



IV. SAĞLIK HUKUKU KURULTAYI

23 - 24 Eylül 2011

ANKARA

Editör
Av. Cahid DOĞAN

Ankara - 2012

ISBN 978-605-5316-31-0

ANKARA BAROSU
Ankara Barosu Başkanlığı 2012
Tüm hakları saklıdır

ANKARA BAROSU BAŞKANLIĞI
Adliye Sarayı Kat : 5 Sıhhiye / ANKARA
Tel : (0.312) 416 72 00
Faks : (0.312) 309 22 97
www.ankarabarusu.org.tr
ankarabarusu@ankarabarusu.org.tr

(ABEM)
ANKARA BAROSU EĞİTİM VE KÜLTÜR MERKEZİ
İhlamur Sokak No: 1 Kızılay / ANKARA
Tel : (0.312) 416 72 00
Faks: (0.312) 418 77 04

GRAFİK - TASARIM
Yasir KORKMAZ
(Ankara Barosu)

BASKI

IV. SAĞLIK HUKUKUKURULTAYI

23.09.2011, I. GÜN

Av. PINAR AKSOY GÜLASLAN

Sağlık Hukuku Kurulu Başkanı7

Av. Prof. Dr. METİN FEYZİOĞLU

Ankara Barosu Başkanı.....9

Av. VEDAT AHSEN COŞAR

Türkiye Barolar Birliği Başkanı.....12

I. OTURUM ETİK-HUKUK İLİŞKİSİ

Av. MUSTAFA TAM

Oturum Başkanı.....17

Prof. Dr. BERNA ARDA

Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi, Tıp Tarihi ve Etiği Anabilim Dalı Başkanı

ETİK NEDİR? TIP ETİĞİ, TEMEL İLKELERİ, ETİK DEĞERLER VE

KURAL ÖNERME ÜZERİNE.....18

Prof. Dr. NESRİN ÇOBANOĞLU

Gazi Üniversitesi Tıp Fakültesi, Tıp Tarihi ve Etiği Anabilim Dalı Başkanı

ETİK VE HUKUK AÇISINDAN TIBBÎ BİLİMSEL ETİK KURULLAR.....23

Doç. Dr. AHMET ACIDUMAN

Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi, Tıp Tarihi ve Etiği Anabilim Dalı

TÜRK TIP HUKUKU TARİHİNDE HEKİM-HASTA ARASINDA

HUKUKİ BİR BELGE: RIZA SENEDİ.....39

Av. CAHİD DOĞAN

Sağlık Bakanlığı Hukuk Müşaviri Kamu Yönetimi Bilim Uzmanı

TIP ETİĞİ VE İDARE HUKUKU İLİŞKİSİ.....54

II. OTURUM PSİKİYATRİDE HUKUKİ SORUNLAR

Av. EROL YILMAZ ARAS

Oturum Başkanı.....87

Prof. Dr. MURAT DOĞAN

Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekan Yardımcısı

PSİKİYATRİSTLERİN HUKUKÎ SORUMLULUĞU88

Doç. Dr. ERHAN TEMEL

Augsburg Üniversitesi Türk Hukuku Araştırma Merkezi Başkanı

ALMAN HUKUKUNDA PSİKİYATRİ HASTASI-HEKİM İLİŞKİSİ.....109

Prof. Dr. YENER ÜNVER

Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı

Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

AKIL HASTALARINA ÖZGÜ GÜVENLİK TEDBİRLERİ.....136

ŞAHİN KURT

Ankara Adliyesi Asliye Ceza Mahkemesi

AKIL HASTALARINA ÖZGÜ GÜVENLİK TEDBİRLERİNİN

UYGULANMASINDA KARŞILAŞILAN SORUNLAR VE TCK. Md. 175153

Soru - Cevap.....163

IV. SAĞLIK HUKUKU KURULTAYI

24.09.2011, II. GÜN

III. OTURUM

DIŞ HEKİMLİLİĞİNDE HUKUKÎ SORUNLAR

Av. EROL YILMAZ ARAS

Oturum Başkanı.....175

Uzm. Dr. Dt. GAMZE BULUT

DIŞHEKİMİNİN ETİK VE HUKUK BAĞLAMINDA SORUMLULUĞU.....176

Doç. Dr. RAMAZAN ÇAĞLAYAN

Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekan Yardımcısı

DIŞ HEKİMLİĞİ MESLEĞİNDEN DOĞAN İDARÎ SORUMLULUK.....185

Dr. Dt. GÜL ATEŞ

Sağlık Bakanlığı Ankara Topraklık Ağız Ve Diş Sağlığı Merkezi Başhekim Yardımcısı

DIŞ HEKİMLİĞİNDE MALPRAKTİS.....194

III. OTURUM

Av. EROL YILMAZ ARAS

Oturum Başkanı.....223

Yrd. Doç. Dr. HAYRÜNNİSA ÖZDEMİR

Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Öğretim Üyesi

DIŞ HEKİMLERİNİN HUKUKÎ SORUMLULUĞU.....224

Doç. Dr. İLHAN ÜZÜLMEZ

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekan Yardımcısı

Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

DIŞ HEKİMLERİNİN CEZAÎ SORUMLULUĞU.....265

Av. HALİDE SAVAŞ

İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Merkezi Başkanı

DIŞ HEKİMLİĞİNDE AYDINLATILMIŞ RIZA.....270

Soru - Cevap.....281

IV. OTURUM

SAĞLIK SEKTÖRÜNDE REKLAMIN HUKUKÎ BOYUTLARI

Av. SAVAŞ ŞEKER

Oturum Başkanı.....291

Av. BERNA ÖZPINAR

Türk Hukuk Kurumu Genel Sekreteri Ankara Barosu Sağlık Hukuku Kurulu Üyesi

ÖZEL SAĞLIK KURULUŞLARININ REKLÂM YASAKLARI

VE HASTA HAKLARI.....292

Av. SUNAY AKYILDIZ

Tıp Hukuku Derneği Başkanı

SAĞLIK SEKTÖRÜNDE ALDATICI REKLAMLAR.....312

Dr. HAKAN GİRİTLİOĞLU

Türk Tabipler Birliği Yüksek Onur Kurulu Üyesi, Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Reklam Kurulu Üyesi

SAĞLIK VE TANITIM.....333

Av. PINAR AKSOY GÜLASLAN

Ankara Barosu Sağlık Hukuku Kurulu Başkanı

İLAÇ REKLAMLARI342

Doç. Dr. Erhan TEMEL

Almanya Augsburg Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi, Augsburg Hukuk Fakültesi Biyo, Sağlık ve Tıp Hukuku Enstitüsü Üyesi, Avrupa Hukuk Düzenleri Enstitüsü Türk Hukuku Araştırma Merkezi Başkanı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Görevlisi

ALMAN HUKUKUNA GÖRE YANILTICI İLAÇ REKLAMLARI.....358

Soru - Cevap393

V. OTURUM TIBBÎ BİLİRKİŞİLİK

Av. AYŞIL KİRİŞÇİOĞLU

Oturum Başkanı.....401

Prof. Dr. Dr. h.c. HAKAN HAKERİ

İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı

TIBBÎ BİLİRKİŞİNİN CEZAİ SORUMLULUĞU.....402

Av. HAMİT BAYKARA

Sağlık Hukuku Kurulu Başkan Yardımcısı

HUKUK DAVALARINDA TIBBÎ BİLİRKİŞİLİK İNCELEMESİ.....407

Av. ALİ YILMAZ

Sağlık Hukuku Kurulu Üyesi

CEZA DAVALARINDA TIBBÎ BİLİRKİŞİLİK İNCELEMESİ.....423

Prof. Dr. MEHMET DEMİR

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

**TIBBÎ SORUMLULUK VE TAZMİNAT DAVALARINDA BİLİRKİŞİNİN
ROLÜ430**

SUNUŞ

Ankara Barosu Sağlık Hukuku Kurulu'na tertip edilen ve yayınlanmak üzere hazırlanan bu kitap, IV. Sağlık Hukuku Kurultayı'nda sunulan bildirileri ve tartışmaları içermektedir.

Kurultay geleneksel hale gelmiş ve yılda bir kez yapılmakta, incelenmemiş sağlık hukuku sorunları hakkında tebliğler sunularak, konular üzerinde tartışmalar olmaktadır. Kurultayda tebliğ sunanlar sırf Avukatlar olmayıp, Hâkimler, Öğretim Üyeleri ve Hekimlerden oluşmaktadır.

Sağlığın teşvik edilmemesi ve gelişmemesi, hasta odaklı sağlık hizmetlerinin sunulmaması, etkin ulaşılabilir ve kaliteli sağlık hizmetlerinde aksamalar ve tıbbî malpraktisler yeni mevzuatların düzenlenmesine ihtiyaç doğurmuştur. Mevzuatların düzenlenmesi için, tıbbî konunun gündeme gelmemiş veya yargıya intikal etmemiş olmasına gerek yoktur. Hukuk kuralları çağdaş toplumun sosyal güvenliği olduğundan, bilimsel gelişmeleri soyut düzenlemelerle önceden görmek zorundadır. Kurultaylarımızda, sağlık hukukunun incelenmemiş ve güncel konularında uzman kişilerce tebliğler sunularak büyük tartışmalar olmuştur. Bu güne kadar konuşulmamış olan, tıp etiği- hukuk kuralları ilişkisi, dış hekimliği uygulamalarından doğan hukukî sorunlar ilk kez kurultayımızda bilimsel olarak incelenmiştir.

Kurultay kitaplarımıza, akademik çalışmalarda yapılan atıfların çokluğu ve uygulayıcıların başvuru eserleri olması bizim gayretlerimizi daha da artırmaktadır.

Av. Cahid DOĞAN
EDİTÖR

IV. SAĞLIK HUKUKU KURULTAYI

23.09.2011, I. GÜN

SUNUCU- Değerli konuklarımız, hepiniz hoş geldiniz.

Öncelikle siz değerli konuklarımızı bir dakikalık saygı duruşuna davet ediyorum.

SAYGI DURUŞU VE İSTİKLAL MARŞI

SUNUCU- Sayın Barolar Birliği Başkanım, Sayın Baro Başkanım, Türkiye'nin dört bir yanından gelen saygıdeğer öğretim elemanları, Baromuzun değerli üyeleri ve sevgili katılımcılar;

Ankara Barosu olarak bu sene dördüncüsünü düzenlemekten onur duyduğumuz Sağlık Hukuku Kurultayına hoş geldiniz. İki gün sürecek Kurultayımız beş oturum altında gerçekleştirilecek olup oturumlarda sırasıyla etik-hukuk ilişkisi, psikiyatride hukuki sorunlar, dış hekimliğinde hukuki sorunlar, sağlık sektöründe reklamın hukuki boyutları ve tıbbi bilirkişilik konuları değerlendirilecektir.

Şimdi Kurultayımızın açılış konuşmasını yapmak üzere Sağlık Hukuku Kurulu Başkanı Sayın Avukat Pınar Aksoy Gülaslan'ı kürsüye davet ediyorum. (Alkışlar)

Av. PINAR AKSOY GÜLASLAN

Sağlık Hukuku Kurulu Başkanı



Sayın Barolar Birliği Başkanım, Sayın Baro Başkanım, Türkiye'nin her tarafından gelen saygıdeğer öğretim elemanları, Baromuzun değerli üyeleri ve sevgili katılımcılar;

Türk milletinin sağlığı ve sağlık sistemiyle yakından ilgilenen Mustafa Kemal Atatürk "genel sağlık için esaslı olarak uygulanan önlemler kesintisiz tamamlanmalı ve genişletilmelidir. Cömert ve üretken olan Türk ulusu sağlıkta sürekli teknolojik ilerlemelere erişince Türk yurdunu hızla dolduracak ve şenlendirecek güçte olduğuna kimsenin kuşkusu yoktur" ifadesiyle ülkenin gelişimi ve refahında sağlığın önemine ve gücüne dikkat çekmiştir.

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesiyle sağlık hakkı temel insan hakkı olarak kabul edilmiştir. Sağlık hizmetinin özgürlükler gibi iyi örgütlenmesi, iyi düzenlenmesi, adaletli biçimde dağılımı yasalarla güvence altına alınması gerekmektedir. Ankara Barosu her alanda olduğu gibi sağlık hakkının örgütlenmesi ve dağılımını da titizlikle takip etmekte, Ulu Önderimizin ilkeleri doğrultusunda hareket etmektedir.

Bu Kurultayın başlıklarına baktığımızda dünyadaki gelişmelere bağlı olarak ülkemizde de değişen ihtiyaçları ve talepleri karşılamak için tıp ve hukuk bilimlerine gönül veren meslek erbaplarının birlikte çalışması gerektiğini görmekteyiz. 2007 yılında Ankara Barosu ve Ankara Hukuk Fakültesi işbirliğiyle düzenlenmeye başlayan Sağlık Hukuku Kurultayına değerli katkılarından dolayı o dönemde Ankara Barosu Başkanı olan Sayın Avukat Vedat Ahsen Coşar'a ve yine o dönemde Ankara Hukuk Fakültesi

Dekanı olan Sayın Baro Başkanımız Avukat Metin Feyzioğlu'na teşekkürlerimizi arz ederiz.

Sayın konuklar, bu vesileyle Sağlık Hukuku Kurultayının verimli geçmesini umar, bizleri aydınlatacak çok değerli bilim insanlarına, uygulamacılara, katılımcılara Ankara Barosu Sağlık Kurulu adına teşekkürlerimi ve saygılarımı sunarım. (Alkışlar)

SUNUCU- Sayın Başkanımıza teşekkür ederiz.

Şimdi ise Sağlık Hukuku Kurulumuza sunduğu desteklerle Kurultayın düzenlenmesini sağlayan Sayın Baro Başkanımız Avukat Metin Feyzioğlu'nu açılış konuşmasını yapmak üzere kürsüye davet ediyorum. (Alkışlar)

Av. Prof. Dr. METİN FEYZİOĞLU

Ankara Barosu Başkanı



Sayın Başkanım, çok değerli sağlık mesleği mensubu konuklarımız, aslında ev sahibisiniz, çok kıymetli meslektaşlarım, hepinizi saygıyla selamlıyorum.

Bugün dördüncü geleneksel Ankara Barosu Sağlık Hukuku Kurultayını açıyoruz. Başlangıcını Sayın Başkanla birlikte yapmıştık biraz önce sevgili meslektaşımın söylediği gibi. Kendisi Ankara Barosu Başkanı, ben Ankara Hukuk Fakültesinin Dekanyken bir başlangıç yaptık, bugüne kadar geldi. Bundan sonra artık gelenekselleştikğine göre giderek de daha gelişerek devam edecektir ve çok da faydalı sonuçlar alacağımıza eminim.

Kıymetli dostlar, sağlık hukukunda ve sağlık sektöründe son derece sıkıntılı bir süreç yaşıyoruz. Daha bugünkü gazetelerde, hemen hepsinde sağlıkta bir çöküntüden bahsediliyor. Birtakım gazeteleri de açtığımızda yapılanların ne kadar mükemmel olduğu söyleniyor; bir karmaşa var. Sanıyorum, karmaşanın ilk nedeni siyasi iktidarın tek başına tek parti olarak Mecliste mutlak güce sahip olmasına rağmen sağlık sektöründe, sağlık alanında temel değişiklikleri kanun hükmünde kararnameyle yapmış ve sivil toplumun, demokratik kitle örgütlerinin, sağlık mesleği çalışanlarının, biz hukukçuların, kısaca bütün bir toplumun tartışmasına, değerlendirmesine sunmamış olması; yani biz ortak akla ulaşamamış durumdayız, çünkü dostlar, kanun hükmünde kararnameler olağan rejimlerin düzenlemeleri değildir. Parlamenter demokrasilerde yasama organının başlıca varlık sebebi etkili bir forum olmasıdır. Kanun hükmünde kararnamelerle kapalı kapılar ardında

yapılan düzenlemeler sivil toplumu dışlayan, yok sayan düzenlemelerdir. İşte, bu yüzden ortak akli biz sağlık sektöru baştan aşağı kanun hükmünde kararnameyle düzenlendikten sonra bulmaya çabalıyoruz ve tartışmalar bu yüzden son derece keskin oluyor.

Sizler karar vereceksiniz, ama benim görüşüm olarak ifade edeyim. Bugün doktorlar, adeta tüccar yerine konmakta, “performans sistemiyle ne kadar çok vakaya bakarsa o kadar para kazanacaksınız” denilmektedir. Belki de ilk yapılması gereken hekimlerin hekim olduğunu kabullenmek ve sağlık hizmetinin bir ticaret olmadığını anlamaktır. Böylece sağlık hizmetinden yararlananlar kendilerine yapılan tetkiklerin, tedavilerin performansı arttırmamak için yapıldığından emin olabilirler ve sağlık mesleği mensupları da gönül rahatlıyla hastalarına ayırmaları gerektiği kadar vakti ayırabilirler. Öyleyse ücretlerin çağdaş standartlara yükseltilmesi ve performans sisteminin derhal gözden geçirilmesi lazımdır.

Bugün riskli vakalarda, özellikle cerrahi branşlarda müdahale edecek hekim bulmakta hastaneler zorlanmaktadır. Üniversite hastanelerinde korunç bir kaos yaşanmakta ve ciddi bir hekim açığı oluşmaktadır.

Ben bir üniversite öğretim üyesinin özellikle uygulamalı alanda ders veriyorsa, kendi alanımla ilgili söylüyorum, mutlaka avukatlık yapması gerektiğini yıllarca savundum. Ben ceza hukukçusuyum. Ceza hukukunu duruşma salonlarında görmeden, ceza yargılamasını duruşma salonlarında yaşamadan bu alana girip meslek icra edecek olan gençlere “bu ceza hukukudur, bu da usûldür” diye nasıl anlatabilirdim? Kürsünün neresinde duracağımı yaşamadan, görmeden ne yapabilirdim? Örnek olarak da şunu verdim hep, dedim ki bir beyin cerrahı düşününüz, tahtaya beyin çizsin, desin ki “arkadaşlar, bu beyindir, ben de görmedim, ama biz bunun üstünde operasyon yapıyoruz”. Bunun ne kadar absürt olduğunu anlatmaya çalışırken diyorum ki birileri sesimi duydu, çarpıklığı düzeltmeye çalıştı, ama yanlış yaptı, çünkü üniversite öğretim üyelerinin dışarıda çalışmaları durumunda üniversite hastanelerinde eğitim, öğretim faaliyeti dışında herhangi bir şekilde faaliyet göstermeleri yasaklandı. Dolayısıyla, örneğin bir beyin cerrahı artık tahtaya “bu beyindir” diye çizip hasta üzerinde göstermekten mahrum kaldı. Burada cezalandırılan kuşkusuz o öğretim üyesi değil, ondan yararlanmak için bekleyen gençler ve sonunda hastalar. Bunun başka bir çözümü olması lazımdır. Ne olacağına siz burada karar vereceksiniz, ama sizin verdiğiniz kararın yasal düzenlemeye etkili olması için kanun hükmünde kararname yapılmamış olması gerekiyordu. İşte, başa dönüyorum, kanun hükmünde kararnamelerle demokrasi olmaz.

Efendim, Sağlık Hukuku Kurultayını düzenleyen çok kıymetli Kurulumuza, sevgili meslektaşlarıma, Başkanımıza çok teşekkür ediyorum. Çoğunluğumuz vardır, dolayısıyla oturumu açmadan önce çok kıymetli Başkanımı, Avukat Vedat Ahsen Coşar'ı konuşmasını yapmak üzere buraya davet ediyorum efendim. (Alkışlar)

Av. VEDAT AHSEN COŞAR

Türkiye Barolar Birliği Başkanı



Ankara Barosunun değerli Başkanı, değerli hocalarım, konuşmacılar, sevgili meslektaşlarım, değerli konuklar, sizleri Türkiye Barolar Birliği adına, kendi adıma sevgi ve saygıyla selamlıyor, hepinize sağlık, mutluluk ve esenlikler diliyorum.

Hepimiz biliriz, biyolojik yapımızda ya da genetik kodlarımızda başka bir çağdan daha özgür bir çağda, başka bir toplumdan daha özgür bir toplumda, başka bir toplumsal katmandan daha özgür bir toplumsal katmanda doğmamızı önceden belirleyen bir şey yoktur. Öyle olduğu için insan olarak hepimiz doğumun rastlantısallığına bağılı olarak özgür bir dünyaya fırlatılırız. Bu özgür dünyada başkalarıyla birlikte yaşamak zorunda olsak da yaşamımızı sahiplenip üstlendikçe bir şeyi fark ederiz; yalnızlığımızı. Esasen dünyaya yalnız gelir, dünyadan yalnız başımıza gideriz. Dahası, yaşarken de aslında ve çoğu zaman yalnızızdır. Çevremizdeki insanların çoğu ise sadece bir kalabalıktan ibarettir. Onun için bilge Mevlana, “yanımda kimse olmadığından değil yalnızlığım, yalnız olduğumu söyleyebileceğim kimse olmadığından yalnızım ben” demiştir. Bu yönden bakıldığında demek gerekir ki, asıl ve gerçek anlamıyla insan yaşamı herkesin kendi açısından gördüğü biçimiyle kendi yaşamıdır; yani kişiseldir; yani aktarılamaz. Öyle olduğu için insan kendi acısını, kendi sıkıntısını, kendi hastalığını bir başkasına aktaramaz, bizzat kendisi yaşar. Zira başkalarının acısı, başkalarının sıkıntısı, başka-

larının hastalığı bizim için ikincildir. Bununla birlikte başkalarının acısına, sıkıntısına, hastalığına duyarsız kalmamız mümkün değildir. Zira ve Dostoyevski'nin romanlarına egemen olan anlayışla ifade etmek gerekirse, kendi şahsında sahibi insan olma, bağımsız, özgür, özerk birey olma gücünü gösteremeyen ve bunu gerçekleştiremeyen insana acımak gerekir. Her insan önce insan olmalıdır ve diğer insanlara insanca davranmalıdır.

Sanırım sağlığın hak olarak kabul edilmesindeki temel neden de budur; yani insanın insan olmasıdır, başkalarına insanca davranmasıdır. Onun için bedensel, ruhsal ve toplumsal yönden tam bir iyilik hali içinde yaşama hakkı olarak tanımlanan sağlık hakkı temel bir insan hakkıdır ve bu hak hasta olan insanı yalnız bırakmamayı gerektirir.

Salt bu nedenle İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 25. maddesinde, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesinin 12. maddesinde sağlık hakkının temel haklardan olduğu, bir insan hakkı olduğu kabul edilmiş ve bu konuda gerek anayasalarla, gerekse uluslararası sözleşmelerle devlete sosyal görevler verilmiştir. Onun için günümüzde başta sanayileşmiş ülkeler olmak üzere diğer pek çok ülke yaygın ve son derece pahalı sağlık altyapıları oluşturmuşlardır. İnsan haklarının özel bir kategorisi olan hasta haklarının pozitif hukukta kabul edilmesinin nedeni de devletin bu konuda yüklendiği sosyal ve pozitif yükümlülüğün gereğidir. Sağlık kavramı her şeyden önce insanın kendi biyolojik durumunu ve yakın çevresinin koşullarını denetleyebileceği özerk bir alanı ifade eder. Bu açıdan bakıldığında sağlık, sahip olunan ve yaşanan özgürlük düzeyiyle eşdeğerdedir. Onun için sağlık hizmetinin özgürlükler gibi iyi örgütlenmesi, iyi düzenlenmesi, adil biçimde dağıtılması, bu hizmetten herkesin eşit biçimde yararlanmasının sağlanması ve bütün bunların yasalarla güvence altına alınması gerekir. Zira sosyal devlet olmanın, insan ve hizmet odaklı devlet olmanın asgari koşulu budur.

Değerli meslektaşlarım, sağlığın bir hak olması, hastalarının haklarının olduğunun kabul edilmesi nedeniyledir ki hukuk sağlık konusuyla ilgilidir, ilgilenmek durumunda ve zorundadır. Bu hakkın kullanılmasının veya kullandırılmamasının, özü ve niteliği itibarıyla bir kamu hizmeti olan sağlık hizmetinin gerektiği gibi verilmesinin veya verilmemesinin, hizmetin verilmesinde asli görev üstlenen hekimlerin, hasta bakıcıların hatalı uygulamalarının gerek özel hukuk, gerekse ceza hukuku bağlamında doğurduğu sonuçlar olduğu için sağlık hukuku biz hukukçuların ilgi, bilgi ve uzmanlık alanı içindedir. Bu Kurultayın düzenlenmesinin nedeni de sanırım budur.

Daha önce düzenlenen sağlık hukuku kurultaylarında olduğu gibi bu

Kurultayda sunulacak olan tebliğlerin ve yapılacak tartışmaların sağlık hukukuna önemli katkılar yapacağına olan inancımı özellikle belirtir, tüm konuşmacılara başarılar diler, başta Ankara Barosunun değerli Başkanı olmak üzere Kurultayın gerçekleştirilmesinde hizmeti, emeği, katkısı olan herkese ve hepinize en içten sevgi ve saygılarımı sunarım. Teşekkür ederim. (Alkışlar)

I. OTURUM

ETİK-HUKUK İLİŞKİSİ

Av. MUSTAFA TAM

Oturum Başkanı

SUNUCU- Şimdi ise Kurultayımızın etik-hukuk ilişkisi konusunda ilk oturumunu açmak üzere Avukat Mustafa Tam'ı ve değerli konuklarımız Profesör Doktor Berna Arda'yı, Profesör Doktor Nesrin Çobanoğlu'nu, Doçent Doktor Ahmet Acıduman'ı ve Avukat Cahid Doğan'ı yerlerine davet ediyorum.

Av. MUSTAFA TAM (Oturum Başkanı)- Değerli konuklar, tekrar hoş geldiniz.

Ankara Barosunun düzenlemiş olduğu dördüncü Sağlık Hukuku Kurultayına tekrar hoş geldiniz diyorum. Sürenin de kısıtlı olduğunu göz önüne alarak, gecikmeyi de göz önüne alarak hemen sözü misafirlerimize veriyorum.

“Etik nedir? Tıp etiği temel ilkeleri, etik değerler ve kural önerme üzerine” konulu sunumunu yapmak üzere mikrofonu Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi, Tıp Tarihi ve Etiği Anabilim Dalı Başkanı Profesör Doktor Sayın Berna Arda'ya bırakıyorum.

Berna Hanım, buyurun.

ETİK NEDİR? TIP ETİĞİ, TEMEL İLKELERİ, ETİK DEĞERLER VE KURAL ÖNERME ÜZERİNE

Evet, Sayın Başkan, değerli meslektaşlar, değerli katılımcılar, öncelikle bu etkinliğin düzenlenmesi için çaba gösteren, emek veren herkese teşekkür ediyorum. Ardından, böyle bir davette bulunduğunuz için teşekkür ediyorum ve hepinize de bu saatte bu salonda bulunduğunuz için ayrıca kendi adıma da, organizasyon adına da teşekkür etmek isterim.

“Değerler” konusu çok eski çağlardan beri düşünürler tarafından ele alınmıştır. Bu süreçte onların neler oldukları, neye karşılık geldikleri, mutlak olup olmadıkları, bu değerlerin neden yaşamımızda önemli olduklarını açıklamaya yönelik tartışmalar yürütülmüştür. Felsefenin iyi ve kötü değerleri ele alan koluna **etik** adı verilir.

Etik, Yunanca “Ethos” sözcüğünden gelmektedir. Onu, “ahlak kuramı” ya da “teorik ahlak” diye basitleştirilebiliriz. Etik; binlerce yıldır İyonyalı düşünürlerden bu yana, “iyi” ve “doğru” kavramlarının ne olduğunu, “evrensel iyi”, “evrensel doğru” bulunup bulunmadığını ve bunlara ulaşıp ulaşılamayacağını araştıran bir zihinsel çabadır. Ontoloji, epistemoloji ve estetik gibi, etik de felsefe etkinliğinin temel alanlarından birisidir. Tıp uygulaması içinde etkinlik gösteren ve tıptaki değer sorunlarının ele alındığı alan da **tıbbi etik ya da tıp etiği** olarak adlandırılmaktadır. Temel tıp, koruyucu hekimlik, klinik tıp... gibi, tıbbın bütün alanlarında ortaya çıkması olası değer sorunları tıbbi etiği ilgilendirmektedir.

“Deontoloji”, terim olarak, 19. yüzyılın ilk yarısında hukukçu bir düşü-

nür olan Jeremy Bentham tarafından önerilmiş ve “yükümlülükler bilgisi” karşılığı olarak kullanılmıştır. Bu anlamda deontoloji “ne yapmalı” ya da “ne yapmamalı” sorularına toplumun belirlediği ve ayrıca yaptırımlarla donattığı kuralların bilgisidir. Yani, deontolojinin dile getirdiği yükümlülükler tartışmasız ve zorlayıcı bir nitelik taşımaktadır. Bir başka deyişle, “deontoloji” terim olarak yeni olmakla birlikte; yazılı olsun olmasın kökleşmiş ilkeleri ve kuralları içeren ve bunları tartışmasız bir “normatif bilgi” olarak aktaran bir alandır. Bu aşamada sözcüğün, ilk kez 1834’de kullanılmasıyla birlikte, özellikle hekimler arasında benimsenmiş olduğunu, “tıbbi deontoloji” adı altında mesleği uygularken uyulması gereken yasal ve ahlaki yükümlülüklerin kastedilmiş olduğunu belirtmeliyiz. Hatta hemen her meslek için bir deontolojinin varlığından söz etmek olanaklıyken, başında “tıbbi” sözcüğü olmasa bile, “deontoloji” denince ilk akla gelenler hekimlik kurumu ve hekimler olmaktadır.

Etik ile deontoloji arasındaki en belirgin fark, onların yöntemlerinden ve ayrıca, ortak konularına değişik bir yaklaşımla eğilmelerinden kaynaklanmaktadır. Etik, henüz çözümü belirlenmemiş, yerleşik normların dışında kalan sorunlarla ilgilendiği ve bu açık uçlu sorunlarda ilkelerin belirlenmesine yönelik çalışmalar yaptığı için, her zaman tartışmaya açık bir alandır. Etiğin üzerinde çalıştığı sorunlar çözüme kavuştuğunda, yani onlarla ilgili normlar belirginleştğinde söz konusu bilgiler artık deontolojinin konusu haline gelmiş sayılırlar. Bu görünümü ile etik, deontolojiyi besleyen bir havuz özelliği taşımaktadır. Ancak mevcut hukuk ve deontoloji kurallarının yine etik açıdan ele alınabileceğini, özellikle zaman içinde toplumsal gelişmelere yabancılaşan bu normların yeniden değerlendirilebileceğini de belirtmek gerekir.

Tıbbi etiğin genel olarak amacı nedir? Etik, ilk gündeme geldiği antik çağ filozoflarından bu yana, “değerler dünyası” ile ilgilenir. “İyi”nin (ve “kötü”nün) ne olduğu, mutlak “iyi”nin olup olmayacağı onun temel sorunsalıdır. Buna göre, tıp uygulaması içindeki değer sorunlarına yaklaşımımız olan “iyi” ve “kötü”nün hangi değer ölçülerine göre belirlenebileceği, tıp uygulaması içerisinde gerek “toplumsal”, gerekse “evrensel” nitelikli değerlerin olup olmayacağı, onun en temel amaçları arasında sayılabilir. Tıbbi etik bu temel amaçlardan yola çıkarak bugün tıp uygulaması sırasında karşılaşılan değer sorunlarına yaklaşımımızın temellerini atmaya çalışır.

“Etik sorun”lar karşısında yargıda bulunulurken “nasıl” hareket edilmelidir? Başka bir söyleyişle bu sorunların çözüm yöntemi ne olabilir? Sağlık çalışanı böyle bir durum karşısında belirli bir tutumu sergilerken,

etik yargıda bulunurken, gelişigüzel davranamaz. Onun tutum ve davranışının birtakım belirleyicileri olmalıdır. Eğer, sorunlar karşısında daha önce belirlenmiş bir yasa varsa ona göre davranmak zorundadır. Bu bir ölçüde rahatlık sağlasa da “eskiyen” yasalar onun için bağlayıcı birer “engel” olma özelliği de gösterebilir. Fuat A. Göksel’ e göre; hem bu sorunlara yaklaşımın, hem de daha önce karşılaşılmamış yeni bir sorunun karşısında sergilenecek tutum ve davranış “hamama giren terler” ilkesiyle benzeşmektedir.

Etikle ilgili başlıca kuramlar; Erdem etiği, Ödev etiği (Deontolojik yaklaşım, Kantianizm), İlkecilik, Haklar etiği, Anlatısal etik ve Toplumcu etikdir. Ancak burada tüm bu kuramlar hakkında ayrıntılı bilgi vermek yerine, kısaca sadece “ilkecilik” üzerinde durulacaktır.

Herhangi bir etik yargıya varmak için bireyin birtakım temel ilkelere gereksinimi vardır. Normatif bir çalışma olan etikte, hukukta olduğu gibi, genel kurallardan özel bir yargıya ulaşabilmek “tümdengelsel” (dedüktif) bir mantık işlemini gerektirir. Dedüksiyon yapabilmek için çok genel önermeler kullanılmalıdır. Bunlar çağlar boyunca insan toplumlarının kendi yarattığı normları ve bunların yaratılma mekanizmalarını incelerken elde etmiş olduğu temel bilgiler olarak değerlendirilebilir. Bu bilgiler ister hukuk isterse ahlak olarak adlandırılсын norm oluşturma etkinliğinin yapısını açıklamakta ve bu sistemlerin iç mantığını tanıtmaktadır. Sağlık bilimleri çalışanları etik sorunlarını çözme aşamasında, bu temel etik ilkelerini kullanmaktadırlar.

Etik ilke nedir? Etik ilkeler akıl yürütme sürecinde başvurduğumuz genelleştirilmiş anlatımlardır. Temel dayanakları son derece sıradan ve genel kabul gören ahlaki kanılardır. Burada aslında tek ve mutlak bir ilkeden söz edilmemektedir. Bir dizi ilke söz konusudur. Beauchamp ve Childress ilkeci yaklaşımın öncüsüdür

Etik ilkeler neden gereklidir? Uygulama sırasında karşılaşılan ve etik sorun içeren olayları çözümlemek ve ona özgü karar verebilmek için bir takım ilkelerin varlığı zorunludur. Çünkü; ancak genel kurallardan yola çıkarak, özel yargılara ulaşmak mümkündür. Tümdengelsel (dedüktif) bir işleyiş için de genel ilkelerin varlığına gereksinim duyulur. Etik ilkelerin aynı zamanda ortak akademik ve mesleki kültürün içeriğini oluşturmada da gerekli oldukları söylenebilir. Etik ilkelerin başlıca özellikleri nelerdir? Beauchamp ve Childress’e göre biyoetiğin temel ilkeleri saydıkları bu ilkeler; hem oldukça geneldirler, hem dayatmacı değildirler, hem de ilkeler arasında bir önemlilik ve öncelik sıralaması yoktur. Dolayısıyla; içinde bulunulan bağlama ve kültürel dokuya göre değerlendirme yapılabilmesi olanaklıdır.

Temel etik ilkeler nelerdir? Zarar vermemek (Non nocere, nonmaleficence), Yararlılık (beneficence), Özerkliğe saygı (respect for autonomy) ve Adalet (justice) sadece sağlık bilimleri için değil; biyoetik için de geçerli ilkelerdir.

Bugünün tıbbını tanımlamaya çalışmak devasa bir bilgi birikimini, aynı zamanda teknolojiyi, bir o kadar yoğun “sanatsal” yaklaşımı ve iletişim becerileri yumağını da kastetmek demektir. Bilimsel bilgi birikimi açısından tıp; içeriğini büyük bir hızla katlayarak, neredeyse logaritmik boyutlarda arttırmakta olan bir alandır ve aynı zamanda yoğun teknoloji kullanımına açık bir alandır. Tıbbın gelişmeye dönük yapısı ve teknoloji aktarımının çok yoğun yaşanıyor olması, yakın zamanlarda “bilim kurgu” gibi algıladığımız olayların bir “realite” olarak karşımıza çıkması gibi nedenlerle; “tıbbın etik açıdan sorgulanması” kendine çok gereksinim duyulan bir konudur. Bu nedenle başta tıp alanından doğan gereksinimler nedeniyle, ulusal düzeyde bir etik danışma kurulunun oluşturulması, politikalar oluşturabilmek için gerekli görünmektedir. Ancak mesleki kimliklerin bu baş döndürücü gelişmeler karşısında son derece sağlam bir biçimde geliştirilebilmesi bir zorunluluktur. Çünkü hekimin davranışını belirleyen, onun kişisel kimliğinin çatışmaya düştüğü durumlarda bile, mesleki kimliğinin işaret ettiği ve de güvencesi olduğu değerleri öne çıkarıp çıkaramadığıdır. Hekimi “güvenilir” kılan ve buna dayalı olarak da tıp kurumunu binlerce yıldır “ayakta” tutabilen temel dayanak noktası da, hekim kimliğine gölgesini düşüren insancıl ve evrensel bir kimliğin içeriğinde saklı olsa gerektir. Bir kurum olarak tıbbın, hangi özelliklere sahip profesyonelleri kendisinden sayacağı ve “hekim” kabul edebileceği ile ilgili kristalize olmuş ilkeleri binlerce yıldır bulunmaktadır. Hekim - hasta ilişkisinin üzerine inşa edildiği *güven* ögesinin, zaman içerisinde yerini *kayıtsız koşulsuz bir güven* yerine “*aydınlatılmış onam*” kavramına bıraktığını söylemek mümkündür. Günümüzde “hekimin hastası adına en iyiyi yapacağı” düşüncesi yerini “hastanın kendi bedenine ve kendi sağlığına ilişkin en doğru kararı vermek için gerek duyacağı bilgiyi hekimin hastasına vereceği” düşüncesine dönüşmüştür. Günümüzde tıp uygulamasında aydınlatılmış onam kavramı son derece merkezi bir konumda bulunmaktadır. Hastanın hastalığına ve buna yönelik tedaviye ilişkin yeterince bilgi almasından sonra, kendisine uygulanacak tedaviler hakkında rıza göstermesi biçiminde özetleyebileceğimiz aydınlatılmış onam kavramı ile birlikte, hem hekimin etik ve hukuki sorumlulukları yeniden gözden geçirilmeye başlanmış; hem de bu tür bir paylaşımcı ilişkinin egemen olduğu hekim - hasta ilişkisi türünde hekimlerin otoriter ve paternalist bir figür olmaktan vazgeçerek hastanın kararına saygı duymak zorunda olduk-

Prof. Dr. BERNA ARDA

ları konusu gündemdedir. Hasta özerkliğine saygının her durumda ve her koşulda belirlenmiş sınırlarının bulunup bulunmadığı net olmamakla; her bir vaka için özel bir tartışma yürütmek gerekli görülmektedir.

- Bu metin temelde aşağıdaki yayınlara dayanmaktadır;

Arda B: Tıp ve Etik. Tıbbi Laboratuvar Etiği (Ed. Yusuf Öztürk) Anadolu Üniversitesi Yayını No: 2087, Açıköğretim Fakültesi Yayını No: 1118, s.28-45, Eskişehir, Eylül 2010.

Aksu M, Arda B: From deontology to ethics in Turkey: A glance to laws. Oral presentation, **15th World Congress on Medical Law. Congress Proceedings** p. 723 - 728. 1-5 Aug. 2004 Sidney, Avustralya. ISBN 1 877040 22 3
Hepinize teşekkür ediyorum. (Alkışlar)

OTURUM BAŞKANI- Teşekkür ediyoruz Hocam, aydınlattınız bizi.

Şimdi “etik ve hukuk açısından bilimsel etik kurallar” başlıklı sunumunu yapmak üzere mikrofonu Gazi Üniversitesi Tıp Fakültesi, Tıp Tarihi ve Etik Anabilim Dalı Başkanı Sayın Profesör Doktor Nesrin Çobanoğlu’na bırakıyoruz. Buyurun Nesrin Hanım.

ETİK VE HUKUK AÇISINDAN TIBBÎ BİLİMSEL ETİK KURULLAR

ÖZET

Etik soru ve sorunlar gelişen bilim ve teknoloji ile çeşitlenerek artmaktadır. Bu sorunların çözümünde, farklı amaç ve kapsamda etik kurullar kurulmaktadır. Günümüzde giderek artan sayıda ve çeşitlilikte etik kurullar söz konusudur. Kamu Görevlileri Etik Kurulu'ndan, Hayvan Deneyleri Etik Kuruluna uzanan yelpazede uluslar arası, ulusal ve kurumsal etik sorunları çözümlemek üzere etik kurullar vardır.

Tıbbi bilimsel araştırmalar, hem bilimsel hem de etiksel açıdan çok daha hassas, ayrıntılı, çok yönlü etkileri düşünülerek tasarlanmalıdır. Araştırmanın her aşamasında bilimsel sorgulamalar, insan hakları ve onurunu koruyacak, gelecek kuşaklar açısından canlıların yaşama hakkında kalıcı zararlar oluşturmayacak biçimde tasarlanmalı ve uygulanmalıdır. Bu nedenle dünya da ve ülkemizde öncelikle tıp alanında olmak üzere, araştırma etik kurulları kurulmuştur. Araştırma etik kurullarının kuruluş amacı, insanı temel alan bilimsel araştırmalar, yayınlar hakkında etik ilke ve kurallar oluşturmak, insan onuru ve haklarının korunmasına yardımcı olmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Tıbbi bilimsel araştırmalar, etik kurullar, etik, hukuk

ABSTRACT

The progress in science and technology creates and diversifies the ethical problems. To solve these problems, committees with different purpose and scopes are being instituted. Today, there is an increasing number and diversity of ethical committees. There are national, international and institutional ethical committees ranging from Public Workers Ethical Committee to Animal Experiments Ethical Committee.

Clinical research in medicine must be designed very sensitively and elaborately bearing in mind both the scientific and ethical aspects. Scientific research, at every step involved, must uphold the human rights and avoid harm to any species survival for the future generations. For this purpose, ethical committees governing research in the field of medicine have been founded both world-wide and nationally. The purpose of founding these committees is to formulate ethical principles and rules of research that focuses on humans and to help protect and uphold the human rights.

Keywords: Medical research, ethics committees, ethics.

FELSEFEDEKİ ETİK'TEN UYGULAMALI ETİĞE; ETİK KURULLAR

İnsan eylemlerine yönelik iyinin ne olduğunu sorgulayan etik alanı, felsefeden uygulamaya aktarılırken birçok yeni soru ve sorunu irdelemek zorunda kalmaktadır. Bilim – teknoloji alanında geometrik hızla artan gelişmeler, bunların sonuçlarının insanlığa yansımaları, toplumların yaşamında ortaya çıkan değişimler, farklılaşan tüketim kalıplarının etkisi yeni değer sorunları yaratmaktadır. İlgili alanda farklı uzmanlık dallarının etkileştiği, farklı sorumluluk türlerinin kesiştiği yeni etik sorunları irdelemek ve gelecek kuşakların yararını ya da karşılaşılabilecek zararları da öngöreceği biçimde çözümlemek için kurumsal yapılar gerekmektedir. Günümüzde yeni değer sorunlarının oluşturduğu etik sorun kümelerinin çözümü için, ilgili tüm kesimler ve toplum için en iyi olanı sağlamak amacıyla etik kurullar kurulmaktadır.

Eskiden dar bir mekânda ve o zamanda ortaya çıkan davranışlarda iyinin ne olduğunu felsefenin eleştirel yöntembilgisi ışığında çözümlemek daha kolay görünebilir. Oysa günümüzde, geçmişten günümüze aktarılan kültürel mirası koruyarak, gelecek kuşakları ve tüm canlı türlerini de kapsayacak biçimde tüm evren için “iyi”nin ne olduğunu irdeleyen biyoetik alanında işimiz biraz daha karmaşılaşmaktadır. Böylece uygulamalı etik alanları olarak biyoetik, çevre etiği, yönetim etiği, meslek etikleri gibi alanlarda ortaya çıkan yeni değer sorunları ve çözümü giderek önem kazanmaktadır.

GENEL OLARAK ETİK KURULLAR

Toplumsal, mesleki ve kurumsal yapılarda ortaya çıkan etik sorunları çözümlmek için yön gösterecek kurumsal yapılara ihtiyaç vardır. Bu amaçla farklı ülkelerde, farklı amaç ve kapsamda etik kurullar kurulmaktadır. Bu etik kurulları gruplandırmaya çalıştığımızda uluslararası kuruluşların etik kurulları (UNESCO...), ulusal etik kurullar (Başbakanlık Kamu Görevlileri Etik Kurulu, Sağlık Bakanlığı İlaç Araştırmaları Merkezi Etik Kurulu...) kurumsal etik sorunları çözümlmek üzere kurulan yerel etik kurullar (üniversite araştırma etik kurulları...) ve mesleki etik kurullar (TTB Etik kurulu...) gibi etik kurullarla karşılaşırız.

Etik kurulların konusu yapısı ve işleyişi kadar üye profilinin kimliği de önemlidir. Bu etik kurulları oluşturan üyelerin kimliği ve üyelerin etik kurula seçilme standartları ve çalışma koşulları kurulun yapısına göre değişmektedir. Bazen belirli uzmanlık alanlarında kariyer sahibi, bazen toplumu temsilen farklı kesimlerden üyeler seçilmektedir. Etik kurulların niteliğinde seçilen üyeler kadar, toplumun genel etik yönelimi de belirleyicidir.

Etik sorun kümelerinde “iyi-kötü” eylemlerin değerini kimin, nerede ve nasıl tanımlayacağı sorunu en temel sorumuzdur. Ayrıca etiğin kuralların olmadığı durumda, çözüm arayan yapısının üzerinde durduktan sonra; şimdi de kurallar konulmasından ve kuralları kimin oluşturacağından söz ediyoruz. Tam bu noktada bir karşıtlık mı yaşıyoruz? Etiğin doğası gereği içinde taşıdığı olasılıklardan da yola çıkarak, bu konuda kural önermenin etik dışı olduğu sonucuna (mı) varmalıyız? Çoğu kez, görecelilik itirazı, etiğin doğasındaki “olasılıklar” nedeniyle -tam da dikkatli bir akıl yürütmenin gerekli olduğu sırada- etik tartışmanın kritik bir aşamasında öne sürülür. Bir tartışmada dikkatli ve akıllıca bir çözümleme gereksinmesi olduğunda, görecelilik savı yanlıları, omuzlarını silker ve tartışmaya “peki neyin yanlış ya da doğru olduğunu kim söyleyecek?” sorusunu sorarak nokta koyarlar. Bu soruya verilecek yanıt şudur; “doğru ya da yanlış yargıyı destekleyecek iyi gerekçeleri olan herkes! Felsefi etiğin uygulamasını yapmak, zor bir iş olan; akıl yürütmenin etik tartışmalar yoluyla yapılması demektir. ¹ Önemli olan, bir eylemin iyi - kötü değerinin tanımlanması sırasında uygun gerekçeleri vererek, ikilem yaratan durumlarda seçimin açıklanabilmesidir. Gerekçelerin ilgili topluluk tarafından anlaşılması ve benimsenmesiyle kurallar oluşturulur. Böylece etik kurulların, kural olmayan yeni durumlarda ortaya çıkan etik dilemmalar için kural oluşturma işlevi de vardır. Etik kurulların böyle konularda aldıkları kararlar bir tür içtihad kararı gibi değerlendirilebilir. ²

ARAŞTIRMA ETİK KURULLARI

Araştırmalarda etik kurallar önemli ve gereklidir. Bilimin doğası gereği yapısında var olan nesnellik ve dürüstlük ilkesi bilimsel etiğin temeli olmakla birlikte, tıp araştırmalarında insan denekler (daha doğru ve kapsamlı deyimle canlılar ama değersel olarak en üstte tutulan insanların tıpta araştırma konusu olması duyarlılığı çok artırmaktadır) üzerinde araştırma yapıyor olması, insan hakları açısından önemli ikilemler yaratmaktadır. Yazar – zarar dengesi çok iyi kurularak ve Kant’ın etik yaklaşımında benimsediği temel değerlerden olan “hiç bir insanın yaşamı araç olarak görülemez” gerçeğinden yola çıkılarak tıp araştırmalarında kurallar saptanabilir. Tıp araştırmalarında başlangıç noktası olan ve halen yeni durumlara göre biçimlenen temel tıp etiği ilkeleri yanında, tıp araştırmalarına yönelik daha detaylı etiksel ve hukuki düzenlemelerin yapıldığını görüyoruz.

Tıp etiğinin Başlangıcından günümüze insan hakları kavramıyla yakından ilgili olduğunu görüyoruz. Tıbbi bilimsel araştırma etiğinin temel sorunlarından birisinin de araştırmalar sırasında ve sonrasında sonuçlarından etkilenen insanların haklarını (biyoetikle canlıların hakları) korumak kaygısı olduğunu biliyoruz. Tıp araştırmaları sadece araştırmaya katılan insanlarla sınırlı tutulamayacak, gelecek kuşakları ve insanlığı bütün olarak etkileyecek sonuçlar doğurabilir. Bu noktada araştırmacının uzmanlık alanında yetkinliği kadar değer sistemi de önemlidir. Bunun yanı sıra etik açısından yönlendirici, gereğinde denetleyici hukuksal düzenlemeler ve bunların evrenselliği de önemlidir. Evrensellik boyutu etik ve hukukta önemlidir çünkü, iletişim ve ulaşımın geliştiği dünyamızda kuralları daha katı ve denetleyici ülkelerden bu konuda sıkı kuralları olmayan ülkelere biliminsanı ve hasta göçü olabilmektedir.

Araştırmacılar etik kurulları kendilerinin önüne konmuş bir yük ve bir sınırlama olarak görüyorlar. Oysa etik kurullara gelen bilimsel bir değeri olmayan çalışmaların varlığı ve ayıklanması bile etik kurulların işlerinin çok ciddi ve önemli olduğunu gösteriyor.³

Bu bağlamda İngiltere’de klinik araştırma etik kurullarının işleyişine bakalım. İngiltere’deki araştırmacılar araştırma projesi önerilerini ulusal standartlara sahip yerel etik kurullarına gönderiyorlar. Bu standartlar değişik kurulların yarattığı tutarsızlığı önüyor. Bununla beraber bu etik değerlendirme oldukça uzun ve hem kurulları hem de araştırmacıları bunaltan bir süreç. Kurullar ayrıca yasal değişiklikler ile ilgili olarak da düşünsel hazırlık yapmalıdır, mesela datanın korunması konusunda öneriler geliştirebilmelidir. Yerel etik komiteler sorunun eşit veya daha büyük geçerlilikle cevaplanıp,

cevaplandırılmayacağını görmek için kendi anlayışlarını başvuranların anlayışlarıyla karşılaştırmalıdır. Bu tartışmalar yalnız etik ilkeler hakkında değil, aynı zamanda değişik çalışma biçimlerinin güçlü ve zayıf yanları ve konu hakkında da bilgi sahibi olmayı gerektiriyor. Eğer çalışma protokolleri saflaştırılmazsa ve araştırmacı gerekli etik duyarlılık ve olası zararı önlemek için gerekli stratejiler göstermezse çalışma onay alamaz. Bazen iyi çalışılmış başvurular zarar olasılığı ve yeni bilginin değeri arasında denge sağlanamadığından geçemiyor. Komiteye göre ideal aday, çalışmayı açıklayan az bir proje özeti veren, çalışmanın neden gerekli olduğunu, tehlike riskini önleme yöntemini açıklayan bir belge gönderen adaydır. Etik onay için başvuru formu çok uzun ve hantal olmamalıdır ama etik kurulların olası tehlikelerin en aza indirildiğini görmek ve yararları dengelendiğini garanti etmek için yeterli bilgiye de ihtiyacı var. Araştırmacıların ise başvurmadan önce araştırma yöntemi ve etik konular hakkında çalışmaya ihtiyaçları var. Böyle çalışmalar araştırma başvuruları kolaylaştırır, kurulların işini kolaylaştırır ve reddedilme sayısını azaltır.⁴

İngiltere’de 2002 yılında araştırma etik komitelerinde değişikliğe gidildi. Önceleri bir araştırma coğrafik sınırlamalar içinde her etik komitesi tarafından değerlendirilirken yeni düzenleme ile birlikte LRECs (Local Research Ethics Comities) ve MRECs (Regionally Based Multicentre Comities) oluşturuldu, çalışmalarda sadece bir komite tarafından değerlendirilmeye başlandı. Başlangıçta LRECs lerin diğer komitelerin etiksel görüşlerini kabul etmek kolay olmasa bu zaman ve çalışma kolaylığı sağladı. Bu düzenlemenin yanında yazım ve kısaltmalarla ilgili düzenlemeler de yapıldı. Yapılan değişikliklerde 1 Mayıs 2004 düzenlemeleriyle yasal olarak da güçlendirildi. Komitelerin başvuruları değerlendirmesi için 60 günlük bir sınırlama kondu. Etik komitelerin her ay etik değerlendirmeleri , gelişmeleri ve başvuruları değerlendirmek amacıyla her ay toplanmasına karar verildi. Etik komitelerin (en fazla 18 kişi) üyeleriyle ilgilide düzenlemeler yapıldı. Üyelerin yaş, cinsiyet etnik kimlik yeterlilikleri açısından da denge kuruldu. Etik komitelerin çok çaba harcaması gerekmektedir; çünkü gelen çalışmaları okumak , düzenlemek ve değerlendirmek ve yeniden etiksel ilkeleri göz önüne alarak düzeltme yapmak çok zaman almaktadır. Etik komiteleri için böyle bir genel kural olmasa da değerlendirmeleri böyle yapıyorlar. Araştırma etik komiteleri araştırmacılara çalışmalarında etik ilkeleri dikkate almaları için yardımcı olmaya çalışsalar da, araştırmacıların etik açısından kusuru olmayan çalışma yapabilmelerinin tek yolu etik ilkelerini içselleştirmeleri ve etik kuralları kendilerinin takip etmesi ile gerçekleştirilebilir.⁵

Biyoetik açısından farklı kültürlerin algılama farklarına karşın, iç hukuk aracılığıyla yapılacak düzeltme ve iç hukuka uygun kavramlarla yansıtılması sonucunda tüm dünya ülkelerinde, evrensel insan hakları değerlerinde uzlaşılarak yapılan bu düzenlemelerle, biyotıp alanındaki uygulamalarda insanlık onurunu korunmak önemlidir.

Ülkemizde Tıbbi Araştırma Etik Kurulları'nın Yapısı ve İşleyişi

Araştırma etik kurullarının kuruluş amacı, insanı temel alan bilimsel araştırmalar, yayınlar hakkında etik ilke ve kurallar doğrultusunda görüş bildirmek, izlemek, karar vermek, gerektiğinde yeni ilke ve kurallar oluşturmak, insan onuru ve haklarının korunmasına yardımcı olmaktır. Ülkemizde; üniversitelerin kendi bünyesinde oluşturduğu yerel araştırma etik kurulları yanı sıra, Sağlık Bakanlığının “İlaç Araştırmaları Merkezi Etik Kurulu” bulunmakta ve ilaç araştırmaları, araştırmanın niteliğine göre, yerel etik kurullardan onay aldıktan sonra; “merkezi etik kurul”a gönderilmektedir. Ancak, Sağlık Bakanlığı “Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmeliği” 19.08.2011 tarihinde 28030 sayılı Resmi Gazete de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu Yönetmeliğin amacı; Avrupa Birliği standartları ve İyi Klinik Uygulamaları çerçevesinde gönüllü insanlar üzerinde gerçekleştirilecek her türlü klinik araştırmanın tasarımı, yürütülmesi, kayıtlarının tutulması, rapor edilmesi, geçerliliği ve diğer hususlarda bilimsel ve etik standartların sağlanması ve gönüllülerin bu Yönetmelik kapsamındaki haklarının korunmasına dair usul ve esasları düzenlemektir. Bu yönetmelikle birlikte araştırma etik kurullarının yapısı ve görevleri daha ayrıntılı tanımlanmış ve Merkezi etik kurul da yerini Klinik Araştırmalar Danışma Kurulu'na bırakmıştır. Bu yönetmeliğe⁶ göre etik kurulların yapısı ve işleyişine de yeni standartlar getirilmiştir

Etik Kurulların Yapısı

Ülkemizde Etik kurulların yapısı, 19 Ağustos 2011 gün, 28030 sayılı resmi gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelik'te ayrıntılı olarak tanımlanmıştır. Buna göre; Etik kurullar, araştırmaya katılacak gönüllülerin hakları, sağlık yönünden güvenliği ve esenliğinin korunması, araştırmanın mevzuata uygun şekilde yapılmasının ve takip edilmesinin sağlanması amacıyla; araştırma protokolü, araştırmanın tasarımı ve uygunluğu, gönüllülerin araştırmaya dahil edilme ve dışlanma kriterleri, araştırmacıların uygunluğu, araştırma yapılacak yerlerin yeterliliği ve gönüllülerin bilgilendirilmesinde kullanılacak yöntem ve belgeler ile bu kişilerden alınacak olurlar ve araştırmalarla ilgili diğer konuları bilimsel ve etik yönden değerlendirmek amacıyla klinik araştırma alanlarına göre; en az biri sağlık meslek mensubu olmayan kişi ve biri de hukukçu olmak kaydıyla

ve üyelerinin çoğunluğu doktora veya tıpta uzmanlık seviyesinde eğitilmiş sağlık meslek mensubu olacak şekilde, en az yedi ve en çok on beş üyeden oluşturulur. Etik kurul üyeleri, bu maddenin dördüncü fıkrasında anılan etik kurullardan yalnızca birinde görev alabilir iken; tıp etiği (deontoloji) alanında doktora, uzmanlık veya yüksek lisansını tamamlamış kişiler bu kurullardan birden fazlasında görev alabilirler. Etik kurul üyelerinden en az üçü etik kurul sekreteryasının bulunduğu kurumun dışından olmalıdır.

Klinik araştırma alanlarına göre etik kurullar: İlaç Klinik Araştırmaları Etik Kurulu, Biyoyararlanım-Biyoeşdeğerlik Araştırmaları Etik Kurulu ve İlaç Dışı Klinik Araştırmalar Etik Kurulu şeklinde teşekkül ettirilir. Ancak klinik araştırmaların yoğun olarak yapılmadığı merkezlerde, bu fıkra da sayılan etik kurulların yerine, yalnızca Klinik Araştırmalar Etik Kurulu da oluşturulabilir. Bu etik kurul biyoyararlanım-biyoeşdeğerlik araştırmaları ve biyobenzer ürünler için kıyaslanabilirlik çalışmaları hariç tüm klinik araştırmaları değerlendirir.

Etik kurul bulunmayan yerlerde, en yakın mahaldeki ilgili etik kurula başvurulur.

Etik Kurullarda genel olarak aşağıda belirtilen nitelikteki üyeler bulunur;

- a) Biri çocuk sağlığı ve hastalıkları uzmanı olmak üzere farklı uzmanlık dallarından, tercihen İyi Klinik Uygulamaları kurallarına göre düzenlenmiş klinik araştırmalara araştırmacı olarak katılmış en az üç klinisyen hekim,
- b) Farmakoloji alanında doktora yapmış veya uzmanlığını almış, tercihen tıp doktoru, en az bir farmakolog,
- c) Biyokimya alanında doktora yapmış veya uzmanlığını almış, tercihen tıp doktoru, en az bir biyokimyacı,
- d) Bir tıbbi etik uzmanı veya deontolog,
- e) Bir eczacı,
- f) Biyomedikal alanında çalışan bir mühendis veya uzman bulunmaması halinde tercihen Tıp Fakültesi mezunu olan bir biyofizik veya fizyoloji öğretim üyesi,
- g) Bir biyoistatistikçi veya ihtiyaç dahilinde bir halk sağlığı uzmanı,
- h) Hukuk fakültesi mezunu bir üye,
- i) Sağlık mesleği mensubu olmayan, sağlıkla ilgili bir kurum veya kuruluşta çalışmayan ve klinik araştırmalarla ilgisi bulunmayan herhangi üniversite mezunu bir üye'den oluşturulur.

Ayrıca denetim açısından Bakanlık yetkilendirilmiştir. Bakanlık önceden haber vererek veya haber vermeden Etik Kurulları denetleyebilir. Denetleme sonucunda tespit edilen aykırı hususlar raporda belirtilir. Etik Kurul, tespit edilen bu hususlarla ilgili düzenlemeleri altmış gün içerisinde, bu Yönetmelik ve ilgili mevzuata uygun olacak şekilde yapmak zorundadır. Aksi taktirde Bakanlık Etik Kurulu kaldırarak yeni bir Etik Kurul oluşturabilir.

Etik kurul araştırma başvurusu hakkında görüş oluştururken;

- 1) Araştırmadan beklenen yarar, zarar ve risklerin analizini,
- 2) Araştırmanın bilimsel verilere ve yeni bir hipoteze dayanıp dayanmadığını,
- 3) İnsan dışı deney ortamında veya hayvanlar üzerinde yapılan deneyler sonucunda ulaşılan bilimsel verilerin, varılmak istenen hedefe ulaşmak açısından araştırmanın insan üzerinde yapılabilecek olgunluğa erişip erişmediği ve bunun insan üzerinde de yapılmasını gerekli kılması hususunu,
- 4) Araştırma broşürünün içeriğinin değerlendirilmesini ve usulüne uygun düzenlenip düzenlenmediğini,
- 5) Araştırma ile ilgili olarak verilen yazılı bilgileri, gönüllü olurlarının alınması amacıyla izlenen yöntemi, olur veremeyen kısıtlılar, çocuklar, gebeler, lohusalar ve emziren kadınlar üzerinde yapılacak araştırmalara ait gerekçenin yeterliliğini,
- 6) Araştırmalarda ortaya çıkması muhtemel kalıcı sağlık problemleri de dahil olmak üzere yaralanma veya ölüm hallerinde, araştırmacı veya destekleyicinin sorumluluğunu ve gönüllüler için yapılan sigorta sertifikası veya poliçesinin kapsamını,
- 7) Araştırmada görev alan tüm araştırma ekibinin uygunluğunu,
- 8) Araştırmacı ve gönüllü için uygun bulunan telafi düzenlemelerine dair destekleyici ile araştırmanın yapılacağı yer arasında akdedilmiş herhangi bir anlaşma mevcutsa anlaşmanın etik olup olmadığını,

Etik Kurul, kendisine yapılan klinik araştırma başvurularını başvuru tarihinden itibaren Klinik Araştırmalar Etik Kurulu ve İlaç Dışı Klinik Araştırmalar Etik Kurulu 30 gün, Biyoyararlanım-Biyoeşdeğerlik Araştırmaları Etik Kurulu 15 gün içerisinde değerlendirmek zorundadır. Bu süre içerisinde değerlendirilmeyen başvurular başvuru sahibinin yazılı başvurusu üzerine Bakanlık tarafından değerlendirilerek, dosya, başka bir Etik Kurula veya Klinik Araştırmalar Danışma Kuruluna sunulur. Bakanlık başvuruyu zamanında değerlendirmeyen Etik Kuruldan bunun sebepleri ile ilgili izahat ister, gerekirse Etik Kurulu denetler. Bakanlık verilen izahata ve/veya

denetleme raporuna göre Etik Kurul hakkında işlem yapar.

Klinik Araştırmalar Danışma Kurulu

Klinik araştırmalar danışma kurulu Bakanlık onayı ile İlaç ve Eczacılık Genel Müdürlüğü nezdinde oluşturulur. Etik kurul kararlarına yapılacak itirazları ve etik kurullarla ilgili şikayetleri değerlendirir ve Bakanlığa görüş bildirir. Klinik araştırmalarla ilgili olarak etik kurullarca veya klinik araştırmamanın taraflarınca Bakanlığa iletilen ve uzmanlık görüşü gerektiren hususlarda, Bakanlığın talebi durumunda görüş bildirir.

TIBBİ BİLİMSEL ARAŞTIRMALARLA İLGİLİ ÖTEKİ ETİK KURULLAR

Bu makale bağlamında ele aldığımız klinik araştırma etik kurulları olmakla birlikte, konunun bütünselliği açısından tıbbi bilimsel araştırmalarla ilgili öteki etik kurullara da kısaca göz atmakta yarar vardır.

Hayvan Deneyleri Etik Kurulu

Bilimsel araştırmaların ve özellikle tıp alanında yapılan araştırmaların birçoğu deney hayvanlarının kullanımını gerektirmektedir. Bu tür araştırmalar için **Hayvan Deneyleri Etik Kurulu** tarafından onay verilmesi gerekir. Deney hayvanları üzerinde yapılacak araştırma ve eğitim amaçlı deneysel çalışmaların haklı gerekçelerinin ortaya konulması, mutlaka bilimsel amaçlar ve ahlaksal ilkeler temel alınarak düzenlenmesi ve yapılması; hayvan haklarının korunması ve hayvanların insan kaynaklı zarar görmesinin önlenmesi açısından etik bir sorumluluk teşkil etmektedir

Araştırma ve eğitim amaçlı deney hayvanlarının yetiştirilmesi, bakımı, beslenmesi, nakilleri ve deneylerde kullanımlarının özel gerekliliklerinin bilinmesi, hayvanlara saygı duyulması ve evrensel etik ilkelere uyulması hem bireyse, hem de kurumsal bir sorumluluk olup, bilimsel ve ahlaki bir yaklaşım gerektirmektedir. Bu amaçla araştırma ve eğitimde kullanılacak deney hayvanlarının ve araştırma yöntemlerinin Hayvan Deneyleri Etik Kurulu denetiminden geçmiş olması gerekmektedir.

Hastane Etik Kurulları

Hastaların iyileştirilmesi aracılığıyla toplumun sağlık düzeyinin yükseltilmesi hastane kurumunun temel amacıdır. Burada işlevin yürütülmesinin ötesinde, kurumun kendini geliştirmesine yönelik iç ilişkiler ve toplumsal ilişkilerin etik ilkelere uygun yönetilmesi kurumun başarısında önemlidir. Bunu sağlamanın en etkili yolu kurullardır. Bu kurulların içinde çeşitli etik dilemmaların ele alınacağı **Hastane Etik Kurulları** önemli bir yere sahiptir.

Hastane yönetiminde, hastane etik kurulunun yeri ve işlevi **önemli-**

dir. Hastaların iyileştirilmesi aracılığıyla toplumun sağlık düzeyinin yükseltilmesi hastane kurumunun temel amacıdır. Kurum amaçları doğrultusunda yürütmenin gerçekleştirilmesi yönetimin sorumluluğudur. Burada işlevin yürütülmesinin ötesinde, kurumun kendini geliştirmesine yönelik iç ilişkiler ve toplumsal ilişkilerin etik ilkelere uygun yönetilmesi kurumun başarısında önemlidir. Bunu sağlamanın en etkili yolu hastane kurullarıdır. Bu kurulların içinde çeşitli etik dilemmaların ele alınacağı etik kurullar önemli bir yere sahiptir.

Hastane etik kurullarının **amaçları; tıbbi uygulama ve öteki nedenlerle ortaya çıkan durumun etik yönden incelenmesi, bu durumlar karşısında kurulun alacağı tutum ve yöntemin belirlenmesi, hastane çalışanlarının, hasta ve/veya ailesinin eğitimi** gibi konuları gerçekleştirmektir. Hastanelerde hemen her gün birtakım etik sorunlarla karşılaşmaktadır. Bu durumlarda yol gösterme danışma düzeylerinde bir yardımcıya gereksinim duyulur. Buradaki belirsizlik ve düşünce ayrılıklarının giderilmesi, çalışma ortamının verimi açısından önemlidir. Bu bağlamda ortaya çıkan sorunların çözümü konusunda en etkili yol hastane etik kurullarından geçmektedir. Bu **etik kurulların, klinik araştırma ve uygulamaların etik değerlendirilmesi, eğitim kaynağı olma, sorunlu durumlarda hastanenin politikasını belirleme, bunlara çözüm yolları arama, hasta ve hasta yakınlarından kaynaklanan sorunlara açıklık getirme, yasal danışmanlık etme, hastanenin yönetim ve mali politikasında öncelikleri saptama** konusunda önemli işlevleri vardır.

Hastane etik kurulu, kurum içindeki değişik birimlerden yönetime yansıyan her tür etik sorunun değerlendirildiği ve hastanenin yönetim etiğinin belirlendiği bir kuruldur. Hastane yönetiminin çeşitli konularda etik ikilem yaratan sorunları etik kurulda tartışarak çözümlemesi kararların niteliğine olumlu katkılar yapacaktır. **Özellikle tıp fakülteleri hastanelerinin en önemli özelliği bilimsel uygulama ve araştırma merkezleri olmasıdır.** Günümüzde, yapılan araştırmaların geçerliliğinin kabul edilmesi için araştırmanın değişik aşamalarında etik kuruldan onay alması gerekmektedir. Araştırma etik kurulu bilimsel araştırma için onay verdiğinde bile hastane etik kurulu konuyu ele alabilir. Örneğin araştırma etik kurulundan onay alan bir bilimsel çalışma, hastanenin genel işleyişinde öteki hastaların alacağı hizmetin niteliğinde değer sorununa yol açması nedeniyle hastane etik kurulunda ayrıca yönetim boyutuyla değerlendirilerek onaylamayabilir.⁷

Hastaneler hasta bireylerle bir tür toplumsal sözleşme yapmış kabul edilir ve uygulamalarında etik açısından uygun yöntemler kullanmaları

beklenir. Hastaneye başvuran bireylerin eğitim durumlarında ve beklenti düzeylerindeki artış, gelişen hasta hakları ve sigorta şirketlerinin sağlık alanındaki etkileri, çok boyutlu hizmet sunumunun değişik aşamalarındaki etik ikilemlerin sayısını ve karmaşıklığını artırmıştır. Bu durumda etik dilemmaların bireysel çözümü güçleşmektedir. Sağlık hizmetlerinin değişik alanlarda ve yüksek düzeyde eğitim görmüş uzmanlara ve modern tanı, tedavi araç – gereçlerin kullanımına gereksinim göstermesi nedeniyle, en iyi hizmeti verme sürecinde ortaya çıkacak etik olayların etik kurullar aracılığıyla çözümlenmesi gereklidir.

Hastane etik kurullarının amaçları; tıbbi uygulama ve öteki nedenlerle ortaya çıkan durumun etik yönden incelenmesi, bu durumlar karşısında kurulun alacağı tutum ve yöntemin belirlenmesi, hastane çalışanlarının, hasta ve/veya ailesinin eğitimi gibi konuları gerçekleştirmektir.^{8, 9} Hastanelerde hemen her gün birtakım etik sorunlarla karşılaşmaktadır. Bu durumlarda yol gösterme danışma düzeylerinde bir yardımcıya gereksinim duyulur. Buradaki belirsizlik ve düşünce ayrılıklarının giderilmesi, çalışma ortamının verimi açısından önemlidir. Bu bağlamda ortaya çıkan sorunların çözümü konusunda en etkili yol hastane etik kurullarından geçmektedir. Bu etik kurulların, klinik araştırma ve uygulamaların etik değerlendirilmesi, eğitim kaynağı olma, sorunlu durumlarda hastanenin politikasını belirleme, bunlara çözüm yolları arama, hasta ve hasta yakınlarından kaynaklanan sorunlara açıklık getirme, yasal danışmanlık etme, hastanenin yönetim ve mali politikasında öncelikleri saptama konusunda önemli işlevleri vardır.¹⁰

Hastaneler hasta bireylerle bir tür toplumsal sözleşme yapmış kabul edilir ve uygulamalarında etik açısından uygun yöntemler kullanmaları beklenir. Hastaneye başvuran bireylerin eğitim durumlarında ve beklenti düzeylerindeki artış, gelişen hasta hakları ve sigorta şirketlerinin sağlık alanındaki etkileri, çok boyutlu hizmet sunumunun değişik aşamalarındaki etik ikilemlerin sayısını ve karmaşıklığını artırmıştır. Bu durumda etik dilemmaların bireysel çözümü güçleşmektedir. Sağlık hizmetlerinin değişik alanlarda ve yüksek düzeyde eğitim görmüş uzmanlara ve modern tanı, tedavi araç – gereçlerin kullanımına gereksinim göstermesi nedeniyle, en iyi hizmeti verme sürecinde ortaya çıkacak etik olayların etik kurullar aracılığıyla çözümlenmesi gereklidir.

Ayrıca Üniversitelerde akademik etik sorunların ele alındığı akademik etik kurullar ve etik merkezleri de kurulmaktadır. Akademik yükselmenin merkezi bir sınavla elde edilen önemli bir aşaması doçentlik payesinin alınmasıdır. Bu aşamada **Üniversitelerarası Kurul Doçentlik Sınavı Etik**

Komisyonu farklı nitelikte bir etik kurul olarak karşımıza çıkıyor. Yine **Sağlık Bakanlığı Yüksek Sağlık Şurası**'nın bir tür etik kurul gibi işlediğinden söz edebiliriz.

TIBBİ ARAŞTIRMA ETİK KURULLARI İLE İLGİLİ HUKUKSAL DÜZENLEMELER

Tıbbi bilimsel araştırmalarla ilgili olarak ülkemizde ilgili kesimlerin (araştırmacılar, araştırma etik kurulları, kurumlar, editörler...) dikkate alması gereken hukuksal düzenlemeleri özetlersek;

Helsinki Bildirgesi:

Dünya Tıp Birliği'nin 18. genel kurulunda (Helsinki, Finlandiya, Haziran 1964) benimsenmiş, 29. genel kurulunda (Tokyo, Japonya, Ekim 1975), 35. genel kurulunda (Venedik, İtalya, Ekim 1983), 41. genel kurulunda (Hong Kong, Eylül 1989), 48. genel kurulunda (Somerset West, Güney Afrika Cumhuriyeti, Ekim 1996), 52. genel kurulunda (Edinburgh, İskoçya, Ekim 2000) genel kurullarında geliştirilmiş ve 2002'de Washington'da yapılan genel kurulda 29. Maddeye açıklama notu ilave edilmiştir.

Tıbbi Deontoloji Tüzüğü:

19 Şubat 1960 gün ve 10436 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

Hasta Hakları Yönetmeliği:

1 Ağustos 1998 gün ve 23420 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

Sağlık Bakanlığı İlaç ve Eczacılık Genel Müdürlüğü'nün 29 Aralık 1995 gün ve 51748 Sayılı Genelgesi:

Madde 3d ve 3e'de adı geçen yönetmelik uygulamaları hakkında sağlık bakanlığının bazı görüşlerini içeren ve ekinde "İyi Klinik Uygulamalar Kılavuzu" ve "İyi Laboratuvar Uygulamaları Kılavuzu"nu kapsayan genelgedir

International Conference on Harmonization (ICH):

19 Ocak 1997 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiştir.

Council for International Organization of Medical Sciences (CIOMS):

Geneva, 2002.

Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi: (OVIEDO)

Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları Ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: (Oviedo, 4.4.1997).

UNESCO İnsan Genomu ve İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi (1997)

TTB Hekimlik Meslek Etiği Kuralları:

Haziran 1999'da yürürlüğe girmiştir.

Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelik:⁶

19 Ağustos 2011 gün, 28030 sayılı resmi gazetede yayımlanmıştır

BİLİMSEL ARAŞTIRMA ve YAYIN ETİĞİ AÇISINDAN ETİK KURULLAR

Araştırmaların etik açıdan değerlendirilmesi sürecine ilişkin farklı ülkelerde, farklı uygulamalar ve farklı kurullar görev yapmaktadır. Bununla birlikte bir çok ülkede tıp fakültelerindeki yerel araştırma etik kurulları bu değerlendirmeyi yapmaktadır. Bu durum da araştırma etiğinde evrensel standartların oluşturulmasını güçleştirmektedir. Yayın etiğinde giderek evrensellik gözetilmekte ve yayın etiği açısından etik ilkeler bir çok ülkede benzer biçimde uygulanmaya başlamaktadır. Yayınsız bilim olamayacağına göre, yayın etiğinde saptanan etik ilkeler, etik kurulların yapısı ve işleyişi yanı sıra, etik kurullar aracılığıyla araştırma etiğine de standartlar getirilmesini sağlamaktadır. Böylece araştırma ve yayın etiği, etik kurulların yapısı ve işleyişinden etkilenirken, aynı biçimde etik kurulların da araştırma ve yayın etiğini etkilediğini görüyoruz. Bilim - etik ilişkisinde, bilimsel araştırma ve yayın etiği ilkelerinin uygulamaya yansıtılmasında etik kurullar önemli işlev görmektedir.

Bilim, bilimle uğraşanların varsayımların sayısını azaltmalarını, yanlılığa son vermelerini, vardıkları sonuçların doğruluğunu irdelemelerini ve bu sonuçları eldeki bulgularla sınırlandırmalarını ister. Bu anlamda **bilimsel yöntemin, yansız, doğru ve ussal bir sonucu güvence altına alan gerçek bir “etiği” vardır.** Bilim pratiği bu etiğe uygun düştüğü ölçüde, sonuçlarının ussallığına güvenilebilmektedir.¹

Bilimsel araştırma ve yayın etiği son derece önemlidir ve bilimsel çalışmaların vazgeçilmez bir parçasıdır. Yayınların etik kurallara uygun olması editörler tarafından denetlenir. Bununla birlikte, tıbbi bilimsel yayınlar, araştırmanın planlanması aşamasından başlamak üzere değişik aşamalarda denetlenirler. Canlılar ve daha özeldir insanlar üzerinde yapılan bilimsel araştırmalar ve yayınların sadece editörler tarafından denetlenmesi yeterli olmayacaktır. Editörler, tıbbi yayınlarda önceki aşamalarda etik kurallara uygun çalışıldığını değerlendirmek açısından, bu aşamalarda ilgili etik kurullardan alınan etik onayları da istemelidir. Ayrıca, Bilimsel yayınların niteliğini belirleyen, denetleyen ve sonuçlarından etkilenen kişi ve kurumlar bu konuda değerlendirme yapabilirler. Bilim insanları, bilimsel araştırma merkezleri, üniversiteler, üniversitelerin etik kurulları, bilimsel yönü olan mesleki uygulamaları denetleyen meslek odaları, bilimsel dergilerin yayın kurulları ve editörleri gibi kişi, kurum ve kurumların etik kurulları bu ko-

nuda ölçütler geliştirerek iyi – kötü tanımlaması yapabilirler

Shamoo ve Resnik, Araştırmaların etik durumuyla ilgili evrensel politikalar olmadığından yazarların kendi inandıkları politikaları yayınladıklarını vurguluyorlar. Klinik araştırma sonuçlarının topluma yayılması önemli bir etik gerekliliktir. Araştırmalar için harcanan zamana, paraya, emeğe ve araştırmacıların bilgi birikimine yaptıkları katkıya rağmen birçok araştırmanın sonuçları hiçbir zaman yayınlanamıyor. Birçok araştırmacı, editörleri pozitif sonuçlu çalışmaları kayırdıkları için baş suçlu olarak görüyor; ama diğerleri daha büyük problemin birçok negatif çalışmaların yayın için hiçbir zaman teklif edilmediğini söylüyor. Sonuçların topluma ulaştırılmaması etik bir sorundur ve bir özü olamaz.

Ekonomik olarak desteklenmeyen çalışmaların yürümeyeceği bir gerçektir. Araştırmacı konu seçimini yaparken, o konunun desteklenebilir olup olmadığını da düşünmek zorundadır.¹² Bilim insanının araştırmasında ne kadar özgür olacağı da başka bir tartışma oluşturmaktadır. Tıbbi araştırmalar ve onlara finansal destek sağlayan endüstrilerin ortak çalışmaları bir çok yenilik oluştururken etik açısından da çatışmalara yol açmaktadır. Bununla birlikte bazı araştırmacılar çalışmalarının sınırlandırıldığını düşünürken¹³ finansal destekler her geçen gün tıbbi araştırmaların artmasına neden olmaktadır.

Bilimsel araştırmalar, bilim insanların doğaya insana ve topluma özgü bilgileri ortaya koyma yönündeki düşünsel çabalarını ve uygulamalarını içerir. Bilim insanları, araştırmalarını bağımsız olarak yürütse bile ortaya çıkabilecek bilginin çevre ve topluma yansımaları irdelemek ve sonuçları konusunda gerekli uyarıları yapmak sorumluluğunu da taşırlar. Bu nedenle, bilimsel ve teknolojik gelişmelerin günümüzde toplum ve doğa üzerinde yoğunlaşan etkileriyle birlikte bilim insanların toplumsal ve etik sorumlulukları da giderek artmaktadır.¹⁵ Hekim kimliğinin bilimsel yönü ile beliren bilim insanı\ araştırmacı yönü, onun araştırma yapma ve bunların sonuçlarını bilimsel ortamda yayın yoluyla yansıtmasını gerekli kılar. Bu bağlamda hekimin araştırma ve yayın etiği ilkeleri açısından bilgilenmesi ve uygulamalarına yansıtması beklenir. Araştırma ve yayın etiği ilkeleri ihlalinin çoğu kez bu konudaki değerlerin bilgisizliğinden kaynaklandığı gözlenmektedir. Etik kurullar, araştırmacının bilgisizlik, dikkatsizlik nedeniyle yapacağı bir etik ihlalini önceden fark ederek, araştırmacıyı uyarmak ve projeyi etiğe uygun biçimde yapmasını sağlamak açısından da önemli işlev görürler.

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Yapısı, amaçları, sorumlulukları ve işleyişleri farklı olmakla birlikte etik kurulların en temel ortak özelliği, uygulamada en iyinin ne olduğunun aranması, belirsizlik içeren durumların sorgulanması ve öngörülebilir olası zararların engellenmesidir.

Bilimsel araştırmalar, hekim kimliğinin araştırmacı yönü ile beliren ve hastalıkları önlemek ve iyileştirmek amacı güden hekimlik mesleğinin önemli boyutlarından birisidir. Hekim kimliğinin araştırmacı yönüyle ortaya çıkan tıbbi bilimsel araştırmalar tıp etiği ile yakından ilgilidir. Tıbbi bilimsel araştırmalar, laboratuvar, hayvan deneyleri aşamalarından sonra uygun koşullarda bilimsel amaçlarla insanlar üzerinde de denenmektedir. Canlılar ve daha özelde insan üzerinde araştırmalarda etik sınırlarımızı iyi belirlemek zorundayız. Bu bağlamda klinik araştırma etik kurulları önemli işlev görmektedir.

Tıp ve teknoloji alanındaki gelişmelerle birlikte araştırmacıların çalışabilecekleri konular da gelişmiştir. Ancak bunlara her alanda olduğu gibi etik açısından çeşitli sınırlamalar getirilmiştir. Bununla birlikte, tıbbi araştırmalarda yapılan etik sorgulamalar klinik konulara açıklık getirmek, analiz edebilmek ve etkili iletişim sağlamak gibi konularda hekimlerin varolan yeteneklerinin geliştirilmesinde ve birleştirilmesinde etkili olacaktır. Tıbbi araştırmaların başından sonuna kadar; hekimler, etik kurullar ve yayın aşamasında editörler birlikte çalışarak etik açısından kaliteli bilgiye ulaşılmış ve insanlara sunulmuş olunacaktır.

KAYNAKÇA

1. Des Jardins J R, Çevre Etiği, Çev. Ruşen Keleş, Ankara: İmge Yayınevi; 2006.
2. Çobanoğlu N, Tıbbi Bilimsel yayınlarda Etik Kurullar ve Kurallar, Ed. Orhan Yılmaz, Sağlık Bilimlerinde Süreli Yayıncılık-2007. 5. Ulusal Sempozyum Kitabı, Ankara: TÜBİTAK yayınları; 2007. p. 120-128.
3. Etemadi A, Raiszadeh F, Alaeddini F, Azizi F, Views of Iranian Medical Journal Editors on Medical Research Publication, Saudi Medical Journal, Jan 1, 2004; 25: 29-33.
4. Jamrozik K, Research Ethics Paperwork: What is the plot we seem to have lost? British Medical Journal (BMJ) July 31, 2004; 329: 286-287.
5. Goodman NW, Will the new rules for research ethics committees lead to better decisions? Journal of the Royal Society of Medicine, April, 2004; 97 (4): 198,2 pgs.

6. Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelik, Resmi Gazete, Tarih 19 Ağustos 2011 gün, sayı:28030
7. Çobanoğlu N, Hastane Yönetimi ve Hastane Etik Kurulları, II. Ulusal Tıbbi Etik Kongresi Bildiri Kitabı 2001, Ed. B. Arda, R. Akdur, E. Aydın, Türkiye Biyoetik Derneği Yayını; 2001. p.264-274.
8. Fred R, Hospital Medical Ethics Committees a Review of Their Development, "Ethics Committees", JAMA, 1988; 253: 2693-7.
9. Maclin R, Kupfer R Hospital Ethics Committees, Albs. Eins. Coll. of Med. 1988; 3: 1-25.
10. Karakaya H, Hastane Etik kurullarının Tarihçesi, Yapısı ve İşlevleri Üzerine, Tıbbi Etik, 1993; 1 (1): 12-21.
11. Reynolds T, Researchers Push for Publication, Registration of All Clinical Trails, Journal of the National Cancer Institute, (JNCI), June 4, 2003; 95 (11): 772-774.
12. Arda B, Yayın Etiği, İyi Klinik Uygulamalar, Tasarımdan Yayına Bilimsel Araştırmalar, Ankara: Ankara Numune Eğitim ve Araştırma Hastanesi Yayını; 1999. p. 149-162.
13. Mangan K S, Medical-Reseach Ethics Under The Microscope, The Chronicle of Higher Education, Washington, 2003; 49 (46): A.22-27.
14. Irby D M, Wilkerson L, Educational Innovations in Academic Medicine and Environment Trends, J Gen Intern Med, 2003; 18: 370-376.
15. Bilimsel Araştırmada Etik ve Sorunları, Ankara: TÜBA Yayınları; 2002.

Saygılarımla. (Alkışlar)

OTURUM BAŞKANI- Türk tıp hukuk tarihinde hekim-hasta arasında hukuki bir belge, rıza senedi" konulu sunumunu yapmak üzere mikrofonu Ankara Üniversitesi Tıp Tarihi ve Etiği Anabilim Dalı Öğretim Üyesi Doçent Doktor Ahmet Acıduman'a bırakıyorum. Sayın Acıduman, buyurun.

TÜRK TIP HUKUKU TARİHİNDE HEKİM-HASTA ARASINDA HUKUKİ BİR BELGE: RIZA SENEDİ

Sayın Başkan, değerli katılımcılar,

Tıbbi uygulamalardan önce hastaların bilgilendirilmesi ve onamlarının/ rızalarının alınması çağdaş tıp anlayışında çok önemli bir yer tutmaktadır. Hastanın kendisine yapılacak olan tıbbi uygulama hakkında bilgilendirilmesi, yapılacak tıbbi uygulamaya onam/rıza vermesi ya da vermemesi durumu tıp etiği açısından “özerkliğe saygı” ilkesi ve bunun uygulaması olan “aydınlatılmış onam” kapsamında ele alınmaktadır. Hastanın onamının/ rızasının alınması ya sözel ya da buna ek olarak yazılı olarak gerçekleştirilir.

Öte yandan, yine günümüzde ve ülkemizde, *“hekimler, diş hekimleri ve dişçilerin yapacakları her çeşit ameliye için hastanın, hasta küçük ve hacir altında ise, veli ya da vasisinin önceden rızasını almaları”* ve *“büyük cerrahi ameliyeler için bu rızanın yazılı olmasının gerekli”* olduğu da kanun gereğidir.¹ Bu durumda hastanın kendisine yapılacak tıbbi işlem konusunda bilgilendirilmesi ve onamının/rızasının alınması hekimin hem etik hem de yasal sorumluluğudur.

Bu açıdan, geçmişte bu topraklarda durum nasıldı? Hastalar, hekimler ya da cerrahlar tarafından bilgilendiriliyorlar mıydı? Tıbbi uygulama/girişim yapılmadan önce hastaların iznine başvuruluyor muydu? Tıbbi uygulama/girişim sonrası hasta için istenmeyen sonuçlar ortaya çıktığı zaman hekimler, cerrahlar ve kehhaller bunun sorumluluğunu taşıyorlar mıydı? Hekimler,

1 Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun (1219), Madde 70. http://www.tb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com_content&task=view&id=20&Itemid=28 (erişim Eylül 20, 2011)

cerrahlar ve kehhaller gibi sağlık çalışanları için bir yaptırım söz konusu muydu?

Şer'î mahkeme sicilleri

Osmanlı İmparatorluğu döneminden günümüze ulaşan “Şer'îye sicilleri” bu soruların yanıtlarını bulmak açısından incelenmesi gereken önemli belgelerdir. Şer'îye sicilleri, XV. yüzyılın sonlarından başlayarak XIX. yüzyılın sonlarına kadar Osmanlı/Türk toplumunun, sosyal hayatı, ekonomik ve siyasi hayatına ait bilgileri toplamaları nedeniyle Türk tarihinin ana kaynaklarından birisi olarak değerlendirilmektedir.^{2,3} Uzunçarşılı,⁴ bu kayıtların en az eski Hristiyan tarihlerine temel oluşturan kilise kayıtları kadar, hatta onlardan daha önemli ve güvenilir kaynaklar olduğunu vurgulamaktadır.

Osmanlı İmparatorluğu'nun daha önceki İslâm devletlerinden aldığı ve kadı tarafından yönetilen temel yönetim birimi olan kazada, kadı, yargı görevini sultan adına yerine getirmekteydi. Merkeze doğrudan bağlı idi.⁵ Kadı, hukuki ve şer'î işlerden başka kazanın askeri işler dışında bütün idari ve mahalli işlerine bakar, hükümetin emirlerini yerine getirirdi.⁶ Kadılar, sicil adı verilen mahkeme defterlerini tutmak durumundaydılar. Bu mahkeme sicillerinde iki tür kayıt bulunmaktaydı: 1. Merkezi hükümetten gelen bütün emirlerin birer sureti (örneğin, fermanlar); 11. Kadının şer'î, hukukî görevine ait davalarda verdiği hükümlere ait kayıtlar (senet, satış, dava, vekâlet, kefalet, veraset, borçlanma, nikâh, boşanma, tereke tespiti, noterlik hükümleri vb.).^{7,8}

Tıp tarihimiz açısından Şer'î mahkeme sicilleri

Şer'î mahkeme sicilleri üzerine yapılan araştırmalar, bu kayıtlarda, bazı hastalıkların tedavileri; salgınlar ve alınan tedbirler; hastanelerin inşası, tamiri, vakıfları, kadroları; hekimlerin tayinleri, azilleri, ücretleri; yöredeki bilinen yerli ve yabancı hekimler; *hekim ve cerrahlar ile hastalar arasında düzenlenen rıza senetleri*; hastalıkların yerel isimleri; bazı ilaç bileşimleri; merkezden gönderilen sağlıkla ilgili ferman ve emir suretleri; adli tıbbı ait bilirkişilik vb. konularda belgeler bulunduğunu ortaya koymuştur.⁹

2 İsmail Hakkı Uzunçarşılı, “Şer'î mahkeme sicilleri,” *Ülkü* 5, no.25 (1935): 366.

3 Mahmut A. Kara and Şahin Aksoy, “On the Ottoman consent documents for medical interventions and modern concept of informed consent,” *Saudi Med J* 27 no.9 (2006): 1306.

4 Uzunçarşılı, “Şer'î mahkeme,” 366.

5 Kara and Aksoy, “Ottoman consent,” 1306.

6 Meydan Larousse, s.v. “Kadı.”

7 Uzunçarşılı, “Şer'î mahkeme,” 366.

8 Kara and Aksoy, “Ottoman consent,” 1306-1307.

9 Ali Haydar Bayat, “Şer'îye sicilleri ve tıp tarihimiz I: Rıza Senetleri,” *II. Türk Tıp Tarihi Kongresi, Kongreye Sunulan Bildiriler, İstanbul, 20-21 Eylül 1990* içinde (Ankara: Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Türk Tarih Kurumu Basımevi, 1999), 40.

Rıza Senetleri

Osmanlı İmparatorluğu döneminden günümüze ulaşan “Şer‘iye sicilleri”nin içerdiği belgelerden olan “rıza senetleri” geçmişte hekim-hasta ilişkisi içerisinde yer alan ve hekimin/cerrahın yapacağı tıbbi girişime hastanın “onam/rıza” verdiğini gösteren önemli belgelerdir. Genellikle cerrahlar ile ameliyat olacak hastalar arasında, bazı durumlarda hekimler ve riskli bir tedavi gerektiren bir hastalığa tutulan hastalar arasında; tedaviden önce, kadı ve şahitler huzurunda, hastanın yapılacak işleme izin verdiği, sonucun kötü olması durumunda hekim ve cerrahın sorumlu olmayacağına dair bir anlaşma yapılmaktaydı.

a. İçeriği

Rıza senetlerinin içeriğinin, hastaların kimliği; tedavi edecek hekimlerin kimliği; hastaların cinsiyeti ve yaş grupları; hastanın adresi; hastalıklarının ne olduğu; hastaların görecekları tedavi karşılığında hekime/cerraha ödeyecekleri ücret; tedavi sürecinde hastaların karşılaşılabilecekleri sorunlar ve özellikle hastaların hayatlarını kaybetmeleri durumunda, geriye kalan yakınlarının hekimden diyet talebinde bulunmayacakları ve anlaşmanın yapıldığı tarih gibi neredeyse bir standart şekle sahip olduğu görülmektedir.^{10, 11}

b. Kimlerden alınır?

Rızayı genellikle hastanın kendisinin verdiği görülmektedir.^{12, 13, 14}

“Mahrûse-i Bursa’da Karaşeyh mahalleinde sâkin olan Mustafâ bin İbrâhîm nâm kimesne meclis-i şer‘-i şerîfe hâzır olup bi’t-tâv‘ ve’r-rızâ takrîr-i merâm kılup bevlîm yolunda taş durup küllî zahmet çekerim, işbu Alî bin Mehmed nâm cerrâh yarup tîmâr eylemek ister, husn-i ihtiyârımla kendümi teslîm eyledim, bildüğü üzre yarıp tîmâr eyleye, ecelim tamâm olup ölürsem, vârislerimden bir kimesne aslâ ve kat’â da’vâ ve husûmet eylemeye, benim bu husûsum içün da’vâ olunursa inde’l-hukkâm mesmû‘ olunmaya diyücek mezbûr cerrâh dahi kabûl idüb mâ-vakâ’a talepleriyle kayd-ı sicil olundı 23 Cumâde’l-ûlâ 981 [20 Eylül 1573]”¹⁵

Bazı durumlarda ise hasta tarafından vekâlet verilen kişinin kadı huzurunda anlaşmayı gerçekleştirdiği görülmektedir.^{16, 17}

10 Özen Tok, “Osmanlı Dönemi hekim-hasta ilişkileri (Kadı sicillerine göre XVII. ve XVIII. Yüzyıllarda Kayseri örneği),” *Turkish Studies* 3 no.4 (2008): 794.

11 Kara and Aksoy, “Ottoman consent,” 1308.

12 Bayat, “Şer‘iye sicilleri,” 42-49.

13 Osman Çetin, *İlk Osmanlı Hastanesi Bursa Yıldırım Dârüüşşifası (Bursa Mahkeme Sicillerine Göre)* (İstanbul: Göz Nurunu Koruma Vakfı, Cem Ofset, 2006), 121-125.

14 Tok, “Osmanlı Dönemi,” 795.

15 Çetin, *İlk Osmanlı Hastanesi*, 121.

16 Bayat, “Şer‘iye sicilleri,” 42-49.

17 Tok, “Osmanlı Dönemi,” 796.

“27 Ramazan 1084 [5 Ocak 1674] tarihli hüccete göre, Hacı Arap Mahallesi’nden Mehmed bin Arslan tarafından vekil olarak tayin edilen büyük oğlu Ebu Bekir mahkemede, cerrahlık hususunda üstad-i hâzık yani işinin ehli olan Cerrah Karakaş veled-i Cerrah Sultan adlı zimmi huzurunda ikrarda bulunmuştur. Babası Mehmed’in Sarıçam kazası toprağında Gedik adlı mevziden taş getirmek için gittiğinde sol ayağının inciğine taş düşüp, kemiği kırıldığından dolayı cerrahın tedavisine ihtiyaç olmuştur. Babasının inciği kırığını tedavi etmek üzere Cerrah Karakaş’la 25 esedî kuruş ücret karşılığında anlaşmışlardır. Eğer tedavi esnasında Mehmed vefat edecek olursa eşinin ve çocuklarının Karakaş’tan dem ve diyet talebiyle davacı olmayacaklarını beyanla durum tescil edilmiştir.”¹⁸

Çocuk ve yeterliği olmayan hastalarda, ataerkil aile yapısına uygun olarak, kadının uygun bulduğu bir kişiyi koruyucu olarak seçtiği görülmektedir. Bu kişi duruma göre baba, büyükbaba, amca, oğul olabilmektedir.¹⁹

“Hacı Bayram ibn Mehmed mahfel-i kazada etibba ve cerrahdan Molla Ali bin Güvendik mahzarında takrir-i kelâm eyleyip Hüseyin demir nam sagir oğlunun mesanesinde taş zuhur eyleyip bir tarikle def olmayub helâk mertebesine varmağın yardırıp taşı çıkarmak murad ederim. Eğer biemrillahi Teâlâ ol cerahatten fevt olursa dem ve diyetine müteallik dava ve nizam yoktur deyu ikrar ve itiraf etdikde gibbêt-tasdik mezbur Molla Ali talebi ile kayd olundu. Zilhicce 13, sene 1011/ [24 Mayıs 1603]”²⁰

“Bais-i terkim-i rakım oldur ki filasıl Bolvadin kazası sükkanından olup Karahisar sahip’de vaki Kapan Hani’nda meks üzere olan Hüseyin bin Ebubekir nam kimesne tarafından bima hüve nehcü’s-sübut şer’an vekâlet-i sabite olan mezburun liebeveyn karındaşı Ömer mahfil-i kazada etibbadan rafiu’l-kitap elhac Hüseyin bin Mehmed mahzarında ikrar ve takrir-i kelâm edip karındaşıım mezbur selisü’l-bevle müptelâ merkurum elhac Hüseyin ilm-i tıbda ehil ve hazik olmakla mezbure hizmet etmeğe deruhde edip ben dahi karındaşıım mezbur Hasan’ı merkurum elhac Hüseyin’e teslim eyledim. Eğer hizmet ederken biemrillah karındaşıım mezbur Hasan fevt olursa dem ve diyetine müteallik merkurum elhac Hüseyin’den ve gayr-i bir fertten taleb-i dava olunmasın dedikde gibbêt-tasdik mahüelvaki bi’t-taleb ketb olundu. Hurrirre fi evasit-i Muharremü’l-Haram sene seman ve tisin ve elf [1098/1686].”²¹

Annenin koruyucu (vasi) olarak atandığı örnekler Osmanlı döneminde azdır.²²

18 Ibid, 796.

19 Nil Sari, “Ethical aspects of Ottoman surgical practice,” *T Klin J Med Ethics* 8 n. 1 (2000): 11.

20 Bayat, “Şer’iye sicilleri,” 44.

21 Ibid, 43.

22 Sari, “Ethical aspects,” 11.

“5 Şevval 1106 [19 Mayıs 1695] tarihli hüccete göre, Hunat Mahallesi’nden Emine bint-i Ömer adlı kadın mahkemede cerrah taifesinden olan üstad Anton veled-i Todori adlı zimmi huzurunda ikrarda bulunmuştur. Küçük oğlu Eyyüb’ün mesanesinde taş olduğundan çıkarılıp tedavi edilmesi için 7 kuruş ücret ile üstad Anton’la anlaşmıştır. Tedavi esnasında çocuk vefat ederse, Eminе’nin dem ve diyet talebinde bulunmayacağına dair beyanı tescil edilmiştir.”²³

Hür kişiler tedavileri için rıza senetleri verirken, dönemin sosyal yapısına uygun olarak, köle olan kişiler için de rıza senedi düzenlendiği görülmektedir. Uygulamaya ait örneklerden birisi XV. yüzyıla ait olup, köle, kendisi için rıza senedi vermektedir. Tıbbi uygulamayı yapacak olan cerrahın da bir köle olması oldukça ilginç bir durumdur.

“Sebeb-i tahrîr oldur ki, Mevlânâ Şükrullah oğlu Ahmed Çelebi’nin bundan akdem Hamza nâm bir kuli atdan düşüb ayağı sınmış imiş hâliyen ikrâr idüb eyitdi ki işbu hâmil-i hüccet İbrâhîm kuli Cerrâh İskender ayağın kat’ etmek için destûr virdi eger onuldursa fe-bihâ ve illâ eger sirâyet iderse cerrâh-ı mezkûrdan da vâm ve nizâ’m yokdur didi 23 Safer sene 889 [22 Mart 1484]”²⁴

Bir başka örnek de ise rıza senedini kölesi adına sahibinin verdiği görülmektedir:

“Donanma beylerinden Mustafa Bey, fitıktan ıstırap çeken Cenovalı kölesi Stefanis oğlu Stefanis’i, Kaloudis oğlu Dimitrios’a emanet etti ve kölesinin ölmesi durumunda o [Mustafa Bey] ondan [Dimitrios] kesinlikle kölesi için diyet talep etmeyeceğini beyan etti. 7/2/1674.”²⁵

c. Hangi hastalıklarda?

Yapılan incelemelerde fitik ameliyatları; mesane taşı ameliyatları; kırıkların tedavisi, kırıklarda amputasyon; ur çıkarılması, fistül, vücutta su birikmesi; idrar tutamama gibi farklı hastalıkların tedavisi için verilmiş rıza senetleri görülmektedir.^{26, 27, 28, 29, 30}

İslâm hukukuna göre hekimin sorumsuzluğu

Osmanlı İmparatorluğu’nda yerleşik olan İslâm hukukunda prensip, eylemin sonucuna bakmak olup, kişi eyleminin (filinin) sonucundan sorumlu tutulmuştur. Bununla birlikte, hekimlik uygulamalarında tıbbi girişimle-

23 Tok, “Osmanlı Dönemi,” 795.

24 Çetin, *İlk Osmanlı Hastanesi*, 126.

25 Constantinos Trompoukis and John Lascaratos, “Surgical operations during the Ottoman period. Informed consent according to documents of the Ottoman archives of Crete,” *T Klin J Med Ethics, Law and History* 10 no.3 (2002): 164.

26 Bayat, “Şer’iye sicilleri,” 42-49.

27 Çetin, *İlk Osmanlı Hastanesi*, 121-125.

28 Trompoukis and Lascaratos, “Surgical operations,” 164.

29 Tok, “Osmanlı Dönemi,” 796-799.

30 Kara and Aksoy, “Ottoman consent,” 1308.

rin ve tedavilerin sonuçlarını tam olarak kontrol etmek olanaklı olmadığı gibi, tıbbi girişim ve tedavi sonucunda ortaya çıkan zararlarda, yapılan uygulamalarla zarar arasında neden-sonuç ilişkisini kurmak da her zaman mümkün olmadığından, İslam hukuku prensipleri uyarınca her durumda sonuca bakarak hekimlerin sorumlu olduğu yönünde karar vermenin hem tababete, hem de insanlığa zarar vereceği kabul edilerek, hekimin hukuki sorumluluğunda daha dengeli ve adil bir çözüme gidilmiş ve hekimin tıbbi girişimi sonrası ortaya çıkabilecek zararlardan sorumlu tutulmaması konusunda bazı şartlar belirlenmiştir:³¹

a. Bilgi ve ehliyet

Hekim mesleğinde bilgili ve ehliyetli olmalıdır. Meslekte bilgi ve ehliyet konudan konuya, hastalıktan hastalığa değişebilecek kısmen göreceli bir kavram olduğundan her olay için ayrıca ele alınmalıdır. Ehliyetsiz kişiler ortaya çıkan zarardan sorumludur ve zararı tazmin etmek zorundadır. Devlet bu kişilerin mesleklerini uygulamalarını kısıtlayabilir.³²

Osmanlı İmparatorluğu döneminde bu topraklar üzerinde hekimlik uygulamalarında bulunabilmek için yetki sahibi olmak gerekliydi. “Klasik dönem Osmanlı tıbbı” olarak adlandırılan 1450-1826 arasında Osmanlı İmparatorluğu’nda hekimler ya hastanelerde (darüşşifalarda) usta-çırak yöntemi ile ya tıp medreselerinde eğitim görerek ya da özel hocalardan ders alarak yetişirlerdi. Başarılı olanlara bir icâzetname (diploma) verilirdi.³³

Öte yandan hem ülkede yetişen, hem de başka ülkelerden gelerek hekimlik yapan kişiler için mesleki denetimler de yapılmaktaydı. Osmanlı İmparatorluğu’nda hekimlerin, cerrahların ve göz hekimlerinin mesleksel denetimleri, adı geçen meslek sahiplerinin “ehl-i hiref teşkilatı” içerisinde olmaları ve bu örgütün denetiminin de “kadılık” ve “ihtisap ağalığı”nın görevi olması nedeniyle, kadılık makamına bağlı olarak ihtisap ağalarının yapılmıştır. Bu konuyla ilgili bilinen en eski hüküm XVI. yüzyılın başlarında Sultan II. Bayezid dönemine ait *Kanunname-i ihtisâb-ı İstanbul-el-mahrûsa*’da bulunmaktadır.³⁴

*“Ve dahi hekimlere ve attarlara ve cerrahlara muhtesibin hükmi vardır görse gözetse gerekdir.”*³⁵

31 Ali Bardakoğlu, “İslam hukukunda doktor ve diğer sağlık personelinin hukuki mesuliyeti,” *K. Ü. Gevher Nesibe Bilim Haftası ve Tıp Günleri*, 11-13 Mart 1982, *Kayseri* içinde (Ankara: Özbek Matbaacılık), 527-528.

32 Ibid, 528.

33 Ali Haydar Bayat, *Tıp Tarihi* (İzmir: Sade Matbaa, 2003), 253-254.

34 Ahmet Aciduman ve Berna Arda, “Türkiye’de hekimlik uygulamalarının denetlenmesine tarihsel bir örnek: Osmanlı Kanunnameleri,” *21. Yüzyıl Başında Yaşama Destek Tedavileri Etik ve Hukuksal Yönler 2. Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi-Bildiri Kitabı* içinde, ed. Ayşegül Demirhan Erdemir, Sezer Erer ve Öztan Öncel (İstanbul: Nobel Yayın Dağıtım Tic. Ltd. Şti., 2009), 827.

35 Ömer Lütfi Barkan, “XV. Asrın sonunda bazı büyük şehirlerde eşya ve yiyecek fiyatlarının tesbit ve teftiş hususlarını tanzim eden kanunlar I. Kanunnâme-i ihtisab-ı İstanbul-el-mahrûsa,” *Tarih Vesikaları* 1 no.5 (1942): 340.

Hekimlerin ve cerrahların denetlenmesi ile ilgili bu kanun hükmü, daha sonra *I. Selim Kanunnamesi*'nde de yer alarak genel bir hüküm haline gelmiştir.³⁶

“Ve tabîbler dahı gözlene. Bîmârhâne tabîbler[ine] göstereler, imtîhân ideler. Kabûl itmedüklerin men' ideler.

*Ve cerrâhlar sanâyi'lerinde kâmil olmadın kimesneye el urmayalar.”*³⁷

b. Tedavinin ölçüsü

Hekimin yaptığı girişim ve tedavi belirli ölçüyü aşmamalıdır. Hastaya uygulanan tedavi döneminin kabul ettiği bilimsel ölçüler içerisinde olursa, başarısız olunması hekime bir kusur/sorumluluk getirmez. Tıbbi girişim değerlendirilirken, yapılan tedavi ve ameliyatın sonucu gibi öznel bir ölçü yerine, yapılan işin ölçülü, normal ve alışılmış tarzda olması gibi nesnel bir ölçü ortaya konmuştur.³⁸

c. Yapılacak girişime izin

Tıbbi girişimin sonucundan sorumluluğun olmaması için, yapılacak tıbbi girişimden önce hem hastanın ya da velisi/vasisinin vereceği özel izin, hem de devletin vereceği genel izin gereklidir. Eylemin zararlı olabilecek sonucundan sorumlu olmayı kaldıran bu izin, bir bakıma büyük bir zararın önlenmesi için küçük zarara katlanma zorunluluğunun sonucu olarak değerlendirilmektedir. İslâm hukukunda kişinin hayat hakkı, irâde hürriyetinden önce gelmekte ve bu nedenle, iyileşme umudu olmayan hastanın yaşamının sonlandırılması için vereceği izin geçersiz olurken, ağrıyan dışın çekimi ya da mesanedeki taşın alınması için verilen izin geçerli olmaktadır.³⁹

Şer'î sicillerde görülen ve daha çok teknik olanaksızlıklar nedeniyle sonucun ne olacağı bilinmeyen cerrahi girişim öncesi kadı ve şahitler huzurunda hekime verilen izin budur. Sadece hastanın yazılı ya da sözlü onamı/rızası yeterli görülmemiş, ortaya çıkabilecek anlaşmazlıkların çözümü için mahkemede ve şahitler huzurunda hukuki bir metin düzenlenme yoluna gidilmiştir.⁴⁰

İslâm hukukunda hekimlik uygulamaları ve sorumluluk

İslâm hukukunda doktor, cerrah, kehhâl gibi sağlık personeli ile ilgili hükümler, hem ceza hukukunun “hataen” adam öldürme, yaralama ve sakat bırakma konusu kapsamında kısas ve diyet bölümlerinde, hem de borçlar

³⁶ Acıduman ve Arda, “Türkiye’de hekimlik,” 827.

³⁷ Yaşar Yücel ve Selami Pulaha, *I. Selim Kânûnnâmeleri (1512-1520)* (Ankara: Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu, Türk Tarih Kurumu Yayınları, 1995), 201.

³⁸ Bardakoğlu, “İslam hukukunda,” 528.

³⁹ Ibid, 528-529.

⁴⁰ Bayat, “Şer’îye sicilleri,” 41.

hukuku kapsamında “icâre akdi” içinde ele alınmıştır.⁴¹

a. Ceza hukuku açısından

İslâm hukukunda halk sağlığını korumak amacıyla şarlatanlık, hilekârlık ve özensiz mesleki uygulamalara karşı bazı yaptırımlar getirilmiştir. Hastayı kasıtlı olarak öldürme, sakatlama ya da yaralama durumunda, hekim ve diğer sağlık personeli ile adi suçlular arasında fark gözetilmemiş, hekim ve sağlık personeli, diğer adi suçlularla aynı cezai kovuşturmayaya uğrayarak, duruma göre kısas ya da diyet cezası almışlardır.⁴²

Kasıt unsuru bulunmaksızın yanlış tedavi ve girişimler sonucu, hekim ya da yetkili diğer sağlık personeli, hastanın ölümüne neden olma ya da hastanın bir organını sakat bırakma gibi bir zarara neden olursa, ortaya çıkan zararın büyüklüğüne göre, ya belirlenmiş olan kan bedeli (diyet) ya da kan bedeli belirlenmemiş zararlarda ise hâkimin belirleyeceği bir mali bedel ödemeye mahkûm edilmişlerdir.⁴³

İslâm hukukuna göre, mesleki bilgileri bulunmadığı için şarlatanlarca yapılan tıbbi girişimler her şekilde yanlış olarak kabul edilmiştir. Bu tür kişiler, verdikleri zararı tazmin etmekle yükümlüdürler. Ayrıca bu kişilere ta'zir ve meslekten men cezası da verilir. Şarlatanın yaptığı girişim sonucu hasta ölürse, hastanın izni olduğu için kısasa gidilmemekte, ama diyet cezası verilmektedir. Öte yanda, eğer hasta karşısındakinin şarlatan olduğunu bilecek, müdahaleye izin vermişse, şarlatanın, verdiği zararı tazmin sorumluluğu bulunmamaktadır.⁴⁴

b. Borçlar hukuku açısından

İslâm hukuk doktrinde hekimler, “ecir-i müşterek” adı verilen esnaf ve sanatkârların hukuki yetki ve sorumlulukları ile bağlı olup, tıbbi girişim de iş ve kira akitlerini birlikte ifade eden “icâre akdi” çerçevesinde “iş akdi” olarak ele alınmıştır. Hekimlerin hastalarına verdikleri zararın sorumluluğu esnaf ve sanatkârın işlerini yaparken müşterinin malına verdikleri zararın mali sorumluluğu kapsamında değerlendirilmekle birlikte, tıbbi bir girişimde komplikasyonlara yol açmayacak yani “sirayet etmeyecek, sonucu selamet olacak” bir iş yerine, yalnızca özenle belli bir işi yapmak üstlenildiğinden, tıbbi bir girişimde alışılmış olan yapıldığı ve kusurlu davranılmadığı sürece ortaya çıkan komplikasyonların yol açtığı zararın tazmin edilmeyeceği ko-

41 Şükrü Özen, “İslâm hukukuna göre yanlış tedavide sorumluluk,” 38. *Uluslararası Tıp Tarihi Kongresi Bildiri Kitabı 1-6 Eylül 2002* içinde, ed. Nil Sarı, Ali Haydar Bayat, Yeşim Ülman, Mary Işın (Ankara: AKDİTYK Türk Tarih Kurumu, 2005), Cilt 2, 739-740.

42 Ibid, 739-740.

43 Ibid, 740.

44 Ibid, 740, 742.

nusunda fakihler arasında görüş birliği bulunmaktadır.⁴⁵

Rıza senedinin işlevi

a. Hekim yönünden

Rıza senedi, hekim sorumluluğunda yer alan hastadan izin alınması şartının bir yazılı anlaşma durumuna getirilmesidir.⁴⁶

Eğer hastaya yapılan tıbbi uygulama bilimsel olarak doğru, bunu gerçekleştiren hekim yeterli ise ve hastadan izin alınmışsa uygulamanın sonucu hekime bir sorumluluk getirmemektedir. Bu durumda ortaya çıkan zarar ya da ölüm nedeniyle hekimin bir tazminat ödemeyeceği yönünde İslâm hukukçuları görüş birliğindedir.⁴⁷

Öte yandan hekim, “rıza senedinde yer alan hastanın tedavi sonrası ortaya çıkabilecek zararlar ya da ölüm durumunda kendisine, hasta ya da yakınları tarafından dava açılmayacağı taahhüdü ile” kendisine karşı açılacak davaları ve ortaya çıkabilecek olan zararı tazmin etme (diyet) durumunu engellemeye yönelik bir girişimde bulunmaktadır.⁴⁸

İslâm hukukuna göre, tedavi izni bulunan, yeterli meslekî bilgi ve beceriye sahip olan bir hekim işinin gereğini yaparken yanlışlıkla sağlam bir organa zarar vererek organın sakat kalmasına ya da tedavi ettiği hastanın ölmesine neden olur ve kusurlu davrandığı (teaddî) saptanırsa tazminat ödemek durumundadır. İslâm hukukuna göre bu durum hataen işlenmiş cinayet (öldürme, ağır suç) olarak kabul edilmektedir; çünkü burada hekime verilen izin girişim izni olup, kusurlu ve yanlış girişime verilen izin değildir.⁴⁹

b. Hasta açısından

Tıbbi girişim için hastadan izin alınması zorunluluğu, hastaları, sağlıklarına yönelik yetkisiz girişimlerden (şarlatanların yapacağı) koruyabileceği için hastanın yararına olup, rıza senedi, hekimin/cerrahın hastadan aldığı iznin bir kayıdır.⁵⁰ Hekim, sorumluluğunun farkında olarak, hastayı, tedavi sonrası ortaya çıkabilecek zarar ya da ölüm konusunda bilgilendirmektedir. Yine hekim, ehil olsa da, izin almış olsa da, tedavide işleyebileceği bir kusur nedeniyle hukuken sorumlu olacağından, mesleğini daha dikkatli ve özenli yapacaktır.

Rıza senetleri geçerli miydi?

Bardakoğlu,⁵¹ “Tarafların ön anlaşma ile hukuki sorumluluklarını azaltıp

⁴⁵ Ibid, 738-739.

⁴⁶ Kara and Aksoy, “Ottoman consent,” 1309.

⁴⁷ Özen, “Yanlış tedavide,” 740.

⁴⁸ Çetin, *İlk Osmanlı Hastanesi*, 122.

⁴⁹ Özen, “Yanlış tedavide,” 741.

⁵⁰ Kara and Aksoy, “Ottoman consent,” 1310.

⁵¹ Bardakoğlu, “İslam hukukunda,” 529.

çoğaltmaları mümkün müdür?” ya da “önceden ileri sürülecek bir ‘sorum-suzluk’ ya da ‘sorumluluk’ şartı geçerli midir?” sorularını İslam hukuku açısından şöyle yanıtlamaktadır:

“İslâm Borçlar Hukukunda akit ve irade serbestisi hâkim olmakla birlikte, özellikle tarafların harç ve borçları çoğu kez tarafların karşılıklı anlaşmasına bırakılmayarak doktrinde tespit edilmiştir. Çünkü insanlar arası münasebetlerde akitten veya fiilden doğan sorumluluğun karşılıklı anlaşmaya bırakılması çoğu zaman dengeyi güçsüzün aleyhine olarak bozar. Hukukun üstünlüğü ve bağlayıcılığı askıya alınmış olur. Bu nedenle İslâm hukukçuları, daha önce belirtilen hukukî sorumluluk sebeplerini çoğaltan veya azaltan her türlü ön anlaşmayı geçersiz saymışlardır. Nitekim doktorun ‘hiçbir fiilinden sorumlu olmayacağını’ şart koşması geçersiz olduğu gibi hastanın da ‘her türlü zarardan doktorun sorumlu olacağına’ dair ön anlaşması geçersizdir. Çünkü İslâm hukukunun açık hükümlerine aykırılık çoğu zaman önceden bilinemeyen mağduriyetlere sebep olur.”⁵²

Hekim ve cerrahların yapacakları tıbbi girişimlerde ortaya çıkabilecek olası kötü sonuçlarda, kendilerini hasta ya da yakınlarının açacağı davalardan korumak için yaptıkları bu girişimlere karşın, yukarıdaki açıklamayla koşut olarak, tıbbi bir girişimden önce alınan ve hasta için olumsuz bir sonuç ortaya çıktığında, hekimden/cerrahdan davacı olunmayacağını bildiren bu rıza senetlerine karşın, bir tıbbi girişimden sonra, hasta ya da hasta yakınları ile hekimler/cerrahlar arasında ortaya çıkan pek çok anlaşmazlık örnekleri sicillerde yer almıştır.⁵³

“Cerrah Rıdvan, hastası Veli’nin boynundaki uru alırken Veli ölmüş ve kardeşleri ‘..muhalif ilâc itti..’ diyerek Cerrah Rıdvan’dan davacı olmuşlardır.”⁵⁴

Açılan bu anlaşmazlık davalarında hekim ya da cerrahın hasta ya da velisine tazminat ödemeyi kabul ederek, bir ölçüde yaptığı tıbbi işlemde/ girişimde kusurlu olduğunu kabul ettiğinin örnekleri de sicillerde görülmektedir.⁵⁵

“Mahrûse-i Bursa’da Hisâr Câmi’-i Şerîfi imâmı Ebû Bekir Efendi bin Hasan Efendi mahrûse-i mezbûrede meclis-i şer’-i şerîf-i enverde cerrâh tâifesinden Halîl Çelebi bin Ahmed nâm kimesne mahzarında bi’l-velâye ikrâr-ı tâm ve takrîr-i kelâm idüüb oğlum hâzır bi’l-meclis Mustafâ nâm sagîri merkûm cerrâh Halîl Çelebi emriyle sünnet eyledikde zekerinin haşefesinden bir mikdârını kat’ eyledi diyü ba’del-berâ yedimde olan fetvâ-yı şerîfe mantûkunca müceb-i şer’îsi

52 Ibid, 529.

53 Çetin, *İlk Osmanlı Hastanesi*, 122.

54 Ibid, 122.

55 Ibid, 123.

*merkûm cerrâh Halil Çelebi'den bi'l-velâye da'vâ eylemişdim. el-Hâletü bâzihi beynimizde musâlahaya tavassut idüüb da'vâ-yı mezkûremden merkûm cerrâh Halil Çelebi ile beni elli gurus üzerine sulh eylediklerinde ben dahı bi'l-velâye sulh-ı mezbûru kabûl ve bedel-i sulh olan meblag-ı mezbûru merkûm cerrâh Halil Çelebi yedinden ahz ü kabz eyledim. Fi-mâ-bâ'd husûs-ı merkûma müte'allıka mezbûr cerrâh Halil Çelebi ile vechen mine'l-vücûh da'vâ ve nizâ'im ve husûmetim kalmadı didikde gibbü't-tasdîkiş-şer'î mâ-vaka'a ketb olundu. Tahrîren fi evâili Zi'l-hicetiş-şerîfe min şuhûri sene isneyn sittîn ve tis'amie.*⁵⁶

Rıza senedi bir aydınlatılmış onam belgesi midir?

Kara ve Aksoy⁵⁷ yayınladıkları makalelerinde 4 Nisan 1997 tarihinde Türkiye tarafından da imzalanan ve ülkemizde 5013 Numaralı Kanun olarak 9 Aralık 2003 tarihli ve 25311 sayılı R.G'de yayınlanarak yürürlüğe giren “*Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi*”ni⁵⁸ referans alarak “rıza senedi bir aydınlatılmış onam belgesi midir” sorusuna cevap aramışlardır.

İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin ikinci bölümü “muafakat” ile ilgili olup, önce “genel kural” tanımlanmıştır:

*“Sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş olarak muafakat vermesinden sonra yapılabilir. Bu kişiye, müdahalenin amacı ve niteliği ile sonuçları ve tehlikeleri hakkında önceden uygun bilgiler verilmelidir. İlgili kişi, muafakatını her zaman, serbestçe geri alabilir.”*⁵⁹

İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nde muafakat ile ilgili genel kuraldan sonra “muafakat verme yeteneği bulunmayan kişilerin korunması” ile ilgili madde bulunmaktadır:

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

.....

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

⁵⁶ Ibid, 123.

⁵⁷ Kara and Aksoy, “Ottoman consent,” 1309.

⁵⁸ Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun, *Kanun No:5013, Resmi Gazete: 09.12.2003-25311*. http://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com_content&task=view&id=104&Itemid=36, (erişim Eylül 20, 2011).

⁵⁹ Ibid, Madde 5.

*bulunulabilir...*⁶⁰

Rıza senetlerinde hastayı bilgilendirme süreci hakkında açık bilgi bulunmadığı görülmektedir. Tıbbi girişim sonucu zarar ya da ölüm olasılığından hep bahsediliyor olması, hastaların yapılacak girişimin risklerini bildiklerinin bir göstergesi olarak kabul edilebilir diye değerlendirilmiştir. Rızanın serbestçe geri alınması kavramı rıza senetlerinde yer almamaktadır. Rıza senetlerinde de küçük yaştaki hasta için rızanın velisinden alındığına dair pek çok örnek bulunurken, rıza veremeyecek durumdaki bir yetişkin adına vekil tarafından verilmiş rıza örnekleri daha az bulunmaktadır.⁶¹

Aydınlatılmış onamın geçerliğini sağlayan yeterlik, bilgilendirme, gönüllülük ve rıza (sözel ve/veya yazılı) öğeleri açısından rıza senetleri değerlendirildiğinde, senetlerde rıza verilmesinin açık olarak görüldüğü, gönüllülüğün söz konusu olduğu, yeterlikle ilgili kısmın genellikle çocuk hastalar ya da bir hastalığı olan erişkinlerle ilgili olarak yer aldığı ve bilgilendirme sürecinin net olmadığı görülmektedir.⁶²

Ülkemizde, halen her çeşit tıbbi girişim için hastanın ya da hasta küçük ya da hacir altında ise veli ya da vasisinin sözel onamı aranırken,^{63, 64, 65} büyük cerrahi girişimlerden ve araştırmalardan önce hastadan/denekten ya da veli/vasisinden aynı zamanda yazılı aydınlatılmış onam alınması bir zorunluluktur.^{66, 67} Rıza senetlerinin de büyük çoğunluğunun girişimsel işlemler ve hayatı tehdit edici uygulamalarla ilgili olduğu ve bu girişimlerden önce hastalar ya da veli/vasileri tarafından verildiği görülmektedir.⁶⁸ Bununla birlikte, rıza senetleri, çağdaş uygulamadaki gibi ayrıntılı ve yapılandırılmış değildir.⁶⁹

Çağdaş anlamda hastadan aydınlatılmış onamın alınması, hastanın “özerkliğine saygı” ilkesiyle ilgilidir. Buna karşın İslâm hukukunda ise tıbbi girişimden önce hastanın izninin alınması bir zorunluluktur. İslâm hukukunda hastanın “özgür onamı”, “hekimin yeteneğinden” daha önemlidir; çünkü eğer bir hasta, girişim yapacak kişinin ehliyetsiz bir kişi olduğunu biliyorsa, doğacak zarardan tıbbi uygulamayı yapan kişi için bir sorumluluk doğmayacaktır.⁷⁰ İki uygulama arasındaki en önemli ayrım, aydınlatılmış

60 Ibid, Madde 6.

61 Kara and Aksoy, “Ottoman consent,” 1309.

62 Ibid, 1309.

63 *Tababet ve Şuabatı*, Madde 70.

64 *Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması*, Madde 5-9.

65 *Hasta Hakları Yönetmeliği*, Resmi Gazete, Tarih: 01.08.1998; Sayı: 23420, Beşinci Bölüm: Tıbbi Müdahalede Hastanın Rızası, Madde 24, 28. <http://sbu.saglik.gov.tr/hastahaklari/yonetmelik.htm>, (erişim Eylül 20, 2011).

66 *Tababet ve Şuabatı*, Madde 70.

67 *Hasta Hakları Yönetmeliği*, Madde 34.

68 Kara and Aksoy, “Ottoman consent,” 1309.

69 Ibid, 1310.

70 Ibid, 1309.

onam uygulaması hastayı merkeze yerleştirirken, rıza senedi uygulaması hekimi ön plana almaktadır.⁷¹

Son söz yerine

Osmanlı hukukuna ait önemli kayıtlardan biri olan şer'îye sicillerinde yer alan ve hekim/cerrah ile hasta ya da velisi/vasisi arasında kadı huzurunda düzenlenen rıza senetleri, bir yandan İslâm hukukuna göre, bir hastaya girişim yapılabilmesi için hekimin/cerrahın hastadan alması gereken izni belgelerken,⁷² diğer yandan hekim/cerrahın, hastanın tedavisi sonrası ortaya çıkabilecek kötü sonuçlar nedeniyle hasta ya da yakınları tarafından açılacak karşı davaları ve tazminat taleplerini önlemeye yönelik bir girişim gibi görülmektedir.⁷³ Osmanlı İmparatorluğu sınırları içerisinde de uygulanan İslâmi hukuka göre, yapılacak tıbbi girişim için hastadan izin alınması zorunlu olduğundan,⁷⁴ rıza senedinin hastadan izin almayla ilgili taşıdığı işlevi hukuka uygun olmaktadır. Bununla birlikte, hukukî sorumluluk sebeplerini çoğaltan ya da azaltan her türlü ön anlaşma İslâm hukukçuları tarafından geçersiz sayılmış olduğundan,⁷⁶ bu doğrultuda, hasta ya da veli/vasisinin, rıza senetlerinde, hekime karşı hasta ya da ailesi/yakınları tarafından dava açılmayacağına ilişkin verdiği taahhüt de geçersiz olmakta ve rıza senedinin bu açıdan hukuken geçerli bir işlevi bulunmamaktadır.

Batı dünyası'nda, yapılacak tıbbi uygulamalar için hastanın hekimi tarafından bilgilendirilerek rızasını/onamını alma fikrinin XIX. yüzyılda ortaya çıktığı⁷⁷,⁷⁸ ve hasta haklarının da oldukça yeni bir kavram olduğu göz önünde bulundurulduğunda, günümüzdeki aydınlatılmış onam uygulamasından farklı olarak, merkeze “hasta” yerine “hekim” yerleştirmiş⁷⁹ olsa da, Şer'îye sicillerinde XV. yüzyıldan beri yer alan rıza senetleri, Osmanlı İmparatorluğu'nda yazılı rıza uygulamalarına çok daha erken dönemde başladığını ve bunun yaygın bir uygulama olduğunu göstermesi nedeniyle, hem tıp, hem tıp etiği ve hem de tıp hukuku tarihimiz açısından çok önemli hukuki belgelerdir.

Kaynaklar

Acıduman, Ahmet ve Berna Arda. “Türkiye’de hekimlik uygulamalarının denetlenmesine tarihsel bir örnek: Osmanlı Kanunnameleri.” *21. Yüzyıl*

71 Ibid, 1309-1310.

72 Ibid, 1309.

73 Çetin, *İlk Osmanlı Hastanesi*, 122.

74 Bardakoğlu, “İslam hukukunda,” 529.

75 Kara and Aksoy, “Ottoman consent,” 1309.

76 Bardakoğlu, “İslam hukukunda,” 529.

77 Nermin Ersoy, “Aydınlatılmış onam öğretisinin gelişimi,” *T Klin Tıbbi Etik* 1 no. 1 (1995): 2.

78 Sarı, “Ethical aspects,” 13.

79 Kara and Aksoy, “Ottoman consent,” 1309.

Başında Yaşama Destek Tedavileri Etik ve Hukuksal Yönler 2. Uluslar arası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi-Bildiri Kitabı içinde, editörler Ayşegül Demirhan Erdemir, Sezer Erer ve Öztan Öncel, 821-828. İstanbul: Nobel Yayın Dağıtım Tic. Ltd. Şti., 2009.

Bardakoğlu, Ali. “İslam hukukunda doktor ve diğer sağlık personelinin hukuki mesuliyeti.” *K.Ü. Gevher Nesibe Bilim Haftası ve Tıp Günleri, 11-13 Mart 1982 Kayseri* içinde, 527-530, Ankara: Öztekin Matbaacılık.

Barkan, Ömer Lütfi. “XV. Asrın sonunda bazı büyük şehirlerde eşya ve yiyecek fiyatlarının tesbit ve teftişi hususlarını tanzim eden kanunlar I. Kanunnâme-i ihtisab-ı İstanbul-el-mahrûsa.” *Tarih Vesikaları* 1 no.5 (1942): 326-40.

Bayat, Ali Haydar. “Şer’iye sicilleri ve tıp tarihimiz I: Rıza Senetleri.” *II. Türk Tıp tarihi Kongresi, Kongreye Sunulan Bildiriler, İstanbul, 20-21 Eylül 1990* içinde, 39-52, Ankara: Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Türk Tarih Kurumu Basımevi, 1999.

Bayat, Ali Haydar. *Tıp Tarihi*. İzmir: Sade Matbaa, 2003.

Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun. *Kanun No:5013, Resmi Gazete: 09.12.2003-25311. Erişim Eylül 20, 2011. http://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com_content&task=view&id=104&Itemid=36.*

Çetin, Osman. *İlk Osmanlı Hastanesi Bursa Yıldırım Dârüüşşifası (Bursa Mahkeme Sicillerine Göre)*. İstanbul: Göz Nurunu Koruma Vakfı, Cem Ofset, 2006.

Ersoy, Nermin. “Aydınlatılmış onam öğretisinin gelişimi.” *T Klin Tıbbi Etik* 1 no. 1 (1995): 1-5.

Hasta Hakları Yönetmeliği, Resmi Gazete, Tarih: 01.08.1998; Sayı: 23420, Erişim Eylül 20, 2011. <http://sbu.saglik.gov.tr/hastahaklari/yonetmelik.htm>.

Kara, Mahmut A and Sahin Aksoy. “On the Ottoman consent documents for medical interventions and modern concept of informed consent.” *Saudi Med J* 27 no.9 (2006): 1306-10.

Özen, Şükrü. “İslâm hukukuna göre yanlış tedavide sorumluluk.” 38. *Uluslararası Tıp Tarihi Kongresi Bildiri Kitabı 1-6 Eylül 2002* içinde, editörler Nil Sarı, Ali Haydar Bayat, Yeşim Ülman, and Mary Işın M, Cilt 2, 737-752. Ankara: Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu, Türk Tarih Kurumu Yayınları, 2005.

Sarı, Nil. “Ethical aspects of Ottoman surgical practice.” *T Klin J Med Ethics* 8 no.1 (2000): 9-14.

Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun (1219). Erişim Eylül 20, 2011. http://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com_content&task=view&id=20&Itemid=28.

Tok, Özen. “Osmanlı Dönemi hekim-hasta ilişkileri (Kadı sicillerine göre XVII. ve XVIII. Yüzyıllarda Kayseri örneği).” *Turkish Studies* 3 no. 4 (2008): 788-805.

Trompoukis Constantinos and John Lascaratos. “Surgical operations during the Ottoman period. Informed consent according to documents of the Ottoman archives of Crete.” *T Klin J Med Ethics, Law and History* 10 no. 3 (2002): 163-7.

Uzunçarşılı, İsmail Hakkı. “Şer'i mahkeme sicilleri.” *Ülkü* 5 no. 25 (1935): 365-8.

Yücel, Yaşar ve Selami Pulaha. *I. Selim Kânûnnâmeleri (1512-1520)*. Ankara: Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu, Türk Tarih Kurumu Yayınları, 1995.

İlginiz için çok teşekkür ediyorum, sağ olun. (Alkışlar)

TIP ETİĞİ VE İDARE HUKUKU İLİŞKİSİ

1.ETİK (AHLÂK FELSEFESİ) DEĞER –AHLÂK (MORAL) KURALI NEDİR? HİYERARŞİK SONUÇLARI NASILDIR?

Etikğin temel şartı, iyi niyettir ve hürriyeti temel hedef almaktadır. Hürriyet ise, sınırsız ve kuralsız değildir. Etik; var olan iletişim ve eylem şekillerini, sorumluluklarının bilincinde bir fert olarak diğerleriyle beraber insanca şekillendirmek ve iyileştirmektir¹. Etik, başkaları hakkında ahlâkî yargılarda bulunan, insanların eylemlerini öven ya da kınayan herkesle ilgilidir². Etik, pratik alanda ortaya çıkan ahlâkın teorik boyutu olup, felsefenin ahlâkın bilgisine yönelik değerlendirmeleridir. Bir anlamda ise, ahlâkî yaşayış ilkeleri ve unsurları bilgisinin elde edilmesine yönelik felsefî bir faaliyet alanıdır³. Etik, ahlâkî değerlerdir. Ahlâkî değerler ise, “insanlar arasında çok değişik ilişkilerde söz konusu olan insan tutum ve davranışlarının ne ya da nasıl olması gerektiği ile ilgili istek ve dileklerimizdir.”⁴. Etik, epistemoloji temelli bir felsefe olup, ahlâkî davranışların temelindeki genel ilke ve yasaları araştırır. Burada ahlâkî davranışın kendisi değil, onun olmasını sağlayan temel ilkenin bilgi yapısını, özünü ve doğasını inceler. Bu durumda ahlâk felsefesi, davranışların ahlâkî özünü ve yapısını incelerken, etik, davranışların arkasındaki ilke ve temelleri bilgi açısından araştırmaktadır⁵. Ahlâk, kendisiyle

1 TINGÖY, Özhan: Bilişim Çağında Etik, Avcıol Basım Yayın, İstanbul-2009, s.135.

2 HAYNES, Felicity: Eğitimde Etik, Tercüme Eden: Semra Kunt AKBAS, Ayrıntı Yayınları, İstanbul-2002, s.17.

3 GÖKALP, Nurten: Duygu ve Etik, Ebabil Yayınevi, Ankara-2010, s.21.

4 ÖRS, Yaman: Etik'in Anlamı ve Anlamsızlığı, Derleyen: Zümrüt ALPINAR, Efil Yayınevi, Ankara-2011, s.66.

5 ÇÜÇEN, A. Kadir: Felsefeye Giriş, Asa Kitabevi, Bursa-2001, s.252-253.

barış içerisinde, başkalarıyla hürce yaşamayı sağlamaktadır. Ahlâk, sana şahsî olarak ifşa edilmiş, evrensel ve her durumda evrenselleşebilen gerekliliktir⁶. Etik, genel ahlâktan farklı olarak ahlâkın özü ve temelini, iyi ve kötü nedenlerin neler olduğunu inceler. Etiğin temel kavramları ise; iyi ve kötü, sorumluluk, erdem, yaşama saygı, adalet, vicdan ve özerkliliktir.

Ahlâk kelime olarak; mizaç, yaratılış, huy anlamına gelen “hulk” kelimesinin çoğuludur. İngilizcede ise, morality denilir. Ahlâk kelimesinin karşılığı olarak moral kelimesinin de kullanıldığı görülmektedir.

Ahlâk, şahıslar arasındaki davranışların değerleriyle ilgilidir. Ahlâk, davranışlarımız ne olmalı ya da olmamalı anlamındaki kuralardan oluşur. Ahlâk davranışları; doğru ve yanlış olarak ikiye ayırır. Ahlâk, toplum içerisinde yaşayan şahısların davranışları ve birbirleriyle olan ilişkilerini düzenleyen kurallar bütünüdür. Aktan’a göre, “Ahlak, insanlararası ilişkilerde nasıl davranılması (ya da nasıl davranılmaması) gerektiğini gösteren kendiliğinden oluşmuş(spontan) ve hazır bir değer yargıları sistemidir. Ahlak kuralları kendiliğinden oluşur, ancak daha sonra “hukuk kuralı” haline dönüşebilir.”⁷Ahlâkî değerler, kendiliğinden ve önceden oluştuğundan filozoflar tarafından getirilmiş ya da keşfedilmiş normlar değildir; ancak felsefe ile birlikte “iyi olan nedir?” ya da “kötü olan nedir?”, hangi eylem ve davranışlarımız doğru(yanlış) ve ahlakî(gayriahlakî)dir?” şeklinde sorular üzerinde filozofların antik çağ yunan düşüncesinden beri yaklaşımları ve tartışmaları olmuştur. Böylece ahlâk felsefesi diye bir disiplin doğmuştur⁸.

Ahlâk felsefesinin her zaman üç boyutu bulunur. 1.Yorumlayıcı Boyut: Ahlâkî oluşturanın ne olduğu, 2. Normatif boyut: İnsanların ne yapmaları gerektiği, 3.Eğitici ya da Düzeltici boyut: Hem insanların doğuştan gelen temayüllerinin nasıl ahlâkî beklentileri karşılayacak bir kalıba dâhil edilebileceği, hem de sefalet ve mutsuzluk tehdidi karşısında iyilik standartlarına uyan bir hayat tarzının nasıl kurulabileceği sorusunu cevaplamaya gayret etmektedir⁹.

“Ahlak; insanın (bireysel) sıfatındaki/doğasındaki, kötülük (rezillik/erdemsizlik, fücür) yönünden arındırılması (denetim altına alınması ve gerektiğinde/aşırılığında tedavisi) ve iyilik (fazilet/erdem, takva) yönünden geliştirilmesi (kemale erdirilmesi/bilgeleştirilmesi); ve böylece insanlara-

6 COMTE-SPONVILLE, André: Felsefeyi Takdimimdir, Tercüme Eden: S. Seza YILANLIOĞLU, 2. Basım, Altın Kitaplar, İstanbul-2006, s.26.

7 AKTAN, Coşkun Can: Ahlak Kavramı, <http://www.canaktan.org/din-ahlak/ahlak/ahlak-felsefesi/ahlak-nedir.htm> (Erişim tarihi: 08/08/2011, saat:11).

8 AKTAN, Coşkun Can: Ahlak Felsefesi, <http://www.canaktan.org/din-ahlak/ahlak/ahlak-felsefesi/ahlak-felsefesi.htm> (Erişim tarihi: 08/08/2011, saat:11:20).

9 HELLER, Agnes: Bir Ahlak Kuramı, Ayrıntı Yayınları, Tercüme Edenler: Abdullah YILMAZ/Koray TÜTÜNCÜ/ Ertürk DEMİREL, İstanbul-2006, s.17-18.

rası (toplumsal) ilişkilerin barışçıl (daha az kötü/zararlı, daha çok iyiyi/ yararlı) bir biçimde sürdürülmesi için; ilahî inayet ve insanî deneyimlere dayalı olarak oluşturulmuş bulunan, insanların/toplumun ve vicdanların çoğunluğunun değerini/önemini/faydasını kabul ettiği;(erdemli) düşünsel ve duygusal huylar/haller, (faydalı) davranışsal ve eylemsel etkinlikler ve bunların gerçekleşmesine yönelik değerler (değerleri belirten normlar/ilkeler/ kurallar/ ve öğütler) dir.”¹⁰

Etik, teori ile ahlâk ise, uygulamayla ilgilidir. Ahlâk yaşarken uyduğumuz kurallar olup, etik ise bu kurallara yol açan sistemlerdir¹¹. Etik ve ahlâk kurallarının farklı olması sebebi; etiğin ahlâk felsefesi, ahlâkın ise etiğin araştırma konusu olmasındandır. Ahlâk, kültürel değerler ve ideallerle ilgili doğru ve yanlışlar ile bunlara uygun olarak nasıl davranılması gerektiğini belirlemektedir. Etik ise, daha soyut(mücerret) kavramlara dayanmakta ve soyut kavramlardan ne anlaşılması gerektiğini tanımlamaya çalışmaktadır¹².

Etik yargılar oluşturarak öğütlerde bulunmak, neyin gerekli ya da zorunlu bulunduğuna dair değerlendirmelerde bulunmak normatif etik ile uğraşmak demektir. İlk düzey (seviye) soyutlama, pek çok şahsın etikle birleştirmiş olduğu etik usavurma türüdür. Normatif kararla, insan davranışlarına yön vermektedir¹³. Etik türlerinden olan normatif etik, insanların nasıl davranışta bulunmaları ile ilgili kurallar düzenleyerek bu kurallara uymalarını emreder ve gerekirse zorlar.

Ahlâk kurallarının uygulanmasını sağlayan yaptırım türleri: sosyal baskı, tabîi yaptırım, dinsel yaptırım ve psişik bir yaptırım olan, vicdan baskısıdır. Vicdan; bireyin, ya toplumla uzlaşarak ‘kötü’ kabul ettiği veya kendince, kendi kriterlerine göre kötü saydığı bir eylemi yapması durumunda hissettiği iç rahatsızlık, huzursuzluk veya aksine, ya yine toplumla birlikte kendisinin ya da yalnızca kendisinin ‘iyi’ olarak kabul ettiği bir eylemi yapması sonucunda duyduğu iç huzur ve rahatlık olarak tanımlanabilir. Birey bazen çok uzun zaman sonra bile, yaptığı ‘kötü’ bir eylemi itiraf ederek, cezasını çekip vicdanını rahatlatmak isteyebilir¹⁴.

Sober’e göre, “Bilim insanları arasında yaygın; ancak hiçbir anlamda evrensel kanı, bütün olguların bilimsel olgular olduğudur. Ahlâkî önermeler –neyin yanlış olduğuna dair önermeler- hiçbir bilimin konusu olmadığına

10 YARAN, Cafer Sadık: Ahlak ve Etik, Rağbet Yayınları, İstanbul-2010, s.9.

11 MARİNOFF, Lou: Felsefe Terapisi, Tercüme Eden: Erhan SÖKMEN, 3. Baskı, İstanbul-2005, s.214.

12 ÜLGİN, Hüseyin/ MİRZE, S. K: İşletmelerde Stratejik Yönetim, Literatür Yayıncılık, İstanbul-2004, s.442.

13 JARDİNS, Joseph R. Des: Çevre Etiği Çevre Felsefesine Giriş, Tercüme Eden: Ruşen KELEŞ, İmge Yayınevi, Ankara-2006, s.60.

14 ELMALI, Osman: “Bazı Tanrısız Dinler Örneklemeyle Etik Yaptırım Üzerine” Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 1 Erzurum-2004, s. 182.

göre, hiçbir ahlâkî olguda yoktur. Buradaki düşünce bilimde kanıların ve olguların, ahlâkta ise, sadece kanıların olduğudur.”¹⁵. Sober’in fikrî isabetsiz olup, ahlâkta sırf kanılar (görüşler, inanışlar, kanaatler) değil, aynı zamanda olgularda (vakalarda, hadiselerde) bulunmaktadır. Ahlâk, sadece toplumun değil, bütün bilimlerin oluşumunda ve uygulanmasında temel değerdir. Bilimi ahlâktan ayırmak, ahlâksızlığı önermektir.

2. ETİK DEĞER AHLÂK KURALI VE HUKUK KURALI MÜ- NASEBETİ

Hukuk: Şahısların şahıslarla, şahısların devletle, devletlerinde devletler ve milletlerarası cemiyetlerle ilişkilerini düzenleyen maddî müeyyideli(yaptırımlı) sosyal düzen kurallarına denir. Hukuk kuraları; genel, caydırıcı, soyut(mücerret) ve yaptırımı devletin önceden öngördüğü ve düzenlediği kurallardır.

Etik değerler ile hukuk kuralları arasındaki ilişki insan haklarından doğar. 1982 Anayasamızın 2. maddesinde, “...insan haklarına saygılı devlet...” demektedir. Önce insan hakları doğmuş ve hukuk düzeni bunlara uygun normlar yapmıştır. İnsan hakları etik ile hukuk arasındaki bağı kurmaktadır. “Hukuk; birinci anlamında insanın insanla (: kendi türdeşile), nesneyle (: eşya ile), çevresiyle (: toplumla, topluluklarla, kurumlarla, devletle); toplumların toplumlarla; devletlerin devletlerle —uluslararası düzeyde, ulusalüstü düzeyde— ilişkilerini düzenleyen kuralların tümüdür. Hukuk ikinci anlamında ise, birinci anlamındaki hukuka ilişkin temel bilgilerin tümünü kapsar. Söz konusu bilgiler, tarihsel nitelikli olabileceği gibi, aynı zamanda işlerlikte olan, geçerli olan ve uyulması gereken yasaları, kural-ları açıklayan, yorumlayan bilgilerdir.”¹⁶. Etiğin yalnızca hukukun ikinci anlamına (: bir bilgi dalı olarak hukuk) yakın bir yapıda olduğunu; nasıl ki eylem-norm ilişkisine ilişkin hukuk, uygulamadaki/geçerlikteki hukuka temel oluşturuyorsa ya da oluşturması gerekiyorsa, etiğin de ahlâk için temel oluşturduğunu, oluşturması gerektiğini ileri sürebiliriz¹⁷.

Hukukun öncelikle toplumsal barışı ve eşitliği sağlamaya yönelik bir değer ifadesi olarak ortaya çıkması yani adaleti gerçekleştirmeye yönelmesi, hukuku doğrudan ahlâk alanına bağlamaktadır. Ahlâkın genel değeri olan “iyi”, genişliği ile “adalet”i de kapsar. Diyebiliriz ki, adaletin iyi bir şey olması hukukla ahlâkın birbirlerini desteklemelerinin temel işaretidir; ancak salt

15 SOBER, Elliot: Biyoloji Felsefesi, İmge Kitabevi Yayınları, Ankara-2009, s.411.

16 ÇOTUKSÖKEN, Betül: “Hukuk Felsefesi: Kavramlar-Sorular-Sorunlar”, Felsefe Söyleşileri 6: Hukuk Felsefesi’nde yapılan konuşma, 01.04.2006. <http://www.betulcotuksoken.com/etik-hukuk-iliskisi/> (Erişim tarihi:08/08/2011, saat:13).

17 ÇOTUKSÖKEN, Betül: Etik-Hukuk-İlişkisi, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesinde yapılan konuşma, 17.12.2008. <http://www.betulcotuksoken.com/etik-hukuk-iliskisi/> (Erişim tarihi:08/08/2011, saat:13).

olarak ahlâka özgü bir alan –örneğin şahsın kendi kendisine karşı yükümlülükleri, toplumsal yaşamı aşan idealize edilebilir davranışlar alanı gibi, salt hukuka özgü-örneğin usûl hukukuna ilişkin düzenlemeler gibi alanların bulunması bağımsız düzenlemelere yol açabilir. İnsanın toplumsal bir varlık olarak tanımlanması ve adaletin de şahsî bir özellik olarak çıkabilmesine rağmen toplumsal bir değer olması ortaklaşa çok geniş bir alana işaret etmektedir¹⁸. Bu alana ait sorunlar ise, ahlâkî değerlerin rölativitesi ile açıklanamayacak kadar önemli ve toplumsal barış için kaçınılmaz olduğundan normatif düzenlemeleri gerektirecektir. Hukukun bütün değerlerin taşıyıcısı olarak toplumsal barışı garanti etmesi yani taşıyıcı bir zemin oluşturması bir taraftan ahlâk alanına bütünüyle sırtını dönmeyeceğini gösterirken diğer taraftan ahlâk alanının geniş bir şekilde hukuk içine taşınması ile bireyin kendini gerçekleştirme hürriyetini elinden alacaktır. İşte bu sebeplerle hukuk, salt toplumsal barışın gerçekleşeceği kadar bir alanı düzenleyip geri kalanında şahsî hürriyetlerin koruyucusu olarak varlığını göstermelidir¹⁹. “Etik, kanunlara uymak da demek değildir. Yasal sistemler bir çok etik standartları içermemektedir. Bazen de kanunlar etik standartlardan ayrılabilir. Kanunlar bazı durumlarda güçlü olanların elinde olmakta ve sadece belirli bir grubun çıkarları doğrultusunda oluşturulmakta ve kanunlarda etik olmamaktadır. Kanunlarda birçok konuda yetersiz hükümlere sahip olabilmektedir. Böyle durumlarda etik ön plana çıkmaktadır.”²⁰

Hukuk düzenince korunan değer, eğer genel ahlâk kurallarınca da gözetilirse, bu değerlerin toplumsal vicdanda da benimsendiğinin ve yazılı hukuk kuralı olmanın yanında toplumdaki etik alt yapıya da işlediğinin bir işaretidir. Hukukça korunan genel ahlâkî değerlerin ihlâli aynı zaman da hukukî ihlâldir. Genel ahlâkî değerlerin hukuk kuralı hâline gelmesi bu kuralların genel ahlâk kurallarınca korunmasını ortadan kaldırmaz. Bu noktada anayasal değerler bizce üst bir denetim aracı olmaktan önce, kavramın içeriğine dâhil, o’nu somutlaştıran hukukî varlıklara işaret edebilir. 1982 Anayasasının 48 inci maddesi, sözleşme hürriyetini temel hürriyet olarak düzenlediğinden, sınırlarından biri olarak genel ahlâk kuralları kavramının anayasaya uygun olması gerekir²¹.

“Etğin objektif ve sübjektif olarak iki tarafı vardır. Objektif tarafı hukuk

18 WEBER, Max: Protestan Ahlakı ve Kapitalizmin Ruhu, Hil Yayınları, İstanbul-1985, s.77.

19 İŞIKTAÇ, Yasemin: Hukuk, Etik İlişkisinde Yeni Gelişmeler”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt:58, Sayı:1-2, İstanbul-2000, s.10.

20 YEŞİL, Salih: Uluslararası İş Etiği ve Yönetimi, Adalet Kitabevi, Ankara-2011, s.62.

21 ATEŞ, Derya: Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlâka Aykırılık, Turhan Kitabevi, Ankara-2007, s.117.

sahasını, sübjektif tarafı ahlâk sahasını teşkil eder.”²²

Hukuk kuralları ile ahlâk kuralları gelişim süreçlerinde birbirlerinden etkilenmişlerdir. Amerikan ve İngiliz çalışmaları, ahlâkın bazen yargılama süreci vasıtasıyla zımnî ya da yavaş bir şekilde, bazen de yasama yoluyla açıkça ve aniden, hukukun akışını belirlediği çeşitli yollar sergilemiştir²³.

Sosyal hayır, şahıslar açısından ele alındığında, bir cemiyetin her üyesinin hayrının şartı olduğundan, birer beşerî (insanî) şahıs olan bu üyelerin hepsine müşterek olan hayırdır. Bu, sosyal hayır mefhumunun (kavramının) moral ifadesidir. Müşterek hayır ve sosyal hayır aynı etik mefhumun biri hukukî diğeri ahlâkî olan iki ifadesidir. Bu sebepten , sosyal hayrın moral formülü olan müşterek hayır, hukukun gayesidir; bir gaye kıymetine, etik bir kıymete sahip olan bir gayedir. Şu halde o, aynı zamanda, bütün hukuk kaidelerinin ortak temelidir²⁴.

Hukuk da ahlâkî şuura dayanmaktadır. İlk plânda ise, dışa taalluk eden bir nizam, ölçü ve şekil olarak tezahür etmektedir. “Ahlâk kanunu, insanı tek başına mevcudiyeti bakımından şâmindir; hukuk, insanlara fert olarak değil de, içtimaî müşterek hayatları itibariyle, kısaca insan topluluğuna hitap eder”. Bu ayrılığa rağmen hukuk ve ahlâk aynı menşeden, insan ruhu iradesinden, “aynı olması lâzım gelen” den gıdalaşırlar. Münferit insan ruhlarında ahlâk ve ferdi vicdan olarak tezahür eden aynı “olması lâzım gelen” (insaniyet idesi), nüvesinde taşıdığı küllilik (bütünlük) dolayısıyla bir taraftan içtimaî vicdan diğer taraftan hukuk halinde objektifleşip mücerretleşerek umumî bir norm, umumî bir ölçü olmaya doğru mütemadiyen (kesintisiz, arasız) gelişir²⁵.

Etik kurallar, geleneksel olarak kendiliğinden oluşur; ancak kabul gördükten sonra hukuk kuralı haline gelir. Etik kurallar, günümüzde etik davranış kodları (etikal code of conducts) adı altında yazı hale getirilip sistemleştirilmektedir. OECD başta olmak üzere çeşitli milletlerarası kuruluşlar, kamu hayatında etik değerleri sistemleştirmekte ve yazılı hale getirmeye çalışmaktadırlar. Bu çalışmaların amacı ise, ülkelerin etik alt yapılarını inceleyerek etik ilkeler konusunda uluslar arası standartları ortaya koyarak ve kamu hayatında etik anlayışın benimsenmesine yardımcı olmaktadır²⁶.

22 YÖRÜK, Abdülhak Kemal: Hukuk Felsefesi Dersleri, Birinci Kısım İkinci Tab’ı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No:155, İstanbul-1958, s.167.

23 HART, H.L.A: Hukuk, Özgürlük ve Ahlak, Dost Kitabevi, Ankara-2000, s.14.

24 ÇOBANOĞLU, Rahmi: Hukukta Gaye Problemi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No:225, İstanbul-1964, s.29-30. Aynı eserin 25. Sahifesinde Müellife göre, Hukuk, hukuk ilminin objesi olduğu tarif edildiğini ve hukuk ilminin de üç karaktere sahip olduğunu ifade etmektedir. Bunlar; -Hukuk ilmi, normatif bir ilimdir. -Hukuk ilmi, etik bir ilimdir. - Hukuk ilmi, etik ilimler arasında, sosyal değerlerin ilmidir.

25 ÇAĞIL, Orhan Münir: Hukuk Başlangıcı Dersleri (Hukukun Temelleri ve Hukuk İlminin Tarihi Tekâmülü), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No:217, İstanbul-1963, s.66.

26 YÜKSEL, Cüneyt: Devlette Etik, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, İstanbul-2010, s.28.

Etiği, insanların gündelik hayatlarıyla hiçbir içten bağlantısı olmayan salt akademik faaliyet kabul etmek hata olur²⁷.

Etik değerler, farklı toplumların farklı sosyo-kültürel değerlerinin bir arada objektifleştirilip oluşmasına rağmen, hukukî müeyyide içermemektedir.

Felsefenin alt disiplinlerinden olan etiğin (ahlâk felsefesinin), tıp meslek mensuplarının belirli davranışlarının ortak kabul görmesiyle oluşan ilkeler bütününe tıp etiği denir.

3. TIP ETİĞİ

3.1.GENEL OLARAK

Sağlık etiği, “Sağlıkla ilgili politikalardan, sağlıkla ilgili yapılan yasal düzenlemelerden kurumsal ya da kamusal programların yapılanmalardan dolayı ortaya çıkan değer sorunlarıyla ilgilenen biyoetik alandır.

Tıp etiğinin ele aldığı sorunlardan farklı olarak sağlık etiğinin ilgilendiği sorunlar daha büyük insan gruplarını etkilemektedir. Özellikle sınırlı kaynakların dağıtılması, sağlık hizmetlerinin ödenmesinde izlenecek ilkeler gibi konular sağlık etiğinin konuları arasındadır. Toplumsal düzeyde alınan kararların, uygulanan politikaların ve desteklenen düşünce biçimlerinin hem tıbbın çağdaş ve yerel tanımını etkilediği hem de tıp etiği alanındaki bireysel ilişkileri belirlediği düşünülecek olursa, sağlık etiği ile tıp etiği arasında önemli bağlantılar ve geçişmeler bulunduğu anlaşılır. Ayrıca sağlık etiği ile ekonomi, hukuk, sosyal bilimler ve kamu yönetimi alanları arasında da kesişmeler vardır. Tıp etiğinin klinik etik, hemşirelik etiği, genetik ve etik gibi alt çalışma alanlarına ayrılmasıyla sağlık etiği terimi hem yaygınlık hem de özgün bir içerik kazanmıştır. Biyoetik alanında yazılmış kaynaklarda geriye doğru gidildikçe sağlık etiği terimini kaybaldığı, konularının tıp etiği içinde yer aldığı görülür.”²⁸

Tıp etiği, insan ve hayatı söz konusu olduğu için tıp uygulamalarında kesinlikle ve dikkatle gözetilmelidir. Tıp, sadece(sırf) uygulama alanı olarak bir bilim dalı ve teknik beceri değildir. Tıp eğitiminde salt bilgi ve teknik beceriler öğretilmesi iyi hekim olmak için yeterli değildir. *“Tıbbın konusu olan insanın değerleri de ele alınmalı ve hasta başındaki uygulamalarda insanî değerler gözetilmelidir. Hekimin uğraşı olan insan ve ona ait dokular birer madde değildir. Her bir hasta ayrı ve özel kişi, dolayısıyla her bir hekimlik*

27 STROLL, A./LONG/A.A/BOURKE V.J./CAMBELL R.:Etik Kuramlar, Derleyen ve Çeviren:Mehmet TÜRKERİ, Lotus Yayınevi, Ankara-2008, s.12.

28 OĞUZ, Yasemin Neyyire/ TEPE, Harun/ BÜKEN, Nüket Örnek/ KUCUR, Deniz Kırmısoy: Biyoetik Terimleri Sözlüğü, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara-2005, s.212.

uygulaması özel bir durumdur."²⁹ Tıp etkinliği, vasıflı bir emek olup, üretici insan etkinliğidir. Tıp, bilimsel bilgileri kullanan teknik disiplindir. Deontoloji(ödev bilgisi, yükümlülükler bilgisi), " *kişilerin üzerlerine düşen ödev ve yükümlülüklerinin neler olduklarının bilmeleri anlamını taşımaktadır. Deontoloji sözcüğü felsefe alanında geniş olarak kullanılsa da uygulama alanında özellikle tıpta hekimler tarafından Tıbbî Deontoloji şeklinde kullanılmıştır. Burada deontoloji, hekimlerin bilmek ve uygulamak zorunda oldukları etik ilke ve kuralların neler olduklarını bildiren dizge anlamına gelmektedir.*"³⁰ Tıp etiği, tıp uğraş alanlarında ki kuralları; yorumlar, analiz eder, sorgular, eleştirir ya da savunabilir. Deontoloji ise, herhangi bir sorgulama olmadan hekimlerin uymaları gerekli olan kanunî ve ahlâkî yükümlülükleridir. Bu durumda, tıp etiği deontolojiyi de bünyesinde bulundurmaktadır. Ülkemizde hekimlerin meslekî faaliyetlerinde, hastalarıyla ve birbirleriyle ilişkilerinde uymakla yükümlü oldukları kurallar ise, Tıbbî Deontoloji Nizamnamesi olarak düzenlenmiştir.

Hasta, sağlık durumu iyi olmayan ve hekimin tıbbî teşhis veya müdahalesinin konusu olan şahıstır. Hastalık hâli; insanın içerisinde bulunmak istemediği, çaresizlik, bağımlılık ve güçsüzlük hâlidir.

3.2.TIP ETİĞİ İLKELERİ

"Tıbbi Etik" kavramını 19. Yüzyılın başlarında ilk ortaya atan Britanyalı hekim Thomas Percival'dir. Tıbbi etik, felsefî ve dinî ön kabuller tarafından desteklenen ve uygulanan normatif etiğin bir kolu olmaktadır.³¹ Tıp etiği ilkeleri kavramı ile tüm sağlık sistemi içerisinde faaliyet gösteren sağlık çalışanlarının uyması gerekli olan etik ilkeler akla gelmektedir. Hasta hakları açısından hastane yönetiminin etik uygulamaları; her bir hastanın haklarına saygı göstererek, hastalığın tedavi sürecinde hasta ile kamusal ve iç iş ilişkilerini etik yaklaşımlarla çözümleyerek, hastanın iyileşmesini sağlamaya çalışmaktır.³² Tıp etiği; sağlık alanındaki hâl ve davranışların, iyi ya da kötü açılardan değerlendirmeye tabi tutulmasıdır. Hukuk kuralları ile tıp etiği ilkeleri birbirinin karşısında olmayıp birbirini tamamlayan kurallar olmalıdır. Kanun koyucunun her olayı öngörüp düzenlemesi mümkün değildir. Kanunun bir olayı düzenlediği zamandaki olaylar ve ilişkiler za-

29 SARI, Nil: "Tıp Etiğinin Tanımı ve Gereği", SARI, NİL/ ALTINTAŞ, Ayten/BAŞAĞAOĞLU, İbrahim/ ÖZAYDIN, Zuhâl/ DOĞAN, Hanzade/ÜLMAN, Yeşim Işıl/ DİNÇ, Gülten/ HOT, İnci: Tıp Tarihi ve Tıp Hukuku Ders Kitabı, İstanbul Üniversitesi Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Yayınları, Yayın no: 249, İstanbul-2007, s.239.

30 AYDIN, Erdem: Tıp Etiği, Güneş Kitabevi, Ankara-2006, s.3-4.

31 DALLI, Mehmet; "Türkiye'de Hasta Hekim İlişkilerinde Etik Sorunları", Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, İzmir, 2000, s.23-24.

32 ÇOBANOĞLU, Nesrin; "Hastane Yönetiminin Hekim-Hasta İlişkisine Müdahalesinin Etik Boyutları", 1.Ulusal Uygulamalı Etik Kongresi Kitabı, Ankara, ODTÜ Yayınları, 2001, s.178.

manla değişebilir ve başkalaşabilir. Bu nedenle, kanunlar uygulanırken uygulandığı günün şartları dikkate alınmalıdır. Sağlık personelinin de meslekî faaliyetlerini düzenleyen hukuk kuralları bulunmaktadır. Tıbbî Deontoloji Nizamnamesi³³ de bunlardan birisidir. “ Tabip ve dış tabiplerinin, deontoloji bakımından riayetle mükellef oldukları kaide ve esaslar bu Nizamnamede gösterilmiştir.”(Md.1). Nizamname, hekimlerin birbirleriyle ilişkilerinde veya tıbbî teşhis ve müdahalelerde uyulması gereken ahlâk kurallarını bildirmektedir; fakat bir çok ahlâk kurallarını nizamname içermemektedir. Tıp meslekleri uygulamaları ile oluşan, etik değerler de bulunur. Hukuk kurallarınca düzenlenmemiş konularda uygulanan etik değerler hukukun genel prensiplerine aykırı olamaz. Eğer hukuk kurallarına aykırı tıp etiği kuralları oluşturulur ve uygulanırsa ilgililer cezalandırılır. Bir hekim meslek etiği ile hukuk kurallarının çatıştığı bir noktada hukuk kurallarına uyacaktır. Mahkemeler önlerine gelen tıbbî dâvâ da önce yazılı hukuku, sonrada örf ve adet kurallarını, burada da uygulanacak kural yoksa kural koyma (hukuk yapma) yoluna gidecektir (TMK. Md.1). Burada hâkim ihtilâfı çözerken yazılı kural bulunmaması halinde tıp meslek etiği ilkeleri hukuk kaynağı olarak uygulayacaktır.

Sağlık hizmeti sunucuları ile hastalar arasında ortaya çıkan etik sorunların çözümlenebilmesi için bazı etik ilkelere uyulması zorunluluğu ortaya çıkmıştır. Bu etik ilkeler gerek sağlık hizmetlerinde kalite bağlamında, gerekse müşteri memnuniyeti gibi kriterler göz önüne alındığında, tüm sağlık çalışanları için olmazsa olmaz değerleri kapsamaktadır. Tıp etiği ilkeleri kavramı ile tüm sağlık sistemi içerisinde faaliyet gösteren sağlık çalışanlarının uyması gerekli olan etik ilkeler akla gelmektedir³⁴.

Beauchamp ve Childress’in ileri sürdüğü ve uluslar arası tüm tıp camiasınca genel kabul gören 4 temel tıp etiği ilkesi bulunmaktadır. Bunlar ise; yararlılık ilkesi, zarar vermeme ilkesi, özerklik ilkesi ve adalet ilkesidir³⁵. Günümüzde bu ilkeler dışında, kötü davranmama (non-maleficence), gizliliğe saygı (privacy), sadakat (fidelity), özgürlük (liberty), doğruluk (veracity), sözünde durma (promise-keeping), gerçeği söyleme (truth-telling), sır saklama (confidentiality), eşitlik (equity) ve aydınlatılmış rıza (informed consent), hastanın dinî inançlarına saygı gibi ilkeler de bulunmaktadır.

10-11 Ekim 1998 târihinde Türk Tabipler Birliği 47. Genel Kurulu’nda

33 Tıbbî Deontoloji Nizamnamesi, Resmi GazeteTârihi: 19/02/1960, Sayı:10436.

34 ORHAN, Fatih: “Sağlık Hizmetlerinde Etik Boyut: Hastanelerde Çalışan Personelin Etiksel Sorunlara Yaklaşımlarının Belirlenmesine Yönelik Bir Alan Çalışması” Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hastane İşletmeciliği Bilim Dalı, Yayınlanmamış yüksek Lisans Tezi, Ankara -2007, s.64.

35 BEAUCHAMP, T.L., CHILDRRESS, J.F.; Principles of Biomedical Ethics, New York Oxford University Press, 4 th ed., 1994, s. 3-43.

kabul edilmiş olan Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın 6. maddesinde, hekimin hastanın özerkliğine karşı saygılı olması gerektiği zikredilmiştir. "Görevlerini yerine getirirken, hekimin uyması gereken evrensel tıbbi etik ilkeleri yararlılık, zarar vermeme, adalet ve özerklik ilkeleridir." (TTB MEK Md.6).

a)Yararlılık İlkesi (Principle of Beneficence)

Yararlılık ilkesi hekimlik mesleği kadar eski bir ilkedir. Hekim hastasını tedavi ederken onun mutlak yararını gözetmek zorundadır. Hekim hastası için faydalı olanı yapmak zorundadır. Babanın çocuğuna davranır gibi hekimde hastasına öyle davranarak sahiplenir ve tüm olumsuzluklardan korursa bu davranış paternalist(babacı) davranış olarak değerlendirilir. Paternalist davranışta, hekim sadece tıbbî müdahalede bulunan şahıs değil, ahlâk konularında da kendisini otoriter kabul ederek hasta hakkında karar vermektedir. Tıbbî Deontoloji Nizamnamesi'ne göre, "Tabip ve dış tabibinin başta gelen vazifesi, insan sağlığına, hayatına ve şahsiyetine ihtimam ve hürmet göstermektir.

Tabip ve dış tabibi; hastanın cinsiyeti, ırkı, milliyeti, dinî ve mezhebî, ahlâkî düşünceleri, karakter ve şahsiyeti, içtimaî seviyesi, mevkii ve siyasî kanaati ne olursa olsun, muayene ve tedavi hususunda âzamî dikkat ve ihtimamı göstermekle mükelleftir."(TDN. Md.2).

Hasta Hakları Yönetmeliği'ne ³⁶ göre, "Sağlık hizmetlerinin sunulmasında aşağıdaki ilkelere uyulması şarttır:

a) Bedeni, ruhi ve sosyal yönden tam bir iyilik hali içinde yaşama hakkının, en temel insan hakkı olduğu, hizmetin her safhasında daima gözönünde bulundurulur.

b) Herkesin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkını haiz olduğu ve hiçbir merci veya kimsenin bu hakkı ortadan kaldırmak yetkisinin olmadığı bilinerek, hastaya insanca muamelede bulunulur.

c) Sağlık hizmetinin verilmesinde, hastaların, ırk, dil, din ve mezhep, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç ve ekonomik ve sosyal durumları ile sair farklılıkları dikkate alınamaz.

Sağlık hizmetleri, herkesin kolayca ulaşabileceği şekilde planlanıp düzenlenir.

d) Tıbbi zorunluluklar ve kanunlarda yazılı haller dışında, rızası olmaksızın kişinin vücut bütünlüğüne ve diğer kişilik haklarına dokunulamaz.

e) Kişi, rızası ve Bakanlığın izni olmaksızın tıbbi araştırmalara tabi tu-

36 Hasta Hakları Yönetmeliği, Resmi Gazete, Tarih: 01.08.1998; Sayı: 23420.

tulamaz.

f) Kanun ile müsaade edilen haller ile tıbbi zorunluluklar dışında, hastanın özel hayatının ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.”(HHY. Md.5).Mezkûr hükümle bütün hastalar arasında ayrımcılık yapmadan yararlı olunması gerektiği ve yararlı olunmasını istemenin hasta açısından bir hak olduğu bildirilmektedir.

10-11 Ekim 1998 târihinde Türk Tabipler Birliği 47. Genel Kurulu’nda kabul edilmiş olan Hekimlik Meslek Etiği Kurallarının 5. maddesinde hekimin hastaya yararlı olması gerektiği zikredilmiştir. “Hekimin öncelikli görevi, hastalıkları önlemeye ve bilimsel gerekleri yerine getirerek hastaları iyileştirmeye çalışarak insanın yaşamını ve sağlığını korumaktır. Meslek uygulaması sırasında insan onurunu gözetmesi de, hekimin öncelikli ödevidir. Hekim, bu yükümlülüklerini yerine getirebilmek için, gelişmeleri yakından izler”(TTB MEK Md.5).

“Kanunun tayin etmiş olduğu sınırlar içerisinde, hekim uygun gördüğü her türlü müdâvât (hastalığa karşı tedbir alma, tedavi etme) icrasında serbesttir. Aynı zamanda, hastanın moralinin düzelmesine yardımcı olarak, müessir olacak tedaviyi düzenlemelidir. Mümkün olabilecek araştırmalar ve tedavileri düzenlerken bunların, avantaj ve mahzurlarını da göz önünde bulunduracaktır.” (FTDN. Md.8)³⁷.

Hastaya yararlı olma ilkesi, Hekimlik Ahlâkı Uluslararası Kanunu ile Dünya Tabipler Birliği’nin 1949 yılında Londra’da yapılan Üçüncü Genel Kurulu’nda benimsenmiş olup, Dünya Tabipler Birliği’nin 1968 yılında Sidney’de yapılan Yirmiikinci Genel Kurulu’nda, Dünya Tabipler Birliği’nin 1983 yılında Venedik’de yapılan Otuzbeşinci Genel Kurulu’nda ise ilke geliştirilmiştir.

b)Zarar Vermeme İlkesi (Principle of Nonmaleficence)

Yararlı olma ve zarar vermeme ilkeleri, kişinin sağlayacağı yararı en yüksek düzeye çıkarma ve karşılaşabileceği riski en az düzeye indirme ahlâkî yükümlülüğünü içermektedir³⁸.

Başkalarına zarar vermemek, sakınmak ve kötülük yapmamak hekimlik mesleğinin en temel kuralı haline gelmiştir. Hipokrat’a atfedilen “her şeyden önce zarar verme” veya “hiç olmazsa zarar verme” (primum non nocere) hekimlere bugünde yol göstermektedir. Zarar, sadece fiil ile değil ihmâl ile de gerçekleşebilir. Hastanın mahremiyet hakkına ve sırrına saygı göstermek

37 Fransa Tıbbî Deontoloji Tüzüğü, <http://www.hayad.org.tr/content/view/72/41/> (Erişim Târihi: 16/08/2010, Saat: 14:20).

38 Araştırma Etik Kurulu Üyeleri Kılavuzu, Avrupa Konseyi Biyoetik Yürütme Kurulu (CDBI), Türkiye Bioetik Derneği, yayın No: XV, Çeviren:Yeşim Işıl ÜLMAN 2. Baskı, İstanbul-2011, s.8.

gerekir. Hekimlik mesleği, büyük sorumluluk isteyen risklerle dolu meslektir. Hekim tedavisinde hasta iyileşmeyebilir. Hekimlerin sorumluluğu için yarar/zarar dengesi önemlidir. Hipokrat yeminin de, “Becerilerimi hiçbir zaman zarar vermek için kullanmayacağım; ben zehir isteyeneye onu vermeyeceğim”. Burada hekimin temel hedefi hastanın menfaatidir. Hekim hastanın iyileşmesi için ne gerekiyorsa ona zarar vermeden tedavi etmesi gerekir.

Roma Hukukunda, *Iustinianus*, ahlâka aykırı olarak yapılması istenilen, zarar, hırsızlık gibi işlerde vekâletin geçerli olmadığını bildirmektedir.

Iust., Inst. 3.26.7: “Illud quoque mandatum non est obligatorium quod contra bonos mores est, veluti si Titius de furto aut damno faciendo aut de iniuria facienda tibi mandat”.

Iust., Inst. 3.26.7: “Ahlâk ve adaba aykırı olarak yapılan (contra bonos mores) vekâlet de borç doğurmaz, meselâ, Titius, hırsızlık, zarar (damnum) ya da iniuria yapmak için sana vekalet verilse”.

Hekimler tıbbî müdahalelerde bulunurken zarar vermeme konseptini uygulamak zorundadırlar. Türk Borçlar Kanunu’na göre, “Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür.

Zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de, bu zararı gidermekle yükümlüdür.”(TBK Md.49).

“Tecrübe maksadı ile insanlar üzerinde hiç bir cerrahi müdahale yapılmayacağı gibi aynı maksatla, kimyevî, fiziki veya biyolojik şekilde herhangi bir tedavi de tatbik edilemez.

Klâsik metotların bir hastaya fayda vermeyeceği klinik veya lâboratuvar muayeneleri neticesinde sabit olduğu takdirde, daha önce, mûtat tecrübe hayvanları üzerinde kâfi derecede denenmek suretiyle faydalı tesirleri anlaşılmış olan bir tedavi usulünün tatbiki caizdir. Şu kadar ki, bu tedavinin tatbik edilebilmesi için, hastaya faydalı olacağının ve muvaffakiyet elde edilmemesi halinde ise mûtat tedavi usullerinden daha elverişsiz bir netice alınmayacağının muhtemel bulunması şarttır.

Evvelce tecrübe edilmiş olmamakla beraber, zarar vermesine ihtimal bulunmayan ve hastayı kurtarması katî görülen bir müdahale yapılabilir.”(TDN. Md.11). “Hekimler, henüz denenmemiş ve hayali herhangi bir ilacı tehlikesizce kullanabilirsiniz diye reklamını yapamazlar. Her türlü şarlatanlık faaliyeti yasaklanmıştır.”(FTDN Md.39). “Hekim, hastasını yersiz yere, hayatını tehlikeye atabilecek, herhangi bir araştırma, tedavi veya müdahaleden çekinmelidir.” (FTDN Md.40).

c) Özerkliğe Saygı İlkesi (Principle of Respect For Autonomy)

Özerkliğe saygı ilkesi, hasta haklarına saygı göstermeli, tedavi etmek için ön bilgiler vererek hasta aydınlatılmalı ve rızası alınmalı; ancak burada hastanın serbestçe ve kendi iradesiyle özgür iradesi bulunması gerekir³⁹. Aydınlatılmış rıza, hekimlerin hasta özerkliğine saygısını ifade eder. Hekimler mümkün olduğunca hasta özerkliğine saygı duymalı ve beceriksiz (ya da bilinçsiz) hastalar için derhal tıbbî müdahalede bulunmalıdır. Şahıs özerkliği için, kendi aklı ile hürce davranmalıdır. Şahsın özerk olması için ise, yeterli (competence) olması gerekir. Hasta özerkliğine saygı ilkesi demek, hastanın kendi hakkında hekimin vereceği tıbbî karara katılması demektir.

Yararlılık ilkesi 1960 yılından itibaren özerklik lehine etkisini yavaşlatmaya başlamıştır. Hekim hastasının sadece tıbbî yararını öngörmeyecek; onun özerk (autonomy) şahsından neşet eden haklar kullanmasını sağlayacaktır. Bu da özerkliğe saygı ilkesi gereğidir. Özerklik ayrı, özerkliğe saygı ayrıdır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. Maddesinde, “yaşama hakkına saygı ilkesi” şahsın özerkliğini ifade etmektedir.

1982 Anayasamızın 17. Maddesi ve Türk Medenî Kanunu'nun 23. Maddesi;-Hastanın karar verme hürriyeti, -Hayat, sağlık ve vücut bütünlüğü üzerindeki hakları olmak üzere iki ilke teminat altına alınmıştır. Tıbbî Deontoloji Nizamnamesi'nin 13. ve 14. Maddelerinde aydınlatma yükümlülüğü öngörülmüştür. Hekim isterse kanser gibi ağır hastalıklarda hastalığın akıbet ve seyrinin saklanması karar verebileceği belirtilmektedir. Aydınlatma, hastanın sağlığı ile maneviyatı üzerinde olumsuz tesirde bulunma ihtimali yoksa yapılmalıdır. Hekim durumun şartlarını gözeterek olumsuz durumu hastaya bildirmeyebilir. Bu hüküm Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 31. Maddesinde hekim ve tıbbî müdahaleler için geçerli olacak şekilde düzenlenmiştir. Buna göre, “Rıza alınırken hastanın veya kanuni temsilcisinin tıbbi müdahalenin konusu ve sonuçları hakkında bilgilendirilip aydınlatılması esastır.

Hastanın, uygulanacak tıbbi müdahale için verdiği rıza, bu müdahalenin gerektirdiği sair tıbbî işlemleri de kapsar. Ancak, tıbbi işlemlerin uygulanmasında, bu Yönetmelik'te ve diğer mevzuatta belirlenen hakların ihlal edilmemesi için azami ihtimam gösterilir.”(HHY. Md.31/If).

“Tabipler, dış tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evveleminde

39 ERDEMİR, Ayşegül Demirhan: Tıpta Etik ve Deontoloji (Yirmibirinci Yüzyılda) Nobel Tıp Kitabevleri, İstanbul-2011, s.111.

muvafakatini alırlar. Büyük ameliyei cerrahiyeler için bu muvafakatin tahriri olması lazımdır. (Veli veya vasisi olmadığı veya bulunmadığı veya üzerinde ameliye yapılacak şahıs ifadeye muktedir olmadığı takdirde muvafakat şart değildir.) Hilafında hareket edenlere ikiyüzlü Türk Lirası idarî para cezası verilir.

Bu Kanunda yazılı olan idarî para cezaları mahallî mülkî amir tarafından verilir.” (TŞTİDK. Md.70).

“Tabip ve dış tabibi, hastaların vaziyetinin icabettirdiği sıhhi ihtimamı gösterir. Hastanın hayatını kurtarmak ve sıhhatini korumak mümkün olmadığı takdirde dahi, ıstırabını azaltmaya veya dindirmeye çalışmakla mükelleftir.

Tabip ve dış tabibi, hastasına ümit vererek teselli eder. Hastanın maneviyatı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimali bulunmadığı takdirde, teşhise göre alınması gereken tedbirlerin hastaya açıkça söylenmesi lazımdır. Ancak, hastalığın vahim görülen akıbet ve seyrinin saklanması uygundur

Meş’um bir pronostik hastanın kendisine çok büyük bir ihtiyatla ihsas edilebilir. Hasta tarafından; böyle bir pronostiğin ailesine açıklanmaması istenilmemiş veya açıklanacağı şahıs tayin olunmamış ise, durum ailesine bildirilir.”(TDN. Md.14).

Hastanın özerkliği, hastanın aydınlatılması ile başlayan ve hür iradesi ile tıbbî müdahaleye rıza göstermesi veya reddetmesi ile oluşan süreçtir. Hastanın aydınlatılmış rıza ile tercihini ortaya koyması, üç farklı sonuç açısından önem taşır. Etik önemi: Otonomiye saygı; Hukukî önemi: Kişinin kendi geleceğini kendisi belirlemesi; Psikolojik önemi: Kontrol şeklinde ifade edilmektedir⁴⁰.

“Hekim muayene ettiği hastasına, durumu ve yapılacak tetkikleri hakkında doğru dürüst izahatta bulunmalıdır. Bütün hastalık süresince, hastanın şahsiyetini nazar-ı itibare alarak anlatacağı şeyleri dinlemeli ve kendisini anlayışla karşılamalıdır. Bazı durumlarda hastaya eğer hastalığı vahim bir teşhise dayanıyorsa, hekim bunu hastadan gizlemeli. Ancak başkalarına sirayet edecek bir hastalık bahis konusu ise o zaman doğrusunu söylemelidir.”(FTDN.Md.35).

d) Adalet İlkesi (Principle of Justice)

Adalet muhtevası belirsiz bir kavram ve eski Yunanda, adaletsizlik ol-

40 JONSEN, Albert R./ SIEGLER, Mark/ WINSLADE, William J.: Clinical Ethics, Fifth Edition, New York 2002, s.48 vd, Nakleden:Atiye UYGUR,: Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Medeni Hukuk) Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara-2009, s.74, dipnot:251.

masaydı adalet bilinmezdi denilerek adaletsizlikle adalet belirleme yoluna gidilmiştir.

Adalet önce, sübjektif ve objektif olmak üzere ikiye ayrılır. Sübjektif adalet, erdem (fazilet) anlamında şahsî bir özelliği ifade eder. Şahsın bu özelliği, onun sürekli bir şekilde haklı olana yönelmesini, hakkı yerine getirmeye uygun zihniyet ve tutumunu ve herkese kendisine düşeni vermek konusundaki sürekli ve değişmez bir çabasını göstermektedir.

Objektif adalet ise, şahsın bir özelliğini değil aksine onun bu özelliğine uygun olarak somut(müşahhas) durumlarda yerine getireceği münasebetin bir özelliğini ifade eder. İşte burada ilgilenilen adalette bu anlamda adalettir; çünkü insanlararası ilişkileri düzenleyen kuralların bütünü olarak hukukun, bu düzenlemede gerçekleştirmesi gereken adalet sözkonusudur.

Adaleti, mutluluğa karşı seçenek ya da mutluluğu tercih edilebilir olarak değerlendirme bizleri saçma sapan açmazlara düşürür. Bir kere adaleti bizler mutluluğun “en iyi biçimde dağılımı” için bir araç olarak kabul edersek, bu zıtlıkların ortadan kalktığı görülür⁴¹. Adalet toplumun faydasının biricik kökeni ve temelidir⁴². Sağlık hizmetlerinin dağıtımında adalet ilkesine uyulmalıdır. Adalet; sağlık hizmet yerlerindeki her türlü tıbbî kaynağın objektif olarak ihtiyaçlara göre dağıtımıdır. Hastanede yatan aynı durumdaki hastalara ve refakatçilere, meslekî, iktisadî ve idârî konumlarına bakılarak farklı muamele de bulunulmamalıdır. Bu sadece tıbbî ilgi değil, sağlık personellerinin şefkat, güler yüz gibi temel insanî yaklaşımlarında aynı şekilde olması gerekir.

Adaletin soyut bir politikadan ziyade şahsî bir erdem olduğunu ifade etmek; adaletin her şeyden önce bir benlik duygusu, şahsın dünyada, özelliklerde toplumsal dünyadaki yerine dair bir duygu olduğu ifade edilmektedir⁴³. Adalet haklarla ilgilidir. Hukukun temel amacı adaleti gerçekleştirmektir. Diğer toplumsal düzen kuralları adaleti gerçekleştirmeyi temel amaç olarak edinmemiştir.

Kamu hastanelerinde ücret karşılığı özel hasta odalarının tahsis edilmesi adalet ilkesini bozmaz. Hastalar tedavi edilirken serviste de özel odada da kalsa, eşit muamele görmesi gerekir. Hasta ziyaretlerinde dâhi hastalar arasında adaletsizliği uyandıracak, ziyaretçi sayılarına ve saatlerine riayet edilmelidir. Elbette ki ölümcül hastayı son defa geriden veya tıbbî şartlara

41 HAZLİTT, Henry: Ahlâkın Temelleri, Tercüme Eden: Mehmet AYDIN, Recep TAPRAMAZ, Ankara-2006, s.307.

42 HUME, David: Ahlâk, Dergah Yayınları, İstanbul-2010, s.25.

43 SOLOMON, Robert C.: Adalet Tütüsü, Tercüme Eden: Ertuğ ALTINAY, Ayrıntı Yayınları, İstanbul-2004, s.58.

göre yakından görmek isteyen ziyaretçiler için izin verilmesi hastalar arasında adaletsizlikler oluşturmaz. Burada önemli olan aynı durumdaki hastaya aynı muamelenin yapılmasıdır.

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 25. Maddesine göre, "Herkesin yeterli sağlık hizmetinden yararlanma hakkının olduğu" bildirilmektedir.

Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanun⁴⁴una göre, "Sağlık hizmetlerinin sosyalleştirildiği bölgelerde hasta muayene ve tedavisi bu kanunun 16 ncı maddesi hükümleri dairesinde ücret tabi olan ilaç bedelleri ve aşağıda zikredilen haller hariç parasızdır. a) Sağlık ocağı tarafından sevk edilmedikleri halde sağlık merkezlerine veya hastanelere veya sağlık merkezi ve bir hastaneden diğer bir hastaneye sevke dilmenden hastanelere müracaat edenler (Acil vakalar hariç),

b) Sağlık hizmetlerinin sosyalleştirilmediği bir bölgeden gelip de müracaat ettiği ocak bölgesinde ikametleri 90 günü aşmamış olanlar (Mahallin mülki amirlerinden fakirlik belgesi alanlar hariç),

c) Bölgede yaşayan halkın çalışma saatleri nazarı itibara alınarak tayin edilen mesai saatleri dışında ve tatil günlerinde nöbetçi olmayan hekim ve yardımcı sağlık personeline muayene ve tedavi olmak isteyenler,

Sosyalleşmiş bölgelerden herhangi bir sebeple geçici olarak ayrılan ve kendi ocak hekimleri tarafından verilen sağlık fişlerini ibraz edenlerin muayenesi bulundukları yerlerdeki ocak hekimleri veya bunların hastayı sevk ettikleri müesseselerde veya şahıs sağlık hizmetlerinin sosyalleştirilmediği bir bölgeye gittiği takdirde orada Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığınca tayin edilen müesseselerde ücrete tabi değildir."(Md.14). Mezkûr hükümle, hastaya acil tıp hizmetlerinde adaletli davranılması gerektiği düzenlenmiştir.

Tıbbî Deontoloji Nizamnamesi'ne göre, "Tabip ve dış tabibinin başta gelen vazifesi, insan sağlığına, hayatına ve şahsiyetine ihtimam ve hürmet göstermektir.

Tabip ve dış tabibi; hastanın cinsiyeti, ırkı, milliyeti, dini ve mezhebi, ahlâki düşünceleri, karakter ve şahsiyeti, içtimai seviyesi, mevkii ve siyasi kanaati ne olursa olsun, muayene ve tedavi hususunda azamî dikkat ve ihtimamı göstermekle mükelleftir."(TDN. Md.2).

Hasta Hakları Yönetmeliği'ne göre, "Hasta, adalet ve hakkaniyet ilkeleri çerçevesinde sağlıklı yaşamanın teşvik edilmesine yönelik faaliyetler ve koruyucu sağlık hizmetleri de dahil olmak üzere, sağlık hizmetlerinden

44 224 Sayılı Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanun, Resmî Gazete Tarihi:12.01.1961 Sayısı:10705.

ihtiyaçlarına uygun olarak faydalanma hakkına sahiptir. Bu hak, sağlık hizmeti veren bütün kurum ve kuruluşlar ile sağlık hizmetinde görev alan personelin adalet ve hakkaniyet ilkelerine uygun hizmet verme yükümlülüklerini de içerir.”(HHY. Md.6). Böylece, madde başlığında ifade edildiği gibi, hastanın “Adalet ve Hakkaniyete Uygun Olarak Faydalanma” hakkı temel hasta hakkı olarak düzenlenmiştir.

10-11 Ekim 1998 tarihinde Türk Tabipler Birliği 47. Genel Kurulu’nda kabul edilmiş olan Hekimlik Meslek Etiği Kurallarının 7. maddesinde hekimin hastaya karşı adaletli ve tarafsız olması gerektiği zikredilmiştir. “Hekim görevlerini her durumda hastaları arasındaki siyasal görüş, sosyal durum, dini inanç, milliyet, etnik köken, ırk, cinsiyet, yaş, toplumsal ve ekonomik durum ve benzeri farklılıkları gözetmeksizin yerine getirmekle yükümlüdür.” (TTB MEK Md.7).

3.3 Tıp Etiği İlkelerinin Çatışması

Tıp uygulaması sırasında karşılaşılan etik sorunlarda belli bir karara varabilmek için etik ilkelerden yararlanılmasında hekimler ve öteki sağlık çalışanları gerçekte güç bir süreç yaşarlar. Bir etik sorun meydana getiren her tıp olayı kendine özgü şart ve gereklere sahiptir. Dolayısıyla etik ilkelerin her olayda yer alma biçimi olayın kendine özgüdür. Günümüz ilke anlayışının da dile getirdiği bu durum, etik sorun çözümünde son derece dikkatli olmayı gerektirir. Bir etik sorun karşısında hekim hangi ilkeleri benimsemiş olursa olsun bu ilkelerin her birinin sorun karşısında az ya da çok yerinin olduğunu görecektir. Bu anlamda ilkelerin kullanımıyla ilgili değişik yaklaşımlar bulunmaktadır. İlkelerin birbirleriyle çatıştığı durumların daha iyi anlaşılması için burada bazı örnekler vermek uygun olacaktır⁴⁵.

Hastaya, sağlık personeli, hastane şartları gibi sebeplerle etik ilkelerin biri ya da birden fazlası uygulandığı gibi ihmalde edilebilir. Hastanın aydınlatılmış rızası alındığında tıbbî müdahaleye izin vermeyeceği anlaşıyorsa, yararlılık ilkesi gereği tıbbî müdahalede bulunulur; fakat hastanın karar vermesi yani özerklik ilkesi ihmal edilmiş olunur. Burada önemli olan, uygulanan ilke ile ihmal edilen ilkenin hangisinin hukuk kurallarınca norm haline getirilmiş olduğudur. Hukuk kurallarınca düzenlenen tıp etiği ilkesinin ihmal edilmemesi gerekir. Kısaca, uygulanacak ya da ihmal edilecek tıp etiği ilkeleri hukuk kurallarınca düzenlenmiş ise o’na uygun davranılması gerekir.

4. İDÂRE HUKUKU VE HUKUK BOŞLUĞU

İdare hukuku; idârî kurumların oluşturduğu düzenleyici kurallar, emirler ve kararlardan oluşur. İdâre hukuku kuralları, ahlâk kuralları ve adalet

45 AYDIN, Erdem/ ERSOY, Nermin: “Tıp Etiği İlkeleri”, Türkiye Klinikleri Tıbbi Etik Ankara-1995, s. 2-3.

ilkeleri açısından değerlendirme yapılarak tenkit edilebilir. İdare hukuku kurallarının ihlâlinde, hukukî ve cezaî müeyyideler oluşur.

“İşte İdare Hukuku: Devletin kolektif ihtiyaçlarını tatmin için vaki faaliyetlerinden ve fertlerin bu nevi ihtiyaçları bakımından Devletle olan münasebetlerinden doğan bir hukuk dalıdır”⁴⁶. İdare hukuku denildiğinde kamu idâresinden bahsedilir ve kamu idaresine uygulanan hukuk dalıdır. İdare açısından irade serbestisi geçerli değildir. İdârenin iradesi yazılı hukuk kurallarıyla sınırlandırılmış ve üstün nitelikte olup, özel şahsın iradesinden üstündür. İdare hukuku alanında irade eşitliği söz konusu olamaz. İlgilinin talebi olabilir; fakat bu hiçbir zaman idârî işlemi iki taraflı hale getirmez. Bu işlem tek taraflı işlem olup, idârenin iradesini açıklamasıyla oluşur. Şunu diyebiliriz ki, çoğu zaman işlemin hukuka uygunluk şartı olarak ilgilinin talebi ya da rızası gerekebilir; fakat işlemin oluşumu itibarıyla bir sonuç doğurmaz.

İdare hukuku büyük ölçüde faaliyetlerle ilgilenir. İdare bazı fiillerini hukuka aykırı gerçekleştirir, bazı fiillerinde de zarar verici sonuçlar meydana getirir.

İdare hukuku statüler hukukudur. Statü; belirli bir hukukî duruma girmek, orada kalmak ya da oradan çıkmaktır. Bu statüler kanunla olur, ferdî anlaşmalarla olmaz.

İdare hukuku büyük ölçüde yargı kararlarına dayanan bir hukuk dalıdır. İdare hukukunun oluşumunda, idârî yargı yerlerinin verdiği kararlar önemli rol oynamıştır. Bugün idare hukukunda kullanılan bir çok temel ilke idârî yargı kararlarıyla ortaya çıkmıştır. Bunlardan bir kısmı kazaî içtihat olarak devam ederken, bir kısmı da Anayasa ve kanunlara girerek kurallaşmıştır.

İdare hukuku diğer hukuk kurallarından farklı olarak, kodifiye(tedvin) edilmemiş (bir araya toplanmamış) tır. Yani mevcut kanunlar toplanarak genel bir kod halinde çıkarılmamıştır.

İdare hukukunun kaynakları; idare hukukunda kanunilik ilkesi gereği, anayasa, kanun, kanun hükmünde kararname, tüzük, yönetmeliktir. Yargı içtihatları, idârî örf ve adetler (idârî teamül ve tatbikat) ve idare hukuku öğretisidir.

5. TİP ETİĞİ İLE İDARE HUKUKU FENOMENİ

Türk Medenî Kanunu’nun 1. Maddesi, “Kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa, ...” (TMK. Md.1/2f) demek suretiyle bütün yazılı hukuk

46 ONAR, Sıddık Sami: İdare Hukuku, Birinci Cilt, İkinci Bası, İstanbul-1944, s.3.

kurallarının hepsini kanun olarak manalandırmıştır⁴⁷.

Hukuk kurallarının en tepesinde Anayasa kuralları bulunmaktadır. Bu bakımdan bütün hukuk kuralları varlığını ve geçerliliğini Anayasa hükümlerinden alır⁴⁸. Başka bir ifade ile bütün kanunların Anayasaya aykırı olmaması temel ilkedir. Kanunlar, kanun hükmündeki kararnameler, tüzükler(nizamnameler), yönetmelikler(talimatnameler), önergeler(talimatlar, direktifler, yönergeler) ve genelgeler(tamimler) geçerliliklerini kendilerinden önceki hukuk kurallarından alırlar.

Hukuk kuralları sadece mahkemeler tarafından uygulanmaz, idarî organlar da hukuk kurallarını uygulamak zorundadır. Hatta şahıslar da kendi aralarında hukuk kuralları uyguladığı görülmektedir. Burada teknik anlamda hukuku uygulama değil, hukuka uyma söz konusudur. Bu nedenle hukukun özel ve teknik anlamda uygulanması mahkemeler tarafından gerçekleştirilmektedir.

Hâkim önüne gelen davaya kendi görev ve yetki alanında ise bakmak zorundadır. Hâkim ihkak-ı haktan imtina (deni de justice) edemez. Diğer ifadeyle, hak dağıtmaktan kaçınmaz . Hâkimin yargı görevi esnasında bazı filleri sebebiyle sorumluluğu, Hukuk Muhakemeleri Kanununun 46. maddesinde düzenlenmiştir. Mezkûr madde de, “ Hâkimlerin yargılama faaliyetinden dolayı aşağıdaki sebeplere dayanılarak Devlet aleyhine tazminat davası açılabilir:..” diyerek devamında hakimlerin sorumlu tutulabileceği haller tahdidi olarak 6 bent halinde belirlenmiştir. Bunlardan (e) bendinde ise, “ Hakkın yerine getirilmesinden kaçınılmış olması.” Zikredilerek hâkimin önüne gelen uyuşmazlığı çözmek zorunda olduğunu ve çözmemesi hâlinde tazminat sorumluluğu olacağı bildirmiştir.

Mahkemeye gelen davaya uygulanacak kanun hükmü yoksa kanun boşluğu oluşur. Kanun boşluğu, kanunla düzenlenmesi gereken hususun düzenlenmemesi veya olaya uygulanacak yazılı hükmün bulunmamasıdır. Türk Medenî Kanunumuz, hâkimin davaya uygulayacağı kanunun sözüyle yetinmeyip özüne de inmesi, araştırması gerektiğini bildirmektedir. Davaya uygulanacak kanun hükmü yoksa kanun boşluğu oluşur, bu durumda örf

⁴⁷ “Kanun, sözüyle ve özüyle değiştiği bütün konularda uygulanır. Kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa, hâkim, örf ve âdet hukukuna göre, bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verir.

Hâkim, karar verirken bilimsel görüşlerden ve yargı kararlarından yararlanır.” (TMK.Md.1). Türk Medenî Kanunu, Kanun No: 4721, Kabul Tarihi: 22.11.2001.

⁴⁸ “Egemenlik, kayıtsız şartsız Milletindir. Türk Milleti, egemenliğini, Anayasanın koyduğu esaslara göre, yetkili organları eliyle kullanır. Egemenliğin kullanılması, hiçbir surette hiçbir kişiye, zümreye veya sınıfa bırakılamaz. Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz.”(Any. Md.6). Türkiye Cumhuriyet Anayasası (Kurucu Mecliste Kabul Tarihi: 18.10.1982; Halkoyuna Sunulmak Üzere Tasarının Resmî Gazetede İlanı: 20.10.1982-17844; Kanunun Halkoyu ile Kabul Tarihi: 7.11.1982; Halkoyu Sonucunun Yayımlandığı Resmî Gazete Tarihi: 9.11.1982-17863 Mükerrer), Kanun No: 2709, Kabul Tarihi :7.11.1982

ve âdet (gelenek ve görenek, töre, ethos, consuetudo) hukukuna başvurulur. Örf ve âdet hukukunda da uygulanacak hüküm bulunmamasında hukuk boşluğu oluşur ve hâkimin kendisi kanun koyucu olsa idi nasıl bir hüküm koyacak idiye ona göre hüküm koyar. Hâkim hukuk kuralları koyarken bilimsel(ilmî) ve yargısal(kazaî) içtihatlardan yararlanır⁴⁹.

“İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir.” (Any. Md.123/If) denilmektedir. İdarî yargıda görülen bir hizmet kusuru dâvâsında, “düzenli idare ilkesi” gereği, hâkim öncelikle yazılı kurala bakacak, eğer yazılı kural yoksa idârî örf ve adet kurallarına, bu kurallarda yok ise, hukuk boşluğu doğacağından kural koyarak önüne gelen dâvâyı sonuçlandırmak zorundadır. İdâre hâkimi, hukuk boşluğu durumlarında etik değerleri; dâvâya uygulanacak mevzuatın ve idârî örf ve adet kuralının olmamasında hukuk kaynağı görerek dâvâya uygulamak zorundadır. “Müellifler idarenin an’anelerinin ve ahlakîyatının da bir hukuk kaidesi kuvvetinde olduğunu ve bunlara mugayir bir tasarrufunda iptali lazım geldiğini kabul ederler.”⁵⁰

Hâkim, dâvâda ister genel değerler olsun ister meslekî değerler olsun öncelikle mevcut yasaları uygulamalı, eğer kanun yoksa başka toplumsal unsur aramalı ki etikte bu değerlerden biri olup uygulamalıdır⁵¹. İdâre hukukunda tıp etiği kuralları, kanun boşluklarında örf ve adet hukuku yerine değil, hukuk boşluklarında hâkim kural koyarken hukuk kaynağı olarak uygulanır. İdâre hukukunda özel hukukta uygulanan örf ve adetlerin karşılığı idârî teamüller görülse de, idârî teamüller usûl kuralları ve idâre hukukunda kanunîlik ilkesi vardır. Bu nedenle, hukuk boşluklarında hâkim dâvâyı karara bağlamak için kural koyarken tıp etiği değerlerini kaynak olarak kullanır.

Sarı’ya göre, hukuk; etik değerlerin ve ölçülerin hepsini kapsamamaktadır. Kanun koyucular ve yürütücüler haklı olarak, ahlâka aykırı her konuyu kanunlaştırmazlar. Bu sebeple son yıllarda, yargıyı destekleyen “yasa ötesi” düzenlemeler yapmışlardır. Bunlardan, hastane etik kurulları, araştırma etik kurullar, etik danışmanlık birimleri hasta hakları birimleri, etik kurslar ve çeşitli etik kılavuzları, etik kodlar, bildirgeler vb. Sağlık çalışanlarının bazen kanunlarla karşı karşıya gelebildiğini düşündüğümüzde bu yeni çözümlerin

49 DOĞAN, Cahid: “Hukuk Kurallarının Etik Değerlerle Münasebeti”, Prof. Dr. Ali Naim İNAN’a Armağan, Seçkin Yayınları, Ankara-2009, s.283-296.

50 ONAR, Sıddık Sami: İdare Hukuku, Birinci Cilt, İkinci Bası, İstanbul-1944, s.217.

51 AYDIN, Erdem: Tıp Etiği, Güneş Kitabevi, Ankara-2006, s.5.

değeri ortaya çıkmaktadır⁵². 663 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile, Sağlık Bakanlığı Sağlık Meslekleri Kurulu'nun görevleri arasında “ c) Sağlık mesleklerinin etik ilkelerini belirlemek.”(Md.23/VI). ve Kamu Hastane Birliği Genel Sekreteri'nin görevleri arasında ise “f)Hasta hakları, hasta ve çalışan memnuniyeti ve hastaların sosyal ihtiyaçlarına yönelik hizmetlerin geliştirilmesini, tıp ve kamu görevlileri etik ilkelerinin uygulanmasını sağlamak.” olarak belirtilmiştir (Md. 31/I)⁵³. Böylece, tıp etiği ilkeleri idârî kurul tarafından belirlenerek, hukukî nitelik hâline gelecektir. Tıbbî Deontoloji Nizamnamesi'ndeki mücerret (soyut) etik anlayışı yerini, her olaya önceden belirlenen kazuistik (somut) etik anlayışına bıraktığı görülmektedir.

Tıp etiği ilkesi, tıp hukukunun ana kaynaklarından ve tıp hukukunun benimsediği birçok prensibi bulundurğu çok rahat bir şekilde gözlenmektedir; ancak hukuk ve etiğin çatıştığı yerler nadirde olsa bulunmaktadır. Etik değerler ideal toplumdaki yola çıkarken hukuk kuralları zaman zaman daha gerçekçi hareket etmekte ve işte tam bu noktada, hukukun elindeki kılıç zorba yönünü de ortaya koymaktadır⁵⁴. Hukuk kuralları, şahısları uymaya “zorunlu” kılar, etik kodlar ise “gereklilik” bağlamında şekil alır. Şahıs, bir etik kodu kendine rehber alarak olaylar karşısında “gerekliliğine” inandığı tutum ve davranışları gösterebilir. Kanun ile etik kodlar arasındaki bu ayrımara karşılık konu alanına göre, bazı etik kodlar kendine özgü yaptırım konanları geliştirmekte bir kanunî düzenleme olabilmekte ya da bir meslek alanında olduğu gibi disiplin yaptırım aracı hâline de gelebilmektedir⁵⁵. **“Etik Yönergesi:** Etik açısından “doğru” bir meslek etkinliğinin kurallarını ve ilkelerini ortaya koyan metinlerdir. Bu metinlerde sözkonusu kural ve ilkeler yapısal bir bütün olarak bulunurlar. Tüm uğraş alanını kapsayan etik yönergelerin yanında, uğraşın belirli bir etkinliğini düzenleyenlerde vardır. Etik yönerge ortaya koyan kurumlar genellikle o uğraşın örgütleridir. Bunlar resmî (devlete bağlı) ya da sivil toplum örgütleri olabilirler; etkinlik alanları ulusal ya da uluslararası düzeyde olabilir.”⁵⁶ Meselâ: İdâre hukuku mevzuatı olan, Tıbbî Deontoloji Nizamnamesi, TTB Hekimlik Meslek Etiği Kuralları. Tıbbî Deontoloji Nizamnamesi hükümlerine hekimler uymaları kanunî zorunluluktur. Hekimlerin etik ödevlerinin neler olduğunu bildirir. Hekim-

52 SARI, Nil: “Tıp Etiğinin Tanımı ve Gereği”, SARI, NİL/ ALTINTAŞ, Ayten/BAŞAĞAOĞLU, İbrahim/ ÖZAYDIN, Zuhâl/ DOĞAN, Hanzade/ÜLMAN, Yeşim Işıl/ DİNÇ, Gülten/ HOT, İnci: Tıp Tarihi ve Tıp Hukuku Ders Kitabı, İstanbul Üniversitesi Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Yayınları, Yayın no: 249, İstanbul-2007, s.244.

53 663 Sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat Ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, Resmî Gazete Târihi: 2 Kasım 2011, Sayı : 28103 (Mükerrer).

54 HAKERİ, Hakan: Tıp Hukuku, 4. Güncellenmiş Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara-2012, s. 55-56.

55 AYDIN, Erdem: Tıp Etiği, Güneş Kitabevi, Ankara-2006, s.7.

56 OĞUZ, Yasemin Neyyire/ TEPE, Harun/ BÜKEN, Nüket Örnek/ KUCUR, Deniz Kırmısoy: Biyoetik Terimleri Sözlüğü, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara-2005, s.93.

lerin karşılaştığı her olayın düzenlenmesi nizamnamede olmayabilir. Diğer taraftan, hekimler yaptığımız davranış etik değerlere uygundur, uygulama böyledir diyemez, ilgili hukuk kuralına uymak ve uygulamak zorundadır.

Tıp etiği kodları, tıbbî müdahale sürecinde, hastaya tıbbî standartlara uygun iyi davranışta bulunma ve zararlı davranıştan kaçınma ilkelerinin objektif olarak uygulamaya yönelik yazılı ya da yazısız kural olarak bulunan, yazılı olarak düzenlendiğinde kanunları açıklayıcı ve itaate zorlayıcı olabileceği gibi sağlık hizmetlerindeki ideal hedefleri gösteren davranış kuralları da olabilir. Tıp etiği ilkesi, bir disiplin olarak, teşhis ve tedavi teknolojilerinin tıbbî etkilerini anlamada disiplinlerarası örtüşmedir.

Tıp ilerledikçe hukuk, insan üzerinde deney, tüp bebek, kürtaj, yapay döllenme, gen manipülasyonları, yeni ilaçların geliştirilmesi, organ nakilleri gibi daha bir çok konuda tıbbın gerisinde kalmaktadır. Ortaya çıkan idârî ve etik sorunların çözümünün sağlanmamasıyla arzu edildiği şekilde geliştirilmemektedir. Gelişmiş ülkelerde hukuk alanı tıbbın gelişmesine paralel olarak düzenlenerek bu gelişmeye yardımcı olmaktadır⁵⁷.

Özel değerler, bir hukuk kuralına uyum sağlama etrafında öncülük etme ve hukuk sistemine güvenilmesini kazandırmaz. Özel değerler, hukuk sistemiyle ilintili olma eğiliminde olmalarına rağmen hukuk sistemine uygun değildir ve önemsiz olmamalarına rağmen ne de zıttır. Yani; bu değerlerden birisi bir problemin çözümünde tercih hakkı olarak verildiğinde diğer değerler, tıp ve diğer felsefî sistemler tarafından desteklenen bazı değerler gibi muhtemelen iptal edilmiştir. Değerler genellikle adalet içeren hukukla ilintili olmakta, gelişme ve verimliliğe karşı olarak; eşitlik, tabiatında olan farklılıklara veya kalite ölçülerine karşı olarak; beklenen süreç, ilmî delillere karşı ve şahsî olarak, birisinin hayatı veya vücudu üzerinde kendi kararlarını vermeye karşı olarak; yarar, psikolojik dayanışma veya ortak refaktır. Hukukun değerleri genellikle liberal toplumunun şu özellikleridir: Verilen hürriyet sınırları dâhilindeki düzenleme yetkisini içeren; ancak sınırsız hürriyet olmayan şahsî otonomi. Özellikle çoğulcu demokrasilerde hukuk, çoğunluk tarafından uygun görülen ahlâkî düzenlemenin uygulamaya koyduğu sınırlar üzerinde kurulur, dolayısıyla birçok kişisel tercihler müdahaleden korunur⁵⁸.

Tıp kanunları büyük oranda etik kavramlara ve görüşlere dayanmakla beraber, davâya bakan hâkim hüküm verirken, etik ilkeleri değil kanunları

57 BAŞAĞAOĞLU, İbrahim: "Tıp Deontolojisi ve Tıp Hukuku", SARI, NİL/ ALTINTAŞ, Ayten/ BAŞAĞAOĞLU, İbrahim/ ÖZAYDIN, Zuhul/ DOĞAN, Hanzade/ÜLMAN, Yeşim Işıl/ DİNÇ, Gülten/ HOT, İnci: Tıp Tarihi ve Tıp Hukuku Ders Kitabı, İstanbul Üniversitesi Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Yayınları, Yayın no: 249, İstanbul-2007, s.247.

58 ALEXANDER, Morgan Capron: "Law and Bioethics", Encyclopedia Of Bioethics 3rd Edition, Volume 3, Edited By: Stephen G. POST, USA-2004, s.1373.

uygulamak zorundadır. Tıp etiği ilkeleri ile tıp hukuku birbirini karşılıklı uyarmakta ve ikisi de çok defa benzer ilkeleri, yükümlülükleri ve ölçüleri kullanmaktadır. Ahlâkî değerlendirme ile hukukî değerlendirme birleşse-ler dahi, birbirinden farklı sağlık çalışanların yükümlülükleri, hizmetin maliyeti, zararın karşılanması gibi sonuçlar ortaya çıkarmaktadırlar. Bu sebeple kanuna uyan şahsın her zaman ahlâklık ya da erdemli olduğu ileri sürülemeyeceği gibi, bir durumun kanunca kabul edilmesi ahlâkça kabul edileceği anlamına gelmez⁵⁹.

Bir hukuk kuralı ihlâli sonuçları; belirli ahlâkî pozisyonların hukukî olarak zorlanmaması bazı zamanlar tartışılmaktadır; çünkü onları kodlayan hukuk kuralları, her halükarda ihlâl edilecek ve onların gizlice yaptığı ihlâller birçok trajik sonuçlara yol açabilecektir. Bu nedenle, kürtaşı yasaklayan hukuk kuralları, bayanların sadece güvenli ve kanunî olmayan ve ayrıca çok tehlikeli kürtaşlarla uğraşmaları uzun süredir tartışılmaktadır. Bundan başka, gönüllü olarak ötenaziye veya ölüme izin vermeyi yasaklayan hukuk kuralları da, sadece gönüllü ötenazinin gizli sözleşmeleriyle ve hasta ölümüne izin veren kanunî olmayan kararlarla sonuçlanması da tartışılmakta ve bu kararlar kötüye kullanılabilir. Kötüye kullanılmalarla ilgili birçok çalışma (örneğin Bedel ve Delbanco; Evans ve Brody tarafından yapılan) 1980’lerde bu yöndeki kararlara hükmeden daha resmî ilkeleri tanıtmıştır. Belirli fiillerin niçin kanundışı olmaması gerektiği sebepleri ise; ahlâkî olabilir veya olmayabilir. Bu kanunî düşünceler, sorgudaki davranışların bir olayın suç olup olmadığı için tartışan diğer kişiler tarafından dengede tutulması gerektiği birçok yazar tarafından tartışılmalıdır. Bunlar, sorgudaki davranışların zararlı sonuçlarının kapsamını ve diğerlerinin hakkına tecavüzüyle ilgili kapsamları da içerir. Buna ek olarak, bunlar ahlâkdışı olsa bile kanundışı fiilleri yapma düşünceleri vardır⁶⁰.

Tıbbî yükümlülükler; hekimin mesleğini uygularken uyması gereken kanunî ve moral kuralların tümüdür. “Tıbbî deontoloji” ise bunların bilgisidir. Bu yönüyle de alanın deontolojisini “normatif bilgi” saymak gerekmektedir. Deontoloji ders içeriğini oluşturan normatif sistemlerin başlıcaları; “etiket kurallar, moral(pratik ahlâk)” ve mevzuattır⁶¹.

59 SARI, Nil: “Tıp Etiğinin Tanımı ve Gereği”, SARI, NİL/ ALTINTAŞ, Ayten/BAŞAĞAOĞLU, İbrahim/ ÖZAYDIN, Zuhul/ DOĞAN, Hanzade/ÜLMAN, Yeşim Işıl/ DİNÇ, Gülten/ HOT, İnci: Tıp Tarihi ve Tıp Hukuku Ders Kitabı, İstanbul Üniversitesi Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Yayınları, Yayın no: 249, İstanbul-2007, s.243.

60 BRODY, Baruch A.: “Law and Morality”, Encyclopedia Of Bioethics 3rd Edition, Volume 3, Edited By: Stephen G. POST, USA-2004, s.1379.

61 ARDA, Berna: “Normatif Sistemler, Tıbbî Fiil ve Sorumluluk Kavramları”, Deontoloji, Genişletilmiş 2. Baskı, Berna ARDA, Yasemin OGUZ, Serap ŞAHİNOĞLU PELİN, Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi ANTİP A.Ş. Yayınları, No:37, Ankara-1999, s.146.

“Aslında hekimin sorumluluk alanı içinde hukukçunun görevini düşünmek yadırganabilir; çünkü tıbbilimsel olarak neyin doğru olduğunu söyleyen hekim değil midir? Gerçekten ancak bir tıp uzmanı bir ameliyatın bilimsel kurallara uygun olarak gerçekleştirildiğini veya gerçekleştirilmediğini belirtebilir. Fakat sorun yalnız tıbbilimsel gerçeğin saptanması değildir. Bir hekimin bir ameliyata, yaşamsal bir önem taşıyan bir organ aktarmasına, ister hastanın rızasıyla ister rızası dışında olsun, girilip girilemeyeceği sorunu hekimin karar verme yetkisini aşar ve hukukçu tarafından cevaplandırılmak gerekir. Çünkü hukuk düzeni bireylerin toplum içindeki yaşamını, çok doğaldır ki, hekim ve hasta arasındaki ilişkiyi düzenlemektedir. Bir müdahale iyileştirme amacıyla tıbbilimsel olarak mümkün hatta yasak olmayabilir, fakat buna rağmen toplumun ve hastanın çıkarına karşı çıktığı için yasaklanmış olabilir. Ayrıca hekimler de insanlarla hayvanların aynı yöntemlerle iyileştirilmediklerini bilmektedir.⁶² Hint Vedaları Hippokrates’den beri hekimler uğraşlarıyla ilgili kurallar koymuşlardır ve onlara uygun davranmaktadırlar. Fakat hukuk düzenine ahlâkî ilkelerden etkilenecek ve özellikle yasanın boşluk gösterdiği durumlarda, törel(ahlaki) ve törel görüşler açısından elde edilen ve hukuk düzeninin temelinde yatan değer yargılarına dönüş zorunlu olacaktır. Zaten yargıç bilimsel kuralların etkisi altında kalacak, sağlam ve inandırıcı nedenler olmadan ondan sapamayacaktır. Fakat bu kurallar yargıcı a priori bağlamaz. Aynı zamanda bir ahlakçı da hukukçuyu, ileri sürdüğü bilimsel nedenlerle (arguman) etkilemek isteyecektir ve o dahi yargıca bağlayıcı emirler veremeyecektir.”⁶³

Tıbbî müdahale sürecindeki bir davranış, etik olmayabilir; fakat bu davranış idâre hukuku kurallarına uygun olabilir. Bu durumda hukuka karşı tıp etiği kuralı uygulanmamalıdır.

1219 Sayılı Tababeti ve Şuabatı Tarzı İcrasına Dair Kanun; hekimin yaptığı meslekî faaliyeti sanat görerek, faaliyetlerine serbestlik vermektedir. Hekim, meslekî kararlarında herhangi bir zorlama ile karşılaşmaması ve tıp etiği ilkelerinin mevzuat hâline getirilmesi gerekir.

İdâre hukuku kuralları, gerek uygulanırken gerekse ihlâlî halinde arkasında devlet desteği olduğu için güçlüdür. Tıp etiği kuralları ise, tıbbî değer yargıların ortak kabulünden meydana geldiği ve arkasında devlet desteği

62 JASPERS, Karl: Felsefe ve Dünya, Münih-1968, s.161. Nakleden: HİNDERLİNG, Hans: “Organ Aktarmasının Ortaya Çıkardığı Hukuk Sorunları”, SchWeizerische Juristen-Zeltug, Mart 1968, Tercüme Eden: YURTCAN, Erdener, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Sayı:5, İstanbul-1969, s.19-20.

63 HİNDERLİNG, Hans: “Organ Aktarmasının Ortaya Çıkardığı Hukuk Sorunları”, SchWeizerische Juristen-Zeltug, Mart 1968, Tercüme Eden: YURTCAN, Erdener, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Sayı:5, İstanbul-1969, s.19-20.

(kamu idâresi) olmadığından zayıftır. Tıp etiği kuralları gücünü fertlerin kolektif vicdanından almakta ve sağlık mesleğinde çalışan insanları sınırlamaktadır. İdâre hukuku kurallarına herkes uymak zorunda ve ülkede yaşayan herkese yöneliktir. Tıp etiği kuralları ise, sağlık meslek mensuplarının vicdanlarına yöneliktir.

26 04/2005 târih ve 3077 sayılı Bakanlık oluru ile yürürlüğe giren Hasta Hakları Uygulama Yönergesi'ne gereği kurulan, Hasta Hakları Kurulu tarafından bir Hekimin uyarılması sebebiyle açılmış dâvâda ilk derece (bidayet) Mahkemesi, “ ...Diğer taraftan, Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 46'ncı maddesinde kamu personeli hakkında müeyyideler bildirilmiş olup mevzuatın öngördüğü disiplin cezalarının yetkili amir ve kurullarca usûlüne göre takdir edilmesi dışında Hasta Hakları Kurulu'nca disiplin cezası verilmesi yolunda bir düzenleme de getirilmemiştir.

Dava dosyasının incelenmesinden, uzman doktor olan davacı hakkında hasta yakını tarafından yapılan şikâyet başvurusu üzerine çalıştığı sağlık kurumunun Hasta Hakları Kurulu tarafından yapılan değerlendirmeye sonucu bir hak ihlali tespit edilemediği ancak davacının “hizmetleri sırasında hasta haklarına duyarlı davranmaması” yolunda uyarıyı içeren dava konusu işlemin tesis edildiği anlaşılmakta olup herhangi bir disiplin cezası içermediği; uyarı yazısı niteliğinde olduğu görülmektedir.

Bu durumda, ortada kesin ve yürütülmesi zorunlu ve davacının hakkını ihlâl eden icrai bir işlem bulunmamaktadır.” Gereğesiyle oy birliği ile karar verilmiş olup, dâvâcının temyiz etmesi neticesi, Danıştay temyiz gerekçelerini uygun bularak ilk derece mahkemesinin kararını tasdik etmiştir⁶⁴.

Bazı tıp etiği kuralları hukuk kuralı haline dönüştüğü görülmektedir. Organ ve Doku Nakli Kanunu, Tıbbî Deontoloji Nizamnamesi gibi. Mezkûr nizamnamenin 18. maddesinde, acil hallerde tıbbî müdahalede bulunma zorunluluğu getirmiştir. Tıp etiği ilkelerinden yararlılık ilkesi gereğince, hekim tıbbî müdahalede bulunmak zorundadır. Bu durumda, tıp etiği ilkesi ile mevzuat aynı konuda birleşmiştir. Mevzuatla düzenlenmemiş tıp etiği konuları ise, tıbbî değer yargılar esas alınarak felsefî usûllerle çözümlenmeye çalışılır. Tıp etiği ilkelerinin bu çözümleri önemli bir hukuk kaynağıdır. Kanun, toplumsal ihtiyaçtan çıkarılır. Tıp hukuku kuralları ise etik değer yargıları esas alınarak konursa sağlık mesleği çevresinde meşruiyeti daha da etkin olur.

İstanbul Bakırköy 2 Nolu Aile Sağlık Merkezi Hekimi ile üzerine

64 Sakarya İdare Mahkemesi'nin 20/01/2006 târih ve Esas no:2005/4079, Karar No: 2006/67 sayılı kararı, Danıştay 12. Dairesi'nin 04/11/2008 târih ve Esas no:2006/3361, Karar No: 2008/5618 sayılı kararı.

kayıtlı hastası arasında muayene ve tahlil konusunda karşılıklı isnat-
larda bulundurduğu, en son hastanın özel hastaneden aldığı kan tahlillerinin
yapılmasının istenildiği, saygısız tutum üzerine hastanın uyarıldığı, hasta
“senin neyine saygı duyacağım bunlar profesörün tahlilleri sen kimsin ki “
şeklinde hitap ederek aile hekimini çalışma ortamında rencide edici tutum
ve davranış sergilediği, bununla ilgili olarak Aile Sağlığı Merkezinde görevli
personel ile tutanak tanzim edilmiş, bu nedenle aile hekimi tarafından idare-
reden hastanın kendi hasta listesinden çıkarılarak başka bir aile hekimine
kaydedilmesi talep edilmiş, başvuru idarece reddedilmiştir.

Bunun üzerine aile hekimi... .., red işleminin iptali talebiyle İstanbul
1. İdare Mahkemesine dava açılmış olup, mahkemenin 11.04.2012 tarih
ve E.2011/1007-K.2012/743 sayılı kararında;

19.02 1960 tarih ve 10436 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlü-
ğe giren Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinin 13 üncü maddesinin “Tabip ve
diş tabibi, ilmî icaplara uygun olarak teşhis koyar ve gereken tedaviyi tatbik
eder. Bu faaliyetlerinin mutlak surette şifa ile neticelenmemesinden dolayı,
deontoloji bakımından muaheze edilemez. Tababet prensip ve kaidelerine
aykırı veya aldatıcı mahiyette teşhis ve tedavi yasaktır. Tabip ve diş tabibi;
teşhis, tedavi veya korunmak gayesi olmaksızın hastanın arzusuna uyarak
veya diğer sebeplerle, akli veya bendeni mukavemetini azaltacak her hangi
bir şey yapamaz.”

18 inci maddesinin “Tabip ve diş tabibi, âcil yardım, resmî veya insani
vazifenin ifası halleri hariç olmak üzere, mesleki veya şahsi sebeplerle hastaya
bakmayı reddedebilir.

19 uncu maddesinin “ Tabip ve diş tabibi mesleki veya şahsi sebepler-
le, tedaviyi bitirmeden hastasını bırakabilir. Ancak, bu gibi hallerde, diğer
bir meslektaşın tedavi veya müdahalesine imkân verecek zamanı evvelden
hesaplayarak hastayı vaktinde haberdar etmesi şarttır. Hastanın bırakıl-
ması halinde hayatının tehlikeye düşmesi veya sıhhatinin zarara uğraması
muhtemel ise, diğer bir meslektaş temin edilmedikçe, hastayı terkedemez.
Hastayı bu suretle terkeden tabip veya diş tabibi, lüzum gördüğü veya hasta
tarafından talep edildiği takdirde, tedavi zamanına ait müşahade notlarını
verir.” şeklinde düzenlendiği belirtilerek;

“Dava konusu uyuşmazlıkta aile hekimi davacı ile hastası arasında
karşılıklı yaşanana diyaloglardan bu hususta tutulan tutanaktan hekim hasta
arasında olması gereken güven ilişkisinin ve duygusunun zedelendiği, bu
durumun sağlıklı ve düzenli bir muayeneye engel olacağı, çalışma barışı ve
düzenine zarar vereceği, hastanın kendisini muayene eden hekime güveni-

nin olmaması halinin tedavide olumsuz sonuçlar doğurup ileride telafisi imkânsız zararlar vereceği acık olup, bu doğrultuda davalı idarece davacının haklı kabul edilebilecek olan başvurusunun değerlendirilip ilgili hastanın mağduriyet oluşmayacak şekilde aile sağlık merkezi içerisinde bir başka hekim ile değiştirilmesi mümkün iken aksi yönde tesisi olunan işlemde hukuka uyarlık görülmemiştir.” gerekçesi ile dava konusu işlem iptal edilmiştir.

İstanbul 1. İdare Mahkemesi’ nin bu kararına karşı İstanbul İl Sağlık Müdürlüğü’ nce 19.07.2012 tarihinde Danıştay nezdinde temyiz başvurusunda bulunulmuştur.

İdare hukuku kuralları ihlâl edildiğinde Devlet Memurları Disiplin Yönetmeliği’ ne göre, disiplin cezalarına çarptırılır. Mevzuat haline gelmemiş ya da Mahkemelerce benimsenmemiş tıp etiği kurallarının ihlâli hâlinde ise, herhangi bir maddi müeyyide bulunmamaktadır.

BİBLİYOGRAFYA

AKTAN, Coşkun Can: Ahlak Kavramı, <http://www.canaktan.org/din-ahlak/ahlak/ahlak-felsefesi/ahlak-nedir.htm> (Erişim târihi: 08/08/2011, saat:11).

AKTAN, Coşkun Can: Ahlak Felsefesi, <http://www.canaktan.org/din-ahlak/ahlak/ahlak-felsefesi/ahlak-felsefesi.htm> (Erişim târihi: 08/08/2011, saat:11:20).

ALEXANDER, Morgan Capron: “Law and Bioethics”, Encyclopedia Of Bioethics 3rd Edition, Volume 3, Edited By: Stephen G. POST, USA-2004.

Araştırma Etik Kurulu Üyeleri Kılavuzu, Avrupa Konseyi Biyoetik Yürütme Kurulu (CDBI), Türkiye Bioetik Derneği, Yayın No: XV, Çeviren: Yeşim Işıl ÜLMAN 2. Baskı, İstanbul-2011.

ARDA, Berna: “Normatif Sistemler, Tıbbî Fiil ve Sorumluluk Kavramları”, Deontoloji, Genişletilmiş 2. Baskı, Berna ARDA, Yasemin OGUZ, Serap ŞAHİNOĞLU PELİN, Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi ANTİP A.Ş. Yayınları, No:37, Ankara-1999.

ATEŞ, Derya: Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlâka Aykırılık, Turhan Kitabevi, Ankara-2007.

AYDIN, Erdem: Tıp Etiği, Güneş Kitabevi, Ankara-2006.

AYDIN, Erdem/ ERSOY, Nermin: “Tıp Etiği İlkeleri”, Türkiye Klinikleri Tıbbi Etik Ankara-1995.

BAŞAĞAOĞLU, İbrahim: “Tıp Deontolojisi ve Tıp Hukuku”, SARI, NİL/ ALTINTAŞ, Ayten/BAŞAĞAOĞLU, İbrahim/ ÖZAYDIN, Zuhâl/ DOĞAN, Hanzade/ÜLMAN, Yeşim Işıl/ DİNÇ, Gülten/ HOT, İnci: Tıp

Tarihi ve Tıp Hukuku Ders Kitabı, İstanbul Üniversitesi Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Yayınları, Yayın no: 249, İstanbul-2007.

BEAUCHAMP, T.L., CHILDRRESS, J.F.; Principles of Biomedical Ethics, New York Oxford University Pres, 4 th ed., 1994.

BRODY, Baruch A.: “Law and Morality”, Encyclopedia Of Bioethics 3rd Edition, Volume 3, Edited By: Stephen G. POST, USA-2004.

COMTE-SPONVILLE, André: Felsefeyi Takdimimdir, Tercüme Eden: S. Seza YILANLIOĞLU, 2. Basım, Altın Kitaplar, İstanbul-2006.

ÇAĞIL, Orhan Münir: Hukuk Başlangıcı Dersleri (Hukukun Temelleri ve Hukuk İlminin Tarihi Tekâmülü), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No:217, İstanbul-1963.

ÇOBANOĞLU, Nesrin; “Hastane Yönetiminin Hekim-Hasta İlişisine Müdahalesinin Etik Boyutları”, 1.Ulusal Uygulamalı Etik Kongresi Kitabı, Ankara, ODTÜ Yayınları, Ankara-2001.

ÇOBANOĞLU, Rahmi: Hukukta Gaye Problemi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No:225, İstanbul-1964.

ÇOTUKSÖKEN, Betül: “Hukuk Felsefesi: Kavramlar-Sorular-Sorunlar”, Felsefe Söyleşileri 6: Hukuk Felsefesi’nde yapılan konuşma, 01.04.2006. <http://www.betulcotuksoken.com/etik-hukuk-iliskisi/> (Erişim târihi:08/08/2011, saat:13).

ÇOTUKSÖKEN, Betül: “Etik-Hukuk-İlişkisi”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesinde yapılan konuşma, 17.12.2008. <http://www.betul-cotuksoken.com/etik-hukuk-iliskisi/> (Erişim târihi:08/08/2011, saat:13).

ÇÜÇEN, A. Kadir: Felsefeye Giriş, Asa Kitabevi, Bursa-2001.

DALLI, Mehmet; “Türkiye’de Hasta Hekim İlişkilerinde Etik Sorunları”, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, İzmir - 2000.

DOĞAN, Cahid: “Hukuk Kurallarının Etik Değerlerle Münasebeti”, Prof. Dr. Ali Naim İNAN’a Armağan, Seçkin Yayınları, Ankara-2009.

ELMALI, Osman: “Bazı Tanrısız Dinler Örneklemesiyle Etik Yaptırım Üzerine” Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 1 Erzurum-2004.

ERDEMİR, Ayşegül Demirhan: Tıpta Etik Ve Deontoloji (Yirmibirinci Yüzyılda) Nobel Tıp Kitabevleri, İstanbul-2011.

Fransa Tıbbi Deontoloji Tüzüğü, <http://www.hayad.org.tr/content/view/72/41/> (Erişim Târihi: 16/08/2010, Saat:14:20)

GÖKALP, Nurten: Duygu ve Etik, Ebabil Yayınevi, Ankara-2010.

HAKERİ, Hakan: Tıp Hukuku, 4. Güncelleşmiş Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara-2012.

HART, H.L.A: Hukuk, Özgürlük ve Ahlak, Dost Kitabevi, Ankara-2000.

HAYNES, Felicity: Eğitimde Etik, Tercüme Eden: Semra Kunt AKBAŞ, Ayrıntı Yayınları, İstanbul-2002.

HAZLİTT, Henry: Ahlâkın Temelleri, Tercüme Eden: Mehmet AYDIN, Recep TAPRAMAZ, Ankara-2006.

HELLER, Agnes: Bir Ahlâk Kuramı, Ayrıntı Yayınları, Tercüme Edenler: Abdullah YILMAZ/Koray TÜTÜNCÜ/ Ertürk DEMİREL, İstanbul-2006.

HİNDERLİNG, Hans: “Organ Aktarmasının Ortaya Çıkardığı Hukuk Sorunları”, SchWeizerische Juristen-Zeltug, Mart 1968, Tercüme Eden: YURTCAN, Erdener, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Sayı:5, İstanbul-1969.

HUME, David: Ahlâk, Dergah Yayınları, İstanbul-2010.

İŞIKTAÇ, Yasemin: Hukuk, Etik İlişkisinde Yeni Gelişmeler”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt:58, Sayı:1-2, İstanbul-2000.

JASPERS, Karl: Felsefe ve Dünya, Münih-1968, s.161. Nakleden: HİNDERLİNG, Hans: “Organ Aktarmasının Ortaya Çıkardığı Hukuk Sorunları”, SchWeizerische Juristen-Zeltug, Mart 1968, Tercüme Eden: YURTCAN, Erdener, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Sayı:5, İstanbul-1969.

JARDİNS, Joseph R. Des: Çevre Etiği Çevre Felsefesine Giriş, Tercüme Eden: Ruşen KELEŞ, İmge Yayınevi, Ankara-2006.

JONSEN, Albert R./ SİEGLER, Mark/ WİNSLADE, William J.: Clinical Ethics, Fift Edition, New York 2002, s.48 vd, Nakleden:Atiye UYGUR: Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Medeni Hukuk) Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara-2009.

MARİNOFF, Lou: Felsefe Terapisi, Tercüme Eden: Erhan SÖKMEN, 3. Baskı, İstanbul-2005.

OĞUZ, Yasemin Neyyire/ TEPE, Harun/ BÜKEN, Nüket Örnek/ KUCUR, Deniz Kırımsoy: Biyoetik Terimleri Sözlüğü, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara-2005.

ONAR, Sıddık Sami:İdare Hukuku, Birinci Cilt, İkinci Bası, İstanbul-1944..

ORHAN, Fatih: “Sağlık Hizmetlerinde Etik Boyut: Hastanelerde Çalışan Personelin Etiksel Sorunlara

Yaklaşımlarının Belirlenmesine Yönelik Bir Alan Çalışması” Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hastane İşletmeciliği Bilim Dalı, Yayınlanmamış yüksek Lisans Tezi, Ankara -2007.

ÖRS, Yaman: Etik'in Anlamı ve Anlamsızlığı, Derleyen: Zümrüt ALPİNAR, Efil Yayınevi, Ankara-2011.

SARI, Nil: “Tıp Etiğinin Tanımı ve Gereği”, SARI, NİL/ ALTINTAŞ, Ayten/BAŞAĞAOĞLU, İbrahim/ ÖZAYDIN, Zuhale/ DOĞAN, Hanzade/ ÜLMAN, Yeşim Işıl/ DİNÇ, Gülten/ HOT, İnci: Tıp Tarihi ve Tıp Hukuku Ders Kitabı, İstanbul Üniversitesi Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Yayınları, Yayın no: 249, İstanbul-2007.

SOBER, Elliot: Biyoloji Felsefesi, İmge Kitabevi Yayınları, Ankara-2009.

SOLOMON, Robert C.: Adalet Tutkusu, Tercüme Eden: Ertuğ ALTINAY, Ayrıntı Yayınları, İstanbul-2004.

STROLL, A./LONG/A.A/BOURKE V.J./CAMBELL R.: Etik Kuramları, Derleyen ve Çeviren:Mehmet TÜRKERİ, Lotus Yayınevi, Ankara-2008.

TINGÖY, Özhan: Bilişim Çağında Etik, Avcıol Basım Yayın, İstanbul-2009.

ÜLGEN, Hüseyin / MİRZE, S. K: İşletmelerde Stratejik Yönetim, Literatür Yayıncılık, İstanbul-2004.

WEBER, Max:Protestan Ahlakı ve Kapitalizmin Ruhu, Hil Yayınları, İstanbul-1985.

YARAN, Cafer Sadık: Ahlak ve Etik, Rağbet Yayınları, İstanbul-2010.

YEŞİL, Salih: Uluslararası İş Etiği ve Yönetimi, Adalet Kitabevi, Ankara-2011.

YÜKSEL, Cüneyt: Devlette Etik, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, İstanbul-2010.

YÖRÜK, Abdulhak Kemal: Hukuk Felsefesi Dersleri, Birinci Kısım İkinci Tab'ı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No:155, İstanbul-1958.

Teşekkür ederim. (Alkışlar)

OTURUM BAŞKANI- Teşekkür ediyoruz Cahid Bey.



PLAKET DAĞITIMI

II. OTURUM

PSİKIYATRİDE HUKUKÎ SORUNLAR

SUNUCU- Değerli katılımcılar, tekrar hoş geldiniz.

Kurultayımızın “*Psikiyatride Hukuki Sorunlar*” konulu ikinci oturumunu açmak üzere Avukat Erol Yılmaz Aras’ı ve değerli konuklar Profesör Doktor Murat Doğan’ı, Doçent Doktor Erhan Temel’i ve Ankara 24. Asliye Ceza Mahkemesi Hâkimi Şahin Kurt’u yerlerine davet ediyorum. (Alkışlar)

Av. EROL YILMAZ ARAS (Oturum Başkanı)- Sayın Başkan, değerli konuşmacılar, değerli meslektaşlarım, Ankara Barosunun düzenlemiş bulunduğu Sağlık Hukuk Kurulumuzun önemli çalışmalarından bir tanesinde, Sağlık Hukuk Kurultayında beraberiz. Oturum Başkanı olarak arkadaşlar bizi görevlendirdiler, onurla, memnuniyetle bu görevi yerine getirmek üzere buradayız.

Sabah ki bölümde katıldığım kısmıyla oldukça yararlandığımız bazı çalışmalara tanık olduk. Gerçekten bu dönem dört tane yapıldı. Sağlık hukuku tıpkı özgürlükler gibi gerçekten çok üzerinde hassasiyetle durularak altyapı çalışması, hukuk temelli çalışmaların yapılması gereken bir alan. Ankara Barosu Yönetimi olarak yeni dönemde sivil toplum örgütlenmesine verdiğimiz önem anlamında bu konudaki çalışmaları da çok önemsiyoruz, elimizden geldiği kadar Sağlık Hukuku Kurulunun çalışmalarına ben de Koordinatör Yönetim Kurulu üyesi olarak elimizden geleni yapmaya gayret ediyoruz. Başta değerli Başkanımız olmak üzere ben sözün başında bütün Kurul mensuplarına Baromuz adına bir defa daha şükranlarımızı arz ederek sözlerime başlamak istiyorum.

Değerli meslektaşlarım, konu hukukla birebir ilgili. Bugün öğleden sonraki bölümde Yener Ünver Hocamızın da katılacağı bölümde Hocamızın mazereti çıkması nedeniyle kendisi yarın beşinci oturumda ilk konuşmacı olarak yer alacak. Sayın Başkan bu bilgiyi sizlere iletmemi istedi. Ben sözü daha fazla uzatmadan hemen psikiyatristlerin hukuki sorumluluğu konusundaki düşüncelerini almak üzere Profesör Doktor Sayın Murat Doğan Beyefendiye sözü bırakıyorum. Buyurun Sayın Hocam.

Teşekkür ediyorum Sayın Başkan.

Herkesi saygıyla selamlıyorum.

Bu adet üzere değil, gerçekten bir teşekkürü hak ediyor bence Ankara Barosu ve Ankara Barosunun Sağlık Hukuku Kurulu Sağlık Hukuku Sempozyumunun Dördüncüsü düzenleniyor, sempozyumların ikisi yayınlandı bildiğim kadarıyla üçüncü ve dördüncü sempozyum da yayınlanırsa Türk hukuku adına gerçekten önemli kaynak kitaplar haline geleceğini düşünüyorum.

PSİKİYATRİSTLERİN HUKUKÎ SORUMLULUĞU GİRİŞ

Psikiyatri, insanların duygu, düşünce ve davranışlarındaki sapmaları tanımlayıp çok farklı tekniklerle tedavi ederek insanlara yardım eden bir tıp disiplini olarak tanımlanmaktadır. Psikiyatr veya psikiyatrist ise, sinir sistemindeki bozuklukları ve bunların doğurduğu hastalıkları inceleyip tedavi eden uzman hekimdir. Tanımdan da anlaşıldığı üzere, psikiyatristler tıp doktorudur; kişiyi muayene etme, tanı koyma, tedaviye yönelik uygun yöntemlerden biri veya birkaçını (psikoterapi, ilaç tedavisi ve diğer biyolojik tedaviler) birlikte uygulayabilme yetkisi olan kişilerdir. Psikiyatristin hekim olması sebebiyle, hasta ile hekim ilişkisi ve bu ilişkiden doğan hak ve yükümlülükler bakımından diğer hekimlerden esasen bir farkı bulunmamaktadır. Bununla birlikte, psikiyatri hastalarının özel durumları, özellikle ayırt etme gücünden tamamen veya kısmen veya zaman zaman yoksun olmaları, başkalarını veya kendilerini tehlikeye maruz bırakma ihtimalleri, bu ihtimalden dolayı zorunlu olarak tedavi merkezlerine yatırılmaları ve böylece

hürriyetlerinin kısıtlanması gibi diğer hastalarda pek rastlamayan haller sebebiyle tıbbi müdahale için rıza alınması, aydınlatma, özen yükümlülüğü, sır saklama gibi hususlarda psikiyatristler bakımından diğer hekimlerden farklı yükümlülüklerin doğmasına veya yükümlülüklerin ağırlaşmasına yol açabilmektedir.

Diğer tarafından psikiyatri hastaları da diğer hastaların sahip olduğu haklara sahip olup, tedavisi bu çerçevede gerçekleştirilmelidir. Bu hususta, Dünya Ruh Sağlığı Kongresinin 26 Ağustos 1989'da Yeni Zelanda'nın Auckland kentinde gerçekleşen toplantısında yayımlanan Dünya Ruh Sağlığı Bildirgesi'nin 4. maddesi psikiyatri hastalarının malpraktis konusuna şöyle değinmektedir: "Ruhsal ya da emosyonel hasta olarak damgalanan, tanı konan, tedavi edilen hastalar diğer tüm yurttaşların sahip olduğu temel haklara sahip olmalıdır. Bu haklar: zorlamanın olmadığı, onurlu, insanca yaşam ve kaliteli bir tedavi görme hakkı; tedavide ayırım yapılmaması ya da politik, sosyo-ekonomik, kültürel, etnik, ırksal, dinsel, cinsiyet, yaş durumu ya da cinsel yönelimle ilgili konularda baskıların olmaması hakkı, mahremiyet ve gizlilik hakkı; kişisel mülkiyetin korunması hakkı, fiziksel ya da psikolojik kötüye kullanımdan korunma hakkı, profesyonellerin veya diğerlerinin ihmal ve ilgisizliğinden korunma hakkı, herkes için klinik durumundan yeterince bilgi sahibi olma hakkını kapsar. Tedavi hakkı hastaneye yatırılmayı ve ayaktan tedavi görmeyi ya da uygun psikososyal tedavileri içermektedir. Tıbbi, ahlaki ve yasal kurallar işlemelidir. Kendi isteği dışında tedaviye alınan hastalara da tüm haklar tanınmalıdır". Görüldüğü gibi, hekim psikiyatri hastası karşısında daha fazla özenli bir tedavi gerçekleştirmekle yükümlüdür. Şunu da belirtmek gerekir ki, psikiyatristler kendilerine karşı tazminat davasının en az açıldığı hekim grubunu oluşturmaktadır. Bunun sebepleri arasında şunlar sayılmaktadır:

- 1) Psikiyatrik bozuklukların doğası, tanımı, sınıflandırılmasındaki güçlük,
- 2) Psikiyatrik sorunların orijinini saptamada zorluk, etyolojisi hakkındaki sınırlı bilgi,
- 3) Tanımlayıcı klinik standartların oluşturulmasındaki problemler, klinik teknik ve stratejilerin çokluğu,
- 4) Psikiyatrik hastaların durumlarını mahkemede açıklamadaki çekingenlikleri,
- 5) Psikiyatrik hastaların psikiyatristlerine karşı dava açmadaki isteksizlikleri,
- 6) Psikiyatristlerin hastanın negatif terapötik reaksiyonunu ya da trans-

feransı gidermede yetenekleri,

7) Psikiyatrist-hasta etkileşiminde kesin kanıt ve tanık bulma problemi,

8) Psikiyatrik tanı ve tedavi yöntemlerinin göreceli düşük riskleridir.

Bu tebliğde, öncelikle psikiyatrist ile hasta arasındaki ilişkinin hukuki niteliği belirtilecek, psikiyatristlerin hekim olarak hukuki sorumluluğunun genel şartlarına değinilecek ve bu yapılırken psikiyatri açısından önem arzeden hususlara işaret edilmeye çalışılacaktır.

I. PSİKİYATR İLE HASTA ARASINDAKİ HUKUKİ İLİŞKİ

Psikiyatr ile hasta arasındaki hukuki ilişki genellikle bir sözleşmeye dayanır. Bunun yanı sıra psikiyatristin müdahalesi bir haksız fiil teşkil edebileceği gibi, vekâletsiz iş görmeden olarak da ortaya çıkabilir.

A) SÖZLEŞME İLİŞKİSİ

Hekim ile hasta arasında çoğunlukla bir sözleşme ilişkisi söz konusu olur. Bu sözleşme, bağımsız çalışan bir hekimle yapılırsa vekâlet sözleşmesi niteliği taşır. Vekâlet sözleşmesi, iş görmeye yönelik bir sözleşmedir. Hekim bununla tıp biliminin kurallarına göre hastayı iyileştirmeye yönelik teşhis ve tedavi faaliyetlerinde bulunmayı yükümlenir. Ancak, sonuç garantisi yoktur. Hekimin yükümlülüğü, aldığı eğitim ve uzmanlık alanı itibarıyla bildiği ve bilmesi gereken bütün kuralları dikkate alarak özenle tıbbi müdahaleyi gerçekleştirmektir. Hekim özen yükümlülüğünü yerine getirmişse, hasta iyileşmese dahi bundan sorumlu olmaz.

Hasta ile hekim arasında geçerli bir sözleşme ilişkisi kurulabilmesi için her iki tarafın fiil ehliyetine sahip olması gerekir. Bunun için de en önemli şart ise ayırt etme gücüne sahip olmaktır. Oysa psikiyatri hastaları, hastalığın bir sonucu olarak sürekli veya geçici olarak ayırt etme gücünden yoksun olabilir. Ayırt etme gücünden yoksun olan biri sözleşme akdedemeyeceğine, tıbbi müdahaleye rıza gösteremeyeceğine göre onun adına kanuni temsilcisinin rıza vermesi ve sözleşmeyi akdetmesi gerekir. Aksi halde sözleşme geçersiz, tıbbi müdahale hukuka aykırı olacaktır. Eğer hasta dönem dönem ayırt etme gücünü yitiriyor veya sadece bazı olaylar karşısında sağlık düşünme, karar verme ve buna uygun davranma kabiliyetinden yoksun bulunuyorsa, ayırt etme gücünün nispiyeti, her olayda ayrıca varlığının aranması gereği, hekimin, hastanın rızası alınırken ayırt etme gücüne sahip olup olmadığına ayrıca dikkat etmesi, ayırt etme gücü yoksa kanuni temsilcisinden rıza alması, kanuni temsilcisi de yoksa ve müdahale ivedilik taşımıyorsa önce kanuni temsilci atanmasını ve onun izin vermesini sağlaması gerekir.

Hasta bir özel hastaneye başvurmuşsa, hastane ile hasta arasında hastaneye kabul sözleşmesi adı verilen karma nitelikli bir sözleşme meydana gelir. Bu sözleşmenin tarafları hasta ile hastane işletenidir. Hastane işleteni bir gerçek kişi olabileceği gibi, özel hukuk tüzel kişisi de olabilir. Hekim sözleşmenin tarafı değildir. Hekim hastanenin çalışanı olarak görev yapar. Bu sebeple tıbbi müdahalelerden dolayı bir zarar doğarsa, bundan hem hastane hem hekim sorumlu olur. Hastane sözleşmeden, hekim ise haksız fiilden dolayı sorumlu olur¹. Bu sözleşmenin geçerliliği için aranacak ehliyet şartları bakımından da yukarıda söylenenler geçerlidir.

Eğer tıbbi müdahale kamuya ait bir sağlık kuruluşunda, özellikle bir kamu hastanesinde gerçekleşirse, hasta bir kamu hizmeti almış olur. Hastane ile hasta ve hekim ile hasta arasında bir sözleşme ilişkisi bulunmamaktadır. Müdahaleden dolayı bir zarar doğarsa Devletin sorumluluğu yoluna gidilebilir. Hekime karşı doğrudan dava açılamaz. Ancak Yargıtay, hekimin müdahalesinden doğan zararlarda kişisel kusurunun söz konusu olduğunu, bu sebeple doğrudan hekime karşı da dava açılabilirliğini, hatta bu gibi durumlarda hekim ile hasta arasında bir vekâlet ilişkisinin kurulduğunu kabul etmektedir².

B) HAKSIZ FİİL İLİŞKİSİ

Hekimin, ister hastanın rızasıyla ister rızası dışında yapacağı müdahale sonucu bir zarar doğarsa, bu kişilik hakkının ihlali teşkil edeceği için hekimin haksız fiil sorumluluğunu doğurur.

C) VEKÂLETSİZ İŞ GÖRME

Hekim ile hasta arasında bir sözleşme yoksa hekim zaruret hali içinde bulunan bir hastanın hayatını kurtarmak veya ağır bir zarara uğramasını engellemek için tıbbi müdahalede bulunmuşsa veya hastanın rızası alınarak başlanan bir ameliyatın, hastanın verdiği rızanın dışına çıkılarak genişletilmesi gerekmişse, bu durumlarda hekimin müdahale etmesi ile hekim ile hasta arasında vekâletsiz iş görmeye dayanan bir ilişki meydana gelir.

II. HEKİMİN SÖZLEŞME İLİŞKİSİNDEN DOĞAN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Hekimin sözleşmeden doğan en önemli borcu hastalığın teşhisi ve hastanın tedavisidir. Ancak buna ilaveten hekimin bunlar dışında yan yükümlülükleri de vardır. Bunlar, hastayı aydınlatma, sadakat ve özen gösterme,

1 Yargıtay ise özel hastanede yapılan müdahalelerde hastane ile hasta arasında ve hekim ile hasta vekâlet sözleşmesi olduğunu kabul etmektedir. Bkz., Y. 13. HD. 8.7.2005 T., E.2005/3645, K. 2005/11796, Kazancı Bilişim İçtihat Bilgi Bankası.

2 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 26.9.2001 T., E.4-595, K.643, Kazancı Bilişim İçtihat Bilgi Bankası.

kayda geçirme ve sır saklama yükümlülükleridir.

A) TEŞHİS VE TEDAVİ YÜKÜMLÜLÜĞÜ

1. Genel Olarak

Hekimin asıl borcu hastayı tedavi etmektir. Hekimin hastanın iyileşmesi, eski sağlığına kavuşması veya en azından acı ve ızdıraplarının azaltılması için tıp bilimi ve uygulamasının öngördüğü esaslar çerçevesinde özenle faaliyette bulunması gerekir.

Bunun için önce teşhis konulmalıdır. Teşhisin isabeti tedavi için de önem taşır. Teşhis esnasında hekim şunlara riayet etmelidir:

- Hastalığın tam geçmişini öğrenmeli (anemnez)
- Hastayı muayene etmeli
- Hastalığın çıkış sebebi üzerine hasta ile istişare etmeli
- Somut olayın özelliklerine göre gerekli olan laboratuvar tahlilleri, beyin grafisi gibi testleri yaptırmalıdır.

Psikiyatri hastalarında hastalık hakkında kendilerinden sağlıklı bilgi alınamayacak durumlarda yakınlarından (hısımları, komşuları, arkadaşları gibi) bilgi alınması önem taşır.

Teşhisi koyan hekim tedavi yöntemini seçerek uygulamalıdır. Tedavi yönteminin seçiminde en uygun yöntem, yani “hastalığın tedavisi için riski en az ve fakat şansı en fazla olan” yöntemi seçmelidir.

Eşdeğer sayılabilecek birden fazla yöntem mevcut ise hekim, bunlardan somut olayın özelliklerine en yakın düştüğüne inandığı yöntemi seçebilir (Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi (TDN) m.6).

Psikiyatri hastalarında, psikoterapi, yatıştırıcı ilaçlar, fizik tedavi (elekt-roşok), hareket reedükasyonu, serbest ya da güdümlü denge çalışmaları, elverişli çevre ve hayat şartlarının yaratılması gibi tedaviler uygulanmaktadır. Günümüzde psikoterapi yerine daha çok ilaç tedavisine yöneldiği görülmektedir.

Hekim seçtiği tedavi yöntemini hastanın zararına uğramasını önleyecek her türlü tedbiri almak suretiyle uygulayacaktır:

2. Tedavi İçin Özgürlüğün Kısıtlanması

Psikiyatri hastasının başkaları için tehlike arzemesi, intihar etme veya başka yollarla kendisine zarar verme eğilimi bulunması veya uygulanacak tedavinin gözetim altında yürütülmesinin gerekmesi hallerinden biri söz konusuysa tedavinin klinikte uygulanması yoluna gidilmektedir. Bazen hastanın yakınları bazen yetkili devlet organları da bu tür hastaların bu kliniklerde kalmasını istemektedir.

Psikiyatri hastaları için açılmış ruh ve sinir hastalıkları hastanelerinin olması veya normal hastanelerdeki psikiyatri kliniklerinin diğerlerinden tecrit edilmiş olması sebebiyle, klinik tedavileri psikiyatri hastaları için bir hürriyet kısıtlaması teşkil etmektedir. Ayrıca hasta ayırt etme gücünden yosun olduğu için rıza verecek durumda değilse ve yasal temsilcisi de yoksa hastaneye yatırılması ve tedavisi zorla yapılmaktadır. Böyle durumlarda hastanın yasal temsilcisi olmayan yakınlarından yazılı rıza alma yoluna başvurulmaktadır ki, bunun hukuken geçerli olmadığı ortadadır. Ancak zorunluluk hali varsa, müdahale ivedilik arz ediyorsa tedaviyi başlanabilir (Biyotıp Sözleşmesi m.8). Aksi halde mutlaka yasal temsilcisinden rıza alınmalı, yasal temsilcisi yoksa atanması sağlanmalıdır.

Hastanede zorla alıkoyma ve tedaviyi zorla yerine getirme, hastanın hürriyetinin kısıtlanması ve tedaviyi ret hakkının elinden alınması niteliği taşıyacağından, hekimin hastanın hastanede veya klinikte kalmasının gerekip gerekmediğini, gerekiyorsa süresini özenle tespit etmesi ve uygulaması gerekmektedir. Bu hususta kişi ve kurumların talepleri değil, hastanın menfaati göz önünde tutulmalı, en temel hakkından gereksiz yere mahrum bırakılmamalıdır. Aksi halde hekimin sorumluluğu doğacağında şüphe yoktur.

Nitekim, Avrupa Konseyi çerçevesinde 4 Nisan 1997 tarihinde imzaya açılmış olan ve Türkiye tarafından 5013 sayılı Kanunla onaylanarak 09.12.2003 tarihinde yayımlanan, “Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi” nin 7. maddesinde, “Akıl hastalığı olan kişilerin korunması” başlığı altında, “Gözetim, denetim ve başka bir makama başvurma süreçleri dahil, kanun tarafından öngörülen koruyucu şartlarla bağlı olmak üzere, ciddi nitelikli bir akıl hastalığı olan kişi, yalnızca böyle bir tedavi yapılmadığı takdirde sağlığına ciddi bir zarar gelmesinin muhtemel olduğu durumlarda, muvafakati olmaksızın, akıl hastalığının tedavi edilmesini amaçlayan bir müdahaleye tâbi tutulabilir” denilerek, ancak zorunluluk hallerinde rıza aranmaksızın zorla tedaviye tabi tutulabileceği öngörülmüştür. Yine aynı sözleşmenin 8. maddesinde genel olarak “Acil bir durum nedeniyle uygun muvafakatin alınamaması halinde, ilgili bireyin sağlığı için tıbbî bakımdan gerekli olan herhangi bir müdahale derhal yapılabilir” denilmek suretiyle acil durumlarda rıza aranmaksızın müdahaleye izin verilmiştir. Bu haller dışında hastanın veya yasal temsilcisinin rızası olmaksızın yapılacak müdahaleler hukuka aykırı olacaktır.

Psikiyatri hastalarının tedavisinin bir kliniğe yatırılmasını gerektirdiği durumlarda, koruma amacıyla özgürlüğünün kısıtlanması AİHS gereği

ancak mahkeme kararıyla mümkün olabilir. Bu konuda Türk Medeni Kanununun 432- 437. maddelerinde düzenlenmiş bulunan “Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması” kurumundan yararlanılması gerekmektedir. TMK m.432’ye göre, “Akıl hastalığı, akıl zayıflığı, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, ağır tehlike arzeden bulaşıcı hastalık veya serserilik sebeplerinden biriyle toplum için tehlike oluşturan her ergin kişi, kişisel korunmasının başka şekilde sağlanamaması halinde, tedavisi, eğitimi veya ıslahı için elverişli bir kuruma yerleştirilir veya alıkonulabilir. Görevlerini yaparlarken bu sebeplerden birinin varlığını öğrenen kamu görevlileri, bu durumu hemen yetkili vesayet makamına bildirmek zorundadırlar. / Bu konuda kişinin çevresine getirdiği külfet de göz önünde tutulur. / İlgili kişi durumu elverir elvermez kurumdan çıkarılır” hükmüyle özgürlüğün kısıtlanması için toplum için tehlike arzetme ve ilgili kişinin kişisel korunmasının başka bir yolla sağlanamaması şartını aramaktadır. Ayrıca 436. maddenin 5. bendinde, “Akıl hastalığı, akıl zayıflığı, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, ağır tehlike arzeden bulaşıcı hastalığı olanlar hakkında, ancak resmi sağlık kurulu raporu alındıktan sonra karar verilebilir. Vesayet makamının daha önceden bilirkişiye başvurmuş olması halinde denetim makamı bundan vazgeçebilir.” hükmüyle özgürlüğün kısıtlanması gerektiren durum resmi sağlık kurulu raporuyla belgelenmedikçe hâkimin kısıtlamaya karar veremeyeceğini öngörmüştür.

3. Araştırma Amaçlı Deney ve Deneme Yapılması

Psikiyatri hastalarında sözleşmenin ihlali bakımından özel önem arzeden bir husus, hekimin hastasını araştırma amaçlı deney veya denemeye tabi tutamamasıdır. Biyotıp Sözleşmesinin 17. maddesinde, “Araştırmaya muvafakat etme yeteneği olmayan kişilerin korunması” başlığı altında, ancak araştırmanın sonuçlarının ilgilinin sağlığı üzerinde gerçek ve doğrudan yarar sağlama beklentisinin bulunması halinde araştırmaya tabi tutulabileceği, bunun dışındaki hallerde ise araştırmanın, hastanın sağlık durumu, hastalığı veya rahatsızlığı hakkındaki bilimsel bilginin önemli derecede geliştirilmesine katkıda bulunma yoluyla, ilgili kişiye veya aynı yaş grubunda olan veya aynı hastalık ya da rahatsızlığa yakalanmış bulunan veya aynı durumda olan diğer kimselere yarar sağlamaya elverişli nihai sonuçlara ulaşılması amacını taşıması ve araştırmanın, ilgili kişi bakımından sadece asgarî bir tehlike ve asgarî bir külfeti gerektirmesi şartıyla yapılabileceği öngörülmüştür.

19.08.2011 Tarihli Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelik’in 5. maddesinin b bendinde, “Çocuklar, gebeler, lohusa ve emziren kadınlar ile kısıtlılar üzerinde klinik araştırma yapılamaz. Ancak çocuklarda, hamilelik,

lohusalık ve emzirme dönemlerinde ve kısıtlılık durumunda; gönüllüler yönünden araştırmadan doğrudan fayda sağlanacağı umuluyor ve araştırma gönüllü sağlığı açısından öngörülebilir ciddi bir risk taşıyor ise, usulüne uygun bir şekilde alınmış bilgilendirilmiş gönüllü olur formu ile birlikte ilgili etik kurulun onayı ve Bakanlık izni alınmak suretiyle araştırmaya izin verilebilir” hükmüne yer verilerek Biyotıp Sözleşmesine paralel bir düzenleme yapılmıştır. Aynı Yönetmeliğin 9. maddesinde, **Kısıtlıların araştırmaya iştirak etmeleri şartları daha ayrıntılı düzenlenmiş ve ancak araştırma konusunun doğrudan kısıtlıları ilgilendiren ya da sadece kısıtlılarda incelenebilir bir durum olması halinde veya kısıtlının hastalığıyla ilgili mevcut tedavi seçeneklerinin tamamen tüketildiği durumlarda, araştırma kısıtlı sağlığı açısından öngörülebilir ciddi bir risk taşıyor ve araştırmanın kısıtlılara doğrudan bir fayda sağlayacağı umuluyor ise araştırma yapılmasına izin verilebileceği belirtilmiştir.**

Bu şartlara uymaksızın yapılacak araştırma amaçlı deney ve denemeler hukuka aykırı nitelik taşır ve hekimin sorumluluğunu gerektirir.

B) AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Aydınlatmanın amacı, hekimin vereceği bilgilerle hastayı, uygulanması düşünülen tıbbi müdahale üzerinde serbestçe karar verebilecek bir duruma getirmektir. Hasta bu şekilde aydınlatıldıktan sonra rıza vermişse ancak o zaman tıbbi müdahale hukuka uygun hale gelir (MK m.23-24, HHY m.31).

Aydınlatma üç aşamada gerçekleştirilmelidir:

- Teşhis aydınlatması
- Süreç aydınlatması
- Riziko aydınlatması (verilecek ilacın yan etkileri, yaranın iltihaplanabileceği, bir yetenek kaybının ortaya çıkabileceği vb.)

Aydınlatma yükümlülüğü, Anayasanın 17. maddesinin “Herkes yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir” hükmü yanı sıra 1219 sayılı Kanunun 70., TDN m.14, HHY m.15’e dayanmaktadır.

Aydınlatma ilgili bu esaslar psikiyatri hastaları bakımından da geçerlidir. Bununla birlikte psikiyatri hastalarının diğer hastalar gibi aydınlatılması, ayırt etme gücünden yoksun olmaları veya psikolojilerinde yapacağı tesirini olumsuz olma ihtimali sebebiyle her zaman mümkün olmayabilir. Bu gibi durumlarda yasal temsilcisinin aydınlatılması, yasal temsilcisi yoksa dar çerçevede de olsa hastanın aydınlatılması yoluna gidilmelidir. Ancak uygulamada, aydınlatma yükümlülüğünün gereği gibi yerine getirilmediği,

psikiyatri hastasının ya hiç ya da eksik aydınlatıldığı, bazen de hastanın ayırt etme gücü yerinde olmasına rağmen kendisinin değil yakınlarının aydınlatıldığı görülmektedir. Belirtilmelidir ki, ayırt etme gücüne sahip olduğu sürece psikiyatri hastasının bizzat ve Hasta Hakları Yönetmeliğinde çizilen çerçeve dahilinde aydınlatılması gerekir. Hastanın tedaiyi reddediyor olması her zaman ayırt etme gücünden yoksun olduğunu göstermez. Öncelikle bu hususun tespit edilmesi ve ayırt etme gücü yerinde ise yapılan aydınlatma sonucu tedaviyi ret açıklamasına riayet edilmesi gerekir.

Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin 8. Maddesinde, “Acil bir durum nedeniyle uygun muvafakatin alınamaması halinde, ilgili bireyin sağlığı için tıbbî bakımdan gerekli olan herhangi bir müdahale derhal yapılabilir” denilmek suretiyle psikiyatri hastalarını da kapsamak üzere acil durumlarda rıza aranmaksızın müdahaleye izin verilmiştir.

HHY m.15’te “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. 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 istenilebilir.

Hasta, tedavisi ile ilgilenen tabip dışında bir başka tabipten de sağlık durumu hakkında bilgi alabilir” denilerek hekim bakımından yükümlülük olan aydınlatmanın hasta bakımından bilgi isteme hakkı olduğu öngörülmüştür..

Aydınlatmanın konusu, teşhis ve buna bağlı tehlikeler yanında, uygulanması düşünülen tedavinin şekli, özellikle müdahalenin tarzı ve kapsamıdır. Psikiyatri hastalarının sadece ilaç tedavisinde değil, psikoterapi için de aydınlatılması gerekmektedir.

HHY. m.15’te de belirtildiği üzere, hasta ayırt etme gücünden yoksun veya kısıtlı ise o takdirde velisinin veya vasisinin aydınlatılması gerekli ve yeterlidir.

Doktrinde özellikle psikiyatri hastaları bakımından hasta temsilcisi kurumuna ihtiyaç bulunduğu savunulmaktadır. Özellikle hastanın bilincinin yerinde olmadığı veya kendisini idare edemediği, onun haklarının korunabilmesi için bu kuruma ihtiyaç bulunduğu, ayrıca bu kurum vasıtasıyla hekimin hastanın ruh hali gereği sınırlı aydınlatma yapmak zorunda olduğu

durumlarda onun temsilcisini daha geniş aydınlatmak suretiyle olumsuz sonuçları bertaraf etmiş olacağı kabul edilmektedir. Hasta temsilcisi kurumunun halen hukukumuzda yasal dayanağı bulunmamaktadır. Velayet veya vesayet kurumları ile yetinilmeyerek bunların desteklenip tamamlanması gerektiği ileri sürülmektedir. Bu hususta sadece bu alanda hizmet verecek tüzel kişiliklere imkan veren bir düzenlemenin yapılmasının daha yerinde olacağı kanaatindeyiz.

Aydınlatılmanın hiç veya gereği gibi yapılmadığı durumlarda, tedavi başarılı olsa bile hekim yükümlülüğünü yerine getirmediği için sorumlu olacaktır. Psikiyatri tedavilerinin uzun sürmesi, yeni riskler ortaya çıkması veya yeni müdahale gerekmesi halinde tekrar aydınlatma yapılmasını lüzumlu kılar.

Diğer hastalarda olduğu gibi psikiyatri hastalarında da,
- Ağır ve kalıcı zararlar mutlaka bildirilmeli,
- Hastanın durumundan veya somut olayın özelliklerinden kaynaklanan tehlikeler anlatılmalıdır.

- Her tıbbi müdahalede rastlanması mümkün olan hafif ve geçici zarar tehlikelerinin bildirilmesinden vazgeçilebilir.

Müdahale hastanın hayatını kurtarmak veya ağır bir zarara uğramasını engellemek için zorunlu ise, aydınlatma hastanın hayatını veya sağlığını ya da üçüncü kişileri çok ciddi şekilde tehlikeye düşürecek olursa aydınlatmadan vazgeçilebilir.

HHY m.19'da "Hastanın manevi yapısı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimalinin bulunması ve hastalığın seyrinin ve sonucunun vahim görülmesi hallerinde, teşhisin saklanması caizdir. Hastaya veya yakınlarına, hastanın sağlık durumu hakkında bilgi verilip verilmemesi, yukarıdaki fıkra da belirtilen şartlar çerçevesinde tabibinin takdirine bağlıdır. Tedavisi olmayan bir teşhis, ancak bir tabip tarafından ve tam bir ihtiyat içinde hastaya hissettirilebilir veya bildirilebilir. Hastanın aksi yönde bir talebinin bulunmaması veya açıklanacağı şahsın önceden belirlenmemesi halinde, böyle bir teşhis ailesine bildirilir".

Yargıtay aydınlatmayı ispat yükünün hekimin üzerinde olduğunu kabul etmektedir. Aydınlatma sözlü veya yazılı yapılabilir. Şahitle ispatlanması mümkündür. Yazılı olması ispat kolaylığı sağlar.

C) SADAKAT VE ÖZEN YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Sadakat borcu, hekimin hastanın sağlığını korumak için gerekli her şeyi yapması, zarar verecek şeylerden ise kaçınmasını ifade eder. Başka bir

ifadeyle, hekimin, hastanın menfaatlerini kendi menfaatinden üstün tutmasını ifade eder.

Bu kapsamda hekim:

- Dürüst davranmalı, hastanın güvenini sarsmamalı,
- Kendi parasal çıkarını, hastanın çıkarından üstün tutmamalı,
- Tedavi ücretini artırabilmek için hastaya yanlış bilgi vermemeli, tedaviyi gereksiz uzatmamalı, gerekmeyen bir tedaviyi ücret alabilmek için uygulamamalıdır.

Hekim, hasta tarafından bilinen veya bilinmesi gereken bilgi ve yeteneklerindeki herhangi bir eksikliğe dayanamaz. Devletin diploma ve ruhsat vermek için aradığı şartlar, özel hukuka yansıyan bir garanti niteliği taşır.

Hekim gerek teşhis koyarken gerekse tedavi yöntemini uygularken özenli hareket etmelidir (BK m.390, HHY m.14). Hekim, genellikle kabul edilen ve tıp biliminin uygulanması artık mutad usulünü almış olan ilkelerini bilmek ve sanatını, bu ilkelere göre doğru teşhis koyup, bu teşhise uygun bir tedavi tavsiye etmek ve bu tedaviyi gerekli her türlü tedbiri olarak uygulamak zorundadır.

Psikiyatri hastalarının ilaçla tedavisinde kullanılan benzodiazepinler gibi bazı ilaçların bağımlılık yapma özelliği bulunduğundan, bunların süresinin ve dozunun ayarlanmasında ve kontrollerin yapılmasında daha özenli hareket edilmelidir.

Klinik veya hastanede tedavi edilen hastalarda, diğer hastalara zarar verme ihtimali veya diğer hastaların zarar ihtimalleri göz önünde bulundurulurken kalacağı oda veya koğuş belirlenmelidir.

Kendisine zarar verme, özellikle de intihar eğilimi olan hastalar daha dikkatli takip edilmeli ve diğer sağlık personeli de uyarılarak tedbir alınmalıdır. Klinikte tedavi edilen hastalar için hastanın mahremiyetini ihlal etmeyecek şekilde kamera sistemi kurulması düşünülebileceği gibi, ayakta tedavi edilenlerde de yakınlarına gerekli uyarılar yapılmalıdır. ABD’de psikiyatristlere karşı açılan tazminat davalarının çoğu hastanın intiharı veya intihara teşebbüsü sebebiyle olmakta, mahkemeler de psikiyatristleri kendine zarar verme davranışını tahmin edebilir ve önleyebilir kişiler olarak görmekte ve hastanın kendine zarar vermesini, değerlendirme, tahmin ve önlenmesi konusunda ihmali sebebiyle tazminata mahkum etmektedir. İntihar eğiliminin tanısında hata (öykü alma ve muayenede hata dahil), intiharı tahminde hata, intihar eğilimi ile ilgili tablonun tedavisinde hata, tanısı konarak kestirimde bulunduktan sonra intihar eğilimi olan bir has-

mayı koruyamama ve intihar riski olan bir hastayı intihara teşvik etmek psikiyatristlerin sorumluluğuna yol açan haller olarak değerlendirilmektedir. Hastanın ayakta tedavi edildiği durumlar, hastaneden taburcu olduktan veya son muayeneden itibaren intihara kadar geçen sürenin uzunluğu hekimin intihardan sorumluluğunu azaltan veya kaldıran sebeplerdir. Çünkü illiyet bağının kurulması güçleşmektedir. Yine ABD’de hastanede yatmakta iken emir veren varisanları bulunan ve kendi halinde olup diğer hastalardan uzak duran bir hastanın başını yatakların arasına sıkıştırarak yarı koma durumuna girmesinde, yetersiz gözlem ve tedavi nedeniyle hastaneyi 3.6 milyon dolar tazminata mahkum etmiştir. Bir diğer olayda, Bir diğer hastane olgusunda temyiz mahkemesi, aşı ile intihar eden bir hastanın eşinin açtığı davada, jürinin psikiyatristin aleyhine verdiği kararı bozmuştur (Topel v. Long Island, 1981). Davacının iddiasının aksine, mahkeme suicidal bir hastanın 15 dakikalık aralarla ya da sürekli gözlem altında tutulmasının profesyonel karar meselesi olduğuna işaret etmiştir ve aynı mahkemeye göre, doktorun hastanın sürekli gözetime karşı tepkisini ve daha az kısıtlayıcı bir tedaviden umulan yararı düşünmesini yerinde bulmuştur. Taburculuk konusunda ihmal iddiası olan bir davadaki olay ise, psikiyatri kliniğinden taburcu edildikten bir hafta sonra üzerine döktüğü gazyağı ile kendini yakarak intihar girişiminde bulunan (Beli v. Newyork City, 1982) bir adama aittir (14). İddiaya göre, tedaviyi üstlenen psikiyatrist, hastanede, kaldığı sırada hastasının hezeyan ve hallusinasyonlarını yeterince araştırmamıştı. Dikkatli muayene eksikliği gerekçesiyle, jürinin kararı temyizde bozulmuştur.

Bunun tersine, bir diğer olguda mahkeme bir kadının, kocasını n hastaneden psikiyatristin ihmali sonucu çıkarıldığı iddiasını reddetmiştir. Bu mahkeme “çağdaş psikiyatrik uygulamaları n, bir hastanın olası her tehlike geçinceye kadar normal bir insanın etkinliklerinden soyutlanmasını gerektirmediği “yargısına varmıştır

Klinik veya hastanede tedavi edilen hastaların, ayırt etme gücünden tamamen veya kısmen yoksun olması sebebiyle hastaların, sağlık personelinin veya diğer çalışanların kötü muamelesine veya tecavüzüne uğramaması için gerekli tedbirler alınmalıdır. Hastanın fiziki olarak kısıtlanmasına, tek başına bir odaya koyma veya bağlama şeklindeki kısıtlamalara başvurmadan mümkün olduğunca kaçınılmalı, ancak tedavi amacıyla başvurulmalı, bir cezalandırma aracı olarak bunlar kullanılmamalıdır. Tedai amacıyla yapılan kısıtlamalarda da hastanın güveni sağlanmalı ve sık sık kontrol edilerek ihtiyaçlarını karşılaması sağlanmalıdır.

Hasta, sürekli veya zaman zaman ayırt etme gücünü kaybettiği durum-

larda, başka hastaların ve üçüncü kişilerin alay etmesine yol açacak davranışlarda bulunabilir. Hastanın sonradan utanç ve pişmanlık duyacağı, şeref ve haysiyetinin zedeleneyeceği böyle durumlarda, müdahale edilerek bu tür davranışlarda bulunması engellenmelidir.

Psikiyatristin ilaç tedavisinde de dikkat etmesi gereken olgular bulunmaktadır. Psikiyatristlere karşı ilaç tedavisinde ihmalleri sebebiyle sorumluluklarının olduğu iddiaları genellikle şu gerekçelere dayanmaktadır:

1. Reçete yazmadan önce öyküyü uygun şekilde almamak.
2. Tedaviden önce muayene ve değerlendirme yapmamak.
3. Yanlış ilaç yazma.
4. Uygun olmayan dozda ilaç, yazma.
5. Uygun olmayan süre için ilaç yazımı.
6. Yanlış uygulama.
7. Tedavi sırasında hastayı izlememe.
8. Yan etkiler ve toksisiteyi tanıyamama ve tedavi edememe.
9. İlaç-ilaç veya ilaç-besin etkileşimlerini önleyememek.
10. Uygun uzmanlara danışamama veya onlarla konsülte etmeme.
11. Yetersiz kayıt.

İlaç tedavisi sebebiyle açılan bir davada Bunlardan birinde, ABD’de bir devlet hastanesinde tedavi gören mental retarde bir hastaya, yüz ve ekstremitelerinde tardif diskinezi gelişmeden önce, agresif davranışlarını kontrol edebilmek için 5 yıl süreyle antipsikotik ilaç uygulanmıştı . Buradaki ihmal; uygun endikasyon olmadan bu süre boyunca antipsikotik verme, yan etkiler için hastayı izlememe ve tardif diskinezi tanısını koyamamayı kapsıyordu. Ailesi ayrıca uzun tedavinin riskleri konusunda bilgi verilmediğini ve tedavi için izin alınmadığını ileri sürmekte idi. 760.165 \$ tazminat ödendi ve bu üst mahkemece de onaylandı (Clites v. Iowa 1982).

Hekim mensup olduğu uzmanlık alanına dahil ortalama düzeydeki bir hekimin aynı hal ve şartlarda göstereceği özeni göstermekle yükümlüdür. Hekimin uzmanlığı arttıkça kendinden beklenen özen de ağırlaşır.

Tıp bilimi tarafından genel olarak tanınıp kabul edilmiş kuralları bilmeli ve uygulamalıdır. Kendini geliştirmeli, yenilikleri takip etmelidir.

D) KAYDA GEÇİRME YÜKÜMLÜLÜĞÜ (HHY M.7,16)

Hekim tedavisini üstlendiği hastaya ilişkin bilgileri düzenli bir şekilde kayda geçirmek ve bu kayıtlarla birlikte sair belgeleri saklamak zorundadır.

E) SIR SAKLAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ (TDN m.4, HHY m.21-23)

Hekim, tedavi sürecinde öğrendiği hastaya ait sırları gizli tutup üçüncü şahıslara açıklamamakla yükümlüdür. Sır saklama borcu sadakat borcunun bir yansımasıdır.

Sır, açıklanmamasında hastanın menfaati bulunan her şeydir. Özel hayata ilişkin zararlı karakter unsurları, psişik anormallikler, bedensel özellikler, hastalık bulguları, mesleki, iktisadi ve mali ilişkiler, hastanın doktoruna eşinden şiddet gördüğünü, eşcinsel olduğunu, evlilik dışı birliktelik yaşadığını, iktidarsız olduğunu veya uyuşturucu kullandığını anlatması gibi durumlar kişisel veri kapsamında değerlendirilmelidir. Ayrıca hastanın ismi, adresi, mesleği, ekonomik durumu, rahatsızlığının ne olduğu, böyle bir hastalığın neden başına geldiği, ne teşhis konulduğu ve hastaya verilen ilaçlara ilişkin bilgiler de kişisel veri olarak nitelendirilmeli ve sır kapsamında değerlendirilmelidir. Neyin sır olduğu belirlenirken somut hasta dikkate alınmalıdır.

HHY m.21 mahremiyete saygı gösterilmesi başlığı altında neler sır olarak saklanması gerektiği, “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 makul 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” şeklinde ifade edilmiştir.

Bu kapsamda yer alan kişisel veriler, genel olarak hekim tarafından tedavi ilişkisi sebebiyle görmek, işitmek veya hissetmek suretiyle öğrenilen, saklanmasında hastanın menfaati bulunan, hastanın özel hayatına ve gizlilik alanına dâhil bilgileri ifade eder. Hekim bunları hastanın kendisine anlatması yoluyla öğrenmiş olabileceği gibi, muayene, teşhis ve tedavi faaliyetleri sebebiyle kendisi de öğrenmiş olabilir. Bu bilgilerden, sır sayılarak mahremiyet

hakkının kapsamına girenlerin tayininde, benzer durumdaki bir hastanın değil, bizzat hastanın kendi görüşüne göre başkalarının öğrenmesini ve bilmesini istemeyeceği bilgilerin tespit edilerek dikkate alınması gerekir.

Psikiyatrinin niteliği gereği, hastalar ve yakınları daha fazla özel bilgiyi hekimle paylaşırlar. Psikolojik durumu itibariyle hastanın anlatacaklarının sınırını çizememesi, hayatına dair şeyleri gerekenden daha fazla anlatması, özellikle psikoterapi tedavisinde hastaya ait bilgilerin öğrenilmesinin daha kolay olması, hekimin hastaya ait daha çok kişisel bilgiyi öğrenmesine yol açar.

Gerek hastalıkla ilgili bilgilerin gerekse hastanın psikolojik bozukları, bedensel ve ruhsal rahatsızlıkları, röntgen, EKG vb. tetkik evrakı, muayene sonucu elde edilen bulgular, hastanın ailevi durumu, cinsel tercihi, siyasi görüşü, mesleki ve ekonomik durumu gibi bilgilerin psikiyatrist tarafından saklanması, başkalarına aktarılmaması ve başkalarının erişiminin önüne geçilmesi gerekir. İster yazılı belgelerde isterse bilgisayar ortamında tutulmuş olsun hastaya ilişkin bilgilerin korunması hekimin sorumluluğu altındadır. Eğitim amacı dışında ve kimliğinin tanınmasına yol açacak şekilde hastadan söz edilmesi hastanın mahremiyetini ihlal eder. Sırların bu şekilde açıklanması ceza hukuku bakımından da *'Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme veya Ele Geçirme'* suçunu teşkil eder (TCK m.136). TCK 137.maddede *'bu suçların belli bir meslek veya sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle işlenmesi'* nitelikli haline yer verilerek, belirli statüdeki failer açısından cezayı ağırlaştıran bir hüküm oluşturulmuştur.

HHY m.23 hastaya ait bilgilerin saklanması sınırlarını şu şekilde belirlemiştir: "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".

Gerek TCK'daki düzenleme gerekse hasta hakları yönetmeliğindeki düzenleme dikkate alındığında, kişinin mahremiyet alınana giren kişisel verinin psikiyatrist tarafından bir tek kişiye verilmesi dahi hukuka aykırılık teşkil eder. Herkesin öğrenmesi şart değildir. Hekimin bu yükümlülüğü

kendi ailesi açısından da mevcuttur. Bu sebeple psikiyatristin hastasıyla ilgili kişisel verileri eşi ile dahi paylaşmaması gerekir. Hatta psikiyatristin, hastanın ailesi bakımından da böyle bir yükümlülüğü mevcuttur. Ancak hastanın ailesinden bir kişi tüm muayene aşamalarında hastanın yanında olmuşsa ve hasta da duruma ses çıkarmamışsa, psikiyatristin bu aile bireyine karşı sır saklama yükümlülüğü yoktur.

Psikiyatristin sır saklama yükümlülüğü, bir başka hekime, hastane yönetimine ve personeline karşı da geçerlidir. Ancak hastane yönetimindeki doktorların veya diğer personelin de hastaya müdahalede bulunması gerekli durumlarda psikiyatristin onlara aktardığı bilgilerle bu ihlal oluşmayacaktır. Örneğin; psikiyatristin konsültasyon amaçlı hastaya ait bilgileri başka bir hekimle paylaşması halinde bu suç oluşmayacaktır.

Hasta koğuş sisteminde bir odada kalıyorsa, diğer hastaların kendisinin hastalığına ilişkin bilgileri duymasını istemeyebilir. Bu nedenle böyle bir durumda hastanın istemesi halinde kişinin diğer hastaların duymayacağı bir yerde muayene edilmesi sağlanmalıdır. Aksi halde yine hastaya ait kişisel veriler açısından söz konusu ihlal oluşacaktır.

Ölüm olayı, mahremiyetin bozulması hakkını vermez

HHY m.21'e göre, 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.

Sır saklama yükümlülüğünü ortadan kaldıran bazı haller bulunmaktadır. Bunlar:

- Hasta tarafından hekime karşı açılan davada hekimin kendini savunmak amacıyla hasta hakkındaki bilgileri açıklaması veya tedavi ücretini tahsil edemeyen hekimin bu amaçla açtığı davada yine hastaya ait bilgileri açıklaması, (bu gibi durumlar haklı sebep teşkil ettiği için hasta hakkındaki bilgilerin açıklanması sır saklama yükümlülüğünün ihlali sayılmamaktadır. Ancak bu gibi hallerde dikkat edilmesi gereken husus, sadece savunma veya hakkını ispat için gerek olan bilgilerin açıklanmasıdır, bunun dışındaki bilgilerin muhafaza edilmesidir),

- Hekimin tanıklık yapması, (bununla beraber hekimin tanıklıktan çekinme hakkı bulunmaktadır),

- Hastanın rızası, ancak hasta rızasını herhangi bir baskı altında vermemiş olmalıdır.

- Kamunun sağlığını tehlikeye düşüren hastalıklara maruz kalan kişilerle

ilgili bilgileri yetkili makamlara verme (Umumi Hıfzısıhha Kanununun 57. maddesinde kolera, veba, lekeli humma, karahumma, çiçek, difteri (kuşpalazı), uyku hastalığı, dizanteri, lohusa humması, kızıl, şarbon, felci tıfli, kızamık, cüzam, hummai racia ve malta humması hastalıklarını öğrenen hekime yetkili makamlara bildirme yükümlülüğü getirilmiştir. Aynı Kanunun 104. maddesinde de frengi hastalığının öğrenilmesi halinde bildirilmesi yükümlülüğü hekime yüklenmiştir),

- TCK m.280 gereği hekimin bir suçun varlığına ilişkin belirtilere rastlaması halinde bunu bildirme zorunluluğu (bu hükümde *sağlık mesleği mensuplarının* görevini yaptığı sırada bir suçun işlendiği yönünde bir belirti ile karşılaşması durumunda, durumu yetkili makamlara bildirme yükümlülüğü öngörülmüş ve bunu yerine getirmeyenlerin cezalandırılacağı hükme bağlanmıştır. Bu son hükümde, sağlık mesleği mensubu deyiminden tabip, diş tabibi, eczacı, ebe, hemşire ve sağlık hizmeti veren diğer kişilerin anlaşılabileceği aynı madde ikinci fıkrasında belirtilmiştir),

- Üçüncü kişinin üstün çıkarının söz konusu olması, özellikle hayatının tehlikede olması; örneğin psikiyatri hastasının biri öldüreceğini veya başka bir zarar vereceğini söylemiş olması halinde, güvenlik güçlerine ve o kişiye haber verilmesi gibi.

ABD’de bir mahkeme, serbest kaldığında bir kızı öldüreceğini söyleyen psikiyatri hastasını, öldürüleceği söylenen kişiyi haberdar etmeksizin bırakan hekimi, gerçekten söylediği fiili işlemesi karşısında kusurlu bulmuş ve tazminata mahkum etmiştir.

III. HEKİMİN SORUMLULUĞUNUN ŞARTLARI

A) SÖZLEŞMENİN İHLALİ

Hekim ile hasta arasında bir sözleşme varsa, bu durumda hekimin sözleşmeden doğan sorumluluğu söz konusu olur. Sözleşmenin varlığını hasta, eğer o ayırt etme gücünden yoksun ise yasal temsilcisi ispatlamalıdır. Hekim bir sözleşmeden doğan borcunu ihlal etmiş olmalıdır. İhlal, borcun ifa edilmemesi veya gereği gibi ifa edilmemesi şeklinde ortaya çıkar. Sözleşmenin ihlal edildiğini de kural olarak hasta ispatlamalıdır. Yukarıda sayılan yükümlülüklerden biri ihlal edilmişse, sözleşmenin ihlali gerçekleşmiş olur.

B) KUSUR

1. Genel Olarak

Hekimin sorumlu tutulabilmesi için sözleşmeyi kusuruyla ihlal etmiş olması gerekir. Kusur hukuk düzeni tarafından hoş görülmeyen, kınanan davranıştır. Başka bir deyişle, “benzer durum ve şartlar altında bulunan

kişilerden beklenen ortalama davranış biçimine uymayan, ondan sapan ve ayrılan davranış biçimine kusur denir.

Ortalama davranış tipi belirlenirken objektif ölçü esas alınır. Buna göre, zarar verenin kişisel durumu, bireysel yetenekleri, fizik gücü, mesleki becerileri yerine, benzer şartlar altında, aynı sosyal grup içinde yaşayan, objektif (makul) bir insan tipinin yetenek, durum, mesleki beceri ve fizik ve fikri gücü esas alınır.

Hekimin kusurlu sayılabilmesi için, öncelikle davranışının ona isnat edilebilmesi için ayırt etme gücüne sahip olması gerekir. Buna ilaveten davranışının ortalama hekimin davranışından sapması lazımdır.

Kusur belirlenirken hekimin uzmanlık derecesi, çalıştığı yer, bölgesel gelişmişlik düzeyi göz önünde tutulmalıdır.

2. Kusur Türleri

Kusurun kast ve ihmal olmak üzere iki türü bulunmaktadır.

a) Kast

Kast, hukuka aykırı sonucun hekim tarafından bilerek istenmesidir. Örneğin, hastasının ruhsal bozukluğundan yararlanarak ona cinsel taciz veya tecavüzde bulunmuşsa, hukuka aykırı olarak hastası üzerinde deney veya deneme de bulunmuşsa kast söz konusu olur. Psikiyatrist ile hasta arasında soyut ya da somut bir güven meydana gelir. Psikiyatrist hastası ile arasındaki güven ilişkisini duruma göre kamusal gücünden yararlanarak, duruma göre de verdiği hizmeti kötüye kullanarak onun cinsel bütünlüğüne saldırıda bulunabilir veya iznini almaksızın deney veya denemeye tabi tutabilir. Her iki hal de kasten işlenmiş hukuka aykırı bir fiil teşkil eder. Cinsel saldırı aynı zamanda bu TCK m.102'de öngörülen, *"suçun kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi (TCK m. 102/3-b)"*, *"fiilin beden veya ruh sağlığı bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı işlenmesi (TCK m. 102/3-a)"* kapsamında bir suç teşkil eder.

Kasten işlenen fiillere örnek olarak şunlar da verilmektedir: Darp, iftira etme, terapötik sonuçları garanti eden kontratı ihlal etme, emosyonel distress haline kasıtlı ceza verme, hile, kasıtlı kötü takdim, sivil hak ihlalleri ve kriminal davranışlar.

b) İhmal

İhmal borçlunun hukuka aykırı sonucu istememekle beraber, böyle bir sonucun meydana gelmemesi için şartların gerekli kıldığı özeni göstermemesidir. Yani, aynı şartlar altında, aynı türdeki kişilerin iş hayatında

gösterdikleri özenin gösterilmemesidir.

Sorumluluk için ihmalin derecesi önemli değildir. Hastanın hekimin kusurlu olduğunu ispatlaması gerekmez. İspat yükü hekimin üzerinde olup, hekimin kusurlu olmadığını ispatlaması gerekir.

İhmalde iki türdür. Ağır ihmal, aynı şartlar altında bulunan makul bir insanın olması gerekli en basit tedbirin alınmamış olmasıdır. Hastasının serbest kalır kalmaz birini öldüreceğini söylemesine rağmen, ilgili kişiyi haberdar etmemesi böyledir. Kaliforniya Üst Mahkemesi bu konudaki kuralı şöyle formüle etmiştir: “Terapist hastasının bir başkasına zarar verme olasılığına ilişkin ciddi bir tehlike belirlediği zaman ya da bir başka deyişle, kendi mesleksi standartlarına uygun olarak bu tehlikeyi belirlediğinde, kastedilen mağdurun korunabilmesi için uygun tedavi ve korumayı uygulamakla yükümlüdür.

Hafif ihmal ise ancak tedbirli bir hekimin gösterebileceği bir özenin gösterilmemesidir. Bir ilacın milyonda bir görülen alerjik bir etkisinin hesaba katılmaması sonucu hastada o alerjik etkinin görülmesi böyledir.

C) ZARAR

Hekimin sorumlu olması için tıbbi müdahaleden maddi veya manevi bir zararın meydana gelmiş olması gerekir.

Hekimin kusurlu tedavisi sonucu tedavisi uzadığı için daha fazla masraf yapmak zorunda kalan için bunlar fiili zararlardır.

Tedavi uzadığı için işini yapamayarak kazanç kaybına uğrayan hasta için bunlar yoksun kalınan kar türündeki zararlardır.

Manevi zarar ise, hastanın kişilik hakkı, özellikle vücut bütünlüğünün ihlali sonucu şahıs varlığında meydana gelen eksilmedir. Hastanın yanlış tedavi veya sırlarının açıklanması gibi hallerde manevi zararı ortaya çıkar.

Zararı ispat yükü hastanın üzerindedir. Hastanın ilk görünüş ispatından yararlanması mümkündür. Yani, normal hayat tecrübelerine göre böyle bir zararın meydana gelebileceğini kanaat verici bir şekilde ortaya koymak yeterlidir.

D) İLLİYET BAĞI

Zarar, hekimin sözleşmeye aykırı davranışı sebebiyle meydana gelmiş ise, zarar ile tıbbi müdahale arasında sebep-sonuç ilişkisi varsa, illiyet bağı da vardır.

Bununla birlikte, ameliyat sırasında meydana gelen depreme bağlı olarak hastanın ölmesinde olduğu gibi mücbir sebepler varsa veya üçüncü kişinin kusuru veya hastanın kendi kusuru sonucu hasta zarara uğramışsa illiyet

bağı kesileceğinden hekimin sorumluluğuna gidilemez.

IV. ZAMANAŞIMI

Tıbbi müdahale çoğunlukla bir vekâlet sözleşmesine dayandığından, bundan doğan zararlar BK m.126 gereği beş yıllık zamanaşımına tabidir. Haksız fiile dayalı bir tazminat davası açılması halinde ise BK m.60'da öngörülen bir ve on yıllık zamanaşımı sürelerinin uygulanması gerekir. Tıbbi müdahale estetik ameliyatlarda olduğu gibi eser sözleşmesi olarak nitelenen bir ilişkiye dayanıyorsa, kast veya ağır kusurla hiç veya gereği gibi yerine getirmemesi hali dışında 5 yıllık, bu hallerde ise BK m.125'de öngörülen 10 yıllık zamanaşımı süresine tabidir.

Sürenin başlangıcına gelince, zararın ve failin öğrenilmesinden itibaren sürenin işlemeye başlaması gerekir. Özellikle devam eden, gelişen zararlarda zararın tamamen öğrenilmesinden itibaren işlemeye başlayacağının kabulü gerekir. Zararın öğrenilmesi, zararın varlığının, mahiyetinin, unsurlarının ve kapsamının öğrenilmesinden itibaren başlar.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

AYAN, MEHMET, Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, İstanbul, 1991.

BAŞKAN, TANIL M./DEMİRCAN, Y.TUNÇ, Psikiyatride Hasta Hakları, <http://www.hayad.org.tr/content/view/70/41/>.

DOĞAN, CAHİD, Tedaviyi Kabul Etmeme ve Durdurma Hakkı, Uluslararası II. Sağlık Hukuku Sempozyumu, İstanbul, 2011, s.307-357.

DOĞAN, CAHİD, Hastanın Aydınlatılması ve Rızasının Alınması, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Girne-Amerikan Üniversitesi Sağlık Hukuku Sempozyumu, 2-3 Mart 2009 Girne / KKTC, Ankara, 2010, s.111-219.

DOĞAN, MURAT, Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk, Sempozyum, 16-17 Ocak 2009 Mersin, Ankara, 2009, s.41-60.

HAKERİ, HAKAN, Tıp Hukuku, Ankara, 2007.

HAKERİ, HAKAN, Tıp Hukuku Temel Bilgiler, Ankara, 2010.

İLNEM, CEM/İLNEM, MÜJEN, Psikiyatri Pratiğinde Hatalı Uygulamalar, <http://onlinemakale.dusunenadamdergisi.org/pdf/dusunenadam/7102010101112-4-1.pdf>.

KARA, HAYRETTİN/AĞARGÜN, M. YÜCEL, Psikiyatrik Etik Açısından Hastaya Ait Bilgilerin Saklanması ve Aktarılması, Tıbbi Klinik Tıbbi Etik, Cilt 3, S.4, 1996, s.16-18.

KOCAMAN, NAZMİYE, Tıbbi Hastalığa Psikososyal Tepkiler, İstanbul

Prof. Dr. MURAT DOĞAN

Tıp Fakültesi Dergisi, Cilt 71, S. 2, 2008, s.52-58.

MAHMUTOĞLU, FATİH SELAMİ, Türk Ceza Mevzuatındaki Temel Düzenlemelere Psikiyatristlerin Fail ve Uzman Sıfatı Kapsamında Genel Bakış”, cezahukuku.istanbul.edu.tr/ders.../psikiyatristlerin-durumu.docx.

ÖZCAN, AYŞE, Psikiyatride Hasta Hakları ve Psikiyatri Hemşireliği Uygulamasına Yansıması, Tıbbi Klinik Tıbbi Etik, Cilt 5, S.1, 1997, s.20-23.

ŞENLER, FİLİZ ÇAY, Akciğer Kanseriinde Psikososyal Sorunlar ve Tedavisi, Türkiye Solunum Araştırmaları Dergisi, Cilt 3, Özel sayı 2, 2001, s.223-225.

ÜNVER, YENER, Psikiyatride Hasta Hakları, Sağlık Hakkı, S.3, Kasım 2007, s.21-45.

Teşekkür ediyorum dinlediğiniz için. (Alkışlar)

OTURUM BAŞKANI- Sayın Hocam, çok teşekkür ediyoruz.

Sözünüzü kesmedik, çünkü biz avukatlar için çok güncel bilgiler, çok önemli bilgiler verdiniz. Bu bakımdan çok teşekkür ediyoruz.

Birinci konuşmacımız Sayın Murat Doğan Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekan Yardımcısı Hocamız bize psikiyatristlerin hukuki sorumluluğu konusunda bilgiler verdiler, son derece yararlandık, çok teşekkür ediyorum.

Değerli katılımcılar, konuşmama başlamadan önce hepinizi saygıyla selamlıyorum.

Baro Başkanı Profesör Doktor Metin Feyzioğlu'nun da belirttiği gibi geleneksel hale gelmiş artık dördüncü Sağlık Hukuku Kurultayının gerçekleşmesinde emeği geçen herkese, özellikle Baro çalışanlarına buradan teşekkür etmeyi bir borç biliyorum, ayrıca nazik davetiniz için de ekstra teşekkür ederek konuşmama başlamak istiyorum.

ALMAN HUKUKUNDA PSİKİYATRİ HASTASI-HEKİM İLİŞKİSİ

I. Giriş

Tıp hukukunun gerek etik ve gerekse hukuksal açıdan önem arzeden en spesifik konularının başında, hiç şüphesiz “psikiyatri hastası-hekim ilişkisi” gelmektedir. Bu ilişki hastanın muayene için randevu almasıyla başlayıp, bazan yıllar bazan da ömür boyu sürer. İşte bir zamanı kapsayan bu ilişki, psikiyatri hastasının rahatsızlığından kaynaklanan özel durumlar nedeniyle, normal bir hasta-hekim ilişkisinden çoğu yönlerden farklılık gösterir. Bu çalışmanın birincil amacı psikiyatri hastası-hekim ilişkisinin, alışlagelmiş hasta-hekim ilişkisinden ayrılan özel yönlerini ve hukuksal sorunlarını gözler önüne sermektir. Bu bağlamda öncelikle psikiyatrik rahatsızlıkların ne olduğu konusunda genel bir tespit yapılacak ve daha sonra, psikiyatri hastasına yönelik güvenlik ve otonomi aydınlatılması ile psikiyatri hastalarının rıza ehliyeti konuları incelenecektir. Çalışmanın ağırlıklı noktasını ise, psikiyatri

hastasının zorla hastaneye yatırılması ve zorla tedavisi oluşturmaktadır.

II. Psikiyatrik Bozukluklar

1. Psikiyatrik Hastalık (Bozukluk)

Psikiyatri hastası ve hekim ilişkisi konusunda ayrıntılı açıklamalarda bulunmadan önce, ruhsal ya da psikiyatrik rahatsızlık (bozukluk) kavramını tanımlamak faydalı olacaktır.¹ Dünya Sağlık Örgütü (WHO) hastalıkların sınıflandırılması amacıyla hazırlamış olduğu ve Avrupa'da² yaygın olarak kullanılan ICD-10³ dizgesinde⁴ (sınıflamasında) ruhsal bozuklukları çeşitli kategorilere ayırmıştır. Dünya Sağlık Örgütü'nün 1991 yılında yaptığı tanımdan hareket ederek, psikiyatrik bozukluk ya da ruhsal rahatsızlık şu şekilde tarif edilebilir: Kişinin *algılama* veya *davranışlarının* hastalık derecesine varacak oranda *normalden farklı (ayrılmış) olması* durumudur.⁵ Sözüne ettiğimiz bu normalden ayrılmış olma (normalden sapma) durumu, yani anormallik kişinin *düşünme*, *duygu* (hissetme), *irade* (istek) ve *hareketlerinde* ortaya çıkar. Ancak burada normallik ve anormallik sınırları kesin çizgilerle belirlenmiş, bilim adamlarının ve özellikle psikiyatrist ve psikologların üzerinde hemfikir olduğu mutlak kavramlar değildir.

Bir davranışın anormal kabul edilmesinde kıstas olarak kullanabileceğimiz genel bir kural yoktur. Buna karşın davranışın anormalliğini belirlemek için çeşitli kriterlere başvurulmaktadır. Bu kriterlerin başında *istatistiksel ölçütlerden sapma* kriteri gelmektedir. Bu kriterin savunucularına göre, istatistiksel frekanstan sapan davranışlar anormaldir.⁶ Örneğin normal bir durumda aşırı mutlu olan kişi anormaldir. Anormalliği belirlemek için sıkça kullanılan başka bir kriter de *toplumsal ölçütlerden sapmadır*. Her toplumun kişilerin davranışlarını onaylayan standartları veya normları vardır. Bu standartlardan göze batacak şekilde sapan davranış anormaldir.⁷ Örneğin sokak ortasında

1 *Almanya Augsburg Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi, Augsburg Hukuk Fakültesi Biyo, Sağlık ve Tıp Hukuku Enstitüsü Üyesi, Avrupa Hukuk Düzenleri Enstitüsü Türk Hukuku Araştırma Merkezi Başkanı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Görevlisi (e-mail: erhan.temel@jura.uni-augsburg.de).

Bu çalışma kapsamında psişik ya da ruhsal bozukluk ile psikiyatrik bozukluk veya hastalık (rahatsızlık) aynı anlamda kullanılmıştır. Dolayısıyla psikiyatri hastası denildiğinde, kendisinde nedeni organik (=biyolojik=somatik) ya da nörotik (somatik olmayan) olan ruhsal bozukluk (rahatsızlık) olan kimse kastedilmektedir.

2 Buna karşılık Amerika Birleşik Devletleri'nde ve buna bağlı olarak Türkiye'de DSM-IV (Diagnostik and Statistical Manual of Mental Disorders) kullanılmaktadır. Bkz. *Köroğlu, Ertuğrul*, Psikozoloji Tanımlayıcı Klinik Psikiyatri Ankara 2004, s. 91.

3 Bu kısaltmanın açılımı "International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems" şeklindedir.

4 <http://www.dimdi.de/static/de/klassi/diagnosen/icd10/htmlgm2011/chapter-v.htm> (erişim: 06.09.2011).

5 *Schleitzer, Janet*, Aspekte der Darstellung und Beeinflussung der öffentlichen Meinung über psychisch Kranke in der Zeitung, Diplomarbeit, Jena 2001, s.9. Bkz. http://www.anti-stigma.de/Diplomarbeit_JSleitzer.pdf (erişim: 04.09.2011).

6 *Atkinson, Rita/Atkinson, Richard/Smith, Edward/Bem, Daryl/Nolen-Hoeksema, Susan* (Çeviren: Yavuz Alogan), Psikolojiye Giriş, 3. Baskı Ankara 2006, s. 524.

7 *Atkinson/Atkinson/Smith/Bem/Nolen-Hoeksema*, s. 524.

çırıl çıplak dolaşmak bu kritere göre anormalliktir.⁸ Bir başka anormallik ölçütü ise *davranış uyumsuzluğu*dur. Buna göre bir davranış uyumsuzsa, kişi ve toplum üzerinde olumsuz etki yapıyorsa anormaldir.⁹ Kalabalıktan korktuğu için otobüse binmeyen kimsenin davranışı anormaldir. Anormallliği belirlemede kullanılan bir diğer kriter ise *kişisel üzüntü*dür. Psikiyatrik bozukluk tanısı konulan insanların birçoğunda kişisel üzüntü hali, dışarıdan sıradan bir gözlemcinin dahi dikkatini çekebilir.¹⁰ Bu insanlar endişeli, aşırı üzgündür ve uykusuzluktan şikayetçidir. Saydığımız ölçütlerden hiçbirisi hastalık derecesine varan anormallliği tespit etmek, yani kesin bir ruhsal bozukluk tanısı koymak için tek başına yeterli olmaz.¹¹ Bazı vakalarda bu kriterlerin dördünden de yararlanılarak tanı koymak gerekli olabilir.¹²

2. Psikiyatrik Hastalıklar Hakkında İstatistiki Veriler

Ruhsal hastalıklara bugün bütün dünyada rastlanılmaktadır. Dünya Sağlık Örgütü'nün yapmış olduğu bir araştırmaya¹³ göre, hekimlerin kapısını çalan her dört kişiden biri ruhsal bir hastalıktan muzdariptir. Yine Dünya Sağlık Örgütü'nün verilerine göre dünyada en sık rastlanılan psikiyatrik rahatsızlıklar sırasıyla depresyon, alkolün neden olduğu hastalıklar, bipolar bozukluklar ve şizofrenidir.¹⁴ Avrupa Birliği'nin genelinde yapılan bir araştırmaya¹⁵ göre, Avrupa Birliği vatandaşlarının % 27'si bir yıl içerisinde

8 Avrupa toplumunun tersine, gaip ten sesler duyan kimsenin durumu bir Afrika toplumunda bazan normal hatta bazan olağanüstü güzel bir davranış sayılabilir.

9 Atkinson/Atkinson/Smith/Bem/Nolen-Hoeksema, s. 525.

10 Atkinson/Atkinson/Smith/Bem/Nolen-Hoeksema, s. 525.

11 Anormallığı tanımlarken yukarıda belirtilen dört ölçütten yararlanılabilir. Normallığın tanımı da en az anormallik kadar zordur. Ancak genel kabul gören anlayışa göre normal insanları, anormal insanlardan ayıran beş farklı özellik mevcuttur. Bunlar: (1) Realiteyi (gerçekliği) yeterince anlayabilme yeteneği: Normal insanlar kendi davranış ve reaksiyonlarını ve dış dünyada olan olayları irdeleyip değerlendiren oldukça gerçekçidir. Örneğin megalomanlar veya narsistler olayları değerlendirirken, nalıncı keseri gibi kendilerine yontma eğilimindedirler. (2) Davranışları iradi denetleme ve kontrol altında tutabilme yeteneği: Normal insanlar zaman zaman duygusal veya tepkisel davranış sergileseler de, genellikle kendi dürtü ve isteklerini kontrol altında tutma, kendilerini frenleme ve toplumun standartlarına uygun hareket edebilme yeteneğine sahiptir. Bu sayede davranış, kontrol dışı dürtülerin sonucunda dış dünya yansıyan bir gayri iradi davranış olmaktan çıkar. (3) Kendi değerlerinin farkında olma ve kabul görme: Normal kimseler sahip oldukları özdeğerlerinin farkındadır ve bu değerlerin çevredeki insanlar tarafından kabul görüp, benimsendiğini bilirler. Bu yüzden bu kimselerin kendilerine güvenleri vardır, sosyal olaylara tepkilidir. Anormal insanlar ise bu değerlerin farkında olmadıklarından, kendini değersiz, başkalarınca onaylanmamış ve yabancılaşmış hissederler. (4) Sevgi bağı kurabilme yeteneği: Normal kişiler başka insanlarla dengeli, tatmin edilmiş yakın duygusal (sevgi) bağ kurma yeteneğine sahiptirler. Bu yüzden başkalarından duygu bağlamında aşırı taleplerde bulunmazlar ve başkalarının duygularına duyarlıdır. Oysa psikiyatrik rahatsızlığı olan kimi insanlar, kendi duyguları ve uğraşlarıyla dolu olduklarından sürekli sevgi arayışındadır. Sevgi ilişkisinde benmerkezcı olduklarından, başkalarından aşırı taleplerde bulunurlar, ön planda kendi güvenliklerini koruma peşindedirler. (5) Üretkenlik: Normal ve uyumlu insanlar, kendi kişisel yetenek ve özelliklerini, hayatın akışı içinde üretken faaliyetlerin yapılması için kullanırlar ve hayatın içindedirler. Günlük hayat akışında normal kişiler yönlendirilmeye ihtiyaç duymadan, hayata tutunur, üretirler. Karş. Atkinson/Atkinson/Smith/Bem/Nolen-Hoeksema, s. 525 vd.

12 Karş. Atkinson/Atkinson/Smith/Bem/Nolen-Hoeksema, s. 525.

13 www.psog.de/wp-content/uploads/2011/06/Psychisch-krank-Das-sollten-Sie-wissen.pdf (erişim: 05.09.2011).

14 www.bundesgesundheitsministerium.de/glossar-begriffe/s/seelische-gesundheit.html (erişim: 05.09.2011).

15 www.uni-augsburg.de/einrichtungen/gleichstellungsbeauftragte/downloads/psychische_Erkrankungen.pdf

en az bir defa ruhsal rahatsızlık nedeniyle hekime müracaat etmiştir. Bu sayı olarak 83 milyon kişiye tekabül etmektedir.

Alman Federal Sağlık Bakanlığı'nın verilerine göre Almanya'da hastalık nedeniyle çalışamayacak derecede hasta olup, rapor alanların % 11' i ruhsal rahatsızlıktan dolayıdır.¹⁶ Bu kişilerin tedavi masrafları ise 4 milyar Avronun üzerindedir.¹⁷ Almanya'da yapılan bir araştırmaya göre, Almanya genelinde yaklaşık 8 milyon tedavi gerektirecek derecede ruhsal rahatsızlığı olan insan bulunduğu tespit edilmiştir.¹⁸

3.ICD-10 Dizgesine Göre Psikiyatrik Rahatsızlıklar

Almanya'da kullanılan ICD-10 Dizgesine göre psikiyatrik bozukluklar ve bunların kodları şu şekildedir:

F00-F09 Semptomatik ve organik mental bozukluklar

F10-F19 Psikoaktif madde kullanımına bağlı zihin ve davranış bozuklukları

F20-F29 Şizofreni, şizotipal ve delüzyonel bozukluklar

F30-F39 Duygu durum (afektif=duygulanım) bozuklukları

F40-F48 Notorik, stresle ilgili ve somatoform bozukluklar

F50-F59 Fizyolojik bozukluklar ve fiziki faktörlerle birlikte seyreden davranış bozukluğu sendromları

F60-F69 Erişkin kişilik ve davranış bozuklukları

F70-F79 Zeka geriliği

F80-F89 Psikolojik gelişme bozuklukları

F90-F98 Genellikle çocuklarda ve adolesan döneminde başlayan davranış bozuklukları

F99 Tanımlanmamış mental bozukluklar

X 60-84 Kasten kendine zarar verme (suicide).

Bu çalışma kapsamında kullanılan psikiyatrik (ruhsal) bozukluk ya da hastalık terimlerinde anlaşılması gereken, işte bu klasifikasyonda geçen bozukluklardır.

III. Psikiyatri Hastası Hekim İlişkisinde Alışlagelmiş Hasta Hekim İlişkisinden Farklılık Gösteren Özel Durumlar ve Hukuksal Sorunlar

1. Psikiyatri Hastalarının Aydınlatılması

a)Güvenlik Aydınlatması

16 www.bundesgesundheitsministerium.de/glossarbegriffe/s/seelische-gesundheit.html (erişim: 05.09.2011).

17 www.zeit.de/karriere/beruf/2010-03/arbeitswelt-krankheit-fehlzeiten (erişim: 26.08.2011).

18 www.psog.de/wp-content/uploads/2011/06/Psychisch-krank-Das-sollten-Sie-wissen.pdf (erişim: 05.09.2011).

Alman hukukunda aydınlatma yükümlülüğünün kapsam ve içeriği herhangi bir yasada düzenlenmeyip, hekimler aleyhine açılan ceza ve tazminat davaları çerçevesinde geliştirilen yüksek yargı kararları tarafından şekillendirilmiştir.¹⁹ Bilindiği gibi aydınlatma yükümlülüğü *güvenlik* (terapi) ve *karar* (otonomi) aydınlatması olarak ikiye ayrılır. Güvenlik aydınlatması genellikle tıbbi müdahaleden sonra yapılır ve içeriği hastalığın ve tıbbi müdahalenin özelliğine göre farklılık arzeder. Güvenlik aydınlatmasının amacı, hastanın kendi iyileşme sürecine aktif olarak iştirak etmesini sağlamak ve sağlığını tehlikeye sokacak davranışlardan²⁰ kaçınmasını temin etmektir.²¹ Bunun için hekim, hastasına tedavi boyunca kaçınması gereken davranışları (perhiz veya sigara vs. içilmemesi, aşırı yorucu sporlardan uzak durulması), kullanacağı ilaçların dozu ve zamanı ile ilaç aldığı anda trafiğe çıkmaması gibi diğer uyarılarda bulunur. Aydınlatmanın içeriği ve kapsamı hastanın yaş, vücut yapısı, eğitimi gibi özelliklerine ve hastalığın türü ile ağırlığına göre farklılık göstermektedir.²²

Psikiyatri hastasına yapılacak güvenlik aydınlatması az önce belirtildiği gibi, hastanın ve hastalığın durumuna göre farklı kapsam, içerikte ve ağırlıkta olabilir. Özellikle yeşil reçeteye satılan ilaçların²³ diğer ilaçlarla ve alkol ve benzeri keyif verici maddelerle etkileşimleri konusunda hekimin, hastayı daha detaylı bir şekilde aydınlatması gerekir. Detaylı aydınlatma yükümlülüğü, uzun kullanımda bu ilaçların diğer ilaçlara nazaran daha fazla yan etkileri olacağı bilgisini de kapsamaktadır. Bu yan etkilerin özellikle motorik, kognitif (bilişsel) ve duygusal tepkilerde istenmeyen zararlı sonuçlara neden olabileceği hastaya güvenlik aydınlatması kapsamında bildirilmelidir. Bunun dışında psikiyatri ilaçlarının doz aşımının doğuracağı tehlikeli sonuçlar hakkında hasta bilgilendirilmelidir. Psikiyatri ilaçlarının pek çoğu gün içinde yorgunluğa neden olduğundan, psikiyatri uzmanının bu tür

19 Buna karşılık özel bazı yasalarda aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. Karş. İlaç Yasası ("Arzneimittelgesetz") § 40 f. 1, § 41, Hadımlaştırma Yasası ("Kastrationsgesetz") § 3 f. 1, Organ Nakli Yasası ("Transplantationsgesetz") § 7 f. 2.

20 Hekim, hastasına onun tedavi boyunca nasıl davranması gerektiğini açıklamalı, onu bilgilendirmeli ve ona gerekli uyarılarda bulunmalıdır. Hekim hastanın zarar görmemesi için elinden gelen herşeyi yapmalıdır. Karş. BGH, NJW 1994, 3012. Karş. **Gehrlein, Markus**, Grundriss der Arzthaftpflicht, 2. Aufl. München 2006, B 46.

21 Karş. **Laufs, Adolf/Uhlenbruck, Wilhelm**, Handbuch des Arztrechts, 3. Aufl. München 2002, § 62 Anm. 1; **Gehrlein**, B 46; **Geiß/Greiner**, Arzthaftpflichtrecht, 5. Aufl. München 2006, B 95; **Fischer, Gerfried**, Die ärztliche Aufklärungspflicht im deutschen Zivilrecht, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi III/2 (Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, 21-22 Nisan 2006, İstanbul) s. 18.

22 Güvenlik aydınlatmasına ilişkin örnekler için bkz. **Steffen, Erich/Pauge, Burkardt**, Artzhaftungsrecht, 10. Aufl. Köln 2006, B 325.

23 İlaç konusunda güvenlik aydınlatması için bkz. **Temel, Erhan**, Hekimin İlaç Tavsiyesinden Kaynaklanan Aydınlatma Yükümlülüğü, I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi (8-9 Mayıs 2008),

Sempozyum Kitabı, s. 114 vd.

ilaç kullanan hastalarını araçla trafiğe çıkmaması²⁴ ve aşırı konsantrasyon gerektiren işlerden kaçınması konusunda uyarması gerekir.

Psikiyatrik rahatsızlıklarda tedavi hedefine hastanın ve hastalığın durumuna bağlı olarak değişen sıklıkta gerçekleşen ve bazan yıllar süren başarılı terapi seansları sayesinde ulaşılabilir. Bu yüzden hekimin psikiyatri hastasına, terapi seanslarına eksiksiz ve aktif katılması ve hekimin tedavi tavsiyelerine riayet etmesi (tıbbi compliance) uyarısında bulunması gerekir. Bu uyarı güvenlik aydınlatmasının bir gereğidir.

Yerleşik Alman içtihatlarına ve doktrindeki hâkim görüşe göre, güvenlik aydınlatmasının ihlali, aydınlatma hatası değil, tedavi hatası olarak nitelendirilmektedir.²⁵ Bu yüzden hiç ya da gereği gibi yerine getirilmeyen aydınlatma yükümlülüğünün ihlali sonunda hastanın sağlık veya vücut bütünlüğünde bir zarar meydana gelmişse, diğer koşulların da olayda varolması durumunda, bu zarardan hekim sorumlu olacaktır.

b) Otonomi Aydınlatması

aa) Genel Olarak

Otonomi aydınlatması dogmatik açıdan, Alman Anayasasının m. 2. f. 1'inde düzenlenen „kişinin kendi geleceğini belirleme hakkına“ dayanmaktadır. Bu hak Anayasanın 1. maddesinde düzenlenen „insan onuru“ ve „kişiliğin serbestçe geliştirilmesi“ ve 2. maddede f. 2'de düzenlenen „vücut dokunulmazlığı (bütünlüğü)“ prensiplerinin sonucu olarak görülmektedir.²⁶ Buna göre hastanın, tıbbi müdahaleye rıza gösterebilmesi ve bu sayede kendi geleceğini belirleme hakkını kullanabilmesi için²⁷; teşhis, uygulanacak tedavinin şekli, kapsamı, alternatifleri ve herşeyden önce de yapılacak müdahalenin riskleri konusunda aydınlatılması gerekir.²⁸ Bu söylenenlerden de anlaşıldığı gibi, otonomi aydınlatması; *teşhis aydınlatması*, *süreç aydınlatması* ve *riziko aydınlatması* olmak üzere üç çeşittir.

Otonomi aydınlatması da yüksek yargı kararları tarafından bulunmuş ve geliştirilmiş bir kavramdır. 1894 yılında Alman İmparatorluk Mahkemesi'nin bir kararından²⁹ sonra vücut -ve sağlık- bütünlüğüne yönelik her türlü tıb-

24 Karş. OLG Konstanz, NJW 1972, 2223. Aynı görüşte karş. *Deutsch, Erwin*, Verkehrsunauglichkeit: die Rolle des Arztes aus rechtlicher Sicht, VersR 2001, 793 (796).

25 BGH, NJW 1987, 705; *Gehrlein*, B 45.

26 Karş. BVerfG, NJW 2005, 1103 (1104); BGH, NJW 1989, 1533.

27 Hasta kendi geleceğini belirleme hakkı sayesinde, tedavinin objesi olmaktan çıkarak, subjesi konumuna gelmektedir. Karş. BGH, VerR 1982, 162; BVerfG, NJW 2005, 1103; *Geigel*, Haftpflichtprozess, 24. Aufl. 2004, § 823 Anm. 213; *Geiß/Greiner*, C 1; *Gehrlein*, C 4; *Steffen/Pauge*, B 321. Bu nedenle doktor için tedavi hakkı değil, hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı doğrultusunda, tedavi yükümlülüğü söz konusu olmaktadır.

28 Nasyonal sosyalist rejimin uygulandığı dönemde gündeme getirilen ve Alman İmparatorluk Mahkemesi'nce sürekli reddedilen (RGZ, 151, 349) *tedaviye zorlama hakkı* da yasal dayanaktan yoksundur. Böyle bir hakkın varlığından, hastanın tamamen mantıksız ve makul olmayan bir tutum sergilemesi durumunda da söz edilemez. Karş. BGH, NJW 1959, 811 (812); BGH, NJW 1984, 1397; NJW 1994; 1511 (1512).

29 RGSt, 25, 375.

bi müdahale, hastanın aydınlatılmış onamı alınmadan yapılmışsa, Alman Medeni Kanunu § 823 f. 1 (BGB) ve Alman Ceza Kanunu (StGB) § 223 f. 1 ve § 224 f. 1 anlamında “haksız fiil” ve “yaralama” sayılır.³⁰

O halde aydınlatılmış rıza alınmadan yapılan tıbbi müdahale hekimin hem hukuki hem de cezai sorumluluğunu gerektirir. Otonomi aydınlatması yaparak hastanın onamını almak, Alman hukukunda hekimin tedavi sözleşmesi kapsamında yerine getirmek zorunda olduğu başlı başına bir yükümlülüktür. Dolayısıyla aydınlatmanın hiç yapılmadığı ya da yetersiz yapıldığı durumda veya hastanın rızası alınmadan yapılan tıbbi müdahale durumunda, tedavi sözleşmesinin ihlali söz konusu olur. Bu nedenden dolayı, hekimin sözlemenin gereği gibi ifa edilmemesi sebebiyle tazminat sorumluluğu gündeme gelir.

bb)Psikiyatri Hastasına Yönelik Otonomi Aydınlatmasında Spesifik Hukuki Sorunlar

aaa) Psikoterapiden Önce Rızanın Gerekliliği Sorunu

Tedaviyi uygulayacak psikiyatri uzmanı hekim, hastasına karşı, onun kesin olarak iyileştirilmesi yönünde bir netice değil, tıp biliminin ulaştığı standartlarda ve *tıp sanatının kurallarına* uygun (lex artis), mesleki ilke ve kuralları da dikkate alarak, teşhis ve/veya tedavi amaçlı özenli bir tıbbi uygulamayı gerçekleştirmekle yükümlüdür. Hastalığın tanısı konulduktan sonra hekim, *tedavi özgürlüğü* kapsamında prensip olarak dilediği tedaviyi seçmekte serbesttir. Hekim hastanın fizyolojik durumu, yaşı, cinsiyeti, mesleği, sosyal statüsü, hastalığının türü ve ağırlığı, hastanın tedaviye ilişkin isteği ve tedavinin maliyeti gibi bazı faktörleri dikkate almalı ve hasta için en uygun yöntemi seçmelidir.

Psikiyatrik bozuklukların tedavisi genel olarak *ilaçla tedavi* ve *ilaçsız tedavi* olmak üzere ikiye ayrılır. İlaçsız tedaviler ise *psikoanaliz*, *aile terapisi*, *davranış terapisi*, *konuşma terapisi*, *sosyal terapi* gibi alt dallara ayrılmaktadır. İlaç tedavisine karar veren psikiyatri uzmanının hastaya ilaç vermesi veya belirli periyotlarla iğne yapması durumunun, hastanın vücut bütünlüğüne yönelik tıbbi uygulamalar olduğu tartışmasızdır. Bu nedenle de bu tür müdahalelerden önce hasta mutlaka aydınlatılmalı ve rızası alınmalıdır.

Bu bağlamda cevaplandırılması gereken ilk soru, psikiyatri hastasına uygulanacak ilaçsız tedavi yöntemlerinde de hastanın rızasının gerekli olup olmadığıdır. Örneğin hastaya psikanaliz veya konuşma tedavisi uygulayan psikiyatrist, seanslara başlamadan önce hastayı aydınlatarak onun rızasını almak zorunda mıdır?

30 Karş. *Martis, Rüdiger/Winkhart, Martina*, Arztaftungsrecht, 2. Aufl. Köln 2007, s. 82.

Bu sorunun cevabı otonomi aydınlatmasının amacından hareketle bulunabilir. Otonomi aydınlatmasının ana amacı hastayı teşhis, tedavi süreci ve riskler hakkında bilgilendirip, tedavinin uygulanıp uygulanmamasına karar vermesini sağlamaktır. Hasta tıbbi müdahaleye onam vermekle, kendi geleceğini belirleme hakkını kullanmaktadır. Bu sebeple tıbbi müdahalenin apandisit ameliyatındaki gibi kanlı olması ile psikanalizdeki gibi sadece konuşmadan ibaret olması arasında bir fark yoktur. Her iki durumda da hastanın hukukça korunan değerlerine karşı bir müdahale söz konusudur.³¹ Neşter ile gerçekleştirilen operasyonda hastanın *vücut bütünlüğüne* müdahale edilirken, psikanalizde veya konuşma terapisinde, sadece konuşma ile hastanın *ruhsal bütünlüğüne* karşı bir haksız dış etki söz konusudur. Zira psikiyatrist bu yolla hastanın ruhsal (psşik) durumunda değişiklik meydana getirmektedir. O halde ilaçsız psikoterapilerde, örneğin konuşma seanslarından önce de hastanın mutlaka onamının alınması gerekir.³²

Onam alınmadan yapılan psikoterapi, tedavi hatası içermese dahi, sağlığa yönelik hukuka aykırı bir müdahale sayılır ve hekimin hem haksız fiilden hem de sözleşmeden kaynaklanan tazminat sorumluluğunu beraberinde getirir. Sonuç olarak; hekimin, tüm tıbbi müdahalelerden önce hastanın müdahale için rızasını alması gerektiği görüşü kabul edilmelidir.³³ Teşhis ya da tedaviye yönelik olan bu tıbbi müdahaleler narkoz, ilaç, iğne, aşı, ısın tedavisi, kan alma, röntgen, diş çekme, sonda takma gibi bedene yönelik olabileceği gibi, sadece konuşma şeklinde (psikoterapi seansı) ruhsal bütünlüğe müdahale biçiminde de karşımıza çıkabilir.

bbb) Psikiyatri Hastasının Rıza Ehliyeti

Psikiyatrik bozukluğu olan hastaların rıza ehliyetinden doğrudan yoksun olacağı şeklinde bir görüş kesinlikle yanlıştır. Rıza ehliyetini hukuki işlem ehliyeti ve ceza hukukundaki kusur ehliyeti ile karıştırmamak gerekir. Somut olayın özelliklerine göre hukuki işlem ehliyeti olmayan bir hastanın rıza ehliyeti mevcut olabilir. Rıza ehliyetinin (“Einwilligungsfähigkeit”) kabulü için aranan ölçü, *hastanın gerçekleştirilmesi düşünülen tıbbi müdahalenin amaç ve anlamını, etki ve sonuçlarını (risklerini) en azından ana hatlarıyla idrak edip, artı ve eksilerini değerlendirebilme yeteneğine sahip olup olmadığıdır*.³⁴ Rıza ehliyeti mutlak bir kavram olmadığından, hastaya uygulanması düşünülen her tıbbi müdahaleden önce, hastanın ehliyetine sahip olup olmadığı kontrol

31 Karş. *Gründel, Mirko*, Einwilligung und Aufklärung bei psychotherapeutischen Behandlungsmassnahmen, NJW 2002, 2987 (2988).

32 Karş. *Gründel*, NJW 2002, 2987 (2988).

33 *Gehrlein*, C 7; *Martis/Winkhart*, 2. Aufl. s. 87.

34 Karş. BGH, NJW 1956, 1106; BGH, NJW 1972, 335; BGH, MDR 1981, 810; OLG Hamm FGPrax 1997, 64; *Martis, Rüdiger/Winkhart, Martina*, Arzthaftungsrecht, 3. Aufl. Köln 2010, A 1786; *Gründel*, NJW 2002, 2987 (2989); *Hakeri, Hakan*, Tıp Hukuku, Ankara 2007, s. 152.

edilmelidir. Zira rıza ehliyetinin varlığı, planlanan tıbbi müdahalenin türü, içeriği, kapsam ve ağırlığı gibi faktörlere bağlıdır.³⁵ Zeka seviyesi normalden daha az olan bir hasta kan alınması için gerekli rıza ehliyetine sahipken, aynı hasta karmaşık ve riskli bir açık kalp ameliyatı için rıza ehliyetinden yoksun olabilir.

Hastanın rıza ehliyetinin olup olmadığını tespit etme görevi,³⁶ tıbbi müdahaleyi yapacak hekime aittir. Hekim hastanın hastalığının türü ve ağırlığının yanı sıra, onun fizyolojik yapısı, kullandığı ilaçlar, yaşı, eğitimi, milliyeti, sosyo-kültürel durumu gibi hususları bu değerlendirme esnasında göz önünde tutmalıdır.³⁷

Psikiyatrik bozukluklarda rıza ehliyetini doğrudan ortadan kaldıran bir hastalık listesi yargı kararlarında, tıp ve hukuk literatüründe mevcut değildir. Ancak bazı ruhsal bozuklukların belli aşamaya gelindiğinde rıza ehliyetini ortadan kaldıracağı kabul edilebilir.³⁸ Fakat kesin karar somut olayın özelliğine göre verilmelidir.³⁹ Rıza ehliyetini prensip olarak ortadan kaldıran bu tür ruhsal bozukluklara “zeka geriliği”, “ikinci evreye ulaşmış alzheimer”, “ilerlemiş diyabetik hastalıkların neden olduğu ruhsal bozukluklar”, “ilerlemiş alkol ve uyuşturucu bağımlılığı”, “akut manik bozukluklar”, “akut psikoz”, “ilerlemiş anksiyete bozukluğunu” örnek gösterebiliriz.

Psikiyatrik rahatsızlığı nedeniyle kendine yasal temsilci atanan (=danışman bakıcı) kişinin rıza ehliyetinin olmadığını kabul etmek doğru olmaz. Bu konuda yine somut olayın özelliklerine göre, başka bir ifadeyle planlanan tıbbi müdahalenin türü, içeriği, kapsam ve ağırlığı ile hastanın bilgi ve idrak yeteneğine göre karara varmak gerekir.⁴⁰ Bu itibarla kendisine **danışman bakıcı** (“Betreuer”) atanan kimse (Alman MK § 1896 f. 1), gerçekleştirilecek tıbbi müdahalenin anlam, risk ve sonuçlarını değerlendirecek irade, idrak ve anlama yeteneğine sahip ise, müdahaleyi tek başına onaylayabilir veya reddedebilir. Aksi takdirde, yani psikiyatri hastasının rıza ehliyetinin bulun-

35 *Gründel*, NJW 2002, 2987 (2988).

36 Psikiyatri hastalarının rıza ehliyetinin tespitinde kullanılan pratik metodlar için bkz. *Fabry, Götz Bernhard* Einschätzung der Einwilligungsfähigkeit – Zum *Informed Consent* in der Psychiatrie, Dissertation Freiburg 1999, s. 46 vd.

37 Karş. *Martis/Winkhart*, 3. Aufl. A 1785 vd.; *Hakeri*, s. 153.

38 *Gründel*, NJW 2002, 2987 (2989).

39 Psikiyatri hastasının rıza ehliyeti için gerekli idrak ve anlayışa sahip olmadığını tespit etme konusunda bazı kriterler kullanılmaktadır. Bunlar: (a) Hastanın karar aşamasında çeşitli alternatifler arasında tercih yapacak durumda olmaması, ör. manik kriz durumunda, ağır depresyonlardan sonraki stupor evresinde bu durum söz konusudur (değerlendirme yeteneği) (b) Hasta kendisine aktarılan bilgileri gerçekten anlayacak ve tekrarlayacak durumda değilse, ör. zihinsel engellilik durumunda veya demans hastalıklarında (anlama yeteneği) (c) Hasta eldeki bilgileri kullanamayacak durumdaysa, ör. bilişsel bozukluklarda veya duygudurum bozukluklarında (değerlendirme yeteneği) (d) Hasta ruhsal hastalığını algılayacak derecede gerçeklikle bağlantısı kaybolmuşsa, ör. demans bozukluklarının başlangıç aşamasında veya manik kriz anında. Bkz. *Gründel*, NJW 2002, 2987 (2989); bkz. <http://wiki.btxprax.de/Einwilligungsf%C3%A4higkeit> (erişim: 09.09.2011).

40 *Gründel*, NJW 2002, 2987 (2989).

madığı durumlarda, yasal temsilcisi sıfatıyla danışmanın rızası alınmalıdır.

Uygulamada sıkça karşılaşılan sorunlardan biri de psikiyatri hastası rıza ehliyetine sahip olmasına rağmen, gerekli tıbbi müdahale için rıza vermek istememesi durumudur. Bunun nedenleri psikiyatri hastalarının, tıbbi müdahaleden normal hastalardan daha fazla korkmaları, tedavi sürecini sonuna kadar götürecek gücü kendilerinde bulamamaları ve bazan da hastalığı gurur meselesi yapmalarındır.⁴¹ Böyle bir durumda, hekimin normal hastaya gösterdiği sabır ve harcadığı zamandan daha fazlasını sarf etmesi ve hastasını tedaviye ikna etmesi gerekir.⁴² Hekimin ikna ve tedaviye yönlendirme yükümlülüğü sadece psikiyatrik hastalıkları için değil, hastanın diğer tüm somatik hastalıklarını da kapsamaktadır. Özellikle hasta sağlığını önemli derecede tehdit eden veya tedavi edilmediğinde hastanın ölümüne neden olacak hastalıklarda, hekim daha fazla çaba göstermeli ve hastanın rızasını almaya çalışmalıdır. Ancak tüm bu çabalar hastanın kararını değiştirmeye yetmezse, hekim hastanın kararına saygı duymalıdır. Zira kaynağı anayasa olan hastanın kendi geleceğini belirleme hakkının gereği, hastanın ***hastalıkla yaşama hakkı***⁴³ vardır.⁴⁴ Bu nedenle rıza ehliyetine olan hastanın zoraki tedavisi hukuka aykırıdır.

ccc) Psikiyatri Hastasına Yönelik Otonomi Aydınlatmasının Kapsam ve İçeriği

Hastanın tıbbi müdahale için verdiği rızanın geçerli olabilmesi için, onun daha önceden hastalığının türü ve ağırlığı, hastalığın izleyeceği muhtemel süreç ile planlanan tıbbi müdahalenin amacı, anlamı, aciliyeti, alternatifleri, risk ve tedavi şansı hakkında ana hatlarıyla aydınlatılmış olması gerekir.⁴⁵

Otonomi aydınlatmasının kapsam ve ağırlığı tıbbi müdahalenin, başka bir ifadeyle tedavi yönteminin türü ile hastanın bilgi seviyesi, anlama kapasitesi ve ihtiyacına göre belirlenir. Bu bağlamda, örneğin hasta ön bilgiye sahipse, aydınlatmanın kapsamı dar olur ya da hasta zaten kendisi hekimse veya aydınlatmadan vazgeçmişse aydınlatma zorunluluğu duruma göre ortadan kalkabilir.⁴⁶ Somut olayda aydınlatmanın kapsamını belirlemede kullanılacak başka bir kriter ise, tıbbi müdahalenin gerekliliği ve rizikonun ağırlığıdır. Müdahalenin gerekliliği ve rizikonun ağırlığı azaldıkça aydınlat-

41 Gerek Almanya'da ve gerekse Türkiye'de "toplumdan dışlanma" veya "çevresi tarafından küçük görülme", gibi çeşitli olumsuzluklarla karşılaşmak istemeyen çoğu psikiyatrik rahatsızlığı olan hastaların, hastalıklarını genellikle kabullenmek istemedikleri gözlenmektedir.

42 Karş. *Gründel*, NJW 2002, 2987 (2989).

43 Alman Federal Anayasa Mahkemesinin kararında bu terim "Freiheit zur Krankheit" şeklinde ifade edilmiştir.

44 Bkz. BVerfG, NJW 1998, 1774 vd.

45 Karş. *Martis/Winkhart*, 2. Aufl. s. 83; *Gehrlein*, C 7.

46 Karş. *Martis/Winkhart*, 3. Aufl. A 1831 vd.; *Laufs, Adolfs/Katzenmeier, Christian/Lipp, Volker*, Arztrecht 6. Aufl. München 2009, knr. 30 s.114; *Hakeri*, s. 132.

manın kapsamı daralacaktır.

Psikiyatrik rahatsızlıklarda somatik (=organsal=bedensel) rahatsızlıklara nazaran, hastalığın hem teşhis aşaması hem de tedavi aşaması genellikle daha uzun sürmektedir. Psikiyatrik rahatsızlıklarda teşhis için gerekli olan görüşme ve öykü alımı, somatik rahatsızlıklarındakinden çok daha uzun sürmektedir. Özellikle hastanın özgeçmişi doğum öncesi aşamadan başlayıp, doğum, çocukluk dönemi, bebeklik ve okul öncesi dönem, okul üniversite dönemi, evlilik öyküsü, meslek öyküsü gibi dönemlerin yanısıra, hastanın alışkanlıkları, tutkuları, hastanın dinsel ilgi alanı ve premorbid kişiliği ve hastanın soygeçmişi gibi alanları da kapsamaktadır.⁴⁷ Psikiyatrist bu kapsamlı öykü alma aşamasından sonra, hastanın nöyrolojik ve fiziksel muayenesinden sonra, psikolojik muayenesini (zeka testi, kişilik testi, depresyon ve psikoz muayenesi) elde edilen bulguları değerlendirerek, hastalığa bir tanı koyar.

Psikiyatrist uzun ve zahmetli olan bu teşhis sürecinde, elde edilen bulgu ve sonuçları bir “dahiliyeciden”⁴⁸ daha ayrıntılı biçimde hastasına açıklamak durumundadır. Hastaya psikiyatrik hastalığın türü ve hangi aşamada olduğu, onun bilgi ve anlama seviyesi, yaşı ve kültürel özellikleri gibi durumlar dikkate alınarak açıklanmalıdır (teşhis aydınlatması). Ayrıca, tedavi olmadığı zaman hastalığın izleyeceği seyir hakkında bilgi verilmelidir. Psikiyatrik hastalıklarda hasta kendisi hekim ise veya aydınlatılmak istemediğini belirtse dahi, psikiyatrist yine de, uygun bir dille hastanın *psikiyatrik rahatsızlığına işaret etmelidir*.⁴⁹

Daha sonra hastayla ilaçlı ve ilaçsız tedavi alternatifleri hakkında görüşme yapılır (süreç aydınlatması). Psikiyatrist metod ve terapi özgürlüğü kapsamında, hastalığın türü ve ağırlığını dikkate alarak hastasına en uygun ilaçlı ve/veya ilaçsız tedavi yöntemini önerir ve bu yöntemlerin risk ve tedavi şansları konusunda onu aydınlatır. Hasta ilaçlı tedaviye rıza göstermediği zaman psikiyatrist ilaçsız tedavi konusunda çeşitli alternatifler sunar. İşte teşhis aydınlatmasının bu denli kapsamlı olmasının nedeni, hastanın bu alternatif tedaviler arasında kendisi için en etkin tedavi yöntemini seçebilmesine olanak sağlamaktır. Hasta çeşitli alternatifler arasından bir tedavi yöntemi seçtikten sonra, psikiyatrist çeşitli aşama ve yöntemlerden oluşan ve

47 *Köroğlu*, s. 39.

48 Bu çalışma kapsamında dahiliyeci (iç hastalıkları uzmanı) sembolik olarak kullanılmakta ve psikiyatrik rahatsızlıklar dışında kalan diğer somatik hastalıkların tedavisini üstlenen hekimleri ifade etmektedir.

49 Hastanın psikiyatrik rahatsızlığına, aydınlatmadan vazgeçme durumunda da işaret etme yükümlülüğü, psikiyatristin mensubu olduğu mesleğin mesleksi ilkelerinden kaynaklanmaktadır. Hasta aydınlatılmak istemese dahi, rahatsızlığın türü belirtilmeden, ona ruhsal olarak rahatsız olduğu bildirilmelidir. Bu bildirimin yazılı olarak kayıt altına alınması, ileride açılması muhtemel olan sorumluluk davalarında ispat kolaylığı sağlar. Zira ruhsal sağlık durumu somatik hastalıklardan daha labil olan psikiyatri hastalarının, zamanında tedavi olmamaktan kaynaklanan zararların tazmini için kendilerini muayene edip, teşhis koyan psikiyatristleri sorumlu tutma eğilimleri uygulamada sıkça rastlanan bir durumdur.

hastanın istek ve önerilerini de dikkate alan “hastaya özel bir tedavi planı” hazırlar.⁵⁰ Tedavi planında, tedavi hedefleri tanımlanır. Psikiyatri hastası tedavi planını imzaladıktan sonra tedaviye başlanır.⁵¹

Psikiyatrist ile hasta arasında tedaviyi konu olan bu hukuki ilişkinin dahiliyecisi ile hasta arasındaki ilişkiden prensip olarak daha uzun sürdüğü, hatta bazı vakalardan hastanın hayatı boyunca devam ettiği bilinen bir gerçektir (ör. şizofreni, manik depresyon, ağır ruhsal travma). Bu yüzden hasta, uzun süren bu tedavi ilişkisinin devamı süresince, psikiyatristin tedavi önerilerine uymak, onu kendi (ruhsal ve bedensel) sağlığındaki değişiklikler konusunda sürekli bilgilendirmek durumundadır (*hastanın compliance yükümlülüğü*). Zira uygulanan tedavinin başarıya ulaşmasında önemli faktörlerden biri de, hastanın psikiyatristle uyum içinde hareket etmesidir. Hastanın *uyumlu hareket etme borcundan* kaynaklanan en önemli yükümlülüğü, “terapi seanslarına eksiksiz ve aktif katılma yükümlülüğüdür”. Seanslara hiç ya da yeterince katılmayan hastanın bu davranışı, tedavi hatasından kaynaklanan sorumluluk davasında kendisine isnad edilebilecek bir kusur sayılır ve duruma göre hekimin tazminat yükümlülüğünün azalmasına ya da tamamen ortadan kalkmasına neden olabilir.⁵²

Tedavi sürecinde ortaya çıkan yan etkilerden dolayı psikiyatrist, ilaçlı tedavi yerine ilaçsız tedaviye geçiş yapmak isteyebilir. Yeni tedavi yöntemi için de, psikiyatrist tekrar otonomi aydınlatması yapmak ve hastanın rızasını almak zorundadır.

ddd) Ruhsal Bozukluk Teşhisinin Otonomi Aydınlatması Kapsamında Mutlaka Hastaya Açıklanmasının Zorunlu Olup Olmadığı Sorunu

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşıldığı gibi psikiyatrist, hastanın tedavisi sürecinde, onun görüş ve isteklerini bir dahiliyeciden daha yoğun dikkate almak zorunda olduğundan, otonomi aydınlatması daha kapsamlıdır. Ancak hekimin teşhis aydınlatması kapsamında, kanser gibi ağır ya da

50 Görüldüğü gibi ruhsal rahatsızlıkların terapisi sırasında, hasta prensip olarak karar mekanizmasına dahil edilmektedir. Somatik hastalıklarda böyle bir uygulamaya ender rastlanmaktadır. Bu da psikiyatri hastası ile psikiyatrist arasındaki ilişkinin daha yoğun olmasını, tarafların bir güven ilişkisi içerisinde tedavi süresince uyum içinde hareket etmesini zorunlu kılmaktadır.

51 Psikiyatrist tedavi planını reddeden hastayı tedavi etmek zorunda değildir. Böyle bir durumda psikiyatri uzmanı hekim hastaya yeni bir görüşme için randevu verir ve onu iknaya çalışır. Bu yol da sonuca ulaştırmazsa hekim hastayı tedaviden imtina eder ve başka bir hekime başvurmasını salık verir. Hastanın rıza ehliyetinin olmadığı ilk defa bu aşamada anlaşılırsa, hastanın rızasını ikame edecek metodlara başvurulur. Tedavi planıyla birlikte hastanın psikiyatristi uzmanı hekimi sır saklama yükümlülüğünden varestes tutması gerekir. Zira bu psikiyatristin terapi sürecinde hastanın aile hekimi başta olmak üzere, hasta ile sosyal temasa giren diğer kişilerle temasa geçmesi ve onlarla işbirliği içinde çalışması gerekir. Bu kişilerin başında reşit olmayan hastanın anne ve babası (dede ve ninesi), öğretmen, gençlik dairesi (görev ve yükümlülükler açısından çocuk esirgeme kurumuna benzer kuruluş) gelmektedir.

52 Tedavi sözleşmesi kapsamında hasta-hekim-ilac üreticisinin sorumlulukları ve hastanın kusuru konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. *Koyuncu, Adem*, Das Haftungsdreieck Pharmaunternehmen - Arzt - Patient. Verschulden und Mitverschulden bei der Haftung für Arzneimittelschäden. Berlin 2004.

şifasız hastalıklara ilişkin teşhisini açıklarken uygun bir ifade tarzı bulması ve doğrudan hastalığın adını zikretmemesi literatürde genel olarak önerilmektedir.⁵³ Hekimin teşhisini açıklarken *hastayı korkutacak ve tedirgin edecek üsluplardan kaçınması* gerekir (tedirgin etmeden ruhsal sağlığı koruyucu aydınlatma="schonende Aufklärung"). Bu bakımdan teşhisin açıklanması hastayı şoka sokarak ölümüne neden olacağı ya da fiziki veya ruhsal sağlığında önemli zarar meydana getireceği durumlarda, teşhise yönelik açıklama yapılmaması gerektiği kabul edilmektedir.⁵⁴

Psikiyatrik rahatsızlıklarda, hangi hastalığın ne kadarının hastaya açıklanması gerektiği ve bu açıklamanın usul ve tarzı konusunda genel geçer bir kural koymak imkansızdır. Hekim somut olayın özelliklerine göre, meslek ilke ve standartlarını da dikkate alarak, hastalığa ilişkin tanı ve bulguların hangisinin, ne oranda ve ne şekilde hastaya açıklanması gerektiğini *kendisi takdir etmelidir*. Burada ölçü olarak kullanılacak kriterlerin başında, hastanın psikiyatrik rahatsızlığının türü, zeka ve anlama durumu, eğitim seviyesi ve hastalığın seyri ve hastalığı karşısında kendisinin nasıl bir tutum segilediği gibi durumlar gelmektedir.⁵⁵ Eğer teşhisin açıklanması nedeniyle psikiyatri hastasının ruhsal sağlığında, meydana gelmesi muhtemel bir zarar söz konusu değilse, teşhisin hastaya anlayacağı seviyede, fakat ayrıntılarıyla açıklanmasında bir sakınca yoktur.

Organik hastalıkların muayene ve tetkiki esnasında hekimin hastalığa ilişkin kesin bir teşhis koyması bazan imkansızdır. Hekim çoğu zaman şüphelendiği teşhis ile kesinlik kazanmamış prognozlar arasında gidip gelebilir. Hekimin şüphelendiği tüm teşhisleri ve prognozları hastaya bildirmesi, duruma göre tedavi hatası sayılabilir. Bunun için hekimin şüphelendiği teşhis ve prognozların daha sonraki tetkik ve muayenelerde doğru olmadığının anlaşılması ve hastanın bu gereksiz bilgilendirmeden dolayı ruh sağlığının bozulmuş olması gerekir.⁵⁶ Bu yüzden psikiyatrist, ruhsal dengesi organik rahatsızlığı olan hastalardan daha *bassas* ve *değişken* (=labil=sabit olmayan) olan psikiyatri hastasına, kesin olmayan teşhisleri ve prognozları açıklama konusunda *daha dikkatli ve ketum* davranmalıdır.⁵⁷

Kesin tanı konulamayan durumlarda, psikiyatrist tespit ettiği semptomları (=hastalığa eşlik eden ve hastalığın göstergesini oluşturan belirtiler) açıklayarak, bunların birden fazla ruhsal bozukluğun göstergesi olabileceğini ve

53 Karş. *Laufs/Katzenmeier/Lipp*, knr. 37 s.117.

54 BGH, NJW 1959, 814; *Deutsch, Erwin/Spickhoff, Andreas*, Medizinrecht, 6. Aufl. Heidelberg 2008 knr. 322, 323; *Hakeri*. s. 141.

55 Karş. *Gründel*, NJW 2002, 2987 (2990).

56 Karş. *Gründel*, NJW 2002, 2987 (2990).

57 Karş. *Gründel*, NJW 2002, 2987 (2990).

kesin bir teşhisinin bulunmadığını hastaya söyleyebilir. Bu aşamada hastaya semptomların ortadan kalkması için psikoterapi (veya ilaçla tedavi) uygulanacağı bildirilebilir.⁵⁸ Uygulamada psikiyatristler, kesin bir tanıyı genellikle ikinci defa yapılan detaylı öykü alımı (anamnez) sonrasında koyabilmektedir.

2. Psikiyatri Hastasının Psikiyatri Kliniğine veya Diğer Kapalı Sağlık Kuruluşlarına Zorunlu Yatırılması ve Zorla Tedavisi Sorunu

a) Genel Olarak

Psikiyatri hastası-hekim ilişkisi kapsamında incelenmesi gereken, hukuki ve etik açıdan en hassas ve tartışmalı konulardan birisi de *zorla hastaneye yatırma* ve *zorla tedavidir*. Konu Alman hukukunda iki farklı kanunda düzenlenmiştir. Buna karşılık Türk hukukunda, psikiyatri hastalarının hastaneye sevki, çeşitli resmi kurum veya makamlar tarafından sağlanmakta, konuya ilişkin yasal boşluk olduğundan, psikiyatri hastasının hastaneye zorla yatırılması ve zorla tedavisi hekimlerin insiyatifine bırakılmış durumdadır.⁵⁹

Türkiye'deki uygulamada özellikle, zorla hastaneye yatırılan hastanın, hemen zoraki tedavisine başlanılmaktadır.⁶⁰ Bu tür bir uygulamanın paternalist bir yaklaşım olduğu ve hasta haklarını tam olarak gözetmediği aşikardır. Alman hukukunda bu konudaki çözüm ve metodlar Türk hukukuna da model teşkil edecek niteliktedir. Psikiyatri hastalarına ilişkin kapsamlı bir yasal düzenlemenin gerekli olduğu, hem psikiyatri uzmanları hem de tıp hukukçuları tarafından dile getirilmektedir.⁶¹ En yakın zamanda yürürlüğe sokulmasında fayda olan yeni düzenlemelerde Alman mevzuatının kaynak alınması, hasta ve psikiyatrist arasındaki ilişkinin tarafların menfaat ve haklarının en etkin şekilde korunması bakımından özellikle tavsiye edilebilir. Zira Türk psikiyatri uygulamasında psikiyatri hastası-hekim ilişkisinin paternalist yaklaşımın etkisinde olduğu gözden kaçmamaktadır.⁶² Çağdaş tıp uygulamasında ise, hastanın istek ve görüşlerinin ön plana alınması ve hastayla hekim arasında bilgi paylaşımının merkezi konumda bulunması esastır. Bu bağlamda hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı çerçevesinde, hastanın *hastalıklarıyla yaşamını sürdürme hakkının* kabulü gerekir. Aksi

58 Prognozların ve kesinlik kazanmamış teşhislerin nasıl bir metotla açıklanması gerektiği konusunun yine psikiyatristin takdirinde olduğunu belirtmek gerekir. Burada ölçü olarak, yukarıda kesinleşmiş teşhisin hastaya açıklanması için zikredilen kriterler kullanılabilir.

59 **Güney, Melike**, Psikiyatri Hastasından Aydınlatılmış Onam Almak, http://www.medicine.ankara.edu.tr/basic_medica/deontology/Etkinlikler/MGüney.pdf (erişim: 09.09.2011); **Oğuz, Yasemin/Başaran, Demir**, Hukuki ve Etik Yönüyle Zorla Hastaneye Yatırma, Psikiyatri, Psikoloji ve Psikofarmakoloji Dergisi 1993, 1 (4), s. 367, 368; **Oğuz, Yasemin**, Temel Yönleriyle Psikiyatride Hasta Hakları, Psikiyatri, Psikoloji ve Psikofarmakoloji Dergisi 1993, 1 (3), 232, 235 vd.

60 **Oğuz/Başaran**, Psikiyatri, Psikoloji ve Psikofarmakoloji Dergisi 1993, 1 (4), s. 367, 369.

61 **Aydın-Er, Rahime/Sehraltı, Mine**, Çözümlememiş Bir Konu: Psikiyatrik Bozukluğu Olan Hastanın Gönülsüz/Zorla Tedavi Edilmesi, Psikiyatri Hemşireliği Dergisi 2010, 1 (1), s. 39 vd.

62 Bkz. **Güney, Melike**, Psikiyatri Hastasından Aydınlatılmış Onam Almak, http://www.medicine.ankara.edu.tr/basic_medica/deontology/Etkinlikler/MGüney.pdf (erişim: 09.09.2011).

takdirde, yani rıza ehliyeti bulunmayan hastaya, karşı koymasına rağmen zoraki tedavi uygulamak “kişilik haklarının ihlali” ve ayrıca ceza hukuku bakımından da “yaralama suçu” sayılır.

Konuya tekrar dönecek olursak, Alman hukukunda psikiyatri hastasının zorla hastaneye yatırılması için iki ayrı kanuni dayanak bulunmaktadır. Bunlar: (1) Alman Medeni Kanunu’na (BGB) göre zorla hastaneye yatırılma, (2) Eyalet Yasalarında (PsychKG) düzenlenen zorla yatırma. Psikiyatri hastası hekim ilişkisinin çeşitli yönlerinin özel hukuk bakımından incelendiği bu makalede, *özel hukuka göre* yani Alman Medeni Kanunu’na göre *zorla yatırma* ve tedavi daha ayrıntılı incelenecektir.

b) Medeni Hukukta (Alman Medeni Kanunu § 1906’ya göre) Zorla Yatırma ve Zorla Tedavi

aa) Zorla Yatırma

Alman Medeni Kanunu § 1906’da, reşit olmasına rağmen⁶³, pisişik (ruhsal) hastalık veya bedelsel, zihinsel ya da ruhsal engellilikten dolayı kendi işlerinin bir kısmını ya da tamamını idare edemeyecek (yürütemeyecek) durumda olan ve bu sebeple kendilerine mahkeme kararıyla danışman atanan kimselerin zorla yatırılması düzenlenmektedir.⁶⁴ Danışman bakıcılık kurumu (“Betreuer”) vasiden farklı bir anlama gelmektedir. Buna göre reşit olan bir kimse pisişik (ruhsal) hastalık veya bedelsel, zihinsel ya da ruhsal engellilik nedeniyle kendi işlerini kısmen ya da tamamen yürütemeyecek durumda ise, kendisine, talep üzerine veya re’sen bir danışman atanır⁶⁵ (Alman MK § 1896 f. 1). Kendisine danışman atanan psikiyatri hastasının ya da zihinsel engelli kimsenin, rıza ehliyeti yukarıda belirttiğimiz kriterlere göre belirlenir. Bu tür hastaların rıza ehliyetinden doğrudan yoksun olmaları söz konusu değildir. Her somut olayda ayrıca tespit edilmesi gerekir.

Psikiyatri hastalarının kendi istekleriyle bir psikiyatri uzmanına veya kliniğine teşhis ya da tedavi amaçlı başvurması ve burada ayakta veya yatılı tedavi hizmeti alması olağan, hukuksal ve etik açıdan sorun oluşturmeyen durumdur. Ancak uygulamada özellikle hastanın, hastalığını kabul etmediği

63 Reşit olmayanların zorla yatırılması ise Alman MK § 1631b’ye göre anne babanın (yasal temsilcinin) rızasından sonra alınması gereken aile mahkemesinin kararıyla mümkündür. Burada çocuğun zorla yatırılması için aile mahkemesinde talepte bulunmaya çocuğun kanuni temsilcisi yetkilidir. Mahkeme çocuğun zorla yatırılmasına karar verirken, çocuğun esenliğini ön planda tutar. Eğer çocuğun esenliği yatırılmayı gerektiriyorsa, özellikle çocuğun kendisine veya başkasına vereceği büyük zarar tehlikesinin önlenmesi için yatırma gereklilye ve bu tehlike başka kamusal yollarla bertaraf edilemiyorsa, yatırma meşrudur.

64 2006 verilerine göre Almanya’da 1,1 milyon kişi için danışman atanmıştır. *Ludyga, Hannes*, Rechtsmässigkeit von medizinischen Zwangsmassnahmen bei einer Unterbringung gemäss § 1906 BGB, FPR 2007, 104.

65 Temyiz kudretine sahip olmayan bir kişi de talepte bulunabilir. Kişinin işlerini idare edememesi durumu, onun bedensel engelliğinden kaynaklanıyorsa, danışman sadece kişinin talebi üzerine atanabilir. (Alman MK § 1896 f. 1) Danışman olarak atanan kimse bir gerçek kişi olabileceği gibi, danışmanlık konusunda uzmanlaşmış ve bu işi meslek olarak icra eden bir dernek de olabilir (Alman MK § 1897 vd. § 1900).

ya da kendisine, üçüncü kişilere zarar verebileceği durumlarda, istemediği halde kapalı bir psikiyatri kliniğine veya kliniğin kapalı bir katına (bölümüne) yatırılmaktadır. Yatırma işlemi hastanın geçici veya sürekli olarak hürriyetini bağladığından, kişilik hakları ve anayasal haklar (serbest dolaşım hakkı vb.) açısından hukuksal bir sorun oluşturmaktadır. Alman MK § 1906 şu hükmü içermektedir:

f. 1: “Danışman bakıcı tarafından hastanın hürriyetini bağlayacak şekilde (hastaneye) yatırılması sadece hastanın esenliği için gerekli ise, meşrudur. Bu durumlar:

1. Hastanın psişik hastalık, zihinsel ya da ruhsal engellilik nedeniyle kendisini öldürme ve kendisine önemli derecede zarar verme tehlikesinin bulunması veya

2. Hastanın sağlık durumunun tespiti (muayenesi), tedavisi ya da tıbbi müdahale zorunlu ise ve bu hastaneye yatırılmadan mümkün değilse ve hastanın psişik (ruhsal) hastalık, zihinsel ya da ruhsal engellilik nedeniyle hastaneye yatma zorunluluğunu anlayacak ya da bunun gereğine göre hareket edecek durumda olmamasıdır.”⁶⁶

f. 2:” Yatırılma ancak danışmanlık mahkemesinin (“Betreuungsgericht”) onayı ile mümkündür. Mahkemeden onay alınmadan gerçekleşen yatırılma, ancak yatırılmanın ertelenmesinin tehlike arzettiği durumlarda, meşrudur; ancak onay sonradan geçikmeksizin alınmak zorundadır.”

f. 3:” Danışman yatırılma şartları ortadan kalktığıında, hastanın yatırılmasına son verir. Danışman yatırmanın sona erdiğini danışmanlık mahkemesine bildirmek zorundadır.”

Alman MK § 1906’nın açık hükmünden de anlaşıldığı gibi, danışmanın hastayı isteği dışında yatırabilmesi iki durumda mümkündür: (a) Psikiyatri hastasının kendini öldürme veya kendine önemli derecede zarar verme tehlikesinin bulunması durumunda (b) Psikiyatri hastasının muayene veya tedavisinin gerekli olması ve bunun ancak yatırılarak mümkün olması durumu. Şimdi bu durumlara kısaca değinelim:

aaa) Hastanın Kendisini Öldürme veya Kendisine Zarar Verme Tehlikesi Nedeniyle Zorla Yatırma

66 Alman Federal Anayasa Mahkemesi 1998 yılında vermiş olduğu bir kararda, hastanın hastaneye yatmasının meşru olduğu bu durumu şu sözlerle ifade etmektedir: “...Devletin himaye yükümlülüğü, hastalık durumu neticesinde ya da hastalığına bağlı olarak idrak ve algılama yeteneği ortadan kalkmış olan ve hastalığının ağırlığı ile tıbbi müdahalelerin gerekliliğini muhakeme edemeyecek, anlayamayacak durumda olan hastanın veya bu anlayışa sahip olmasına rağmen, hastalığı nedeniyle kendini tedavi ettirme konusunda karar alamayacak durumda olan hastanın, zorla kapalı bir sağlık kurumuna yatırılmasına yönelik yetkiyi de kapsar, bunun için hastanın sağlığında meydana gelmesi muhtemel önemli zararların engellenmesi bakımından bu yolun kaçınılmaz olması gerekir.” BVerfG, NJW 1998, 1774 (1775).

Burada zorla yatırma için gerekli ilk şart, bunun *hastanın esenliği* (“Wohl des Patienten”) için gerekli olmasıdır. Bu itibarla kendisine danışman bakıcı atanan psikiyatri hastasının, belirli üçüncü kişilere (örneğin aile fertlerine) ya da genel olarak kamuya zarar verme tehlikesi bulunsadahi, Medeni Kanuna dayanarak, zoraki kapalı bir kliniğe yatırılmaz.⁶⁷ İkinci şart ise hastanın psikiyatrik rahatsızlığı veya zihinsel engellilik nedeniyle kendisini öldürme veya kendine önemli derecede zarar verme tehlikesinin bulunması gerekir. Hasta bir defa intihara teşebbüs ettiyse veya bunun hazırlıklarını yapmışsa ya da hasta ölmek istiyor ve sürekli intihar etmeyi aklından geçiriyorsa hastanın kendini öldürme riskinin yüksek olduğu kabul edilmelidir.⁶⁸ Burada öldürme tehlikesinin kabulü için, bu yöndeki objektif somut emarelerin olayda varolması gerekir.⁶⁹

Hangi durumlarda hastanın kendisine (=sağığına) önemli derecede (=ciddi) zararlar verebileceğı⁷⁰ konusunda somut bir ölçü bulunmamaktadır. Ancak yüksek yargı kararlarına yansımış bazı olaylarda önemli derecede (ağır) zarar verebilme tehlikesi kabul edilmiştir. Bunlara: “psikotik bozukluğu olan diyabet hastasının, kendisi için hayati öneme sahip olan ilaçlarını almaması”, “bunamış yaşlı hastanın trafiğe dikkat etmeden kendisini yola atması ve amaçsızca yolda gezinmesi” veya “çok az yemek yeme” gibi olayları örnek gösterebiliriz.⁷¹

Doktrinde haklı olarak dile getirildiğı gibi, hastanın sağığına ciddi derecede zarar verme tehlikesinin kabulü için, bu yönde somut ve önemli emarelerin bulunması gerekir. Bunun yanı sıra, hastanın psikiyatrik bozukluğu ile, hastanın sağığında gerçekleşmesi muhtemel zarar arasında illiyet bağının bulunması gerekir.⁷²

Gerek yargı ve gerekse doktrinde haklı olarak üçüncü bir şart daha aranmaktadır: Sağığına yönelik önemli zarar tehlikesi ile hastanın özgürlüğünün kısıtlanması arasında *dengeli bir orantı* olmalıdır (“Verhaeltnismaessigkeit”). Yani hastanın kendine vereceğı zararın, onun anayasal (=temel) hakkı olan özgürlüğünü kısıtlamayı haklı kılacak derecede önemli olması, başka bir ifadeyle hastaneye yatırma ile ulaşılan menfaatin, hastaneye yatırmaktan dolayı kısıtlanan özgürlükle orantılı olması gerekir.⁷³

67 **BGB-Bamberger/Roth/Müller**, Kommentar zum BGB, 3. Aufl. München 2011, § 1906 knr. 14.

68 **NK-BGB/Heitmann, Ernst**, Nomos Kommentar BGB Familienrecht, 2. Aufl. Baden-Baden 2010, § 1906 knr. 25.

69 BGH, NJW-RR 2010, 291.

70 Zorla yatırılan hastanın, fiziki olarak karşı koyması durumunda zorla tedavisi hukuksal olarak mümkün değildir. Karş. **Jürgens/Marschner, Rolf**, Betreuungsrecht, 4. Aufl. 2010, § 1906 knr. 13.

71 Bu örnekler için bkz. **NK-BGB/Heitmann**, § 1906 knr. 27; **Marschner/Lesting/Marschner**, Freiheitsentziehung und Unterbringung, 5. Aufl. München 2010, knr. C 16.

72 **Marschner/Lesting/Marschner**, knr. C 15.

73 Karş. BVerfG, NJW 1998, 1774, 1775; **NK-BGB/Heitmann**, § 1906 knr. 26.

Yatırma işleminin geçerli olabilmesi için nihayet son şart bu konuda *danışmanlık mahkemesinin karar vermesidir*.⁷⁴ Mahkemenin karar verebilmesi için ise, danışman tarafından konusu yatırılma izni olan bir davanın açılması gerekir. Bu davayı sadece danışman açabilir. Bu konuda ne idarenin ne de psikiyatri hekimlerinin dava açma yetkisi vardır. Gerekli olmasına rağmen danışman bu davayı açmamışsa, psikiyatri hastasının ancak kaynağı kamu hukuku olan yetkiye dayanarak yatırılması söz konusu olabilir.⁷⁵ Mahkeme, Aileyi İlgilendiren Davaların Usulü Hakkında Kanun (MAIDK=“Gesetz über das Verfahren in Familiensachen=FamFG”) § 312 Nr. 1 ve Nr. 2 gereğince bilirkişi raporuna başvurulmalıdır. Psikiyatri uzmanı hekim, hastayı muayene ettikten ve onunla konuştuktan sonra, psikiyatrik teşhisini ve hastanın kendisine zarar vermesiyle veya sağlığında ciddi zararların meydana gelmesiyle ilgili prognozlarını (öngörülerini) içeren bir bilirkişi raporu hazırlar. Mahkeme yatırılmadan önce hastayı dinleyebilir (MAIDK § 319). Bu sayede hakim psikiyatri hastasının her ne kadar rıza ehliyeti olmasa da – görüşünü almış olur. Buna ek olarak hakimın hasta hakkında bizzat görerek bir kanı sahibi olması sağlanmış olur.⁷⁶

Sayıdığımız bu şartlar yerine gelmişse, danışman, psikiyatri hastasının rızası olmasa veya karşı çıksa da hastaneye yatırılmasına karar verebilir.⁷⁷ Buna karşılık rıza ehliyetine sahip hasta, psikiyatri kliniğine kendi isteği ile yatıyorsa, bu durumda hürriyeti bağlayıcı zoraki yatırmadan söz edilemez. Hasta kliniğe alındıktan sonra, burada kalma ve tedavi olma kararından dönebilir. O zaman klinik ve danışman hastayı taburcu etmek zorundadır. Görüşümüze göre Alman MK § 1906'da hükme bağlanan zorla yatırma uygulaması, rıza ehliyetine sahip olduğu halde yatmak istemeyenler ile rıza ehliyetine sahip olmayan ve *doğal iradesi* yatma karşısı olanları kapsamaktadır.⁷⁸ Rıza ehliyetine sahip olmayan hasta, hastaneye yatırılma işlemine karşı olduğunu (doğal iradesini) sözlü olarak ifade edebileceği gibi, fiili davranışla örneğin kaçarak da belli edebilir. Buna karşılık hasta yatma konusunda görüş sahibi olamayacak derecede zihinsel engelli ise, yine bu kişilerin yatırılması, hürriyeti bağlayıcı zorla yatırma sayılır ve mahkemenin onayını gerektirir.⁷⁹

74 Mahkemedeki yargı süreci hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **NK-BGB/Heitmann**, § 1906 knr. 34 vd.

75 Bkz. aşağıda “Kamu Hukukundan Kaynaklanan Zorla Yatırma ve Zorla Tedavi” başlıklı konu.

76 **NK-BGB/Heitmann**, § 1906 knr. 39.

77 BGB-Bamberger/Roth/Müller, § 1906 knr. 8; NK-BGB/Heitmann, § 1906 knr. 15, 16; MünchKomm/Schwab, Münchener Kommentar zum BGB, § 1906 knr. 53 vd.; Jürgens/Marschner, § 1906 knr. 6.

78 Bu konudaki görüşler için bkz. BGB-Bamberger/Roth/Müller, § 1906 knr. 8; NK-BGB/Heitmann, § 1906 knr. 15 vd.; Jürgens/Marschner, § 1906 knr. 3 vd.; MünchKomm/Schwab, § 1906 knr. 29 vd. 6. Aufl. 2012.

79 **NK-BGB/Heitmann**, § 1906 knr. 18.

bbb) Psikiyatri Hastasının Muayene veya Tedavisi İçin Zorla Yatırma

Yukarıda da belirtildiği gibi burada ilk şart hastanın muayene veya tedavisinin ya da kendisine uygulanacak tıbbi müdahalenin sadece yatırılarak mümkün olmasıdır. Dolayısıyla hastanın ayakta tedavisi mümkün ise, hastanın zorla yatırılması söz konusu olamaz. Burada hastanede kalma süresinin önemi yoktur. Hastaneye zorla alınması düşünülen psikiyatri hastasının, kısa süreli de olsa hastanede yatılı tedavi maksatlı kalması bu şartın yerine gelmesi bakımından yeterlidir.

Hangi hastalıkların zorla yatırılmayı gerektiren hastalıklardan olduğu konusu Alman hukukunda tartışmalıdır. Görüşümüze göre tedavisi hastanede yapılması gereken hastalıklar kavramına, sadece hastaya danışman atanmasına neden olan hastalıklar değil, diğer önemli hastalıklar da dahildir.⁸⁰ Bu nedenle tedavisi hastanede zorunlu olan biyolojik hastalıklar için de psikiyatri hastası zorla yatırılabilir.⁸¹ Burada önemli olan hastanın psikiyatrik rahatsızlığı nedeniyle tedavinin gereğini kavrayamamış olmasıdır.⁸² Bazı yüksek yargı kararlarına konu olan olaylarda şu hastalıklar bu kategoriye dahil edilmiştir:⁸³ Bolemi hastalığı, paranoid psikozda hastanın agresif davranış sergilemesi ve kendi haline terkedilmiş ve ekstrem perişan halde bulunması. Buna karşılık gerçeği değerlendirme bozukluğu (“Wahnstörung”) nedeniyle takip edilme kuşkusuyla yaşayan kimse veya manik (mania) bozukluğu olan hasta için zorla yatırılma talebi haklı görülmemiştir.⁸⁴

Muayene veya tedavi amaçlı zorla yatırılma durumunda da orantılılık prensibi geçerliliğini korur. O halde hastaneye zorla yatırılarak gerçekleşen tedavi sonunda hastanın elde ettiği menfaatin, onun kısıtlanan özgürlüğüyle orantılı (eşdeğer) olması gerekir. Orantılılığı belirlemede hastalığın türü, hastanede kalma süresi ile tedavi ve iyileşme ihtimalleri gibi faktörler dikkate alınmalıdır.⁸⁵ Alman Federal Anayasa Mahkemesi’nin haklı olarak belirttiği gibi, ancak orantılılık prensibi sayesinde, psikiyatri hastalarının da *hastalıklarıyla yaşama hakkı* garanti altına alınmış olur.⁸⁶ Orantılılığın kabul edilmesi için başka bir faktör ise, hastalığın hastanede tedavi edilmemesi durumunda hastanın sağlığında ciddi ve ağır zararların ortaya çıkması tehlikesinin bulunmasıdır.⁸⁷

80 Aynı görüş için bkz. BVerfGE 58, 208; NK-BGB/Heitmann, § 1906 knr. 30; BGB-Bamberger/Roth/Müller, § 1906 knr. 12; Ludyga, FPR 2007, 104.

81 BGH, NJW 2006, 1277, 1278; Marschner/Lesting/Marschner, C knr. 24.

82 Karş. Jürgens/Marschner, § 1906 knr. 17.

83 NK-BGB/Heitmann, § 1906 knr. 32.

84 NK-BGB/Heitmann, § 1906 knr. 32.

85 Karş. NK-BGB/Heitmann, § 1906 knr. 30.

86 BVerfG, NJW 1998, 1774 (1775). Karş. BGH, NJW 2006, 1277 (1278).

87 BGB-Bamberger/Roth/Müller, § 1906 knr. 17. Aynı yönde bkz. BGH, NJW 2006, 1277 (1278).

Nihayet zoraki yatırılma için gerekli olan son şart, “hastanın psikiyatrik rahatsızlık veya zihinsel engellilik nedeniyle hastanede tedavinin gerekliliğini anlayacak durumda olmaması ya da anlamış olmasına rağmen hastaneye yatmaya karar verecek durumda olmaması” gerekir.

bb) Zorla Tedavi

Psikiyatri hastasının kapalı sağlık kuruluşlarında zorla tedavisinin hangi durumlarda yasal olduğunu belirlemeden önce, zorla tedavi kavramından ne anlaşılması gerektiğini tespit etmek faydalı olacaktır. Burada tedavi kavramını geniş yorumlamak gerekir. Buna göre tedavi kavramından anlaşılması gereken, kendisine danışman atanan psikiyatri hastasının, hem kendisine danışman atanmasını gerektiren hem de diğer hastalıklardan dolayı ilaçla, ameliyatla veya psikoterapi ile tedavisidir. Bu itibarla kendisine danışman atanan kimseye, dış hekimi tarafından cerrahi müdahale uygulanması da zorla tedavi kapsamında değerlendirilmektedir.⁸⁸

Buna karşılık tedavinin “zoraki” olarak nitelendirilebilmesi için, rıza ehliyetinden yoksun olan psikiyatri hastasının fiziki olarak tedaviye karşı koymuş olmasına rağmen, bu direncin sağlık personeli (ya da danışman) tarafından güç kullanılarak kırılmış olması ve tedavinin bu şekilde yapılmış olması gerekir. Örneğin psikiyatrik ilaç ya da enjeksiyon almak istemeyen hastanın, elleri bağlanılarak kendisine zorla ilaç verilmesi ya da iğne yapılması psikiyatri kliniklerinde rastlanan yaygın zoraki tedavi örneğidir. Hastaya ilaçlarını almazsa kendisine dışarı çıkma izni verilmeyeceği, başka servise nakledileceği tehdidi de zorla tedavi olarak değerlendirilmelidir.⁸⁹ Bunun dışında hastanın yemek veya içeceğine gizlice ilaç koymak veya hastaya psikiyatrik ilacı ağrı kesiciymiş gibi gösterip kullandırtmak da yine zoraki tedavi olarak kabul edilmektedir.⁹⁰

Yasal temsilci sıfatıyla danışman, hastanın esenliği (Alman MK § 1901 f. 2)⁹¹ için yapılması gerekli tıbbi müdahalelere⁹², rıza gösterebilir (Alman MK § 1896 vd.). Bu psikiyatrik hastalıkların tedavisi için de geçerlidir. Gerek Alman yargısal içtihatlarında⁹³ ve gerekse öğretide⁹⁴ rıza ehliyetinden

88 OLG Hamm, NJW 2003, 2392.

89 *Ludyga*, FPR 2007, 104.

90 Karş. *Ludyga*, FPR 2007, 104.

91 Hastanın esenliği kavramı aslında danışmanlık hukukunun merkezi kavramlarından biridir. Alman MK § 1901 f. 2'ye göre danışman tüm işlerini kendisine danışman atanan kimsenin esenliğine (“Wohl des Betreuten”) uygun olarak idare etmelidir. Dolayısıyla tıbbi müdahalelere rıza gösterme veya bundan kaçınma yine bu kriter esas alınarak gerçekleşmelidir.

92 Eğer bu tıbbi müdahale, hastanın sağlığında ağır ya da uzun süreli zararların oluşması veya hastanın ölümüne neden olma tehlikesi taşıyorsa, danışmanlık mahkemesinin onayına ihtiyaç vardır (§ 1904 f. 1 Alman MK).

93 BGH, NJW 2006, 1277 (1278); NJW 2001, 888. Karş. OLG Jena, R&P 2003, 29; OLG Celle, FamRZ 2006, 443.

94 *Dodegge, Georg*, Zwangsbehandlung und Betreuungsrecht, NJW 2006, 1627, 1628 ve orada dipnot 9'da anılan yazarlar.

yoksun psikiyatri hastası, onaylamasa veya karşı çıksa da, danışmanın, hastaya uygulanması planlanan bir tıbbi müdahaleye rıza gösterebileceği kabul edilmektedir. Bu konuda rıza ehliyetinden yoksun hastanın **doğal iradesi** (“natürlicher Wille) dikkate alınmaz. Önemli olan hastanın esenliğidir ve hastanın sağlığı bu esenlik kavramı içinde değerlendirilmelidir. Ancak danışman bakıcının psikiyatrik müdahaleye rıza göstermiş olsa da, müdahale ancak hastanın karşı koymaması durumunda meşru (hukuka uygun) olur.

Hastanın tedavi ya da teşhis maksadıyla, danışmanın kararı ve mahkeme onayıyla kapalı psikiyatri kuruluşuna yatırılmış olması, onun doğrudan zorla tedavi edilebileceği anlamına gelmez. Eğer danışman hastanın tedavisine rıza göstermiş ve hasta da ilaçlarını gönüllü kullanıyor veya iğne yapılmasına izin veriyorsa, tedavi hukuka uygundur. Buna karşılık hasta ilaç veya iğneye fiziki direnç göstererek karşı geliyorsa, yatağa bağlanarak veya başka türlü zorla tedavisi⁹⁵ hukuksal olarak mümkün değildir.⁹⁶ Zira hastaya bu şekilde zorla tıbbi müdahale yapılması anayasal bir hak olan vücut bütünlüğü hakkının (Alman AY m. 2 f. 2) sınırlandırılması anlamına gelir.⁹⁷ Bir anayasal hakkın sınırlandırılması ise Alman Anayasası m. 104 f. 1 gereğince ancak bir yasayla ve sadece bu yasada belirlenen şekilde mümkündür. Doktrinde bir grup yazarın⁹⁸ haklı olarak belirttiği gibi, böyle bir sınırlandırmaya izin verildiği Alman MK § 1906’nın ne lafzından ne sistematüğinden ne de maddenin amacından çıkmaktadır.⁹⁹ Bu itibarla Alman MK § 1906 hükümünü zorla tedaviye izin veren bir yasal düzenleme olarak nitelendirmek mümkün değildir.

O halde danışman, Alman MK § 1906’ya dayanarak, mahkemenin onayıyla, psikiyatri hastasını onun **doğal iradesinin** aksine zorla kapalı sağlık kuruluşuna yatırabilir. Fakat ilaç veya benzeri tedavileri uygulayabilmek için, hastanın karşı çıkmaması (kaçmak, elleriyle direnmek vs. gibi) gerekir. Hastayı *yatağa sabitleyerek* ona zorla tedavi uygulanması, vücut bütünlüğü hakkının sınırlandırılması anlamına gelir. Alman Federal Anayasa Mahkemesi’nin bir kararında dile getirdiği, kişinin hastalıklarıyla yaşamına devam etme hakkı belli bir dereceye kadar rıza ehliyetinden yoksun psikiyatri

95 Zorla tedavinin hukuka aykırı olduğu yönündeki mahkeme kararları için bkz. OLG Jena, R&P 2003, 29; OLG Celle, FamRZ 2006, 443.

96 Hernekadar hasta rıza ehliyetinden yoksun olsa da hastanın doğal iradesi tedavinin yapılmaması yönündedir. 97 Danışman, kamusal görevi icra eden bir birim olduğundan, onun hastaya zorla tedavi uygulaması, temel hak ve özgürlüklerin devlet erki tarafından sınırlandırılması anlamına da gelir. Karş. *Ludyga*, FPR 2007, 104 (105); BGH, NJW 2006, 1277 (1279).

98 Bkz. *Ludyga*, FPR 2007, 104 (105) vd.; *Marschner, Rolf*, Zwangsbehandlung in der ambulanten und stationären Psychiatrie, R&P 2005, 47 (48); *Spickhoff-MR/Wellner*, § 839 knr. 286, 287.

99 Bu hususun Alman yargısal içtihatlarında ve bilimsel eserlerde şiddetle tartışılan bir konu olduğunu belirtmek gerekir. Ancak bizimde katıldığımız görüşe göre, rıza ehliyetinden yoksun olan ve kendisine danışman atanmış psikiyatri hastasının zorla tedavisi ancak istisnai bazı durumlarda sınırlıdır.

hastalarına da tanınmalıdır.¹⁰⁰

Alman Medeni Kanunu'nda böyle bir sınırlandırmayı meşru hale getiren bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu yüzden kendisine danışman atanan psikiyatri hastasının zorla tedavisi, ancak istisnai durumlarda, yani *zorunluluk durumunda* mümkündür. Buna göre eğer psikiyatri hastasının *hayatına yönelik akut tehlike* veya *sağlığına yönelik ağır tehlike* söz konusuysa¹⁰¹, hasta karşı koysa da zorla tedavi edilebilir.¹⁰² Sağlığa yönelik ağır tehlikelerden anlaşılması gereken, tedavi edilmediğinde hastanın sağlığında meydana gelen tedavisi mümkün olmayan ağır hasarlardır.¹⁰³

c) Kamu Hukukundan Kaynaklanan Zorla Yatırma ve Zorla Tedavi

aa) Genel Olarak

Alman hukukunda psikiyatri hastalarının hürriyeti bağlayıcı şekilde - yani kapalı sağlık kuruluşlarına - zoraki yatırılması Eyalet yasalarında düzenlenmiştir. Bu çalışma kapsamında sadece Kuzey Ren Westfalya Eyaletinin Psikiyatrik Hastalıklarda Yardım ve Koruma Tedbirlerine İlişkin Yasa'da (= "Gesetz über Hilfen und Schutzmassnahmen bei psychischen Krankheiten=PsychKG", aşağıda kısaca Psikiyatrik Yardım Yasası= PsikHKY olarak anılacak) düzenlenen zorla yatırma ve tedavi konuları işlenecektir.¹⁰⁴ Yukarıda da değinildiği gibi, kendisine danışman atanan ergin psikiyatri hastasının zorla yatırılması Alman MK § 1906'da öngörülen şartların bulunması durumunda mümkündür.

Buna karşılık çocukların zorla yatırılması ise Alman MK § 1631b'de hükme bağlanmıştır. Çocukların zorla yatırılması hakkındaki bu düzenleme, kendisine danışman atanmış reşit kişilerin yatırılmasını hükme bağlayan Alman MK § 1906'daki düzenlemeye paralel bazı şartlar öngörmektedir. Buna göre çocuğun zorla yatırılabilmesi için, herşeyden önce aile mahkemesinin iznine ihtiyaç vardır. Ayrıca *çocuğun esenliğinin* ("Wohl des Kindes") yatırmayı gerekli kılması gerekir. Bu gereklilik, özellikle çocuğun kendisine veya başkasına zarar vereceği beklenmekte ve zararın bu şekilde bertaraf edilmesi zorunlu ise ve de zarar verme tehlikesi başka kamusal önlemlerle engellenemiyorsa, söz konusu olacaktır.

Kendisine bakıcı atanmayan reşit psikiyatri hastalarının zoraki yatırılma-

100 Karş. BverfG, NJW 1998, 1774.

101 Spickhoff-MR/Wellner, § 839 knr. 288; *Ludyga*, FPR 2007, 104 (107); *Marschner*, R&P 2005, 47 (48).

102 Ancak eğer hasta rıza ehliyetine sahipse ve hayatta kalmasını sağlayacak ya da sağlığında oluşacak ağır hasarları ortadan kaldıracak tıbbi müdahaleye rıza göstermemişse, onun zorla tedavisi yoluna gidilemez. Alman yüksek yargı kararlarında hastanın zorla tedavisine ilişkin uygulamalar için bkz. BGH MDR 2008, 628; NJW 2005, 2385; NJW 2001, 888; OLG München MedR 2006, 105.

103 Karş. Spickhoff-MR/Wellner, § 839 knr. 288.

104 Alman hukukunda tüm Eyaletler için benzer yasalar mevcuttur. Bu yasalardaki düzenlemeler birbirinden çok az farklılıklar gösterse de, genel yapı olarak birbiriyle örtüşür niteliktedir.

sı ise her eyaletin psikiyatrik hastalıklarda yardımı konu edinen yasalarında düzenlenmiştir. Kendisine danışman atanan yetişkinlerin de, istisnaen Psikiyatrik Yardım Yasası'na göre –yani kamu hukukuna göre- zorla yatırılması ve tedavisi mümkündür. Bunun için kendisine danışman atanan kişinin, başkasının canına veya hukukça korunan değerlerine zarar verme tehlikesi içinde olması gerekir.¹⁰⁵

bb) Psikiyatrik Yardım Yasası'na Göre Zoraki Yatırma

Kamu hukukuna dayanan yatırma işleminde karar merci mahkemedir (asliye mahkemesi="Amtsgericht"). Mahkemede dava açmaya ise *kamu güvenliği ve düzeninden sorumlu yerel birimler* yetkilidir ("öffentliche Ordnungsbehörde"). Bu birimler belde ve şehir yönetimine¹⁰⁶ bağlı polis, kolluk kuvvetleri ve diğer kamu düzeni görevlileridir. Zorla yatırmanın yasal tanımına PsikHKY § 10 f.2'de yer verilmiştir: Buna göre hastanın (ya da hastanın yasal temsilcisinin) iradesinin aksine onun bir psikiyatri hastanesine, genel bir hastanenin psikiyatri servisine, üniversite kliniğine sevk edilmesi ve orda kalmasıdır. Yatırma işleminin amacı ise, PsikHKY § 11 f.1'de belirtilen tehlikelerin bertaraf edilmesi ve hastanın bu yasa çerçevesinde tedavisinin sağlanmasıdır.

Zorla yatırma için aranılan şartlar PsikHKY § 11'de düzenlenmiştir. Bunlar sırasıyla:

1) Kişinin hastalıktan kaynaklanan ve **kendisine** veya **başkalarının önemli hukuksal değerlerine**¹⁰⁷ ciddi derecede zarar verme tehlikesinin *halihazırda mevcut olması* ve bu tehlikenin ancak yatırılma dışında başka bir önlemle engellenemeyecek olması gerekir (f. 1). Kişinin tedaviye yanaşmaması, zorla yatırma için yeterli bir sebep değildir (f. 1 cümle 2). Mevcut bir tehlikenin varlığını kabul edebilmek için, zarara sebebiyet verecek olayın gerçekleşmesinin beklenilmekte olması ya da olayın vukuu zamanı tam olarak öngörülemiyor olsa da, olayın özellikleri dolayısıyla heran gerçekleşmesinin ihtimal dahilinde olması gerekir (f. 2). Hastanın kendisine ciddi derecede zarar verme tehlikesinden anlaşılması gereken, hastanın kendini öldürme veya sağlığına önemli zarar vermesi ihtimalidir. Aynı şekilde, hastanın **başkalarının canına veya vücut bütünlüğüne yönelik saldırıda bulunması**

105 Buna karşılık ceza hukukundan kaynaklanan zorla yatırma önlemleri, çalışmanın kapsamını gereksiz yere uzatmamak amacıyla, kapsam dışı bırakılmıştır.

106 Alman idari sistemi Türk sisteminden farklı olarak, mahalli idare ve merkezi idare birbirinden kesin sınırlarla ayrılmış birimler değildir. Bu itibarla belediye idaresi ile il ve ilçe idaresinin yetki ve görevlerini düzenleyen normlar, genellikle Türk hukukunda ilgili normlarla örtüşmez. Bu yüzden sözünü ettiğimiz resmi birimleri Türk hukukundaki "zabıta" kavramıyla karıştırmamak gerekir.

107 Burada anılan hukuksal değerler kavramına hangi değerlerin dahil olduğu, Alman hukukunda tartışmalıdır. Bir kısım yazarlar bu kavramdan, kişinin hayat, vücut bütünlüğü, kişisel özgürlük, mülkiyet ve insan onurunun anlaşılması gerektiği görüşünü savunmaktadır. Bu görüş için bkz. **Heide, Jochen**, Medizinische Zwangsbehandlung, Berlin 2001, s. 43.

tehlikesi de, hastanın zorla yatırılmasını ve bu şekilde anayasal bir hak olan hürriyetine sınırlama getirilmesini meşru kılmaktadır.

Ancak burada da orantılılık presibinin gerekleri gözetilmelidir. Bu itibarla hastanın kendi veya başkalarının hayat ve hukuksal değerlerine yönelik muhtemel saldırı sonucunda onlara vereceği zarar ile hastanın zoraki yatırılarak, onun hürriyetinin kısıtlanması arasında dengeli bir orantı olmalıdır. Bu nedenle hastanın, üçüncü kişilerin vücut bütünlüğüne yönelik muhtemel zarar verme tehlikesi çok ciddi ve ağır değilse, duruma göre hastanın yatırılması meşru sayılmayabilir. İşte bu sebepten dolayı örneğin psikiyatrik rahatsızlığı olan felçli bir hastanın, çocuklarını sürekli dayak ile tehdit etmesi durumunda, onun zoraki hastaneye yatırılması, hukuka aykırıdır.

2) Yatırma işlemi için kamu güvenliği biriminin, asliye mahkemesinden (“Amtsgericht”) talepte bulunması gerekir (PsikHKY § 12 f.1).

3) Mahkemenin yatırma kararı: Mahkemenin yatırmaya karar verebilmesi için yukarıda bahsettiğimiz ilk şartın yerine geldiğinin, hastanın sağlık durumuna ilişkin bilirkişi raporu vasıtasıyla tespit edilmesi gerekir. Ayrıca bu amaç için hastanın mahkeme tarafından dinlenmesi gerekir (PsikHKY §13 f.1). Yatırma kararında belirtilen süre dolduğu zaman, hasta kapalı sağlık kuruluşundan taburcu edilir ve taburcu işlemi, mahkemeye, *kamu güvenliği birimine* (“Ordnungsbehörde”), hastayı dışarda tedavi eden hekimine, varsa hastanın kanuni temsilcisine bildirilir (PsikHKY § 15).

4) Geçikmesinde sakınca olan durumlarda, yani akut tehlike durumunda kamu güvenliği birimi hastanın mahkeme kararı olmadan hastanın derhal yatırılması işlemini gerçekleştirebilir (PsikHKY § 14). Derhal yatırma işleminin hukuken geçerlilik kazanabilmesi için, psikiyatri veya psikoterapi uzmanları tarafından hazırlanan ve derhal yatırma işleminin gerekçe ve bulgularını içeren bir doktor raporu gereklidir (f. 2). Doktor raporunun, yatırılacak hastanın muayenesinden sonra ve en geç yatırma kararından bir gün önce hazırlanmış olması gerekir. Yatırma kararı hayata geçirildikten sonra¹⁰⁸, kamu güvenliğinden sorumlu birim derhal mahkemeye müracaat ederek yatırma kararı için dilekçe verir ve bu dilekçesinde, neden mahkemeye yatırma işleminden önce başvurulmadığının gerekçelerini ve yatırma dışındaki diğer önlemlerin yetersiz kalmasının nedenlerini açıklar.

5) Sağlık kuruluşuna yatırılan hasta derhal tıbbi muayeneden geçirilir ve yatırmayı gerektirecek nedenlerin mevcut olup olmadığı tespit edilir (PsikHKY § 17 f. 1). Bu ilk muayenede veya sonrasındaki muayenelerde yatırma şartlarının ortadan kalktığı tespit edilirse, durum mahkemeye ve

108 Yani hasta hastaneye yatırıldıktan sonra.

kamu güvenliği birimine bildirilir ve mahkemenin hastanın taburcu edilmesi kararına kadar, hasta burada tutulur (f. 3).

cc) Psikiyatrik Yardım Yasası'na Göre Zorla Tedavi

Zorla yatırılan hastaya gerekli olan tüm tıbbi ve psikoterapik tedaviler uygulanır. Yatırılma işleminden hemen sonra, hastaya uygun bir tedavi planı hazırlanır ve bu plan hastanın kendisine ve kanuni temsilcisine açıklanır. Tedavi planı hasta tarafından onaylandıktan sonra tedaviye başlanır. Hastanedeki tüm tıbbi müdahaleler için hastanın rızası gereklidir. Hasta rıza ehliyetinden yoksun ise, onun yerine kanuni temsilci tıbbi müdahaleye rıza verebilir. Yasanın açık hükmü gereğince iki durumda hastanın (veya kanuni temsilcisinin) rızası olmaması veya hastanın karşı çıkmasına rağmen tedavi yasaldır. Bunlar hastanın tedavi edilmemesi sonucunda *akut hayati tehlike* söz konusu olması durumu ve *hastanın kendisinin ya da üçüncü kişilerin sağlığına yönelik büyük bir tehlikenin* gündeme gelmesi durumudur (PsikHKY § 18 f.4).

III. Sonuçlar

Bu bölümde çalışma kapsamında ulaştığımız önemli sonuçlar, tekrardan kaçınmak ve kapsamı gereksiz yere uzatmamak için, kısa madde başlıkları şeklinde ele alınacaktır:

(1) Alman uygulamasında psikiyatrik rahatsızlıklar ICD-10 Dizgesine göre belirlenir.

(2) Psikiyatri hastasına yapılacak güvenlik aydınlatması hastanın ve hastalığın durumuna göre farklı kapsam, içerik ve ağırlıktadır. Özellikle yeşil reçeteyle satılan ilaçların diğer ilaçlarla ve alkol ve benzeri keyif verici maddelerle etkileşimleri konusunda hekimin, psikiyatri hastasını daha detaylı aydınlatması gerekir. Detaylı aydınlatma yükümlülüğü, uzun kullanımda bu ilaçların diğer ilaçlara nazaran daha fazla yan etkileri olacağı bilgisini de içerir. Bu yan etkilerin özellikle motorik, bilişsel ve duygusal tepkilerde istenmeyen zararlı sonuçlara neden olabileceği hastaya güvenlik aydınlatması kapsamında bildirilmelidir. Yine güvenlik aydınlatması kapsamında hekimin, psikiyatri hastasına, terapi seanslarına eksiksiz ve aktif katılması ve tedavi tavsiyelerine uyması (tıbbi compliance) uyarısında bulunması gerekir.

(3) Psikiyatri hastasına uygulanacak ilaçsız tedavi yöntemlerinde de hastanın rızasının alınması gerekir. Bu itibarla hastaya psikanaliz veya konuşma tedavisi uygulayan psikiyatrist, seanslara başlamadan önce hastayı aydınlatarak, onun rızasını almak zorundadır.

(4) Rıza ehliyeti mutlak bir kavram olmadığından, hastaya uygulan-

ması düşünülen her tıbbi müdahaleden önce, hastanın ehliyete sahip olup olmadığı kontrol edilmelidir. Psikiyatrik bozukluğu olan hastalar da rıza ehliyetine sahip olabilir. Rıza ehliyetinin kabulü için aranan ölçü, “hastanın, gerçekleştirilmesi düşünülen tıbbi müdahalenin amaç ve anlamını, etki ve risklerini en azından ana hatlarıyla idrak edip, artı ve eksilerini değerlendirebilme yeteneğine sahip olup olmadığıdır”.

(5) Psikiyatri hastası rıza ehliyetine sahip olmasına rağmen, gerekli tıbbi müdahale için rıza vermek istemezse, bu durumda hekimin normal hastaya gösterdiği sabır ve harcadığı zamandan daha fazlasını sarf etmesi ve hastasını tedaviye ikna etmesi gerekir. Hekimin bu ikna ve tedaviye yönlendirme yükümlülüğü sadece psikiyatrik hastalıklar için değil, hastanın diğer tüm somatik hastalıklarını da kapsamaktadır. Hekimin bütün çabalarına rağmen, hasta tedavi olmak istemezse, hekim hastanın kararına saygı duymalıdır. Zira hastanın, kaynağı anayasaya dayanan “hastalıkla yaşama hakkı” vardır.

(6) Psikiyatri hastasının ruhsal dengesi, organik rahatsızlığı olan hastalardan daha hassas ve değişken olduğundan, psikiyatrist kesin olmayan teşhislerini ve prognozlarını hastaya açıklarken daha dikkatli ve ketum davranmalıdır.

(7) Alman hukukunda psikiyatri hastasının zorla hastaneye yatırılması için iki önemli kanuni düzenleme bulunmaktadır. Bunlar: (1) Reşit olupta kendisine danışman bakıcı atananların Alman Medeni Kanunu’na (BGB) göre zorla hastaneye yatırılması, (2) Eyalet Yasalarında (PsychKG) düzenlenen zorla yatırma.

(8) Alman MK § 1906’ya göre, danışmanın psikiyatri hastasını isteği dışında yatırabilmesi ancak iki durumda mümkündür: (a) Psikiyatri hastasının kendini öldürme veya kendine önemli derecede zarar verme tehlikesinin bulunması durumunda ve (b) Psikiyatri hastasının muayene veya tedavisinin gerekli olması ve bunun ancak yatırılarak mümkün olması durumu. Bunun için ayrıca yatırmanın hastanın esenliği için gerekli olması, danışmanın yatırma işlemine onay vermesi ve nihayet danışmanlık mahkemesinde zorla yatırma için dava açmış ve mahkemenin bu yönde karar almış olması gerekir.

(9) Alman MK § 1906’ya dayanarak, mahkemenin onayıyla, psikiyatri hastasını onun doğal iradesinin aksine zorla kapalı sağlık kuruluşuna yatırabilir. Fakat ilaç veya benzeri tedavileri uygulayabilmek için, hastanın karşı çıkmaması gerekir. Hastayı yatağa sabitleyerek ona zorla tedavi uygulanması, vücut bütünlüğü hakkının sınırlandırılması anlamına gelir. Alman Medeni Kanunu’nda böyle bir sınırlandırmayı meşru hale getiren bir düzenleme yoktur. Bu yüzden kendisine danışman atanan psikiyatri hastasının zorla

tedavisi, ancak istisnaen zorunluluk durumunda mümkündür. Bu itibarla eğer psikiyatri hastasının hayatına yönelik akut tehlike veya sağlığına yönelik ağır tehlike söz konusuysa, hasta karşı koysa da zorla tedavi edilebilir.

(10) Kendisine bakıcı atanmayan reşit psikiyatri hastalarının zoraki yatırılması ise, her eyaletin psikiyatrik hastalıklarda yardımı konu edinen yasalarında düzenlenmiştir. Bunun için psikiyatri hastasının, hastalıktan kaynaklanan ve kendisine veya başkalarının önemli hukuksal değerlerine ciddi derecede zarar verme tehlikesinin halihazırda mevcut olması ve bu tehlikenin ancak yatırılma dışında başka bir önlemle engellenemeyecek olması gerekir. Ayrıca zorla yatırma işlemi için kamu güvenliği biriminin, asliye mahkemesinden talepte bulunması ve mahkemenin talep yönünde karar vermesi gerekir.

(11) Zorla yatırılan hastaya gerekli olan tüm tıbbi ve psikoterapik tedaviler uygulanır. Hastanedeki tüm tıbbi müdahaleler için hastanın rızası gereklidir. Hasta rıza ehliyetinden yoksun ise, onun yerine kanuni temsilci tıbbi müdahaleye rıza verebilir. hastanın veya kanuni temsilcisinin rızası olmaması ya da hastanın karşı çıkmasına rağmen tedavi iki istisnai durumda yasaldır: Bunlar hastanın tedavi edilmemesi sonucunda akut hayati tehlike söz konusu olması durumu ve hastanın kendisinin ya da üçüncü kişilerin sağlığına yönelik büyük bir tehlikenin gündeme gelmesi durumudur.

(Alkışlar)

OTURUM BAŞKANI- ... Taşındığını düşünmeden edemedim. Gerçekten bazı prensipleri ya da bazı boyutları birbirine çok yakın gibi geldi. Çok teşekkür ederim Sayın Hocam.

AKIL HASTALARINA ÖZGÜ GÜVENLİK TEDBİRLERİ

I - GİRİŞ

TCK. m. 32 ceza sorumsuzluğuna yol açan akıl hastalığını düzenlemektedir¹. Buna göre, akıl hastalığı nedeniyle, işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişiye ceza verilmez. Ancak, hükümde dikkat edilmesi gereken bir husus, herkesin tedaviye muhtaç olarak ele alınması ve ceza verilmeyen bu kişiye mutlak surette güvenlik önlemi uygulanacağını, bunun zorunlu olduğunun düzenlenmesidir (fıkra: 1). Dolayısıyla, hüküm mülga TCK düzenlemesindeki terminolojiyle tam ve önemli derecede akıl hastalığı halinde ceza verilmemesi yerinde bir düzenleme iken, geçici olarak tam veya önemli derecede akıl hastalığı etkisi yaratan ve ilgili kişinin tedavi tedbirine ihtiyaç duymadığı halleri göz ardı ederek, zorunlu olarak kapalı bir kurumda (Bkz. TCK. m. 57) tedavi ve koruma tedbirine maruz bırakılması ciddi eleştiriye açık bir düzenlemedir.

Aynı maddenin 2. fıkrasına göre ise, birinci fıkarda yazılı derecede olmakla birlikte işlediği fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği azalmış olan kişiye, indirilmiş (ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine yirmibeş yıl, müebbet hapis cezası yerine yirmi yıl) hapis cezası verilir. Diğer hâllerde (örneğin para cezasında) verilecek ceza, altıda birden fazla olmamak üzere indirilebilir. Mahkûm olunan ceza, süresi aynı olmak koşuluyla, kısmen veya tamamen, akıl hastalarına özgü güvenlik tedbiri olarak

1 TCK'nun akıl hastalığına ilişkin hükümleri açısından ayrıntılı başka değerlendirmeler için bkz. ÜNVER, Yener. Psikiyatride Hasta Hakları., in: Sağlık Hakkı – Hasta Hakları Özel Sayısı, 2007, sy: 3.

da uygulanabilir

Bu fıkradaki düzenleme açısından ise, hapis cezasının zorunlu indirimine tabi tutulurken, aynı neden ve gerekçeler geçerli olduğu halde, hapis cezası dışındaki cezalarda indirim yapılmasını keyfi bir takdir yetkisiyle hâkimin takdirine bırakmak yerinde olmamıştır.

Yine bu derecede dahi olsa, tedavinin zorunlu kılınmayarak, takdire bırakılması, yukarıda 1. Fıkra için belirtilen eleştiriler açısından, 1. Fıkra-dakine nazaran daha yerinde ve geçici ve tedaviye muhtaç olmayan halleri göz önünde tutması nedeniyle yerinde bir düzenlemedir. Ancak, tedaviye muhtaç ve uygulanacak hapis cezasının tedaviyi olanaksız hale getireceği veya güçleştireceği hallerde ceza yerine tek seçenek olarak güvenlik tedbirinin kabul edilmeyişi ya da bu tür bir mecburi uygulamanın kanunda düzenlenmeyişi hatalı olmuştur. Böyle bir husus madde metninde düzenlenmemekle birlikte, mahkemelerin bu durumu uygulamada göz önünde tutarak, belirttiğimiz şekilde uygulama yaparak bu sakıncayı gidermesini umuyoruz.

Aynı fıkroda güvenlik tedbiriyle ilgili düzenlemede, hapis cezası ile güvenlik tedbirine hükmetmek açısından hâkime keyfi bir takdir yetkisi tanınması, hâkimin ne zaman hangisini seçmek zorunda olduğunun belirtilmemesi, hâkimin bilirkişiye bunu danışmak zorunda olmaması ve hapis yerine güvenlik önleminin seçilmesi durumunda da bazen hapis cezasından vazgeçilmeyen kısmın ne yapılacağının belirtilmeyişi, kısmen hapis kısmen güvenlik tedbiri uygulamasını olanaklı kılan ifade biçimine yer verilmesi de hatalı olmuştur.

II - TERİM

Akıl hastalığının kusur yeteneğine etkisi çok eski zandan beri kabul edilen bir husustur. Öğretide bu kabulün nedeni, hastalığın ceza sorumluluğunun isnadı için kişide bulunması gereken niteliklerin oluşmasını durdurması veya bozukluk ya da noksanlığına neden olmasıdır. Bu nedenle, Alman dilinden tercümeyle kullanılan kusur yeteneğinin farklı içerikte anlaşılmaması için ya içeriğinde bunun suçun manevi unsuruyla ilişkisiz olup yalnızca kusurlulukla ilgili olduğu belirtilerek kullanılmalı veya ceza sorumluluğunu isnad yeteneğinden² söz edilmelidir.

Mülga TCK zamanındaki öğretide, biyolojik sistemin olumsuz sonuçlarını görmüş, her ne kadar ruh hastalığı terimini önermemişse de, akıl hastalığı teriminin çok geniş kapsamlı anlaşılması gerektiğini ifade etmiştir³.

Terminolojik olarak TCK. m. 32'nin benimsediği terim yerinde değil-

2 Aynı kavramın kullanılması için bkz. DÖNMEZER, Sulhi-ERMAN, Sahir. Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku – Genel Kısım, Cilt: II, 10. Baskı, İstanbul 1984, sh: 169.

3 DÖNMEZER-ERMAN, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, sh: 170.

dir ve sınırlı bir terim olduğu gibi, Dünya Sağlık Örgütü'nün benimsediği bir kavram da değildir. Ayrıca bu terim, tüm ruh hastalıklarını içermeyen, yalnızca biyolojik nitelikli hastalıkları kapsayan bir terimdir. Akıl hastalığı terimi yerine, ruh hastalıkları teriminin kullanılması ve biyolojik anlamda akıl hastalığı sayılmayan ve fakat aynı etkiyi yapan hastalıkların da kavramı içine alınması gerekir.

Biyolojik sistemin terk edilmesi önerimiz, öğretide de destek bulmaktadır⁴. Nitekim bu yazarlar da mülga TCK açısından akıl hastalığı türünün önemli olmadığını kabul etmektedirler⁵. Ancak bu yazarların iddiasının aksine, biyolojik sistemde akıl hastalığı türleri tek tek liste halinde sayılmaz. Failin fiil anında biyolojik anlamda bir akıl hastalığının olması ve bu hastalığın fiil anında kanun aradığı derecede kusur yeteneğini etkilemesi gerekli ve yeterli olup, bu sistemde biyolojik anlamda olmayan ruh hastalıklarının etkisi akıl hastalığı kurumu üzerinden kusurluluğu etkileyen bir kurum husus olarak kabul edilmez.

III - AKIL HASTALIĞI TÜRLERİ

Her ne kadar bazı yazarlar TCK.nun akıl hastalığını üç türe ayırdığını ve bunların failin “fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılamasına *engel olan*”, “işlediği fiille ilgili olarak davranışlarını önleme yeteneğini *önemli derecede azaltan*” ve “işlediği fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğini *azaltan*” akıl hastalığı olarak tasnif etmekte⁶ iseler de, kanımca bu tasnife dahil dördüncü bir grup da vardır. Bu dördüncü grup akıl hastalığı ise, bir kimsenin akıl hastası olmakla birlikte akıl hastalığının ya hiç veya fiil anında kişinin ne fiilin hukuksal anlam ve sonuçlarını algılamasına ne de davranışlarını yönlendirmesini hiç etkilemeyen akıl hastalığıdır. Yukarıda değinilen yazarlar, üçlü tasniflerini, *yalnızca* kusur yeteneğini *etkileyen* akıl hastalıkları ile sınırlı ifade etselerdi, ayırımları yerinde olurdu

Akıl hastalıklarını tam ve kısmi akıl hastalıkları diye iki grup liste halinde toplamak⁷ hatalıdır. Kusur yeteneğini etkileyen ve kusur yeteneğini etkilemeyen akıl hastalığı şeklindeki tasnifler yerinde olmadığı gibi, ne tıp bilimi ne de TCK açısından böyle bir ayırım kabul edilemez. Yapılanın aksine, bu konuda bir liste oluşturulamaz⁸. Neyin akıl hastalığı olduğuna ve bunun ceza hukuku anlamındaki derecesini, bilirkişi olarak görevlendirilen

4 ÖZBEK, Veli Özer-KANBUR, Nihat-BACAŞIZ, Pınar-DOĞAN, Koray-TEPE, İlker. TCK İzmir Şerhi – Türk Ceza Kanununun Anlamı (Açıklamalı-Gerekçeli-İçtihatlı), cilt: I, Genel Hükümler, 4. Baskı, Ankara 2010, sh: 590.

5 Bkz. ÖZBEK ve diğerleri, TCK İzmir Şerhi, sh: 581.

6 CENTEL, Nur-ZAFER, Hamide-ÇAKMUT, Özlem Yenerer. Türk Ceza Hukukuna Giriş., 7. Baskı İstanbul 2012, sh: 371.

7 CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT. Türk Ceza Hukukuna Giriş, sh: 375.

8 Karş. GERÇEKER, Hasan. Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu., Cilt: I, Ankara 2011, sh: 378-379.

tıp bilim adamları saptar⁹. Buna karşılık, akıl hastalıkları failin fiilinin hukuki anlam ve önemini anlama ya da davranışlarını yönlendirme yeteneğine etkisi 2 veya 3 ya da 4 guruba ayrılırsa bu yerinde bir gruplandırma olur. Hastalığın türü ile bu hastalığın kişinin kusur/isnad yeteneğine etkisinin derecelendirilmesi farklı şeylerdir. Her hastalık bireyi ve hatta aynı faili farklı eylemlerde farklı derecelerde etkiler. Aynı hastalığa duçar aynı kişinin kusur yeteneği, akıl hastalığı nedeniyle, aynı suç tipi olsa dahi, farklı zamanlarda işlenen suçlarda farklı etkilenmiş olabilir. Bu nedenle önemli olan, akıl hastalığının genel tıbbi etkilerinden ziyade, buna bağlanan hukuksal sonuçlardır.

Somut bir vakada karşılaştırmak gerekirse, mülga TCK.nun 47. maddesi kapsamındaki bir kısmi akıl hastalığının, TCK.nun 32/1. maddenin kapsamına girecek derecede akıl hastalığı etkisi doğurup doğurmadığı tespit edilmelidir¹⁰.

IV - CEZA YAPTIRIMLARI VE KUSUR YETENEĞİ İLİŞKİSİ

Ceza yalnızca bir suçun işlenmesiyle değil, aynı zamanda failin kusurlu da bulunması halinde meşru kabul edilir. Cezalandırılan fail yalnızca kötü ve kanunla yasaklanmış bir fiili işlemiş olmamalı, aynı zamanda bunu kusurlu da gerçekleştirilmelidir. Failin yalnızca teknik anlamıyla bir suçu işleyen, o tipik neticenin tek faili veya failerinden birisi olması cezanın meşruluğu için yeterli değildir; bunun için failin kusurlu davranması, fiil anında kusurlu olması gerekir¹¹.

Hareket yeteneği dışında, sorumluluğun isnad edilebilmesi için failde aradığımız ikinci yetenek, kusurlu davranabilme yeteneğidir. Fiziki determinizm, adil ve meşru cezalandırma için yetersizdir. Çocuk veya akıl hastası olan, alkol ve benzeri madde kullanma, sağır-dilsizlik v.b. bu kusur yeteneğini tamamen veya kısmen ortadan kaldırabilir ve bunun ceza yaptırımını uygulamasında gözönüne alınması mecburidir. Çünkü bir insan ancak belli koşullar altında kusurlu davranabilir. Esasen cezanın genel önleme amacı, kusurlu davranış gerekliliğiyle daha az ilişkili olup, bu geçerlilik daha çok özel önleme amacıyla izah edilir¹².

Akıl hastalığının kusur yeteneğini etkileyebilmesi için fiilin işlendiği sırada failin akıl hastalığı nedeniyle eyleminin hukuksal anlam ve sonuçlarını anlayabilme veya davranışlarını yönlendirebilme yeteneğinin etkilenmiş olması ge bunun da bilirkşi tarafından tespit edilmiş olması gerekir¹³.

Ceza yaptırımının belirleyicisi olan, failin hareketine bizzat karar verip

9 DÖNMEZER-ERMAN, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, sh: 171.

10 As. Yarg. Drl. Krl. 21. 02. 2008., E. 2008/26, K. 2008/24.

11 HOESTER, Muss Strafe Sein?, sh: 103.

12 HOESTER, Muss Strafe Sein?, sh: 105-108.

13 1. CD. 27. 3. 2006., E. 979 (Karar için bkz. HAKERİ, Ceza Hukuku Genel Hükümler, sh: 312).

hareketini iradi olarak idare edebilmesidir. Kaldı ki, genel önleme amacının münferid bireyi etkilemesi için de, o bireyin bu yaptırımını anlayıp değerlendirmeye yeteneğine sahip olması gerekir. Hareketin özelliği kadar, irade özgürlüğü de, meşru ceza yaptırımını için gereklidir¹⁴

Ancak bazı hususlara dikkat edilmelidir. Koruma ve güvenlik önlemi TCK.nun 32. maddesinin 1. fıkrası kapsamında ise tehlikeliliği kalktığında veya önemli ölçüde azaldığında salıverilir. Oysa 2. fıkra kapsamında tedavi ve koruma altında ise, ceza miktarı tümüyle veya hâkimin kararı nedeniyle bir kısmı tamamen infaz edilinceye kadar tedavi kurumunda tutulup sonra salıverilir. TCK.nun 32. maddesinin 1. fıkrası kapsamında iken fail çabuk iyileşir ve çok erken salıverilirse, hem 2. fıkra da belli süre içerisinde tutulması gerektiği için hem de 2. fıkra kapsamındaki derecede akıl hastası olduğu halde salıverildiği için düzenleme çelişkilidir. Yine 2. fıkra kapsamındayken, daha önce iyileşmesine karşılık, ceza miktarı kadar içeride tutulmaya devam edilecektir ki, bu bilime ve hukuka da ceza yaptırımlarının amacına da aykırıdır. Her ne kadar hâkim cezanın kısmen tedavi tedbiri şeklinde uygulanmasına karar verebilir ise de, önceden bu kişinin ne zaman iyileşeceğini bilmediği ve infazı sırasında erken iyileşenin artakalan ceza süresini ceza olarak çekmesine veya geriye kalan cezadan vazgeçilmesine karar verme mekanizması kurulmadığı için, TCK. m. 32/2 ve 57. maddelerdeki düzenleme hatalıdır.

V - AKIL HASTALIĞININ ETKİSİ VE BUNUN TESPİTİ

Bir kimsenin akıl hastalığı hükümleri nedeniyle ceza sorumluluğunun etkilenebilmesi için, yalnızca akıl hastası olması yeterli olmayıp, aynı zamanda bu hastalık nedeniyle fiil anında failin fiilin hukuksal anlam ve sonuçlarını algılama veya davranışlarını yönlendirme yeteneğini kanunda belirtilen biçimlerden birisi derecesinde etkilemesi de gerekir¹⁵.

Başka bir ifadeyle, öğretide kişi üzerindeki etkileri farklı olduğu belirtilse dahi, yalnızca bazı akıl hastalıklarının tek tek sayılarak bunların psikiyatri bilimine göre kusur yeteneği üzerinde etkileri olduğunun belirtilmesi, genelde tıp bilimi ve psikiyatri özelinde ise hukuk bilimine aykırıdır¹⁶. Öncelikle akıl hastalığının etkisi kusur üzerinde değil, kusur yeteneği üzerinde olur ve kusur yeteneği etkilenen kimsenin kusurluluğu da hastalık nedeniyle dolaylı olarak etkilenir. Her akıl hastalığının kusur yeteneği ve dolayısıyla kusurluluk üzerinde farklı oranda da olsa etkisi olabilir; bu etkinin olabilirliği

¹⁴ HOESTER, Muss Strafe Sein?, sh: 109 ve 111.

¹⁵ CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT. Türk Ceza Hukukuna Giriş, sh: 373.

¹⁶ Karş. YAŞAR, Osman-GÖKCAN, Hasan Tahsin-ARTUÇ, Mustafa. Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt: I, Ankara 2010, sh: 889.

akıl hastalığı türüne bağlı değildir. Önemli olan bu etkinin fiil anında olduğunun ve etkisinin ise TCK. m. 32’de belirtilen derecede olup olmadığının tespiti. TCK’nda akıl hastalığının tıbbi tasnifi yapılmayıp, bazıları TCK. m. 32 ve 57’nin kapsamı dışında bırakılmamıştır.

Öğretide belirtilenin aksine, TCK. m. 32 akıl hastalığının kusur yeteneğine etkisi açısından karma bir sistemi benimsememiştir. İddia edilenin aksine, bu konuda TCK herhangi bir yenilik getirmiş olmayıp, mülga TCK ile aynı düzenlemeyi içermektedir. Akıl hastası fail açısından suçların TCK. nun arıyor olması, karma sistemin kabul edildiği anlamına gelmez. Zaten akıl hastası failin kusur yeteneği üzerinden fiil anındaki etkili sonuçların, mülga TCK dahil, ilgili akıl hastası olduğu için değil, bu hastalığın failin kusur yeteneği üzerinden fiili etkilediği için ceza kanunlarında bir yere ve değere sahiptir. Ne mülga CK ne de diğer yabancı kanunlar, bu yazarların iddiasının aksine, yalnızca akıl hastalığı tipinin belirlenmesiyle yetinmemiştir, yetinemez ve yetinmemektedir. Akıl hastalığının tıbbi türü ve seviyesi burada önemli olmayıp, faile ve fiile etkisinin olup olmadığı¹⁷ ve eğer etkili ise bu kez de oranı ve zamanı açısından önemlidir¹⁸. Örneğin bir epilepsi (sar’a) hastalığının somut vakada kusur yeteneğine etkisi farklı olabilir ve bunun mutlaka incelenmesi gerekir¹⁹.

Failin fiil anında akıl hastası olup olmadığı ve önceden akıl hastası ise fiil anında hastalığın kusur yeteneğini etkileyip etkilemediğini günümüz tıbbında tespit edecek bir araç ve yöntem bulunmamaktadır. Bilirkişiler bu konuda bilimsel veri ve tecrübelerle bir tahmin yürütmektedirler. Çünkü, hastalığın fiil anındaki etkili olup olmadığını ve etkilemişse bunun derecesini ölçmek olanaksız denecek kadar güçtür. Fakat, halen bu sorunu giderecek bir bilimsel araç ve yöntem olmadığı için, ceza hukuku uygulaması ve mevzuat bu yolu tercih etmektedir. Bu bir zorunlulukta ve çaresizlikten ortaya çıkan uygulamadır. Bu vakianın haksız sonuçlara ve uygulamalara yol açmaması için, mümkün oldukça en modern ve gelişmiş araç ve yöntemler ile gerçekten konusunda uzman bilirkişilere başvurmak gerekir.

Suçun saptanması için ise, fail hakkında kamu davası açılmalı ve yargılama sürdürülerek failin suç işlediği tespit edilmelidir. Akıl hastalığının yalnızca fiil anında varlığı nedeniyle iddianame kaçınılmayacağı gibi, akıl hastalığının tespiti sonrasında da dava düşürülemez²⁰. TCK.nun 32/1. veya 32/2. maddeleri uyarınca bir uygulama yapılabilmesi için, mutlaka bir

17 5. CD. 18. 03. 2008., E. 2008/667, K. 2008/2121.

18 **ÖZBEK ve diğerleri**, TCK İzmir Şerhi, sh: 580.

19 4. CD. 09. 10. 2007., E. 2007/8634, K. 2007/8137.

20 4. CD. ...5. 2008., E. 11626, K. 10272 (Karar için bkz. **YAŞAR-GÖKCAN-ARTUÇ**, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, sh: 891); CGK. 15. 4. 2008., E. 1-22, K. 80.

akıl hastalığı olmalı ve bu fiil anında failin kusur yeteneğini etkilemelidir. Örneğin, failin yalnızca tutukluluktan kaynaklanan psikolojik sorunları bu kapsamda bir akıl hastalığı sayılamayacağı gibi, suç işlenmeden önce tutuklu kaldığı için failin psikolojisinin bozulması da bu maddenin uygulanması için yeterli değildir. Akıl hastalığının varlığını gösterir somut olguların bulunmadığı hallerde, sanığın soyut iddiasına karşın mahkeme bilirkişiye başvurmadan fiili nedeniyle faili mahkûm ederse, bu hukuka aykırı sayılmaz²¹.

Yargıtay kararlarında sık sık, sanığın akıl hastalığı olduğunu bildirmesi ve bir klinik veya hastanede tedavi gördüğünü belirtmesi karşısında, TCK açısından ceza sorumluluğunu etkileyen nitelikte bir akıl hastalığı olup olmadığının araştırılması gerektiğini belirterek yerel mahkeme kararını bozmuştur²².

Sanığın akıl hastası olduğuna ilişkin soyut beyanı hâkim tarafından ciddi bulunup incelenmeksizin hüküm kurulursa, Askeri Yargıtay'a göre de, bir hukuka aykırı hükümden söz edilemez²³.

Eksik soruşturmaya dayalı ceza veya güvenlik tedbiri uygulaması yapılması hukuka aykırılık oluşturur²⁴.

Ancak, sanığın akıl hastalığının olduğu iddiasını destekleyen veriler de bulunmalıdır. Bu veriler varsa, bu kez mahkeme konuyu araştırılmalı ve sonucuna göre bir hüküm kurmalıdır²⁵. Başka bir ifadeyle, şüpheli veya sanığın akıl hastası olduğu iddiası var ve eskiden dahi olsa bu konuda tedavi gördüğüne ilişkin veri varsa, bunun yargı organı tarafından incelenmesi gerekir²⁶. Bu nedenle, belli emareler varsa, sanığın akıl hastalığı iddiasının sıhhati mutlaka araştırılmalıdır; ancak sırf bu iddia nedeniyle iddianame iade edilemez. Soruşturma evresinde araştırılmayan bu iddia mahkemece de araştırılarak karar altına alınabilir²⁷.

Ancak fail hakkında TCK.nun 32. ve 57. maddeleri uygulanabilmesi için, kendisi gerek görüldüğünde *gözlem altına* alınmalı ve hastalığı ile varsa derecesi kuşkuya yer vermeyecek şekilde tespit edildikten sonra hakkında hüküm kurulmalıdır²⁸. Sanık gözlem altına alındığında, eğer yoksa kendisine mutlaka bir müdafî atanmalıdır (CMK. m. 74 ve m. 250/2)²⁹. Yargılama

21 As. Yar. Drl. Krl. 17. 05. 2007., E. 2007/57, K. 2007/58.

22 6. CD. 2. 10. 2003., E. 9026, K. 6375; 8. CD. 31. 1. 2006., E. 11070, K. 190.

23 As. Yar. Drl. Krl. 17. 5. 2007., E. 2007/58, K. 2007/57.

24 10. CD. 20. 06. 2006., E. 2006/7554, K. 2006/8314; 1. CD. 08. 05. 2008., E. 2007/2995, K. 2008/3854; 2. CD. 8. 3. 2007., E. 10940, K. 3444; 8. CD. 13. 3. 2007., E. 4945, K. 1957; 4. CD. 13. 12. 2007., E. 6979, K. 10853.

25 6. CD. 14. 07. 2009., E. 2008/5465, K. 2009/11066.

26 3. CD. 18. 10. 2006., E. 7644 (Karar için bkz. **HAKERİ**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, sh: 312).

27 4. CD. 10. 6. 2009., E. 4326, K. 11761. Aynı yönde: 10. CD. 5. 11. 2008., E. 8000, K. 15997.

28 5. CD. 17. 11. 2009., E. 2008/3915, K. 2009/17819; 4. CD. 04. 11. 2009., E. 2008/4389, K. 2009/17845.

29 Ayrıca bkz. 2. CD. 24. 9. 2008., E. 21663, K. 14567.

süresince bilirkişi raporları ve özellikle Adli Tıp Kurumu Genel Kurulu raporu TCK uygulaması için çok önemlidir³⁰.

Yargıtay'ın bu kararını örnek olarak zikredebiliriz: “Sanık değişmeyen ifadelerinde uyuşturucu bağımlısı olduğunu, uyuşturucu parası bulabilmek amacıyla yağma suçunu işlediğini beyan ederse, suçu işlediği sırada TCK. nun 32. ve 34. maddeleri gereğince, ceza sorumluluğunu tamamen ya da kısmen kaldırarak biçimde, işlediği suçun hukuksal sonuçlarını algılama veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinde önemli derecede azalma olup olmadığı konusunda rapor aldırılarak sonucuna göre karar verilmelidir”³¹.

Bilirkişi raporları arasında çelişki varsa, Adli Tıp Kurumu Genel Kurulu'ndan rapor alınması yargının tercih ettiği ve Yargıtay'ca da benimsenen müstakar bir uygulamadır³². Yargıtay, Adli Tıp Kurumu'nun bilirkişi raporlarına büyük önem vermektedir³³.

Akıl hastalığının tespiti, usulüne uygun gözlem altında yapılacak tetkikler sonucunda ve uzman hekim bilirkişilerce yapılmalıdır³⁴. Şüpheli veya sanığın akıl hastası olup olmadığının tespiti için gözlem altına alınmış olması durumunda, kendisine mutlaka bir müdafî atanmış olması gerekir (CMK. m. 239/2).

Soruşturma evresinde bilirkişi raporu aldırılmaması, iddianamenin iadesi nedeni değildir³⁵. Çünkü failin akıl hastası olup olmadığının tespiti iddianamede bulunması zorunlu koşullardan birisi değildir³⁶.

VI – KUSUR YETENEĞİNİN VE AKIL HASTALIĞININ ETKİ ANI

Kusur yeteneğinden kasıt, gerçekte ceza sorumluluğunu isnad edebilme yeteneği olup, bir kimseye işlediği suç nedeniyle ceza yaptırımını uygulayabilmek için kendisinde bulunması gerekli fiziki ve özellikle psikolojik yetenektir³⁷.

TCK. m. 32'de yer almayan ve fakat TCK. m. 57'de yer verilen '*fiili işlediği anda*' ibaresi, TCK.nun 32. maddesine de eklenmelidir. TCK. m.

30 Bkz. 1. CD. 6. 7. 2009., E. 2008/8484, K. 2009/4255; 1. CD. 2. 7. 2009., E. 2008/9294, K. 2009/3962; 2. CD. 22. 6. 2009., E. 2008/29358, K. 2009/29947; 8. CD. 8. 6. 2009., E. 2007/9632, K. 2009/8471; 1. CD. 10. 6. 2009., E. 2008/8905, K. 2009/3418; 2. CD. 8. 6. 2009., E. 2008/26583, K. 2009/27860.

31 6. CD. 08. 04. 2010., E. 2009/5499, K. 2010/3920.

32 1. CD. 01. 01. 2007., E. 4826, K. 7054; 1. CD. 20. 03. 2008., E. 2007/335, K. 2008/2141; 1. CD. 11. 4. 2008., E. 2007/2051, K. 2008/2907; As. Yar. Drl. Krl. 21. 2. 2008., E. 2008/26, K. 2008/24; 1. CD. 18. 1. 2008., E. 7959, K. 95; 1. CD. 22. 1. 2006., E. 3372, K. 5085; 1. CD. 1. 10. 2007., E. 4826, K. 7054; 1. Cd. 18. 9. 2007., E. 3029, K. 6560.

33 1. CD. 30. 03. 2004., E. 242, K. 1082; 1. CD. 14. 3. 2007., E. 5802, K. 1520; 1. CD. 12. 2. 2007., E. 3493, K. 325; 1. CD. 18. 7. 2007., E. 3644, K. 5962; 1. CD. 18. 7. 2007., E. 7898, K. 5951; 1. Cd. 6. 6. 2007., E. 4796, K. 4556.

34 1. CD. 12. 4. 2007., E. 5473, K. 2751.

35 4. CD. 8. 7. 2008., E. 2008/9952, K. 2008/15840.

36 8. CD. 17. 9. 2008., E. 2008/12202, K. 2008/9784.

37 **HAKERİ**, Hakan. Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Bası, Ankara 2011, sh: 312.

57'deki bu ibare güvenlik önlemlerinin uygulanması için konuya bir açıklık getirmektedir. Oysa, TCK. m. 32 hem güvenlik tedbirlerine hem cezaya ilişkindir ve TCK.nun 57. maddesinin burada TCK. m. 32 için kıyasen uygulanması kıyas yasağı ilkesine aykırı olacağı gibi, bu kıyasa rağmen bu konudaki boşluk tamamen giderilmiş olmayacaktır.

Fiil sonrası ortaya çıkan akıl hastalığı veya fiil sonrası ortaya çıkan akıl hastalığı etkisi, ceza hukukunu değil, ceza muhakemesi hukukunu ilgilendirir³⁸; o alandaki kurallar dikkate alınmalıdır.

VII - SUÇUN İŞLENDİĞİNİN TESPİTİ GEREKLİLİĞİ

Fail tam akıl hastası olsa dahi, gerçekleştirdiği eylem tüm unsurlarıyla bir suça vücut verir; suç tüm unsurlarıyla oluşmuştur. Yalnızca, kusur yeteneği ortadan kalktığı için, faile ceza verilmemektedir³⁹.

TCK.nun 57/2. maddesinde güvenlik tedbirinin uygulanıp uygulanmayacağı ile uygulanacaksa bunun süresinin ne olacağı hususunda diğer hususlar yanında '*işlenen fiilin niteliği*' nin de dikkate alınacağı belirtilmektedir. Buradaki ifadeyi, failin eyleminin suç teşkil etmesi gerektiği şeklinde aramak gerekir. Yoksa, suçun türünün bu önlemin uygulanmasını engelleme etkisi varsayılmaz⁴⁰.

Akıl hastaları hakkında güvenlik önlemlerine failin suç işlemesi nedeniyle ve onu iyileştirmek (TCK'na göre aynı zamanda korumak) için başvurulur. Bunun için, failin eylemi gerçekleştirip gerçekleştirmediği ve bu eylemin suç teşkil edip etmediği tespit edilmelidir. Bu tespit kesin olmalı ve ispat konusu iddia kuşkulu kalmamalıdır⁴¹.

Sanığa TCK.nun 32/1. maddesi uyarınca ceza verilmeyip, kendisinin hakkında yüksek güvenlikli bir sağlık kurumunda koruma ve tedavi altına alınması hukuka uygun olur. Bu kurum bir sağlık kurumu olmalı, fail tedavi edilmeli ve fail bu yüksek güvenlikli kurumda korunmalıdır⁴².

Akıl hastası bir kişiye ceza vermek için de güvenlik önlemi uygulamak için de failin suçu işlediğinin mutlaka tespiti gerekir⁴³. Suç saptanmadan sanık hakkında TCK. m. 32 uyarınca bir karar verilemeyeceği gibi TCK. m. 57 uyarınca sanık yüksek güvenlikli bir kurumda da tedavi ve koruma altına alınamaz⁴⁴. Bu nedenlerle, bir kimse hakkında hem takipsizlik hem de güvenlik önlemi kararı verilemez⁴⁵. Ancak, fiil dava zamanaşımına uğ-

38 DÖNMEZER-ERMAN, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, sh: 175.

39 CGK. 15. 4. 2008., E. 1-22, K. 80.

40 CGK. 15. 4. 2008., E. 2008/1-22, K. 2008/80.

41 CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT. Türk Ceza Hukukuna Giriş, sh: 373.

42 As. Yar. 3. Daire, 10. 04. 2007., E. 2007/882, K. 2007/878.

43 4. CD. 27. 5. 2009., E. 2007/5869, K. 2009/10357.

44 4. CD. 15. 9. 2008., E. 782, K. 16591.

45 4. CD. ...5.2008., E. 11626, K. 10272.

ramışsa, dava düşürülmek zorundadır⁴⁶.

Suçun işlendiğinin tespitinin ise, her tür kuşkudan uzak olması gerekir⁴⁷.

Yargılama anında failin suçu sabit olur ve kendisinin suçu işlediği sırada tam akıl hastalığı tespit edilirse, TCK:nun 32/1. ve CMK.nun 223/3. maddeleri uyarınca, faile ceza verilmesine yer olmadığına ve TCK.nun 57. maddesi uyarınca güvenlik tedbiri uygulanmasına karar verilmelidir. TCK. nun 32/2. maddesinin son cümlesi uyarınca hakim, hapis cezasının güvenlik tedbiri olarak uygulanmasına karar verirse, bu hapis cezasının güvenlik tedbirine çevrildiği anlamına gelmez. Burada hükmedilen hapis cezası, tedbir olarak uygulanmasına rağmen, yine de hapis cezası olarak kalmakta devam eder ve yalnızca infaz açısından farklı bir uygulamadan farklı bir hukuksal sonuç doğurmaz. Bu nedenle, bu gibi durumlarda hapis cezasına bağlanan hak yoksunluğu gibi hukuksal sonuçlar da doğarlar ve etkilerini (güvenlik tedbiri biçiminde uygulanmasına rağmen) sürdürürler⁴⁸.

Ancak belirtilmelidir ki, güvenlik önlemlerine hükmetmeyi düzenleyen TCK. m. 32/2, son derece keyfi bir takdir yetkisini düzenlemiştir. Öğretide, failin bu kurumda bu fıkra dâhilinde kalacağı süreyi sağlık kurulu raporunun belirlediği, cezasının (hapis cezasının) süresinin ise aynı kalacağı belirtilir⁴⁹. Oysa, bu yazarların görüşlerinin aksine, TCK.nun 32/2. veya 57. maddeleri bu tür bir düzenleme öngörmemiştir. Sağlık kurulu raporundan bağımsız olarak, zaten hükmedilen cezada hiçbir değişiklik yapılmayıp, yalnızca infaz biçimi hâkim kararıyla cezanın tamamen veya kısmen güvenlik önlemi olarak uygulanmasına karar verilir. Madde metninin üzerinde öğretide de durulmayan bir yönü, hükmedilen cezanın TCK.nun 32/2. maddesi uyarınca kısmen güvenlik önlemi olarak uygulanmasına karar verildiğinde, geri kalan ceza miktarının ne olacağıdır. Madde çok açık olmamakla birlikte, maddenin kaleme alınış biçiminden, ister hapis cezasının tamamının ister bir kısmının güvenlik önlemi olarak uygulanmasına hükmedilmiş olsun, geri kalan kısım açısından hapis cezasının hapis cezası veya para veya başka bir güvenlik önlemine çevrilerek infazı kabul edilmemiştir⁵⁰.

Diğer yandan, halen TCK. m. 32/2'de gerçekleştirilen düzenlemenin yeni ortaya atılmış bir tutum olmadığını, çok önceleri Danimarka CK'ndaki düzenlemeyi (m. 17) esas alınarak *Dönmezer-Erman* tarafından önerilen bir çözüm olduğunu, o tarihte Türk öğretisinde pek benimsenmediğini ve Türk

46 11. CD. 10. 7. 2007., E. 5539, K. 4894.

47 10. CD. 12. 5. 2008., E. 22089, K. 7343; 8. CD. 5. 11. 2007., E. 2006/7347, K. 2007/7290.

48 YAŞAR-GÖKCAN-ARTUÇ. Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, sh: 893.

49 Bkz. CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT. Türk Ceza Hukukuna Giriş, sh: 376.

50 Cezanın güvenlik tedbirlerinden farklı olması gerektiği ve infaz biçimiyle güvenlik tedbirlerinin fiiliyatta cezaya dönüştürülmemesi gerektiği konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. ÜNVER, Yener. Güvenlik Tedbirleri ile Cezalar Arasında Bir Fark Kaldı mı?, Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a Armağan, Cilt: I, İstanbul 2012, sh: 367-375.

kanunkoyucusunun öğretide savunulan bu görüşü 2005 yılında madde metninde kanunlaştırdığını gözden kaçırmamak gerekir⁵¹.

VIII - CEZA YAPTIRIMININ AMACI VE GÜVENLİK ÖNLEMLERİ

Hoester, cezanın genel önleme amacını mutlak adalet düşüncesiyle önlana çıkararak ve burada bir suçun cezalandırılma nedenini yalnızca ileride o suçun tekrar işlenmesini failini cezayla şok ederek önleme (*Hegel, Kant* ve *Hassemer* tarafından savunulan) düşünceyi eleştirmektedir. *Kant*'ın meşhur ıssız adada suç işlenmesi ve adadaki toplumun adayı terk ederek tamamen dağılması halinde o toplumun yok olacağı ihtimaline karşı suçluyu cezalandırmak gerektiği yönündeki tezini eleştirmektedir. Buna göre, artık amaç ortadan kalkmıştır ve o kişinin affedilmesi gerekir⁵².

Hoester, ayrıca aynı ıssız adada trafik kurallarına aykırı araç kullanan kimsenin, adadaki tüm motorlu araçların bir yangında yanması halinde de faile verilecek cezanın amacının ortadan kalktığını ifade etmektedir. Yazar, cezanın şok edici genel önleme amacının gerçekte o suçun aynı koşullarda tekrar işlenmesi değil, genel olarak suçların işlenmesini önlemek olduğunu belirtmektedir. Burada da münferid kişinin cezalandırılmasından ziyade, *genel olarak* ceza hukuku yargı uygulamasının etkin ve mer'i olmasını önemsemektedir. Yazar cezanın zorunlu olmadıkça uygulanmamasını, bunun yerine bir güvenlik önlemi veya ceza yerine geçecek bir yaptırım uygulanmasını önermektedir. Hırsızın cezalandırılması yerine, onun kamuya yararlı bir işte çalıştırılmasını, güvenlik önlemlerini ön plana çıkarmaktadır. Yazara göre, topluma yeniden kazandırma daha önemlidir. Aksi takdirde suç faili onurlu, şerefli önemsenen bir süje değil, başka amaçlar için kullanılan bir konuya, bir araca indirgenmektedir⁵³.

Cezanın genel önleme amacı, bireyin yeniden topluma kazandırılmasını, iyileştirilmesini ön plana çıkarmaz; bunu tali bir konu olarak ele alır. Cezanın özel önleme amacında ise, fiil yerine fail ele alınır ve failin yeniden topluma kazandırılması hedeflenir. İyileştirilmeye muhtaç ve iyileşebilir kişileri, güvenlik önlemleriyle tedavi etmek, özel önleme amacı ve güvenlik öncelikli amaçtır. *Von Liszt*'e atıfla, açıklanan bu teori de, tek başına ele alındığında, bazı suçlarda yetersiz ve çelişkili kalmaktadır. Çünkü, yalnızca faili ele alıyorsak, o takdirde aynı şekilde tedavi edilecek bir failin veya faillerin, farklı ağırlıkta/önemde suç işlemleri halinde, suçlar arasındaki ceza farkı izah edilememektedir. Bu da bize, suçların cezaları ve infaz biçimleri

51 Bkz. DÖNMEZER-ERMAN, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, sh: 178.

52 HOESTER, Norbert. *Muss Strafe Sein? Positionen der Philosophie.*, München 2012, sh: 137-139.

53 HOESTER, *Muss Strafe Sein?*, sh: 139-141.

tespit edilirken kanunkoyucunun yalnızca özel önleme amacını dikkate almadığını göstermektedir⁵⁴.

Belirtmek gerekir ki, bir kimsenin tedavisi için bile olsa bir kapalı kuruma kapatılması, kendisinin yaşam, sağlık veya vücut bütünlüğü üzerindeki tüm tasarruf yetkisinin kalktığı ve yapılacak muamelelerde kendisinin rızasının hiçbir müdahale türü açısından alınmayacağı anlamına gelmez. Nitekim **Alman** Anayasa Mahkemesi, Baden-Württemberg psikolojik açıdan hasta bir kimsenin bir kuruma kapatılması hakkındaki Kanun'unun, kuruma kapatılan bir kimseye rızası olmaksızın idarece tek taraflı olarak verilen karar uyarınca tıbbi müdahalede bulunmaya ve buna direnme halinde cebir kullanılmasına olanak veren ilgili paragrafını (prg. 8/II-2) Alman Anayasası'nın beden dokunulmazlığı (m. 2/II-1) ile bağlantı içinde bulunan temel hakların etkin korunması (m. 19/IV) ile ilgili hükümleriyle bağdaşmaz olarak geçersizliğine karar vermiştir. Tedavi ve koruma önlemlerinin zorla yapılabilirlik karakterini kabul etmekle birlikte, Mahkeme bunun somut olay açısından ne kapsamda bir cebir kullanılabileceğini incelediği bu kararında, aslında bir kimsenin psikiyatri kliniğine kapatılmasının kendisine ait haklar konusundaki muvafakat yeteneğini tamamen ortadan kaldırıp kaldırmadığı sorununu incelemiştir. Cebri tedavi tedbirlerine ilişkin Almanya'da tıbbi standartların oluşturulmadığına dikkat çeken Mahkeme, cebri tedavi tedbirlerinin koşullarının da kanunda açıklıkla düzenlenmeyişi nedeniyle (somut davaya konu kanun açısından) kanuni güvencelerden yoksun olduğuna karar vermiştir. Mahkeme, bu kararında asli sorun olarak, esasen zorla icra edilebilir tedavi tedbirlerinin koşullarının ve özellikle de hukuksal koruma güvencelerinin eksikliğine dikkat çekmiştir⁵⁵.

IX - TEDBİR TÜRLERİ VE TEDBİRE KARAR VERİLMESİ

Suç mutlaka ispatlanmalı⁵⁶ ve kuşku bulunan hallerde sanık hakkında ne ceza ne de güvenlik tedbirine hükmedilmelidir; bu durumda beraat kararı verilmelidir⁵⁷. Başka bir ifadeyle, suç işlediği ve tam akıl hastalığı kesin olarak saptanmışsa, ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilirken, aynı zamanda güvenlik tedbiri de hüküm altına alınmalıdır⁵⁸. Ancak eldeki mevcut deliller, ilgili kişinin mahkûm olmasına yetecek derecede kuvvetli değilse ve suçun o kişi tarafından işlendiği veya işlenip işlenmediği kuşkulu kalıyorsa, sanığın fiil öncesi, sırası veya sonrasında akıl hastası olduğuna

54 HOESTER, *Muss Strafe Sein?*, sh: 51 vd.

55 BVerfG 12. 10. 2011 – 2 BvR 633/11, NJW 2011, 3571. Ayrıca bkz. BVerfG 128, 282 = NJW 2011, 2113 = JuS 2011, 1047.

56 2. CD. 8. 3. 2007., E. 10940, K. 3444.

57 2. CD. 7. 12. 2006., E. 7640, K. 19905.

58 4. CD. 13. 10. 2003., E. 2002/26686, K. 2003/9259.

ilişkin bir veri bulunsa dahi, hakkında beraat kararı verilmelidir⁵⁹.

Her ne kadar öğretide akıl hastalarına uygulanan tedbirler açısından farklı sistemlerin (yargısal-idari-karma) varlığından söz edilmekte⁶⁰ ise de, bu betimlemeler çok geçmişteki öğretiye ait olup, TCK.nun düzenlemesi ve özellikle de güvenlik önlemlerine neden ve hangi merci tarafından karar verileceğine ilişkin günümüz düzenlemeleri karşısında, artık akıl hastasına bir suç nedeniyle uygulanan güvenlik önlemlerine bir ceza yaptırımını türü olarak yalnızca mahkeme tarafından karar verilir.

Cumhuriyet savcılığı bizzat takipsizlik kararında talep etse dahi, TCK. m. 57 uyarınca şüpheli hakkında bir güvenlik tedbiri uygulanamaz. Öncelikle suçun işlenip işlenmediğinin tespiti gerekir ve bunun için ise yeterli delil var ise kamu davası açılmalıdır. Dava sonunda sanığın suçu sabit olursa, CMK. m. 32/1 ve CMK. m. 223 uyarınca sanığa ceza verilmeyerek (gerekirse) güvenlik tedbiri uygulanmalıdır⁶¹.

Her ne kadar TCK.nun 57/2. maddesinde “hakkında güvenlik tedbirine hükmedilmiş olan akıl hastası, yerleştirildiği kurumun sağlık kurulunca düzenlenen raporda toplum açısından tehlikeliliğinin ortadan kalktığına veya önemli ölçüde azaldığının belirtilmesi üzerine mahkeme veya hâkim kararıyla serbest bırakılabilir” ifadesi yer almakta ise de, bu madde metni özensiz kaleme alınmış olup, buradaki ‘mahkeme veya hâkim kararı’ ifadesini ‘hükmü veren mahkeme’ olarak anlamak gerekir. Çünkü bu kararı hâkim değil, mahkeme verebilir; o nedenle madde metnindeki ‘hakim’ kelimesi herhangi bir işlevi olmayan bir fazlalıktır. Diğer yandan, aynı mahkeme içindeki aynı hâkim de her zaman görev yapmayacağına ve hâkimlerin makam itibarıyla süje olmaları nedeniyle, mahkeme terimi gerekli ve tek başına yeterlidir. Yapılacak bir madde revizyonunda, bu fazlalık teşkil eden ifadenin (veya hâkim ifadesinin) madde metninden çıkarılması gerekir.

Aklıl hastası hakkında tedavi ve koruma tedbirine hükmedilmesi halinde, bu tedbirin infaz edileceği yer karara gösterilmemelidir. Bunu tespit ve tayin yeri, infazdan sorumlu savcıya aittir. Mahkemenin hükmünde bu yeri göstermesi, cumhuriyet savcısının yetkisine müdahale olup, infaz savcısının infaz konusundaki takdir yetkisini kısıtlayıcı hukuka aykırı bir işlemdir⁶².

Sağlık kurulu raporunda failin kısmi akıl hastası olduğu belirtildiğinde, TCK.nun 32/1. maddesinin uygulanması olanağı bulunmamakla birlikte, bu sonucun TCK.nun 32/2. maddesi kapsamında olup olmadığının irdelen-

59 4. CD. 21. 5. 2007., E. 1892, K. 4731.

60 CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT. Türk Ceza Hukukuna Giriş, sh: 373, dipnot: 97.

61 4. CD. 12. 4. 2007., E. 4527, K. 5702; 1. CD. 20. 02. 2007., E. 543, K. 583.

62 11. CD. 26. 12. 2005., E. 14353 (Karar için bkz. HAKERİ, Ceza Hukuku Genel Hükümler, sh: 313).

memesi önemli bir eksiklik oluşturur; raporun bu 2. fıkra hükmü açısından mutlaka değerlendirilmesi gerekir⁶³.

Güvenlik tedbirinin süresi TCK.nun 32/1 ve m. 57’de belirtilmemiştir⁶⁴.

Ayrıca, sanığın kapatılacağı kurumun belirtilmesi, infazı kısıtlar ve bu tür bir karar Kanun’a aykırıdır⁶⁵.

Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu’nun 18. 10. 2011 tarihli 6 nolu genelgesine göre; “1- Akıl hastası olan ve hakkında 5237 sayılı Kanunun 57 nci maddesinin birinci fıkrası gereğince, koruma ve tedavi amaçlı olarak güvenlik tedbirine hükmedilen kişinin, yüksek güvenlikli sağlık kurumlarında koruma ve tedavi altına alınması, 2- Ancak ülkemizde henüz yüksek güvenlikli sağlık kurumlarının kurulamamış olması nedeniyle, bu kurumların kurulmasına kadar açıklama bölümünde belirtilen (5275 sayılı Kanunun 9 uncu maddesinin birinci fıkrasının) tanıma uygun donanım ve özelliklere en fazla sahip mevcut sağlık kurumlarının, ruh sağlığı ve sinir hastalıkları hastanelerinin özel bölümlerinden birinde tedavi ve koruma altına alınması suretiyle ilamın infazının yerine getirilmesi”, gerekmektedir.

X - GÜVENLİK ÖNLEMİNİN İCRASI VE TEDBİRE SON VERİLMESİ

Bazı yazarlar, tedavi kurumundan salıverilen akıl hastası kişinin iyileşemediğinin görülmesi halinde bir kez daha TCK. m. 57 uyarınca yüksek güvenlikli sağlık kurumuna alınacağını ve fakat tehlikeliliği kalktı diye salıverildikten sonra artık yeniden tedavi amaçlı özgürlüğünün kısıtlanamayacağı kanısındadırlar⁶⁶. Oysa böyle bir açıklama ve sistem TCK.nun 57. maddesinde bulunmamaktadır. Olması gereken hukuk açısından önerilebilir bir yaklaşım olmakla birlikte, bu yorum madde metnindeki düzenlemeye aykırıdır. Maddeye göre, sayı ve süre sınırı olmaksızın tehlikelilik hali her baş gösterdiğinde, kişinin tekrar koruma ve tedavi için özgürlüğü kısıtlanacak, tehlikeliliği kalkınca salıverilecek ve bu sürekli tekrar edecektir. Bu ise, katlanılması son derece zor ve hukuken de gerekçelendirilemeyecek bir yaptırım infaz biçimidir.

TCK. m. 57 failin iyileşmesini aramamış, toplumsal tehlikeliliğinin tamamen ortadan kalkmasını veya önemli ölçüde iyileşmesini aramaktadır⁶⁷. Yani, toplumsal tehlikelilik kalkmış ya da önemli ölçüde azalmışsa, fail

63 2. CD. 10. 11. 2009., E. 2008/35329, K. 2009/42180.

64 1. CD. 7. 3. 2007., E. 6254, K. 1188.

65 4. CD. 16. 12. 2009., E. 2008/7296, K. 2009/20615.

66 CENTEL, Nur-ZAFER, Hamide-ÇAKMUT, Özlem Yenerer. Türk Ceza Hukukuna Giriş., 7. Bası İstanbul 2012, sh: 374.

67 3. CD. 19. 3. 2007., E. 7069, K. 2463.

serbest bırakılmalıdır⁶⁸. Koruma ve tedavi altına alma güvenlik önleminin belli bir süresi yoktur; failin tehlikeliliğinin kalktığı veya önemli ölçüde azaldığının sağlık kurumunca tespiti üzerine salıverilinceye kadar devam eder. Bu tespite ilişkin raporla otomatik olarak değil, rapor üzerine hâkim veya mahkemece verilen kararlar fail serbest bırakılır⁶⁹.

Güvenlik tedbirinin devam edip etmeyeceği konusunda mutlaka ilgili sağlık kuruluşundan bir rapor alınmalıdır⁷⁰.

Mülga TCK'nda, iyileşmesine rağmen akıl hastasının hastanede asgari 1 yıl zorunlu özgürlüğü kısıtlı şekilde tutulmasını düzenlemekteydi. TCK'nda salıverme açısından şifa bulma/iyileşme yerine, toplumsal tehlikeliliğin kalkmasının yeterli kılınması yerinde bir düzenleme olmuştur. Ancak belirtmek gerekir ki, farklı ifade tarzına rağmen, mülga TCK yargı uygulamasında da o süreçteki öğreti de, akıl hastasının salıverilmesi için şifa bulmayı/iyileşmeyi değil, şifa bulmayı, toplumsal tehlikeliliğin ortadan kalkmasını aramaktaydı. TCK, mülga TCK zamanında yargı organları tarafından da öğreti tarafından da görüşbirliği halinde benimsenen bu uygulama, TCK yapılrken benimsenerek kanun metnine geçirilmiştir.

TCK. m. 32/2 uyarınca uygulanacak güvenlik tedbirinin süresi, hükmedilen ceza süresi kadar olabilir. Bu oldukça hatalıdır ve güvenlik önlemi ile ceza yaptırımını birbirine karıştırmaktan başka bir şey değildir. Kaldı ki, bu düzenleme biçimi, bu iki ceza yaptırımından birini seçmek açısından hâkime keyfi bir takdir yetkisi vermektedir. Burada bir tedavi tedbiri uygulanıyorsa, bunun ceza süresinden bağımsız olarak ele alınması ve yalnızca toplumsal tehlikelilik esasına dayandırılması gerekir. Failin ceza süresi zaman olarak tamamen dolmadan, tehlikeliliği toplumsal açıdan tamamen veya önemli ölçüde ortadan kalkmışsa, salıverilmelidir. Buna karşılık, tedavi uzun sürebilir ve ceza miktarı yetersiz derecede az olabilir. Bu olasılıkta ise, madde metninin aksine, kişiyi salıvermek ve tedaviyi yarıda kesek hem bu kurum hem de ceza hukukunun amaçlarına aykırılık oluşturur.

Sağlık kurulu raporunda yer verilen ifade, failin toplumsal açıdan tehlikeliliğinin ortadan kalktığı şeklinde değil de, “*halen şifasının tebeyyün ettiği*” şeklinde ise, bu ifade TCK. m. 57/2 uyarınca failin salıverilmesi için yeterli değildir. Burada önemli olan akıl hastasının iyileşmesi değil, *toplumsal tehlikeliliğinin tamamen veya önemli ölçüde kalkmış olmasıdır*⁷¹. Bu gibi bir durumda, ya yeniden sağlık kurulu raporu aldırılarak TCK'nun tercih ettiği terminolojinin karşılığı bir iyileşmenin olup olmadığı incelenmeli

68 2. CD. 30. 11. 2006., E. 4469, K. 19361.

69 CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT. Türk Ceza Hukukuna Giriş, sh: 374.

70 11. CD. 4. 6. 2009., E. 2007/3258, K. 2009/6902.

71 4. CD. 4. 11. 2009., E. 2008/3915, K. 2009/17819.

veya failin toplumsal tehlikeliliğinin tamamen veya önemli ölçüde katlığının infaz aşamasında anlaşılması durumunda TCK.nun 57/3. maddesi uyarınca değerlendirilerek infaza son verilmesi yolu seçilmelidir⁷². TCK. m. 57, tedavi ve koruma altındaki kişinin salıverilmesi için bir 'iyileşme' koşulu aramamaktadır⁷³.

XI – SONUÇ

TCK.nun 32. maddesinin ilk fıkrasında güvenlik tedbirine *karar vermenin zorunlu tutulması hatalıdır*. Fail eylemi sonrası tamamen iyileşmiş ise, güvenlik tedbiri uygulanmamalıdır: aksi halde hem amaçsız ve gerekçesiz bur şey yapılmış hem de tıp hukukuna aykırı biçimde iyileşmiş ve cezalandırılmayan bir kimse 'sırf' önceden bir suç işledi diye, kurumda zorunlu olarak tutularak ve hasta olmayan kişi bir araçla tedavi edilerek ruh sağlığı bozulacaktır ki, bu hükümlerin amacı bu olamaz.

Yargıtay'a göre, sanık hakkındaki hapis cezası para cezasına çevrilirse TCK.nun 57. maddesindeki güvenlik tedbirine hükmedilemez⁷⁴. TCK.nun 32/2. maddesi metinden kaynaklanan bu sonuç, hatalı olup, burada önemli olan akıl hastasının tedavisi olduğu için, TCK'nda yapılacak değişiklikle buna olanak tanınmalıdır.

Suçun akıl hastası tarafından işlenip işlenmediğinin kesin bir biçimde saptanması gerekir⁷⁵. Suçun işlendiği veya o fail tarafından işlendiği kanıtlanamıyorsa, sanık hakkında beraat kararı verilmelidir⁷⁶.

Yargıtay'ın görüşünün⁷⁷ aksine, kimsi akıl hastalığı nedeniyle failin cezasında kanun gereğince bir indirim yapılması, TCK.nun 61. ve 62. maddeleri (Mülga TCK. m. 29) uyarınca failin cezasının failin kişiliği, sosyal durumu, suçun işleniş biçimi, yer ve zamanı kullanılan araç gibi verilerin cezanın tespit ve takdirinde dikkate alınmasını etkilemez.

Hastalığın varlığı açısından 'fiilin işlendiği an'ın aranmayışı hatalı olmuştur. İfade biçimi açısından TCK. m. 57 ve hatta TCK. m. 31-1 ve TCK. m. 33-1, TCK. m. 32'den daha isabetlidir.

TCK.nun 32. maddesinin birinci fıkrasındaki cezasızlık için hem 'işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılayamamak' hem de 'bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği derecede azalmış olmak' birer 'seçimlik' ölçüt olarak aranırken, ikinci fıkrafta 'yalnızca' 'işlediği fiille

72 As. Yar. 3. Dairesi. 10. 4. 2007., E. 2007/882, K. 2007/878.

73 3. CD. 19. 3. 2007., E. 7069, K. 2463.

74 8. CD. 21. 11. 2007., E. 2006/8204, K. 8095.

75 4. CD. 27. 5. 2009., E. 2007/5869, K. 2009/10357; CGK. 15. 4. 2008., E. 1-22, K. 80; As. Yar. Drl. Krl. 22. 10. 2008., E. 2008/2415, K. 2008/2418.

76 4. CD. 9. 11. 2009., E. 2008/4474, K. 2009/18109.

77 Karş. 1. CD. 13. 02. 1996., E. 4047, K. 371.

ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği azalmış olma'nın ölçüt alınması ve fakat fiilin hukuki anlam ve sonuçlarının ceza indirim nedeni sayılmaması hem kendi içinde çelişkili, hem madde gerekçesine ters hem de cezanın kusurla orantılılığını şart koşan *iki izlilik ilkesinin* mantığına aykırıdır.

TCK. m. 32 gerekçesinin ilk fıkrası hukuken hatalıdır. Gerekçede söylenenin aksine, burada sadece haksız fiil değil, işlenmiş bir suç olduğu için güvenlik tedbiri uygulanabilmektedir.

TCK.nun 32. maddesinin gerekçesinin 3. paragrafı hatalı: Temyiz kudretinin tespiti genel ve özel\normatif belirleme olarak ikiye ayrılamaz. TCK madde metninde de böyle birşey düzenlenmemiştir. Temyiz kudretini tıbbi bilirkişi, kusuru mahkeme belirleyecektir.

TCK.nun 57. maddesinin 5. fıkra amacını aşan bir şekilde düzenlenmiş ve keyfi bir düzenlemedir. Tekrar tedavi için bir üst süre olmalıdır. Mevcut düzenlemede, basit bir suç işleyen kişi suç işlediği için hakkında yüksek güvenlikli güvenlik tedbiri uygulanmaktadır. Bu tedbir bir süre sınırı olmaksızın uygulanırsa hem süresiz cezalardan farkı kalmaz hem suçla ilgisiz bir nedenle suçun cezasından kat kat uzun bir süre özgürlüğü kısıtlanacaktır. Suçun cezası ile orantılı kısmın dışındaki hal ceza hukukunu her koşulda ilgilendirmez ve ceza hukuku zuhrevi hastalıklardan korunma kanunu gibi toplum sağlığı hukuku gibi algılanamaz. Tedbir cezanın infazından sonra da sürebilir ve güvenlik önlemlerinde bu çoğu kez gerekli bir şeydir. Ancak, bu sınırsız ve süresiz ilelebet sürecek veya tekrarlayan ara kararlarla ömürboyu sürdürülecek bir hak ve özgürlük kısıtlamasına dönüştürülemez.

TCK. m. 31-1 ve 57-2'de ilgilinin iyileşmesine rağmen mahkemenin takdirine göre istenirse salıverilmeyebileceği şeklinde düzenlenmesi hatalı olmuştur. Benzeri bir düzenleme mülga TCK.nun 46. maddesinde de vardır ve iyileşen bir kimsenin yeniden akıl hastası olmasına yol açabilecek bir uygulama olur. Yargı uygulamasında buna dikkat edilmelidir.

TCK. m. 57-3'de failin sonradan takibinin gerekip gerekmediği değerlendirilirken, 'akıl hastalığının niteliğinin dikkate alınması yerinde olmakla birlikte, bunun yanında zorunlu olarak *'işlenen fiilin niteliği'nin dikkate alınacağı*nın düzenlenmesi hatalıdır. Burada belirleyici olan, hastalığın tür ve derecesi ile kişiyi kişiliğinin somut ve sağlıklı olmasıdır. Bazı suçlarda takipten vazgeçmek yerinde olmayabilir. Fiile odaklı izleme yapılması gerektiği gibi, izlenmesi gereken kişinin izlenmemesi ve süre uzatımı (yeniden tedaviye alınması) uygulanmasının (gerektiği halde) yapılmaması için sun'i bir gerekçe olarak bu ifade biçimi yargı uygulamasında kötüye kullanılmamalıdır.

AKIL HASTALARINA ÖZGÜ GÜVENLİK TEDBİRLERİNİN UYGULANMASINDA KARŞILAŞILAN SORUNLAR VE TCK. Md. 175

Değerli konuklar, sizleri saygıyla selamlıyorum.

Dördüncü Sağlık Hukuku Kurultayında sizlere akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerinin uygulanmasında karşılaşılan sorunlar ve akıl hastası üzerindeki bakım ve gözetim yükümlülüğünün ihlali suçu yönünden ceza hâkimi olarak birikimlerimi sunmak isterim.

Bir kimsenin işlediği bir suçtan dolayı sorumlu tutulabilmesi için işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin mevcut olması gerekmektedir. Bu yeteneğin olmadığı veya azaldığı hallerin en önemlileri yaş küçüklüğü ve ruhsal bozukluklardır.

TCK. 32 ve 57. maddelerinde “*Akıl hastalığı ve bunlara özgü güvenlik tedbirleri*” başlıkları altında düzenlemeler yapılmıştır. 32. maddede akıl hastalığı nedeniyle işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli ölçüde azalan kişiye ceza verilemeyeceği, ancak güvenlik tedbirine hükmedileceği açıklanmıştır.

Akıl hastalığı failin ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran bir durumdur. Bu nedenle faile işlediği sabit olan fiilden ceza verilmeyerek, güvenlik tedbirine hükmedilmektedir.

Suç işlediği iddiasıyla hakkında soruşturma başlatılan failin akıl hastası

olduğuna dair kanıtlar varsa, bunun araştırılması ve tespiti gerekir.

Kişinin akıl hastası olup olmadığının tespitiyle, hastalığının algılama ve irade yeteneği üzerinde ne gibi etkilerinin olabileceği ve davranışlarını ne suretle etkilediğini genel olarak belirleme tıbbi bir konudur. Bu belirleme psikiyatri bilimi verileri çerçevesinde uzman bilirkişilerce yapılmalıdır. Psikiyatri uzmanı tek hekimin raporu yeterli olacak mıdır? Bu soruya olumlu yanıt vermek mümkün değildir. Uygulamada kişinin akıl hastası olup olmadığı, işlediği fiilin suç tarihi itibarıyla hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin ne ölçüde azaldığı veya olmadığı hususunda uzman hekimlerden oluşan sağlık kurulu raporu alınması yoluna gidilmektedir. Bu raporun verileceği kurumlar konusunda Yargıtay'ın birçok kararları mevcuttur. Yargıtay genellikle psikiyatri uzmanı tarafından tek hekimin vereceği raporu yeterli görmeyip, Adli Tıp Kurumundan sanığın sevk edilerek Gözlem İhtisas Dairesi veya diğer ihtisas dairelerinden rapor alınmasını, şayet bu ihtisas daireleri arasında çelişki varsa, Adli Tıp Genel Kurulundan rapor alınmasını öngörmektedir.

Günümüzde akıl hastalarının toplum içinde yarattığı tehlikeler hepimizce bilinmektedir. Ayrıca, suç işlediği iddia edilen bir akıl hastasının daha da çok tehlikeli olduğu düşünüldüğünde, hukuki durumunun mümkün olan en kısa zamanda tespiti gerekmektedir. Ancak, uygulamada maalesef sistemin çok yavaş işlediğini görmekteyiz. Örneğin, bir cinayet davasında failin akıl hastası olduğu iddiası karşısında, mahkemenin bu kişiyi hemen Adli Tıp Kurumuna sevk etmesi, süratle hakkında rapor alınması gerektiği halde, iş yoğunluğu ve çalışma kapasitesi yönünden taleplere anında cevap veremeyen Adli Tıp Kurumu mahkemenin bu talebi için önce birkaç ay sonrasına randevu vermekte ve o tarihte gönderilmesini istemektedir. Bu konuda rapor verebilecek adli tıp ihtisas daireleri bildiğim kadarıyla sadece İstanbul'da olduğu düşünüldüğünde, tüm Türkiye'nin her vilayetinden gelebilecek taleplerde nakil sıkıntısı da dikkate alındığında, ne yazık ki sonuç alınmasındaki süreci takdirlerinize sunuyorum.

Soruşturma evresinde Cumhuriyet Savcısı şüphelinin akıl hastası olduğuna dair kanıtlar elde ettiğinde, Adli Tıp veya uzman hekimlerden oluşan tam teşekküllü bir hastaneden sağlık kurulu raporu talep edecek, gelen rapor *“işlediği fiilin anlam ve sonuçlarını algılayamaz veya bu fiille ilgili davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli ölçüde azalmıştır”* şeklindeyse, suç işlediğine dair de ciddi kanıtlar varsa, mahkemeden TCK. 57. maddesi uyarınca güvenlik tedbirine hükmedilmesini talep edecektir.

Şayet ciddi kanıtlar yoksa bu durumda mahkemeye dava açma yoluna

gitmeyerek, takipsizlik kararı verme yoluna gidecektir.

Yargılama aşamasına gelince, toplanan kanıtlar sonucu mahkemenin akıl hastası failin suçu işlediğine kanaat getirdiğinde, hakkında 32. madde uyarınca ceza verilmesine yer olmadığına, ancak TCK. 57. maddesi uyarınca akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirine hükmetmesi, şayet suçun işlenmediğine veya oluşmadığına kanaat getirdiğinde, beraat kararı vermesi gerekmektedir.

Yargılama aşamasında akıl hastası olduğuna dair raporu bulunan faile CMK. 150/2. maddesi uyarınca resen müdafî atanması, savunma hakkının kısıtlanmaması açısından zorunludur.

AKIL HASTALARINA ÖZGÜ GÜVENLİK TEDBİRLERİ

TCK. 57. maddesinde akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirleri düzenlenmiştir. Buna göre fiili işlediği sırada akıl hastası olan kişiler yüksek güvenlikli sağlık kurumlarında koruma ve tedavi altına alınması gerekir.

Akıl hastalarıyla ilgili güvenlik tedbirleri açısından belli bir süre öngörülmüş değildir. Bu nedenle akıl hastasının toplum açısından tehlikeliliğinin ortadan kalkmasına veya önemli ölçüde azalmasına kadar uygulanmasına devam edilecektir.

Mahkeme fail hakkında akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirine hükmettiğinde, kararın kesinleşmesini takiben infaz savcılığı akıl hastasının yüksek güvenlikli sağlık kurumlarında koruma ve tedavi altına alınmasını sağlayacaktır. Hâkim kararın kesinleşmesini beklemeden de güvenlik tedbirinin infazına karar verebilmektedir.

Kanunda yüksek güvenlikli sağlık kurumundan bahsedilmekle birlikte bu kurumun özellikleri açıklanmamıştır.

Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü 14.9.2007 tarihinde Zonguldak Ağır Ceza Mahkemesinin bir sorusuna karşılık Mahkemeye görüş olarak “Yüksek güvenlikli sağlık kurumunu iç ve dış güvenlik görevlilerine sahip, firara karşı teknik, mekanik, elektronik, fiziki engellerle donatılmış, oda ve koridor kapıları sürekli kapalı tutulan, sıkı güvenlik rejimine tabi tesisler” olarak tanımlanmıştır. Bu kurumlarda bireysel veya grup halinde iyileştirme yöntemleri uygulanacağı, özellikle akıl hastalarının kaçmasını önleyecek, içerde birbirlerine veya görevlilere de zarar vermelerini engelleyecek fiziki, elektronik güvenlik donanımlarının bulunması gerektiğini de açıklanan bu yazıda henüz Sağlık Bakanlığına bağlı ruh sağlığı ve hastalıkları hastanelerinde yüksek güvenlikli birim oluşturulamadığı açıklanmıştır. Bu hususa özellikle dikkatinizi çekmek istiyorum.

Bildiğiniz gibi 5237 sayılı TCK. 2005 yılında yürürlüğe girmiştir. Bu

yasada yüksek güvenliqli sağlık kurumlarından bahsediliyor. Ancak, yasa yürürlüğe girdiğinden bugüne kadar altı yıl geçti, halen o yüksek güvenliqli sağlık kurumları Türkiye’de kurulmuş değildir.

Yüksek güvenliqli sağlık kurumu koruma ve tedavi sonunda akıl hastasının toplum açısından tehlikeliliğı ortadan kalktığı veya önemli ölçüde azaldığını belirleyen sağlık kurulu raporunu mahkemeye gönderecek, bunun üzerine mahkeme de dosyayı yeniden ele alarak, akıl hastası sanığın serbest bırakılmasına karar verecektir. Sağlık kurumu raporunda kişinin tıbbi kontrol ve takibi gerekip gerekmediğı, gerekiyorsa bunun süre ve aralıklarını da belirleyecektir. Bunun takibi infaz savcılığı tarafından yapılacaktır.

Tıbbi kontrol ve takipte kişinin akıl hastalığı itibarıyla toplum açısından tehlikeliliğinin arttığı anlaşıldığında veya belirli sürelerde tıbbi kontrol gerekip, sanık bu kontrolleri aksattığında, infaz savcısı veya sağlık kurumu raporu doğrultusunda talep edildiğinde, mahkeme yeniden koruma ve tedavi amaçlı olarak güvenlik tedbirine karar verecektir.

Burada iki önemli sorunun açıklanmasında yarar görüyoruz.

Bunlardan ilki, biraz önce de bahsettiğim gibi, yüksek güvenliqli sağlık kurumunun ülkemizde henüz bulunmayışı ve yerine geçen ruh sağlığı ve sinir hastalıkları hastanelerinin de çok az sayıda bulunması ve bu nedenle akıl hastasının bulunduğu yerden bu kurumlara nakli, burada tedavi aşamasının yetersizliğidir.

Sağlık Bakanlığı’ndan edindiğim bilgilere göre, ülkemizde akıl hastalarına yönelik Adana, Elazığ, Manisa, , Samsun, Bolu, İstanbul, ve Trabzon Ataköy’de sağlık kurumu mevcuttur. Toplam yatak sayısı da 4 292’dir. Şunu özellikle belirtmek istiyorum. Bu konuda araştırma yaparken Sağlık Bakanlığı Ruh Sağlığı Daire Başkanlığından telefonla bilgi almaya çalıştım. “*Bana Türkiye’de kaç tane akıl hastası var bildirebilir misiniz?*” dedim, “böyle bir sayı elimizde yok” dediler. Ben şaşırdım, açıkçası böyle bir cevap beklemiyordum. (Gülüşmeler) “*Kaç tane akıl hastanesi var?*” dediğimde, ben zaten beş tanesini biliyordum, bana fazladan “*Erenköy’de bir tane, Bolu’da yapılmakta olan bir tane, bir de Trabzon Ataköy’de var*” dediler.

Konuyu araştırırken daha önce sağlık bakanlığında çalışmış bir kariyolog uzman doktorla görüşmemde, bana akıl hastanelerinin gerçekten içler acısı bir durumda olduğu söylendi. Hem tedavi yönünden, hem fiziki yönden. Sayılarının da yeterli olmadığını hepimiz biliyoruz. Geçen gün televizyonda bir haber dikkatimi çekti: 30 Avrupa ülkesinde toplam 514 milyon nüfusun yüzde 38’inin ruh sağlığı yönünden sorunu olduğu açıklanıyordu. Biraz önce değerli arkadaşlarım da bu konuda kısa bir bilgi verdiler.

Türkiye'deki durum da bunlardan farklı değil. Benim öğrendiğim kadarıyla Türkiye'de akıl hastası sayısı milyon rakamlarla söyleniyor ve bunların büyük çoğunluğu serbestçe aramızda dolaşıyor ve bunların bir kısmının da şizofreni hastası olduğu; yani en tehlikeli akıl hastalığı olduğu bilinmektedir.

İnfazın yapıldığı bu tür sağlık kurumlarının toplam yatak kapasitesi itibarıyla ihtiyaca cevap vermekten çok uzak olduğu aşikârdır. Ayrıca fiziki imkânlarının yanı sıra, tedavi imkânlarının da yetersizliği dikkate alındığında, mahkemenin suçlu akıl hastasını serbest bırakma kararına dayanak teşkil eden "toplum için tehlikeliliği ortadan kalkmıştır veya önemli ölçüde azalmıştır" ibareli sağlık kurulu raporunun verilmesinde, raporu düzenleyen hekimlerin tıbbi düşüncelerinin rapora tam olarak yansıtılmadığı, diğer tıbbi olmayan fiziki imkânsızlıklarının da etkili olduğu düşüncesindeyim. Bu benim şahsi düşüncem.

Çivici cinayetini bilmem hatırlar mısınız? Genellikle uygulamada bu tür hastalar ne suç işlediyse işlesin, bahsettiğim sebeplerden dolayı bir yıl civarında akıl hastanelerinde yatmakta, bir yıl sonra daha önce de bahsettiğim gibi diğer zorunlu sebepler de dikkate alınarak, "tıbbi yönden toplum için tehlikeliliği ortadan kalkmıştır" şeklinde rapor düzenlenmekte ve mahkeme bu kişiyi verilen rapor gereği serbest bırakmaktadır. Bu kişinin birkaç gün sonra bir cinayet daha işleyip, tekrar yargı önüne çıkarılma örneklerine toplumumuzda sıkça rastlanmaktadır.

Sorunlardan ikincisi, akıl hastasının soruşturma ve kovuşturma sürecinde henüz hakkındaki işlemler sürerken ve kararın kesinleşme aşamasında serbestçe dışarıda dolaşmasıdır.

Örneğin, ağır ceza mahkemesinde tutuklu olarak yargılanan failin akıl hastası olup cezai ehliyeteye haiz olmadığı anlaşıldığında, mahkeme ceza verilmesine yer olmadığına, hakkında güvenlik tedbirine hükmedecektir. Bu durumda mahkeme akıl hastası failin tahliyesine de hükmetmesi gerekir. Çünkü akıl hastası bir kişinin tutuklu kalması düşünülemez. Şayet kararı veren mahkemenin failin tahliyesine yönelik kararında başka bir açıklama getirilmediği takdirde, akıl hastası fail kararın kesinleşmesine kadar geçen süre içinde toplumda serbestçe dolaşabilecektir. Kararın temyiz edildiği ve Yargıtay aşamasının uzun bir sürece tabi olması durumunda, toplum içinde serbestçe dolaşan akıl hastası failin yaratacağı tehlikelere dikkatinizi çekmek isterim. Bu nedenle mahkemenin kararında tahliye edilen akıl hastası failin serbest bırakılmayıp, kararın kesinleşmesi beklenmeden hakkında koruma ve tedavi amaçlı güvenlik tedbirine hükmetmesinin gerekli olduğu kanaatindeyim.

Akıl hastalarının infazında gönderildikleri sağlık kurumu tıbbi veriler ışığında toplum açısından tehlikelilik durumu ve hastalığının derecesine göre bu kişiyi bir süre kendi bünyesinde tedavi ve kontrol altında tutabildiği gibi tedavisinin yaşadığı kentte veya yakınında başka bir sağlık kurumunda belli aralıklarla yapılmasına da karar verebilmektedir.

Geçenlerde mahkememizde yaralama suçundan anne ve oğlu yargılanıyordu. Oğlunun akıl hastası olduğunu tespit ederek Numune Hastanesinden raporu alındı. Yargılama sırasında özellikle annesine, karşı tarafla barışmalarının mümkün olup olmadığı, suçun şikâyetle bağlı olduğu için şikâyetten vazgeçmeyle düşecek bir dava olduğunu açıklayarak, karşılıklı şikâyetten vazgeçmelerini önerdim. Anne özellikle “*oğlum da vurmuş olabilir, ama oğlum dövüldü, bu nedenle ben şikâyetçiyim*,” dedi Mahkememizde akıl hastası olduğu ve suçu da işlediği sabit görülerek ceza verilemeyeceğinden güvenlik tedbiri altına alınmasına karar verildi. Karar kesinleşti. Birkaç ay sonra anne oğluyla beraber yanıma geldiler. “*Hâkim Bey, ne olur bizi kurtar*” dediler. “*Hayrola, ne oldu?*” dedim. “*Savcı bey bizi İstanbul Bakırköy Akıl Hastanesine sevk ediyor ve oraya gitmemizi istiyor. Benim param yok, çocuğumun da parası yok. Tamam, bizi polis götürecekmış, ama ben yanında olmazsam bu çocuk ne yapacak, ben nerede yatacağım, kalacağım? Bu çocuk akıl hastanesine gidecek ne olacak durum? Benim paramı kim verecek?*” Dedi. Merak ettim, güvenlik tedbiri işleminin neden Ankara’da yapılmadığını infaz savcısına sordum. İnfaz savcısı, “*Hâkim Bey, bu mümkün değil. Bizim hakem hastanemiz Bakırköy Akıl ve Ruh Sağlığı Hastanesi, mecburuz oraya göndermeye*” dedi. Ben de anneye “*bu çocuğun gitmesi gerekiyor. Senin için gerekli değil, ama sen de bırakamıyorsun oğlunu.*” Dedim. Boynunu büktü, “*yapılacak başka bir şey yok mu?*” dedi savcıya yeniden sordum. “*yok, mecburuz göndermeye. Bir polis veriyoruz*” dedi. Harcırak veriyorlar sanıyorum. Nasıl götürüyorlar ben de bilmiyorum. Geçen gün hepinizin dikkatini çekmiştir. Kayseri’deki olayda beş tane mahkum ve tutuklumuz yandılar. Van’dan İstanbul’a 16–20 saatlik bir mesafede bu şekilde nakil edilmesi ne derece doğrudur? Başka imkânlarımız yok mu? Araştırılması ve acilen tedbirler alınması gerektiğini düşünüyorum.

Birkaç gün sonra anne ve oğlu yeniden yanıma geldiler. “*Efendim, biz gittik. Ankara’da tedavimize belli aralıklarla devam edecekmiz.*” dediler. Ben de rahatladım.

Şimdi burada da birtakım sorunlarımız var. Daha önce belirttiğim gibi yüksek güvenlikli sağlık kurumu akıl hastasının tıbben tedavisi sonunda hastane bir süre tutarak sonra “*toplum için tehlikeliliği ortadan kalkmıştır*”

diye rapor verebildiği gibi, bazen de bulunduğu yerdeki emsal bir ruh sağlığı hastanesinde belli aralıklarla giderek tedavisine devam edilmesi, bir süre sonra da rapor verileceği yönünde de karar verebilir; yani orada tutmayabilir. Cezanın hafif durumlarında da böyle durumlar tercih edilmektedir. Bu durumda akıl hastasını yönlendirecek bir kimse yanında yoksa akıl hastasına “*tedavini kendin yapacaksın kardeşim, şu ilaçları her gün alacaksın*” diyebilir misiniz? Adı üstünde, akıl hastası bu kişi. O zaman nasıl yapılacak bu iş? Bunun cevabı ne yazık ki yok. Türk aile yapısı dikkate alındığında bu sorun bir ölçüde çözülüyor. Ne yapıyor? Annemiz, babamız, hepsi yanımızda ve o akıl hastasını aile içinde eritmeye çalışıyoruz ve onun tedavisini yaptırmaya çalışıyoruz.

Evet, yakınları veya aile fertlerinin yardımları sayesinde bu tedavi süreci sorunsuz atlatılabileceği gibi aksi durumda belli aralıklarla kontrole gitmesi gereken akıl hastası ikametini değiştirdiğinde veya kontrole gitmediğinde suç işlemiş akıl hastası toplum içinde serbestçe dolaşmakta, onun yaratacağı sıkıntılar da hepimizin malumudur. İnfaz savcısı bu durumda ne yapacak? İnfaz devam ediyor. Bu durumda yapacağı şey: Tutuklama kararı verebilir mi? Veremez, çünkü akıl hastası. Bu durumda yakalama kararı çıkartarak zabıtaya yazmak ve yakalanmasını beklemekten başka yapacağı bir şey yoktur. Bu konu gündeme geldiğinde infaz savcısından “*ne yapıyorsunuz, sorunlar nedir,*” diye sordum. Dedi ki “*sana bir örnek veriyorum: Bir akıl hastası belli aralıklarla tedaviye gidecekti, şu anda kayboldu, telefon sinyallerini bile takibe aldık, Antalya’dan cevap veriyor ama bu kişi şu anda yok. Yakalama kararı çıkarttık, arıyoruz*”. Ne zamana kadar belli değil. Süresi zaten yok. İnfazı da tamamlanmamış. Bu kişi cinayet mi işleyecek, hırsızlık mı yapacak, sahte kimlikle neler yapıyor, neler ediyor, toplum içinde bir atom bombası daha dolaşıyor demektir.

Çözüm nedir? Bu tür sağlık kurumlarının süratle tamamlanması, hizmete girmesi, sayılarının ve kalitelerinin ihtiyaca cevap verebilecek miktarda ve seviyede olması, ayrıca bu konuda yetişmiş uzman hekimlerin ve personel sayılarının da süratle arttırılmasıyla sağlanacağı kanaatindeyim.

Vaktimi de aşıyorum. Sayın Başkanım, bir sunumum daha var..

Bu defa da akıl hastası sanık değil de mağdur olduğunu düşünerek, daha doğrusu toplum mağdur, ama akıl hastası üzerinde bakım ve gözetim yükümlülüğünün ihlali suçu hakkında da birkaç kelime söyleyerek bitirmek istiyorum.

AKIL HASTASI ÜZERİNDEKİ BAKIM VE GÖZETİM YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN İHLALİ

TCK. 175. maddesinde, Genel Tehlike Yaratıcı Suçlar bölümünde Akıl hastası üzerindeki bakım ve gözetim yükümlülüğü bulunan kişinin bu yükümlülüğü başkalarının hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından tehlikeli olacak şekilde ihmal etmesini suç olarak kabul etmiş ve cezalandırılması yoluna gitmiştir. Cezası TCK. da altı aya kadar hapis veya adli para cezasıdır. Sulh ceza mahkemesinin görevine giren bir suçtur.

Yürürlükten kaldırılan 765 sayılı TCK. da 473, 560, 561 ve 562. maddelerde yer alan fiiller bir araya toplanmış, 175. maddede daha genel ifadeler kullanılarak akıl hastasını serbest bırakma veya ilgili makama haber vermeme veya kendi başına terk etme gibi ayrıntılı düzenlenen fiiller sayılmayarak sadece akıl hastası üzerinde bakım ve gözetim yükümlülüğünü başkalarının hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından tehlikeye ulaşacak şekilde ihmal eden kişinin cezalandırılması yoluna gidilmiştir.

Bu suçun oluşması için eylem nedeniyle bir zararın doğması gerekli değildir. Görüldüğü gibi suç tehlike suçu niteliğindedir. Kanun koyucu bu suçla kişilerin hayat, sağlık veya malvarlıklarına ilişkin hakları bakımından güvenlik içerisinde yaşamalarını sağlamayı amaç edinmiştir. Genel olarak kişilerin bu eylem nedeniyle tehlike altında kalmaları yeterli görülmüştür.

Suçun faili akıl hastası üzerinde bakım ve gözetim yükümlülüğü olan kişidir. Bu sebeple böyle bir yükümlülüğü olmayan kişi bu suçun faili de olamaz.

Akıl hastasına bakım ve gözetimle yükümlü kişiler kimlerdir? Örnek olarak ev başkanı sayılabilir. Medeni Kanun 367. maddesinde ev başkanı evi yönetme yetkisine Kanun, sözleşme veya örf ve adet gereği sahip olan kişi olarak tarif edilmiştir. Ev başkanı ev halkından akıl hastası olan kişinin kendilerini ya da başkalarını tehlikeye veya zarara düşürmemesi için gerekli önlemleri almakla yükümlü tutulmuştur. Zorunluluk varsa gerekli önlemlerin alınmasını yetkili makamlardan da isteyebilir.

Ev başkanlığını velayet veya vesayet nedeniyle sorumlu olma veya kan bağı zorunluluğu gibi değerlendirmek doğru değildir. Aynı çatı altında yaşama dolayısıyla ev idaresinden sorumlu olan kişi olarak tarif etmek daha doğru olacaktır.

Akıl hastasının bakım ve gözetimi evde yapılabileceği gibi bununla ilgili kurumlarda da sağlanabilir; örneğin, yataklı tedavi kurumları. Bu durumda da kurumun yöneticileri veya fiilen bu kurumda akıl hastasının bakım ve gözetimiyle ilgili görevli kişiler suçun faili olabilirler.

Bakım ve gözetimden maksat nedir? Akıl hastasının barınma, yeme, içme, davranışlarını kontrol etme hareketleridir. Ayakta tedavi amacıyla

özel veya resmi sağlık kuruluşuna başvuran akıl hastasını muayene eden, ilaç öneren doktorun bu hastaya karşı bakım ve gözetim yükümlülüğü bulunmamaktadır. Ancak, TCK. 74. maddesine göre bir sağlık kuruluşunda gözlem altına alınan veya güvenlik tedbiri olarak yüksek güvenlikli bir sağlık kuruluşunda tutulan ya da psikiyatri kliniğinde tedavi amaçlı yatırılan hastanın bakım ve gözetim yükümlülüğü altında olduğundan, bakım ve gözetim yükümlülüğünü yerine getirmeyen hekim, idari personel veya hasta bakıcının sorumlu olması gerektiği kabul edilmelidir.

Suç ancak ihmali davranışla mümkündür. Bunun için failin somut olayda yapması gereken; yani yükümlü olduğu davranışı yapmadığının kanıtlanması gerekmektedir. Diğer bir deyişle, fail akıl hastasına karşı belirli bir davranışı yapma yükümlülüğü yoksa, zaten ihmali davranıştan da söz etmek mümkün değildir.

İhmal, gerekeni yapmama, gereken ilgiyi göstermeme, savsama anlamına gelir. Yükümlü olunan bir davranışın hiç ya da gereği gibi yapılmaması veya zamanında yapılmamasıdır. İhmali davranış kanun veya sözleşme uyarınca kişinin yerine getirmek zorunda olduğu aktif ve etkin bir davranışı yapmama, hareketsiz kalmak suretiyle gerçekleştirilir.

Bakım ve gözetimde her akıl hastası için farklı özen ve yükümlülükler gerekebilir. Toplum için tehlikeli olma riski fazla olan akıl hastasına daha fazla bakım gerekir. Bununla görevli olanın da daha yüksek oranda bakım ve gözetim göstermesi zorunludur. Şüphesiz bu durum her olayda özellik arz eder, ona göre değerlendirilmesi gerekir.

Bakım ve gözetimde ihmal suçun oluşması için yeterli olmayıp, ayrıca kanun koyucunun belirttiği şekilde bu ihmalin başkalarının hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından tehlikeli olması gerekmektedir. Örneğin, intihar eğilimli bir akıl hastasına bakmakla yükümlü bir hemşire hastayı bir süre yalnız bıraktığında bu ihmali davranış sonucunda hasta intihar etmişse, bu durumda hemşire sorumlu olacak mıdır? Burada kural, kıtas, toplum için tehlikelilik oluşmuş mudur? Oluşmadığı için bize göre bu durumda hemşirenin de bir sorumluluğu; yani bu suçun oluşması mümkün değildir. Şayet şartları mevcutsa, hemşire için görevi ihmal veya taksirle ölüme sebebiyet düşünülebilir.

Bu suç kasten işlenen bir suçtur, genel kast yeterlidir. Taksirle bu suçun işlenmesi mümkün değildir. İhmali bir davranışla taksirli davranışı da karıştırmamak gerekir birbirine. Örneğin, muhafaza altındaki bir akıl hastasının kapalı tutulması gereken odanın kapısını kilitlememe ihmali davranışı elektrik kesilmesiyle veya anahtarın bozulması gibi sebepler oluşmuşsa, olayda

ŞAHİN KURT

ihmal kastından bahsetmek mümkün değildir.

Bu suç şikâyeteye bağlı bir suç değildir. Re'sen soruşturma ve kovuşturma yapılması gerekmektedir.

Beni sabırla dinlediğiniz için teşekkür ediyor, saygılar sunuyorum. (Alkışlar)

OTURUM BAŞKANI- Çok teşekkür ediyoruz.

Bugünün son konuşmacısı Ankara Asliye Ceza Hâkimi Sayın Şahin Kurt Beyefendi çok güzel örneklerle de süslediği konuşmasıyla bizleri akıl hastalarına karşı güvenlik tedbirlerinin uygulanması ve karşılaşılan sorunlar konusunda bilgilendirdi. Çok teşekkür ediyoruz.

Değerli katılımcılar, değerli meslektaşlarımız, böylece her üç konuşmacımız konuşmasını tamamladı. Bana verilen programa göre 20 dakikalık bir soru-cevap bölümü var. Şu anda bana ulaştı. Yalnız, isimsiz olanın yazısı da çok ince, okumakta zorlanıyorum. Doktor Yakup Gökhan Doğramacı, siz misiniz? Sizden istirham etsem, ikisini cevaplandırmaya çalışıp bunu sona bıraksak ve bunu siz okusanız olur mu? Çünkü birinci sayfayı okumakta zorlandım.

OTURUM BAŞKANI- İlginç sorularınız var, soruların cevaplanması gerçekten aydınlatır dinleyenleri, o bakımdan sizden istirham edeyim, iki tane sorudan sonra siz lütfen bunu okuyun. Kime ... ettiğiniz de belli değil, birinci sayfayı okudum sadece. Lütfen onları bir açıklığa kavuşturursanız sevinirim.

Şimdi, Avukat İbrahim Türkay Bey Hocamız Profesör Doktor Murat Doğan Hocamız ve Hâkim Şahin Kurt Beyefendiye yönelik sorusunu yazmış. Sorusu şöyle: Hastaların suç ve terör örgütleri tarafından kullanılmasının önlenmesi ve üçüncü kişiye verilen zararların önlenmesi bakımından hâkim, vasi, sulh hukuk hâkiminin yükümlülükleri nelerdir? Kendilerine gelen olayları ihbar etmeleri gerekir mi? Örneğin, çocuklar bakımından özellikle, ... eylemlerde de gördüğümüz gibi Anıtkabir’de Atatürk’ün hatırasına karşı yapılan saygısızlıklar ya da camilerde inanç gruplarına karşı suç sayılan saygısız eylemler ve intihar ve katliam eylemlerine yönelik sürüklenmeleri bakımından uygulamada çıkan sorunlarda sorumluluk nedir, nasıl önlenbilir diye sormuş İbrahim Türkay Bey.

Hocam, aktarabildim mi acaba?

Prof. Dr. MURAT DOĞAN- Çok güzel aktardınız, teşekkür ediyorum. (Gülüşmeler)

Tabii, sorumluyu tespit edebilmek için olan olayın nasıl gerçekleştiğine, bizzat işleyen kişinin mi sorumlu olması gerektiği, yoksa gözetim ve denetim altında tutulduğundan onu gözetim ve denetim altında tutanların mı sorumlu olması gerektiğine bakmak lazım. Böyle bir durumda vasilerin gözetim ve denetim sorumluluğu var, bunu hepimiz biliyoruz. Bu konuda tedbir alınması gerekiyorsa ve bunu kendisi sağlayamıyorsa, bir 432. madde

bize özellikle akıl hastaları, akıl zayıfları bakımından söylemiştik, özgürlüğün koruma amacıyla kısıtlanmasını öngörüyor. Bu yola başvurusu lazım, ama bunun için vesayet makamından izin alınması gerekli. Ayrıca bunun dışında vasinin, eğer vesayet altında değil, velayet altındaysa ve çocuğun kendisine, ailesine veya çevresine zarar verme ihtimali varsa ailenin de böyle bir hakkı var; çocuğun kendilerinden alınarak bir yetiştirme yurduna veya korunma amacıyla başka bir yere yerleştirilmesini talep etme hakkı var. Kim ki bu görevini yerine getirmiyorsa tabii ki sorumluluk onda olacaktır. Hangi sorumluluk? Bu zarar gerçekleşmişse, bu yönlendirmeyle, kullanılmayla veya başka bir şekilde üçüncü kişilere zarar verilmişse bundan sorumlu olacaktır. Demin Hâkim Bey de bahsetti, aile başkanı sıfatıyla sorumluluk söz konusu olabilir veya özel olarak da vasi, velayet hakkına sahip olan kimse sıfatıyla da sorumlu olunabilir.

Bu çerçevede tabii şimdi, hadisenin iki tarafı var: Biz daha çok sorumluluk kısmıyla ilgileniyoruz, ama dikkat ettiyseniz, önleyici kısmından da söz ettim; yani daha böyle bir şey gerçekleşmeden yerleştirme bir önleme olarak görülüyor, koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması. Hatta demin bahsederken de söylemiştim, bizim Biyotıp Sözleşmesinden farklı olarak bizim kanun koyucu toplum için tehlike arz etme şartından da bahsediyor koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasında. Bunlar önleyici kısmı, ama buna rağmen gerekli tedbir alınmamışsa, tabii ki o zaman hem ilgililere karşı tazminat davası açmak mümkün olacaktır veya diğer azmettirenler varsa onlara karşı.

Bilmiyorum soruyu karşıladım mı?

OTURUM BAŞKANI- Sağ olun.

Buyurun ilave için.

ŞAHİN KURT- Sayın Başkanım, özellikle bir şeyi belirtmek isterim: Bu Türk Ceza Kanununun 175. maddesi konusu gündeme geldiğinde ben Avukat Hamit Beyle görüştüğümde dedim ki “ben 30 senelik yargıç olarak hiç karşılaşmadım bu suçla, bana hiç dava açılmadı bu suçla ilgili” diye şaşırdım da. Ben de varlığını bile az buçuk bilmiyordum bu konuda. Araştırmaya başladık. Ankara Adliyesinde bir araştırma yaptım. Binlerce dava açılan Türkiye’nin başkentinde Türk Ceza Kanunu 175. maddeyle ilgili açılmış bir dava bulamadım, yok. Türkiye çapında nedir durum bilemiyorum. Ben bununla kalmadım, Yargıtay safhasına geçtim ve Yargıtayda 8. Ceza Dairesi bu suçla bakıyor. Orada da bir araştırma yapıldı, ne yazık ki bilgisayar kayıtlarında bu suçla ilişkin bir kayıt bulamadılar. Yargıtay kararı aramak istedim. Ben o zaman şu sonuca vardım: Bu uygulanabilirliği pek

olmayan bir suç gibi geldi bana. Bunu da bir ilginç bir anı olarak belirtmek isterim sizlere.

OTURUM BAŞKANI- Sağ olun efendim, çok teşekkür ederiz. Bu son derece ilginç.

Hocam, sorular daha çok size. Ehliyetli olduğu kabul edilerek tedavisine başlanan bir psikiyatri hastasının tedavisinin devamında ehliyetini kaybetmesi söz konusu olur ve bu aşamada acil müdahale de gerekirse aynı hekimin yaptığı acil müdahaleyi varsayılan rızaya mı, yoksa vekâletsiz iş görmeye mi dayandırmalıyız? Avukat Halide Hanım sormuş bu soruyu.

Prof. Dr. MURAT DOĞAN- Şöyle cevap vereyim: Bu acil durum varsa Biyotıp Sözleşmesinde de, bizim yine kendi kanunlarımızda, Hasta Hakları Yönetmeliği'nde de, zaruretten de, hatta Medenî Kanun açısından da aynı şeyi söyleyebiliriz, bu müdahalenin yapılması gerekiyor, rıza aranmıyor. Bu varsayılan rızaya dayandırıyoruz, ama şöyle söyleyeyim: Orada hekimin davranışını hukuka uygun saymak için bunu söylüyoruz. Peki, sonrasında varsayılan rızayla hukuka uygun müdahale yapmış oluyorsunuz. Aranızdaki ilişki nedir? Vekâletsiz iş görmedir. Bundan dolayı da hekim ne isteyebilir? Mesela yaptığı masraflar, vesaire varsa bunlar karşılığında ücret isteyebilir, ayrıca da onu icra ederken de zarar vermişse, ihmali varsa, vesaire, bunlardan dolayı da yine sorumluluğu söz konusu olacaktır. İkisi birbirinden ayrı, ama nihayetinde birbirini tamamlayan müesseseler; varsayılan rıza hekimin davranışını hukuka uygun hale getiriyor, sonrasında hukuki ilişkiyi nitelendirirken de vekâletsiz iş görmedir diyoruz.

OTURUM BAŞKANI- Çok teşekkür ederim.

Hocam, gene size soru: Kamuda çalışan psikiyatrların hasta yoğunluğu sebebiyle ilaçsız tedavi yerine ilaçlı tedavisini tercih etmesini hasta tarafından ceza hukuku ve tazminat hukuku bakımından değerlendirir misiniz bedensel ve ruhsal zararlar sebebiyle?

Prof. Dr. MURAT DOĞAN- Ben ceza tarafını değerlendiremem, çok özür diliyorum.

OTURUM BAŞKANI- Onu o zaman Hâkim Beyden istirham edelim.

Prof. Dr. MURAT DOĞAN- Hâkim Beyden de olabilir, Yener Hoca olsaydı belki o da değerlendirebilirdi. Yener Hocanın konusuydu o bildiğim kadarıyla onun için söyledim. Tazminat sorumluluğu açısından yaklaşalım. Hekimin yükümlülüklerinden birinin teşhise en uygun tedaviyi seçmek olduğunu söyledik. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesine göre tedavi yöntemini seçme konusunda hekim yetkilidir, bu bir taraftan da hekimin

hakkıdır. Ama tabii ki tedavi yöntemini seçerken de özen yükümlülüğüne uygun davranmak zorundadır; yani hastasına birtakım pratik düşüncelerle daha uzun sürede tedavi edecek veya tam tedavi etmeyecek bir yöntem uygulandıysa öbürünü de bildiği halde, o zaman burada hekimin tabii ki özen yükümlülüğüne aykırı davrandığını söyleyebiliriz.

Şunu da ilave edeyim: Genel olarak hekimlerle, özel olarak da psikiyatristlerle ilgili olarak, diğer hekimlerle ilgili çok dava açıldığı için onlardan biliyoruz, dava sebepleri şunlara dayanıyor: Bir, aydınlatma yükümlülüğüne uyulmamış olması, ikincisi de özen yükümlülüğüne uyulmamış olması, hatta daha çok özen yükümlülüğüne aykırı davranıştan dolayı dava açıldığını da biliyoruz. Bu da o kapsama girer; yani uygun tedavinin seçilmemiş olması, özensizlik o kapsama girer. Hatta burada çok aşikâr bir şekilde ortaya çıkıyor ilaç tedavisi.

Hekimi mazur kılar mı? İş yoğunluğu, iş çokluğundan dolayı böyle bir yola başvurmuş olmak hekimi mazur kılar mı, bu iş çokluğunu mazeret olarak ileri sürebilir mi? Tabii ki biz ihmali tanımlarken ortalama bir hekimden söz ediyoruz. Ortalama bir psikiyatristin bildiği ve bilmesi gereken şeyler, aynı zamanda bulunduğu yer, çalıştığı şartların da ortalama bir hekim alınarak karşılaştırması ve onun davranışından sapma gösteriyorsa ihmal olarak nitelendirilmesi gerekir diyoruz. Burada çalışma şartları da bu şekilde gerçekten ağırsa, o zaman birtakım ihmalin hafif olarak değerlendirilmesi tamamen kurtarmaz, onu açık söyleyeyim, tamamen onun ihmali olduğu anlamına gelmez, ama hafif ihmal olarak değerlendirilmesi gerekir.

Hekimler eğer vekâlet sözleşmesi kabul edersek aralarındaki ilişkiyi, ki öyle kabul ediyoruz, hafif ihmallerinin, en hafif ihmallerinden dahi sorumlu kabul ediliyor. Bu tazminatın miktarı açısından daha düşük olması sonucunu doğurur. Bu da eleştiriliyor. Bakın, bu şöyle, belki biraz uzatıyorum, ama affınıza sığınarak: Biz hekimlerin bu kadar üstüne gidersek nihayetinde onlar da mesleklerini icra ederken çekingen davranırlar, kendilerini riske atmazlar, bu da hastaların aleyhine olur. En hafif şeyden bile onları sorumlu tutmamak lazım diye. Ben bunu çok haksız bulmuyorum gerçekten bu hususta. Ama buna karşı ileri sürülen düşünce de şu: Hayatla ilgili, sağlıklı ilgili; yani insanın en temel değerleriyle ilgili bir iş icra ediyorlar ve ayrıcalıklı olarak, imtiyazlı olarak icra ediyorlar, herkes hekimlik yapamıyor. Bundan dolayı da en hafif ihmalden bile sorumlu olmalılar deniliyor. Ama ben bu hususta şu gözlemimi de aktarayım konuştuğumuz hekim arkadaşlarda: Son dönemde hak arama hususunda daha çok davayla karşılaştıklarını, gerek ceza soruşturmaları, gerekse tazminat davalarını, hatta kamu görevlisiye

disiplin soruşturmalarını ve bundan rahatsız olduklarını söylüyorlar, hatta diyorlar ki, “*arkadaş... ben de kendimi riske atmıyorum. Mesela çok net değil, sonuçta yazdığım şey tam çıkmazsa aleyhime olabilecekse ben de yuvarlak ifadeler kullanarak raporumu veriyorum*” dedi. Bu gerçekten deminki endişeyi doğrulayan bir durum. Biz hekimleri bu kadar hak arama neticesinde talepte bulunduğumuz zaman herhalde çekingen davranmaya sevk ediyoruz gibi ortasını bulmak biraz güç görünüyor.

OTURUM BAŞKANI- Teşekkür ediyorum Hocam, sağ olun.

Erhan Hocam, siz hem birinci soruya, hem de buna cezai sorumluluk bakımından ilave etmek istediğiniz bir şey var mı?

Doç. Dr. ERHAN TEMEL- Cezaî sorumluluk konusunda benim de söyleyeceğim fazla bir şey yok, ben de özel hukukçuyum. Murat Hocamın birinci soruya verdiği cevapta çok güzel özel hukuka ilişkin boyutunu icra etti, vasilik müessesesinden bahsetti: Kendisine veya toplumdaki diğer kimselerin hukukça korunan değerlerine zarar verme tehlikesi bulunması halinde neler yapılabilir boyutunda bir de işin kamu hukuku kısmı var, Türk hukukundan bahsediyorum. Burada yanlış hatırlamıyorsam belediye kanunlarında, köy kanunlarında bu gibi durumda olanların; yani akıl hastalarının kendisine zarar verme tehlikesi, toplumda bulunanların da hukukça korunan değerlerine zarar verme tehlikesi bulunan kimselerin bulundukları yerlerden alınarak akıl hastanelerine zorla götürülmesi ve burada tedavi altına alınması şeklindedir. Hüküm var hem Köy Kanununda, hem de belediyelerle ilgili mevzuatta. Burada bir mevzuat boşluğu var. Böyle bir durumda hastaneye sevk edilen hastanın kabul edilip edilmemesi tamamen psikiyatri hekimlerinin inisiyatifine bırakılmış. Eğer psikiyatri hekimleri “bu tehlike yoktur” şeklinde bir karar verirse hastayı tekrar serbest bırakıyorlar, değilse zoraki tedavi, zorunlu tedavi uygulamak durumundalar. Bu konuda Türk hukukunda büyük bir mevzuat boşluğu var. Bundan psikiyatr hekimleri de şikâyetçi. Teşekkür ederim.

OTURUM BAŞKANI- Biz teşekkür ederiz.

Hâkim Bey, eklemek istediğiniz bir husus var mı? Teşekkür ederim.

Murat Hocam, soru gene size: Sır saklama yükümlülüğünün tam kapsamı nedir? Örneğin, bir AIDS hastası hekimin karşısına geldiğinde toplum için bir zarar oluşması söz konusu olabilecekse, hekimin sır saklama yükümlülüğü devam edecek midir?

Prof. Dr. MURAT DOĞAN- Tabii ki devam etmeyecek. Bir kere şunu söyleyeyim: Umumi Hıfzısıhha Kanunu’nda bazı bulaşıcı hastalıklar sayılmış ve bunları hekimin tespit etmesi halinde ilgili kurumlara bilgi

verilmesi hekim açısından bir yükümlülük olarak öngörölmüş. Bunların arasında AIDS yoktur. Muhtemelen o Kanunun eskiliğinden kaynaklanıyor. O dönemde AIDS hastalığının henüz bilinmemesinden kaynaklanıyor, ama AIDS gibi hastalıkları da biz şuradan hareketle diyoruz ki “Üçüncü kişiler açısından tehlike arz ediyorsa hekimin yine bu hususta sır saklama yükümlölüğü ortadan kalkar, belki bir dahaki sefere bunu bir haber verme... Burada özellikle evliyse eşi bakımından bunun bildirilmesi, karşı tarafın bilgilendirilmesi şarttır. Psikiyatri hastalıklarda da demin ben birkaç örnek verdim. Orada da tespit etmesi halinde, üçüncü kişiler açısından tehlike doğuracaksa bunların ilgili kişilere, güvenlik güçlerine bildirilmesi gerekli, bir yükümlölüktür. Sır saklama yükümlölüğüne kalktığı haller var. Belki soru bu yönüyle haklıdır. Ben onlara vaktimin darlığından dolayı çok fazla değinmedim. İsterseniz kısaca da değinebiliriz, hatta bir suç işlendiğı tespit etmesi halinde hekimlerin çok eleştirdiğı bir hüküm Ceza Kanunundaki, bunu bildirme yükümlölüğü getirildi hekimler açısından. Yine aynı şekilde demin söylediğim Umumi Hıfzıssıhha Kanunundaki düzenleme var. Bunlar hekimin sır saklama yükümlölüğünü kaldırıyor. Bir diğör mesela sır saklama yükümlölüğü olmadığı hal, hekime karşı bir dava açmış, hastası tarafından açılmış ya da onun kanuni temsilcisi. Tazminat davası veya hekime karşı açılmış ceza davası. Burada hekim kendisini sorumluluktan kurtarabilmek için onunla gerekli olan kadar, kendisini sorumluluktan kurtaracak kadar olmak kaydıyla kendisine iletilen bilgileri ya da kendisinin tedavi dolayısıyla öğrendiğı bilgileri açıklama yetkisine sahiptir, bu hukuka uygundur veya kendisinin ücretini ödememiş hastası, ona karşı dava açmıştır. Burada da yine hekim o davada hakkını ispat edebilmesi için o sır saklama yükümlölüğü ortadan kalkacak, o çerçevede kalmak kaydıyla gerekli bilgileri açıklayabilecektir. Hekim bir ceza davasında tanıklık yapabilir, ama tanıklıktan çekilme hakkı vardır. İlla “ben zorunluyum” diyerek hastasının sırlarını açıklamaması da gerekmiyor.

OTURUM BAŞKANI- Çok teşekkür ederim.

Av. Cahid DOĞAN- Başkanım, Danıştay kararını ilave edeceğim.

OTURUM BAŞKANI- Tabii, buyurun.

Av. Cahid DOĞAN- Danıştay 10. Dairesinin 31.10.1996 Tarih ve Esas:1994/5314, Karar:1996/294 bir kararı vardır. *“Açılan bu dava sonucunda, İzmir 1 Nolu İdare Mahkemesince, davalı idarece olayın hastane görevlilerince basına intikal ettirilmediğinin savunulduğu, ancak davacının ismini, mesleğini bildirip, fotoğrafını çektilererek tüm yaşamında kendisinin aleyhine sonuçlar doğurabilecek biçimde AIDS hastalığı olduğunu basına*

duyurabileceği düşünölemeyeceği gibi, davalı idare savunması içeriğinde de olayın basın mensuplarına hastane görevlileri tarafından iletildiğinin açıkça belirtildiği, yanlış olarak konulan AIDS teşhisi henüz kesinleşmeden hastalığın basına sızdırılması olayında davalı idarenin hizmet kusuru bulunduğuş açık olup, davacının bu olay nedeniyle işsiz kalması sonucu uğradığı zararın tazmini gerektiği, ...karar verilmiştir.... Davalı idare tarafından, anılan idare mahkemesince verilen 4.5.1994 tarih ve E:1992/770, K:1994/557 sayılı kararın,.....basın mensuplarının özel olarak davacı hakkında bilgi verilmek için çağırılmasının söz konusu olmadığı, basın mensuplarının hastayı tespit ederek haberciliği yerinde ve olaya uygun kullanmadıkları bir yayının faaliyetinin sonuçlarından Bakanlığın sorumlu tutulamayacağı,ileri sürölerek temyizen incelenip bozulması istenilmektedir..... Bozulması istenen karar, usûl ve hukuka uygun olup dilekçede ileri sürölün temyiz sebepleri kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte görölmediğinden temyiz isteminin reddi ile bozulması istenen kararın onanmasına 31.1.1996 gününde oybirliği ile karar verildi.” diyerek hastanın mahremiyet hakkına ve Sağlık Bakanlığı personelinin (idarenin) sır saklama mükellefiyetine karar vermiştir.

Prof. Dr. MURAT DOĞAN- Tabii tabii, bunu ilan etmesi gerekmiyor.

Mesela demin söylemişim, birisini öldüreceğini söylüyorsa, birisinin malına zarar vereceğini söylüyorsa kişinin uyarması lazım, hatta bunu çok ciddi buluyorsa güvenlik güçlerine gerekli tedbirleri alması için de bildirmesi gerekir kanaatindeyim.

OTURUM BAŞKANI- Teşekkür ederim.

Hakim Bey, bu soru size. Yalnız, idari dava olarak sonucu bağlamış: Güvenlik tedbirlerine yeterince tabi tutulmayıp toplum içerisine salınan akıl hastasının eylemine yönelik olarak idare aleyhine tam yargı davası açılabilir mi?

ŞAHİN KURT- Efendim, ben bu konuda idari yargı olarak tatbikatını bilemediğim için yeterli bir açıklama yapmam mümkün değil. Ancak, açılabilir mi?

OTURUM BAŞKANI- Kararlar var. Tabii, genel hukuk sorumluluğuş çerçevesinde. İdarenin sorumluluğuş genel sorumluluk çerçevesinde.

Stajyer bir arkadaşımızın sorusu var bütün konuşmacılara diye: Kişinin fiziksel özellikleri kontrol edilmeden verilen bir ilacın tavsiyeye uygun kullanımı neticesinde bağımlılık yaratması durumunda ilacın derhal kesilmesi emrini veren doktorun bu isteğuş de yerine getirilmiş ve/fakat hasta baştakin-den daha fena bir duruma gelmişse, hekimin hukuki ve cezai sorumluluğuşna gidilebilir mi, bu durum güvenlik aydınlatması için de değerlendirilebilir mi?

ŞAHİN KURT- Güvenlik aydınlatması çerçevesinde tabii ki değerlendirilebilir. Bunun dışında otonomi aydınlatması çerçevesinde de değerlendirilir. Risk ilacın yan etkileri, ilaçla ilgili risk kavramı içerisinde değerlendirilebilir. “*Bu ilacı kullanırsam bağımlılık yapar, bağımlılık sonucunda da şu şu zararlar olur*” şeklinde hekimin aydınlatma yükümlülüğü, otonomi, karar aydınlatma yükümlülüğü var. Bu yükümlülüğü yerine getirmeyen hekimin sorumluluğuna başvurulabilir ortaya bir zarar çıkmışsa, ki bağımlılık bir zarar durumudur benim kanaatimce.

Bir de şu şekilde de düşünmek gerekir diyebiliriz: Hekimin fiziksel muayeneyi yeterince yapmaması da bir tedavi hatasıdır. Yeterince muayene etmeden verilen teşhis kararı, Türkiye’de malpraktis deniliyor zannedersen, yanlış teşhis, yanlış teşhisten dolayı da yanlış tedavi. Bu tedavi hatası anlamında da değerlendirilebilir. İki türlü; yani hem otonomi aydınlatmasının gereği gibi yerine getirilmemesi, hem de tedavi hatası olarak değerlendirilebilir ve dava açılabilir.

OTURUM BAŞKANI- Çok teşekkür ediyorum.

Son soruyu Murat Hocamız şu anda okumaya çalışıyor.

Prof. Dr. MURAT DOĞAN- Birinciye okudum. (Gülüşmeler)

Bu konuda biz genel bilgiye sahibiz. Bu Ceza Kanunuyla ilgili bir şey. Tedavi görmek isteyen, ancak suç işlemiş bulunan ruh sağlığı bozuk kişilerin ihbar yükümlülüğünün sınırı nedir? Mesela ensest ilişkiye giren bir babanın tedavi olmak amacıyla psikiyatriste gitmesi durumunda hekimin bildirim yükümlülüğü, sır saklama yükümlülüğü, ihbar ederse hastanın toplumsal statüsü sarsılacağından tedavisi oluşacaktır. 280. madde diye biliyorum Ceza Kanunu, orada suç işlendiğini tespit ederse hekimin bunu bildirmesi gerekiyor. Ama sınırları nedir bilemiyorum. Gerçekten benim alanım değil, konuşursam yanlış şeyler söylemiş olabilirim. O yüzden bunu yarın Hakan Hakeri Hocam ve Yener Ünver Hocam var, onlara bırakalım daha isabetli olur.

İkinci soruyu tam okuyamadım: Psikiyatrik hastalıklarda uluslararası kabul görmüş tanı kriterleri var, ancak tedavi süreçleri, hasta mahremiyeti hat safhada olduğundan teşhis, tedavi sürecinde ispat yükümlülüğü açısından...

KATILIMCI- Aslında psikiyatride çok kesin, net tanımlık kriterleri var, tanımlık teşhis kriterleri var, bunlarla ilgili de kodlar, vesaire, uluslararası birtakım şeyler var. Ancak tabii, psikiyatrik hastanın tedavi süreci çok uzun süreç, en az altı aydan başlar bence ... süreçler. Hekimin tabii bir ispat yükümlülüğü var olası hukuksal süreçler ... ama hekim öyle güçlü bir pozisyon... hekimin her zaman bir ispat ... var, ama psikiyatri hastalığının

özellikle daha da fazla ... sadece hekimin kendi kriterlerine kalmış bir şey. Hastayla baş başa zaten, başka bir ikinci, üçüncü şahıs bulunmuyor yanlarında birçok zaman, çünkü hasta mahremiyeti söz konusu. Tamamen hekimin inisiyatifine kalmış biraz da bu yazılı bir şekilde ispat... Tekelci bir durumda psikiyatr. Bu nasıl kırılabilir... çünkü kendi inisiyatifine göre değeri...

Prof. Dr. MURAT DOĞAN- Ben evet, konuşmamın başında söylemiştim, psikiyatristlere karşı davanın az açılmasında bu ispat gücünün etkisi var gerçekten, ondan kaynaklanan sorunlar var. Ama bu ispat sorunu sadece onlar için değil, genel bir sorundur. Ben maddi hukukçuyum, biz hakla ilgileniriz, hakkın korunmasıyla usul hukukçuları ilgilenir, ama biz hep söyleriz, hakkınızın olması yetmez, onu ispat edebilmeniz de lazım.

Hekimler bakımından şöyle bir şey söz konusu: Aslında burada sözleşmenin ihlal edildiğini, özen yükümlülüğüne aykırı davranıldığını, sır saklama yükümlülüğüne aykırı davranıldığını, bunları hasta ispat etmeli. Aslında aydınlatma yükümlülüğünü de yapılmadığını hasta ispat etmeli, ama Yargıtay diyor ki *“aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmediğini hekim ispat etmeli”*. Diğer bir şey de sözleşme ilişkisi kabul ettiğimiz için kusurlu olmadığını da hekim ispat etmeli; yani bu sözleşme ilişkisinden kaynaklanıyor, hastaya düşmüyor. Hekim kendisinin kusurlu olmadığını ispatla yükümlüdür. Bir şey daha, bu da hastanın lehinedir. Burada genel kabul var doktrinde de, içtihatlarda da bildiğim kadarıyla o yönde. İlk görünüş ispatı diye bir şey var; yani siz sözleşmenin ihlal edildiğini, hekimin yükümlülüklerini yerine getirmediğini ispat ederken bir tedavi yapıldığını, tedavi sonucunda iyileşemediğinizi, hatta mesela sakat kaldığınızı, kolunuz kırılmış, onu alçıya almışlar, ama eğri tutmuşsa mesela buna ilk görüş ispat diyoruz. Artık burada hastanın ispat edeceği bir şey yok. Bunun ikisi arasında uygun bir sebep-sonuç ilişkisi olduğunu ortaya koyması, ilk görüş itibarıyla, bu ancak bu tedavinin sonucunda olur, demek ki hatalı bir tedavi demeye yeterlidir. Hastanın çok fazla ispat edebileceği bir şey yok. Orada artık hekime düşüyor, hekim ispat edecek kendisinin kusurlu olmadığını. Bu psikiyatristler açısından da, psikiyatri hastalar açısından da böyle. Aslında orada da hekim eğer tedaviyle ilgili bir şeyse, iyileşememiş ya da daha kötüye gitmiş veya mesela ilaç süresi ayarlanamadığı için ilaca bağımlı hale dönüşmüş veya ilacın uzun süre kullanımından dolayı başka fiziksel veya ruhsal olumsuz etkiler ortaya çıkmışsa, bunları ayarlayamamışsa hekim orada kusursuzluğunu ispat etmelidir diyoruz.

Nasıl olacak bu? Onu da şöyle söyleyeyim: Bu konuda yine bir hekime gidiliyor bilirkişi olarak, o da yarınki konulardan biri, ama bu hakim yap-

cağı bir iş değil. Nihayetinde hekimin üzerine düşen yükümlülükleri yerine getirip getirmediğini başka bir hekim rapor edecek, ona göre denetlenecek.

Teşekkür ediyorum.

OTURUM BAŞKANI- Çok teşekkür ediyorum.

Değerli konuklarımız, Ankara Barosunun dördüncü Sağlık Hukuku Kurultayının birinci gününde ikinci oturumun sonuna geldik. Ben her üç değerli konuşmacımıza da çok teşekkür ediyorum.

Bir not var izin verirsiniz. Murat Hocam, son bir soru olarak geldi. (Gülüşmeler) Aile mahkemelerinin 4320 sayılı Yasaya göre mahkeme sadece karşı tarafın isteği üzerine şiddet uygulandığını iddia ettiği için eşin psikolojik muayene ve tedavisine karar veriyor. Şiddet ispat edilmese bile tedbir uygulanan kişi sağlıklıysa, verilen bu karara karşı tedbir isteyen kişiye yönelik tazminat talep edilebilir mi?

Genel çerçevede edilebilir.



III. OTURUM

IV. SAĞLIK HUKUKU KURULTAYI
24.09.2011, II. GÜN

DİŞ HEKİMLİLİĞİNDE HUKUKÎ SORUNLAR

SUNUCU- Saygıdeğer öğretim elemanları, Baromuzun değerli elemanları ve sevgili katılımcılar, iki gün, beş oturumdan oluşan Kurultayımızın ikinci gününe hoş geldiniz. Bugün üç oturum gerçekleştirilecek olup oturumlarda sırasıyla diş hekimliğinde hukuki sorunlar, sağlık sektöründe reklamın hukuki boyutları ve tıbbi bilirkişilik konuları değerlendirilecektir.

Bugünün “diş hekimliğinde hukuki sorunlar” konulu ilk Oturum Başkanı Avukat Sema Aksoy mazereti nedeniyle katılamayacak olup Oturum Başkanlığını Avukat Erol Yılmaz Aras’ın yapacağını bildirir, üçüncü oturumu açmak üzere Avukat Erol Beyi, değerli konuklarımız Yardımcı Doçent Doktor Hayrünnisa Özdemir’i, Doçent Doktor Ramazan Çağlayan’ı, Doktor Gamze Bulut’u ve Doktor Gül Ateş’i yerlerine davet ediyorum. (Alkışlar)

Av. EROL YILMAZ ARAS (Oturum Başkanı)- Değerli konuklarımız ve değerli meslektaşlarım, Sağlık Hukuk Kurulunun önderliğinde Ankara Barosunun Dördüncü Sağlık Hukuku Kurultayının ikinci günündeyiz, hepinize günaydın, iyi sabahlar diyoruz.

Aslında Oturum Başkanlığında Baromuzun Genel Sekreteri Sema Aksoy Hanımefendi olacaktı. Annesinin sağlık sorunu nedeniyle katılamadı, dün akşam bu onurlu görevi benim yapmamı arzu etti. Bu nedenle kendisini iyi dileklerle ve özürlerle öncelikle size aktararak Oturumu açıyorum.

Bugün beş tane konuşmacımız var. İlk sıra Sayın Ramazan Çağlayan Hocamızdaydı, yalnız, sunumdaki teknik bazı zorunluluklardan dolayı birinci konuşma sırasını Doktor Dentist Gamze Bulut Hanımefendiye diş hekiminin etik ve hukuk bağlamında sorumluluğu konusundaki sunumunu yapmak üzere sözü kendisine bırakıyorum. Buyurun Sayın Hocam.

DİŞHEKİMİNİN ETİK VE HUKUK BAĞLAMINDA SORUMLULUĞU

Dışhekimliği; insan sağlığına ilişkin olarak, dişlerin, diş etlerinin ve bunlarla doğrudan bağlantılı olan ağız ve çevre dokularının sağlığının korunması, hastalıklarının ve düzensizliklerinin teşhisi, tedavisi ve rehabilitasyonunun sağlandığı bir bilim dalıdır.

Dışhekimliği uygulamaları; fonksiyon, fonasyon ve estetiğin yarattığı problemler ve tedavi yöntemlerinin yanısıra; bazen vücudun diğer organlarında klinik belirti vermeyen hastalıkların ilk belirtilerinin, bazen de sistemik hastalıkların meydana getirdiği değişikliklerin en belirgin özellikleriyle ağız boşluğu ve çevre dokularda görülebilmesi nedeniyle vakaların tıbbın diğer branşları ile birlikte değerlendirilmesini zorunlu kılmaktadır.

Meslekler ya sanat kökenlidir ya da bilim. Dışhekimliği mesleği birçok vasfı bir arada taşıdığından hem sanat hem de bilim dalı olarak tanımlanabilir. Dışhekimisi bilim ve sanat çalışmalarında olması gereken yaratıcılık, üç boyutlu görebilme becerisi, el ve göz işbirliğini iyi bir şekilde sağlama yeteneği, renkleri ve aralarındaki ince farkları algılayabilme gücü ile sanatçı, elleri ve parmakları ustalıkla kullanabilme becerisi ile zanaatkâr, hastanın korkusunu giderdiği, dişlerden önce hastasının ruhuna dokunduğu için psikolog ve ağız ve diş hastalıklarını tedavi ettiği için hekimdir.

Dışhekimliği mesleğinin bilimsel yönü her hastayı ve hastalığı aynı biçimde ele alır. Oysa tıp alanında olduğu gibi dışhekimliğinde de hastalık yoktur, hasta vardır. Dışhekimliğinin sanat tarafı hastalar arasındaki bireysel, sosyal, kültürel, dinsel farklılıkların rehberliğinde bilim ve teknolojinin her

hastaya özgü, kişisel olacak şekilde uygulanmasını ifade etmektedir¹.

Mesleki uygulamalar sırasında alınan kararlar ve yapılan müdahaleler dişhekimine tıbbi etik, tıbbi deontoloji ve hukuk açısından da sorumluluklar yüklemektedir.

Hekimin mesleki uygulamaları esnasında benimsediği, uymak zorunda olduğu mesleki yükümlülükler bilgisi² olarak tanımladığımız tıbbi deontoloji kuralları; tıp ve hukukun kesişme noktasına düşen, yaratıcısı olan meslek topluluğu doğru saydığı için tartışılmayan, normatif kurallardır³.

Etik; seçeneklerinin doğruluğu karara bağlanmamış, açık uçlu sorunlardır. Haklarında hukuk ve deontoloji kuralları oluşmamış, normları oluşturulmamıştır.

Etik var olan kuralları da sorgulayabildiği, savunabildiği veya eleştirebildiği için deontoloji de kapsar ancak deontoloji bu sorgulamayı yapamaz. Deontolojide sorumluluk kavramı gündemdedir. Bu nedenle yürürlükteki yükümlülükler olarak da ifade edilebilir⁴.

Günümüzde tıp etkinliği içerisinde çok sayıda ilkeden söz edilmekle birlikte, tıp etiği alanında evrensel nitelikte benimsenmiş ve uygulamalar sırasında dikkate alınan dört temel etik ilke kabul görmektedir. İnsan onurunun korunması genel başlığı altında da inceleyebileceğimiz; Zarar vermeme, Yararlı olma, Özerkliğe saygı, Adalet ilkelerinin aynı zamanda hukukun evrensel ilkeleri ile de örtüştüğü söylenebilir⁵.

Dişhekimliği etiği, evrensel nitelikteki bu ilkelerin dişhekimliği uygulamalarında hayata geçirilmesi ve “etik eylemlere rehberlik eden temel değerler” olarak ifade edilen dişhekimliğine özgü değerleri kapsamaktadır⁶. Bu değerler arasında hasta korkusunun yenilmesi dişhekiminin başlıca görevi olmalıdır.

Keza Dünya Sağlık Örgütü’nün ağız sağlığı tanımı; “Ağız ve diş yapılarının sağlam ve iyi fonksiyon gösterir halde olmasının yanısıra dişhekim korku ve kaygısının bulunmama durumu” şeklinde yapılmıştır⁷.

İdealist yaklaşımlar uygulanmış olsa bile korku duygusu dişhekimliği alanının negatif bir unsuru olarak karşımıza çıkmaktadır.

1 KADIOĞLU Funda Gülay; “Dişhekimliği Etiğine Genel Bakış”, Hacettepe Tıp Dergisi 2009, S. 40, s.124 s.120-124

2 ÇOBANOĞLU Nesrin; Kurumsal ve Uygulamalı Tıp Etiği, Ankara 2009, s. 3

3 METİN Seytap; Biyo-Tıp Etiği ve Hukuk, İstanbul 2010, s.6

4 ÇOBANOĞLU, s. 25

5 BAŞALP Nilgün; “İlaç Endüstrisinde Etik İlkeler, Hekim ve İlaç Endüstrisi Arasındaki Etkileşimin Hukuki Boyutları”, Sağlık Alanında Etik ve Hukuk Uluslararası Sempozyumu 17-19 Nisan 2008, s. 62

6 KADIOĞLU, s.121

7 AKYÜZ Serap/KUŞÇU Özgür Önder/ AKGÖZ Sema/ ERDEMİR Ayşegül Demirhan/ATICI Elif; “Dişhekimliğinde Korku ve Korkuya Etik Yaklaşım”, Türkiye Klinikleri J Med Ethics 2005, S. 13, s. 27 s.26-33

En çok bilinen korkular doğrudan dental veya medikal ortamdan edinilen travmatik deneyimlerdir. Deneyim gerçek olabileceği gibi hasta tarafından görülen bir tehlike de olabilir. Yıllar önce başka bir cerrahi alanda yaşanmış olay veya eski hekimin davranış biçimi korku ve nefret gelişmiş olmasına neden olabilir. Korkular aile üyeleri, arkadaşlar gibi başkalarının yaşantılarına ait olabileceği gibi medyadan indirekt olarak da öğrenilebilir⁸.

Yapılan araştırmalar hastaların dişhekimini hem korkulan, hem de korkulandan koruyan olarak görebildiklerini göstermektedir. Bu yüzden dişhekiminin hastaya yaklaşımı, davranış biçimi, iletişim yeteneği bu algının belirlenmesinde oldukça önemli bir etkiye sahiptir⁹. Hastanın endişe ve korkularının azalabilmesi dişhekimine duyacağı güven duygusuyla sağlanacaktır.

Güven duygusunun kriterlerini tespit edebilmek güçtür; hekimin giyimi, konuşma ve davranış biçimi, çalışma disiplini, meslektaşlarıyla ilişkilerine kadar pek çok şey etkili olabildiği gibi, gerçek güven duygusu başarılı bir tedavi sonrasında da oluşabilir¹⁰.

Dişhekimlerinin büyük bir kısmı mesleklerini kendi muayenehanelerinde icra etmektedir. Her biri çalışma ortamlarını, çalışma felsefelerini, çalışma saatlerini, yardımcı personellerini, teknisyenlerini, kullandığı ekipmanları, malzeme tedarikçilerini, enfeksiyon kontrolünü, uygulayacakları tedavi hizmetlerini kendileri belirlediğinden güven faktörü ve emniyet ihtiyacının önemi bir adım daha öne çıkmaktadır.

Sözel ve davranışsal simgelerin önem taşıdığı hasta hekim ilişkisinde; doğru bir tanı koyma ve tedavi gerçekleştirmenin ilk adımı öncelikle doğru bir iletişim kurmak olmalıdır. İki yönlü olgu olan iletişimin temeli de iki yönlü olgu olan anlamaktır: Hastayı anlamak ve hasta tarafından anlaşılma¹¹.

İlk görüşme hastanın hekim hakkındaki düşüncelerinin şekillenmesi ve ilişkinin kalitesinin belirlenmesi açısından oldukça önemlidir. Edinilecek olumlu izlenimler; hekimin mesleki kararları, tedavi önerileri, tavsiye ve uyarılara daha kolay kabulü sağlayacaktır. Bu görüşme dişhekiminin mesleki yeterliliğinden ziyade hastanın duygularına yönelik olacağından hekimin davranış ve iletişim hünerlerinin göstermesi etkili olacaktır¹².

Dişhekimisi klinik uygulamalar sürecinde; hastasının teşhis ve tedavisine

8 ERDEMİR Ayşegül Demirhan ve ark.; Dişhekimliğinde Korku ve Etik, İstanbul 2008, s. 20

9 ERDEMİR Ayşegül Demirhan ve ark, s. 21

10 AYDIN Erdem; Tıp Etiğine Giriş, Ankara 2001, s. 75

11 BİLGEL Nazan; "Hasta Hekim İletişiminde Etik", Sağlık Alanında Etik ve Hukuk Uluslararası Sempozyumu 17-19 Nisan 2008, s. 107

12 AFŞİN Hüseyin (ed.); Dişhekimliğinde Anamnez, İstanbul 2006, s. 7

yönelik bir çok etik değerle yüklü kararlar vermektedir. Etik sorunların sıklıkla yaşandığı bu kararları¹³ kısaca gözden geçirelim.

Hastanın yaşamı ve genel sağlığı: Ağız ve genel vücut sağlığı arasında bağlantı kurmaya yeterince önem vermeyen dişhekimi ciddi bir mesleki kusur işlemiş olacaktır.

Dişhekimi hastasına özgü uzun dönemde etkili olabilecek **uygun ve ağrısız ağız fonksiyonu** sağlayabilmelidir. En bilinen değer ağrısız tedavi öncelikli olmalıdır.

Hastanın özerkliği'ne saygı duyulmasının dünya ölçeğinde kabul gören bir yaklaşım olduğu unutulmamalıdır.

Öğrenciliğin ilk günlerinden itibaren kazandırılmaya çalışılan çürük bir dişin kuron kaplama yerine dolgu ile tedavi edilmesi, çekim yerine kanal tedavisi önceliği gibi örneklendirebileceğimiz **uygulama öncelikleri** karar verme sürecinde daima göz önünde bulundurulmalıdır.

Estetik değerler: Teknolojinin dişhekimliğine olan güçlü ve hızlı entegrasyonu ve buna bağlı olarak hastalara sunulan tedavi seçeneklerinin ve bunun yanı sıra estetik beklentilerin artışı hekimlerin karar verme sürecini her geçen gün tıbbi karardan çok iş kararı olma yönüne değiştirmektedir. Alınacak kararlarda gereken özenin gösterilmemesi hekimlerin mesleki hatalarına yol açacaktır.

Uygun tedavi alternatiflerinin yanı sıra **tedavi bedeli** konusunda da hastaya gerekli bilgi verilmelidir.

Dış faktörler olarak ifade edebileceğimiz hasta ve hekimin sosyo-kültürel ve ekonomik durumları, değer sistemleri, hastanın bağlı bulunduğu sosyal güvenlik sistemi, hekimin çalıştığı kurumdaki sağlık hizmeti anlayışı, toplumun refah düzeyi, sosyal adalet, medya yönlendirmesi gibi belirleyiciler çoğu zaman dişhekiminin karar verme sürecini etkileyebilmektedir.

Dişhekiminin yasal sorumluluğuna geçmeden önce yapılacak olan müdahalenin hukuka uygunluk şartlarını gözden geçirmenin yararlı olduğunu düşünüyorum.

Anayasa'nın 17. maddesi gereğince; her kişinin, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı bulunmaktadır. Kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz, izni olmadan bilimsel tıbbi deneylere tabi tutulamaz.

Dişhekimlerinin yapmış oldukları tıbbi müdahaleler, kişinin bedenine doğrudan müdahale niteliğinde olduğundan, uygulamaların tıbbi müdahale olarak kabul edilebilmesi ve hukuka uygun sayılabilmesi için birtakım şartlar aranmaktadır. Bunlar; tıbbi müdahaleyi yapacak kişinin **dişhekimi**

olması, endikasyon, hastanın aydınlatılmış rızası ve özenli tıbbi müdahale olarak ele alınabilir.

DIŞHEKİMİNİN HUKUKİ SORUMLULUĞU NEDİR?

Dişhekimi ve hastası arasındaki ilişki; bazen bir sözleşmeye, bazen bir haksız fiile bazen de vekaletsiz iş görmeye dayanabilmektedir. Dişhekiminin yasalar karşısındaki sorumluluğun üç boyutu bulunmaktadır;

- Medeni Yasa açısından, tazminat sorumluluğu,
- Ceza Yasası açısından, cezai sorumluluğu,
- İdari yönden disiplin sorumluluğu.

Dişhekiminin yaptığı müdahalelerden sorumlu tutulabilmesi için kusurlu olması gerekir. Kusurlu olup olmadığı belirlenirken, bir hekimin sahip olması gereken ortalama bilgi birikimi, mesleki yetenek, tecrübe, fizik ve fikri güç dikkate alınarak, somut olaydaki hekim davranışının bu değerden sapma gösterip göstermediğine bakılmaktadır. Eğer sapma varsa kusur olarak nitelendirilir. Hekim ancak kusursuzluğunu ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir¹⁴.

Dişhekimliği uygulamalarında hastanın zarar görmesi;

- alet ve ekipman yetersizliğine bağlı olabilir,
- tedavi planlaması ve uygulanan tedavi doğrudur ancak bir komplikasyon oluşabilir,
- veya dişhekiminin yanlış karar ve hatalı uygulaması sonucunda hasta zarar görebilir.

Dişhekiminin sorumluluğunun doğabilmesi için;

- Dişhekiminin tıbbi müdahalede bulunmuş olması,
- Dişhekimi müdahalesinin hukuka aykırı olması,
- Dişhekiminin kusurunun olması,
- Dişhekimi müdahalesinden dolayı hastanın zarar görmüş olması,
- Müdahale ve zarar arasında bir ilişkinin olması (illiyet bağı) gerekir.

HEKİMLİK SÖZLEŞMESİ NEDİR?

Tedavi sözleşmesi ya da hekimlik sözleşmesi olarak adlandırılan dişhekimi- hasta ilişkisi, esas itibarıyla borçlar hukukuna tabi bir sözleşmedir. Ancak tedavi sözleşmesi, Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş bir sözleşme tipi olmadığından, taraflar arasında çıkabilecek bir uyuşmazlığın çözümünde hangi kuralların uygulanacağını tespit edilmesi önem taşımaktadır.

¹⁴ DOĞAN Murat; "Hukuki Sorumluluk Bakımından Hekimin Kusuru ve İspatı", Sağlık Hukuku Sempozyumu Erzincan 2006, Ankara 2007, s.54

DİŞHEKİMİNİN VEKALET SÖZLEŞMESİ NİTELİĞİNDEKİ SÖZLEŞMELER AÇISINDAN SORUMLULUĞU

Vekalet sözleşmesine göre; dişhekimi ile hasta arasındaki ilişki iş görme ilişkisidir. Sözleşme gereği hekim hastasını tedavi eder, iyileşmesi için bir hizmet verir, bunun için tıbbi müdahalelerde bulunur. Dişhekimi vekalet sözleşmesine göre iş yaparken, yöneldiği sonucun elde edilmesinden değil, sonuca gitmek için verdiği uğraşların özenle yapılmamasından sorumludur¹⁵.

Bunun dışında, konusu sadece tedavi olmayan ve özellikle dişhekimi tarafından bir sonucun taahhüt edildiği sözleşmelere ise eser sözleşmesi hükümlerinin uygulanmasının yerinde olduğu bildirilmektedir.

DİŞHEKİMİNİN ESER SÖZLEŞMESİ NİTELİĞİNDEKİ SÖZLEŞMELER AÇISINDAN SORUMLULUĞU

Estetik açıdan bedenlerinde kabul görececek değişimleri arzulamak insanlara özgü bir istem olarak karşımıza çıkmakta ve güzellik kaygısı zaman zaman insanları hekimler ile karşı karşıya bırakmaktadır¹⁶.

Dişhekiminin hastasına uyguladığı protetik, estetik restorasyonlar BK.'da düzenlenmiş bulunan eser sözleşmesi çerçevesinde kabul edilmektedir. Dişhekimi bazı durumlarda garanti verebilir veya hastası nasıl bir estetik görünüm istediğini önceden belirtebilir. Böyle bir durumda hastanın istediği sonuç gerçekleşmediği takdirde hekimin tazminat sorumluluğu söz konusu olabilecektir.

Sözleşmeye egemen olan amaç, bir şeyin meydana getirilmesi olduğundan, yüklenici eseri meydana getirmek ve onu teslim etmekle yükümlü olduğu gibi kullandığı malzemelerin seçimi ve kalitesi bakımından da sorumludur.

HEKİMLİK SÖZLEŞMESİNDE TARAFLARIN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Hekimlik sözleşmesi, hukuki bir ilişkinin tarafları olan hekim ve hastaya bir takım yükümlülükler getirmekte ve hekimin yükümlülükleri aynı zamanda hastaların da haklarını ifade etmektedir.

Temelinde iyileştirme amacına yönelik özel yardım bulunan hekimlik mesleğinin ilk amacı, insan yaşamını korumak ve devamını sağlamaktır. Bunula birlikte;

Kişisel Edim Yükümlülüğü

Anamnez Alma Yükümlülüğü

¹⁵ ATEŞ, s.13

¹⁶ ELÇİOĞLU ve ark., s. 94

Muayene Yükümlülüğü

Teşhis Koyma Yükümlülüğü

Uygun Tedaviyi Seçme Yükümlülüğü

Reçete Yazma Yükümlülüğü

Kayıt Tutma Yükümlülüğü

Sır Saklama Yükümlülüğü

Kimlik Tespiti Yapma Yükümlülüğü

Organizasyon Yükümlülüğü

Hekimin İhbar Yükümlülüğü

Mesleki Bilgilerini Geliştirme Yükümlülüğü

Tedavi Sonrası Yükümlülükleri dişhekimin yerine getirmekle mükellef olduğu başlıca edimleri arasındadır.

Dişhekiminin müdahalede bulunduğu kişi olarak tanımlanan hastanın da iki tarafa borç yükleyen hekimlik sözleşmesinde yükümlülükleri bulunmaktadır. Bunlar;

Kişisel Bilgi ve Belgeleri Doğru Olarak Verme Yükümlülüğü

Hekim Tarafından Verilen Talimatlara Uyma Yükümlülüğü

Teşhise Yönelik İncelemelere Uyma ve Bunlara Katlanma Yükümlülüğü

Hizmet Veren Kurumların Kurallarına Uyma Yükümlülüğü

Ücret Ödeme Yükümlülüğü olarak özetlenebilir.

Hekimlik sözleşmesi, sözleşmenin tarafları olan hasta ve hekim açısından hem haklar hem yükümlülükler doğurmaktadır. Hekimin yükümlülüğünün temelinde özen yükümlülüğü vardır. Diğer yükümlülüklerin çoğu bu temel yükümlülüğten çıkarılabilir. Hastanın yükümlülüğünün temelinde ise işbirliği yükümlülüğü vardır.

Sonuç olarak; dişhekimliği teorik ve pratik eğitimle kazanılan bir meslek olduğundan, yaşanılan gerek etik gerekse yasal sorunların nedenlerinin de öncelikle eğitimde aranması gerekmektedir.

Ağız sağlığını koruma ve sürdürmeye yönelik bir tıp alanı olan dişhekimliği eğitimi süresince yalnızca ders konularını özen ve dikkatle seçmek nitelikli bir eğitim için yeterli olmaz. Dişhekimliği öğrencilerine etik duyarlılık kazandırmak, yasal sorumlulukları konusunda gerekli bilgiye sahip olmalarının sağlanması önem taşımaktadır.

Bunun yanı sıra, hekim olma sürecinde, eğitim etiği açısından oldukça önemli olan nitelikli eğitim alma ve aydın kimliğinin oluşturulması hak-

larından da ayrıca söz etmek gereklidir¹⁷.

Klinik uygulamalarda mesleki sorumluluğa maruz kalmayı azaltmanın en önemli yolu hasta-hekim ilişkisinin gerektiği şekilde kurulmasını sağlamak olacaktır.

Hasta kayıtlarının düzenli tutulması, “Aydınlatılmış Onam” alınması, başlangıçta zaman alıcı bir süreç gibi algılansa da en az yapılacak tedavinin başarısı kadar önemlidir. Ancak aydınlatılmış onam uygulamalarının yerleşebilmesi için, öncelikle dişhekimlerinin konuyla ilgili etik ve yasal bilgilerinin yeterli olması ve konuya yaklaşımlarında duyarlı olmaları önem taşımaktadır.

Gerekli tedavinin zamanında, hem etik hem de hukuk açısından uygunluğunun sağlanması; yanlış uygulamalar, yanlış anlaşılmalara, yanlış beklentiler ve olası anlaşmazlık davalarının da önüne geçilmesini sağlayacaktır.

KAYNAKÇA

- AFŞİN Hüseyin (ed.); Dişhekimliğinde Anamnez, İstanbul 2006, s. 7
- AKYÜZ Serap/KUŞÇU Özgür Önder/AKGÖZ Sema/ ERDEMİR Ayşegül Demirhan/ATICI Elif; “Dişhekimliğinde Korku ve Korkuya Etik Yaklaşım”, Türkiye Klinikleri J Med Ethics 2005, S. 13, s. 26-33
- AYDIN Erdem; Tıp Etiğine Giriş, Ankara 2001, s. 75
- BAŞALP Nilgün; “İlaç Endüstrisinde Etik İlkeler, Hekim ve İlaç Endüstrisi Arasındaki Etkileşimin Hukuki Boyutları”, Sağlık Alanında Etik ve Hukuk Uluslararası Sempozyumu 17-19 Nisan 2008, s. 61-64
- BİLGEL Nazan; “ Hasta Hekim İletişiminde Etik”, Sağlık Alanında Etik ve Hukuk Uluslararası Sempozyumu 17-19 Nisan 2008, s. 107-116
- ÇOBANOĞLU Nesrin; Kurumsal ve Uygulamalı Tıp Etiği, Ankara 2009, s. 3
- DOĞAN Murat; “Hukuki Sorumluluk Bakımından Hekimin Kusuru ve İspatı”, Sağlık Hukuku Sempozyumu Erzincan 2006, Ankara 2007, s. 39-55
- ERDEMİR Ayşegül Demirhan ve ark.; Dişhekimliğinde Korku ve Etik, İstanbul 2008, s. 20
- KADIOĞLU Funda Gülay; “ Dişhekimliği Etiğine Genel Bakış”, Hacettepe Tıp Dergisi 2009, S. 40, s.120-124
- METİN Sevtap; Biyo-Tıp Etiği ve Hukuk, İstanbul 2010, s.6
- UZEL İlter; Yüzüncü Yılında Türk Diş Hekimliği Eğitimi’nin Eleştirisi, Adana 2009, s. 21

17 UZEL İlter; Yüzüncü Yılında Türk Diş Hekimliği Eğitimi’nin Eleştirisi, Adana 2009, s. 21

Uzm. Dr. Dt. GAMZE BULUT

Teşekkür ederim. (Alkışlar)

OTURUM BAŞKANI- Değerli konuşmacımız Sayın Gamze Bulut Hanımefendiye çok teşekkür ediyoruz.

Kendisi aynı zamanda Kadir Has Üniversitesinde meslektaş adayımız, meslektaşımız, hukuk öğrencisi, aldığımız bilgiye göre aynı zamanda kamu yönetimi eğitimi de almış, halkla ilişkiler de bunun yanında. Dün akşam kendisine ifade ettik, bu kadar büyük çalışmayı nasıl sığdırdınız diye. Çok teşekkür ediyorum Sayın Hocam.

Gerçekten bizim Sağlık Hukuku Kurulumuz çalışmaya katıldıktan sonra farkına vardık ki aslında itiraf etmek lazım, bu kadar ciddi, bu kadar önemli bir çalışma yaptığını eğer burada oturumda bulunmasaydım kendi adıma ayırtına varmış olmayacaktım. Dün de gerçekten çok birebir mesleğin içindeki konular işlendi. Baro olarak duyurusunda acaba yetersiz mi kaldık diye dün akşam Sayın Başkanla telefonla konuştuk. Bunun duyurusunun biraz daha iyi yapılması gerektiği konusunda ve sonuçlarının yayınlanmasında da şu anda bekleyen kitaplar gibi uzun bekletmeden hemen bu sunumların bir an önce meslektaşlarımıza iletilmesinde çok büyük fayda olduğu konusunda mutabık kaldık. Ben bir kez daha değerli Kurul Başkanımıza ve onun mesai arkadaşlarına Ankara Barosu adına şükranlarımı iletiyorum.

DIŞ HEKİMLİĞİ MESLEĞİNDEN DOĞAN İDARİ SORUMLULUK

GİRİŞ

İdare hukuku bakımından Devlet/İdare dediğimiz cihazın, toplumun ortak ihtiyaçlarını giderme bağlamında iki önemli görevi bulunmaktadır. Bunlar *kamu hizmeti* ve *kolluk faaliyetinden* oluşmaktadır. İdare bu faaliyetleri, kamu görevlisi (ajan) dediğimiz gerçek kişiler eliyle yürütmektedir. Başka bir ifade ile idare dediğimiz varlık, gerçekte olmayan fakat hukuken varsayılan kişilikten ibarettir. Bunlara hukuk dilinde kamu hukuku tüzel kişisi adını vermekteyiz. Bu bakımdan tüzel kişi olan idarenin işlem ve eylemleri, onun görevlileri olan gerçek kişiler eliyle somutlaşmaktadır.

Kamu hizmetleri yürütülürken kimi bazen hizmetin organizasyonundaki aksaklıktan, kimi zaman da o hizmetin görevlilerinin davranışlarından kişiler zarara maruz kalabilmektedirler. Bu zararların karşılanması bağlamında “sorumluluk” müessesesi gündeme gelmektedir.

Biz burada, dış hekimliği hizmetin yürütülmesinden kaynaklanan sorumluluklar üzerinde duracağız. Tabii dış hekimliği hizmeti hem özel teşebbüs hem de kamu tüzel kişileri tarafından sunulmaktadır. Kamu da devlet hastaneleri, üniversitelerin dış hekimliği fakültelerinde, diğer kamu tüzel kişilerinin sağlık kuruluşlarında bu hizmet sunulmaktadır. Özel teşebbüsün sunduğu dış hekimliği hizmetlerinde, özel hukuk hükümlerine göre hareket edilecektir. Kamu kesimince yürütülen faaliyetlerinde idare hukuku hükümleri geçerli olacaktır. Buna da idarî sorumluluk denilmektedir. İşte bu çalışmada dış hekimliği hizmetlerinde idarî sorumluluk üzerinde duracağız.

I. KAMU HİZMETİ KAVRAMI

“Kamu hizmeti” kavramı¹, kamu hukukunun özellikle idare hukukunun en temel kavramlarından birisi olmasına rağmen, tanımlanması oldukça zor bir alandır. Burada kamu hizmeti kavramının teorik tartışmalarına girmeden kısa bilgiler vermek istiyoruz.

Sosyolojik olarak ele aldığımızda kamu hizmetinin bazı temel öğelerinden bahsedebiliriz².

- a) Toplumda genel ve ortak bir ihtiyacın belirmesi.
- b) Bu ihtiyacın sürekli yani her zaman duyulan bir şekilde bulunması.
- c) Bu ortak ihtiyacın, özel hukuk kişilerin ya hiç karşılanmaması ya da yeterince karşılanmaması.
- d) Bu sürekli ihtiyacın karşılanmaması sebebiyle toplumda dirlik ve esenliğin bozulacağı varsayımıyla, Devletin bu alana el atarak, söz konusu ihtiyacın karşılanması için faaliyete girişmesi.

Bu özelliklere baktığımızda, aynı tür faaliyet Devlet tarafından yürütülüyorsa kamu hizmeti, özel hukuk kişileri tarafından yürütülüyorsa, özel teşebbüs, ticaret, sanat gibi kavramlarla isimlendirilmektedir.

O halde idare hukuku bakımından kamu hizmeti nedir? Başka bir şekilde sorarsak soruyu, bir ortak ve genel ihtiyacın karşılanması ne zaman kamu hizmeti niteliğine bürünür? Burada kuşkusuz siyasi otoritenin iradesi gündeme gelmektedir. Anayasa koyucu veya yasa koyucu, hangi ortak ihtiyaçların giderilmesini kamuya yüklemişse o kamu hizmetidir. Dolayısıyla, tabii hukuk kavramı olarak kamu hizmetini tanımlayamayız. Hangi faaliyetlerin kamu hizmeti sayılacağını belirleme yetkisi, o devletin siyasi otoritesinin elindedir³. Anayasa ve yasalar bir faaliyeti kamu hizmeti olarak belirlerse, o faaliyet kamu hizmetidir idare hukuku bakımından.

Anayasamızın 56. maddesinin 3. fıkrasına göre, “Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi arttırarak, işbirliğini geliştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler.” Aynı maddenin 4. fıkrasına göre ise, “Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal yardım kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir.”

181 Sayılı Sağlık Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun

1 Kamu hizmeti kavramı hakkında geniş bilgi için bkz. KARAHANOGULLARI Onur, Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuki Rejim), Ankara 2002.

2 ÖZAY İl Han, Günışığında Yönetim, İstanbul 2002, s.227.

3 GÜNDAY Metin, “Uluslararası Tahkim Alanında Türkiye’de Gerçekleştirilen Yasal Düzenlemeler”, <http://tcm.gov.tr/yeni/evds/yayin/kitaplar/kitap2/ulustahkmalan.doc>, 19 Mart 2003, s.184,196.

Hükmünde Kararnamenin 1. maddesi Sağlık Bakanlığının niçin kurulduğunu belirtmektedir.

“Bu Kanun Hükmünde Kararnamenin amacı, herkesin hayatının, beden ve ruh sağlığı içinde devamını sağlamak, ülkenin sağlık şartlarını düzeltmek, fertlerin ve cemiyetin sağlığına zarar veren amillerle mücadele etmek ve halka sağlık hizmetlerini ulaştırmak, sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermelerini temin etmek için Sağlık Bakanlığının kurulmasına, teşkilat ve görevlerine ilişkin esasları düzenlemektir”.

Görüldüğü üzere, sağlık hizmetlerinin bir kamu hizmeti olarak ele alınması gereği anayasada ifade edildikten sonra, 181 Sayılı KHK ile, sağlık bakanlığı teşkilatı kurulur ve sağlık hizmeti, bir kamu hizmeti olarak kabul edilip, devlet tüzel kişiliğinin görevleri arasına alınır ve bu işi yürütmek üzere de Sağlık Bakanlığı teşkilatlandırılır⁴.

Kamu hizmetlerinin yürütülüşünde de değişik yöntemler uygulanabilmektedir. Hizmeti üslenen idare, hizmeti bizzat kendisi, kendi elemanları ile yürütüyorsa buna “emanet usulü” denilmektedir.

İdare kamu hizmetini kendisi yürütmez ancak, kendi denetimi altında bir idari usullerle özel hukuk kişilerine gördürebilir. Bu durumda da “müşterek emanet”, “imtiyaz”, ruhsat(izin)” ve “iltizam” gibi usuller uygulanmaktadır.

Diş hekimliği hizmetleri de bu türden bir kamu hizmetidir. Bu kamu hizmeti, sağlık bakanlığı, diş hekimliği fakülteleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin sağlık birimlerinde sunulmaktadır.

II. İDARE HUKUKUNDA SORUMLULUK TÜRLERİ

Çok genel bir tanımlamayla sorumluluk; bir kişinin hukuka ve kanuna uymayan fiilinin, başkası hakkındaki zararlı neticesinden hesap vermeye

4 Sağlık Bakanlığının görevleri de KHK'nin 2. maddesinde belirtilmiştir.

Madde 2 - Sağlık Bakanlığının görevleri şunlardır: a) Herkesin hayatını beden, ruhen ve sosyal bakımdan tam iyilik hali içinde sürdürmesini sağlamak için fert ve toplum sağlığını korumak ve bu amaçla ülkeyi kapsayan plan ve programlar yapmak, uygulamak ve uygulatmak, her türlü tedbiri almak, gerekli teşkilatı kurmak ve kurdurmak, b) Bulaşıcı, salgın ve sosyal hastalıklarla savaşarak koruyucu, tedavi edici hekimlik ve rehabilitasyon hizmetlerini yapmak, c) Ana ve çocuk sağlığının korunması ve aile planlaması hizmetlerini yapmak, d) İlaç, uyuşturucu ve psikotrop maddelerin ve bunları üreten yerlerin sağlık açısından kontrol ve denetlemek; farmasötik ve tıbbi madde ve müstahzar üreten yerlerin, dağıtım yerlerinin açılış ve çalışmalarını esaslara bağlamak, denetlemek, e) Gerekli aşı, serum, kan ürünleri ve ilaçların üretimini yapmak, yaptırmak ve gerekirse ithalini sağlamak, f) Temel sorumluluk Sağlık Bakanlığına ait olmak üzere Tarım Orman ve Köyişleri Bakanlığı ve mahalli idarelerle işbirliği suretiyle gıda maddelerinin ve bunları üreten yerlerin sağlık açısından kontrol hizmetlerini yürütmek, g) Mahalli idareler ilgili diğer kuruluşlarla işbirliği suretiyle çevre sağlığını ilgilendiren gerekli tedbirleri almak ve aldurmak, h) Bulaşıcı, salgın insan hastalıklarına karşı kara hudut kapıları, deniz ve hava limanlarında koruyucu sağlık tedbirlerini almak, i) (Mülga: 24/1/1989 - KHK - 356/15 md.; Aynen kabul: 14/3/1991-3703/19 md.) j) Kanser, verem ve sıtma ile savaş hizmetlerini yürütmek ve bu alanda hizmet veren kurum ve kuruluşların çalışmalarının koordinasyonunu ve denetimini sağlamak, k) Bu görevlerin yerine getirilmesi için gerekli tesisleri kurmak ve işletmek, meslek personelini yetiştirmek, l) Sağlık hizmetleriyle ilgili olarak milletlerarası ve yurt içindeki kurum ve kuruluşlarla işbirliğinde bulunmak.

mecbur olması, zarar görenin hakkını elde edebilmek için, zarar verenin mal varlığına el konulmasıdır⁵. Kısaca “herkes neden olduğu zararları gidermek zorundadır” şeklinde ifade edilebilecek sorumluluk ilkesi, idare hukukunda da geniş bir alanı kapsamakta ve önemli bir yer işgal etmektedir⁶. İdare, kamu hizmeti ve kolluk gibi faaliyetlerini yerine getirirken, işlem ve eylemlerde bulunmakta, sözleşmeler yapmaktadır. Bireylerin bu faaliyetlerden zarar görmeleri her zaman ihtimal dâhilindedir. İdarenin yaptığı bu faaliyetlerden kişilerin zarar görmesi halinde, bu zararların karşılanması gereği, bu gün hiç bir uygar ülkede tartışma konusu değildir⁷.

İdarenin kamu gücüne dayanarak sahip olduğu yetkileri karşısında, bireylerin korunması gerektiği, hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir. Bu gün, kamu gücüne karşı, bireyin korunması için etkin bir denetim ve hukuki koruma alanı oluşturulmuştur⁸. Bu etkin denetim ve koruma, kimi ülkelerde adli mahkemeler tarafından yapılırken, ülkemiz gibi kimi ülkelerde ise ayrı bir idari yargı eliyle yapılmaktadır. Buna idari rejim denilmektedir.

İdari sorumluluğa, idari faaliyetlerin kişilere verdiği zararlar neden olur. Bu zarara sebep olan idare davranışları değişik şekilde ortaya çıkabilir. Söz konusu farklılıklar, idarenin sorumluluğunun yoğunluğundan, yetkili ve görevli yargı yerinin belirlenmesine, yargılama usulü ve tazminatın hesaplanmasından nedensellik bağının belirlenmesine kadar birçok konuyu etkilemektedir. Bu bağlamda, idarenin sorumluluğuna neden olan zarar, idari işlem, eylem, sözleşmeden doğabilir⁹. Bizim hukukumuzda da idarenin sorumluluğu kusurlu ve kusursuz sorumluluk olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.

Anayasanın 40/3 ve 129/5. maddeleri ile 657 sayılı kanunun 13. maddesine göre, kamu görevlilerinin görevlerini ifa ederken işledikleri kusurlardan meydana gelen zararlar için, kendilerine rücu edilmek kaydıyla, idareye karşı açılır. Bu hükümlere göre, kamu görevlilerinin hizmeti yürütürken verdikleri zararlar sebebiyle idare sorumludur. Buna hizmet kusuru denilir. Öte yandan aşağıda açıklanacağı gibi, bazı hallerde kamu görevlisine doğrudan dava açılması da mümkündür. Buna da kamu görevlisinin kişisel kusuru ve dolayısıyla kişisel sorumluluğu denir.

A. Kusur Sorumluluğu (Hizmet Kusuru)

İdarenin yürüttüğü kamu hizmeti faaliyetleri, bazı hallerde idarenin ku-

5 BAŞGİL Ali Fuat, “Devletin ve diğer amme hükmü şahıslarının mesuliyeti meselesi”, *AD*, 1940, s.598.

6 AZRAK, Sosyal Risk, s.135.

7 DURAN, Türkiye İdaresinin, s.11.

8 OZANSOY Cüneyt, *Tarihsel ve Kuramsal Açından İdarenin Kusurdan Doğan Sorumluluğu*, Arkara 1989, s.9 (Yayınlanmamış Doktora Tezi).

9 YAYLA, İdare Hukuku, s.140; ÖZGÜLDÜR, *age.*, s.41; GÖZÜBÜYÜK, Yönetmelik Yargı, s.294.

surlu sayılmasına yol açacak şekilde yetersiz bulunur. Bu durumda “*hizmet kusurundan*” söz edilir. Buradaki “kusur” kavramı, idare hukukuna özgü bir eksikliği ifade etmektedir¹⁰. Bir yasa kavramı olmayan “hizmet kusuru”, Fransa’dan “*faute de service*” kavramının karşılığı olarak aktarılmış, içtihat ve öğretiyi tarafından geliştirilmiştir¹¹.

Türk hukukunda hizmet kusuru, ajanların kişisel kusurunu dışta tutan, doğrudan idarenin sorumluluğunu ifade eden teknik bir terimdir¹². Kamu hizmetlerinin, durumun gerekleri ve ihtiyaca göre en uygun bir biçimde devamlı, istikrarlı bir tarzda, idare edilenlere sunulması, kişilerin bu hizmetlerden gereği gibi yararlanması idarenin görevidir. Bu görevin gereği gibi yerine getirilmemesi, hizmet kusuruna sebebiyet verir¹³. Hizmet kusurunu yaygın olarak, kamu hizmetinin kuruluş veya işleyişindeki eksiklik, aksaklık ve düzensizlik olarak tanımlanmaktadır¹⁴.

Aslında tüzel kişinin kusurlu davranışı olamaz. Kusurlu davranış, kamu tüzel kişinin personeli tarafından işlenir. Bu durumda hizmet kusurunu, “*kamu görevlisinin hizmetten ayrılamayan, hizmetle iç içe girmiş kusurlu davranışları*” olarak tanımlayabiliriz. Başka bir ifade ile hizmet kusuru, kamu görevlilerinin, yürüttükleri hizmetten ayrılamayan kusurlu davranışları olarak tanımlayabiliriz.

Hizmet Kusuru-Kişisel Kusur Ayırımı

Kamu görevlilerinin kusurlu davranışları neticesinde, üçüncü kişilerin bir zarara maruz kalması halinde şu sorular gündeme gelir¹⁵:

1) Zarar gören üçüncü kişi, kamu görevlisinin kişisel sorumluluğuna mı yoksa kamu görevlisini istihdam eden idarenin sorumluluğuna mı başvuracaktır?

2) Meydana gelen zarar, idare tarafından tazmin edilmiş ise, idare kusurlu olan kamu görevlisine rücu edebilecek midir?

3) Meydana gelen zarar, kamu görevlisi tarafından tazmin edilmiş ise, kamu görevlisi idareye rücu edebilecek midir?

“*Hizmet kusuru*: Kamu görevlilerinin, görevlerinin ifasından ayrılmaz nitelikteki kusurlarıdır.

Kişisel kusur: Kamu görevlilerinin, hizmetten ayrılabilir nitelikteki kusurlarıdır.

10 YAYLA, İdare Hukuku, s.147.

11 ÖZGÜLDÜR, *age.*, s.66; OZONSOY, Tarihsel ve Kuramsal, s.250.

12 SARICA Ragıp, “Hizmet kusuru ve karakterleri”, *İHFM*, 1949, c.XV, sy.4, s.859.

13 EROĞLU, *age.*, s.489; ÖZGÜLDÜR, *age.*, s.68.

14 YAYLA, İdare Hukuku, s.140; SARICA, Hizmet Kusuru, s.859; III/ONAR, *age.*, s.1695; ESİN, Esas, s.27; DURAN, Türkiye İdaresinin, s.27; ZABUNOĞLU, *age.*, s.240.

15 GÖZLER, *age.*, C.II, s.1024.

Buna göre, kamu görevlilerinin işlediği kusurlardan, görevlerinden ayrılmaz nitelikte olanları hizmet kursu, ayrılabilir niteliktekiler ise kişisel kusurlarını oluşturur. Dolayısıyla, hizmet kusuru teşkilat olarak idarenin işlediği kusur, kişisel kusur da kamu görevlisinin işlediği kusur değildir. Her ikisi de kamu görevlilerinin işlediği kusurdur. Ancak, görevin ifasından ayrılmaz nitelikte olanlar, hizmet kusurunu oluşturur.

Kamu görevlilerinin hangi kusurları, görevin ifasından ayrılmaz nitelikte olup hizmet kusuru oluşturur? Bu sorunun cevabı, tersinden yaklaşarak verilebilir. Aşağıda kişisel kusur kabul edilen halleri sayacağız. Kişisel kusur olmayan hallerde, hizmet kusuru vardır denilebilir.

Hizmet kusurunda idare sorumlu olur: Kamu görevlilerinin “hizmet kusuru” niteliğindeki kusurlarından dolayı, kamu görevlileri değil, idare sorumludur.

Kişisel kusur halinde, kamu görevlisi sorumlu olur: Kamu görevlilerinin, hizmetten ayrılabilir nitelikteki kusurlarının varlığında, kamu görevlisi kendisi de sorumlu olur.

*Hizmet kusuru-İdarî sorumluluk-İdare hukuku hükümleri-İdarî yargı.

*Kişisel kusur-kamu görevlisi sorumluluğu-özel hukuk hükümleri-adli yargı

“Kişisel kusur, kamu görevlilerinin, görevlerinin ifasından ayrılabilir nitelikte olan kusurlardır. Kamu görevlilerinin, hizmetten ayrılabilir nitelikteki kusurları üç değişik şekilde ortaya çıkabilir.

(a) Görevin dışındaki kusurlar (saf kişisel kusur): Kamu görevlisinin, görevinin tamamıyla dışında, özel hayatında işlediği kusurlar, kişisel kusurlardır¹⁶. Örneğin kamu görevlisi bir diş hekimi, evine koyduğu aletlerle, hafta sonunda bir kişi hakkında yaptığı dişçilik faaliyeti sonucunda zararlı neticeler ortaya çıkmış ise, bu zararlardan kişisel olarak sorumludur. Zira faaliyeti, kamu hizmetinin tamamen dışındadır. Bu konuyla idare hukuku hiç ilgilenmez. Tamamen özel hukuk kuralları uygulanır.

(b) Görevin içinde işlenmiş ağır kusurlar: Görevin içinde işlenmekle birlikte, fevkalâde ağır nitelikteki kusurlar da kişisel sorumluluğa neden olur¹⁷.

Kan gütme, kişisel menfaat temin etme, kin ve garezle hareket etme gibi kişisel saiklerle hareket edilmesi halleri, fevkalâde ağır kusur olarak nitelendirilmekte ve kamu görevlisinin kişisel sorumluluğu doğacağı kabul edilmektedir¹⁸. Örneğin bir diş hekiminin sırf zarar vermek kastıyla bir

16 GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, Bursa 2003, C.II, s.1026.

17 GÖZLER, age., C.II, s.1027.

18 GÖZLER, age., C.II, s.1027.

kişinin sağlam dişini çekmesi buna örnek oluşturabilir.

Kamu görevlilerinin davranışlarında, kişisel saiklerle olmasa bile, aşırıya kaçmaları da kişisel kusur sayılmaktadır. Örneğin kamu görevlilerinin sözlerinde aşırıya kaçmaları (hakaret, küfür, müstehcen ifadeler...); fizikî cebir kullanmaları (meşru olmayan kabalıklar, vurmalar, dövmele, itmeler...); görevi başında iken aşırı alkollü olmaları gibi durumlar, kamu görevlisinin kişisel sorumluluğuna yol açacağı kabul edilmektedir¹⁹.

Kamu görevlilerinin mazur görülemeyecek hata, ihmal ve tedbirsizlikleri de kişisel sorumluluğa yol açar²⁰. Örneğin diş hekimimin, fazla alkollü olarak mesleğinin icraya başlaması ve bundan da ağır zararlı neticelerin meydana gelmesi, mazur görülemeyecek hatadır.

(c) Görev dışında ama görev dolayısıyla işlenen kururlar: Kamu görevlilerinin görevinin dışında, ancak görevleri ile bağı tamamen kopuk olmayan, görev dolayısıyla işledikleri kusurlar da kişisel kusur olarak kabul edilir. Bu tür kişisel kusur, iki biçimde ortaya çıkabilmektedir. (1) Hizmetin ifası vesilesiyle işlenen kusurlar. Örneğin, askeri araç sürücüsünün belirlenen güzargâh dışın çıkarak kazaya sebebiyet vermesi halinde, kişisel kusur bulunmaktadır. (2) İdarenin kamu görevlisine verdiği araçlar ile işlenen kusurlar. Örneğin, polis memurunun, idarenin verdiği silahı evinde arkadaşlarına gösterirken ateşlemesi ve arkadaşının ölümü olayında, kusur hizmetin dışında fakat idarenin verdiği araçla işlenmiş olduğundan kişisel kusur vardır.

Türk öğretisi ve yargısı da şu halleri kişisel kusur olarak kabul etmektedir²¹:

(a) Hizmet dışı işlenen kusur: Ajanın zarar verici tutumunun, hizmetle hiç bir ilgisi yoksa, bu kişisel kusur oluşturur.

(b) Kasıtlı kusur: Kamu görevlisinin hizmetin içinde olmakla beraber, görevlinin düşmanlık, siyasi kin, rekabet gibi kötü niyetle kişiye zarar verme kastıyla hareket etmesi kasıtlı kusur olarak nitelendirilir, kişisel kusur oluşturur.

(c) Suç sayılan kusur: Kamu görevlisinin davranışının, ceza hukuku anlamında suç teşkil etmesi de kişisel kusur oluşturur.

(d) Ağır kusur: Görevlinin hizmeti yerine getirirken yaptığı ağır kusuru, zarar verme kastı olmasa bile, hizmet kusuru oluşturur. Burada söz konusu

19 GÖZLER, age., C.II, s.1027.

20 GÖZLER, age., C.II, s.1027.

21 Kişisel kusur konusunda bkz. GÖZLER, age., C.II, s.1026 vd; GÖZÜBÜYÜK/TAN, age., C.I, s.664 vd.; GÜRAN Sait, "Hekimin Faaliyetlerinden Dolayı Devletin Sorumluluğu", Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Ankara 12-13 Mart 1982, İstanbul 1983, s.79; BAŞ BEREKET Zuhul, "Görev kusuru ve Rücu Sorunu", Kamu Personeli Sorunları, İdare Hukuku Sempozyumu, Eskişehir 4-5 Nisan 2003, s.85; GİRİTLİ İsmet/BİLGİN Pertev/AKGÜNER Tayfun, İdare Hukuku, 2.Bası, İstanbul 2006, s.659.

olan mazur görülemeyecek hatalar ve aşırılıklardır.

Kamu görevlilerinin, tamamen hizmetin dışında, özel hayatında işlediği kusurlar (*saf kişisel kusurlar*) bakımından, idarenin herhangi bir sorumluluğu yoktur. Bu halde kamu görevlisi, özel hukuk hükümlerine göre sorumlu olur.

Diğer kişisel kusurlara gelince, bu konuda bazı tereddütler bulunmaktadır. 1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 13. maddesinde “*kişiler kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açarlar*” hükmü yer almaktadır.

1982 Anayasasının 40. maddesinde, “*kişinin, resmî görevliler tarafından vâki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir*” hükmü bulunmaktadır.

Yine anayasanın 129. maddesinde de, “*memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak ancak idare aleyhine açılabilir*” düzenlemesi yer almaktadır.

Bu hükümler ne anlama gelmektedir? Kişisel kusur nedeniyle kamu görevlilerine karşı dava açılmayacak mıdır? Bu soruların cevabına ilişkin görüşleri ikiye ayırabiliriz²².

(a) *Kişisel sorumluluk yoktur görüşü*: Bazı yazarlar bu hükümlerin, kamu görevlileri açısından kişisel kusur-hizmet kusuru ayırımı yapılmaksızın, davaların idareye karşı açılmasını ifade ettiğini ileri sürmektedirler²³. Bu yazarlara göre, söz konusu hükümler, kamu görevlileri açısından kişisel kusurlar için tam bir yargı bağımsızlığı getirmektedir. Kişisel kusurlar nedeniyle kamu görevlilerine karşı dava açılmaz. Ancak idare aleyhine açılabilir²⁴.

(b) *Kişisel sorumluluk devam etmektedir görüşü*: Bazı yazarlara göre ise, söz konusu hükümler, kamu görevlilerinin kişisel kusurları nedeniyle adli yargıda dava açılmasını engellememektedir²⁵. Bu hükümlerin kişisel kusurları

22 Bu konudaki tartışmalar için bkz. DURAN, Türk Kamu Personelinin, s.25 vd.; KANETİ Selim, “Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yetkilerini Kullanırken İşledikleri Kusurlardan Doğan Tazminat Davaları”, İktisat ve Maliye, 1989, c.36, sy.3; DURAN Lütfi, “Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu Sorunu”, AİD, c.17, 1984, sy.2, s.4; DEVRİM Semahettin, “Devlet Memurlarının Kişilere Vermiş Oldukları Zararlar”, ABD, 1985, c.42, sy.1, s.42; DUMAN İhsan İlker, “Kamu Görevlilerinin Giderim Sorumluluğu”, Yargıtay Dergisi, 1988, c.14, sy.1-2, s.91; GÜBAN Sait, “İdarenin ve Ajanın Sorumluluğunun Belirlenmesine İlişkin Düşünceler”, AİD, c.12, 1979, sy.1, s.56.

23 BALTA, Ders Notları, s.465; ULER, age., s.139; GİRİTLİ/BİLGİN, İdari Kaza, s.108-109; GÜNDAĞ, age., s.328.

24 DURAN, Mali Sorumluluk Sorunu, s.13-14; AKGÜNER Tayfun, Kamu Personeli Yönetimi, İstanbul 1988, s.465; EREN Fikret, Borçlar Hukuku Genel hükümler III, 4.Bası., Ankara 1991, s.176; ERKUT Celâl, “İ.Y.U.K. Çerçevesinde İdari Dava Türleri ve Bazı Usuli Değişiklikler”, İHFM, 1986, c.LI, sy.1-4, s.233; GÖZLER, age., C.II, s.1049.

25 ONAR, age., C.III, s.1203; YENİCE/ESİN, İdari yargılama usulü, s.322; GÖZÜBÜYÜK, Yönetmelik Yargı, s.326.

kapsamadığı, hizmetten ayrılabilen, hizmetin gereği sayılmayan, hizmetin amacına yönelmeyen davranışların kişisel kusur sayılacağı ve memurların bundan kişisel olarak sorumlu olacağı belirtilmektedir²⁶.

Sonuç olarak, kişisel sorumluluk halinde şu değerlendirmeyi yapabiliriz:

(1) Anayasa 129/5 ve 657 sayılı kanunun 13. maddeleri kapsamı içinde kalan kişisel kusurlar: Kamu görevlisinin kişisel kusuru, anayasa 129/5 ve 657 sayılı kanunun 13. maddeleri kapsamı içinde kalıyorsa, zarar gören davasını idareye karşı idarî yargıda açmak durumundadır. Kamu görevlisine karşı, adlî yargıda dava açamaz²⁷.

(2) Anayasa 129/5 ve 657 sayılı kanunun 13. maddeleri kapsamı dışında kalan kişisel kusurlar: Kamu görevlisinin kişisel kusuru, anayasa 129/5 ve 657 sayılı kanunun 13. maddeleri kapsamı dışında kalıyorsa (örneğin polisin işkence yapması, öğretmenın öğrenciyi dövmesi, kamu görevlisinin kişiye tecavüz etmesi... vs.), kamu görevlisinin kişisel kusuru ile idarenin hizmet kusuru birleşmekte olup, kamu görevlisi kişisel kusur, idare de hizmet kusuru sebebiyle sorumlu olur. Zarar gören dilerse kişisel kusur sebebiyle kamu görevlisine karşı adlî yargıda tazminat, dilerse hizmet kusuru sebebiyle idarî yargıda idare aleyhine tam yargı davası açabilir²⁸. İkisini birden açması mümkün değildir. Birisini tercih etmek zorundadır.

Gerek anayasanın 40 ve 129/5. maddelerine, gerekse 657 sayılı kanunun 13.maddesine göre, kişisel kusur ile hizmet kusurunun birleşmesi halinde, idare tazminat ödemek zorunda kalırsa, kişisel kusuru bulunan kamu görevlisine rücu edebilir. Hemen belirtelim ki, kişisel kusur yoksa, yani sadece hizmet kusuru varsa, idare kamu görevlisine rücu edemez²⁹.

B. Kusursuz Sorumluluk

Genel anlamda kusursuz sorumluluk (objektif sorumluluk), bir hukuk sujesinin hiçbir kusuru olmadığı halde, kendisi ile ilgisi kurulabilen bir zarardan sorumlu tutulabilmesidir³⁰.

İdare hukukunda “kusursuz sorumluluk idarenin hukuka uygun eylem ve işlemlerinden doğan zararları bazı durumlarda tazmin etmesi yükümlülüğüdür³¹. Başka bir ifadeyle, idarenin hiçbir kusuru olmasa da zarar görenin zararlarını karşılaması yükümlülüğüdür.

İdare hukukunda, kusursuz sorumlulukta “risk ilkesi” ve “kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi” olmak üzere iki ilke bulunmaktadır.

26 DURAN, Kamu Personelinin, s.50-51; DURAN, Türkiye İdaresinin, s.3.

27 GÖZLER, age., C.II, s.1056.

28 GÖZLER, age., C.II, s.1057.

29 GÖZLER, age., C.II, s.1066.

30 EŞİN, Esas, s.128.

31 GÖZLER, age., C.II, s.1071.

“İdarenin hiçbir kusuru olmasa bile, yürüttüğü tehlikeli faaliyetler veya kullandığı tehlikeli araçlar nedeniyle ortaya çıkan zararı tazmin etmekle yükümlü olması”na risk sorumluluğu denir³². Bu bağlamda sağlık hizmetleri, bünyesinde risk taşıyan bir faaliyettir. Yine tıbbî müdahaleler, tehlikeli yöntemler içinde yer almaktadır. Bulaşıcı hastalıklar (hepatit, AİDS gibi) bakımından tehlikeli durum içindedirler. Yine iş hekimleri mesleklerini icra ederken meslekî risk içindedirler.

IV. DIŞ HEKİMLİĞİ HİZMETLERİNDE İDARİ SORUMLULUK

Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi idare (Sağlık Bakanlığı, Üniversite, Belediye, İl Özel İdaresi...) dış hekimliği hizmetini ya kendisi yürütür (emanet usulü) ya da kendi denetimi altında özel hukuk kişilerine gördürür (ruhsat-izin usulü).

A- Özel hukuk kişilerinin yürüttüğü dış hekimliği hizmetlerinde idarenin sorumluluğu: Dış hekimliği hizmeti, özel hukuk kişileri tarafından yürütüldüğünde, hastalar ile bu özel sağlık kuruluşları ya da hekim arasındaki ilişki, özel hukuk ilişkisidir. Burada idarenin sorumluluğu, bu kişi ya da kuruluşlara izin vermede ve bunları denetlemede gündeme gelebilir. Nitekim Danıştay, idarenin denetim görevini yerine getirmemesi nedeniyle meydana gelen zararlardan, idarenin sorumlu olacağına karar vermektedir³³.

B- İdare tarafından yürütülen dış hekimliği hizmetlerinde idarenin sorumluluğu: Dış hekimliği hizmetleri, doğrudan kamu tüzel kişileri (sağlık bakanlığı, dış hekimliği fakülteleri...) tarafından yürütülüyorsa, hizmet kursu ve dış hekimlerinin kişisel sorumluluğu gündeme gelebilir.

1-Dış Hekimliği Hizmetlerinde Hizmet Kusuru

Dış hekimliği hizmetlerinde hizmet kusuru teşkil edebilecek durumları şu şekilde sıralayabiliriz.

a. Doğrudan Hizmetten Kaynaklanan Kusurlar

(a) Personel yetersizliği: Dış hekimliği hizmetinin beklenen seviyede yürütülmesine yetecek kadar personel bulunmamasından dolayı bir zarar meydana gelmiş ise, bu bir hizmet kusurudur ve idarenin sorumluluğuna yol açar.

(b) Mekan ve araç-gereç yetersizliği: Mekanın, araç gereçlerin yetersizliği sebebiyle zarar oluşması da bir hizmet kusurudur.

(c) Mekan ve araç gereçlerin hijyenik olmaması. Hijyen kurallarına uyulmaması sebebiyle oluşan zararlarda da hizmet kusuru oluşur.

b. Tıbbi Hatalardan Kaynaklanan Kusurlar

32 GÖZLER, age., C.II, s.1075.

33 Danıştay 10. Dairesi, E.94/3467, K.97/5311, DD.96, s.594.

Dış hekimliği hizmetlerinde idarenin hizmet kusuru esaslarınca sorumluluğu denildiğinde karşımıza “**tıbbi hata**” kavramı çıkmaktadır. Tıp literatüründe “tıbbi hata”, “hastaya zarar verebilen veya vermeyen sapmalar” olarak tanımlanmaktadır³⁴. Tıbbi hatalar, hizmet kusuru şeklinde karşımıza çıkar ve meydana gelen zararlardan idare sorumlu olur.

Tıbbi müdahale süreci, hastanın hekime başvurusu ile başlayan, teşhis, tedavi ve bakım ile devam eden, hastanın ölümü, tedaviden vazgeçmesi gibi durumlarda da son bulan bir süreçtir. Bu süreç içinde tıbbi hata olarak kabul edilen bazı durumları şu şekilde sıralayabiliriz³⁵.

(a)**İletişim eksiklikleri ve kayıt hataları:** Hasta ile hekim arasındaki ilişkinin beklenen düzeyde ve nitelikte olmaması nedeniyle bazı zararlar doğabilir. Örneğin, hekimin talimatlarını, yardımcıları yanlış anlayabilirler. Yine, hastanın beyanlarının yanlış anlaşılması, yaşıнын yanlış kayıt edilmesi nedeniyle, hatalı uygulamalar söz konusu olabilir.

(b)**Yetki sınırlarının aşılması:** Hekimin uzmanlık alanı dışında bir faaliyete girişmesi de tıbbi hata olarak nitelendirilir. Dış hekiminin uzmanlık alanı dışında bir tedaviye girişmesi, yetki sınırlarının aşılması anlamına gelir.

(c)**Aydınlatma ve rıza da yetersizlik:** Hastanın planlanan teşhis ve tedavi hakkında yeterince aydınlatılmaması ve buna bağlı olarak müdahale için rızasının hukuka uygun alınmaması, tıbbi hatadır. Örneğin, uygulanacak protezin durumu ve kullanım zorluklarının yeterince açıklanmaması, önerilen ilaç tedavisinin yan etkilerinin açıklanmaması bu türden kusurları ifade eder.

(d)**Tanı hataları:** Tıbbi verilere göre tanı konabilme imkânı varken, herhangi bir sebeple tanı konulamaması ya da yanlış tanı konulması da hizmet kusuru içinde yer alır.

(e)**Hatalı karar verilmesi:** Tıbbi müdahale yapılmasında hatalı karar verilmesi de tıbbi hata içinde mütalaa edilir. Örneğin cerrahi müdahale yapılmaması, yapılmasına göre daha elverişli iken, müdahale yapılmış olması hatalı karar verilmesi anlamına gelir.

(f)**Tıbbi müdahale sırasındaki hatalar:** Yanlış yerden müdahale yapılması, hastanın vücudunda yabancı cisim unutulması gibi durumlar da hizmet kursu oluşturur.

(g)**Terk etme ve özen eksikliği:** Gerekli tıbbi müdahalenin yapılmasına rağmen, gerekli kontrollerin yapılmaması ya da zamanında yapmaması, hastanın sağlık seyrinin düzenli takip edilmemesi, yine tıbben terk etmemesi

34 POLAT Oğuz, Tıbbi Uygulama Hataları, Ankara 2005, s.32.

35 POLAT, age., s.34-37; YASİN Melikşah, “Tıbbi Hatalardan İdarenin Sorumluluğu”, Sağlık Hukuku Sempozyumu, Marmara Üniversitesi 17.11.2006, s.246.

gerektiği halde hastanın yalnız bırakılması bu türden hatalardır.

2. Dış Hekimliği Personelinin Kişisel Sorumluluğu

Yukarıda ifade ettiğimiz gibi, bazı hallerde dış hekimliği personelinin kişisel sorumluluğu da gündeme gelir. Bu durumda meydana gelen zararlardan dış hekimliği personeli kişisel olarak sorumludur. Davalar ise adli yargıda, doğrudan dış hekimliği personeline karşı açılır.

Kişisel kusur sayılabilecek halleri de şu şekilde sıralayabiliriz³⁶:

a. Hizmet dışı işlenen kusur: Dış hekimliği personelinin, yürüttüğü hizmetin tamamen dışında bir faaliyette bulunması sonucu bir zarar meydana gelmesi durumunda, kamu görevlisinin tamamen kişisel sorumluluğu gündeme gelir. Örneğin bir dış hekiminin kendiliğinden, hem bilimsel çalışma yapmak hem de sağlık hizmeti sunmak için köylere ağız sağlığı taraması için gittiğini, bu arada da bazı tedavi faaliyetlerinde bulunduğunu düşünelim. Bu faaliyetler neticesinde bir zarar meydana gelir ise, bu zararlardan hekim kendisi sorumlu olur.

b. Kasıtlı kusur: Kamu görevlisinin hizmetin içinde olmakla beraber, görevlinin düşmanlık, siyasî kin, rekabet gibi kötü niyetle kişiye zarar verme kastıyla hareket etmesi kasıtlı kusur olarak nitelendirilir, kişisel kusur oluşturur. Örneğin, daha önce aralarında husumet bulunan bir kişinin kanamalı olarak acil servise gelmesi durumunda, hekim sırf aralarındaki husumet dolayısıyla müdahale etmez ise, kişisel kusur var demektir. Meydana gelecek zarar dan da şahsen sorumlu olacaktır.

c. Ağır kusur: Görevlinin hizmeti yerine getirirken yaptığı ağır kusuru, zarar verme kastı olmasa bile, hizmet kusuru oluşturur. Burada söz konusu olan mazur görülemeyecek hatalar ve aşırılıklardır. Örneğin dış hekiminin, görev yaparken aşırı derecede alkollü olması, deontoloji kuralları bakımından affedilemez nitelikteki kusurları ağır kusur olarak nitelendirilir.

d. Suç sayılan kusur: Kamu görevlisinin davranışının, ceza hukuku anlamında suç teşkil etmesi de kişisel kusur oluşturur. Dış hekimliği personelinin davranışı, ceza hukuku anlamında suç sayılacak nitelikte ise, kişisel sorumluluğu da gündeme gelir.

3. Dış Hekimliği Hizmetlerinde İdarenin Kusursuz Sorumluluğu

Dış hekimliği faaliyetleri de tehlikeli faaliyetler niteliğinde olduğundan, bu faaliyetler bakımından da idarenin kusursuz sorumluluğu gündeme gelebilir. Örneğin bulaşıcı hastalıklar (hepatit, AIDS gibi) bulaşması hallerinde, fevkalade tıbbi yöntemlerin kullanılmasında, dış hekimliği mesleğini icra eden kişilerin yakınlarının maruz kalabileceği riskler (hastadan kapılan

³⁶ GÖZÜBÜYÜK A. Şeref/TAN Turgut, İdare Hukuku-İdari Yargılama Hukuku, C.II, Ankara 1999, s.677.

bulaşıcı hastalığın, hekimin eşine bulaşması gibi) bakımından, idarenin kusursuz sorumluluğu gündeme gelebilir.

Burada son olarak 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 3.maddesindeki düzenlemeye değinmek istiyoruz. Bu hükme göre “*her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine yahut ölümüne bağlı maddi ve manevi zararların tazminine ilişkin davalara asliye hukuk mahkemeleri bakar*”.

Bu bağlamda dış hekimliği mesleği, insan vücudu üzerinde yapılan bir faaliyet olduğuna göre, idarî eylemden kaynaklanan vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesi, bazı hallerde de ölüm meydana gelmiş olacaktır. Bu durumda davalar adli yargıda görülecektir. Bu hüküm çerçevesinde bir sorumluluğun doğabilmesi için şu şartların gerçekleşmesi gerekir: a) Bir idarî eylem olmalı. b) Bu eylem kusurlu olmalıdır. c) Zarar meydana gelmiş olmalı. d) Zararla eylem arasında illiyet bağı bulunmalıdır.

Kanunda adli yargıda açılacak bu tazminat davalarının kime karşı açılacağı düzenlenmemiştir. Bu durumda anayasa 129 ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 13.maddesi hükümleri uygulanacak demektir. Adliyle mahkemeleri, idare hukukunda geliştirilen “hizmet kusuru” ilkelerine mi, yoksa özel hukuktaki “istihdam edenin sorumluluğu” ilkelerine göre mi uyuşmazlığı çözecektir? Bu durum yargı yerlerinin önünde önemli bir sorun olarak durmaktadır.

Son olarak şunu da ifade etmek gerekir. Vücut bütünlüğüne ilişkin olmayan, diğer hasta haklarına ilişkin ihlaller sebebiyle bir zarar meydana gelirse, bu zararlar bakımından idare hukuku ilkeleri uygulanır. Davalar da idarî yargıda açılır.

Evet, sabırla dinlediğiniz için teşekkür ederim. İdarenin sorumluluğu bakımından söyleyeceklerim bunlar arkadaşlar. (Alkışlar)

OTURUM BAŞKANI- Sağ olun Hocam, çok teşekkür ediyoruz.

Değerli misafirlerimiz, üçüncü konuşmacıdan sonra ara vereceğiz. Aslında başlarken Sayın Başkan soruları üçüncü konuşmadan sonra kısmi olarak alalım” demişti, ama yaptığımız değerlendirmede konuşmalar birbirine, daha doğrusu konular birbirine çok bağlantılı. En sonunda, beş konuşmacımızdan sonra eğer soruları alırsak daha sağlıklı olabilecek, daha doğrucu cevaplar bulabileceğimiz düşüncesiyle üçüncü konuşmacımızdan sonra soru-cevap bölümüne geçmeyip aradan sonraki iki konuşmacımızdan sonra soru-cevap bölümüne geçeceğiz.

Dr. Dt. GÜL ATEŞ

*Sağlık Bakanlığı Ankara Topraklık Ağız Ve Diş Sağlığı Merkezi
Başhekim Yardımcısı*

DİŞ HEKİMLİĞİNDE MALPRAKTİS

I. GİRİŞ

II. DİŞ HEKİMLİĞİ NEDİR

III. DİŞ HEKİMLİĞİNİN TEMEL DEĞERLERİ

Sağlık Uygulamalarında Profesyonellik Kavramı

IV. DİŞ HEKİMLİĞİNDE HASTA İLE İLETİŞİM

V. DİŞ HEKİMLİĞİ ETİĞİ

Diş Hekimliği Etiği İlkeleri

VI. DİŞ HEKİMLİĞİNDE BAKIM STANDARDI

VII. MALPRAKTİS KAVRAMI

VIII. MALPRAKTİS TANIMLAR

Malpraktisin Hukuksal Şartları

IX. MALPRAKTİS- KOMPLİKASYON AYRIMI

X. MALPRAKTİS KRİTERLERİ

Tıbbi Girişimin Hukuka Uygunluğunun Kriterleri

XI. MALPRAKTİS(MESLEK KUSURLARININ) TARİHÇESİ

XII. DİŞ HEKİMLİĞİNDE MESLEK KUSURLARI

1-Tanı(teşhis) Aşaması

2-Tedavi Planlaması Aşaması

3-Tedavi Aşaması

XIII. DIŞ HEKİMLİĞİNDE MALPRAKTİS NEDENLERİ

XIV. DIŞ HEKİMLİĞİNDE MALPRAKTİSE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

I. GİRİŞ

İnsanın doğuştan gelen ve en temel hakkı sağlık hakkıdır. Dünya Sağlık Örgütünün tanımına göre sağlık “sadece hastalık ve sakatlığın olmaması değil, kişinin fiziksel, ruhsal ve toplumsal tam bir iyilik halidir.

Ağız ve diş sağlığı ise dişlerin, oral yapıların ve tüm stomatognatik (çigirme) sistemin fonksiyonunun tam iyilik halidir. Sağlık ağızda başlar çünkü mikroorganizmaların ilk giriş yolu ağızdır.

Diş hekimliği tıbbın özel bir dalıdır. Yani tıbbın hem bilimsel hem de sanat yönünü ifade eder. Çünkü diş hekimliği el becerisi gerektirir ve hastalığın tedavisi yanında estetiği de içinde barındıran bir daldır.

Sosyo-kültürel yaşamdaki değişiklikler ve teknolojik gelişmelere bağlı olarak hastaların diş hekimlerinden beklentileri ve estetik talepleri artmıştır.

Diş Hekimliği tıbbın diğer dallarına göre eğitim, iş gücü, hizmet sunum şekli ve alanları, hastalık içerikleri, sosyal güvencelerin diş hekimliği tedavilerine yaklaşımı ve hepsinden daha önemlisi hastaların diş hekimliği ve genel sağlık ihtiyaçlarını algılama şekilleri oldukça farklıdır.

Diş hekimliğinde işlemler daha çok isteğe bağlıdır ve estetik beklentiler hekim ve hasta için farklıdır. Ayrıca tedaviler de gelişen teknolojiye paralel olarak eskiye göre daha pahalıdır. Dolayısıyla karar verme süreci tıptan daha farklı ve kapsamlıdır. Bu durum diş hekimleri ve hastalar arasındaki problemi daha da artırmakta ve diş hekimi-hasta arasındaki iletişim problemini daha da ön plana çıkarmaktadır.

Yıllarca toplum için özel olan doktor-hasta ilişkisine duyulan saygı günümüzde sağlık sisteminde çalışan tüm profesyonellerin hesap verme yükümlülüklerini sorgular hale gelmiştir. Sağlık sisteminin giderek daha pahalı hale gelmesi ve değişen sosyal değerler ve algı yüzünden tıp personelinin daha büyük bir hesap verme yükümlülüğü beklenmektedir.

Çağdaş hukuk, teşhis veya tedavi için bir araya gelen hastayı bir sözleşmenin tarafları olarak görür. Hekimin hastayı yasal nedenler dışında bırakamaması, tedavi sonunda bir ücrete hak kazanması, hekim ile hasta arasında bir sözleşme olduğunu gösterir. Bu sözleşme 3 türlü olabilir: iş-hizmet sözleşmesi, eser sözleşmesi, vekâlet sözleşmesi.

Diş hekimi dişlerin korunması ve tedavisi için çok çeşitli işlemler (dolgu, endodontik tedaviler, diş çekimi gibi cerrahi müdahaleler, periodontal, ortodontik tedaviler vb.) yapar. Konservatif, cerrahi, ortodontik ve perio-

dontolojik işlemlerde diş hekimi ile hasta arasındaki ilişki hizmet sözleşmesi şeklindedir. Diş eksikliğini gidermek için yapılan protezlerde ise bir eser sözleşmesi vardır. Ayrıca protezlerin üçüncü şahıslara yani laboratuvara yaptırıldığı düşünülürse burada istisnai sözleşmeden de bahsetmek mümkün olabilir. Hekim hasta ile ücret karşılığında anlaşmıştır ve eğer hatalı bir protez söz konusu ise telafi yükümlülüğünü yerine getirmek zorundadır.

Bazen hekim, bilim ve genel kabul görmüş tıp kurallarına, hukuka uygun davranmasına rağmen hastalarda zarar meydana gelebilir. Sağlık personelinin tıbbi uygulamadan doğan sorumluluğundan söz edebilmek için, eylemin hukuka aykırı olması ve bir zararın meydana gelmesi gerekmektedir. Yani sorumluluğu belirleyen kusurlu davranıştır.

Kusur, başka türlü davranma olasılığı varken ve zorunlu iken o şekilde davranmayıp sorumluluğun söz konusu olduğu olaydaki davranış olarak tanımlanmaktadır.

Kusur 2'ye ayrılır: Kast ve ihmal. Hukuka aykırı sonucun bilerek ve isteyerek yapılması kast, hukuka aykırı sonucu istememekle birlikte önlenmesi için gerekli tedbirlerin alınmaması, özenin gösterilmemesi ihmal olarak tanımlanmaktadır.

II. DİŞ HEKİMLİĞİ NEDİR

Diş hekimliğinin temel amacı, insanı ağız ve diş hastalıklarından korumak, kurtarmak, ağrılarını dindirmek ya da azaltmak ve bu şekilde onun yaşam kalitesini artırmaktır.^{1 2}

Kang³ (2002)'a göre diş hekimliği tıp ile aynı kaynaktan gelmesine rağmen aralarında belirgin farklılıklar vardır. Tıp doktorlarından, hastaların her açıdan iyi olmaları için uğraşmaları beklenirken, diş hekimlerinden müşterilerin istekleri ve beklentilerini yerine getirmesi beklenir.

Birçok açıdan tıp ve diş hekimliğinin amacı ve hedefi farklıdır.

Diş hekimliği mesleği kendine has bazı özellikleri sebebiyle hem bir bilim hem de sanat dalıdır.⁴

Bilim, ölçülebilen, gözlenebilen ve tekrarlanabilen olgularla ilgilenir. Diş hekimi de öğrendiği bilgilerle teşhis ve tedavi planı yapar ve bunları uygular. Ancak, tıpta ve diş hekimliğinde hastalık yoktur hasta vardır. Yani her hastalığın etkeni bilimsel açıdan aynı olsa da hastalığın ortaya çıkışı, seyri(prognoz), iyileşmesi hastadan hastaya değişir. Hastalar arasındaki birey-

1 Kadioğlu, Funda Gülay. Hacettepe Tıp Dergisi,2009, 40:120-124.

2 Göksel F.A. Deontoloji Repetitoryum 3. Baskı. Ankara. 1986.

3 Kang, S. A history and philosophy of bio-medical ethics seen from a dentist's point of view. Uisahak, 2002., 11(2):117-36.

4 Rule, JT., Veatch, RM. Ethical questions in Dentistry. 2. Ed. Quintessence Pub, 2004.

sel, kültürel, sosyal, dinsel farklılıklar ve diş hekiminin bunları göz önünde bulundurarak tedavi planı yapması mesleğin sanat yönünü açığa çıkarır.

Türkiye’de diş hekimi olabilmek için 5 yıllık eğitim veren diş hekimliği fakültelerinin birinden mezun olmak gerekiyor.

1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San’atlarının icrasına dair kanunun 2. kısım m:29’da belirtildiği şekilde “dişçilik sanatı, dişlerin ve diş etleri ile esnanın tedavisi ve dişlerin ikmal ve ıslahına ait ameliyelerin icrasına münhasırdır” tanımı yerine 21-12-2010 tarihli resmi gazetede yayınlanan 6088 sayılı kanun ile Tababet ve Şuabatı San’atları İcrasına Dair Kanunda yapılan değişiklik ile “Diş tabibi, insan sağlığına ilişkin olarak, dişlerin, diş etlerinin ve bunlarla doğrudan bağlantılı olan ağız ve çene dokularının sağlığının korunması, hastalıklarının ve düzensizliklerinin teşhisi ve tedavisi ve rehabilite edilmesi ile ilgili her türlü mesleki faaliyeti icra etmeye yetkilidir” şeklinde değiştirilmiştir.

Diş hekimi, buradan aldığı yetkiyle, eğitim, bilgi ve becerisine dayanarak aldığı kararlarla tedaviyi uygular. Bu aldığı kararlar, ona, tıp etiği, tıbbi deontoloji ve hukuk açısından bir takım sorumluluklar yükler.

Diş hekimi tedaviye karar verirken ya da uygularken sadece tıbbın gerektirdiklerini uygulaması bazen yetmeyebilir. Çünkü klinik diş hekimliği olgularının tıbbi boyutunun yanı sıra etik, ekonomik, hukuksal ve toplumsal, dinsel boyutları vardır. Diş hekiminden beklenen şey yetkin ve yeterli olması, hem tıbbi hem de öteki boyutlarını göz önünde bulundurarak hasta için en doğru kararı vermesidir.

III. DIŞ HEKİMLİĞİNİN TEMEL DEĞERLERİ

Her mesleğin uzmanlığının spesifik noktalarını belirleyen bir takım sınırlı değerler serisine ihtiyaç vardır. Tabii ki bir mesleğin hizmet sunduğu tüm kişiler için tüm iyilikleri sağlaması beklenemez. Buna rağmen o meslek için hizmet sunduğu kişilere karşı yerine getirmek zorunda oldukları temel değerler ve zorunluluklar vardır.⁵

Bu temel görevler ve zorunluluklar tespit edilir ve mesleğin pratik uygulamalarında temel değerler olarak kabul edilir.⁶

Diş hekimliği mesleği her ne kadar kendi moral değerleri olan özerk bir alan olsa da genel sağlık için uyulması gereken etik ve yasal sınırlar içerisinde değerlendirilmelidir.⁷

5 Ozar, D., Sokol, D.J., Dental Ethics at chairside. Washington D.C. Georgetown University Press, 2002

6 Ozar, D., Sokol, D.J. A.g.e

7 (Bridgman, A., Collier, A., Cunningham, J., Doyal, L., Gibbons, D., King, J., Teaching and assessing dental ethics and law in dental curriculum. BDJ, 1999 August 28. 187 (4): 217-219)

Diş hekimlerinin mesleki değerlerini, standart olarak diş hekimliği mesleğinin içeriği ve meslek odaları tarafından belirlenen etik kodlar oluşturmaktadır. Bununla birlikte oluşturulan bu temel değerler tek taraflıdır oysa meslekte hizmet verenler ve alanlar arasında sürekli gelişmekte olan bir diyalog söz konusudur. Bu gelişmelere paralel olarak da güncel uygulamalarda bu değerlerin yeniden ayrıntılı olarak irdelenmesi gerekir.⁸

Diş hekimliği mesleği pratiğine uygun bazı temel değerler vardır ve diş hekimi bunlara uymayı ve bir profesyonel olarak uygulamalarında bu değerleri uygulayacağını kabul eder.⁹

Diş hekimliğinin tıptan farklı bir takım etik değerleri vardır.¹⁰ Bunlar:

1- Hastanın hayatı ve genel sağlığı: Diş hekimlerinin teşhis ve tedavi kararlarında kesinlikle önem vermeleri gereken bir değerdir. Hastanın ağız sağlığı ile genel sağlığı arasında önemli bir bağlantı vardır ve diş hekimi kararlarında bunu göz önünde bulundurmak zorundadır.

2- Hastanın ağız sağlığı: Diş hekimlerinin yerine getirmek zorunda olduğu en beklenen değerdir. Ağız sağlığı çok kompleks bir bilinçtir. Uygun oral fonksiyon için genel standartlar olmakla birlikte her hastaya özgü doğru bir oral fonksiyon vardır. Hastanın kendine has ağız sağlığı birçok değişkenden etkilenebilir. Bunlar; hastanın yaşı, dişlerin gelişim süreci ve şekli, fonksiyonel ihtiyaçları vb. dir.

3- Hastanın özerkliği: Hastanın kendi değerleri, hedefleri, amaçları ve beklentilerine göre karar vermesidir. Burada aydınlatılmış onam çok önem kazanmaktadır. Hasta-hekim ilişkisinde interaktif model en ideal model olarak kabul edilmektedir. Hasta genel ve oral sağlığına uygun tedavilerden birini seçme hakkına sahiptir.

4- Diş hekiminin tercih ettiği uygulama şekli: Diş hekiminin teknik olarak tercih edebileceği çok sayıda uygulama seçeneği vardır. Kullanacağı el aletinden, seçtiği makinelere ve tercih ettiği çalışma felsefesine kadar çok sayıda doğru seçeneği olabilir. Diş hekimliği teknik olarak çok hızlı gelişen bir meslektir. Hekim karar verirken hasta için en uygun olanı düşünmenin yanı sıra kendi zamanı, emeği ve parasını da göz önünde bulundurarak en güvenilir değerlendirmeyi yapmak durumundadır.

5- Estetik değerler: Hekim, hastanın ağız sağlığının yanı sıra yüz görünüşüne de dikkat ederek tercih yapmalıdır. Diş hekimliğinde kabul

8 Nash, D.A., Ethics in dentistry: Review and critique of principals of ethics as a code of professional conduct. JADA, 1984a, 109(4): 597-603.

9 Nash, D.A., The ethics of profession in dental medicine. Health Matrix, 1984b, 2(2): 3-15.

10 Freukel, D.A., Lurie, Y., Responsibility and lialibity in health care: some differences between dentistry and medicine. Medical Law, 2002, 21 (3) : 605 – 15.

görmüş standartlar çerçevesinde yapması gerekenleri yapmalıdır. Aynı zamanda hastanın bu konudaki taleplerini de dikkate alarak karar vermelidir. Bu konu fonksiyondan çok estetikle ilgilidir.

6- Yeterli Kaynak: Diş hekimliği mesleğinde kaynak kullanımı çok önemlidir. Hekim hastasının durumunu iyileştirmek için uygun olan maksimum kaynağı kullanırken gereksiz kullanımdan ve israftan da kaçınmalıdır. Hekimin, harcanan emek, zaman ve materyal ile beraber gideri de kontrol etmesi doğru bir tutumdur.

Yukarıda sayılan bu temel değer sıralaması doğrudur. Çok nadir durumlarda birbiriyle yer değiştirebilse de genel olarak kullanılan sıralama bu olmalıdır.

Sağlık Uygulamalarında Profesyonellik Kavramı

Tıp mesleklerinde öne çıkan 4 özellik vardır: Buna göre; hekimlik çok üstün çalışma ve pratik gerektiren ayrıcalıklı bir uzmanlık alanıdır ve hekimden beklenen bu uzmanlık, bundan faydalanmak isteyenler için yüksek fayda sağlar. Bunun sonucunda hekim hastaların bakımı konusunda hem bireysel hem de sosyal olarak yüksek karar verme gücüne sahiptir (mesleki otonomi), Ayrıca hekimlerin, bireysel olarak, hekimler topluluğuna, tümüyle sağlık hizmeti talep edenlere ve topluma karşı özel mesleki zorunlulukları vardır.¹¹

Toplum doktorlara, avukatlara, din adamlarına temel insani ihtiyaçları için gereksinim duymaktadır. Onların bilgi ve becerisine gereksinim duyduğunda bu profesyonellere güvenmek durumundadır. Bu ilişki karşılıklı güven ve sadakat ilişkisidir ve bu güven ihlal edildiğinde ahlaki tartışmalar meydana gelir.¹²

Profesyonellik kavramında, hasta ve meslek arasındaki denge, güvene dayalı sadakatle tespit edilmektedir. Bazen hekim kendi çıkarları pahasına hizmet verdiği kişilerin yararı için fedakârlık yapabilir. Uzun eğitim yılları boyunca edindiği bilgi ve becerileri kendini adama, güvenilirlik, esneklik vs. adına kullanabilir. Profesyonel özerklik ve karar vermede özgürlük, toplumun hekimlere kendilerine güvenilen kimseler olarak verdikleri çok önemli bir ayrıcalıktır. Profesyonellik, doktorun iyileştirici güç olarak tüm potansiyelini kullanmasıdır. Bu ayrıcalık diğer meslekler tarafından paylaşılamaz. Bir kez doktor hastaların güven duydukları kişi oldu mu, hasta ile doktor arasında açık ya da örtülü (zımni) ahlaki kontrat sağlanmış olur.¹³

Doktor, hiçbir ödül karşılığı beklemeden hastalarına fedakârca hizmet

11 Ozar, D., Sokol, D.J., Dental Ethics at Chairside. London. Mosby, 1994, p.57.

12 Ersoy, N., Hasta- hekim ilişkisi. Kocaeli Üniv. Tıp Fakültesi Tıp Tarihi ve Deontoloji Anabilim Dalı Tıp Etiği Ders Notları. 2002

13 Beauchamp, G. The challenge of teaching professionalism. Annals academy of medicine, 2004, 33 (6): 697-705).

etmeyi taahhüt eder. Toplum da doktorun hastalarla ilgili verdiği özerk kararlara uyar. Bu özerklik, devletten, aileden ve hatta emsallerinden bağımsızdır. Toplum doktorlara güvenir. Çünkü toplumun güveni yoksa bir meslek var olamaz. Bu yüzden de bilgi ve ahlaki otoritelere dayalı olarak, toplum ve meslek arasında gerçek sosyal bir kontrat yapılır. Tıp mesleğinin herhangi bir diğer meslekten ayrıcalığı, hizmetinin esas gayesi olan insan sağlığının bütünlüğünün korunmasının başka herhangi bir çıkardan önce gelmesinde yatmaktadır.

Çağdaş Profesyonellik Kavramı; sorumluluk ve hesap verme yükümlülüğü arasındaki dengeyi ifade eder. Sağlık sisteminde toplum, hasta ve tıp profesyoneli arasında karmaşık bir etkileşim vardır.¹⁴

Ozar'a¹⁵ göre, sağlık sektöründe meslek tanımı yapmak; ticari, normatif ve yaşam stili olmak üzere 3 ayrı tıp modelini dikkate alan 3 ayrı soruya cevap vermekle mümkündür. Buna göre, tıp bir iş midir ve hekim hayatını kazanmak ve kâr sağlamak amacıyla mı pratiğini uygular, yoksa tıp birinin başkalarına sağlık bakımı vermek üzere davet edildiği bir hizmet midir, son olarak da tıp birinin özel ekspertiz ve profesyonel zorunlulukları yerine getirdiği fakat aslında bir sanatkâr ya da tamirci olmaktan farklı olmayan bir şey midir?

Profesyonellik kavramını tanımlarken tıbbın majör bileşenleri olan bir meslek olduğu hatırlanmalıdır.¹⁶

Tıpta ağır çalışma koşulları eskiden onur verici bir değer olarak kabul edilirdi. Bugün ise tıp mensupları, tıp pratiğini uygularken daha kaliteli bir yaşam istediklerini açıkça ifade etmektedirler. Yani bir başka deyişle, kişisel özveri olarak değerlendirilen eski profesyonellik kavramı yerini uyarlanmış bir fedakârlık yorumuna bırakmıştır. Post modern sağlık sistemi içinde klinikçilerin profesyonel sorumlulukları ve özel yaşamları arasında daha iyi bir denge kurmaları gerekmektedir.¹⁷

Diş hekimliği profesyonellik kavramı içinde değerlendirildiğinde tıptan daha farklı ve belli açılardan daha kapsamlı bir durum göstermektedir. Littleton'a¹⁸ göre tıp ve diş hekimliği; eğitimleri, çalışma gücü, hizmet şekli, hastalık içerikleri, hastaların tıbbi ve diş hekimliği tedavi ihtiyaçlarını algılama şekli ve finans sağlayan kurumların finansmanında farklılıkların

14 Beauchamp, G. A.g.e

15 Ozar, D., Sokol, D.J., Dental Ethics at Chairside. London. Mosby, 1994, p.57.

16 Aktan, Necla., Diş hekimlerinin aydınlatılmış onam hakkındaki bilgi, tutum ve deneyimlerinin incelenmesi. Kocaeli Üniversitesi sağlık bilimleri enstitüsü 2005 s:38.

17 Beauchamp, G., The Challenge of teaching professionalism. Annals academy of medicine. 2004, 33(6):697-705.

18 Littleton, P.A. Jr., Differences between the medical and dental health care sector. J Dent. Educ., 1979, 43(2):101-6.

bulunduğu iki ayrı meslektir. Özellikle diş hekimliğinin hızla gelişen teknolojiyle entegre olmasıyla, hastalara sunulan seçeneklerdeki artış, ayrıca estetik beklentilerin ve taleplerin de buna eşlik etmesi diş hekimlerinin verdikleri kararların yön değiştirmesine neden olmaktadır. Teknoloji sayesinde estetik ama aynı zamanda yüksek ücretli tedaviler diş hekimliği alanına girmiştir. Ayrıca diş hekimliğindeki hizmetlerin büyük çoğunluğu isteğe bağlı olması ve çoğu zaman da yaşamsal öneme sahip olmaması, diş hekimi-hasta ilişkisi içerisindeki karar verme sürecini tıp hekimi-hasta ilişkisinde olandan farklı yönlerle kaydırmaktadır. Mesleğin sanatsal ve iş yönü, tıpta olduğundan daha çok öne çıkmaktadır.¹⁹

Değişmekte olan sağlık sistemi içinde diş hekimliği tıp dâhil diğer mesleklerden oldukça farklı bir içeriğe sahiptir. Hem bir bilim hem de bir sanat dalı olan diş hekimliği mesleğinin büyük yüzdesini ticari işletme kısmı oluşturmaktadır. Bu ticari kısım oldukça kırılgan bir pazar ve stresli bir çalışma ortamını da beraberinde getirmektedir. Hal böyle olunca mesleği yönlendiren kurallar ve diş hekimlerinin aldıkları kararlar sadece tıbbi ya da sadece ticari kararlar olmayacaktır. İyi bir diş hekimliği sürdürebilmek için bu birbirine zıt etik prensipleri olan iki kutbun çok iyi bir şekilde harmanlanması gerekmektedir.²⁰

Diş hekimlerinin büyük kısmı mesleklerini büyük bir özerklik içinde özel muayenehanelerinde yapmaktadırlar. Çalışma ortamlarını, felsefelerini ve politikalarını, çalışma saatlerini, beraber çalışacakları kişileri, ekipmanları, hastalarını hatta uygulayacakları tedavi şekillerini de kendileri belirleyen profesyonellerdir.²¹ Mesleki rutinleri içinde karar verme sürecinde çok fazla teknik detay ve mali hesaplamalar yapmak durumunda kalırlar. Çünkü her bir tedavi şeklinin, hem tıbbi hem de ekonomik olarak kar zarar dengesinin yapılması gerekir. Çünkü uygulanan tedavilerde çok malzeme kullanılmaktadır. Bütün bu hesaplamalar içinde diş hekiminden aynı zamanda tıp etiğine uyması da beklenmektedir. Bütün bunların yanı sıra diş hekimi, bilgi, becerilerini sürdürmek adına eğitim, teknik destek, malzeme, ulaştırma, muayenehane işletmesi vb. hizmetlerini almak için tıbbi formasyonu olmayan iş adamlarıyla iş ilişkisi içerisinde ve bir iş adamı olarak piyasa kurallarına uymak zorundadır.²²

Konunun diğer boyutu ise diş hekimliğinde hastaların alternatifleri ye-

19 Williams, T., Celebrating our contributors: Convocation 2001. UPDATE. 17(3).

20 Wiebe, R.J., The new business ethics. J. Can. Dent. Assoc. 2000, 66:248-9.

21 Peltier, B., The ethical responsibility of Professional autonomy. Journal of the California Dental Association. Feature Article, 2001

22 Cannavina, C.D., Cannavina, G., Walsh, T.F., March 25. Effects of evidence based treatment and consent on Professional autonomy. BDJ, 2000, 188(6): 302-306.

terince değerlendirebilecek kapasitede olmamalarıdır. Bu durumda hekim hastaya güvenmek durumundadır. Diş hekimi hastasına temel bilgileri ve yapılacak uygulama hakkında kendi samimi fikrini söyleyerek hastanın doğru karar almasına yardımcı olur. Diş hekimi kararlarında hastanın çıkarlarını dikkate almalı, hasta da ona güvenmelidir. Hele ki acil bir durumda ağrı ile gelen hasta hekime olan sadakatini korur. Bu durumda hekim de bilgi ve becerisini hastanın lehine kullanır ve etik bir davranış sergiler. Diş hekimi etik davrandığı sürece mesleki otonomi sürdürülür ve zenginleştirilir.

Muayene ortamında bu mesleki otonomi ile çalışan diş hekimi bir taraftan özgür iken diğer taraftan sorumluluk yüklenir. Bu durum sıradan hekim-hasta ilişkisindeki güven faktörünü ve emniyet ihtiyacını diş hekimliğinde bir kat daha öne çıkarmaktadır. Ancak son yıllardaki gelişmeler toplumun sağlık mesleklerine güvenini sarsmış ve teknolojiyle beraber herkesin istediği bilgiye kolayca ulaşması, hastanın hekime teslimiyet dönemlerini geride bırakmıştır. Hastalar artık tedaviye karar verme sürecine aktif olarak katılmakta ve herhangi bir yanlış uygulamaya maruz kaldığında ise hekimden hesap sormaktadır. Yargıya intikallerin artmasıyla dikkatler sağlık çalışanlarına yönelmiş ve hastaların sağlık çalışanlarından beklentileri artmıştır. Artık birçok ülkede hekimlerin özerkliğini sorgulayan daha çok hastaların özerkliğini güvence altına alan yasalar çıkmaktadır.²³

Diş hekimliği halkın güvenini kazandığı ölçüde mesleki otonomisini sürdürebilir. Günümüzde diş hekimliği hizmeti almaya giden hasta tedavi olmanın yanı sıra teknoloji de satın almaya gider ve bunun bir bedelinin olacağı her iki taraf için de bilinmektedir. Hatta bazen tedavi değil sadece teknolojinin kullanıldığı estetik uygulamalar yapılır. Bu isteğe bağlı ancak hayati önemi olmayan işlemlerde başarısızlık durumu ise her iki taraf için de zarar anlamına gelir. Bazen diş hekimliğindeki başarısız tedaviler diğer tıp branşlarından daha çok tepkiler alabilir.

IV. DİŞ HEKİMLİĞİNDE HASTA İLE İLETİŞİM

Diş hekimine giden hastaların tıp hekimine gidenden daha çok anksiyeteye sahip olması muhtemeldir.²⁴

Hastalar açısından ağız bakımının gerek fiziksel gerekse psikolojik açıdan özel bir bölge olması, ağızdaki işlemlerin diğer cerrahi operasyondan farklı olarak bilinçli ve çoğunlukla kendilerinin de işleme katılmasıyla yapılması, diş ağrılarının katlanılamaz olması, teşhis koymanın çoğunlukla

23 Schouten, BC., Eijkman, MAJ., Hoogstraten, J., Dentist's and patient's communicative behaviour and their satisfaction with the dental encounter. *Communicative Dental Health*. 2003, 20:11-15.

24 Newton, J.T., Brennenman, D.L., Communication in dental setting scale (CDSS): Preliminary development of a measure to assess communication in dental settings. *British Journal of Health Psychology*, 1999, 4:277-284.

bir süreç gerektirmesi ve tedavilerin çoğunlukla uzun sürmesi, dış hekimliğin teknoloji ile yakından ilişkili olması nedeniyle çok fazla ekipman kullanılmasından dolayı anksiyete daha da artmaktadır.²⁵ Anksiyete, yaşamı tehdit eden ya da tehdit şeklinde algılanan içten veya dıştan kaynaklanan bir tehlike veya tehlikeli olarak yorumlanan bir durum karşısında, korku, endişe, gerginlik gibi sübjektif olarak hissedilen bir durumdur. Dış ile endişesi olanlarda iletişim kurmak ve işbirliği yapmak daha zordur. Tedavileri uzun sürer, randevularına gelmezler, ya da geç gelirler, Bu şekilde dış hekiminin planlı ve düzenli çalışmasını engellerler. Sonuçta da anksiyetenin de etkisiyle genellikle yapılan tedaviden memnun kalmazlar.²⁶

Dış hekimleri muayenehanelerine gelen hastaların anksiyeteleriyle başa çıkmak durumundadır aksi halde psikolojik durumu yok sayılan hasta tekrar gelmez.

Sağlık hizmetlerinin dağıtım, planlama ve finansmanında hasta, sigorta şirketi ve devletin söz sahibi olması nedeniyle tedaviye karar verirken her iki taraf da (hasta-hekim) klinik dışı birçok faktörden etkilenmektedir. Dış hekiminin kararı sadece arzu edilen tedavi sonucunu seçmek ve bunu elde etmek için uygulanmaz. Aynı zamanda idealden uzaklaşmamak ve-veya tedavi planı yaparken hastadan hastaya değişen modifikasyon yapmak adına uygulanır.

Hastaların tedaviyi kabul etmelerinde dış hekiminin kendilerine yaklaşımı, onlarla ilişki kurması oldukça önemlidir.

Davranış bilimcilere göre kişinin 15-46 cm çevresi mahrem alanıdır ve ancak büyük bir güvenle başkalarının bu alana girmesine izin verir. Kişiyi 15 cm'den yakın temas kişinin bilinçaltında saldırı ya da kaç reaksiyonu oluşturabilecek bir müdahale olarak kabul edilebilir. Kişinin bu mahrem alanında çalışan dış hekiminin yaptığı her şeyin pozitif bir iletişimin ve başarılı bir tedavinin ön koşulu olduğu kabul edilmektedir.²⁷

V. DIŞ HEKİMLİĞİ ETİĞİ

Dış hekimliği etiği, etik disiplinin kuramsal boyutunda varlık gösteren ilkelerin, kuralların ve değerlerin dış hekimliği uygulamalarında yaşama geçirilmesidir. Dış hekimlerinin mesleki uygulamalarında etik tutumlarını ve davranışlarını uygulamaları profesyonel duruşun bir gereğidir. Etik eylem somut biçimde ortaya konulmadıkça gerçek bir profesyonellikten

25 Pease, A., Body Language-Beden Dili. 3. Basım. İstanbul. Rota Yayınları, 1999.

26 Özdemir, A.K., Hilal, A., Çekin N., Taşveren, S., Dış Hekimliği Fakültesi Kliniklerinde Hasta. Dış Hekimliği Dergisi. 2003, 53:315-320.

27 Pease, A., Body Language-Beden Dili. 3. Basım. İstanbul. Rota Yayınları, 1999.

bahsedilemez.²⁸

Diş Hekimliği Etiği İlkeleri:

Hem biyomedikal etiğin zarar vermeme, yarar sağlama, adalet ve özerkliğe saygıdan oluşan dört temel ilkesini, hem de diş hekimliğine özgü olan ilkeleri kapsar.²⁹

Biyomedikal etiğin 4 temel ilkesi:

1- Zarar vermeme: Zarara sebebiyet verecek davranıştan kaçınma sorumluluğudur. Örneğin, diş hekimi kendi bilgi ve becerisinin hastanın tedavisinde yetersiz kalması durumunda hastayı bir uzmana yönlendirerek zarardan sakınmalıdır.

2- Yarar sağlama: Başkalarının iyiliğini isteme veya onlara yararlı olma ilkesidir. Yarar sağlama temelde hekimin hastaya iyi davranma sorumluluğudur. Her tanı ve tedavi yaklaşımının hastaya yararı olduğu kadar yan etkileri, ters etkileri de olabilir. Diş hekimleri olası yararları ve zararları dengelemeye çalışmalıdır.

3- Adalet: Adalet herkese hakça ve tarafsızca davranılmasıdır. Bu ilkenin içinde hem kaynakların adil dağılımı, hem de hastalar arasında ayırım yapılmaması vardır.

4- Özerklik: Karar verme yeterliliğine sahip bireyin, zorlama olmaksızın tedavisiyle ilgili kararı vermesidir. Bunun için de diş hekiminin hastasına tedavinin yararlarını ve zararlarını anlatması yani bilgilendirmesi gerekir. Bunun uygulamadaki örneği aydınlatılmış onamdır. Ayrıca diş hekiminin hastanın yararına olmadığına inandığı bir tedavi nedeniyle hastanın bakımını üstlenmeme hakkına sahip olması da hekimin özerkliğidir.

5- Şefkat: Hastanın genel sağlığı hakkında kaygılanmak, onunla özdeşleşebilmek, ağrısını anlayabilmek yani empati yapabilmek. Çünkü sabaha kadar ağrı çekmiş bir hastanın psikolojik olarak da çökmüş bir halde diş hekimine başvurması, hekimin göstereceği anlayışlı ve şefkatli bir davranışla hafifletilecektir.

6- Yeterli ve yetkin olma: Hastanın ağız sağlığı ile ilgili ihtiyaçlarını karşılamaya ya da onu uzmana yönlendirmeye muktedir olmasıdır. Diş hekimi sürekli öz değerlendirme yapmalı, yaşam boyu öğrenmeyi sürdürmelidir.

7- Dürüstlük: Diş hekiminin dürüst, moral değerlere ve insanlara saygılı biçimde davranmasıdır. Diş hekiminin dürüstlüğü sadece hastalarına karşı değil meslektaşlarına karşı da olmalıdır. Görülen bir eksiklik, ihmal

28 Kadioğlu, F.G. Kadioğlu S. Klinik uygulamalarda etik karar verme süreci. Erdemir A. Ve Ark. Editörler. Klinik Etik. Nobel Kitabevi, 2001, 44-46.

29 Chambers DW. A Primer on dental ethics: Part: I knowing about ethics. J. Am. Col of Dent. 2006; 73:38-48.

ya da kusuru bildirmemek dürüstlüğün ihlâlidir.

8- Ahlaki bütünlük: Ahlaki değerlerin sadece sözlerinde değil eylemlerinde de yaşama geçirilmesidir. Yani karşısındakiyle görüş ayrılığı içinde bile olsa mesleğinin temel değerlerini uygular. Mesleki ahlâki bütünlük, dış hekiminin mesleğini yüksek standartlara ulaştırmasına katkıda bulunur.

9- Profesyonellik: Kendi kendine karar verebilen ve ağız ve diş sağlığı hizmetlerinin yükselmesi için çaba gösterebilen ve topluma hizmet etme amacıyla olabilir.

10- Hoşgörü: Kültürel ve etnik farklılıklara aldırmadan sadece mesleğinin gerektirdiklerini yapabilmektir.

Hekimlerinin mesleki bilgi ve becerilerini geliştirmeye devam etmeleri zorunludur.

Diş hekimleri yeterliliklerini temel seviyenin altına düşürmemelidir.

Yeterlilik, kabul edilebilir standartta ve uygunlukta bir ağız ve diş sağlığı hizmeti sunulmasıdır. Fakat en iyi klinik imkânlar bile olsa, eğer teşhis ve tedavi planı doğru yapılmamışsa bir işe yaramaz.

Hekime insan sağlığı gibi çok yüksek bir değer emanet edilir. Bu yüzden hasta hekim ilişkisinde etik değerler çok önemlidir. İnsanlar arasındaki tüm ilişkilerde dürüstlük, özerklik, eşitlik, yararlılık, saygı gibi değerler önemli olduğu gibi hekim-hasta ilişkisinde de bu değerlere önem verilmelidir. Hekim her türlü tıbbi uygulamada bunları göz önünde bulundurmalıdır. Hekim ve hasta arasındaki ilişkiler doğrudan insan sağlığını ilgilendirdiği için oldukça önemlidir. Hekimin, teşhis ve tedavide hata yapma sınırı oldukça dardır. Hekimin, sağlıkla ilgili bir öneride bulunurken bile çok dikkat etmesi gerekir.

Hasta ile hekim arasındaki iletişim iki yönlü olmalıdır. Hekim hastasına şikâyetlerini anlatma fırsatı vermeli, hastaya açık sorular sormalı ve cevabı dikkatli bir biçimde dinlemelidir. Hekim, hastasının anlayabileceği bir dilde konuşmalı, tıbbi terimlerden mümkün olduğunca kaçınmalıdır. Hekim, sakın bir şekilde oturmalı, hastaya acelesi olmadığını ve onu dinleyebileceğini hissettirmelidir.

Geleneksel hekimlik uygulamalarında hekim, paternalistik(babacan) bir tutum içerisinde hastaya yaklaşır ve hastanın düşüncelerini yok sayarak kararı kendisi verir. Hasta kendini hekime teslim eder. Burada hekim güçlü/egemen/buyuran ve tüm ilişkilerin belirleyicisi, hasta ise zayıf ve buyurulan konumdadır.

Günümüzde hasta-hekim ilişkisi ise “kimsenin bir başka kişinin yaşamı

üzerinde hiçbir tasarrufta bulunmaya hakkı yoktur” şeklinde (hasta hakları yönetmeliği ilgili madde) karşılıklı katılım çerçevesinde yürütülmektedir.

Hastanın sağlığı ile ilgili gerçeği bilme, karar verme hakkı, özerkliğe saygı ilkesinin bir parçasıdır. Hekim hasta ilişkisinde taraflar karşılıklı hak ve ödevlere sahiptir. Taraflardan birisi için hak olan diğeri için görevdir. Bu nedenle hasta haklarından söz ederken sağlık çalışanlarının sorumluluğu gündeme gelir. Hastaya hizmet sunumunda diğer sağlık personelinin de azami dikkat ve özeni göstermesi gerekmektedir.

Hasta hekimle karşılaşmadan önce diğer personelle karşılaşır. Bu çalışanların da iletişime dikkat etmesi gerekir. Hasta, hekimin çalıştığı ortamdan da etkilenir. Hekim, modern ve hijyenik bir ortamda hastaya hizmet vermelidir.

Diş hekimi ile hasta arasındaki ideal ilişki karşılıklı saygı üzerine kurulur. Diş hekimi hasta ilişkisinde karşılıklı taraflar bazı yükümlülükleri kabullenmiş olurlar. Bunlar,

Özerkliğe saygı,
Hastanın sırlarını saklama,
Hastalara adaletli davranmak,
Hastasına zarar vermemek,
Sözünde durmak,
Sadık olmak,

Tedavi kararlarını hastanın tercihlerini göz önünde bulundurarak vermek.

VI. DİŞ HEKİMLİĞİNDE BAKIM STANDARDI

Diş hekimleri, kendilerinden istenilen sonuçları garanti etmek veya meydana gelebilecek zararlara karşı kesin güvence vermek durumunda değildirler. Hastaya karşı olan yükümlülük, uygun dental girişimin uygulanmasını, bakım için gerekli olan bilgi ve tecrübeye sahip olunmasını ve bu bilgi ve tecrübe ile girişimde bulunulmasını kapsamaktadır. Bakım standardı malpraktis durumlarında diş hekiminin hatasını değerlendirebileceği objektif bir ölçüt niteliğindedir.

Diş hekimi kendi uzmanlık dalında çalışan diğer diş hekimlerinin sahip olması gereken bilgi ve beceri derecesi esas alınarak değerlendirilir.

Hasta eğer diş hekimini dava ediyorsa, kendi tedavisini üstlenen diş hekiminin aynı pozisyondaki diğer diş hekiminin sahip olması gereken bilgi ve beceriyi göstermediğini kanıtlaması gerekir.

Zararın oluşmasına neden olan bakım standardı eksikliğinin davacı konumundaki hasta tarafından ispatlanabilmesi için bir bilirkişinin değer-

lendirmesine ihtiyaç duyulur.

Buna karşın, hasta, diş hekiminin hatasını meslek dışından biri tarafından da anlaşılabilir kadar açık olduğunu kanıtlayabilirse bilirkişi raporuna gerek kalmayabilir. Örneğin kök içinde kanal aleti kırılması ya da sinüse kök kaçması gibi. Bundan başka gerekli sterilizasyona dikkat edilmemesi ve yanlış diş çekilmesi gibi örnekler verilebilir.

Diş hekiminin uyguladığı tedavi meydana gelen zararın nedeni olabilir. Örneğin 20 yaş dişin çekilmesi paresteziye neden olabilir ya da alt çenede yine dudakta uyuşukluk kalıcı olabilir. Bununla birlikte meydana gelen zarar her zaman tedavinin ihmal unsuru içerdiği anlamına gelmez. Diş hekimi tıbbi bakım standardını uygulamışsa ancak sonuç beklendiği şekilde elde edilmemişse, burada ihmal söz konusu değildir. Örneğin 3. Azı (20 yaş) dişi gerekli özen gösterilerek çekilmiş ve hastada TME(temporomandibular eklem-çene eklemi) rahatsızlığı gelişmişse bile, burada malpraktis söz konusu değildir. Ancak diş hekimi ortaya çıkan durumu göz ardı eder ve hastaya tedavi önermezse bu durumda bakım standardının altında bir şey yapmış olur.

Eğer diş hekimi kanal tedavisini uygun aletler ve kabul görmüş bir materyal ile usulüne göre doldurmuş ancak dişte bir enfeksiyon, apse vs. gelişmiş ve diş çekime gitmişse diş hekimi malpraktisten sorumlu tutulamaz.

Dikkat edilmesi gereken bir diğer sorun, diş hekimlerinin eğitim ve beceri düzeylerinin değişik olmasıdır. Uzman bir diş hekiminden bakım standardının pratisyeninkinden daha yüksek olması beklenir.

Yine gelişen teknoloji, bilimsel yayınlar sayesinde iletişimin artması, toplantılar, seminerler aracılığıyla bilgilere kolay ulaşılmasından dolayı diş hekimleri arasında bölgesel farklılıkların olmaması gerektiğine inanılmaktadır.

VII. MALPRAKTİS KAVRAMI

Malpraktis kavramı sadece hekimlik mesleğine özgü bir konu değildir. Kelimenin genel tanımı “görevi kötüye kullanma” olduğundan tüm meslek uygulamaları için geçerli bir kavramdır. Avukatlar, mali müşavirler, mühendisler gibi diğer serbest meslek sahipleri de “hatalı uygulamaları nedeniyle” hizmet sundukları kişilere verdikleri zarardan sorumludurlar. Bu yüzden, Türkiye’de malpraktis sözcüğü yerine “tıpta yanlış uygulama”, “tıbbi hata”, “tıbbi uygulama hataları”, “hekimliğin kötü uygulamaları” gibi kavramlar kullanılmaktadır.

VIII. MALPRAKTİS TANIMLAR

Malpraktis ve Tıbbi Malpraktis

Malpraktis, Latince “male” ve “praxis” kelimelerinden türemiş olup, “kötü, hatalı uygulama” anlamındadır. Uygulamada bir meslek mensubunun, mesleğini uyguladığı sırada ortaya çıkan hatalı, kusurlu hareketleri olarak kullanılır. “Tıbbi malpraktis” kavramı ise, tıp mesleğinin mensuplarının aynı şekilde hareketleri sonucu ortaya çıkar.³⁰

Dünya Tıp Birliği (WMA) ‘nin 1992 yılında gerçekleştirilen 44. genel kurulunda Marbella Bildirgesi “doktorun tedavi sırasında standart uygulamayı yapmaması, beceri eksikliği veya hastaya tedavi vermemesi ile oluşan zarardır” şeklinde tanımladığı, Türk Tabipler Birliği Etik ilkelerinde ise malpraktisin “bilgisizlik, deneyimsizlik ya da ilgisizlik nedeni ile bir hastanın zarar görmesi, hekimliğin kötü uygulanması şeklinde ifade edildiği görülmektedir.”³¹

Genel tanımlama ile tıbbi malpraktis, hekimin, hastanın tedavisini yerine getirirken, hata, ihmal, bilgi ve beceri eksikliği nedeniyle, tıbbi standardın altında kalan uygulama sonucu, başarılı olamaması ve hastaya zarar vermesi olarak tanımlanabilir.

Bu tanımlardan da anlaşılacağı üzere malpraktis, hekim tarafından verilmiş hizmetin meslek kabul edilebilirlik ölçülerinin altında kalmasını ifade eder ki bu, kasti bir eylem dışında, kabul edilmiş standartlara göre yapılması gereken işi yapmamak (ihmal) veya yapılmaması gerekeni yapmak (dikkatsizlik) olarak tezahür edebilir.

Doğal olarak, bir tıbbi müdahale sonucunda meydana gelen ve istenmeyen her sonuç malpraktis değildir. Hukukun, hangi durumları malpraktis olarak nitelendireceği, olayın şartlarına ve sonuç ile uygun nedensellik ilişkisine bağlıdır. Hastada meydana gelen zarar, hekimin kabul edilebilir tıbbi standartların altında kalan müdahalesi sonucu oluşmalıdır.

Malpraktisin Hukuksal Şartları

Hasta, hekime doğrudan veya sağlık kuruluşu aracılığıyla başvurabilir. Bu sırada hasta ile hekim arasında hukuki bir ilişki başlamış olur. Kurulan bu ilişki, normal şartlarda ve hastanın bilincinin yerinde olduğu durumlarda doğrudan ve hastanın kendi isteğiyle ya da acil durumlarda hastanın bilinci kapalı iken hekimin kendiliğinden müdahale ettiği durumlarda hastanın iradesi dışında gelişir.

Malpraktis nedeniyle hekimin hukuken sorumlu olması için 5 temel

30 Çetin, G. Tıbbi Malpraktis Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi Sempozyum Dizisi, 2006, 48:31-42.

31 Hanyaloğlu, Ayşe Gül.,Malpraktis/Hekimler için Hukuksal Yaklaşım ve Sigorta Rehberi. Nobel Tıp Kitabevleri Ltd Şti. 2011

unsurun varlığı gerekir.

1-İlişki kurulmuş olması gerekir.

Açık veya örtülü (zımni) şekilde sözleşme ya da eylem ile bir ilişki kurulmuş olmalıdır.

2-Hukuka aykırılık.

Hekimin hastaya müdahalesinde hukuka aykırılığın oluşması gerekir. Örneğin, hekimin tanı veya tedaviye yönelik, tıbbi kabul edilebilir standartların altında uygulama yapması.

Tıbbi sorumluluk bakımından hukuka uygunluk nedenleri ise, hastanın müdahaleye rızasının bulunması, üstün kamu yararı ve hekimin hastanın menfaatine uygun hareket etmesi hukuka aykırılığı ortadan kaldıran sebeplerdir.

3-Zararın oluşması.

Hekimin, hukuka aykırı müdahalesi veya yerine getirmediği görevleri nedeniyle hastada bir zararın oluşması.

4- Kusurun varlığı.

Hekimin davranışında ihmal, hata, özen ve dikkat eksikliği ile haksız ya da suç sayılır eylemin varlığı söz konusu olmalıdır.

5-Nedensellik bağı.

Hekimin hukuka aykırı eylemi ile hastanın uğradığı zarar arasında nedensellik bağı kurulabilmelidir.

Örneğin hekimin müdahalesinde bir dikkatsizlik veya özen eksikliği olmamasına rağmen, meydana gelen sonuç ile hekimin davranışı arasında bir illiyet bağı yoksa veya illiyet bağının kesildiği bir durum söz konusu ise malpraktisten bahsetmek mümkün değildir.

Malpraktis yada tıpta hatalı uygulamalar şu şekilde sınıflandırılabilirler:³²

1-Teşhis-tanı hatası

2-Tedavi hatası

3-Organizasyon hatası

4-Üstlenme hatası

5-Tedavi sonrası yükümlülüklerin ihmal hatası³³

Malpraktisin bir diğer sınıflandırılması ise şu şekildedir:³⁴

1-Meslekte ve sanatta acemilik

32 Ünver, Y. Doktorların Malpraktis Nedeniyle Ceza Hukuku Sorumluluğu ve Malpraktis-Komplikasyon Ayrımı. Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk Sempozyumu. Mersin Barosu Ocak 2009.

33 Hakeri, H. Tıp Hukuku, 2010, s:343 vd.

34 Ünver, Y. Doktorların Malpraktis Nedeniyle Ceza Hukuku Sorumluluğu ve Malpraktis-Komplikasyon Ayrımı. Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk Sempozyumu. Mersin Barosu Ocak 2009.

2-Hastaya kasıtlı olarak zarar vermek.

3-Hasta-hekim sözleşmesine aykırı hareket etmek.

4-Yanlış muayene sonucu hastanın zarar görmesi

5-Tıbbi aletlerin tehlikeli kullanılması sonucu hastaya zarar vermek.

Bir diğer sınıflama ise;

1-Yargı hatası: Bilgi eksikliği, deneyim eksikliği, ihmale bağlı hatalar

2-Mekanik hatalar: Ekipmanla ilgili hatalar

3-Teknik hatalar: Tıp tekniğini uygularken oluşan hatalar.

4- Bilgilendirme hataları: Hastayı eksik ya da yanlış bilgilendirme.

5-Sistem hataları: Kişilerden değil, kurumlardan, organizasyondan kaynaklı hatalar.

IX. MALPRAKTİS- KOMPLİKASYON AYRIMI

Hekim, tıbbi müdahaleyi tıbbi standartlara uygun olarak yapmış ise, arzu edilen sonuç olmasa bile hekim, bu olumsuz sonuçtan hukuken sorumlu olmaz. Komplikasyon, hastanın ya da doktorun elinde olmadan gelişen, istenmeyen durum olarak kabul edilir³⁵

Diş çekimi sonrası sterilizasyon olsa bile apse gelişebilir. Ama her komplikasyon, izin verilen risk olarak kabul edilemez.

Komplikasyon, tıbben istenmeyen olumsuz gelişmeleri ifade etmek için kullanılmaktadır. Ancak, bu istenilmeyen durumların önceden öngörülmesi mümkün iken öngörülmemişse veya hekim tıbbi standartlar dâhilinde gerekli önlemi almamışsa bu durumda ortaya çıkan olumsuz durum, hekim tarafından istenmese dahi izin verilen risk alanında görülemez. Hekimin bu davranışı, özensiz tıbbi müdahale olarak kabul edilir ve hekim sorumluluğu meydana gelir.

Komplikasyon vakalarında ancak öngörülme, önlenemeyen ve her türlü önleme rağmen gerçekleşen türdekilerin sorumluluğa yol açmayacağı kabul edilmelidir. İstenmeyen sonuç, risklerin öngörüldüğü halde önlem alınmamasından kaynaklanıyorsa burada malpraktisten söz edilir.

İzin verilen riskten söz edebilmenin ön koşulu, taksirli davranmamak ve özensiz davranışın yol açabileceği riskleri önleyici veya azaltıcı ya da oluşan olumsuz durumu telafi etmek için gerekli müdahaleyi yapmak için girişimde bulunmak.

Taksirli davranan hekim, izin verilen risk kuramından yararlanamaz.

Hekim hastasını mutlak iyileştirmek zorunda değildir. Ancak tedaviyi üstlenerek hekim, hastasına karşı bir yükümlülük altına girer. Bu durumda

³⁵ Ünver, Y. A.g.e.

hekim, yapacağı müdahalelerle birlikte çalışacağı kişileri seçmekten, onlara yapacağı görev dağılımı, kullanacağı araç ve gereçlerin seçimi, gerekli ortamın hazırlanması vs. gibi yükümlülükler altına da girer.

Hekim, bilimsel standarda göre bilmesi gerekeni bilmek ve yapması gerekeni yapmak zorundadır.

X. MALPRAKTİS KRİTERLERİ

Tıbbi Girişimin Hukuka Uygunluğunun Kriterleri

- Tıbbi girişimi yapanın yeterliliği olması (diploma, uzmanlık belgesi vb.)
- Yeterli düzeyde araştırmaya dayalı tanı ve tedavi endikasyonu bulunması
- Aydınlatılmış onamın hastadan usulünce alınması
- Yapılan tıbbi girişimin mevzuatça sakıncası olmaması
- Yapılan girişime uygun ekip ve ekipmanın kullanılması
- Tıbbi standartlarda kabul gören, etkinliği ve geçerliliği benimsenmiş tıbbi bir yöntemin uygulanması
- Komplikasyonlara karşı gerekli tedbirlerin önceden alınmış olması
- Hastaya özen gösterilmiş olması, ihmal niteliğinde bir davranış olmaması
- Tıbbi girişimin kayıtlarının düzgün tutulmuş olması

XI. MALPRAKTİS(MESLEK KUSURLARININ) TARİHÇESİ

Eskiden beri hekimler meslek uygulamalarında hatalar yapagelmışlerdir. Bu konuda bilinen en eski yazılı örnek Mezopotamya Uygarlığında M.Ö. 1800 yıllarında yazılmış olan Hammurabi Kanunlarıdır.³⁶

Buradan öğrenilen bilgiler bize, hekimin neden olduğu hatalı tıbbi uygulamanın bedelini ödediğini göstermektedir. Bu kanunlarda hekimin kusurundan çok sonuç yani verdiği zarar ön planda yer almaktadır. Bu zararın isteyerek ya da istemeyerek meydana gelmiş olması düşünülmemektedir.

Eski Mısır'da ise hekim, tıbbın kurallarına uygun davrandığı takdirde sonuç ne olursa olsun eyleminden sorumlu tutulmamıştır. Ancak kurallara uyulmaması sonucunda hasta zarar görmüşse, kusuru olsun olmasın hekim sorumlu tutulmuştur.

Antik çağda ve orta çağda hekim sorumluluğu daha çok cezalandırma şeklinde olmuştur. Daha sonra hukukun kurumsallaşması ile katı cezalar yerini tazminata bırakmıştır. Günümüzde ise bütün gelişmelerde önderlik

36 Uzel, İ. Diş hekimliğinde yetkiler ve unvanlar hakkında görüşler: Oral (1) : 39-42. Kasım 1984.

eden ABD, hekim hataları ile ilgili gelişmelere de öncülük etmektedir. Her yıl Amerikan mahkemelerinde milyonlarca dolar tazminat ödenmektedir. 2000 yılından sonra Türkiye’de de durum tamamen değişmiştir. Hasta Hakları Yönetmeliği ve Tıpta Hatalı Uygulamalar yasa tasarısı ile birlikte malpraktis davalarında artış meydana gelmiştir.

Diş hekimliğinde kayda geçen dava sayısı çok azdır. Gerçi diş hekimliği mesleği direkt ölüme sebebiyet veren çok fazla uygulamaya sahip olmadığı için durum daha iyi görünmektedir.

Bu konuda açılan davalarda mahkemeler tıbbi bilirkişilerden, daha karmaşık durumlarda ise Sağlık Bakanlığına bağlı Yüksek Sağlık Şurasından ve Adalet Bakanlığına bağlı Adli Tıp Kurumlarından görüş alarak karar vermektedir.

Tıbbi yardım ve uygulamalar yasal sınırlar içinde yapılması halinde hukuki ve cezai sorumluluk bulunmaz. Aksi halde sorumluluk ortaya çıkar. Hukuk bağlamında malpraktis “kusur” kavramı kapsamında ele alınmaktadır. Hukukta kusur “kast(amaçlama) ve ihmal (savsama)” olarak ikiye ayrılır. Kasıt “hukuka aykırı sonucu bilerek ve isteyerek yerine getirmedir.” İhmal ise “hukuka aykırı sonucun istenmemesine rağmen böyle bir sonucun önlenmesi için gerekli tedbirin alınmaması ve gereken özenin gösterilmemesidir.”³⁷

Kusurun olabilmesi için bir eylemde bulunma ya da kaçınma söz konusudur. Kusurlu eylem hekim ile hastanın ilk karşılaşmasından itibaren herhangi bir aşamasında olabilir. Öte yandan eylemden kaçınma da kusur olabilir. Hekim, tıbbi uygulamada olası zararlı sonuçları göze alarak gerekli yaklaşımda bulunmalıdır. Zararlı sonuç olasılığı hekimin girişimden kaçınmasına gerekçe olamaz. Kusur beraberinde sorumluluğu da getirir. Hekim, hekimlik uygulamalarında sırasında hastanın maddi veya manevi olarak zarar görmesine kusur ile neden olmuşsa sorumludur.

Medeni hukukta haksız fiil sorumluluğu gerek kasten gerekse de ihmal sonucu ya da tedbirsizlik sonucu bir diğer kişiye zarar vermekten doğar. Sonuçta oluşan zararı tazminat ile öder. Hekim, meslek uygulamaları sırasında hastanın sağlığına ve canına zarar verirse Ceza hukuku bakımından sorumlu olmaktadır. Hekimin hukuki ve cezai sorumluluğu konusunda başlıca mevzuatlar şunlardır:

Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun

Türk Diş Hekimleri Birliği Kanunu

Türk Ceza Kanunu

37 Erdemir A. “Hekim Sorumluluğunun Tıbbi Etikteki Yeri, Hukuk Bakımından Önemi ve Bazı Sonuçlar” Tıbbi Etik. 1994;(2):83-8.

Borçlar Kanunu

Tıbbi Deontoloji Tüzüğü

Türk Diş Hekimleri Birliği Disiplin Yönetmeliği

Diş Hekimliğinde meslek kusurları değerlendirilirken göz önünde bulundurulması gereken bazı hususlar vardır. Bunlar:

1-Eğer hekim yeterli standardı karşılamayan ilkel koşullarda bir merkezde işlem yapması gerektiğinde, bu eyleminden dolayı sorumlu tutulmalı mıdır? Örneğin; Devlet hastanesinde gerekli alet bulamadığı için kanal tedavisi yerine dişi çeken hekim, bu eyleminden dolayı sorumlu tutulabilir mi? Bu bir meslek kusuru olmakla birlikte hekimi bu eyleminden sorumlu tutmak doğru mudur? Yani asgari pratik ve teknik koşullar altında yapılan uygulamalardan dolayı hekim kusurlu sayılabilir mi? Burada hekimin bu ilkel koşulların düzeltilmesi yolunda gereken çabayı gösterip göstermemesi önemlidir.

2-Yeni uygulanmaya başlayan ama henüz norm oluşturmamış tekniklerin ya da işlemlerin uygulanması durumunda, daha sonra bu tedavinin geçerli olmadığı anlaşılırsa hekim bu durumdan sorumlu tutulabilir mi? Çünkü tıp ve özellikle diş hekimliği her geçen gün gelişmekte olan bir bilimdir. Diş hekimliğinde ayrıca teknolojik gelişmelere bağlı olarak kullanılan cihazlarda sürekli gelişmekte, değişmektedir.

3-Tıbbi endikasyon olmadığı halde estetik amaçla ve hasta isteğiyle girişimde bulunan hekim bu eyleminden dolayı suçlanabilir mi? (Örneğin üst anterior dişleri küçük ya da şekilsiz olan hastanın büyük, öne doğru çıkık dişler için porselen kron kaplatması durumunda hekim suçlu mudur?

Hastanın psikolojik bütünlüğünü korumak isteyen hekim suçlu sayılmamalıdır.

4-Bir meslektaşının meslek kusuru ile karşılaşan diş hekimi de, meslek dayanışması adına olayı örtbas etmeye çalışması hatalı bir tutum olacaktır. Meslek kusuru işleyen diş hekimi medyaya malzeme edilmeden eleştirilmeli, hakkında gerekli işlemler yapılmalı ve hatayı tekrarlamasına engel olunmalıdır.³⁸

XII. DIŞ HEKİMLİĞİNDE MESLEK KUSURLARI

Diğer tıp dallarında olduğu gibi Diş Hekimliğinde de tanı ve tedavi aşamasında meslek kusurları meydana gelebilir. Ayrıca Diş Hekimliğinde bir ara aşama olan “tedavi planlaması” da oldukça önemlidir.

38 Kadioğlu, F.G. Kadioğlu S. Klinik uygulamalarda etik karar verme süreci. Erdemir A. ve Ark. Editörler. Klinik Etik. Nobel Kitabevi, 2001, 44-46.

1-Tanı(teşhis) Aşaması

Teşhis(tanı) hekimin hastayı muayene etmesi (görsel ve fiziksel olarak) sonucu bir karara varmasıdır. Hekim, hastanın hastalığı hakkında doğru tanıya varmakla yükümlüdür. Teşhis çok önemlidir. Yanlış teşhis, yanlış tedavi planlamasına sonuçta da yanlış tedaviye neden olur. Doğru bir teşhis için yapılacak ilk şey doğru bir anamnez alınmasıdır. Anamnez, hastanın geçmişteki veya mevcut rahatsızlıklarının, şikâyetlerinin veya kullandığı ilaçların hastanın kendi ağzından dinlenmesidir. Diş Hekimi anamnez alırken çok özenli davranmalı hastayı çok iyi dinlemelidir. Örneğin; kalp pili taşıyan hastada elektrikli aletlerin (aerator) kullanılması sakıncalıdır.

Yine aynı şekilde kanama hastalığı olanlarda(hemofili) önlem alınmadan diş çekimi yapılması yada kan sulandırıcı ilaç kullanan hastalarda konsültasyon yapmadan işlem yapılması sakıncalıdır.

Sistemik rahatsızlığı olanlarda (kalp, şeker, tansiyon gibi) gerekli önlem alınmadan işlem yapılması uygun değildir. Kalp rahatsızlığı olanlarda herhangi bir enfeksiyona neden olacak işlemlerden kaçınılması örneğin kanal tedavisi yerine diş çekimi yapılarak potansiyel enfeksiyon odaklarının ortadan kaldırılması daha uygundur. Bu tür durumlarda sterilizasyona azami dikkat edilmesi gerekir.

Yine yakın zamanda baş boyun bölgesinde radyoterapi alan hastalarda diş çekimi (2 yıl süreyle) sakıncalıdır.

Yalnız anamnez aşamasında hekimin dikkatli davranmamasının yanı sıra hastanın eksik bilgi vermesi de yanlış teşhis ve tedavi planlamasına dolayısıyla bir malpraktise neden olabilir.

AIDS, Hepatit gibi bulaşıcı hastalıklarda da hasta durumunu hekimden gizleyebilmektedir. Bu nedenle her hasta potansiyel bir enfeksiyon kaynağı olarak değerlendirilmeli ve teşhis ve tedavide buna dikkat edilmelidir.

Teşhis aşamasının ikinci adımı ekstra ve intra oral (ağız içi ve dışı) muayenedir.

Burada önemli olan ağız içi muayenedir. Hekimin doğru tanıya ve endikasyona karar verebilmesi için yeterli klinik, laboratuvar ve radyolojik muayeneleri yapması gerekmektedir. Hekim teşhis aşamasında hangi hataları yapabilir:

1-Radyografik filmi doğru okuyamayabilir. Örneğin mandibulada premolar dişlerden alınan bir röntgen filminde, foremen mentale'yi apikalde bir lezyon olarak değerlendirebilir. Bu durumda da sağlıklı bir ikinci premolar dişe kanal tedavisi yaparak onu devital hale getirebilir. Tabi bu durumda

hatalı bir uygulama yapmış olur.

2-Sistemik rahatsızlığı olan hastalarda gerekli ve yeterli ağız muayenesi yapmazsa fokal enfeksiyon odağı oluşturabilecek bir bölge gözden kaçırılmış olur.

3-Muayenede klinik olarak dentin çürüğü görüntüsü veren bir diş vitalite testi yapılmadan dolgu yapılabilir. Ama eğer diş devital ise gangren oluşur ve bu durumda kanal tedavisi yapmak gerekir.

2-Tedavi Planlaması Aşaması

Hekimden beklenen hastanın sağlığına kavuşturulmasıdır ya da diş hekimi için bu durum ilk önce ağrının ortadan kaldırılmasıdır. Bunun için de hekimin doğru tanı koyması ve hastasına en doğru tedavi planlamasını yapması gerekmektedir. Tıbbi endikasyon sınırları dışına çıkmak meslek kusurudur.

Bunlar;

- 1-Dolgu ile restore edilecek dişlere kron endikasyonu koymak,
- 2- Endodontik tedavi ile kurtarılabilecek bir diş çekerek yerine köprü endikasyonu koymak,
- 3-Tıbbi endikasyon olmadığı halde, parasal nedenlerle köprü ayağı olacak dişlerin sayısının artırılması.

Tedavi planlaması aşamasında hekimin tıbbi endikasyon dışına çıkılmasına neden olan bir takım dış etkenler de vardır. Bu dış etkenler;

- 1-Diş Hekiminin yetki ve sorumlulukları
- 2-Hastanın bağlı olduğu sosyal güvenlik sistemi ve hekimin çalıştığı kurumun “sağlık hizmeti anlayışı”
- 3-Hastanın ve hekimin ekonomik durumu
- 4-Hastanın ve hekimin sosyo-kültürel durumu(sosyal endikasyon diye bir şey vardır. Örneğin her hastaya implant yapılmaz)
- 5-Hastanın ve hekimin değer sistemleri(yargıları)
- 6-Medyanın yönlendirmesi ve bilgilendirmesi.

3-Tedavi Aşaması

Diş hekimliğinin tüm dallarında bazı meslek kusurları ortaktır. Bunlardan başka bir de branşlara özgü kusurlar vardır. Her alana özgü ortak kusurlar:

- 1-Hastanın yazılı ya da sözlü onamının alınmaması.
- 2- Muayene veya tedavi sırasında hekimin sterilizasyon-dezenfeksiyon kurallarına uymaması.

3-Tedavi öncesi gerekli profilaksinin yapılmaması (antibiyotik profilaksisi veya sistemik rahatsızlıklarda gerekli konsültasyonun yapılmaması)

4-Lokal anestezi solüsyonların kullanımı ile ilgili kurallara uyulmaması

5-Kullanılacak alet ve malzemelerin yanlış seçilmesi, yanlış kullanılması

6-Postoperatif bakım konusunda hastanın bilgilendirilmemesi

7-Anestezi solüsyon yerine yanlışlıkla kanal irrigasyonunda kullanılan sodyum hipoklorit solüsyonunun hastaya enjekte edilmesi

Cerrahi branşlar için hatalı uygulamalar:

1-Yanlış diş çekimi

2-Çekim esnasında yapılan hatalar (dişin kırılması ya da çenede fraktüre neden olmak ve sonrasında gerekeni yapmamak)

Endodonti branşında yapılabilecek hatalı uygulamalar:

1-Endodontide kullanılan kanal aletlerinin hastaya yutturulması ya da aletin diş içinde kırılması

2-Eksik ya da taşkın yapılmış kanal tedavisi

3-Kanal içi temizliğinin steril aletlerle yapılmaması sonucu apse meydana gelmesi. Ama bunu ispatlamak yani bir illiyet bağı kurmak oldukça zordur. Çünkü çok steril şartlarda yapılsa bile yine de enfeksiyon ya da apse gelişebilir.

Protez branşında yapılabilecek hatalı uygulamalar:

1-Klinik çalışmada yapılabilecek hatalar: Bunlar;

a)Hatalı ölçü alma, ölçünün geç dökülmesi,

b)Hatalı dikey boyut, sentrik ilişki ve sentrik okluziyon tespiti,

c)Boyut ve renk açısından uygun olmayan dişlerin seçimi,

d)Sabit protezlerde preparasyon hataları (dişin az ya da çok kesilmesi, ağrı, hassasiyet, yeterli yer olmaması sebebiyle dişlerin kalın yapılması)

2-Protetik tedavide 3. Kişi olarak diş protez laboratuvarları karşımıza çıkmaktadır. Laboratuvarlardan gelen hatalı protezin düzeltilmeden hastaya takılması hekim açısından bir kusurdur.

3-Yenilenmesi gereken protezin yenilenmemesi

4-Protez kullanımı ile ilgili hastaya gerekli eğitimin verilmemesi.

Ortodonti branşında yapılabilecek hatalı uygulamalar

1-Tanı hataları (kayıtların eksik alınması).

2-Hatalı tedavi planlaması

3-Yanlış aparey uygulanması

4-Hastanın eğitilmesi ve bilgilendirilmesinde eksiklik

XIII. DIŞ HEKİMLİĞİNDE MALPRAKTİS NEDENLERİ

Eğer dış hekiminin herhangi bir kastı söz konusu değilse, meslek kusurları ancak ihmal nedeniyle ortaya çıkabilir. İhmale şunlar neden olabilir:

1-Eğitim eksikliği-yetersizliği: Hasta üzerinde gerekli ve yeterli pratik ve teorik eğitimi almadan mezun olunması ve mezuniyet sonrasında da bu bilgi ve tecrübe eksikliğinin giderilmemesi dış hekimlerinin hata yapmalarının en önemli nedenidir.

2- Donanım eksikliği: Muayene ve tedavi için gerekli alt yapının yetersizliği de dış hekimlerinin hata yapmalarına neden olmaktadır.

3-Deneyim eksikliği: Dış hekimliği mesleği iyi bir el becerisi gerektiren bir meslektir. İyi bir manipülasyon yeteneğine sahip olmak gerekir. Bu şekilde hataların önüne geçilebilir. Örneğin diş çekimi sırasında yanlış kuvvet uygulanması dişin kırılmasına neden olabilir. İyi bir protez için iyi bir ölçü almak gerekir. Aynı şekilde doğru bir endikasyon koyup uygun tedavi yapabilmek için de hekimin yeterli deneyime sahip olması gerekmektedir.

4-Etik duyarlılık eksikliği: Hasta ağzında gerekli incelemeyi yapmadan, maddi kazanç sağlamak amacıyla gereksiz tedavi yapan, hijyen kurallarına uymayan, hastanın rızasını almadan ve onu bilgilendirmeden tedaviye başlayan, hastanın sırlarını açıklayan dış hekimlerinin meslek kusurlarına ek olarak etik açıdan da duyarlı olmadıkları söylenebilir.

Genellikle meslek kusurlarının en önemli üç nedeni eğitim, donanım, deneyim eksikliğidir. Dolaylı olarak da etik sorumluluk eksikliğidir. “İnsan sağlığı” gibi kutsal bir değer emanet edilen dış hekimliği mesleğinde, dış hekiminin en baş kaygısı etik duyarlılık olmalıdır.

XIV. DIŞ HEKİMLİĞİNDE MALPRAKTİSE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

Dış hekimi öncelikle “hekim” kimliğine bürünmeli, yani sadece teknik bilgileri uygulayan değil, empati yapabilen, sadece ticari kaygılarla değil, hekimlik mesleğinin gereğini yerine getirmek için etik duyarlılık gösterebilen kâmil insan olmalıdır. Mezuniyet öncesi ve sonrası eğitimler gözden geçirilmeli, yeterli ve gerekli eğitim mutlaka verilmeli, ayrıca etik ve deontoloji konusunda bilgilendirilmelidir.

Fakültelerdeki öğrenci sayısındaki fazlalık eğitimin kalitesini düşürmekte, öğrenciler gerekli ve yeterli pratik uygulama yapamadan mezun olmaktadır. Fakültelerin bu öğrenci fazlalığı ve kalitesiz eğitim sorununa mutlaka acil bir çözüm getirilmelidir.

Dış hekimlerinin çalıştığı ortamların günün koşullarına uygun stan-

Dr. Dt. GÜL ATEŞ

dartta teknik donanıma sahip olması için gerekli denetimler ve çalışmalar yapılmalıdır.

Diş hekimi mezuniyet sonrası eğitime önem vermeli, kongre, kurs, seminer gibi etkinliklere katılarak bilgilerini sürekli güncellemelidir. Hatta bu zorunlu hale bile getirilebilir.

Diş hekimi gelebilecek her türlü asılsız suçlamalara karşı kendini korumak için, yapacağı girişimden önce hastasını bilgilendirip yazılı onamını almalıdır.

Diş hekimlerini hatalı uygulamalara yöneltten sorunlardan biri de hekimin içinde bulunduğu ekonomik durumdur. Hekimlerin ve diş hekimlerinin refah düzeyleri artırılmalı ve böylece ticari kaygı taşımadan sadece mesleğini icra etmesi sağlanmalıdır.

Ayrıca, tüm toplumun sağlık hizmetlerinden eşit yararlanabilmesi için mevzuatta gerekli düzenlemeler yapılmalı, Türkiye’de diş hekimi dağılımının homojen hale getirilmesi, bunun için il ve ilçelerde ağız ve diş sağlığı hizmeti veren yerlerin yeterli standartları taşıması için gerekli alt yapı çalışmalarının yapılması gerekmektedir. Bu konuda Sağlık Bakanlığı, Türk Diş Hekimleri Birliği ve Diş Hekimleri Odalarına büyük görevler düşmektedir.

SUNUCU- Plaketleri vermek üzere Prof.Dr. Sedat IŞIK’ ı Kürsüye davet ediyorum.



SUNUCU- Değerli konuklar, tekrar hoş geldiniz.

İkinci bölümümüz için değerli konuklarımız Yardımcı Doçent Doktor Hayrünnisa Özdemir'i, Doçent Doktor İlhan Üzülmmez'i ve Avukat Halide Savaş'ı yerlerine davet ediyorum. (Alkışlar)

Av. EROL YILMAZ ARAS (Oturum Başkanı)- Sayın konuşmacılar, değerli konuklarımız, üçüncü oturumumuzun ikinci kısmını açıyoruz. Bu bölümde az önce yanlış anonsta bulundum, iki değil, üç değerli konuşmacımız var. Önce sözü Yardımcı Doçent Doktor Hayrünnisa Özdemir Hanımefendiye verip kendisinden dış hekimlerinin hukuki sorumluluğunu, ardından Sayın Doçent Doktor İlhan Üzülmmez'den dış hekimlerinin cezai sorumluluğunu ve öğleden önceki son konuşmacımız olarak da Sayın Avukat Halide Savaş'tan dış hekimlerinde aydınlatılmış rıza konusundaki düşüncelerini alacağız.

İlk sözü Sayın Hocamıza veriyorum. Buyurun Sayın Hocam.

DİŞ HEKİMLERİNİN HUKUKÎ SORUMLULUĞU

I. GENEL OLARAK

Ülkemizde, sağlık hukuku alanında daha çok Hekimin Hukuki Sorumluluğu ele alınıp incelenmiştir. Diş hekimlerinin hukukî sorumluluğu üzerinde pek fazla durulmamıştır. Diş hekimlerinin ağız boşluğunda gerçekleştirdikleri tıbbi müdahaleler, sanılanın aksine çeşitlilik arz etmektedirler. Ülkemizde diş hekimleri, özel ve kamu hastaneleri olmak üzere iki farklı alanda mesleklerini icra etmektedirler. Bu durum hekimlerin hastalarına karşı uyguladıkları tedavilerde ortaya çıkan istenilmeyen durumların tazmininde de farklılığa sebep olmaktadır. Gerçektende özel muayenehanesinde mesleğini icra eden diş hekimi ile hastası arasındaki hukuki ilişki özel hukuk hükümlerine tabi olurken, kamu hastanelerinde çalışan hekimlerin hastalarına verdikleri zarar kamu hukukuna tabidir.

Çalışmamızda, özel muayenesinde herhangi bir kamusal idare altında mesleğini icra etmeyen diş hekimlerinin hastaları ile olan ilişkilerinin hukuki niteliği ve diş hekimlerinin hastalarına tedavi uygularken verdikleri zararlar dolayısıyla oluşacak hukuki sorumluluğun temelleri üzerinde durulacaktır. Hukuki sorumluluğun niteliği belirlenirken diş hekimlerinin gerçekleştirdikleri tedavi yöntemleri göz önünde bulundurularak hukuki sebeplere yer verilmiştir.

II. TEMEL KAVRAMLAR

A. GENEL OLARAK

Diş hekimlerinin hukuki sorumluluğunu doğuran sözleşmeler, diş hekimi ve hastası arasında akdedilir¹. Taraflar arasında öngörülen tıbbi müdaha-

¹ Deutsch/Spickhoff, 176.

leyi uygulayacak olan hekimin “dış hekimi” olması gerekir. Dış hekimlerinin de, tıbbi faaliyetlerin hukuka uygun olması için bu faaliyetlerde bulunanların yasalarda belirtilen bazı koşulları taşımaları gerekmektedir².

B. DIŞ HEKİMİ KAVRAMI

Dış hekimi olarak faaliyette bulunmak için belirli şartları hekim olarak çalışacak kişilerin bünyelerinde taşımaları gerekir. Dış hekimleri de bazı şartları taşımalıdırlar. Bu şartlar;

1. Türk vatandaşı olmak: 11.4.1928 tarih ve 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun m. 30 gereğince yabancıların Türkiye’de dış hekimliği yapmaları yasaktır.

2. Dış Hekimliği Fakültesi diplomasına sahip olmak: TSSTİDK m.30 gereğince Türk üniversitelerinin dış hekimliği fakültelerinden alınmış bir diploma aranmaktadır.

3. Dış Hekimleri Odasına kayıtlı bulunmak: 3224 sayılı Türk Dış Hekimleri Birliği Kanununun 17.maddesi gereğince dış hekimliği mesleğinin icrası için Dış hekimleri Odasına kayıtlı olmak gerekmektedir.

4. Dış Hekimliği mesleğinin icrasına geçici veya sürekli engel hali bulunmamak: Türk Dış Hekimleri Birliği Kanunu’nun 44. Maddesi gereğince, gerekli şartların varlığı halinde dış hekimlerinin geçici veya sürekli olarak meslekten men edilmeleri mümkündür. Kural olarak bir kişinin dış hekimi olarak Türkiye’de çalışabilmesi için Türk dış hekimliği fakültelerinden mezun olmak gerekir. Ancak, TŞSTİDK’nun 31. Maddesinde belirtilen şartlar yerine getirildiğinde, yabancı bir dış hekimliği fakültesi bitiren veya yabancı uyruklu bir kişinin Türkiye’de de dış hekimi olarak çalışabilmesinin yolu açılmış olur³. Bu koşulları eksik olarak görev yaparken hastaya zarar verilmişse hekimin sorumluluğu söz konusu olur.

Türkiye’de Tıp Mesleği alanını düzenleyen Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına İlişkin Kanunun Dış hekimleriyle ilgili kısmında bazı değişikliklere gidilmiştir. Şöyle ki, artık mevzuatımızda “dışçılık” kavramına

2 **Demircan, Yusuf Tunç;** Dış Hekimlerinin Hukukî Sorumluluğu, İstanbul 2006, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), 5.

3 Yabancı memleketlerdeki dış hekim mekteplerinden izinli Türk dış hekimlerinin Türkiye’de sanatlarını yapabilmeleri için Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığından ve Üniversite Tıp Fakültesi Profesörler Meclisinden ve Dış Hekimi Mektebi profesörlerinden seçilmiş bir jüri heyeti tarafından hüviyetlerine bakıldıktan sonra diplomalarının Türkiye Dış Hekimi Mektebi ders programının ve öğrenim süresinin aynı veya benzeri bir mektepten bütün sınav devreleri geçirilerek alınıp alınmamış olduğu araştırılır. Bu şartlarda alınmış olduğu anlaşılan diplomalar kabul edilip Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığınca onaylanarak kütüğe geçirilir ve iyelerinin sanat yapmalarına izin verilir. Bu şartlara uygun olarak alınmamış diplomaların üyeleri Dış Hekimi Mektebi profesörleri karşısında ve Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığından gönderilecek bir işyar da bulunduğu halde teori ve pratikten bir sınav geçirirler. Bu sınavın şekli Sağlık ve Sosyal Yardım ve Kültür Bakanları tarafından beraberce kararlaştırılır. Ancak Türkiye’de Dış Hekimi Mektebi Ders programlarına ve öğrenim süresine göre okumamış olanlar eksiklerini tamamlamak üzere Dış Hekimi Mektebinde okuduktan ve staj gördükten sonra sınava girerler. Sınavları başaranların sanat yapmalarına usulüne göre izin verilir”.

ve kurumuna yer verilmemesidir. Kanun'un ikinci faslı "diş tabipleri ve dişçiler" başlığını taşımaktaydı. Yapılan değişiklikle "dişçiler" tabiri başlıktan çıkarılmış, ayrıca 29. maddede yer alan "dişçilik sanatı, dişlerin ve diş etleri ile esnanın tedavisi ve dişlerin ikmal ve ıslahına ait ameliyelerin icrasına münhasırdır" tanımı da değiştirilmiştir. Kanun'un 32. maddesinde yer alan ve diş hekimi olmadığı halde, diplomasız olarak sanat icra eden dişçilere müsaade eden hüküm ile bu kimselerin diş hekimi değil, dişçi unvanını kullanabileceklerini öngören 33. madde de kaldırılmıştır. Böylece mevzuatımızda sadece diş hekimlerine yer verilmiştir. Bu çerçevede artık diş hekimi olmayanların tıbbi müdahalede bulunmaları kesinlikle yasaklanmış olmaktadır.

Kanun diş hekiminin yeni bir tanımını da yapmıştır: "Diş tabibi, insan sağlığına ilişkin olarak, dişlerin, diş etlerinin ve bunlarla doğrudan bağlantılı olan ağız ve çene dokularının sağlığının korunması, hastalıklarının ve düzensizliklerinin teşhisi ve tedavisi ve rehabilite edilmesi ile ilgili her türlü mesleki faaliyeti icra etmeye yetkilidir" (md. 29). Adı geçen kanun daha önce diş hekimliği alanında uzmanlığı öngörmezken, değişiklikle, uzmanlık da öngörülmüş olmaktadır: "Diş tabipliğinin herhangi bir dalında münhasıran uzman olmak ve o unvanı ilan edebilmek için diş hekimliği fakültelerinden veya Sağlık Bakanlığına bağlı eğitim kurumlarından alınmış bir uzmanlık belgesine sahip olmak şarttır" (md. 29/2). Bu durumda, diş hekimliği fakülteleri ile Sağlık Bakanlığı bünyesinde uzmanlık eğitiminin başlayacağı görülmektedir.

Kanunda gerçekleşen diğer bir değişiklik ise, kanunun 37 ve 38. Maddelerinin de ilga edilmesidir. Bu maddelerde diş hekimlerinin diş tabipleri odalarına kayıt yükümlülüğü bulunduğu ve diş tabipleri odalarının onur kurullarının disiplin yetkisine sahip olduğu hükme bağlanmıştı. Bu hükümlerin ilga edilmesiyle, bundan sonra diş tabiplerinin diş tabipleri odalarına kaydolma mecburiyetinin kalktığı şeklinde yorumlar yapılmaktadır. Ancak bu yorumlar doğru değildir. Zira bu hükümler esasen gereksiz kaldığı için kaldırılan hükümlerdir. Çünkü tabip odalarının disiplin yetkisi ile serbest çalışan diş hekimlerinin bu odalara kaydolma mecburiyeti zaten 1985 tarihli ve 3224 sayılı Türk Diş Hekimleri Birliği Kanunu'nda öngörülmüştü (md. 13, 14, 17). Bu nedenle, 1928 tarihli Kanun'da yer alan bu hükümlerin kaldırılması, mevzuatta bir değişikliğe yol açmamıştır.

Hekim bu sözleşme ile hastasına tıbbi bir edimi gerçekleştirmeyi borçlanır. Bu durum Türk, İsviçre ve Alman Borçlar Kanunlarında⁴ özel

⁴ Uhlenbruck, W; Arzthaftungsrecht-Aerztlicher Behandlungsfehler, ZAP 1998, 495; Schröder, 5.

olarak düzenlenmemiştir⁵. Bundan dolayıdır ki, tarafların arasındaki hukuki ilişki genel hükümlere göre çözümlenir. Sözleşmenin kurulmasında ne tarafların açıklaması nede yazılı bir belge söz konusu olur. Her iki tarafında iradelerinin birleşmeleri sözleşmenin kurulmasında yeterlidir. Tarafların iradelerinin uyuşması halinde sözleşme hüküm ve sonuç doğurur. Ayrıca hekimin tedaviye başlaması veya diğer tıbbi tedbirlerin alınması için randevu verilmesi, sözleşmenin kurulması için gerekli değildir⁶.

Diş hekimi ile hasta arasında gerçekleştirilen sözleşme genellikle ayakta tedavi için gerçekleştirilir. Nadir de olsa yataklı tedavi sistemi de öngörülebilir. Diş hekimlerinin hastalarına uygulayacağı, tıbbi müdahaleler, diş, ağız ve çene cerrahisi olarak özetlenebilir⁷. Uygulanan tıbbi müdahalenin başında dişlerin yapısını korumayı amaçlayan koruyucu cerrahi ve protez tedavileri gelmektedir. Nadir olmakla birlikte, diş, ağız ve çene cerrahi alanında yaşamı tehdit eden bazı müdahaleler de yapılabilmektedir⁸.

C. DIŞ HEKİMLERİNİN GERÇEKLEŞTİRDİKLERİ TIBBİ MÜDAHALE TÜRLERİ

Diş hekimi ile hasta arasında yapılan sözleşme gereği, diş hekimi hastasına karşı ağız boşluğunda tıbbi müdahaleler gerçekleştirmeyi borçlanır. Bunlar; Koruyucu diş tedavileri, Çene cerrahisi müdahaleleri, Diş Protezleri, Implant ve çene ortopedik müdahaleleridir.

1. Koruyucu Diş Tedavileri

Koruyucu diş tedavilerinden, en geniş anlamda dişlerin korunması için yapılması gereken bütün işlemler anlaşılır⁹. Bunlar, diş dolguları, altın kaplamalar ve keramik dolgular, endodontolojik kanal tedavileri ve Prophylaxe tedavileridir.

2. Çene Cerrahisi Müdahaleleri

Çene cerrahisi, kişilerin çene bölgesine yapılan bütün müdahaleleri kapsar. En sık görülen diş hekimliği müdahaleleridir. Bunlar arasında, diş çekirme ve diş köklerinin damaktan alınması gibi tıbbî müdahaleler sayılabilir.

3. Diş Protezleri

Diş protezleri ağız boşluğunda yer alan dişlerin çiğneme fonksiyonunu

5 **Kuhn, Moritz**; Aktuelle Probleme in der Aertzehaftpflicht, SJZ 89/1993, 257.

6 **Göben, J**; Das Mitverschulden des Patientin im Arzthaftungsrecht, Frankfurt, 1998, 2; **Schröder, 5; Kuhn, Moritz**; Die rechtliche Beziehung zwischen Arzt und Patient, in: Handbuch des Arztrechts, Zürich 1994 (Kuhn, Arztrechts), 21.

7 Diş tabibi, insan sağlığına ilişkin olarak, dişlerin, diş etlerinin ve bunlarla doğrudan bağlantılı olan ağız ve çene dokularının sağlığının korunması, hastalıklarının ve düzensizliklerinin teşhisi ve tedavisi ve rehabilite edilmesi ile ilgili her türlü mesleki faaliyeti icra etmeye yetkilidir (TŞSTİDK. M. 29).

8 **Schröder, 5.**

9 **Laufs, A/Uhlenbruck, W**; Handbuch des Arztrechts, 3. Auflage, München 2002, § 29, Pn. 44; Laufs, A/ Kern, B. R. § 38 Pn. 17-18.

korumak ve yeniden oluşturmak için uygulanan bir tıbbî müdahaledir. Bu işlemlere, dişlerin kromla doldurulması, köprü yapılarak dişlerin fonksiyonunu yeniden sağlamak amacıyla yapılan müdahalelerdir. Bu tür müdahalelerle dişlerin fonksiyonu yeniden kurulabilir. Hastanın çiğneme fonksiyonu eskiye nazaran daha da iyileştirilebilir¹⁰.

4. Implant İşlemleri

Diş hekimliği alanında implant en geniş anlamında suni diş oluşturma anlamına gelmektedir. Oluşturulan dişler eğer ağızda başka dişler varsa onlarla uyumlaştırıyor. Eğer hiç diş bulunmuyorsa kişinin damağına dişler yerleştirilmektedir. Implantta, ağız boşluğuna vücuda yabancı maddeler yerleştirilerek bir müdahale yapılmaktadır. Implant tedavi amaçlı olarak çene kemiğine sabitlenmektedir¹¹.

5. Çene Ortopedisi Müdahaleleri

Doğuştan veya daha sonra gerçekleşen çenelerde oluşan anomalilikleri ortadan kaldırmak amacıyla çeneye çiğneme organının gelişmesi açısından uygulanan müdahalelerdir. Diş hekimleri söz konusu müdahaleleri uygulayabilmek amacıyla diş hekimliği eğitimlerine ek eğitimlerde almak zorundadırlar. Yapılan müdahaleler sonucu hem estetik hem de kişinin çiğneme yeteneğinde düzelmeler söz konusu olmaktadır.

III. DİŞ HEKİMİNİN HUKUKİ SORUMLULUĞUNUN SEBEPLERİ

A. GENEL OLARAK

Diş hekimlerinin tıbbi müdahaleleri her ne kadar vücudumuzda bir bölge ile sınırlı olsa da yapılan işlem tıbbî bir müdahaledir. Diş hekiminin tıbbi müdahaleyi uygularken hastası ile arasında daha önce kurulmuş bir sözleşme ilişkisi olabileceği gibi herhangi bir sözleşmeye dayanmadan diş hekimi hastasına tıbbi bir müdahalede bulunabilir. Bu durumda da taraflar arasında bir haksız fiil durumu söz konusu olmaktadır¹². Bunlara ilaveten diğer bir sorumluluk türü de sebep sorumluluğu halleridir. Öyle ki, diş hekiminin kullandığı alet ve edevatlar hastaya karşı tehlike arz etmektedir. Sebep sorumluluğu halleri de haksız fiil sorumluluğunun bir devamı olan TBK m. 55 (TBK. m. 66)'da yer verilen adam çalıştırmanın sorumluluğudur. Diğerisi ise, TBK m. 58 (TBK m. 69)'da düzenlenen yapı malikinin sorum-

¹⁰ Schröder, 10.

¹¹ Laufs/Uhlenbruck, § 29, Pn. 50.

¹² Deutsch, Erwin / Spickhoff, Andreas; Medizinrecht, 2003 Deutschland, 176 vd; Schröder, Jan; Haftung und Ermessen in der zahnärztlichen Praxis, Hannover 2008, 5; Schroeder, Karl; Probleme der zivilrechtlichen Haftung des freipraktizierenden Zahnarztes, Zürich, 1982, 13vd; Oexmann, Burkhard/Georg, Axel; Die zivilrechtliche Haftung des Zahnarztes, Hamm 1989, 4 vd; Giesen, Dieter; Arzthaftungsrecht, Tübingen 1995, Dpn. 3.

luluğudur. Diş hekiminin kullandığı aletlerde mevcut bakım ve onarım eksikliği sonucu oluşan zarar diş hekimi kusursuz da olsa tazmin edilmek zorundadır¹³.

Diş hekimi kusuruyla hastasına zarar verdiğinde, hem aralarındaki sözleşmeden kaynaklanan özen yükümlülüğünü yerine getirmeyerek sözleşmeye aykırı davranmıştır. Aynı zamanda, hastanın TMK m. 23 anlamında korunan vücut bütünlüğünü ihlal etmektedir. Burada iki sorumluluk sebebi yarışmaktadır. Ayrıca diş hekimin vekaletsiz iş görmeden kaynaklanan hukuki sorumluluğu da bulunmaktadır.

Sözü edilen sorumluluk düzenlemeleri farklı prensiplere tabidirler. Bunlardan biri olan sözleşmede, tarafların karşılıklı birbirine uygun beyanlarıyla oluşmuş bir sözleşme söz konusudur. Burada hekim gerekli tıbbi müdahaleleri gerçekleştirecek hasta ise gerekli ücreti ödeyecektir. Hekim hastasını aralarında gerçekleşen sözleşme hükümlerine uygun bir şekilde gerekli özeni göstererek muayene etmeli ve bunun akabinde gerekli tıbbi müdahaleyi uygulamalıdır. Ancak belirtilen bu durumları yerine getirmeyen hekim, TBK. m. 96 (TBK. m. 112) gereği hastasına karşı sorumlu olur.

II. DİŞ HEKİMLERİNİN YAPTIKLARI SÖZLEŞMELERİN HUKUKÎ NİTELİĞİ

A. GENEL OLARAK

Diş hekimleri, hastaları ile aralarında genel olarak bir sözleşme akdederler. Sözleşme taraflar arasından açık bir şekilde gerçekleşeceği gibi zımni olarakta gerçekleşebilir. Sözleşmenin hukukî niteliği, diş hekimin hastasına gerçekleştireceği tıbbî müdahaleye göre farklılık arz etmektedir. Gerçektende diş hekimleri hastalarının ağız boşluğunda gerçekleştirecekleri tıbbi müdahaleye göre sözleşme hükümlerine tabi olacaklardır. Diş hekimi sadece hastasına belli bir sonucu açıkça vaat etmesi durumunda, taraflar arasında oluşacak sözleşmenin niteliği vekâlet iken ile belli bir sonucun mutlaka gerçekleştirileceğini konu alan sözleşmeler arasında hukukî nitelik istisna sözleşmesi şeklinde gerçekleşecektir. Bunlara ek olarak eğer diş hekimi hastasını rızası yokken ancak sırf onun yararına bir tıbbi müdahalede bulunursa, bu durumda da vekâletsiz iş görme söz konusu olacaktır.

B. DİŞ HEKİMİ İLE HASTA ARASINDAKİ SÖZLEŞMENİN HUKUKÎ NİTELİĞİ

Diş hekiminin hastası ile yaptığı sözleşme diğer hekim hasta arasındaki

13 Schroeder, 18.

sözleşmelerinden farklı olmayıp vekâlet sözleşmesi hükümlerine tabidir¹⁴. Hekim sözleşme gereği hastasının dişlerini tedavi ve diş şikâyetlerini ortadan kaldırmayı üstlenir. Hasta ise, diş hekiminin bu edimlerine karşı belli bir miktar vermeyi üstlenir. Diş hekimi ile hasta arasında ortaya çıkan ilişkide hekim insan vücudunun önceden hesaplanamayan tepkilerini ve karmaşık yapısı karşısında kendi mesleğinin gereği olan edimini yerine getirmektedir. Bundan dolayı vekâlet sözleşmesi hükümleri uygulanır¹⁵. Alman hukukunda Türk- İsviçre Hukukundan farklı olarak, diş hekimi ile hastası arasındaki ilişki hizmet sözleşmesi olarak görülmektedir¹⁶. Bu durumun sebebi ise, Alman Hukukunda Vekâlet sözleşmesinin karşılıksız olmasıdır. Vekalet sözleşmesi daha çok diş hekiminin koruyucu tedbirler alarak hastanın dişlerine protez dışında gerçekleştirilecek her türlü tıbbi müdahaleyi içine almaktadır. Burada diş hekiminin herhangi bir sonuç üstlenmesi söz konusu değildir¹⁷. Diş hekimi yapmış olduğu sözleşmede herhangi bir tıbbi başarıyı üstlenmemekte, bilakis geçerlikte olan tıp biliminin kabul edilmiş standarda uygun olarak hastasını tedavi etmeyi üstlenmektedir¹⁸.

Diş hekimi vekâlet sözleşmesi gereği, her zaman sözleşmeden çekilebilir. Hastayı reddedebilir. Aynı şekilde hastada her an diş hekimini bırakabilir. Burada ancak TMK m. 2/II kuralı geçerli olacaktır. Her iki tarafta uygun olmayan dönemde sözleşmeden cayamaz.

Diş hekimleri aynı şekilde hastası ile sözleşme yapma özgürlüğü çerçevesinde, belli bir sonucun üstlenilmesini de kararlaştırabilirler. Hekim hastasının isteği üzerine diş protezlerinin yapımı veya diğer cerrahi müdahalelerin sonuçlarını üstlenebilir. Eğer taraflar arasında yapılacak sözleşme bu tür bir içeriğe sahip olursa taraflar arasındaki ilişkiye istisna sözleşmesinin kuralları uygulanır¹⁹. Alman Hukukunda da, diş hekimlerinin sadece diş protezlerinin imalini borçlandıklarında istisna hükümlerinin uygulanacağı

14 **Demircan**, 30; "Hasta ile doktorun meslek ilişkisi vekillik sözleşmesine dayanır..." (Y. 13. HD. T. 04.03.1994, E. 1994/8537, K. 1994/2138) naklen, **Özkaya, Eraslan**; Vekalet Sözleşmesi ve Kötüye Kullanılması, Ankara 1997, 408 vd.

15 **Schroder**, 21; **Ott**, 23 vd; **Loeffler, W**; Die Haftung des Arztes aus aerztlicher Behandlung, Aarau, 1945, 5 vd; **Grieder, T**; Zahnarzt- Recht und Risiko ein praxisbezogener Beitrag zur Haftung des Zahnarztes, Have 2006, 209-210; **Fellmann, W**; Berner Kommentar, VI/2/4, Der einfache Auftrag, Bern 1992, Art. 398 PN. 379; **Deutsch/Spickhoff**, 177, PN. 281; **Demircan**; 25vd.

16 **Schinnenburg, Wieland**; Besonderheiten des Arzthaftungsrechtes bei zahnaerztlicher Behandlung, MedR 2000, 185-189 (185); **Ziegner, Catharina von**; Der Zahnarzt in der zivilrechtlichen Haftung unter besonderer Abwaegung des anzusetzenden Haftungsstandards, Berlin 2006, 15.

17 **Schinnenburg**, 185; **Oexmann/Georg**, 4 PN. 9; **Könning, A**; Zur Rechnatur des Zahnarztvertrages, in: VersR 1989, 223 vd.

18 **Schröder**, 11.

19 **Schroder**, 21; **Schinnenburg**, 185; **Deutsch/Spickhoff**, 177, PN. 281; **Grieder**, 209-210; **Demircan**; 47 vd; **Jakobs, H-H**; Die zahnaerztliche Heilbehandlung als Werkleistung, NJW 1975, 1437; **Roesch, H**; Zur Rechtsnatur des Zahnarztvertrages, VersR 1979, 12; **Schröder**, 12; **Oexmann/Georg**; 5.

kabul edilmektedir²⁰. Sözleşmede, diş hekimi belli bir sonucu üstlenmektedir. Türk Yargıtayı da diş hekiminin bir sonucu üstlendiği sözleşmeleri, eser sözleşmesi olarak nitelendirmektedir²¹. İsviçre doktrini önceleri diş hekimlerinin belli bir sonuç üstlendiği durumları eser sözleşmesi olarak nitelendirirken²², Federal Mahkemenin daha sonra vermiş olduğu bir kararıyla diş hekimlerinin yapmış oldukları bütün işlemler vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirilmektedir²³. Bu kararda vurgulanan nokta, hekimin protez, köprü ve kron kaplama yapımını üstlenmesi durumlarında, öne çıkan edim hastanın çiğneme fonksiyonunu iyileştirmektir. Ayrıca bu amacı gerçekleştirmek için üretilen bir eser tedavinin başarılı olmasının bir sonucudur. Yani ortaya konulan eser bir sonuç olmayıp sonuca götüren bir araçtır. Bundan dolayı diş hekiminin bu içerikte yaptığı sözleşmeler vekâlet sözleşmesi olarak adlandırılmalıdır²⁴. İsviçre doktrinin bir adım daha ileri giderek, burada eski dönemlerde olduğu gibi bir el işçiliği gerektiren bir diş protezi üretimi söz konusu değildir. Bu tür protezler, sözleşmeye aykırı olarak gerçekleştirildiğinde, laboratuvar ortamında tekrar üretilebilir hatta düzeltilebilirler. Ayrıca diş hekimliği uygulamalarında, hastanın iyileşebilmesi için sadece teknik uygulamaların yetmeyeceği görülmektedir. Bunun yanı sıra hastanın tedaviye vereceği biyolojik cevabı da gözden kaçırılmamalıdır. Diş hekimi her ne kadar iyi bir şekilde hasta için bir protez veya implant tedavisi uygularsa uygulasin hastanın organizması uygulanan bu tedaviyi kabul etmeyebilir. Bundan dolayıdır ki, diş hekimi hastasına karşı uygulanacak tedavinin sonuçlarını garanti edemez. Çünkü diş hekimliği bilim dalı buna imkân vermez²⁵. Hekimin sözleşmede hastasına belli bir sonuç vaat etmesi sözleşmenin niteliğini eser sözleşmesi kılmaz. Sözleşme vekâlet sözleşmesi olarak kalmakta devam eder.

Yukarıda anlatılanların yanı sıra diş hekimleri hastaları ile aralarında yaptıkları sözleşmede hekim hem hastanın dişlerini tedavi edecek hem de diş protezi yapmayı borçlandığı durumlarda hekim edimi uygulayacağı tedavi

20 **RGZ 95 322, D. 11. 04. 1919**; “Alman Yüksek Mahkemesi, hastaya yapay diş teslimini üstlenen dişçinin yükümlülüğünün istisna sözleşmesi hükümlerine göre belirleneceğine karar vermiştir”; **OLG Karlsruhe** NJW 1967, 1512; **LG Hannover** NJW 1980, 1340; **LG Frankfurt** NJW 1982, 2610; BGH MDR 1975, 310; OLG Hamm v. 09.02.1983-3 U 215/82; **Ziegner**, 17;.

21 **Y. 15. HD. E. 2004/3331, K. 2005/698, T. 14.02.2005**; “...Davacının iddia ettiği gibi, yanlar arasındaki akdi ilişkinin alt ve üst çene protezlerinin ve tedavilerinin tümünü kapsamaktadır....Yanlar arasında gerçekleştiği ileri sürülen temel hukuki ilişki, Borçlar Yasasının 355. Maddesinde tanımlandığı üzere niteliğince bir “eser” sözleşmesidir”.

22 BGE 45 II 215.

23 BGE 110 II 375.

24 **Kuhn**, 21 vd; **Keller, Alfred**, Haftpflicht im Privatrecht, Bd. I, 6. A., Bern 2002, 462;

25 **Gauch, Peter**; Der Werkvertrag, Zürich 1996, 13, PN. 43vd; “...Dişin takımını üstlenen cerrah, protezin yanlış takımından sorumlu olduğu iddia edilmektedir. Ancak, cerrah hastanın vücuduna uygulanan bu tedavinin sonucunu garanti edemez”(BGE 105 II 284 vd).

açısından hem vekalet sözleşmesi hem de gerçekleşecek olan protez açısından ise eser sözleşmesi niteliğindedir. Bu tür sözleşmeler karışık sözleşmeler olarak nitelendirilmektedir²⁶. Bunlara uygulanacak hukuk hangi sözleşme öğelerinin öne çıktığına bağlı bulunmaktadır. Almanya'da da bu tür her iki sözleşme öğelerini taşıyan ilişkilerde, problemin hangi edimde gerçekleştiği olgusuna göre kararlar verilmiştir. Örneğin, diş protezi yapımının üstlenildiği bir sözleşmede protezlerin imalinde bir hata olduğundan diş hekimi eser sözleşmesine göre sorumlu tutulmuştur²⁷. Mahkemenin görüşüne göre, protezin üretilmesi tedavi edici bir unsur değil bilakis bir eserin ortaya konulmasıdır.

Diş hekimi ile yapılan sözleşme gereği protezin yapılması ve teknik olarak imal edilmesi eser sözleşmesine, fakat buna karşılık hastaya protezin uydurulması tıbbi tedavinin bir kısmı olduğu için vekâlet sözleşmesine göre düzenlenir. Burada dişler için köprü dolgu veya protez yapılmasında diş hekiminin teknik imalatı da bulunmakla birlikte, durum tümüyle göz önüne alındığında temelde öncelikle dişleri iyileştirmeye yönelik bir çalışma yapıldığı ağırlık kazanmaktadır.

Kanaatimizce, diş hekimiyle yapılan teşhis ve tedavi sözleşmesinin hukuki niteliği için vekâlet sözleşmesinden ayrılmaya gerek yoktur. Çünkü protez veya dolgu yapımında bir eser imali olmasına karşın, protezin yapımı ile hedeflenen asıl amaç dişin tedavisidir. Asıl amacı gerçekleştirecek olan esas edim ise teşhis ve tedavi edimidir. Teşhis ve tedavi sözleşmesinin hukuki niteliği vekâlet sözleşmesi olduğundan, taraflar arasındaki ilişkiye vekâlet sözleşmesi hükümleri uygulanmalıdır²⁸.

III. DİŞ HEKİMİNİN SÖZLEŞMEDEN DOĞAN HUKUKİ SORUMLULUĞUNUN ŞARTLARI

A. GENEL OLARAK

Diş hekimi ile hasta arasında gerçekleştirilen sözleşmenin hukuki niteliğinin vekâlet sözleşmesi olmasından dolayı diş hekimin sözleşme gereği sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için öncelikle hasta ile arasında geçerli bir şekilde kurulmuş bulunan bir vekâlet sözleşmesini bulunması gerekir. Zarar, Sözleşmenin İhlali, Uygun İlliyet Bağı ve Kusur sözleşmeden doğan sorumluluk için gereklidir.

²⁶ Schroder, 28.

²⁷ BGH NJW 1975, 305 (306 ff); Roesch, 12.

²⁸ Özdemir, Hayrunnisa; Teşhis ve tedavi Sözleşmesi, Ankara 2004, 81; "...Davacı, burnundan rahat nefes alamadığı için muayene olduğu doktor olan davalının önerisi ile 09.11.195 tarihinde davalı tarafından ameliyat edildiğini, davalının ameliyat sırasında iğne ucunu burnunda bıraktığını belirtmiştir. ...Taraflar arasındaki ilişki vekâlet sözleşmesidir. Vekâlet sözleşmesi hükümlerine tabidir..." (Y. 13. HD. T. 09.05.2000, E. 8590/K. 9569 yayınlanmamıştır).

B. SÖZLEŞMENİN VARLIĞI VE GEÇERLİLİĞİ

Diş hekimi ile hastası arasında yapılan sözleşmenin hukuki niteliği yukarıda da açıklamış olduğumuz üzere, vekâlet sözleşmesi niteliğindedir. Buradaki vekâlet sözleşmesinin özelliği, maddi fillere ilişkin olmasıdır. Burada, vekil (hekim) müvekkili için hukuki muameleler ve benzeri işler yaparak haklar kazanması ve borçlar yüklenmesi söz konusu değildir. Burada kanunda öngörülmemiş her çeşit maddi fillerin yapılması bu çeşit vekâletin içeriğine dâhildir²⁹. Örneğin, hekimin hastasını tedavi etmesi gibi³⁰.

Diş hekiminin yapacağı teşhis ve tedavi sözleşmesi, genel hükümlere tabidir. Yani, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanında bulunmalarıyla sözleşme kurulmuş olur. İrade açıklaması açık veya kapalı olabilir (TBK.m.1/I-II). Diş hekimi ve hasta veya kanuni temsilci arasındaki sözleşme açık irade beyanıyla kurulabileceği gibi zımnî irade beyanı ile de kurulabilir. Sözleşmenin kurulabilmesi için irade beyanlarının belli bir şekilde olmasına gerek yoktur. Çünkü sözleşmenin kurulmasında şekil serbestisi geçerlidir³¹. Diş hekiminin hastasını koltuğa oturtup ne tür bir şikâyeti olduğunu sormasıyla, ağrı olan ilgili kısmın tedavisine başlanması ile sözleşme kurulur³². Taraflar arasındaki sözleşme somut hareketlerle kurulabilmektedir.

Tarafların ehliyeti konusunda da genel esaslar uygulanır. Dolayısıyla, tam ehliyetliler ve sınırlı ehliyetliler teşhis ve tedavi sözleşmesini tek başlarına yapabilirler. Sınırlı ehliyetsizler ise, teşhis ve tedavi sözleşmesi Medeni Kanunun 16. maddesinin 2. cümlesinde belirtilen kişiye sıkı sıkıya bağlı olan hakların kullanılmasında yasal temsilcinin rızasının gerekli olmadığı düzenlemesine girdiği için sınırlı ehliyetsizlerde teşhis ve tedavi sözleşmesi yapabilirler³³. Bunun yanı sıra ikinci bir görüş de, özellikle sınırlı ehliyetsiz durumundaki kişinin korunması için, kanuni temsilci tarafından yapılması gerektiği üzerinde durulmuştur. Bunun gerekçesi olarak da TŞSTDK'nun 70. maddesinin “veli veya vasisi olmadığı veya bulunmadığı takdirde rıza şart değildir” düzenlemesi dayanak gösterilmiştir³⁴⁻³⁵.

Tam ehliyetsizler, temyiz kudretine sahip bulunmayan kişilerdir. Bu kişi-

29 **Yavuz, Cevdet**; Türk Borçlar Özel Hükümler, İstanbul 2007, 609; **Tandoğan, Haluk**; **Borçlar Hukuku**, Özel Borç İlişkileri, Ankara 1987, 359-360.

30 **Erman, Hasan**; Bülent Davran'a Armağan, İstanbul 1998, 143.

31 **Ott, 25**; **Schroder, 29**;

32 **Richard, E.**; Zwischenfaelle in der zahnaerztlichen Praxis und ihre zivilrechtlichen Konsequenzen, Berlin, 1968, 60.

33 **Zevkliler Aydın**; Medeni Hukuk, 6. B, Ankara 2000, 278.

34 **Zevkliler, 278-279**.

35 TŞSTDK'nun 70. maddesine göre “Tabipler, diş tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya hacir altına alınmış ise veli veya vasisinin evveleminde muvafakatini alırlar. Büyük ameliyei cerrahiler için bu muvafakatin tahriri olması lazımdır. (Veli veya vasisi olmadığı veya bulunmadığı veya üzerinde ameliye yapılacak şahıs ifadeye muktedir olmadığı takdirde muvafakat şart değildir)”.

lerin fiil ve dolayısıyla hukuki işlem ehliyetleri yoktur. Tek başlarına herhangi bir hukuki işlem yapmaları mümkün olmadığı gibi, istisnalar dışında (TBK. m.65) hukuka aykırı fiilleriyle verdikleri zararlardan da sorumlu değildirler. Bu nedenle taraflarından birini tam ehliyetsizin oluşturduğu teşhis ve tedavi sözleşmesinde sözleşme kanuni temsilci tarafından yapılmalıdır³⁶.

Diş hekimi ve hastası arasındaki sözleşmeye TBK m. 6'da yer verilen zımnî kabulde kurulabilir. Aynı şekilde taraflar arasında oluşacak sözleşmeye vekâlet hükümleri uygulanacağı için vekâlet sözleşmesinde zımnî kabul özel olarak düzenlenmiştir. Burada genel ve özel iki kural yarışmaktadır. Bundan dolayı daha özel olan Vekâlet sözleşmesinde düzenlenen m. 387 uygulama alanı bulur. Buna göre, "Vekilin tevdi edilen işi idare hususunda resmi bir sıfatı varsa veya işin icrası mesleğinin icabından ise yahut bu gibi işleri kabul edeceğini ilan etmiş ise vekâlet, vekil tarafından derhal reddedilmedikçe kabul edilmiş sayılır". Maddede yapılan icabın, derhal reddedilmediği takdirde kabul edilmiş sayılacağı yolunda kesin bir karine ifade edilmektedir. Bu nedenle, bu karinenin, icabın derhal reddedilmediği durumlarda, susmanın kabul niteliğinden ileri gelmediğini ispat etmek suretiyle çürütülmesi mümkün değildir³⁷.

Söz konusu karine "İşin görülmesi resmi sıfatı veya mesleğinin icabı olanlar" hakkında öngörülmüştür. Bu tür meslek sahiplerinin icabı derhal reddetmedikçe vekâlet sözleşmenin kabul edilmiş sayılması, hizmetlerini kamuya arz etmelerinin ve ruhsatları dolayısıyla faaliyet gösterdikleri alanda bir çeşit tekel sahibi olmalarının sonucudur³⁸. Özel olarak çalışan diş hekimleri de meslekî faaliyetlerini devletten aldıkları ruhsata dayanarak icra etmekte olup, aynı zamanda, hastalara karşı vekâlet sözleşme ile üstlenmiş oldukları işler, mesleklerinin icaplarındandır. Bu nedenle zımnî kabulü düzenleyen TBK. 387. madde hükmü özel sağlık kurum ve kuruluşları hakkında da uygulama alanı bulur. Diş hekimliği sözleşmesinin zımnî kabulü kurulması hasta açısından da mümkündür³⁹.

C. DİŞ HEKİMİNİN HASTANIN TEŞHİS VE TEDAVİSİNİ GERÇEKLEŞTİRME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Diş hekimleri, kendileriyle teşhis ve tedavi sözleşmesi yapan hastanın tıbbî teşhis ve tedavisini gerçekleştirmekle yükümlüdürler. Tıbbî teşhis ve tedavi, hastanın, iyileşmesi en azından ızdıraplarının asgari hadde indirilmesi için tıp bilimi ve uygulamasının öngördüğü esaslar çerçevesinde özenle faali-

36 Künzler, 74-75

37 Tandoğan, C. II, 387; Aşçıoğlu, 37; Tuhr, C. I-II, 157-158.

38 Tandoğan, C. II, 389; Aşçıoğlu, 37-38.

39 Tandoğan, C. II, 389-390; Bayraktar, 140.

yette bulunmayı kapsar. Hastanın tıbbî teşhis ve tedavisi, hastanın kesinlikle iyileştirilmesi anlamına gelmez. Burada özel sağlık kurum ve kuruluşunun herhangi bir sonuç borcu yoktur. Hastanın iyileşmesi için çaba sarf etmek en temel amacı oluşturur.

Diş hekimi hastanın tedavisine geçmeden önce gerekli teşhisi koymak mecburiyetindedir⁴⁰. Teşhis, en isabetli tedavi yönteminin seçilip uygulanabilmesinin ön şartıdır. Teşhis konulmadan tedavi yönteminin belirlenmesi mümkün değildir. Teşhisin doğru bir şekilde konulması, uygulanacak tedavi yöntemi buna göre belirleneceği için, tedavinin başarısı ya da başarısızlığı üzerinde son derece etkilidir⁴¹. Hekimin teşhis koyarken uyabileceği kesin kurallar bulunmamaktadır⁴². Öncelikle hastadan tam bir hastalığın geçmişini elde etmelidir⁴³. Daha sonra hastanın muayenesi yapılır. Muayene yapılırken hastayı daha önce muayene etmiş hekimlerin konsültasyonundan da yararlanılabilir. Son olarak da, hastalığın çıkış sebebi üzerine hasta ile istişare yapılmalıdır. Hekim, hastadan röntgen filmleri ve laboratuvar tetkikleri isteyebilir⁴⁴. Bütün bunları yaparken tıp bilimi ve uygulama hekime yol gösterir.

Hastanın muayenesi ve gerekli tetkikler sonucu diş hekimi kendi şahsi tecrübelerinden de yararlanarak hastaya teşhisini koyar. Bu fülle hastalığın ne olduğu anlaşılır. Söz konusu hastalığa göre de en uygun tedavi yöntemi belirlenir. En uygun tedavi yönteminden kasıt, “hastalığın tedavisi için riski en az ve fakat başarı şansı en fazla olan yöntem”dir. Doktrinde⁴⁵ “en emniyetli yol prensibi”nden söz edilmektedir. Dolayısıyla hekim aynı başarıyı daha az riskle temin etmeye elverişli tanınmış bir yöntem mevcut iken, daha fazla riski olan yeni bir yöntemi seçemez⁴⁶.

Diş hekimi, seçmiş olduğu tedavi yöntemini kural olarak bizzat uygulamakla yükümlüdür⁴⁷. Taraflar arasındaki güven ilişkisi, tedavinin hekim tarafından bizzat yürütülmesini gerekli kılmaktadır (BK. m.390 /III, TBK. m. 506/I). Hastanın tedavisinin gerekli kıldığı işlemleri baştan sona diş hekimi tarafından yerine getirilmesi mümkün değildir. Üçüncü şahıslar hekime tedavi de yardımcı olurlar hatta tıbbî tedavinin ifasını da hekim başkalarına bırakabilir⁴⁸.

40 İleri, 333; Gürelli, 279; Büyüksağış, Erdem, “Yaşama Şansının Yitirilmesi Sonucu Uğranılan Kayıplar Açısından Hekimin Tazminat Sorumluluğunun Kapsamı - Uygun İlliye Bağ Teorisine Değişik Bir Yaklaşım”, AÜHFD. C. 54, S. 4, (119-148), 122.

41 Köprülü, 589; Ziegner, 48-49; Özgül, 82-83.

42 Ott, 39.

43 Ott, 39.

44 Loeffler, 70,72; Ott, 39.

45 Ott, 41.

46 Bkz. 13. HD 04.03.1994 T, 8557 E, 2138 K, Uygur, C. II, s. 1371-1372.

47 Reisoğlu, 13.

48 Sarial, 54.

Diş hekimi, teşhis ve tedavi sözleşmesinden doğan yükümlülüğü borcunu yerine getirirken, tedavi faaliyetine ilişkin bir kısım işlerin yapılmasını yardımcı kişilere bırakılabilir⁴⁹. Bunlar hastaya iğne yapılması, ameliyata hazırlanması, röntgen filmlerinin çekilmesi, hastanın dişlerinin temizliği- dir. Hekim bu fiilleri bizzat ifa etmekle yükümlü olmadığı için söz konusu fiiller, yardımcı kişilere bırakılmaya elverişli (TBK. m.83) işlemlerdendir⁵⁰. Dolayısıyla hekim ile birlikte teşhis ve tedavi fiiline katılan hemşire, röntgen asistanı, laborant, hastabakıcı ve hijyen hemşiresi gibi kimseler yardımcı kişi sayılırlar⁵¹.

Diş hekimi yanında çalıştırdığı hemşire, hasta bakıcı, laborant gibi yardımcı şahsın fiillerinden Borçlar Kanunu'nun 116. maddesi çerçevesinde sorumlu tutulur⁵². Ancak bunun için yardımcı şahsın kusurlu olması şart değilse de, hastanın uğradığı zarar ile yardımcı şahsın eylemi arasında illiyet bağının bulunması şarttır. Hekim istihdam edenin sorumluluğundan farklı olarak (TBK. m.66), işi yardımcıya bırakmada, onu seçmede, ona nezaret etme ve talimat vermede kusurlu olmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulamaz. Burada, yardımcı kişi sorumlu değildir. Borçlunun sorumluluğunun temeli, farazi kusura dayanır⁵³. Yardımcı kişinin zarar verici davranışında bizzat borçlu bulunmuş olsaydı, bu davranış onun için kusurlu sayılacak ise, borçlunun farazi kusuru gerçekleşmiş olur. Buna karşılık borçlu, yardımcı kişinin davranışında bulunsa idi, bu onun için de kusurlu bir davranış sayılmazsa, borçlu bu durumu ispat ederek sorumluluktan kurtulur⁵⁴. Hasta, diş hekiminin muayenehanesinde veya hastanesinde çalışan diğer personeli (TBK. 49) sorumlu tutabilir; çünkü hasta ile personel arasında herhangi bir sözleşme yoktur.

Diş hekimi, hastası ile arasında yapılan sözleşme gereği, hastasının kural olarak tıbbi teşhis ve tedavisini bizzat gerçekleştirmek zorundadır. Ancak, hekim, bazı hallerde yerine başkasını getirebilir; yani, sözleşmeyle üstlenmiş olduğu tıbbî teşhis ve tedavi borcunu, denetimi söz konusu olmaksızın üçüncü bir şahsa aktarır. Bu duruma ikame adı verilmektedir⁵⁵.

Hekimin kendisi yerine bir başkasını koyması, vekâlet sözleşmesinde olduğu gibi iki değişik şekilde ortaya çıkabilir⁵⁶. Birincisinde, hekim, hastayı teşhis ve tedavi etme borcunu kendi adına yaptığı sözleşmeyle başka

49 Sarial, 54.

50 Ott, 67; Reisoğlu, 15; Sarial, 54.

51 Ott, 66; Reisoğlu, 15.

52 Ott, 66.

53 Reisoğlu, 15; Köprülü, 601; Erzurumluoğlu, 202.

54 Belgesay, (Mesuliyet), 78, 139; Eren, C. II., 1070.

55 Ott, 68; Yavuz, 644.

56 Ayan, 69.

bir hekime bırakır ki, böyle bir durumda “alt vekâlet”ten söz edilir. Alt vekâlette hekim ile hasta arasındaki teşhis ve tedavi sözleşmesi devam eder. Bu arada, teşhis ve tedavi edimi kendisine bırakılan hekimle hasta arasında, herhangi bir sözleşme yoktur. Sadece birinci hekimle, onun tevkil ettiği hekim arasında bir vekâlet sözleşmesi bulunmaktadır. İkincisinde ise, hekim hastası adına yapmış olduğu bir sözleşmeyle teşhis ve tedavi borcunu diğer bir hekime bırakır. Burada ikame vekâlet söz konusu olur. Hasta ile yeni hekim arasında bir sözleşme kurulmuş olur. Aksi kararlaştırılmadıkça birinci hekimin sorumluluğu devam eder⁵⁷.

Kendisi yerine bir başkasını koyan hekimin sorumluluğu bunun caiz olup olmamasına göre değişir. Borçlar Kanununun 506/I’ e göre, caiz ikame üç halde mümkündür. Bunlardan birincisi, hekimin kendisi yerine bir başkasını koymasına hastanın muvafakat etmesidir. Muvafakat açık veya örtülü olabilir⁵⁸. İkincisi örfün hekimi yetkili kılmasıdır. Örneğin, muayenehanede çalışan ve dış tedavisini üstlenen hekimin tatile gitmesi durumunda diğer bir dış doktoruna bırakması, gibi durumlarda örfün hekimi yetkili kıldığı kabul edilmektedir. Dış hekiminin kendi yerine bir başkasını koyması halinin üçüncüsü ise, şartların onu zorlamasıdır. Mantıklı bir sebep, hekimin edimini şahsen ifa etmesini engellemekte ve tedavinin ertelenmesi ise hasta için önemli bir zarar tehlikesini taşımaktadır⁵⁹. Burada hekimin kendi yerine başkasını koymada bir zaruret hali bulunmaktadır. Örneğin, aniden rahatsızlaşan bir dış hekiminin yerine geçen diğer bir meslektaşının ameliyatı sürdürmesinde durum böyledir⁶⁰. İkamenin caiz olduğu durumlarda dış hekimi, sadece “yerine geçecek kişiyi seçme ve ona talimat vermede sadakatli özenli hareket etme” bakımından sorumludur (TBK. m.506 /II)⁶¹. Buna karşılık, yerini alan hekimi gözetim altında bulundurmak ve denetlemekle yükümlü değildir⁶².

Borçlar Kanununun, 506/I’de düzenlenmiş olan ve yukarıda ele aldığımız şartlardan herhangi biri mevcut değilse, artık caiz olmayan ikame var demektir. Caiz olmayan ikamede ise, asıl dış hekiminin yerine geçen kişinin eyleminden “sanki kendisi yapmış gibi” sorumlu olur (TBK. m. 507/I)⁶³. Gerek caiz gerekse caiz olmayan alt vekâlette, hasta, birinci hekime karşı sahip bulunduğu bütün hakları doğrudan doğruya ikincisine karşı ileri sürebilir (TBK. m. 507/III). İkame vekâlette ise, tevkil edilen hekim ile

57 Tandoğan, C. II, 462; Sarıal, 51.

58 Loeffler, 109.

59 Sarıal, 53.

60 Reisoglu, 13.

61 Ott, 69; Sarıal, 51.

62 Tandoğan, 466; Sarıal, 51.

63 Ott, 69.

hasta arasında ayrı bir vekâlet ilişkisi kurulmuş olduğundan, Borçlar Kanunun 507/III'ün uygulanmasına gerek yoktur⁶⁴. Diş hekimleri ile hastalar arasında yapılan sözleşmede, ikame vekâletin caiz olup olmaması tarafların yaptıkları sözleşmenin içeriğine göre belirlenir. Eğer hasta, diş hekimi ile sözleşme yapmada hekimin şahsını önemseyerek sözleşme yapmışsa, hekim olağanüstü durumların dışında (ölüm, hastalık vb) tıbbî müdahaleyi bizzat yapmakla yükümlüdür.

D. VEKÂLETSİZ İŞ GÖRME

Bir kimse başkasının yararına bir işi veya hizmeti yerine getirmesi vekâlet sözleşmesi olarak adlandırılmaktadır. Ancak söz konusu kişinin başkası adına iş yapması hep lehine bir iş yapılanın iznini gerektirir. Bu durum bazı durumlarda olmayabilir. İşte, bir kimse başkasının hukuk alanına kendi yararına müdahale edebileceği gibi iş sahibi lehine de müdahale edebilir. Birincisi, gerçek olmayan ikincisi ise, gerçek vekâletsiz iş görmedir.

Diş hekimi, bazı hallerde hastasının rızası olmadan onun lehine bir müdahalede bulunursa bu durumda gerçek vekâletsiz iş görme söz konusu olur. Çünkü diş hekimi, başkasına (hastasına) ait bir işi onun izni olmadan gerçekleştirmiş bulunmaktadır⁶⁵. Örneğin, diş hekimi, hastasına ait bir dişin çekimi sırasında, hastanın diğer bir dişinin de belli kısmının çürüdüğünü görünce o kismada müdahale ederek hastanın dişini kurtarması durumunda⁶⁶ gerçek vekâletsiz iş görme hükümleri geçerlidir.

Vekâletsiz iş görme hükümleri, diğer sözleşmelere göre dar uygulama alanına sahiptir ki, önce taraflar⁶⁷ arasında sözleşme ilişkisi aranır. Vekâletsiz iş görme müessesesi, sanki taraflar arasında bir sözleşme varmış gibi hüküm ve sonuç doğurur⁶⁸. Yani kendi lehine iş yapılan kişi, eğer haberdar olsa idi, yapılan işe rıza gösterirdi varsayımdan hareketle sözleşmeye ilişkin hükümler uygulanır. Bu duruma doktrinde, sözleşme benzeri ilişkiler adı verilmektedir. Sanki taraflar sözleşme yapmak istiyorlarmış gibi yorumlanır ve sözleşme hükümleri geçerli olur⁶⁹.

Diş hekimi ve hastası arasında gerçek vekâletsiz iş görmenin oluşum halleri, daha çok hekimin gerçekleştirmekte olduğu operasyonları genişletmesinde ve acil durumlarda görülmektedir⁷⁰. Diş hekimi, dişlerinden

64 Tandoğan, C. II, 468-469.

65 Yavuz, Cevdet; Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2007, 792; Özdemir, Hayrunnisa; "Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi, 153-154; Şenocak, 103-104.

66 Schroder, 54.

67 Ott, 74.

68 Loeffler, 12; Gautschi, G., Berner Kommentar, Band VI, Obligationenrecht, 5. Teilband: Der Kreditbrief und der Kreditauftrag, Maeklervertrag, der Agenturvertrag, und die Geschäftsführung ohne Auftrag, 2. Auflage, bern 1964, Vorbemerkungen, PN. 5a.

69 Keller, A., Haftpflicht im Privatrecht, 2. Unveränderte Auflage, Bern 1971, 371.

70 Schroder, 54-55; Ott, 75.

darbe alan ve baygın durumda olan hastaya müdahalede bulunarak dudağını kesen dişlere müdahale edilmesinde diş hekimi vekâletsiz iş görme hükümlerine göre sorumlu olur.

Vekâletsiz olarak iş gören diş hekiminin sorumluluğu TBK m. 527/I'de “ Vekaletsiz iş gören, her türlü özensizliğinden sorumludur” şeklinde düzenlenmiştir. Buradan hareketle denilebilirki, vekâletsiz iş gören, iş sahibine karşı her türlü kusurundan sorumludur. Böylece vekâletsiz iş gören, TBK m. 112-116'de belirli genel akdi sorumluluk altında olmaktadır. O halde vekâletsiz iş görenin sorumluluğu için, bir akit benzeri borcun ihlali, uygun illiyet bağının varlığı ve kusurun varlığını gerekli kılar. Sorumluluk için kusurun derecesi önemli değildir. Burada da kusur karinesi geçerlidir⁷¹. Vekâletsiz iş görenin bazı hallerde sorumluluğu hafifler. Bu durumlar ise, kanun metninde, “Ancak, iş gören bu iş, iş sahibinin karşılaştığı zararı veya zarar tehlikesini gidermek üzere yapmışsa, sorumluluğu daha hafif olarak değerlendirilir” şeklinde düzenlenmiştir. Diş hekimi hastanın yararına olarak operasyona konu olmayan diğer diş yapılan müdahalede bulunması durumunda bu durumun hasta yararına olmasından dolayı diş hekiminin sorumluluğu, daha hafif karalaştırılır.

Ancak, hasta açıkça veya üstü örtülü olarak operasyonun sadece ilgili diş için yapılmasını belirtmişse ve bu yasaklama hukuka ve ahlaka da aykırı değilse yinede diş hekimi hastanın diğer dişine de operasyon yapmışsa bu durumda diş hekimi beklenmedik hallerden dahi sorumludur (TBK. m. 527/II). Ancak diş hekimi bir kurtuluş kanıtı getirebilir. Söz konusu zarar, kendisi müdahalede bulunmamış olsaydı dahi gerçekleşeceğini ispat ederek sorumluktan kurtulur.

Vekâletsiz olarak iş gören diş hekiminin iade sorumluluğu, TBK. m. 528/I'de “ İş gören, sözleşme ehliyetinden yoksunsa, yaptığı işlemde ancak zenginleştiği ölçüde veya iyi niyetli olmaksızın elinden çıkardığı zenginleşme miktarıyla sorumlu olur” hükmüne yer verilmiştir. Ayrıca maddenin ikinci fıkrasında haksız fiillerden doğan sorumluluk halleri saklı tutulmuştur. Burada diş hekiminin herhangi bir sebeple sözleşme ehliyetinden yoksunluğu anlaşılmalıdır. Diş hekiminin sınırlı ehliyetsiz olması, operasyonda bulunduğu sırada temyiz gücünden yoksun olması hallerinde mümkündür. Bu durumlarda, vekâletsiz yaptığı işten ne kadar zenginleşmişse onu veya kötüniyetli bir şekilde elinden çıkardığı yani gerekli dikkat ve özeni gösterseydi kaybedilmeyecek kazanç miktarından da sorumludur.

71 Yavuz, 796; Gautschi, Art. 420, PN. 10a.

Kendisine karşı müdahalede bulunulan hasta ise, diş hekimine karşı gerekli edimlerde bulunacaktır. Bunlar TBK. m. 529'da düzenlenmiştir. Buna göre, “ İş sahibi, işin menfaatine yapılması halinde, işgörenin, durumun gereğine göre zorunlu ve yararlı bulunan bütün masrafları faiziyle ödemek ve gördüğü iş dolayısıyla üstlendiği edimleri ifa etmek ve hâkimin takdir edeceği zararı gidermekle yükümlüdür” düzenlemesine yer vermiştir. Buna göre, hasta diş hekiminin yaptığı ve halin icaplarının yapılmasını haklı gösterdiği tüm zorunlu ve faydalı masrafları ödemekle yükümlüdür. Ayrıca bir sözleşme yapılsaydı ödemek zorunda kalacağı ücreti de ödemek zorundadır. Örneğin, eğer diş hekimi operasyonu genişletmeyip diğer çürümüş dişide dolgu yapmasaydı, hasta başka bir zaman mutlaka gidip dişine dolgu yaptırmak için bir diş hekimine başvuracaktı. İşte bu durumda, ödeyeceği miktarı vekâletsiz iş gören hekime de ödemekle yükümlüdür. Bunların yanı sıra, diş hekimin yaptığı vekâletsiz iş görme dolayısıyla üçüncü kişilerle giriştiği, borçlardan da kurtarması gerekir. Diş hekimi, vekâletsiz olarak operasyonu genişleterek veya hastaya zor bir durumda gerekli özeni ve ihtimamı göstererek bir müdahalede bulunmuş ancak yinede sonuç alınamaması durumlarında da, hasta diş hekimine, kanun metninde belirtilen gider kalemlerini ödemekle yükümlüdür. Bu durum, TBK. m. 529'un ikinci cümlesinde “...Bu hüküm, umulan sonuç gerçekleşmemiş olsa bile, işi yaparken gereken özeni göstermiş olan işgören hakkında da uygulanır” şeklinde düzenlenmiştir. Bunun bir istisnası vardır. Eğer diş hekimi, hastanın maddi olarak zor durumunu göz önünde bulundurarak bağışlama şeklinde gerçekleştirmiş ise, bu durumda diş hekimi hastadan bir ücret isteyemez⁷²

E. HEKİMİN AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

1. GENEL OLARAK

Diş hekimi ile hastası arasında yapılan sözleşme güven ilişkisine dayanmaktadır. Aydınlatma yükümü, taraflar arasında güven ilişkisinin mevcut olduğu ilişkilerde daha da ön plana çıkar⁷³. Hekimin hasta üzerindeki, her önlemi, hastanın da onayını katılımını gerektirir⁷⁴. Diş hekimi bizzat hastayı veya kanuni temsilcisini (veli veya vasi), uygulanacak teşhis ve tedavi konusunda aydınlatmak zorundadır. Bu aydınlatma faaliyeti neticesinde, hasta veya kanuni temsilci, uygulanacak tıbbî teşhis ve tedaviye rıza gösterebileceği gibi göstermeyebilir. Hekim veya özel sağlık kurum ve kuruluşları ancak bu rızayı aldıktan sonra teşhis ve tedavi edimini yerine

⁷² Tandoğan, C. II, 682-683.

⁷³ Başpınar, Veysel; Vekilin (Avukatın, Hekimin, Mimarın ve Bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, 2. Bası, Ankara 2004, 143.

⁷⁴ Deutsch, E/Spickhoff, A; Medizinrecht, 5. Auflage, 2003, 62.

getirebilir. Bu nedenle, hekimin tıbbî teşhis ve tedaviye geçmeden önce hastayı veya kanuni temsilcisine aydınlatması, tıbbî olduğu kadar hukuki bir ödev ve yükümlülüktür.

2. Aydınlatma Kavramı ve Önemi

Aydınlatma konusu, dış hekiminin hastasına uygulayacağı müdahaleyi hukuka uygun hale getiren bir durumdur⁷⁵. Aydınlatma yükümü temellerini Anayasadan alır. Öyle ki, Anayasamızın 17. Maddesine göre, kişinin vücudu üzerinde rızası olmaksızın tıbbi müdahalede bulunulamaz. Bu sebeple, rıza çok önemli bir koşuldur. Hastanın kendisine uygulanacak müdahalelere rıza verebilmesi için onun yeterli düzeyde aydınlatılması gerekir. Anayasanın 17. maddesinin yanı sıra, kişilik hakkını koruma amacına yönelik Medeni Kanunun 23 ve 24. maddelerinin de hukuki dayanak olarak kabul edilebilir⁷⁶ Anayasa ve Medeni Kanundan başka hekimin hastayı aydınlatma yükümlülüğü düzenlendiği özel hükümler de mevcuttur. TŞSTİDK'nun 70. maddesine göre, “bütün tıbbî müdahaleler için yetkili şahsın rızasını almak zorunludur. Rızanın geçerli olabilmesi içinse, hastanın, muvafakat beyanından önce müdahalenin türü, kapsamı ve sonuçları üzerinde aydınlatılması gerekir”⁷⁷.

Aydınlatma borcu açısından, Tıbbî Deontoloji Nizamnamesinde genel bir hüküm mevcuttur. Söz konusu Nizamnamenin 14/II'e göre “Tabip ve dış tabibi, hastasına ümit vererek teselli eder. Hastanın maneviyatı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimali bulunmadığı takdirde, teşhise göre alınması gerekli tedbirlerin hastaya açıkça söylenmesi lazımdır” düzenlemesinde de, hastanın aydınlatılmış rızası aranmaktadır⁷⁸.

Bu özel düzenlemelerin yanı sıra, Dünya Tıp Birliğinin (DTB) Lizbon'da 1981 yılında kabul ettiği altı maddeden oluşan bildirinin üçüncü maddesinde de hastanın “Uygun ve yeterli ölçüde bilgilendirdikten sonra tedaviyi ret veya kabul hakkı” olduğu ilkesi kabul edilmiştir. Bu bildiriye paralel olarak ülkemizde düzenlenen “Hasta Hakları Yönetmeliğinin 15. maddesinin bi-

75 “Die **Wiegand, Wolfgang**; Aufklaerungspflicht”, in: Handbuch des Arztrechts, Hrsg. Heinrich Honsell, Zürich 1994, 151; BGE 117 Ib 197ff.

76 **Özsunay**, 35; **Ayan**, 73; **Hakeri, Hakan**, Tıp Hukuku Ankara 2010, 99.

77 **Atabek /Sezen'e** göre; yasa koyucu, 1219 sayılı Kanunla büyük ameliyatlar için yazılı izin şartını getirirken “malumat verme külfetini zimnen hekime tahmil etmiş bulunmaktadır” (**Bkz. Atabek /Sezen**, 150); **Yılmaz, Battal**; Aydınlatılmış Rıza, Sağlık Hukuku Digestası, Ankara 2009, 169; **Çakmut, Özlem Yenerer**, Sağlık Hukukunun Temel Esasları ve Özellikle Aydınlatılmış Onam, in: Tıbbi Müdahalede Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk, 16-17 Ocak Mersin Barosu, 2009, 3; **Doğan, Cahid**, Hastanın Aydınlatılması ve Rızanın Alınması, in: Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Girne-Amerikan Üniversitesi Sağlık Hukuku Sempozyumu, 2-3 Mart 2009, 126; **Oral, Tuğçe**; Hekimin Aydınlatması ve Hastanın Rızasını Alma Yükümü, Ankara Barosu Dergisi, 2011/II, 188; **Dural, Mustafa**; Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, in: Uluslar arası I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, 24-25 Nisan 2008, 256; **Kuhn, Moritz**; “Die rechtliche Beziehung zwischen Arzt und Patient” in: Handbuch des Arztrechts, Hrsg. Heinrich Honsell, Zürich 1994, 27;

78 **Özsunay**, 34.

rinci fıkrasına göre, hasta, kendisine uygulanacak tıbbî işlemler ile bunların muhtemel sonuçları üzerinde bilgi isteme hakkına sahiptir⁷⁹.

Diş hekimi ve hasta arasında gerçekleşen sözleşmeden doğan bir yan yükümlülük olarak⁸⁰ aydınlatma, diş hekimin vereceği bilgilerle hastanın, uygulanması düşünülen tıbbî teşhis ve tedavi üzerinde serbestçe karar verebilecek duruma getirilmesidir⁸¹. Çünkü sadece yeterince bilgi sahibi yapılan hasta, önerilen tedaviye razı olup olmama hususunda serbest iradesiyle karar verebilir⁸². Olumlu ve olumsuz yönlerini bilmeden tıbbî teşhis ve tedaviye muvafakat eden hastanın veya kanuni temsilcinin kendi serbest iradesiyle karar verdiğinden söz edilemez. Hasta veya kanuni temsilci tarafından verilen rızanın geçerli olabilmesi için mutlaka tarafların serbest iradelerine dayanmalıdır⁸³.

Aydınlatma yükümlülüğü yerine getirilmesi bakımından hasta veya kanuni temsilciye, tıbbî bulgular ve teşhis hakkında açıklayıcı bilgilerin verilmesi gerekir⁸⁴. Hasta yakalanmış olduğu hastalığın bütün özelliklerini öğrenmelidir. Buna, yani muayene sonucu elde edilen bulguların açıklanmasına “teşhis aydınlatması” adı verilmektedir⁸⁵. İkinci olarak, hastaya, tedavi ile müdahalenin türü ve içeriği; muayene sonucu tespit edilen hastalığın te-

79 “Hasta, sağlık durumunu, kendisine uygulanacak tıbbî işlemleri, bunların faydaları ve muhtemel sakıncaları, alternatif tıbbî müdahale usulleri, tedavinin kabul edilmemesi halinde ortaya çıkabilecek muhtemel sonuçları ve hastalığın seyri ve neticeleri konusunda sözlü veya yazılı olarak bilgi isteme hakkına sahiptir” (HHY. m. 15/I); **Kıcalıoğlu, Mustafa;** Doktorların ve Hastanelerin Tıbbî Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumlulukları, Ankara 2011, 99.

80 **Sarıal,** 55,56; **Ott;** 30-34; Türk ve Alman Hukukunda sözleşmede diğer davranış yükümleri olarak da anılan yan yükümlülükler arasında yer almaktadır (Şenocak, Zarife, Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, Ankara 1998, 46).; Eren, aydınlatma yükümlülüğünü ifaya yardımcı yan yükümler arasında saymıştır (**Eren, Fikret;** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 11. Bası, Ankara 38); Buna karşın, Kılıçoğlu, hekimin aydınlatma yükümlülüğünü yardımcı yükümlerden koruma yükümlerine dahil etmektedir (Kılıçoğlu, Ahmet; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası Ankara , 28).

81 **Köprülü,** 594; BGH VersR 1994, 682: “Dayanılmaz diş ağrılarından dolayı diş hekimine başvuran hastaya hekim, daha evvel birçok kez tıbbî müdahale edilen beyaz dişin çekilmesi gerektiğini belirtmiştir. Dişin çekiminden sonra hastanın sinirleri zarar gördüğünden ağrılar oluşmuş ve dirençli bir Osteomyelitis görülmüştür. Olay yüksek mahkemeye intikal etmiştir. Mahkeme, diş hekiminin hastasını beyaz diş çekiminin tehlikesini ve rizikolarını ve diğer diş hekimliğine ait alternatif tedavi yöntemleri hakkında hastasını aydınlatmak zorundaydı. Aydınlatma burada evleviyetle gerekli idi. Çünkü diş çekiminin alternatifleri hastaya verilmemişti. Hastaya uygulanacak müdahale çok aciliyet gerektirse bile yine de hasta kendi kaderini belirleme ilkesi gereği, şahsına uygulanacak müdahaleye bizzat kendisi kara vermelidir”

82 **Bayraktar,** 124-125.

83 “... Yalnız bu rızanın hukuken geçerli olabilmesi için kişinin, sağlık durumunu, yapılacak müdahaleyi ve etkileri ile sonuçlarını bilmesi, bu konuda yeterli kadar aydınlanması ve iradenin serbestçe açıklanması gerekir. Bu itibarladır ki, ancak aydınlatılmış ve serbest irade sonucu verilmiş rıza, hukuken değerli olan rızadır” (Y. 4HD. 7.3.77. T, E.6297/K. 2541); LG Trier 1992, 580: Diş hekimi hastasına oluşabilecek sinirlerin zarar görmesini ve önemli bir süre ağrıların devam edeceği hakkında bilgilendirilmelidir. Bu tür yan etkilerin oluşma ihtimali % 1 bile olsa diş hekimi bunu anlatmalıdır.

84 **Deutsch,** 1305.

85 **Deutsch,** 1305; **Roggo,** 114; **Ozanoğlu, H.S.;** Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü, AÜHFD., C. 52, S.3 (2003) 55vd, 68; **Wiegand,** 156.

davi edilemediğinde meydana gelebilecek olumsuz sonuçlar anlatılmalıdır⁸⁶. Buna da “süreç aydınlatılması” adı verilir. Bu aydınlatmanın amacı, hastanın daha sonra uygulanacak tedaviye razı olmasını sağlamaktır⁸⁷. Hastaya veya kanuni temsilcisine ayrıca, tıbbî müdahalenin beraberinde getirebileceği tehlikeler hakkında da bilgi verilmesi gerekir. Bu tehlikelerin yanında hastaya, uygulanacak tedavinin yan etkileri de bildirilmelidir⁸⁸. Örneğin, yaranın iltihaplanabileceği, bir uzvun yeteneğini kaybedebileceği vb. anlatılmalıdır. Bu aydınlatma türüne de “riziko aydınlatması” adı verilir⁸⁹. Riziko aydınlatması, süreç aydınlatmasıyla birlikte hastanın önemli tehlikeleri taşıyan tıbbî teşhis ve tedaviye razı olmasına yardım eder. Riziko aydınlatması hastan uygulanacak tıbbî müdahaleye göstereceği rıza için çok önemlidir. Çünkü bu aydınlatma türünde hastaya diş hekimi dişlerine uygulanacak müdahale sonucu ağız boşluğunda veya dişin kendisinde oluşacak sinir rahatsızlıklarını, yapılacak uygulamanın sinüsleri etkileyip etkilemeyeceği durumları açık açık anlatması gerekir⁹⁰. Riziko aydınlatmasında en önemli kısmı Implant tedaviler almaktadır. Damakta diş olmayan kısma yerleştirilen sun’i diş uygulamasında, sinüslerin ve diğer çenede bulunan sinirlerin zarar görmesi olabileceği göz önüne alınarak aydınlatma bu alanlarda daha da ayrıntılı olarak yapılmalıdır⁹¹.

Yukarıda anlatılanlara ek olarak riziko aydınlatmasında hekim diş hekimi, hastasına kendisine vereceği ilaçlar hakkında da gerekli aydınlatmayı yapmalıdır. Çünkü hastanın uygulanacak ilaçlara alerjisi olabilir. İlaçların mutlaka özellikleri hastaya veya kanuni temsilcisine anlatılmalıdır⁹². Anesteziye kullanılan ilaçlar ve kullanım tarzı konusunda da aydınlatılma gerçekleşmelidir. Işınli dolgu yaparken hastaya yapılan müdahale olumlu ve olumsuz yönleriyle anlatılmalıdır. Aksi takdirde hastanın yüzünden ısı-

86 Ott, 133; Hakeri, 112; Petek, Hasan; Güzelleştirme Amaçlı Estetik Ameliyatlardan Doğan Hukuki Sorumluluk, Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, S. 1, Y. 2006, (177-239), 202; Başpınar (Organ Nakli), 198; Ziegner, 88.

87 Deutsch, 1305; Oğuzman, 83; Oexmann/Georg, 21, PN. 54.

88 Deutsch, 1305.

89 Deutsch, 1306; Oexmann/Georg, 17; Ayan, 72; Ozanoğlu, 67; Çilingiroğlu, 60; Özgül, Mehmet Emin; Yeni Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, İstanbul 2010, 199.

90 Oexmann/Georg, 17; Deutsch/Spickhoff, 179, PN. 286; Schröder, 83; LG Bonn VersR 1989, 811: Normal bir surette diş çekiminde sinir dokularının hasar görmesi; VersR 1989, 290: Beyaz dişin çekiminde alt çeneden beyne ulaşan Nervus Alveolaris adlandırılan sinirlerin zarar görmesi; BGH VersR 1994, 682: “Dayanılmaz diş ağrılarından dolayı diş hekimine başvuran hastaya hekim, daha evvel birçok kez tıbbi müdahale edilen beyaz dişin çekilmesi gerektiğini belirtmiştir. Dişin çekiminden sonra hastanın sinirleri zarar gördüğünden ağrılar oluşmuş ve dirençli bir çekiminde sinir dokularının hasar görmüştür. Olay yüksek mahkemeye intikal etmiştir. Mahkeme, diş hekiminin hastasını beyaz diş çekiminin tehlikesini ve rizikolarını ve diğer diş hekimliğine ait alternatif tedavi yöntemleri hakkında hastasını aydınlatmak zorundaydı. Aydınlatma burada evleviyetle gerekli idi. Çünkü diş çekiminin alternatifleri hastaya verilmemişti. Hastaya uygulanacak müdahale çok aciliyet gerektirse bile yinede hasta kendi kaderini belirleme ilkesi gereği, şahsına uygulanacak müdahaleye bizzat kendisi kara vermemelidir”

91 Günther, Zahnarzt-Recht und Risiko, Pn. 1048; Gabka, Komplikationen und Fehler bei der zahnärztlichen Behandlung, 345; Ziegner, 91.

92 Wagner, Zur Aufklärungspflicht bei zahnärztlicher Behandlung, 162-164; Doğan; 134; Dural, 250.

na karşı oluşacak alerji veya deri hastalıklarının oluşumundan diş hekimi sorumludur. Ayrıca, diş hekimi hastasına uygulayacağı amalgam dolgular içinde hastaya bilgi vermelidir. Amalgam dolgular hakkında kamuoyunda içerisinde cıva barındırmasından dolayı sakıncalı görülmektedir. Ancak amalgam dolgular sağlamlıkları ve uzun ömürlü olmalarından dolayı diş hekimleri tarafından tercih edilmektedirler. Kendisine ilk kez amalgam dolgu yapılacak hasta diş hekimi tarafından rizikolarına karşı aydınlatılmalıdır.

Aydınlatma türlerinden bir diğeri ise, fiyat aydınlatmasıdır. Hastaların bağlı oldukları sigorta şirketleri diş hekimi tarafından uygulanacak tıbbi müdahalelerin bazılarını karşılamamaktadır. Bundan dolayı bizzat hekimin uygulanacak müdahalenin ne kadarının sigorta tarafından karşılanacağı ne kadarının da hasta tarafından bizzat karşılanacağı konusunda müdahaleye girilmeden hastaya anlatılmalıdır⁹³. Hasta bu açıklamalar sonucu müdahalede bulunulup bulunulmamasını talep edecektir. Hekim verdiği bilgilerin doğruluğu konusunda hastasına karşı sorumludur. Bundan dolayı hastaya bilgi verilirken uygulanacak müdahalelerin devam süreleri ve fiyatları konusunda hastasını doğru bir şekilde aydınlatmalıdır. Ancak hasta daha evvelde aynı diş hekimi tarafından aydınlatılmışsa, bir kez daha aydınlatmaya gerek yoktur⁹⁴.

3. AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN KAPSAMI

Diş hekiminin aydınlatma yükümünün içeriği ve kapsamı, konusunda Türk Hukukunda her hangi bir düzenleme bulunmamaktadır⁹⁵. Türk Hukukunda bu alanda en genel düzenleme, Tıbbî Deontoloji Nizamnamesinin 14. Maddesidir⁹⁶. Aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı her somut olaya göre belirlenir. Bundan dolayıdır ki yükümlülük bazı hallerde ortadan kalkabileceği gibi bazı hallerde de kapsamı daralıp genişleyebilir.

Diş hekiminin aydınlatma yükümünün genişlemesinde, uygulanacak tıbbi teşhis ve tedavinin ivediliğidir⁹⁷. Eğer uygulanacak tıbbi teşhis ve tedavi ivedi değilse, aydınlatmanın kapsamı da genişler. Aksi bir du-

93 Michalski, L; (Zahn) Aertzliche Aufklaerungspflicht über die Ersatzfachigkeit von Heilbehandlungskosten, VersR 1997, 137 (140); Baden, E, Wirtschaftliche Aufklaerungspflichten in der Medizin, NJW 1988, 746; Füllgraf, L, Zur wirtschaftlichen Aufklaerungspflicht des Arztes, NJW 1984, 2619; Oexmann/Georg, 25; Özgül, 191.

94 Deutsch/Spickhoff, 181, PN. 287.

95 Ayan, 75vd; Çilingiroğlu, 63-64.

96 "Tabip ve diş tabibi, hastanın vaziyetinin icabettirdiği sıhhi ihtimamı gösterir. Hastanın hayatını kurtarmak ve sıhhatini korumak mümkün olmadığı takdirde dahi, ıstırabını azaltmaya veya dindirmeye çalışmakla mükelleftir. Tabip ve diş tabibi hastasına ümit vererek teselli eder. Hastanın maneviyatı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimali bulunmadığı takdirde, teşhise göre alınması gereken tedbirlerin hastaya açıkça söylenmesi lazımdır. Ancak, hastalığın, vahim görülen akıbet ve seyrinin saklanması uygundur. Meş'um bir prognostik hastanın kendisine çok büyük bir ihtiyatla ihsas edilebilir. Hasta tarafından, böyle bir prognostiğin ailesine açıklanmaması istenilmemiş veya açıklanacağı şahıs tayin olunmamış ise, durum ailesine bildirilir".

97 Özgül, 212.

rumda aydınlatma yükümünün kapsamı daralır. Kapsamın genişlediği bir diğer hal ise, hastaya uygulanacak teşhis ve tedaviye bağlı olarak tehlikenin büyüklüğüdür. Örneğin, hastanın dişlerinde kist oluşumunda buna ilişkin uygulayacağı tedavi hakkında hastasını diş hekimi geniş bir şekilde aydınlatmalıdır. Ayrıca yeni bir tedavi uygulamak isteyen hekim, bu durumda da ayrıntılı bir şekilde hastayı aydınlatmalıdır⁹⁸.

Aydınlatma yükümü bazı hallerde ise, tamamen ortadan kalkar. Aydınlatmanın ortadan kalktığı hallere bazen hasta sebep olabilir. Örneğin hasta kendisinin aydınlatılmasını istemeyebilir⁹⁹. Bazı haller ise diş hekimliğinde genel rizikoları bilinen durumlar olduklarından bu tür durumlarında aydınlatılmasına gerek yoktur. Ancak her ne kadar genel tarafından bilinse de nadirde olsa bazı yan etkileri görülebiliyorsa bu durumlarda aydınlatma olmalıdır. Ancak bu tür genel nitelikteki durumlarda hastanın aydınlatılmasına gerek yoktur¹⁰⁰. Aydınlatma hasta üzerinde kötü bir tesir bırakıp onun ruhsal bunalıma sokacaksa bu durumlarda da diş hekimi hastayı aydınlatmaz. Bu durumda teşhisi koyup tedaviyi seçme özgürlüğünü içine alan tedavi özekliği söz konusudur¹⁰¹. Aydınlatmanın gerçekleşmesi hasta veya yakınları için anlamsız hale gelmişse bu durumlarda da aydınlatma yükümü ortadan kalkar¹⁰². Bazı durumlarda da diş hekimi, hastasına yaşamsal önemi olan ve acilen uygulanması gereken tıbbî müdahaleyi uygulamasıdır. Bu durumlara endikasyon halleri adı verilir. Endikasyon, tıbbî müdahalenin yapılmasının tıbben gerekli olmasıdır. Endikasyon tıbbî olabileceği gibi sosyal veya psikolojik olabilir¹⁰³. Bu hallerde tıbbî müdahaleyi gerekli kılar. Örneğin, tıbben çenesinde herhangi bir problem olmayan bir kişinin sırf estetik kaygıyla çenesini düzelttirmesi durumunda psikolojik endikasyon gerçekleşmiştir¹⁰⁴.

Aydınlatma yükümünün borçlusu olarak hekim, hasta ayırt etme gücüne sahip ise, bizzat hastayı; aksi durumlarda ise, onun yasal temsilcilerini muhatap alarak aydınlatmakla yükümlüdür. Diş hekimi, ayırt etme gücü olamayanın kanuni temsilcilerine hastalığın teşhisi ve uygulanacak tedavi

98 **Deutsch (Zeitpunkt)**, 1305; **Ayan**, 77; **Schröder**, 86; **BGH NJW 1971**, 1887 (1888); **BGH VersR 1979**, 720, (721).

99 **Ott**, 37; **Sarial**, 59; **Schroder**, 33.

100 **Künell**, E, Die Ersatzansprüche beim Vorliegen eines ärztlichen Kunstfehlers, **VersR 1980**, C. 21 (A), 502; **Schröder**, 33; **BGH MedR 2001**, 421 (421).

101 **Figgner**, L, Zahnarzt und Recht II- Die Aufklärungspflicht, in: **ZM 1989**, 1781vd, 1781.

102 **Schröder**, 87; **BGH NJW 1972**, 335 (335).

103 **Ünver, Yener**, Sağlık mensubunun Tıbbî Müdahalesinden Kaynaklanan Ceza Sorumluluğu, Açısından Endikasyonun Etkisi, Sempozyum N. 2, İlaç Hukuku ve Etik Anlayışı, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 01/06/07, İstanbul 2007, 55-57.

104

konusunda bilgi vermelidir¹⁰⁵.

F. DIŞ HEKİMİNİN SADAKAT VE ÖZEN YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Teşhis ve Tedavi Sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülüklerin bir diğeri de, “Sadakat ve Özen Gösterme Yükümlülüğü”dür. Diş hekimi, hastasıyla yaptığı sözleşme gereği, hastasına sadakat borcu altındadır. Diş Hekimi, teşhis ve tedavi faaliyetinde bulunurken sadakat ve özenle hareket etmek mecburiyetindedir (TBK. m. 506/II)¹⁰⁶.

1. SADAKAT YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Sadakat borcu, diş hekiminin hastanın sağlığını korumak için gerekli her şeyi yapması, zarar verecek şeylerden ise kaçınmasını ifade eder. Taahhüt edilen işin müvekkilin menfaat ve iradesine uygun şekilde görülmesi esasının bir sonucu olan sadakat borcu, aslında bir üst kavramdır. Özellikle TBK’nun 502. vd. maddeleri anlamındaki vekalet sözleşmesi bakımından “Sır saklama, müvekkilin yeni bir tutum izlemesini gerektirecek olayları kendisine bildirme, hesap verme ve alınan şeyleri iade” gibi diğer bir kısım yükümlülükler sadakat yükümlülüğünden doğarlar¹⁰⁷.

Sadakat yükümlülüğü borçlusu olan diş hekimi, sadakat yükümlülüğünün bir gereği olarak hastaya karşı dürüst davranmalı, onun güvenini sarsacak davranışlardan kaçınmalıdır. Teşhis ve tedavi faaliyetini gerçekleştirirken sadece kendi sanatının kurallarına uygun şekilde davranmakla yetinmemeli, somut olay bakımından hastanın kişiliğini de gözönünde tutmak suretiyle özel bir anlayış göstermelidir¹⁰⁸. Hayat, beden bütünlüğü ve sağlık gibi en üstün kişilik değerleri tasarrufuna bırakıldığı için diş hekiminin menfaati ile hastanın menfaati çatıştığında, kendi çıkarlarından belirli bir ölçüde de olsa fedakârlıkta bulunabilmelidir¹⁰⁹. Özellikle diş hekimi kendi parasal çıkarını hastanın çıkarından hiç bir zaman üstün tutmamalıdır. Salt tedavi ücretini artırabilmek için hastaya yanlış bilgi verilmesi veya tedavinin gereksiz şekilde uzatılması sadakat borcunu ihlal eder. Aynı şekilde, amaca elverişli olmadığı bilinen bir teşhis ve tedavi sırf ücret almak için uygulanmaması gerekir¹¹⁰.

2. HEKİMİN ÖZEN GÖSTERME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

105 Günther, 168, PN. 429; Oexmann/Georg, 26; Schröder, 90-91; Schroder, 35; Demir, Mehmet, Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu, AÜHFD., C. 57, S. 3, 241, (225-252).

106 Borçlar Kanununun 390. maddesinin ikinci fıkrası, “vekil, müvekkile karşı vekâleti iyi bir surette ifa ile mükelleftir” şeklinde bir ifade kullanmıştır. Ancak, “iyi bir surette ifa” deyiminin, fıkranın almanca aslındaki gibi “sadakat ve özenle ifa” biçiminde anlaşılması gerektiği belirtilmiştir (Tandoğan. C. II, 407). Son yapılan değişiklikle, TBK’da 506/II “Vekil üstlendiği iş ve hizmetleri, vekâlet verenin haklı menfaatlerini gözetenek, sadakat ve özenle yürütmekle yükümlüdür” şekilde değiştirilmiştir.

107 Tandoğan, C. II, 408.

108 Tandoğan, C. II, 408.

109 Tandoğan, C. II, 408-409. Zira kendi kişisel menfaatine üstün tutan bir hekim ahlaka aykırı hareket etmiş olur (TBKz. Belgesay, (Deontoloji), 205).

110 Tandoğan C. II., 408. dnp.5.

Diş hekimi, hastanın teşhis ve tedavisini gerçekleştirirken, sadakat yükümlülüğü yanında özenli hareket etmekle de yükümlüdür (TBK. m. 390/II); (TDN. m. 2, 14/I); (HHY. m. 14)¹¹¹.

Diş hekimi ile hasta arasında yapılan Teşhis ve Tedavi Sözleşmesinin hukuki niteliğinin, vekâlet sözleşmesi olması, vekâlet sözleşmesi bakımından özen borcu, “vekilin, iş görme ile hedef tutulan sonucun başarılı olması için hayat deneylerine ve işlerin normal akışına göre gerekli girişim ve davranışlarda bulunması ve başarılı sonucu engelleyecek davranışlardan kaçınması”dır¹¹². Özen borcu, teşhis ve tedavi sözleşmesinden doğan diğer borçlar bakımından genel nitelik taşır. Yani, diş hekimleri, öteki borçlarını da ifa ederken de hep özenli hareket etmek mecburiyetindedirler. Söz konusu diş hekimlerinin göstermekle yükümlü oldukları ihtimamın derecesinin, dayanağı Borçlar Kanununda yapılan son değişiklikle kanun koyucu, işçinin göstermekle yükümlü olduğu özenden ayrılmıştır. Buna göre, “Vekilin özen borcundan doğan sorumluluğun belirlenmesinde, benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranış esas alınır (TBK.m. 506/III). Yapılan bu düzenleme yerinde olmuştur. Çünkü vekil sıfatıyla çalışan bağımsız bir diş hekimin sorumluluğu, işverenin emir ve talimatı altında çalışan işçinin gösterdiği özen yükümlüne bağlanması bazı problemlere sebep olmaktadır. Yapılan değişiklikle her meslek grubunda çalışan basiretli bir kişinin ölçü alınması daha hakkaniyete uygun sonuçlar doğuracaktır. Buradan hareketle diş hekiminin göstermesi gereken özen kendi alanında iş ve hizmet üstlenen bir diş hekiminin göstermesi gereken özendir. Yapılan bu değişiklikle vekilin özen borcu objektifleştirilmiştir.

Diş hekimi normal bir hekim gibi tedavide arzu edilen amaca ulaşmaya hizmet eden veya elverişli olan diş hekimliğine ilişkin vekâlet çerçevesindeki teknik veya doğrudan iyileştirmeye yönelik faaliyetleri için geçerli tıp biliminin kabul görmüş ve ortak değer oluşturan ilkelerine uygun olarak davranmak zorundadır¹¹³. İsviçre Federal Mahkeme Kararlarında da, diş hekiminin hukuki sorumluluklarına değinilmiştir. Diş hekiminin yaptığı protezin hastanın ağzına uymaması¹¹⁴, kron köprü yapımında dolgu maddelerinin az kullanımı sonucu hastanın diş ağrılarının devamı¹¹⁵ kötü yapılmış

111 Atabek, 632; Ertaş, 182; Kaneti, 63; Laufs, 234.

112 Tandoğan, C. II, 410; Başpınar, Veyssel; Hekimin Özen Borcu, in: Sağlık Hukuku Sempozyumu, 15-16 Mayıs 2006, 24; İpekyüz, Yavuz Filiz; Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, İstanbul 2006, 102.; “.. Hekim yöneldiği sonucun elde edilmemesinden değil bu sonuca ulaşmak için yaptığı uğraşların özenle görülmemesinden sorumludur.” (13. HD. 07.02.2005T, 2004/13012E- 2005/1711K.); Özgül, 282.

113 Felmann, Art. 398, 477; BGE 110 II 375 vd.; Hakeri, Hakan; Diş Hekimlerinin Yasal Sorumlulukları, Sağlık Hukuku Digestası, Ankara 2009, 22.

114 Karsten, O; Haftpflichtfaelle aus der Zahnaerztlichen Praxis, Göttingen, 1974, 87.

115 Karsten, 89.

protezler¹¹⁶, diş çekiminde yeterli tedavinin yapılmamış olması¹¹⁷ hallerinde diş hekiminin sorumluluğuna gidilmiştir,

G. DIŞ HEKİMİNİN DOSYALAMA VE SIR SAKLAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

1. Diş hekiminin Dosyalama Yükümlülüğü

Her ne kadar hasta ve diş hekimi arasındaki ilişkileri, hekimin özen yükümü ve aydınlatma yükümü belirlese de, diş hekiminin dosyalama yükümlülüğü asıl edim olan tedavi ediminin yan yükümleri olarak düzenlenmiştir¹¹⁸. Dosya tutma yükümlülüğü hukuki olarak hekimin veya hastanın iddialarını ispatlamalarında ve birçok yanlış ve gereksiz belgelerle karşılaşmaktan koruması açısından önem arz eder¹¹⁹.

Türk Hukukunda söz konusu yükümlülük ve bu yükümlülüğün sınırları ayrıca incelenmiş değildir. TBK. m. 508 vekilin müvekkile hesap verme yükümlülüğünden bahsetmektedir. Bunun vekil durumunda olan hekimin yapmış olduğu önleyici ve koruyucu faaliyetleri hakkında hastaya veya kanuni temsilcisine açıklama yapması anlamına geldiğini söyleyebiliriz. Bunun içinde hekim, gerekli tıbbî dokümantasyonları, hazırlama yükümlülüğü altındadır. Tıbbî dokümantasyonlar; anemnezi (hastalık öyküsü, röntgen filmleri), hastanın rahatsızlıklarını içeren belgeleri, teşhis ve tedaviyi ve bunların sonuçlarını kapsar. Böylece bir tıbbî müdahaleye girişilmişse, anemnez, röntgen filmleri, ameliyat protokolü vs., hasta dosyasının içinde mevcut olmalıdır¹²⁰. Bu dosyaların düzenlenmesi herhangi bir şekle tabi değildir. Esas itibarıyla mühim notların alınması ve bu notların daha sonra genişletilmesi yeterlidir. Dolayısıyla, hekim teşhis ve tedavi sonuçlarına ilişkin hususları özenle kaydetmek mecburiyetindedir. Buna ek olarak da tedavi faaliyeti süresince tuttuğu veya kendisine hasta tarafından tevdi edilen kayıt ve belgeleri özenle saklamak mecburiyetindedir¹²¹.

2. Diş hekiminin Sır Saklama Yükümlülüğü

Sır saklama yükümlülüğü, vekâlet sözleşmesine ilişkin Borçlar Kanunu hükümleri arasında açık olarak düzenlenmemiştir. Ancak “Sadakat yükümlülüğünden” hareketle hekim için sır saklama yükümlülüğü varlığı kabul edilmektedir. Bu, aynı zamanda hastanın kişilik hakkını koruma amacına

116 SJZ 1964, 42.

117 SJZ 1981, 372;

118 Schröder, 95; BGH NJW 1978, 2237 (2238); Ayan, 95; Özdemir, Hayrunnisa; Teşhis ve Tedavi Sözleşmesinde Kayda Geçirme ve Sır Saklama Yükümlülüğü, in: Sağlık Hukuku Digestası, Ankara 2009, 150vd.

119 Figgner, Zahnarzt und Recht III- Die Dokumentationspflicht, ZM 1989, 2076 (2076); Oexmann/Georg, 168, Pn. 496.

120 Laufs, 107-108; Schröder, 97; Figgner, 2077; BGH NJW 1989, 2298 (2330); VersR 1987, 1089 (1089); OLG Hamm VersR 2005, 412 (412).

121 Alman hukukunda, özel düzenleme bulunmayan hallerde on yıllık bir saklama süresi kabul edilmiştir (TBKz. Laufs, 116).

yönelik Anayasanın 17. ve Medeni Kanunun 24. maddesinin de bir neticesidir¹²².

Tarafların sır saklama yükümlülüğünü anlatmaya geçmeden önce, sır ve meslek sırrı kavramlarının açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

Sır; genel olarak, herkes tarafından bilinmeyen ve açıklanması sahibinin şeref ve haysiyeti ile diğer menfaatlerine zarar verme tehlikesi gösteren hususlar olarak tanımlanabilir. Diğer bir ifadeyle, sahibinin açıklanmamasında yarar gördüğü ve başkaları tarafından daha önce bilinmeyen hususlara sır denir. Herkesçe bilinen şeyler sırrın konusu olamaz¹²³.

Diş hekimleri mesleklerinin icrası sırasında öğrendikleri, gerek tıbbî, gerek tıbbî olmayan, hastanın kendinden, hısımlarından gerek doğrudan, gerekse dolayısıyla öğrendikleri hususlar da sır olarak kabul edilir¹²⁴.

Meslek sırrı, sır teşkil eden hususun bir meslek sahibi tarafından, mesleğini icra sırasında öğrenilmesi olarak tanımlanabilir. Meslek, genel olarak kişilerin hayatlarını kazanmak için yaptıkları faaliyet olarak tanımlanmaktadır. Bu nedenle belirli bir meslek icra ettiği kabul edilen tüm kişilere tevdi edilen veya bunların bu mesleklerini icra ettikleri sırada öğrendikleri sırların açıklanması meslek sırrının açıklanması suçunu meydana getirir¹²⁵.

Diş hekimleri meslekleri icra ettikleri sırada hastalarına ait bilgileri öğrendiklerinde üçüncü şahıslara karşı gizli tutmalıdırlar. Ancak bu yükümlülük bazı hallerde ortadan kalkar. Ancak, istisnai hallerde sır sayılan hususların açıklanması hekim için bir haklılık taşıyabilir. Örneğin, hekim hasta tarafından aleyhine açılmış bir davada kendini savunmak amacıyla sırları açıklayabilir. Böyle bir durumda, hekimin davranışı sözleşmeye ve dolayısıyla hukuka aykırı sayılmaz¹²⁶. Buna karşılık, yasa koyucu gerek ceza davalarında (CMUK. 48), gerek hukuk davalarında (HUTMK. m.245) hekimlere tanıklıktan kaçınabilme yetkisi tanıdığı için, salt tanıklık yapmak düşüncesiyle sırları açıklayan hekim bu yüzden zarar gören hastaya tazminat ödemek zorunda kalır¹²⁷. Zira hasta ve hekim arasındaki ilişki, burada da sırların korunmasını gerektirir¹²⁸. Aynı şekilde, hekim, polis makamlarına karşı da sırları saklamakla yükümlüdür¹²⁹.

Hekime sır sayılan hususları açıklama imkânı veren diğer bir halde,

122 Reisoğlu, 14.

123 Belgesay, (Doktor), 122; Yıldırım, M. Fadıl; hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü, in: Sağlık Hukuku Sempozyumu, Erzincan 15-16 Mayıs 2006, 59.

124 Aşçıoğlu, 47; Langmack, 455.

125 Donay, 7.

126 Belgesay, (Doktor), 125; Langmack, 460-462; Belgesay, (Mesuliyet), 150-151.

127 Tandoğan, C. II, 455.

128 Laufs, 115.

129 Laufs, 115.

“hastanın rızası”dır¹³⁰. Hasta veya kanuni temsilci her zaman serbest irade-
siyle sırlarının açıklanmasına izin verebilir¹³¹. İzin, Medeni Kanunun 23.
maddesinin sınırlarına tecavüz etmemek kaydıyla¹³², hekimin davranışını
hukuka uygun hale getirir¹³³. Hasta veya kanuni temsilcisi razı olmadığı
takdirde, başkaca haklı bir neden de mevcut değilse¹³⁴, hekimin bunları
açıklaması sır saklama yükümlülüğüne aykırılık teşkil eder.

III. HASTANIN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

A. GENEL OLARAK

Diş hekimi ile hasta arasında gerçekleştirilen Teşhis ve Tedavi Sözleşme-
sinde, sözleşmede taraf olan hasta veya kanuni temsilcisinin de diş hekimine
karşı özel sağlık kurum ve kuruluşlarına karşı yerine getirmekle yükümlü
oldukları bir takım yükümlülükleri vardır. Söz konusu yükümlülükler; üc-
ret ödeme, masrafların ödenmesi ve borçtan kurtarma hekime, özel sağlık
kurum ve kuruluşlarına gerekli bilgi ve belgelerin verilmesidir.

B. ÜCRET ÖDEME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Teşhis ve tedavi sözleşmesinin tarafı olan hasta veya kanuni temsilci, diş
hekiminin sunduğu tıbbî hizmete karşılık olarak daha önceden belirlenmiş
belli bir miktar ücreti ödemekle yükümlüdürler.

Tıbbî teşhis ve tedavi hizmeti sunan taraf ile hasta arsında meydana gelen
sözleşmenin niteliğinin vekâlet sözleşmesi olmasından dolayı, hastanın, başta
gelen yükümlülüğünün ücret ödeme olması, vekâlet sözleşmesini ivazlı hale
getirir. Çünkü Borçlar Kanununun vekâleti düzenleyen hükümlerine göre
ücret vekâlet sözleşmesinin zorunlu bir unsuru değildir. Ancak, mukavele
ve teamül varsa vekil ücrete hak kazanır (TBK. m. 502/III).

Ücret ödeme borcu kural olarak sözleşmenin karşı tarafını oluşturan
hastaya veya kanunî temsilcisine aittir. Hastanın küçük olması durumun-
da, ana ve babası velayet hakları çerçevesinde çocuklarının üçüncü kişilere
karşı kanunî temsilcileridir (TMK m.342). Küçüğün sağlık masraflarını
da ana ve babası karşılamakla yükümlüdürler. Eğer ortak hayat sona ermiş
veya ayrılık hali söz konusu ise, küçüğün velayeti eşlerden birine verilir.
Kendisine velayet verilen taraf ücretin ödenmesinden sorumludur (TMK
m. 336/II). Ana veya babadan birinin ölümü halinde velayet, sağ kalan eşe,

130 Atabek/Sezen, 166; Öz, 712; Tandoğan, C. II, 454.

131 Belgesay, (Doktor), 123-124; Simonin, 576-577; Langmack, 458-459; Donay, 51.

132 İzin Medeni Kanunun 23. maddesine aykırı ise, artık geçersiz olur ve müdahalenin hukuka aykırılığını
ortadan kaldırmaz. Çünkü sır, kişilik hakkı içinde yer alan manevi değerlerdendir.

133 Reisoglu, 15.

134 Laufs, 116; Örneğin, kamu yararı düşüncesiyle hekim için verem, frengi gibi bulaşıcı hastalıkları Sağlık
Müdürlüğüne bildirme yükümlülüğü getirmiştir (Bkz. Atabek/Sezen). Aynı şekilde bilirkişilik üstlenen hekim
elde ettiği bulguları raporuna yazabilir (Bkz. Öz, 712; Reisoglu, 14). Ancak bu kayıtlardan mahkeme dışında
söz edilemez (Bkz. Belgesay, (Doktor), 123).

boşanmada ise küçük kendisine bırakılana aittir (TMK. m 336/III). Burada da ücret ödeme borcu velayet kendisine bırakılana ait olur.

Hastanın kısıtlı biri olması durumunda, vasi, vesayet altında bulunduruğu kişiyi bütün hukuki işlemlerde üçüncü kişilere temsil edebilme hakkına sahip olduğundan (TMK. m. 448) teşhis ve tedavi sözleşmesinden doğan ücret borcunu da ödemekle yükümlüdür. Bu kural vesayet altına alınan kişinin küçük ve ayırtım gücüne sahip olmaması durumlarında geçerlidir. Ayırtım gücüne sahip olan bir kişinin vesayet altına alınması durumlarında söz konusu kişiler bizzat kendileri teşhis ve tedavi sözleşmesini yapabilir ve söz konusu ücreti de ödeyebilirler (TMK. m. 458).

Öte yandan, teşhis ve tedavi sözleşmesinin karşı tarafında evli bir kadın kimseden izin ve icazet almadan yer alabilir. Sözleşmeye taraf olan evli kadın tıbbî edimin karşılığını oluşturan ücret edimini de ödemekle yükümlüdür (TMK. m. 186). Eğer kadının kendi geliri yoksa diğer eş ücreti ödemekle yükümlüdür. Çünkü eşler aile birliğinin temsili konularında üçüncü şahıslara karşı müteselsilen sorumlulukları söz konusudur (TMK. m. 189)¹³⁵

Medeni Kanunu'nun 352. maddesine göre, ana baba çocuk üzerindeki velayet hakları devam ettiği sürece çocuğun mallarını yönetmekle yükümlüdürler (TMK. m.352). Ana baba çocuğun mallarının gelirlerini, çocuğun bakımına, yetiştirilmesine ve eğitime sarf ederler. Kalan bir kısım olursa çocuğun malvarlığına aktarılır (TMK. m. 355). Teşhis ve tedavi ediminin karşılığı olan ücret ödenirken ana baba çocuğun malvarlığına başvurabilirler (TMK. m. 354). Ücretin ödenmesinde çocuğun malvarlığı yetmezse sermaye şeklinde çocuğa yapılan ödemelere başvurularak ücret ödemesi yapılabilir (TMK. m. 356/1). Eğer çocuk vesayet altında bulunuyorsa vasi çocuğun malvarlığından ücreti öder. Çünkü vasi, vesayeti altında bulunan çocuğun bakımı ve eğitiminde gereken önlemleri alma konusunda ana babanın yetkilerine sahiptir (TMK. m. 445/I-II).

Ücret ödeme yükümlülüğü genel düzenleniş şeklinden sonra özel sağlık kurum ve kuruluşlarında hasta veya kanuni temsilcilerinden alınacak ücretin dayanağı Temel Sağlık Hizmetleri kanununa dayanır. Temel Sağlık Hizmetleri Kanunu'nun 1. maddesine göre "Söz konusu kanunun bütün kamu kurum ve kuruluşları ile özel hukuk tüzelkişilerini ve gerçek kişileri kapsar". Kanunun 8. maddesinin birinci fıkrasında "sağlık işletmelerinde koruyucu sağlık hizmetleri dışında teşhis, tedavi ve rehabilite edici hizmetler ücretli olup, sağlık işletmesince tahakkuk ettirilen masraflar ilgili kurumca herhangi bir kısıtlamaya tabi tutulmaksızın öncelik ve ivedilikle ve ödeme

135 Öztan (Medeni), 397.

emri beklenilmeksizin ödenir” hükmüne yer verilmiştir. Ücret borcu, taraflar arasında yapılan sözleşmeden doğan aslî bir borçtur. Yukarıda sözü edilen kanunlarda herhangi bir hüküm olmasa bile, ücret istenebilir. Belirtilen kanun hükümleri ücret borcunu teyit etmekte ve ücretin üst sınırlarıyla ilgili olmak üzere hükümler getirmektedirler. Kanun koyucunun getirdiği bu sınırlamalar dâhilinde taraflar ücreti serbestçe kararlaştırabilirler.

Ücret talebi bir para borcu olmasından dolayı temlikî kabildir. Ayrıca ücret talep hakkı Türk Borçlar Kanunu’nun 147/IV çerçevesinde beş yıllık zaman aşımına tabidir. Bunun yanı sıra TŞSTİDK’nun 71. maddesinde ise, “Tabipler, diş tabipleri, dişçiler ve ebelerle hastalar arasında ücreti müdavattan dolayı vaki olacak ihtilaftan mercii bu ihtilafa mevzu teşkil eden meblağ miktarı hususunda çıkan uyuşmazlıklar iki sene zarfında müruru zamana uğrar” düzenlemesiyle genel kurala bir istisna getirilmiştir. Genel kural özel kural ve yeni tarihli iki farklı kuralda düzenleme bulunmaktadır. Tabâbet ve Şuabâtı Târzı İcrasına Dair Kanun yeni tarihli olduğundan söz konusu kanun hükümleri geçerli olacaktır.

C. MASRAFLARIN ÖDENMESİ VE BORÇTAN KURTARMA

Teşhis ve tedavi sözleşmesine vekalet sözleşmesinin uygulanacak olması TBK’nun 510. maddesinde düzenlenen “müvekkilin, vekilin yaptığı masrafları, ve verdiği avansları ödeme, onu kendi adına müvekkili hesabına girdiği borçlardan kurtarma ve vekilin vekaleti ifa dolayısıyla uğradığı zararları tazmin borcu” teşhis ve tedavi sözleşmesinin bu aşamasında da söz konusu olur. Diş hekimi ile yapılan teşhis ve tedavi sözleşmesinde, hasta veya kanunî temsilcisi, tıbbî edimin yerine getirilmesinde rol oynayan hekimin, hasta adına yapmış oldukları masrafların karşılanması ile yükümlüdürler.

D. Hastanın Gerekli Bilgi ve Belgeleri Verme Yükümlülüğü

Hasta veya kanuni temsilcisi diş hekimine başvurduğunda tıbbî teşhis ve tedaviyi gerçekleştirecek olan hekim tarafından sorulan sorulara doğru olarak cevap vermelidir. Eksik izahat verip hekimi ve özel sağlık kurum ve kuruluşunun işleticisini şaşırtan hasta, bunun sonucuna tahammül etmelidir. Hasta, yalnız sorulan soruları cevaplandırmakla mükellef olmayıp, bildiği, gördüğü hususâtı re’sen açıklamalıdır. Eğer hasta küçükse veya şuursuz bir dönemde ise, açıklama yükümlülüğüne kanuni temsilcisi haizdir.

Açıklama yükümlülüğü, hastanın veya kanuni temsilcisinin bilgi düzeyiyle orantılı olmalıdır. Hasta veya kanuni temsilcisi diş hekiminin tavsiyelerine uymak mecburiyetindedirler.

II. KUSUR

A. Genel Olarak

Sorumluluk hukuku bakımından kusur, hukuk düzeni tarafından hoşgörülmeyp kınanan bir davranış biçimidir. Başka bir söyleyişle, “benzer durum ve şartlar altında bulunan kişilerden beklenen ortalama davranış biçimine uymayan, ondan sapan ve ayrılan davranış biçimi” kusur adını alır¹³⁶.

Sorumluluk hukukunda esas itibariyle kurucu nitelik taşıyan kusurun, biri objektif diğeri sübjektif olmak üzere iki yönü vardır. Objektif yön, borçlunun davranışının aynı şartlar altında bulunan örnek kişilerden beklenen ortalama davranış tipinden sapması, ona uygun olmaması, başka bir ifadeyle, zararı önceden görüp bunu önlemek için gerekli özenin gösterilmemesidir¹³⁷. Sübjektif yön ise, borçlunun sorumluluk ehliyeti, yani zarara sebebiyet veren davranışının ona isnat edilebilmesiyle ilgilidir. Bu nedenle, meydana gelen zarardan sorumlu tutulabilmesi için örnek tipin ortalama davranışından sapma yanında, borçlunun temyiz kudretine sahip bulunması da gerekir. Zira temyiz kudreti bulunmayan bir kişiden kusurlu davranışın sadır olması da söz konusu olmayacağı için, artık bu nedenle sorumluluğuna gidilemez¹³⁸. Çünkü kusur, iradeyi gerektiren bir kavramdır. Buna karşılık, kişinin reşit olması zorunlu değildir¹³⁹.

B. MESLEK KUSURU

Diş hekimi ile yapılan sözleşmede hekimin sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için diş hekiminin mesleğine ilişkin bir meslek kusurunun olması gerekir. Meslek kusurunun doktrin ve uygulama açısından kabul edilen tanımı ise, 1879 yılında Rudolf Virchow tarafından yapılan bir tanımlamadır. Buna göre, “meslek kusuru, tıp ilminin genel olarak tanınan kurallarının kusurlu bir ihlalini” ifade eder. Yani, hekimin, tıp bilimi ve uygulamasında genel olarak tanınan kuralları gerekli dikkat ve ihtimam eksikliği nedeniyle nazara almaması, çiğnemesidir¹⁴⁰.

Türk doktrininde¹⁴¹, “meslek kusuru” adı verilen hususun, genel anlamda kusurun çeşitlerinden “ihmal” kavramı içinde ele alınabilir. İhmal, borçlunun kendisiyle eşit statüde yer alan bir kişinin aynı hal ve şartlar altında göstereceği özeni göstermemesidir. Orta düzeyde, makul, sorumluluk bilincine sahip bir diş hekiminin tıp bilimi ve uygulamasında genel olarak tanınıp kabul edilmiş kurallara uygun hareket etmesi asıldır. Dolayısıyla,

136 Eren, 1050; Kılıçoğlu, Ahmet; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, Ankara 2011, 296; Reisoğlu, Safa; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yirmi ikinci Bası, İstanbul 2011, 169.

137 Eren, 1052.

138 Eren, 1053; İnan, 270-271; Kılıçoğlu, 301.

139 Eren, 1050; İnan, 265 vd.

140 Ott, 120-121.

141 Ayan, 107.

bu şekilde davranmayan, yani somut olayda örnek tipin davranışından ayrılan diş hekimi kusurlu hareket etmiş olur. Örnek tipin davranışından sapmanın nedeni gerekli özenin gösterilmemesi olduğu için, kusurun türü de “ihmal”dir. Bu nedenle, “meslek kusuru” adı altında özel bir kavram yaratılmamış olsaydı da, hekimi, aynı türdeki olaylar için genel esaslar çerçevesinde sorumlu tutmak mümkün olurdu. Zira meslek kusuru başlığı altında toplanan olaylar, hekimin tıp bilimi ve uygulamasında genel olarak tanınıp kabul edilmiş esaslara aykırı her hareketi, objektif bir şekilde ele alıp değerlendirilirse “özen yükümlülüğünün ihlalinde başka bir şey değildir.” Meslek kusuru, özen yükümlülüğüne aykırı hareket eden hekimin bu davranışının, sorumluluğa esas teşkil etme bakımından kusurlu olduğunun tespiti¹⁴².

Diş hekiminin göstermesi gereken özen yükümlülüğünden ayrılması onun sorumluluğunu gerektirmektedir. Diş hekimliği sözleşmesinin hukuki niteliği vekâlet sözleşmesi olarak kabul edildiğinden, TBK. m. 506/III’de getirilen özen yükümlülüğü vekilin aynı işi veya hizmeti üstlenen vekil gibi sorumlu olacağı belirtilmiştir. Örneğin: Hastaya yapılan kron köprü sonucu üzerine yapılması gereken protezin diş takılmasından sonra, tam oturmadığı ve diş etine dayandığı görülmüştür. Bu durum hekimin söz konusu protezi tekrar yapmasını gerektirir¹⁴³. Burada hekimin göstermesi gereken bir mesleki özeni söz konusudur¹⁴⁴.

Özen yükümlülüğünü ihlalin söz konusu olup olmadığının tespitinde göz önünde tutulacak ölçü, yine objektiftir. Yani zarara yol açan hekimin aynı hal ve şartlar altında farklı bir seçim yapıp yapamayacağına bakılmalıdır. Hekimin davranışı, ortalama bir hekimin aynı hal ve şartlar altında farklı bir seçim yapıp yapmayacağına bakılmalıdır. Hekimin davranışı, ortalama bir hekimin davranışından sapmıyorsa, meslek kuralının objektif bir ihlaline

142 Ertaş’a göre de “meslek hatası yalnız başına bir kusur problemi değil, bir hukuka aykırılık problemi teşkil eder. Eğer hekim tıp biliminin tanıdığı kurallara aykırı hareket ediyorsa, hukuka aykırı hareket ettiğinden şüphe yoktur; ancak, hekimin sorumluluğu için bu yeterli değildir. Ek olarak hekimin eyleminin kınanabilir, yani kusurlu olup olmadığı araştırılmalıdır” (Bkz. Ertaş, 186).

143 OLG Zweibrücken NJW 1983, 2094; VersR 1983, 1064.

144 “Diş hekimine başvuran hasta, hekim tarafından eter uyuşturucu maddesi vasıtasıyla bayıltilarak diş çekilmiştir. Ancak diş çekimi sırasında dişte parçalanmalar gerçekleşmiştir. Diş hekimi hastanın isteği üzerine bütün parçayı almıştır. Ancak ilerleyen dönemlerde hasta sırtında bir ağrının olduğunu zaman zaman sıkışmaların ve terlemelerin olduğunu belirtmiştir. Bu şikâyetler sonucu hastayı muayene eden hekim hastanın sağ ciğerinde belirtilen semptomları tespit etmiştir. Hastanın diğer şikâyetlerinin yanı sıra kalp sıkışması ve gece terlemeleri sıkça devam etmiştir. Hasta daha sonra özel bir tedavi için kaplıcaya yönlendirilmiştir. Tedavi süresince çekilen röntgenlerde hastanın sağ bronşlarının diplerinde kireçlemiş bir yabancı cisme rastlanmıştır. Uygulanan tedavi sonucu yabancı cismin bir diş artığı olduğu anlaşılmıştır. Bu olay sonrası hasta diş hekiminden tazminata talep etmiştir. Tıbbi bilirkişi, diş hekiminin ortalama bir diş hekiminin yapması gerekenleri yaptığını ancak gerekli dikkat ve özeni göstermediği kanısına varmışlardır. Bundan dolayıdır ki hekim hastaya maddi ve manevi tazminat ödemek zorunda kalmıştır”, Meyer, G, “Zur Frage Kunstfehlers und der Sorgfaltspflicht, insbesondere in der zahnaerztlichen Heilkunde”, Marburg, 1949, 27 vd.

rağmen, artık kusurdan ve dolayısıyla meslek kusurundan söz edilemez¹⁴⁵.

III. SÖZLEŞMENİN İHLALİ

Yukarıda anlatıldığı gibi, dış hekimi ile hasta arasında yapılan sözleşme ile taraflara belli borçlar yüklemektedir. Sözü edilen bu borçlara aykırı hareket eden taraf sözleşmeyi ihlal etmiş sayılır. Sözleşmenin ihlali hiç ifa etmeme eksik ifa etme, yerinde ve zamanında ya da gereği gibi ifa etmeme şeklinde olur¹⁴⁶. Sözleşmede dış hekimine belli bir objektif özen yükümü yüklenmektedir (m. 506/III). Bu yüküme aykırı davranıldığında hekimin sorumluluğu söz konusu olur. Örneğin, dış hekiminin aydınlatma yükümüne aykırı davranması sonucu objektif özen yükümünü ihlal etmiştir¹⁴⁷.

Sözleşmeye aykırılığı, dış hekiminin haksız fiil sorumluluğu ile karşılaştırdığımızda, hukuka aykırılığa tekabül eder. Yani bir sözleşmeye aykırı davranış aslında hukuka da aykırıdır¹⁴⁸. Örneğin, dış hekiminin, dış çekimi sırasında kullandığı küçük matkapla hastanın ağız duvarına zarar vermesi hali hem sözleşmeye aykırılık hem de, vücut bütünlüğünü ihmal olduğundan hukuka aykırıdır.

Diş hekiminin ayrıca, tedavi sırasında öğrendiği ve hastaya ilişkin sır niteliğindeki bilgileri üçüncü kişilere açıklaması durumunda da hem sözleşmeye hem de hem de hukuka aykırılık söz konusu olur. Ancak

145 "... Yapılan ameliyat iyi sonuç vermemiş olsa dahi, tıp ilminin kabul ettiği kaidelere uygun bir şekilde müdahale yapılmış ise, doktora kusur izafe edilemeyeceğinden, meydana gelen zararlı sonuçtan dolayı da mesuliyeti cihetine gidilemez. ihmalin tedbirsizliğin tespiti için ölçü, zararı meydana getirenin subjektif niteliklerine bakılmaksızın, yalnız "orta seviyede bir kimsenin" yani olayda "tedbirli bir doktorun", aynı hal ve şartlar altında göstereceği mutad ihtimamdan ibaretir" (Y.4HD., 1967 T, E.296/K. 5112, naklen, **Aşçıoğlu**, 86).;" Diş hekimi, üst çenede ağrılı durumu olan 1 numaralı dişi çekeceği yerde 2 numaralı dişi çekmiştir. Mahkeme, diş hekiminin ağır ihmalli davrandığına hükmetmiştir", **Karsten**, 54.

146 **Kılıçoğlu**, 619; Belirtilen kurallara aykırı davranan vekil maddi ve manevi tazminatla sorumlu tutulmalıdır. Mesleki bir iş gören doktor olan vekilden ona güvenen müvekkil titiz bir ihtimam ve dikkat göstermesini beklemekte haklıdır. Titiz bir özen göstermeyen vekil, vakâleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır" (Y.13.HD. E. 94 / 8557, K. 2138 – YKD, S. 8, Ağustos 1994, s. 1288)

147 "Diş hekimi, hastasına gerçekleştireceği, amalgam dolgu için altın madeni de kullanılması konusunda hastası ile bir anlaşmaya varılmıştır. Diş hekimi, hastaya müdahaleden evvel kendisine uygulanacak tedavi ile ilgili bazı soruları hazırlamıştır. Bu sorular, hastanın sahip olabileceği bulaşıcı hastalıklara ilişkindir. Hastaya bu sorular sorulduktan sonra diş hekimi müdahaleye başlamıştır. Yapılan dolgu sonucu hastanın yanaklarının iç tarafında alerji ortaya çıkmıştır. Daha sonra bu durumun amalgam dolgu içine konulan altından kaynaklandığı anlaşılmıştır. Hekim, söz konusu dolgu maddesinin alerjiye sebep olabileceği konusunda herhangi bir açıklamada bulunmamıştır. Ayrıca, henüz tip biliminde amalgam dolgu içinde altın maddesinin konulması konusu kabul görmüş değildir. Bütün bu anılan sebeplerden dolayı, hekimin sözleşmeyi gereği gibi yerine getirmediğinden dolayı ihlal ettiği görülmektedir. Hastanın meydana gelen zararını diş hekiminin karşılaması gerekir" (**LG Kiel Urteil vom 3.12. 1998-10-S68-98, naklen NJW 1999, 348**); " diş hekimi, hastasına uygulanacak tedavi yönteminin çeşitleri hakkında gerekli bilgileri vermek ve hastayı ayrıntılı bir şekilde her yönüyle aydınlatmalıdır" (**LG Hannover, Urteil vom 4.02.1981-11-S- 244/80, naklen NJW 1981, 1320 vd**).

148 **Fellmann** , Art 398 /II, 374 Pn. 17; **Schroder**, 67-101 vd; "Sözleşmeye aykırılık halinde de birçok hallerde alacaklının doğan zararının tazmin edilmesi gerekir. Bu sorumluluğun koşulları, bundan doğan zararın ve hükmedilecek tazminat miktarının belirlenmesi ile haksız fiillerde buna ilişkin düzenleme arasında bir fark mevcut değildir. Bundan dolayı TBK. m. 114/II hükmünü öngörmüştür. (**Kılıçoğlu**, 614) ; **Şenocak**, 10, 74, 111; **Abik, Yıldız**; Doktorun Sorumluluğunda Şans Kaybı-İyileşme Şansının Kaybı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 54, S. 1; Y. 2004, (241-287), 267.

sırların açıklanabileceği hallerde hekimin gerekli bilgileri vermesi sözleşmeye aykırılık teşkil etmez¹⁴⁹.

IV. ZARAR

Zarar, hekim, özel sağlık kurum ve kuruluşunun hukuki sorumluluğunun en önemli şartını oluşturur. Bu sonuç, sorumluluk hukukunun zararı karşılama, denkleştirme amacından da kolayca çıkarılabilir¹⁵⁰.

Doktrin ve uygulamada ise, zarar kavramı “geniş anlamda zarar” ve “dar anlamda zarar” olmak üzere, iki farklı şekilde tanımlanmaktadır¹⁵¹. Geniş anlamda zarar kavramıyla; kişinin malvarlığına ilişkin bir olan “maddî zarar” ile kişinin şahıs varlığına ilişkin olan “manevî zarar” ifade edilmek istenmektedir. Buna karşılık “dar anlamda zarar” kavramı sadece maddi zararı kapsamaktadır¹⁵². Zarar kavramını geniş anlamda kullandığımızda dış hekiminin, sorumluluğu açısından hem maddî zarar hem de manevî zarar ele alınacaktır.

Maddi zarar kavramı diğer açıdan fiilî zarar ve mahrum kalınan kâr şeklinde tasnif edilir¹⁵³. Malvarlığının mevcut, net durumunda, zarar görenin iradesi dışında meydana gelen azalmaya fiilî zarar adı verilir. Buna karşılık mahrum kalınan kâr, olayların normal akışına, genel hayat tecrübelerine göre malvarlığında meydana gelebilecek artışların zarar verici fiil nedeniyle kısmen ya da tamamen elde edilmemesi sonucu meydana gelen azalmayı ifade eder. Bu her iki zarar türü de tazmin edilecek zararın kapsamı içinde bulunabilir. Örneğin, ünlü bir ses sanatçısının çarpık olan dişlerinin düzeltilmesi operasyonunda, diş hekiminin dikkatsizliği sonucu kullanılan keskin diskin sanatçının dilini kesmesi durumunda; sanatçının belli bir süre çalışamaması maddi zararın fiili zarar kısmına girerken, kendisine yaklaşan bayram sebebiyle teklif edilecek programları kaçırması durumunda da ortaya çıkan zarar mahrum kalınan kârdır.

Manevî zarar bir kişinin şahsiyet haklarına yapılan hukuka aykırı bir tecavüz dolayısıyla bir kimsenin duyduğu bedensel ve manevî acı, ıstırap, yaşama sevincinin azalmasıdır¹⁵⁴. Böylece tıbbî teşhis ve tedavi sebebiyle zarar gören hastanın yaşama sevincinde azalma olması durumunda manevî bir za-

149 Zeytin, Zafer, Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü, Tıp Etiği-Hukuku-Tarihi, Türkiye Klinikleri, Yıl, 2006, C. 14, S. 2.

150 Eren, 1042; Kılıçoğlu, 283.

151 Eren, 487; Tandoğan (Mesuliyet), 63; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, 547; Reisoğlu, 168.

152 Eren, 487.

153 Eren, 492; İnan, 274 – 275; Kılıçoğlu, 284.

154 Tandoğan, (Mesuliyet), 330; İnan, 275; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, 655; “Davacı ağız ve damak tedavisinin yanında bırakılmasından dolayı büyük üzüntüye kapıldığını ileri sürerek TBK. M. 49’a dayanarak manevi tazminat talep etmiştir. Mahkeme talebi yerinde bularak istenilen tazminata hükmetmiştir.” (13. HD. 10.02.2005T, 2004/14153E-2005/1952K.

rar söz konusu olur¹⁵⁵. Manevî tazminatın amacı zarar gören şahsın uğramış olduğu zararı, acı ve üzüntüleri dindirecek veya hiç olmazsa azaltacak bir tatmin sağlamaktadır. Örneğin, diş hekimine ağrıyan dişinin çekilmesi için başvuran hastanın, hekimin dikkatsizliği yüzünden elindeki keskin diskini kayıp hastanın yanağını kesmesi olayında hastanın hem maddi hem manevi zararı söz konusudur. Çünkü, hasta belli ir dönem işe gidemeyecektir, diğer taraftan yapılan müdahale sonucu yaşadığı travmalar sebebiyle de manevi bir ızdırıp çekeceğinden manevi tazminat isteme hakkına sahiptir¹⁵⁶.

V. UYGUN İLLİYET BAĞI

Uygun illiyet bağından, sebep ve sonuç arasındaki bağ anlaşılır. Yani İlliyet bağı, zarar ile zararın sebepleri arasındaki bağıdır¹⁵⁷. Diş hekimin, sözleşmesel sorumluluğu için gerekli son şart, sözleşmenin ihlali ile zarar arasında uygun illiyet bağının bulunmasıdır. Başka bir söyleyişle, zarar, tıbbî edimi sunan tarafın teşhis ve tedavi sözleşmesinden doğan yükümlülüklerle aykırı davranması sonucu doğmuş olmasıdır¹⁵⁸. Örneğin, diş hekiminin hastanın dişini çekerken elinde bulunan matkabı tam olarak tutamamasından dolayı, hastanın yanağını kesmesi durumunda diş hekimi meydana gelen zarardan sorumludur¹⁵⁹. Buna karşın sözleşmenin ihlali normal hayat tecrübelerine göre zararı doğurmaya elverişli değilse, hekimin, özel sağlık kurum ve kuruluşlarının sorumlulukları söz konusu olmaz. Bu durumda zarar ile fiil arasında uygun illiyet bağı söz konusu değildir. Örneğin, Hastanın diş tedavisi sonucu alt dudağı yaralanmıştır. Daha hasta bu durumun ağzında doku zedelenmesi ve iltihaplanmasına sebep olduğunu ileri sürerek tazminat talep etmiştir. Ancak mahkeme diş hekiminin müdahalesinin hastanın iddia ettiği zararı doğurmaya yetmeyeceğini belirterek zararlı sonuç ile diş hekiminin fiili arasında bir illiyet bağının bulunmadığını ileri sürerek talebi reddetmiştir¹⁶⁰.

Öte yandan, illiyet bağının kesilmesi halinde de diş hekimin sorumluluğu ortadan kalkar. İlliyet bağının kesilmesine yol açan sebepler, mücbir sebep, üçüncü şahsın kusuru ve bizzat mağdurun kusuru olmak üzere üç tanedir¹⁶¹. Mücbir sebep de, tıbbî edimi sunan tarafın egemenliği dışında gerçekleşen

155 “Davacı, davalı doktor tarafından gereksiz yere yapılan ameliyat sonunda, ömrü boyunca büyük abdestini karnından yapmak durumunda bırakılmıştır. Toplumdan uzak kalmasını gerektiren sürekli ve pek ağır izaç edici üzücü bir duruma sokulması karşısında, aydın sayılması gerekli bir kişinin duyacağı derin rûhî eza gözetilmeden isteği aynen hükmedilmeyerek manevî tazminatın bir kısmının reddedilmesi bozmayı gerektirir (YHGK. 16.12.1972 T. E.1971/4-137, K.105 (naklen, Aşçıoğlu, 92).

156 Schroder, 135.

157 Rey, Heiz, Aussvertragsliches Haftpflichtrecht, 4. Auflage, 122, PN. 517; Kılıçoğlu, 291; Reisoğlu, 173.

158 Ott, 106;

159 Schroder, 94.

160 Schroder, 72.

161 Eren, (İlliyet), 174; Kılıçoğlu, 296.

olay olması dolayısıyla, zarar ile arasındaki illiyet bağına kesmekte ve zarara tek başına neden olmaktadır. Örneğin, hasta diş hekimi hastanın protez tedavisini gerçekleştirirken ülke çapında gerçekleşen deprem sonucu muayene hanenin çökmesi durumunda hastanın ölmesinden dolayı hekimin, Üçüncü şahsın kusurunda ise, üçüncü şahsın davranışının zarar sonuç üzerindeki etkisi, zararlı sonucun uygun sebebi sayılmasına yetecek kadar şiddetlidir. Örneğin, diş hekimi hastasına dışında ağrı dolayısıyla etkisi düşük bir ilaç vermiştir. Eczaneye giden hasta dişinin ağrısında daha etkili olacak yüksek doz içeren bir ilaç alıp kullanmıştır. Hasta ilerleyen günlerde vücudunda ağır zararların doğduğunu fark etmiştir. Burada hekimin sorumluluğu söz konusu değildir. Çünkü zarara sebep olacak ilaç hastaya diş hekimi değil eczane tarafından verilmiştir. Mağdurun kendi ağır kusurunda ise, meydana gelen zararlı sonuca hastanın ölmesi durumunda tıbbî edimi, teşhis ve tedavi sözleşmesi gereği gerçekleştiren diş hekiminin, sorumluluğuna gidilemez. Mağdurun kendi ağır kusurunda ise, meydana gelen zararlı sonuca hastanın kendi fiili neden olmuştur. Bu durumda da tıbbî edimi sunan tarafın sorumluluğu doğmaz. Örneğin, diş hekimi, hastasının dişini narkoz kullanarak çekmiştir. Hasta henüz narkozun etkisinde iken, diş hekimi bir taksi çağırıp hastayı evine göndermiştir. Hasta yarı yolda inip kendi arabasıyla evine gitmek isterken trafik kazası gerçekleşmiştir. Burada diş hekiminin herhangi bir sorumluluğu söz konusu olmaz. Çünkü sonuç ile hekimin fiili arasında herhangi bir bağ bulmamaktadır¹⁶².

Teşhis ve tedavi sözleşmesinin ihlali ile zarar arasında uygun illiyet bağına ispatı da hastaya aittir¹⁶³. Ancak hasta ispatı gerçekleştirirken kesin bir ispat yerine emarelere dayalı kuvvetli bir ihtimali ispatlaması yeterlidir¹⁶⁴.

V. SORUMSUZLUK ANLAŞMASI

I. DIŞ HEKİMİNİN KENDİ KUSURLARINA İLİŞKİN

sorumsuzluk anlaşması

Diş hekimi ile hasta arasında gerçekleşen teşhis ve tedavi sözleşmesinde hekimin, kendi kast veya ağır ihmali için sorumsuzluk anlaşması yapamaz¹⁶⁵. Çünkü Türk Borçlar Kanunu'nun 115. maddesinin birinci fıkrasına göre, "Borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan

¹⁶² Guddat, U., *Die Haftung von Zwischenfällen in der Zahnärztlichen Praxis, -Ihre Ursachen und Folgen*, Bonn 1968, 48vd.; "35 yaşındaki hastanın sol üst dişi uyuşturularak çekilmiştir. Bu sırada diş hekimi hastanın sol gözkapağı üzerinde bir leke fark etmiştir. Bu durumu hastaya belirterek göz doktoruna başvurmasını belirtmiştir. Göz doktoru hastaya sol gözünde bir ağ yırtılması olduğunu söylemiştir. Söz konusu ağ yırtılması hastanın gözünün kör olmasına sebep olmuştur. Bu durum karşısında hasta diş hekimine dava açmıştır. Mahkeme bilirkişi raporlarına göre, hastanın kör olmasında diş hekiminin dişi çekmesi arasında herhangi bir bağ bulunmadığını bilakis körlüğe gözde daha evvel bulunan bir ağ yırtılmasının sebep olduğu cihetiyle davayı reddetmiştir" Meyer, 17.

¹⁶³ Ott, 107; Öz, 717.

¹⁶⁴ Ott, 108.

¹⁶⁵ Belgesay, (Mesuliyet), 69; Ott, 64; Kılıçoğlu, 632; Reisoğlu, 355.

anlaşma kesin olarak hükümsüzdür”.

Diş hekimi ile hasta arasında gerçekleşen, teşhis ve tedavi sözleşmesinde de diğer sözleşmelerde olduğu gibi sorumsuzluk anlaşması yapılmış olabilir. Ancak diğer sözleşmelerde geçerli sayılan borçlunun hafif kusurundan sorumlu tutulamayacağı yolundaki bir anlaşmanın diş hekimi ve hasta arasındaki teşhis ve tedavi sözleşmesinde de geçerli olup olmayacağı tartışmalıdır. Ancak kanun maddesinin üçüncü fıkrası bu tür sorumsuzluk anlaşmalarını imkânsız kılmıştır. Kanun maddesi, “Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür” şeklinde düzenlenmiştir. Diş hekimliği meslek itibarıyla, uzmanlığı gerektiren bir uğraş olması ve mesleğin icrası için kanun ya da yetkili makamlar tarafından iznin gerekli olmasından dolayı, diş hekimi kendi hafif kusurundan dahi sorumludur (TBK. m.115/III)¹⁶⁶. İkinci bir görüşe göre ise, teşhis ve tedavi sözleşmesinde hafif ihmal için dahi sorumsuzluk anlaşması yapılamaz. Çünkü her şeyden önce Borçlar Kanunu’nun 506. maddesi özel hüküm olması nedeniyle TBK’nun 115. maddesinden önce gelir¹⁶⁷

II. YARDIMCI ŞAHSIN KUSURUNA İLİŞKİN SORUMSUZLUK ANLAŞMASI

Borçlar Kanunu’nun 116. maddesinin ikinci fıkrasına göre, borçlunun yardımcı şahsın fiilinden tamamen veya kısmen sorumlu olmayacağı yolunda anlaşma yapılabilir¹⁶⁸. Fakat gerçekleştirilen faaliyetler uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşma kesin olarak hükümsüzdür. Diş hekimi de bu anlamda uzmanlığı gerektiren bir meslek ve uğraş olduğundan yanında çalışan kişilerin sorumlu olamayacağına ilişkin yapılacak anlaşmalar kesin olarak geçersizdir. Burada yardımcı şahıstan anlaşılması gereken, diş hekimine yardım eden hemşire, aletlerin hijyenini sağlayan asistanlar, röntgen asistanı, bakıcılarıdır¹⁶⁹.

VI. DIŞ HEKİMİNİN HAKSIZ FİİLDEN DOĞAN SORUMLULUĞU

Diş hekiminin sözleşme ve vekâletsiz iş görme durumları dışında genel bir sorumluluk hali olan haksız fiil sorumluluğu da söz konusudur. Bura-

¹⁶⁶ Ott, 64; Akman, 67; Kılıçoğlu, 635.

¹⁶⁷ Ott, 65.

¹⁶⁸ Deutsch, (Deneyisel Tıp), 177; Kılıçoğlu, 625vd.

¹⁶⁹ Loeffler, 103; Ott, 66; Schroder, 57; Reisoglu, 357.

da dış hekimi ile hasta arasında bir sözleşme ilişkisi aranmaz. Dış hekiminin hukuka aykırı ve kusurlu eylemleri sonucu oluşan zararın tazmini için hastaya belli bir miktar zararı ödemekle yükümlüdür¹⁷⁰. Örneğin, dış hekimi, aralarında herhangi bir sözleşme veya sözleşme benzeri bir durum olmadan hastaya karşı bir tıbbî müdahalede bulunursa ve bu müdahale sonucu hastanın vücut bütünlüğü ve sağlığı zarar görürse ve durum kanunda belirtilen hukuka uygunluk hallerinden birini de taşııyorsa, dış hekimi vermiş olduğu zararı karşılamakla yükümlüdür¹⁷¹. Dış hekiminin hastanın vücut bütünlüğüne karşı girdiği tıbbî müdahale sonucu oluşan zararın belirlenmesinde her kişinin vücut bütünlüğü ağız ve dış yapısı dikkate alınmalıdır. Çünkü her yapılan tıbbî müdahale vücut bütünlüğüne zarar verir. Burada aranacak kriter her bir hastaya göre belirleme yapılması gerekli kılar¹⁷².

Haksız fiilin koşulları sözleşmeye aykırılığın koşullarıyla paralellik arz eder. Burada sadece sözleşmeye uygun hareket etme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Diğer koşullar aynıdır. Hukuka aykırılık sözleşmeye aykırılığa tekabül eder. Bundan dolayı daha evvel daha evvel anlatılanlar burada tekrarlanmayacaktır. Bunların yanı sıra, TBK. m. 114/II gereğince, “haksız fiillere ilişkin hükümler, kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hallerine de uygulanır” hükmü gereğince de Borçlar Kanununda düzenlenen kuramlar arasında bağ kurulmuştur.

VII HEKİMİN SEBEP SORUMLULUĞU

A. ADAM ÇALIŞTIRANIN SORUMLULUĞU

Dış hekiminin sebep sorumluluğu, TBK. m. 66 adam çalıştırmanın sorumluluğu ve TBK. m. 69 Yapı Malikinin Sorumluluğu esaslarına dayanır. Adam çalıştırmanın sorumluluğu gereği TBK. m. 66’da belirtilen durumlarda, dış hekimi yanında çalışan kişinin yapması gerekenin yapmaması yapmaması gerekeni ise yapması sonucu dış hekimi ile sözleşme ilişkisi olmayan başkalarına verdiği zarardan sorumludur¹⁷³. Burada zarar verilen kişi ile dış hekimi arasında herhangi bir sözleşme bulunmamaktadır. Dış hekimi herhangi bir kusuru olmaksızın yanında çalışan bir kişinin davranışlarından kurtuluş kanıtı getiremezse sorumludur¹⁷⁴. Dış hekiminin sorumluluğu yanında çalışan kişiye göstermesi gereken özen ve gözetim yükümüne dayanmaktadır. Adam çalıştırmanın sorumluluğu için pozitif ve negatif şartlar söz konusudur. Pozitif olması gereken şartlar şunlardır: Yardımcı kişinin

170 Oexmann/Georg, 32, PN, 91.

171 Heilmann, J., Der Stand der deliktischen Arzthaftung, NJW 1990 1513 (1513 vd); Schröder, 20.

172 Heilmann, 1514.

173 BGE 68 II 287.; BGE 38 II 620 vd; Reisoğlu, 180.

174 Loeffler, 101; BGE 56 II 287.

fiili hukuka aykırı olmalıdır, söz konusu hukuka aykırı fiilden maddi veya manevi zarar ortaya çıkmalıdır, zarar ile yardımcı kişinin fiili arasında bir uygun illiyet bağı bulunmalıdır. Yardımcı kişi zararı, dış hekimliğine has işleri gerçekleştirirken vermelidir. Yardımcı kişi, dış hekime karşı talimatlara uymakla yükümlü birisi olmalıdır, buna ek olarak yardımcı kişiyi dış hekiminin gözetleme yetkisi de bulunmalıdır.

Adam çalıştırmanın sorumluluğu için olmaması gereken şartlar ise, genel hukuka uygunluk halleri(Mücbir sebep, mağdurum kusuru ve üçüncü kişinin kusuru) bulunmamalıdır. Ayrıca, söz konusu olayda özel kurtuluş kanıtı getirilmemiş olmalıdır. Bunlar ise, yardımcı şahsın seçiminde, talimat verilmesinde ve gözetlenmesinde gerekli özenin gösterilmiş olması, gerekli özen gösterilmiş olsa dahi yine de zararlı sonucun gerçekleşeceği ispat edilerek dış hekimi yardımcı şahsın verdiği zararlardan kurtulur. Örneğin, dış hekiminin yanında çalışan kişi, muayenehanedeki alet ve edevatları gerektiği gibi hijyen içerikli deterjanlarla temizlemesi durumunda, hastanın yanında getirdiği küçük çocuğunun söz konusu aletlere dokunması sonucu mikrop kapması durumunda adam çalıştırıcı olarak dış hekiminin sebebe dayanan sorumluluğu söz konusudur.

B. HEKİMİN YAPI MALİKİ OLARAK SORUMLULUĞU

Dış hekimi hastalarına karşı tıbbi müdahalelerini değişik ve kısmen tehlikeli aletlerle gerçekleştirir. Örneğin, elektrikli matkaplar, kesici diskler, radyasyon saçan röntgen aletleri, kullanılan araçlar arasında sayılabilirler. Ancak kullanılan bu aletlerin bozuk veya bakımındaki eksiklikler sonucu hastalara verdikleri zarardan dış hekimi doğacak zarardan herhangi bir kusuru olmasa da sorumludur¹⁷⁵. Burada dış hekiminin kusursuz sorumluluğunun sebebi bir şeye malik olmasıdır. Dış hekiminin sorumlu olabilmesi için, yine pozitif ve negatif şartların olması gerekir. Bunlar; Hukuka aykırı bir müdahalenin olması, söz konusu müdahale sonucu maddi veya manevi bir zararın gerçekleşmiş olması gerekir. Zararla kullanılan alet arasında uygun bir illiyet bağının olması gerekir. Esere ait şartlar ise, yapının ayıplı olması veya üretilmesi veya gerekli bakımın yapılmamış olması, söz konusu esere sahip olunması gerekir. Buradaki sahip olunmadan Medeni Hukuk anlamında mülkiyet anlaşılır¹⁷⁶. Negatif şartlar ise, olayda hukuka uygunluk hallerinin bulunmaması gerekir. Burada eser sahibine kurtuluş kanıtı getirilerek sorumluktan kurtulma hakkı tanınmamıştır. Örneğin, röntgen cihazının radyasyon ayarının bozuk olması dolayısıyla hastanın normalin üzerinde radyasyona maruz kalması, hastanın muayenehanensin zemininde bulunan

¹⁷⁵ Ott, 187; Schroder, 153.

¹⁷⁶ Schroder, 155.

kaygan halıyla takılarak düşmesi sonucu kalçasını kırması, Muayene hane de bulunan muslukların bozuk olması dolayısıyla önce muayenehaneyi sonra alt kattaki işyerini su basması sonucu doğan zarardan dış hekimi sorumludur¹⁷⁷.

VIII. HUKUKİ SORUMLULUĞUN SONUÇLARI

I. GENEL OLARAK

Dış hekiminin hastasıyla yaptığı sözleşmeden doğan sorumluluğu, esas itibariyle belirli bir miktar tazminat ödeme şeklinde ortaya çıkar. Kusurlu olduğuna karar verilen dış hekimi, hastanın hem maddi hem de manevi zararlarını tazmin etmek mecburiyetindedir¹⁷⁸. Tazminat miktarının hesaplanması bakımından, davanın akdi veya sözleşme dışı sorumluluk esasına dayandırılması önemli bir farklılık yaratmaz. Zira Türk Borçlar Kanununun 114. maddesinin ikinci fıkrası gereğince, haksız fiil sorumluluğunu düzenleyen hükümler kıyasen akdi sorumluluğa da uygulanırlar.

II. MADDİ TAZMİNAT

Dış hekimlerinin büyük çoğunluğu hastaya maddi tazminat ödemek zorunda kalır. Maddi tazminatın kapsamına, her şeyden önce ilave tedavi için yapılan masraflar gibi fiili zararlar girer. Hastanın kusurlu tedavi yüzünden ödemek zorunda kaldığı tedavi masraflarını, çalışma yeteneğinin kaybından doğan zararları, iktisadi geleceğinin sarsılmasından doğan zararları karşılamak zorundadır¹⁷⁹. Yargıtay'da vermiş olduğu bir kararında, özel hastanelerde çalışan hekimin yanlışlıkla verdiği iğnenin meydana getirdiği tahribat sonucu davacının uzuv kaybı dolayısıyla uğraşmış olduğu zararlarının tazminine karar vermiştir¹⁸⁰. Malvarlığının pasifinde ortaya çıkabilecek artmayı da buraya dâhil etmek mümkündür.

Kural olarak dış hekimleri, sadece tıbbî teşhis ve tedavi edimi neticesinde doğrudan doğruya zarar gören kişilere tazminat öder¹⁸¹. Ancak, hastanın ölümü halinde geride kalan yakınları da “destekten yoksun kalma tazminatı” isteyebilirler (TBK. m. 53 /III)¹⁸².

Gerek sözleşme ve gerekse sözleşme dışı sorumlulukta uğranılan zararın gerçek miktarını ispat yükü hastanın üzerindedir (TBK. m.50 /I)¹⁸³. Ne var ki, zararın gerçek miktarını tam olarak ispatlamak çoğu zaman imkânsızdır. İşte, uğranılan zarar miktarının tam olarak ispatlanamadığı hallerde, hâkim, somut olayın özelliklerini de göz önünde tutmak suretiyle hastaya ödenecek

177 Schroder, 156.

178 Reisoğlu, 15.

179 Ayan, 121; Reisoğlu, 209.

180 Y.13.HD. 9.11.1999T.E.2000/9590,K/964/. (Yayınlanmamıştır).

181 Ayan, 121.

182 Atabek /Sezen, 156; Reisoğlu, 17; Belgesay, (Mesuliyet), 77.

183 Loeffler, 36.

tazminatı belirler (TBK. m.114/II, m. 50 /II). Hastanın özel sağlık kurum ve kuruluşuna yanlış bilgi verme, teşhis ve tedaviye yönelik talimatlara riayet etmeme, tehlikeli olduğu önceden bildirilen bir müdahaleye razı olma gibi ortak kusuru da nazara alınarak tazminat miktarı indirilebilir (TBK. m. 52)¹⁸⁴.

III. MANEVÎ TAZMİNAT

Dış hekimleri, hastaya, uğramış olduğu manevi zararlar için de tazminat ödemek zorundadır. Bu açıdan Alman Hukukundan farklı olarak, Türk ve İsviçre Hukuklarında akdi sorumluluk ile sözleşme dışı sorumluluk arasında fark yoktur. Yani teşhis ve tedavi sözleşmesinin ihlali sonucunda da uğranılan manevi zararlar için tazminat istenebilir (TBK. m.114 /II, 56, 58; TMK. m. 24)¹⁸⁵.

Kusurlu tıbbî teşhis ve tedavi neticesinde hastanın beden bütünlüğü zarar görmüşse, dış hekimi kural olarak hastanın kendisine manevi tazminat ödemek zorundadır. Buna karşılık, söz konusu tıbbî teşhis ve tedavi edimi hastanın ölümüne yol açmışsa, artık hastanın geri de kalanlarına manevi tazminat ödenmesi gerekir (TBK. m.56)¹⁸⁶.

Bedeni zarara uğrama ve ölüm halleri dışında, hastanın hekime karşı yöneltilebileceği manevi tazminat taleplerine genelde Borçlar Kanunu'nun 49. maddesi uygulanır. 4.5.1988 Tarih ve 3444 sayılı "743 sayılı Türk Kanunu Medenisinin bazı maddelerinin ve 818 sayılı Borçlar Kanununun 49. maddesinin değiştirilmesine dair kanun"un¹⁸⁷ 8. maddesiyle yapılan değişiklikten önce, söz konusu hükme dayalı olarak manevi tazminat istenebilmesi için kişilik hakkının ihlali yanında, failin kusurunun ve uğranılan zararın özel bir ağırlık taşıması aranırdı¹⁸⁸. 3444 sayılı Kanun, kusurun ve zararın özel bir ağırlık taşıması şartını haklı olarak kaldırmıştır¹⁸⁹. Maddenin yeni şekline göre, "Şahsiyet hakkı hukuka aykırı bir şekilde tecavüze uğrayan kişi, uğradığı manevi tazminat namıyla bir miktar para ödenmesini dava edebilir" (TBK. m. 49 /I, TBK. m. 58). 3444 sayılı Kanunla değişik Borçlar Kanununun 49. maddesinin birinci fıkrasında "kusur"dan hiç söz edilmemiştir. Bu durum, manevi tazminat istemleri için kusur şartının tümüyle kaldırılmış olup olmadığı konusunda tereddütlere yol açabilir. Ancak, TBK. 58. maddenin kusura dayalı haksız fiil sorumluluğunu düzenleyen hükümler

¹⁸⁴ Belgesay, (Mesuliyet), 120; Atabek /Sezen, 154; Öz, 716; Reisoğlu, 17.

¹⁸⁵ Ott, 99; Reisoğlu, 17; Belgesay, (Mesuliyet), 125-126; Özgül, 162; Reisoğlu, 222-223; Wiegand, 185; BGE 116 II 519ff.

¹⁸⁶ "...O halde vücut bütünlüğüne verilen zararlar nedeniyle Borçlar Kanunu'nun 47. Maddesi uyarınca ve hakaret ve tehdit eylemleri ile kişilik haklarına verilen zararlar nedeniyle BK. M. 49 maddesi uyarınca davacı lehine tazminata hükmedilebilir..." (Y. 13. HD., 20.01.2003T, 2002/14894 E, 419 K.).

¹⁸⁷ 19812 sayılı, 1.5.1988 tarihli R.G' de yayınlanmıştır.

¹⁸⁸ Ott, 99; Ünal, 414 vd.

¹⁸⁹ Değişiklikten önce öğretide, kişilik hakkının tam olarak korunmasını sağlamak amacıyla, ağır kusur niteliği taşımayan ve fakat manevi zarara yol açan hafif ihmal hallerinde de manevi tazminat istenebilmesi önerilmişti (Bkz. Karayalçın, 267; Franko, 128-129; Ünal, 420-422; Kaplan, 224-229).

içinde yer alması ve özel hükümler dışındaki manevi tazminat taleplerini genel olarak düzenlemeyi amaçlaması, kusur unsurunun bütünüyle ortadan kaldırılmadığının kabulünü gerektirir. Aynı şekilde, manevi tazminatın özel olarak düzenlendiği hükümlerde (TMK. m. 25; 121 /II, 174 /II; TBK. m. 56; TTK. m. 58) failin kusurunun aranması da bu sonucu zorunlu kılar¹⁹⁰.

Doktrin yasa koyucunun, haklı olarak eleştirilen kusurun ve zararın özel bir ağırlık taşıması şartını kaldırmak istemiş, Borçlar Kanununun 49 (TBK. m. 58). maddesinin birinci fıkrasında yer alan genel düzenleme karşısında 49 (TBK. m. 58). maddede ayrıca kusurdan söz etmeye ise gerek görmemiştir. Dolayısıyla her türlü kusur manevi tazminata hükmedilmesi için yeterli görülmüştür. Yani, özel sağlık kurum ve kuruluşundan manevi tazminat istenebilmesi için, maddi tazminat talepleri için gerekli şartlar aynen aranmalıdır¹⁹¹. Bunlara ek olarak, Türk Borçlar Kanununda yapılan değişiklikle, eski TBK. m. 49'da yer alan manevi tazminatın hesaplanmasında, " tarafların sıfatını, işgal ettikleri makamı ve diğer sosyal ve ekonomik durumlarını da dikkate alır" düzenlemesi, yeni değişikliklerle kaldırılmıştır. Çünkü öteden beri anayasanın eşitlik ilksine ilgili hükmün aykırı olduğu eleştirisi getirilirdi. Bu eleştiriler artık yeni değişikliklerle, kanunlaşmıştır.

Diş Hekimin sözleşmeye aykırı kusurlu davranışı aynı zamanda hastanın kişilik hakkını da ihlal edeceği için, onun, manevi tazminat talebi 3444 sayılı kanunla değişik Medeni Kanunun 25. maddesine dayandırılması da mümkündür¹⁹².

SONUÇ

Ülkemizde son dönemlerde, sağlık hukuku alanlarında giderek artan sayıda sağlık hukuku ile ilgili eserler verilmektedir. Ancak diş hekimlerinin sorumluluğu daima diğer hekimlerin sorumluluğunun arasında sıkıştırılarak derinlemesine girilmeden verilmektedir. Çalışmamızda, Türk Sorumluluk sisteminde, bağımsız çalışan diş hekiminin sorumluluk sebepleri; sözleşme sorumluluğu ve sözleşme dışı sorumluluk, sözleşme türleri ise, kusur sorumluluğu ve sebep sorumluluğu olarak incelenmiştir. Sorumluluk sebepleri ve türleri incelenirken diş hekimliği mesleğinin özellikleri ve bu alanda Türk ve İsviçre Alman yargı kararları ve doktrin uygulamalarından istifade edilmiştir. Türk Yargıtay'ının bu alanda vermiş olduğu çok fazla karar bulunmamaktadır. Bundan dolayıdır ki, kararların seçiminde yabancı eserlere ve yargı kararlarına daha çok başvurularak çalışma gerçekleştirilmiştir.

(Alkışlar)

190 **Zevkililer (Medeni)**, 479.

191 **Ayan**, 123; **Zevkililer (Medeni)**, 479.

192 " ..Davacı evlenme çağında bir genç kız olarak tedavisinin yarım kalması nedeniyle büyük üzüntüye kapıldığını ileri sürerek ... manevi tazminat talebinde bulunmuş, mahkeme ... manevi tazminata hükmetmiştir. Sözleşmeye aykırı davranılmasında BK. M. 49. Maddedeki şartlar gerçekleştiğinde manevi tazminat istenebilir. Bunun içinde davacının kişisel haklarına hukuka aykırı bir şekilde tecavüzün varlığından söz etmek gerekir..." (Y. 13. HD. 17.05.2006T, E. 2006/5557E, K. 2006/8023K).

DİŞ HEKİMLERİNİN CEZÂİ SORUMLULUĞU

I- GENEL OLARAK

Tıbbi müdahale, dolayısıyla da diş hekimin tıbbi müdahalesi dış görünüşü itibariyle vücut dokunulmazlığını ihlal eden bir davranış olarak karşımıza çıkmaktadır. Vücut dokunulmazlığının ihlali söz konusu olduğunda, bu müdahalenin hukuk karşısındaki durumunun tartışılması gerekmektedir. Tıbbi müdahale hukuk nazarında tipik bir haksızlık, yani yaralamayı oluşturur. Ancak, ceza hukukunda tipik bir haksızlığın varlığı; diğer deyişle kanuni tarife uygun bir sonucun ortaya çıkmış olması failin sorumlu tutulabilmesi için gerekli, ama yeterli değildir. Ayrıca bu fiilin hukuka aykırı olması da gerekmektedir. Dolayısıyla, diş hekiminin tıbbi müdahalesi tipik yaralamayı oluşturmaktadır, ancak bu tipik haksızlık ceza sorumluluğunun doğması bakımından yeterli değildir. Cezai sorumluluğun söz konusu olabilmesi için bu fiilin hukuka aykırı da olması gerekmektedir.

Hemen belirtelim ki, ceza hukukunda tipik fiil hukuka aykırılığa karnedir. Bu karine ancak bir hukuka uygunluk nedeninin varlığı halinde geçersiz hale gelir. Buna göre, bir tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hale getiren bir neden bulunmadığında hukuka aykırı bir fiilden söz edilecektir. Dolayısıyla diş hekimin tıbbi müdahalesinin hukuka uygunluğunun şartlarının ele alınması gerekmektedir. Bunlar hepimizin bildiği, en azından bu alanla ilgilenen hekim arkadaşlarımızın ve hukukçu arkadaşlarımızın bildiği hususlardır. Ancak hatırlatma babından tekrar ana hatları itibarıyla değinmek gerekiyor. Zira cezai sorumluluk bu şartlardan birinin gerçekleşmemesine bağlı olarak doğmaktadır.

II- DIŞ HEKİMİN TIBBİ MÜDAHALESİNİN HUKUKA UYGUNLUK ŞARTLARI

İlk şart, dış hekiminin tıbbi müdahalesinin ilgilinin rızası çerçevesinde gerçekleştirilmiş olmasıdır. Tabii ki tıbbi müdahale söz konusu olduğu için biz bunu aydınlatılmış onam şeklinde anlayacağız. Dolayısıyla, dış hekiminin tıbbi müdahalesi aydınlatılmış onama dayanmadığı takdirde hukuka aykırı olacaktır. Aydınlatılmış onama dayanan tıbbi müdahaleler ilgilinin rızası çerçevesinde kalmak ve ilgilinin üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabileceği bir hakla ilgili olmak kaydıyla hukuka uygun bir fiil olarak tezahür edecektir. Buna göre, ilgili her türlü hakkı üzerinde tasarrufta bulunma imkânına sahip değildir. Dolayısıyla ilgilinin rızasının geçerli olduğu haklar üzerinde aydınlatılmış onama dayalı olarak gerçekleştirilen tıbbi müdahale hukuka uygun olarak tezahür edecektir. Buna karşılık, gerekli aydınlatma yapılmaksızın gerçekleştirilen tıbbi müdahale, sonuç iyi olsa dahi hukuka aykırıdır ve sorumluluğu gerektirir. Bu sorumluluğun hangi çerçevede olacağı hususu ayrı bir tartışmanın konusudur.

İlgilinin rızası bazen belli usuli şartların gerçekleşmesine bağlı tutulmuş olabilir, ilgilinin rızasının belli usul çerçevesinde açıklanması aranmış olabilir. Bu gibi hallerde bu usuli şartların yerine getirilmesi gerekmektedir. Örneğin, 1219 sayılı Kanunun 70. maddesinde büyük ameliyeler için yazılı muvafakat aranmıştır.

İkinci şart, teşhis ve tedaviyi uygulayan kişinin dış hekimi olmasıdır. Dolayısıyla, dış hekimi olmayan kişilerin gerçekleştirmiş olduğu müdahaleler sonuç olumlu olsa dahi, kişi sağlığına kavuşmuş olsa dahi hukuka uygun değildir. 1219 sayılı Kanunun 41. maddesi doğrudan bu hususla ilgilidir ve bu maddede dış hekimliği mesleğini icra etme yetkisine sahip olmayan kişilerin bu faaliyette bulunmaları üç yıldan beş yıla kadar hapis ve 1 000 gün adli para cezası gibi ağır bir yaptırımla karşılanmış vaziyettedir. Başka bir anlatımla, 1219 sayılı Kanunun 30 ve 31. maddesi çerçevesinde dış hekimliği mesleğini icra etme yetkisine sahip olmayan kişilerin yetkisiz olarak bu mesleği icra etmeleri halinde 41. maddede öngörülen yaptırımlar uygulanacaktır.

Üçüncü şart, dış hekiminin tıbbi müdahaleyi teşhis ve tedavi amacıyla gerçekleştirmiş olmasıdır. Dış hekiminin tıbbi müdahalesinin hukuka uygunluk şartlarından bir diğeri de budur. Dolayısıyla, böyle bir amaç gütmeyen bir müdahale sonucu olumlu olsa dahi hukuka aykırı olacaktır ve sorumluluğu gerektirecektir.

Teşhis ve tedavi tabiatıyla bir endikasyonun varlığını gerekli kılmak-

tadır. Dolayısıyla bir endikasyonunun bulunmadığı hallerde kural olarak tıbbi müdahalenin hukuka aykırı olduğunu belirtmek gerekmektedir. Bu noktada tartışmalı olan husus sırf estetik gaye ile yapılan tıbbi müdahalelerdir. Doktrinde genellikle bu gibi hallerde psikolojik veya sosyal endikasyonun varlığı kabul edilmekte, yani o da bir nevi rahatsızlık olarak kabul edilmekte ve dolayısıyla gerçekleştirilen tıbbi müdahalenin bu gibi durumlarda da teşhis ve tedavi amacına yönelik olduğu kabul edilmektedir.

Alman uygulamasına yansıyan bir olayda şiddetli diş ağrıları çeken bir bayan birçok yöntemi denemesine rağmen bir çözüm bulamayınca ağrıların nedeni olarak dişlerini görür ve diş hekiminden bütün dişlerini çekmesini ister. Diş hekimi bu talebi başlangıçta kabul etmezse de, bayanın ısrarı neticesinde bir müddet sonra dişlerini çekmeyi kabul eder. Dişlerin çekilmesinden bir ay sonra baş ağrıları geçmeyen hasta hekimi dişlerini çekmesinden dolayı savcılığa şikâyet eder. Bu olayda müdahale bir diş hekimi tarafından yapılmıştır. Hastanın ısrarlı talepleri vardır ve hekim müdahaleyi özenli bir şekilde de gerçekleştirmiştir. Ancak bu müdahaleye gösterilen rızanın geçerli olmadığını ve hekimin geçerli bir rızanın bulunmaması nedeniyle sorumlu olacağını kabul etmek gerekmektedir.

Dördüncü şart, diş hekiminin tıbbi müdahalesinin tıp biliminin verilerine uygun olarak gerçekleştirilmiş olmasıdır. Bunu değerlendirirken tıbbi müdahalenin gerçekleştirildiği tarihteki tıp biliminin gelişmişlik düzeyi dikkate alınacaktır. Dolayısıyla, müdahalenin gerçekleştirildiği tarihteki (ex-ante) tıp biliminin gelişmişlik düzeyiyle paralellik arz eden, ona uygun olan tıbbi müdahaleler sonuç olumsuz olsa dahi; yani kişi nihayetinde şifa bulmamış olsa dahi hukuka uygundur, herhangi bir sorumluluğu gerektirmeyecektir.

III- CEZAI SORUMLULUK

Bir tıbbi müdahalenin ilgilinin onamı alınmaksızın veya onamın sınırını aşarak gerçekleştirilmiş olması halinde cezai sorumluluk söz konusu olabilir. İlk ihtimal, diş hekiminin ilgilinin rızasını almaksızın bir tıbbi müdahaleyi gerçekleştirmiş olmasıdır. Örneğin, sadece teşhis için gelmiş bir hastanın dişi, onayı alınmadan çekilmiş olabilir. Bu gibi hallerde sorumluluk söz konusu olacaktır; yani bu fiil hukuka aykırıdır.

Ancak, bunun ceza hukuku bakımından bir neticesi var mıdır? Bir görüşe göre bunun ceza hukuku yönünden neticesi vardır, bu doğrudan doğruya kasten yaralama kapsamında değerlendirilir. Buna karşılık, katıldığım diğer görüşe göre ise, bu gibi hallerde kasten yaralamadan bahsedilemez. Bu gibi hallerde ilgilinin aydınlatılmış onamını almamaya bağlanmış olan

yaptırım uygulanabilir. Bu yaptırım 1219 sayılı Kanunun 70. maddesinde düzenlenmiştir ve ilgilinin onamını almadan gerçekleştirilen tıbbi müdahale idari para cezasını gerektirmektedir.

İlgili diş hekimine belli bir tıbbi müdahale için rıza göstermişken hekim rızanın kapsamı dışına çıkarak ve yeni bir onam almaksızın daha fazlasını gerçekleştirir. Örneğin, hasta sadece bir diş bakımından tıbbi müdahaleye onam vermiştir, ancak hekim iki veya üç diş tedavi etmiştir. Aslında hastanın lehine bir durum, ama hukuki açıdan olay öyle değil. Bu gibi hallerde evet, hukuka uygunluk sebebinin sınırı aşılmıştır, hem de kasten aşılmıştır. Ancak, bununla ilgili sorumluluğun mahiyetinin az önce yapmış olduğumuz açıklamalar çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir.

Hekim gerçekleştireceği tıbbi müdahalenin etki ve sonuçları konusunda yeterince aydınlatmaksızın müdahalesini gerçekleştirmiş ve neticede istenmeyen sonuç ortaya çıkmıştır. Örneğin, ışınla tedavinin muhtemel sonuçları hakkında yeterince bilgilendirmeden müdahalede bulunulmuş ve hastanın yüzünde egzama tarzı yaralar oluşmuştur. Dolayısıyla, bu konuda hekimin taksirli bir davranışı; yani özensiz, dikkatsiz bir davranışı söz konusudur ve taksirle yaralamadan dolayı sorumluluğu söz konusu olacaktır.

Tıp biliminin verilerine aykırı olarak gerçekleştirilen tıbbi müdahaleden dolayı da diş hekiminin sorumluluğu gündeme gelebilir ve daha ziyade bu sebeple diş hekiminin cezai sorumluluğu söz konusu olacaktır. Örneğin, diş hekiminin gerekli hijyen kurallarına uyulmadığından steril hale getirilmemiş aletlerle diş çekimi yapar, diş çekiminde kullandığı aletten taşıyıcı durumundaki bir önceki hastadan tedavisi yapılan hastaya bir hastalık bulaşır. Örneğin Hepatit B veya AİDS. Bu gibi hallerde ortaya çıkan fiilin sonucuna göre hekimin, müdahaleyi gerçekleştiren kişinin veya kişilerin taksirle öldürme veya taksirle yaralamadan dolayı sorumluluğu gündeme gelecektir.

Diğer bir örnek, gerekli dikkat ve özenin gösterilmemesinin sonucu olarak tedavi edilmesi gereken diş yerine başka bir dişin çekilmesidir. Uygulamaya da benzeri olaylar yansımıştır. Yargıtay 4. Ceza Dairesinin biri 1999 tarihli diğeri 2003 tarihli iki kararı bulunmaktadır. Hastanın tedavi kartında gösterilen dişin yerine başka bir dişinin çekildiği bu olaylarda Yargıtay taksirle yaralama suçunun olduğu sonucuna varmıştır. Kanaatimizce de bu gibi olaylarda taksirle yaralama suçunun, hatta taksirle yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış şeklinin oluştuğunu kabul etmek gerekmektedir.

Bir diş hekimi hastasının dişlerinde enfeksiyon bulunup bulunmadığı-

nı kontrol etmeden çekimi gerçekleştirir ve neticede ağızdaki enfeksiyonun beyne veya akciğere yayılması sonucunda hasta kaybedilir. Eğer diş hekiminin tedbirsizliğinden, dikkatsizliğinden kaynaklandığı bilirkişi raporlarıyla tespit edilirse, bu gibi hallerde taksirle öldürmeden dolayı sorumluluk gündeme gelecektir (TCK m. 85).

Diş çekimi sırasında uygulanan kuvvet nedeniyle çene kemiğinin kırılması veya çıkması söz konusu olabilir. Bu gibi hallerde meydana gelen netice eğer somut olayda müdahaleyi yapan diş hekiminin dikkat ve özen eksikliğinden kaynaklanıyorsa, bunu tespit edebiliyorsak, taksirle yaralamanın neticesi sebebiyle ağırlaşmış şeklinin oluştuğunu kabul etmek gerekmektedir.

Diş hekiminin hastanın diş dolgu ve benzeri şeyleri yutmasını veya nefes borusuna kaçmasını engelleyecek tedbirleri almaması halinde de taksirli sorumluluğu söz konusu olabilir.

Bunun dışında diş hekimlerinin teşhis ve tedavi için gelen hastaya gerekli tıbbi müdahalede bulunmamaları halinde sorumluluğu söz konusu olabilir; yani ihmalinden dolayı sorumluluk da gündeme gelebilir. Eğer bu ihmal dikkatsizlik ve özensizlikten kaynaklanıyorsa taksirle yaralamadan; buna karşılık, kasti bir davranış söz konusuysa, örneğin, tedavi için gelen hastaya sosyal güvencesi olmadığı için bilinçli olarak bir müdahalede bulunulmuyorsa, kasten yaralamanın ihmali davranışla işlenmesinden dolayı sorumluluğun söz konusu olacaktır.

Diş hekimi hastasını yanıltıp ondan alması gerekenden daha fazla ücret alabilir. Belli bir tedavi konusunda anlaşır hekim hastasıyla ve hekim yapmadığı işleri yapmış gibi göstererek hastasından daha fazla ücret talep edebilir ve alabilir. Bu gibi hallerde hileli bir davranış söz konusu olduğundan dolandırıcılık suçu gündeme gelebilecektir. Sosyal Güvenlik Kurumundan daha fazla tahsilâtta bulunabilmek için aslında gerçekleştirmedeği halde gerçekleştirmiş gibi göstererek fatura düzenleyecek olursa, evrak hazırlayacak olursa, diş hekimi bu gibi hallerde hem dolandırıcılık, hem de evrakta sahtecilik, özellikle de resmi evrakta sahtecilik suçu söz konusu olabilecektir.

Sabrınız için teşekkür ediyorum. (Alkışlar)

DİŞ HEKİMLİĞİNDE AYDINLATILMIŞ RIZA

Sayın Başkanım, değerli konuşmacı hocalarım, salondaki değerli tıp hukukunun önderi olan Hakan Hocam, Yener Hocam ve diğer hocalarım, değerli katılımcılar, hepinizi saygıyla selamlıyorum.

Ben diş hekimliğinde aydınlatılmış rızayı anlatacağım. Öncelikle gerçekten Sağlık Hukuku Kuruluna ayrıca teşekkür ediyorum. Avukat Pınar Hanım nezdinde bütün arkadaşlarıma teşekkürler.

Diş hekimliğiyle ilgili olarak bir kaynak olmadığı gibi diş hekimliğiyle ilgili olarak yapılmış başka bir toplantı da hatırlamıyorum, ilk defa burada yapılıyor. Bu da çok güzel bir şey. Uygulamada çok örnek bulamadım açıkçası. İlhan Hocamın da bahsettiği egzama olayı var, özellikle aydınlatılmış onamla ilgili. Diş hekimi radyasyon, ışın veriyor, ışına alerjisi varmış hastanın, hastada egzama oluşuyor. Bunun da tam olarak aydınlatılmış onama uygulanabilirliğini kafamda tarttım. Bu aslında anemnez (hasta öyküsü) almakla ilgili bir sıkıntı da olabilir; yani aydınlatılmış onamdan çok hekimin özen gösterme yükümlülüğü, anemnezi yanlış alması gibi bir şey, bu malpraktis olabilir diye düşündüm. Ama onun dışında uygulamadan çok örnek bulamadım açıkçası aydınlatılmış onamla ilgili.

Diş hekimliği uygulamalarının özelliği nedir?

Hastanın vücut bütünlüğünü etkileyen uygulamalar, ruh ve beden bütünlüğünü etkileyen tıbbi müdahaleler, tıbbi uygulamalardır. Bu nedenle bu tıbbi uygulamaların neye dayanarak insanlarda gerçekleştirilebileceğini Anayasadan başlayarak çeşitli mevzuat hükümlerinde görüyoruz. Neye dayanarak izin veriliyor bu uygulamalara? Anayasanın 17. maddesi, dünden beri, iki gündür konuşuyoruz, herkes bundan bahsediyor. Kişinin vücut bütünlüğüne dokunulması yasaktır; belli şartları vardır: Tıbbi zorunluluklar, Kanunda yazılı haller.

Aydınlatılmış onam almanın iki boyutu var tabii ki. Bunların biri ceza sorumluluğunu kaldırması açısından ve hukuki tazminat sorumluluğunu kaldırması açısından. Türk Ceza Kanununun hukuka uygunluk sebepleri ya da ceza sorumluluğunu kaldıran, azaltan sebepler başlığı altındaki 26.maddesinde “kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiillerden dolayı kimseye ceza verilmez” diyor. Burada hukukçular açısından aslında en büyük tartışma şu: Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği hakkı nedir? Asıl tartışma konusu bu. Kişi sağlık üzerinde, sağlığı üzerinde tasarruf edebilir mi? Biraz önce örnek verildi, “*bütün dişlerimin çekilmesini istiyorum*” diyor mesela. Bu akla, mantığa yatar bir talep midir? üzerinde tasarruf edilebilecek bir şey midir? bunlar tartışılır. Sonuçta rızayla yapılan fiillerde (ehliyetli olmak, aydınlatılmış olmak, baskı altında olmamak, vb. bazı şartlarla) ceza verilmez.

Medeni Kanunun 24. maddesi, çok önemli bir madde. Çünkü kişilik hakkının zedelenmesi durumunda hakimden koruma isteme hakkını içeriyor. Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası daha üstün nitelikte özel ya da kamusal yarar. Özel yarar derken hastanın yararı, kamusal yarar derken de toplumsal hastalıklardan korunma gibi toplum yararı kastediliyor. Hepatit C gibi ya da AİDS gibi hastalıklardan korunma. Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel ya da kamusal yarar ve kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır. Bir kere rıza olması gerekiyor, daha üstün nitelikte özel ya da kamusal yarar olması gerekiyor ya da Kanunun verdiği yetki olması gerekiyor kişilik hakkına yapılan bir saldırı, vücut bütünlüğüne yapılan bir eylemin hukuka uygun olması için.

Tababet Kanununun 70. maddesi: Arkadaşlar, ben diş hekimliğinde aydınlatılmış onam konusunun en kritik noktasını bu 70. madde olarak görüyorum. Neden? Çünkü Tababet Kanununun 70. maddesi rızayı içeriyor. Rıza nasıl alınacak hastadan? Tabipler, diş tabipleri, dişçiler yapacakları her

nevi ameliye için hastanın evveleminde muvafakatini alırlar; yani öncelikle iznini alırlar. Tamam, bunu koymuş. Ama diyor ki “*büyük cerrahi ameliyelerde; yani büyük ameliyeyi cerrahiler için bu muvafakatin tahriri olması lazımdır*”; yani yazılı olması lazımdır. Peki, diş hekimliğinde hangi işlemler büyük cerrahi ameliyeye girer, hangisi girmez? Ben bunu bilmiyorum açıkçası. Bilmiyorum böyle bir ayırım da yapılıyor mu? Ama rızanın yazılı olup olmaması konusunda bence diş hekimliğiyle ilgili, normal diğer ameliyatlarda olduğu gibi bir ayırım yapılabilir. Mesela, diğer cerrahilerde, büyük cerrahi ameliyenin ne olduğu belli, orada rızanın yazılı olması gerekiyor, aydınlatılmış onamın yazılı olması gerekiyor denilebiliyor. Tabii, burada aydınlatılmış onam derken, biraz sonra anlatacağız, aydınlatmayla rıza ayrı kavramlar; ama, rızanın yazılı olması şart büyük cerrahi ameliyelerde. Mesela bir diş çekirmek acaba büyük cerrahi ameliye midir, değil midir, bilmiyorum açıkçası. Sınıflandırması nerede, belli bir sınıflandırması var mı? Kişiden kişiye değişiyor mu?

KATILIMCI- Sadece olayın ... komplikasyon ...

Av. HALİDE SAVAŞ- Böyle bir *guide line*’ımız falan yok değil mi?

KATILIMCI- Yok. Yayınlanmıştır.

Av. HALİDE SAVAŞ- O zaman biz de bilemiyoruz, siz de. Hâkimin takdirine kalıyor olay.

Hasta Hakları Yönetmeliğinde aydınlatılmış rıza çok geniş olarak anlatılmış durumda ve işte, iki gündür de bunları detaylı olarak anlattık.

Aydınlatılmış rızanın, başta da söylediğim gibi, ceza sorumluluğunda fiili hukuka uygun hale getirilmesi söz konusu, tazminat sorumluluğunda da tazminat ödemekten muaf tutulmaya sebep olması söz konusu. Aydınlatılmış rızanın iki unsuru var; birincisi aydınlatma, ikincisi rıza. Bunlar bizim için niye önemli? Rızanın geçerli olabilmesi için aydınlatmanın yapılması şart; yani aydınlatma yoksa rıza geçersiz oluyor, bu çok önemli ve usulüne uygun olarak yapılması şart.

Diş hekimliğinden çok örnek veremeyeceğim, ama hekimlik olarak genel örnekler vereceğim. Mesela benim en son bir plastik cerrahi profesörü için ceza mahkemesinde aldığım bir kararda, taksirle yaralama kararında plastik cerrahi profesörünün şöyle bir muvafakatnamesi vardı dosyada: “*Hekiminin üzerimde uygulayacağı her türlü müdahaleye muvafakat ediyorum*”. Bunu mahkeme de kabul etmedi, Yargıtay da kabul etmedi. Sedat Hocam da burada değil, Yüksek Sağlık Şurası çok güzel bir karar verdi “*8’de 8 kusurludur hekim*” diye, çünkü böyle bir muvafakat geçerli olmaz birincisi, ikincisi, burada aydınlatmayla ilgili hiçbir temel yok, aydınlatma

yapıldığına dair bir şey yok.

Aydınlatmanın usulü: Aydınlatma sözlü olarak yapılabilir. Aydınlatmanın şekliyle rızanın şekli arasında fark olabilir; yani aydınlatmayı sözlü olarak yapabilirsiniz, rızayı yazılı alabilirsiniz. Aydınlatma hastanın anlayabileceği bir dilde; yani tıp terimleri mümkün olduğu kadar kullanılmadan hastanın anlayabileceği şekilde hastalıkla ilgili açıklama, bilgilendirme yapılmasıdır. Aydınlatmanın usulü budur. Tabii, Hasta Hakları Yönetmeliğinde çok daha ayrıntılı olarak var; nazik bir şekilde, hastanın duruşuna, tavrına uygun olarak yapılması gerektiği söyleniyor.

Aydınlatmanın konuları ne? Ben diş hekimliğine özel burada bir şeyler söylemeye çalıştım: Hastanın ağzında gerçekleştirilmesi gereken tıbbi uygulamaların neler olduğu, bu uygulamaların yapılmaması halindeki ihtimaller; yani “size bir tedaviyi yapmazsak şunlar şunlar şunlar olur”. Uygulamaların, muhtemel olumlu ve olumsuz sonuçları. Olumsuz sonuçlarından da bahsetmek gerekir. Alternatif uygulamalar: Dolgunuzu şundan da yapabiliriz, bundan da yapabiliriz, bundan yaparsak şöyle şöyle olur, şundan yaparsak şöyle şöyle olur. Bireysel riskler. Ben burada açıkçası en çok bireysel riskler kısmını önemişiyorum, çünkü hastanın bireysel bir sıkıntısı olup olmadığı, yine başa dönüyoruz, anemnez alma konusuna, anemnez alırken bunu öğrenebiliriz, eğer hastanın kendisinin de bilmediği bir şey varsa, ki böyle şeyler de oluyor, yapılabilecek bir şey yok. Bizim en son verdiğimiz bir birlikişi raporunda hasta kendisinde Akdeniz anemisi olduğunu bilmiyordu mesela. Doktoru bilgilendirmediği için yanlış ilaç verildi ve biz doktoru kusurlu bulmadık orada.

Şimdi, rıza konusuna geçmeden önce aydınlatmayla ilgili bir şey söylemek istiyorum: Biz hukuk uygulayıcısıyız, ben avukatım. İspattan biraz sonra detaylarıyla bahsedeceğim. Bizim için aydınlatılmış onamın ispatı çok önemli. Hep diyoruz ki belli bir şekil yoktur, aydınlatılmış onamın alınması şekle tabi değildir. Ama benim için şekle tabidir. Neden? Çünkü ben onu başka türlü anlatamıyorum hakime, yazılı bir kanıt olmadığına ispatlayamıyorum. Bu nedenle hekimlere (aynı şey diş hekimleri için de geçerli), her hastalık için ayrı bir aydınlatılmış onam formu, bunun risklerini içeren, hastanın bireysel risklerinin de yazılabileceği ayrı ayrı onay formları hazırlamalarını ve bu onay formlarını belli bir süre önce, operasyon eğer acil değilse, operasyondan belli bir süre önce, bu üç gün de olabilir, beş gün de olabilir, hastaya yazılı olarak teslim etmelerini, teslim aldığına yazılı olarak ispatı gerekir bana; sonra hastaya “*şu güne gel*” diye randevu verip o gün hastayla hekimin (müdahaleyi yapacak olan hekimin) karşı karşıya

gelmesini, hekimin hastanın sorularını almasını, hastayı bu şekilde tekrar aydınlatmasını ve bunların hep tespit edilmesini; yani tutanaklarla ya da belli bir aydınlatılmış onam defteri tutulabilir hastanelerde ya da muayenehanelerde, bunun tespit edilmesi gerektiğini düşünüyorum. Ancak, böylelikle ben aydınlatmayı yaptığımı ve rızanın da böylece geçerli olduğunu ispatlayabilirim diye düşünüyorum.

Rızada hastanın ehliyetli olması çok önemli. Hastanın ehliyetinden şüphe ediyorsanız, zannediyorum Hocam biraz önce o dişlerin hepsini çektiğinde öyle bir şey düşündü, bu konuda bence bir rapor alınmasını ya da psikiyatriste göndermenizi, hastayı mümkün olduğu kadar elmeden bir yönlendirme yapmanızı tavsiye ederim, çünkü alınan rıza gene geçersiz olur ehliyetsiz olduğu tespit edilirse.

“Anlatılanları anlamasından sonra”, bu da çok zor bir şey. Ben, müvekkilimle olan ilişkimde düşünüyorum, ben müvekkile anlatıyorum, anlatıyorum, ama anladığından emin olabiliyor muyum diye düşünüyorum. Hekim hastanın anladığından nasıl emin olabilecek? Çünkü aydınlatılmış onamın esası bu, aydınlatmanın esası bu. Aydınlatma demek anladığından emin olma demek; yani anlattığınız şeyleri anladığından ne kadar emin olabilirsiniz bilmiyorum. Anlatılanların anlaşılmasından sonra rızanın alınması gerekiyor. Baskı altında olmaksızın, ben bunu gördüm arkadaşlar, hemşirelik hayatımda da gördüm, daha sonra avukatlık hayatımda da gördüm, bazı hekimlerin, özellikle cerrahların, aramızda cerrah var mı, diş hekimlerini saymıyorum. Cerrah mısınız? Tüh, atıp tutacaktım şimdi cerrahlara bir sürü. (Gülüşmeler) Benim eski eşim de beyin cerrahıydı, oradan biliyorum. Mesela süpermarketlerde bıçakların önünden alamazdım onu, acayip bir kesme tutkusu var. Ben cerrahların şunu yaptığını gördüm: Mesela benim hakim müvekkilim var, total tiroidektomi olmuş. Oturmuşlar cerrahın karşısına, cerrah demiş ki “*ben, bütün tiroidi alacağım. Hepsini almıyorum git kime yaptırırsan yaptır ameliyatını*”. Onun canı total tiroidektomi yapmak istiyormuş; yani hepsini almak istiyormuş ve hepsini almak için bir manevi cebir uygulamış. Tabii, bu bize anlatılan durum. Karşı tarafı da dinlemek lazım, hukukta her zaman iki taraf vardır, değil mi Hocam? Cebir uygulanmaması gerekiyor hastaya, ama cerrahlar bunu yapıyorlar Hocam. Hasta kaçacak, hasta ameliyat olmayacak diye komplikasyonları söylemeyen cerrahlar biliyorum ben. “*Yoksa gider*” diyor.

KATILIMCI- Benzer şeyler ... zaten ... ondan sonra hasta söylemeyene gidiyor, çünkü o daha ...

Av. HALİDE SAVAŞ- Ama söylemeyene gittiğinde bir problem oldu-

ğunda söylemeyenin başı yanacak.

KATILIMCI- Yanıyor tabii. Böyle bir piyasalaşmadan gelen...

Av. HALİDE SAVAŞ- Evet. Hele özel hastanelerde çok oluyor. Ben bu sunumları özel hastanelerde yaptığımda cerrahlar diyorlar ki *“Avukat Hanım, biz bunları yapsak buraya kimse gelmez, hem de adımız çıkar böyle hastane diye”*. Neyse, sonuç olarak, bu kişiler hâkimin karşısına geçtiklerinde hiç böyle olmuyor.

Baskı altında olmaksızın, kişinin ağzında gerçekleştirilebilecek tıbbi uygulamayı kabul etmesi üzerine tıbbi uygulama yapılmasına gönüllü olarak rıza vermesi, izin vermesi gerekir.

Rızanın şekli: Kural olarak belli bir şekil şartı yok. Hep bunu söylüyoruz, ama çok anlamsız. *“Kanunlarda yazılı olan istisnai haller dışında Tababet Kanunu 70, büyük cerrahi ameliyelerde yazılı rıza arar”*.

İspat vasıtası olarak rıza: Değerli katılımcılar, aydınlatılmış onamla ilgili bir sürü şey anlatıldı bugüne kadar iki gündür, aydınlatılmış onamın müdahale aydınlatması, riziko aydınlatması çeşitlerinden bahsedildi. Ben hiç onlara girmedim, ama aydınlatılmış onamla ilgili yine de sorulması istenilen, anlatılması istenilen bir konu varsa lütfen onu yazılı soru olarak alalım, çünkü artık ispat konusuna geçiyorum. Biz hukukçular için, avukatlar için çok önemli biliyorsunuz. Zaten avukatız çoğumuz.

Tazminat hukuku doktrin ve uygulamasında ispat amaçlı olarak yazılı rıza gerekir, bu şart. Rızanın geçerli olması için de aydınlatma şart olduğu için aydınlatmayı içeren bilgilerin de olduğu bir form gerekir. Şimdi diyoruz ki, matbu formlar hukuksuzdur. Tamam, ama biz bu matbu formdan kastettiğimiz ne? Mesela benim biraz önce söylediğim, *“doktorumun üzerimde gerçekleştireceği her türlü müdahaleye muvafakat ediyorum”*. Böyle bir şey geçersizdir, ama belli bir usulle, o biraz önce anlattığım usulle hastaya bunların bildirilmesi; yani yazılı olarak verilip *“evde değerlendir, getir”* denilmesi, ki kredi çekmişsinizdir hepiniz, kredi sözleşmelerinde bankalar size 28-30 sayfa yazı imzalatırlar ve onların hiçbirini anlatmazlar. Bu da mesela hukuka uygun değildir. Ben bunu sordum, özellikle kredi sözleşmeleriyle ilgilenen bir avukat arkadaşıma sordum, *“bizde hiçbir sıkıntı olmuyor, biz onları aydınlatmış kabul ediyoruz”* dedi. Herhalde onlar canla ilgili bir şey olmadığı için, can kaybı söz konusu olmadığı için, para söz konusu olduğu için kabul ediyor mahkemeler. Ama bizde gerçekten bu önemli. Bu arada yeri gelmişken söyleyeyim: Ankara’da bu uygulanıyor mu bilmiyorum arkadaşlar. Bizim İstanbul’daki avukat arkadaşlarımız artık hakimlerden sağlık hukuku uzmanı bilirkişi istiyorlar. En kötü ihtimalle Sağlık Hukuku

Merkezini gösteriyorlar. Çıkıyorlar, “*bakın, Sağlık Hukuku Merkezimiz var, burada sağlık hukukuyla ilgilenen avukatlar, hukukçular var, eğer bunları da kabul etmiyorsanız sağlık hukukuyla ilgilenen hocalarımız var*”. Biz doktorların yanına, iki doktor varsa bir de hukukçu bilirkişi istiyoruz ve bu hukukçu bilirkişi mutlaka sağlık hukukuyla ilgilenen birisi. Ben şu anda böyle doktorlarla birlikte bilirkişilik yapıyorum, ama tabii, saç saç, baş başa giriyoruz doktorlarla, çünkü onlarla bizim yaklaşımlarımız çok farklı. Genelde ben hasta vekili oluyorum, onlar hekim vekili oluyor, öyle devam ediyoruz. Sağlık hukuku davalarında, özellikle aydınlatılmış onamla ilgili, hasta haklarıyla ilgili konularda hukukçunun bulunması şart arkadaşlar.

İspat ne? Medeni usulcü yok değil mi aramızda? Medeni usul hukukçusu yok. Aslında keşke olsaydı. Ben Hayrünnisa Hocama da bu konuda daha önce talepte bulundum. Bu sağlık hukukunun en işlenmeyen alanı ; yani ispat yönü hiç işlenmiyor. Medeni usulcüler zaten o kadar önemli şeylerle ilgileniyorlar ki, bu konuyla çok fazla ilgilenmiyorlar. Biz de elimizden geldiğince bu şekilde anlatmaya çalışıyoruz. Şu anda anlatacağım şeylerin hepsi kaynak olarak göstermedim, ama Baki Kuru ve Zarife Şenocak Hocamın 2007’de yapılan ilk Sağlık Hukuku Kurultayı vardı hatırlar mısınız, orada çok güzel bir makalesi vardı ispatla ilgili, ona dayanır. Bu arada kaynak olarak gösteriyorum ve işe yarıyor arkadaşlar. 2007’deki Sağlık Hukuku Kurultayı kitabını edinebilerseniz orada Zarife Hocanın çok güzel bir ispata yönelik makalesi var.

Dava konusu hakkın ve bu hak iddiasına karşı yapılan savunmanın dayandığı maddi vakıaların, olguların var olup olmadıkları hakkında mahkemede kanaat oluşturulmasına ispat diyoruz. Bu Baki Kuru’nun bir tanımı. Bir olgunun ispatı için başvuru vasıtalarına da delil diyoruz. İşte, bunlar kesin deliller, kesin olmayan deliller, bu arada bilirkişi kesin olmayan delildir, hepimiz biliyoruz. Hakim davada hangi çekişmeli vakanın ispatı gerektiğini kendisi tespit ediyor. İspatı gereken vakalar kim tarafından ispat edilecek, bu önemli.

İspat yükü kendisine düşen taraf dayandığı maddi vakanın gerçekten var olduğunu ortaya koyamazsa davası reddolunur. Kural nedir arkadaşlar? Müddei iddiasını ispatla yükümlüdür; yani siz bir iddiayla mahkemeye gittiyseniz, bu iddianızı ispatlamak durumundasınız. Diyor ki “*bu doktor bana yanlış bir müdahalede bulundu*” diye bir iddiayla gidiyor, “*bu dış hekimi benim yanlış dişimi çekti*” diye bir iddiayla gidiyor. İspat yükü kural olarak kime düşüyor? Hastaya düşüyor. İstisnalar, özellikle bunlar Zarife Hocanın makalesinde çok güzel anlatılmış. Normal durumun aksini iddia eden ispatla

yükümlüdür; ilk görünüş ispatı.

Bunu diş hekimi arkadaşlarla da paylaştım. İstanbul'da yine bir diş hekimi beni aradı. Hasta anestezi yaptıktan sonra, dişine iğneyi batırıp ilacı verdikten 15 dakika sonra ölmüş. Tabii, diş hekimi arkadaşların da, benim de aklımıza hemen anafoksi geldi; yani ilaç alerjisi geldi. Neyle yaptıysa anesteziyi bilmiyorum, anesteziye bir alerjisi vardı diye düşündük. Ben bu diş hekimi arkadaşla konuştum, *“eğer otopsi sonucunda sizin yaptığınız fiilden kaynaklanan bir şey değil de kendi o anda geçirdiği bir kalp krizi, vesaire gibi bir şey çıkarsa, sizinle ilgili sıkıntı olmaz”* dedim. Ama burada düşünülecek şey şudur: O kişi sizin muayenehanenize sağlam girdi, öldü çıktı. İlk görünüş ispatı bu arkadaşlar. Bu durumda ilk görünüş ispatı durumunda kusursuzluğunu ispatlamak durumu hekime düşüyor. Normalde gidiyor, diyor ki davacı *“ben bu hekimin fiilleri yüzünden kaybettim oğlum, eşimi”*. Davacı, hekimin fiillerinin kusurlu olduğunu ispatlamak zorunda değil, çünkü ilk görünüş ispatı var. Diğer taraf; yani hekim burada kusuru olmadığını ispatlamak zorunda. Bunun için otopsiye gidebilir, bilirkişiye gidebilir, vesaire.

Kanunlarda belirtilen özel ispat yükü halleri var. Bunlar ne? Haksız fiilde zararı ispat etmek davacıya düşer, sözleşmeye aykırılıkta sözleşmeye aykırılık sabitse, kusursuzluğunu ispat, sözleşmeye aykırı davranan tarafa düşer. Bir de bazen biz sözleşmeye aykırılığın sabit olup olmamasına gidiyoruz, ama çok dolambaçlı bir yol.

Karineler: Biraz önce ceza hukukundaki karinelerden bahsetti Hocam. Ben tabii hukuk usulünden bahsedeceğim. Belirli olan bir olaydan belirli olmayan bir olayın çıkarılması. Şimdi, biz uygulayıcıyız arkadaşlar, hocalarımız gibi çok rahat bir senaryoyu yorumlayamıyoruz. O yüzden sonuçlanmış; yani yargıya yansımış kararlardan yola çıkarak bir örnek koydum buraya. Bu da gene yargıya yansımış bir olay.

Eline çivi batan köylü vatandaşın tedavisi için köyünden kalkıp şehir merkezindeki üniversite hastanesine gelmesi, tedavi için gereken işlemlere izin vereceğine karinedir. Arkadaşlar, bu olayda ne oluyor? Bursa'da köyde bir vatandaşın evine çivi batıyor. Vatandaş köyden kalkıyor, üniversite hastanesine geliyor tedavi olayım diye. Tedaviyi yapıyorlar, eline pansuman yapıyorlar, vatandaş gönderiyorlar. Ne kadar süre geçtiğini hatırlamıyorum, ama vatandaş bir süre sonra tetanoz oluyor, kasılmaları başlıyor ve tetanos sebebiyle yoğun bakıma yatması gerekiyor vatandaşın.

Burada sağlık personelinin, sadece hekim değil, orada hemşireler de var, hekim ve hemşirenin savunması şu: *“Biz ona ‘tetanoz aşısı olman gerekiyor’ dedik, o kabul etmedi”*. Bu konuda bir sürü şahit beyanları da var. Şu anda

çok iyi hatırlamıyorum, ama zannediyorum buraya bir not da düşmüşler. Böyle bir şey var. Yargıtay da diyor ki *“köylü vatandaş kalkıp köyünden “eli-me çivi battı, tedavi olayım” diye şehre, üniversite hastanesine gelir de “tetanos aşısı yap” dediklerinde kabul etmez mi? Biz böyle bir şeyi kabul edemiyoruz. Köyünden kalkıp tedavi için gelmesini tetanos aşısını da kabul edeceğini karine olarak düşünüyoruz ve bu nedenle sizin savunmalarınızı kabul etmiyoruz, burada sorumlusunuz”* diyor.

Şimdi, bu tekrar Zarife Şenocak Hocanın makalesinden: Tıbbi hata davalarında ispat yükünün hekime düştüğü haller. Bizde böyle bir şey yok. Türk hukukunda bunlar tek tek böyle sayılmamış. Hep yabancı kaynaklar Zarife Hocanın da aldığı. Ama bunu şöyle yapabiliyoruz: Biliyorsunuz ki hakim karşısında gördüğü taraflardan birini zayıf görüyorsa, ispat yükünü ters çevirebiliyor. Burada da genel olarak kayıt tutma yükümlülüğünün ihlali hakimler bunu ters çeviriyorlar; yani kayıtlar kimin elinde? Güçlü olan hekimin, hastanenin elinde. Bu yüzden eğer kayıt yoksa ortada, kayıt tutma yükümlülüğü söz konusuysa, diyor ki *“ispat yükü hekime düşer, hekim bunu ispatlasın”*. Ayrıca, arkadaşlar, burada hemen yeni çıkan bir karardan bahsetmek isterim, Danıştay kararı: Üniversite hastanesinde kayıtların bulunamamasını direkt manevi tazminat sebebi olarak görmüş ve manevi tazminat vermiş. Diş hekimliğiyle ilgili değil, ama tıp hukukuyla ilgili.

Aydınlatma yükümlülüğünün ihlali: Bir de diyor ki, mesela benim hasta müvekkillerimin hepsi şunu söylüyorlar: Hastaların da bu konuda çok masum olduğunu söylemiyorum, ama şunu diyorlar: *“İmzayı atarken biz sadece imzayı attık, bize hiçbir konuda aydınlatılma yapılmadı, bana bu söylenmedi”*. Mesela, buraya gelmeden önce yine davasını açtığım bir olayda *“bağırsak kanseri için bağırsak ameliyatı olacaksın”* diyorlar hastaya, hasta bağırsak ameliyatından çıkıyor, karnından dışkılama yapması gerekiyor, bir bakıyor karnında bir delik var ve torba var. İdrar yollarıyla ilgili sıkıntı var ve erkeklik fonksiyonlarıyla ilgili sıkıntı var, ama ameliyata girmeden önce ona hiç bu konuda bilgilendirme yapılmamış. Burada aydınlatma yapıldığıyla ilgili hiçbir şey yok. İşin aslına bakarsanız hasta dosyasında rızanın alındığına dair bir belge bile yok. Bu İstanbul’da çok büyük bir üniversite hastanesi. Rızanın alındığı bile belli değil. Sonuç olarak aydınlatma yapılmadıysa rıza da geçerli olmadığı için aydınlatma yapıldığını ispat hekime düşüyor. Bu çok zor bir şey gerçekten. Bunun için de bir sürü prosedür yapılması gerekiyor. Artık bu nasıl yapılacak bilmiyorum, sistemlerin oturtulması gerekiyor.

Organizasyon kusuru: Tabii, Hakan Hocam buradayken organizasyon kusurunu anlatmak çok zor, ama organizasyon kusurunun sadece ispat

yükünün hekime ve hastaneye düştüğü hallerden biri olduğunu söylemem lazım. Uygun tedavi için gerekli şartların sağlanmamış olması. Mesela, sterilizasyonun çok iyi yapılmadığının tespiti ya da yapılmamış olduğunun iddia edilmesi. Hastane enfeksiyonu var hastada ve diyoruz ki “*yönetim hastane ameliyathanelerini doğru düzgün steril etmemiştir*”. Burada ne örnek vermişim? “*Hastanın zararı bu gerekliliğe uyulmamasından kaynaklanıyorsa aksini ispat hekime düşer. Asistanın tek başına ameliyat yapmasına izin verilmesi halinde ameliyatta hatasının olmadığını ispat hekim ya da hastaneye düşer*”. Bu da muhtemelen bir karardır, şu anda çok iyi hatırlıyorum.

Diş hekiminin müdahalesinden sonra bir komplikasyon oluşmuşsa, bu çok önemli arkadaşlar. Bu arada hemen, konudan konuya atlıyorum, ama biz İstanbul Barosu olarak tıp ve hukuk mensupları arasında ortak dil diye bir çalışma başlattık. Bu çalışma çerçevesinde Ankara, İstanbul, İzmir ve Samsun’da üniversitelere, tıp fakültelerine, hukuk fakültelerine, barolara, tabip odalarına, diş hekimliği odalarına, Sağlık Bakanlığına, Yüksek Sağlık Şurasına ve Adli Tıp Kurumuna yazılar yazdık. Dedik ki “*tıbbi hata, komplikasyon tanımlamaları nelerdir size göre? Tıbbi hata, komplikasyon tanımlamaları arasındaki farklar nelerdir ve tıbbi hata, komplikasyondan doğan sorumluluklar arasındaki farklar nelerdir*” dedik. Burada amacımız şu arkadaşlar: Hekim camiasında ya da tıp camiasında tıbbi müdahaleden doğan bir zarar söz konusu olduğunda hemen şöyle bakılıyor: Tıbbi hata mı, komplikasyon mu? Komplikasyonsa sorumluluk yoktur. Aslında böyle bir şey yok. Neden yok? Çünkü komplikasyon söz konusu olduğunda da sorumluluk olabilir. Nasıl olabilir? Aydınlatılmış onamın usulüne uygun alınmamasıyla olabilir. Siz o komplikasyon konusunda hastayı ameliyata girmeden önce aydınlatmadıysanız, o komplikasyonun oluşma ihtimalinden bahsetmediyseniz burada sorumluluk vardır. Ben zaten hep bu konuda hekimlere karşı görüş yazmak zorunda kalıyorum.

Bir diş hekiminin müdahalesinden sonra bir komplikasyon oluşmuşsa, bu komplikasyondan sorumlu olmaması oluşan komplikasyon konusunda müdahaleden önce hastanın aydınlatılmış olduğunu ispatlamasına bağlıdır. Bununla ilgili başka bir olayda mesela kalp cerrahisiyle ilgili bir şeydi yanlış hatırlamıyorsam. Aydınlatılmış onam formu gösterdiler bana, o aydınlatılmış onam formunda çıkan komplikasyon yazıyordu ve bu imzalanmıştı. Dedim ki, “*bakın, formda bu yazıyor. Bu size söylenmedi diye iddia edebiliriz, ama bu çok akılcı bir şey değil. O yüzden bunu imzaladığınız için buradan bir şey çıkmaz*”.

Komplikasyondan sorumluluk doğmaması için hastanın aydınlatması

Av. HALİDE SAVAŞ

gerekir, ama onun dışında birde tabii komplikasyona zamanında müdahale edilmesi, komplikasyonun zamanında fark edilmesi, gerekenlerin yapılması da sorumluluk doğmaması için gereken şeyler.

Sonuç, dış hekimliğinde aydınlatılmış onamın alınması ceza ve tazminat sorumluluğu doğmaması açısından önemlidir. Bu bir kere temel şeylerden biri. Aydınlatılmış onamın alındığının ispatı hekime düşer, daha doğrusu en önemlisi aydınlatmanın yapıldığının ispatı hekime düşer. Bu nedenle dış hekimlerinin aydınlatma yaptıktan sonra yazılı onam almalarında fayda vardır. Teşekkür ederim. (Alkışlar)

OTURUM BAŞKANI- Soru-cevap bölümüne bütün konuşmacılarımız, ilk konuşmacımız hariç, bugün süreyi aştı, ama çok faydalı bilgiler aldık. Bu bakımdan kendilerine ayrı ayrı aştıkları için özellikle teşekkür ediyoruz. Soru-cevap bölümündeyiz şimdi. Şu ana kadar bir tane soru geldi. Diğer soruları da alırsak...

KATILIMCI- Ben yazmadım.

OTURUM BAŞKANI- Buyurun, sizden başlayalım o zaman.

Biz şimdi soruyu alalım, daha sonra yazılı olarak kayıtları siz alın o zaman.

KATILIMCI- Ben o hastanın bütün dişlerinin çekildiği bir vaka vardı, orada durumun ortada kaldığını düşünüyorum. Birincisi, diş hekimliğinde sosyal ve psikolojik endikasyon diye bir şey de var diye konuştuk öncelikli olarak. Hasta eğer gelmişse hekime, ağrılardan şikâyetçi olduğunu ve ısrarla da dişlerini çekmesini söylediye, hekim de böyle bir şeyde bulunabilir, çünkü zaman zaman bize de gelebiliyor böyle hastalar. “*Burada bir endikasyon hatası vardır*” dediniz Hakan Hocam. Slaydı hatırlamaya çalışıyorum, onun üzerinden konuşsak daha iyi olacaktı aslında. Siz de burada bir suç olduğunu söylediniz, taksirli bir suç mu dediniz Hocam, onu bir açıklığa kavuşturabilirsek sevinirim.

Doç. Dr. İLHAN ÜZÜLMEZ- Önce arkadaşımız da bununla ilgili bir uyarıda bulundu. Slaytta diş ağrısı demişim, bu baş ağrısı olacak. Baş ağrısından dolayı dişlerin tamamının çekilmesi söz konusu. Evet, burada bir endikasyon şüphesiyle teşhise ve tedaviye yönelik bir müdahaleyi diş hekimi gerçekleştirmiş olabilir, ancak bunun dişlerinin tamamının sökülmesi gibi bir olayla sonuçlanmaması gerektiğini, dişlerinin tamamının çekilmesi yönündeki talebin kişinin üzerinde mutlak surette tasarrufta bulunabileceği bir hakkına ilişkin olmaması sebebiyle geçerli olmayacağından hareketle

sorumluluğunun söz konusu olacağını ifade ettim. Endikasyon yokluğu olarak tabii siz bunu kabul edip hareket edebilirsiniz veya yanlış endikasyon hatası diyerek de değerlendirebilirsiniz.

KATILIMCI- Burada kesin ... endikasyon söylemiyor, psikolojik ya da sosyal endikasyon diye değerlendirebiliriz. Ben durumu açıklığa kavuşturmak adına...

Doç. Dr. İLHAN ÜZÜLMEZ- Endikasyon olarak değerlendirmeniz yapılan tıbbi müdahalenin bence, kanaatimce hukuka uygun olduğu anlamına gelmiyor. Bunun da bir yasal sınırı var. Dolayısıyla, örneğimizde kişinin üzerinde mutlak surette tasarrufta bulunabileceği hakkına ilişkin olma kısmı sıkıntılı. Hastanın endikasyonu söz konusu olsa, hastanın bu yönde talebi bulunsa dahi tüm dişlerden kaynaklanan kesin bir teşhis ortaya konulmadığı sürece rızanın geçerli olmayacağını düşünüyorum. Bu benim görüşüm. Farklı şekilde de düşünülebilir, ona itirazım yok. Bu durumda rızanın yokluğunu kabul edecek olursak, kasten yaralamadan dolayı sorumlu olur.

KATILIMCI- Rıza yoksa daha da kusurlu hekim.

Doç. Dr. İLHAN ÜZÜLMEZ- Ama endikasyon hatası söz konusuysa, o zaman taksirli yaralama diyebiliriz.

KATILIMCI- Dediğim gibi, endikasyon psikolojik, sosyal endikasyon olabilir; yani vardır mesela, bütün çeneye yayılan ağrılar olabilir, o maksatla çekilmiş olabilir. Bir de ön dişlerinde mesela estetik amaçlarla bir porselen kaplanması da aslında normalde endikasyon yok, ama psikolojik endikasyondan dolayı öyle bir şey yapılabilir. Aslında aşağı yukarı bütün dişlerine gelmesede sonuçta orada da bir kayıp var; dişlerini küçültüyoruz, üzerine porselen kaplıyoruz. Burada çok net olmayan bir şey var diye düşünüyorum. Biraz aydınlatırsanız bu konuda sevinirim. Biz de ona göre müdahale edelim diye söylüyorum.

Prof. Dr. HAKAN HAKERİ - Bu olay Almanya'da gerçekleşmiş bir olay ve Mahkeme ahlâka aykırıdır diye rızayı geçersiz saymış, oradan mahkûmiyeti kurmuş. Ama bunun başka bir boyutu daha var, o da tıbbi standart da yok zaten; yani baş ağrısının tedavisi diye diş çekimi diye bir tıbbi standart varsa, o zaman sorun yok, ama böyle bir tıbbi standart da olmadığını düşünüyorum. Dolayısıyla, o yönden de bir hukuk aykırılık var. Birçok yönü var bu olayın. Bunların farkı nedir? Endikasyon ve rıza yoksa kasten yaralama vardır. Tıbbi standarda aykırılık varsa o zaman taksirle yaralama düşünülebilir. Böyle de bir farklılık ortaya çıkabiliyor. Ama her halükârda bu eylem dediğim gibi ben tıpçı olmadığım için, siz kalkıp da “hayır, bunun tıbbi standardı ve endikasyonu vardır” demediğiniz müddetçe

hukuka aykırıdır dersiniz sıkıntı yok. O zaman da ama rıza konusuna geçeriz bu sefer, rıza noktasında sıkıntı olabilir.

KATILIMCI- Ben dişime dolgu yaptırmak ya da kanal tedavisi yaptırmak istemiyorum, çektirip protez yaptırmak istiyorum” diyor. O zaman bu durumda yine...

Doç. Dr. İLHAN ÜZÜLMEZ- Sosyal endikasyon diyoruz, orada sıkıntı yok.

KATILIMCI- Peki, bu duruma neden sosyal endikasyon diyemiyoruz. Eğer rıza varsa, hasta bunu talep etmişse, bunu da böyle değerlendiremez miyiz diye ben soruyorum size sadece.

Prof. Dr. HAKAN HAKERİ: ... Hastanın her talebinin olduğu yerde sosyal endikasyon olmaz. Onun ayrı şartları var. Dolayısıyla endikasyon kural olarak tıbbi endikasyondur, istisnaen psikolojik, sosyal vs. olabilir. O nedenle, sırf hasta istediği için “benim dişlerimi çek, ben bir huzur bulayım” diye o huzur olmaz. Rıza veya talep, endikasyon yerine geçmez.

KATILIMCI- Zaman zaman gerçekten ... gelen hastalar oluyor.

Prof. Dr. HAKAN HAKERİ : Bir de aynı zamanda yine de biraz hekimin dikkat ve özen yükümlülüğüyle de ilgili. Gerekli özeni göstermeden istedi diye neredeyse ... tetkikten... falan deniliyor, ama bu konuda ne tetkik yapıldı, hep bunlar tartışmalı, ama sonuçta böyle bir istekle bilmiyorum bir hekimin en azından tıbbi uygulamalar açısından hareket etmemesi gerekir diye düşünüyorum.

OTURUM BAŞKANI- Teşekkür ederiz.

Aydınlandı mı efendim? Tamam.

O zaman Hocam, size iki üç tane soru var, ama hukuki boyutunda eklemek istediğiniz bir şey vardı. Buyurun siz.

Yrd. Doç. Dr. HAYRÜNNİSA ÖZDEMİR- Aslında bu ceza olayında bir de hukuki kısmı da söz konusu olabilir. Vekâlet sözleşmesinin özenle yerine getirilmesi gerekir ve görmüş olduğunuz gibi yeni değişikliklerle de kendi alanında görev yapan ortalama bir hekimin göstermekle yükümlü olduğu özeni gösterecek.

Hasta söyleyebilir, çok derdi vardır, çok baş ağrısı vardır o mahkeme kararında olduğu gibi, o haliyle söyleyebilir, ama siz hekim olarak onu yapmak zorunda değilsiniz, çünkü siz bir hekimsiniz. Siz tıp fakültesini bitirmiş bir insansınız. Baş ağrısının çok çok değişik halleri vardır. Ne bileyim, sinir sisteminden, psikolojik, başka başka türleri olabilir. Dişler sadece bir etkidir. Burada bunu yaparsanız, bir kere Borçlar Kanunu anlamında da tazminattan kurtulamazsınız, çünkü özenli davranmıyorsunuz. Siz de o

karşınızdaki hasta zor durumda.

KATILIMCI- Çok çok özenli çekmiştir. (Gülüşmeler)

Yrd. Doç. Dr. HAYRÜNNİSA ÖZDEMİR- Belki olay cezayla ilgili soruluyor, ama borçlar hukuku anlamında da iyi tazminat kazanılabilir.

OTURUM BAŞKANI- Teşekkür ederim Hocam.

Hocam, sorulardan bir tanesi şu: Eski Borçlar Kanunu düzenlemesine göre vekil işçi gibi en hafif kusurundan tam sorumluydu, yeni Borçlar Kanunu basiretli vekil kavramını getirdi. Hukuk uygulamasında daha önce bilmediğimiz basiretli vekilden neyin kastedilmiş olabileceğini ve düzenlemelerden hangisinin daha ağır sorumluluk getirdiği konusunu belirtebilir misiniz?” diyor konuşmacımız Sayın Halide Savaş Hanım.

Yrd. Doç. Dr. HAYRÜNNİSA ÖZDEMİR- Teşekkür ederim.

Bir toplantıya da katıldık, bunu da belirtmişlerdi. Hep işçiye gönderilir sorumluluk, özen yükümlülüğü, 321 Borçlar Kanununda. Der ki “*sorumluluklarından söz konusudur*”. Fakat işçiyle bir diş hekimini yan yana koyabilir misiniz, bir kadın doğum uzmanını yan yana koyabilir misiniz? Matematikte kuraldır, elmayla armut toplanmaz. Herkes kendi alanındaki insanları tanır. Bir kere işçi benim gözetimim altında çalışıyor, emir ve talimatlarıyla çalışıyor, ama siz kendi fikirlerinizi verebiliyorsunuz. Bir kere kesinlikle bu birbirine uymuyordu. Değişiklik iyi oldu. Fakat şu basiretli hekim olarak neyi görebileceksiniz? Basiretli hekime verilen örnek olarak şöyle deniliyor: O alanda çalışan, diyelim ki diş hekimi olarak o nitelikteki kişilerin arasındaki uygulama; yani bu nasıl oluyor? Ortalama (vasat) bir vatandaş nasıl örnek gösterilirse hukukta, burada da ortalama vasat bir diş hekimi. Ama diş hekimlerinin durumları farklıdır. Siz diş hekimine gittiniz. Buradaki sınıf aynı olması yer alıyor. Sıradan bir diş hekimi, dolgu yaptırma için gittiniz. Beş yıllık okulu bitirmiş, belgesini almış bir diş hekimi. Bu diş hekimi kendisi gibi beş yıllık bitiren diş hekimleri gibi sorumlu, onun dışındakinin eğer uzmanlığı varsa, bir titri varsa, bunu kendisi gibi olanlarla; yani bir beş yıllık sadece okul bitirmiş diş hekimiyle profesör olan bir diş hekiminin göstereceği özen aynı değildir, çünkü o bir profesör. Siz onun titri için birçok para ödeyip gittiniz. Niye gittiniz o profesöre? Çünkü onun biliminin, ilminin en iyi olduğunu düşündüğünüz için gittiniz. Ama normal bir sokak arasındaki diş hekimine gittiniz, beş yılda bitirmiş bir insan. O da o kendisi gibi olanlarla aynı seviyede olacaktır. Onun için hekimin durumuna bakmak gerekir.

Av. HALİDE SAVAŞ- Hocam, bir saniye. Peki, işçilik kısmına takılmayalım. En hafif kusurundan tam sorumludur. Bu benim için çok önemli, çünkü biz ne yapıyorduk o zaman? 8’de 2 bile kusuru varsa, 8’de 8 kusurlu

deyip ona göre rapor düzenliyorduk. Şu anda ne yapacağız?

Yrd. Doç. Dr. HAYRÜNNİSA ÖZDEMİR- Bunun karşılığı basiretli sıfatı geldi.

Av. HALİDE SAVAŞ- Tamam, nasıl yapacağız? Kusuru ayıracak mıyız?

Yrd. Doç. Dr. HAYRÜNNİSA ÖZDEMİR- Burada kusur ayrılmıyor, en hafif kusuru da bu basiretlinin içine giriyor. Diyor ki *“bak kardeşim, sen böyle profesör olmuşsun, bu kişinin en hafif kusurundan da sorumlusun”* diyor. Buradaki en hafif kusuru basiretli sıfatı karşılıyor.

Av. HALİDE SAVAŞ- Tamam, gene 8’de 8 kusurlu.

KATILIMCI- Peki, ya sorumsuzluk anlaşması? Hafif kusurları da kapsar...

Yrd. Doç. Dr. HAYRÜNNİSA ÖZDEMİR- Sorumsuzluk anlaşmasını hastayla yapamaz, çünkü kendisine imtiyaz sonucuyla verilmiş bir meslek vardır. Kalkıp da sorumsuzluk anlaşması yapamaz.

OTURUM BAŞKANI- Hocam, iki soru birbirine benzer, onun için bir tek soru olarak size takdim edeyim: Hekimin sorumsuzluğunun kabulü için hastanın beyanı üzerine alınan yazılı belge yeterli midir, yoksa bunun sağlık raporuyla desteklenmesi gerekmekte midir?

Yrd. Doç. Dr. HAYRÜNNİSA ÖZDEMİR- Bence biraz önce bu rıza olayındaki gibi, *“çek bütün dişlerimi”* dediği gibi, bana kalırsa *“ben her şeye muvafakat ediyorum”* diyemez. Zaten Medeni Kanun 23 anlamında da olmaz, ona dayanıp kalkıp dava da açabilirsiniz. Hiç kimse beden bütünlüğünü ihlal edemez. Ancak bu organ nakilleri falan onlar istisnadır, ama *“kalk benim bütün dişlerimi çek veya ben muvafakat ediyorum şunu da yap”* diyemezler, o hukuka aykırı olur.

OTURUM BAŞKANI- Teşekkür ederim.

Biraz zor okunan bir yazı. Gül Hanım, Gamze Hanım ve Halide Hanıma sormuşsunuz, değil mi, sizinki mi bu? Lütfen. Gülgün Hanım, sizin mi? Gülgün Hanım, siz hemen kısaca söylerseniz, hocalarımız cevaplasın.

GÜLGÜN ...- Öncelikle sunum için herkese teşekkür ediyorum.

Burada benim sorum şu yönde: Hastalar kendilerinin dahi bilmediği hastalıkları olabileceği için burada hastanın rızası, daha doğrusu bilgileri alınırken *“benim herhangi bir hastalığım yok, kan hastalığım yok”* diyerek orada beyanda bulunuyor, ama bilmediği hastalıkları olabileceği, panik atak olabileceği, benzer durumlar gözetilerek toplum sağlığı yönünde hastanın ve hekimin karşılıklı çıkarları gözetilerek hastaya rapor aldırılması, farklı muayeneye yönlendirilmesi düşünülebilir mi? Halide Hanım, Gül Hanım ve Gamze Hanıma soruyorum.

OTURUM BAŞKANI- Teşekkür ederim.

Kısa kısa, çünkü Sayın Başkan oradan beni uyarıyor süre çok aşıldı diye. Halide Hanım, soruyu da açarak bir cevap verirsiniz iyi olur.

Av. HALİDE SAVAŞ- Hastanın dahi bilmediği bir hastalık için diyor, niye hastayı mağdur ediyoruz, o anlamda. Hastanın dahi bilmediği bir hastalık için hekimi zaten mağdur edemeyiz. Bizim hukukumuzda, özellikle ceza hukukumuzda öngörülemeyen, önlenemeyen durumlara biz kaza, tesadüf diyoruz, bundan kimseyi sorumlu tutamayız. Eğer bir belirti varsa, hekim arkadaşlar tabii ki daha iyi bilirler, hastanın hastalığının olma ihtimaline yönelik bir belirti varsa, zaten konsültasyon isteyeceklerdir, ama belirti yok. Mesela benim olayımda Akdeniz anemisiyle ilgili hiçbir belirti yok ve söylememişte, çünkü Akdeniz anemisinin özelliğini çok iyi bilmiyorum, ama galiba özellikli bir hastalık değil anladığım kadarıyla. O yüzden söylemediği bir şey için hekimi sorumlu tutamayız, ama tabii, burada belirti varsa, bir belirtiyi atlamışsa, bir belirti için dahiliyeciden konsültasyon istemesi gerekiyorsa ve bunu atlamışsa orada sorumluluk vardır deriz. Tatmin oldunuz mu bilmiyorum.

GÜLGÜN ...- Benim sormak istediğim... Arada ...

OTURUM BAŞKANI- Ramazan Hocaya iki cümlelik bir soru var. Ramazan Hocamız cevaplasın, sonra arkadaşımıza son olarak verip bitirelim.

Doç. Dr. RAMAZAN ÇAĞLAYAN- İki tane soru var, herhalde ikisi de hemen hemen aynı. 6100 sayılı yeni Hukuk Muhakemeleri Kanununun 3. maddesi Asliye Hukuk Mahkemesine verilen görevle ilgili. Oradaki görev hepsi, bütün idare, kamu görevlilerinin vermiş olduğu zararların tamamı adli yargıya verilmiş değil, orada bir sınırlama var. Vücut bütünlüğüne yönelik idarenin eylemlerinden kaynaklanan, araçlarından kaynaklanan zararlar var. Dolayısıyla, bütün vücut bütünlüğüne yönelik her türlü zararlar doğrudan adli yargıya verildiği gibi bir sonuca gidemeyiz.

Bir de konuşmamdaki bir yanlış anlaşılmayı düzeltmek için iki kelime daha etmek istiyorum. Bu hekimin yetki alanı aşılmasıyla ilgili, dış hekimliğiyle ilgili, dış hekimliği uygulamalarını çok fazla bilmediğim için belki yanlış anlaşılma olabilir. Dedim ki oral diyagnozdaki bir hekimin protez yapması, belki o da yetkisi alanında olabilir, bu bir yetki aşımı olmayabilir. Hekimler daha iyi bilecektir.

Genel diğer tıbbi müdahaleler bakımından, mesela bir dahiliye uzmanının kulak burun boğaz ameliyatı yapması bir yetki alanı aşılması olabilir, bir kişisel kusur oluşturabilir, ama dış hekimliğinde herhalde bu şekilde kesin ayrımlar yok galiba. O zaman yetki aşımı olmaz, protez de yapabilir pekala yetkisine giriyorsa. Bilmediğim için o yanlış anlaşılmayı da düzeltmiş

olayım. Teşekkür ederim.

OTURUM BAŞKANI- Sağ olun Hocam.

Gülgün Hanım, arada Gamze Hanım cevaplasın olur mu? Bir başka arkadaşımız da, Hatice Hanım, Hayrünnisa Hanıma verdim sorunuzu, arada sizi cevaplasın.

Hocamın iki cümlesi var, ondan sonra da oturumu kapatalım.

Doç. Dr. İLHAN ÜZÜLMEZ - Yeni çıkarılan Kanun hükmünde kararnameyle dış hekimleri bakımından uzmanlaşmanın öngörüldüğünü, bundan sonra uzmanlık alanlarının kurulacağını söylemiştim. Onunla bağlantılı bir soru. Şu anda mevcut dış hekimlerinin durumu yapılacak alt yasal düzenlemelerle herhalde bir yere oturtulacaktır. Dolayısıyla, o açıdan herhangi bir sıkıntı olacağını zannetmiyorum.

Bir de her bir tıbbi müdahale yapıldığı andaki tıp biliminin verileri çerçevesinde, tıbbi standartlar çerçevesinde değerlendirmeye tabi tutulur. Dolayısıyla, bir dış hekimi uzmanlaşmadan sonra, uzmanlığının söz konusu olmasından sonra gerçekleştirmiş olduğu daha önceki tıbbi müdahalelerden dolayı sorumlu tutulmaz, çünkü o yapıldığı andaki standartlar çerçevesinde değerlendirilmiş, zaten defter kapatılmıştır.

OTURUM BAŞKANI- Çok teşekkür ediyorum.

Oturumu kapatıyoruz. Öğleden sonraki oturum yemek arasından hemen sonra başlayacak. Sağlık Hukuku Kurulundan Savaş Şeker meslektaşımız oturumu idare edecek. Hepinize başarılar diliyor, teşekkür ediyorum. (Alkışlar)

SUNUCU- Plaketleri vermek üzere Profesör Doktor Yener Ünveri (14.00) kürsüye davet ediyorum.

PLAKET DAĞITIMI



IV. OTURUM

SAĞLIK SEKTÖRÜNDE REKLAMIN
HUKUKÎ BOYUTLARI

Av. SAVAŞ ŞEKER (Oturum Başkanı)- Değerli katılımcılar, bizden önceki oturumun biraz sarkması nedeniyle biz de zamanı iyi kullanalım istediğimizden aradan dönememiş arkadaşları beklemeksizin hemen oturumu başlatmak istiyorum. Ancak, bu arada elinizdeki program akışında küçük bir değişiklik var. Bu hem konu bütünlüğünü sağlamak adına yapılmıştır, hem de Sayın Avukat Berna Hanımın başka bir yerde değerli bir çalışmaya yine katkı sunmak üzere aramızdan erken ayrılacak olmasından kaynaklanmıştır. Bu nedenle özel sağlık kuruluşlarında “Reklam yasakları ve hasta hakları” ana başlıklı sunumu yapmak üzere Ankara Barosu Sağlık Kurulu üyesi Sayın Avukat Berna Özpınar’a sözü bırakıyorum. Buyurun efendim.

Av. BERNA ÖZPINAR

Türk Hukuk Kurumu Genel Sekreteri

Ankara Barosu Sağlık Hukuku Kurulu Üyesi

ÖZEL SAĞLIK KURULUŞLARININ REKLÂM YASAKLARI VE HASTA HAKLARI

Herkesi saygıyla selamlıyorum. Kurultayın düzenlenmesinde desteklerinden ötürü Baro Yönetim Kurulumuzu, Sağlık Hukuku Kurulu Başkanımız Sayın Av. Pınar Hanım başta olmak üzere, özverili çalışmaları sebebiyle tüm Ankara Barosu Sağlık Hukuku Kurulu üyesi arkadaşlarımı kutluyor, emeklerinden ötürü teşekkür ediyorum. Geçmişte olduğu gibi bu bilimsel toplantının Türkiye’de Sağlık Hukukunun gelişime katkı sağlamasını diliyorum.

Bana ayrılan sürede, “Özel Sağlık Kuruluşlarının Reklâm Yasakları ve Hasta Hakları” konusunu sunmaya çalışacağım: Öncelikle reklâm nedir, ülkemizde reklâmı düzenleyen temel mevzuat nedir konusuna kısaca değindikten sonra asıl konumuz olan sağlık sektöründe ve özelde özel sağlık kuruluşlarının tâbi oldukları reklâm mevzuatını tanıtacağım ve bu mevzuatın hasta hakları karşısında durumunu açıklamaya çalışacağım.

1-REKLÂM :

Reklâm, bir mal veya hizmetin potansiyel alıcısına etkili satış mesajları göndermek suretiyle yapılan güçlü bir iletişim türü ve pazarlama aracıdır. Reklâm, mal ve hizmetin tanıtımına yöneliktir.

Reklâmın temelde üç fonksiyonu vardır:

1-Bilgilendirme

2-İknâ etme

3-Harekete geçirme

Tüketici açısından reklâmın en önemli fonksiyonu bilgilendirmesidir. Piyasaya yeni bir ürünün çıkması durumunda, dikkatleri bu ürüne çekmek için bilgilendirme amacıyla reklâma başvurulur. Reklâm, ürüne bir değer katar, satış mesajları göndermek suretiyle tüketiciyle güçlü bir iletişim sağlar. Reklâm yüz yüze satış faaliyeti dışındaki tüm faaliyetlerdir. Bugün gelişen teknik imkanlarda reklâm türlerine sınır koymak mümkün olmayacağı gibi reklâmın bir sanat olduğu bile dile getirilebilmektedir.

Reklâm, değişik vasıtalarla yapılan bir duyurudur, insanları zorlamadan, gönüllü olarak tercihlerine etki eden bir mekanizma oluşturur. Bir ücret karşılığı yapılan bir faaliyet olarak kimin, neyin reklâmının yapıldığının anlaşılır olduğu bir etkileşim oluşturur. Bugün tedirginlikle karşılamaktayım ki, sağlıklı bir ormanda ayının bulunması neyse piyasada reklamın olması nerdeyse o şekilde tarif edilmekte ve vazgeçilmez gösterilmektedir. Ancak reklâmın etki alanı çok geniştir ve kullanılan araçların yaygın yapısı karşısında sınırlanması da kolay da/ mümkün de değildir; bu sebeple de kontrol zorunlu hale gelmiştir. Nitekim, reklâm tarihine baktığımızda tanıtım amaçlı ilk filmin sigara için çekildiğini, ilk büyük yasaklama kampanyasının da yine bu ürün için olduğunu görmek konunun çok yönlülüğünün ve kolay bir çözümünün olamayacağını da çarpıcı bir örneğidir.

Reklamın hukuki mahiyetinin ne olduğuna ilişkin olarak değişik görüşler mevcuttur. Tüketicilere mal ve hizmet alımları için yönelen ilanların, nitelikleri onları bu ürüne yöneltmek amaçlıdır ve kural olarak icap olarak değil de, icaba davet olarak değerlendirilmesi mümkündür. Çünkü reklâm yoluyla tüketici ile mal ve hizmet sahibi arasında doğrudan bir hukuki bağ kurulmaz. Tüketici reklâm ile böyle bir ürün/hizmet hakkında bilgi sahibi olur. Bu yönüyle de pazarlama faaliyetlerindeki gibi ürünle tüketici arasında doğrudan bağ kurulmaz.

Reklâm konusunda mevzuatımızda kanun düzeyindeki düzenleme 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 16. Maddesidir.

Ticari Reklâm ve İlanlar başlıklı hüküm aynen şöyledir:

***Madde 16-** Ticari reklam ve ilânların kanunlara, Reklam Kurulunca belirlenen ilkelere, genel ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına uygun, dürüst ve doğru olmaları esastır.*

Tüketiciyi aldatıcı, yanıltıcı veya onun tecrübe ve bilgi noksanlıklarını istismar edici, tüketicinin can ve mal güvenliğini tehlikeye düşürücü, şiddet hareketlerini ve suç işlemeyi özendirici, kamu sağlığını bozucu, hastaları, yaşlıları, çocukları ve özürlüleri istismar edici reklam ve ilânlar ve örtülü reklam

yapılamaz.

Aynı ihtiyaçları karşılayan ya da aynı amaca yönelik rakip mal ve hizmetlerin karşılaştırmalı reklamları yapılabilir.

Reklam veren, ticari reklam veya ilânda yer alan somut iddiaları ispatla yükümlüdür.

Reklam verenler, reklamcılar ve mecra kuruluşları bu madde hükümlerine uymakla yükümlüdürler.

Maddenin lafzından da anlaşıldığı üzere hukukumuzda; aldatıcı, yanıltıcı veya onun tecrübe ve bilgi noksanlıklarını istismar edici, tüketicinin can ve mal güvenliğini tehlikeye düşürücü, şiddet hareketlerini ve suç işlemeyi özendirici, kamu sağlığını bozucu, hastaları, yaşlıları, çocukları ve özürlüleri istismar edici reklam ve ilânlarla örtülü reklâm yasaktır. Bir reklâmın bu şartları taşıyıp taşımadığını karar veren; Bilim, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı'na (Tüketicinin Korunması ve Piyasa Gözetimi Genel Müdürlüğü Reklam Kurulu) bağlı bir kurul olan ve içlerinde hekim üyenin de bulunduğu Reklâm Kuruludur. Reklâmlar hakkında daha çok müracaat üzerine bu şartlara aykırı olan reklamlar için durdurma ve para cezası müeyyideleri yer almaktadır.

Reklâm şekillerinden yaygın türünü de radyo ve televizyon reklâmları oluşturmaktadır. Radyo ve Televizyon Üst Kurulunun kendi mevzuatına göre kuruluşlara reklâmdan ötürü para ve durdurma cezalarının uygulandığını görmekteyiz.

Kısaca Reklâm Yönetmeliği olarak bahsedeceğimiz Ticari Reklâm ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmeliğin 5. Maddesinde hukuka uygun bir reklâmın temel ilkeleri sayılmıştır : Öncelikle reklâmlar yasalara, genel ahlaka uygun, doğru ve dürüst olmalıdır. İlkelerde yer alan “ahlaka uygunluk” hususu 6. Maddede açıklanmış olup konumuz olan sağlık sektörü yönünden ise 17. Maddede “reklâmlar, kamu sağlığını bozucu nitelikte olamaz” kuralı getirilmiştir.

Bu hükümler mevzuatımızın genel olarak reklâmı düzenleyen hükümlerdir. Sağlık sektörüne ilişkin bir reklâm söz konusu olduğunda yine bu hükümler yönünden değerlendirileceği tabii olmakla birlikte, bunlara göre daha özel düzenlemeler olan sağlık mevzuatı hükümleri öncelikle dikkate alınacaktır.

Nitekim; Reklâm Kurulu kararlarında ve Danıştay içtihatlarında konu bu şekilde olup, öncelikle sağlıkla ilgili bir reklâm söz konusu olduğunda konuyu düzenleyen sağlık hukuk mevzuatı hükmü ve 4077 sayılı Tüketicinin

Korunması Hakkında Kanunun 16. Maddesine uygunluğu irdelenmektedir.

Ticari Reklâm ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelikte reklâm ve ilanların usulleriyle ilkelerinin düzenlendiğini belirttik, bunlardan sağlıkla ilgili olanları şöylece:

Yönetmeliğin Tanımlar başlıklı

Madde 4 — Bu Yönetmelikte geçen;

d) Reklam veren: Ürettiği ya da pazarladığı malın/hizmetin tanıtımını yaptırmak, satışını artırmak veya imajını yaratıp güçlendirmek amacıyla hazırlattığı, içinde firmasının ya da mal/hizmet markasının yer aldığı reklamları yayımlatan, dağıtan ya da başka yollarla sergileyen gerçek ya da tüzel kişiyi,

b) Ticari reklam ve ilân: Mal, hizmet veya marka tanıtmak, hedef kitleyi oluşturanları bilgilendirmek ve ikna etmek, satışını veya kiralınmasını sağlamak ya da arttırmak amacıyla reklam veren tarafından herhangi bir mecrada yayımlanan pazarlama iletişimi niteliğindeki duyuruyu, ifade eder.

Temel İlkeler

Madde 5 —Ticari reklam ve ilânlarda, aşağıda belirtilen temel ilkeler esas alınır.

a) Reklamlar yasalara, genel ahlaka uygun, doğru ve dürüst olmalıdır.

d) Biçimi ve yayımlandığı mecra ne olursa olsun, bir reklamın “reklam” olduğu açıkça anlaşılmalıdır. Bir reklam haber ve yorum öğeleri içeren bir mecrada yayımlandığında, “reklam” olduğu kolaylıkla algılanacak biçimde belirtilir. Örtülü reklam yapılamaz.

Kamu Sağlığı

Madde 17 —Reklamlar, kamu sağlığını bozucu nitelikte olamaz.

Yönetmeliğin yukarıda yer verdiğimiz hükümleri temel olarak tanımları içermekte olup özelde konumuz olan sağlık hukuku ile ilgili bölümleridir. Bu hükümlere aşağıda yeri geldikçe dönülerek uygulama ve önemleri üzerinde durulacaktır. Burada kısaca reklâma ilişkin şunları söylemek gereklidir; reklâm bir ürünün markaya dönüşmesine yardımcı olur, bilindiği gibi markalar ticari hayatta büyük önem arz eder ve ticarethanenin pazardaki yerini belirler. Bu durum bu kadar etkili bir aracın sorumluluğunu ve sınırlandırılmasını gerektirir. Çünkü, sadece hizmet ve ürünü tanıtmak şeklinde basit anlamıyla reklâmı ele almak mümkün değildir, organize bir yapının karşısında zayıf durumda olan tüketiciye karşı çeşitli pazarlama stratejileriyle içeriği ve uzun süreli etkisini sürdürerek tüketiciyi edilgen hale sokmaktadır. Bu sebeple de reklâmın esaslarının belirlenmesi ve denetimi kaçınılmazdır.

2-SAĞLIKTA REKLÂM :

Yukarıda belirttiğimiz gereklilik/zorunluluk karşısında hukuk sitemimizde reklâmlar sınırlamalara tâbidir. Sağlık konusunun özelliğinden dolayı sağlık sektörü reklâmları ayrıca düzenlenmiştir. Kanımızca bu son derece gerekli ve özelliği olan bir konudur; insan sağlığı ve insan onuru ticari bir unsur olan reklâmın sınırsız bir faaliyet alanı yapılmamalıdır.

Sağlık sektörü reklâmlarını üç temel başlığa ayırmak mümkündür, bunlar:

1-Özel Sağlık Kuruluşları

2-Sağlık Çalışanları Reklâmları

3-İlaç Reklâmları

Reklâmların sağlık hizmetleri alanında kullanılması hemen kabul gören bir düşünce değildir. Bu bağlamda sağlık hizmetleri alanında reklam gereksiz olduğu için, yalnızca hizmet ve ürünlerin maliyetlerinin artışına neden olacağı düşüncesi vardır. Ayrıca, reklâmın, sağlık hizmetlerinde kalitesiz hizmetlerin gölgelenmesine neden olabileceği, kalitesiz bir hizmet sunmakla birlikte reklam yapan bir hekimin, kaliteli hizmet veren ancak reklam yapmayan bir meslektaşına göre daha fazla hasta çekmesi, meslek dalında kalitenin düşmesine sebep olabileceği söylenmektedir. Ayrıca reklâmın tüketimi körükleyici etkisi öne çıkartılarak, sağlık alanındaki reklâmın tüketicileri, aileleri gereksiz ve aşırı tüketime itebileceği, dolayısıyla bu durumun hem kişi hem de ülke ekonomisi açısından zararlı sonuçlar verebileceği ifade edilmektedir. Nitekim, ABD’de çok sayıda hekimin estetik cerrahide gereksiz talep yarattığı örneği verilmektedir. Kanımca bunu öncelikle yaratan, hekimlerden ziyade dizilerdeki hoş fiziklî oyuncuların örtülü reklamlarıdır. Bir diğer eleştiri de doktorların reklam yapmalarının sadece zararlı değil, ayrıca mesleğin onuru ile bağdaşmayan, ayıp sayılması ve kınanması gereken bir faaliyet olduğu şeklindedir. Elbette tüm bu düşüncelerin belli oranda haklılığı vardır; ancak kanımızca asıl karşı çıkılması gereken insan sağlığının ticarileştirilmesindeki tehlike olmalıdır.

Ülkemizde başta Sağlık Bakanlığı, Türk Tabipleri Birliği, İl Tabip Odaları, Radyo Televizyon Üst Kurulunun ve uzmanlık derneklerinin sağlıkta reklâm konusunda çok haklı ve yerinde olarak duyarlı ve hassas olduğunu görmekteyiz. Reklâm Kurulu’nun kuruluşundan bu yana en çok sayıda müeyyidenin uygulandığı alan sağlık alanı olmuştur. İstatistik verilerle bu durumun zaman içinde azalmayıp arttığı da görülmektedir. 2010 yılı rakamlarına göre Reklam Kurulu’nda karara bağlanan ve hukuka aykırı bulunan 666 dosyanın 202 tanesi sağlığa ilişkindir. Bu rakam iletişim, bankacılık

ve turizm gibi devasa sektörlerin karşısında gerçekten büyük bir rakamdır.

Şimdi bu verilere dayanak olan sağlık mevzuatımıza bakacak olursak her tür özel sağlık kuruluşu için kendi düzenlemesinde/ yönetmelikte tanıtım ve bilgilendirmeye ilişkin özel hüküm mevcuttur. Bu düzenlemeler yukarıda belirttiğimiz reklâm yasaklarına ilişkin olan genel düzenlemeye büyük oranda paralellik arz eder. Sağlık hizmetinin türüne, hizmetin verildiği yere göre özel sağlık kuruluşlarının çok çeşitli olduğunu görmekteyiz ; bunların arasında sadece teşhise yönelik görüntüleme vs. yapıldığı ayaktan müracaat edilen merkezler olabildiği gibi girişimsel tüm müdahalelerin yapıldığı özel hastaneler gibi tam teşekküllü birimler de bulunmaktadır. Bunların kuruluş ve faaliyet alanları ve tanıtım esasları birbirine benzemekle birlikte ayrılıklarda göstermektedir. Bazılarının tanıtım faaliyetleri geniş bir reklâm serbestisi içerirken bazılarında açık bir sınırlama olduğunu görmekteyiz. Örneğin, bunlardan “Ağız ve Diş Sağlığı Hizmeti Sunan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik” ve “Ambulanslar ile Özel Ambulans Servisleri ve Ambulans Hizmetleri Yönetmeliği” bu kuruluşlar yönünden reklâmı açık olarak tamamen yasaklamıştır.

Sağlık sektörü esasen hekimlik alanıdır, ticari bir alan değildir. Özel sağlık kuruluşundan da bahsetsek, aslında belirttiğimiz çoğunlukla bir hekimlik faaliyetidir. Bu sebeple de hekimliğin meslek kuralları bir anlamda sağlık kuruluşlarının da faaliyet tanımlarının kuralını oluşturmaktadır.

Sağlık alanındaki 1219 sayılı **TABABET VE ŞUABATI SANATLARININ TARZI İCRASINA DAİR KANUN**

Madde 24 - İcrayı sanat eden tabipler hasta kabul ettikleri mahal ile muayene saatlerini ve ihtisaslarını bildiren ilanlar tertibine mezun olup diğer suretlerle ilan, reklam ve saire yapmaları memnudur.

Hükmü ile hekimlerin reklâm yapmalarına prensip olarak izin verilmiş durumdadır. Ancak bu hükmü mutlak olarak anlamamak gerekir, çünkü Türk Tabipleri Birliği Kanunun 28/d. Maddesi yürütme kuruluna sinema, radyo, müstahdemler veya sair yazılı ve sözlü vasıtalarla reklâm yapılmasını önlemek görevi vermiştir.

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinin 8. Maddesi şu düzenlemeyi getirmiştir:

Madde 8 - Tabiplik ve diş tabipliği; mesleklerine ve tedavi müesseselerine, ticari bir veçhe verilemez.

Tabip ve diş tabibi, yapacağı yayınlarda tababet mesleğinin şerefini üstün tutmaya mecbur olup, her ne suretle olursa olsun, yazılarında kendi reklâmını yapamaz.

Tabip ve diş tabibi, gazetelerde ve diğ er neşir vasıtalarında. reklâm mahiyetinde teşekkür ilânları yazdıramaz.

Bu hükümde hem sağık çalışanı olan hekim ve diş hekimine sınırlama getirirken hem de adını saymadan tedavi müesseselerine yani konumuz olan özel sağık kuruluşlarına sınırlama getirmiş durumdadır. Bu da sağık hizmeti verilen yerlerin “**ticari şekil**” verilmesi yasağıdır.

Danıştay ve Reklâm Kurulu kararlarına baktığımızda özel sağık kuruluşlarına ilişkin olarak bu kurumların benimsediğı bir takım esasların da bulunduğunu görmekteyiz. Yukarıda yer verdiğimiz mevzuat ve uygulamadan süzülen bu esasları şöyle sıralayabiliriz:

1-Özel hastaneler tarafından sağığı koruyucu ve geliştirici nitelikte bilgilendirme tanıtımlar yapılabilecek, bilgilendirme ve tanıtım faaliyetleri kapsamında aldatıcı ve yanıltıcı, doğruluğı bilimsel verilerle kanıtlanmamış bilgiler ve talep yaratmaya yönelik açıklamalar yer almayacaktır.

2-Sağık kuruluşları reklâm niteliğinde ilan veremeyeceklerdir.

3-Sağık kuruluşlarının reklâmları dürüst ve gerçeğı yansıtan unsurlar içermeli, kişilerin ve toplumun zarardan korunması gereklerine uygun olmalıdır.

4-Sağık kuruluşları yaptıkları işe ticari nitelik yükleyemez.

5-Örtülü reklâm yapılamaz(bu zaten kanundan gelen bir yasaklamadır).

Sağık mevzuatı kanımızca yamalı bir bohçadır. Her gün genelge, tebliğ, kanun hükmünde kararnameler ile değışiklikle ilerlemektedir, bu değışim ve gelişimin takibi başlı başına bir iştir. Özel sağık kuruluşları oldukça çeşitli olup bunların her birinin tanıtım faaliyetleri kendi düzenlemelerinde ayrıca yer almıştır. Özel sağık kuruluşlarının mevzuatına sadece tanıtım/reklâma ilişkin düzenlemelerine sırayla bakacak olursak şöyledir:

3-SAĞLIK KURULUşLARI YÖNÜNDEN DÜZENLEME YAPAN MEVZUAT:

1-ÖZEL HASTANELER YÖNETMELİĞİ

Bilgilendirme ve Tanıtım

Madde 60- *Özel hastaneler; tıbbî deontoloji ve meslekî etik kurallarına aykırı şekilde, insanları yanıltan, yanlış yönlendiren ve talep yaratmaya yönelik, ruhsatında yazılı kabul ve tedavi ettiğı uzmanlık dallarından başka hastaları kabul ve tedavi ettiğı intibainı uyandıran, diğ er hastaneler aleyhine haksız rekabet yaratan davranışlarda bulunamazlar ve bu mahiyette tanıtım yapamazlar. Özel hastaneler, ruhsatında kayıtlı ismi dışında başka bir isim kullanamazlar. Özel hastaneler tarafından; sağığı koruyucu ve geliştirici nitelikteki bil-*

gilendirme ve tanıtımlar yapılabilir. Bilgilendirme ve tanıtım faaliyetleri kapsamında, yanıltıcı, abartılı, doğruluğu bilimsel olarak kanıtlanmamış bilgilere ve talep yaratmaya yönelik açıklamalara yer verilemez.

Özel hastaneler; hizmet alanları ve sunacağı hizmetler ile açılış bilgileri ve benzeri konularda toplumu bilgilendirmek amacıyla tanıtım yapabilir ve ilan verebilir. Özel hastaneler tarafından oluşturulan internet sitelerinde; yer alan her türlü sağlık bilgisi, alanı ile ilgili bilgi ve tecrübeye sahip sağlık meslek mensupları tarafından verilmek zorundadır. Bu siteler aracılığıyla hiçbir şekilde tedavi edici sağlık hizmetine yönelik bilgiler verilemez. İnternet sayfalarında verilen bilginin, son güncelleme tarihi açıkça belirtilir. ukarıda belirtilen esaslara uymayan özel hastane sahipleri ve mesul müdürleri hakkında ilgili mevzuat hükümlerindeki müeyyideler uygulanır

Bu düzenlemede özel hastaneler yönünden üzerinde durulması gereken nokta bilgilendirme ve tanıtım faaliyetleri kapsamında, yanıltıcı, abartılı, doğruluğu bilimsel olarak kanıtlanmamış ve talep yaratmaya yönelik açıklamalara yer verilemeyeceğidir. Ancak bu nasıl uygulanacaktır, zira her reklâm talep yaratmaya yöneliktir, amaç budur. Reklâm Kurulu'nun pek çok kararında yukarıdaki hükümde izin verilen reklâm olarak işaret edebileceğimiz “sağlığı koruyucu ve geliştirici tanımların” ve “açılış bilgilerinin” bulunduğu reklâmlar için reçete ile satışına izin verilen ilaçlar ile tedavilerin reklâmı yapılamaz gerekçesiyle de hukuka aykırı bulunmuştur.

Kendi mevzuatında hükmün başlığı zaten bilgi ve tanıtımdan bahsetmektedir, bir anlamda bunlar reklamın bünyesinde zaten olması gereken iki niteliktir. Ancak reklam, daha çok ticarileşmeyi içermektedir, oysa insan hayatı ve sağlığı ticari bir unsur durumuna getirilmemelidir.

Özel hastanelerin tanıtımları yazılı ve görsel basında yer aldığı gibi kendi internet sitelerinden de duyurulmaktadır, hemen söylemeliyiz ki, internet sitelerinde yer verdikleri bilgilendirmeye yönelik açıklamaların da bu konuda ehil sağlık personeline verilmesi gereklidir. Bilgilendirmede kesinlikle tedavi edici sağlık hizmetine ilişkin bir bilgiye yukarıdaki düzenleme gereğince zaten yer verilemez.

Özel Hastaneler tabelaların şekil ve içeriği, nerelerde yer asılabileceği mevzuatla belirlenmiştir. Yine buralarda yer alan tabelada sağlık kuruluşunda hizmet verilen tıp dallarının, özel hizmet birimlerinin ve çalışan hekimlerin uzmanlık alanları ile isimleri, hastanenin hizmet verdiği saatler yer alabilir. Madde 20 bu tabelanın da özelliklerini belirtmiştir. Dış girişe asılabilecek olan bu tabela hastanenin ruhsat ve uygunluk belgesindeki şekilde olması zorunludur. Bunlarda yanlış bilgi verilmesi, aldatıcı olunması

denetlemeler sırasında tespit olunduğunda mesul müdürlere yazılı ihtar ardından tespit edilen durumun devamı halinde Valiliklerce faaliyetin durdurulması önemli ve caydırıcı bir müeyyide olarak yönetmelikte yer almaktadır. Özel hastane bu karardan sonra da bu durumu düzeltemeden faaliyetine devam etmesi durumunda bu kez sağlık Bakanlığı tarafından hastanenin ruhsatı geri alınmaktadır. Tüm bu durumlarda yönetmeliğin 65. Maddesi gereğince hastalarının mağdur olmaması için tedavisi devam eden hastanın devam tedavisinin tamamlanmasından ya da bir başka sağlık kuruluşuna sevkinden sonra geçici tedbirler uygulanacaktır.

2-AYAKTA TEŞHİS VE TEDAVİ YAPILAN ÖZEL SAĞLIK KURULUŞLARI HAKKINDA YÖNETMELİK

Bilgilendirme ve tanıtım

MADDE 29 – (1) Sağlık kuruluşları tarafından reklam yapılamaz.

(2) Sağlık kuruluşları tarafından, tıbbi deontoloji ve mesleki etik kurallarına aykırı, insanları yanıltan, yanlış yönlendiren, talep yaratmaya yönelik, doğruluğu bilimsel olarak kanıtlanmamış veya yerleşik tıbbi metot haline gelmemiş uygulamalara dayalı tanıtım yapılamaz ve diğer sağlık kuruluşları aleyhine haksız rekabet yaratan davranışlarda bulunulamaz.

(3) Tabelaları ile basılı ve elektronik ortam materyallerinde, ruhsatnamesinde kayıtlı sağlık kuruluşu ismi dışında başka bir isim kullanılamaz.

(4) Sağlık kuruluşları, sağlığı koruyucu ve geliştirici nitelikte bilgilendirme yapabilir. Birinci fıkra hükümlerine aykırı olmamak kaydıyla açılışı, hizmet alanları ve sunduğu hizmetler ile ilgili konularda toplumu bilgilendirmek amacıyla tanıtım yapabilir ve ilan verebilir. Ancak, bilgilendirme ve tanıtım faaliyetleri kapsamında yanıltıcı, abartılı, doğruluğu bilimsel olarak kanıtlanmamış bilgilere ve talep yaratmaya yönelik açıklamalara yer verilemez.

(5) Sağlık kuruluşları tarafından her türlü yayın mecralarında yer alan sağlık bilgileri, konusuna göre yetkili sağlık meslek mensupları tarafından verilmek zorundadır. Bu mecralar yoluyla yapılan bilgilendirme ve tanıtımlar, hastayı ilgili sağlık kuruluşuna doğrudan veya dolaylı biçimde yönlendirecek içerikte olamaz.

(6) Bu maddede belirtilen esaslara uymayan sağlık kuruluşlarının işletenleri ve mesul müdürleri hakkında ilgili mevzuat hükümlerindeki müeyyideler uygulanır.

Uyulması gereken diğer hususlar

MADDE 31 – (1) Sağlık kuruluşu işletenleri ile mesul müdürleri, aşağıda belirtilen hususlara uymak zorundadır:

e) Sağlık kuruluşunun dış tabelalarında, ruhsatnamede belirtilen uzmanlık dalları haricinde başka uzmanlık dalı ve/veya başka ibareler yazılamaz.

ı) Binanın dış cephesinde, sağlık kuruluşunun isminin ve ruhsatnamede belirtilen uzmanlık dallarının yazılı olduğu tabelalardan başka bir tabela yer alamaz. Sağlık kuruluşu veya hizmetleri ile ilgili 29 uncu maddeye uygun olmayan yazı, ilan veya tanıtım veya reklam benzeri ibarelerin olduğu materyaller bulundurulamaz ve dağıtılamaz.

Buradaki düzenlemelerinde özel hastaneler için öngörülenlere paralel olduğunu söyleyebiliriz. Temel olarak ticari olan/ yani reklamın yasak olduğunu buna karşılık hastanın bilgilendirilmesi amaçlı tanıtımın da esasları deontoloji ve meslek etiği çerçevesinde olacağı vurgulanmıştır.

3-AKUPUNKTUR TEDAVİSİ UYGULANAN ÖZEL SAĞLIK KURULUŞLARI İLE BU TEDAVİNİN UYGULANMASI HAKKINDA YÖNETMELİK

Kuruluşlar akupunktur tedavisiyle ilgili özel bir tabela asamazlar. Her türlü reklâm ve tanıtım faaliyeti için önceden izin almak zorundadırlar. Aykırılığın tespiti durumunda cezai ve hukuki müeyyideler yer almaktadır, yönetmelikte bu husus yer almıştır:

Yasaklar

Madde 27- Bu Yönetmelik kapsamında olan özel sağlık kuruluşları, muayenehaneler ile kişiler Yönetmelik hükümlerine ve aşağıda belirlenen hususlara uymak zorundadırlar:

- a) Uygunluk belgesi almadan faaliyete geçilemez.
- b) Bu sağlık kuruluşlarında, personel çalışma belgesi düzenlenen hekimler ve diğer sağlık personeli dışında hekim ve sağlık personeli çalıştırılmaz.
- c) Sağlık kuruluşunun bünyesinde olmayan faaliyetler ve fiyatlar konusunda reklam verilemez.
- d) Müdürlükçe adlarına personel çalışma belgesi düzenlenmemiş hekim ve hekim dışı sağlık personeli, her ne surette olursa olsun, sağlık kuruluşunda çalıştırılmaz.

e) Sağlık kuruluşunda akupunktur tedavisini, Akupunktur Tedavisi Uygulama Sertifikası olmayan diğer hekimler uygulayamaz.

f) Sağlık kuruluşunda akupunktur bilim komisyonunun belirleyeceği kontrendikasyon durumlarda akupunktur yapılamaz.

Reklam, Tanıtım ve Bilgilendirme

Madde 28- Sağlık kuruluşları çalışmalarına ticari bir görünüm veremeyecekleri gibi; insanları yanıltıcı, paniğe sevk edici, yanlış yönlendirici, benzer

nitelikteki kuruluşlar ve çalışanları arasında rekabete yol açıcı davranışlarda bulunamazlar. Ancak, sadece sağlık kuruluşuna başvuran hastaların kullanımına yönelik olarak, temel olarak sağlığı geliştirici ve koruyucu nitelikte söz konusu sağlık kuruluşunun faaliyet gösterdiği alan ile ilgili sağlık sorunları, bu sorunlardan korunma veya sağlık sorunlarının kişide meydana getirdiği olumsuzlukların şahsi tedbirler aracılığı ile giderilmesi veya azaltılması hakkında bilgiler içeren eğitim materyali hazırlayabilirler.

Sağlık kuruluşları ve çalışanları, yukarıda açıklanan hususlara riayet etmek ve reklam, tanıtım, bilgilendirme niteliğindeki her türlü faaliyetleri için Müdürlükten izin almak zorundadır.

4-AMBULANSLAR VE ACİL SAĞLIK ARAÇLARI İLE AMBULANS HİZMETLERİ YÖNETMELİĞİ

En açık ve kesin düzenlemede yer almakta olup reklam yönünden kesin bir sınırlama vardır:

Reklam, tanıtım ve bilgilendirme

MADDE 33- (1) Ambulans servisleri; tıbbi deontoloji ve mesleki etik kurallarına aykırı şekilde, insanları yanıltan, yanlış yönlendiren ve ruhsatında yazılı hizmetlerinden başka hastaları kabul ve tedavi ettiği intibahı uyandıran, diğer servisler aleyhine haksız rekabet yaratan davranışlarda bulunamazlar ve bu mahiyette tanıtım yapamazlar.

(2) Ambulans servisleri tarafından; sağlığı koruyucu, acil sağlık hizmetlerini tanıtıcı ve geliştirici nitelikteki bilgilendirme ve tanıtımlar yapılabilir. Bilgilendirme ve tanıtım faaliyetleri kapsamında, yanıltıcı, abartılı, doğruluğu bilimsel olarak kanıtlanmamış bilgilere ve açıklamalara yer verilemez.

(3) Ambulans servisleri; hizmet alanları ve sunacağı hizmetler ile ilgili açılış bilgileri ve benzeri konularda toplumu bilgilendirmek amacıyla tanıtım yapabilir ve ilan verebilir.

(4) Ambulans servisleri tarafından oluşturulan internet sitelerinde; yer alan her türlü sağlık bilgisi, alanı ile ilgili bilgi ve tecrübeye sahip sağlık meslek mensupları tarafından verilmek zorundadır. Bu siteler aracılığıyla hiçbir şekilde tedavi edici sağlık hizmetine yönelik bilgiler verilemez. İnternet sayfalarında verilen bilginin, son güncelleme tarihi ile yazan kişi ve kariyeri açıkça belirtilir.

5-HİPERBARİK OKSİJEN TEDAVİSİ UYGULANAN ÖZEL SAĞLIK KURULUŞLARI HAKKINDA YÖNETMELİK

Bu sağlık kuruluşlarının ismini belirttiğimiz yönetmeliğinde:

Yasaklar

Madde 36- Bu Yönetmelik kapsamında olan sağlık kuruluşları ile kişiler

Yönetmelik hükümlerine ve aşağıda belirtilen hususlara uymak zorundadırlar:

d) Sağlık kuruluşunun bünyesinde olmayan faaliyetler ve fiyatlar konusunda reklam verilemez.

g) Sağlık kuruluşu, şubesinin tabelasında, şubede verilecek hizmetler dışında asıl adresteki branşları belirtilemez.

l) Sağlık kuruluşunun dış cephesinde bu Yönetmelikte belirtilen tabelalardan başka bir tabela veya her ne şekilde olursa olsun tüketiciye yönelik olarak kuruluş veya hizmetleri ile ilgili yazı, ilan ve reklam benzeri ibare bulundurulamaz.

Reklam, Tanıtım ve Bilgilendirme

Madde 37- Sağlık kuruluşları çalışmalarına ticari bir görünüm veremeyecekleri gibi; insanları yanıltıcı, paniğe sevk edici, yanlış yönlendirici, benzer nitelikteki kuruluşlar ve çalışanları arasında rekabete yol açıcı davranışlarda bulunamazlar.

Ancak, sadece özel sağlık kuruluşuna başvuran hastaların kullanımına yönelik olarak, temel olarak sağlığı geliştirici ve koruyucu nitelikte söz konusu sağlık kuruluşunun faaliyet gösterdiği alan ile ilgili sağlık sorunları, bu sorunlardan korunma veya sağlık sorunlarının kişide meydana getirdiği olumsuzlukların şahsi tedbirler aracılığı ile giderilmesi veya azaltılması hakkında bilgiler içeren yazılı veya görsel-işitsel eğitim materyalleri hazırlayabilirler.

6-İLKYARDIM YÖNETMELİĞİ :

Yasaklar

Madde 28- Bu Yönetmelik kapsamındaki Eğitimci Eğitimi Veren Kuruluşlar ve Merkezler bu Yönetmelik hükümlerine ve aşağıda belirlenen hususlara uymak zorundadırlar:

i) Eğitimci Eğitimi Veren Kuruluş ve Merkez bünyesinde olmayan faaliyetler ve fiyatlar konusunda reklam verilemez.

l) Bu Yönetmelik kapsamındaki Eğitimci Eğitimi Veren Kuruluş ve Merkezler, tabela veya basılı evraklarında, başka bir ünvan veya mevcut ünvanlarının yabancı dildeki karşılıklarını kullanamazlar.

Reklam, Tanıtım ve Bilgilendirme

Madde 30- Eğitimci Eğitimi Veren Kuruluş ve Merkezler; insanları yanıltıcı, paniğe sevk edici ve yanlış yönlendirici reklam, tanıtım ve bilgilendirmede bulunamazlar.

Eğitimci Eğitimi Veren Kuruluş ve Merkezler tarafından, ilkyardım ve kazalardan korunma ve önlemeye yönelik bilgiler içeren materyaller hazırlanabilir. Bu materyaller Müdürlüğün onayından sonra kullanılabilir.

Geçici Madde 1- Bu Yönetmelik yürürlüğe girmeden önce Bakanlık,

Üniversiteler, Sivil Savunma Genel Müdürlüğü ve Kızılay tarafından verilmiş olan “Eğitimci Eğitmeni Sertifikaları” ile “İlkyardım Eğitimcisi Sertifikaları” Bakanlıkça, “İlkyardımcı Sertifikaları” ise Müdürlükçe bu Yönetmeliğin yürürlüğe girmesinden itibaren bir yıl içerisinde onaylandığı takdirde geçerlilik kazanır.

Diğer kurum ve kuruluşlar, Yönetmeliğin yürürlüğe girmesinden itibaren bir yıl içerisinde “Eğitimci Eğitimi Veren Kuruluş” ve/veya “Merkez” statüsüne geçtikleri takdirde, geçmişte verdikleri “Eğitimci Eğitmeni Sertifikaları” ve “İlkyardım Eğitimcisi Sertifikaları” Bakanlıkça, “İlkyardımcı Sertifikaları” ise Müdürlükçe onaylandığı takdirde geçerlilik kazanır.

Yurtdışından alınmış olan sertifikaların geçerliliği Bilim Komisyonunca belirlenir.

7-EVDE BAKIM HİZMETLERİ SUNUMU HAKKINDA YÖNETMELİK:

Evde bakım hizmetleri, özellikle sosyal hayatın aldığı son şekil, yaşlı nüfusun artması gibi toplumsal veriler ışığında çok önemli bir ihtiyaca cevap veren, sayıları hızla artan bir hizmet türüdür. Hasta ve yaşlılar yönünden kaçınılmaz bir ihtiyaca ve özel durumda bir hasta grubuna yönelik olması sebebiyle de bunların tanıtımı da özel düzenlemeye ihtiyaç göstermektedir, yönetmeliklerinde;

Tanıtım ve Bilgilendirme

Madde 30- Sağlık kuruluşları, insanları yanıltıcı, paniğe sevk edici, yanlış yönlendirici, benzer nitelikteki kuruluşlar ve çalışanları arasında haksız rekabete yol açıcı davranışlarda bulunamazlar.

Ancak, sadece sağlık kuruluşundan evde bakım hizmeti talep eden kişilerin kullanımına yönelik olarak, temel olarak sağlığı geliştirici ve koruyucu nitelikte, faaliyet gösterdiği alan ile ilgili sağlık sorunları, bu sorunlardan korunma veya sağlık sorunlarının kişide meydana getirdiği olumsuzlukların şahsi tedbirler aracılığı ile giderilmesi veya azaltılması hakkında bilgiler içeren eğitim materyalleri hazırlayabilirler.

Sağlık kuruluşları ve çalışanları, yukarıda açıklanan hususlara riayet etmek şartıyla tanıtım ve bilgilendirme niteliğindeki her türlü faaliyetleri için Müdürlükten izin almak zorundadır.

8-SAĞLIK UYGULAMA TEBLİĞİ

Sağlık Uygulama Tebliği, esasen finansmanı Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından karşılanan sağlık hizmetlerine ilişkin ödeme esaslarını düzenlemektedir. Ancak bu tebliğinde bir kısım hükümlerinde reklâm sınırlama-

sına ilişkin maddeler olduğu buna uymayan sağlık kuruluşları yönünden caydırıcı niteliktedir:

SUT 3.1.3.3. Sağlık kurumu/kuruluşu ilave ücret alınabileceğini belirten yazıyı sağlık kurumuna/kuruluşuna girildiğinde görülebilecek bir yere uygun büyüklükte çerçeve/tabela şeklinde asar, aksi takdirde bu sözleşmenin (5.1.10) numaralı maddesine göre işlem yapılır.

SUT 3.1.14. Merkez, kendilerine hasta gönderilmesine yönelik olarak her ne şekilde olursa olsun, kurumlar, hekimler, diğer sağlık kurum ve kuruluşları ve üçüncü şahıslarla açık veya gizli işbirliği, ilgili mevzuata aykırı yersiz talep oluşturacak reklam ve tanıtım yapamaz, simsar ve benzeri yönlendirici personel bulunduramaz. Bu durumların varlığında (5.1.10) uygulanır.

SUT 5.1.10. Bu sözleşmenin (3.1.2.1), (3.1.2.2), (3.1.3.3), (3.1.7.1), (3.1.7.2), (3.1.8.2), (3.1.8.3), (3.1.9.1), (3.1.9.3), (3.1.9.4), (3.1.9.5), (3.1.10.1), (3.1.10.2), (3.1.10.3), (3.1.10.4), (3.1.10.5), (3.1.11), (3.1.12), (3.1.13.1), (3.1.13.2), (3.1.14), (3.2.1.1), (3.2.1.2), (3.2.2.2), (3.2.5.2), (3.2.5.3), (3.2.5.5), (3.2.6) ve (3.2.8) numaralı maddelerinde belirtilen hükümlere aykırı davranıldığının Kurumca tespit edilmesi halinde 10.000,00.- YTL (onbin),

5.1.12. Sağlık kurumu/kuruluşu, kuruluş ve faaliyetiyle ilgili tabi oldukları mevzuat hükümlerine uymadığının tespit edilmesi halinde 10.000,00.- YTL (onbin), cezai şart uygulanır ve Kurumca tespit edilen fiiller açıkça belirtilmek suretiyle sağlık kurumu/kuruluşu yazılı olarak uyarılır.

9-OPTİSYENLİK HAKKINDA KANUN

Tabipler

MADDE 5. — Göz hastalıkları uzmanı tabipler optisyenlik müessesesi açarak optisyenlik yapabilirler. Ancak optisyenlik yaptıkları sürece tabiplik yapamazlar.

Optisyenlik Uygulamaları

MADDE 6. —

Optisyenler, optisyenlik yaptıkları sürece müesseselerinde başka bir iş yapamaz ve müesseselerini muayenehane gibi kullandırılamazlar.

Optisyenlik müessesesinde her türlü kontakt lens uygulanması yasaktır.

Müessesede bulunma

MADDE 9. — Optisyenin, mesleğini icra ettiği müessesede bizzat bulunması esastır.

Optisyenler ile göz hastalıkları uzmanı tabipler, vergi mükellefiyetleri ayrı olsa bile, aynı mekânda veya iç giriş kapıları veya iç bağlantıları bulunan

müesseselerde birlikte mesleklerini icra edemez. Sağlık kurum ve kuruluşları bünyesinde veya binasının içinde de optisyenlik müessesesi açamaz.

Optisyenlik unvanı

MADDE 11. — Optisyen unvanını haiz olarak müessese açmış olanlar, yalnız optisyen unvanını kullanabilirler. Başka bir unvan kullanmaları veya gerçeğe uymayan reklam yapmaları yasaktır.

10-ORGAN VE DOKU ALINMASI, SAKLANMASI VE NAKLİ HAKKINDA KANUN

MADDE 4 - Bilimsel, istatistiki ve haber niteliğindeki bilgi dağıtımı halleri ayrık olmak üzere, organ ve doku alınması ve verilmesine ilişkin her türlü reklam yasaktır.

11-KORDON KANI BANKACILIĞI YÖNETMELİĞİ

Tanıtım ve bilgilendirme

Madde 24- Kordon kanı bankacılığı hakkında herhangi bir yolla reklam yapmak yasaktır. Bankalar kordon kanı bankacılığı çalışmalarına ticari bir görünüm veremeyecekleri gibi, bilimsel verilere dayanmayan, insanları yanıltıcı, paniğe sevkedici, yanlış yönlendirici davranışlarda bulunamazlar. Aksine davrananlar hakkında ilgili mevzuata göre işlem yapılır.

Belirtmemiz gerekir ki, özel sağlık kuruluşları yukarıda saydıklarımızla sınırlı olmayıp sayı ve türleri çeşitlilik göstermektedir, bu çalışmada en yaygın olan özel sağlık kuruluşlarına ilişkin düzenlemelere yukarıda yer vermeye çalışılmıştır. Her kuruluş için kendi düzenlemesine bakılması gerekli olduğunu vurgulayabiliriz.

12-SAĞLIK BAKANLIĞI 2011/59 SAYILI GENELGE :

Yukarıda bir kısım özel sağlık kuruluşlarının tanıtım esaslarına ilişkin mevzuat hükümleri belirtilmiştir. Bu düzenlemeler yanında ve özel olarak Sağlık Bakanlığı Tedavi Hizmetleri Genel Müdürlüğü'nün 23.11.2011 gün ve 2001/59 sayılı "Bilgilendirme ve Tanıtım Faaliyetleri" konulu Genelge-sinden bahsedilmesi gereklidir:

2011/59 sayılı Genelge'de özel sağlık kuruluşlarına ilişkin yönetmeliklerde ve 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atların Tarzı İcrasına Dair Kanunun 24. Maddesi ile Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nün 9. Maddesi hükümlerine paralel düzenlemeler olduğu; sağlık kuruluşları tarafından, tıbbi deontoloji ve meslek etiği kurallarına aykırı, insanları yanıltan, yanlış yönlendiren, talep oluşturmaya yönelik, doğruluğu bilimsel olarak kanıtlanmamış veya yerleşik tıbbi metod haline gelmemiş uygulamalara dayalı tanıtım yapılamayacağı, yalnızca ruhsatında kayıtlı hizmet alanlarına ilişkin bilgilendirme

yapılabileceği, bunun dışında her türlü basılı ve görsel yayınlarda reklâm yapılamayacağına ilişkin düzenlemelerin olduğu vurgulanmıştır. Genelgenin devamında bilgilendirme ve tanıtım faaliyetlerinin ilgili mevzuata uygun olarak yürütülmesi ve uygulamada birliğin sağlanması amacıyla bir kısım hususlara açıklık getirilmek amaçlanmıştır. Genelge özel sağlık kuruluşları yönünden 3 ana başlıkta bilgilendirme ve tanıtım ilkelerini tekrarla belirtmekte olup örnekleme yoluyla da yasak olan tanım ve ifadeleri de açıklamaktadır. Örneğin; “çok kısa sürede ağrısız acısız bir şekilde kurtulabilirsiniz”, “bembeyaz gülümseme”, “deneyimli”, “tek”, “sağlıkta kalite” benzeri söylemlerin hizmete ticari yön verdikleri için bunların tanıtım içerisinde yer almaması gerektiği belirtilmiştir.

Hasta taşıma hizmetine ilişkin olarak da 2011/20 sayılı Genelge’ye atıfta bulunularak, ücretsiz servis hizmeti sunabilmeleri mümkün olmakla birlikte sunulan servis hizmetine ilişkin reklam yapmaları, ilan vermeleri talep yaratmaya yönelik faaliyetlerin ise yasak olduğu için yapılamayacaktır.

Bazı kimlerin ve kişilerin tıbbi faydaları klinik çalışmalarla kanıtlanmamış metodlarla hastalıkları tedavi ettiği veya tedaviye yardımcı olduğu her türlü görsel ve işitsel ve internet medyasında bir çok tanıtım yaptıklarının müşahade edildiği, bu tür faaliyetlerin 1219 sayılı Kanuna aykırı olduğu, bunlar için de müeyyidelerin derhal uygulanması için idari ve adli makamlara bildirim yapılması gerektiği belirtilmiştir.

Kanımızca, genelgede vurgulanan hususları savunmakla birlikte, özel sağlık kuruluşlarının tanıtım ve bilgilendirme faaliyetlerinin esasların bir özeti mahiyetindeki düzenleme, pratik faydacılığı hedeflemekle birlikte hukuk devleti kanun yapma sistemi esaslarına uygun değildir. İdarenin genelge ile varmaya çalıştığı amaca bizce uygulamalar ile sağlaması gereklidir. Her sağlık kuruluşunun hizmetin özelliğine göre farklılığı söz konusudur, genelge ile hepsinin aynı görülmesi yukarıda belirttiğimiz temel gerekçe ile bizce sakıncalıdır.

4-ÖZEL SAĞLIK KURULUŞLARININ REKLÂM YASAKLARI VE HASTA HAKLARI :

Hasta Hakları , öz olarak insan haklarının sağlık alanında

uygulanmasıdır. Kavram, 1970’li yıllarda ilk kez Amerika Birleşik Devletlerinde tartışılmaya başlanmış ve gelişmelerle ulusal mevzuatlar ve uluslararası sözleşmelerde yerini almıştır. Ülkemizde Anayasa ile teminat altına alınmış olan yaşama hakkının sağlanabilmesi; kişinin hastalıklardan korunmasına, tıbbi yardım görmesine, tedavi edilmesine ve sağlık hakkının tanınmasına bağlıdır. “**Sağlık Hakkı**” Anayasamızın 17. maddesi ile düzen-

lenmiştir. Bu hüküm “Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz” şeklindedir. Hükmün gelişinden de anlaşılacağı üzere sağlık hakkı kişinin maddi ve manevi varlığını sadece korumak değil geliştirme hakkını da içine almaktadır. Bu ise ancak bilgilenme ile mümkündür.

Hasta Hakları, 1998 yılında “Hasta Hakları Yönetmeliği” ile düzenlenmiştir. Ülkemizin de taraf olduğu “Biyoloji ve Tıbbın Uygulanmasında İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi” ise 2003 yılında onaylanarak yasalaşmıştır. Hasta Hakları Yönetmeliğinin yürürlüğe girmesinden sonra Sağlık Bakanlığı’nda 2003 Yılında Hasta Hakları Şubesi kurulmuştur. Yine bu yıl Bakanlıkça, “Sağlık Tesislerinde Hasta Hakları Uygulamalarına İlişkin Yönerge” çıkarılmış, 2004 yılında vatandaşlar için internetten başvuru imkanı getirilmiş, 2005 yılında “Hasta Hakları Genelgesi” yürürlüğe girmiş, yine 2005 yılında Sağlık Tesislerinde Hasta Hakları Uygulamalarına İlişkin Yönerge kaldırılarak “Hasta Hakları Uygulama Yönergesi” getirilmiş ve Hasta Hakları İl Koordinatörlükleri kurulmuş, 2006 yılında ise hastanelerde Hasta Hakları Birimleri ve Hasta Hakları Kurulları oluşturulmuştur.

Çoğunlukla, sağlık bakım hakkı veya sağlık hizmetlerinden yararlanma hakkı ya da daha genel bir ifadeyle sağlık hakkı ile karıştırılan hasta hakları, sağlık hizmeti sunucusu ile bu hizmetten yararlananların ilişkilerini düzenleyen ve genellikle hizmet sunucusuna olumlu veya olumsuz edimler yükleyen haklar demetidir Hasta Hakları, daha geniş bir kavram olan Sağlık Hakkının içerisinde bir alandır. Hasta hakları, sadece devletten sağlık, bakım , hizmet isteme hakkı anlamına gelmemekte olup hasta hakları, hasta ile tıbbi müdahale uygulayıcısı(hekim, ebe, özel sağlık kuruluşu, vs...) arasındaki ilişkide zayıf taraf olan hastanın yararlarını koruyan haklar demetidir.

Hasta Hakları Yönetmeliği 8 ayrı Bölümden oluşmaktadır; 1. Bölüm, Yönetmeliğin amaç, kapsam, dayanak, tanım ve ilkelerini , 2 , 3 ve 7. Bölümler Hakları, 4, 5, ve 6. Bölümler Hasta Haklarının Korunmasını, 8. Bölüm Sorumluluk ve Hukuki Koruma Yolları olarak sıralanmaktadır.

Yönetmeliğin amacı

Yönetmeliğin 1. Maddesinde; “Temel insan haklarının sağlık hizmetleri alanındaki yansıması olan ve başta Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında, diğer mevzuatta ve milletler arası metinlerde kabul edilen hasta haklarını somut olarak göstermek ve sağlık hizmeti verilen bütün kurum ve kuruluşlarda ve sağlık kurum ve kuruluşları dışında sağlık hizmeti verilen

hallerde insan haysiyetine yakışır şekilde herkesin hasta haklarından yararlanması esaslarını düzenlemek” olarak ifade edilmiştir.

Yönetmeliğin kapsamı

Yönetmeliğin 2. Maddesinde ise Hasta Hakları Yönetmeliği’nin , sağlık hizmeti verilen resmi ve özel bütün kurum ve kuruluşları, bu kurum ve kuruluşlarda veya bunların dışında hizmete katılan her kademedeki ve ünvandaki ilgilileri ve hizmetten yararlanan tüm fertleri kapsadığı açıklanmıştır.

Hükmün lafzından anlaşılan durum hasta haklarının sadece bu yönetmelikte düzenlenen hükümler olmadığı gibi hasta haklarından yararlanmak için mekansal bir sınırlamanın da olmadığıdır. Yönetmeliğin hasta haklarını tanımlayan 4/e bendinde de bu geniş mevzuat ve haklar demeti işaret edilmiştir.

Sağlık Hizmeti Sunumundaki İlkeler

Yönetmeliğin 5. Maddesinde; düzenlenmiştir, konumuz olan reklâm yönünden bu ilkelerden 3’ü önemlidir.Şöyle ki;

b) Herkesin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkını haiz olduğu ve hiçbir merci veya kimsenin bu hakkı ortadan kaldırmak yetkisinin olmadığı bilinerek, hastaya insanca muamelede bulunulur.

c) Sağlık hizmetinin verilmesinde, hastaların, ırk, dil, din ve mezhep, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç ve ekonomik ve sosyal durumları ile sair farklılıkları dikkate alınamaz. Sağlık hizmetleri, herkesin kolayca ulaşabileceği şekilde planlanıp düzenlenir. (burada reklâmın tanıtıcı yönünün önemi ve gerekliliği açıktır).

f) Kanun ile müsaade edilen haller ile tıbbi zorunluluklar dışında, hastanın özel hayatının ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz(reklâma açık olarak yasaklamadır).

Yönetmeliğin amaç, kapsamı, dayanak ve tanımlarının hemen ardından “sağlık hizmetlerinden faydalanma hakkı” başlığında II. Bölümünde madde 7 de “Bilgi İsteme” hakkı geniş bir çerçevede düzenlenmiştir.

Hükmün özü; sağlık hizmetlerinden hastanın ne şekilde yararlanabileceğini öğrenme hakkı vardır. Hangi usullerin olduğunu ve bunlardan hangisinin kendisine en uygun olacağına karar verebilmesi şüphesiz hastanın bilgilenmesine bağlıdır. Reklâmın asıl fonksiyonu bu hükümde anlamına bulunmaktadır. Çünkü kişinin sağlık kuruluşlarındaki uygulamalar hakkında bilmesi bir ihtiyaçtır.

Hasta Hakları Yönetmeliği’nin 7. madde metni şu şekildedir:

Hasta, sağlık hizmetlerinden nasıl faydalabileceği konusunda bilgi isteyebi-

lir. Bu hak, hangi sağlık kuruluşundan hangi şartlara göre faydalanabileceğini, sağlık kurum ve kuruluşları tarafından verilen her türlü hizmet imkanının neler olduğunu ve müracaat edilen kuruluşta verilen sağlık hizmetlerinden yararlanma usulünü öğrenme haklarını kapsar.

*Bütün **sağlık kurum ve kuruluşları**, hastayı birinci fıkra uyarınca bilgilendirmek için yeterli donanımı haiz birimi oluşturmak; bu birimde, hastaya kesin ve yeterli bilgi verebilecek nitelik ve ehliyete sahip personeli daimi olarak istihdam etmek ve hastanın ihtiyacı olan birimlere kolayca ulaşabilmesini temin etmek üzere, kuruluşun uygun yerlerine **bilgilendirici tabela, broşür ve işaretler bulundurmak** gibi tedbirleri almak zorundadırlar.*

Burada “broşür” örnek olarak sunulmuş olup gibi tedbirler sözünden hastanın bilgilendirici diğer vasıtaların da kullanılabileceğini söyleyebiliriz. Sağlık kuruluşunun tanıtımı bu hükümde hasta haklarının en önemlisi ve temeli olan hastanın bilgi edinme hakkında hizmet eden önemli bir noktaya işaret etmektedir. Reklâma ilişkin hukuki düzenlemelerin, hastayı koruyucu şekilde, sağlığını ve varlığını, tedbirleri alırken bilgilenme hakkının önüne geçmemesi gerektiğini düşünüyoruz. Bu sebeple de özel sağlık kuruluşlarının reklâma ilişkin düzenlemelerinin hasta hakları ve bilgi edinme hakkı ile birlikte düşünülmelidir.

Reklâm bir ürün/hizmetin açık anlaşılır duyurusudur. Burada hemen belirtelim ki, hastanın tedavisi, yöntemi bu duyuruya konu olamaz. Reklâmın Hasta Hakları bağlamında hasta mahremiyetini bozucu olamayacağını çünkü yönetmelikte hasta mahremiyetinin özel düzenlemeye tabi tutulduğunu görmekteyiz. Yukarıdaki tüm düzenlemelerle birlikte konuyu hasta mahremiyeti yönünden 21. Maddede hastanın sağlık durumu ile ilgili tıbbi değerlendirmenin gizlilik içerisinde yürütülmesi gereklidir. Bunların tanıtım ve reklâma konu olması kesinlikle mümkün değildir. Hastanın ölümü bile bunu değiştirmeyecektir.

Özel sağlık kuruluşlarının tanıtımına ilişkin düzenlemelerde sağlık hizmetine ulaşma esaslarına ilişkin açık bir yasaklama yoktur ama ruhsatta yer alanların yer alacağı belirtilmesi, asılacak tabelanın yerinin sınırlanması hastanın bundan bilgi sahibi olamamasını da getirebilir.

SONUÇ :

Sonuç olarak, kısaca şunu söyleyebiliriz; ticari hayatta reklâm asıl, sınırlama istisnâ iken sağlık sektörü yönünden haklı ve gerekli olduğu üzere bunun tam aksi geçerlidir. Zira insan hayatı ve onuru ticari unsur haline getirilmemelidir. Yasa koyucu reklâma ilişkin olarak kanun düzeyinde genel düzenlemeler yapmıştır. Ama daha alt düzenleme olan yönetmeliklerle yasak

ve sınırlamalar getirilmesi Sağlık Hukuku'nun diğer konularında olduğu gibi hukuki güvenliği zedeleyen bir husustur.

Diğer yandan Sağlık Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığınca geçtiğimiz aylarda hastane ve birinci basamak sağlık kuruluşlarında ticari amaçla yer oluşturulması ve bunların kiraya verilmesiyle ilgili yazı göndermiştir. Nitekim basın bunu “Hastanelerde Mağaza Görürseniz Şaşırmayın” manşetleriyle duyurmuştur. Keza bu ticari alanların reklâm hususu yukarıda açıkladığımız mevzuatla, Reklâm Kurulunun ve Radyo ve Televizyon Üst Kurulu'nun sağlık reklâmlarına bakışı karşısında nasıl olabileceği belirsizdir. Ancak bu durumun sağlık hizmetine ticari bir görünüm oluşturduğu da açık ve bizce tehlikelidir.

Şunu da ifade etmek gerekir ki, reklâmın başı sonu belli değildir, üretici mal ve hizmetini pazarlamak için bu yolu tercih etmekte, reklâm uzmanları bunun akla hayale gelmeyecek yöntemlerini bulmaktadır. “Gülen Hekimlerimiz Vardır” ibaresi bir reklâm mıdır? Gülmesi gereken kimdir? Sorularına değişik cevaplar verebiliriz. Ancak sağlık sektörü reklâmları en çok hukuka aykırı reklâmları belirlenen bir alan olarak hekimin bilgilendirme, hastanın da tanıma, bilgi isteme hakkını sınırlar şeklinde yorumlamamalıdır. Zira bu konudaki dar yorumlar hastanın sağlık hizmetinden yararlanma hakkını sınırlamak neticesi doğurabilecektir. Ağırlıklı hasta davranış modeli hasta olmadan hastaneye gitmemektir. Bu yolla küçük bulgular kaçırılmakta, hastalığın ilerleyen aşamasında gidilmesi kişinin iyileşme şansını azalttığı bilinmektedir. Kişi hangi sağlık kuruluşuna gidebileceği ve bunun maliyetini bilebilse bu tercihi önceliğe alabilir. Ancak şunu da göz ardı edemeyiz, ülkemizin reklâma yönelik sağlıktaki sınırlama ve uygulamaları sağlık politikasının destekler mahiyettedir. Çünkü, sağlık politikamız “koruyucu hekimlik” üzerine değil “tedavi üzerine” şekillenmiştir. Bu durumda kişinin sağlığını korumasının ve geliştirmesinin önünde bir engeldir. Ülkemizde sağlık çalışanlarımız ve hukukçularımız Sağlık Hukuku'nun gelişmesini önemseyip bunun yazılı kuralları olan hukuki güvenlik sağlayan bir alan olmasının özlemini duymaktadır. Ancak bakanlık politikaları son kanun hükmünde kararname örneğinde olduğu üzere konuyu hukuk alanından çıkartıp idari alanda değerlendirmesi kanımızda olumlu bir gelişme değildir.

Teşekkür ediyor, saygılar sunuyorum. (Alkışlar)

SAĞLIK SEKTÖRÜNDE ALDATICI REKLAMLAR

GİRİŞ

“Sağlık, sadece hasta ve sakat olmama durumu değil, aynı zamanda bedensel, ruhsal ve sosyal olarak tamamen rahat, iyilik içerisinde olma halidir.” (WHO, 1998:1).

Bu tanım, daha sonra birçok yönden, durağan bir tanım olması ve ütöpik bir yapı içermesi nedeniyle eleştirilmiştir. Sağlık artık durağan bir durum olarak görülmemekte, onun yerine dinamikliği ve sürece bağlılık durumu vurgulanmaktadır.¹ 1986 Ottawa Şartı ile sağlığı geliştirmek yalnızca sağlık sektörüne ait bir sorumluluk olmaktan çıkarılmış, sağlık için ön koşullar ve sağlığı geliştirme amaçlı politik araçlar belirlenmiştir.²

Gerek uluslar arası ve gerekse başta Anayasamız olmak üzere ulusal mevzuatımızda öngörüldüğü ve uzlaşıldığı üzere sağlık hakkı en temel insan hakkıdır. Sağlık Hakkı Anayasamızın 17. maddesinde, “(1) Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. (2) Tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulamaz.” ve 56. maddesinde “(1) Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. (2) Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir. (3) Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuru-

1 (Raithel vd., 2007/232). Ayla Okay, Sağlık İletişimi, Farmaskop/MediaCat, İstanbul 2007.

2 (Aktan ve Işık, 2007:208). Ayla Okay, Sağlık İletişimi, Farmaskop/MediaCat, İstanbul 2007.

luşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler. (4) Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir.” şeklinde ifade edilmiştir.

Bu temel hakkın korunması bağlamında devletler, sağlığın piyasa koşullarına terk edilmemesi için “sağlıkta reklam” konusunda gerekli hukuki düzenlemelerle ciddi yaptırımlar ve sınırlamalar öngörmekle sorumludurlar.

Son yıllarda ülkemizde, özel sağlık sektöründe hızla yaşanan gelişme ile mevcut rekabet hızla artmış ve hatta özel sağlık kuruluşlarının hastalara yönelik afiş, ilan, broşür, yazılı, görsel ya da işitsel medya yolu ile yaptıkları reklamlar, kimi zaman haksız rekabet boyutuna ulaşmış ve bu sebeple de sağlıkta aldatıcı reklam kavramı, tespiti ve denetimi giderek artan bir öneme sahip olmuştur.

SAĞLIK VE SAĞLIK İLETİŞİMİ

Ottawa Şartı’nın temelinde, insanların sağlık potansiyellerinin yapısal ve politik inisiyatifler ve kişisel destekleme aracılığıyla nasıl ve hangi şartlarla geliştirilebileceği sorusu yatmaktadır. Bu açıdan da, iki yön önermektedir. Birincisi, hastalık riskleriyle başa çıkmak konusunda bireysel yetilerin güçlendirilmesi ve kişisel sağlığın iyileştirilmesi; ikincisi insanların sağlığı için iyi koşullar yaratmak amacıyla sosyal ve doğal çevrenin sağlığa uygun bir şekilde oluşturulmasıdır.³ Bu maddelerden birincisinde sağlık iletişimi büyük ölçüde devreye girmektedir. Çünkü bireyle sağlık sorunları hakkında bilgi sahibi olduklarında hastalık riskleriyle daha rahat başa çıkabilmektedirler. İkincisi ise tamamen bireyin içinde bulunduğu toplumun koşulları, özelliklerine göre değişiklik gösterebilmektedir.

Sağlık, kimi zaman negatif bir biçimde, hastalık ve yaralanma durumunda olmama hali olarak, kimi zaman da pek çok insanın ortak görüşüne dayanan normatif bir düşünce olarak, bazen de olumlu bir sağlıklı olma kavramı olarak tanımlanmaktadır.

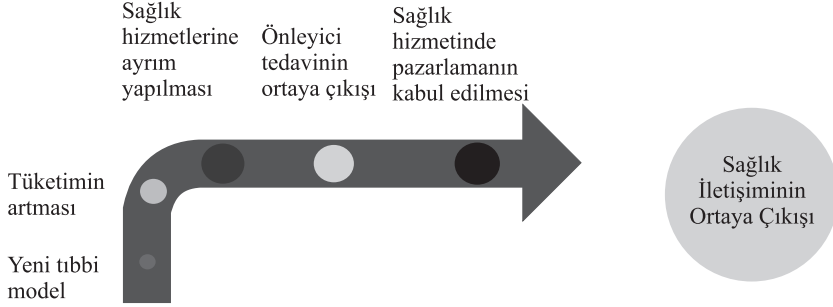
1- *Sınırlandırma konsepti olarak sağlık*; ki burada kavram sıkı bir biçimde hastalıkla ilgili tıbbi belirleme ve teşhis ile bağlantılıdır ve bio-tıbbi bir paradigmaya dayanmaktadır. Bu bağlamda sağlık, “hastalık durumunun olmaması” veya “henüz hasta olmamak” olarak tarif edilmektedir.

2- *Bir fonksiyon olarak sağlık*; bu kategoriye tüm bedensel-ruhsal dengeye uygun düşen sağlık düşünceleri veya beden ve kişinin kendisinin değişken çevre koşullarına esnek bir biçimde uyum sağlaması dahil olmaktadır.

3- *Sahip olunan en yüksek değer olarak sağlık*; buraya Dünya Sağlık

3 (Spicker ve Schopf, 2007:33). Ayla Okay, Sağlık İletişimi, Farmaskop/MediaCat, İstanbul 2007.

Örgütü'nün 1948 yılında yaptığı tanım uygun düşmektedir. Ancak burada eleştirel olarak düşünülmesi gereken, sağlığın mutlak yön olarak görülmesi durumunda “sağlık zorlamasının” da yasallaştırılmış olmasıdır.⁴



REKLAM

Reklam, üreticinin ürettiği mal veya hizmeti tüketiciye duyurmasının bir yolu, bir anlamda iletim aracıdır. Avrupa Birliği tarafından yayınlanan Aldatıcı ve Karşılaştırmalı Reklamlara İlişkin Yönerge'ye göre ise “*reklam, bir ticari işle veya meslek ve sanatla ilgili olarak, gayrimenkuller, haklar ve borçlar da dahil olmak üzere malların ve hizmetlerin sürümünü arttırmak amacıyla yapılan herhangi bir şekildeki tanıtım*”dır.⁵

Reklam özenetiminin temelini oluşturan Milletlerarası Ticaret Odası'nın “Uluslar arası Reklam uygulama Esasları” temel ilkeler başlığı altında “Bütün reklamlar, ahlaki, dürüst ve doğru olmalıdır. Her reklam, toplumsal sorumluluğun bilincinde hazırlanmalı ve iş hayatında genel kabul gören dürüst rekabet ilkelerine uygun olmalıdır. Hiçbir reklam kamuoyunun reklama olan güvenini sarsıcı nitelikte olmamalıdır.” denilmektedir.⁶

Amerikan Pazarlama Birliği reklamı “*reklam veren tarafından bir ürünün, hizmetin veya fikrin, bedeli ödenerek, kişisel olmayan yollarla sunumu*” olarak tanımlar.

Dünya'da ilk reklam filmi, 1897 yılında günümüzde kitle imha silahı ve ölüm sebebi olarak nitelediğimiz bir ürün olan sigara için çekilmiştir. 20. yüzyılda ise bu kez sigara reklamları yasaklanarak, bu ürüne karşı mücadele ve hatta yasa dışı ilan edilmesi yönünde gelişmeler başlamıştır. Dünya Sağlık Örgütü tarafından sağlık alanında düzenlenen ilk uluslar arası antlaşma olan

⁴ Ayla Okay, Sağlık İletişimi, Farmaskop/MediaCat, İstanbul 2007, s.15.

⁵ İnal/Baysal, Reklam Hukuku ve Uygulaması, XII Levha, İstanbul 2008.

⁶ http://www.hukukcu.com/bilimsel/kitaplar/zakiravsarrekam/reklamlarin_tuketici_politikasi.htm

“Dünya Sağlık Örgütü Tütün Kontrolü Çerçeve Sözleşmesi” 2003 yılında imzalanarak, aralarında ülkemizin de bulunduğu iki yüze yakın ülke işbu antlaşmanın onaylanmasını uygun bulmuştur.

Halen ülkemizde bu yönde 4207 Sayılı Kanunla birlikte süregelen yoğun yasal düzenlemeler, kampanyalarla birlikte sigarayı bıraktırmaya yönelik reklamları izlemekteyiz. Özetle geçen yüzyılla birlikte ibre tersine dönerek, reklam tarihinin ilk filmine konu edilen ürünü, bugün yine reklamlarla alt etmeye, sağlığa zararlı bu ürün konusunda toplumu bilinçlendirmeye, farkındalık yaratmaya çalışmaktayız. Bu somut durum başlı başına reklamın etkisi ve gücü konusunda iyi bir örnektir.

ALDATICI REKLAM

Reklam “insanları gönüllü olarak belli bir davranışta bulunmaya ikna etmek, belirli bir düşünceye yönleltmek, dikkatlerini bir ürüne hizmete, fikir ve kuruluşa çekmeye çalışmak, onunla ilgili bilgi vermek, ona ilişkin görüş ve tutumlarını değiştirmelerini veya belirli bir görüşü ya da tutumu benimsemelerini sağlamak amacıyla oluşturulan; iletişim araçlarından yer ya da süre satın almak yoluyla sergilenen ya da başka biçimlerde çoğaltılıp dağıtılan ve bir ücret karşılığı oluşturulduğu belli olan (diğer bir deyimle parasal destek sağlayan kişi ya da kuruluşların kimliği açık olan) duyuru”dur.⁷

Reklamın hukuka aykırılığı çeşitli şekillerde kendini gösterebilir: İstisnar edici reklam, tüketicinin can ve mal güvenliğini tehlikeye düşürücü reklam, örtülü reklam, karşılaştırmalı reklam ve aldatıcı reklam.⁸ Avrupa Birliği tarafından yayınlanan Aldatıcı ve Karşılaştırmalı Reklamlara İlişkin Yönerge’de aldatıcı reklam “*Aldatıcı reklam, sunulması da dahil olmak üzere herhangi bir şekilde yöneltildiği veya ulaştığı kişileri yanıltan veya yanıltması muhtemel olan ve bu yanıltıcı niteliği dolayısıyla onların ekonomik davranışlarını etkilemesi muhtemel olan veya bu nitelikleri dolayısıyla bir rakibe zarar veren veya zarar vermesi muhtemel olan reklamlar*” olarak tanımlanmıştır.

Aldatıcı Reklamın ulusal mevzuatımızda en kapsamlı tanımı ise yürürlükten kaldırılan Radyo ve Televizyon Kuruluşları Yayın İlkeleri ve Usulleri ile Reklam Gelirleri Üst Paylarının Ödenmesi Hakkında Yönetmelikte yapılmış idi; “*Yanıltıcı Reklam: Bir ürün veya hizmetin teknik özellikleri, boyutları, değeri, dayanıklılığı, performansı hakkında abartılı, eksik ve/veya ilgisiz bilgiler içeren reklamlar.*”

Yanlı (ya da yalan) bir reklam, esas itibariyle aldatıcıdır. Ancak bu konuda kesin bir hüküm vermeden önce, o reklamın tüketiciler açısından da

7 Tanses Gürsoy, Reklam Terimleri ve Kavramları Sözlüğü, I. Basım, İst, Adam, s.9

8 İnal/Baysal, Reklam Hukuku ve Uygulaması, XII Levha, İstanbul 2008.

ayrıca değerlendirilmesinde yarar vardır. Tüketicileri aldatan ya da aldatma ihtimali bulunan yanlış ya da yalan bir reklam aldatıcı olarak nitelendirilebilir. Buna karşılık, hiçbir tüketiciyi aldatmayan ya da aldatma ihtimali bulunmayan yanlış ya da yalan bir reklamın aldatıcı olarak kabulünde isabet olmayabilir. Aynı durum yanıltıcı olarak değerlendirilen reklamlar için de söz konusudur.⁹

1- Aldatıcı Reklamın Unsurları

Bir reklamın aldatıcı olabilmesi için dört unsur gereklidir. Öncelikle reklamda tüketiciye ulaştırılması amaçlanan bir **bilgi** yer almalıdır. Bu bilgi, tüketicide mevcut ihtiyaçlarına ilişkin farkındalık yaratmaktır. İkinci olarak bu bilgi, aşağıda açıklayacağımız herhangi bir şekilde **aldatıcı** nitelik taşımalıdır. Üçüncü olarak bu **aldatma niteliği veya ihtimalinin, reklamın hitap ettiği orta seviyedeki tüketici kitlesine yönelik olması** gerekir. Ve bir reklamın aldatıcı reklam olabilmesi için gereken son şart, o **reklamdaki aldatıcılık unsurunun, tüketicinin o ürünü satın alma kararını etkilemesidir**. Bu unsurları barındırmayan reklam, başka bir sebep ile mevzuata aykırı olabilmekle beraber, aldatıcı reklam sayılmamaktadır.

2- Aldatıcı Reklamın Türleri

Bir reklam, çeşitli şekillerde aldatıcı niteliğe haiz olabilir. Yanlış bilgi verilmesi, yanıltıcı bilgi verilmesi, eksik bilgi verilmesi bunlardan en rastlanan türlerdir. Mal veya hizmetin üreticisi tarafından verilen vaatlerin yerine getirilmemesi, üreticinin ispat külfetini yerine getirmemesi ve tuzak reklam (sınırlı sayıda stok sunulması) aldatıcı reklamın birer türüdür. Tuzak reklam sınırlı sayıda satışa sunulan ürün veya hizmet ile ilgilidir. Burada tüketiciye bu ayrıntı hakkında bilgi verilmeksizin tanıtım gerçekleştirilir. Ayrıca önemli bir bilginin önemsiz, önemsiz bir bilginin ise önemliymiş gibi belirtilmesi, tüketicide o ürün veya hizmetin sağlayamayacağı bir fayda talebi yarattığı takdirde yine aldatıcı reklamdan söz edilebilecektir. Bir ürünün, başka ürünlerle karşılaştırılarak reklamının yapılması da aldatıcı reklama bir örnektir. Karşılaştırmalı reklamda, tanıtılan üründe, karşılaştırmaya tabi tutulan diğer üründe bulunmayan özelliklerin bulunduğu düşüncesi oluşturulur.

ULUSLAR ARASI MEVZUAT

Avrupa Birliği tarafından 28-30 Mart 1994 tarihinde Amsterdam'da kabul edilen Avrupa Hasta Haklarını Geliştirme Bildirgesi'nde ise *"Sağlık hizmetleri ve bu hizmetlerin en iyi nasıl kullanılabileceği konusundaki bilgi herkes için ulaşılabilir olmalıdır"* denilmektedir.

9 Emel Güler, Sağlık sektöründeki mal ve hizmetler için yapılan reklamların hukuksal boyutunun Türkiye'deki durumu, Yüksek Lisans Tezi.

Global anlamda sağlık sektörünün gelişmesi, bu sektörde yapılan reklamlara ilişkin olarak uluslar arası kıstaslar belirleme ve düzenlemeler yapma gereğini beraberinde getirmiştir. Bu yönde Avrupa Birliği'ndeki genel düzenlemelerin başında Aldatıcı ve Karşılaştırmalı Reklam Yönergesi ile Haksız ve Ticari Uygulamalara İlişkin Avrupa Birliği Yönergesi gelmektedir.

Ayrıca Birleşmiş Milletler kapsamında kabul edilen ve 5 Temmuz 1986'da Avrupa Birliği tarafından da kabul edilen Evrensel Tüketici Hakları Bildirgesi'nin 3. maddesinin (a) bendinde "*Tüketicilerin kendi sağlık ve güvenliklerine karşı tehlikelerden korunması*" gereği tüketicinin karşılanması gereken yasal ihtiyaçları arasında sayılmış ve 4. maddesinde de üye devlet hükümetlerine ise "tüketiciyi koruma politikalarını geliştirmek, uygulamak, kontrol etmek için yeterli bir altyapı temin etmek ve idame ettirmek" sorumluluğu yüklenmiştir.

İlaç sektörüne ilişkin olarak da Dünya Sağlık Örgütü'nün 1988 yılında kabul etmiş olduğu Tıbbi İlaç Promosyonu Etik Kriterleri, bu konuda temel ilkeleri çizmektedir. Uluslar arası İlaç Üreticileri Federasyonu (IFPMA) tarafından düzenlenen Farmasötik Ürünleri Pazarlama Yöntemleri Yönergesi'nin¹⁰ 1. maddesinde, tanıtımın dürüst, kanıtlanabilir ve objektif unsurlar içermesi gerektiği ifade edilmiştir.

Hukuk sistemlerine karşılaştırmalı olarak baktığımızda; Fransa ve İngiltere'de reklamın doğru ve dürüst olması ilkesinin temel kaynağını ceza hukukundan; Almanya, Belçika ve Lüksembourg'da haksız rekabet hukukundan, İtalya ve Hollanda'da medeni hukuktan almaktadır. Danimarka ve İrlanda da ise reklamların aldatıcı olmamasının gerçekleştirilmesinde ağırlık idare hukukundadır. Özellikle Danimarka'da 1974 yılında tüketici sorunları ile ilgili olarak Consumer Ombudsman kurulması ile aldatıcı reklamlarla mücadelede idare hukuku alanında önemli gelişmeler olmuştur.¹¹

Avrupa Konseyi "Kullanım Amaçlı Tıbbi Ürünlerin Reklamının Yapılmasına İlişin Konsey Direktifi" yayınlanmış olup, işbu direktif; tıbbi ürünlerin reklamı, ürünlerin reçete edilmesinin, tedarikinin, satışının ve tüketiminin promosyonu amacıyla tasarlanmış her türlü kapıdan kapıya bilgi verilmesi işlemini, tanıtım faaliyetlerini içermektedir. Sonuç olarak tıbbi ürünlerin reklamı veya daha geniş boyutla sağlıkta reklam kavramı, kullanıcısı insan ve insan sağlığı olmakla, titizlikle düzenlenmesi gereken bir alan olarak farklı hukuksal düzenlemelerde karşımıza çıkmaktadır.

10 Av. Ezgi Aygün, Sağlık Sektöründe Reklam, Yetkin Yayınları, Ankara 2007.

11 Emel Güler, Sağlık sektöründeki mal ve hizmetler için yapılan reklamların hukuksal boyutunun Türkiye'deki durumu, Yüksek Lisans Tezi.

ULUSAL MEVZUAT VE REKLAM DENETİMİ

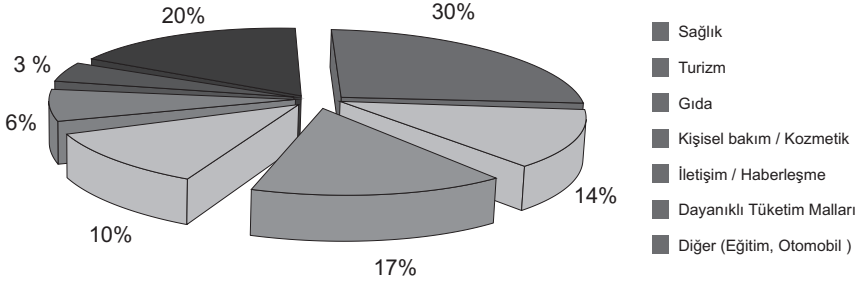
Ülkemizde sağlık kuruluşları ile sağlık personeli ve sağlık ürünlerinin reklam denetimi farklı şekillerde gerçekleşmektedir. Genel anlamda kamusal denetim Sağlık Bakanlığı ve bağlı bulunan İl Sağlık Müdürlükleri tarafından, özerk denetim Gümrük ve Ticaret Bakanlığı ile Reklam Kurulu tarafından ve ayrıca tıp mensuplarına yönelik olmak üzere mesleki disiplin denetimleri ilgili meslek kuruluşları olan Türk Tabipleri Birliği, Türk Dişhekimleri Birliği ve Türk Eczacıları Birliği tarafından yapılmaktadır. Ayrıca reklam sektöründe platform olarak oluşturulan ve özdenetim görevini üstlenen Reklam Özdenetim Kurulu, RÖK bulunmaktadır.

Reklam Kurulu

Reklam Kurulu, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 17. maddesi ile ve "ticari reklam ve ilanlarda uyulması gereken ilkeleri belirlemek, bu ilkeler çerçevesinde ticari reklam ve ilanları incelemek ve inceleme sonucuna göre, 4077 Sayılı Kanun'un 16. maddesinde yer alan hususlara aykırı reklam ve ilanlara, yine aynı Kanun'da yer alan yaptırımları uygulamak" göreviyle kurulmuştur. Reklam Kurulu, 4077 Sayılı Kanun'un kendisine verdiği yetkiye dayanarak ticari reklam ve ilanlarda uyulması gereken ilkeleri belirlerken, ülke koşullarını, reklamcılık alanında evrensel kabul görmüş tanım ve kuralları göz önünde bulunduracaktır. Reklam Kurulu'nda bulunacak üye sayısı 29 olup, 4077 Sayılı Kanun'un 17. maddesinde sayılmış, bunların arasında Türkiye Barolar Birliği ve Türk Tabipleri Birliği'nden seçilecek birer üyeye de yer verilmiştir. Mevzuata aykırı ticari reklam ve ilanlar hakkında tüketiciler, rakip firmalar, kurum ve kuruluşlar başvurabildiği gibi Reklam Kurulu re'sen de inceleme başlatabilir. Kurulca verilen kararlar Bakanlıkça uygulanır ve Reklam Kurulu Başkanlığı'nca açıklanır. Reklam Kurulu, mevzuata aykırılığı tespit edilen reklam veya ilan hakkında üç aya kadar tedbiren durdurma ve/veya durdurma ve/veya aynı yöntemle düzeltme ve/veya para cezası verebilmektedir.

Reklam kurulu kararları ışığında istatistiki bilgilerde, verilen cezaların % 30'unun sağlık alanına ilişkin, % 10'unun da sağlık alanıyla ilgili konularda olduğunu görmekteyiz. Bu oranlar bize sağlık alanındaki ihlallerin ne boyutta olduğunu göstermektedir.¹² Bu veri sağlıkta reklam sektörü ile hukuka aykırı reklamın ne denli yaygın olduğuna karinedir.

12 Emel Güler, Sağlık sektöründeki mal ve hizmetler için yapılan reklamların hukuksal boyutunun Türkiye'deki durumu, Yüksek Lisans Tezi.



Reklam Özdenetim Kurulu

Reklamın, tüketiciye ve topluma karşı sorumluluğu çerçevesinde yasal, ahlaki, dürüst ve doğru olması gerektiğinin bilinciyle, Reklamverenler Derneği (RVD), Reklamcılar Derneği (RD) ve Uluslararası Reklamcılık Derneği (IAA)'nce oluşturulan Reklam Özdenetim Platformu (Platform), Uluslararası Ticaret Odası'nın dünyaca kabul görmüş Reklam Uygulama Esasları'nı Türkiye'de uygulamaya koymak üzere "Reklam Özdenetim Kurulu" (RÖK) kurulmuştur.

Reklam Özdenetim Kurulu'na başvurular gerçek ya da tüzel kişiler tarafından bir dilekçe ile şikayet edilen reklamın yazılı ya da basılı aslı veya fotoğrafı eklenerek yapılır. İnceleme ise Kurul bünyesinde 6 üyeden oluşturulan Yürütme Kurulu tarafından, Reklam Kurulu adına ve onun yetkileri kullanılarak yapılır ve karar verilir. Taraflarca Yürütme Kurulu'nun kararlarına karşı yapılan itirazlar Reklam Özdenetim Kurulu'na incelenir ve karara bağlanır. Reklam Özdenetim Kurulu kararlarına sadece özdenetimin finansmanı için yıllık ödemede bulunan Reklamverenler Derneği (RVD) üyesi olan reklamverenler kendilerine verilen şifre ile erişebilirler. Kurulun yaptırım verme yetkisi bulunmamakla beraber, tavsiye niteliğinde, iç denetime ve teamülleri pekiştirmeye yönelik kararlar almaktadır. Ancak kararların bağlayıcılığı, kararların kamuoyuna açıklanması noktasında reklam sahiplerinin ticari itibarlarına verdikleri önem ile orantılıdır.

ULUSAL MEVZUAT KAPSAMINDA ALDATICI REKLAMA BAKIŞ

Ulusal mevzuatımıza baktığımızda, reklamlarla ilgili genel düzenlemeler olarak başlıca 11.01.2011 tarihinde kabul edilen 6098 Sayılı Borçlar Kanunu

Haksız Rekabet hükümleri (md. 57), 13.01.2011 tarihinde kabul edilen 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu (md.54,55 vd.) ile 1995 yılında yürürlüğe giren 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'u görmekteyiz. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 16 ve 17 maddeleri rehber niteliğinde olup, 16 madde reklamın genel ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına uygun, dürüst ve doğru olması gerektiğini hükme bağlayarak; reklam verene, ticari reklam veya ilanda yer alan somut iddiaları ispat külfeti yüklemiştir.

2954 Sayılı Türkiye Radyo ve Televizyon Kanunu ile 14.06.2003 tarih ve 25138 Sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelik de aldatıcı reklama ilişkin düzenlemeler içermektedir.

Sağlıkta reklam ile ilgili Ceza Hukuku alanındaki tek düzenleme 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 91. maddesinin 6. fıkrasında yer almaktadır. *"Belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam veren veya yayınlayan kişi, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır."*

Ayrıca 6098 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 36. maddesinde aldatma sonucu sözleşme yapılması durumu düzenlenmiştir. Bu halde, şahsın yanıltması esaslı olmasa bile o sözleşme ile bağlı olmayacaktır. Yani bir hasta, bir sağlık kuruluşu veya sağlık çalışanının aldatması sonucu sözleşme yapmışsa (Vekalet Sözleşmesi, Eser Sözleşmesi), hasta bu sözleşme ile bağlı kalmayacak, sözleşmeden dönme hakkı her zaman mevcut olacaktır: *"(1) Taraflardan biri, diğerinin aldatması sonucu bir sözleşme yapmışsa, yanıltması esaslı olmasa bile, sözleşmeyle bağlı değildir. (2) Üçüncü bir kişinin aldatması sonucu bir sözleşme yapan taraf, sözleşmenin yapıldığı sırada karşı tarafın aldatmayı bilmesi veya bilecek durumda olması hâlinde, sözleşmeyle bağlı değildir."*

a) Sağlık Kuruluşları Yönünden Hukuki Düzenleme

Bu alanda en önemli düzenlemeler 27.03.2002 tarih ve 24708 Sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan Özel Hastaneler Yönetmeliği, 15.02.2008 tarih ve 26788 Sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik ve 14.10.1999 tarih ve 23846 Sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan Ağız ve Diş Sağlığı Hizmeti Sunan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmeliktir. Ancak her ne kadar her üç yönetmelikte reklam yasağı düzenlenmişse bile, yasakların ifade şekli ve yaptırımlar birbirinden farklıdır.

Özel Hastaneler Yönetmeliği'nin Bilgilendirme ve Tanıtım başlıklı 60. maddesi *"Özel hastaneler; tıbbî deontoloji ve meslekî etik kurallarına aykırı şekilde, insanları yanıltan, yanlış yönlendiren ve talep yaratmaya yönelik, ruhsa-*

tında yazılı kabul ve tedavi ettiği uzmanlık dallarından başka hastaları kabul ve tedavi ettiği intibainı uyandıran, diğer hastaneler aleyhine haksız rekabet yaratan davranışlarda bulunamazlar ve bu mahiyette tanıtım yapamazlar. Özel hastaneler, ruhsatında kayıtlı ismi dışında başka bir isim kullanamazlar.” hükmünü getirmiştir; bilgilendirme ve tanıtım faaliyetleri kapsamında, *“yanıltıcı, abartılı, doğruluğu bilimsel olarak kanıtlanmamış bilgiler ve talep yaratmaya yönelik açıklamalar”* yasaklanmıştır.

Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmeliğin 58. maddesinde ise *“Sağlık kuruluşları çalışmalarına ticari bir görünüm veremeyecekleri gibi; insanları yanıltıcı, paniğe sevk edici, yanlış yönlendirici, benzer nitelikteki kuruluşlar ve çalışanları arasında rekabete yol açıcı davranışlarda bulunamazlar.”* denilmiş ve her türlü tanıtım faaliyeti için İl Sağlık Müdürlüğü’nden izin alma şartı getirilmiştir. Ayrıca aynı yönetmeliğin 57. maddesinin 1. fıkrasının (d) bendinde *“Sağlık kuruluşunun bünyesinde olmayan faaliyetler ve fiyatlar konusunda reklam verilemez”, (r) bendinde ise “Sağlık kuruluşunun dış cephesinde bu Yönetmelikte belirtilen tabelalardan başka bir tabela veya her ne şekilde olursa olsun tüketiciye yönelik olarak kuruluş veya hizmetleri ile ilgili yazı, ilan ve reklam benzeri ibare bulundurulamaz.”* denilmek sureti ile yasaklar belirtilmiştir.

Ağız ve Diş Sağlığı Hizmeti Sunan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmeliğin 16. maddesinde tabela düzeni ve 32. maddesinde ise reklam, tanıtım ve bilgilendirmenin nasıl olacağı hüküm altına alınmıştır: *“Sağlık kuruluşları ve çalışanları her ne surette olursa olsun; kuruluşları, kuruluşlarının sundukları hizmet, uyguladıkları tanı ve tedavi yöntemleri ya da kullandıkları her türlü cihaz ve benzeri araçlar ile ilgili kitle iletişim araçları, elektronik ortam, görsel-işitsel araçlar, yazılı materyaller veya benzeri nitelikteki araçlar ile doğrudan ve dolaylı olarak tüketici konumundaki kitleye yönelik reklam ve tanıtım yapamazlar. Başkaca kişi, kurum ve kuruluşların benzer nitelikteki çalışmalarına aracı olamazlar. Sağlık kuruluşları çalışmalarına ticarî bir görünüm veremeyecekleri gibi; insanları yanıltıcı, paniğe sevk edici, yanlış yönlendirici, benzer nitelikteki kuruluşlar ve çalışanları arasında rekabete yol açıcı davranışlarda bulunamazlar.*

Ancak, sadece özel sağlık kuruluşuna başvuran hastaların kullanımına yönelik olarak, temel olarak sağlığı geliştirici ve koruyucu nitelikte söz konusu sağlık kuruluşunun faaliyet gösterdiği alan ile ilgili sağlık sorunları, bu sorunlardan korunma veya sağlık sorunlarının kişide meydana getirdiği olumsuzlukların şahsî tedbirler aracılığı ile giderilmesi veya azaltılması hakkında bilgiler içeren yazılı veya görsel-işitsel eğitim materyalleri hazırlayabilirler. Söz konusu

materyal üretilmeden önce meslek odasından materyalin içerdiği bilgilerin Yönetmelik ile getirilen kurallara uygunluğu açısından yazılı onay alınması ve üretilen materyalde bu onayın tarih ve sayısına yer vermek zorunludur. Bu tür eğitim materyalinde söz konusu sağlık kuruluşu ile ilgili olarak yalnızca kuruluşun ismine, adresine ve telefon numarasına yer verilebilir. Bu bilginin dışında materyalde materyali hazırlayan kişinin adı, unvanı da dahil olmak üzere, söz konusu materyali hazırlayan kuruluş bir başka sağlık kuruluşunun sundukları hizmet, uyguladıkları tanı veya tedavi yöntemleri ya da kullandıkları her türlü cihaz veya benzeri malzemeler ile ilgili reklam, tanıtım niteliğinde bilgi yer alamaz.”

Bunların haricinde 14.06.2003 tarih ve 25 138 Sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan Ticari Reklâm ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelik, 08.07.2001 tarih ve 24456 Sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan Ambulanslar ile Özel Ambulans Servisleri ve Ambulans Hizmetleri Yönetmeliği, 01.08.2001 tarih ve 24480 Sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan Hiperbarik Oksijen Tedavisi Uygulanan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik, 17.09.2001 tarih ve 24879 Sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan Akupunktur Tedavisi Uygulanan Özel Sağlık Kuruluşları ile Bu Tedavinin Uygulanması Hakkında Yönetmelik, 22.05.2002 tarih ve 24762 Sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan İlk Yardım Yönetmeliği, 27.09.2004 tarih ve 25596 Sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan Optisyenlik Müesseseleri Hakkında Yönetmelik, 10.03.2005 tarih ve 25751 Sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan Evde Bakım Hizmetleri Sunumu Hakkında Yönetmelik, 19.11.1996 tarih ve 22822 Sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliği, 24.07.2001 tarih ve 24472 Sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan Kaplıcalar Yönetmeliği, 07.12.2005 tarih ve 26016 Sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan Diş Protez Laboratuvarları Yönetmeliği ve 23.06.2005 tarih ve 25854 Sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan Kontrol Laboratuvarlarının Kuruluş ve Görevleri Hakkında Yönetmelik ve sair olmak üzere reklam konusunda çeşitli düzenlemeler mevcuttur.

Örnek kararlar:

2009/721 Sayılı Reklam Kurulu Kararı: Dünya Göz Hastanesi San. ve Tic. A.Ş.’ye ait olup muhtelif televizyon kanallarında yayınlanan reklamlarda yer alan; *“yaşama açtı insan gözlerini, gözleri ile dokundu ilklere, keşfetti dünyayı, yarınları dikti gözünü, gözlerinde yaşattı aşkı, yalnızlıkları da, gözlerinde ele verdi kendini mutluydu, kimi zaman hüznü, çoğunluk sevgi doluydu, kuşku da gezindi gözlerinde, kararlılık da. İnsanın gözleri, insanın görecekları var ve gözlerinize sizin kadar değer verenler var. Dünya Göz Görecekları*

Çok Şey Var. 444 4 469. www.dunyagoz.com” şeklindeki ifadelerin sağlık kuruluşuna ticari veçhe yükleyen ve talep yaratmaya yönelik ifadeler olduğu gerekçeleriyle söz konusu reklamların Özel Hastaneler Yönetmeliği’nin 60. maddesine uygun olmadığına,

Bu durumun, 4077 Sayılı Kanun’un 16. maddesi hükmüne aykırı olduğuna, reklam veren **Dünya Göz Hastanesi San. ve Tic. A.Ş.** hakkında **ulusal düzeyde (67.200 TL.) idari para ve anılan reklamları durdurma cezaları verilmesine,**

Diğer taraftan aynı firmaya ait olup, 01.04.2009-15.05.2009 tarihleri arasında muhtelif televizyon kanallarında yayınlanan “*körlüğe kadar gidebilen enfeksiyonları, tekrar eden ameliyatları göze alabilir misiniz?*” başlıklı reklamların 4077 Sayılı Kanun’un 15. maddesine aykırı olduğu gerekçesiyle, Reklam Kurulu’nun 14.07.2009 tarih ve 166 sayılı toplantısında firma hakkında idari para cezası verilmiş olup, söz konusu fiilin 1 yıl içerisinde tekrar edilmiş olması nedeniyle, 4077 Sayılı Kanun’un değişik 25. maddesinin son fıkrasında yer alan “(3.) ... para cezaları, fiilin 1 yıl içerisinde tekrarı halinde iki misli uygulanır.” hükmü uyarınca **idari para cezasının iki kat (67.200X2=134.400 TL) uygulanmasına** karar verilmiştir.

2009/92 Sayılı Reklam Kurulu Kararı: Medicalpark Sağlık Hizmetleri A.Ş.’ye ait “Bağ-Kur, SSK, Emekli Sandığı ve devlet memuru hastalarımızdan Eylül sonuna kadar fark almıyoruz.” başlıklı tanıtım broşürlerinde yer alan “Bağ-Kur, SSK, Emekli Sandığı ve devlet memuru hastalarımızdan Eylül sonuna kadar fark almıyoruz”, “Beyin ve Sinir Cerrahisi-Eylül sonuna kadar bel fıtığı operasyonlarından fark almıyoruz”, “Kalp Damar Cerrahisi- Eylül sonuna kadar By-pass ameliyatlarından fark almıyoruz”, “Kadın Hastalıkları ve Doğum Ünitesi- Eylül sonuna kadar normal doğum ve sezaryenden fark almıyoruz”, “Üroloji Polikliniği- Eylül sonuna kadar prostat ameliyatlarından fark almıyoruz”, “Kardiyoloji Polikliniği- Eylül sonuna kadar anjio ve stent işlemlerinden fark almıyoruz.” şeklindeki ifadelerin, 26.08.2008 tarihli Bursa Olay Gazetesi’nde ve 27.08.2008 tarihli “Star”, “Zaman”, “Hürriyet” ve “Sabah” gazetelerinde yayınlanan “Medicalpark Kanser Hastanesi uzmanlığıyla check-up programları... Çünkü Kanser Aramızda!” başlıklı reklamların ve Isparta ilinde billboardlarda yayınlanan açık hava reklamlarında yer alan “Medicalpark Kanser Hastanesi uzmanlığıyla check-up programları... Çünkü Kanser Aramızda!” ve “Prostat kabusuna son!” şeklindeki ifadelerin yanıltıcı, abartılı, doğruluğu bilimsel olarak kanıtlanmamış ve talep yaratmaya yönelik olduğu; diğer taraftan söz konusu özel hastanenin ruhsatta belirtilen isminin dışında, anılan reklamlarda “Kanser Hastanesi” ifadesinin kullanıldığı,

ruhsatta kayıtlı bulunan “Özel” ibaresinin çıkarılarak “Antalya Medicalpark Hastaneleri” biçiminde kullanıldığı gerekçeleriyle bahsi geçen tanıtımların Özel Hastaneler Yönetmeliği’nin 60. maddesine uygun olmadığına,

Bu durumun, 4077 Sayılı Kanun’un 4822 Sayılı Kanunla değişik 16. maddesi hükmüne aykırı olduğunu, reklam veren **Medicalpark Sağlık Hizmetleri A.Ş.** hakkında **anılan reklamları durdurma cezası** verilmesine karar verilmiştir.

(b) Sağlık Çalışanları Yönünden Hukuki Düzenleme

Sağlık çalışanlarının, özellikle de hekimlerin, her türlü tanıtım faaliyetlerine ilişkin olarak 1219 Sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi, 6023 Sayılı Türk Tabipler Birliği Kanunu, 28.04.2004 tarih ve 25446 Sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan Türk Tabipler Birliği Disiplin Yönetmeliği, Türk Tabipleri Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları, 3224 Sayılı Türk Diş Hekimleri Birliği Kanunu, 6343 Sayılı Veteriner Hekimliği Mesleğinin İcrasına, Türk Veteriner Hekimleri Birliği ile Odalarının Teşekkül Tarzına ve Göreceği İşlere Dair Kanun, 09.07.1994 tarih ve 21984 Sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan Veteriner Hekimliği Deontoloji Yönetmeliği, 27.07.1968 tarih ve 12961 Sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan Türk Eczacıları Deontoloji Tüzüğü, 5193 Sayılı Optisyonluk Hakkında Kanunu’nda çeşitli düzenlemeler mevcuttur.

Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun’un 24. maddesi hekimlerin hasta kabul ettiği yer, zaman dilimi ve ihtisas alanı haricindeki her türlü tanıtımını yasaklamıştır.

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi’nin 9. maddesinde yer alan düzenleme de buna benzer şekilde hekimin yapacağı ilanlarda yalnızca ad, soyadı, adresini, ihtisas alanını, akademik unvanını, muayene gün ve saatlerini yazabilir.

Türk Tabipleri Birliği Kanunu ile reklam ilkelerinin gözetim ve denetim yetkisi, Yönetim Kurulu’na verilmiş ve görevlerinin sayıldığı 28. madde de “meslek adabına uymayan ve tıp mesleklerinin icrasına dair kanunun kabul ettiği çerçeve dışında tabela kullanılmasını” ve “sinema, radyo, müstahdemler veya sair yazılı ve sözlü vasıtalarla reklam yapılmasını” önlemek sayılmıştır.

Türk Tabipleri Birliği Disiplin Yönetmeliği’nde ise, Para Cezasını gerektiren fiillerin sayıldığı 4. maddenin (b), (c), (d), (e) ve (j) bentlerinde reklama ilişkin yasakları ifade edilmiştir.

“... ”

b) Tanıtım kurallarına aykırı davranmak,

c) Her türlü iletişim mecrasında reklam amacına yönelik yazılar yazmak,

yazdırmak veya açıklamada bulunmak yahut ortağı olduğu kuruluş veya şirket aracılığıyla bu anlamda reklam yapılmasını sağlamak,

d) Bireysel olarak veya yöneticisi oldukları dernekler ya da çalıştıkları kurumlar aracılığıyla ticari ürün veya hizmetin tanıtımında yer almak veya reklamına aracılık etmek,

e) El ilanları, tabelalar, basın ve benzeri yollarla meslektaşlararası haksız, tıp dışı rekabete yol açacak duyurular yapmak,

j) Türk Tabipleri Birliği veya odalarca saptanmış tabela ile ilgili kurallara uymamak,

...

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi ile Türk Tabipleri Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları da reklam hususunda meslek etiği yönünden düzenlemelere yer verilmiştir. Hekimlik Meslek Etiği Kurallarının 11. maddesi, “Hekim, mesleğini uygularken reklam yapamaz, ticari reklamlara araç olamaz, çalışmalarına ticari bir görünüm veremez; **insanları yanıltıcı, paniğe düştürücü, yanlış yönlendirici**, meslektaşlar arasında haksız rekabete yol açıcı davranışlarda bulunamaz. Hekim, yayın araçlarıyla yapacağı duyurularda varsa, **Tababet Uzmanlık Tüzüğü’ne göre kabul edilmiş olan uzmanlık alanını, çalışma gün ve saatlerini bildirebilir. Tabela ve benzeri tanıtım araçlarının biçim ve boyutları yerel tabip odası tarafından saptanır.**” demekle reklamı yasaklamıştır.

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi’nin 8. maddesinde ise “(1) **Tabiplik ve diş tabipliği mesleklerine ve tedavi müesseselerine, ticari bir veçhe verilemez.** (2) Tabip ve diş tabibi, yapacağı yayınlarda tababet mesleğinin şerefini üstün tutmaya mecbur olup, her ne suretle olursa olsun, yazılarında kendi reklamını yapamaz. (3) Tabip ve diş tabibi, gazetelerde ve diğer neşir vasıtalarında, reklam mahiyetinde teşekkür ilanları yazdıramaz.” denilmek sureti ile hekimin reklam yasağında etik boyut vurgulanmıştır.

Nizamname’nin 9. maddesinde ise “Tabip ve diş tabibi, gazete ve sair neşir vasıtaları ile yapacağı ilanlarda ve reçete kağıtlarında, ancak ad ve soyadı ile adresini, Tababet İhtisas Nizamnamesine göre kabul edilmiş olan ihtisas şubesini, akademik ünvanını ve muayene gün ve saatlerini yazabilir.

Muayenehane kapılarına veya binaların dışına asılacak tabelaların ebadı ve adedi, mahalli tabip odaları tarafından tesbit edilebilir. Tabipler ve diş tabipleri, tabip odalarının bu husustaki kararlarına riayet etmekle mükelleftirler.

Tabelalarda en çok iki renk kullanılabilir. Işık verici vasıtalarla tabelaları süslemek yasaktır.”

Hekimlerin aracı vasıtasıyla reklam yapması, muayenehanesinde başkasına ait bir ürünün reklamını yapması ve tabela ile reklam yapması da yasaktır. Tabelalar iki rengi aşmayacak, ışıklı oluşturulmayacak olup akademik unvanların tabelada kullanılıp kullanılmayacağı her bir Tabip Odası tarafından belirlenecektir. Örnek:İstanbul Tabip Odası akademik unvanlar olan Prof. Dr....., Doç. Dr..... vb tabela yazımını yasaklamıştır.

Hekimler muayenehanelerinde mevzuat ve etik kurallara uygun olmak kaydıyla; aldığı sertifika, ödül vb yazı ve objeleri bulundurabilmekte, adres, kroki, e-posta ile tanıtım, tartışma listelerine üye olma, web sitesi oluşturma imkanına sahiptirler.

25446 sayılı Türk Tabipleri Birliği Disiplin Yönetmeliği'ne göre disiplin cezalarının verilmesinde eylemin veya yarattığı sonucun ağırlığına göre onur kurulları geniş takdir hakkını kullanmakta serbesttir.

Sağlık hizmetine olan talebin arttırılmasına yönelik reklamlar da mevzuata aykırı kabul edilmelidir. Zira sağlık hizmetine olan talebin suni olarak arttırılmasına yönelik pazarlama teknikleri ve reklam, bir anlamda satılık hastalıklar yaratılması sonucunu doğuracaktır.

(c) İlaç Reklamları Yönünden Hukuki Düzenleme

Sağlıkta reklam konusunda önemli bir diğer boyut ilaç reklamlarıdır. 23.10.2003 tarih ve 25268 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan Beşeri Tıbbi Ürünlerin Tanıtım Faaliyetleri Hakkında Yönetmeliğin 4. maddesinin (c) bendinde ilaç, Beşeri Tıbbi Ürün başlığı altında şöyle tanımlanmıştır: *“Hastalığı tedavi etmek veya hastalıktan korumak, tıbbi bir teşhis koymak veya fizyolojik fonksiyonları iyileştirmek, düzeltmek veya değiştirmek üzere insana uygulanabilen Bakanlıkça ruhsatlandırılmış/zin verilmiş her türlü madde veya maddeler kombinasyonu”* şeklinde tanımlanmıştır.

İlaç Endüstrisi İşverenler Sendikası (İEİS) tarafından düzenlenen Tıbbi İlaç Tanıtım İlkeleri Kılavuzu'na göre tıbbi ilaç tanıtımında etik kriter *“tüm tanıtım etkinliklerinde gerçeklik ve bilimsel objektiflik ve meslek onuru çerçevesi içinde kalınması ve ilaç endüstrisinin saygınlığını, üyeler arasındaki karşılıklı saygı ve mesleki dayanışma ilişkisini zedeleyebilecek davranışlardan kaçınılması için gerekli çabanın gösterilmesi”* olarak belirtilmiştir. Yine bu kılavuza göre ilaçlarla ilgili tanıtım, *“bilgilendirici, doğru, gerçekçi, bağlamına göre eksiksiz kanıtlanabilir, güvenilir ve anlaşılır”* olmalıdır. Ayrıca bu kılavuzda yanıltıcı tanıtım yasaklanmış ve yanıltıcı tanıtım kapsamına giren hususlar belirtilmiştir:

“3. 4. Yanıltıcı Tanıtım

Tanıtımda yanıltıcı ya da doğruluğu kanıtlanamayan geçersiz bilgiler kullanılamaz.

Aşağıdaki durumlar yanıltıcı tanıtım kapsamına girer:

a) *İlaçları, kanıtlanmamış tedavi edici etkiye ve diğer biyolojik özelliklere sahip gibi göstermek.*

b) *İlacın kullanımıyla tedaviden mutlaka kesin bir sonuç alınabileceği veya normal ya da uzun süreli kullanımında hiçbir zararlı etkinin doğmayacağı izlenimlerini yaratmak.*

c) *İlacın bileşimi ve diğer farmasötik özelliklerine ait yanılgıya yol açabilecek bilgiler vermek.*

d) *İlacın üreticisine ve firmada çalışan kişilere ait yanlış ve/veya yanıltıcı bilgiler vermek.*

e) *In vitro testlerden ve in vivo hayvan deneylerinden elde edilen verileri, bu niteliklerini açıkça belirtmeden vermek ve bunların sanki insanlardaki denemelerden elde edilmiş gibi yanlış anlaşılmasına, o şekilde yorumlanmalarına zemin hazırlanmak.*

f) *İlaçların gravimetrik etki gücünü (potency), etkililik (efficacy) anlamında kullanarak yanıltıcı mukayese yapmak.*

g) *Farklı ilaçların, tedavi maliyetlerini dikkate almadan aynı ilacın farmasötik eşdeğer müstahzarları dahil olmak üzere, günlük dozunun veya tedavi süresince kullanılan toplam dozunun bedelini dikkate almadan, tek bir farmasötik formunun veya kutusunun bedeli üzerinden fiyat karşılaştırması yapmak.*

h) *Yeterli bir örneklem büyüklüğüne ve ayrıntılı bir incelemeye dayanmayan, bilimsel sağlamlığı yetersiz bir çalışma ile kesin hükümlerde bulunmak.”*

İlaç firmalarının üretmiş oldukları ilaçların reklamlarını yaparken belli başlı amaçları vardır. Bunları, bir ürün ya da markanın var olduğuna dair farkındalık yaratmak, bir marka bilinci yaratmak, markanın faydaları ya da üstün özellikleri hakkında bilgi sağlamak, örneğin yan etkilerin azaltılmış olması, kullanım kolaylığı, rakip firmalarla rekabet edebilir düzeye ulaşmak, paketin ve logonun kolay tanınırlığını sağlamak, kurumsal imaj ve firmaya karşı olumlu tutum oluşturmak, yeni markalar ve ürünler çıkartmak için uygun bir şöhret platformu kurmak, satışı arttırırken, reçete yazanların zihninde kendine özgü bir satış pozisyonu fikri yaratmak vb.¹³ Ancak yukarıda belirtildiği üzere ilaç tanıtımlarında yanıltıcı ve doğruluğu kanıtlanamayan bilgiler kullanılamaz.

¹³ Av. Ezgi Aygün, Sağlık Sektöründe Reklam, Yetkin Yayınları, Ankara 2007.

1262 Sayılı İspençiyari ve Tıbbi Müstahzarlar Kanunu'nun 13. maddesi ilaç sektöründe yalan ve abartılı tanıtımlar yasaklanmış, yalnızca “...*hastalıklarında kullanılması faydalıdır*” ibaresinin kullanılmasına izin vermiştir. Diğer yandan 15.02.2011 tarihinde kabul edilen 6112 Sayılı **Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun'un 11. maddesinin 3. fıkrasında** “*Reçeteye tabi olmayan ilaçlar ve tedavilerin reklamları dürüstlük ilkesi çerçevesinde, gerçeği yansıtan ve doğrulanması mümkün unsurlardan oluşacak şekilde hazırlanır.*” denilmekle bu alanda serbesti tanınmıştır.

Yine İspençiyari ve Tıbbi Müstahzarlar Kanunu'nun 13. maddesinde reçeteye satışına izin verilen ilaçların reklamının yapılması ise tamamen yasaklanmış, bu ilaçlardan yalnızca tıbbi dergilerde bahsedilmesi mümkün kılınmıştır:

“İlaç sektöründe aldatıcı reklamı ve yaptırımlarını 1262 Sayılı İspençiyari ve Tıbbi Müstahzarlar Kanunu, 23.10.2003 tarih ve 25268 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan Beşeri Tıbbi Ürünlerin Tanıtım Faaliyetleri Hakkında Yönetmelik, 15.08.1986 tarih ve 19196 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan Farmasötik ve Tıbbi Müstahzar, Madde, Malzeme, Terkipler ile Bitkisel Preparatların Geri Çekilmesi ve Toplatılması Hakkında Yönetmelik düzenlemektedir.”

Beşeri ve Tıbbi Ürünlerin Tanıtım Faaliyetleri Hakkında Yönetmeliğin 6. maddesi uyarınca “*Bir tıbbi ürünün tanıtımı, ürünün özelliklerini bilgilendirici, bilimsel gerçeklere uygun, güvenilir, nesnel ve açık olmalıdır*” ve “*Tıbbi ürünün tanıtımında, gereksiz kullanıma ve beklenmeyen riskli durumlara neden olabilecek yanıltıcı, abartılmış, ya da doğruluğu kanıtlanmayan bilgiler kullanılamaz.*” Yönetmeliğin 8. maddesinde ürünün topluma tanıtımına ilişkin yasak hususlar düzenlenmiştir. 9. ve 10. maddelerde ise ilacın sağlık mesleği mensuplarına tanıtımında hangi hususların yer alacağı sayılmış ve ilke ve esaslar belirtilmiş, sağlık mesleği mensuplarına verilecek olan tanıtım dokümantasyonundaki bilgilerin “*doğru, kanıtlanabilir ve yeterli*” olması gerektiği vurgulanarak sağlık mesleği mensuplarına yapılan tanıtımda da aldatıcı reklam yasaklanmıştır.

15.08.1986 tarih ve 19196 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan Farmasötik ve Tıbbi Müstahzar, Madde, Malzeme, Terkipler ile Bitkisel Preparatların Geri Çekilmesi ve Toplatılması Hakkında Yönetmeliğin 13. maddesine göre, toplatılmasına karar verilen ürünlerin geri çekilmesi duyurusunda hiçbir şekilde reklamı yapılamaz.

Örnek kararlar:

2009/398- Berko İlaç ve Kimya Sanayi A.Ş. ‘ye ait “Zinco Mega”

isimli ürüne ilişkin olarak www.zincomega.com.tr adresli internet sitesinde yer alan, **“kalp sağlığının korunmasına, beyin ve zihin fonksiyonlarının sağlıklı bir şekilde işleyişine yardımcı olduğu, romatolojik inflamatuvar hastalıklar, alkolizm, karaciğer sirozu ve kardiyovasküler hastalıklara karşı koruma sağladığı, fiziksel ve cinsel performansı artırdığı, stres ve yorgunluğu azalttığı, yetişkinlerde tansiyonu düşürdüğü, sigaranın zararlı etkilerini azalttığı, öğrencilerin özellikle sınav dönemlerinde hafıza ve konsantrasyonlarını artırarak enerji takviyesi sağladığı”** ve televizyon reklamlarındaki, **“Zinco Mega şurup içerdiği Omega3, çinko ve vitaminler sayesinde çocukların göz, sinir ve zihinsel gelişmelerinde yardımcı oluyor.”** vb. şeklindeki ifadelerin tüketicileri yanıltıcı sağlık beyanları olduğu, ayrıca tıp literatüründe hastalık olarak kabul edilen ve hekim kontrolünde tedavi edilmesi gereken rahatsızlıkların anılan ürünler ile tedavi edilebileceği izlenimi oluşturulduğu ve dolayısıyla bahsi geçen reklamların tüketicileri aldatıcı nitelikte olduğu gerekçeleriyle Türk Gıda Kodeksi-Gıda Maddelerinin Genel Etiketleme ve Beslenme Yönünden Etiketleme Kuralları Tebliği’nin 5/e ve 5/f maddelerine uygun olmadığına,

Bu durumun, 4077 sayılı Kanun’un 4822 sayılı Kanun’la değişik 16 ncı maddesi hükmüne aykırı olduğuna, reklam veren **Berko İlaç ve Kimya Sanayi A.Ş.** hakkında **anılan reklamları durdurma cezası** verilmesine karar verilmiştir.

Royal Sağlık Ürünleri ‘ne ait www.zararsizsigara.com adresli internet sitesinde yer alan **‘elektronik sigara’** isimli ürüne ilişkin yapılan reklam ve tanıtımlar ile ilgili olarak; Sağlık Bakanlığı İlaç ve Eczacılık Genel Müdürlüğü’nün görüşleri doğrultusunda, bu tür ürünlerin ciddi rahatsızlıklara sebep olabilmesi ve bağımlılık yaratma riski olması nedeniyle İlaç ve Eczacılık Genel Müdürlüğü’nden izin alınmadığı sürece yasaklanması ve reklamlarına müsaade edilmemesi gerektiği, Tütün Mamulleri ve Alkollü İçkiler Piyasası Düzenleme Kurumu’ndan alınan görüş doğrultusunda ise, içimsel ve şekilsel olarak sigaranın özelliklerini taşıyan bu ürünlerin sigarayı çağrıştıran ürün niteliğinde değerlendirilmesi gerektiği ve söz konusu ürünün reklam ve tanıtımlarının yapılmaması gerektiği, ayrıca anılan ürünün, reklamda vurgulandığı gibi sigarayı bıraktıracı bir ürün olarak mütalaa edildiğinde tıbbi ürünler kapsamında değerlendirilmesi gerektiği kanaatine varılmış olup ,

Reklam veren **Royal Sağlık Ürünleri** hakkında **anılan reklamları üç ay tedbiren durdurma cezası** verilmesine karar verilmiştir.

SONUÇ

Sağlık sektöründe reklam, evrensel hukuk kuralları çerçevesinde gözetilen ve temel bir insan hakkı olan “sağlık” konusunu işlemektedir. Bu nedenledir ki, sağlık alanında reklam ve tanıtıma, yasaklama boyutunda ağır sınırlamalar getirilmiştir. Hekimler açısından reklam yasağının sağlık kuruluşları açısından yasa ve etik kurallara uyulmak kaydı ile reklam ve tanıtım mümkün olabilmektedir.

Öte yandan ülkemizde sağlık sektörü hızla gelişmek suretiyle özelleşme eğilimindedir ve istatistiki bilgilere göre son dönemde sağlık yatırımlarının yüzde 75’ini özel sektör gerçekleştirmektedir. SGK’nın yaptığı sağlık harcamalarından özel hastaneler, yüzde 30 dolayında pay alacak kadar sektörel gelişme göstermiş durumda ve 1987’de 116 olan özel yataklı tedavi kurumu sayısı, 2007’de 365’e, 2011’de 490’a, yatak sayısı da 28 binin üstüne çıkmıştır.

Yapılan bir araştırmaya göre; ABD’de 1994 yılında hastanelerin pazarlama bütçelerinin yaklaşık % 48.2’sini reklamlara ayırdığı görülmüştür. Araştırmada ilginç olan bulgulardan birisi de kar amaçlı olmayan hastanelerin, kar amaçlı hastanelere göre % 42 daha fazla reklam gideri yaptıkları görülmüştür.¹⁴

Bu durumda ülkemizde de haksız rekabet ortamı yaratmamak kaydıyla kamu yada özel sağlık kurum ve kuruluşlarının tanıtım, pazarlama ve reklam faaliyetlerine yönelmeleri kaçınılmazdır.

Yine serbest piyasa koşulları hekimler içinde geçerli olup, bireysel olarak da hekimi hastaya tanıtmak sağlık iletişimine yönelmeyi gerektirmektedir. Ancak mevzuat hekim ile birlikte sağlık kurum ve kuruluşlarına ticari amaçlı reklam veya tanıtımı yasaklamakta, tanıtımı serbest bırakılan alanlarda da son derece ağır koşullar getirmektedir. Buna sebep çalışmamızda altını çizdiğimiz sağlık hakkının en temel insan hakkı olması ve sağlık hakkının meta haline gelmesinin önlenmesi savlarına dayanmaktadır.

Uygulamalara baktığımızda ise her gün yazılı ve görsel medyada sağlık alanında sürekli haber, radyo-tv programları ile internet ortamında açık veya gizli reklamların yapıldığı tartışmasızdır. Yani hali hazırda mevzuat yasaklasa da uygulama tam tersi olmakla ortada bir kandırmaca veya yanlış olduğunu söylemek sağlık sektörüne haksızlık olmayacaktır.

Avrupa’da henüz birkaç yıldan beri tartışılan sağlık iletişimi konusu¹⁵, Türkiye’de oldukça yenidir. Sağlık iletişimi, sağlık konusuyla ilgili kişi veya

¹⁴ Emel Güler, Sağlık Sektöründeki Mal ve Hizmetler İçin Yapılan Reklamların Hukuksal Boyutunun Türkiye’deki Durumu, Yüksek Lisans Tezi.

¹⁵ (Bleicher ve Lampert, 2003:348) Ayla Okay, Sağlık İletişimi, Farmaskop/MediaCat, İstanbul 2007.

grupların, ilgili hedef gruplara yönelik gerçekleştirdiği iletişim şeklidir.

Bu iletişim bireysel düzeyde hasta-hekim, sağlık ile ilgili diğer personel ile hasta arasında veya sağlık personelleri arasında gerçekleşebilmektedir. İletişim araçları devreye girdiğinde ise konu, televizyonda yayınlanan sağlıkla ilgili dizilerden, internet ortamında bulunan sağlık konusunda bilgilendirici materyaller veya bir ilaç firmasının gerçekleştirdiği sağlık iletişim kampanyası şeklinde olabilmektedir.

Sağlık iletişimi ve reklamın doğru yöntem ve kapsamlı bilgi içerir şekilde kullanıldığında insan sağlığına hizmet edecek güçlü bir iletişim aracı olduğu düşüncesindeyim; bu araç sayesinde kişi, hasta, hasta yakını, olarak sağlık hakkı, koruyucu sağlık, sağlık bilinci, hekim-sağlık kurum ve kuruluşunu seçme hakkı, bilgi edinme hakkı vb birçok hak ve güncel bilgiye en kısa yoldan ulaşacaktır. Gereksiz sınırlama ve yasaklar sorunları çözmeyecektir, reklamın güç ve etkisinin bireyler üzerinde yarattığı etkiden olumlu yönde faydalanılması ile birlikte Sağlık Bakanlığı ve diğer idari makamlar ile Reklam Kurulu, Reklam Özdenetim Kurulu'nun sunacağı etkin denetimlerin varlığı "sağlık hizmetleri sunumu ve sağlıkta reklam" konusunda yararlı sonuçlar doğuracaktır.

Diğer yandan sağlık sektöründe reklam konusunu revize edecek yeni standart ve uygulamalar da gereklidir. Özellikle anılan kurullar içinde hukukçu sayısının artırılması teknik ve yasal bir zorunluluktur. Ayrıca hekim veya sağlık kurum ve kuruluşu boyutunda, haksız rekabet ortamı yaratmayacak, doğru bilgiyi ve tanıtımı içeren, insan hakları ile çatışmayan, uluslar arası reklam ilkelerine uygun, hasta- hastalık yaratma amacı gütmeyecek şekilde yeniden kapsamı belirlenerek "sağlıkta reklam", Borçlar Hukuku, Ticaret Hukuku, Tüketici Hukuku ve Tıp mesleğine ilişkin kanun ve yönetmelikler dışına çıkarılarak, Sağlık Hukuku kapsamında hukuksal norm ve yapılanmalar ile düzenlenmelidir.

KAYNAKÇA

- 1- Av. Sunay Akyıldız, Hasan Özkan, Hasta-Hekim Hakları ve Davaları, İstanbul 2008, Seçkin Yayınları.
- 2- Ayla Okay, Sağlık İletişimi, Farmaskop/MediaCat, İstanbul 2007.
- 3- İnal/Baysal, Reklam Hukuku ve Uygulaması, XII Levha, İstanbul 2008.
- 4- Tanses Gürsoy, Reklam Terimleri ve Kavramları Sözlüğü, I. Basım, İst, Adam
- 5- Emel Güler, Sağlık sektöründeki mal ve hizmetler için yapılan

Av. SUNAY AKYILDIZ

reklamların hukuksal boyutunun Türkiye'deki durumu, Yüksek Lisans Tezi.

6- Av. Ezgi Aygün, Sağlık Sektöründe Reklam, Yetkin Yayınları, Ankara 2007.

7- <http://www.ozelhastaneler.org.tr>

8- <http://www.hukukcu.com>

9- <http://www.ssuk.org.tr>

Herkese teşekkür ediyorum beni dinledikleri için. (Alkışlar)

Dr. HAKAN GİRİTLİOĞLU

*Türk Tabipler Birliği Yüksek Onur Kurulu Üyesi, Gümrük ve Ticaret Bakanlığı
Reklam Kurulu Üyesi*

SAĞLIK VE TANITIM

Hepinizi saygıyla selamlıyorum.

Bizim işimiz sağlık. Sağlık dediğimizde de bütün ticari kaygılardan daha öte biz ve bizim gibi düşünenler, Türk Tabipleri Birliğinin yöneticisi olarak, aktivistleri olarak var olduğumuz sürece insan ögesini ikinci plana hayat boyunca attırmayacağız. Siyasi yapıların bu alandaki tüm değişikliklerine rağmen, yıl 2011 ve halen bizi ezip geçemediler. Sonuçta hayat niye bu kadar bizi ezip geçmeye izin vermiyor? Çünkü biz kıyamet kopsa önce insan diyoruz.

1994 yılından beri Türk Tabipleri Birliğindeki diğer görevlerimin yanı sıra hukuk bürosunun koordinatörlüğünü yapıyorum. Son üç dönemdir de TTB Yüksek Onur Kurulu üyesiyim. 10 Ekim 1995 yılındaki Reklam Kurulunun ilk toplantısından beri de Reklam Kurulu üyeliği yapıyorum. Reklam Kurulu üyeliği ilk başladığımda daha genç yaşlarımızda benim için çok değişik bir alandı. En genç Merkez Konsey Üyesi olarak bu görevi ben üstlenmiştim. Sonra da bugüne dek devam eden bir süreç oldu.

Bu alanın son derece tartışmalı, son derece farklı spekülasyonlara yol açan bir alan olarak görülmektedir. Aslında netlikleri olan bu alanın, muğlaklık şeklinde sunulduğu, yaşamın olağan akışında insanların “*ya, bu da böyledir*” denildiğin görüyoruz. Zaten genel olarak çok kolay unutan bir toplum olmamızdan dolayı, geçmiş birikimleri de çok kolay unutturulmaya çalışılan, ticaretin, ekonominin her türlü insani değerinin üstünde olduğu iddiasıyla yaşanan bir dünyada, halen insanın temel özne olduğunu unutturmamak adına mücadele etmeye devam ediyoruz.

1,5 saatlik sunumumu presledim, eğer çok az bir şey aşarsam onun için Pınar Hanımdan bir sözüm var, birazcık ondan çalacağım Sayın Başkanım, sizin de izninizle. Hızlı bir şekilde sunumumu yapmaya çalışacağım.

Tahmin ettiğim gibi Sunay Hanım ve Berna Hanım da daha yoğun birtakım hukuki bilgileri verdiler. Bunu düşünerek sunumumu kısaltırken, sunumuma temel olarak önem verdiğim iki öncelikli soruyla başlıyorum. Bu soruların yanıtı devamını da getirecek.

Sağlık hakkı klasik bir tüketici hakkı mıdır?

Hani, klasik tüketici haklarından, bankacılık sektöründen, süpermarketten, vesairenden, her yerdeki hizmetlerden yararlanırken var olanlardan farklı bir hak mıdır?

İkinci sorum da, sağlık hizmetlerinden yararlanan müşteri midir?

Bu iki temel sorunun yanıtıyla birlikte sunumumuzun devamındaki anlaşılmayan gerekçeleri anlatmaya çalışacağım.

Yıllardır Tüketici Konseyi üyeliği yapıyorum, birinci Tüketici Konseyindeki tebliğim hasta haklarıyla ilgiliydi. Sağlık hakkının, Tüketici Konseyinin ana konusu olmadığını anlatmaya çalışmıştım. Evet, birinci sorunun yanıtı zaten tüm konuşmacılarımızın da söylediği gibi klasik bir tüketici hakkı olmayıp en temel insan haklarından biridir, bunu unutmayacağız. En temel insan hakkıdır, diğer tüketici haklarından farklıdır. Bu nedenle de sağlık hizmet sunumu hizmet sunan müşteri ilişkisinin yaşandığı bir ticari ilişki biçimi olarak tanımlanamaz. Bunun niye böyle tanımlanamayacağını uzun uzun anlatabiliriz, zaman yetmediği için o bölüme girmeyelim. Bu nedenle de sağlık alanıyla ilgili tüm mevzuatımızda da, etik kurallar gereğince de birçok yasal kısıtlılık, biraz önce anlatılanlar gibi yasak ve kısıtlılık var,

2003-2004 yılında şu andaki hükümet yeni iktidara geldiğinde Sağlık Bakanlığı çıkardığı yönetmelikteki başlık, “Reklam ve bilgilendirme” idi. İlgili Genel Müdür Yardımcısı, “*Herkes reklam yapıyor, niye sağlıktakiler reklam yapmasın?*” diye bana sorduğunda, ne eğitimi aldığını sormuştum. Yanıt vermeyince “sağlık alanından birisi misiniz, değil misiniz?” dedim. Yutkundum. “*Evet, biz tıbbi deontoloji eğitimi, gençliğimizde yıllarca aldık. Ben bu yaşta sana artık bunları yeniden anlatmamın imkânsızlığını biliyorum*” demiştim. Reklamla tanıtım arasındaki fark çok önemlidir Ama bugün tanıtımın sınırlarıyla ilgili de inanılmaz olaylar yaşandığını ve sınırların ne kadar zorlandığını göreceğiz.

Reklam Kurulunun, Sunay Hanım 2005-2006’yı söyledi, bir ara Berna Hanım da söyledi, bakın, 666 dosya, bu 666 dosyanın 202’si sağlık

başlığında. Ancak bitmiyor. İkinci en çok görülen nedir? Dikkat edin, en sağda, örtülü reklamlar. Örtülü reklamlar ikinci başlıktır. Burada gördüğünüz örtülü reklam ihlalleri 86 yazan kısmın yüzde 41'i yine sağlık alanıyla ilgilidir. Biraz sonra gene tanımlayacağım bunu. Toplama vurduğumuzda 2010 yılı, geçen yılın istatistiklerinde yüzde 36,5 direkt sağlık alanıyla ilgili dosyalarda karar verdik.

Reklam Kurulunda, 2004-2005'li yıllarda Sağlık Bakanlığı temsilcileriyle çok sık tartışmalarımız olurdu, çok ayrı düşerdik, fakat onlar da süreç içinde anladılar ki bizim dediğimiz doğru. Şu anda birebir aynı cümleleri söylemeye başladık çok şükür.

Sağlık alanında reklam yasalarla açıkça yasaklanmış olduğu için, en sağdaki başlığı gösterdim, bu sefer karşımıza ne geldi?

Örtülü Reklam...

1995 yılında, şimdi Reklam Öz Denetim Kurulunda yöneticiliğini yapan bir büyüğümüz, ki o da bir hekim babasıdır, söylediği bir söz vardır örtülü reklamla ilgili olarak, *“ahlaksızca yapılan, ahlaki olmayan reklamın diğer yöntemlerinden kaçan, usule uygun olmayan yöntemlerini uygulayan”*. Ben de kısaca örtülü reklama, ahlaki olmayan reklam yöntemi diyorum. En sağdaki o ikinci başlıkta, en çok görülen Reklam Kurulunun ikinci ihlalinin yüzde 41'i sağlık alanındaydı, çünkü yasak. Yasağı ticari kaygıyla delmek isteyen ne yapacak? İlegal, ahlaksızlık yapacak, başka yolu yok. Bu nedenle de örtülü reklamların sektörel dağılımında sağlık alanı hep üsttedir. Bu bir tek 2010 değil arkadaşlar, 1996'dan itibaren ortalamamız yüzde 27'yle yüzde 45 arasındadır. Reklam Kurulu kararlarındaki sağlık alanının içeriği ve örtülü reklamlarda hep yüzde 40'ların üzerinde seyretmiştir.

Sağlık alanında tanıtım kuralları, tüm mevzuat ve hasta haklarıyla birlikte değerlendirilmelidir. Bu biraz önce Berna Hanımın “burada bir karışıklık var” dediği, temel sorundur. Mevzuatı alacaksın, hasta haklarıyla birlikte yoğuracaksın, ondan sonra nasıl bir tanıtım yapabilirim sonucuna bakacaksın. Hayır, mevzuat şu kadar, o bu kadar, bu bu kadar, bir de bu işte akçeli bir süreç var, hadi yapalım. Ondan sonra niçin bu kadar çok ceza geliyor denildiğinde bir şaşkınlık oluyor.

Sonuçta temelimizi belirleyen Ta, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanundur. Berna Hanım çok ciddi bir hata yaptı konuşmasında, *“reklama izin veriyor”* dedi. Sunay Hanım biraz önce tamamını koydu 24. maddesinin. İlanın sınırını belirtiyor, adını, soyadını, muayene gün ve saatini belirleyebilir, bunun dışında ilan veremez diyor. Devamında ne diyor. Reklam memnudur. Ben hukukçu değilim. Reklamı

memnudur cümlesi kadar ağır ve açık bir cümle olabilir mi? Bunu nasıl Berna Hanım “*reklam izni veriyor*” diye yorumladı inanmadım. Bir avukatın reklam memnudur denilen cümleyi reklama izin var diye yorumlamasına çok üzüldüm. Böyle bir şey olamaz.

Dr. HAKAN GİRİTLİOĞLU- Hayır, sürçülisan olamaz, çünkü devam cümlesi çok açıktı. “*Bakın, alt normlar yasaklıyor, üst norm izin veriyor*” dedi. Çok ciddi bir hatadır, Berna Hanımı mutlaka diğer yerlerdeki paylaşımlar için de düzeltmemiz gerekecek. Kendisiyle ilgili konuşacağımı söylediğim için bu eleştirime umarım alınganlık etmeyecektir.

Evet, devamında geliyoruz, tabii, en üst normdan başladık, hekimlerin uymaları gereken etik kuralların tanımlandığı tıbbi deontoloji tüzüğü’nün 8, 9. maddeleri. Kritik iki maddedir. 8. maddede “*tüm tedavi müesseselerine ticari veçhe verilemez*” der, devamında hasta elde etmeye yönelik her türlü harekette bulunmak yasaklanmış. Burada sadece hekimlere yönelik değil, tedavi müesseselerine yönelik hüküm gerçekten çok değerli, olması gereken bir hükümdür ve yürürlüktedir.

Sunay Hanım atıfta bulundu, hekimlik meslek etiği kurallarının 11. maddesi de çok açık bir şekilde “*reklam yapamaz, haksız rekabete yol açıcı davranışlarda bulunamaz*” der.

Hasta haklarıyla ilgili düzenlemelerde bir hastalık hakkındaki olası tedavi seçenekleri, her hastaya aynı biçimde sunulamaz. Hastanın bilgisine, eğitimine, ruhsal durumuna göre bunları algılayacağız, bunları hissedeceğiz, sağlıklı karar verebileceği biçimde anlatmamız lazım. Yani Fatma teyzeye anlattığımla, Ahmet Bey’e anlattığım arasında fark olabilir. Tamamen o kişinin, karşıdakinin alacağı şekilde anlatmalısın. Eğer dilini bilmiyorsa, bakın, biz güneydoğuya giden hekim arkadaşlarımıza tıp terimleri sözlüğü bastık, çünkü doktorluk yaparken senin söylediğin doğru terimler değil, uygulamada karşıdakinin aldığıdır önemli olan. Bizim için din, dil, ırk, bunların hiç önemi olmadığına inanırız. Düşünün, bize şiddet uygulayanı o sırada aynı gün içinde tedavi ettiğimiz yakın zamanlarda gazeteye çıktı. Bizim mesleğimiz böyle bir meslek. İnsani, herkes için olması gerekir, biz de üstüne bir de yemin ederek bunu uygulamaya çalışıyoruz. Ama bizde aksine davranış da cezalandırılıyor. Farklılık burada diye düşünüyorum,

Bilgilendirme adı altında yapılan reklamlarailişkin birkaç reklam örneği de koyacağım, sadece tek bir tedavi yönteminden bahsediliyor, onun ne kadar üstün olduğu söyleniyor ve o mucizevi yöntemden yararlanmanız için çağrıda bulunuyor. Tüm bu düzenlemelere aykırı olarak yapılan reklamlarda bilgilendirme yapıldığından ve yalnızca hastane faaliyetlerinden

anlatıldığından bahsetmek imkânsızdır, çünkü bilgilendirmenin temel ilkelere aykırıdır.

Hekimlik meslek etiği kurallarının 5. maddesinde hekimin öncelikli görevini açık ve net olarak tanımlanmıştır. Hastalıkları önlemeye ve bilimsel gerekleri yerine getirerek hastaları iyileştirmeye çalışmak, insan yaşamını ve sağlığı korumaktır. Bizim temel görevimiz budur. Bu çerçevede hekim görevini yerine getirirken hayat bizi nereye götürürse götürsün, bütün dünya nereye giderse gitsin, hekim ticari kaygı güdemez, ticari kaygı gütmemek üzere yemin etmiştir. “*Dr. Ahmet böyle yapıyor, Dr. Ayşe şöyle yapıyor*”, vesaire, bir sürü örnek verebilirsiniz. Benim mesleğimde de kirli insanlar var, ben kabul ediyorum zaten. Şu anda bir toplantımı bölerek burada sunumu yapıyorum. O toplantı Yüksek Onur Kurulu toplantısıdır. Bu etik kurala uymayanlara çok açıkça söylüyoruz, bizi seçmeyin, hakikaten iyi hekimlikten yana olmayan hekimler, “*sizin cezalandırırız*” diye çok açıkça ifade ediyoruz. İyi hekimlik kötü örneklerle kirlenebilecek bir şey değildir. Bir hastanın kötü hekimlik uygulamasından aldığı yara onu bir kere yaralar, benim ise tüm hayatımı yaralar. Onun için kötü hekimlikle mücadele etmeyi biz diğer meslek gruplarından çok daha fazla önemseriz.

Hekim ticari kaygı güdemez dedik, bu hekim sorumluluğunun ayrılmaz bir parçasıdır. Aynı sorumluluk hekimin görev yaptığı sağlık kuruluşu için de geçerlidir. “*Arkadaş, ticarethane burası*” diyor özel hastaneye. Çok para kazanmak istiyorsan git market aç, başka bir şey aç, ne kazanıyorsan kazan. Sağlık sektörü yüksek para kazanmak için yatırım yapılacak bir sektör değildir. Eğer bu amaçla yapıyorsan karşında bizi bulursun. Reklam nedir? İşte, yazıyor, ticari amaç güden bir duyuru yöntemidir. Bununla bunun eş gidemeyeceği çok açıktır. Sağlık alanında reklamın yaratacağı olumsuz etkileri öngören yasa koyucu, bütün gelişmiş ülkelerde de bu benzeri bir şekildedir, bunu yasaklamayı uygun görmüştür ve bunu mümkün olan en açık şekilde ifade etmiştir. Bazı hükümetler bunu delmeye çalışırlar, ama sonuçta sabırla doğruyu buluruz diye düşünüyorum ve buluyoruz.

En çok tartışılan, Özel Hastaneler Yönetmeliğinin 60. Maddesi “*Tıbbi deontoloji ve meslek etiği kurallarına aykırı şekilde*” diye başlar. Hukukçu arkadaşlarımız çok daha iyi yorumlayacaklardır. Giriş cümlesidir, ana cümlesidir, ondan sonra virgülle devam eder. Hepsinin bağlayıcı kısmı tıbbi deontoloji ve meslek etiği kurallarıdır. Tanıtım yapılamaz diyoruz bu kurallar dahilinde. Tıbbi deontolojik kuralların ne olduğu 1219 sayılı Yasa, Tıbbi Deontolojik Tüzüğü, gene hekimlik meslek etiği kurallarımız arkadaşlarımız tarafından tanımlandı. 1219 ve Tıbbi Deontoloji Tüzüğü’nün öncelikle uygulanması

ve çok açık, net ve amir cümledir, unutmamakta yarar var.

Yine Özel Hastaneler Yönetmeliğinin 60. maddesinde yer alan özel hastanelerin hizmet alanları ve sunacağı hizmetleriyle açılış bilgileri ve benzeri konularda toplumu bilgilendirmek amacıyla tanıtım yapabileceği ve ilan verebileceğine ilişkin hüküm vardır. Bu düzenlemedeki hizmet alanı ve sunulacak hizmetin kavramı gene Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinin 9. maddesinde belirlenmiştir. Bizim aldığımız uzmanlık ki o uzmanlık da diyabet uzmanlığı, ayak uzmanlığı vs. diye bir uzmanlık yoktur. Uzmanlık alanları, eski adıyla Tababet Uzmanlık Tüzüğünde tanımlanmıştır. Onlardır, orada ne yazıyorsa odur, onun dışında bir tanımlama ekleyemezsiniz.

Diğer taraftan Yönetmelik hükmünde “*ancak sağlığı koruyucu tanıtım yapılabilir*” diye bir özel hüküm daha vardır. Özel hastaneler tarafından oluşturulan Internet sitelerinde yapılabilecek bir ilan, diğer ilanlara göre çok daha geniş olanağı vardır. Ancak çok net tanımlamıştır: “*Tedavi edici sağlık hizmetlerine ilişkin bilgiler verilemez*”. Yani bağlantılı kısmını görmezseniz her şeyin suiistimali çok kolay. Internet sitesinde bile tedavi edici sağlık hizmetlerine ilişkin bilgiler verilemeyecek diyorsa, diğer iletişim araçlarında bilgilendirmenin sınırının daha geniş olmadığı herhalde tartışmaya mahal bir durum değildir. Yönetmelikte ayrıca bilgilendirme ve tanıtım faaliyetleri kapsamında yanıltıcı, abartılı, doğruluğu bilimsel olarak kanıtlanmamış bilgilere ve talep yaratmaya ki çok önemli bir kısımdır bu talep yaratmaya kısmı, yönelik açıklamalara yer verilemez vurgusu bulunmaktadır. Bu hep tartışılıyor ve herkesin doğrusu kendisine gibi gözükmüyor, ama tıp alanında böyle bir tanımlama yoktur arkadaşlar. Doğruluğu bilimsel olarak kabul edilmiş bilgi derken uluslararası tıp otoritelerince kabul edilen ve yine bu yeterlilikteki yayınlarda var olan bilgilerdir. Herkes tıp alanında kendi kafasına göre bir doğru tanımı yapamaz. Bu, esnekliği olmayan net bir alandır bizim için.

Özel hastaneler açısından 60. maddede düzenlenen bilgilendirme ve tanıtım olanağının kapsamını hasta haklarıyla doldurmak ve anlamını buna göre belirlemek gerekir. Şimdi yine temel bir unsura geliyoruz. Sonuçta ne diyor? Bilgilendirme yapabilirsiniz. Bakın, bilgilendirme izni veriyor. Berna Hanım onunla ilgili çok açık bir cümle söylemiş: Bu, reklama izin vermek anlamındadır. Evet, bu hükmü reklam iznidir diye tanımlamış Berna Hanım. Niçin yanlış söylemiş Berna Hanım, şimdi onu değerlendirelim.

OTURUM BAŞKANI- Sayın Hocam, süreniz normalde bitti, Pınar Hanımdan size 5 dakika ödünç veriyoruz.

Dr. HAKAN GİRİTLİOĞLU- Tamam, ben istediğiniz yerde kesece-

ğim, çünkü dediğim gibi preslediğim hali bu.

Getirilen sınırlamaların amacı insan sağlığını ve bu kapsamda insan haklarını korumak, insanların kâr, rekabet ve benzeri amaçlardan kaynaklanan eylemlerden zarar görmelerini engellemektir. Yine en son 2008 yılında sağlık alanındaki mevzuat hükmüne reklamla ilgili hüküm girmiştir. *“Ayakta teşhis ve tedavi yapılan özel sağlık kuruluşları hakkında Yönetmeliğin “bilgilendirme ve tanıtım” başlıklı 29. maddesinde sağlık kuruluşları tarafından reklam yapılamaz”* hükmü konulmuştur.

Bana bunu birçok toplantıda soruyorlar: *“1219 sayılı 1928 yılının köhnemiş Yasasıdır”* diyorlar. Gerçekten cumhuriyet ruhuyla, idealist insanların yaptığı, insanı önceleyen insanların yaptığı bir Yasadır. Ama çok enteresandır, bakın, 2008 yılında tabii ki yoğun uğraşlardan sonra 1. fıkra *“sağlık kuruluşları tarafından reklam yapılamaz”* şeklindedir. Özetle, tanımlanan bu mevzuatın bize net olarak verdiği bilgi, hekimler ve sağlık kuruluşlarının reklam yapmaları bütünüyle yasaktır. Bu kelimenin anlamı çok kritiktir: Reklam yasaktır, reklam öyle muğlak bir şey değildir. Sağlık hukuku negatif hukuktur, neyin yapılabileceğini söyler. Yapılabileceğini söylediğinin dışında bir virgül bile koyamazsınız, bu iş böyledir. Sağlık alanında reklam, her mevzuat hükmünde yasaklanmış, yayınlatılabilecek ilanlar çok katı bir çerçeveye sınırlanmıştır.

Şimdi özellikle birkaç örnekle tanımlamak istiyorum. Reklam Kurulu ve Yüksek Onur Kurulu kararından bazı örnekleri paylaşmak istiyorum.

Görüyorsunuz, bunlar gazete ilanları. Bir hastanemiz, hemoroit, basur tedavisindeki yöntemi anlatıyor. Onun ne kadar da muhteşem bir yöntem olduğuyla ilgili bilgi veriyor. Yine aynı hastanemiz safra kesesi taşlarındaki tedavi yöntemlerinden bahsediyor, bel fıtığı tedavisindeki yöntemlerden bahsediyor, ceza alıyor bizim tarafımızdan. Yüksek yargı çok açık bir şekilde bizim verdiğimiz cezaya ilişkin diyor ki *“tıbbi müesseseyse tabiplerin her ne mahiyette olursa olsun reklam vermesi yasaktır”* diyor ve bizim cezamız onaylanıyor.

Devam edelim. En ciddi sömürü alanlarından bir tanesidir. Kellik, şişmanlık, kıl, tüy işleri bu ülkede çok önemlidir ve inanılmaz bir rant alanıdır. Bir de cinsellik tabii ki. Bu alanlar Internet sayfalarında ceza vermekten fenalık geçirdiğimiz, ama cezasından daha çoğunun rantının yendiği bir alan olduğunu gördünüz, birazcık da Tarım Bakanlığının ihmalleri olan bir alandır. Hedef kitle belirlemede hiç zorluk çekmiyorlar.

Kelliğe karşı saç nakli operasyonu, kel turizmi, hasta sizden üçüncü göğüs bile isteyebilir. Gerçekten bunların hepsi gazete haberleri bir yandan.

Evet, bunlara örtülü reklam olduğunu söyledik. “*Klinik hakkında ilgili dergide yer alan yazıların örtülü reklam niteliğinde olduğundan*” diyerek verdiğimiz cezayı onaylamıştır Ankara 2. İdare.

Yine bir göz hastanesi. Reklam Kurulunun, bir toplantıda ve toplamda; yani bütün toplamda verdiği en yüksek ceza bir özel göz hastanesine ilişkindir. Hem bir toplantıda verilen cezanın yükseklik rekortmenidir o özel hastane, hem de tüm Reklam Kurulu tarihinin rekortmenidir. Kaz gelecek yerden tavuk esirgememeye izin veren mantığın ürünüdür bunlar tabii.

Yine indirimli göz ameliyatlarıyla ilgili haberleri devam ediyor. Ankara 2. İdare Mahkemesi verdiğimiz cezaya ilişkin 1219 sayılı Yasa ve Tıbbi Deontoloji Tüzüğü’nün anılan maddeleriyle hasta kabul ettikleri mahal ve muayene saatlerini, ihtisaslarını bildiren ilanlar dışında ilan ve reklamlar yapılamayacağından cihetle cezamızı uygun gördü.

Yine bir özel hastanenin check-up’la ilgili reklamı. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesine atıfta bulunarak 9. İdare bizi haklı görüyor. Yine ameliyatta reklam, göz hastanelerimizden biri. Ajda Pekkan lenslerine veda etmiş. Artık gözü açılmış bu hanımın da, lazerle ameliyatın taksitli tanımlar, İngiliz hastanın Internet’ten gelmeleri, Emekli Sandığı üyelerinin rahatlıkları, göz estetiğiyle ilgili reklamlar ve 7. İdare diyor ki bizim verdiğimiz karara, “*hastane logosu kullanılarak ve reklama yönelik olarak değişik gazetelerde çok sayıda tanıtım niteliğinde yayın yapılmış olması mevzuat uyarınca tanıtım ihlalidir*” diyerek verdiğimiz cezayı uygun gördü. Danıştay 8. Daireye gittiler, ama Danıştay 8. Daire de “*İdare Mahkemesince verilen kararın dayandığı gerekçe usul ve Yasaya uygun olup*” diyerek bizi uygun gördü.

Yine bir polikliniğin broşürü: Sağlığın yeni adresi, sağlıkta kalite, hani dedik ya “*renkli gözlü, gülen doktor, vesaire tanımı niçin olmaz?*” diye, olmaz da onun için olmaz. Sağlıkta kaliteli artık size çok yakın, sünnet kampanyalarımız ve check-up kampanyamıza ilişkin. Bakıldığında reklam vasfı taşımaktadır, talep yaratılmaya çalışılmaktadır, haksız rekabete yol açar niteliktedir, bilgi eksikliğini istismar edicidir diyerek reklam cezalarımız uygun görüldü.

Yine bir hastanemizin yaşamı önemseyenlerin dermanını bize en yakın hastane olarak tanımlamasına 11 İdare dedi ki “mesleki etik kurallara aykırıdır. Yine büyük bir göz hastanemiz, gazetelerde teknikler, tedavi teknikleri, diyorum ya Internet’te yasak olan tekniklerin hepsinden en iyisi de niyeyse o hastanede, onlar yazıyor, çıtayı da yükseltiyor bu hastaneler. Emeklilere, memurlara, herkese müjdelere var. 6. İdare diyor ki “*hastaneye ticari bir vechhe kazandırdınız, olmaz. Yediğiniz ceza uygundur.*” diyor.

50 yaş üstü erkeklerin en yaygın problemini buharlaştırmış, biz onlara ne yapmışız? “*Ticari veçhe kazandığınız için biz de sizi cezalandırıyoruz*” demişiz. Ankara’da bir tanıtımla birlikte bir göz hastanesi reklamı. Reklam Kurulunun yetki alanı çok geniş. Reklam Kurulu RTÜK gibi değildir, tüm radyo, televizyon yayınları da, sinema yayınları da, uçağın arkasında dolaşan pır pır da Reklam Kurulunun görev yetki alanı dahilindedir. Bunları da biz haksız görmüşüz, 7. İdareye gitmiş, anılan hastaneye ticari görünüm vererek Kanun ve Yönetmelikte belirtilen etik kurallara aykırı şekilde haksız rekabet ortamı yaratıldığı nedeniyle cezamız uygun görülmüş. “*Söz konusu reklam 1219’un 24 ve Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi 8, 9’a aykırıdır*” diyerek pekiştirmiş.

Son, yine “*hep genç kalın benim gibi*” demiş. Yine bunlar da buharlaştırıyor. Buharlaştırma çok gündemdeydi o zamanlarda. Sonradan da bunun yanlışlıkları da çıkıyor. Tek yönlü dediğimde, bakın, sonuçta Greenlight’la yapılıyor, bir prostat tedavi yöntemi. Greenlight’ın üstünlükleri anlatılıyor. Demin anlatmaya çalıştığım şey buydu. Hasta hakkı dediğimiz şeyle uyuşmayan bölümü de bu.

Bilgilendirme, bakın, ne kadar güzel anlatmış, Greenlight’ı da anlatmış gerçekten, ama bu bir tek yöntem değil. Her hasta başkadır. Açık olan, lazerle olan, bu operasyonu geçirmiş olan, “ben niye eksik oldum, bak bu muhteşemmiş” dediğinde ne bunun komplikasyonlarından bahsediyor, ne bunun yol açacağı yan etkilerden bahsediyor, ne bunun alternatiflerinden bahsediyor ve ne bunun uygun olanlarından bahsediyor. Diyor ki “*ben bunu yapıyorum, en iyisi bu, ben para kazanacağım, gelin arkadaş*”. O zaman biz de diyoruz ki “*hastaneye ticari veçhe veremezsin, hastaneyi yönlendirici nitelikte rekabete yol açacak şekilde hekimlik mesleğini ticari bir reklama araç edemezsin*” diyerek biz ceza veriyoruz, 6. İdare de “*haklısınız*” diyor.

Evet, son söz, bitirdim, çok özür diliyorum.

Tekrarlıyorum, arada söylediğim gibi sağlık alanında reklam yasaktır arkadaşlar. Bunun, hiçbir alternatifi yoktur, yasaktır. Ama ne diyoruz? Yasal ve etik kurallar dahilinde Yasanın belirttiği 1219’un 24’ünde denilen hükümle başlayarak ilan yoluyla kısmi, bir tek “*ben buradayım, adresim bu, vesaire*” gibi ilan yapabilirsin, diğer hepsi ticari süreçlerdir. Sağlık alanının ticaretle eşleşemeyeceği ön bilgisiyle birlikte hepinize saygılar sunuyorum. Teşekkür ederim. (Alkışlar)

İLAÇ REKLAMLARI

1-İLAÇ NEDİR?

Dünyadaki yaşam, insandan önce de vardı; ancak her şey insanla başladı ve yaşam anlamını insanla buldu diyebiliriz¹. İnsan yaşama sarılmak için önce kendini, bedeni korumayı öğrenmiştir. Canını korumak ve yaralarını sarmak için otlardan, iksir gibi birçok üründen faydalanmıştır. Sümer tabletlerinde ilaçlarla ilgili bilgilerin yer alması sebebi ile ilacın tarihinin M.Ö 3000 yıllarına ait olduğu, şifacılığa, kocakarı iksirlerine ve Şamanizm dayandığı anlaşılmaktadır². Homeros, Mısırlı hekimlerin ilaçlarını “ otlardan elde edilen ve bazen zehirli olabilen maddeler” ifadesiyle tanımlamıştır.

Dünya Sağlık Örgütü ilacı ; “ Fizyolojik sistemleri veya patolojik durumları, alanın yararı için değiştirmek veya incelemek amacıyla kullanılan veya kullanılması öngörülen bir madde ya da ürün” olarak tanımlamaktadır.

Avrupa Birliği 2001/83 EC sayılı direktifinde ise ilaç ; “ İnsanlarda, hastalığın tedavisi veya önlenmesi amacıyla sunulan veya bu maddelerin

¹ DİNÇKOL, Abdullah; “İlaç, Üretim ve Etik”, İlaç Sektöründe Haksız Rekabet ve Rekabet Hukuku Sempozyumu 02.05.2008, İstanbul, Roche Yayınları, 2008, s.265.

² AYCAN, Mükerrerem Betül ; “İlaç Nedir? İlaç, Gıda ve Kozmetik Farkı “, Erciyes Üniversitesi 1. Sağlık Hukuku Sempozyumu 8-9 .mayıs 2009, İlaç Hukuku, İstanbul 2009, s.2.

bileşimi, insanlara tıbbi teşhis veya onların vücut fonksiyonlarının korunması düzeltilmesi, iyileştirilmesi amacıyla kullanılan madde ya da bu maddelerin bileşimi” olarak tanımlanmaktadır. Direktifte sunum ve işlev olmak üzere iki ölçüt dikkate alınmıştır. Bir ürünün ilaç olarak tanımlanabilmesi için bu ölçütlerden birine uyması yeterlidir.

İspençiyari ve Tıbbi Müstahzarlar Kanunu md 1’de ilaç tanımı;

“Kodekste muharrer şekil ve formül haricinde ve fenni kaidelere muvafık muayyen ve sabit bir şekilde yapılacak amilinin ismiyle veya hususi bir nam altında ticarete çıkarılan tababette müstamel her nevi basit ve mürekkep devai tertiplere ispençiyari ve tıbbi müstahzarlar ismi verilir.”

Beşeri Tıbbi Ürünlerin Tanıtım Faaliyetleri Hakkında Yönetmelik 4.c maddesinde tıbbi ürün tanımını;

“ Hastalığı tedavi etmek veya hastalıktan korumak, tıbbi bir teşhis koymak veya fizyolojik fonksiyonları iyileştirmek, düzeltmek veya değiştirmek üzere insana uygulanabilen Bakanlıkça ruhsatlandırılmış/izin verilmiş her türlü madde veya maddeler kombinasyonu “

Avrupa Birliği direktiflerine paralel olarak hazırlanıp yürürlüğe giren Klinik Araştırmaları Yönetmeliği³ md.4.n’de ise ;

“Hastalığı önlemek, teşhis etmek velveya tedavi etmek, fizyolojik bir fonksiyonu düzeltmek, düzenlemek veya değiştirmek amacıyla insana uygulanan doğal veya sentetik kaynaklı aktif madde veya maddeler kombinasyonunu”

Şeklinde düzenlenmiştir.

O halde ilaç; insanların yararı için hastalığa tanı koymak veya tedavi etmek, fizyolojik fonksiyonu tanımlamak veya tedavi etmek için kullanılan madde veya madde bileşimleridir⁴. Temel amaç insana yarar sağlamaktır.

2-REKLAM NEDİR?

Reklam, mal ve hizmetlerin tanıtımını sağlayan önemli bir araç olup , mal ve hizmete karşı talebi oluşturmak veya artırmak amacını taşımaktadır⁵.

İnsanları gönüllü olarak belli bir davranışta bulunmaya ikna etmek, belirli bir düşünceye yönlendirmek, dikkatlerini bir ürüne hizmete, fikir ve kuruluşa çekmeye çalışmak, onunla ilgili bilgi vermek, ona ilişkin görüş ve tutumlarını değiştirmelerini veya belirli bir görüşü ya da tutumu benimsemelerini sağlamak amacıyla oluşturulan; iletişim araçlarından yer ya da süre satın almak yoluyla sergilenen ya da başka biçimlerde çoğaltılıp

³ 23.12.2008 tarih 27089 sayılı Resmi Gazete

⁴ DOĞAN,Cahit; “Orijinal,Jenerik,Sahte ve Taklit İlaçlar”,Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Lefke Avrupa Üniversitesi, II.Sağlık Hukuku Sempozyumu, Adalet Yayınları, Ankara 2010,s.215, ÇOŞKUN,Özlem;”Akılcı Farmakoloji” Genel Pratisyen, Pratisyen Hekimler Derneği, Ankara-2008 ,s.36

⁵ KAYA , Arslan; Reklamın Fikri Mülkiyet İçindeki Yeri,Ömer Teoman’a 55.Yaş Günü Armağanı,İstanbul 2002,C.1.s.459,

dağıtılan ve bir ücret karşılığı oluşturulduğu belli olan (diğer bir deyimle parasal destek sağlayan kişi ya da kuruluşların kimliği açık olan) duyurudur⁶. Reklam bilgilendirme, ikna etme, hatırlatma ve değer katma fonksiyonlarına haizdir⁷.

Ticari Reklam Ve İlanlara İlişkin İlkeler Ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelik'in 4.h maddesi ticari reklam ve ilanı; mal, hizmet veya marka tanıtmak, hedef kitleyi oluşturanları bilgilendirmek ve ikna etmek, satışını veya kiralınmasını sağlamak ya da arttırmak amacıyla reklam veren tarafından herhangi bir mecrada yayımlanan pazarlama iletişimi niteliğindeki duyuru şeklinde tanımlamaktadır.

Danıştay kararlarında ise bir ürün veya hizmetin tanıtılması ve övülmesi, bir markanın tüketiciye benimsetilmeye çalışılması, resimli veya müzikli imge veya simgeler kullanılmak suretiyle bunların belleklere yerleşmesine gayret edilmesi, yarışmalar, konserler sanatsal ve kültürel etkinlikler düzenlemek suretiyle doğrudan veya dolaylı olarak belirli bir ürünlere veya markalara dikkatin çekilmesi veya bu tür toplumsal etkinliklerin düzenlenmesinde ve yayın programlarının hazırlanmasında finansman veya diğer yollarla katkıda bulunmak suretiyle tanıtım imkanlarının aranması da reklam sayılır⁸. (Danıştay 10.Daire ,21.03.2005,2004/11660E.,2005/1181 K.)

Ülkemizde reklamcılığın standartları ve reklamcılıkla ilgili bugüne kadar çeşitli çalışmalar yapılmışsa da reklam uygulamalarını yasal açıdan yönlendiren ve denetimine esas olan en son düzenleme 23 Şubat 1995 tarihinde kabul edilen 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'dur⁹. Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunun 16 maddesinde, tüketiciyi aldatıcı, yanıltıcı veya onun tecrübe ve bilgi noksanlıklarını istismar edici, tüketicinin can ve mal güvenliğini tehlikeye düşürücü, şiddet hareketlerini ve suç işlemeyi özendirici, kamu sağlığını bozucu, hastaları, yaşlıları, çocukları ve özürlüleri istismar edici reklam ve ilânların ve örtülü reklamın yapılamayacağı düzenlenmiştir. Ticari reklamların ve ilânların kanunlara, Reklam Kurulunca belirlenen ilkelere, genel ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına uygun, dürüst ve doğru olmaları esastır. Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelik'de reklamın sınırları 4077 sayılı kanuna paralel olarak düzenlenmiştir.

6 GÜRSOY, Tanses ; Reklam Terimleri ve Kavramları Sözlüğü, I. Basım, İst.: Adam, s.9

7 TEK,Ömer Baybars; Pazarlama İlkeleri Global Yönetimsel Yaklaşım Türkiye Uygulamaları,8. Baskı,İstanbul 1999,s.725-727.

8 ERSOY Verda, GÜLER Mustafa, GİRİTLİOĞLU Hakan,Sağlık Hizmetin Sunumunda Reklam ve Tanıtım,TTB Yayınları,Ankara 2008,s.3.

9 SAVRAN Bülent,Reklamlar ve Tıbbi Etik, Tıp Dünyası,http://www.ttb.org.tr/TD/TD68/5.html,19.07.2011.

Günümüz rekabet koşulları dikkate alındığında ilaç sektöründe de işletmelerin başarılı olabilmelerini sağlayan faktörlerden biri de reklamdır. İlaç sektörünün hedef kitlesi girdileri,çıktıları ürünleri ve dağıtım gibi özellikleri nedeni ile diğer sektörlerle oranla tanıtım ve reklam faaliyetleri farklılıklar arz etmektedir. Tanıtım faaliyetleri ile ürünün hedef kitle üzerindeki bilinirliği artırılmaya ve hedef kitle ikna edilmeye çalışılmaktadır. İlaç sektöründeki hedef kitle ecza depoları, hekimler, eczaneler ve tüketicilerden oluşmaktadır¹⁰. Kayseri’de faaliyet gösteren eczacılar üzerinde yapılan bir incelemede, eczacıların büyük çoğunluğunun tüketicilere yönelik reklamının yapılmasını istemediği; reklamın doktorlara ve eczacılara yapılmasını istedikleri anlaşılmıştır¹¹.

3-TÜRK HUKUKUNDA İLACIN TANITIMI

3.1.Tanıtım

Türkiye Cumhuriyeti tarafından 4 Nisan 1997 tarihinde imzalanan ve 1 Aralık 1999 tarihinde yürürlüğe giren “Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi”, TBMM tarafından 03.12.2003 tarihinde onaylanmış ve 5013 sayılı onay kanunu 9 Aralık 2003 tarih ve 25311 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak aynı tarihte yürürlüğe girmiştir. Türk pozitif hukukunun bir parçası haline gelen Biyotıp Sözleşmesinin 21. maddesi şöyle demektedir;

“İnsan vücudu ve onun parçaları, ticari kazanç sağlanmasına konu edilemez”.

Kuralın amacı, insan bedenini kazanç konusu olmaktan çıkarıp, insan onurunu korumaktır. Yapılan çalışmalarda Biyotıp sözleşmesi ve anayasal hak olan sağlık hakkının birlikte ele alınarak çağın gereklerine hareket edilmesi gerekmektedir.

Türk hukukunda ilaç tanıtımına yönelik uygulamalar 1262 sayılı İspençiyeri ve Tıbbi Müstahzarlar Kanunu tarafından düzenlenmiştir. Kanun’un 13.maddesinde;

“Müstahzarları öğme yolunda ve bunlara malik olmadıkları şifa hassaları atıf veya mevcut şifai tesirleri büyütmek suretiyle sabit veya müteharrik sinema filmleri, ıııklı veya ıııksız ilan, radyo veya herhangi bir vasıta ile reklam yapılması memnudur. şu kadar ki, tarifname ve gazetelerde “...hastalıklarında kullanılması faydalıdır” şeklindeki ilanlara müsaade olunabilir. Ancak reçe-

10 Varinli,İnci,Kacur Leblebici, Leyla, Gökna, Hülya;Eczacıların İlaç Reklamlarına Karşı Tutumlarının Belirlenmesi-Kayseri’de Faaliyet Gösteren Eczacılar Üzerine Bir Uygulama, Erciyes Üniversitesi, İİBF,S:23,Temmuz-Aralık 2004,ss.17-33,<http://iibf.erciyes.edu.tr/dergi/sayi23/ivarinli.pdf>, 19.07.2011.

11 Varinli,İnci,Kacur Leblebici, Leyla, Gökna, Hülya,a.g.m,s.25.

tesiz satılmasına müsaade edilmeyen müstahzarların tıbbi mecmualardan başka yerlerde reklamları yapılamaz. Reklam nümunelerinin önceden Sıhhat ve İctimai Muavenet Vekaletince tasvip edilmeleri lazımdır.

Bir müstahzarın ilmi vasıfları hakkında hazırlanmış olan filmler Sıhhat ve İctimai Muavenet Vekaletinin müsaadesiyle ve tayin edeceği yerlerde gösterilebilir.”

Yasa koyucunun beşeri tıbbi ürünü herhangi bir tüketim malından ayırık tuttuğu, ilacın ulaşacağı kitleyi genel anlamda sağlık meslek mensupları ile (diş hekimi, hekim, eczacı) sınırlı tutmayı amaçladığı anlaşılmaktadır. Meslek grubuna yönelik tanıtım da, tıbbi açıdan bilgilendirme amacına hizmet ettiği açıktır¹². Anılan yasa maddesinin gerekçesinde de ilaçların ilmi vasıfları konusunda tanıtımına izin verildiği, reçetesiz satılabilen kozmetik ürünlerinin reklamına olanak sağlandığı, bunun da belirli ilke ve kurallara bağlandığı belirtilmektedir.

Buradan hareketle ilaç tanıtımlarında dikkat edilmesi gereken hususlar:

– İlaçları övmek ve tedavi edici özelliklerini abartarak veya sahip olmadıkları özelliklere atıf yaparak sabit veya hareketli sinema filmlerinde, ışıklı veya ışısız ilan, radyo veya herhangi bir vasıtayla ilanınin yapılması yasaktır.

– Tarifname veya gazetelerde “... hastalıklarda kullanılması faydalıdır” şeklinde ilanlara izin verilebilir.

– Reçetesiz satılmasına izin verilmeyen ilaçların tıbbi dergilerden başka yerlerde reklamı yapılamaz.

– Reklam numuneleri, ilacın vasıfları hakkında hazırlanmış filmler Sağlık Bakanlığının iznine tabidir. Filmler, Sağlık Bakanlığının belirleyeceği yerlerde gösterilebilir.

2004/27/EC sayılı Avrupa Birliği Direktifi ile revize edilen 2001/83/EC sayılı Avrupa Birliği Direktifi ile ilaç tanımı ve ilaç tanıtımı düzenlenmiştir. Söz konusu Avrupa Birliği direktiflerine paralel olarak ülkemiz iç hukukunda düzenlemeler yapılmıştır. 23 Ekim 2003 tarih ve 25268 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe giren Beşeri Tıbbi Ürünlerin Tanıtım Faaliyetleri Hakkındaki Yönetmelik ilaç tanıtımı konusunda ülkemize münhasır düzenlemeler de getirmiştir¹³.

Yönetmeliğin “Tanımlar” başlıklı 4’üncü maddesinin “d” fıkrasında;

“Tanıtım: Beşeri tıbbi ürünün ruhsat ya da izin sahipleri tarafından

12 Danıştay 10.H.D 13.12.2005 , 2003/5945E.2005/7622K.http://www.kazanci.com/.19.07.2011.

13 HUYSAZ SEZGİN,Ayşegül; “Avrupa Birliği İlaç Hukukunda Gelişmeler ve Türkiye’nin Uyumlaştırma Çalışmaları”,Roche Yayınları, İstanbul 2009,s.271.

ürünün teminini, satışını, reçetelenmesini ve kullanımını artırmak için gerçekleştirilen bütün hatırlatma, bilgi verme faaliyetlerini; bu çerçevede firma tıbbi satış temsilcilerinin etkinliklerini, görsel/işitsel basına, tıbbi ve mesleki dergilere verilen ilanları, doğrudan postalama yoluyla veya internet ortamında yapılan duyuruları, film, slayt, elektronik medya gibi görsel/işitsel malzemenin kullanımını, bilimsel ve eğitsel toplantıları, gerçekleştirilen sergileme ve benzeri etkinlikler ile bedelsiz numune, hatırlatıcı tanıtım ve basılı tanıtım malzemesi kullanmak suretiyle yapılan faaliyetleri ifade eder.”

“Yönetmeliğin 4.e fıkrasında ise Tanıtım Malzemeleri tanımlanmıştır. Buna göre;

“ Beşeri tıbbi ürün hakkında yeterli ve gerekli bilgiyi ihtiva eden kitap, kitapçık, broşür gibi basılı materyalleri, film, slayt, elektronik medya gibi görsel/işitsel malzemeleri, bedelsiz beşeri tıbbi ürün numunelerini, bloknote, kalem, kalemlik, takvim, mesleki etkinlikler sırasında kullanılabilecek parasal değeri mütevazı sınırlar içinde olan malzemeleri ve ilgili çevrelerde bilgi/veri kaynağı olarak kullanılabilecek ulusal, uluslararası yayınlar gibi hatırlatıcı ziyaret malzemelerini ifade eder.”

Yönetmelik hükümlerinde, reçete ile satılan beşeri tıbbi ürünlerin sağlık mesleği mensuplarına tanıtımı yanında reçetesiz satılan beşeri tıbbi ürünlerin topluma tanıtımını da kabul edilmiştir.

Beşeri Tıbbi Ürünlerin Tanıtım Faaliyetleri Hakkında Yönetmelik AB müktesebatına uyumlu bir biçimde hazırlanmış olmasına (radyo ve televizyonda tanıtıma izin verir nitelikte olmasına) ve konuya ilişkin detayları içermesine karşın Danıştay’ın 13.12.2005 tarihinde 2005/7622 K. sayılı kararı ile 4.d-e fıkrası, 5 inci, 6ncı, 7 nci maddesini, 8 inci, 14 üncü ve 15 inci maddelerini iptal etmiştir.

Danıştay gerekçesinde, 1262 sayılı Tıbbi Müstahzarlar Kanun’unun yürürlükte olduğunu, Kanunun 13.maddesinde bilinçsiz ilaç kullanımı sonucunda oluşacak zararlar dikkate alarak, belli sınırlarda ve belli meslek grupları ile sınırlı tutan tanıtımın, gazete ve tarifnamelerle sınırlı kalmak koşuluyla izin vermesine karşın Yönetmeliğin radyo ve televizyonlar da dahil olmak üzere her türlü araçla reçetesiz ilaç tanıtımına izin verdiğini; ancak normlar hiyerarşisi gereğince Kanun’un yürürlüğünü muhafaza ettiğinden bahisle Yönetmeliğin ilgili maddesinin kanun hükmüne aykırılıktan dolayı iptali gerektiği vurgulanmıştır.

3.2 Tanıtımın Kapsamı

3.2.1- Reçeteli-Reçetesiz İlaç Ayrımı

İlaç ve ilaç dışı ürünler pazarında bulunan ürünlerin farklı tasnif biçimleri bulunmaktadır. Geri ödeme kapmasında olan reçeteli ve reçetesiz ilaçlar, geri ödeme kapsamında olmayan reçeteli ve reçetesiz ilaçlar bilinen en geniş tasniflendirme şeklidir.”Over The Counter Drug” “(OTC) “tezgah üstü” anlamında olup OTC ilaçlar, günlük hayatta basit rahatsızlıkların giderilmesi için hekim müdahalesi olmaksızın gerektiğinde eczacı tavsiyesi ile kullanılmasında tıbben sakınca bulunmayan,kısa süreli kullanılmak için , güvenli ve belirli endikasyonlar için etkili oldukları kabul edilmiş ilaçlardır ¹⁴.

Dünya Sağlık Örgütü (WHO 2000) tarafından yayımlanan “Reçetesiz İlaçla Tedavide Kullanımda Tıbbi ürünlerin düzenleyici değerlendirme kılavuzu” ile, reçetesiz ilaçla tedavi için bir tıbbi ürünün aşağıda yer alan üç kriteri yerine getirmesi gerekmektedir:

Aktif madde: Amaçlanan dozda aktif madde düşük toksisitede olmalıdır.

Kullanım amacı: Kullanım amacı, reçetesiz ilaçla tedavi için uygun olmalıdır. Ürünün kullanımı, teşhisi ve tıbbi dikkat gerektiren bir durumun tedavisini boş yere geciktirmemelidir.

Ürün özellikleri: Ürün, onu istenmez hale getirecek özelliklere sahip olmamalı, ilaç tedavisinin izlenmesi için doktor gözetimi gerektirmemeli, belirgin oranda bağımlılık ve zarar riski teşkil etmemeli, veya ciddi ters reaksiyonla sonuçlanacak çokça kullanılan yiyecek ve ilaçlarla etkileşim gibi sınırlayıcı özellikler göstermemelidir.

Avrupa Birliği ilaç mevzuatı içinde reçeteli reçetesiz ilaç ayırımında temel kriter hasta güvenliğidir¹⁵. Ülkeler reçeteli- reçetesiz ilacı tanımlamakta serbesttir. 2001/83 EC sayılı AB direktifinde reçeteli ilaçların tüketiciye tanıtımın yapılamayacağı bildirilmiştir. Hekim müdahalesi gerekmeksizin kullanılabilen ilaçların ise tüketiciye tanıtımın yapılabileceği kabul edilmiştir.

Beşeri Tıbbi Ürünlerin Sınıflandırılmasına Dair Yönetmelik’te, beşeri tıbbi ürünler Sağlık Bakanlığı tarafından sınıflandırılırken reçeteli olan ürünler ve reçetesiz olan ürünler şeklinde sınıflandırılacağını düzenlenmiştir. Yönetmeliğin altıncı maddesinde beşeri tıbbi ürünleri aşağıdakilerin birinin varlığı halinde reçeteli ilaç olacağı kabul edilmiştir:

a)Doğru kullanılsalar bile, tıbbi gözetim altında kullanılmadıklarında doğrudan veya dolaylı şekilde sağlık açısından tehlike oluşturmaları,

¹⁴ FIB İlkeler Beyanı “Reçetesiz İlaçlar İlkeler Beyanı”, TEB Yayınları,2004,

¹⁵ ÇEZMECİOĞLU Berna, Mercan Serkan; “İlacın Reklamının Yapılmasına İlişkin Girişimler ve Mevzuat Değişiklikleri”, http://www.e-kutuphane.teb.org.tr/pdf/tebhaberler/eylul_ekim07/4.pdf.15.07.2011.

- b) Sıklıkla ve yaygın olarak yanlış kullanılmaları ve bunun sonucunda insan sağlığı için doğrudan veya dolaylı şekilde tehlike oluşturmaları,
- c) İçerdiği madde veya formülasyonun hazırlanması açısından aktivitesi ve/veya advers etkilerinin daha fazla araştırma yapmayı gerektirmesi,
- d) Normalde parenteral olarak tatbik edilmeleri,

Reçete ile verilen ürünler Bakanlık tarafından; yinelenabilir veya yinelenemez reçete ile verilen ürünler, özel reçeteye tabi ürünler, belirli özel alanlarda kullanılmak üzere kısıtlanmış reçeteye tabi ürünler şeklindeki sınıflara ayrılabilirler. Reçeteli ilaçların hangi alt sınıfta olduğunu Bakanlık tarafından her yıl revize edilen listede yayınlanacağı düzenlenmiştir.

Beşeri Tıbbi Ürünlerin Tanıtım Faaliyetleri Hakkında Yönetmelik'in iptal edilen 5.a maddesinde reçetesiz satılan beşeri tıbbi ürünlerin topluma tanıtımı kabul edilmiş idi.

3.2.2-Topluma Yönelik Tanıtım

Beşeri Tıbbi Ürünlerin Tanıtım Faaliyetleri Hakkında Yönetmeliği'nin 5.a, 7. ve 8 maddelerinde beşeri tıbbi ürünlerin tanıtımı yalnız hekim ve eczacılarla sınırlı tutulmamakta; topluma ve çocuklara tanıtımına da olanak sağlanmakta, bu yapılırken topluma tanıtım belirli kurallara bağlanmış idi.

Topluma tanıtım başlıklı 7. maddesinde;

“Terkibi veya amaçları bakımından, bir hekim veya diğ hekim tarafından teşhis konulmasına, reçete yazılmasına veya tedavinin izlenmesine ihtiyaç olmayan durumlarda, bir eczacının bilgilendirme ve tavsiyesi ile kullanılabilir. Reçete ile satılan ürünler ile 1961 tarihli Uyuşturucu Maddelere Dair Birleşmiş Milletler Tek Sözleşmesi ve 1971 tarihli Psikotrop Maddeler Birleşmiş Milletler Sözleşmeleri kapsamında olan psikotrop ve narkotik maddeleri içeren ürünlerin topluma tanıtımı yapılamaz.” şeklinde düzenlenmiş idi.

Danıştay 10.Dairesi 13.12.2005 tarih 2003/5945 E. ve 2005/7622 K. sayılı kararında reçetesiz satışı yapılabilecek ilaçlarının tanıtımını, bilinçsiz ilaç kullanımı sonucunda oluşacak zararları dikkate alarak, belli sınırlarda ve belli meslek grupları ile sınırlı tutan, topluma ve çocuklara ulaşmasını engelleyen yasal düzenlemeyi aşması ve 1262 sayılı Kanunun 13 maddesinin yürürlükte olması sebebi ile 5.a bendini, topluma tanıtım başlıklı 7 inci maddeyi, topluma tanıtımın temel ilkelerini düzenleyen 8 inci mad-

deyi iptal etmiştir ¹⁶. İlacın topluma tanıtımında 1262 sayılı Kanunda yer alan ilke ve sınırlara göre hareket edilecektir.

3.2.3-Sağlık Mesleği Mensuplarına Yönelik Reklam

Beşeri Tıbbi Ürünlerin Tanıtım Faaliyetleri Hakkında Yönetmeliğin dördüncü bölümünde beşeri tıbbi ürünlerin sağlık mesleği mensuplarına tanıtımındaki ilke ve esaslara yer verilmiştir.

Sağlık mesleği mensuplarına yapılacak tanıtımlarda; güncel kısa ürün bilgilerine uygun gerekli bilgiler, bu bilgilerin hazırlandığı ve son güncellendiği tarih, tıbbi ürünün sunum sınıfı yer alır. Bakanlık bu tür tanıtımlarda, ürünün ve / veya farklı doz, form ve ambalajlarının satış fiyatları ile sosyal güvenlik kurumlarının geri ödeme koşullarının bulunmasını isteyebilir.

Hatırlatıcı nitelikte basılı tanıtım malzemeleri üzerinde, herhangi bir iddia içermeyen, ürüne yönelik sadece aşağıdaki bilgiler yer alır :

- a) İlacın ticari ismi,
- b) Etkin madde veya maddelerin INN ya da onaylanmış jenerik isimleri,
- c) Gerektiğinde başvurularak, daha geniş bilginin sağlanabileceği üretici, ithalatçı ya da ruhsat sahibinin adı ve adresi.

Bir ürünün sağlık mesleği mensuplarına tanıtımında kullanılacak tüm bilgiler, sağlık mesleği mensuplarının söz konusu ürünün terapötik değeri hakkında kendi görüşlerini oluşturabilmesi için doğru, kanıtlanabilir ve yeterli olması gerekmektedir. Sunulan dokümantasyonda kullanılmak üzere tıp dergilerinden veya diğer bilimsel çalışmalardan yapılan alıntılar, tablolar ve diğer görsel materyaller aslına sadık kalınarak ve kaynakları tam olarak belirtilmek suretiyle kullanılır. Ürünlerin, sağlık mesleği mensuplarına tanıtımı yapılırken, herhangi bir nakdi veya ayni avantaj sağlanamaz, teklif edilemez ve söz verilemez.

Promosyonel faaliyetlerde konukları ağırlama, her zaman makul bir düzeyde ve toplantının asıl amacına nazaran ikincil önemde olmalı ve sağlık çalışanları dışındaki kişileri kapsamamalıdır. Sağlık mesleği mensuplarına, şans oyunu aracılığı ile herhangi bir tanıtım yapılamaz ve hizmet sunulamaz. Sağlık mesleği mensupları, yukarıda belirtilenlerin aksine herhangi bir teşviki kabul veya talep edemezler. Sadece sağlık meslek mensuplarına dağıtılanlar hariç olmak üzere, gazete, dergi ve benzeri yazılı medya araçları ile tanıtım yapılamaz. Bakanlığın izni ile yapılan ve ürünün

16 Reçetesiz İlaçlar ve İlaç Dışı Ürünler: Betimleme ve Müdahale ,TEB Yayınları ,2009,s. 93.http://www.e-kutuphane.teb.org.tr/pdf/raporlar/ilac_dis09/6.pdf.15.07.2011

pazara arz edildiğini duyuran ilan bu düzenlemelerin kapsamı dışındadır. Ruhsat sahipleri, topluma tanıtımı yasaklanmış ürünleri ile ilgili olarak, yazılı medya araçlarında yayınlanan tanıtım mahiyetinde haberlerin düzeltilmesi için gerekli işlemleri yapar ve Bakanlığa bildirir.

Sağlık mensuplarına tanıtım tıbbi satış temsilcileri vasıtasıyla yapılmaktadır. Tıbbi satış temsilcileri, tanıtımlarında kullandıkları bilgileri, sağlık mesleği mensuplarına tanıtım malzemeleri aracılığı ile tam ve doğru iletmekle yükümlüdürler. Tıbbi satış temsilcilerine bu konuda gerekli eğitim ve donanım çalışmaları firma tarafından verilecektir.

3.2.4-İlaç Tanıtımı İle İlgili Bilimsel ve Eğitsel Faaliyetler

Beşeri ve Tıbbi Ürünlerin Tanıtım Faaliyetleri Hakkında Yönetmeliğin 11. maddesi , ilaç tanıtımı ile ilgili bilimsel ve eğitsel faaliyetler, var olan tıbbi bilgileri aktarmak veya yeni bilgileri sunmak amacı dışında kullanılamayacağı düzenlenmiştir.

Buna göre ; ruhsat sahipleri, bilgilerin iletilmesi ve tartışılması için yararlı olan kongre, seminer, sempozyum, bilimsel, eğitsel toplantı düzenleyebilir veya bu tür faaliyetlere bilimsel / finansal katkıda bulunabilir. Ruhsat sahipleri, bilimsel kongrelerde bildiri, yayın, poster gibi bilimsel çalışma sunumunda bulunanlar ve toplantılara eğitim amaçlı katılanlar dışındaki kişilerin katılımı konusunda finansal katkıda bulunamazlar. Toplantılara katılanlar için yapılacak ağırlama / kabul etkinlikleri toplantı amacını ikinci plana atacak nitelikte olamaz. Bu gibi toplantılar uygun yer, biçim ve düzeyde olur. Yıl içinde düzenlenecek veya katkıda bulunulacak kongre, sempozyum, seminer ve benzeri faaliyetler, önceki yıl içinde ruhsat sahipleri tarafından yıllık program halinde; programda oluşabilecek değişiklikler toplantı öncesinde Bakanlığa bildirilir. Toplantılara sağlık meslek mensupları dışındaki kişiler davet edilemez. Bu toplantılara katılanların listeleri ile katılımcılara sunulan bilgiler ve dokümanların örnekleri Bakanlığın talebi halinde sunulmak üzere muhafaza edilir.

3.2.5-Reklam Amaçlı Bedelsiz Numune Dağıtımı

Bedelsiz numunelerin dağıtımı sadece hekim, eczacı ve diş hekimleri ile sınırlandırılarak bir takım koşullara bağlıdır¹⁷ . Beşeri ve Tıbbi Ürünlerin Tanıtım Faaliyetleri Hakkında Yönetmeliğin 12. maddesi ile getirilen sınırlamalar göre talep edilmesi halinde Bakanlık yetkililerine bildirilmek ve belgelenmek üzere, ruhsat sahibi firmalar bedelsiz ürün tanıtım numunelerinin imalat, ithalat ve dağıtımına yönelik olarak yeterli bir kayıt,

17 YEŞİLTEPE, Salih Önder; "İlaç Sektöründe Reklam ve Sınırları, Sağlık Hukukunda Dünyadaki Son Gelişmeler", Roche Yayınları, İstanbul 2009, s.260.

kontrol sistemini kuracak ve sorumluları belirleyecektir.

Her numune pazardaki en küçük sunumundan azaltılmış bir biçimde sunulacaktır. Ancak, farmasötik şekilleri nedeniyle azaltılamayacak ürünlerin numunelerinde azaltılmış olma özelliği aranmayacaktır. Numune ambalajları üzerinde “bedelsiz tanıtım numunesidir - satılamaz” ibaresi yer alması gerektiği KÜB özeti ile sunulacağı kabul edilmiştir.

1961 tarihli Uyuşturucu Maddelerle Dair Birleşmiş Milletler Tek Sözleşmesi ve 1971 tarihli Psikotrop Maddeler Birleşmiş Milletler Sözleşmeleri kapsamında olan psikotrop ve narkotik maddeleri içeren ürünlerin numuneleri verilemeyecektir.

Bedelsiz numune dağıtımı konusunda yönetmelik ve AB 2011/83 EC sayılı direktifin’de farklı düzenlemeler yer almaktadır. Şöyle ki, Direktif bu konudaki çerçeveyi yalnızca “reçeteleme yetkisi olanlar” ile sınırlamaktadır ; buna karşın Yönetmelik’te anılan kapsamda hekim ve diş hekimlerinin yanında “eczacılar” da yer vermiştir. Yine Direktifte “bedelsiz numunelerin ancak hekimin tarihli ve imzalı yazılı talebi karşılığında verilebileceği” hükme bağlamış iken yönetmelikte bu yönde bir kural yer almamaktadır.

4-İlaç Reklamları Üzerinde Yapılan Denetim

Yönetmeliği denetim başlıklı 15 maddesinde Bakanlığın tanıtım faaliyetleri ile bunlarda kullanılan her türlü malzeme ve yöntemi denetleyeceği, resen veya şikayet üzerine, bu Yönetmelikte belirlenen ilkelere uymayan veya kamu sağlığı yönünden uygunsuz bulunan tanıtım faaliyetlerinin durdurulmasını, iptalini ya da bu tanıtımla sunulan bilgilerin düzeltilmesini ruhsat sahibinden talep edebileceği kabul edilmesine rağmen yukarıda ayrıntıları verilen gerekçelerle Danıştay tarafından anılan madde iptal edilmiştir. Ancak yürürlükte olan 16. madde de yönetmelikte yer alan hükümlere aykırı tanıtım faaliyetinde bulunan ruhsat sahibi hakkında genel hükümlere göre adli işlem yapılmak üzere Cumhuriyet Savcılıklarına suç duyurusunda bulunulacağı, Türk Ceza Kanununun, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun, Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanunun ve diğer mevzuatın ilgili hükümleri uygulanacağı kabul edilmiştir.

2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkındaki Kanunun 7 maddesinde ise;

“Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığınca bu Kanunun 3 üncü maddesine göre gebeliği önleyici nitelikte oldukları kabul edilen ilaç ve araçların reklam ve propagandası 21 Mayıs 1928 tarih ve 1262 sayılı Kanunun 13 üncü maddesine göre yapılır. Buna aykırı hareket edenler bir aydan altı aya ka-

dar hapis ve yedibinbeşyüz liradan otuzbin liraya kadar ağır para cezasına çarptırılırlar.”

Günümüzde televizyon reklamlarının düzenlenmesi ve denetlenmesi üç ayaklı bir sistemden oluşmaktadır¹⁸. 3984 sayılı kanun ile kurulan RTÜK ve 4077 sayılı yasaya bağlı olarak kurulan Reklam Kurulu reklamlarda uyulması gereken ilkeleri belirlemekte ve bu ilkelere uygunluğunu sağlamakla yükümlüdür.

4.1-Radyo ve Televizyon Kurulu Tarafından Yapılan Denetim

04.11.1993 tarih ve 3915 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunan ve Bakanlar Kurulunca 22.11.1993 tarih ve 93/5038 sayılı kararla onaylanan “Avrupa Sınır ötesi Televizyon Sözleşmesinin 15 maddesinin 1.fıkrasında , Türün ve ürünlerinin reklamlarına izin verilmeyeceği; 3. fıkrasında, ileten taraf ülkesinde sadece reçete ile satışına izin verilen ilaç veya tedavilerin reklâmının yapılmayacağı;4. fıkrasında, diğer ilaç ve tedavilerin reklâmının, dürüst, gerçeği yansıtan ve doğrulanması mümkün unsurlardan oluşacağı ve kişinin zarardan korunma gereklerine uygun olacağı kurala bağlanmıştır. Avrupa Sınırötesi Televizyon Sözleşmesini Değiştiren Protokol 01.03.2002 tarihinde yürürlüğü girmiş, söz konusu Protokolün onaylanması 15.07.2003 tarih ve 4936 sayılı Yasa ile uygun bulunmuştur. Bu değişiklik getiren Protokolle 15. maddeye 5. Fıkra eklenmiş ve “ İlaçlar ve tıbbi tedavi için tele- alışverişe izin verilmeyecektir.”

15.02.2011 tarihli 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkındaki Kanunun 11 maddesi ile reçeteye tabi ilaçlar ve tedaviler hakkında ticarî iletişim yapılamayacağı kabul edilmiştir. Aynı maddede reçeteye tabi olmayan ilaçlar ve tedavilerin reklamları dürüstlük ilkesi çerçevesinde, gerçeği yansıtan ve doğrulanması mümkün unsurlardan oluşacak şekilde hazırlanacağı, ilaçlar ve tıbbi tedaviler için tele-alışverişe izin verilemeyeceği kabul edilmiştir.

Kanun hükmünde geçen tedavi kavramı ile neyin ifade edildiği net değildir. Uygulamada reklamı yasaklanmış olan reçete ile satışına izin verilen “ürün ve tedavi” kavramı tedavi yöntemlerini de kapsar şekilde algılanarak idarece yaptırımlar uygulanabilmektedir.

“...Davacı şirkete ait televizyon kanalında ,Sağlıklı Günler adlı program sunucusunun hepinize merhaba, bu bölümde..... hastanesinin göz kliniği sorumlusu Dr..... konuğumuz, kendisi ile göz kusurları tedavisinde son yöntem olan Laser tedavisi hakkında konuşacağız dediği, ekranda

18 ÇAKIR Vedat, “Avrupa Birliğine Uyum Sürecinde Türkiye’de Televizyon Reklamlarına Yönelik Düzenlemeler”,<http://perweb.firat.edu.tr/> 27.07.2011

.... Hastanesi göz kliniği yazısının yer aldığı ve klinikten görüntülere yer verildiği,..... hastanesi sağlıklı günler yazarak telefon numarasına yer verildiği anlaşıldığı aynı programda bu kez de sunucunun bugünkü konumuz gözde kırılma kusurları, excimer laser,Lask dediği, yazısının program boyunca yer aldığı , ayrıca kısa aralıklarla hastane adı ve telefon numaralarına yer verildiği anlaşıldığından 3984 sayılı Kanunun 22 maddesine aykırı davranıldığından bahisle aynı Kanunun 33 maddesi uyarınca ceza verilmiştir. İdare mahkemesince yapılan inceleme sonucunda bahsi geçen yayınlar göz rahatsızlıklarının tedavi yöntemlerinin anlatılmasına ilişkin olup, reçete ile satışına izin verilen ürün tanımı içindeki ilaç ve tedaviler kapsamında olmaması nedeni ile davalı idare işlemini hukuka uyarlık bulunmamış ve işlemin iptaline karar verilmiştir¹⁹.

İdare Mahkemesi tedavi ve yöntemi birbirinden ayırmıştır. Ancak bazı kararlarında ise tam de aksi yönde görüş bildirerek tedaviyi, tedavi yöntemi de kapsayan bir üst kavrammış gibi algılayarak yaptırım uygulamaktadır²⁰.

RTÜK Kanunu'ndaki ilgili madde yeni bir gelişme değildir. 3984 sayılı yasa ilk kez 1994'te yürürlüğe konduğunda 22. maddesinde "Reçete ile satışına izin verilen ilaç ve tedavilerin reklamı yapılamaz. Diğer ilaç ve tedavilerin reklamları dürüst, gerçeği yansıtan ve doğrulanması mümkün unsurlardan oluşacak ve ferdin zarardan korunması gereklerine uygun olacaktır." şeklinde düzenlenmiş idi. Danıştay 10.Daire 2003/5945 E. ve 2005/7622 K kararında 3984 sayılı yasada reklamın kamuya yönelik duyuruları yani ilanı ifade etmesi, aynı Yasa'nın 22 nci maddesinde de reçete ile satışına izin verilenler dışındaki ilaç ve tedavilerin reklamlarının yani ilanların gerçeği yansıtacak ve ferdin zarardan korunması gereklerine uygun olacak şekilde yapılacağı kuralına yer verilmesi karşısında, 1262 sayılı Yasa'nın 13 üncü maddesindeki; "Müstahzarları övme yolunda ve bunlara malik olmadıkları şifa hassaları atıf veya mevcut şifa tesirleri büyütme suretiyle sabit veya müteharrik sinema filmleri, ışıklı ve ışısız ilan, radyo ve herhangi bir vasıta ile reklam yapılması memnudur. Şu kadar ki, tarifname ve gazetelerde "... hastalıklarında kullanılması faydalıdır" şeklindeki ilanlara müsaade olunabilir ..." şeklindeki hükmün halen geçerliliğini koruduğu, başka bir ifadeyle, 3984 sayılı Yasanın 22 nci madde hükmüyle radyo, televizyon, sinema, filmleri... vb. şeklindeki reklamlar ile tanıtımını amaçlamadığının açık olduğu kabul edilmiştir²¹.

19 AYGÜN Ezgi,Sağlık Sektöründe Reklam,Seçkin Yayınları,Ankara 2007,s78.,Ankara 2.İdare Mah. 300 E,938 K.,17.06.2004.

20 AYGÜN, Ezgi,a.g.e,s.79,Ankara 6.İdare Mah.2860 E,339.K.,16.03.2006..

21 Danıştay 10.H.D 13.12.2005 , 2003/5945E.2005/7622K.http://www.kazanci.com/.19.07.2011.

4.2-Reklam Kurulu Tarafından Yapılan Denetim

4077 sayılı Tüketicinin Kurunması Hakkındaki Kanun uyarınca T.C Sanayi ve Ticaret Bakanlığı bünyesinde Reklam Kurulu oluşturulmuştur. Kurul, 4077 sayılı kanunda belirlenen esaslara uygun olarak ticari reklam ve ilânlarda uyulması gereken ilkeleri belirlemek ve Bakanlık aracılığı duyurmak, resen ve şikayet üzerine helen şikayetleri bu esaslar çerçevesinde inceleyerek gerektiğinde cezalandırmak, söz konusu reklam ve ilânları üç aya kadar tedbiren durdurmak ve/veya durdurmak ve/veya aynı yönetmelik düzeltmek ve/veya idari para cezası vermektedir. Kurul, ticari reklam ve ilânlarda uyulması gereken ilkeleri belirlemede; ülke koşullarının yanı sıra, reklamcılık alanında evrensel kabul görmüş tanım ve kurallar ile gelişmeleri, Uluslararası Reklam Uygulama Esaslarını, reklamı yapılacak ürün veya hizmetlerin özelliğini ve yürürlükteki özel mevzuat hükümlerini de dikkate alır.

Tarım ve Köyişleri Bakanlığı’ndan ruhsat alıp da hastalıkları tıbbi olarak tedavi ediyormuş ilaç gibi gösteren yanıltıcı reklamlar da Reklam Kurulu tarafından çok sık ceza verilen reklam grupları arasında yer almaktadır.

Reklam Kurulunun 2010/599 sayılı kararında “Doktor Ozon” markalı Ozon Yağı isimli ürüne ilişkin olarak www..... adresli internet sitesinde yer alan “*Medikal Ozon Terapi Uygulama Alanları: Romatizma, Eklem Ağrıları, Spor yaralanmaları, Burkulma ve Kırıklar, Kas Ağrıları, Bel-Boyun Fıtıkları, Radyasyon Yanıkları, Kötü Vücut Kokuları, Aşırı Terleme, Diş ve Diş Eti Rahatsızlıkları, Selülit, Cilt Kırışıklığı, Hamilelik Sırasındaki Çatlaklar, ...*” biçimindeki tedaviye yönelik ve endikasyon belirten ifadelerin ilgili mevzuatta belirtilen kozmetik ürün tanımını aşan ve yanıltıcı nitelikte değerlendirildiği; ayrıca şayet anılan ürünler söz konusu reklamlarda belirtilen iddiaları kanıtlayabilir nitelikte ise, bu durumda “kozmetik ürün” kapsamında değil, “ilaç” veya “beşeri tıbbi ürün” kapsamında ruhsatlandırılması gerektiği, “ilaç” veya “beşeri tıbbi ürün” kapsamında değerlendirilmesi gereken ürünlerin reklamının yapılmasının ise mevzuata uygun olmadığı dolayısıyla her koşulda, söz konusu ürün ile ilgili olarak yapılan bu nitelikteki tanıtımların mevcut mevzuata aykırılık teşkil ettiği gerekçeleriyle söz konusu reklamların İспенçiyari ve Tıbbi Müstahzarlar Kanunu’na, Kozmetik Yönetmeliğine ve Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmeliğine uygun olmadığına ve anılan reklam hakkında durdurma cezası verilmiştir²².

22 <http://www.tuketiciler.org/27.07.2011>.

2010/477 sayılı kararında ise ; *Topix*” markalı gıda takviyeleri ve kozmetik ürünlere ilişkin olarak adresli internet sitesinde ve ürün katalogunda yer alan tanıtımlarda “*İnci kremi. Dolaşımın hızlanmasına yardımcı olur. Erkeklerin traş sonrası ciltte oluşan tahriş ve kızarıklıkların giderilmesinde yardımcı olur. Spirulinalı arı sütü ballı maske. Güneş ve doğum lekelerinin giderilmesinde faydaları vardır. Yüzeysel kılcıl damar çatlamalarında ve kırışıklıkların açılmasında yararları vardır. Gargara yapıldığında ağızdaki aftlarda ve ağız yaralarında faydalı olabilir. Nemlendirici, cilt bakım kremi. Aroma terapi etkiye sahiptir. Antiseptiktir, kaşıntı ve yanmaları giderici faydaları vardır. Sıkılaştırıcı ve çatlak kremi. Deri lezyonlarında faydalı olabilir. Hemoroitten oluşan anüs çatlamalarına da faydaları vardır. Emziren anneler meme ucu çatlamalarında da kullanabilir. Topuk kremi. Antiseptik ve koruyucu skatrizan yararları vardır. Kuşburnu çekirdeği yağı. Gözaltı morluklarının giderilmesinde, göz altı torbalarının giderilmesinde faydalı olabilir. (...)*” şeklinde mevzuata aykırı ifadeler kullanıldığı; söz konusu tanıtımlarda yer alan ve endikasyon belirten ifadelerin ancak 1262 sayılı İspençiyari ve Tıbbi Müstahzarlar Kanunu gereğince izin/ruhsat alan ürünler için kullanılabileceği; dolayısıyla anılan ürünlerin tabi bulunduğu mevzuat gereği, söz konusu ürünlere ilişkin hastalıkları önlemeye, iyileştirmeye ve tedavi etmeye yönelik ifadelerin, ilgili mevzuatın belirlediği sınırları aşan ve tüketicileri yanıltıcı nitelikte olduğu tespit edilmiş olup, durdurma cezası verilmiştir²³.

Reklam Kurulu’nun 22.07.2003 tarihli ve 94 sayılı toplantısında ise; 26.09.2002 tarihli Akşam Gazetesi’nde yayımlanan “Hipertansiyona fren” başlıklı yazıda yer alan “Hipertansiyonun yaşlılar üzerindeki etkilerini araştıran ‘SCOPE’ adındaki çalışma, büyük bir başarıya imza attı. Toplam 15 ülkede 4 bin 937 yaşlı hastanın 5 yıl süren tedavilerinde, “Kandesetan Sileksetil etken maddeli ilaç kullanıldı..Tıp tarihinin en büyük hipertansiyon çalışmalarından olan SCOPE’un sonuçları, Türkiye’de SSK Göztepe Eğitim ve Araştırma Hastanesi 2. Dahiliye Klinik Şefi Prof. Dr. Aytekin Oğuz ve Kandesertan Medikal Müdürü İlknur Akbulut tarafından açıklandı.Dünyada 691 milyon Türkiye’de ise 11 milyon hipertansiyon hastası bulunduğunu kaydeden Prof. Oğuz, erişkinlerin üçte biri oranındaki hipertansiyon hastalarının korkulu rüyası olan ‘inme’nin, ‘Atacand’ kullanımıyla büyük oranda azaltılabildiğini söyledi. Yapılan geniş kapsamlı ve uzun süreli çalışmayla, küçük ve büyük tansiyonun etkili bir şekilde düşürüldüğünün belirlendiğini söyleyen Oğuz ‘beyinde, kan akımında meyda-

na gelen bozukluktan' kaynaklanan 'inme'nin özellikle yaşlı hipertansiyon hastalarının yaşayabileceği en korkutucu komplikasyon olduğuna dikkat çekti."ibareleriyle Atacand" isimli ilacın örtülü reklamının yapılmasının, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 16 ve TRKGM 95- 142/143 sayılı Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Tebliğ'in 4/d maddelerine aykırı olması nedeniyle inceleme konusu reklamın durdurulmasına karar verilmiştir²⁴.

4.3-Reklam Özdenetim Kurulu

Reklamverenler Derneği ve Reklamcılar Derneği üyeleri ile reklam mecralarının, dürüst olmayan reklamlara karşı oluşturdukları Reklam Özdenetim Kurulu ise 1994 yılından beri Uluslararası Reklam Uygulama Esasları'na aykırı buldukları reklamların düzeltilmesini ya da yayınlanmamasını reklamvereninden talep etmektedir. RÖK'ün bu hizmeti aynı zamanda reklam verenlere ve medyaya, diğer denetim organlarının yaptırımlarından korunmak için, tavsiye niteliğindedir. Bunu yasal bir zorunluluğa dayanarak değil, kamuoyuna yaptığı taahhüt gereği ve topluma karşı sorumluluğunun bilincindeki reklamverenlerin sağduyusuna güvenerek yapmaktadır.

4.4 - İlaç Endüstrisi İşverenler Sendikası Tarafından Yapılan Denetim

İlaç Endüstrisi İşverenler Sendikası üyelerinin tanıtımla ilgili yükümlülüklerini gereği gibi yerine getirebilmesi için 1990 yılında İlaç Endüstrisi İşverenler Sendikası Tanıtım İlkeleri ve Sağlık Mensupları ile İlişkiler Kılavuzunu yürürlüğe koymuştur. Sendika üyesi firmaların uymakla yükümlü oldukları bu kurallara aykırı hareket ettiklerinin tespiti halinde Tanıtım İlişkileri Denetleme Kurulunun değerlendirilmesi ve Disiplin Kurulu kararına göre üyelikten çıkarmaya kadar varan tedbirlere başvurulmaktadır. Klavuzda Türkiye'deki beşeri tıbbi ürünlerin sağlık mesleği mensuplarına tanıtım faaliyetlerini ve ilaç firmalarının uzmanlık derneklerini, meslek derneklerini, hasta örgütleriyle ilişkilerini kapsamaktadır. Aynı zamanda tıbbi ve farmasötik bilgilerin bilgilendirme amacıyla yardımcı ve idari sağlık mesleği mensuplarına iletimini de kapsamaktadır²⁵. Topluma tanıtımına Sağlık Bakanlığı uygulamaları ve yönetmeliklerine atfı yapılmaktadır. Sendika tarafından yapılan bu özdenetim emredici bir hükme dayanmamakta olup kendi üyelerine yönelik yaptırımlar içermektedir.

Sağlıklı günler diliyorum, her gününüz böyle olsun. Teşekkür ederim. (Alkışlar)

24 <http://www.tibder.org/modules.php?name=News&file=article&sid=78.03.08.2011>.

25 http://www.ieis.org.tr/asp_sayfalar/index.asp?sayfa=125&menuk=11#4.27.07.2011

Doç. Dr. Erhan TEMEL

Almanya Augsburg Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi, Augsburg Hukuk Fakültesi Biyo, Sağlık ve Tıp Hukuku Enstitüsü Üyesi, Avrupa Hukuk Düzenleri Enstitüsü Türk Hukuku Araştırma Merkezi Başkanı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Görevlisi

ALMAN HUKUKUNA GÖRE YANILTICI İLAÇ REKLAMLARI IRREFÜHRENDE ARZNEIMITTELWERBUNG IM DEUTSCHEN RECHT

I. Giriş

Veciz sözleriyle de tanınan Amerikalı *Jean Paul Getty*'nin reklam hakkında söylediği cümle dünya iktisat literatüründe sıkça kullanılmaktadır. Getty “*eğer reklamlar olmasaydı bugün milyoner olurum*”, diyerek reklamın kendi iş hayatındaki rolünü dile getirmektedir. Bu sözlerde geçen hakikatin anlamı, hakikati söyleyenin kim olduğu anlaşılınca bir kat daha artacaktır: Peki Jean Paul Getty kimdir? Amerikalı bir petrol **milyarderi!**

Artık günümüzde reklam insan hayatının ayrılmaz bir parçası haline gelmiş durumdadır. Ticaret ve ekonomi dünyasında ürettiği, pazarladığı mal ve hizmeti daha iyi şartlarda satışa sunmak isteyen kişi ve teşebbüsler için reklam, vazgeçilmez araçların başında gelmektedir. Reklam modern insanın günlük hayatını kuşatmış durumdadır. Kahvaltıya günlük gazeteyle başlayan birey, akşam yatağına girinceye kadar çeşitli yöntem ve biçimlerde reklam yağmuruna tutulmaya mahkumdur. Sabah gazeteyle başlayan reklam yağmuru, gün boyunca toplu taşıma araçlarındaki reklam pano ve ekranları, cep telefonuna gelen kısa mesajlar, mailler, el ilanları, internet, yazılı ve görsel-işitsel medya üzerinden bireyin iliklerine kadar işlemektedir. Hatta bazı ürünlerin ambalaj ve dış yüzeylerinde başka mal ve hizmetin reklamı

dahi yapılmaktadır. Futbolcu formalarından, konferans afişlerine kadar, reklam her yerde karşımıza çıkmaktadır.

Reklamın üretici ve aracı birimler için faydası inkar edilemez. Reklam sayesinde ürün ve hizmetin tüketimi teşvik edilmektedir. Bu da üreticinin veya pazarlamacının cirosunun artışında doğrudan veya dolaylı bir katkı sağlamaktadır. Ayrıca reklamı yapılan ürün için pazarda yer edinmek veya mevcut pazar payının yükselmesi, herşeyden önce ürünün başarılı reklamına bağlıdır. Bu çalışma kapsamında cevaplandırılması gereken ilk soru; acaba üretilen her mal ve hizmetin reklamı hukuksal açıdan serbest midir? Günlük hayatta kullanılan tüketim ve ihtiyaç maddelerinin reklamı kural olarak herhangi bir sınırlandırma¹ olmaksızın serbesttir. Ancak sağlığa zararlı bazı tüketim mallarının satışının kontrol altına alınması ve bu sayede çocuk ve gençler başta olmak üzere vatandaşların sağlığının korunması açısından, bu malların reklamı belirli sınırlandırmalara tabidir. Alman hukukunda tütün ürünlerinin, yazılı basında, TV’de, radyolarda ve internette reklamı prensip olarak yasaktır.² Alkollü içeceklerin televizyonlarda reklamı ise ancak saat 18’den sonra mümkündür.

Tüketim ve tüketici tercihi açısından bakıldığında ilaçların günlük tüketim mallarından ve lüks mallardan farklı bir statüye sahip olduğu görülmektedir.³ Zira ilaçlar alışılmış tüketim mallarından farklı olarak *kullanımı zorunlu ürün*lerdendir. Oysa normal tüketim malları ve lüks malların tüketimi sağlık açısından zorunlu olmadığından, bunların tüketimleri ancak tüketicinin tercihine kalmıştır.

İlaçlar insan sağlığına zarar verecek riskleri bünyelerinde taşıyan ürünler olmaları nedeniyle de normal tüketim mallarından ayrılırlar. İlaçların taşıdığı riskler, ilacın yanlış dozajda kullanımından, ilacın yan etkilerinden, ilacı başka ilaç ve gıdalarla etkileşiminden ya da ilacın kontraendikasyonlarından kaynaklanabilir. Bu nedenle ilaçların piyasaya sürülmesi ve ilaç reklamlarına ilişkin yasal düzenlemeler, normal tüketim maddeleriyle ilgili yasal düzenlemelerden farklıdır.

İlaçların bu özellikleri nedeniyle Alman kanun koyucusu, ilaç rekla-

1

Haksız rekabet ve tüketici hukukundaki aldatıcı veya yanıltıcı reklam yasağı, gerçek anlamda reklama yönelik bir sınırlama olmayıp, dürüstlük kuralının bir gereğidir.

2 Bu konuda 6 Haziran 2010 tarihli Geçici Tütün Yasasının Değiştirilmesine İlişkin İkinci Yasa (Zweites Gesetz zur Aenderung des Vorlaeufigen Tabakgesetzes) hükümleri uygulanır. BGBl. I s. 848. Bu yasa sayesinde 2007/65/EG Yönergesi iç hukuka aktarılmış oldu.

3 Karş. *Poschenrieder, Angela*, Werbebeschränkung für Arzneimittel, Berlin 2008, s. 24 vd.

mının usul ve esaslarını yasal bir zemine kavuşturmak amacıyla Tedavi Edici Maddelerin Reklamı Hakkında Kanun olarak Türkçeye çevirilebilen *Heilmittelwerbe-gesetz*'i çıkarmıştır. Adı geçen yasa 15 Temmuz 1965 tarihinde yürürlüğe girmiştir⁴ Tarihi süreç içerisinde, 19. yüzyıl sonlarında endüstri devrimiyle birlikte hazır ilaç endüstrisinin kaydettiği seri üretim alanındaki gelişmelerin yanı sıra, ilaç ve ilaçların riskleri konusunda edinilen yeni bilgiler, ilaç reklamlarının devlet eliyle bir yasal düzenlemeye kavuşturulmasını zorunlu kılmıştır. Bu meyanda ilk yasal düzenleme 23.05.1903 tarihli Eyaletler Meclisi ("Bundestag") kararı ile yürürlüğe giren Kocakarı İlaçları ve Diğer Benzer İlaçlar Hakkında Tüzük ("Verordnung über den Verkehr mit Geheimmitteln und aehnlichen Arzneimitteln") teşkil etmektedir. Bu tüzüğü 01.10.1941 tarihinde yürürlüğe giren Tedavi Edici Maddelerin Reklamı Hakkında Tüzük ("Heilmittelwerbeverordnung") izlemiştir. Adı geçen tüzük şu an yürürlükte olan Tedavi Edici Maddelerin Reklamı Hakkında Kanun yürürlüğe girinceye kadar geçerliliğini korumuştur.

Kamu hukukuna dahil olan bu özel kanunun birbiriyle yarışan üç farklı menfaati gözeterek, dengelemesi gerekmektedir. Bu düzenlemeyle özellikle ilaç üretimi yapan üreticinin, ürününü tanıtarak mümkün olduğunca fazla satış yapabilmesine imkan tanınmalıdır. Zira ilaç sektöründe faaliyet gösteren işletmenin ürettiği ilaçların pazarda edineceği yer, ilacın tüketiciye başarılı ve sınırlandırmadan uzak bir reklam tanıtımıyla doğrudan ilgilidir. Bu bakımdan yasadaki düzenlemeler, ilacı öven ve pozitif yanlarını ön plana çıkaran reklamlara imkan tanınmalıdır. Ancak bu sayede üretici sektörde daha fazla alıcıya ulaşabilir ve kârını optimal düzeye çıkarabilir.

Diğer taraftan ise, tüketici sıfatını taşıyan ilaç kullanıcısı, ilaç üreticisinin tabi olduğu bilgilendirme yükümlülüğü vasıtasıyla, tedavide kullanılan ilacın belirli özellikleri hakkındaki nesnel bilgilerle donatılmalıdır. Zira hastanın reçetesiz satılan ilaçları kullanarak, kendi kendini tedavi etmesi, anayasada düzenlenen yaşama ve vücut bütünlüğü hakkının bir uzantısıdır⁵ (kendi kendini tedavi hakkı="Recht auf Selbstbehandlung"). Kendi kendini tedavi hakkını kullanmak isteyen tüketici, reklam sayesinde ilacın tedavi ve kullanımına ilişkin gerekli bilgilere ulaşabilmelidir.

Tedavi Edici Maddelerin Reklamı Hakkında Kanun'un gözetmek du-

4 Heilmittelwerbe-gesetz von 11.7.1965, BGBl. I s. 3068.

5 Fuhrmann/Klein/Fleischfresser/Zimmermann, Marcus, Arzneimittelrecht, 1. Aufl. Stuttgart 2010, §28 knr. 14.

rumunda olduğu üçüncü menfaat tüketici menfaatidir. Taşıdığı risk ve yan etkilerinden dolayı tehlikeli bir ürün olan ilacın, bu risk ve tehlikelerine karşı, tüketici kanundaki düzenlemeler yardımıyla korunmalıdır. Böyle bir koruma, ancak ilaç reklamlarının hergün kullanılan herhangi bir tüketim malının reklamından farklı bir yapıya kavuşturulmasıyla mümkün olabilir. İlaç reklamları, reklamın muhatabı olan hedef kitle, reklamda kullanılan metin ve reklam metodları bakımından normal tüketim maddesinin reklamından farklı olmalıdır. Normal tüketim maddelerinin reklamları doğası gereği, tüketim arzusu oluşturmaya yöneliktir; genellikle nesnellikten uzak, tek taraflı ve abartılıdır.⁶ Sağlığı bozulan tüketici, içinde bulunduğu psikolojik durum, çaresizlik ve ilaç konusunda bilgi eksikliği nedeniyle, ilaç endüstrisinin cezbedici ve büyüleyici reklam spotlarının daha çabuk etkisinde kalabilir.⁷ Reklamdan etkilenmiş tüketici “bin bir ümitle” sarıldığı ilacın *yanlış* veya *eksik* kullanımı ya da *etkisiz* bir ilaç seçimi sonucunda, kendi sağlığına zarar verebilir.

Bunun dışında ilaç reklamlarının tamamen serbest olması durumu, hekim hasta ilişkisinde gereksiz bir gerginliğe veya ilişkinin zedelenmesine ve hatta ileri aşamalarda ilişkinin kopmasına neden olabilir. İlaç reklamından etkilenen hasta, istediği ilacı hekime reçete ettirmek için, onu rica ile ikna etmeye ve hatta ona baskı kurmaya çalışabilir. Bu da doğal olarak hekimin *tedavi* ve *ilaç seçme serbestisinin* sınırlanması anlamına geleceğinden, hasta hekim ilişkisi gereksiz yere zarar görebilir. İşte kanun koyucunun reçete ile satılan ilaçların (tüketiciye) reklamını yasaklaması olgusunun arkasında yatan sebeplerden biri de ilişkide yaşanması olası gerginlik kaygılarıdır.⁸

II. Tedavi Edici Maddelerin Reklamı Hakkında Kanun

(“Heilmittelwerbegesetz”)

1. Kanunun Gerekçesine Göre Korunan Menfaatler

Gerek görsel-işitsel ve gerekse basılı medyada ilaç reklamlarının ardından gelen spotu Almanya’da ezbere bilmeyen yoktur: “*İlacın riskleri ve yan etkileri*

⁶ Fuhrmann/Klein/Fleischfresser/Zimmermann, §28 knr. 1.

⁷ Zira Türk kültür mirasının önemli bir kısmını oluşturan atasözlerinden birinde belirtildiği gibi „Denize düşen, yulana sarılır.“ Hastalıktan kurtulmak isteyen tüketici, içinde bulunduğu çaresizlikten dolayı, abartılı ve nesnellikten uzak reklamlara kanıp - ne pahasına olursa olsun - çeşitli ilaçları denemek isteyebilir. Tüketicinin bu yöndeki eğilimini Türkiye’de modern tıbbın yeterli/gerekli tedaviyi sunmadığı bazı hastalıklara yakalanmış veya hastalığı ileri bir safhaya ulaşmış olan hastalarda gözlemek mümkündür. Çoğu kanser hastasının veya yakınlarının tedavi için çok çeşitli yöntemleri denemeye hazır olması, yine bu çaresizliğin beraberinde getirdiği bir sonuçtur. Türkiye’de bitkisel karışım, baharat ve aktar ürünlerinin satışlarının son on yıl içinde önemli derecede arttığı dikkatlerden kaçmamaktadır. Bu da tüketicinin basın ve yayın kuruluşlarında yer alan reklam/bilgilendirme programları etkisinde kalarak, alternatif tedavi/geleneksel tedaviye yöneldiklerinin göstergesidir.

⁸ Karş. Fuhrmann/Klein/Fleischfresser/Zimmermann, §28 knr. 6.

*için prospektüsü okuyunuz ve hekim veya eczacınıza danışınız.”*⁹Bu spotun ilaç reklamının hemen arkasından yayınlanması Tedavi Edici Maddelerin Reklamı Hakkında Kanun (§ 4 f. 3) gereğince zorunludur. Günlük hayatta kullanılan neredeyse hiçbir mal ve hizmetin reklamında böyle bir sınırlandırma olmamasına rağmen, ilaç reklamlarındaki bu tür sınırlandırmanın nedeni; ilaçların kanun koyucu tarafından potansiyel risk ve tehlike kaynağı olarak görülmesindendir.¹⁰

Yukarıda da kısaca değinildiği gibi, Tedavi Edici Maddelerin Reklamı Hakkında Kanun (TMRK) en başta ilaç tüketicisini ilacın neden olabileceği risk ve tehlikelerden korumayı hedeflemektedir. Bu hedef, kanunun *resmi gerekçesinde*¹¹ (“amtliche Begründung”) açıkça ifade edilmektedir: “İlaç, kullanımı genellikle risksiz olmayan özel bir mal türüdür. İlaç üreticileri veya ilaçları piyasaya sürenler, satışlarını artırmak için, mesleklerini icra ederken¹² prensip olarak ürünleri hakkında tüketicileri bilgilendirme hakkına sahiptirler. Ancak bu reklam hakkı sınırlandırılmak zorundadır. İlaçların büyük bir kısmı, acemilerin gözünden kaçacak etki ve yan etkileri olan maddeleri içermektedir, bu yüzden bu ilaçlar sadece hekim kontrolünde kullanılabilir. Halk sağlığı açısından, ihtisas sahası (“Fachkreis”) dışındakilerine bu tür ilaçların reklamının yapılması ve bu sayede hastanın bu ilaçlarla kendi kendini tedavi etmeye teşvik edilmesi kabul edilemez. Bunun dışında bir dizi hastalık, acı, vücut bütünlüğü zararları ve hastalığa bağlı şikayetler vardır ki, bunları zararsız denilen ilaçlarla bile kendi kendini tedavi etme yönündeki her deneme zararlı sonuçlar doğurabilir.

Kanun gerekçesi tüketicinin ilacın neden olduğu tehlike ve riskleri bu şekilde dile getirmekle birlikte, şu ifadelerle tüketicinin ilaçlarla kendini tedavi etme hakkına da işaret etmektedir¹³: “Prensip olarak her vatandaş hastalık durumunda ilaçlar yardımıyla kendi kendini tedavi etme hakkına sahiptir; bu yüzden vatandaşın hangi ilaçların piyasaya çıkarıldığını ve bu ilaçların nelere faydalı olduğunu öğrenme konusunda haklı menfaati vardır. Ancak tüketici, hakkında kolay kolay genel bir fikir edilmesi zor olan bu alanda kendisi uzman

9 Almanca Spot “Zu Risiken und Nebenwirkungen lesen Sie die Packungsbeilage und fragen Sie Ihren Arzt oder Apotheker” şeklinde ifade edilmektedir. Tedavi Edici Maddelerin Reklamı Hakkında Kanun § 4 f. 3 gereği bu spotun ilaç reklamının hemen arkasından yayınlanması mecburidir.

10 Kanun koyucunun ilaca karşı bu kuşkulu ve tüketici lehine tedbirli yaklaşımı, Alman İlaç Yasası’nın (Arzneimittelgesetz=AMG) da genel karakteristik özelliğidir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için **Temel, Erhan**, Alman Hukukunda İlaç Üreticisinin Özel Hukuk Sorumluluğu, Fırat Öztan’a Armağan Ankara 2010, C. II s. 2053 vd.

11 BT-Drucksache IV/1867 Anlage 1 s. 5 vd.

12 İlaç üretici ve pazarlayıcılarının ürünlerini reklam yaparak tanıtabilmesi Alman Anayasası m. 12’de düzenlenen “mesleğin serbestçe icrası” hakkı ve özgürlüğüne dayanmaktadır.

13 BT-Drucksache IV/1867 Anlage 1 s. 5 vd.

olmadığı için, bir ilacın fayda ve etkisi hakkında bir doğru yargıya varamaz. Bunun dışında hasta olan bir kimse, genellikle psikolojik zaruret içinde olduğundan, aldatıcı veya abartılmış bir ilaç reklamının kolayca kurbanı olur. Bu kanun tasarısının ana hedefi, insanların reklam ile yanıltılarak ilaçları yanlış kullanmasına engel olmaktır.”

Yine gerekçede, kanunun Haksız Rekabet Kanunu ve Ceza Kanunu’ndan farklı bir koruma amacı taşıdığı aşağıdaki cümlelerle ifade edilmektedir¹⁴: *“Haksız rekabet ve ceza hukukunun genel nitelikteki hükümleri, sağlık sektöründe uygulanan ticari reklamlar için yetersiz kalmaktadır. Halk sağlığı bu alanda haksız rekabet ve ceza hukukunu aşan özel düzenlemeleri gerektirmekte ve haklı kılmaktadır. Haksız Rekabet Kanunu birincil olarak hukuksal alanda dürüst rekabeti temin eder ve rakibin haksız metodlarına karşı, piyasaya katılan bireyin korunmasını sağlar. Ceza Kanunu’ndaki hükümler, özellikle bu bağlamdaki dolandırıcılığa ilişkin münferid düzenlemeler tüketicinin menfaatini korumasına rağmen, bu koruma malvarlığına ilişkindir. Bu yasayla bireyin ve toplumun sağlığının korunması hedeflenmektedir.*

Tedavi Edici Maddelerin Reklamı Hakkında Kanun ile ilaç reklamlarının sahip olması gereken özellikleri ise kanun koyucu şu cümlelerle ifade etmektedir¹⁵: *“Bu kanun teklifi gerçeğe uygunluk, açıklık ve nesnellik prensiplerini benimser. Bu prensipler genel geçerliliğe sahiptir. Adı geçen prensipler açısından ihtisas sahibi kişilere yönelik reklamlar ile tüketicilere yönelik reklam arasında bir fark yoktur. İlacı satın almak veya kullanmak isteyenlerin, karar verirken doğru veya nesnel olmayan iddialarla etki altında kalmaları engellenmelidir. Bu, özellikle doğrudan tüketiciye yönelik reklamlar için geçerlidir.”*

Gerekçede de belirtildiği gibi, Tedavi Edici Maddelerin Reklamı Hakkında Kanun’un *asli koruma amacı*, ilaç reklamlarına getirilen bir takım sınırlama ve yasaklar sayesinde, toplum ve birey sağlığının korunmasını temindir. Birey tüketici konumunda olduğundan, kanun, tüketici haklarını da bireyin korunmasına paralel olarak korumaktadır. Buna karşılık ilaç piyasasındaki diğer iştirakçilerin, yani ilacı üreten, pazarlayan ve satışını yapan teşebbüslerin rekabet hukukundan kaynaklanan menfaatleri ise, bu kanunun koruduğu menfaatler arasında yer almamaktadır. Bu tür menfaatleri korumayı asli amaç edinen yasal düzenleme Alman Haksız Rekabet Kanunudur.

14 BT-Drucksache IV/1867 Anlage 1 s. 5 vd.

15 BT-Drucksache IV/1867 Anlage 1 s. 5 vd.

Başka bir perspektiften bakıldığında, TMRK'un ilacı satın alan kesimi de koruduğu söylenebilir.¹⁶İlacı satın alanlar ilk etapta tüketiciler ve ilacı tekrar satmak amacıyla üreticiden veya toptancıdan satın alan kimselerdir. Zira bu kanun ile kanun koyucu nesnellikten uzak veya aldatıcı reklamlardan dolayı tüketicinin ve diğer alıcıların gereksiz veya yanlış ilaç kullanımını engellemek istemiştir.¹⁷Kanun koyucu burada ilaç satış cirolarını düşürmek gibi bir gaye taşımamakta, en azından reklam konusunda getirdiği şart, yasak ve sınırlamalarla ilaç piyasalarının değişik reklam metodlarıyla kızışması sonucunda tüketici ve diğer alıcıların sömürülmesini ve zarar görmesini engellemek istemektedir.

2. Reklama Konu Olan Tedavi Edici Maddeler

Tedavi Edici Maddelerin Reklamı Hakkında Kanun, adından da anlaşılacağı üzere sadece ilaç reklamlarını düzenleyen bir kanun değildir. Kanunun hangi maddeler için uygulama alanı bulacağı § 1'de açıkça hükme bağlanmıştır. Buna göre:

- (1) Bu kanunda geçen tedavi edici maddeler kavramına öncelikle İlaç Yasası § 1'de tanımlanan ilaçlar girer.
- (2) Bunun dışında, Tıbbi Ürünler Kanunu ("Medizinproduktegesetz") § 3'de tanımlanan tıbbi ürünlerde bu kanunun kapsamına dahildir.
- (3) Ayrıca hastalıkların, acıların ve vücut bütünlüğü zararlarının, hastalıktan kaynaklanan şikayetlerin ortadan kaldırılması ya da dindirilmesine ilişkin tıbbi yöntem (proses) ve terapilerin reklamları ile bu amaca hizmet eden araç ve cisimler de bu kanunun uygulama alanı içindedir.
- (4) Tıbbi endikasyonu olmayan ve vücutta şekil değişikliğine neden olan estetik ameliyatları konu alan reklamlar yine bu kanunun uygulama alanına dahildir.
- (5) Eğer Kozmetik ürünlerin ve vücut bakımında kullanılan maddelerin; hastalıkları, acıları ve vücut bütünlüğü zararlarını veya hastalıktan kaynaklanan şikayetleri ortadan kaldırma ya da dindirme özelliği taşıdığını vurgulayan bir reklamlar sözkonusuysa bu tür reklamlar da Tedavi Edici Maddelerin Reklamı Hakkında Kanun'da öngörülen reklam yasak ve sınırlandırmalarına tabidir. Örneğin "bir kremin selülitleri sürekli kullanımda azalttığı", "bir şampuanın saç dökülmesine karşı etkili olduğu" veya "manyetik bakır bileziklerin romatizmal ağrıları

16 *Doepner, Ulf, Heilmittelwerbegesetz Kommentar, 2. Aufl. München 2000, Einl. knr. 40.*

17 *Karş. Doepner, Einl. knr. 40.*

azaltığı veya sterese iyi geldiği”, gibi ifadeleri içeren reklamlar Tedavi Edici Maddelerin Reklamı Hakkında Kanun’a tabidir.

Sayılan tüm bu tedavi edici maddeler, ilaçlar, cisimler, araçlar, kozmetik ürünler, tıbbi yöntemler, estetik ameliyatlar reklamların objesi konumundadır. Dolayısıyla bu objeleri ilgilendiren bütün reklamlar, kanunda öngörülen usul ve tarzda olmalıdır. Kanunda düzenlenen yasak ve sınırlamalara uygun olmayan reklamlar caiz olmadığından, bunlara muhalif hareket edenler hapis ve/veya idari para cezası ile cezalandırılırlar (§ 13 ve § 14 TMRK). Ayrıca kanunda öngörülen yasak ve sınırlandırmalara aykırı reklamları hazırlayan veya yaptıranlara karşı, haksız rekabet hukukundan kaynaklanan davalar da açılabilir.

III. Yanıltıcı İlaç Reklamları

1. İlaç Reklamı

a) Genel Anlamda Reklam Kavramı

Tedavi Edici Maddelerin Reklamı Hakkında Kanun, “ihtisas çevresi¹⁸”, “ilaç”, “tedavi edici maddeler” gibi terimlerin tanımlarına yer vermiştir. Oysa kanunun en merkezi kavramı olan **reklam**dan ne anlaşılması gerektiği konusunda herhangi bir açıklamaya gidilmemiştir. Kanunun gerekçesinde, “reklamın yasal tanımının yapılmadığı, zira bu kavramın değişik kanunlarda da kullanılmasına rağmen, tanımının herhangi bir kanunda yapılmadığı ve buna gerek olmadığı” belirtilmektedir.¹⁹ Reklam kavramının anlamını belirleme işi, zorunlu olarak yüksek yargı ve doktrine kalmıştır.

Reklam kavramının anlamını tespit etmek, bu makale bağlamında öncelikle çözülmesi gereken son derece önemli sorunlardan birini teşkil etmektedir. Ancak bu kavramın içeriği belirlendikten sonra, ilaç üreticisi veya pazarlayıcısının ilaca ilişkin tanıtım faaliyetinin reklam olup olmadığına karar verilebilir. Zira reklamı diğer benzer kavramlardan ayırdığımız zaman, ilaç üreticisinin ve pazarlamacısının davranışlarının bu kanun kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği sorunu çözülmüş olur. Örneğin ilaç üreticisinin faaliyeti reklamdan ziyade, bilimsel bir toplantı kapsamında ilacın farmakolojik özelliklerinin açıklanması amacını taşıyan, salt bir bilgilendirme faaliyeti olarak değerlendirilebiliyorsa, bu durumda kanundaki

18 Bu kavram Almandaca „Fachkreis“ şeklinde ifade edilmektedir.

19 BT-Drucksache IV/1867 Anlage 1, s. 5.

reklam yasak ve sınırlandırmaları gündeme gelmeyecektir.²⁰

Genel anlamda reklam, insanları etkileyen araçları bir plan dahilinde kullanmak suretiyle kişileri somut bir fikre ya da davranışa sevk etmeye yönelik faaliyetler olarak anlaşılmaktadır.²¹ Reklam araçları kullanarak, insanlardan yapması beklenen davranışlar ise reklamın hedefini, yani reklam ile ulaşılmak istenen sonucu ifade eder. Reklam genel anlamda hedef kitlenin düşünce veya davranışlarını değiştirmeye yönelik olan bir *komünikasyon ve etkilendirme işlemidir*.²²

b) Tedavi Edici Maddelerin Reklamı Hakkında Kanun Bakımından Reklam Kavramı

Tedavi Edici Maddelerin Reklamı Hakkında Kanun'da düzenlenen reklam kavramı ise, Kanun gerekçesinde açıkça belirtildiği gibi **ticari reklamları** ("Wirtschaftswerbung") ifade etmektedir.²³ Buna karşılık Tedavi Edici Maddelerin Reklamı Hakkında Kanun'da reklamlar konusunda getirilen şartlar, yasak ve sınırlamalar tüm ticari reklamları değil, sadece ürün (yani ilaç ve tedavi edici diğer madde ve araçlara) ve hizmete (yani tıbbi yöntem ve terapiye) ilişkin reklamları kapsamaktadır. Başka bir anlatımla Kanun kapsamına giren reklamlar belirli ya da belirlenebilir bir *ürün* ya da hizmete yönelik olan ticari reklamlar olup, *firma reklamı* (yani işletmenin imajını ve ona olan güveni destekleyici reklamlar)²⁴ bu Kanunun uygulama alanı dışında kalmaktadır.²⁵

Firma reklamlarının odak noktasında işletmenin genel anlamda tanıtımı ve işletmenin iş ve faaliyetleri bulunmaktadır.²⁶ Bu itibarla firma reklamının kanunun kapsamına girmemesi oldukça mantıklı bir çözümdür. Zira kendi kendine ilaç tedavisi uygulayan tüketicinin, yanlış bir ilaç veya dozaj nedeniyle zarara uğraması tehlikesi, sadece somut bir ilaç ya da ürünün reklam yoluyla bazı özelliklerini övülerek, ön plana çıkarılması durumunda ortaya çıkabilir.²⁷ Normal şartlarda makul bir tüketici işletmenin reklamından

20 Karş. *Stallberg, Christian*, Information und Werbung in und auf Arzneimittelverpackungen – Rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten und Grenzen, PharmR 2010, 215.

21 *Fuhrmann/Klein/Fleischfresser/Zimmermann*, § 28 knr. 30; *Doepner*, § 10 knr. 10.

22 *Doepner*, § 10 knr. 10.

23 BT-Drucksache IV/1867 Anlage 1, s. 5.

24 Bu terimler Almanca "Imagewerbung" ve "Vertrauenswerbung" olarak ifade edilmektedir.

25 *Fuhrmann/Klein/Fleischfresser/Zimmermann*, § 28 knr. 32; *Doepner*, § 1 knr. 12; *Dieners/Reese/Reese, Ulrich/Holtorf, Marc*, Handbuch des Pharmarechts, München 2010, § 11 knr. 105; *FAKomm-MedR/Mand, Elmar*, Fachanwalt Kommentar Medizinrecht (Hsgr: Dorothea Prütting), HWG § 1 knr. 40; *Engler/Geserich/Rappler/Rieger/Engler, Cornelia*, Werben und Zuwenden im Gesundheitswesen, 2. Aufl. Heidelberg 2000, s. 12; *Poschenrieder*, s. 30 vd.

26 BGH, GRUR 1995, 223.

27 BGH, GRUR 1992, 873; *Dieners/Reese/Reese/Holtorf*, § 11 knr. 105.

etkilener, ürettiği ilaçları kullanma veya satın alma yoluna gitmez.

Uygulamada ürüne ilişkin reklamları, firma ve imaj reklamlarından ayırt etmek oldukça önemli bir sorun oluşturmaktadır. Zira ilacı konu alan her reklam en azından dolaylı da olsa, ilacı üreten firmanın imajının yükselmesine neden olur.²⁸ Bu konuda Alman Federal Yüksek Mahkemesi²⁹ tarafından geliştirilen kriter, öğreti³⁰ tarafından da baskın olarak kabul görmektedir: Buna göre önemli olan reklamın *dışa yansıttığı genel görünümüdür*. Reklamın bu genel görünümde hangi amaca hizmet ettiği belirleyici rol oynamaktadır. Eğer reklam bu bağlamda işletmenin - dış dünyaya - tanıtımı ve anlatılması amacına hizmet ediyorsa firma reklamından söz edilir. Buna karşılık reklamda belirli ya da belirlenebilir bir ilacın övülmesi *merkezi konumda* ise, ürün reklamından söz edilir. Örneğin bir ilacın ticari (müstahzar) adı reklamda açıkça belirtilmişse bu bir ürün reklamıdır.³¹ Buna karşılık ilaç üreticisi bir işletme, gazetede yer alan reklamda ilacın ismini vermeden, sadece firmanın ürettiği ilacın kullanıldığı alanlardan bahsetse, örneğin doğum kontrol ilacından sözsetse ve bu reklam sadece çok sınırlı sayıda tüketicide belirli bir ilaç ismini çağırırsa, bu durumda işletme veya imaj reklamından söz edilir.³²

Federal Yüksek Mahkeme'nin³³ haklı olarak belirttiği gibi, reklamın *ürün veya işletme reklamı* olarak nitelendirilmesi konusunda, reklam metninin veya reklam sloganının ne şekilde formüle edildiğinden ziyade, bunların ilgili hedef kitlenin *gözüde edilemeyecek önemli bir kesimi*³⁴ tarafından nasıl algılandığı esastır. Dolayısıyla reklam verenin - veya reklamcının - reklamı hazırlarken taşıdığı *subjektif niyet* bazı durumlarda ikinci planda kalabilir.³⁵

Söylediklerimizi bir cümlede özetlemek gerekirse, bir reklamın Tedavi Edici Maddelerin Reklamı Hakkında Kanun'da düzenlenen reklam kavramına dahil edilebilmesi için aranılan ilk unsur; reklamın ürüne veya hizmete ilişkin ticari bir reklam olmasıdır. Bu birinci unsura ek olarak aranacak

28 Karş. *Doepner*, § 10 knr. 18.

29 BGH, GRUR 1995, 223 (aynı karar NJW 1995, 1617); BGH, NJW 1992, 2964 vd.; BGH NJW 1983, 2634, 2635.

30 *Fuhrmann/Klein/Fleischfresser/Zimmermann*, §28 knr. 32; *Doepner*, § 1 knr. 12; *Dieners/Reese/Reese/Holtorf*, § 11 knr. 106; *Engler/Geserich/Rapple/Rieger/Engler*, s. 12 ; *Riegger, Hans-Georg*, Heilmittelwerberecht, München 2009, s. 12 § 1 knr. 33; *Poschenrieder*, s. 32; *Tillmans, Christian*, Publikumswerbverbote – jüngere Rechtsprechung und Tendenzen, PharmaR 2010, 382, 383.

31 *Engler/Geserich/Rapple/Rieger/Engler*, s. 12; *Doepner*, § 1 knr. 12.

32 *Fuhrmann/Klein/Fleischfresser/Zimmermann*, § 28 knr. 32.

33 BGH, GRUR 1983, 393.

34 Buna karşılık çok azınlıkta kalan bir kesimin *farklı* ya da *yanlış algıları* burada dikkate alınmaz. Zira ölçü ilgili ürünün hitap ettiği, makul, mantıklı ortalama tüketicidir. Örneğin kadın hastalıklarının tedavisinde kullanılan bir ilacın reklamının, çok azınlıkta kalan bazı erkek tüketiciler tarafından yanlış algılanması durumu, reklamın yanıltıcı olarak nitelendirilmesinde ölçü olarak alınmamalıdır.

35 *Dieners/Reese/Reese/Holtorf*, § 11 knr. 106.

ikinci unsur ise; reklamın *ürünün satış ve sürümünü destekleyici*, yani *ürünün pazarlanmasını artırıcı* nitelikte olmasıdır.³⁶ Bu bakımdan, ilaç hakkında nesnel bilgilendirme ve aydınlatma faaliyeti reklam olarak nitelendirilemez. Bu bilgilendirme ve aydınlatma faaliyeti bilimsel bir makale formatında olabileceği gibi, hastaların sağlık konusunda aydınlatılmasına ilişkin bir çalışma veya bir gazetede yayınlanan ve haber niteliği taşıyan ilaca ilişkin bir yazı şeklinde de olabilir.³⁷ Bunun gibi ticari herhangi bir amaç taşımayan kurum ve kuruluşların, çocukları aşı kampanyasına çağırması veya insanları sağlıklı yaşama teşvik için çalışmalar yapması da, bu kanun anlamında reklam sayılmaz.³⁸

İlacın satışını destekleyici reklamları, ilacı tanıtım amacıyla yapılan çalışmalardan ayırt etmek uygulamada önemli bir sorun teşkil etmektedir. Zira ilacın objektif ve tarafsız tanıtımı faaliyetinin bile, ilaç hakkında tamamen olumsuz bilgiler içermediği sürece, ilacın satışına olumlu etki yapacağı şüphesizdir. Bu sorunun çözümü için ilaca yönelik çalışmayı hem subjektif hem de objektif açıdan irdelemek gerekir.³⁹ Üretici firmanın faaliyetinin ilacın satımını destekleyici reklam çalışması olarak değerlendirilebilmesi için, bunun ilacın satışını desteklemesi maksadıyla (niyetiyle) yapılması gerekir⁴⁰ (subjektif unsur). İlaç firması, ürününü konu olan faaliyeti aşikar bir şekilde satışları artırmak kastıyla yapmış olmasına rağmen, ilaç satışlarında artış kaydedilememiş olsa dahi, bu faaliyet reklam olarak değerlendirilmelidir. Ancak pratikte ilaç firmasının niyeti tam olarak anlaşılamayabilir veya ispatlanamayabilir. Örneğin üretici firma asıl amacı olan ilaç satışını destekleyici reklam çalışmasını, kültürel, sportif ya da bilimsel aktivite olarak lanse edilen bir toplantı ya da gazetede çıkan bir haberin arkasına gizlemiş olabilir.⁴¹ Bu durumda *kamufle edilmiş* (“getarnte”) ya da *gizli* (“versteckte”) *reklamdan* söz edilir. Zira reklam veren, satış artırma niyetini gizlemektedir. Reklamı, nesnel bilgi içeren aktiviteden ayırabilmek için, faaliyet sonucunda

ortaya çıkan **genel görünüş objektif açıdan** irdelenmelidir: İlaça yönelik

36 BGH, GRUR 1991, 860; BGH, GRUR 1995, 612; Fuhrmann/Klein/Fleischfresser/Zimmermann, § 28 knr. 34; Dieners/Reese/Reese/Holtorf, § 11 knr. 99 vd.; Engler/Geserich/Rapple/Rieger/Engler, s. 9 vd.; Doepner, § 1 knr. 11; Poschenrieder, s. 30 vd.; Wutzo, Petra, Arzneimittelwerbung des Herstellers und Verbrauchersprüche im deutschen und französischen Recht, Frankfurt am Main 2009, s. 40.

37 Fuhrmann/Klein/Fleischfresser/Zimmermann, § 28 knr. 34.

38 Engler/Geserich/Rapple/Rieger/Engler, s. 10.

39 BGH, GRUR 1983, 393 vd.; BGH, NJW 1995, 3054 vd.

40 Dieners/Reese/Reese/Holtorf, § 11 knr. 99; Fuhrmann/Klein/Fleischfresser/Zimmermann, § 28 knr. 35; Rieger, s. 12 § 1 knr. 31; Willi, Christoph, Der informierte Patient ist der beste Patient, PharmaR 2007, 412, 415 vd.

41 Fuhrmann/Klein/Fleischfresser/Zimmermann, § 28 knr. 34; Bülow, Peter/Ring, Gerhard, Heilmittelwerbesetz, 2. Aufl. Köln 2001, § 1 knr. 5.

bir aktivite nesnel bilgilerin aktarıldığı bir toplantı dahi olsa, bu aktivite *objektif olarak reklam etkisi yapabilecek nitelikte* ise, bunun satışı destekleyici reklam olduğu kabul edilmelidir.⁴² Aktivite sonucunda ortaya çıkan genel görüntüde, asıl niyet ne kadar arka planda tutulmuş ise, aktivitenin objektif reklam etkisi de buna ters orantılı o denli kuvvetli olur. Bu durumda reklam verenin aktivitesinin satışı destekleyici reklam çalışması olduğu kabul edilmelidir.⁴³ Örneğin ilaç firması bilim adamlarının ilaç araştırmalarına sponsorluk yapıp, araştırma sonuçlarını bilimsel bir toplantıda kamuoyuna aktarır ve burada ilaç firmasının kendi pereparatı ya da etkili maddesi oldukça pozitif bir biçimde ön plana çıkarsa, bu durumda objektif reklam etkisinden ve dolayısıyla satışa yönelik reklamdan söz edilir.⁴⁴

Gerek Alman yüksek yargı kararlarında⁴⁵ ve gerekse öğretinin⁴⁶ önemli bir kesiminde, nesnel bilgi içeren çalışmaların az da olsa objektif reklam etkisinin olduğu her durumda, bunun satışa yönelik reklam olarak kabul edilmesi yönünde bir tandans (eğilim) bulunmaktadır. Zira bu görüşü savunanların haklı olarak belirttiği gibi, reklamdan söz edebilmek için mutlaka renkli, göзалıcı ya da ürünün özelliklerini ön plana çıkarıcı abartılı, dikkat çekici sloganların veya metinlerin kullanılması şart değildir.⁴⁷ Reklam gayet objektif sunulmuş bir *nesnel bilgi* ("Sachinformation") şeklinde de karşımıza çıkabilir.⁴⁸ İlaç üreticisi ve/veya ilaç pazarlamacısı, ilaç satışlarını artırmak maksadıyla ilaç hakkında nesnel bilgiler içeren tanıtıcı çalışmalar yapabilir. Ancak her objektif reklam etkisi olan tanıtımı, reklam olarak değerlendirmek hakkaniyete uygun adil bir çözüm değildir.

Etki derecesine bakmadan, objektif reklam etkili her tanıtımı, satışları artırmaya yönelik reklam olarak kabul etmek, Alman Anayasası m. 5'de düzenlenen "ifade ve enformasyon özgürlüğüne" getirilen sınırlandırma anlamına gelir.⁴⁹ Bu yüzden Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin eski ve

42 **Dieners/Reese/Reese/Holtorf**, § 11 knr. 99; **Fuhrmann/Klein/Fleischfresser/Zimmermann**, § 28 knr. 34, 36; **Riegger**, § 1 knr. 31; **Willi**, PharmR 2007, 412, 416.

43 Karş. **Fuhrmann/Klein/Fleischfresser/Zimmermann**, § 28 knr. 35.

44 Karş. **Riegger**, § 1 knr. 42.

45 OLG Hamburg, GRUR 2004, 274 vd.; OWG Lüneburg RdL 2006, 330 vd.; VG Osnabrück NVwY-RR 2005, 714. Karş. BGH, WRP 1993, 469, 470; BGH, WRP 1995, 701, 702. Benzer görüş için BGH, GRUR 2009, 984.

46 **Poschenrieder**, s. 28; **Riegger**, § 1 knr. 42 vd.; **Doepner**, § 1 knr. 12. Karş. **Bülowl/Ring**, § 1 knr. 5 vd.

47 Federal Yüksek Mahkeme oldukça yeni bir kararında, kanunun korumayı amaçladığı menfaatin kamu sağlığı gibi üstün nitelikli bir menfaat olması nedeniyle, reklam etkisi düşük olan reklamların TMRK anlamında reklam kabul edilmesine engel teşkil etmediğine hükmetmiştir. BGH, GRUR 2009, 984 knr. 18.

48 **Riegger**, § 1 knr. 42 vd.; **Fuhrmann/Klein/Fleischfresser/Zimmermann**, § 28 knr. 36.

49 **Fuhrmann/Klein/Fleischfresser/Zimmermann**, § 28 knr. 36; **Sodan, Helge/Zimmermann, Markus**, Das Spannungsfeld zwischen Patienteninformation und dem Werbeverbot für verschreibungspflichtige Arzneimittel, Berlin 2008, s. 90.

yeni bazı kararlarında belirtildiği gibi, her somut olayın özelliğine göre bir çözüme ulaşmak gerekir.⁵⁰ Burada somut olayda ilaca ilişkin aktivite çerçevesinde *reklam etkisinin*, aktivitenin hedeflediği diğer amaçların arasında *ağırlıklı bir yer* teşkil edip etmediği önemlidir. Eğer reklam etkisi, diğer hedeflerin arasında önemsiz bir yere sahipse, nesnel bilgilendirme aktivitesini, satışı destekleyici reklam kategorisine sokmak mümkün değildir.⁵¹ Buna karşılık aktivitenin *ağırlık noktasını (özünü)* reklam etkisi oluşturuyorsa, bu aktivite ürüne yönelik satışı destekleyici reklam olarak değerlendirilmelidir.⁵²

Anlatılanlardan hareketle Tedavi Edici Maddelerin Reklamı Hakkında Kanun'da düzenlenen reklam kavramını şu şekilde tanımlayabiliriz: İlacın ve Kanununda belirtilen diğer tedavi edici araç ve hizmetlerin satış ve sürümünü artırmaya elverişli olan, insanları bilgilendirmeye veya insanların görüşlerini etkilemeye yönelik ifade ve beyanlardır.⁵³ Bu tanımın Avrupa Birliği Hukukunun bir parçasını oluşturan 2001/83/EG-Yönergesi'nin m. 86 f. 1'de (ve 92/28/EWG-Yönergesi'nin m. 1 f. 3'de)⁵⁴ yer alan tanım ile örtüşüğünü gözlemleyebiliriz.⁵⁵ Bu yönergelerdeki tanıma göre reklam; enformasyon, piyasa araştırması ve ilacın cazip kılınması için yapılan çalışmalardır. İlacın cazip kılınması maksadıyla yapılan bu çalışmaların temel

50 BGH, NJW 1972, 339, 340; BGH NJW 1983, 2637; BGH, NJW 1990 1529, 1531; BGH, NJW 1995, 3054. Karş. OLG Karlsruhe, PharmaR 2007, 383, 385.

51 Fuhrmann/Klein/Fleischfresser/Zimmermann, § 28 knr. 36; Dieners/Reese/Reese/Holtorf, § 11 knr.100.

52 Alman Federal Yüksek Mahkemesi bir olayda, amacı çok aşamalı oksijen tedavi yöntemini tanıtmak olan kamuya yararlı bir derneğin kurucusu ve yönetici üyesi olan bir fizik profesörü, kendi buluşunu tanıtmak amacıyla ilgililere, talep etmeleri halinde postayla tanıtım için hazırladığı broşürleri göndermektedir. Bu broşürde, profesör kendi buluşu olan tedaviyi anlatmakta ve bu tedaviyi başarıyla uygulayan hekimlerin ad ve adres listesini de birlikte postalamaktadır. Bunun üzerine hekimlerden oluşan bir meslek birliği, fizik profesörünün hareketinin hekimin reklam yasağına girdiği ve ayrıca Tedavi Edici Maddelerin Reklamı Hakkında Kanun'un hükümlerine muhalefet teşkil ettiği gerekçesiyle, profesör aleyhine dava açmıştır. Davalı fizik profesörü mahkemede kendisinin derneğin kuruluş amacına uygun olarak, oksijen tedavi yöntemini ilgililere istek üzerine gönderdiği broşür ile tanıttığını, bu faaliyetin ürünün satışına ilişkin bir faaliyet olmadığını belirterek davanın reddini istemiştir. Federal Yüksek Mahkeme kararında, profesörün faaliyetinin dernek amacı çerçevesinde değerlendirildiğinde caiz olduğunu, fakat bu durumun faaliyeti reklam olarak nitelendirmeye engel teşkil etmediğini, sağlık sektöründe başvurulan reklamın sadece ürünü tek taraflı olarak öven reklamsal ifadelerden ibaret olmadığını, çok objektif ve nesnel bilgilerin de reklam olarak değerlendirilebileceğini, bu tür bir reklamın kamuya yararlı bir dernek eliyle de yapılabileceğini ifade etmiştir. Federal Yüksek Mahkeme somut olayda, "davalı fizik profesörünün her ne kadar temelinde nesnel bilgiler olan bir tanıtım yapmış olsa da, gönderilen broşürde sadece aydınlatıcı bilgilerin yer almadığını, profesörün çok etkileyici biçimde kendi buluşu olan terapi ile hastaların tedavisinde büyük başarılar sağlandığını, terapiyi uygulayan hekimlerin ad ve adres listesinin gönderilmesi durumunun tanıtıcı faaliyetin reklam karakterini ön plana çıkardığını" söyleyerek davalının TMRK'a muhalefet ettiğine hükmetmiştir. Bkz. BGH, NJW 1995, 3054.

53 Karş. Doeppner, § 1 knr. 11; BGH, GRUR 1991, 860, 861.

54 Bu yönerge 2001/83/EG-Yönergesi ile yürürlükten kaldırılmıştır.

55 İlaç reklamları konusunda Topluluk hukukunda ikincil (sekunder) kaynakları olan Topluluk Yönergelerinin önemli bir konuma sahip olduğunu söyleyebiliriz. Bunlar Haksız Rekabet Uygulamalarına İlişkin 2005/29/EG-Yönergesi; Yanıltıcı ve Karşılaştırmalı Reklama İlişkin 2006/114/EG-Yönerge ve Tıpta Topluluk Kodeksine İlişkin 2001/83/EG-Yönerge (Bu Yönerge 18.6.2009 tarihli 2009/53/EG-Yönerge ile değişikliğe uğramıştır); İlaç Reklamlarına İlişkin 92/28/EWG-Yönerge'dir.

hedefi ise, ilaçların hekimlerce reçete edilmesi, pazarlanması ve satışında artış sağlanmasıdır.

TMRK'daki hükümler yorumlanırken, varılan sonucun ilgili AB yönergeleriyle uyumlu olması gerektiği konusunda Alman doktrini hemfikiridir.⁵⁶ Zaten Avrupa Topluluk Hukuku milli hukukların üstündedir. Bu yüzden Topluluk hukukunun kaynaklarına aykırı olan milli hukuk normları konulamayacağı prensibi, tüm AB üyesi devletlerince kabul edilen *en üst prensip* tir. Avrupa Birliği'nin sadece coğrafi bir birlikten öte, bir hukuk birliği de olduğu bu sözünü ettiğimiz prensip ile bir kez daha teyit edilmektedir.⁵⁷

Federal Yüksek Mahkeme de 2009 yılındaki bir kararında, 2001/83/EG-Yönergesi'ndeki tanımdan hareketle, ilaç reklamlarını "ürüne veya hizmete ilişkin, reklamı yapılan şeyin sürümünü artırmayı hedef tutan ifadeler" olarak tanımlamıştır.⁵⁸

2. Yanıltıcı İlaç Reklamları Yasağına İlişkin Normatif Düzenleme

Yanıltıcı ilaç reklamları TMRK § 3'de düzenlenmiştir. Maddenin başlığı "Yanıltıcı İlaç Reklamları" şeklinde kaleme alınmıştır. Bu başlık altında aşağıdaki hükümlere yer verilmektedir:

"Yanıltıcı reklam caiz değildir. Özellikle şu hallerde yanıltma mevcuttur,

1. *Eğer ilaçlara, tıbbi ürünlere, tıbbi yönetime, terapilere, cisimlere ya da diğer araçlara kendilerinde olmayan tedavi edici etkinlik ya da etkiler atfedilirse (isnad edilirse)⁵⁹,*
2. *Şu hallerde yanlış kanı (intibağ)⁶⁰ uyandırılırsa*
 - a) *Kesin bir başarı beklenebileceği konusunda*
 - b) *Öngörülen şekilde kullanım ya da uzun süreli kullanımda zararlı etkilerin oluşmayacağı konusunda*

56 Karş. Fuhrmann/Klein/Fleischfresser/Zimmermann, § 28 knr. 22 vd.; Dieners/Reese/Reese/Holtorf, § 11 knr.8 vd; FAKomm-MedR/Mand, s. 588 § 1 HWG knr. 42 vd.

57 Topluluk hukuku kaynakları primer ve sekonder kaynaklar olmak üzere ikiye ayrılır. Primer kaynaklar Avrupa Birliğini kuran anlaşmalar ve bunların tüm ekleri, protokolleri ve bildirilerden oluşturmaktadır. Ayrıca bütün katılım anlaşmaları da primer (birinci, asli) kaynak olarak kabul edilir. Kurucu anlaşmalar Avrupa Ekonomik Topluluğu Antlaşması, Maastricht Antlaşması (1993), Amsterdam (1999), Nis (2003) ve Lizbon (2009) Antlaşmalarıdır. Bu anlaşmalar AB ülkelerinde doğrudan uygulanır. Bunun gibi Topluluk Tüzükleri de doğrudan uygulama alanı bulur. Bu prensip Avrupa Topluluğu Antlaşmasının 249. maddesinde açıkça ifade edilmektedir. Buna karşılık Topluluğun sekonder (ikincil, tali) hukuk normlarından olan yönergelerin, üye devletlerdeki, kişi, kurum, kuruluş ve devletler organları açısından bağlayıcı olabilmesi için, bu hukuk normlarının Topluluk ülkelerinde yeknesaklaştırılması çerçevesinde iç hukuka aktarılması gerekir.

58 BGH, GRUR 2009, 984.

59 Bu kelime, orjinal Almanca metinde mevcut olmayıp, metnin Türkçeye tercümesinde daha iyi anlaşılması amacıyla ilave edilmiştir.

60 Bu kelime, orjinal Almanca metinde mevcut olmayıp, metnin Türkçeye tercümesinde daha iyi anlaşılması amacıyla ilave edilmiştir.

- c) *Reklamın rekabet amacıyla organize edilmediği konusunda*
- 3. *Gerçek olmayan veya aldatmaya elverişli olan*
- a) *İlaçların terkip (bileşim)⁶¹ veya yapısı hakkında*
- b) *Üreticinin, buluşu yapan kişinin ya da bunlar için çalışan veya çalışmış kişilerin şahsı, eğitimi, yetenekleri, başarıları hakkında beyanda bulunmak.*

Kanundaki bu normatif düzenlemeden hareketle öncelikle incelenmesi gereken konu reklamlardaki “yanıltıcılık” hususudur.

3. Yanıltıcı Reklam Kavramı

a) Genel Açıklamalar

TMRK § 3 cümle 1’de yanıltıcı reklamın caiz olmadığı hükme bağlanmıştır. Bu madde tedavi edici maddeler ve özellikle ilaç reklamları hususunda genel hüküm niteliğindedir. Maddenin ikinci cümlesinde ise, örnek kabilinden yanıltıcı reklamların neler olduğu belirtilmiştir. Kanunda sayılan bu münferid durumlarda, yanıltıcı reklamın varlığı kesin karine (yani aksinin ispatı mümkün olmayan) olarak kabul edilmektedir. Kanun koyucu yanıltıcı reklamları bu şekilde katalog halinde sıralamak suretiyle, uygulamaya yol göstermek istemiştir. Zira yanıltıcı reklamın caiz olmadığını hükme bağlayan *genel hüküm*, çeşitli yanıltıcı reklam örneklerinden oluşan bir katalog sayesinde somutlaştırılmıştır. Bunların dışında kalan durumlarda da, yanıltıcı reklamın mevcut olup olmadığını tespit görevi yargıya düşmektedir.

Yukarıda ürüne veya hizmete ilişkin, satışı destekleyici nitelikte olan her türlü reklamların kanunun genel olarak uygulama alanına dahil olduğu tespit edildi. Aldatıcı reklamların caiz olmadığını öngören bu genel hükmünün, her türlü ilaç reklamları için geçerli olup olmadığı kanundaki düzenlemeden anlaşılmamaktadır. Burada akla gelen ilk ihtimal olarak, “bu hükmün uygulama alanının sadece ilacın hastalıkların, acılar ve vücut bütünlüğü zararlarının teşhis, tedavi ve azaltılmasına yönelik olan reklamlarını kapsadığı” yönünde daraltıcı bir yorum ileri sürülebilir. İkinci bir ihtimal olarak ise, ilacın sadece sayılan bu tıbbi özelliklerine yönelik reklamlar değil, ilacı *ekonomik bir mal olarak tanıtan* her türlü reklamın aldatıcı reklam yasağına dahil olduğu düşünülebilir.

Ne kanunun sistematüğinden ne de § 3 cümle 1’in lafzından daraltıcı yorumu haklı çıkaracak bir ibare çıkmaktadır. Ayrıca Kanunun genel gerekçesi

61 Bu kelime, orjinal Almanca metinde mevcut olmayıp, metnin Türkçeye tercümesinde daha iyi anlaşılması amacıyla ilave edilmiştir.

de daraltıcı yorumu destekler nitelikte değildir.⁶² Bunun dışında maddenin koruma amacı da, daha ziyade genişletici yorumu, yani ilacın ekonomik bir mal olarak reklamının yapıldığı her durumda, yanıltıcı reklamın yasak olduğu fikrini destekler niteliktedir. Zira Kanunun asıl koruma amacı tüketicinin sağlığının korunması olmakla birlikte tali koruma amacı, tüketicinin iktisadi çıkarlarının da korunması olduğu gözardı edilmemelidir.⁶³ Bu itibarla örneğin ilacın fiyatının reklamlarda gerçekten daha ucuz gösterilmesi, yanıltıcı reklam kapsamında değerlendirilmelidir.⁶⁴ Sonuç olarak belirtmek gerekirse; fiyata ilişkin aldatıcı reklamların sadece haksız rekabeti yasaklayan Alman Haksız Rekabet Kanunu § 3 (UWG) çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğini, ürünün tıbbi özelliklerine ilişkin aldatıcı reklamların ise TMRK § 3'ün uygulama alanına girdiğini savunan azınlık görüşünün isabetli olmadığı söylenebilir.⁶⁵

b) Yanıltma Kavramı

Kanun koyucu yanıltıcı reklamları örnek vererek somutlaştırmasına karşın, bu kavramın tanımını yapmaktan kaçınmıştır. Alman hukuk sisteminde, TMRK'a paralel olarak Haksız Rekabet Kanunu'nda da benzer bir aldatma yasağının düzenlendiğini görebiliriz.⁶⁶ Alman HRK § 3 haksız rekabet teşkil eden fiillerin caiz olmadığını hükme bağlamaktadır. Yine aynı Kanunun § 5 f. 1'nde ise, yanıltıcı ticari eylemlerde bulunmanın haksız rekabet olduğu belirtilmektedir. Alman HRK § 5 ve § 5a hükümlerinin tamamını değerlendirdiğimizde, büyük ölçüde TMRK § 3'deki düzenlemeyle örtüştüğü görülür. Bu hukuk düzeninin bir bütün teşkil etmesi ve bu yüzden birbiriyle çelişen normlar içermemesi prensibinin bir gereğidir. Dolayısıyla “haksız rekabet hukukundaki yanıltıcılık” ile “ilaç reklamlarındaki yanıltıcılık” kavramı anlam ve içerik açısından farklılık arzetmez.⁶⁷

62 Karş. BT-Drucksache IV/1867, s. 6. Aynı görüş için bkz. Fuhrmann/Klein/Fleischfresser/Zimmermann, § 28 knr. 49; Poschenrieder, s. 110.

63 Doepner, § 3 knr. 8.

64 Bülow/Ring, § 3 knr. 26; Doepner, § 3 knr. 8; Fuhrmann/Klein/Fleischfresser/Zimmermann, § 28 knr. 49; Poschenrieder, s. 110.

65 Doepner, § 3 knr. 8.

66 Şu an yürürlükte olan Alman Rekabet Kanunu 30.12.2008 tarihinde bir dizi yenilikle birlikte yürürlüğe girmiştir (BGBl I 2008, 2949). Bu Kanun tabir yerinde ise, menfaatlerini koruduğu kesim bakımından eksen kaymasına neden olmuştur. Zira 1.10.1909 tarihinde yürürlüğe giren ilk Rekabet Kanunu'nda (RGBl, s. 499) gözardı edilen, ancak yargısal ve bilimsel içtihatların görüşleri doğrultusunda 8.7.2004'de reforme edilen yeni kanunda ilk defa korunan menfaatler arasında yer bulan tüketiciler, 2008'deki kanun değişikliği ile diğer menfaat sahipleri karşısında özel ve ayrıcalıklı bir konuma getirilmiştir. Bunun neticesinde, kanunun koruduğu rakip teşebbüslerin, diğer piyasa iştirakçilerinin ve kamunun menfaatinin biraz geri plana düştüğü söylenebilir. Haksız Rekabet Kanunu'nda yapılan son değişiklikler büyük ölçüde 2005/29/EG-Yönergesi'nin iç hukuka aktarılması amacıyla gerçekleştirilmiştir.

67 Karş. Bülow/Ring, § 3 knr. 4; Fuhrmann/Klein/Fleischfresser/Zimmermann, § 28 knr. 50.

Hem Haksız Rekabet Kanunu hem de TMRK uyarınca **yanıltıcı reklamı**, *yanlış veya aldatmaya elverişli bilgiler veya beyanlar sayesinde reklamın hitap ettiği kesimin önemli bir bölümünde gerçekle örtüşmeyen kanı uyandırmak ve bu sayede onların karar sürecini etkilemek için yapılan reklamlar* olarak tanımlayabiliriz.⁶⁸ Yanıltıcı ilaç reklamında amaç reklamın hedef kitlesini kendi istedikleri doğrultuda karar almaya yöneltmektir. Örneğin yanıltıcı reklamla hekim reklamı yapılan ilacı reçete etmeye, tüketici sıfatıyla hasta ilacı kullanmaya, eczacı bu ilacı satın almaya yöneltilmektedir. Ancak ilaç reklamının yanıltıcı reklam sayılması için, reklamın hedef kitlenin kararını gerçekten etkileyip etkilemediği önemsizdir.⁶⁹ Burada esas olan reklamcının veya reklam verenin davranışının, yani bilgi, beyan veya ifadelerinin aldatmaya elverişli olmasıdır.⁷⁰

Yanıltma reklamcının olumlu bir davranışıyla oluşabileceği gibi, olumsuz bir davranışıyla, örneğin bilgi vermemek, kaçınmak, susmak suretiyle de gündeme gelebilir. Reklamcı, olumlu davranış ile yapılan yanıltma ve aldatmada gerçekte mevcut olmayan bir şeyi, olay ve durumu mevcutmuş gibi gösterir veya gerçekte mevcut olan bir şeyi örtbas eder ve gizler. Örneğin grip için kullanılan bir ilacın saman nezlesine iyi geldiği yönünde reklamda ya da bir ilacın yan etkilerinin bazılarının gizlenmesi durumunda olumlu davranış ile yanıltma söz konusudur.

c) Reklamın Hedef Kitleyi Yanıltmaya Elverişli Olup Olmadığı

Sorunu

İlaç reklamlarının hedef kitlesi *ihhtis sahasına dahi⁷¹ olanlar* ve ihtisas sahası dışındaki normal tüketiciden oluşan *halk* olmak üzere iki gruptur. Reçeteyle satılan ilaçların reklamı sadece ihtisas çevresine dahil olan kimselere yapılabilir (§ 10 f. 1). Aynı şekilde, reçeteyle satılmasa dahi, uyku ilaçlarının ve psikiyatri ilaçlarının halka reklamı yasaktır (§ 10 f. 1). Bunun gibi ihtisas çevresine dahil olmayan kimselere ilaç ve diğer tedavi edici madde ve hizmetlerin, bilirkişi raporları, reklamı yapılan şeyin etkileri ve

68 Fuhrmann/Klein/Fleischfresser/Zimmermann, § 28 knr. 50; Bülow/Ring, § 3 knr. 5; Riegger, § 3 knr. 4.

69 Bülow/Ring, § 3 knr. 5; Riegger, § 3 knr. 4.

70 Riegger, § 3 knr. 4; Poschenrieder, s. 111.

71 İhtisas çevresinin hangi mesleklerden oluştuğu § 2'de hükme bağlanmıştır. Buna göre ihtisas çevresi hastalıkların tedavisini amaç edinen mesleklerin veya hastalıkların tedavisi için kurulmuş işyerlerinin ve insan sağlığıyla uğraşan kurumların mensuplarından oluşmaktadır. Ayrıca ilaç ve diğer tedavi edici maddelerin ticaretini yapan veya kendi mesleklerini icra ederken bu maddeleri kullanan kişiler de, ihtisas çevresinin mensuplarıdır. Bu tanıma göre hekimler, diş hekimleri, hemşireler, ebeler, hastabakıcılar, hastane, klinik ve sair sağlık kurumlarında çalışan sağlık personeli ve bu kurumların işletmecileri, alternatif ve/veya geleneksel tıp uygulayanlar, ecza ve tıp ürünlerini pazarlayanlar ihtisas çevresine dahildir.

faydalarının anlatıldığı tebliğler, bilimsel tavsiyeler, ilacı kullanmadan önceki ve kullandıktan sonraki sağlık ve vücut durumundaki değişikliği gösteren, resimler, şekil ve şemalar ile reklamı yapılamaz⁷² (§ 11). Sigara hariç, madde bağımlılığı ile hamilelikteki komplikasyonların tanısı, tedavisi ve şikayetlerin ortadan kaldırılması için kullanılan ilaçların ve tıbbi ürünlerin halka reklamı yasaktır (§ 12 f. 1).

İlaç reklamının, yanıltıcı sayılabilmesi için reklamın hedef kitlesinin gerçekten yanıltılıp yanıltılmadığından ziyade, reklamın bu kitleyi *yanıltmaya elverişli olması* gerekli ve yeterlidir. Reklamın yanıltmaya elverişli olup olmadığı sorusu, reklamın muhatabına göre farklı şekilde cevaplandırılabilir. O halde reklamın yanıltıcılık niteliğini reklamın muhatabının *anlayışına* (*algısına*) göre belirlenmelidir.⁷³ Reklamın muhatabının, yani reklamın hedef aldığı kitlenin anlayışını saptamak için, üç aşamalı bir yol takip edilmelidir.⁷⁴

- (1) Öncelikli olarak reklamın ihtisas çevresini mi, yoksa halkı mı hedef aldığı tespit edilmelidir. Reklam belirli bir ihtisas çevresine hitap edebilir, örneğin hekimleri hedef kitle olarak seçmiş bir reklam söz konusu olabilir. Reklam daha da spesifik bir reklam olabilir ve sadece belli bir tıbbi uzmalık dalının mensuplarına yönelmiş olabilir. Örneğin belirli bir göz hastalığının tedavisinde kullanılan ve reçeteye satılan bir damlanın reklamının, yanıltıcı olup olmadığı göz hekimlerinin anlayış ve algılamasına göre değerlendirilir.
- (2) İkinci aşamada reklamın yöneldiği kesimin, bilgi ve dikkat seviyesi ve ihtisas durumu (yani anlayış veya algılama durumu) saptanmalıdır. Halka yapılan bir reklamda yanlış anlaşılma yol açacak terim veya ibareler kullanılmışsa, örneğin latince kelimelere yer verilmişse, bu durumda reklamın yanıltmaya elverişli olduğu kabul edilmelidir. Buna karşılık aynı reklam hekim ya da eczacılar için yanıltıcı sayılamayabilir. O halde reklamın yanıltıcılık niteliğini saptamada, reklamın hedef tuttuğu kitlenin “anlayış” ve “kavrayış” en belirleyici kriterlerdir.
- (3) Nihayet son aşamada, reklamda kullanılan bilgi ve ifadelerin, reklamın muhatabı tarafından doğru algılanıp algılanmadığı tespit edilmelidir. Eğer gerçek durum ile muhatabın anladığı şey birbiriyle

72 İlaç ve tedavi edici diğer maddelerin reklamlarında kullanılan üsüle ve metodlara ilişkin diğer sınırlamalar için bkz. TMRK § 11.

73 Hedef kitlesinin anlayışı ve algısı kavramlarıyla ifade edilmek istenen, reklamın hedef kitlesi tarafından nasıl anlaşıldığı ve algılandığıdır.

74 *Riegger*, § 3 knr. 5.

örtüşmüyorsa, reklam doğru kavranmamıştır ve dolayısıyla bu yanıltmaya elverişli bir reklamdır.

Sayıdığımız bu aşamalardan ikincisi, yani reklamın muhatabının anlama ve kavrama durumunun tespiti, uygulamada en fazla sorunun yaşandığı aşamadır.⁷⁵ Zira reklamın hedeflediği kesimin algı ve anlama (anlayış) durumu, insanların sahip olduğu “önbilgi” ve “dikkat seviyesi”, “detayları farkedebilme yeteneği” gibi kişiden kişiye değişen faktörlere bağlıdır. Bu yüzden reklamın yanıltıcılık özelliğini tespit ederken, kişiye göre değişen farklı sonuçlarla karşılaşılabilir.

Hedef kitlesi halk olan reklamlarda, muhatabın anlayış ve algısını belirlerken, ölçü olarak *tüketici* alınır. Ancak serbest piyasa ekonomisinin uygulandığı Almanya’da tek tip tüketiciden söz etmek imkansızdır. 1990’lı yılların sonuna kadar, yargı kararlarında “dikkati ve bilgi seviyesi fazla olmayan”⁷⁶ bir tüketici tipi ölçü olarak alınmıştır.⁷⁷ Bu profildeki bir tüketici, reklamı yapılan ürün hakkında sadece *yüzeysel bilgiye* sahiptir ve reklamda geçen ifadeleri de fazla dikkat etmeden, *üstünkörü algılar*.⁷⁸

Günümüzdeki yargı kararlarında ise, *ortalama bilgi ve anlayışa sahip (makul) tüketici*⁷⁹ profili ölçü olarak alınmaktadır.⁸⁰ Ancak bu profilin, sürümü yapılan mal ve hizmetin türüne göre de farklılık gösterebileceği göz ardı edilmemelidir. Reklamın yanıltmaya elverişli olup olmadığını belirlenirken, bu *makul ve ortalama tüketicinin*⁸¹ reklamda geçen ifadeleri yüzeysel değil, detaylı şekilde değerlendirmesi ve algılaması beklenir.⁸² Ayrıca reklamın yöneldiği tüketici, somut olayın özelliklerine ve ağırlığına uygun bir dikkat sarf etmelidir.⁸³ Örneğin tansiyon ilacının reklamı söz konusu olduğunda, reklamın hitap ettiği iç hastalıkları uzmanı ve eczacının detaylı bir önbilgiye sahip olması yetmez, bu kişilerin reklamda geçen ifadeleri mesleki sorumlu-

75 Karş. *Riegger*, § 3 knr. 6.

76 Bu kavram Almandaki *flüchtiger Verbraucher* terimi ile ifade edilmektedir.

77 *Strunz, Heinrich*, Heilmittelwerbeengesetz und Verbraucherschutz, München 1987, s. 68 vd. s. 70 ve orada anılan mahkeme kararları ve literatür; *Riegger*, § 3 knr. 6.

78 Yüzeysel bilgi ve dikkate sahip tüketici profili Avrupa Adalet Divanı’nın ilgili bir kararından sonra, Alman mahkemeleri tarafından ölçü olarak kabul edilmemeye başlanmıştır.

79 Bu kavram Almandaki *durchschnittlich informierter und vestaendiger Verbraucher* ya da *informierter und vestaendiger Durchschnittsverbraucher* terimi ile ifade edilmektedir.

80 BGH, GRUR 2000, 619, aynı karar için bkz. NJW-RR 2000, 1490; *Fuhrmann/Klein/Fleischfresser/Zimmermann*, § 28 knr. 50; *Riegger*, § 3 knr. 6; *Poschenrieder*, s. 112 vd.; *Wutzo*, s. 49.

81 Türk hukukunda da reklamın aldatıcılık/yanıltıcılık özelliğini tespitinde ortalama dikkat ve bilgiye sahip tüketici ölçü alınmakla birlikte, Reklam Kurulunun pek çok kararında ortalama dikkat ve bilgi seviyesinin altındaki tüketiciyi kistas aldığı görülmektedir. Karş. *Naipoğlu/Göçen/Tonbul*, s. 360.

82 *Riegger*, § 3 knr. 6; *Poschenrieder*, s. 112 vd.

83 BGH, GRUR 2000, 619; BGH, WM 2001, 1962, 1964; BGH, NJW 2001, 3193, 3195; *Riegger*, § 3 knr. 6; *Poschenrieder*, s. 112 vd.

lukları gereği titiz ve dikkatlice irdelemesi de gerekir.⁸⁴ Bu dikkat ve özene rağmen reklamdaki ifadeler, hekimler ve eczacılar tarafından farklı şekilde anlaşılmaya elverişliyse, reklamın yanıltıcı olduğu kabul edilmelidir.

Haklı olarak yargı kararlarında⁸⁵ ve literatürde⁸⁶, makul ve ortalama bir tüketici profilinde bir kimsenin görüş ve anlayışını belirlerken çeşitli faktörlerin dikkate alınması gerektiği belirtilmektedir. Bu faktörler:

- (1) Hedef kitlenin menfaatlerinin korunmaya muhtaç olup olmadığı
- (2) Reklamın hangi mecra ile yapıldığı
- (3) Tüketim malının fiyatı, önemi ve kullanım ömrü
- (4) Reklamda geçen ifadenin bilgi değeri

Sayılan bu kriterleri örnek bir olayda şu şekilde somutlaştırabiliriz: Televizyonda yayınlanan bir ciklet reklamında, “cikletin hem fala hem de dişe baktığı” ifade edilirse ve tüketicilerden bir kısmı bu ifadeden, ciklet sayesinde artık diş fırçası kullanmaya gerek olmadığı sonucuna varsa, bu olayda hedef kitlenin korunmayı gerektirecek bir menfaati olmadığı⁸⁷, ürünün çok düşük değer ve kullanım ömrüne sahip olduğu ve reklamda geçen ifadenin, tüketicinin anladığı şekilde anlaşılacak bir değerde olmadığı görüleceğinden, bu ifade ortalama bir tüketici için yanıltıcı değildir.

d) Yanıltıcı İfade ve Bilgilerin Türüne Göre Yanıltıcı Reklam Çeşitleri

aa) Objektif Olarak Yanlış Olan Bilgi ve İfadeler İçeren Yanıltıcı Reklamlar

Kural olarak objektif bakımdan yanlış olan bilgi ve ifade içeren reklamlar yanıltıcıdır.⁸⁸ Zira bu reklamlar sonucunda, reklamın muhatabı olan tüketici ya da uzmanlık alanının mensuplarında gerçek durumla örtüşmeyen bir kanı oluşur. Yanlış bilgi ve ifadeden etkilenen tüketici, aslında gerçek durumu bilmesi halinde satın almayacağı bir ilacı satın alarak kullanabilir. Bu da tüketicinin hukuk tarafından korunan değerlerinin en önemlisi olan sağlık ve vücut bütünlüğünde önemli zararlara neden olabilir. Örneğin ülser hastası olan bir kimsenin, “hiçbir yan etkisi yoktur” şeklinde reklamı yapılan bir ağrı kesici ilaç kullanması ve ilacın yan etkisi neticesinde mide kanaması geçirmesi durumu böyledir.

84 Karş. *Riegger*, § 3 knr. 6.

85 BGH, GRUR 2007, 978, 980; BGH, GRUR 2002, 81, 83; BGH, GRUR 2000, 619, 621.

86 *Dieters/Reese/Reese/Holtorf*, § 11 knr. 64.

87 Zira ciklet tüketicisinin hukukça korunan değerlerinde reklamın yanlış anlaşılması neticesinde, doğrudan bir zarar meydana gelmemektedir.

88 *Riegger*, § 3 knr. 8.

TMRK § 3 'de örnek olarak sayılan yanıltıcı reklamların pek çoğu, objektif olarak yanlış olan bilgi ve ifadeler nedeniyle yanıltma halleridir: İlacın belirli bir hastalığın tedavisinde etkili olmamasına rağmen, reklamda bu hastalığa da iyi geldiğinin ifade edilmesi (TMRK § 3 c. 2 Nr. 1); reklamlarda ilacın terkip ve bileşimi hakkında yanlış bilgi verilmesi (TMRK § 3 c. 2 Nr. 3a); ilaç üreticisinin veya ilacı bulan kişinin şahsı, eğitimi, yetenek ve başarıları hakkında yanlış bilgi aktarılması (TMRK § 3 c. 2 Nr. 3b) bu türden yanıltma halleridir.

bb) Objektif Olarak Doğru Olan Bilgi ve İfadeler İçeren Yanıltıcı Reklamlar

Objektif bakımdan doğru olan bilgi veya ifadeler içeren bir reklam da, reklamın hedef aldığı kitlede yanıltıcı etki yapabilir. Burada yukarıda da değinildiği gibi reklamın yöneldiği kitlenin anlayış ve algısı belirleyici rol oynar.⁸⁹ Eğer doğru bilgi içeren reklam, hedef kitlenin önemsiz sayılmayacak bir kısmında, farklı anlaşılıyorsa, yanıltıcı reklamdan söz edilir.⁹⁰ Alman yargı kararlarına⁹¹ yansımış bir olayda, reklamcı etkili maddesi sakinleştirici bir madde olan badrian-preparatlarının reklamında, *“ekstra etkili, her draje 2700 miligrama kadar baldrian maddesi içerir”* şeklindeki ifadenin objektif olarak doğru olmasına rağmen, yanıltıcı olduğuna karar verilmiştir. Zira her draje normalde zaten 1350-2700 mg etkin madde içermektedir. Buna göre kullanılan ifade objektif bakımdan doğrudur. Ancak Eyalet Yüksek Mahkemesi'nin de haklı olarak belirttiği gibi, *“ekstra etkili” ve “her draje 2700 miligrama kadar etkin madde içerir”* ifadeleri birlikte ele alındığında, ortalama bilgiye sahip bir tüketicide, mutlaka her drajenin en az 2700 mg etkin madde içerdiği kanısı uyandırır. Oysaki her drajenin 1350 miligram da içerebilir. Ancak “ekstra etkili” ibaresi tüketiciyi, haklı olarak her drajenin mutlaka 2700 mg etkin madde içerdiği, bu yüzden ilacın ekstra etkili olduğu beklentisine iter.

Yine bir başka kararda İmparatorluk Mahkemesi, “mineral çamur” ibaresi içeren reklamı yanıltıcı bulmuştur.⁹² Zira ortalama bilgi ve anlayışa sahip bir tüketicinin bu ibareden anladığı şey, başka bir ifadeyle reklamı yapılan şeyden beklentisi, doğal olarak oluşmuş ve su içeren bir karışımdır.⁹³ Oysa

89 Türk hukukunda benzer görüşler için bkz. *Naipoğlu/Göçen/Tonbul*, s. 359 vd.

90 *Riegger*, § 3 knr. 8.

91 OLG Karlsruhe, GRUR-RR 2006, 241.

92 RG, RGZ 153, 57.

93 RG, RGZ 153, 57; *Bülow/Ring*, § 3 knr 8.

reklamı yapılan şey çamur niteliğini taşımasına rağmen, doğal bir karışım değildir.

Bunun gibi reklamı yapılan ürünün açıklama gerektirmeyen, yapısı gereği zaten öyle olması gereken özelliklerinin reklamda ön plana çıkarılması da, duruma göre yanıltıcılık unsuru içerebilir.⁹⁴ Sadece doğal arı balı “bal” ibaresiyle reklamı yapılabileceğinden, reklamda “hakiki bal” ibaresinin kullanılması yanıltıcı olabilir.⁹⁵ Zira tüketici hakiki bal ibaresini içermeyen ürünlerin doğal bal olmadığını, sadece böyle bir ibare ile reklamı yapılan balın doğal bal olduğunu düşünebilir. Bunun gibi, ilacın yasal olarak zaten belirtilmesi gereken etkili maddesinin vurgulanması, ilacın içinde zaten bulunması yasak olan bazı maddelerin bulunmadığının belirtilmesi, ilacın olması gereken ticari ambalajda piyasaya sürüldüğünün önemli bir özellikmiş gibi reklamda belirtilmesi de tüketiciyi yanıltabilir.⁹⁶

cc) Birden Fazla Anlamı Olan İfadeler İçeren Yanıltıcı Reklamlar

İlaç ve tedavi edici diğer maddelerin reklamında kullanılan bilgi ve ifadelerin birden çok anlama gelen ifade ve işaretlerden oluşmaması gerekir. Eğer reklamda bu tür ifadeler kullanılmış ve reklamın hitap ettiği kitlenin önemsiz sayılmayacak bir kesiminde yanlış anlaşılmaya neden olmuşsa, bunun neticelerine reklam veren katlanmak zorundadır.⁹⁷ Reklamda kullanılan ifade objektif olarak doğru olmasına rağmen, birden fazla anlama geliyor ve bu anlamlardan biri ürünün gerçek durumunu yansıtmıyorsa, bu reklamı yanıltıcı reklamlar kategorisine dahil etmek gerekir.⁹⁸

dd) Açıklayıcı Bilgi ve İfade İçermeyen Yanıltıcı Reklamlar

Yanıltıcı reklam, pasif olarak, yani *ihmali hareketle* yapılabilir. Burada tüketiciyi yanılgıya sevk eden şey, reklamcının belirli olguları varmış gibi göstermesinden ya da mevcut olan olguların gizlenerek örtbas edilmesinden değil, bu olgular hakkında açıklama yapmamasından kaynaklanır. Bu bağlamda öncelikle şu soru cevaplandırılmalıdır: Acaba reklamcı, ilaç ve diğer tedavi edici maddeler hakkında negatif yönler de dahil olmak üzere kapsamlı bir açıklayıcı bilgi vermek zorunda mıdır? Zira ancak aydınlatma yükümlüğünün bulunduğu ve fakat bunun yerine getirilmediği durumlarda, yanıltıcı reklamlardan söz edilebilir.⁹⁹ Borçlar hukukunda *irade özerkliği* ve

94 *Bülw/Ring*, § 3 knr. 10.

95 Karş. *Bülw/Ring*, § 3 knr. 10.

96 *Doepner*, § 3 knr. 52.

97 Karş. *Riegger*, § 3 knr. 9; *Doepner*, § 3 knr. 56.

98 BGH, GRUR 1982, 563, 564; BGH, GRUR 1992, 66, 68.

99 *Riegger*, § 3 knr. 10.

bunun uygulama alanı olan *sözleşme serbestisi prensibi* gereği, tarafların akit kurulurken, karşı tarafın kararını etkileyecek ve onun menfaatine olan tüm noktalar hakkında *genel bir bilgilendirme* yükümlülüğü bulunmamaktadır. Prensip olarak her iki taraf da, sözleşmenin kuruluşu esnasında, kendisi için önemli olan (kararına etki edecek) olan noktaları kendileri araştırıp bulmak zorundadır. Sözleşenler, araştırma ve bilgi edinme esnasında çıkacak masrafı yine bizzat karşılamak ve edindiği hatalı bilginin neticelerine kendileri katlanmak durumundadır. Ancak, ilaç reklamları kamu hukukunu ilgilendiren ve asli amacı tüketici ve halk sağlığını korumak olan bir hukuk dalıdır. Bu itibarla kanun koyucu ilaçların hem kutularında hem de prospektüsünde ilaca ilişkin bazı standart bilgilerin yer almasının gerekliliğini İlaç Yasası § 10 ve § 11’de hükme bağlamıştır.

Alman rekabet hukuku bakımından incelendiğinde, reklamı yapılan şeyin tüm vasıfları hakkında ve özellikle de negatif özelliklerini de içeren genel bir aydınlatma ve bilgilendirme yükümlülüğünün bulunmadığı görülür. Ancak *ihmali hareketle yanıltma* hususunu düzenleyen Rekabet Kanunu § 5a f. 1’de reklamı yapılan ürün hakkında bilgilendirme yükümlülüğünün kapsamı ve içeriğini belirlerken iki kriter öngörülmektedir: Bu kriterlerden birincisi; reklam konusu ürüne ilişkin olan ve hakkında açıklama yapılmayan olguların, *ilgili çevresindeki genel kaniya* göre, reklamın muhatabının sözleşme yapma kararı için nasıl bir öneme sahip olduğudur. İkinci kriter ise hakkında susulan bu olguların reklamın hedef kitlesinin kararını gerçekten etkileyecek nitelikte olup olmadığıdır. O halde reklamı yapılan ürün hakkındaki bilgi, ilgili çevresindeki kaniya göre, reklamın hedef kitlesinin kararı için önemli bir etken konumundaydı ve tüketici bu bilgiye sahip olsaydı ürünü satın almayacak idiyse, reklamcının susulan bu husus bakımından bilgilendirme yükümlülüğünü kabul etmek gerekir. Dolayısıyla söz konusu bilgiyi içermeyen reklam, yanıltıcı reklam olarak nitelendirilir.¹⁰⁰

TMRK § 4 f. 1’de ilaç reklamlarında bulunması zorunlu bilgiler sayılmaktadır: Bunlar, ilacın bileşimi, kullanım alanları, yan etkileri, riskleri,¹⁰¹ etkileşimleri, ilaç firmasının ünvanı ve merkezi gibi bilgilerdir. Bu bilgileri içermeyen reklamlar yanıltıcı niteliktedir. Bunun dışında ilaç reklamlarında

100 Ürün ve hizmetlerin piyasaya sürülmesi esnasında, bunlara ilişkin hangi olguların açıklanması gerektiği ise Alman Haksız Rekabet Kanunu § 5a f. 2 ve f. 3’de sayılmıştır.

101 İlaçlara ilişkin bu düzenleme, diğer tedavi edici maddelerin ve özellikle de tıbbi ürünlerin reklamlarına kıyas yoluyla uygulanabilir. Buna göre reklamlarda tıbbi ürünlerin insan sağlığı için taşıdığı önemli risk ve tehlikeler hakkında bilgi verilmelidir. *Riegger*, § 3 knr. 11. Aksi takdirde reklamın yanıltıcı olduğu sonucuna varılır.

susma suretiyle yanıltma, eğer ilaca ilişkin bazı hususların ilgili *çevredeki genel kanıya* göre açıklanması gerekli ise, yani reklamın muhatabının bu yönde haklı bir beklentisi varsa ve buna rağmen bir bilgilendirme yapılmamışsa, söz konusu olacaktır.¹⁰² Böyle bir gereklilik ise - haksız rekabet hukukunda kabul edilen kritere göre - ancak tüketicinin ürünü satın alması için öneme sahip olduğu ve açıklanmayan bu hususların tüketici kararını etkileyecek nitelikte olduğu durumda gündeme gelebilir.

Halka yönelik reklamlar, kanunda aranılan zorunlu bilgileri kapsıyorsa, genel olarak başka bir açıklamaya gerek kalmaz. Zira bu zorunlu bilgileri aşan hususlarda yapılan açıklamalar, ortalama bilgi ve dikkate sahip olan tüketicide tüketicinin aydınlatılmasını değil, bilgi taşkınlığı (“Information Overkill”) nedeniyle yanıltılmasına yol açabilir.¹⁰³ Bu yüzden ihtisas çevresini hedef tutan ilaç reklamlarında, kanunen zorunlu olan bilgilerin dışındaki konularda ekstra bilgi ve açıklamaya ihtiyaç duyulur. Bu bilgilerin kapsam ve içeriği ise, az önce belirtildiği gibi ilgili ihtisas çevresindeki genel kanı ve haklı beklentiye göre belirlenir.¹⁰⁴

İlgili çevredeki genel beklentiye belirleme görevi, hukuki problemi çözmek durumunda olan mahkemeye düşmektedir. Mahkeme önüne gelen olayda, ilgili çevrenin ortalama bir tüketici kitlesinden mi oluştuğunu yoksa reklamın belirli bir hastalıktan muzdarip olan hastaları mı hedef aldığını tespit etmelidir. Örneğin ilaç kronik solunum yolları rahatsızlığı veya saman nezlesi olan bir hasta grubunu hedef kitle olarak seçmişse, bu kategorideki ortalama bilgi ve dikkate sahip hastalardan hareket ederek, bu hastaların reklamdan bekledikleri bilgi ve açıklamalar, reklamın yanıltıcı olup olmadığı konusunda ölçü alınmalıdır.¹⁰⁵ Eğer reklam bu haklı beklentileri karşılamıyorsa, yani gerekli açıklamaları içermiyorsa, reklam aldatıcıdır. Bu şekilde somut olayın özelliklerine uygun ve üretici/reklamcı ve tüketici menfaatlerini daha iyi dengeleyen, adil çözümlere varılabilir.

4. Yanıltıcı Reklamların İspatı

Uygulamada yanıltıcı ilaç reklamı nedeniyle aleyhine dava açılan taraf (reklam veren, reklamcı), davalı tarafın (rakip teşebbüs, tüketici birlikleri, meslek birlikleri) aksine, reklamın yanıltıcı olmadığını iddia edecektir.

102 Karş. *Riegger*, § 3 knr. 11; *Bülow/Ring* § 3 knr. 22.

103 Ortalama bir tüketici tarafından anlamı anlaşıp, değerlendirilemeyen bu bilgiler bilgi kirliliğine yol açacaktır.

104 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. *Doepner*, § 3 knr. 25.

105 Karş. *Bülow/Ring*, § 3 knr. 18 vd; *Doepner*, § 3 knr. 25 vd.

Reklamda geçen bilgi veya açıklamanın, yanıltıcı niteliğinin kabulü için ne hedef kitlenin tamamının yanıltmış olması gerekli ne de küçük bir azınlığın aldanmış olması yeterlidir. Hak dağıtarak adaleti sağlama görevi olan mahkemelerce, yanıltıcılık unsurunun kabulü için, hedef kitlenin belirli oranda, reklamı yanlış anlamış olması gerekir. Acaba hedef kitlenin ne kadarlık bir yüzdesindeki yanıltma, reklamın yanıltıcı olduğunu kabul etmeye yeterli olur? Belirlenecek bu oran herşeyden önce taraf menfaatlerini dengeleyen ve hakkaniyete uygun bir sonuca ulaşmaya elverişli olmalıdır.

Federal Yüksek Mahkeme, tüketici profili olarak yüzeysel bilgi ve dikkate sahip tüketicinin baz alındığı yıllarda, ilgili çevredeki kişilerin % 10-15'lik bir kesiminin reklamı yanlış anlaması durumunda, reklamın yanıltıcı nitelikte olduğunu kabul etmekteydi.¹⁰⁶ Yanıltma oranlarının tespiti ise ilgili çevrelerde yapılan anketler sonucunda belirlenir. Ortalama bilgi ve dikkate sahip tüketicinin ölçü alındığı daha sonraki yıllarda, Federal Yüksek Mahkeme bu oranı daha da yükseltmiştir. Örneğin Federal Yüksek Mahkeme 2003 yılında vermiş olduğu bir kararda, reklamın hitap ettiği çevreye dahil olan kişilerin % 15-20'lik kesiminin yanılgısını, reklamın yanıltıcı kabul edilebilmesi için yeterli görmemiştir.¹⁰⁷

Federal Yüksek Mahkeme bu son kararından sonra, yanıltıcılık unsuru için hedef kitlede herhangi bir yanıltma oranı hakkında bir karar vermemiştir. Öğretide haklı olarak, yanılgı oranının % 25-33 oranında olması gerektiği görüşü savunulmaktadır.¹⁰⁸ Ancak bu oran, hedef kitlesi halk olan reklamlar için geçerlidir. İhtisas çevresine hitap eden reklamlarda daha düşük yanıltma oranları aranmalıdır. Zira tüketicide aranılacak oranların ihtisas çevresinde de aranması hakkaniyete ve taraf menfaatlerine aykırı düşer. Bunun nedeni ise, bu kesimin mesleklerinin gereği olarak, ilgili reklamları detaylı ve uzmanca inceleyip değerlendirmek durumunda olmaları ve ilacı kendileri kullanmayacaklarından reklamdaki ifadeleri daha nesnel ve etkiden uzak bir perspektiften irdeleyebilme yeteneğine sahip olmalarıdır.¹⁰⁹

Son yıllarda çeşitli Eyalet Yüksek Mahkemelerinin¹¹⁰ vermiş olduğu kararlarda, reklamda geçen bilgi ve açıklamaların, hedef kitledeki yanıltma

106 BGH, GRUR 1981, 71, 74; BGH, GRUR 1992, 66, 68; BGH, GRUR 1995, 60, 62; *Riegger*, § 3 knr. 14; *Wutzo*, s. 49. Vgl. *Strunz*, s. 71.

107 BGH, GRUR 2004, 162, 163; BGH, GRUR 2002, 550, 552; *Riegger*, § 3 knr. 14; *UWG-Köhler/Bornkamm*, § 3 knr. 2.102.

108 *UWG-Köhler/Bornkamm*, § 3 knr. 2.106; *Wutzo*, s. 49. Karş. OLG München, PharmaR 2005, 181, 186.

109 Karş. *Strunz*, s. 71; *Doepner*, § 3 knr. 32.

110 OLG Frankfurt, GRUR 2011-RR, 145, 146; OLG Düsseldorf, BekRS 2010, 12046.

oranının çok düşük olmasına rağmen, reklamdaki yanıltıcılık unsurunu bazı durumlarda kabul etmeye yeterli olacağına hükmedilmiştir. Özellikle reklamın “asıl hedefinin” hitap edilen kitleyi bilerek “yanıltmak” olduğu durumlarda, yanılgıya düşen kesimin oranı çok düşük de olsa, reklamın yanıltıcı sayılması gerekir.¹¹¹ Zira burada reklam verenin kötü niyeti (aldatma kastı) karşısında, oranları çok düşük de olsa reklamı yanlış anlayarak ürünü satın alan tüketicilerin menfaatleri daha üstün tutularak korunmaktadır.¹¹² Mahkemeye yansıyan bu olayda, reklam veren reklamda geçen bilgilerin gerçek anlamının tüketicilerin büyük bir çoğunluğu tarafından anlaşılacağını ve reklamın dikkate alınmayacağını tahmin edebilmekteydi. Ancak bu reklam ile hedeflenen şey, çok az da olsa küçük bir tüketici grubu tarafından reklamın yanlış anlaşılması ve bu sayede ürünün pazarlanmasıydı.¹¹³

Buna karşılık objektif olarak doğru ifade ve bilgiler içeren reklamların, yanıltıcı reklamlar kategorisine dahil edilebilmesi için, reklamın hedef kitlesindeki yanıltma oranının, objektif olarak “yanlış bilgi içeren” diğer reklamlardaki yanıltma oranından daha yüksek olması gerekir.¹¹⁴ Zira tarafların menfaati tartıldığında, şöyle bir durum ortaya çıkmaktadır: Objektif olarak doğru bilgiler içermesine rağmen, reklamı yanlış anlayan tüketicinin menfaati karşısında, reklam verenin ve reklamı doğru anlayanların menfaati daha ağır basmakta ve bu yüzden korunmayı daha fazla hak etmektedir.¹¹⁵

Yanıltıcı reklam nedeniyle açılan haksız rekabet davalarında mahkeme, reklamın gerçekten ilgili çevrede yanlış anlaşılmaya elverişli olup olmadığını tespit etmek zorundadır. Reklamın ilgili çevrede yanlış anlaşılmaya (yanılgıya) sebebiyet verip vermediği ise ilgili çevrede oluşan genel kana (anlayışa) göre belirlenir.¹¹⁶ Eğer ihtisas sahası dışındakilere yönelik bir reklam söz konusu ise, reklamdaki ifadelerin ortalama bilgi ve dikkate sahip, makul bir tüketici çevresinde yanılgı meydana getirip getirmeyeceğine, hakim, kendi anlayış ve bilgisini baz alarak karar verebilir.¹¹⁷ Hakim, reklamdaki bu ifadeleri değerlendirdiğinde, kendisi bir yanılgıya düşüyorsa¹¹⁸ reklamın yanıltıcı olduğuna hükmetmelidir, çünkü kendisi de ortalama tüketici pro-

111 OLG Frankfurt, GRUR 2011-RR, 145, 146; OLG Düsseldorf, BeckRS 2010, 12046.

112 Karş. OLG Frankfurt, GRUR 2011-RR, 145, 146.

113 Karş. OLG Frankfurt, GRUR 2011-RR, 145.

114 BGH, GRUR 1992, 66, 68; BGH, GRUR 1995, 512; **UWG-Köhler/Bornkamm**, § 5 knr.78 2.108; **Riegger**, § 3 knr. 15; **Doepner**, § 3 knr.31.

115 **UWG-Köhler/Bornkamm**, § 5 knr. 2.108; **Riegger**, § 3 knr. 15.

116 **Riegger**, § 3 knr. 16.

117 **Bülow/Ring** § 3 knr. 23; **Riegger**, § 3 knr. 16; **Diener/Reese/Reese/Holtorf**, § 11 knr. 67.

118 Başka bir anlatımla; hakim reklamdaki ifadelerden, reklamın gerçek anlamından farklı bir anlam çıkarıyorsa, reklam yanıltıcıdır.

filinde bir kimsedir.¹¹⁹

Reklamın ihtisas çevresini hedef aldığı ve kendi bilgi ve anlayışının, ilgili çevrenin anlayışını (veya reklamdaki beklentisini) tespit etmeye yeterli olmadığı durumlarda, hakim (Alman Medeni Usul Kanunu § 144 f. 1 ve § 402 gereğince) ilgili çevrenin anlayışının tespiti için bilirkişi raporu hazırlanmasına karar verebilir.¹²⁰ Bilirkişi ilgili çevrenin genel kanısını (anlayışını) belirlemek için, metod olarak genellikle ihtisas çevresinde anket uygulamasına başvurur.¹²¹ Ayrıca ilgili çevrenin anlayışının belirlenmesi için, hakimın meslek birliklerinden (hekimlerden, eczacılar odasından, ticaret ve sanayi odasından) enformasyon veya bilirkişi raporu alması da mümkündür.¹²² Bunların dışında, hakimın tarafların mahkemeye sunduğu uzmanların görüşlerini yansıtan mütalaalardan yararlanarak, ilgili çevrenin anlayışını tespit ederek, reklamın aldatıcı olup olmadığına kendisinin doğrudan karar vermesi de olanaklıdır.¹²³

5. Yüksek Yargı Kararlarında İlgili Çevrenin Anlayışı Kavramı

(1) OLG Hamburg¹²⁴: Karara konu olan olayda bir jenerik ilaç reklamında “ilacın ismi ve fiyatı dışındaki herşey aynı” ifadesi yanıltıcı bulunmuştur. Zira Eyalet Yüksek Mahkemesi’nin görüşüne göre, ortalama tüketici bu ibareden, jenerik ilacın isim ve fiyat hariç, orijinal ilacın sahip olduğu tüm vasıflara sahip olduğu ve özellikle ilacın kullanım alanlarının da aynı olduğu sonucunu çıkarır.

(2) OLG Frankfurt a.M.¹²⁵: Karara konu olan olayda, banyo suyuna katılarak kullanılan tabletler “termal banyo” şeklinde isimlendirilmiştir. Mahkeme, bu ibarenin ilgili çevrenin önemli bir kısmında, ürünün gerçek termal banyo sularından elde edildiği zannı uyandırmayacağı sonucuna varmıştır. Zira ambalajın hiçbir yerinde aksine bir ibare bulunmamaktaydı. Ayrıca ambajda, “ürünün termal kaynak sularına eşdeğer bir bileşim olduğu ve bilimsel esaslara göre geliştirildiği” bilgisi yer almamaktaydı.

119 *Bülöw/Ring* § 3 knr. 23; *Riegger*, § 3 knr. 16; *Dieners/Reese/Reese/Holtorf*, § 11 knr. 67.

120 *UWG-Köhler/Bornkamm*, § 5 knr. 3.16; *Riegger*, § 3 knr. 16; *Bülöw/Ring* § 3 knr. 23; *Doepner*, § 3 knr.33.

121 *UWG-Köhler/Bornkamm*, § 5 knr. 3.16; *Riegger*, § 3 knr. 18.

122 *UWG-Köhler/Bornkamm*, § 5 knr. 3.17; *Doepner*, § 3 knr.33.

123 *UWG-Köhler/Bornkamm*, § 5 knr. 3.12; *Riegger*, § 3 knr. 18. Karş. BGH, GRUR 2007, 1079; OLG Hamburg, NJOZ 2007, 5153.

124 OLG Hamburg, NJOZ 2007, 1604.

125 OLG Frankfurt a.M., LMRR 2000, 134.

(3) OLG Hamburg¹²⁶: Karara konu olan olayda, ilaç reklamında, “ilaç çok koruyucu (‘dikkatli’, ‘zarar vermeden’ anlamında) şekilde etki eder” ibaresi, Eyalet Yüksek Mahkemesi tarafından yaniltıcı bulunmamıştır. Mahkemenin gerekçesinde, ortalama bir tüketicinin “ilaç çok koruyucu şekilde etki eder” ibaresi taşıyan bir ilacın da, özellikle uzun ya da sürekli kullanımda yan etkilerinin ortaya çıkacağı düşünileceği (bilebileceği) sonucuna varmıştır.

(4) LG Konstanz¹²⁷: Karar konu olan olayda tedavi edici araç olarak kabul edilen manyetik bileziğin reklamında şu ifadelere yer verilmiştir: “Kalıcı manyetik araçla ağrıdan kurtulma”. Mahkemenin de haklı olarak belirttiği gibi, ağrıdan kurtulma ibaresi, tarafsız bir okuyucuda, her türlü ağrıdan kurtulma intibağı oluşturduğundan yaniltıcıdır.

(5) LG Hamburg¹²⁸: Karara konu olan olayda kozmetik banyo ürünü için “kür” ibaresi kullanılmıştır. Mahkeme bu ibareyi yaniltıcı bulmuştur. Çünkü ilgili çevrenin anlayışına göre kür ibaresinden anlaşılan şey, kozmetik amaçlı banyo değil, daha uzun süren ve sağlığın tekrar kazanılması için uygulanan banyo kürüdür. Oysa pazarlanan ürün kozmetik amaçlı kür olduğundan, reklam haklı olarak yaniltıcı bulunmuştur.

(6) OLG Düsseldorf¹²⁹, Doepner, § 3 knr. 78: Karara konu olan olayda, reklamı yapılan bir zayıflama yöntemi için, “terapi” kelimesi kullanılmıştır. Mahkemenin görüşüne göre bu ibare yaniltıcıdır. Çünkü halkın terapiden beklediği (anladığı) tedavi edici veya sağlığı temin edici bir uygulamadır. Bu yüzden terapi kelimesinden reklamda kastedildiği şekilde “sadece jimnastik ve masaj uygulamasını içeren bir uygulama” anlaşılması olanaklı değildir.

6. İlaç ve Diğer Tedavi Edici Maddelerin Reklamlarının Kamusal Denetimi

İlaç ve tedavi edici maddelerin reklamlarında TMRK hükümlerine uygun hareket edilip edilmediği, iki farklı şekilde denetlenmektedir. Bunlardan birincisi devlet eliyle yapılan kamusal denetimdir (§ 64 f. 3 İlaç Yasası). Bu denetimi devleti temsilen görev icra eden resmi bir kurum yerine getirir. Bu kurum; basında, radyoda, televizyonda, internette, broşür ve afişlerde

126 OLG Hamburg, NJOZ 2007, 5162.

127 LG Konstanz, Doepner, § 3 knr. 91.

128 LG Hamburg, Doepner, § 3 knr. 78.

129 OLG Düsseldorf, Doepner, § 3 knr. 78.

yer alan reklamlarda yasalara aykırılık teşkil eden durumların mevcut olup olmadığını denetler (§ 7 f. 2 İlaç Yasasının Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik =AMGVwV). Denetçi kurum reklam veren firmaları ve reklam mecra kuruluşlarının kendi yetki alanları çerçevesinde yaptıkları çalışmaları denetler. Tüketici şikayeti ve diğer şikayetlere ilişkin usul ve esasları da yine bu kurum belirlemek durumundadır. Denetçi kurum kanuna aykırı bir durum veya akırlık kuşkusu olduğunda, başta savcılık olmak üzere derhal yetkili makamlara bildirmek zorundadır¹³⁰ (§ 7 f. 2) İkinci denetim ise rekabet hukukuna mahsus mekanizmalar (davalarla) yardımıyla yapılan denetimdir. Burada esas itibarıyla haksız rakabetten kaynaklanan özel hukuka ilişkin taleplerin dava yoluyla ileri sürülmesi söz konusudur.

7.Tedavi Edici Maddelerin Reklamı Hakkında Kanun ile Haksız Rekabet Kanunu Arasındaki İlişki

Şimdiye kadarki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, Tedavi Edici Maddelerin Reklamı Hakkında Kanunu’nun asıl amacı tüketici ve halk sağlığını, ilaç ve tedavi edici maddelerin reklamına ilişkin getirdiği bir takım şartlar, kısıtlamalar ve yasaklar sayesinde korumaktır. Kanun, kamu hukukuna dahil olan bir yasal düzenleme niteliğindedir. Buna karşılık Haksız Rekabet Kanunu § 1’de kanunun amacı “*rakip teşebbüslerin, tüketicilerin ve diğer piyasa iştirakçilerinin (katılımcılarının) haksız rekabete karşı korunması*” olarak ifade edilmiştir. Ayrıca maddenin ikinci cümlesinde kanunun, “*aynı zamanda kamunun bozulmamış bir rekabete ilişkin menfaatini*” de korumayı amaçladığı belirtilmiştir. Görüldüğü üzere her iki kanunun da korumayı amaç edindiği ortak menfaat tüketici menfaatidir. Fakat bu cümleden, Haksız Rekabet Kanunu’nun koruma alanına dahil olan rakip teşebbüsler ve diğer piyasa iştirakçilerinin TMRK hükümlerine dayanarak, yanıltıcı ilaç reklamından kaynaklanan ve haksız rekabet hukukuyla ilgili bazı talep haklarını ileri süremeyecekleri sonucu çıkarılmamalıdır. Nitekim TMRK § 17’de, ilaç ve diğer tedavi edici maddelerin reklamlarında sadece bu yasadaki kısıtlama ve yasaklar değil, Haksız Rekabet Kanunu’nun da uygulama alanı bulacağı açıkça ifade edilmiştir. Dolayısıyla TMRK’da ilaç reklamları konusunda düzenleme yapılmayan hususlarda, Haksız Rekabet Kanunu’nun ilgili maddeleri uygulama alanı bulacaktır.¹³¹

¹³⁰ Savcılık TMRK § 14 anlamında bir ihlal olduğu kanısına varırsa, cezai takibat başlatır. Eğer TMRK § 14 anlamında bir kabahat kuşkusu varsa, bu durumda denetçi kurum kabahatların takibi konusunda yetkili olan makama haber verir.

¹³¹ Fuhrmann/Klein/Fleischfresser/Zimmermann, § 28 knr. 150.

Her iki kanunun hükümleri birlikte incelendiğinde, TMRK'un düzenlemelerinin HRK'ndaki reklama ilişkin bazı düzenlemelerle tamamen örtüştüğü, bazı düzenlemeleri daha da detaylı ele aldığı, bazı düzenlemelere ise daha katı sınırlandırma getirdiği görülecektir¹³² (§ 4 Nr. 1 HRK/§7 TMRK; § 4 Nr. 2 HRK/§ 11 f. 1 c. 1 Nr. 7, 12 TMRK; § 4 Nr. 3 HRK/§ 11 f.1 c. 1 Nr. 9 TMRK; § 5 HRK/§ 3 TMRK).

Her iki kanunun örtüşen düzenlemeleri arasında, yanıltıcı reklama ilişkin § 5 HRK ve § 3 TMRK hükümleri de bulunmaktadır. Burada cevaplandırılması gereken ilk soru, Tedavi Edici Maddelerin Reklamı Hakkında Kanun'daki yanıltıcı reklama ilişkin düzenlemenin, Haksız Rekabet Kanunu'nda düzenlenen genel nitelikteki aldatıcı reklam yasağı hükümlerine¹³³ nazaran özel norm (lex specialis) hükmünde olup, öncelikli uygulanıp uygulanmayacağıdır. Gerek yargısal içtihatlar¹³⁴ ve gerekse doktrinde, Tedavi Edici Maddelerin Reklamı Hakkında Kanun'daki yanıltıcı reklama ilişkin düzenlemenin, Haksız Rekabet Kanunu'ndaki yanıltıcı reklam yasağı hükümleriyle birlikte uygulanacağı ve talepler yarışmasının söz konusu olmayacağı görüşü genel kabul görmektedir¹³⁵ Yanıltıcı reklamın düzenlendiği Haksız Rekabet Kanunu § 5 daha genel nitelikte olan bir normdur. Yanıltıcı ilaç reklamını düzenleyen Tedavi Edici Maddelerin Reklamı Hakkında Kanun § 3 hükümleri ise bu normu örnek vererek daha somut hale getirmiştir.¹³⁶ Bu yüzden TMRK'a göre yanıltıcı sayılan bir reklamın, tekrar rekabet hukukunda haksız rekabet teşkil eden bir reklam olup olmadığının araştırılmasına gerek yoktur. Örneğin bir ilaçta bulunmayan bir tedavi edici etki reklamda varmış gibi gösterilerek yanıltıcı reklam yapılmışsa (TMRK § 3 c. 2 Nr. 1), bu fiil otomatik olarak haksız rekabet teşkil eden bir fiildir (HRK § 5). O halde yanıltıcı bir reklamdan dolayı menfaati ihlal edilen

132 Fuhrmann/Klein/Fleischfresser/Zimmermann, § 28 knr. 150.

133 HRK § 5'in aslında yanıltıcı tüm ticari işlemleri yasakladığını, yanıltıcı reklamların da haksız rekabet hukuku bakımından yanıltıcı ticari fiil kategorisine dahil olduğunu belirtmek gerekir. Bu hükmün başlığı "Irreführende geschäftliche Handlungen" yani Yanıltıcı Ticari Fiillerdir (Hareketlerdir). Bu başlık altında şu hükme yer verilmiştir: "Yanıltıcı ticari harekette bulunan kişinin fiili haksız rekabet teşkil eder. Ticari hareket, gerçeğe aykırı ifadeler veya aldatmaya elverişli başka ifadeler içerdiği takdirde, yanıltıcı sayılır."

134 Karş. BGH, GRUR 1979, 415; BGH, GRUR 1989, 440, 441; BGH, GRUR 1998, 498; BGH, GRUR 2003, 628.

135 Fuhrmann/Klein/Fleischfresser/Zimmermann, § 28 knr. 149; Dieners/Reese/Reese/Holtorf, § 11 knr. 68; Doepner, § 3 knr.14; Bülow/Ring, Einl. knr. 26 ve § 3 knr. 26; Poschenrieder, s. 110 vd.

136 Yukarıda belirtildiği gibi, TMRK § 3 sadece ürün veya hizmete ilişkin yanıltıcı reklamları kapsamakta, firmaya ilişkin yanıltıcı reklamlar maddenin uygulama alanı dışında kalmaktadır. Bu yüzden firmaya ilişkin yanıltıcı reklamlarda, haksız rekabet davası açmak, sadece HRK § 5'e dayanarak mümkündür. Zira burada ürün ve hizmetin dışında, firmaya ilişkin aldatıcı reklamlar da yasaklanmaktadır. Karş. Dieners/Reese/Reese/Holtorf, § 11 knr. 68.

bir rakip teşebbüs veya tüketici birliği, rekabet hukukundan kaynaklanan talep haklarını ilaç firmasına karşı kullanabilir. Bu hakların başında reklamın durdurulması veya reklamdan kaynaklanan zararının tazmini talepleri gelmektedir.

Tedavi Edici Maddelerin Reklamı Hakkında Kanun ve Haksız Rekabet Kanunu arasındaki ilişki bağlamında cevaplandırılması gereken ikinci soru ise, Tedavi Edici Maddelerin Reklamı Hakkında Kanun hükümlerinin, Haksız Rekabet Kanunu § 4 Nr. 11 anlamında yasal bir düzenleme olup olmadığıdır. Zira § 4 Nr. 11'e göre, piyasadaki arz, talep ve reklam gibi işlemleri¹³⁷ düzenleyen ve diğer amaçların yanı sıra en azından piyasa iştirakçilerinin menfaatini de korumayı amaçlayan bir kanun hükmünün ihlali, haksız rekabet teşkil eden (ticari) fiildir. Burada sözü edilen, piyasa iştirakçileri kavramına, rakip teşebbüsler, tüketiciler ve mal ve hizmetleri arz ve talep eden kişiler dahildir. (HRK § 2 f. 1 Nr. 2). Eğer Tedavi Edici Maddelerin Reklamı Hakkında Kanun'u, piyasa iştirakçilerinin menfaatlerini korumayı amaçlayan bir yasal düzenleme olarak kabul edersek, bu durumda sadece yanıltıcı reklam yasağının değil, bu Kanunun herhangi bir hükmünün ihlali haksız rekabet teşkil eden bir fiil sayılacaktır. Bunun pratikteki anlamı ise, ilgililerin gerekli diğer şartların da mevcut olması durumunda, haksız rekabet davalarını açabilmesinin mümkün olmasıdır. Alman yargısal¹³⁸ ve bilimsel içtihatlarında¹³⁹, TMRK'daki reklama ilişkin düzenleme ve yasaklamaların, piyasa işlemlerini düzenleyen ve iştirakçilerin menfaatini korumayı hedefleyen hükümler olduğu ve bu normların ihlalinin haksız rekabet teşkil eden fiil olduğu genel olarak kabul edilmektedir. Ancak, haksız rekabet teşkil bir ticari fiilin, rakip teşebbüsün, tüketicinin ve diğer piyasa iştirakçilerinin menfaatlerini hissedilir derecede zedelemesi gerekir (HRK § 3 f. 1). TMRK hükümlerinin ihlali prensip olarak menfaati korunan bu kişilerin menfaatlerini önemli derecede zedeleyecek niteliktedir.¹⁴⁰

8.Yanıltıcı İlaç Reklamlarından Kaynaklanan Haksız Rekabet Davaları

a) Genel Olarak

Gerek doğrudan TMRK § 3'e dayanarak ve gerekse HRK § 5'den ha-

¹³⁷ UWG-Köhler/Bornkamm, § 3 knr. 11.34.

¹³⁸ BGH, GRUR 1992, 873; BGH, NJW 1995, 1617; BGH, GRUR-RR 2006, 243, 244.

¹³⁹ Fuhrmann/Klein/Fleischfresser/Zimmermann, § 28 knr. 145; FAKomm-MedR/Mand, s. 578 Einl HWG knr. 2 ve 12; Bülow/Ring, Einl. knr. 28.

¹⁴⁰ BGH, GRUR-RR 2006, 243, 244; Fuhrmann/Klein/Fleischfresser/Zimmermann, § 28 knr. 145.

rekette *yanıltıcı ilaç reklamlarından dolayı*¹⁴¹ haksız rekabet davası açılabilir. Açılacak haksız rekabet davaları; haksız rekabetin yasaklanması (HRK § 8), ortadan kaldırılması (HRK § 8) haksız rekabetten kaynaklanan zararların tazmin edilmesi (HRK § 9) ve haksız rekabetten elde edilen kazançların geri alınması (HRK § 10) olmak üzere dörde ayrılır. İşte bu davalar sayesinde, ilaç ve diğer tedavi edici maddelerin reklamlarının yargısal yoldan denetimi sağlanmış olur.

b) Dava Açma Hakkına Sahip Olanlar (Aktif Dava Ehliyeti)

Haksız rekabetten kaynaklanan *maddi durumun ortadan kaldırılması* ve *haksız rekabetin yasaklanması* davasında, kimlerin dava açma hakkına sahip olduğu HRK § 8 f. 3'de belirtilmiştir. Buna göre: Rakip teşebbüsler, tüzel kişiliği haiz ticaret yapanlar ile serbest meslek erbablarının çıkarlarını gözeten birlikler (teşekküller), nitelikli kuruluşlar, sanayi ve ticaret odaları ve esnaf odalarıdır (zanaatkarlar odası).

aa) Rakip Teşebbüsler (HRK § 8 f. 3 Nr. 1): Her rakip teşebbüsün yasaklama ve ihlali ortadan kaldırma davası açma hakkı vardır. Rakip teşebbüs, kasıtlı ya da taksirli olarak haksız rekabet oluşturan fiili işleyen teşebbüse karşı, bu yüzden uğradığı zarar için tazminat davası da açabilir (HRK § 9). *Rakip teşebbüs* kavramı HRK § 2 f. 1 Nr. 3'de "*mal veya hizmetleri arz veya talep eden sıfatıyla bir veya daha fazla müteşebbis ile somut bir rekabet ilişkisi içinde bulunan her teşebbüs*" olarak tanımlanmış olduğundan, sadece haksız rekabet faili ile somut haksız rekabet ilişkisi içinde bulunan rakip teşebbüsler aktif dava ehliyetine sahiptir.¹⁴² Somut bir rekabet ilişkisi, teşebbüslerin aynı veya aynı türden mal ya da hizmeti aynı müşteri çevresine pazarlamaya çalıştıkları durumda söz konusu olur. Ayrıca somut rekabet ilişkisinden söz edebilmek için ilgili teşebbüsün haksız rekabet teşkil eden fiilinin, diğer teşebbüsün sürümünü engellemesi ya da sürümüne zarar verebilmesi gerekir.¹⁴³ İlaç reklamı hukukunda, aynı veya benzer türden ilaç üretenler veya ilaç üretenler ile ilaç ithal edenler¹⁴⁴ rakip teşebbüslerdir. Buna karşılık eczacı ve müşteriler için dergi çıkaran yayınevi rakip teşebbüs değildir.¹⁴⁵

141 Ayrıca TMRK hükümlerinin herhangi birinin ihlali durumunda, tüketicinin, rakip teşebbüsün veya diğer piyasa iştirakçilerinin menfaatleri hissedilir derecede zedelenmişse, HRK § 4 Nr. 11'den hareketle de haksız rekabet davası açılabilir.

142 Karş. *Bülow/Ring*, Einl. knr. 37.

143 *UWG-Köhler/Bornkamm*, § 2 knr. 94; *Fuhrmann/Klein/Fleischfresser/Zimmermann*, § 28 knr. 146.

144 *Doepner*, Einl. knr. 48.

145 OLG Stuttgart, WRP 1995, 347, 350; *Doepner*, Einl. knr. 48.

bb) Ticaret ve Serbest Meslek Erbablarının Menfaatini Gözeten Tüzel Kişiliği Haiz İktisadi Birlikler (HRK § 8 f. 3 Nr. 1): Tüzel kişiliği haiz bu birliklerin aktif dava ehliyetine sahip olabilmeleri için bunların, üyelerinin ticaret ve serbest meslek icrasından kaynaklanan ortak menfaatlerini desteklemek amacıyla kurulmuş olması; tüzel kişiliği haiz olması; önemli sayıda müteşebbisin kendilerine üye olması ve bu üyelerin aynı ya da benzer türden mal ve hizmeti aynı piyasada pazarlıyor olması; personel açısından, maddi ve finansal bakımdan kendi mesleki menfaatlerini gerçekten takip edecek donanımına sahip olması gerekir. Ayrıca aktif dava ehliyeti için ek bir şart olarak, haksız rekabet teşkil eden fiilin birlik üyelerinin menfaatine dokunmuş olması gerekir. TMRK hükümlerinin ihlali, özellikle de yanıltıcı reklamlar söz konusu olduğunda, menfaati hissedilir derecede zedelenebilen ve bu nedenle aktif dava ehliyetine sahip olan *iktisadi meslek birliklerine* örnek olarak, ilaç endüstrisinde faaliyet gösteren birlikleri, eczacılar veya hekimler birliğini, hastaneler birliğini gösterebiliriz.

Konuyu bir örnekle somutlaştırmak gerekirse, cilt kırışıklıklarını zehir enjekte ederek gideren bir estetik cerrah, internet sayfasında kırışıklık giderme metodu olarak “botox uygulaması” ifadesini kullandığında, TMRK §11’deki reçete ile satılan ilaçların halka reklam yasağını ihlal etmiş olur ve bu yüzden, estetik cerrahın bu fiili haksız rekabet teşkil eden bir davranıştır.¹⁴⁶ Zira Botox, etkili maddesi “botolinustoxin” olan bir ilacın ticari adıdır. Bu durumda estetik cerrahlar birliği, hekimler birliği, eczacılar birliği, yasaklama veya önleme davası açabilir. Bu davaları ayrıca serbest çalışan herhangi bir estetik cerrah da açabilir. Ayrıca ilgili etkili maddeyi üreten rakip bir ilaç firması da her iki davanın yanı sıra, uğradığı zararın tazmini maksadıyla açılacak tazminat davasında aktif dava ehliyetine sahip olacaktır. Bunun dışında haksız rekabetle mücadele için kurulmuş ve tüzel kişiliği haiz dernekler de, aktif dava ehliyetine sahiptir.¹⁴⁷

cc) Nitelikli Kuruluşlar: Bu tür kuruluşlardan ne anlaşılması gerektiği, TMRK’nun Men Davaları Hakkında Kanunun (“Unterlassungsklagengesetz”) §4’deki ve 98/27/EG-Yönergesi’nde belirtilen listeye yaptığı atıftan çıkarılmaktadır. Bu listede bahsedilen nitelikli kuruluşlardan biri de tüketici haklarını korumayı kendisine amaç edinen ve en az bir seneden beri faaliyet gösteren, en az 75 üyeye ve tüzel kişiliğe sahip *tüketici birlikleridir*.

¹⁴⁶ Benzer bir olay için, LG Bonn, NJOZ 2003, 3529.

¹⁴⁷ Bu dernekler hakkında ayrıntılı bilgi için karş. *Doepner*, Einl. knr. 50.

Tüketicinin tek başına aktif dava ehliyeti yoktur. Kanun koyucunun tüketiciye bu yetkiyi vermemesinin nedeni, ilaç firmaları ve pasif dava ehliyetine sahip diğer kimselere karşı açılması muhtemel popüler davaların önüne geçilmek istenmesidir.¹⁴⁸ Yanıltıcı reklamdan dolayı menfaati zedelenen tüketiciler adına tüzel kişiliği haiz tüketici birlikleri dava açabilir. Bu birlikler menfaat ihlali konusunda objektif bir ön bir inceleme yapacağından, bu sayede haksız ya da kötü niyetli münferit davaların mahkemeleri boşu boşuna meşgul etmesi engellenmekte ve haksız davalarla ilaç üreticisi firmaların imajının zedelenmesinin önüne geçilmektedir.

dd) Sanayi ve Ticaret Odaları ve Esnaf Odalar: Bu odalar da haksız rekabet davalarını açmaya yetkilidir.

c)Davalılar (Pasif Dava Ehliyetine Sahip Olanlar)

Haksız rekabetin yasaklanması ve ortadan kaldırılması davasında davalı HRK § 8 gereği, ihlal edilen haksız rekabet normunun muhatabı olan ve bu normun ihlalinin sorumlu olan kimsedir.¹⁴⁹ Daha açık bir ifadeyle; haksız rekabet davasında davalı, ilgili haksız rekabet normunu ihlal eden *fail* ve bu fiile yardım eden *iştirakçi*dir. Bu itibarla işletmelerde işletme sahibi, kendi çalışanlarının haksız rekabet fiilinden sorumlu olur.¹⁵⁰ Ayrıca fail ya da iştirakçi olmamasına rağmen, isteyerek bir başkasının menfaatlerinin zedelenmesine illi hareketiyle katkıda bulunmuş kimseler de, rekabetin yasaklanması ve ortadan kaldırılması taleplerinin muhatabı, yani davalı tarafı olabilir.¹⁵¹

İlaç reklamı hukukunda davalılar, ilaç firması, ilaç üreticisi, ilaç pazarlamacısı, ithalatçı, toptancı, perakendeci, eczacı, hekim, ilaç represantı olabilir. Bunların dışında ilaç firmasının veya üreticinin talebi üzerine ilacın reklamını profesyonel olarak yapan reklam ajansları da pasif dava ehliyetine sahiptir.¹⁵² Reklamda faaliyet göstermesine karşın, içeriğinden sorumlu olmayan matbaa sahibi, afişleri yapıştıran veya el ilanlarını dağıtan kimselere karşı dava açılamaz.

Bu sayılan kimselerin dışında *mecra kuruluşları* da haksız rekabet davasında davalı olabilir. Ancak mecra kuruluşların haksız rekabet sorumluluğu, diğer davalılara nazaran daha sınırlıdır. Bu bağlamda TV, radyo, yazılı basın

148 Karş. *Bülow/Ring*, Einl. knr. 40.

149 *Fuhrmann/Klein/Fleischfresser/Zimmermann*, § 28 knr. 147.

150 *Fuhrmann/Klein/Fleischfresser/Zimmermann*, § 28 knr. 147.

151 *Fuhrmann/Klein/Fleischfresser/Zimmermann*, § 28 knr. 147.

152 *Fuhrmann/Klein/Fleischfresser/Zimmermann*, § 28 knr. 42.

gibi kuruluşların sorumluluğu, eğer reklam metni ya da sloganını kendileri hazırlamadılar ise, reklamda geçen ifadelerin yasaları açık ve ağır biçimde ihlal edip etmediklerini denetlemekle sınırlıdır.¹⁵³ Mecra kuruluşları lehine sorumluluğun bu şekilde sınırlandırılmasının nedeni, anayasal bir hak ve özgürlük olan basın özgürlüğünün, haksız rekabet davaları ile zedelenmesinin önüne geçilmek istenmesidir.¹⁵⁴

Dikkatiniz için teşekkür eder, tekrar saygılar sunarım. (Alkışlar)

153 Fuhrmann/Klein/Fleischfresser/Zimmermann, § 28 knr. 147.

154 Karş. BGH, GRUR 1973, 203, 204; BGH, GRUR 1972, 722.

OTURUM BAŞKANI- Hocam, biz de çok teşekkür ederiz.

Katılımcılara, konuşmacılarıma, oturumumdaki konuşmacılarıma Ankara Barosu adına da çok teşekkür ederim değerli vakitlerini ayırıp bizi bilgilendirdikleri için ve yine sağlık hukuku alanında önemli bir kaynak olacak olan, basılı hale gelecek olan bu eserde değerli katkılarını geliştirerek bizimle paylaşan, bundan sonra da sağlık alanında yapacak arkadaşlara örnek olacak bir eser bırakmış olacağız.

Tabii, birkaç soru var, ama programda yaklaşık bir 15-20 dakikalık aksama söz konusu. Soruları ben hızlıca okumaya çalışacağım. Daha çok Hakan Hocama soru var. Doğrudan Hocama soruları yöneltiyorum.

Buyurun Hakan Bey.

Dr. HAKAN GİRİTLİOĞLU- İlk elime gelen soru özel hastanelerin 60. maddesine göre açılış bilgilerinin reklam yapılabilceğini, ilan edilebileceğinden bahsetmiştik. Malum hastanenin Ankara şubesini açmadan önce iki yıl boyunca il çapında geniş reklam yapmıştır, uygun mudur? Sorusunun yanıtı çok açık: Biz şu anda Danıştayda devam eden bu Yönetmelik hükmüyle ilgili bir başka hükmümüz de var, iki boyutlu çok kısa cevap vereyim.

Bir, uygun değildir, zaten ceza almıştır. Açılışındaki Başbakanın var olması da örtülü reklam haberleri de ceza almıştır. İki, reklamı tanımlarken, şimdi bir ilana ilişkin bir izin olduğu için yargıda olan kısmı, bu benim

kanaatim, henüz yüksek yargıda netleşmiş bir şey değil, ama kanaatimi paylaşmak istiyorum. Doktor Hakan Giritlioğlu diyerek kendimle ilgili bir ilan gazeteye verdiğimde bu masum bir şeydir, ama bu gazeteye her gün pekiştirerek verdiğimde normal yasal sınırlarda olan bir ilanın da mükerrer şekilde verilmesinin reklam niteliği taşıdığı gerekçesiyle ilgili hükümdeki mükerrerliği de yargıya taşıdık. Benim kanaatim, mükerrerlik de, açılış bilgisi bir kere verilir ve biter, onun devamlılık gerekçesi zaten ceza almıştı, ama diğer hükümlerle birlikte diğer ilanların da benzeri şekilde olması cezai işlem görmesi gerekir doğrultusunda kanaatimiz...

İkinci soru, “... doktor hastanemizde vizite hizmeti vermeye başlamıştır” şeklinde ilanlar hem doktor, hem hastane açısından reklam yasağına dahil değil midir? Bunu da yine ilan masumiyeti mi kabul etmeliyiz?

Çok enteresan, önümüzde görüştüğüm dosyalardan bir tanesinde aynı hüküm vardı. Biz bunların, doktorun isminin hastane çalışanı olarak ilan edilmesinde yasal bir zorunluluk olmamakla birlikte bunu hastanenin kendi alanının dışında billboard’larda, duvarlarda, vesairelerde dönüşümlü olarak verilmesini reklam olarak nitelendiriyoruz ve Yüksek Onur Kurulu tarafından cezalandırıyoruz. Önümdeki örnek tam birebir örnekti, o da geldi.

Yeni getirilen Telekomünikasyon Yönetmeliğinde birçok kelime yasaklanırken neden ilaç ve hastane reklamlarına sonuç verecek kelimeler yasaklanmamıştır? Acaba Reklam Kurulu bu konuda bir çalışma yaptı mı? Telekomünikasyon Yönetmeliğinde ilaç ve hastanenin direkt kapsam içine alınması diye bir şey niye olamaz? Usulüne uygun olanlarına izin vermemiş oluruz da onun için olamaz. Bu konuda bir çalışma yok, çünkü son cümlemde de söylediğim gibi, reklamı yasak, ama usulüne uygun yasal sınırlar dahilinde bir ilan verdiğinde ona herhangi bir itirazımız olmuyor.

Doktorlar tarafından uydu kanalları, bitkisel gıda takviye reklamları, doktorların hastalık ve rahatsızlıkları nasıl tedavi ettiğine ilişkin çok yoğun şekilde yapılıyor. Bu konuda özellikle bir kanal var. Buradan sabah-tan akşama aynı yayını yapan hem Reklam Kurulu, hem Yüksek Onur Kurulu tarafından cezalandırılmış, takibimizde olan tekrar tekrar cezasını verdiğimiz bir işlem var. Sonuçta, bir şekilde Pınar Hanım değişti, öyle ürünler var ki, Tarım Bakanlığıyla da bu konuda devamlı mücadele ediyoruz, Tarım Bakanlığı yetkilileriyle bu konudaki duyarlılıklarını 15 yıldır arttırmaya çalışıyoruz, şu anda çok olumlu bir çalışma ... de ek gıda diye tanımlanan ürünlerin sağlık tedavilerini yaptığı kozmetikler için dedi Pınar Hanım, aynı şey ek gıdalar için de, gıda takviyeleri... biri kozmetikte

beyanda bulunuyor, biri de Tarım Bakanlığına beyanda bulunuyor. Kozmetik beyanı Sağlık Bakanlığına, gıda Tarım Bakanlığına yapıyor. Bunların sınırları çok açık ve net belli olmasına rağmen, tedavi edici etki, şimdi, aldaticılık, doğru mu, yanlış mı tanımlaması, doğru diyorsa, bu ilaçları o zaman git, adam gibi ilaç ruhsatını al. Ha, ilaç ruhsatını aldığı anda reklamını yapamazsın, o başka. Bunların hastanın bilgilendirme hakkıyla ilgisi yok. Alman mevzuatı, İtalyan mevzuatında da benzeri bir hüküm vardır. Zaten bu sağlık alanındaki reklamların hastayı aydınlatmayacağı söyleniyor, hatta üstadın söylediği fotoğraf meselesinde de benim bildiğim kadarıyla 50 000 Euro veya bir yıllık hapis cezası var fotoğraf kullanmaya ilişkin Almanya'da, ki İtalya birebir...

Doç. Dr. ERHAN TEMEL- ... bir yıllık hapis cezasına...

Dr. HAKAN GİRİTLİOĞLU- Ve/veya 50 000 euro da para cezası. Özellikle fotoğraf hükmüne ilişkin. İtalya'da benzeri mevzuatla tanınıyor.

Sayın Akyıldız'ın da dediği gibi televizyon programları, sağlık programları hekimlerin örtülü reklam kapsamında değerlendirilmesi gerekmez mi, bu programlarla ilgili ... yaptırım var mı?

Özellikle bir televizyon kanalı var. Show Plus gibi bir şey olabilir. Ben çok az televizyon seyreden bir insan olarak çocuklarımdan alıyorum, arada sırada çıktılar. Bunların neredeyse sırf bunun için yapılmış bir kanal gibi ve buradaki her bir hekimin özellikle, tıbbi bilgilendirmede tabii ki hekimlik bilgilerinin, nasıl hukuk bilgilerini sizler paylaşıyorsanız halkımızla, zaten diyoruz ki gerçekten edvertorial bir şekilde paylaşımda bir sıkıntı yoktur, buradaki yönlendirme, "ben şunu" hani o prostatı nasıl buharlaştırdı, Greenlight'ı gösterdim, onun gibi teknik, teknikleri riskleriyle birlikte, yine bunun için Alman hukukunda özel bir esneklik vardır, ama onlar bile çok katı bir şekilde tanımlamıştır. Risklerinden bahsedeceksin, yönlendirmeyeceksin, garanti, vesaire, bir şey vermeyeceksin. Alman hukuku, ki esneklik tanıyan kısmıdır. Bizde bu kadar esnek değildir, ama biz de diyoruz ki tıbbi bilgiyi verirken bütün olası riskleriyle, bütün alternatifleriyle, seçenekleriyle birlikte verdiğin ve kendini bir imaj yapmadığın, "*Ben bu işi bilirim, bana gelin de bana para kazandırın*" mesajını açık veya örtülü olarak vermediğin zaman bu bilgilendirme gerçekten halk sağlığı hizmetidir. Bunun ötesinde de kesinlikle örtülü reklamdır. Hele hele çalıştığın hastane, muayene telefonun, vesaire gibi birimleri veriyorsa hiç tartışmaya gerek olmadan örtülü reklam olarak cezalandırıyoruz.

2004 yılında bir üniversite hastanemizin yeni aldığı cihaz pet rekla-

mı ... üçüncü göz şeklinde ibarelerle yapması aslında eksik yanıltıcı bilgi taşıyordu... TTB veya Reklam Kurulu billboard'larda aylarca duran bu reklamlar hakkında girişim olmuş mudur?

Bunlar ceza aldı. Yalnız, çok enteresan, bizim Reklam Kurulunda 2003 sonrası düzenlenen mevzuatla Sağlık Bakanlığı temsilcileri de yer alıyor. Tedaviden sorumlu müsteşar yardımcımızın Reklam Kurulu üyeliği döneminde bir kamu hastanesi, daha önce Hacettepe'ye vermiştik Skylight'taki reklamları için, ama Sağlık Bakanlığının kendi hastanesine bir dosyada durdurma verdik, ardından "teslim oluyorum" dedi müsteşar yardımcım bana karşı çıkmama duygusuyla, para cezasını birlikte verdik. Altında onun da zorunlu olarak baş hukuk müşavirinin de, kendisinin de imzası olan bir şekilde bir devlet hastanemizin yaptığı bu benzer işleme ceza verilmiştir. Doğrusu bir küçük sıkıntı, tabii ki Reklam Kuruluyla ilgili bilgiyi verirken başvuruyu işlem yapıyor, reysen inceleme yetkisi var, ama katkıda bulunmanın en anlamlı yolu online başvuru çok kolay bir şekilde yapılabiliyor, online başvuru yapıldığında hepsini değerlendirmeye alıyor. Çok teşekkür ederim.

OTURUM BAŞKANI- Biz de çok teşekkür ederiz.

KONUŞMACI- Sorumuz var. Hem okuyayım, hem ben de soru sorayım bu arada.

Yaptığım araştırmada Amerika Birleşik Devletlerinde hastanelerin pazarlama bütçelerinden reklama ayırdıkları oran yüzde 48 ve kamu hastaneleri özel hastanelerden çok daha fazla, yüzde 40 daha fazla reklam yapıyor. Böyle bir uygulama var. Karşılaştırmalı örnek anlamında bilginiz var mı? Türkiye'de durum sizin şimdi özetinize göre benim aldığım şu: Reklam hekim ve hastane anlamında kesinlikle yasak, ama tanıtım yasal ve etik kurallara uygun olmak kaydıyla serbest, ilan, evet...

Dr. HAKAN GİRİTLİOĞLU- İlan; yani o da ... aldığı ... adı, adresi ve çalışan doktor.

KONUŞMACI- Evet. Bu noktada ortak bir sorumuz var. Diyor ki bir avukat arkadaşımız, Umut Tufanel, Türkiye süper lig takımlarında Antalya Spor Kulübünün sponsoru olarak bütün basın kuruluşlarında adının telaffuz edildiği Medikal Park'ın bir sponsorluğu da reklam yasağı içerisinde değil midir? Tanıtım mıdır, reklam mıdır geliyor biraz galiba.

Dr. HAKAN GİRİTLİOĞLU- Evet. Amerika'yla ilgili başladığınızda, zaten Obama biraz oy alırken sağlık alanında laf söyledi, "*biz sağlık alanında çok geri kalmışız, onu düzelteceğim*" dedi, çok ciddi bir oy aldı. Amerika olabilecek örneklerin en kötüsü. Üçüncü basamak sağlık hizmetlerinde

çok başarılıdır, ama sağlık hizmetleri diye baktığınızda hakikaten bir üçüncü dünya ülkesi durumundadır, ama üçüncü basamağı hariç tutuyorum. O anlamda Amerika'daki örnek zaten kirlenmiş bir örnektir, başarısız bir örnek, bizim ülkemize uyarlanmaması için emek verdiğimiz bir örnektir.

Medikal Park'la ilgili sıkıntı, bu Acıbadem'le ilgili de sıkıntının benzeri bir sıkıntıdır. Sponsorluk Mevzuatında, bu RTÜK Mevzuatında nasıl, niye bu kadar çok bulaşıyorlar bilmiyorum, ama nasıl ilaçla ilgili reçetesiz ilaç tanımı, ki OTC 1997 yılında bir başbakan eşi bir şeyler getirecek de onun için OTC Mevzuatı çıkartmışlar. İlkini 1997'de Eczacılar Birliğiyle biz iptal etmiştik. Türkiye Cumhuriyetinde böyle bir mevzuat yok, böyle bir ilaç da yok. Olmayanın yasasını çıkarttılar, yok olamaz da zaten. Bunun gibi bir şey yine RTÜK Mevzuatına kendisi bu şekilde sponsorluklara izin veren bir tanımlama var. Biz bunla uğraşıyoruz. Bana göre sadece ismin var olması etik olarak yasak değil, ama tekrarlayıcı ve pekiştirici olması, demin dediğim gibi, reklam kapsamına girer diye değerlendiriyoruz. Bu konuda eğer yüksek mahkeme bizim bu görüşümüzü kabul görürse tekrarlayıcı olduğu için ona da reklam diyeceğiz, ama şu anda diyemiyoruz.

KONUŞMACI- Zaten Hocam, Yönergede de “*reklam tanımında hizmet sürümünü arttırmak amacıyla yapılan tanıtım*” demekle zaten çok net bir şekilde ifade etmiş sizinle paralel olarak, tabii ki olmaması gerekiyor.

OTURUM BAŞKANI- Değerli konuşmacılar, tekrar teşekkür ediyorum. Sayın katılımcılar 10 dakika aramız var. Ondan önce plaketleri sunacağız.

SUNUCU- Plaketleri vermek üzere Profesör Doktor Hakan Hakeri'yi kürsüye davet ediyorum.

PLAKET DAĞITIMI



V. OTURUM

TIBBİ BİLİRKİŞİLİK

Av. AYŞIL KİRİŞÇİOĞLU

Oturum Başkanı

SUNUCU- Değerli katılımcılar, “tıbbi bilirkişilik” konulu son oturumumuzu açmak üzere Oturum Başkanı Avukat Ayşıl Kirişçioğlu’nu ve değerli konuklarımız Profesör Doktor Hakan Hakeri’yi, Avukat Hamit Baykara’yı ve Avukat Ali Yılmaz’ı yerlerine davet ediyorum. (Alkışlar)

Av. AYŞIL KİRİŞÇİOĞLU (Oturum Başkanı)- Değerli konuklar, katılımcılar, tekrar hoş geldiniz.

OTURUM BAŞKANI- Çok teşekkür ederiz Hocam değerli sunumunuz için.

Ben sözü fazla uzatmadan esas oturum konumuza geçmek istiyorum; tıbbi bilirkişilik.

Tıbbi bilirkişiliğin cezai sorumluluğu konulu sunumunu yapmak üzere sözü 19 Mayıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı Sayın Profesör Doktor Hakan Hakeri Hocama bırakıyorum. Buyurun Hocam.

Dr. HAKAN HAKERİ- Teşekkür ederim Sayın Başkan.

Oturum başkanı 19 Mayıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi dedi, ama ben de Baro’ya Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi diye yazdım. Çok da ilginç oldu. Zaten Gürcistan’daydık Yener Beyle. Bu arada dekanlığı falan yazmadım gördüğünüz gibi, onun reklamı olmaz, ama Yener Beyin de, benim de unvanımıza dikkat ederseniz bir ek var. Onun özellikle reklamını yapmak isterim, çünkü bilimsel bir ek. İkimiz de Gürcistan’dan fahri doktora unvanı aldık, onun için Gürcistan’da bulunuyorduk, o arada akşam...

KATILIMCI- Hocam, açılımı ne onun, affedersiniz?

Dr. HAKAN HAKERİ- Honorist Causa. Causa neden demek, honoris; onur, şeref, fahri anlamında; yani fahri doktor anlamında, Latince’den geliyor. Ben de beklemiyordum böyle bir dekanlığı, benim için de sürpriz oldu. İki gün önce oldu.

TIBBÎ BİLİRKİŞİNİN CEZAÎ SORUMLULUĞU

Genel Olarak

Hekim, objektif ve bağımsız olmak, mahkemenin yönelttiği soruları tam olarak cevaplamak, atandığı alanda uzman olmak, hekimlik dayanışmasını objektif olma yükümlülüğüne tercih etmemek, sır saklama yükümlülüğüne uymak, raporunu zamanında tamamlamak ve yetki sınırlarını aşmamak zorundadır¹. Bu yükümlülüklerin ihlali, tazminat sorumluluğunun² yanı sıra ceza sorumluluğuna da yol açar. Burada sadece ceza hukuku açısından sonuçlara değinilecektir.

HMK 284'e göre, "Bilirkişi, Türk Ceza Kanunu anlamında kamu görevlisidir". Esasen TCK 6 hükmü karşısında da bilirkişiler zaten kamu görevlisi sayılmaktadır.

Hekimin taksirle yükümlülüklerini ihlal etmiş olması durumunda da sorumlu olacağı Alman Hukuku'nda bir Anayasa Mahkemesi kararı ile kabul edilmiştir³.

Hekime, bilirkişi olarak daha çok adli tıbbi ilgilendiren olaylar ve hekim hatasına ilişkin davalarda hekim kusurunun belirlenmesi amacıyla başvurulmaktadır. Hatalı tıbbi uygulamalarla ilgili olarak tıbbi raporda nelerin yer alması gerektiğini Yargıtay şöyle belirlemiştir: Adli tıp raporu, davalıya yapılan tedavi ve uygulanan ameliyat nedeniyle gerekli özenin gösterilip gösterilmediği, bu tip komplikasyonlara hangi sıklıkta ve ne gibi durumlarda rastlandığı, doğabilecek komplikasyonlara karşı hastanın bilgilendirilip bilgilendirilmediği, tedavi ve ameliyatta herhangi bir hata, ihmal olup olmadığı

1 L/U-SCHLUND, Laufs, Adolf/Uhlenbruck, Wilhelm, HandbuchdesArztrechts, 3. B.,München 2002, §122, kn. 1-29.

2 Bkz. DERYAL, Yahya, Türk Hukukunda Bilirkişilik, 3.B., Ankara 2010, 419 vd.

3 L/U-SCHLUND, §125, kn. 6, 7; Bkz. BVerfG, NJW 1979, 305.

konularında açıklama içermelidir⁴.

Bilirkişilik Görevinin Yapılmaması

Kısaca belirtmek gerekirse, bilirkişilik görevini yapmayan hekim hakkında disiplin hapsi uygulanabilir. Ayrıca hekimin tazminat sorumluluğu da söz konusu olabilir. Bunun dışında, hekim ayrıca görevi ihmal suçu nedeniyle de cezalandırılabilir.

Gerçeğe Aykırı Bilirkişilik

TCK 276 gereğince, gerçeğe aykırı bilirkişilik cezalandırılmaktadır:

“Yargı mercileri veya suçtan dolayı kanunen soruşturma yapmak veya yemin altında tanık dinlemek yetkisine sahip bulunan kişi veya kurul tarafından görevlendirilen bilirkişinin gerçeğe aykırı mütalaada bulunması halinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur”.

Bilirkişi olarak atanan sağlık mesleği mensupları bu suçun faili olabilir. Sağlık mesleği mensubu, çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hallerde bilirkişi olarak atanabilir (CMK 63/1).

Hekim, ister kamu görevlisi olsun, ister özel hekim, her zaman için bilirkişi olarak görev yapabilir. Gerek bir başka hekim için, gerekse sigorta şirketleri için ve gerekse başka hastalar için bilirkişi raporu düzenleyebilir. Taraflar böyle bir raporu delil olarak kullanabilirler⁵. Bu son husus, CMK 67/6’da açıkça düzenlenmiştir. Uzmanından bilimsel mütalaa alınması adı verilen bu halde sağlık mesleği mensubu yargı mercii veya suçtan dolayı kanunen soruşturma yapmak veya yemin altında tanık dinlemek yetkisine sahip bulunan kişi veya kurul tarafından görevlendirilmediği takdirde vermiş olduğu gerçeğe aykırı bilirkişi raporu dolayısıyla bu suçu işlemiş olmaz. Bu suçun işlenebilmesi için sağlık personelinin madde metninde *yargı mercileri veya suçtan dolayı kanunen soruşturma yapmak veya yemin altında tanık dinlemek yetkisine sahip bulunan kişi veya kurul tarafından* görevlendirilmiş olması gerekir.

Bilimsel görüş alınan uzmanın duruşmaya davet edilerek dinlenmiş olması veya inceleme konusu materyal veya konu hakkında tanıklığına başvurulmuş olması durumunda ise bu durumda yapılan gerçeğe aykırı açıklamalar, yalan tanıklık suçunu oluşturacaktır⁶.

Gerçeğe aykırı mütalaada bulunma, “doğru olmayanı doğru imiş gibi gösterme veya doğru olanı yanlış aksettirmedir”⁷. Suçun oluşabilmesi için

⁴ 13.HD, 18.06.2007, 29162/8485.

⁵ DEUTSCH, Erwin/SPICKHOFF, Andreas, Medizinrecht, 5.B., Berlin Heidelberg New York 2003, kn. 406.

⁶ ÜNVER, Yener, Adliye Karşı Suçlar (TCK m.267-298), 2. Baskı, Ankara 2010, 207.

⁷ EREM, Faruk, “Yalan Şahadet, Hakikate Aykırı Bilirkişilik ve Tercümanlık”, AÜHF 1954, s. 3-4, S. 46.

bilirkişi mütalaasının hükme etkili olmuş olması gerekli değildir⁸.

Bilirkişi raporunun gerçeğe aykırı olup olmadığı da ancak bir başka bilirkişi tarafından belirlenebilir⁹. Bu nedenle, bu hükme yönelik olarak, mütalaanın gerçeğe aykırılığının nasıl belirleneceği, kim tarafından belirleneceği konusunda eleştiriler yöneltilmektedir. Aslında maddede cezalandırılması gereken husus, “maddi veya manevi bir menfaat elde etmek veya görev veya yetkiyi bilerek suiistimal etmek veya gerekli incelemeyi yapmadan hatalı mütalaada bulunma” olmalıydı¹⁰. Bu haliyle, sırf mütalaanın gerçeğe aykırılığının cezalandırılması, sübjektif değerlendirmelerin yapıldığı birçok alanda değişik yönde mütalaaların ortaya çıkması durumunda, bunlardan birinin gerçek kabul edilip, diğerlerini düzenleyenlerin cezalandırılmasına neden olabilecektir. Bu nedenle, tek başına yanlış bilgiler veya değerlendirmelerin¹¹ suç oluşturmayaacağına dikkat çekmek gerekir. Keza, hâkimin bilirkişi raporunu kabul etmeyip, bir başka bilirkişiye başvurması bu raporun kasten gerçeğe aykırı hazırlandığı ve dolayısıyla raporu hazırlayan sağlık mesleği mensubunun cezalandırılacağı anlamına gelmemektedir. Bunun için gerçeğe aykırı rapor hazırlama kastının ortaya konması gerekmektedir. Nitekim Yargıtay da aşağıdaki kararda bu hususa dikkat çekmektedir:

“Suça konu somut olayda ırza geçmek ve kızlık bozma suçlarının mağduru Meryem’in 24.3.1994 günü İskilip Devlet Hastanesi adli tabipliğine sevk edilmesi üzerine, sanık tarafından yapılan muayene sonucu düzenlenen raporda, “darp, cebir, kızlık zarı ve fiili livata muayenesi için gelen şahsın yapılan kızlık zarı muayenesinde saat 9 hizasında taze kanamalı yırtık mevcut, fiili livata bulgusu saptanmadı, şahıs kendi rızası dâhilinde ilişkiye girdiğini ifade ediyor, darp cebir izine rastlanılmadı” şeklinde kanaat belirtilmiştir. Çorum Devlet Hastanesi’ne ait raporlarda ise mağdurenin kızlık zarının yapısı itibarıyla duhule müsait olmadığı ve bakire olduğu belirtilmiş, aynı bulgular Adli Tıp Kurumu 2. İhtisas Kurulu’na düzenlenen 1994 ve 1995 tarihli raporlarda da tekrar edilerek, mağdure Meryem’in bakire olduğu saptanmıştır. Adli Tıp Kurumu 2. İhtisas Kurulu’na düzenlenen 1996 tarihli raporda ise “taze kanamalı yırtık mevcut olduğu şeklindeki raporun tıbbi ve fenne uygun olmadığı” belirtilmiştir. Sanık aşamalarındaki savunmasında saptadığı bulguları raporuna yazdığını, mağdure ile yaptığı konuşmada da cinsel ilişkiye girdiğinin kendisine söylendiğini, iş yoğunluğu nedeniyle hata yapmış olabileceğini, kastının olmadığını

⁸ DERYAL, 412.

⁹ 4.CD, 11.05.1999, 4641/5302.

¹⁰ ÜNVER, Yener, “Türkiye’de Ceza Hukuku Alanında Yapılan Yakın Tarihli Düzenlemelerde Tıp Hukukuna İlişkin Birkaç Sorun”, Uluslararası Katılımlı I. Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sempozyum Kitabı, İstanbul 2005, S. 110

¹¹ Krş., L/U-ULSENHEIMER, §144, kn. 1; MERAN, Necati, Kamu Görevlisine ve Adliye İlişkin Suçlar, Ankara 2006, S. 300.

belirtmiştir. Olayın mağduresi Meryem ile sanığı Şenol kendileri hakkındaki dosyada cinsel ilişkiye girdiklerini beyan etmişlerdir. İncelenen dosya kapsamına göre sanık tarafından düzenlenen raporun **gerçeği yansıtmadığı saptanmış** ise de; atılı suçun oluşması için failde ... **kastının bulunması gerektiği**, olayın ... sanığın mesleki deneyimsizliğinden kaynaklandığı ve bir muayene yanılması olarak değerlendirilmesinde zorunluluk bulunduğu anlaşılmaktadır. Bu itibarla sanığa yüklenen suçun manevi unsurunun oluşmadığı...”¹².

Uygulamada zaman zaman, yargısal makamların verilen bilirkişi raporunu beğenmeyerek, bilirkişi hakkında suç duyurusunda bulundukları görülmektedir ki, yukarıda da izah edildiği üzere, kasten oluşturulmuş, hileli, gerçek dışı, yanıltıcı raporlar söz konusu olmadığı müddetçe bu suçun oluştuğundan da bahsedilemez¹³. Suçun oluşabilmesi için gerçeğin yanlış olarak yansıtılması, mütalaayla, suçla korunan hukuksal yararı tehlikeye koyacak, adliyei yanlış yola sevk edecek gerçeğe aykırı hususların eklenmesi gerekir¹⁴.

“Hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi ile çözülmesi olanaklı konularda bilirkişi dinlenemez” (CMK 63/1). Bu durumda hâkimlik mesleğinin gerektirdiği konularda bilirkişi görüşünün gerçeğe aykırılığından da bahsedilemez¹⁵. Bu nedenle, örneğin bir sözün hakaret suçunu oluşturup oluşturmadığı ile ilgili olarak bilirkişinin verdiği rapor dolayısıyla gerçeğe aykırı mütalaada bulunma suçu işlenemez.

Bilirkişi raporunun maddi bir çıkar karşılığında gerçeğe aykırı düzenlenmesi durumunda ayrıca rüşvet suçundan ötürü de cezalandırma gündeme gelecektir.

Bilirkişi raporu nedeniyle, bir kimsenin hürriyetinin tahdit edilmesi veya örneğin bir psikiyatri kliniğine kapatılması gibi amaçlarla gerçeğe aykırı düzenlenmesi halinde hürriyeti tahdit suçu da söz konusu olabilecektir. Ancak bu takdirde tek eylem söz konusu olduğundan fikri içtima kuralları uygulanmalıdır. Öğretide ise bu takdirde bileşik suç hükümleri uygulanarak sadece TCK 109/3-d hükmünün uygulanması gerektiği savunulmaktadır¹⁶. Kanımca burada bilirkişinin görevin sağladığı bir nüfuzu kullanması söz konusu olmadığından, TCK 109/3-d hükmü uygulanamayacaktır.

12 CGK, 6.10.1998, 6-214/296. Olayda dava görevi ihmal suçundan açılmıştır; Krş. YILMAZ, Battal, “Bilirkişi Raporlarının Hekimin Tazminat Sorumluluğuna ve Yargılamaya Etkisi”, Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara 2008, S. 406. İcra dairesinde inceleme yapan bilirkişinin teknik donanımı yüksek yardımcı aletler kullanmış gibi rapor düzenlemiş olmasının, gerçeğe aykırı bilirkişi raporu düzenleme veya görevde yetkiyi kötüye kullanma suçunu oluşturabileceğine dikkat çekilmiştir, 4.CD, 01.11.2006, 9968/15774.

13 ÜNVER, Adliye, 204.

14 PARLAR, Ali/HATİPOĞLU, Muzaffer, Açıklamalı-Yeni İçtihatlarla 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, C.IV, 3. Baskı, Ankara 2010, 4293.

15 MERAN, 299.

16 YAŞAR, Osman/GÖKCAN, Hasan Tahsin/ARTUÇ, Mustafa, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C:VI, Ankara 2010, s. 7979.

Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği gereğince verilen sağlık raporunu düzenleyen hekimin mağdurun adli muayenesini yönleme uygun yapmayarak, sadece beyana göre rapor düzenlemesi görevi kötüye kullanma suçunu oluşturur¹⁷.

Suç, raporun bilirkişiyi atayan makama ulaşması ile tamamlanır. Birden fazla bilirkişinin ortak olarak gerçeğe aykırı görüş bildirmeleri halinde “müşterek faillik” söz konusu olur. Birden fazla bilirkişi atanıp da bunlardan karşı oy kullananlar cezalandırılmaz¹⁸.

Hepinize teşekkür ediyorum, saygılar sunuyorum. (Alkışlar)

OTURUM BAŞKANI- Çok teşekkür ederiz Hocam değerli sunumunuz için.

Şimdi hukuk davalarında bilirkişilik incelemesi konulu sunumunu yapmak üzere sözü Sağlık Hukuku Kurulu Başkan Yardımcımız Avukat Hamit Baykara'ya bırakıyorum.

Av. HAMİT BAYKARA (Sağlık Hukuku Kurulu Başkan Yardımcısı - Konuşmacı)- Sevgili dostlar, sabahın 09.30'undan beri burada bir iş günü çalışma süresini aşarak sabırla bizi dinliyorsunuz. Saat sınırlamamız da söz konusu. Öncelikle ben ve diğer avukat arkadaşım hocalarıma zaman bırakmak istiyoruz. O anlamda çalışmalarımızı çok özetleyerek size sunmak istiyorum. Bizi bu saate kadar sabırla dinlediğiniz için de teşekkür ediyorum.

OTURUM BAŞKANI- Ben bir araya girip bir şey hatırlatayım: Oturum sonunda da kokteylimiz var. Tüm katılımcılarımızı da bekliyoruz.

¹⁷ 4.CD, 13.6.2005, 19418/5688.

¹⁸ MERAN, 299-301.

HUKUK DAVALARINDA TIBBİ BİLİRKİŞİLİK İNCELEMESİ

A- GİRİŞ

Adaletin tıp ilmine olan ihtiyacının tarihi çok eskilere dayanmaktadır.

Roma da Juris Consulte tarafından hatırlanan kanunlara göre; yaralama sonucu ölüm ihmal ve bakımsızlık sonucu meydana gelirse bu “adam öldürme” olarak kabul edilmezdi.

Bizans da Justin kanunları olanak adlandırılan kanunlarda tabiplerin yalnız basit bir tanık olmayıp aynı zamanında bilirkişi olarak hüküm verebileceklerinden bahsetmektedir.

Tıbbi bilirkişilik deyiminin ilk kez Alman hukukunda 16’ncı yüzyıl başlarında kullanıldığı görülmüştür.

Ülkemizde Adli Tıp dersleri ilk defa 1839 yılında yaklaşık Avrupa’dan ikiyüz sene sonra Mekteb-i Tıbbiye-i Adliye-i Şahanesi’nin programında yer verilmiştir.

Bu çalışmada, tıbbi bilirkişilik, tıbbi bilirkişinin inceleme konusu ve süresi gerekli verilerin toplanması, elde edilen verilerin değerlendirilmesi ve yorumlanması, bu tespitler doğrultuda rapor tanzimi ve bilirkişi incelemesinin sınırları üzerinde durulacaktır.

B- SAĞLIK HUKUKU ALANINDA BİLİRKİŞİ

Sağlık Hukuk alanında, daha özelde tıbbi bilirkişilik hizmeti ülkemizde kanun ve yönetmeliklerin belirlediği çerçeve uyarınca bazı kamu kurum ve kuruluşları ile tıbbi bilirkişilik yapabilecek teknik bilgi ve eğitime sahip uzman hekim veya diğer yetkili kişi/ler tarafından yerine getirilmektedir. Ülkemizde resmi bilirkişiler bulunduğu gibi, resmi olmayan tıbbi bilirki-

şilerde (Örn:Devlet Hastaneleri, Tıp Fakülteleri Adli Tıp Anabilim Dalları vs) bulunmaktadır. Buna göre; tıbbi bilirkişi veya kurumlar:

I- Resmi Bilirkişiler

1-Adli Tıp Kurumu

a-İhtisas Kurulları

b-İhtisas Daireleri

2-Yüksek Sağlık Şurası

(Görevi: Hekimlik sanatının uygulamasından kaynaklanan Adli uyuşmazlıklarla sınırlıdır.)

II- Resmi Bilirkişiler Dışındaki Bilirkişiler olarak uygulamada karşımıza çıkmaktadır. Biz

C- ADLİ TIP ANABİLİM DALI

Adli Tıp geniş bir yelpaze içermekle birlikte, temelde canlılarda ve/ya ölümlerde, travmanın kanıtlarını, etkilerini, neden ve sonuçlarını değerlendiren. Yargıya yansıyan tıbbi konuların hukuki yoruma uygun bir dile dönüşmesini sağlayan bir disiplindir.

Bilirkişilik olarak tanımlanabilecek boyutta tıbbın kullanıldığı bir bilim dalı olduğundan Hukuk disiplini ile iç içedir.

Adli tıpta her türlü şiddet olduğunun, ölüm olgularının saptanması, babalık ve kimlik tesbiti yapılması, Tıbbi uygulama hatalarının (MALPRAKTİS) saptanması, DNA analizi ile babalık tesbiti ve kimlik tesbiti, uyuşturucu ile ilgili yapılan çalışmalar gibi çok geniş bir çalışma alanı bulunmaktadır.

Teknolojinin ve DNA analizi vb. yöntemlerin gelişmesiyle, Adli Tıp uygulamalarında Bilirkişilik açısından daha da vazgeçilmez hale gelmiştir.

Resmi bilirkişilerin dışında mahkemeler, Devlet hastaneleri sağlık kurullarından, Tıp fakülteleri adli tıp anabilim dallarından, Hükümet tabibi olmayan yerlerde de Sağlık ocağı tabiplerinden de bilirkişi olarak hizmet istemektedir.

Bireyin doğru ve güvenli yargılanma hakkını güvence altına alan Bilirkişilik Kurumu Hukuk usulü muhakemeleri kanunumuzun 275 ve 286 ncı maddeleri arasında düzenlenmiştir.

HUMK m.275 uyarınca Hakim ancak özel veya teknik bir bilgiyi gerektiren hallerde bilirkişiye başvurabilecektir.

Hakim meslek eğitim ve tecrübe birikiminin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi ile çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiye başvur-

maz. Ama orta düzeyde bir genel ve hukuki bilgiye sahip olan hakimin genel ve hukuki bilgisiyle çözümlenmesi mümkün olmayan ve çözümünü **ÖZEL VEYA TEKNİK BİLGİYİ GEREKTİREN HALLERDE** bilirkişiye başvurabilecektir. Özel veya teknik bilgi terimlerinin ortak özelliği Hakimlik mesleğinin gerektirdiği genel Nitelikli bilgi birikiminin dışarısında kalmasıdır.

Bu konuda en iyi örneklerden biri tıbbi bilirkişiliktir. Tıbbi bilirkişiler hukuk alanında en çok başvurulmuş uzmanlardandır. Oluşan müessir fiilleri ve nedenlerini inceleyip değerlendirmek, ya da Hekimin yasal sorumluluğunun söz konusu olduğu davalarda davalı hekimin göstermesi gereken özeni gösterip göstermediği konularda Tıbbi Bilirkişilerin uzmanlıklarından yararlanmak kaçınılmaz bir zorunluluktur.

D- TIBBÎ BİLİRKİŞİ İNCELEMESİ:

Mahkeme tarafından bilirkişi seçilen kişinin/kurumun yemin ettikten sonra raporunu mahkemeye sunana kadar geçecek zaman içinde, dava konusu ile ilgili teknik olarak yapılan inceleme ve araştırmaların tümüne Bilirkişi İncelemesi denmektedir. Bu incelemede sunumun yapıldığı tarih itibarıyla yürürlükte bulunan 1086 sayılı Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu kapsamında açıklamalarda bulunulmuştur. Bu sebeple, 1086 sayılı HUMK'nu yürürlükten kaldıran ve 1 Ekim 2011 tarihi itibarıyla yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu kapsamında son kısmında kısa bir açıklamada bulunulmaya çalışılacaktır.

I. TIBBÎ BİLİRKİŞİ İNCELEMESİNİN KONUSU VE SÜRESİ

1. Tıbbî Bilirkişi İncelemesinin Konusu.

Bilirkişi incelemesine karar veren hâkimin, iki tarafı dinledikten sonra bilirkişiye sorulacak soruları belirleyeceğine ilişkin yürürlükten kalkan HUMK m. 279'da yer alan düzenleme, bilirkişinin görev alanını belirlemektedir. Hâkim bu soruları belirlemekle hangi konularda özel ve teknik bilgiye ihtiyacı olacağını ortaya koyacağı için hâkim tarafından açıklanması istenen soruların açık ve net olarak belirlenmesinden sonra dosyanın bilirkişiye verilmesi gerekmektedir. Bu, bilirkişinin kendisinden istenen görevin ve sınırlarının ne olduğunu anlamasına, yetkilerini aşmadan ve hukukî bir değerlendirme yapmadan, uzmanlık alanının verilerine ve sahip olduğu özel ve teknik bilgisine uygun bir şekilde araştırmalarını yaparak raporunu hazırlamasını sağlar. Örneğin mahkemeler tarafından tıbbî bilirkişi incelemesi yapması için uzman hekime dava hakkındaki olgunun gönderilmesinden önce konuyla ilgili elde edilen bilgiler ışığında sorulmak istenen sorular belirlenir. Ancak bu incelemenin sağlıklı ve amacına uygun

olarak gerçekleşebilmesi ve zaman kaybının yaşanmaması için söz konusu soruların Hekimin görev alanına girmesi gerekir. Ayrıca konu hakkında aydınlatıcı ve bilgi verici nitelikteki belgelerin de mahkeme tarafından dosyaya eklenmesi gerekir.

Hâkimin tıbbî bir konuda davanın çözümü için başvurduğu tıbbî bilirkişilerin inceleme ve araştırmaları diğer bilirkişilere göre biraz daha kapsamlı ve dikkat gerektiren bir alanı kapsamaktadır. Buna göre tıbbî bilirkişi, gerek hukuk gerekse ceza davalarında adlî nitelikli ve tıbbî içerikli olaylarda iddia edilen zararın gerçekleşip gerçekleşmediğini ve gerçekleşmişse ağırlığını, zararlar sonuç arasında sebep sonuç ilişkisinin olup olmadığını, bilimsel ve teknik bilgi birikiminden yararlanarak değerlendirmelidir.

Bilirkişilerin inceleme alanı uyuşmazlık konusu olayla ilgili olduğu için bilirkişi incelemesinin konusu ve görev alanı hâkim tarafından belirlenmelidir. Bilirkişiler, ara karardaki soruları tam olarak anlayamamışlarsa, mahkemeden görevinin sınırı ve yapması gerekenlerin açıklanmasını istemelidir. Ancak kanaatimce, tıbbî bilirkişilerin görev alanı diğer bilirkişilere göre daha geniş olduğundan ve bilgisinden yararlanılacak olan konu daha teknik ve uzmanlık gerektiren bir alan olduğundan, bu hükmün tıbbî bilirkişiler için daha esnek uygulanması gerekmektedir. Çünkü bilim ve teknolojinin gelişmesi sonucunda insanların ihtiyaçlarının ortaya çıkardığı ilişkilerden doğan uyuşmazlıklar çok daha karmaşık hale gelmiştir. Örneğin kimyasal bir analiz veya tıbbî bir tahlile ilişkin uzmanlık gerektiren konu ile ilgili hiçbir bilgisi olmayan hâkimlerin bilirkişi raporlarına bağlı olarak karar vermeleri nerdeyse bir zorunluluk haline gelmiştir. Örneğin; akıl hastalığı nedeniyle açılan boşanma davalarında, davalı eşin akıl hastası olup olmadığının bilirkişi raporuyla belirlenmesi, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı nedeniyle hacir kararı verebilmek veya hacir kararının kaldırılması için hastalık halinin bilirkişi raporuyla tesbit edilmiş olması zorunludur.

Yine Yargıtay da kararlarında;

- 1-Desteklenen yoksun kalma tazminatı
- 2-İnsan vücudunun muayenesi ve özellikle kan tetkiki gibi konular
- 3-Meslek hastalığı kavramının belirlenmesi vb konularda Tıbbi bilirkişiye başvurulmasını bir zorunluluk olarak görmektedir.

2. Tıbbî Bilirkişi İncelemesinin Süresi

Tıbbî bilirkişi, görüşünü mahkemede yargılama sırasında açılacak durumda ise görüşü tutanağa geçirilerek kendisine imzalatılır (Mülga HUMK m. 281/I); ancak görüşünü yapacağı incelemelerden sonra

açıklaması gerekiyorsa, hâkim raporun taraf sayısından bir

fazla nüsha olacağını ve diğer taraf olmaksızın iki taraftan birini dinleyemeyeceğini belirterek tıbbî bilirkişiye bir süre verir (Mülga HUMK m. 281/III). Mahkemenin bilirkişiyi görevlendirirken, raporun verilmesi için belirlenen süreye uymamasının sonuçlarını bilirkişiye açıklaması ve bu sürele uyulup uyulmadığını denetlemesi gerekir. Hâkim tarafından belirlenecek olan bu süre üç ayı geçemez. İnceleme sırasında sürenin yetmeyeceği anlaşılırsa, bilirkişi hâkimden sürenin uzatılmasını isteyebilir. Ancak bu gibi durumların önlenmesi için ya sürenin mümkün olduğunca uzun tutulması ya da süre belirlenmeden bilirkişinin görüşünün alınması gerekir

II. TIBBÎ BİLİRKİŞİNİN RAPOR HAZIRLAMASI İÇİN GEREKLİ VERİLERİN TOPLANMASI:

Dava konusu bir uyuşmazlığın mahkeme tarafından karara bağlanmasında iki çeşit kararla karşılaşılacaktır. Bunlardan biri maddî gerçek, bir diğeri de adlî gerçektir. Maddî gerçek, mahkeme tarafından verilen karar ne olursa olsun olayın olusuna ilişkin gerçektir. Adlî gerçek ise mahkeme kararı ile saptanan gerçektir. Önemli olan adlî gerçeğin, maddî yani yaşanan gerçeğe uygun olmasıdır. Bu uygunluğun sağlanabilmesi için tıbbî bilirkişilerin araştırmaları ve bu araştırmaları sonucunda edindikleri bilgiler mahkemeler için çok önemlidir. Bu nedenle tıbbî bilirkişilerin her türlü etkiden uzak, yasalara ve ahlakî değerlere uygun bir inceleme yapmaları gerekmektedir.

1. Tıbbî Bilirkişinin Araştırmaları Sırasında Dikkat Etmesi Gereken Hususlar

Tıbbî bilirkişinin, raporunu hazırlamak için gerekli verileri toplama amacıyla yaptığı araştırma ve incelemeler sırasında dikkat etmesi gereken en önemli konu verilerin elde edilmesi sırasında gerek mahkemeye gerekse davanın taraflarına karşı sorumlu olduğu ve her şeyden önce bir hekim olması sıfatıyla tıp etiğine uygun davranmasının gerekliliğidir. Buna göre, mahkemenin tıbbî bilirkişi olarak bir hekimi görevlendirmesi halinde söz konusu hekimin dava ile ilgisi bulunan bir kişi ile ilgili tıbbî araştırmalar yaparken söz konusu kişiye zarar vermesi halinde hukukî sorumluluğu gündeme gelecektir. Bu nedenle araştırmalarını yapan hekimin dava ile ilgili verileri elde etmek için meslek ahlakını ve tıp etiğini hiçe saymaması ve tıbbî ve hukukî ilkeler çerçevesinde hareket etmesi gerekir.

Tıbbî bilirkişinin, inceleme yaptığı alanla ilgili olarak elde ettiği her bilgiyi belgelemesi ve elde ettiği verileri özel paketlere koyarak saklaması ve böylece orijinalliklerinin bozulmasını önlemesi gerekir. Bu yöntem,

hem topladığı delilleri değerlendirerek raporunu yazması için kendisine yardımcı olacak hem de bu veriler ışığında yazacağı raporla gerçeği yansıtmış olacaktır.

Tıbbî bilirkişilerin yaptıkları araştırmaların adlî tıp muayenesini gerektirmesi halinde, örneğin şiddete yönelik bir eylemin gerçekleşmesi halinde, vücuttaki lezyonların tespiti, kaç gün is gücünden kaybı olduğu gibi olguların belirlenmesi gerekir. Ayrıca muayene sırasında hasta hekim arasındaki gizliliğin sağlanması ve kolluk kuvvetlerinin muayene yapılan alana alınmaması da gerekir.

2. Tıbbî Bilirkişinin Araştırma Konusuyla İlgili Verileri Toplaması

Tıbbî bilirkişi görüşünün yazılabilmesi için davalayla ilgili varsayımların toplanıp analiz edilmesi gerekir Buna göre, tıbbî bilirkişi görüşü, yazılı raporlardan, tanık ifadelerinden, mahkemede sunulan delillerden de yararlanılarak yazılmaktadır. Bu nedenle, tıbbî bilirkişi olarak görevlendirilen hekim, muayene ve inceleme yapabilir, dosyayı inceleyebilir, taraflara sorular sorabilir. Tıbbî bilirkişinin ayrıca davadaki her kararı okuması, davayı destekleyecek diğer tıbbî araştırmaları incelemesi gerekmektedir. Buna göre örneğin, tıbbî bilirkişi olarak mahkeme tarafından görevlendirilen Tıbbi bilirkişinin olayla ilgili kişilerin ifadelerini, hastane kayıtlarını, konuyla ilgili düzenlenmiş hekim raporlarını, laboratuvar sonuçlarını, daha önceden diğer bilirkişiler tarafından düzenlenmiş raporları inceleyerek karar vermesi gerekmektedir. Tıbbî bilirkişi, mahkeme tarafından görevlendirildiği alanla ilgili olarak gerekli inceleme ve araştırmaları mahkeme veya hâkim huzurunda yapabileceği gibi dosya üzerinde de yapabilir. Her iki durumda da, tıbbî bilirkişinin dikkat etmesi gereken konu, araştırma yaptığı konu üzerinde bilimsel, objektif verilerle hareket etmeye önem vermesidir. Yani tıbbî bilirkişiler çalışmalarını, objektif bir yaklaşımla, güncel bilgi kullanımıyla bilimsel bir temele oturttarak yapmalıdırlar.

Bilirkişi hekim, yargıcın rolünü bilerek veya bilmeyerek üstlenmemeli; bu görev sırasında kendisinde yargıcın yetki ve sorumluluğunun bulunmadığını bilmelidir. Bilirkişi; mantık zinciri içinde tutarlı, anlaşılır bir dille mahkeme tarafından istenen konularda rapor düzenlemeli, bu raporun herkes tarafından anlaşılır olmasına özen göstermelidir. Bilirkişi; incelemelerini bağımsız ve tarafsız biçimde yapmalı ve raporunu hiç kimsenin etkisi altında kalmadan hazırlamalıdır. Bilirkişinin mahkemeye sunduğu raporlar karmaşık olduğunda bilirkişi hekim, yargı organlarının sorularına açık yanıtlar vermeli ve sorulmayan konularla ilgili görüş belirtmemesi, gereksiz yorumlarda bulunmaması gerekmektedir. Yargıtay 14 HD'nin 5.11.1985

gün ve 6597-6949 sayılı kararında “*Bilirkişi raporu gerekçeye dayanmalı ve kontrol olanağı sağlanmalıdır*” denilmektedir.

Yukarıda da ifade edildiği gibi, kanunda düzenlenmemekle beraber, tıbbî bilirkişinin raporunu hazırlayabilmek için yapacağı incelemeler sırasında hâkimin hazır bulunması mümkündür; ancak inceleme kesif niteliğinde ise hâkimin bu incelemeler sırasında bulunması gerekir. Tıbbî bilirkişinin olayın gerçekleştiği yerde inceleme yapması için bilirkişiye hâkim tarafından yetki verilebilir. Bu gibi hallerde tıbbî bilirkişinin yapacağı inceleme bilimsel bir nitelik taşıyor ise tarafların veya hâkimin hazır bulunmasına gerek yoktur. Ancak sadece uyuşmazlık konusunun aydınlanması için gerekli verilerin toplanması amacıyla yapılacak incelemenin bilimsel bir nitelik taşımaması halinde taraflar dahi incelemelere katılabilirler. Görüldüğü gibi tıbbî bilirkişiler, incelemesini yaparak raporunu hazırlayabilmesi için gerekli görüldüğü takdirde, kesif ve başka hazırlık çalışmalarını yapabilir. Bu işlemler sırasında taraflar da hazır bulunabilirse de (HUMK m. 280) kesif, tıbbî bilirkişi incelemesinin zorunlu bir unsuru değildir.

Tıbbî bilirkişilerin kendilerinden istenen görevi tam olarak yerine getirebilmeleri ve gerçeğe uygun bir rapor hazırlayabilmeleri için tarafları dinleyerek onlara soru sorabilmeleri kabul edilmiştir (Mülga HUMK m. 279)812. Bilirkişilerin taraflara soru sorabilmeleri veya dava dosyasındaki belgeleri inceleyebilmesinin temel nedeni, hâkimin yardımcısı ve hâkime ait yetkilerin bir kısmının kullanıcısı olarak kabul edilen bilirkişilerin kamusal bir görev yerine getirmesi ve gerçeğin ortaya çıkarılması için kamusal yetkilerle donatılmasının gerekliliğidir. Bu nedenle tıbbî bilirkişilerin incelemelerinde hazır bulunabilmeleri amacıyla taraflara yapılacak incelemenin yeri ve zamanı, incelemenin geri bırakılmasına neden olmamak kaydıyla, işlemin yapılacağı günden evvel bildirilmelidir. Bildirildiği halde gelmeyen tarafın yokluğunda diğer tarafın dinlenmesi mümkündür ve m. 279’a aykırılık teşkil etmez. Ayrıca bilirkişi hangi konuda sorular soracağını ilgili tarafa bildirmeli ve onu konu ile ilgili olarak bilgilendirmelidir.

Hâkim, kendisinde eksik olan özel ve teknik bilginin bilirkişi tarafından tamamlanması amacıyla tıbbî bilirkişiyi görevlendirdiğinde, bilirkişiyi taraflardan biri hazır değilken öbürünü dinlememesi konusunda kendisini uyarması gerekmektedir (Mülga HUMK m. 279). Çünkü tarafların aynı anda dinlenmeleri gerektiğinden (Mülga HUMK m. 279/ c. 2), taraflardan birinin yokluğunda, diğer tarafa soru soramaz. Ancak tıbbî bilirkişinin taraflardan biri hazır değilken diğer tarafı dinleyemeyeceğine ilişkin m. 279 hükmü, kamu düzenine ilişkin olmadığı için, tarafların zımnen ya da

açık olarak bunun aksini kararlaştırmaları halinde bu rapor taraflardan birinin yokluğu halinde, diğer tarafın dinlenmesi sonucu hazırlanmış olsa da geçerli olarak kabul edilmektedir. Söz konusu durum, diğer tarafça bilirkişi raporuna itiraz olarak ileri sürülebileceği gibi hâkim tarafından bilirkişi raporunun takdir edilmesi veya yeniden bilirkişi incelemesinin gerekliliği konusunda karar verilirken bir usul yanlısı olarak dikkate alınabilir

III. ELDE EDİLEN VERİLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ VE YORUMLANMASI

Tıbbî bilirkişi incelemelerini yapacağı yerden incelemelerinin konusunu oluşturan verilerin toplanması, saklanması ve laboratuvara gönderilmesi sırasında yapılacak hatalar hem yapılan araştırmaların doğruluğunu etkilemekte hem de adaletin gecikmesine neden olmaktadır.

Tıbbî bilirkişinin elde ettiği veriler doğru bir şekilde toplanır ve incelenirse, örneğin DNA analizine tabi tutulacak olan biyolojik yapıdaki maddî deliller (kan ve kan lekeleri, meni ve meni lekeleri, dokular ve hücreler, kemikler ve organlar, saç kılları, idrar, tükürük, ter, göz yası gibi vücut lekeleri) uygun şekilde belgelenir, paketlenir ve korunursa bu verilerden daha güçlü bir delil bulunamaz.

Tıbbî bilirkişi incelemesinin bir delil olarak mahkeme tarafından kabul edilebilmesi için tıbbî bilirkişinin yaptığı araştırmalarını bilimsel yöntemlerle açık ve güvenilir bir şekilde ortaya koyması gerekmektedir.

Bilimsel sonuçlara ulaşmak için uygulanan yöntemlerin araştırmanın amacına uygun olması kadar araştırma sonuçlarının abartıdan uzak bir şekilde yazılması da etik kuşkuvarın dogmasını engelleyecektir.

IV. HUKUK MAHKEMELERİNDE BİLİRKİŞİ GÖRÜSÜNÜN YAZILMASI

Tıbbî bilirkişinin, kendisini hâkim yerine koyarak davanın sonucu hakkında değerlendirmede bulunmadan ve taraflardan birine karşı tutum takınmadan incelemesini yapması ve bu incelemeler ışığında raporunu hazırlaması gerekir.

Tıbbî bilirkişi, hâkim tarafından kendisine yöneltilen soruları, hâkimin belirleyeceği süre içinde özel ve teknik bilgisini kullanarak yanıtlamalı ve mahkemeye bir rapor halinde sunmalıdır. Hekimler yaptıkları araştırmalar ve tıbbî incelemeler sonucunda bir rapor hazırlarlar. Hekimlerin düzenledikleri tıbbî raporlar, idarî ve adlî raporlardır. İdari raporlar, sağlık raporları, hastalık raporları, maluliyet raporları olarak düzenlenmektedir Adlî rapor ise, adlî makamlarca hekimden istenen ve kişinin tıbbî durumunu

tespit ederek sorulan soruları yanıtlayan ve konuyla ilgili olarak hekimin görüşlerini içeren rapordur.

Bilirkişiler, hazırladıkları raporu, mahkeme kalemine verirler (Mülga HUMK m. 282). Adî yargılama usulünde raporun yazılı olması gerekirken, sözlü yargılama usulünde raporun sözlü olarak mahkemeye sunulması da mümkündür (Mülga HUMK m. 281, 478)849. Eğer tıbbî bilirkişilerden biri diğerlerinden daha farklı bir görüşe sahipse, yani tıbbî bilirkişiler arasında görüş ayrılıkları varsa, kendisi ayrı bir rapor hazırlayarak veya anlaşmazlığın sebebini söz konusu raporda belirterek, yani azınlık oyu (muhafeft şerhi) yazarak, rapora katılmamasının nedenlerini açıklaması ve incelemelerini mahkemeye aktarması mümkündür (Mülga HUMK m. 281/III)850. Bana göre incelemelerini birlikte yapan tıbbî bilirkişilerin ayrı ayrı rapor hazırlamaları mümkün değildir.

Birden fazla bilirkişi seçilmesi halinde, seçilen tüm bilirkişilerin birlikte çalışması gerekmektedir. Sadece bir bilirkişinin çalışmaya katılmaması bile yeni bir bilirkişi incelemesini gerekli kılabilir. Burada üzerinde durulması gereken bir konu da tıbbî bilirkişinin raporunu sunmadan incelemeyi bırakmasının mümkün olup olmadığıdır. Bilirkişiliği kabul zorunluluğu olmayan bir sahsın, bilirkişiliği kabul ettikten sonra bu görevini bırakıp bırakamayacağına ilişkin bir düzenleme usul yasamızda yoktur. Ancak doktrindeki görüşlere göre, bilirkişiliğin reddini gerektiren bir sebebin var olduğunu bilirkişiliği kabul ettiği sırada bilmediğini ispat etmedikçe bilirkişiliğin gereklerini yerine getirmelidir. Tıbbî bilirkişilerin mahkemeye sundukları raporlarında beyan ettikleri görüşlerinden dönemeyecekleri de kabul edilmiştir. Ancak mahkemenin tıbbî bilirkişiden ek rapor istemesi halinde, tıbbî bilirkişi gerekçesini göstererek raporundan dönebilir. Yaptığı incelemeler sonucunda sonuca ulaşamaması ve davanın çözümü için gerekli delilleri elde edememesi halinde, sonuca ulaşamamasının sebebini raporunda açıkça belirtmesi gerekmektedir. Mahkeme tarafından kendisine yöneltilen soruları yöneltiliş sırasına göre, bilimsel dayanaklarını anlaşılır bir şekilde göstererek, yalın bir dille, ayrıntılara girmeden, hâkimin ve tarafların anlayabileceği, karmaşık kavramlara yer vermeden, yorumlarını asla hukukî değerlendirmelere girmeden açık ve kesin bir şekilde, hâkim tarafından gösterilen usule uygun olarak, temel yazım kuralları ve noktalama işaretlerine dikkat ederek rapor haline getirmesi gerekir.

Mülga HMUK nın 281/3 uyarınca bilirkişi raporu;

1. Tarafların ad ve soyadları, vekilleri

2. Bilirkişilerin çözmekle görevlendirildiği hususlar

- 3.İnceleme konusu yapılan maddi vakalar
- 4.Bilirkişilerin görüşünün gerekçeleri
- 5.Varılan sonuç
- 6.Anlaşmazlık varsa sebepleri
- 7.Raporun düzenlendiği tarih
- 8.Bilirkişilerin imzalarından ibaret olmalıdır.

Raporun özellikle gerekçe kısmı ayrıntılı anlaşılır ve doyurucu olmalı dili uzmanlık terminolojisi ile ama anlaşılabilir ve raporun denetlenebilirliğine uygun olmalıdır.

E- TIBBÎ BİLİRKİŞİ İNCELEMESİNİN SINIRI

Mülga HUMK m . 275'deki düzenlemelere göre, mahkeme, çözümü özel veya teknik bilgiyi gerektiren hallerde bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verir. Yani bilirkişi incelemesi, ancak genel ve hukuk bilgisiyle çözümü mümkün olmayan yani özel ve teknik bilgiyi gerektiren davalarda söz konusu olabilir; buna karşılık herkes için geçerli, ortak hayat tecrübeleriyle elde edilmiş veya elde edilecek bilgiler veya hâkimin hukuk bilgisiyle çözebileceği konularda, bilirkişi görüşüne başvurulamaz.

Özel bilgi, genel hukuk bilgisinin dışında kalan, özel uzmanlık gerektiren bilgileri içermektedir. Uyuşmazlığın çözümlenmesi için gerekli olan özel bilgi, gözlemlerle veya herkesin bildiği hayat tecrübelerinin kullanılmasıyla elde edilebiliyorsa hâkim, kendi bilgilerini kullanacak ve bilirkişiye başvurmayacaktır. Buna karşılık hukukî olmayan bilimsel araştırmalara ve hayat tecrübelerine dayanan özel bilgiler, sadece gözlemlerle elde edilemeyeceği için uzmanlık gerektiren bir çalışmayı gerekli kılıyorsa, hâkim bilirkişiye başvurabilecektir. Yargıtay 1.C.D.'nin 1.3.1991-391/559 sayılı kararında “ *Hakim, bilirkişi düşüncesiyle bağlı değildir. Hakim bir uyuşmazlık çözerken hangi hususlarda uzman yardımından yararlanacağını kendisi takdir eder. Ancak, sanığın bilincinin incelenmesi gibi belirli bir ilmi ve tekniği ilgilendiren, özel bilgiyi gerektiren incelemelerde hakim bilirkişi tayinini zorunlu olarak yapar*” denilmektedir.

Genel bilgi, toplumsal yasama katılan, belli bir öğrenim görmüş her orta düzeydeki kişinin sahip olabileceği ve bilirkişiye başvurulmasını gerekli kılmayan hâkimlerin gerek eğitimleri sırasında gerekse mesleklerini icra ederken edindikleri bilgiler ve meslekî birikim ve deneyimle elde edilebilecek bilgidir. **Hukuk bilgisi ise**, hâkimin gerek fakültede gerekse meslekî yaşamında eylemli olarak edindiği yazılı veya yazısız hukuk kuralları olup hâkimi, hâkimlik kişiliği içinde tamamlayan bilgilerdir. Buna

göre genel hukuk bilgisi dışında kalan bilgiler özel ve teknik bilgi olarak kabul edilmektedir. Hukukî sorun, gerçekleştiği kabul edilen olaylara hukuk kurallarının uygulanması sırasında ortaya çıkan, kuralların yorumlanmasına ilişkin sorunlardır. Maddî sorunlar ise maddî olayın niteliğinin belirlenmesine ilişkin sorunlardır Bilirkişiye gidilebilmesi için bir hastalığın yani hâkimin kendi bilgi ve tecrübesi ile çözemeyeceği bir durumun varolması gerekmektedir. Yargıtay 7.H.D.'nin 17.12.1986-23644/11841 sayılı kararında “ *HUKM'nun 275. maddesi uyarınca mahkeme ancak çözümünü özel ve teknik bilgiyi gerektiren durumlarda bilirkişinin görüşünü alabilir*” denilmektedir.

Hukukî konularda bilirkişiye başvurulması hem Anayasa'nın yargı erkinin bağımsız hâkimlerce kullanılacağına ilişkin 138. maddesine, hem de Mülga HUMK m. 76'ya aykırı olmaktadır. Ancak mahkemelerin çözmek zorunda oldukları uyuşmazlıkların gün geçtikçe daha karmaşık ve teknik bir niteliğe sahip olması nedeniyle Tıbbi Bilirkişiliğe ilişkin BK heyetlerinde hukukçu bilirkişilerin de yer aldığı görülmektedir.

Burada karsımıza çıkan önemli bir sorun da, her ne kadar hâkimlerin hukukî konularda bilirkişi incelemesini talep edemeyecekleri kabul edilse de hukukî sorunların çözümü için bilgilerinin yeterli olmaması halinde nasıl bir çözümün bulunması gerektiğidir.

Hâkimin bütün hukukî sorunları bilebilecek ve çözebilecek durumda olması mümkün olamayacağı için, genel ve hukukî bilgi ile çözümü mümkün olamayan, uzmanlık gerektiren hukukî konuların çözümü için hâkimlerin, hukukçulara başvurarak görüş istenmesi kabul edilmelidir.

Hâkimin hukukî sorunlar hakkında değil ama özel ve teknik bilginin gerekli olduğu hallerde bilirkişiye gidilmesi kabul edilse de, hangi hallerde özel ve teknik bilginin gerekli olduğu ve özel ve teknik bilginin gerekli olduğu tüm olaylarda bilirkişiden görüş alınmasının gerekip gerekmediği önemli bir sorundur. Çünkü gereksiz yere her davada bilirkişiden görüş alınması hem taraflara yargılama giderlerinin yüklenmesine hem de hakkın elde edilmesinin gecikmesine neden olmaktadır

Mülga HUMK m 275'deki düzenlemeye göre, hâkim dava ile ilgili bir konunun çözümü için özel ve teknik bilginin bilirkişi aracılığı ile elde edilmesinin gerekliliğine kendisi karar verir.

Dosya incelemesinin sonucuna göre hâkim, elde edilen bilgileri kendi kanaatine göre değerlendirerek hukuk kurallarını somut olaya uygulayabilecektir

İşte özel ve teknik bilgiyi gerektiren ve bilirkişi incelemesinin zorunlu

olduğu konulardan biri de tıp alanıyla ilgili olmakta ve hâkimin davanın çözüme kavuşturulmasını sağlayacak bilgi birikimine sahip olan bir hekime başvurmasını zorunlu kılmaktadır.

Hukuk davalarında davanın taraflarının tıbbî konularla ilgili durumlarının belirlenmesi, her türlü tıbbî inceleme gerektiren konularda hâkime yardımcı olmak için görevlendirilen bilirkişiler, hekimler arasından seçilir ve tıbbî bilirkişi görevini yerine getirirler

Buna göre, hâkim önüne gelen bir davada öncelikle dava konusu olayın özellikleri ve niteliği gereği davanın çözüme kavuşturulması için özel ve teknik bilgiye ihtiyaç duyuyorsa ve kendisinde bu konuda yeterli bir bilgi birikimi yoksa, tıbbî bilirkişiden inceleme yapmasını istemeli; ancak kendisinde davanın çözümüne yetecek derecede özel ve teknik bilginin olduğuna inanıyorsa, bu bilgilerini kullanarak davayı sonuçlandırmalıdır. Ancak hâkim, kendi bilgileri veya incelemeleri ile elde edebileceği tecrübe kurallarına dayanarak davayı sonuçlandırmak isterse, tarafların savunma haklarını kullanabilmeleri için tıbbî bilirkişi görüşüne başvurmayacağını açıklaması ve bu konudaki görüşlerini alması gerekmektedir.

Özel ve teknik bilginin gerekli olduğu davalarda hâkim sadece davanın çözümü için gerekli ancak kendisinde eksik olan bilgiye kavuşabilmek amacıyla tıbbî bilirkişi incelemesi yapılmasına karar verebilir. Bunun dışında dosyayı tetkik etme ve hüküm verme gibi görevlerini tıbbî bilirkişiye devredemez.

Bilirkişiye başvurulması sadece dava sırasında olmak zorunda değildir. Dava açılmadan önce de delil tespiti için bilirkişiye müracaat edilebilir. Hâkim bilirkişiden aldığı bilgileri, diğer delillerle birlikte değerlendirerek olay ve olgu belirlemesi yapar. Ancak bazı durumlarda olguların özel ve teknik bilginin kullanılmasıyla bilirkişi tarafından ortaya çıkarılması mümkündür. Akıl hastalığının varlığının, kan testleri yoluyla babanın tespitinin, ölüm olayının gerçekleşip gerçekleşmediğinin veya bir trafik kazasında fren izinin belirlenmesi hallerinde durum böyledir.

Medeni Usul Hukuku'ndaki önemleri gereği yargılama aşamasında tıbbî bilirkişiye başvuru bu davaların en önemlileri, nesebin reddi ve babalık davaları, boşanma davaları, yas tashihi davaları, akıl hastalığı, akıl zayıflığı hallerinin varlığının tespiti için açılan davalar, is kazası ve haksız fiile ilişkin davlardır.

F- 6100 SAYILI HUKUK MUHAKEMLERİ KANUNU KAPSAMINDA BİLİRKİŞİ İNCELEMESİ:

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) 5.Bölümde “Bilir-

kişi İncelemesi” başlığı altında 266 – 287 madde aralığında düzenlemede bulunmuştur. Kanunun 266.maddesinde bilirkişiye başvurulmasını gerektiren haller **“Mahkeme, çözümünü hukuk dışında, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde, taraflardan birinin talebi üzerine yahut kendiliğinden, bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verir. Hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiye başvurulamaz.”**denilmek suretiyle net bir şekilde belirtilmiştir.

Kanuna göre, Mahkeme yalnızca bir bilirkişi görevlendirebilmekte, ancak gerekçesini açıkça belirtmek şartıyla birden fazla görevlendirme imkanı da tanınmaktadır. HMK’nın 268.maddesi bilirkişilerin görevlendirilmesi usulünü belirlemektedir. Buna göre, Bilirkişiler, yargı çevresinde yer aldığı bölge adliye mahkemesi adli yargı adalet komisyonları tarafından, her yıl düzenlenecek olan listelerde yer alan kişiler arasından görevlendirilmektedir. Listelerde bilgisine başvurulacak uzmanlık dalında bilirkişinin bulunmaması hâlinde, diğer bölge adliye mahkemelerinde oluşturulmuş listelerden, burada da yoksa liste dışından bilirkişi görevlendirilebilmektedir. Bu maddedeki konumuzla ilgili husus, 2.fıkra da açıklanmaktadır. Buna göre **“(2) Kanunların görüş bildirmekle yükümlü kıldığı kişi ve kuruluşlara görevlendirildikleri konularda bilirkişi olarak öncelikle başvurulur. Ancak, kamu görevlilerine, bağlı bulundukları kurumlarla ilgili dava ve işlerde, bilirkişi olarak görev verilemez....”**Denilmektedir. HMK’nın 269.maddesine göre, Bilirkişilik görevinin kapsamı, mahkemece yapılan davete uyup tayin edilen gün ve saatte mahkemede hazır bulunmayı, yemin etmeyi ve bilgisine başvurulacak konuda süresinde oy ve görüşünü mahkemeye bildirmeyi kapsar. Geçerli bir özrü olmaksızın mahkemece yapılan davete uyup, tayin edilen gün ve saatte mahkemede hazır bulunmayan yahut mahkemeye gelip de yemin etmekten veya süresinde oy ve görüş bildirmekten kaçınan bilirkişiler hakkında, tanıklığa ilişkin disiplin hükümleri uygulanır. Aşağıda belirtilen özellikleri bulunanlar kişi/kurumlar;

a) Resmî bilirkişiler ile 268 inci maddede belirtilmiş bulunan listelerde yer almış olanlar.

b) Bilgisine başvurulacak konuyu bilmeksizin, meslek veya zanaatlarını icra etmesine olanak bulunmayanlar.

c) Bilgisine başvurulacak konu hakkında, meslek veya sanat icrasına resmen yetkili kılınmış olanlar.

bilirkişilik görevini kabulle yükümlüdürler:

Bu kişiler, ancak tanıklıktan çekinme sebeplerine veya mahkemece ka-

bul edilebilir diğer bir sebebe dayanarak, bilirkişilikten çekinebilirler.

HMK'nın 271.maddesine göre bilirkişilerin yemin vermesi gerekmektedir. Kanunun 272.maddesine göre hakimın red sebepleri bilirkişiler içinde geçerlidir. Ancak, bilirkişinin aynı dosyada tanık olarak dinlenmesi bir red sebebi teşkil etmemektedir. Bilirkişinin görev alanının belirlenmesi mahkemece net bir şekilde yapılmalıdır. Kanunun 273.maddesinde “ (1) *Mahkeme, tarafların da görüşünü almak suretiyle bilirkişinin görevlendirilmesine ilişkin kararında, aşağıda belirtilen hususlara yer vermek zorundadır:*

a) *İnceleme konusunun bütün sınırlarıyla ve açıkça belirlenmesi.*

b) *Bilirkişinin cevaplamaı gereken sorular.*

c) *Raporun verilme süresi.*

(2) *Bilirkişiyi, görevlendirme yazısının ekinde, inceleyeceği şeyler, dizi pusulasına bağılı olarak ve gerekiyorsa mühürlü bir biçimde teslim edilir; ayrıca bu husus tutanakta gösterilir.*” Denilmek suretiyle mahkemeye yükümlölük getirilmiştir. Yine, 274.maddeye göre bilirkişiyi raporunu tanzim için verilen süre üç ayı geçememektedir. Ancak, mahkeme ikinci bir üç aylık süreyi verebilmektedir. Ancak, bu sürede de rapor tanzim edilmez ise dosya alınarak başka bir bilirkişiyi verilecektir. Rapor tanzim etmeyen bilirkişi içinse yaptırım öngörülmektedir. Bilgisine başvuru bilirkışı, kendisine tevdi olunan görevin, uzmanlık alanına girmediyini, inceleme konusu maddi vakıaların açıklıya kavuşturulması ve tespiti için, uzman kimliğı bulunan başka bir bilirkışı ile işbirliğine ihtiyaç duyduğunu veya görevi kabulden kaçınmasını haklı kılacak mazeretini bir hafta içinde görevlendirmeyi yapan mahkemeye bildirir. Bilirkışı, incelemesini gerçekleştirebilmek için, bazı hususların önceden soruşturulması ve tespiti ile bazı kayıt ve belgelerin getirtilmesine ihtiyaç duyuyorsa, bunun sağlanması için, bir hafta içinde kendisini görevlendiren mahkemeye bilgi verir ve talepte bulunur(m.275). Bilirkışı, mahkemece kendisine tevdi olunan görevi bizzat yerine getirmekle yükümlü olup, görevinin icrasını kısmen yahut tamamen başka bir kimseye bırakamaz(m.276). Bilirkışı, görevi sebebiyle yahut görevini yerine getirirken öğrendiğı sırları saklamak, kendisi ve başkaları yararına kullanmaktan kaçınmakla yükümlüdür(m.277). Bilirkışı, görevini, mahkemenin sevk ve idaresi altında yürütür. Bilirkışı, görev alanı veya sınırları hakkında tereddüde düşerse, bu tereddüdünün giderilmesini, her zaman mahkemenin isteyebilir. Bilirkışı, incelemesini gerçekleştirirken ihtiyaç duyarsa, mahkemenin de uygun bulması kaydıyla, tarafların bilgisine başvurabilir. Taraflardan birinin bilgisine başvurulacağı hâllerde, mahkemece bilirkışiyi taraflardan biri bulunmaksızın diğerinin dinlenemeyeceğı hususu önceden

hatırlatılır. Bilirkişinin oy ve görüşünü açıklayabilmesi için bir şey üzerinde inceleme yapması zorunlu ise mahkeme kararı ile gerekli incelemeyi yapabilir. Bu işlemin icrası sırasında taraflar da hazır bulunabilir(m.278)

Bilirkişi açıklamalarının tespiti ve rapor hazırlamasına ilişkin 279. maddeye göre, Mahkeme, bilirkişinin oy ve görüşünü yazılı veya sözlü olarak bildirmesine karar verir. Raporda, tarafların ad ve soyadları, bilirkişinin görevlendirildiği hususlar, gözlem ve inceleme konusu yapılan maddi vakıalar, gerekçe ve varılan sonuçlarla, bilirkişiler arasında görüş ayrılığı varsa, bunun sebebi, düzenlenme tarihi ve bilirkişi ya da bilirkişilerin imzalarının bulunması gerekir. Azınlıkta kalan bilirkişi, oy ve görüşünü ayrı bir rapor hâlinde de mahkemeye sunabilir. Mahkeme, bilirkişinin oy ve görüşünü sözlü olarak açıklamasına karar verirse, bilirkişinin açıklamaları tutanağa geçirilir ve tutanağın altına bilirkişinin de imzası alınır. Kurul hâlinde görevlendirme söz konusu ise bilirkişilerin bilgilerine başvurulmuş hususu hemen aralarında müzakere etmelerine imkân tanınır ve müzakere sonucunda açıklanan oy ve görüş, tutanakla tespit edilip; tutanağın altı, bilirkişilere imza ettirilir. Bilirkişi, raporunda ve sözlü açıklamaları sırasında, hukuki değerlendirmelerde bulunamaz. Bilirkişi, raporunu, varsa kendisine incelenmek üzere teslim edilen şeylerle birlikte bir dizi pusulasına bağlı olarak mahkemeye verir; verildiği tarih rapora yazılır ve duruşma gününden önce birer örneği taraflara tebliğ edilir(m.280). Taraflar, bilirkişi raporunun, kendilerine tebliği tarihinden itibaren iki hafta içinde, raporda eksik gördükleri hususların, bilirkişiye tamamlattırılmasını; belirsizlik gösteren hususlar hakkında ise bilirkişinin açıklama yapmasının sağlanmasını veya yeni bilirkişi atanmasını mahkemeden talep edebilirler. Mahkeme, bilirkişi raporundaki eksiklik yahut belirsizliğin tamamlanması veya açıklığa kavuşturulmasını sağlamak için, bilirkişiden, yeni sorular düzenlemek suretiyle ek rapor alabileceği gibi, tayin edeceği duruşmada, sözlü olarak açıklamalarda bulunmasını da kendiliğinden isteyebilir. Mahkeme, gerçeğin ortaya çıkması için gerekli görürse, yeni görevlendireceği bilirkişi aracılığıyla, tekrar inceleme de yaptırabilir(m.281).Bilirkişi, Türk Ceza Kanunu anlamında kamu görevlisidir(m.284).Bilirkişinin kasten veya ağır ihmal suretiyle düzenlemiş olduğu gerçeğe aykırı raporun, mahkemece hükme esas alınması sebebiyle zarar görmüş olanlar, bu zararın tazmini için Devlete karşı tazminat davası açabilirler. Devlet aleyhine açılacak olan tazminat davası, gerçeğe aykırı bilirkişi raporunun ilk derece mahkemesince hükme esas alındığı hâllerde, bu mahkemenin yargı çevresi içinde yer aldığı bölge adliye mahkemesi hukuk dairesinde; bölge adliye mahkemesince hükme

esas alındığı hâllerde ise Yargıtay ilgili hukuk dairesinde görülür. Devlet, ödediği tazminat için sorumlu bilirkişiye rücu eder. (m.285,286). Devlet, ödediği tazminat nedeniyle, sorumlu bilirkişiye, ödeme tarihinden itibaren bir yıl içinde rücu eder. Hükme esas alınan bilirkişi raporu kasten gerçeğe aykırı olarak düzenlenmişse, bu durumda, ceza zamanaşımı süresi uygulanır(m.287).

Görüldüğü üzere, 6100 sayılı kanun bazı yenilikler getirmekle birlikte 1086 sayılı HUMK'dan temelde pek ayrılmamıştır.

Bizi sabırla dinlediğiniz için teşekkür ediyorum ve saygılarımı sunuyorum

FAYDALANILAN KAYNAKLARLAR

GÜLDİKEN, Fatma Özge

Medeni Usûl Hukukunda Tıbbi Bilirkişilik, Ankara 2005

(*A.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü'ne sunulan yüksek lisans tezi*)

Ankara Barosu (1-3 Kasım 2007) Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara Barosu Yayını, Ankara 2008

ÖZDEMİR, Hayrünnisa

Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi, Yetkin Yayını, Ankara 2004

HAKERİ, Hakan

Tıp Hukuku, Seçkin Yayını, Ankara 2007

SAVAŞ, Halide

Yargıya Yansıyan Tıbbi Müdahale Hataları tıbbi Malpraktis – Tıbbi Davaların Seyri ve Sonuçları, Seçkin Yayınları, Ankara 2011

Çok teşekkür ediyorum. Sayın Başkan, sabrınızdan dolayı da size teşekkür ediyorum. (Alkışlar)

CEZA DAVALARINDA TIBBÎ BİLİRKİŞİLİK İNCELEMESİ

Yargıcın, yargılamadaki sunu ve açıklamalar ve genel yaşam deneyimi ve kültürüyle akıl yürüterek çözemediği, özel ve teknik bilgiler gerektiren konularda yargıca yardım eden kişiye bilirkişi denmektedir. Bu nedenle, yargıcın doğal bilgi eksikliğini giderecek bilirkişi en son başvurulacak kurumdur.

Oysa, uygulamada yaygın olarak, yargılamanın doğal işleyişi içinde sorunlar çözülmeden hukuk ve olgu sorunlarında bilirkişiye başvurulmakta ve yargı da, bilirkişi öyle dediği için hükmünü oluşturmaktadır. Böylece, yargıya güven azalmaktadır.

Bilirkişi sorunu uygulamada usul ilkelerinin dışlanmasıyla kaynaklanmaktadır. Bu nedenle, yargının yetkilerini bilimin ve aklın aydınlık ışığında kullanması halinde, sorunlar daha kolay çözülebilecektir. Bunun için de yargıç, savcı ve avukat üçlüsünün bilirkişilik konusunda bilgi dağarcığının ve bilgiyi işleme yeteneğinin geliştirilmesi gerekir. Yani sorunun çözümü yasa değişiklikleri yapmakla değil, yasa ve hukuk ilkelerinin doğru uygulanmasını ile mümkün olabilecektir.

Bilirkişi sorunu, yargının öncelikle ele alınacak konularından biridir. Birçok kez duymuşsunuzdur. “ bilirkişiler yargılaşıyor “ “ yargıcın yerine geçip karar veriyorlar “ denmektedir. Bir Alman Atasözünde “ Gözler kendilerine, kulaklar başkalarına inanır. “ denilmektedir.

Ceza Mevzuatında bilirkişilik; Ceza Muhakemesi Kanununun 62. ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Ayrıca, CMK’nun 46., 47. maddedeki tanıklara ilişkin, tanıklıktan çekilme sebebi bildirme konuları aynı zamanda bilirkişilere de uygulanmaktadır.

CMK. 63. Maddesinde “Bilirkişilerin Atanması” hususu düzenlenmiştir.

BİLİRKİŞİNİN ATANMASI

(1) Çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren

hâllerde bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına re'sen, Cumhuriyet savcısının, katılanın, vekilinin, şüphelinin veya sanığın, müdafinin veya kanunî temsilcinin istemi üzerine karar verilebilir. Ancak hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukukî bilgi ile çözülmesi olanaklı konularda bilirkişi dinlenemez.

(2) Bilirkişi atanması ve gerekçe gösterilerek sayısının birden çok olarak saptanması, hâkim veya mahkemeye aittir. Birden çok bilirkişi atanmasına ilişkin istemler reddedildiğinde de aynı biçimde karar verilir.

(3) Soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı da bu Maddede gösterilen yetkileri kullanabilir.

En önemli düzenleme budur. Kanunun bu maddesinde görüleceği üzere, olağan koşullarda bilirkişinin “ bir “ kişi olarak tayin edilmesi öngörülmüştür. Birden fazla bilirkişinin atanması halinde, gerekliliği konusunda mutlaka gerekçe gösterilmesi zorunludur. Neden bilirkişinin öncelikle bir kişi olması gerekiyor? Benim kanaatime göre; bilirkişilerin yargıç ve savcılarının yerine geçecek kararlar oluşturmamaları gerekiyor. Ancak kurul halinde çalışan özellikle resmi bilirkişilik kurumlarını bu uygulamanın dışında tutmak gerekmektedir. Bilirkişi, yargıcın yardımcısıdır. Yargıca sadece sorulan uzmanlık alanında, özel alanda, teknik bilgi gerektiren konularda görüş verecek; kanaati, sonucu yargıca bırakacaktır. Yasa maddesinin amacı budur. CMK’nda, TCK’nda ve özel kanunlarda, bilirkişiye başvurulması zorunlu haller sayılmıştır. (Sahte para ve değerler üzerine inceleme CMK 73. Md. ; Akıl Hastalığı TCK.32. md.; Şüpheli veya sanığın beden muayenesi ve örnek alma CMK. 75-77. Md.; Ölü muayene ve otopsi CMK 86-88.md.; Tıbbi Müdahalelerde hekim kusuru 1593 sayılı Kanun’un 10. Md. Gibi birçok düzenleme mevcuttur.)

Kimlerin ve nasıl bilirkişi atanacakları CMK’nun 64. Maddesinde düzenlenmiştir.

BİLİRKİŞİ OLARAK ATANABİLECEKLER

(1) Bilirkişiler, il adli yargı adalet komisyonları tarafından her yıl düzenlenen bir listede yer alan gerçek veya tüzel kişiler arasından seçilirler. Cumhuriyet savcıları ve hâkimler, yalnız bulundukları il bakımından yapılmış listelerden değil, diğer illerde oluşturulmuş listelerden de bilirkişi seçebilirler. Bu listelerin düzenlenmesine veya listelerde yer veri-

lenlerin çıkarılmalarına ilişkin esas ve usuller, yönetmelikte gösterilir.

(2) Atama kararında, gerekçesi de gösterilmek suretiyle, birinci fıkrada belirtilen listelere girmeyenler arasından da bilirkişi seçilebilir.

(3) Kanunların belirli konularda görevlendirdiği resmî bilirkişiler öncelikle atanırlar. Ancak kamu görevlileri, bağlı bulundukları kurumla ilgili davalarda bilirkişi olarak atanamazlar.

(4) Bilirkişi olarak atanan bir tüzel kişi ise, kendisi adına incelemeyi yapacak gerçek kişi veya kişilerin isimlerini, bilirkişi atayacak yargı merciinin onayına sunar.

(5) Listelere kaydedilen bilirkişiler, il adlî yargı adalet komisyonu huzurunda “Görevimi adalete bağlı kalarak, bilim ve fenne uygun olarak, tarafsızlıkla yerine getireceğime namusum ve vicdanım üzerine yemin ederim.” sözlerini tekrarlayarak yemin ederler. Bu bilirkişilere görevlendirildikleri her işte yeniden yemin verilmez.

(6) Listelerde yer almamış bilirkişiler, görevlendirildiklerinde kendilerini atamış olan merci huzurunda yukarıdaki fıkrada öngörülen biçimde yemin ederler. Yeminin yapıldığına ilişkin tutanak hâkim veya Cumhuriyet savcısı, zabıt kâtibi ve bilirkişi tarafından imzalanır.

(7) Engel bulunan hâllerde yemin yazılı olarak verilebilir ve metni dosyaya konulur. Ancak bu hâle ilişkin gerekçenin kararda gösterilmesi zorunludur.

Yukarıda belirtilen hükümler çerçevesinde düzenlenen listelere göre bilirkişi seçimi yapılmaktadır. Ancak, lüzumu halinde bu listelerde olmayan kişilerin de bilirkişi olarak atanması mümkündür.

Yine kanunların belirli konularda görevlendirdiği resmi bilirkişilerin öncelikle atanacağı düzenlemesi bulunmaktadır.

Nedir bu resmi bilirkişiler? Bunların başında Yüksek Sağlık Şurası geliyor, Hıfzıssıhha Kanununun 10. maddesinde bu konuda bir düzenleme var. Bu madde ile Sağlık Bakanlığı nezdinde yapacağı görevler de belirtilerek Yüksek Sağlık Şurasının kurulması öngörülmüştür. Ancak, 3 Kasım 2011 tarihinde yürürlüğü giren Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşların Teşkilat ve Görevleri hakkında 663 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname’nin 58. Maddesi ile Hıfzıssıhha Kanunu’nun 10. Ve devamı ilgili maddeler yürürlükten kaldırılmış yerine aynı KHK’nin 21. Maddesi ile Yüksek Sağlık Şurasına ilişkin yeniden düzenleme yapılmıştır

Yüksek Sağlık Şurası

MADDE 21- (1) Sağlık meslek mensuplarının mesleklerini icra

ederken ortaya çıkan adlî konularda mahkemelere görüş vermek ve idarî soruşturmacılar ve uzlaşma komisyonları için bilirkişi listesi belirlemek üzere onbeş üyeli Yüksek Sağlık Şûrası kurulmuştur.

(2) Şûra üyelerinin onüçü Bakan tarafından ülkede sağlık hizmetleri veya eserleri ile tanınmış kişiler arasından seçilir.

(3) Müsteşar veya görevlendireceği Müsteşar Yardımcısı ile I.Hukuk Müşaviri veya görevlendireceği hukuk müşaviri, Şûranın doğal üyesidir. Müsteşar veya görevlendireceği Müsteşar Yardımcısı Şûraya başkanlık eder.

(4) Şûra üyelerinin görev süresi iki yıldır. Şûra toplantılarına üst üste iki kez mazeretsiz olarak katılmayanların üyeliği düşer.

(5) Şûra yılda en az dört kere toplanır. Başkan lüzum gördüğü hallerde Şûrayı toplantıya çağırabilir.

(6) Şûra, en az sekiz üyenin katılımıyla toplanır ve oy çokluğu ile karar alır. Oylamalarda çekimser oy kullanılamaz. Oyların eşitliği halinde başkanın oyu yönünde karar alınmış sayılır.

(7) Bakanlık, Şûraya bağlı olarak danışma kurulları ve sağlık mesleklerinin icrasından doğan adlî konularda dosyaları inceleyip Şûraya sunmak üzere ihtisas komisyonları oluşturur. Kurul ve Komisyon Başkanları, Şûra toplantılarına oy hakkı bulunmaksızın doğal üye olarak katılır. İhtisas komisyonlarınca hazırlanan rapor ve görüşler, Şûra üyelerince müzakere edilir ve karara bağlanır.

(8) Şûranın toplanmadığı zamanlarda acele işleri karara bağlamak üzere Şûra kendi üyeleri arasından üç kişilik bir alt kurul seçer.

(9) Görev süresi sona eren üyeler ile evvelce üyelik yapmış olanlara Yüksek Sağlık Şûrası Fahrî Üyesi ve başkanlarına da Onursal Başkan unvanı verilir.

(10) Şûranın, danışma kurullarının ve ihtisas komisyonlarının çalışma usûl ve esasları Bakanlık tarafından belirlenir

663 Sayılı KHK ile Yüksek Sağlık Şûrası yeniden ayrıntılı düzenlendiğinden, Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanundaki bu konuya ilişkin hükümlerin geçerliliği kalmamıştır.

2659 sayılı Adli Tıp Kurumu Kanunu'nda Kurumun en önemli amaçlarından birisi "Adalet işlerinde bilirkişilik görevi yapmak " olarak belirlenmiş, 1. görev olarak da "-Mahkemeler ile hâkimlikler ve savcılıklar tarafından gönderilen adli tıpla ilgili konularda bilimsel ve teknik görüş bildirmek " verilmiştir. Buradan da anlaşılacağı üzere, Adli Tıp Kurumu en önemli resmi bilirkişilerden biridir. Kurum bu amaçla kendi içinde Adli Tıp Genel

Kurulu; Adli Tıp İhtisas Kurulları (6 adet ihtisas kurulu mevcuttur); Adli Tıp İhtisas Daireleri (6 adet ihtisas dairesi mevcuttur.); Adli Tıp Kurumu Grup Başkanlıkları; Adli Tıp Şube Müdürlükleri şeklinde örgütlenmiştir.

Yine resmi bilirkişi olarak üniversitelerin tıp fakültesi hastanelerini söyleyebiliriz. Tıp Fakültelerinin adli tıp anabilim dallarını ve eğitim veren devlet hastanelerini de aynı şekilde resmi bilirkişi olarak sayabiliriz.

CMK'nun 65. Maddesine göre bilirkişiliğin kabulü zorunludur. Bilirkişilikten keyfi kaçmak veya kaçınmak kabul edilemez. Ancak, hangi halde bilirkişiliği reddedeceğinin yine kanuni düzenlemesi var. CMK'nun 66. Maddesinde; Bilirkişilerin atandıktan sonra işin tamamlanması veya görevlerini getirmeleri için işin niteliğine göre en fazla 3 ay süre veriliyor. Özel sebeplerin zorunlu kılması halinde bu süre hâkim kararıyla en fazla 3 ay uzatılabilir. Bilirkişiler belirlenen sürede görevini yapmazlarsa, gecikme nedeniyle bir zarar oluşursa bu zarar kendisine ödetiliyor, bilirkişi listelerinden çıkartılıyor; hatta hapis yoluna bile gidilebiliyor. Bilirkişiler kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla yada herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi olduklarından kamu görevlisidir, kamu görevlilerinin işleyeceği suçlardan sorumludur.

CMK'nun 67. Maddenin 3. Fıkrasında yine önemli bir düzenleme var: **Bilirkişi raporunda hâkim tarafından yapılması gereken hukuki değerlendirmelerde bulunulamaz.** 67. maddenin 6. fıkrası önemli. Bu fıkraya göre; bilirkişi incelemesini tamamladığında, yeni bilirkişi incelemesi yapılması veya itirazların bildirilmesi için istemde bulunabilmelerini sağlamak üzere Cumhuriyet Savcısına, katılana, vekiline, şüpheliye veya sanığa, müdafisine veya kanuni temsilciye süre verilir. Bu kişilerin istemleri reddedilince, üç gün içinde bu hususta gerekçeli bir karar verilir.

CMK 67/6'de; Cumhuriyet savcısı katılan vekili şüpheli veya sanık, müdafii veya kanuni temsilci, yargılama konusu olayla ilgili olarak veya bilirkişi raporunun hazırlanmasında değerlendirilmek üzere ya da bilirkişi raporu hakkında uzmanından bilimsel mütalaa alabilirler, ama sadece bu nedenle ayrı bir süre istenemez. Yine CMK'nun 68. Maddesi uyarınca, duruşmada da bilirkişinin açıklaması mümkün olabiliyor.

Bilirkişinin reddi CMK.69. md.; Bilirkişilikten çekinme, bilirkişi olarak dinlenemeyenler CMK. 70. Md.; Görevini yapmayan bilirkişi hakkında işlem CMK. 71. Maddede düzenlenmiştir. CMK. 74. maddede, biraz önce açıklandı, gözlem altına alınma, muayene, keşif ve otopsi konuları düzenlenmiştir. CMK. 75. madde şüpheli veya sanığın beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması ile ilgilidir. Bu konuda Ankara Cumhuriyet

savcılarından Dr. Hakan Kızıltan'ın çok kapsamlı bir doktora tezi var, bunu kitaplaştırmış durumda. Özenle hazırlanmış bu çalışmayı ilgilenen arkadaşlarımıza salık veririm. Tabii, konu kitaptan açılmışken, Sağlık hukuku, Tıp Hukuku alanında hazırlanmış birçok değerli çalışmanın varlığından söz etmeliyim. Örneğin; hocalarım Hakan Hakeri, Yener Ünver ve Özlem Yener'in birlikte hazırladığı "Tıp/ Sağlık Hukuku Mevzuatı" bu konuda en yeni ve en geniş çalışmalardan biridir. Kitapta mevzuat yanında, ceza ve hukuk alanına, hatta idari yargıya ilişkin çok önemli yüzlerce içtihatlar bulunmaktadır. Ben çok yararlandım. Kendilerine teşekkür ediyorum.

KATILIMCI- Komisyon...

Av. ALİ YILMAZ- Sağ olun Hocam, biz Komisyon istemiyoruz. Komisyonu bilgilenersek, öğrenerek aldık, teşekkür ederiz.

Yine çok önemsedğim bir çalışmayı sizlere göstermek isterim. Yargıtay onursal üyesi Çetin Aşcıoğlu, Baromuzun çok tanıdığı, gerçekten çok büyük, değerli bir hukukçumuz, "*yargılamada maddi gerçeğin belirlenmesi ve kanayan yara bilirkişilik*" adlı bir çalışması var. Daha önceki kurultay kitaplarının çözümlerine baktım. Sn. Çetin Aşcıoğlu her birinde çok değerli katkılarda bulunmuş sorularıyla veya açıklamalarıyla. Ancak, bugünlerde çok ciddi bir rahatsızlık geçiriyor. O nedenle kendisi bu salona gelemedi. Geçmiş olsun diyorum. Ben bir avukat olarak, geçmişte bir yargıç olarak kendisinden çok yararlandım. Onu da anarak kitabından sizlere bahsetmiş olayım, özellikle bu konuya ilgi duyan arkadaşlarımız için.

Devam edersek; CMK. 77. maddede Kadının muayenesi, CMK 78. Maddede moleküler genetik incelemeler hususları düzenlenmiştir. Bilirkişilikle doğrudan veya dolaylı düzenlemeler 90. Maddeye kadar devam etmektedir. Bunları uzatmak istemiyorum.

Tıbbi yanlış uygulama olarak ifade edilen malpraktiste, hekimin tedavi sırasında standart uygulamayı yapmaması, beceri eksikliği veya hastaya tedavi vermemesiyle oluşan zarardır. Burada bahsedilen standart uygulama nedir? Bir anamnez, şikâyet ve sağlık öyküsü alma, muayene yapma, tanı metotlarını kullanma, yorum yapma; yani bilgilendirme, aydınlatılmış onam alma, istenmeyen komplikasyonları bilme, beklenmeyen komplikasyonları bilme, bakım yapma, takip ve kontrol, bunlar standart uygulama. Bu standartların uygulanmaması halinde tıbbi yanlış uygulama söz konusu oluyor. Bu durumlarda da standart uygulamanın yapılmaması sonucu, doktorun bir kusuru olması halinde konu yargıya intikal ediyor ve sonrasında bilirkişilik söz konusu oluyor, dosya bilirkişiye gidiyor.

Bu konuda öncelikle Yüksek Sağlık Şurası çok önemli. Geçmişte, 1219

sayılı Kanunun 75. Maddesi gereğince Yüksek Sağlık Şurasına bu konularda gitmek zorunluydu. Ancak, birçok arkadaşımızın bildiği gibi, 1219 sayılı Tababet Yasasının 75. Maddesi, Anayasanın 16. maddesine aykırı bulunarak 03.06. 2010 tarihinde iptal edildi; yani artık Yüksek Sağlık Şurasından görüş alınması, oraya başvurulması, dosyanın rapor verilmesi için gönderilmesi zorunluluğu kaldırılmış durumda. Ancak, bu iptal kararı Yüksek Sağlık Şurasına başvuruyu engellemiyor. Bunu özellikle belirtmek istiyorum. Yargı mercileri, Yüksek Sağlık Şurası dışında Adli Tıp Kurumu'ndan, Üniversitelerin Tıp Fakültesi Hastanelerinden, eğitim veren Devlet Hastanelerinden de mütalaa alabilirler, bilirkişilik hizmeti alabilirler. Yüksek Sağlık Şurasının geçmişte bir yıl, iki yıl, üç yıl içinde bilirkişi raporları düzenleyememesi yargının gecikmesine neden olmuş ve çok ciddi şikâyetler oluşmuştu. Söz konusu Anayasa Mahkemesi iptal kararıyla, tekel kaldırılmış oldu, ama Yüksek Sağlık Şurası da yeni bir idari ve teknik yapılanmayla kararlarını hızlandırdığını, daha süratli çalıştığını, daha verimli çalıştığını da öğrenmiş oluyoruz.

Değerli katılımcılar, son olarak şunu söylüyorum: Bütün bu bilirkişi çalışmalarının amacı nedir? Yargının adil karar vermesi, hâkimin kararının adil olması, hükmün tartışmalardan uzak olması içindir. O zaman hâkimin kim olduğunu belirtirken, belki birçoğunuzun bildiği mecellenin çok güzel bir tanımı var, onunla bitirmek istiyorum: “*Hâkim kimdir?*” diyor. Mecellenin üç ayrı maddesinde yargıcın niteliklerini saymaktadır. Diyor ki “Hâkim, hakîm, fehîm, müstakîm ve emîn, mekîn, metîn olmalıdır.” Hakim: akıllı ve adaletli; fehîm: anlayış sahibi, özellikle insanlar arası ilişkilere vakıf; müstakîm: doğru sözlü olan, hilekâr olmayan, ahlaki zaafı bulunmayan; emîn: hıyanetten uzak, güvenilen, itimat edilen; mekîn: şeref sahibi ve asaletli olan; metîn: etki altında kalmayan, ciddi ve sabırlı olan, kişi demektir. Yargıcın özelliklerini sayıyor. Sonuç olarak biz de diyoruz ki bu nitelikleri taşıyan yargıçların vereceği kararlar inandırıcı, adil, güven veren, tatminkâr kararlar olacaktır.

Hepinize teşekkür ediyorum. (Alkışlar)

OTURUM BAŞKANI- Çok teşekkür ederiz Sayın Yılmaz.

Baro Başkanlığımıza Prof. Dr. Mehmet DEMİR “**Tıbbî Sorumluluk ve Tazminat Davalarında Bilirkişinin Rolü**” başlıklı tebliğini Kurultay kitabımızda yayınlanması için yazılı olarak vermiştir.

TİBBÎ SORUMLULUK VE TAZMİNAT DAVALARINDA BİLİRKİŞİNİN ROLÜ

1. Genel Olarak Bilirkişilik Kurumu

Yargılama hukuku alanında, mahkemeler tarafından, somut uyuşmazlıkların gerçeğe uygun yargısal kararlarla çözümlenmesi sürecinde, özel ve teknik katkıların sağlanması amacıyla bilirkişilik kurumuna sıklıkla başvurulmaktadır. Yargıçların, maddî (doğal) ve şeklî (hukuksal) gerçeğin ortaya çıkarılması amacıyla görüş ve oylarını (mütalâa) bildirmekle görevlendirecekleri bilirkişilerin öncelikle seçimi ve daha sonrada somut görev alanlarının tanımlanması son derece önemlidir.

Bilirkişi(ler)¹ tarafından, gerek tek başına münferiden, gerekse birden fazla bilirkişi sıfatıyla bir kurul halinde düzenlenen raporlarda, mutlaka, özel meslekî veya teknik uzmanlık bilgisini gerektiren alanlara özgü objektif bulgu ve bilgilere dayalı oy, görüş ve düşüncelere (ehlivukuf / ehlihibre mütalâası biçiminde) yer verilir. Kaldı ki, mahkemelerin yürüttüğü yargılama sürecinde, yargısal yetki çerçevesinde atanan bilirkişilerin hazırladıkları bu raporlar, birer takdirî delil olarak hüküm (yargısal sonuç) üzerindeki işlevsel etkileri nedeniyle, önemli bir ispat hukuku aracı olarak kabul edilir. Özellikle de, mahkemelerin, somut uyuşmazlıklarda objektif ve gerçekçi

1 Medenî yargılama (usûl) hukukumuzda, bilirkişilik kurumu ile ilgili yeni yasal düzenleme (01.10.2011'den itibaren yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu(HMK.)'nun 'Bilirkişi İncelemesi' başlıklı m.266 vd. hükümler) çerçevesinde, mahkemece usulüne uygun olarak yapılacak bilirkişi görevlendirmelerinde, tek sayıda olmak üzere seçilip, rapor hazırlamakla görevlendirilecek olan bilirkişilerin birden fazla (kurul halinde) görevlendirilmeleri durumunda ise, bilirkişi kuruluna yargı çevresinde yer alan bölge adliye mahkemesi adli yargı adalet komisyonlarının düzenleyeceği listelerde bulunmayanların bilirkişi olarak atanamayacağı (HMK. m.268/1); bilirkişilik görevinin kapsamına ise, mahkeme çağrısına uyarak, belirli gün ve saatte mahkemede hazır bulunup, yemin etmeyi ve özellikle de özel-teknik bilgisine başvurulana konuda süresinde oy ve görüşünü bildirme ödevinin girdiği (m.269/1); mahkemece, tarafların görüşünü de alarak verilecek görevlendirme kararında, mutlaka, inceleme konusunun bütün sınırlarıyla birlikte açıkça gösterilmesi ve bilirkişi(ler)den yanıtlanması gereken sorular ile raporun verilme süresine işaret edilmesi gerektiği (HMK. m.273); ayrıca, bilirkişi raporunun hazırlanması için ilk üç aylık süre sınırının bulunduğu ve bilirkişinin süre uzatımı isteminde bulunması üzerine görev veren mahkemece üç ayı geçmemek üzere süre uzatma kararı verilebileceği (HMK.m.274/1) gibi hususlar açıkça hükme bağlanmıştır. Öte yandan, bilirkişinin mahkemece öngörülen sınırlı süre içerisinde raporunu mahkemeye sunmaması durumunda ise, yerine bir başka bilirkişinin görevlendirilmesi yoluna başvurulması; raporunu süresinde teslim etmeyerek yargılama sürecinin uzamasına neden olan bilirkişi(ler) hakkında, cezai ve hukuki sorumluluktan ayrı olarak, ücret ve gider kalemleri şeklinde ödemelerin kendilerine yapılmaması disiplin yaptırımının uygulanmasına karar verilmesi; gerekçesi de gösterilerek, bölge adliye mahkemesi adli yargı adalet komisyonundan bilirkişilik görevinden belli süreyle yasaklanma ya da tamamen listeden çıkartılmasının istenebilecek olması gibi hususlar getirilen önemli değişiklikler arasında yer almaktadır (HMK. m.274).

bir yargısal çözüm bulabilme çabasında ciddi güçlükler yaşaması olanaklı ve olasılıklı bir durumdur. Bu nedenle, mevcut pozitif hukuk bilgileri ve yargısal deneyimleri dışında, ayrıca, yargısal çözümün ancak özel ve teknik bilgiyi gerektirdiği uyuşmazlıklarda, uzman bilirkişilerin görüş ve oyunu alınması yönünde karar vermek zorunda kalmaktadır. Bununla birlikte, yargıçların, yargılama ve ispat hukukunda geçerli olan delillerin serbestçe takdir yetkisini düzenleyen yasal kurallar (Delillerin değerlendirilmesi – HMK. m. 198: *Kanunî istisnalar dışında hâkim delilleri serbestçe değerlendirir. / Bilirkişinin oy ve görüşünün değerlendirilmesi* – m. 282: *Hâkim, bilirkişinin oy ve görüşünü diğer delillerle birlikte serbestçe değerlendirir.*) çerçevesinde, bilirkişilerin objektif saptamalarına dayalı görüş ve değerlendirmelerini içeren raporlarıyla her zaman ve kesin biçimde (mutlak surette) bağlı olmadıkları hususu, özellikle belirtilmelidir. Zira, aksi bir durum, hukuk devleti ilkesinin temel sac ayaklarından biri olan, yargı bağımsızlığı ve yargıcın tarafsızlığı ilkeleri ile bağdaşır bir durum değildir.

Mahkemeye süresinde sunulması gereken bir bilirkişi raporunda, eksik, çapraşık ve belirsiz hususları gören bir yargıç, bu hususları tamamlayıcı ve açıklayıcı yönde olmak üzere, bilirkişinin bizzat dinlenmesine ve/veya ek rapor düzenlemesine, delillerin serbestçe takdir etme yetkisine (HMK. m. 198) dayanarak karar verebilir. Ayrıca, davaya bakan yargıcın, mahkemeye sunulan bir bilirkişi raporundaki maddî olgu ve eylemsel gerçeklerle bağdaştırılamayacak ölçüde, güçlü belirti ve kuşkuların olduğu yönünde bir kanaate ulaştığında, artık bilirkişinin hukuksal ve cezaî sorumlulukları saklı kalmak kaydıyla, disiplin yaptırımı olarak kendilerine ‘ücret ve masraf’ adı altında hiçbir ödeme yapılmamasına veya gerekçesini belirterek, bilirkişilik görevinden belli süreyle yasaklanma yahut da bilirkişililer listesinden çıkarılmasına yönelik uygulama yapılmasını bölge adliye mahkemesi adli yargı adalet komisyonu başkanlığından isteme yetkisi bulunmaktadır (HMK. m. 282 /f.2). Bu bağlamda, özel ve teknik bilgi gereksinimini gidermek amacıyla, bilirkişiye başvuran bir yargıcın, tam ve doğru anlaşılması, ancak uzmanlık alanı ile ilgili özel ve teknik bilgilerle donanmayı gerektiren bilirkişi raporlarının içeriğini, objektif açıdan ölçüp, değerlendirmesi de kolay değildir. Bununla birlikte, maddî hukuk bağlamında olmak üzere, yargıca, somut olay adaletine (hakkaniyete) uygun bir yargısal sonuca ulaşabilme yönünde ve kural içi boşlukları doldurmak amacıyla, nihaî yargısal takdir yetkisi tanınmıştır (TMK. m. 4). Yargıç, maddî hukuk anlamındaki yargısal takdir yetkisi ile usûl hukukundan kaynaklanan delilleri serbestçe değerlendirme yetkisine birlikte kullanmak suretiyle, uyuşmazlık konusu

somut olaydaki objektif bulgulara dayanan bilimsel ve hukuksal gerekçelerini de göstermek suretiyle, ilk bilirkişi raporunda ek olarak veya bundan ayrıca görevlendirilebileceği başka bilirkişi(ler)den alacağı raporlardaki özgün ve bağdaştırıcı görüşlerden yararlanma yetkisine her zaman sahiptir².

Tıbbî bilirkişilik kurumu, ispat hukuku ve delil sistemi içerisinde, diğer takdiri delillerden (tanık; tercüman vs. gibi özel hüküm sebebi sayılan delillerden) daha farklı olarak ele alınıp, incelenmektedir. Bu bağlamda, mahkemece re'sen ya da taraf(ların) istemi üzerine başvurulmasına karar verilen tıbbî bilirkişilerin gerek seçimi (meslekî ehliyet, alansal kapasite ve tarafsızlık gibi aranacak temel nitelikler), gerekse somut uyumsuzlukta tıbbî saptama, inceleme ve değerlendirmeler yapmasını gerektiren soru(n)ların sergilenmesinde, mutlaka göz önünde bulundurulması gereken özel bazı durumlar bulunmaktadır.

2. Tıbbî Bilirkişilik

Hekim ve/veya hastane işletmecilerinin tıp ve sağlık hizmetlerini sunma etkinleri sonucunda neden oldukları zararlardan dolayı hukuksal sorumluluğunun belirlenmesinde, tıbbî bilirkişilerin açıklayacakları oy, görüş ve değerlendirmelerin önemi ve ağırlıklı etkisi, medenî yargılama süreci bakımından yadsınamaz bir gerçektir. Tıbbî bilirkişinin incelemesine konu oluşturan bir dizi temel sorunların saptanması ve bu çerçevede yanıtlanması gereken tıp hukuku sorularının açıklığa kavuşturulması amacıyla hazırlanacak olan, tıbbî bilirkişilik raporlarının düzenlenmesinde, araştırma-inceleme konusuyla sınırlı olarak toplanacak somut verilerin bilimsel temeller üzerinde, objektif bakış açılarından değerlendirilmesi gerekmektedir. Yargılama sürecinde genel olarak bilirkişilik kurumunda olduğu gibi, tıbbî bilirkişilik kurumu da, mahkemelere uyumsuzluk konusu davanın çözümünde gereksinim duyulan özel ve teknik konularla sınırlı olarak hazırlanacak raporların, yargıcın gerçeğe ulaşma işlevine yardımcı bulunması temel amacına yöneliktir³. Mahkemelerin bu temel hukuksal amaca ulaşılabilmesi sürecinde, objektif kanıtlara dayalı tıp anlayışı doğrultusunda ha-

2 Bilirkişi ve bilirkişilik kurumu hakkında bkz.: **Yılmaz**, E., *Hukukumuzda Bilirkişilik Kurumu*, Yaklaşım D., 1996/42, 26-31; **Tanrıver**, S., *Medeni Usul Hukukunda Bilirkişilik*, D. Tezi, Ankara 1991; **Pekcanıtez**, Hakan / **Atalay**, Oğuz / **Özekes**, Muhammet, *Medeni Usul Hukuku*, 2. Baskı, Ankara 2001, 424 vd.

3 Genel olarak, yargılama hukukları alanında – özellikle ispat hukuku ve delil sistemi açısından – bilirkişilik kurumunun adli (medenî/- ceza usul) ve idarî yargı yönü; özel olarak da, medenî yargılama hukuku uygulamasında (örneğin, cinsiyet değişikliği, tanımayma itiraz, soybağının reddi ve babalık davaları, boşanma davası, yaş düzeltimi davaları, akıl hastalığı / akıl zayıflığı durumunun saptanması davası, iş kazası ve meslek hastalıkları ile ilgili tazminat davaları gibi özel hukuk uyumsuzluklarının çözülmesi sürecinde) başvurulması zorunlu, tıbbî bilirkişilik kurumunun tarihsel gelişimi, tıbbî bilirkişi kavramının içeriği ile birlikte, konumsal ve işlevsel önemi konusunda daha geniş olarak bkz.: **Güldiken**, Fatma Özge, *Medeni Usul Hukukunda Tıbbî Bilirkişilik*, T.C. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku) Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2005, 1-15, özellikle de 63 vd.

zırlanacak tıbbî bilirkişi raporlarının hukuksal etkiye ve bir ispat değerine sahip olabilmesi, ancak tıbbî bilirkişilerin hak, yetki ve yükümlülüklerine uygun olarak davranmaları durumunda mümkün hale gelecektir.

Öte yandan, genel olarak tıp hukukunu (örneğin, bir gen incelemesini gerektiren tanımaya itiraz, soybağının reddi ve babalık davası gibi soybağının belirlenmesi ile ilgili davalarda); özel olarak da bir tıbbi sorumluluk hukukunu ilgilendiren davalarda uygulanacak olan ispat hukuku kuralları, yargılama sürecinin omurga ve merkez noktalarından birini oluşturmaktadır. Yukarıda da belirtildiği gibi, bu türden tıbbi sorumluluk tazminat davalarına konu uyuşmalıkların çözümü sürecinde, bilirkişi hekimler tarafından hazırlanacak olan tıbbi bilirkişilik raporları, diğer takdiri delillere oranla işlevsel etkilere sahip olmaları açısından, daha da önemli bir ispat aracıdır. Bu nedendir ki, tıbbî bilirkişinin görüşü, hekim ve /veya hastanelerin hukuksal sorumluluğunu doğuran tıbbi olayın gerçekleşip gerçekleşmediği; ne tür bir tıbbî olay olduğu, sınırları ve somut olayda sabitlenen tıbbî olgunun zararlı sonuçla arasında nedensellik bağı kurularak hekim ya da hastane işletmesine isnat edilebilmesinde çoğu kez temel hukuksal dayanak olarak dahi kabul edilmektedir⁴. O halde, tıbbî bilirkişilik kurumu, esasen, tıbbî kusurlu eylemin varlığını ve zararlı sonuçla arasında nedensellik bağı oluştuğunun kanıtlanması bakımından, hem maddi (sorumluluk ve tazminat) hukuku hem de usul (yargılama ve ispat) hukukunu ilgilendiren yönleri, içselleştirici biçimde bir arada barındırmaktadır. Keza, tıbbî sorumluluğun doğumu ve tazmin yükümünün kapsamını somutlaştıracak olan mahkeme hükmüne ulaşılmasında da son derece önemli ve belirleyici etkiler yaratabilmektedir⁵. Bu bakımdan, gerek mahkeme dışı alanda gerçekleşen alternatif uyuşmazlık çözüm yollarında (tıbbî uzlaştırma kurulu veya arabuluculuk gibi) gerekse bir yargılama sürecinin izlendiği bir mahkeme içi aşamada görüş bildirmek üzere görevlendirilen tıbbi bilirkişilerin önemli hak ve yükümlülükleri bulunmaktadır⁶.

Bu bağlamda, doktrinde isabetle ileri sürülen bir görüşe göre⁷, bilirkişi raporunun, başlıca şu dört temel unsur veya koşulu içermesi gerektiği vurgulanmaktadır: 1) Tamamlık (Bütünsellik); 2) Benimsenebilirlik; 3) İnandırıcılık; 4) Çözülmesi gerekli özel ve teknik sorunlar dışında kalan

4 **Stegers**, Christoph-M., *Der Sachverständigenbeweis im Arzthaftungsrecht – neue Entwicklungen*, in: *Arzthaftungsrecht – Rechtspraxis und Perspektiven* MedR-Schriftenreihe Medizinrecht, (Hrsg.: T.Ratajczak-Chr.-M.Stegers Arbeitsgemeinschaft Rechtsanwälte im Medizinrecht e.V.), Berlin-Heidelberg 2006, 139 vd.

5 **Ott**, Werner E., *Das Medizinische Gutachten – insbesondere das Fehler und Kausalitätsgutachten im Arzthaftpflichtrecht*, in: *Das Medizinische Gutachten*, HAVE (Hrsg. Stephan WEBER), Erweiterter Sonderdruck der Tagungsbeiträge zum 5. Personen-Schaden-Forum 2006, Zürich-Basel-Genf 2006, 11 vd.

6 Tıbbî bilirkişilik statüsüne bağlı bu hak ve yükümlülükler konusunda daha geniş olarak bkz.: **Ott** (Medizinische Gutachten), 24-26.

7 **Bühler**, Alfred, *Erwartungen des Richters an den Sachverständigen*, AJP/PJA 1999, 567.

hukuksal soru(n)ları yanıtlamama.

Tıbbî organizasyon riskleri / kusurları açısından, özel hastane sahibi, işletmecisi ve/veya hekime karşı, uğranılan sağlık ve tıp zararlarının tazminine yönelik hukuksal sorumluluk(lar) nedeniyle açılan bir tazminat davasında, özellikle tıbbî bilirkişilik ekseninde olmak üzere, maddî hukuk ve usûl (yargılama) hukuku kuralları arasında birbirinden ayrılmaz biçimde çok sıkı bir hukuksal bağlantı vardır. Nitekim, bir tıbbî sorumluluk ve tazminat davasında, somut uyuşmazlığa konu olgu(lar) ve bununla bağlantılı görülebilecek diğer bütün tıbbî olayların özüne, ancak uzman tıp mensupları tarafından hazırlanacak bilimsel rapora dayanarak elde edilebilecek ispat aracıyla ulaşılabilir. Özellikle de, açılan bir davada uyuşmazlık konusu tıbbî olayların varlığının davalı tarafından inkâr edilmesi durumunda, mahkemenin bilirkişi raporu alınması dahil somut delillerin toplanmasına ilişkin olarak verdiği delil ikâmesi kararı (*Beweisbeschluss*) üzerine, tıbbî bilirkişi tarafından, gerekli raporun hazırlanması ve bu suretle, inkâr konusu tıbbî olaylara ilişkin soruların, mutlaka bütün açıklığıyla yanıtlanması gerekir. Bu amaçla, hazırlanacak bir tıbbî bilirkişi raporunda, (1) somut tıp hukuku ilişkisinde hangi tıbbî edim yükümü / yükümlerinin varlığı ve hangilerinin ihlâl edildiği; (2) kınanabilir türden bir tıbbî eylemin ve dolayısıyla tıbbî kusurun saptanmasına bağlı olarak, bu kusurun somut olayda ne ölçüde gerçekleştiği (tıbbî kusurun derecelendirilmesi); (3) tıbbî sorumluluğu kuran uygun nedensellik bağının gerçekleşip gerçekleşmediği; (4) ortaya çıkan zararın varlığı ve miktarı ile ilgili olarak yapılan somut saptamalara ve bilimsel incelemelere dayanan objektif tıbbî değerlendirmelere yer verilmelidir⁸.

Tazminat davasına konusu somut uyuşmazlıkta, uyulması gerekli tıbbî standartlara aykırı davranılıp davranılmadığı ve dolayısıyla, edim yükümüne aykırı kusurlu eylemin mevcut olup olmadığı hususlarının açıklığa kavuşturulmasında gerek duyulan tıbbî bilirkişi raporunun hazırlanmasına

8 Bu noktada, İsviçre tıbbî sorumluluk hukuku doktrininde *Gattiker* ve *Honsell* tarafından, tıbbî bilirkişilerin hukuksal görev alanının sınırları ve sorumluluğu ile ilgili olarak sırasıyla, şu hususlara önemle vurgu yapılmaktadır: 1) Tıbbî bilirkişilere, hazırlayacakları bilirkişilik raporunu tanzim edebilmek için, ayrıntılı bir incelemeye konu dosya ve literatür araştırmasına yetecek bir zaman aralığının ayrılması; 2) Tıbbî bilirkişinin, kendisine verilen görevi özenle ifa edilebilmesi için gerekli olan, güncel tıp bilimine özgü uzmanlık bilgi birikimi ve deneyimine sahip olunması; 3) Bilirkişilik görevinin anlam, içerik ve amacını vicdanen algılayıp, özenle analiz edebilme; 4) Olabildiğince akıl ve vicdan ölçüsünde hareket etmek suretiyle, son derece objektif tıbbî takdir kararlarını verebilme; 5) Somut olayın tarafları açısından uygun düşmeyecek ölçüde hiçbir pratik yararı bulunmayan, haklı görülebilecek bir yanı da bulunmayan ve önemi birer püf noktası olan gereksiz yüklerle işaret edilmesi. Bu görüş için bkz.: *Gattiker / Honsell, Haftung des Gutachters in Medizinischen Sachen*, in: *Neurologische Begutachtung*, 70. Ayrıca, bilgi vermeden doğan hukuksal sorumluluk bağlamında, genel olarak verilen bilgi ve açıklanan görüşler nedeniyle üçüncü kişilere karşı sorumluluğun niteliği ve koşulları hakkında bkz.: *Honsell, Heinrich, Die Haftung für Auskunft und Gutachten, insbesondere gegenüber Dritten*, in: KOLLER, Alfred (Hrsg.), *Dritthaftung einer Vertragspartei, Haftpflicht- und Arztstraftprozessen*, HAVE/REAS 4/2004, 290 vd.

bağlı bir davada, işleyen süreçte yeni durum ve koşullar ortaya çıkmaktadır. Bu bağlamda, uyuşmazlığın çözümünde temel çıkış noktasının, soyut içerikteki tıbbî standart kavramını somutlaştırılması gerekir. Tıp hukuku açısından uyulması zorunlu tıbbî standartlar ise, kavramsal ve terminolojik açıklamalarımız sırasında da vurgulandığı gibi, tıbbî hizmete konu teşhis ve/veya tedavi ediminin yerine getirildiği zaman itibariyle, bir yandan, teorik tıp biliminin günümüzde ulaştığı mevcut bilimsel bilgi birikimi düzeyi; diğer yandan da, klinik tıp uygulamasında genel kabul görmüş olan pratikleşmiş ilke ve kurallar göz önünde tutularak belirlenir. Dolayısıyla, her iki unsur, tıbbî sorumluluk olgusunun varlığını ortaya çıkarma yönünden birbirlerine ayrılamaz bir biçimde bağlıdır⁹.

Buraya kadar yapılmaya çalışılan açıklamalardan da anlaşıldığı üzere, tıbbî sorumluluk ve tazminat davasına konu bir uyuşmazlıkta esas itibariyle, nihai noktada sorumluluk tıbbî bilirkişilerin omuzları üzerindedir. Dava konusu uyuşmazlığı çözmekle görevli mahkemenin hâkimi, tıbbi bilirkişilerin raporlarında belirttiği olgusal saptamalardan ve görüşlerine dayanak yaptığı bilimsel gerekçelerden ayrılamaz.

Alman hukukçu *Ratajczak*¹⁰, pozitif hukukta bilirkişilik kurumu ve bilirkişi kavramının yasal bir tanımı yapılmadığı noktasından hareketle, bilirkişilik kurumu ve bilirkişi kavramının içeriksel yönleri üzerinde yoğunlaşmış; özellikle de, bir tıbbî bilirkişide bulunması gerekli niteliksel koşullarla ilgili olarak belli başlı şu hususları önemle belirtmiştir: Teorik açıdan olmak üzere, kural olarak hekimlik ruhsatına sahip her bir hekim, tıbbî bilirkişilikle görevlendirilebilir. Ancak, klinik tıp uygulamaları temelinde, bir tıbbî bilirkişi sıfatıyla görevlendirilmek üzere seçilip, atanacak olan hekim(ler)in, tıp fakültesinde ya da eğitim-araştırma hastanesinde çalışan akademisyen–klinikisyen hekim; hekimlik meslek kuruluşları (hekim dernekleri ya da tabip odaları gibi) listelerine kayıtlı olan pratisyen / klinikisyen hekimlerin içerisinde yer aldığı sınırlı bir tıp alanından seçilmesi de mümkündür. Tıbbî bilirkişi görevini üstlenecek hekim, üyesi olduğu dal ya da grupların standart mesleki bilgilerini önemli ölçüde aşan bir tıbbî birikimi ve deneyimine sahip olmalıdır. Bu konuda, salt teorik tıbbın ilke, kurum ve kurallarının bilinmesi yeterli görülemez. Keza, mahkemece rapor alınması / verilmesi görevine konu edilen tıbbî teşhis ve tedavi süreçlere (yani, somut tıbbî müdahale konusu cerrahi girişim veya klinik ilaç uygulaması gibi) yönelik bizzat bilgi sahibi ve alanına hâkim olmalıdır. Bu bağlamda, diğer bilirkişilik görevlerinde olduğu gibi, tıbbî bilirkişilerin de,

9 Stegers, 140.

10 Ratajczak, *Die Qualifikation des Arztes als Sachverständige*, in: Medizinische Sachverständige, 61.

taraflar karşısında objektif (tarafsız) kalma ve önyargısızca kendisine yönelik bireysel özeleştirilerini yapabilme; görüş ve düşüncelerinde saydamlık (berrarlık) gösterme; zarar verici (ızrar edici) bir ikiyüzlülüktan (*schädlich ein Pharisäertum*) uzak kalabilme; son olarak da, hesaba katılan tıbbi standartların çizdiği objektif sınırları aşmama zorunluluğu bulunmaktadır. Tıbbi bilirkişiliği de ilgilendiren bu içeriksel ve biçimsel yönlerden birlikte bulunması gerekli ağır koşulların sınırlandırılmaması gerektiği hususu ayrıca vurgulanmaktadır¹¹.

Tıbbî sorumluluk ve sigorta hukuku doktrininde Bögli¹² ise, hekimin tıbbî bilirkişi sıfatını taşıyabilmesi için gerekli olan nitelik ve ehliyetle ilişkin koşulları, aynı zamanda hastalar bakımından ele alıp, hukuksal açıklığa kavuşturmak istemiş ve objektif anlamda bir tıbbi bilirkişiyi, aşağıdaki gibi formüle etmiştir:

- Kendi uzmanlık alanını ilgilendiren güncel bilimsel tartışmalarda zorunlu olarak başvurulacak güvenilir ve sağlam bilgilere sahip olma;
- İnceleme konusu tıbbi sorunun ait olduğu hukuk alanı hakkında temel bilgileri edinme;
- Tıbbî yetkisinin varlığı ve özellikle de tanınan yetkinin sınırlarını bilme;
- Çok sayıdaki tıbbî olgulardan hukuken önemli olan temel hususları ayıklayıp, ortaya çıkarabilme yetisinin bulunması;
- Tıbbî olgu ve bundan çıkardığı sonuçları, bir hukukçunun anlayabileceği biçimde ifade edebilme ve somut ölçütlerle gerekçelenebilmesi;
- Tıbbî görüşünü oluştururken, kendi duygusal durumu algılama ve tepki gösterebilme yetisine sahip olması;
- Yeni bir olgu karşısında yazılı görüşünü değiştirmesi gerektiğinde özeleştirme ve esneklik gösterebilmesi;
- Bilirkişi raporu düzenlenmesini isteyen ya da resmen görevlendirme kararı veren ilgili kişi, kurum veya mahkeme yönünden bilirkişinin güvenilir olması (*Vertrauenswürdigkeit des Sachverständigen*).

3. Tıbbî Bilirkişilikle ilgili Yargıtay Denetiminin Önemi

11 Bergmann, Karl Otto, *Der medizinische Sachverständige im Haftungsprozess*, in: Bergmann / Kienzle, *Krankenhaustaftung*, 2. Aufl. Dusseldorf 2003, 301-302, Rdn. 753.

12 Hekimlik ve hastane işletmeciliği hizmetlerinde, mesleki ya da işletmesel sorumluluk sigortasının koşulları ve sigortalananacak sağlık ve tıp hizmetlerine özgü risklerin belirlenmesinde, tıbbi bilirkişiliğin etkin rolü bulunmaktadır. Keza, bu yöndeki temel yaklaşımı ve özgün görüşleri için bkz.: Bögli, Michael, *Die Anforderungen an das medizinische Gutachten aus Sicht des Ärzte- und Spitalhaftpflichtversicherers*, in: HAVE Das medizinische Gutachten, Erweiterter Sonderdruck der Tagungsbeiträge zum 5. Personen-Schaden-Forum 2006, 115 ff.

Yargıtay'ın tıbbî sorumluluk ve tazminat davalarına bakmakla görevli dairelerinin (Yargıtay 4. ve 13. Hukuk Daireleri)¹³ yerleşik ve kararlı uygulamalarına bakıldığında, özellikle, tıbbi bilirkişilik kurumuna özel bir önemin verilmekte olduğu ve bu kurumun amacına uygun, etkin ve yararlı sonuçlar verecek bir biçimde işletilebilmesine yönelik olmak üzere, çoğu kez isabetli uygulamalara gidilebildiği gözlenmektedir. Bu bağlamda olmak üzere, yargısal içtihatlarla konu oluşturan somut tıp hukuku uyuşmazlıklarıyla ilgili olarak verilen ilk derece mahkemesi kararlarının alınmasında, tıbbi bilirkişi raporlarının yargılama süreci üzerindeki işlevsel etkisi ve bağlayıcılığı bakımlarından, yargısal denetim sürecinde sıklıkla üzerinde durulan ve hassasiyetle öne çıkarılan bir kaç temel nokta, aşağıdaki gibi özetlerle, sıralanmaya çalışılmıştır:

- Mahkemelerce, tıbbi bilirkişilik görevini yerine getirmek üzere seçilecek olan bir ya da birden fazla bilirkişi hekimin seçiminde ve bilirkişilik görev alanının belirlenmesinde, öncelikle, tıbbi sorumluluk hukukuna konu somut uyuşmazlığının çözümü ile ilgili olarak sorular, açık ve net biçimde ortaya konulmalı; görevlendirilecek hekim(ler) yönünden de, dava konusu olayın ilgili olduğu özel tıbbi uzmanlık alanında çalışma ve yeterli mesleki bilgi birikimine ve deneyime sahip olma ölçütleri esas alınmalıdır.
- Özellikle, tıbbi bilirkişilerin raporları arasında kimi zaman zıtlıkların olması ya da verilen raporun kendi içerisinde çelişkiler içermesi gibi durumlarda, bu zıt ve/veya çelişki gösteren noktaların açıklığa kavuşturulması amacıyla, bilirkişi(ler)den ilk raporda ortaya konulan oy ve görüşleri açıklayıcı yönde bir ek rapor ya da başka uzman(lar) dan tıbbi görüş ve oylarını bildiren yeni raporlar düzenlenmesi yoluna gidilmelidir.
- Mahkemelerin, resmî bilirkişilikle görevli Sağlık Bakanlığı bünyesinde Yüksek Sağlık Şûrası ve Adalet Bakanlığı bünyesinde Adli Tıp Kurumu tarafından bildirilen bilirkişi raporlarının hukuken bağlayıcı ve kesin olmaması nedeniyle, özellikle de, bu iki kurumun bilirkişi raporları arasındaki birbirini tersleyici ve çelişen raporlar düzenlenmektedir. İşte, bu gibi istenmeyen olumsuz durumları gidermeye yönelik olmak üzere, uzlaştırmacı / birleştirici yönde etkili tıbbi bilirkişi

¹³ Yargıtay'ın tıbbî sorumluluk ve tazminat davalarından bilirkişilik kurumuna yaklaşımı ve uygulamalarından örnek kararlar ve genel değerlendirmeleri konusunda bkz.: **Şatır**, Nejdet, *Sağlık Hukukuna İlişkin Uyuşmazlıkların Çözümünde Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin Yargısal Yaklaşımı*, Sağlık Hukuku Digestası Yıl: 1, Sayı.1, Ankara Barosu Yayınları, 2009, 380 vd.; **Kıcalıoğlu**, Mustafa, *Doktorların ve Hastanelerin Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumlulukları*, Ankara 2011.

raporlarının hazırlanabilmesi için, ileride yasal düzenlemesi yapılarak ‘Türkiye Sağlık ve Tıp Yüksek Konseyi’ adıyla tek çatı altında birleştirilebilecek tam özerk yapıya sahip, resmî bilirkişilik kurumuna gidilmesi veya tıp hukuku uyumsuzluklarının daha sağlıklı, hızlı ve güvenilir biçimde çözümü amacıyla alternatif tıbbî bilirkişilerin görevlendirilmesi yoluna başvurulması gereği ortadadır.

- Ayrıca, son olarak belirtmek gerekir ki; Yargıtay tarafından yapılan denetimler çerçevesinde, somut tıp hukuku uyumsuzlukları ile ilgili olarak tıbbî bilirkişiler tarafından raporlar hazırlanırken, tıbben ve hukuken hangi hususlarda, ne tür araştırmaların yapılacağı; raporların alınmasında izlenecek yöntemlerin ne olduğu; sunulan raporların, içerikleri ve somut gerekçeleri incelenmek suretiyle ne ölçüde bağlayıcı etki yapacağı; keza, raporlarda hukuken saptanabilen eksik ve çelişkili yönlerin bulunması durumunda, bu eksiklik ve/veya çelişkilerin giderilmesi; son olarak da, bilirkişi kurullarında mutlaka uyumsuzluğun çözümünde yetkili uzman hekimlerin yer alması gerektiği gibi bazı önemli hususların altı çizilmektedir¹⁴.

OTURUM BAŞKANI- Şimdi Hakan Hocama sorumuz var. Hocam, bir şekilde sizi uçağa yetiştirmek adına.

Prof. Dr. HAKAN HAKERİ- İki tane soru aynı yönde zaten. Stajyer Avukat Özlem Nur Yaprak sormuş. Bizim öğrencimiz. İnsan Hocasını sıkıştırır mı böyle? (Gülüşmeler)

Özel yerlerden rapor alınabilir mi deniliyor. İki çerçevede; biri özel kriminoloji laboratuvarları kurulmuş, benim de haberim yok. Bunlardan alınabilir mi? İkincisi de mesela ... olayında olduğu gibi resmi kurumlara güven kaybolursa özel kurumlardan alınabilir mi? Üçüncü soru biraz daha farklı, onu ayrıca cevaplandırayım.

Bir engel yok; yani bilirkişi olarak kimlerin bilirkişilik yapacağı noktasında Adli Tıp Kurumu Kanununda mesela bir hüküm var, resmi bir bilirkişilik kurumu, ama ona rağmen mesela Yargıtayın da kararları var. Yine hekimlerin hatalı tıbbi uygulamalarında örneğin, Yargıtay üniversitede aynı alanda görev yapan üç tane öğretim üyesinden rapor alınması gerektiği yönünde kararlar veriyor. Dolayısıyla, bilirkişinin mutlaka belirli bir yönde veya belirli sıfatlara haiz kişiler olması gibi bir zorunluluğumuz yok. Adli Tıp Kurumu evet, adli tıp alanında resmi bir bilirkişilik Kurumudur, ama onun dışında da başka yerden herhangi bir rapor alınmasına engel yok. Hatta mesela bana kişiler çok geliyorlar, “şurada hata oldu, bu-

14 Şatır, 387-388.

rada hata oldu, hekim şöyle yaptı, böyle yaptı”, ben diyorum ki “önce gidin, şunu bir doktora sorun, ondan sonra gerekirse bir resmi rapor alalım”, resmi dediğim bize rapor olarak düzenleyeceği bir yazılı belge versin, ondan sonra gerçekten de burada hekim hatası var mı, yok mu diye. Bu alınan özel belgelerin, özel raporların hepsi de yine dosyada kullanılabilir.

Bir diğer husus, Yargıtay Ceza Genel Kurulunun vermiş olduğu çok yeni bir karar var. Benim bahsetmiş olduğum 67. maddenin 6. fıkrasındaki, biz hocalar olarak, genelde hukukçular olarak, özellikle özel hukukta daha çok yapıyor, ceza hukukunda o kadar yaygın değil, ama yazdığımız bilimsel mütalaalar var. Zaman zaman hakimler haklılar da, diyor ki sonuçta avukatın birisi hocaya götürüp para vermiş, bu raporu almış. O noktada kendi görevlendirdiği bir kişiden alınan rapora nazaran daha değişik yaklaşması doğru, ona itirazım yok. Ama hiç değerlendirmeye almıyorlar. Ceza Genel Kurulu bir karar verdi, çok yeni bir karar, şu an bilgileri bende yok. Diyor ki *“67. maddenin 6. fıkrasına göre mahkeme görevlendirmemiş olsa dahi, alınan özel bilirkişi mütalaasını mutlaka tartışman gerekir kararında.”* Bu da aynı şeye işaret ediyor.

Burada kast aranması doğru olur mu? Bu tip hallerde cezasız kalmaz mı diyorsunuz. Suç tipi bunu emrediyor; yani suç ancak kasten işlenen bir suç. Gerçekten de kişi ihmali neticesinde, özensizliği neticesinde, çok araştırmaması dolayısıyla, konuyu iyi kavramaması dolayısıyla da yanlış rapor düzenleyebilir, ama bunu cezalandırmıyor. Özellikle adliyei yanıltmak amacıyla yanlış bir raporun düzenlenmiş olmasını cezalandırdığından mecburen bizim burada kastı aramamız gerekir, ki bu da doğrudur, Kanun koyucunun böyle yapması doğrudur.

OTURUM BAŞKANI- Başka soru yok herhalde. Tamam, çok teşekkür ediyoruz.

Büyük bir özveri ve sabırla bizi dinlediğiniz için değerli konuklar Ankara Barosu ve Sağlık Hukuku Kurulu adına hepinize çok teşekkür ediyoruz. Şimdi plaketleri vereceğiz.

KATILIMCI- Ankara Barosu olarak 2007 yılından beri geleneksel hale gelen Sağlık Hukuku Kurultayının dördüncüsünü düzenlemekten ve bitirmekten onur duyuyoruz. Siz sevgili katılımcılara, konuklara, özellikle Hakan Hocama, Yener Hocama ve diğer tüm sevgili konuklara çok teşekkür ediyorum. Aynı zamanda Ankara Barosunun Sağlık Hukuku Kurulu üyelerinin özverili çalışmalarından dolayı hepsine teker teker teşekkür etmek istiyorum. Yine koordinatör üyemiz Sayın Avukat Erol Aras’a tekrar tekrar teşekkür ediyorum.

Prof. Dr. MEHMET DEMİR

Şimdi plaketleri verilmek üzere Profesör Doktor Mehmet Kocaoğlu'nu davet ediyorum. Teşekkür ederiz. (Alkışlar)

Prof. Dr. MEHMET KOCAOĞLU- Yener Hocam, Atatürk'le o zamanın Yargıtay Başkanı oturmuşlar, akşam yemek yiyorlarmış. Atatürk demiş ki *“Sayın Başkan, Sayın Başkan... gideceğim... bitti”* demiş. Yargıtay Başkanı demiş ki, *“olur mu Paşam, siz tamam, bitti devlet başkanlığı da daha bunun mareşallığı var hukukun, avukatlık yapacağız”*. Herhalde siz de avukatlık yapacaksınız, onu da yapıyorsunuz değil mi? Vallahi ben de öyle yapacağım dedim, ama kendimi buldum... Hayırlı, uğurlu olsun, çok teşekkür ediyorum. (Alkışlar)

Hakan Hocam, zaten siz başlamışsınız. Tebrik ediyorum, sağ olun, buraya kadar geldiniz, Ankara Barosuna hizmet ettiniz. Çok teşekkür ediyorum.

PLAKET DAĞITIMI



