

## DİŞ HEKİMLERİNİN HUKUKİ SORUMLULUĞU\*

*Yrd. Doç. Dr. Hayrunnisa ÖZDEMİR\*\**

**ÖZET:** Sağlık hukuku alanında genellikle hekimlerin hukuki sorumlulukları ele alınmıştır. Oysa ki hekimler kadar diş hekimlerinin de hukukî sorumlulukları gerçekleştirdikleri tıbbi müdahaleler açısından önemlidir. Kamu sektöründe çalışan diş hekimlerinin hukukî sorumluluğu kamu hukukuna tabidir. Kamu hastanelerinde çalışan bir diş hekiminin gerçekleştirdiği tıbbî müdahale sonucu zarar gören hasta devlete karşı dava açar. Ancak, özel muayenehanesinde mesleğini icra eden diş hekiminin fiili sonucu zarar gören hastalar, diş hekimlerine özel hukuk hükümlerine göre başvurabileceklerdir. Hasta, özel hukukun sorumluluk hukuku çerçevesinde sözleşme öncesi sorumluluk, sözleşme, haksız fiil ve vekâletsiz iş görme hükümlerine dayanarak dava açabilir. Diş hekiminin hukuki sorumluluğuna karar verilince hasta maddi ve manevi tazminata hak kazanır. Davalar, tıbbî müdahaleyi gerçekleştiren hekime karşı açılır.

**Anahtar Kelimeler.** Diş Hekimi, Muayenehane, Hukuki Sorumluluk, Diş Hekiminin Hukukî Sorumluluğu

**ABSTRACT:** The legal responsibility of the physicians has been discussed largely in the field of health law. Yet, the legal responsibilities of the dentists as well as physicians are important in terms of medical interventions. The legal responsibility of the dentists working in the public sector is subject to public law. The patient suffering as a result of a medical intervention realized by a dentist working in the public hospitals files a lawsuit against the state. However, the patients suffering as a result of a deed realized by a dentist performing her/his profession in the private clinic will be able to resort to the dentists according to the provisions of private law. The patient can file a lawsuit based on the provisions of pre-contractual liability, contract, tortious act and negotiorum gestio within the framework

---

\* Çalışma metni, 23-24.09.2011'de Ankara Barosu'nun düzenlediği "IV. Sağlık Hukuku Kurultayı"nda sunulan metnin genişletilmiş halidir.

\*\* Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

of liability law of private law. If it is decided that the dentist has a legal responsibility, the patient is entitled to pecuniary and non-pecuniary compensations. The lawsuits are filed against the dentist who realizes the medical intervention.

**KEY WORDS:** Dentist, clinic, legal responsibility, the legal responsibility of the dentist

## 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. Gerçekten de 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 akdedilir<sup>1</sup>. Taraflar arasında öngörülen tıbbi müdahaleyi

---

<sup>1</sup> **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

uygulayacak olan hekimin “diş hekimi” olması gerekir. Diş hekimlerinin de, tıbbi faaliyetlerin hukuka uygun olması için bu faaliyetlerde bulunanların yasalarda belirtilen bazı koşulları taşımaları gerekmektedir<sup>2</sup>.

## B. DİŞ HEKİMİ KAVRAMI

Diş hekimi olarak faaliyette bulunmak için, belirli şartları hekim olarak çalışacak kişilerin bünyelerinde taşımaları gerekir. Diş hekimleri de bazı şartları taşımalıdır. 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 diş hekimliği yapmaları yasaktır.

2. Diş Hekimliği Fakültesi diplomasına sahip olmak: TŞSTİDK m.30 gereğince Türk üniversitelerinin diş hekimliği fakültelerinden alınmış bir diploma aranmaktadır. Diş Hekimliği diplomasına sahip olmayanlar hekimlik görevini yerine getiremezler<sup>3</sup>.

3. Diş Hekimleri Odasına kayıtlı bulunmak: 3224 sayılı Türk Diş Hekimleri Birliği Kanununun 17. maddesi gereğince diş hekimliği mesleğinin icrası için Diş Hekimleri Odasına kayıtlı olmak gerekmektedir.

4. Diş Hekimliği mesleğinin icrasına geçici veya sürekli engel hali bulunmamak: Türk Diş Hekimleri Birliği Kanunu’nun 44. maddesi gereğince, gerekli şartların varlığı halinde diş hekimlerinin geçici veya sürekli olarak

---

Haftung des Zahnarztes, Hamm 1989, 4 vd; **Giesen, Dieter**; Arzthaftungsrecht, Tübingen 1995, Dpn. 3.

2 **Demircan, Yusuf Tunç**; Diş Hekimlerinin Hukukî Sorumluluğu, İstanbul 2006, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), 5.

3 “kendisinin diş hekimi olduğunu ve dişlerini çekip yapacağını söyleyerek, hile ve desise ile şikâyetçilerden 800.000.000 lira para almasına rağmen dişlerini çekip yapmadan ortadan kaybolduğundan bahisle, sanık hakkında "dolandırıcılık" suçlarından kamu davası açıldığı ve iddianamede tavsifi yapılan bu suçla bağlı kalınarak yargılamaya devamla karar verilmesi gerektiği, sevk ve tavsife göre, 1219 sayılı Yasa'nın 41. maddesinde öngörülen "diplomasız olarak diş hekimliği mesleğine ilişkin muayene veya müdahale yapmak" suçundan açılmış dava bulunmadığı, ayrıca her iki suçun da birbirlerinden ayrı ve bağımsız suçlar olduğu gözetilmeden, yazılı şekilde eylemlerin 1219 sayılı Yasa'nın 41. maddesi kapsamında kaldığı ve iddianamede de anlatıldığından bahisle, ek savunma hakkı tanınıp, "diplomasız olarak diş hekimliği mesleğine ilişkin muayene veya müdahale yapmak" suçundan sanığın mahkûmiyetine hükümlenmesine karar verilmiştir” (Y. 11 CD. 11. CD. E. 2006/5937, K. 2009/2246, T. 09.03.2009, Kazancı Otomasyon, ET. 19.11.2011).

meslekten men edilmeleri mümkündür. Kural olarak bir kişinin diş hekimi olarak Türkiye’de çalışabilmesi için Türk diş hekimliği fakültelerinden mezun olmak gerekir. Ancak. TŞSTİDK’nun 31. maddesinde belirtilen şartlar yerine getirildiğinde, yabancı bir diş hekimliği fakültesi bitiren veya yabancı uyruklu bir kişinin Türkiye’de de diş hekimi olarak çalışabilmesinin yolu açılmış olur<sup>4</sup>. 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 diş hekimleriyle ilgili kısmında bazı değişikliklere gidilmiştir. Şöyle ki, artık mevzuatımızda “dişçilik” kavramına 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*

---

4 Yabancı memleketlerdeki diş hekim mekteplerinden izinli Türk diş hekimlerinin Türkiye’de sanatlarını yapabilmeleri için Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığında ve Üniversite Tıp Fakültesi Profesörler Meclisinden ve Diş Hekimi Mektebi profesörlerinden seçilmiş bir jüri heyeti tarafından hüviyetlerine bakıldıktan sonra diplomalarının Türkiye Diş 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 Diş Hekimi Mektebi profesörleri karşısında ve Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığında 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 Diş Hekimi Mektebi Ders programlarına ve öğrenim süresine göre okumamış olanlar eksiklerini tamamlamak üzere Diş Hekimi Mektebinde okuduktan ve staj gördükten sonra sınava girerler. Sınavları başarılarının sanat yapmalarına usulüne göre izin verilir”.

*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 tıbbî bir edimi gerçekleştirmeyi borçlanır. Bu durum Türk, İsviçre ve Alman Borçlar Kanunlarında<sup>5</sup> özel olarak düzenlenmemiştir<sup>6</sup>. Bundan dolayıdır ki, tarafların arasındaki hukuki ilişki genel hükümlere göre çözümlenir. Sözleşmenin kurulmasında ne tarafların açıklaması ne de yazılı bir belge söz konusu olur. Her iki tarafın iradelerinin birleşmesi sözleşmenin kurulmasında yeterlidir. Tarafların iradelerinin uyuşması halinde sözleşme hüküm ve sonuç doğurur. Ayrıca hekimin tedaviye başlaması veya diğer tıbbî tedbirlerin alınması için randevu verilmesi, sözleşmenin kurulması için gerekli değildir<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> Uhlenbruck, W; Arzhaftungsrecht-Aerztlicher Behandlungsfehler, ZAP 1998, 495; Schröder, 5.

<sup>6</sup> Kuhn, Moritz; Aktuelle Probleme in der Aertzehaftpflicht, SJZ 89/1993, 257.

<sup>7</sup> 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.

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 özetlenebilir<sup>8</sup>. 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 yapılabilmektedir<sup>9</sup>.

### 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 TEDAVİLERİ

Koruyucu diş tedavilerinden, en geniş anlamda dişlerin korunması için yapılması gereken bütün işlemler anlaşılır<sup>10</sup>. Bunlar, diş dolguları, altın kaplamalar ve keramik dolgular, endodontolojik kanal tedavileri ve Prophylaxe tedavileridir.

#### 2. ÇENE CERRAHİSİ MÜDAHALELERİ

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 PROTEZLERİ

Diş protezleri, ağız boşluğunda yer alan dişlerin çiğneme fonksiyonunu korumak ve yeniden oluşturmak için uygulanan tıbbî bir müdahaledir. Bu

---

<sup>8</sup> 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).

<sup>9</sup> Schröder, 5.

<sup>10</sup> Laufs, A/Uhlenbruck, W; Handbuch des Arztrechts, 3. Auflage, München 2002, § 29, Pn. 44; Laufs, A/Kern, B. R. § 38 Pn. 17-18.

işlemlere, dişlerin kromla doldurulması, köprü yapılarak dişlerin fonksiyonunu yeniden sağlamak amacıyla yapılan müdahaleler dâhildir. Bu tür müdahalelerle dişlerin fonksiyonu yeniden kurulabilir. Hastanın çiğneme fonksiyonu eskiye nazaran daha da iyileştirilebilir<sup>11</sup>.

#### **4. IMPLANT İŞLEMLERİ**

Diş hekimliği alanında İmplant 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. İmplantta, ağız boşluğuna vücuda yabancı maddeler yerleştirilerek bir müdahale yapılmaktadır. İmplant tedavi amaçlı olarak çene kemiğine sabitlenmektedir<sup>12</sup>.

#### **5. ÇENE ORTOPEDİSİ MÜDAHALELERİ**

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 eğitimler de almaktadırlar. 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 de bulunabilir. Bu durumda da taraflar arasında bir haksız fiil durumu söz konusu olabilmektedir<sup>13</sup>. Bunlara ilaveten

---

<sup>11</sup> Schröder, 10.

<sup>12</sup> Laufs/Uhlenbruck, § 29, Pn. 50.

<sup>13</sup> 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

diğer bir sorumluluk türü de sebep sorumluluğu halleridir. Öyle ki, diş hekiminin kullandığı alet ve edevatlar hastaya karşı tehlike arz etmektedir. Sebep sorumluluğu hallerinden biri TBK. m. 66'da yer verilen adam çalıştırmanın sorumluluğudur. Diğeri ise, TBK m. 69'da düzenlenen yapı malikinin sorumluluğudur. Diş hekiminin kullandığı aletlerde mevcut bakım ve onarım eksikliği sonucu oluşan zarar diş hekimi kusursuz da olsa tazmin edilmek zorundadır<sup>14</sup>.

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<sup>15</sup> ihlal etmektedir. Burada iki sorumluluk sebebi yarışmaktadır. Ayrıca diş hekimin vekâletsiz 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. 112 gereği hastasına karşı sorumlu olur.

#### IV. DIŞ 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 olarak da gerçekleşebilir. Sözleşmenin hukukî niteliği, diş hekimin hastasına gerçekleştireceği tıbbî müdahaleye göre farklılık arz etmektedir. Gerçekten de diş hekimleri hastalarının ağız boşluğunda gerçekleştirecekleri tıbbi mü-

---

Zahnarztes, Zürich, 1982, 13vd; **Oexmann, Burkhard/Georg, Axel**; Die zivilrechtliche Haftung des Zahnarztes, Hamm 1989, 4 vd; **Giesen, Dieter**; Arzthaftungsrecht, Tübingen 1995, Dpn. 3.

<sup>14</sup> **Schroeder**, 18.

<sup>15</sup> **Schroeder**, 13; **Katzenmeier, Christian**; Arzthaftung, 79-80; BGE 64 II 250.



dahaleye göre sözleşme hükümlerine tabi olacaklardır. Diş hekiminin hastasına şikayeti olan durumun giderileceğini belirtmesi durumunda, taraflar arasında oluşacak sözleşmenin niteliği vekâlet iken, belli bir sonucun mutlaka gerçekleştirileceğini konu alan sözleşmelerin hukukî niteliği istisna sözleşmesi şeklinde gerçekleşeceği kabul edilmektedir. 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 olur.

## **B. DIŞ HEKİMİ İLE HASTA ARASINDAKİ SÖZLEŞMENİN HUKUKİ NİTELİĞİ**

Diş hekiminin hastası ile yaptığı sözleşme diğer hekim hasta arasındaki sözleşmelerden farklı olmayıp vekâlet sözleşmesi hükümlerine tabidir<sup>16</sup>. Hekim, sözleşme gereği hastasının dişlerini tedavi etmeyi ve dişleriyle ilgili şikâyetlerini ortadan kaldırmayı üstlenir. Hasta ise, diş hekiminin bu edimlerine karşı belli bir bedel 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 diş hekimi ile hastası arasındaki sözleşmeye vekâlet sözleşmesi hükümleri uygulanır<sup>17</sup>. Alman hukukunda Türk- İsviçre Hukukundan farklı olarak, diş hekimi ile hastası arasındaki ilişki hizmet sözleşmesi olarak görülmektedir<sup>18</sup>. Bu durumun sebebi ise, Alman Hukukunda Vekâlet sözleşmesinin karşılıksız olmasıdır. Vekalet sözleşmesi daha çok diş hekiminin koruyucu tedbirler olarak hastanın dişlerine protez dışında gerçekleştirilecek her türlü tıbbi müdahaleyi içine almaktadır. Burada diş

---

<sup>16</sup> **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.

<sup>17</sup> **Schroder**, 21; **Ott**; 23 vd; **Loeffler, W**; Die Haftung des Arztes aus aertzlicher 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.

<sup>18</sup> **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.

hekiminin herhangi bir sonuç üstlenmesi söz konusu değildir<sup>19</sup>. Diş hekimi yapmış olduğu sözleşmede herhangi bir tıbbi başarıyı üstlenmemekte, bilakis geçerlikte olan tıp biliminin kabul edilmiş standarda uygun olarak hastasını tedavi etmeyi üstlenmektedir<sup>20</sup>.

Diş hekimi vekâlet sözleşmesi gereği, her zaman sözleşmeden çekilebilir, hastayı reddedebilir. Aynı şekilde hasta da her an diş hekimini bırakabilir. Ancak burada ancak TMK m. 2/II kuralı geçerli olacaktır. Her iki taraf da 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 uygulanır<sup>21</sup>. Alman Hukukunda da, diş hekimlerinin sadece diş protezlerinin imalini borçlandıklarında istisna hükümlerinin uygulanacağı kabul edilmektedir<sup>22</sup>. Sözleşmede, diş hekimi belli bir sonucu üstlenmektedir. Türk Yargıtayı da diş hekiminin bir sonucu üstlendiği sözleşmeleri, eser sözleşmesi olarak nitelendirmektedir<sup>23</sup>.

<sup>19</sup> Schinnenburg, 185; Oexmann/Georg, 4 PN. 9; Könnig, A; Zur Rechtsnatur des Zahnarztvertrages, in: VersR 1989, 223 vd.

<sup>20</sup> Schröder, 11.

<sup>21</sup> 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; “Dava konusu olayda, tedavi dışında, protez, implant, seramik kron gibi eser sözleşmesi kapsamına giren imalatlar da yapılmıştır, 15. HD. E. 2009/5712, K. 2009/6219, T: 16.11.2011, naklen Kazancı Otomasyon); “Dava BK. M. 355 ve devamı maddelerinde düzenlenen eser sözleşmesidir. Bu sözleşme taraflara karşılıklı haklar ve borçlar yükleyen bir iş görme ajdidir. Davacı yüklenici eseri fen ve sanat kurallarına, sözleşmeye ve amaca uygun olarak imal edip davalı iş sahibine teslim etmekle, iş sahibi de bedeli ödemekle yükümlüdürler.” (Y. 15. HD. E. 2010/6801, K. 2010/7351, T. 28.06.2010) (Karar Yayınlanmamıştır); Y. 15. HD. E. 2010/5327, K. 2010/6334, T. 20.04.2010)

<sup>22</sup> 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.

<sup>23</sup> 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 kap-

İsviçre doktrini önceleri diş hekimlerinin belli bir sonuç üstlendiği durumları eser sözleşmesi olarak nitelendirirken<sup>24</sup>, Federal Mahkeme, daha sonra vermiş olduğu bir kararıyla diş hekimlerinin yapmış oldukları bütün işlemleri vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirmektedir<sup>25</sup>. Bu kararda vurgulanan nokta, hekimin protez, köprü ve kron kaplama yapımını üstlenmesi durumlarında, öne çıkan edimin hastanın çiğneme fonksiyonunu iyileştirmek olduğudur. Ayrıca bu amacı gerçekleştirmek için üretilen bir eser, tedavinin başarılı olmasının bir sonucudur. Yani ortaya konulan eser, bir sonuç olmayıp sonuçta götüren bir araçtır. Bundan dolayı, diş hekiminin bu içerikte yaptığı sözleşmeler vekâlet sözleşmesi olarak adlandırılmalıdır<sup>26</sup>. İsviçre doktrini bir adım daha ileri giderek, burada eski dönemlerde olduğu gibi bir el işçiliği gerektiren diş protezi üretimi söz konusu olmadığını, bu tür protezlerin, sözleşmeye aykırı olarak gerçekleştirildiğinde, laboratuvar ortamında tekrar üretilebilir hatta düzeltilebilir niteliğe sahip oldukları aşıkardır. 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 vermez<sup>27</sup>. 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 açısından hem vekalet sözleşmesi hem de gerçekleşecek olan protez açısın-

---

samaktadır...Yanlar arasında gerçekleştiği ileri sürülen temel hukuki ilişki, Borçlar Yasasının 355. maddesinde tanımlandığı üzere niteliğince bir “eser” sözleşmesidir”.

24 BGE 45 II 215.

25 BGE 110 II 375.

26 **Kuhn**, 21 vd; **Keller, Alfred**, Haftpflicht im Privatrecht, Bd. I, 6. A., Bern 2002, 462;

27 **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).

dan ise eser sözleşmesi niteliğindedir. Bu tür sözleşmeler karışık sözleşmeler olarak nitelendirilmektedir<sup>28</sup>. 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 tutulmuştur<sup>29</sup>. 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 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 uygulanmalıdır<sup>30</sup>.

---

28 Schroder, 28.

29 BGH NJW 1975, 305 (306 ff); Roesch, 12.

30 Özdemir, Hayrunnisa; Teşhis ve tedavi Sözleşmesi, Ankara 2004, 81; “...Davacı, burnundan rahat nefes alamadığı için muayene olduğu doktor olan davalımın önerisi ile 09.11.1995 tarihinde davalı tarafından ameliyat edildiğini, davalımın 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).

## V. DIŞ 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 olan bir vekâlet sözleşmesinin bulunması gerekir. Zarar, sözleşmenin ihlali, uygun illiyet bağı ve kusur sözleşmeden doğan sorumluluk için gereklidir.

### 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 fiillere ilişkin olmasıdır. Burada, vekil (hekim) müvekkili için hukuki muameleler ve benzeri işler yaparak haklar kazanması ve borçlar yüklenmesi söz konusu değildir. Kanunda öngörülmemiş her çeşit maddi fiillerin yapılması bu çeşit vekâletin içeriğine dâhildir<sup>31</sup>. Örneğın, hekimin hastasını tedavi etmesi gibi<sup>32</sup>.

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 beyanı ile kurulabileceği gibi zımnî irade beyanı ile de kurulabilir. Sözleşmenin kurulabilmesi için irade beyanlarının belli bir şekilde olmasına gerek yoktur. Çünkü sözleşmenin kurulmasında şekil serbestisi geçerlidir<sup>33</sup>. Diş hekiminin hastasını koltuğa oturtup ne tür bir şikâyeti olduğunu sormasıyla, ağrı olan ilgili kısmın tedavisine başlanması ile sözleşme kurulur<sup>34</sup>. Taraflar arasındaki sözleşme somut hareketlerle kurulabilmektedir.

---

<sup>31</sup> **Yavuz, Cevdet**; Türk Borçlar Özel Hükümler, İstanbul 2007, 609; **Tandoğan, Haluk**; Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Ankara 1987, 359-360.

<sup>32</sup> **Erman, Hasan**; Bülent Davran'a Armağan, İstanbul 1998, 143.

<sup>33</sup> **Ott**, 25; **Schroder**, 29;

<sup>34</sup> **Richard, E.**; Zwischenfaelle in der zahnaerztlichen Praxis und ihre zivilrechtlichen Konsequenzen, Berlin, 1968, 60.

Tarafların ehliyeti konusunda da genel esaslar uygulanır. Dolayısıyla, tam ehliyetliler ve sınırlı ehliyetliler teşhis ve tedavi sözleşmesini tek başlarına yapabilirler. Teşhis ve tedavi sözleşmesi Medeni Kanununun 16. maddesinin 2. cümlesinde belirtilen kişiye sıkı sıkıya bağlı olan hakların kullanılmasında yasal temsilcinin rızasının gerekli olmadığı düzenlemesine girdiği için, sınırlı ehliyetsizler de teşhis ve tedavi sözleşmesi yapabilirler<sup>35</sup>. 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 TŞSTİDK'nun 70. maddesinin “veli veya vasisi olmadığı veya bulunmadığı takdirde rıza şart değildir” düzenlemesi dayanak gösterilmiştir<sup>36-37</sup>.

Tam ehliyetsizler, temyiz kudretine sahip bulunmayan kişilerdir. Bu kişilerin 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 yapılmalıdır<sup>38</sup>.

Diş hekimi ve hastası arasındaki sözleşme TBK m. 6’da yer verilen zımnî kabulde de 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. 503 uygulama alanı bulur. Buna göre, “*Kendisine bir işin görülmesi önerilen kişi, bu işi görme konusunda resmi sıfata sahipse veya işin yapılması mesleğinin gereği ise ya da bu gibi işleri kabul edeceğini duyurmuşsa, bu öneri onun tarafından hemen reddedilmedikçe, vekâlet sözleşmesi kurulmuş sayılır*”. Maddede yapılan icabın, derhal reddedilmediği takdirde kabul edilmiş sayılacağı yolunda kesin bir karine ifade edilmektedir. Bu nedenle, bu karinenin, icabın

<sup>35</sup> Zevkliler, Aydın; Medeni Hukuk, 6. B, Ankara 2000, 278.

<sup>36</sup> Zevkliler, 278-279.

<sup>37</sup> TŞSTİDK'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 evveliminde muvafakatini alırlar. Büyük ameliyei cerrahiler için bu muvafakatın tahriri olması lazımdır. (Veli veya vasisi olmadığı veya bulunamadığı veya üzerinde ameliye yapılacak şahıs ifadeye muktedir olmadığı takdirde muvafakat şart değildir)".

<sup>38</sup> Künzler, 74-75

derhal reddedilmediği durumlarda, susmanın kabul niteliğinden ileri gelmediğini ispat etmek suretiyle çürütülmesi mümkün değildir<sup>39</sup>.

Söz konusu karine "İşin görülmesi resmi sıfatı veya mesleğinin icabı olanlar" hakkında öngörölmüştür. 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 sonucudur<sup>40</sup>. 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. 503. madde hükmü özel sağlık kurum ve kuruluşları hakkında da uygulama alanı bulur. Diş hekimliği sözleşmesinin zımnî kabulü kurulması hasta açısından da mümkündür<sup>41</sup>.

### **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 faaliyette 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 mecburiyetindedir<sup>42</sup>. 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

---

<sup>39</sup> Tandoğan, C. II, 387; Aşçıoğlu, 37; Tuhr, C. I-II, 157-158.

<sup>40</sup> Tandoğan, C. II, 389; Aşçıoğlu, 37-38.

<sup>41</sup> Tandoğan, C. II, 389-390; Bayraktar, 140.

<sup>42</sup> İleri, 333; Güreli, 279; Büyüksağış, Erdem, "Yaşama Şansının Yitirilmesi Sonucu Uğranılan Kayıplar Açısından Hekimin Tazminat Sorumluluğunun Kapsamı - Uygun İliyet Bağı Teorisine Değişik Bir Yaklaşım", AÜHFD. C. 54, S. 4, (119-148), 122.

üzerinde son derece etkilidir<sup>43</sup>. Hekimin teşhis koyarken uyabileceği kesin kurallar bulunmamaktadır<sup>44</sup>. Öncelikle hastadan hastalığın tam bir geçmişini elde etmelidir<sup>45</sup>. 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 isteyebilir<sup>46</sup>. Bütün bunları yaparken tıp bilimi ve uygulama hekime yol gösterir.

Hastanın muayenesi ve gerekli tetkikler sonucu dış hekimi kendi şahsi tecrübelerinden de yararlanarak hastaya teşhisini koyar. Bu fiille 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. Doktrinde<sup>47</sup> "*en emniyetli yol prensibi*"nden söz edilmektedir. Dolayısıyla hekim aynı başarıyı daha az riskle temin etmeye elverişli tanınmış bir yöntem mevcut iken, daha fazla riskli olan yeni bir yöntemi seçemez<sup>48</sup>.

Dış hekimi, seçmiş olduğu tedavi yöntemini kural olarak bizzat uygulamakla yükümlüdür<sup>49</sup>. Taraflar arasındaki güven ilişkisi, tedavinin hekim tarafından bizzat yürütülmesini gerekli kılmaktadır (TBK. m. 506/I). Hastanın tedavisinin gerekli kıldığı işlemleri baştan sona dış hekimi tarafından yerine getirilmesi mümkün değildir. Üçüncü şahıslar hekime tedavide yardımcı olurlar hatta tıbbî tedavinin ifasını da hekim başkalarına bırakabilir<sup>50</sup>.

Dış hekimi, teşhis ve tedavi sözleşmesinden doğan yükümlülüğü borcunu yerine getirirken, tedavi faaliyetine ilişkin bir kısım işlerin yapılmasını yardımcı kişilere bırakılabilir<sup>51</sup>. Bunlar hastaya iğne yapılması, ameliyata hazırlanması, röntgen filmlerinin çekilmesi, hastanın dişlerinin temizliğidir.

---

43 Köprülü, 589; Ziegner, 48-49; Özgül, 82-83.

44 Ott, 39.

45 Ott, 39.

46 Loeffler, 70,72; Ott, 39.

47 Ott, 41.

48 Bkz. 13. HD 04.03.1994 T, 8557 E, 2138 K, Uygur, C. II, s. 1371-1372.

49 Reisoğlu, 13.

50 Sarıal, 54.

51 Sarıal, 54.



Hekim bu fiilleri bizzat ifa etmekle yükümlü olmadığı için söz konusu fiiller, yardımcı kişilere bırakılmaya elverişli (TBK. m. 83) işlemlerdendir<sup>52</sup>. Dolayısıyla hekim ile birlikte teşhis ve tedavi fiiline katılan hemşire, röntgen asistanı, laborant, hastabakıcı ve hijyen hemşiresi gibi kimseler yardımcı kişi sayılırlar<sup>53</sup>.

Diş hekimi yanında çalıştırdığı hemşire, hasta bakıcı, laborant gibi yardımcı şahsın fiillerinden Borçlar Kanunu'nun 116. maddesi çerçevesinde sorumlu tutulur<sup>54</sup>. 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 dayanır<sup>55</sup>. 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 bulursa idi, bu onun için de kusurlu bir davranış sayılmazsa, borçlu bu durumu ispat ederek sorumluluktan kurtulur<sup>56</sup>. Hasta, diş hekiminin muayenehanesinde veya hastanesinde çalışan diğer personeli (TBK.m.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 verilmektedir<sup>57</sup>.

---

52 **Ott**, 67; **Reisoğlu**, 15; **Sarial**, 54.

53 **Ott**, 66; **Reisoğlu**, 15.

54 **Ott**, 66.

55 **Reisoğlu**, 15; **Köprülü**, 601; **Erzurumluoğlu**, 202.

56 **Belgesay**, (**Mesuliyet**), 78, 139; **Eren**, C. II., 1070.

57 **Ott**, 68; **Yavuz**, 644.

Hekimin kendisi yerine bir başkasını koyması, vekâlet sözleşmesinde olduğu gibi iki değişik şekilde ortaya çıkabilir<sup>58</sup>. Birincisinde, hekim, hastayı teşhis ve tedavi etme borcunu kendi adına yaptığı sözleşmeyle başka bir hekime bırakırsa, 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 eder<sup>59</sup>.

Kendisi yerine bir başkasını koyan hekimin sorumluluğu bunun caiz olup olmamasına göre değişir. Borçlar Kanununun 506/1'e göre, caiz ikame üç halde mümkündür. Bunlardan birincisi, hekimin kendisi yerine bir başkasını koymasına hastanın muvafakat etmesidir. Muvafakat açık veya örtülü olabilir<sup>60</sup>. 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 taşımaktadır<sup>61</sup>. Burada hekimin kendi yerine başkasını koymada bir zaruret hali bulunmaktadır. Örneğin, aniden rahatsızlaşan bir dış hekiminin yerine geçen diğer bir meslektaşının ameliyatı sürdürmesinde durum böyledir<sup>62</sup>. İkamenin caiz olduğu durumlarda dış hekim, sadece "yerine geçecek kişiyi seçme ve ona talimat vermede sadakatli özenli hareket etme" bakımından sorumludur (TBK.m.506/II)<sup>63</sup>. Buna karşılık,

---

58 Ayan, 69.

59 Tandoğan, C. II, 462; Sarıal, 51.

60 Loeffler, 109.

61 Sarıal, 53.

62 Reisoğlu, 13.

63 Ott, 69; Sarıal, 51.

yerini alan hekimi gözetim altında bulundurmak ve denetlemekle yükümlü değildir<sup>64</sup>.

Türk Borçlar Kanunu'nun 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 diş hekiminin yerine geçen kişinin eyleminden "sanki kendisi yapmış gibi" sorumlu olur (TBK. m. 507/I)<sup>65</sup>. 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 hasta arasında ayrı bir vekâlet ilişkisi kurulmuş olduğundan, Borçlar Kanununun 507/III'ün uygulanmasına gerek yoktur<sup>66</sup>. 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. HEKİMİN AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

### 1. GENEL OLARAK

Diş hekimi ile hastası arasında yapılan sözleşme güven ilişkisine dayanmaktadır. Aydınlatma yükümü<sup>67</sup>, taraflar arasında güven ilişkisinin mevcut

---

<sup>64</sup> Tandoğan, 466; Sarıal, 51.

<sup>65</sup> Ott, 69.

<sup>66</sup> Tandoğan, C. II, 468-469.

<sup>67</sup> Çilingiroğlu'na göre aydınlatma, hekim açısından dar anlamda bir hukuki ödev veya yükümlülük değil, aslında bir hukuki külfettir. Kanun tarafından kendisine yüklenen bazı davranış ve ödevlerini yerine getirmeyen kimse haklarını kısmen ya da tamamen kaybediyorsa yani kendi yararına olması muhtemel avantajlı bir hukuki durumu elde edemiyorsa ortada bir külfetin varlığından söz edilecektir (Çilingiroğlu, 58, d.pn. 152); Erman'da aydınlatmanın özellikle ceza hukuku bakımından bir yüküm değil bir yükümlülük olarak değerlendirilmesi görüşündedir (Erman, Barış, Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Ankara 2003, 101); Başpınar'a göre aydınlatma bir yükümlülük olarak kabul edildiğinde karşılaşılabilecek müeyyide de bir farklılık olacak, ihlal eden hekim tazminat ödemek durumunda kalacaktır. Yazar organ nakli açısından aydınlatmanın bir yükümlülük olarak kabul edilmesi gerektiği görüşündedir (Başpınar, Veysel; "Organ Naklinde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları" I. Uluslar arası Tıp Etiği Kongresi Bildiri Kitabı İstanbul 2007, 194)

olduğu ilişkilerde daha da ön plana çıkar<sup>68</sup>. Hekimin hasta üzerindeki, her önlemi, hastanın da onayını katılımını gerektirir<sup>69</sup>. 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 de. Hekim veya özel sağlık kurum ve kuruluşları ancak bu rızayı aldıktan sonra teşhis ve tedavi edimini yerine getirebilir. Bu nedenle, hekimin tıbbî teşhis ve tedaviye geçmeden önce hastayı veya kanuni temsilcisine aydınlatması, tıbbî olduğu kadar hukuki bir ödev ve yükümlülüktür.

## 2. AYDINLATMA KAVRAMI VE ÖNEMİ

Aydınlatma konusu, diş hekiminin hastasına uygulayacağı müdahaleyi hukuka uygun hale getiren bir durumdur<sup>70</sup>. Aydınlatma yükümü, temellerini Anayasadan alır. Öyle ki, Anayasamızın 17. maddesine göre, kişinin vücudu üzerinde rızası olmaksızın tıbbî 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 Kanun'un 23 ve 24. maddelerinin de hukuki dayanak olarak kabul edilebilir<sup>71</sup>. 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"<sup>72</sup>.

<sup>68</sup> Başpınar, Veysel; Vekilin (Avukatın, Hekimin, Mimarın ve Bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, 2. Bası, Ankara 2004, 143.

<sup>69</sup> Deutsch, E/Spickhoff, A; Medizinrecht, 5. Auflage, 2003, 62.

<sup>70</sup> "Die Wiegand, Wolfgang; Aufklaerunspflicht", in. Handbuch des Arztrechts, Hrsg. Heinrich Honsell, Zürich 1994, 151; BGE 117 Ib 197ff.

<sup>71</sup> Özsunay, 35; Ayan, 73; Hakeri, Hakan, Tıp Hukuku Ankara 2010, 99.

<sup>72</sup> Atabek /Sezen'e göre; yasa koyucu, 1219 sayılı Kanunla büyük ameliyatlara için yazılı izin şartını getirirken "malumat verme külfetini zımnen 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: Tıbbî Müdahaleden Kaynaklanan Hukukî Sorumluluk, 16-17 Ocak Mersin Barosu, 2009, 3; Doğan, Cahid, Hastanın Aydınlatılması

Aydınlatma borcu açısından, Tıbbî Deontoloji Nizamnamesinde genel bir hüküm mevcuttur. Söz konusu Nizamnamenin 14/II'e göre "*Tabip ve diş 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 aranmaktadır<sup>73</sup>.

Bu özel düzenlemelerin yanı sıra, Dünya Tıp Birliğinin (DTB) Lizbon'da 1981 yılında kabul ettiği altı maddeden oluşan bildirin 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 birinci fıkrasına göre, hasta, kendisine uygulanacak tıbbî işlemler ile bunların muhtemel sonuçları üzerinde bilgi isteme hakkına sahiptir<sup>74</sup>.

Diş hekimi ve hasta arasında gerçekleşen sözleşmeden doğan bir yan yükümlülük olarak<sup>75</sup> aydınlatma, diş hekimin vereceği bilgilerle hastanın, uygulanması düşünülen tıbbî teşhis ve tedavi üzerinde serbestçe karar verebilecek duruma getirilmesidir<sup>76</sup>. Çünkü sadece yeterince bilgi sahibi yapılan

---

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;

<sup>73</sup> **Özsunay**, 34.

<sup>74</sup> "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.

<sup>75</sup> **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).

<sup>76</sup> **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

hasta, önerilen tedaviye razı olup olmama hususunda serbest iradesiyle karar verebilir<sup>77</sup>. Olumlu ve olumsuz yönlerini bilmeden tıbbî teşhis ve tedaviye muvafakat eden hastanın veya kanuni temsilcinin kendi serbest iradesiyle karar verdiğiinden söz edilemez. Hasta veya kanuni temsilci tarafından verilen rızanın geçerli olabilmesi için mutlaka tarafların serbest iradelerine dayanmalıdır<sup>78</sup>.

Aydınlatma yükümlülüğü yerine getirilmesi bakımından hasta veya kanuni temsilciye, tıbbî bulgular ve teşhis hakkında açıklayıcı bilgilerin verilmesi gerekir<sup>79</sup>. Hasta yakalanmış olduğu hastalığın bütün özelliklerini öğrenmelidir. Buna, yani muayene sonucu elde edilen bulguların açıklanmasına "teşhis aydınlatması" adı verilmektedir<sup>80</sup>. İkinci olarak, hastaya, tedavi ile müdahalenin türü ve içeriği; muayene sonucu tespit edilen hastalığın tedavi edilemediğinde meydana gelebilecek olumsuz sonuçlar anlatılmalıdır<sup>81</sup>. Buna da "süreç aydınlatılması" adı verilir. Bu aydınlatmanın amacı, hastanın daha sonra uygulanacak tedaviye razı olmasını sağlamaktır<sup>82</sup>. Hastaya veya kanuni temsilcisine ayrıca, tıbbî müdahalenin beraberinde getirebileceği tehlikeler hakkında da bilgi verilmesi gerekir. Bu tehlikelerin yanında hasta-

---

ağrılar oluşmuş ve dirençli bir Osteomyelitis görüşmüştür. Olay yüksek mahkemeye intikal etmiştir. Mahkeme, diş hekiminin hastasını beyaz diş çekiminin tehlikesini ve risklerini 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 karar vermelidir”

77 **Bayraktar**, 124-125.

78 "... Yalnız bu rızanın hukuken geçerli olabilmesi için kişinin, sağlık durumunu, yapılacak müdahaleyi ve etkileri ile sonuçlarını bilmesi, bu konuda yeteri kadar aydınlanması ve iradenin serbestçe açıklanması gerekir. Bu itibarla 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 sınırların zarar görmesini ve önemli bir süre ağrıların devam edeceği hakkında bilgilendirilmelidir. Bu tür yan etkilerin oluşma ihtimali % 1 bile olsa diş hekimi bunu anlatmalıdır.

79 **Deutsch**, 1305.

80 **Deutsch**, 1305; **Roggo**,114; **Ozanoğlu, H.S.**; Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü, AÜHFD., C. 52, S.3 (2003) 55vd, 68; **Wiegand**, 156.

81 **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.

82 **Deutsch**, 1305; **Oğuzman**, 83; **Oexmann/Georg**, 21, PN. 54.

ya, uygulanacak tedavinin yan etkileri de bildirilmelidir<sup>83</sup>. Örneğin, yaranın iltihaplanabileceği, bir uzvun yeteneğini kaybedebileceği vb. anlatılmalıdır. Bu aydınlatma türüne de "riziko aydınlatması" adı verilir<sup>84</sup>. Riziko aydınlatması, süreç aydınlatmasıyla birlikte hastanın önemli tehlikeleri taşıyan tıbbî teşhis ve tedaviye razı olmasına yardım eder. Riziko aydınlatması hastanın uygulanacak tıbbî müdahaleye göstereceği rıza için çok önemlidir. Çünkü bu aydınlatma türünde hastaya diş hekimi dışlarına uygulanacak müdahale sonucu ağız boşluğunda veya dişin kendisinde oluşacak sinir rahatsızlıklarını, yapılacak uygulamanın sinüsleri etkileyip etkilemeyeceği durumları açık açık anlatması gerekir<sup>85</sup>. Riziko aydınlatmasında en önemli kısım Implant tedaviler almaktadır. Damakta diş olmayan kısma yerleştirilen suni diş uygulamasında, sinüslerin ve diğer çenede bulunan sinirlerin zarar görmesi olabileceği göz önüne alınarak aydınlatma bu alanlarda daha da ayrıntılı olarak yapılmalıdır<sup>86</sup>.

Yukarıda anlatılanlara ek olarak riziko aydınlatmasında diş hekimi, hastasına kendisine vereceği ilaçlar hakkında da gerekli aydınlatmayı yapmalıdır. Çünkü hastanın uygulanacak ilaçlara alerjisi olabilir. İlaçların mutlaka

<sup>83</sup> **Deutsch**, 1305.

<sup>84</sup> **Deutsch**, 1306; **Oexmann/Georg**, 17; **Ayan**, 72; **Ozanoğlu**, 67; **Çilingiroğlu**, 60; **Özgül**, **Mehmet Emin**; Yeni Tıbbî Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, İstanbul 2010, 199; " ..Davalı yüklenici –diş hekimi- olup işe başlamadan evvel eserde sonradan çıkması muhtemel arızalar konusunda iş sahibini uyarması gerekir..." (Y. 15. HD. E. 2009/6201, K. 2010/6498, T. 30.04.2009), (Karar Yayınlanmamıştır).

<sup>85</sup> **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 tıbbî müdahale edilen beyaz dişin çekilmesi gerektiğini belirtmiştir. Dişin çekiminden sonra hastanın sinirleri zarar gördüğünden ağrılar oluşmuş ve dirençli bir Osteomyelitis görüşmüştür. 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 karar vermelidir"

<sup>86</sup> **Günther**, Zahnarzt-Recht und Risiko, Pn. 1048; **Gabka**, Komplikationen und Fehler bei der zahnaerztlichen Behandlung, 345; **Ziegner**, 91.

özellikleri hastaya veya kanuni temsilcisine anlatılmalıdır<sup>87</sup>. 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 ışına karşı oluşacak alerji veya deri hastalıklarının oluşumundan diş hekimi sorumludur. Ayrıca, diş hekimi hastasına uygulayacağı amalgam dolgular için de hastaya bilgi vermelidir. Amalgam dolgular 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 girişilmeden hastaya anlatılmalıdır<sup>88</sup>. 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 yoktur<sup>89</sup>.

### 3. AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN KAPSAMI

Diş hekiminin aydınlatma yükümünün içeriği ve kapsamı, konusunda Türk Hukukunda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır<sup>90</sup>. Türk Hukukunda bu alanda en genel düzenleme, Tıbbî Deontoloji Nizamnamesinin 14.

---

<sup>87</sup> **Wagner**, Zur Aufklaerungspflicht bei zahnaerztlicher Behandlung, 162-164; **Doğan**,134; **Dural**, 250.

<sup>88</sup> **Michalski, L;** (Zahn) Aertzliche Aufklaerungspflicht über die Ersatzfaehigkeit 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.

<sup>89</sup> **Deutsch/Spickhoff,** 181, PN. 287.

<sup>90</sup> **Ayan,** 75vd; **Çilingiroğlu,** 63-64.



maddesidir<sup>91</sup>. 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 etkili olan husus, uygulanacak tıbbi teşhis ve tedavinin ivediliğidir<sup>92</sup>. Eğer uygulanacak tıbbi teşhis ve tedavi ivedi değilse, aydınlatmanın kapsamı da genişler. Aksi bir durumda 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 aydınlatmalıdır<sup>93</sup>.

Aydınlatma yükümü bazı hallerde ise, tamamen ortadan kalkar. Aydınlatmanın ortadan kalktığı hallere bazen hasta sebep olabilir. Örneğin hasta kendisinin aydınlatılmasını istemeyebilir<sup>94</sup>. Bazı haller ise, diş hekimliğinde genel rizikoları bilinen durumlar olduklarından bu tür durumlarında aydınlatılmasına gerek yoktur. Ancak her ne kadar genel tarafından bilinse de, nadir de olsa bazı yan etkileri görülebiliyorsa bu durumlarda aydınlatma olmalıdır. Ancak bu tür genel nitelikteki durumlarda hastanın aydınlatılmasına gerek yoktur<sup>95</sup>. 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

---

91 "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 lâzımdır. 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 tâyin olunmamış ise, durum ailesine bildirilir".

92 Özgül, 212.

93 Deutsch (Zeitpunkt), 1305; Ayan, 77; Schröder, 86; BGH NJW 1971, 1887 (1888); BGH VersR 1979, 720, (721).

94 Ott, 37; Sarial, 59; Schroder, 33.

95 Künell, E, Die Ersatzansprüche beim Vorliegen eines aertzlichen Kunstfehlers, VersR 1980, C. 21 (A), 502; Schroder, 33; BGH MedR 2001, 421 (421).

söz konusudur<sup>96</sup>. Aydınlatmanın gerçekleşmesi hasta veya yakınları için anlamsız hale gelmişse bu durumlarda da aydınlatma yükümü ortadan kalkar<sup>97</sup>. 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 olabilir<sup>98</sup>. Bu hallerde tıbbî müdahaleyi gerekli kılar. Örneğin, tıbben çenesinde herhangi bir problem olmayan bir kişinin sırf estetik kaygıyla çenesini düzelttirmesi durumunda psikolojik endikasyon gerçekleşmiştir.

Aydınlatma yükümünün borçlusunu 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 olmayanın kanuni temsilcilerine hastalığın teşhisi ve uygulanacak tedavi konusunda bilgi vermelidir<sup>99</sup>.

#### E. DİŞ 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)<sup>100</sup>.

<sup>96</sup> **Figgner, L**, Zahnarzt und Recht II- Die Aufklärungspflicht, in: ZM 1989, 1781vd, 1781.

<sup>97</sup> **Schröder**, 87; **BGH NJW 1972**, 335 (335).

<sup>98</sup> **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.

<sup>99</sup> **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).

<sup>100</sup> 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 değişiklikte, TBK'da 506/II "Vekil üstlendiği iş ve hizmetleri, vekâlet verenin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle yürütmekle yükümlüdür" şeklinde değiştirilmiştir.

## 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 vekâlet 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 doğarlar<sup>101</sup>.

Sadakat yükümlülüğü borçlusunu 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 göstermelidir<sup>102</sup>. Hayat, beden bütünlüğü, sağlık gibi en üstün kişilik değerleri tasarrufuna bırakıldığı için diş hekiminin menfaati ile hastanın menfaati çatıştığında, kendi çıkarlarından belirli bir ölçüde de olsa fedakârlıkta bulunabilmelidir<sup>103</sup>. 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 uygulanmamalıdır<sup>104</sup>.

## 2. HEKİMİN ÖZEN GÖSTERME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Diş hekimi, hastanın teşhis ve tedavisini gerçekleştirirken, sadakat yükümlülüğü yanında özenli hareket etmekle de yükümlüdür (TBK. m. 390/II); (TDN. m. 2, 14/D); (HHY. m. 14)<sup>105</sup>.

Diş hekimi ile hasta arasında yapılan Teşhis ve Tedavi Sözleşmesinin hukuki niteliğinin, vekâlet sözleşmesi olması, vekâlet sözleşmesi bakımın-

---

<sup>101</sup> Tandoğan, C. II, 408.

<sup>102</sup> Tandoğan, C. II, 408.

<sup>103</sup> Tandoğan, C. II. 408-409. Zira kendi kişisel menfaatine üstün tutan bir hekim ahlaka aykırı hareket etmiş olur (bkz. Belgesay, (Deontoloji), 205).

<sup>104</sup> Tandoğan C. II., 408. dñn.5.

<sup>105</sup> Atabek, 632; Ertaş, 182; Kaneti, 63; Laufs, 234.

dan 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"dır<sup>106</sup>. Özen borcu, teşhis ve tedavi sözleşmesinden doğan diğer borçlar bakımından genel nitelik taşır. Yani, dış hekimleri, öteki borçlarını da ifa ederken de hep özenli hareket etmek mecburiyetindedirler. Söz konusu dış hekimlerinin göstermekle yükümlü oldukları ihtimamın derecesini, Borçlar Kanununda yapılan son değişikliklerle 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 dış hekimin sorumluluğu, işverenin emir ve talimatı altında çalışan işçinin gösterdiği özen yükümlülüğüne bağlanması bazı problemlere sebep olmaktadır. Yapılan değişikliklerle her meslek grubunda çalışan basiretli bir kişinin ölçü alınması daha hakkaniyete uygun sonuçlar doğuracaktır. Buradan hareketle dış hekiminin göstermesi gereken özen kendi alanında iş ve hizmet üstlenen bir dış hekiminin göstermesi gereken özendir. Yapılan bu değişikliklerle vekilin özen borcu objektifleştirilmiştir.

Dış hekimi, normal bir dış hekimi gibi tedavide arzu edilen amaca ulaşmaya hizmet eden veya elverişli olan dış hekimliğine ait teknik veya doğrudan iyileştirmeye yönelik faaliyetler tıp biliminde kabul görmüş ortak değer oluşturan ilkelerine uygun olarak davranmak zorundadır<sup>107</sup>. İsviçre Federal Mahkeme kararlarında da, dış hekiminin hukuki sorumluluklarına değinilmiş-

<sup>106</sup> **Tandoğan, C. II**, 410; **Başpınar, Veysel**; 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.

<sup>107</sup> **Felmann**, Art. 398, 477; BGE 110 II 375 vd.; **Hakeri, Hakan**; Dış Hekimlerinin Yasal Sorumlulukları, Sağlık Hukuku Digestası, Ankara 2009, 22; "...Oysa yukarıda da açıklandığı üzere; yüklenici dış hekimi hastası olan davalının zarar görmemesi için, mesleki tüm şartları yerine getirmek, davalının durumunu tıbbî açıdan zamanında ve gecikmeksizin saptayıp, somut durumun gerektirdiği tedbirleri noksansız biçimde almak, uygun tedaviyi belirleyip uygulamak zorundadır. Davacının bu yükümlülüğü, iş-eser sahibi davaya olan "özen ve sadakat" borçları gereğidir. ..." (Y. 15. HD: E. 2010/5327, K. 2010/6334, T. 20.04.2010).

tir. Diş hekiminin yaptığı protezin hastanın ağzına uymaması<sup>108</sup>, kron köprü yapımında dolgu maddelerinin az kullanımı sonucu hastanın diş ağrılarının devamı<sup>109</sup> kötü yapılmış protezler<sup>110</sup>, diş çekiminde yeterli tedavinin yapılmamış olması<sup>111</sup> hallerinde diş hekiminin sorumluluğuna gidilmiştir.

## F. DİŞ HEKİMİNİN DOSYALAMA VE SIR SAKLAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

### 1. DİŞ HEKİMİNİN 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 düzenlenmiştir<sup>112</sup>. Dosya tutma yükümlülüğü hukuki olarak hekimin veya hastanın iddialarını ispatlamalarında ve birçok yanlış ve gereksiz belgelerle karşılaşmaktan koruması açısından önem arz eder<sup>113</sup>.

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 için de hekim, gerekli tıbbî dokümantasyonları, hazırlama yükümlülüğü altındadır. Tıbbî dokümantasyonlar; anemnez (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

---

<sup>108</sup> Karsten, O; *Haftpflichtfaelle aus der Zahnaerztlichen Praxis*, Göttingen, 1974, 87.

<sup>109</sup> Karsten, 89.

<sup>110</sup> *SJZ* 1964, 42.

<sup>111</sup> *SJZ* 1981, 372;

<sup>112</sup> 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, 150 vd.

<sup>113</sup> Figgner, *Zahnarzt und Recht III- Die Dokumentationspflicht*, ZM 1989, 2076 (20769); Oexmann/Georg, 168, Ph. 496.

olmalıdır<sup>114</sup>. Bu dosyaların düzenlenmesi herhangi bir şekilde tabi değildir. Esas itibariyle 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 mecburiyetindedir<sup>115</sup>.

## 2. DIŞ HEKİMİNİN SIR 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 yönelik Anayasanın 17. ve Medeni Kanununun 24. maddesinin de bir neticesidir<sup>116</sup>.

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 olamaz<sup>117</sup>.

Diş hekimleri mesleklerinin icrası sırasında öğrendikleri, gerek tıbbî, gerek tıbbî olmayan, hastanın kendinden, hısımlarından gerek doğrudan, gerekse dolayısıyla öğrendikleri hususlar da sır olarak kabul edilir<sup>118</sup>.

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 kişile-

<sup>114</sup> Laufs, 107-108; Schröder, 97; Figgner, 2077; BGH NJW 1989, 2298 (2330); VersR 1987, 1089 (1089); OLG Hamm VersR 2005, 412 (412).

<sup>115</sup> Alman hukukunda, özel düzenleme bulunmayan hallerde on yıllık bir saklama süresi kabul edilmiştir (TBKz. Laufs, 116).

<sup>116</sup> Reisöglü, 14.

<sup>117</sup> Belgesay, (Doktor), 122; Yıldırım, M. Fadıl; Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü, in: Sağlık Hukuku Sempozyumu, Erzincan 15-16 Mayıs 2006, 59.

<sup>118</sup> Aşçıoğlu, 47; Langmack, 455.

re tevdi edilen veya bunların bu mesleklerini icra ettikleri sırada öğrendikleri sırların açıklanması meslek sırrının açıklanması suçunu meydana getirir<sup>119</sup>.

Diş hekimleri mesleklerini icra ettikleri sırada hastalarına ait bilgileri öğrendiklerinde üçüncü şahıslara karşı gizli tutmalıdırlar. 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 sayılmaz<sup>120</sup>. Buna karşılık, yasa koyucu gerek ceza davalarında (CMUK.m.48), gerek hukuk davalarında (HMK. m.249) hekimlere tanıklıktan kaçınabilme yetkisi tanıdığı için, salt tanıklık yapmak düşüncesiyle sırları açıklayan hekim bu yüzden zarar gören hastaya tazminat ödemek zorunda kalır<sup>121</sup>. Zira, hasta ve hekim arasındaki ilişki, burada da sırların korunmasını gerektirir<sup>122</sup>. Aynı şekilde, hekim, polis makamlarına karşı da sırları saklamakla yükümlüdür<sup>123</sup>.

Hekime sır sayılan hususları açıklama imkânı veren diğer bir halde, "hastanın rızası"dır<sup>124</sup>. Hasta veya kanuni temsilci her zaman serbest iradesiyle sırlarının açıklanmasına izin verebilir<sup>125</sup>. İzin, Medeni Kanunun 23. maddesinin sınırlarına tecavüz etmemek kaydıyla<sup>126</sup>, hekimin davranışını hukuka uygun hale getirir<sup>127</sup>. Hasta veya kanuni temsilcisi razı olmadığı takdirde,

---

<sup>119</sup> **Donay**, 7.

<sup>120</sup> **Belgesay, (Doktor)**, 125; **Langmack**, 460-462; **Belgesay, (Mesuliyet)**, 150-151.

<sup>121</sup> **Tandoğan, C. II**, 455.

<sup>122</sup> **Laufs**, 115.

<sup>123</sup> **Laufs**, 115.

<sup>124</sup> **Atabek/Sezen**, 166; **Öz**, 712; **Tandoğan, C. II**, 454.

<sup>125</sup> **Belgesay, (Doktor)**, 123-124; **Simonin**, 576-577; **Langmack**, 458-459; **Donay**, 51.

<sup>126</sup> 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.

<sup>127</sup> **Reisoğlu**, 15.

başkaca haklı bir neden de mevcut değilse<sup>128</sup>, hekimin bunları açıklaması sır saklama yükümlülüğüne aykırılık teşkil eder.

## VI. HASTANIN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

### A. GENEL OLARAK

Diş hekimi ile hasta arasında gerçekleştirilen “Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi”nde, 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; ücret 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<sup>129</sup>.

Ücret ödeme borcu kural olarak sözleşmenin karşı tarafını oluşturan hastaya veya kanunî temsilcisine aittir. Hastanın küçük olması durumunda, 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, boşanmada ise

---

<sup>128</sup> 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; Reisoğlu, 14). Ancak bu kayıtlardan mahkeme dışında söz edilemez (Bkz. Belgesay, (Doktor), 123).

<sup>129</sup> “..Yapılan iş, iş sahibinin kullanamayacağı veya kabul edilemeyecek derecede kusurlu ise, o şeyi kabulden imtina edilebilir ve iş bedelini ödemesi gerekmez. Davalı, davacının yaptığı protezi kullanmadığını, bir başka diş hekimine yenisini yaptırdığını savunmuştur. Bu durumda, bilirkişisi incelemesi yaptırılarak davacının bedele hak kazanıp kazanmadığı veya protez onarılsa idi fiyat indiriminin gerekli olup olmadığı araştırılmalı ve sonuca göre karar verilmelidir” (Y. 15. HD. E. 2001/3399, K. 2001/4231, T. 1.10.2001, naklen Kazancı Otomasyon).



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 bulundurduğu 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 kadının 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)<sup>130</sup>.

Türk 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 eğitimine 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*

---

<sup>130</sup> Öztan (Medeni), 397.

*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 emri beklenil-meksizin ödenir"* hükmüne yer verilmiştir. Ücret borcu, taraflar arasında yapılan sözleşmeden doğan aslı 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 hü-kümler getirmektedirler. Kanun koyucunun getirdiği bu sınırlamalar dâhilin-de taraflar ücreti serbestçe kararlaştırabilirler.

Ücret talebi bir para borcu olmasından dolayı temliki kabildir. Ayrıca üc-ret talep hakkı Türk Borçlar Kanunu'nun 147/IV çerçevesinde beş yıllık za-man aşımına tabidir. Bunun yanı sıra TŞSTİDK'nun 71. maddesinde ise, "*Tabipler, dış tabipleri, dışçiler 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 Tarzı İcrasına Dair Kanun yeni tarihli olduğundan söz konusu kanun hükümleri geçerli olacaktır.

### **C. MASRAFLARIN ÖDENMESİ VE BORÇTAN KURTARMA**

Teşhis ve tedavi sözleşmesine vekâlet sözleşmesinin uygulanacak olması TBK'nun 510. maddesinde düzenlenen "müvekkilin, vekilin yaptığı masraf-ları ve verdiği avansları ödeme, onu kendi adına müvekkili hesabına girdiği borçlardan kurtarma ve vekilin vekâleti ifa dolayısıyla uğradığı zararları tazmin borcu" teşhis ve tedavi sözleşmesinin bu aşamasında da söz konusu olur. Dış hekimi ile yapılan teşhis ve tedavi sözleşmesinde, hasta veya kanu-nî temsilcisi, tıbbî edimin yerine getirilmesinde rol oynayan hekimin, hasta adına yapmış oldukları masrafların karşılanması ile yükümlüdürler.

### **D. HASTANIN GEREKLİ BİLGİ VE BELGELERİ VERME YÜKÜMLÜLÜĞÜ**

Hasta veya kanuni temsilcisi dış hekimine başvurduğunda tıbbî teşhis ve tedaviyi gerçekleştirecek olan hekim tarafından sorulan sorulara doğru ola-rak cevap vermelidir. Eksik izahat verip hekimi ve özel sağlık kurum ve kuruluşunun işleticisini şaşkırtan hasta, bunun sonucuna katlanmalıdır. Hasta, yalnız sorulan soruları cevaplandırmakla mükellef olmayıp, bildiği, gördüğü

hususatı re'sen açıklamalıdır. Eğer hasta küçükse veya şuuruz 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.

## VII. KUSUR

### A. GENEL OLARAK

Sorumluluk hukuku bakımından kusur, hukuk düzeni tarafından hoş görülmeyip 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 alır<sup>131</sup>.

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 gösterilmemesidir<sup>132</sup>. 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 gidilemez<sup>133</sup>. Çünkü kusur, iradeyi gerektiren bir kavramdır. Buna karşılık, kişinin reşit olması zorunlu değildir<sup>134</sup>.

---

<sup>131</sup> Eren, 1050; Kılıçoğlu, Ahmet; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, Ankara 2011, 296; Reisoğlu, Safa; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yirmi İkinci Bası, İstanbul 2011, 169.

<sup>132</sup> Eren, 1052.

<sup>133</sup> Eren, 1053; İnan, 270-271; Kılıçoğlu, 301.

<sup>134</sup> Eren, 1050; İnan, 265 vd.

## 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, çiğnemesidir<sup>135</sup>.

Türk doktrininde<sup>136</sup>, "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 tanınmış kurallara uygun hareket etmesi asıldır. Dolayısıyla, 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, hekimin, 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 tanınmış kurallara aykırı her hareketi, objektif bir şekilde ele alıp değerlendirilirse "özen yükümlülüğünün ihlalinden başka bir şey değildir." Meslek kusuru, özen yükümlülüğüne aykırı hareket eden hekimin bu davranışının, sorumluluğa esas teşkil etme bakımından kusurlu olduğunun tespitidir<sup>137</sup>.

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

---

<sup>135</sup> Ott, 120-121.

<sup>136</sup> Ayan, 107.

<sup>137</sup> 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).

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 gerektirir<sup>138</sup>. Burada hekimin göstermesi gereken bir mesleki özeni söz konusudur<sup>139</sup>.

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 yapamayacağına bakılmalıdır. Hekimin davranışı, ortalama bir hekimin davranışından sapmıyorsa, meslek kuralının objektif bir ihlaline rağmen, artık kusurdan ve dolayısıyla meslek kusurundan söz edilemez<sup>140</sup>.

---

<sup>138</sup> OLG Zweibrücken NJW 1983, 2094; VersR 1983, 1064.

<sup>139</sup> “ Diş hekimine başvuran hasta, hekim tarafından eter uyuşturucu maddesi vasıtasıyla bayıltılarak 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.

<sup>140</sup> “... 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 tedbirsizliğinin tespiti için ölçü, zararı meydana getirenin subjektif niteliklerine bakılmaksızın, yalnız "orta seviyede bir kimsenin" yani olayda "tedbiri bir doktorun", aynı hal ve şartlar altında göstereceği mutad ihtimamdan ibarettir" (Y.4HD., 1967 T, E.296/K. 5112, naklen, Aşçıoğlu, 86).;” Diş hekimi, üst çenede ağrılı durumu olan Inumaralı dişi çekeceği yerde 2 numaralı dişi çekmiştir. Mahkeme, diş hekiminin ağır ihmali davrandığına hükmetmiştir”, Karsten, 54.

### VIII. SÖZLEŞMENİN İHLALI

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 ya da yerinde ve zamanında ya da gereği gibi ifa etmeme şeklinde olur<sup>141</sup>. 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 etmiştir<sup>142</sup>.

Sözleşmeye aykırılığı, dış hekiminin haksız fiil sorumluluğu ile karşılaştırdığımızda, hukuka aykırılığa tekabül eder. Yani bir sözleşmeye aykırı davranış aslında hukuka da aykırıdır<sup>143</sup>. Örneğin, dış hekiminin, dış çekimi sırasında kullandığı küçük matkapla hastanın ağız duvarına zarar vermesi

<sup>141</sup> **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, vekâleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır” (Y.13.HD. E. 94 / 8557, K. 2138 – YKD, S. 8, Ağustos 1994, s. 1288 ).

<sup>142</sup> “Dış hekimi, hastasına gerçekleştireceği, amalgam dolgu için altın madeni de kullanılması konusunda hastası ile bir anlaşmaya varılmıştır. Dış 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 dış 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 tıp 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 dış hekiminin karşılaması gerekir” (**LG Kiel Urteil vom 3.12. 1998-10-S68-98, naklen NJW 1999**, 348); “ dış 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).

<sup>143</sup> **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.

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 hukuka aykırılık söz konusu olur. Ancak sırların açıklanabileceği hallerde hekimin gerekli bilgileri vermesi sözleşmeye aykırılık teşkil etmez<sup>144</sup>.

### **IX. ZARAR**

Zarar, diş hekiminin ve özel sağlık kurum ve kuruluşunun hukuki sorumluluğunun en önemli şartını oluşturur. Bu sonuç, sorumluluk hukukunun zararı karşılama, denkleştirme amacından da kolayca çıkarılabilir<sup>145</sup>.

Doktrin ve uygulamada ise, zarar kavramı "geniş anlamda zarar" ve "dar anlamda zarar" olmak üzere, iki farklı şekilde tanımlanmaktadır<sup>146</sup>. Geniş anlamda zarar kavramıyla; malvarlığına ilişkin "maddî zarar" ile şahıs varlığına ilişkin olan "manevi zarar" ifade edilmek istenmektedir. Buna karşılık "dar anlamda zarar" kavramı sadece maddi zararı kapsamaktadır<sup>147</sup>. Zarar kavramını geniş anlamda kullandığımızda diş 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 edilir<sup>148</sup>. 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

---

<sup>144</sup> **Zeytin, Zafer**, Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü, Tıp Etiği-Hukuku-Tarihi, Türkiye Klinikleri, Yıl, 2006, C. 14, S. 2.

<sup>145</sup> **Eren**, 1042; **Kılıçoğlu**, 283.

<sup>146</sup> **Eren**, 487; **Tandoğan (Mesuliyet)**, 63; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, 547; **Reisoğlu**, 168.

<sup>147</sup> **Eren**, 487.

<sup>148</sup> **Eren**, 492; **İnan**, 274 – 275; **Kılıçoğlu**, 284.

sanatçının dilini kesmesi durumunda; sanatçının belli bir süre çalışmaması maddi zararın fiili zarar kısmına girerken; kendisine yaklaşan bayram sebebiyle teklif edilecek programları kaçırmaması durumunda da, ortaya çıkan zarar mahrum kalınan kardanır.

Manevî zarar bir kişinin şahsiyet haklarına yapılan hukuka aykırı bir tecavüz dolayısıyla duyduğu bedensel ve manevî acı, ıstırap, yaşama sevincinin azalmasıdır<sup>149</sup>. Böylece tıbbî teşhis ve tedavi sebebiyle zarar gören hastanın yaşama sevincinde azalma olması durumunda manevî bir zarar söz konusu olur<sup>150</sup>. Manevî tazminatın amacı zarar gören şahsın uğramış olduğu zararı, acı ve üzüntüleri dindirecek veya hiç olmazsa azaltacak bir tatmin sağlamaktır. Örneğin, diş hekimine ağrıyan dişinin çekilmesi için başvuran hastanın, hekimin dikkatsizliği yüzünden elindeki keskin diskin kayıp hastanın yanağını kesmesi olayında hastanın hem maddi hem manevi zararı söz konusudur. Çünkü, hasta belli bir dönem işe gidemeyecektir, diğer taraftan yapılan müdahale sonucu yaşadığı travmalar sebebiyle de manevi bir ızdırap çekeceğinden manevi tazminat isteme hakkına sahiptir<sup>151</sup>.

## X. UYGUN İLLİYET BAĞI

Uygun illiyet bağından, sebep ve sonuç arasındaki bağ anlaşılır. Yani illiyet bağı, zarar ile zararın sebepleri arasındaki bağıdır<sup>152</sup>. Diş hekimin, sözleşmesel sorumluluğu için gerekli son şart, sözleşmenin ihlali ile zarar arasında uygun illiyet bağının bulunmasıdır. Başka bir söyleyişle, zararın, tıbbî edimi sunan tarafın teşhis ve tedavi sözleşmesinden doğan yükümlülüklerle

<sup>149</sup> Tandoğan, (Mesuliyet), 330; İnan, 275; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, 655; “Davacı ağız ve damak tedavisinin yarıda bırakılmasından dolayı büyük üzüntüye kapıldığı ileri sürerek TBK. M. 49’a dayanarak manevî tazminat talep etmiştir. Mahkeme talebi yerinde bularak istenilen tazminata hükmetmiştir.” (13. HD. 10.02.2005T, 2004/14153E-2005/1952K).

<sup>150</sup> "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, Aşcıoğlu, 92).

<sup>151</sup> Schroder, 135.

<sup>152</sup> Rey, Heiz, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 4. Auflage, 122, PN. 517; Kılıçoğlu, 291; Reisoğlu, 173.



aykırı davranması sonucu doğmuş olmasıdır<sup>153</sup>. Örneğin, diş hekiminin hastanın dişini çekerken elinde bulunan matkabı tam olarak tutamamasından dolayı, hastanın yanağını kesmesi durumunda diş hekimi meydana gelen zarardan sorumludur<sup>154</sup>. Buna karşın sözleşmenin ihlali normal hayat tecrübelerine göre zararı doğurmaya elverişli değilse, hekimin ve 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 reddetmiştir<sup>155</sup>.

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 tanedir<sup>156</sup>. Mücbir sebep de, tıbbî edimi sunan tarafın egemenliği dışında gerçekleşen olay olması dolayısıyla, zarar ile arasındaki illiyet bağını 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 dişinde 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. Mağ-

---

<sup>153</sup> Ott, 106;

<sup>154</sup> Schroder, 94.

<sup>155</sup> Schroder, 72.

<sup>156</sup> Eren, (İlliyet), 174; Kılıçoğlu, 296.

durun 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 bulunmamaktadır<sup>157</sup>.

Teşhis ve tedavi sözleşmesinin ihlali ile zarar arasında uygun illiyet bağının ispatı da hastaya aittir<sup>158</sup>. Ancak hasta ispatı gerçekleştirirken kesin bir ispat yerine emarelere dayalı kuvvetli bir ihtimali ispatlaması yeterlidir<sup>159</sup>.

## XI. SORUMSUZLUK ANLAŞMASI

### A. DIŞ HEKİMİNİN KENDİ KUSURLARINA İLİŞKİN SORUMSUZLUK ANLAŞMASI

Diş hekimi ile hasta arasında gerçekleşen teşhis ve tedavi sözleşmesinde hekimin, kendi kast veya ağır ihmali için sorumsuzluk anlaşması yapamaz<sup>160</sup>. Çünkü Türk Borçlar Kanunu'nun 115. maddesinin birinci fıkrasına göre, "*Borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan 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 so-

<sup>157</sup> Guddat, U., *Die Häufigkeit von Zwischenfaellen in der zahnaerztlichen 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.

<sup>158</sup> Ott, 107; Öz, 717.

<sup>159</sup> Ott, 108.

<sup>160</sup> Belgesay, (Mesuliyet), 69; Ott, 64; Kılıçoğlu, 632; Reisoğlu, 355.

rumlu 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 itibariyle, 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)<sup>161</sup>. 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 gelir<sup>162</sup>.

## **B. YARDIMCI ŞAHSIN KUSURUNA İLİŞKİN SORUMSUZLUK ANLAŞMASI**

Türk Borçlar Kanunu'nun 116. maddesinin ikinci fıkrasına göre, borçlunun yardımcı şahsın fiilinden tamamen veya kısmen sorumlu olmayacağı yolunda anlaşma yapılabilir<sup>163</sup>. 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, bakıcılarıdır<sup>164</sup>.

---

<sup>161</sup> Ott, 64; Akman, 67; Kılıçoğlu, 635.

<sup>162</sup> Ott, 65.

<sup>163</sup> Deutsch, (Deneysel Tıp), 177; Kılıçoğlu, 625vd.

<sup>164</sup> Loeffler, 103; Ott, 66; Schroder, 57; Reisoğlu, 357.

## XII. DIŞ HEKİMİNİN HAKSIZ FİLDEN DOĞAN SORUMLULUĞU

Diş hekiminin, sözleşme ve vekâletsiz iş görme durumları dışında genel bir sorumluluk hali olan haksız fiil sorumluluğu da söz konusudur. Burada diş hekimi ile hasta arasında bir sözleşme ilişkisi aranmaz. Diş hekiminin hukuka aykırı ve kusurlu eylemleri sonucu oluşan zararın tazmini için hastaya belli bir miktar zararı ödemekle yükümlüdür<sup>165</sup>. Örneğin, diş 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 taşımıyorsa, diş hekimi vermiş olduğu zararı karşılamakla yükümlüdür<sup>166</sup>. Diş hekiminin hastanın vücut bütünlüğüne karşı girdiği tıbbî müdahale sonucu oluşan zararın belirlenmesinde her kişinin vücut bütünlüğü, ağız ve diş yapısı dikkate alınmalıdır. Çünkü her yapılan tıbbî müdahale vücut bütünlüğüne zarar verir. Burada aranacak kriter her bir hastaya göre belirleme yapılması gerekli kılınır<sup>167</sup>.

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 kurumlar arasında bağ kurulmuştur.

## XIII. HEKİMİN SEBEP SORUMLULUĞU

### A. ADAM ÇALIŞTIRANIN SORUMLULUĞU

Diş hekiminin sebep sorumluluğu, 6098 sayılı TBK. m. 66 adam çalıştırmanın sorumluluğu ve TBK. m. 69 Yapı Malikinin Sorumluluğu esaslarına dayanır. Adam çalıştırmanın sorumluluğu gereği TBK. m. 66’da belirtilen

---

<sup>165</sup> Oexmann/Georg, 32, PN. 91.

<sup>166</sup> Heilmann, J., Der Stand der deliktischen Arzthaftung, NJW 1990 1513 (1513 vd); Schröder, 20.

<sup>167</sup> Heilmann, 1514.

durumlarda, diş hekimi yanında çalışan kişinin yapması gerekenin yapmaması yapması gerekeni ise yapması sonucu diş hekimi ile sözleşme ilişkisi olmayan başkalarına verdiği zarardan sorumludur<sup>168</sup>. Burada, zarar verilen kişi ile diş hekimi arasında herhangi bir sözleşme bulunmamaktadır. Diş hekimi herhangi bir kusuru olmaksızın yanında çalışan bir kişinin davranışlarından kurtuluş kanıtı getiremezse sorumludur<sup>169</sup>. Diş hekiminin sorumluluğu yanında çalışan kişiye göstermesi gereken özen ve gözetim yükümüne dayanmaktadır. Adam çalıştırmanın sorumluluğu için pozitif ve negatif şartlar söz konusudur. Pozitif bakımdan olması gereken şartlar şunlardır: Yardımcı kişinin 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, diş hekimliğine has işleri gerçekleştirirken vermelidir. Yardımcı kişi, diş hekimine karşı talimatlara uymakla yükümlü birisi olmalıdır, buna ek olarak yardımcı kişiyi diş hekiminin gözetleme yetkisi de bulunmalıdır.

Adam çalıştırmanın sorumluluğu için olmaması gereken şartlar ise, genel hukuka uygunluk halleri (mücbir sebep, mağdurun kusuru ve üçüncü kişinin kusuru) bulunmamalıdır. Ayrıca, söz konusu olayda özel kurtuluş kanıtı getirilmemiş olmalıdır. Bunlar ise, yardımcı şahsın seçiminde, talimat verilmesinde gözetiminde ve denetiminde bulunurken, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse sorumlu olmaz (m. 66/II). Örneğin, diş hekiminin yanında çalışan kişi, muayenehanedeki alet ve edevatları gerektiği gibi hijyen içerikli deterjanlarla temizlememesi durumunda, hastanın yanında getirdiği küçük çocuğunun söz konusu aletlere dokunması sonucu mikrop kapması durumunda adam çalıştırarak diş hekiminin sebebe dayanan sorumluluğu söz konusudur.

## **B. HEKİMİN YAPI MALİKİ OLARAK SORUMLULUĞU**

Diş hekimi hastalarına karşı tıbbi müdahalelerini değişik ve kısmen tehlikeli aletlerle gerçekleştirir. Örneğin, elektrikli matkaplar, kesici diskler, radyasyon yayan röntgen aletleri, kullanılan araçlar arasında sayılabilirler. Ancak kullanılan bu aletlerin bozuk veya bakımındaki eksiklikler sonucu hastalara verdikleri zarardan diş hekimi doğacak zarardan herhangi bir kusur-

---

<sup>168</sup> BGE 68 II 287.; BGE 38 II 620 vd; Reisoğlu, 180.

<sup>169</sup> Loeffler, 101; BGE 56 II 287.

ru olmasa da sorumludur<sup>170</sup>. 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, söz konusu müdahale sonucu maddi veya manevi bir zararın gerçekleşmiş ve zararlar 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 anlaşılır<sup>171</sup>. Negatif şartlar ise, olayda hukuka uygunluk hallerinin bulunmaması gerekir. Burada eser sahibine kurtuluş kanıtı getirerek sorumluktan kurtulma hakkı tanınmamıştır. Örneğin, röntgen cihazının radyasyon ayarının bozuk olması dolayısıyla hastanın normalin üzerinde radyasyona maruz kalması, hastanın muayenehanenin zemininde bulunan kaygan halıyla takılarak düşmesi sonucu kalçasını kırması, Muayenehanede bulunan muslukların bozuk olması dolayısıyla önce muayenehaneyi sonra alt kattaki işyerini su basması sonucu doğan zarardan dış hekimi sorumludur<sup>172</sup>.

#### XIV. VEKÂLETSİZ İŞ GÖRME

Bir kimsenin başkasının yararına bir işi veya hizmeti yerine getirmesi vekâlet sözleşmesi olarak adlandırılmaktadır. Ancak söz konusu kişinin başkası adına iş yapması 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.

Dış hekimi, bazı hallerde hastasının rızası olmadan onun lehine bir müdahalede bulunursa bu durumda gerçek vekâletsiz iş görme söz konusu olur. Çünkü dış hekimi, başkasına (hastasına) ait bir işi onun izni olmadan gerçekleştirmiş bulunmaktadır<sup>173</sup>. Örneğin, dış hekimi, hastasına ait bir dişin çekimi sırasında, hastanın diğer bir dişinin de belli kısmının çürüdüğünü görünce

<sup>170</sup> Ott, 187; Schroder, 153.

<sup>171</sup> Schroder, 155.

<sup>172</sup> Schroder, 156.

<sup>173</sup> Yavuz, Cevdet; Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2007, 792; Özdemir, Hayrunnisa; "Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi, 153-154; Şenocak, 103-104.

o kısma da müdahale ederek hastanın dişini kurtarması durumunda<sup>174</sup> gerçek vekâletsiz iş görme hükümleri geçerlidir.

Vekâletsiz iş görme hükümleri, diğer sözleşmelere göre dar uygulama alanına sahiptir, ki önce taraflar<sup>175</sup> arasında sözleşme ilişkisi aranır. Vekâletsiz iş görme müessesesi, sanki taraflar arasında bir sözleşme varmış gibi hüküm ve sonuç doğurur<sup>176</sup>. 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 olur<sup>177</sup>.

Diş hekimi ve hastası arasında gerçek vekâletsiz iş görmenin oluşum halleri, daha çok hekimin gerçekleştirmekte olduğu operasyonları genişletmesinde ve acil durumlarda görülmektedir<sup>178</sup>. Diş hekimi, dişlerinden 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 "*Vekâletsiz iş gören, her türlü özensizliğinden sorumludur*" şeklinde düzenlenmiştir. Buradan hareketle denilebilir ki, 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, bir akit benzeri borcun ihlali, uygun illiyet bağının varlığı ve kusurun varlığını gerekli kılar. Sorumluluk için kusurun derecesi önemli değildir. Burada da kusur karinesi geçerlidir<sup>179</sup>. Vekâletsiz iş görenin bazı hallerde sorumluluğu hafifler. Bu durumlar ise, kanun metninde, "*Ancak, iş gören bu iş, iş sahibinin karşılaştığı zararı veya zarar*

---

<sup>174</sup> Schroder, 54.

<sup>175</sup> Ott, 74.

<sup>176</sup> Loeffler, 12; Gautschi, G., *Berner Kommentar, Band VI, Obligationenrecht, 5. Teilband: Der Kreditbrief und der Kreditauftrag, Maeklervertrag, der Agenturvertrag, und die Geschaeftsführung ohne Auftrag, 2. Auflage, Bern 1964, Vorbemerkungen*, PN. 5a.

<sup>177</sup> Keller, A., *Haftpflicht im Privatrecht, 2. Unveraenderte Auflage, Bern 1971*, 371.

<sup>178</sup> Schroder, 54-55; Ott, 75.

<sup>179</sup> Yavuz, 796; Gautschi, Art. 420, PN. 10a.

*tehlikesini gidermek üzere yapmışsa, sorumluluğu daha hafif olarak değerlendirilir*” şeklinde düzenlenmiştir. Diş hekimi hastanın yararına olarak operasyona konu olmayan diğer dişe yapılan müdahalede bulunması durumunda bu durumun hasta yararına olmasından dolayı diş hekiminin sorumluluğu, daha hafif kararlaştırılır.

Ancak, hasta açıkça veya 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 kötü niyetli bir şekilde elinden çıkardığı, yani gerekli dikkat ve özeni gösterseydi kaybedilmeyecek kazanç miktarından da sorumludur.

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 dişe de 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 yine de sonuç alınmaması 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, edimini tedaviyi hastanın maddi olarak zor durumunu göz önünde bulundurarak bağışlama şeklinde gerçekleştirmiş ise, bu durumda diş hekimi hastadan bir ücret isteyemez<sup>180</sup>.

## XV. HUKUKİ SORUMLULUĞUN SONUÇLARI

### A. GENEL OLARAK

Diş hekiminin hastasıyla yaptığı sözleşmeden doğan sorumluluğu, esas itibariyle belirli bir miktar tazminat ödeme şeklinde ortaya çıkar. Kusurlu olduğuna karar verilen diş hekimi, hastanın hem maddi hem de manevi zararlarını tazmin etmek mecburiyetindedir<sup>181</sup>. Tazminat miktarının hesaplanması bakımından, davanın akdi veya sözleşme dışı sorumluluk esasına dayandırılması önemli bir farklılık yaratmaz. Zira, Türk Borçlar Kanunu'nun 114. maddesinin ikinci fıkrası gereğince, haksız fiil sorumluluğunu düzenleyen hükümler kıyasen akdi sorumluluğa da uygulanırlar.

### B. MADDİ TAZMİNAT

Diş 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 zorundadır<sup>182</sup>. Yargıtay da vermiş olduğu bir kararında, özel hastanelerde çalışan hekimin yanlışlıkla verdiği iğnenin meydana getirdiği tahribat

---

<sup>180</sup> Tandoğan, C. II, 682-683.

<sup>181</sup> Reisoğlu, 15.

<sup>182</sup> Ayan, 121; Reisoğlu, 209; "...Borçlar Yasasının 47. maddesi hükmü gereğince "Beden- sel bütünlüğünün bozulmasına sebep olan sorumlulardan istenebilir" ( Y. 15. HD, E. 2004/3331, K. 2005/698, T. 14.02.2005, naklen Kazancı Otomasyon).

sonucu davacının uzuv kaybı dolayısıyla uğramış olduğu zararlarının tazminine karar vermiştir<sup>183</sup>. 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 öder<sup>184</sup>. Ancak, hastanın ölümü halinde geride kalan yakınları da "destekten yoksun kalma tazminatı" isteyebilirler (TBK. m. 53 /III)<sup>185</sup>.

Gerek sözleşme, gerekse sözleşme dışı sorumlulukta uğranılan zararın gerçek miktarını ispat yükü hastanın üzerindedir (TBK. m. 50 /I)<sup>186</sup>. 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 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)<sup>187</sup>.

### C. 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 manevî zararlar için tazminat istenebilir (TBK. m.114 /II, 56, 58; TMK. m. 24)<sup>188</sup>.

Kusurlu tıbbî teşhis ve tedavi neticesinde hastanın beden bütünlüğü zarar görmüşse, dış hekimi kural olarak hastanın kendisine manevi tazminat öde-

<sup>183</sup> Y.13.HD. 9.11.1999T,E.2000/9590,K/964/. (Yayınlanmamıştır).

<sup>184</sup> Ayan, 121.

<sup>185</sup> Atabek /Sezen, 156; Reisoğlu, 17; Belgesay, (Mesuliyet), 77.

<sup>186</sup> Loeffler, 36.

<sup>187</sup> Belgesay, (Mesuliyet), 120; Atabek /Sezen, 154; Öz, 716; Reisoğlu, 17.

<sup>188</sup> Ott, 99; Reisoğlu, 17; Belgesay, (Mesuliyet), 125-126; Özgül, 162; Reisoğlu, 222-223; Wiegand, 185;BGE 116 II 519ff.

mek zorundadır<sup>189</sup>. 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)<sup>190</sup>.

Bedenî zarara uğrama ve ölüm halleri dışında, hastanın hekime karşı yöneltilbileceği manevi tazminat taleplerine genelde Borçlar Kanunu'nun 49. maddesi uygulanır. 04. 05. 1988 Tarih ve 3444 sayılı "743 sayılı Türk Kanunu Medenisinin bazı maddelerinin ve 818 sayılı Borçlar Kanununun 49. maddesinin Değiştirilmesine Dair Kanun"un<sup>191</sup> 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 aranırdı<sup>192</sup>. 3444 sayılı Kanun, kusurun ve zararın özel bir ağırlık taşıması şartını haklı olarak kaldırmıştır<sup>193</sup>. Maddenin yeni şekline göre, "*Şahsiyet hakkı hukuka aykırı bir şekilde tecavüze uğrayan kişi, uğradığı manevi tazminat namıyla bir miktar para ödenmesini dava edebilir*" (BK. 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. maddesinin kusura dayalı haksız fiil sorumluluğunu düzenleyen hükümler içinde yer alması ve özel hükümler dışındaki manevi tazminat taleplerini

---

189 "Dava, maddi ve manevi tazminat istemleriyle açılmıştır. Davacının davalı diş hekimi tarafından yapılan dişler nedeniyle acı çektiği, dişlerinde kanamalar olduğu, yapılan dişlerin estetik açıdan yetersiz olduğu, sağlık açısından bunların tümünün değiştirilmesi gerektiği bildirilmiştir. Açıklanan bulgular normal diş yapımının sonuçlarını aşar niteliktedir. Davacının dişleri zorunlu olarak ağzında tuttuğu anlaşılmaktadır. Bu durumda davacı yönünden manevi tazminat isteme şartlarının da olduğu anlaşıldığından davacının çektiği acı ve sıkıntılar da dikkate alınarak tarafların ekonomik ve sosyal durumlarına uygun bir miktarda manevi tazminatın karar altına alınması gerekir" (Y. 15. HD. E. 2007/4244, K. 2008/2926, T. 02.05.2008, naklen Kazancı Otomasyon).

190 "...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'nın 49. maddesi uyarınca davacı lehine tazminata hükmedilebilir..."(Y. 13. HD., 20.01.2003T, 2002/14894 E, 419 K.).

191 19812 sayılı, 1.5.1988 tarihli R.G' de yayınlanmıştır.

192 Ott, 99; Ünal, 414 vd.

193 Değişiklikten önce öğretilde, 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).

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 kılar<sup>194</sup>.

Doktrin yasa koyucunun, haklı olarak eleştirilen kusurun ve zararın özel bir ağırlık taşıması şartını kaldırmak istemiş, Borçlar Kanunu'nun m. 58 maddesinin birinci fıkrasında yer alan genel düzenleme karşısında maddenin diğer kısımlarında ayrıca kusurdan söz etmeye ise gerek görmemiştir. Dolayısıyla her türlü kusur manevî tazminata hükmedilmesi için yeterli görülmüştür. Yani, özel sağlık kurum ve kuruluşundan manevi tazminat istenebilmesi için, maddi tazminat talepleri için gerekli şartlar aynen aranmalıdır<sup>195</sup>. Bunlara ek olarak, halen yürürlükte olan 818 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda yapılan değişiklikle, BK. 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 anayasamın eşitlik ilkesine 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 mümkündür<sup>196</sup>.

## 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

<sup>194</sup> Zevkliler (Medeni), 479.

<sup>195</sup> Ayan, 123; Zevkliler (Medeni), 479.

<sup>196</sup> " ..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).

hukuku 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 alanında Türk-İsviçre ve Alman yargı kararları ve doktrin uygulamalarından istifade edilmiştir. Türk Yargıtay'ının bu alanda vermiş olduğu çok fazla karar bulunmamaktadır. Az sayıda vermiş olduğu kararlarında da bütün diş hekimleriyle ilgili müdahaleleri otomatik olarak "eser sözleşmesi" şeklinde isimlendirmektedir. Bu durumda gelişen İsviçre ve Alman doktrin ve yargı kararlarının arkasında kalmayı zorunlu hale getirmektedir. Bundan dolayıdır ki, kararların seçiminde yabancı eserlere ve yargı kararlarına daha çok başvurulmuş ve çalışma gerçekleştirilmiştir.

Diş hekiminin hastalarına karşı gerçekleştirdiği tıbbî müdahalelerde karşılaşılan sorunların çözümünde halen yürürlükte olan ve daha sonra yürürlüğe girecek olan Türk Borçlar Kanunu'nun hükümlerinin değiştirilen kısımları da göz önünde tutularak yer verilmeye çalışılmıştır. Diş hekimlerinin hukuki sorumluluklarına karar verilirken Yargıtay herhangi bir ayrıma gitmeden taraflara arasındaki sözleşmelere istisna hükümlerinin uygulanmasına karar vermektedir. Ancak, insan vücudunun karmaşıklığı ve diş hekiminin gerçekleştirdiği muameleler göz önünde tutulduğunda her somut olayın farklı değerlendirilmesi ve ona göre hukuki tespitin yapılması gerekir. Diş hekiminin hukuki sorumluluğunda İsviçre uygulamasında yer alan vekâlet sözleşmesi trendinin de uygulamada Yargıtay tarafından göz önünde tutulması gerekir.