(1), s.3-42, 1992

**Davis, MA., Hoffman, JR., Hsu, J.**, Impact of patient acuity on preference for information and autonomy in decision making, *Acad Emerg Med*: 6, s.781-785, 1999

**Dayınlarlı, K.**, İstisna Aktinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü, Hüküm ve Sonuçları, Ankara, 1988

**de Castro, LD.**, Human organs from prisoners: kidneys for life, *Journal of Medical Ethics*:29, s.171-5, 2003

**Deber, RB., Kraetschmer, N., Irvine J.**, What role do patients wish to play in treatment decision making? *Arch Intern Med*: 156, s.1414-1420, 1996

**Degner, LF., Sloan, JA.**, Decision making during serious illness: what role do patients really want to play? *Journal of Clinical Epidemiology*: 45, s.941-950, 1992

**Department of Health**, Draft guidance on consent by a legal representative on behalf of a person not able to consent under the medicines for human use (clinical trials) regulations, London, 2003,

**DePhilippis, D., Metzger, DS., Woody, GE., et al.** Attitudes toward mandatory human immunodeficiency virus testing and contact tracing. a survey of intravenous drug users in treatment, *J Subst Abuse Treat*: 9, s.39-42, 1992

**DeVore DT.**, Legal considerations for treatment following trauma to teeth. *Dental Clinic North America*;39(1), s.203-19, 1995

**Dickenson, D.**, The right to know and the right to privacy: confidentiality, HIV and health care professionals. *Nursing Ethics*:1(2), s.111-5, 1994

**Dural, M.**, Türk Medeni Hukukunda Gerçek Kişiler, 3. Bası, İstanbul, 1987

**Edis S.**, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara, 1987

**Elliott C.**, Patients doubtfully capable or incapable of consent, Nakleden: **Kuhse H., Singer P.**, A companion to bioethics, Oxford Blackwell, 1998, s.452–462

**Emanuel, E.J., Wendler, D., Grady, C.**, What makes clinical research ethical?, JAMA:283, s.2701-11, 2000

**Ende, J., Kazis, L., Ash, A., et al.** Measuring patients' desire for autonomy: decision making and information-seeking preferences among medical patients, J Gen Intern Med: 4, s.23-30, 1989

**Erdem N.**, Türk Borçlar Kanunu Şerhi ve Davaları, c.2, Ankara, 1988

**Eren F.**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 1998

**Erman, B.**, Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Seçkin, Ankara, 2003

**Ersoy N.**, Aydınlatılmış Onam Öğretisinin Gelişimi, Tıbbi Etik Dergisi:3(1), s.1-6, 1995

EUROPA–Activities of the European Union-Information Society-Data Protection  
([www.europa.eu.int/scadplus/leg/en/lvb/l14012.htm](http://www.europa.eu.int/scadplus/leg/en/lvb/l14012.htm))

**Fallowfield, L., Ford, S., Lewis, S.**, No news is not good news: information preferences of patients with cancer, Psychology of Oncology: 4, s.197-202, 1995

**Feyzioğlu F.N.**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 1976

**Feyzioğlu F.N.**, Borçlar Hukuku, İkinci Kısım, Akdin Muhtelif Nevileri, C.I, İstanbul, 1980

**Findlay, S.**, What's beautiful? ask a baby, USA Today:8, s.7, 1987

**Gendreau, C.**, The rights of the psychiatric patients in the light of the principles announced by the United Nations: a recognition of the right to consent to treatment, International Journal of Law and Psychiatry:20, s.259-78, 1997

**Gilbert, J.A.**, Ethics and esthetics. Journal of American Dent Assoc: 117 s.490, 1988

**Gillon, R.**, Impaired autonomy and rejection of treatment [editorial], Journal of Medical Ethics:9, s.131-2, 1983

**Gilmore, R.**, Assessing appearances, How People Interact: 6, s.61-3, 1988

**Ginsburg, K.R., Slap, G.B., Cnaan, A., et al.** Adolescents' perceptions of factors affecting their decisions to seek health care, JAMA:273, s.1913-18, 1995

**Glantz, L.H., Mariner, W.K., Annas, G.J.**, Risky business: setting public health policy for HIV-infected health care professionals, Milbank Quarterly:70(1), s.43-79, 1992

**Goldstein, R.E.**, Esthetic dentistry-a health service? J Dent Res, s.641-2, 1993

**Goldstein, R.E.**, Esthetics in dentistry, 2nd ed. J.B. Lippincott, Philadelphia, 1993

**Goldstein, R.E.**, Esthetics in dentistry, J.B. Lippincott, Philadelphia, 1976

**Goleman, D., Goleman, B.**, Beauty's hidden equation. American Health: 70, 1987

**Gore, D.M.**, Ethical, professional, and legal obligations in clinical practice: a series of discussion topics for postgraduate medical education. Topic 5: disclosing confidential information, Postgrad. Med. Journal:77, s.512-3, 2001, (Gore, confidential),

**Gostin LO.**, Informed Consent, Cultural Sensitivity and Respect for Persons, Journal of The American Medical Association:274, s.844, 1995

**Göktürk, H.A.**, Borçlar Hukuku 2. kısım, Aktin Muhtelif Nevileri, Ankara, 1951

**Gökyayla, KE.**, Medeni Hukuk, Giriş, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, 6.bası, Seçkin, Ankara, 1999, s.499

**Graskemper, JP.**, A new perspective on dental malpractice: Practice enhancement through risk management, JADA:133, s.7522-57, 2002

**Grisso T., Appelbaum PS.**, Assessing competence to consent to treatment: a guide for physicians and other health professionals, Oxford University Press, 1998

**Grubb, A.**, Treatment without consent (anorexia nervosa) adult, Medical Law Review:2, s.95-9, 1994

**Gürelli, N.**, Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik, İstanbul 1967, s.15

**Güzel, S., Balcı, Y., Çetin, G.**, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Tanımlanan Yaralama Suçlarının Adli Tıp Açısından Değerlendirilmesi Rehberi, URL:www.atk.gov.tr, (25.12.2005)

**Hallows, N., Ryan, C., Scott, G.**, et al. A love-hate relationship? BMA News Review:17, 1998

**Harris, J.**, Consent and end of life decisions, Journal of Medical Ethics:29, s.10–15, 2003

**Hatemi H.-Serozan R.-Arpacı A.**, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul, 1992

**Hauerwas, S.**, Community and diversity: the tyranny of normality. Suffering presence: theological reflections on medicine, the mentally handicapped, T & T Clark, Edinburgh, 1988, s.211–17

**Havard, J.**, Medical confidence, *Journal of Medical Ethics*:5, s.57-64, 1985

**Hertz-Picciotto, I., Lee, L.W., Hoyo, C.**, HIV test-seeking before and after the restriction of anonymous testing in North Carolina, *Am J Public Health*:86, s.1446–50, 1996

**Holahan, C.J., Slaikou, K.A.**, Effects of contrasting degrees of privacy on client self-disclosure in a counselling setting, *J Couns Psychol*: 24, s.55–9, 1977

**Horn, J.C.**, Are any pretty girls named Gertrude? *Psychol Today*: 16, 1981

International Committee of Medical Journal Editors, Biyomedikal degilere sunulan yazılarda aranan ortak gereklilikler, URL: [www.icmje.org](http://www.icmje.org) , (12.11.2005)

**İçel, K., Sokulu-Akıncı, F., Özgenç, İ.**, v.d., *Suç Teorisi*, 2.bası, İstanbul, 2000

**İnan A.N.**, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 1979

**Jenkins, G., Merz, J.F., Sankar, P.**, A qualitative study of women's views on medical confidentiality, *Journal of Medical Ethics*:31, s.499–504, 2005

**Jones, C.**, The utilitarian argument for medical confidentiality: a pilot study of patients' views, *Journal of Medical Ethics*:29, s.348-52, 2003

**Jones, J.W.**, A Medico-legal Review of Some Current UK Guidelines in Orthodontics: A Personal View, *BJO*:26(4), s.307-24, 1999

**Jonsen, A.R., Siegler, M., Winslade, W.J.**, *Clinical Ethics*, New York, McGraw-Hill, Inc, s.173-174, 1992

**Karahasan MR.**, *Türk Borçlar Hukuku*, C.1-6, İstanbul, 1992

- Kegeles, SM., Catania, JA., Coates, TJ.,** et al. Many people who seek anonymous HIV-antibody testing would avoid it under other circumstances, *AIDS*:4, s.585–8, 1990
- Kennedy, I., Grubb, A.,** Chapter 5: Consent. In: *Medical Law*, 3rd edn. London: Butterworths, 2000, s.575–773
- Kepme, CH.,** Pediatric implications of the battered baby syndrome, *Arch Dis Child*:46(2), s.28-37, 1971
- Kepme, CH., Silverman, FN., Steele, BF.,** et al. The battered-child syndrome, *JAMA*:181(1), s.17-24, 1962
- Kepme, CH.,** Uncommon manifestations of battered-child syndrome, *American Journal of Disabled Child*:129(1), s.265, 1975
- Kırca, Ç.,** Franchise Sözleşmesi, Ankara, 1997
- Kiffle, PE., Richardson, DS., Parker, JW.,** Examining for child abuse and neglect, *Pediatric Dentistry*: 8, s.80-2, 1986
- King, M.,** In the eye of the beholder. *Savvy*, s.76-8, 1988
- Knowles, A., McMahon, M.,** Expectations and preferences regarding confidentiality in the psychologist–client relationship, *Aust Psychol*: 30, s.175–8, 1995
- Kobocow, B., McGuire, JM., Blau, BI.,** The influence of confidentiality conditions on self-disclosure of early adolescents, *Prof Psychol Res Pr*:14, s.435–43, 1983
- Kocayusufpaşaoğlu, N.,** Güven nazariyesi karşısında borç sözleşmelerinde hata kavramı, İstanbul, 1968, s.5-16
- Korsch, BM., Negrete, VF.,** Doctor patient communication, *Scientific American*: 227, s.66–74, 1972
- Kroff, M., Simon, G.,** The relationship between pain and depression, *British Journal of Psychiatry*, s.101-8, 1996

**Kuntalp, E.**, Karışık Muhtevalı Akit, Ankara, 1971

**Langlois, JH., Roggman, LS., Casey, RJ.**, et al. Infant preferences for attractive faces: Rudiments of a stereotype? *Dev Psychology*: 23 s.363-9, 1987

**Lasky, RE.**, The dentist, forensics and the law, *NY State Dent Journal*: 55(3), s.32, 1989

**Laufs, A.**, *Arztrecht*, 3. Auflage, München, 1984, Nakleden: Ayan, s.95 (366. no'lu dipnot)

**Lieberman, K.C., Derse A.R.**, HIV-positive health care workers and the obligation to disclose: do patients have a right to know? *Journal of Legal Medicine*:13, s.333-56, 1991

**Love, C., Gerbert, B., Casper, N.**, et al. Dentists' Attitudes and Behaviors Regarding Domestic Violence, *Journal of the American Dental Association*: 132, s.86, 2001

**MacIntyre, A.**, *After virtue: a study in moral theory*. 2<sup>nd</sup> ed. London, 1985, s.204-5

**Manning, R.**, A care approach, Nakleden: **Kuhse, H., Singer, P.**, A companion to bioethics, Blackwell, Oxford, 1998, s.98–105.

**Mansfield, SJ., Singh, S.**, The general practitioner and human immunodeficiency virus infection: an insight into patients' attitudes, *J R Coll Gen Pract*: 39, s.104–5, 1989

**Marks, A., Malizio, J., Hoch, J.**, et al. Assessment of health needs and willingness to utilize health care resources of adolescents in a suburban population, *J Pediatr*: 102, s.456–60, 1983

**McDowell, J.D., Kassebaum, D.K., Fryer Jr., G.E.**, Recognizing and Reporting Domestic Violence: A Survey of Dental Practitioners, *Special Care in Dentistry*: 14(2), s. 49, 1994



- McFadyen, AI.**, The call to personhood: a Christian theory of the individual in social relationships, Cambridge University Press, Cambridge, 1990
- McHale, J.**, Law and medical ethics: mental incapacity: some proposals for reform, *Journal of Medical Ethics*:24, s.322-7, 1998
- McNeese, MC.**, When to suspect child abuse, *Am Family Physician*:25(6), s.190-7, 1982
- Messer, N.G.**, Professional-patient relationships and informed consent, *Postgrad Med. Journal*:80, s.277-283, 2004
- Miller, PJ., Torzillo, PJ.**, Private business: the uptake of confidential HIV testing in remote aboriginal communities on the Anangu Pitjantjatjara Lands, *Aust N Z J Public Health*: 22, s.700-3, 1998
- Moreno, J., Caplan, AL., Wolfe, PR.**, Updating protections for human subjects involved in research, *JAMA*:280, s.1951-8, 1998
- Mouden, LD., Bross, DC.**, Legal Issues Affecting Dentistry's Role In Preventing Child Abuse and Neglect, *JADA*:126, s.1173-80, 1995
- Nease, RF., Brooks, WB.**, Patient desire for information and decision making in health care decisions: the autonomy preference index and the health opinion survey, *J Gen Intern Med*: 10, s.593-600, 1995
- Nermin E.**, Cerrahi Tedavide Hastanın Aydınlatılması ve Aydınlatılmış Onam'ın (Rıza) Alınması ile İlgili Etik Sorunlar, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 1991
- Northwest Dentistry*: 76(5), s.31, 1997
- O'Neill, O.**, Some limits of informed consent, *Journal of Medical Ethics*:29, s.4-7, 2003

**Ochs, A., Neuenschwander, M.C., Dodson, T.B.,** Are Head, Neck and Facial Injuries Markers of Domestic Violence? *Journal of the American Dental Association*: 127, s.757–61, 1996

**Oğuz, Y.,** Aydınlatılmış Onam, *Cumhuriyet Bilim Teknik Dergisi*:888, 2004

**Oğuzman MK., Öz T.,** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 1995

**Oğuzman, MK., Dural, M.,** Aile Hukuku, Ankara, 1988

**Olgaç S.,** İçtihatlarla Borçlar Kanunu, C.4, Ankara,1977

**Oral and Dental Aspects of Child Abuse and Neglect:** Joint Statement of the American Academy of

**Öz, M.T.,** İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul, 1986

**Özçelikay, G.,** vd., Eczacılık Hizmetlerinde Aydınlatılmış Onam Üzerine Bir Çalışma, *Tıp Etiği-Hukuku-Tarihi, Türkiye Klinikleri*: 8(1), s.28-31, 2000

**Özek, Ç.,** Hekim ve hukuk: Tıbbi müdahalede bulunmak hakkının sınırları, *İstanbul Üniversitesi Tıp Fakültesi Mecmuası*, 1965, s.445-458

**Özkaya E.,** Vekalet Sözleşmesi ve Kötüye Kullanılması, Ankara, 1997

**Özsunay, E.,** Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları, *Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler Sempozyumu*, İstanbul, 1983, s.31-59

**Palalı, Z.,** Deri Hastalıkları ve Aydınlatılmış Onam, *Tıp Etiği-Hukuku-Tarihi, Türkiye Klinikleri*: 10(2), s.104-7, 2002

**Parfit, D.,** *Reasons and persons*, Clarendon Press, Oxford, 1984, s.326–9.

**Pecoraro, T.,** Jurors go easy on handsome rapists with homely victims, *Psychology Today*: 15, s.10, 1982

Pediatrics and the American Academy of Pediatric Dentistry, *Pediatrics*:104(2), s.348–50,1999

**Pérez-Cárceles, MD., Osuna, E., Luna, A.,** Informed consent of the minor. Implications of present day Spanish law, *Journal of Medical Ethics*:28, s.326, 2002

**Phillips, KA., Coates, TJ., Eversley, RB.,** et al. Who plans to be tested for HIV or would get tested if no one could find out the results? *Am J Prev Med*: 11, s.156–62, 1995

**Polat, O.,** Tıbbi Uygulama Hataları: Klinik-Sosyal-Hukuksal-Etik Boyutları, 1.Bası, Seçkin, Ankara, 2005

**Pollack, B.R.,** Legal Considerations in Sports Dentistry, *Dental Clinics of North America*:35(4), s.809-29, 1991

**Portnoy, S.,** Patient Co-operation—How can it be Improved?, *Practice Management Forum*:24(4), S.340-2, 1997

**Püsküllüoğlu, A.,** Türkçe Sözlük, Yapı Kredi Yayınları, Ankara, 1995, s.563

**Reisoğlu, S.,** Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler Sempozyumu, İstanbul, 1983

**Robinson, P., Zakrzewska, JM., Maini, M.,** et al. Dental visiting behaviour and experiences of men with HIV, *BDJ*: 176, s.175–9, 1994

**Rogers, WA., Drapher, H.,** Confidentiality and the ethics of medical ethics, *Journal of Medical Ethics*:29, s.220-4, 2003

**Rosenthal, E., Sundram, CJ.,** International Human Rights and Mental Health Legislation, 2003

**Rosoff, A.J.**, Informed Consents: A Guide to Health Care Providers, Canada, 1981

**Sadowsky, D.**, Moral dilemmas of the multiple prescription in dentistry, Journal of American College of Dentistry: 46(4), s.245-248, 1979

**Sarial, ME.**, Sağlararası Organ Nakillerinden Doğan Hukuksal İlişkiler, Ankara, 1986, s. 71

**Schmitt, BD.**, Types of child abuse and neglect: an overview for dentists, Pediatric Dent:8(1), s.67-71, 1986

**Schwartz, C.**, Involuntary interventions: do the benefits exceed the cost? American Journal of Psychiatry:149(3), s.424-5, 1992

**Seliçi, Ö.**, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul, 1978, s.92

**Short, S., Tiedemann, J., Rose, D.**, Family Violence: An Intervention Model for Dental Professionals,

**Simley, DO.**, Abused and neglected. J Wis Dent Assoc: 51(8), s.377, 1975

**Sirmen L.**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Ders Notları, Ankara, 1996

**Smith, R.**, Informed consent: edging forwards (and backwards), BMJ:316, s.949-51, 1998

**Sopher, IM.**, The dentist and the battered child syndrome, Dent Clinic North Am:21(1), s.113-22, 1977

**Speidel, TM., Jerrold, L.**, Record keeping to avoid or defend lawsuits:A defens attorney's perspective, American Journal of Orthodontics and Dentofacial Orthopedics, s.754-6, 2004

**Staden, VWC., Krüger, C.,** Incapacity to give informed consent owing to mental disorder, *Journal of Medical Ethics*:29, s.41-43, 2003

Statement of the American Academy of Pediatrics and the American Academy Centers for Disease Control and Prevention, Washington, DC, s.6–9, 1998, Nakleden: **Love**, s.85

**Sutherland, HJ., Llewellyn-Thomas, HA., Lockwood, GA.,** et al. Cancer patients: their desire for information and participation in treatment decisions, *J R Soc Med*: 82, s.260-263, 1989

**Swinhoe, C.,** Commentary: the government has mismanaged cases of HIV infected health care workers, *British Medical Journal*: 312, s.1152-3, 1996

**Şenocak, Z.,** Eser Sözleşmesinde Aybın Giderilmesini İsteme Hakkı, Ankara, 2002

**Tan, J.O.A., McMillan, J.R.,** The discrepancy between the legal definition of capacity and the British Medical Association's guidelines, *Journal of Medical Ethics*:30, s.427-429, 2004

**Tandoğan H.,** Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, 1985

**Tekinay S.S.-Akman S.-Burcuoğlu H.-Altop A.,** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 1993

The United Kingdom Expert Advisory Group on AIDS. AIDS- HIV infected health care workers: practical advice on notifying patients. Edinburgh: Scottish Office Home and Health Department,

**Tilden, V.P., Schmidt, T.A., Limandri, B.J.,** et al. Factors That Influence Clinicians' Assessment and Management of Family Violence, *American Journal of Public Health*: 84(4), s. 632, 1994

**Tjaden, P., Thoennes, N.,** Prevalence, Incidence and Consequences of Violence Against Women: Findings from the National Violence Against Women Survey, 1998, National Institute of Justice and

**Tunçomağ K.**, Türk Borçlar Hukuk Genel Hükümler, İstanbul, 1976

**Tunçomağ, K.**, Borçlar Hukuku, C.2, Özel Borç İlişkileri (Akdin Muhtelif Nevileri), İstanbul, 1977

**Uçar, A.**, İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara, 2003

UK Departments of Health. AIDS-HIV infected health care workers: guidance on the management of infected health care workers. Edinburgh: Scottish Office Home and Health Department, 1993.

United Press International, Ugly patients are at a disadvantage, Atlanta Journal: 8, s.10, 1977 URL: [Http://www.doh.gov.uk/research/documents/rd3/legalconsentguidan cerev.doc](http://www.doh.gov.uk/research/documents/rd3/legalconsentguidan cerev.doc) (16.10.2005)

**Van de Creek, L., Miars, RD., Herzog, CE.**, Client anticipations and preferences for confidentiality of records, J Couns Psychol: 34, s.62-7, 1987

**Van Staden CW., Kruger C.**, Incapacity to give informed consent owing to mental disorder, Journal of Medical Ethics:29, s.41-3, 2003

**Velidedeolu-Özdemir**, Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara, 1987

**Waitzkin, H.**, Information giving in medical care. Journal of Health Social Behaviour: 26, s.81-101, 1985

**Webber DJ., Hoffmann KK, Kutala WA.**, Management of the healthcare worker infected with human immunodeficiency virus: lessons from nosocomial transmission of hepatitis B virus, Infection Control and Hospital Epidemiology:12(10), s.625-30, 1991

**Weinstock, R., Weinstock, D.**, Clinical flexibility and confidentiality: effects of reporting laws, Psychiatr Q: 60(3), s.195-214, 1989

**Weisman, CS., Teitelbaum, MA .,** Women and health care communication, Patient Educ Couns: 13 s.183-199, 1989

**Willison, DJ., Keshavjee, K., Nair, K., et al.** Patient consent preferences for research uses of information in electronic medical records:interview and survey data, BMJ: 326, s.1-5, 2003

**Woods, KM., McNamara, JR.,** Confidentiality: its effect on interviewee behavior, Prof Psychol: 11, s.714–20, 1980

**Wooldridge, ED.,** Legal problems of the forensic odontologist, Journal of Forensic Science:18(1), s.40-6, 1973

World Medical Association, Declaration of Ottawa on the Right of the Child to Health Care, 50<sup>th</sup> World Medical Assembly, Canada, 1998

**Worthington, R.,** Clinical issues on consent: some philosophical concerns, Journal of Medical Ethics:28, s.377-380, 2002

**Yavuz C.,** Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul, 1996

**Yetik, N.,** Açıklamalı İçtihatlı Ehliyet-Velayet Nüfus Vesayet-Nafaka, 1. Bası, Adil Yayınevi, Ankara, 2003, s.33

**Young, R.,** Informed consent and patient autonomy. Nakleden: **Kuhse, H., Singer, P.,** A companion to bioethics. Oxford: Blackwell, s.441–51, 1998

**Zellman, GL., Antler, S.,** Mandated reporters and CPS: a study in frustration, Public Welfare: 48, s.30-7, 1990

**Zellman, GL.,** Child abuse and failure to report among mandated reporters, Journal of Interpersonal Violence: 5(1), s.3-21, 1990

**Zevkliler A.,** Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, 1987

**Zevkliler A.-Aydoğdu M.-Petek H.,** Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, 1998





T.C.  
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ  
ADLI TIP ENSTİTÜSÜ  
SOSYAL BİLİMLER ANABİLİM DALI  
Danışman: Prof. Dr. Füsun SOKULLU AKINCI

---

---

DİŞ HEKİMİNİN  
TIBBİ MÜDAHALELERDEN DOĞAN  
HUKUKİ SORUMLULUKLARI

DOKTORA TEZİ

Yusuf Tunç DEMİRCAN

İstanbul - 2006