

PAPER DETAILS

TITLE: DOKTORUN HUKUKI BORÇLARI

AUTHORS: Mustafa Resit BELGESAY

PAGES: 108-127

ORIGINAL PDF URL: <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/717126>

DOKTORUN HUKUKİ BORÇLARI

Mustafa Reşit Belgesay

İstanbul Hukuk Fakültesinde Ord. Profesör

I

I Borçlar kanunun 41 inci maddesine göre, kasten veya ihmal ve teseyyüp veyahut tedbirsizlikle haksız bir surette diğerine zarar veren kimse bu zarardan mes'uldür. Bu kaide, umumî olan bir hukuk nizamıdır. Doktor da her hangi bir kimse gibi, tedbirde kusuru ile sebep olduğu zarardan mes'uldür.

Hukuk kaidelerine göre, bir kimse üzerine aldığı işi şahsından beklenen dikkat ve ihtimam ile yapmazsa yine mes'uldür. Bu suretle, hukuk bakımından iki türlü mes'uliyet vardır: Biri tedbirsizlikle başkasının zararına sebebiyet vermek, diğeri de üzerine alınan işi hiç veya tamam yapılmamaktan doğan mukavele sorumluluğu.

Binaenaleyh, doktor için de, her meslek ve san'at sahibi gibi, hiç olmazsa teorik bakımdan, iki türlü mes'uliyet mevzuubahistir. Birincisi, doktor konsültasyonu, bir tedaviyi, bir ameliyatı sözle, veyahut meselâ hastayı ziyarete gelerek zımnen üzerine almış olduğu halde, yapmamasından ötürü hastanın vaziyeti ağırlaşırse zarardan mes'uldür. Diğer taraftan, hekim üzerine aldığı bir tedaviyi yaparken yanlış bir harekette bulunarak, veyahut bir korunma tedbirini ihmal ederek hastanın vaziyetini ağırlaştırırsa umumî hukuk nizamına tevfikân da mes'ul tutulabilir.

Kaide olarak bu iki nevi mes'uliyet arasında bazı farklar vardır.

Hasta, umumî hukuk nizamı mes'uliyetine istinat ederse, a) kusuru ispat ona düşer, b) doktoru hafif kusurlarından da mes'ul tutulabilir, c) dava müruru zamanı zararın öğrenildiği tarihten bir senedir. Bilâkis, hasta hekimi üzerine aldığı bir işi yapmaması sebe-

bile mes'ul etmek isterse zaman aşımı on senedir; fakat doktoru her kusurundan değil, yalnız şahsından beklenen dikkatte bulunmamasından mes'ul edilebilir. Bu bakımdan, mütehassıs bir tıp üstadının mes'uliyetile bir köy doktorunun mes'uliyeti arasında derin farklar bulunur. Mukavele mes'uliyetine istinat eden hasta doktorun kusurunu ispata mecbur olmayıp, doktor yaptığı işte kusur bulunmadığını ispata mecburdur.

Kaide olarak, ve teorik bakımdan, hasta işine geldiği gibi bu iki mes'uliyetten birine istinat edebilir. Fakat, pratik bakımdan zaman aşımı bir tarafa bırakılırsa neticeler arasında büyük fark yoktur.

II. Doktorun fenni herhangi bir kusurdan mes'uliyeti doktorluk san'atının icrasına imkân bırakmaz. Tıp ilmi henüz kemal derecesine ulaşmadığından, hekimlerin müdahalesi yüzünden zarar gören hastalar hesapsızdır. Binaenaleyh, bir hareketin kusur veya ihmal olup olmadığını tayin için tabii sayılıp sayılamıyacağı göz önünde tutulmalıdır. Mahkemeler içtihatlarıyla, doktorun vazifesini, yani yükümlü olabileceği şeyleri tayine çalışmakta ve onu her hatâsından değil, yalnız şahsiyeti itibarile af edilemeyecek kusurlarından mes'ul tutmaktadırlar.

Doktorun tıp ilminin genel olarak bilinen verimlerine uymıyan, veyahut contre indiqué bir müdahalesi veyahut, bir teşhis koymak için müracaatı gereken vasıtaları ihmaldir ki af olutmaz kusur teşkil eder.

Her doktor tıp ilminin terakkilerini takiple yükümlüdür. Ünver, pek haklı olarak, doktorun yalnız mektep sıralarında öğretilen şeyleri bilmekle kalmayıp san'atını bırakıncıya kadar tıbbın terakkilerini takip etmesi gerektiği noktasında durmuştur. Mahkemeler hususile bir tıp branşında aldığı ihtisas sertifikasından faydalananların terakkileri takip mecburiyetini daha sıkı aramaktadırlar (ilerde misale bakınız fıkrası).

Doktoru mukavele esasına göre mes'ul etmek istiyen hasta prensip bakımından kusuru ispat mecburiyetinde değil ise de doktorun kendisine karşı taahhüdü ne olduğunu ispatla mükelleftir. Hasta doktorla açıkça konuşmadığına göre, bu nokta tarafların muhtemel iradeleri ve işin mahiyeti nazarı itibara alınmak suretile tayin edilir.

Doktorun hastasına karşı üzerine alabileceği ödev asla onu iyi etmek olamaz. Davayı kazanacağını garanti eden bir avukat gibi, hastayı iyi edeceğini garanti eden doktor da nihayet bir şarlatan-

dir. Doktorun üzerine aldığı şey hastasını san'at kaidesine göre ve şahsından beklenen dikkat ve maharetle ve fennin tavsiye ettiği usullere müracaatla muayene ederek teşhis komak, bundan sonra bugünkü tıbbın genel olarak tavsiye ettiği tedavi usullerini tatbik etmektir (İsviçre Federal Mahkeme Kararı 14 haziran 1938 JdT 567. 38). Kısaca, doktor umumî hukuk nizamına göre de mukavele esasına göre de ancak ihtisas ve şöhreti itibarile af olunamayacak kusurlarından mesuldür.

Doktorun müdahalesinden zarar gören kimsenin davasını kabul için de mahkemeler sıkı davranmamalıdır. Hasta çokluk fen kaidesini bilmediği için doktorun yapması gereken şeyleri düşünemez, zaten o, bunların ne olabileceğini öğrenmek için hekime müracaat etmiştir. Binaenaleyh bunları ispat etmesi kendinden istenemez. Hasta zarar ile muayyen bir müdahale arasındaki münasebeti büyük bir ihtimal içinde gösterecek ifadede bulunur ve gereğinde imkân hududu içinde sözlerini ispat ederse, hekimin mes'uliyeti kabul olunabilir. Mahkemeler doktorun muayyen müspet veya menfi bir tedbiri ile zarar arasındaki münasebeti genel bilgilerle tayin mümkün değil ise bu münasebet eksper seçilen doktorlardan alınacak oy ile tayin olunur.

Türk hukukunda, mahkemelerin muttarit içtihat ve teamülleri-ne göre, tıbbi işlerde, Adli tıp heyetinden, bazan da Yüksek Sıhhat Şûrasında oy alınmaktadır (b. Borçlar şerhimiz m. 41, No. 49). İsviçre ve Fransız mahkemeleri, bu türlü önemli meselelerde otoritelerile şöhret bulmuş profesörler arasından serbestçe seçecekleri eksperlerden malûmat almaktadırlar. Eksperlerin raporları tarafların serbestçe intihap ettikleri yüksek mütehassıslar tarafından verilen izahat ve raporlarla her noktadan tenkide tâbi tutulabilir. Türk yargılama hukukunda taraflardan her biri rapor veren eksperini mahkeme önünde sorguya çekmek yetkisini haizdir. Bu suretle, tıbbın biraz karanlık kalmış noktaları açıklanıyor. Bu bakımdan tıbbi mesuliyete dair mahkeme kararları, tıbbi âlemi de ilgilendirir.

Mahkemeler, biraz evvel izah ettiğimiz gibi, doktorları, pek hafif hatâlarından mes'ul tutmadıkları için, eksperlerin müspet veya menfi raporlarını bu bakımdan da takdir ederler. Eksperler bir müspet veya menfi olay ile zarar arasındaki münasebeti kesin bulsalar bile, yargıç ahvalin mutat yürüyüşü böyle bir münasebeti kabule müsait olup olmadığını ve tıbbi ipotezlerin hayat tecrübeleri ile

gerçeklenip gerçekleşmediğini araştırırlar (İsviçre Federal Mahkemesinin kararları).

İçtihatlara göre, muhakkak olan müspet veya menfi bir müdahale zararın biricik sebebi olmasa bile, zararı husule getiren sebepler zincirinden bir halka ise mesuliyeti mucip olur.

III. Tıbbın yeni terakkileri, yeni tedavi usullerinin bulunması, yeni âdetlerin belirmesi, nihayet estetik denilen bedii operasyonların ilerlemesi sebepleriyle Avrupa mahkemeleri tıbbi mes'uliyette dair her yıl birçok enteresan kararlar veriyorlar. Biz muhtelif dergilerde tıbbi mesuliyete dair yabancı mahkeme kararlarını analiz ederek bu kararlara esas tutulan tıbbi raporların özlerini de gösterdik. Borçlar Kanunu Şerhimizde bu yazılarımızı hülâsa ettik 41 inci madde şerhi (tıbbi mesuliyet başlığı). Bu yazılartımızda da zikri geçen şerhteki yazıları hülâsa olarak nakil ve diğer bazı yeni kararları ilâve ediyoruz.

IV. Teşhis hatâsı. Bir doktor sanatını icra ederken umumiyetle doktorluk yapacak bir kişinin bilmesi icap eden hususu bilmemesi veya bildiği halde gerekli metot ve vasıtaları tatbik etmemesi yüzünden hatâlı bir teşhis komasından mesul olur. Ancak, ittifakla kabul olunmıyan, münakaşaya mevzu olan bir vasıtaya müracaat etmemesi yüzünden hatâyâ düşen hekimin mesuliyeti kabul edilemez.

İsviçre Federal Mahkemesi 6 mayıs 1931 tarihli kararında tıp ilmi henüz bütün hatâlı teşhis ihtimallerini ortadan kaldıracak tekâmül derecesine vasil olmadığından, doktoru yanlış teşhis koması veya muayyen bir tedaviyi yapmaması sebeble mesul tutmamış, onu fennin lüzum gösterdiği bütün usullere müracaat ettikten sonra vicdanen kani olduğu teşhisi komakta serbest bırakmıştır. Bu halde, doktorun teşhisi fennî bir hatâ sayılsa bile mesuliyetini mucip olmaz. Bilâkis bir doktor ilmin verimleri itibarile teşhis komak memesi yüzünden hatâyâ düşmüş ise mesuldür.

V. Adrenalin ve Pantezin şiringaları. İsviçre Federal Mahkemesi 27 mayıs 1935 kararında, 1 % yahamet ihtimali hakkında hastanın nazarı dikkatinin celbedilmemesini kusur addetmemiştir. Çünkü, bu ihtimal ahvalin tabii yürüyüşüne göre, hastayı hekimin müdahalesine muvafakatten caydırmaz.

Bir hastanın el parmaklarının birinde verrü denilen bir âfet vardı. Doktor hastaya pantezin ilâve edilen adrenalin şiringasile mevzii bir anestezi yaptı. Bunun üzerine hasta bayılmışsa da çabuk ayıldı.

Doktor diyatermo yahut elektrokoagülasyon (Boduvan âleti) vasıtasıyla verrüyü aldı. Ertesi günü hastanın sol gözünde bir rahatsızlık başladı. Göz hekimi bu rahatsızlığın anestezi neticesi bir hemoraji olduğunu tespit etti. Gözde rüyet hassası 1/10 azalmıştı. Aynı zamanda ameliyat edilen parmak çarpuk vaziyette kalmıştı. Kendi kendine düzelmesi kabil olmuyordu. Eksper tayin edilen profesör Françetti gözdeki emorajinin massolunmakta olduğunu ve bu emoraji her ne kadar mevzili anesteziyi müteakıp hasıl olmuşsa da, adrenalın veya pantezin veya bunun ikisinin birlikte şırınga edilmesinin neticesi mi, yoksa, uzviyetin bir reaksiyonu neticesi mi olduğunu fennen izah edemeyeceğini beyan etti. Diğer eksper Prof. Vogt bir istifham işareti koyarak, göz asabının zehirlenmesini bir ipotez olarak ileri sürdü. Mahkemenin tayin ettiği diğer eksperler de kat'i bir sebep göstere memişlerdir.

Federal Mahkeme bütün bu eksperlerin beyanlarından açıkça anlamıştır ki, ya göz ârızası ile kullanılmış ilâçlar arasında sebep ve netice münasebeti yoktur. Yahut göz ârızası ilmin bugünkü halinde izahı kabil olmıyan ve anlaşılamıyan mekanik bir sebepten veya hiç bir eksperin mahiyetini meydana çıkaramadığı bir idiosenkraziden ileri geliyor. Herhalde, adrenalın kullanılmasının gözde komplikasyon yapabileceğini doktor tahmin edemezdi. Fiil ile zarar arasında münasebet bulunmaması veyahut fiil normal yürüyüşe göre tahmini kabil olmıyan netice vermesi itibarile doktor mes'ul tutulmamıştır.

Ancak, parmak vaziyeti ile müdahale arasındaki münasebet pek açıktı. Bu vaziyetten doktor mes'ul mü idi? Âdi bir verrü mevzuubahisti. Doktorun teşhiste hatâsı mevzuubahis edilemezdi. Verrüyü izale için tatbik edilen diyatermokoagülasyon en uygun ve davalının düşünebileceği bütün diğer metotlara üstündür ve hususî bir tehlikesi yoktur; daima da kullanılmaktadır. Eksperlere göre bu usulün tehlikesi 1 % dir, adrenalın ve pantezin şırıngaları şırınga edilen nahiyenin felce uğramasını icap ettirmez. Devalı boduan âletini mutat olan teknik usullerle kullanmıştır. Vakıa biraz derine kaçmışsa da, bu da elektriğin kullanılması biraz amprik olduğundan kusur teşkil edemez. Hastanın nescindeki bozukluk istisnaidir. Onun geçirdiği baygınlık ta, müdahale için kontrendike değildir. Binaenaleyh, doktor bu neticeden de evvelden tahmini kabil olmaması itibarile mes'ul tutulmamıştır.

Kısaca, doktor şahsından beklenen dikkatli ve vicdanlı bir mu-

ayene neticesinde koduğu teşhis üzerine cari usullerle yaptığı müdahalenin tahmin edemeyeceği olağanüstü tehlikelerinden mes'ul olamayacağı gibi, 1 % gibi pek az olan ihtimalleri de hastasına söylemiye mecbur değildir. mükelleftir.

VI. Difteri. Doktor teşhis usullerini bilmekle mükelleftir. Profesör Dr. Fer'in bir İsviçre mahkemesine verdiği rapora göre, «hastalık tablosu çok ağır veya ailede aynı hastalık çok ise difteriden şüphe edilerek, bakteriyolojik muayene lâzımdır». Hattâ eksper'e göre ağır ve difteriye benziyen müstacel vak'alarda bakteriyolojik muayeneden evvel de serom yapılması icap eder. Federal Mahkeme bakteriyolojik muayeneye lüzum görmeden difteriyi anjin kriptik teşhisi ile tedavi eden doktoru kusurun sebeble mes'ul tutmuştur.

VII. Tedavi. Hastalık teşhis olunduktan sonra ilmin lüzumunu kat'i addettiği usuller tatbik edilerek tedavi yapılmalıdır. Fakat doktor umumiyetle kabul olunamıyan bir tedavi usulünü, tatbikte serbest kalır. Doktorun bu halde serbest hareketi hastaların menfaati iktizasındandır.

VIII. Tetanoz seromu yapmıyan doktorun mesuliyeti. Fransa Douai mahkemesi, tedavisi altında bulundurduğu bir yaralıya tetanoz seromu yapmamış olan doktoru ihmali sebeble mes'ul addetmiştir. Mahkeme tetanoz seromu ne vakit mutlaka yapılmak lâzımgeldiğini tayin için Tıp akademisi âzasından profesör Pau'lü eksper tâyin etmişti.

Bu eksperin raporuna göre: «Bir doktor, geniş, derin, ecnebi maddelerle pislenmiş bir yara karşısında bulunur, yarayı temizlemek de mümkün olmazsa önleyici antitetanik serom enjeksiyonu yapmak mecburiyetindedir. Tetanoz vakalarının azlığı seromu ihmal eden doktorun mesuliyetini azaltmak lâzım ise de kusuru ortadan kaldırmaz» (Ansiklopedi s. 29).

Fransa Espalion mahkemesi 11 tıp akademisi âzasından mürekkep komisyon tarafından verilen raporun neticesi mütalâasına istinatla, «intizamsız, toprakla veya diğer yabancı madde ile pislenmiş yaralarda serom yapılması icap ettiği, bilâkis sathî, temizlenmesi kolay, net, ecnebi madde ile pislenmemiş yaralarda seromdan vazgeçebileceği» ni, çünkü, seromun neticesi kat'i olmadığı gibi az çok tehlikesi de olduğundan körükörüne yapılamıyacağını tebarüz ettirerek hâ-

disede doktoru serom yapmamasından mes'ul addetmemiştir (An-siklopedi alfabetik s. 8, No. 14).

IX. Bilgisizlikten ileri gelen kusur — ilâç-ların birleşmesi neticesi kuvvetlerinin artması. Kordial ve Pantopon ve Skopolamin. Bazı ilâçlar birleşince kuvvetleri ve tesirleri artar; yani, iki ilâcın mikdarlarının topu beherinin aynı mikdarda kullanmalarına nazaran daha şiddetli bir tesir yapar. Başka bir deyimle, umumiyetle neticeleri aynı olan iki ilâcın tesiri birleştirildikleri takdirde de mikdarların topunun te-sirinin aynı olduğu halde, bazı ilâçlar meselâ, içinde morfin olan pan-topon ile skopolamin idrat dö kloral ile birleşince top yekûn tesiri aynı ilâcın o mikdar tesiri gibi olmayıp şiddeti birleşme yüzün-den fazlasile artmaktadır. Morfin ile birleşen kloral kuvvetli bir pa-ralizi esiri yapmaktadır. Skopolamin teneffüs merkezi için kuvvetli bir münebbih olduğu halde, zikri geçen ilâçla birleşince bir paralizi hasıl edebiliyor. Pantopon ve skopolamin teneffüs merkezine tesir eder, hidrat dö kloral dimağ gışasında lokalize bir tesir yapar. Bu ilâçların birleşerek şiddetlerinin artışı her birinin aynı uzviyet üze-rine aynı tesiri yapmamasından ileri geliyor.

Bir köy doktoru fazla miktarda alkol kullanması sebebiyle büyük bir kriz geçirmekte olan hastaya kendi kendine zarar vermemesi için zikri geçen ilâçları şırınga etmişti. Her iki ilâcın topyekûn mik-tarı normal idi. Fakat, bu iki ilâcın birleşmesi tesirlerini yüksek de-receye çıkarmış ve hasta zehirlenerek ölmüştür. Bütün mütehassıs doktorlar hastanın ölümü bu yüzden olduğunda müttefiktirler. Fa-kat, Federal Mahkeme doktoru hâdisede mes'ul tutmamıştır. Mahke-menin gerekcesi şudur.

a) Doktor ilmin yeni terakkilerini takibe mecburdur. Fakat, köy doktoru gibi umumî olarak ve tıbbın bir şubesinde kendini mü-tehassıs göstermeden san'at ıcrı eden doktor bütün terakkileri günü gününe takip edememesinden mes'ul tutulamazlar. Bir köy dokto-rundan, günlük işleri baştan aşkın bulunması itibarile, bir mü-tehassıs gibi fennin terakkilerini takip etmesini beklemek makul olamaz.

Bazı ilâçların birleşmekle kuvvet ve tesirleri çoğaldığı yeni an-laşılmış bulunmaktadır.

b) Bir doktorun bütün teşhis hatâlardan mes'ul edilmesi onu san'atını vicdanen yapamıyacak hale getirir. Tababet insanlar için faydalı ve fakat tehlikeli bir san'attır. Binaenaleyh, hekim, her tür-

lû teşhis hatâsından değil, ancak durum gözönünde tutularak mazet teşkil edemiyecek olan bilgisizliği yüzünden düştüğü teşhis hatâsından mes'ul tutulmalıdır. Diğer taraftan hekim ağır bir kusuru neticesi teşhisinde aldansa bile, gerçek hastalık için kontre endike tedavi yapmadıkça mes'ul olmaz.

Federal Mahkeme hâdisede teşhis hatâsından doktoru kontendike tedavi yapmadığından mes'ul etmedi. Köy doktoru âdi bir sarhoşluğun bütün ârâzını gösteren genci ayıltmak için, üzerine dökülen soğuk suyun ve diğer âdi müsekkinlerin fayda vermediğini görerek birer saat fasıla ile 0,02 gr. pantapon ve 0-001 g. Skopolain'den (mürekkep 3,5 Tubune şırınga etmişti, bu şırınga da netice vermediğinden 30 santimetre mikâbı su ile karıştırılan 3 gram kloral verildi. Hasta uykuya daldı. Doktor onu ertesi günkü ziyaretinde benzini mavileşmiş, harareti 40,2 buldu. Icc koramin ve o kadar kardiyazol şırınga etti. Biraz sonra bunları iki misli doz olarak tekrarladı. Fakat, hasta öldü.

Mütehassısların mahkemeye verdikleri raporlardan anlaşılıyor ki hastalık alelâde bir sarhoşluk değildi. Onda alkolün eksite ettiği bir dimağ angurdismanı vardı.

Marazi sarhoşluk çok kere hayaller, sayıklamalar ve bazan da korku gibi olaganüstü ruhî heyecanlarla müterafık olur. Doktor bu tezahürata rağmen hastayı âdi bir sarhoş zannederek hareket etmiş ve teşhisinde aldandığı için kalp vaziyetini düşünmeden bu şırıngayı yapmıştı. Mamafih, marazi sarhoşlukta kalbin hususî bir rolü olmadığından, manyak teheyyüçlerde nisbeten kuvvetli ve azami haddi geçen dozlar kullanılması kontr endike de değildir.

c) Hâdisede, doktorun kalbi kuvvetlendirecek ilâçları biraz geç ve az miktarda vermesi de mes'uliyetini müstelzim olduğu iddia edilmiştir. Fakat, Federal mahkeme hastayı aldığı şiddetli zehirin tesiri itibarile en kuvvetli kordiyallerde kurtaramıyacağını ve kuvvetli kordiyallerin bazan fena tesir yaptığını nazara alarak bu sebeple de mes'uliyeti kabul etmemiştir.

X. Estetik (bedii) ameliyatlara — (Paris İstinaf Mahkemesi 12 mart 1931. Dalloz H. 1931. Ansiklopedi. s. 43).

Vücudu daha güzel, daha biçimli, daha sevimli bir hale getirmek için yapılan bedii (estetik) ameliyatlar bilhassa 1914 umumî harbinden sonra büyük bir önem aldı. Fransada Sen departmanı ilk mahkemesi hastayı iyi etmek veyahut sıhhat için tehlike teşkil et-

mesi melhuz bulunan vücut kusurlarını düzeltmek maksadı olmaksızın, sırf bedîî bir maksatla tehlikeli ameliyat yapılmasını âdi yaralama gibi mesuliyeti müstelzim bir hareket addetmişti.

Hâdisede, bedîî ameliyatlarda ihtisasile maruf ve hastahane doktoru X, bir genç kıza bacaklarını daha biçimli bir hale getirmek için ameliyat yapıyor. Doktor yarılan deri, iddiasına göre, yeter derece elâstikiyeti bulunmaması ve sertliği itibarile dikemediğinden, —doktor bu hale pek ender tesadüf edildiğini, ve binaenaleyh bunun evvelden tahmini mümkün olmadığını iddia etmiştir—, bacağı sıkmağa mecbur kalmış ve bu hal neticesi kan serbest deveren edemiyerek bacak kangren olmuştur. Hasta ümitsiz bir hale geldikten sonra nişanlısı ile hastahane evlenmişler ve son dakikada bacağı kesilmek suretile hayatı kurtulmuştur. Mahkeme sıhhi maksada müstenit olmaksızın ameliyat yapılmasını kusur addederek operatörü 200,000 frank tazminata mahkûm etmiştir.

Paris istinaf mahkemesi, Sen ilk mahkemesinin esbabı mucibesine iştirak etmemiştir. Gerçekten bir doktorun, bu kararı tenkit ile yazdığı gibi, teşekkülât kusurları insanı bazan bir hastalıktan daha fazla rahatsız edebilir. Bu dokora göre Sen mahkemesi kararı bir hukuk kaidesi olursa artık estetik ameliyat branşına dair ilmin terakisi istifade ümit edilmeksizin takip edilecektir. Çünkü, hayatı tehlikeye sokmayan tabîî kusurlarla yaşamak mümkündür; ve bu gibi ameliyatlarda, her ameliyatta olduğu gibi, bir komplikasyon ihtimali binaenaleyh, tehlike vardır. Bu suretle, tıbbın en ziyade teselli verecek bir faslını artık kapamak lâzımgülecektir (Daloz, II. 1931).

XI. Ameliyat yapan doktorun nezaret borcu. Paris istinaf mahkemesinin 4 temmuz 1932 tarihli Sen mahkemesinin kararını bozarak itti haz ettiği karara göre hasta narkozun tesiri altında (baygın halin devamı) bulunduğça ameliyatı yapmış olan doktorun mesuliyeti devam eder. Operatör ameliyat yaptığı hastayı narkozun tesiri devam ettiği müddetçe bizzat nezareti altında bulunmağa mecburdur.

Operatörlerin ameliyatı müteakıp yapılacak dikkat ve ihtimam hakkında hastabakıcıya telimat vererek hastayı bırakmalarını itiyad etmeleri, onları hastabakıcının kusurundan ileri gelen zararı tazmin mükellefiyetinden kurtarmaz.

Hâdisede, operatör ameliyat ettiği kadının bacaklarına sıcak su şişesi konması hakkında hastabakıcıya talimat vererek gitmiş, hastabakıcı hastanın bacaklarına yüksek derecede su şişeleri koymuş,

kadın narkozun tesiri altında acı hissetmediğinden ses çıkarmamış, bacaklarında sıcak şişelerden derin yaralar açılmıştır. Sen ilk mahkemesi doktorun su şişelerinin matlup hararete olduğunu bizzat tahkike mecbur ve binaenaleyh bundan mütevellit zarardan mes'ul olmadığına karar vermişti. İstinaf mahkemesi baygın hastalara konan sıcak şişelerin hastada hassasiyetin olmaması sebebiyle pek çok kazalara sebebiyet verdiğini ve binaenaleyh ameliyatı yapan doktorun bu hususta bizzat dikkat etmesi lâzım geleceğini tebarüz ettirmiştir.

XII. Hastanın muvafakati. Paris İstinaf Mahkemesinin zikri geçen kararına göre, tıbbî müdahalelerde mesuliyeti müstelzim olan sebepler iki çeşittir. Birincisi fennî olmıyan genel mahiyette kusurlar, ikincisi de müdahale esnasında veya müdahaleyi müteakıp yanlış bir tedbir alınması veya gerekli bir tedbirin ihmal edilmesi, bir kelime ile fennî mahiyetteki kusurlardır.

Genel mahiyette kusur bilhassa ameliyat edilecek kimsenin makbul bir surette ameliyata rızasını izhar etmemiş olmasıdır.

Sihhat için zaruri olan ve hastanın ifadeye muktedir olmaması sebebiyle rızası alınması mümkün olmıyan müstacel hallerde rıza mevzuubahis olmadan ameliyat yapılabilir. Fakat, zaruret halleri müstesna, hastaya rızası alınmadan yapılan ameliyat ile âdi bir cerh arasında kanun nazarında fark yoktur. Tababet ve şuaabatı san'atlarının icrası hakkında kanun n. 70). Bu kanun mühim ameliyatlarda muvafakatin yazılı olmasını lâzım addetmekte, ve hükmüne riayet etmiyenler hakkında 10-200 lira para cezası tayin etmektedir. Bu ceza tabii olarak hekimin adî bir yaralama suçunu işlemiş gibi cezalandırılmasına engel olmaz.

Hasta ameliyatın bütün tehlikelerini iyice öğrendikten sonra muvafaaktini beyan etmelidir. Aksi halde, muvafakati hükümsüzdür.

Paris İstinaf Mahkemesi, kararında, b. XIV hastanın, tehlikeli neticeden haberdar edilmeksizin izhar ettiği muvafakati hükümsüz addetmiştir. Hâdisede hasta intihar tehdidi ile ameliyat yapılmasında ısrar etmişti. Mahkeme hastanın bu ısrarını sınırlarından muztarip olduğuna delil addetti ve bu şartlar altındaki muvafakatin zaten muteber olmadığını tebarüz ettirdi.

XIII. İlmi tecrübe maksadile yapılan ameliyatlarda mesuliyeti müstelzimdir. Bir müellifin dediği gibi hasta tecrübe konusu olamaz. Fakat şahıs bir tecrübeye muhtemel neticelerini öğrendikten sonra muvafakat eder ve muvafaakti kamu intizamına da aykırı

olmazsa, yapılan tecrübe mesuliyeti mucip olmaz. Bir hasta ilmin terakkisini sağlamak için şahsında bir tecrübeye muvafakatı kanun düzenine uygun mudur?

Lyon mahkemesi 27 haz. 931 kararında, hasta için faydalı bulunmayan tecrübe ameliyatlarına rızayı kamu intizamını muhil olması itibarile hükümsüz addetmiştir (Daloz II. 1931. p. 144. Jean Loup mütalâasile mukayese. Ansiklopedi s. 44). Kısaca, hastalar üzerinde tıbbi tecrübeler hastalar için faydalı ise caiz olur. Meselâ, hayatını kurtarmak için hastaya son ümit olarak yeni bir ilâç veya ameliyat tecrübe edilebilir.

Bir kimsenin tecrübe mahiyetinde olup durumu itibarile kendisi için fayda melhuz olmıyan bir tedaviye muvafakat etmesi kamu intizamına aykırı olduğu için hükümsüzdür.

XIV Kolları düşürmek için X şuaı tatbiki. Lyon mahkemesinin (3 ocak 1936, D.H. 127. 1936) kararına göre, tıbbi zaruret olmadan, hastaya, şiddetli ısrarile olsa bile, faydasız, sıhhati için tehlikeli ameliyat yapılması kamu intizamını bozacağından caiz olmaz, hekimi hukukî ve cezaî takibe maruz bırakır.

Binaenaleyh, hastanın muvafakatile kollarını düşürmek için X şuaı tatbiki, kusurdur. Çünkü, bu şua tehlikeli cilt hastalıklarına sebep olabilir. Şuaın tatbiki, şıfası kabil olmıyan bir hastalığa sebep olursa doktor mes'ul olur.

Lyon mahkemesi kararına göre, tatbik edilen tedavi usulü, netice ve mahzuru bu usul ile bertaraf edilmek istenen anormal hal ile mütenasip değilse kusur teşkil eder (Pratik Hukuk mecmuası makalemiz 100. 1937).

XV. Kan verme. Bir kimsenin diğerine kan vermeğe muvafakatı caizdir.

XVI. Mecburi ameliyatlar. Bazan, kanunlar, meselâ şahsı askerliğe elverişli kılmak, bulaşıcı bir hastalığın (meselâ frengi) tedavisini sağlamak gibi maksatla hastalara rızaları olmadan müdahaleyi caiz addederler. Askerlik, sarî hastalıklara dair kanunların müsaadesile mecburî müdahale ancak matlup olan netice muhakkak görüldüğü hallerde haksız fiil olamaz. Müdahale matlup olan neticeyi vermez, veyahut izalesi istenen anormal hale nazaran daha zararlı bir netice hasıl ederse doktorun mes'uliyeti tabiî olur, meğer ki hastaya izafesi kabil olan bir sebep tehlikeyi doğursun.

XVII. Müt ehassıs tavsıyesı. Bir doktor hastasını mevcut semtomlara göre teşhıs koması için müt ehassıs bir doktora göndermeğe mecbur değildir. Doktorun intıhabı hastaya aittir. Bununla beraber, tedavi eden doktor, meselâ cerrahî bir müdahale yapmak lâzım gelip bu hususta sertifikası yoksa hastaya müt ehassısa müracaatı tavsiye etmesi lâzımdır.

XVIII. Tıbbi mes'uli yeti tayinde salâhiyetli makam. 24 nisan 1930 tarihli Umumi Hıfzıssıhha Kanunu 10uncu maddesinde tababet ve şubeleri san'atlarını ifadan mütevellit adli meselelerde ihtıbar işini Yüksek Sıhhat Şûrasının vazifeleri arasında göstermektedir. Bu madde tıbbi kusurların takdiri hususunda yargıçların haiz oldukları yetkiyi tahdit etmiş midir? Yargıtay IV üncü mukuk dairesi 15 ocak 1935 tarih ve 2273 numaralı kararında (Pratik Hukuk mecmuası makalemiz 20. 1936) doktorun, «fennin icabatına tevfi kan hareket edip etmediği, yani emri tedavide kusur ve tedbirsizliği bulunup bulunmadığı» meselesinden çıkan ihtilâflarda Sıhhat Şûrasının mütalâası alınması lâzım geldiğine karar vermiştir. (Tıp Dünyasında makalemiz, Ocak 1935. s. 2273). Sıhhat Şûrası bu madde hükmüne tevfi kan kendisinden mahkemelerce sorulacak sıhhi meselelerde mütalâa beyanına mecbur olmakla beraber, mahkeme bu Meclisin kararı ile bağılı olmadığı gibi, diğer bir müt ehassıstan oy alarak hekimin mesuliyetine karar vermesine de engel yoktur.

II

HEKİMİN SIR SAKLAMASI

Ünver yazısında, hekimin hastalarının sırrını saklamak, «ketum olmak» vazifesi üzerinde önemle durmaktadır. Hekimin ketum olmasının şümül ve hududu ve bu vazifesine riayet etmemesinin neticeleri deontolojinin nazik bir bahsini teşkil eder.

I. Ünver diyor ki hekim «ketum olmalı, hastaların tedavi için lâzım olmayan düşünme ve hallerini anlamıya hiç çalışmamalıdır». Bu çok yerinde bir tavsiyedir, şu şartla ki, tedavi dar manâya alınmasın. Çünkü bir doktor için hastasına faideli olmak maksadile tecessüs yasak olamaz. Bu tecessüs tedavi hududu içindedir. Diğer bir deyimle, tedavi hastanın açıkça şikâyet ettiği dertler kadar, onun bilmediği ve doktorun sezdiği dertlere de şümüllendirilmelidir. Hekime yasak olan,

(*) Deontolojiden kısa bahisler.

muayene ettiği hastada onun şikâyetine mevzu olmıyan bir ruh veya beden hastalığını anlamıya çalışmak değil, onun bilhassa saklamak istediği, veya istediğini farza mahal olan ve herhalde tedaviyi ilgilendirmiyen hususiyetlerdir. Kısaca, hastanın menfaati bakımından ona herhangi bir tavsiyede bulunmak gayesini istihdaf edebilen tecessüsü tedavi gayesinde dahil addetmelidir.

Hekimin «ketum olması lüzumu» bilhassa sanatını icra münasebetile öğrendiği sırların başkalarına ifşa edilmemesini iktiza ettirir.

Tıbbî sırların saklanması mecburiyeti çok eskidenberi kabul edilmiştir. Hippocrate'in yemin formülünde ve eski tıp fakülteleri statülerinde doktorun bu ödevinden bahsolunmuştur. Eskiden sır saklama mecburiyeti sadece ahlâkî iken bugün ceza ile teyit edilen kanunî bir mecburiyet olmuştur.

II. Mes'uliyet. Ceza Kanunu 198 inci maddesinde, genel bir kaide olarak, resmî sıfatı veya bir meslek ve san'atın icrası sebebiyle diğerinin «ifşasında zarar melhuz olan bir sırrını öğrenenlerin meşru bir sebebe müstenit olmaksızın» bu sırrı ifşa etmelerini üç aya kadar hapis ve elli liraya kadar para cezasile cezalandırmıştır.

Sırrın ne olduğu ve ne şartlar içinde başkalarına bildirilebileceği müellifler arasında hayli münakaşaları mucip olmuştur.

Sırrı ifşa eden doktor bazan çok ağır bir kusur işlemiş olur. Bu kusurundan ötürü, hakkında tatbik olunacak cezaya hâlel gelmemek üzere bu yüzden hastanın uğradığı bütün maddî zararlardan da mes'uldür. Eğer bu ifşaat hastanın büyük üzüntü ve ızdıraplarına mahal vermişse, doktor sebep olduğu ızdırabın derecesine, ve kusurunun ağırlığına, ifşaat hastanın zararlarını istihdaf ederek yapılmış olup olmadığına göre yargıcın biraz keyfî olarak bîceceği bir manevî tazminata da mahkûm edilebilir.

III. Sırrı saklamakla yükümlü olanlar. Bugün, tıbbî sırların muhafazası, şahsiyeti ve günahı ne olursa olsun bir hastanın kendini serbestce tedavi ettirebilmesini sağlamak insani düşüncesile kabul edilmektedir. Binaenaleyh, tıbbî sırların muhafazası, mecburiyeti yalnız müdavi doktor için değil, onun maiyetinde çalışan asistan, stajyer, hastabakıcı, hastahane başhekim ve idare memurları için de vardır. Bunlardan hiç biri, meselâ bir doğum yurdu-na yatmış bekâr bir kadından kimseye bahsedemez. Sır yükümü bu gibi şahıslara teşmil edilmedikçe gayesini sağlayamayacağı şüphesizdir.

IV. İfşa. Sır, bunu tutmakla mükellef olan kimse tarafından bir veya birkaç kimseye söylenmek veya yazı veya işaretle bildirilmek, hastanın fotoğrafı gösterilmek veya gizlemek için kasten tedbir alınmamakla ifşa edilmiş olur.

Paris İstinaf Mahkemesi bir ecnebi doktorun ecnebi memlekette o memleket kanunları müsait bulunması itibarile bir hasta hakkında üçüncü şahsa verdiği raporu esas tutarak Fransada bir rapor vermiş olan doktoru, bu raporunu mahrem kaydiyle takyit etmiş olmasına rağmen sırrı ifşa etmiş saymış ve raporunu tetkik etmeden dosyadan çıkarmıştır. 1 mart 1935 DH. 256-1935. Makalem Hukuki Bilgiler s. 385.

Sırrın hududunu bazı müellifler dar tutarak hekime yalnız gizli kalması şartile söylenen sözleri sır saymaktadırlar. Bilâkis, diğerleri sırrı fazla genişletmiye taraftadırlar. Ünver daha ziyade bu son fikre mütemayıldır. Sırrı geniş tutanlara göre, mesleği münasebetile hekimin her öğrendiği şey sırdır.

Sır mükellefiyetinin çok dar veya çok geniş tutulması sosyetenin menfaatine de, bizzat hastanın menfaatine de uymaz.

Hukukçular hukuk kaidelerinin kelimelerile oynıyarak kafa sporu yapacak değillerdir. Her hukuk ve ahlâk kaidesi bir amaç güder. Yani bir menfaati sağlamak için diğerini feda veya hürriyeti tahdit eder. Kanunlar yalnız metinleriyle değil, ruhunu teşkil eden gayeleri ile de tefsir ve tatbik olunmak lâzımdır. Binaenaleyh hekimin saklamakla mükellef olduğu sırrın hududunu tayin için sırrın ifşasile ihlâl edilen menfaat ile bu yüzden korunabilecek menfaatlere hangisinin önemi fazla olduğunu araştırmalıdır.

Türk Ceza Kanunu, İtalyan kanunu gibi, hastanın zarar melhuz olmıyan hususiyetlerinin ifşasını cezalandırmadığı gibi, herhangi bir meşru menfaat gerektirirse zarar melhuz olsa bile bu menfaatin icabatı derecesinde sırrın yayılmasını cezasız bırakmıştır.

Suçun unsuru olan zarar para kaybından ibaret maddî, veyahut üzüntü ve kedere uğramaktan ibaret manevî olabilir.

Şahsın bazı hususiyetlerinin dar bir muhitte, meselâ, aile muhitinde ifşası keder ve azıraplarını veya maddî bir kaybını mucip olmadığı halde, daha geniş bir muhitte yayılması veyahut müracaat edilen vasıta itibarile (yayının büyük yazılarıyla, fotoğrafla gazete-lerde veya afişlerde yapılması gibi) zararlı olabilir. Kısaca, ifşa yayıldığı muhit, müracaat edilen vasıta itibarile zararlı olmuşsa cezayı müstelzimidir, olmamış ise cezasız kahr.

Herkesin bildiği şeyler sır sayılamaz. Meselâ, mahkeme bir şahsın muayyen bir hastalığı sebebiyle hacrine karar vermiş ve bu karar ilân edilmişse müdavi doktorun bu hastalıktan bahsetmesi suç olamaz.

Hastanın önemle sakladığı, veyahut umumî telâkkiler itibarile saklanmasını istediğini farza mahal olan bütün hususiyetleri halka yayılmamışsa sırdır. Herkesin ayıplamasını, tiksınmesini mucip hastalıklar, hususiyetler, meselâ evli olmıyan bir kadının çocuk doğurması, evleviyetle ceza takibini istilzam eden çocuk düşürmesi mahiyeten sırdır, ifşa edilemez. Fakat, halkın lâkayt kaldığı, çekinmeden her yerde söyliyebildiği hastalıklar sır değildir. Bu hastalıkların mahrem tutulması doktordan rica olunmamış ise, doktor bunlardan bahsedebilir. Meselâ, âdî bir nezleyi tedavi eden doktor bundan bahsedebilir. Yahut, bir şömendifer kazasında yaralanan birini tedavi eden doktor bundan bahsedebilir. Fakat, meselâ evvelki bir hastalığı sebebiyle yaranın komplikasyon yaptığını ifşa edemez.

V. Meşru Menfaatler. Ceza Kanunu meşru menfaatler icabettirmesi halinde sırrın ifşasına müsaade etmiştir. Kanunun maksadı şüphesiz sırrı saklanacak hastanın menfaatine üstün olan ve kanunen himaye edilmiş bulunan menfaatlerdir. Kayda değmiyen menfaatler hesaba katılamaz. Daima küçük menfaat feda edilerek büyüğünü kurtarmak kaidedir. Nasıl ki, bir doktor da hayatın zarurî icapları karşısında nisbeten küçük olan menfaatleri feda eder. Meselâ, hayatı kurtarmak için kangren olmuş bacağı sağlam bir nahiyeden keser.

Ne vakit bir menfaat hastanın menfaatinden üstündür? Bunu tayin daima kolay değildir. Nazık bazı noktaları gözden geçirmek faydalıdır.

a) Tedavi bakımından bizzat hastanın menfaati sırrın ifşasını icap edebilir. Meselâ, bir hastaya serom yapmış olan doktorun ona ikinci bir serom yapmak mecburiyetinde kalan doktoru ikaz etmesi hattâ bir vazifedir. Ünver bir hekimin, hatâlı olmadığını ispat için de olsa, diğerine, hastasına koyduğu teşhisten bahsetmesini nezakete uygun görmemektedir. Fakat, hastanın menfaati gerektirdiği dereceyi istisna etmek doğru olur. Hastanın böyle bir zaruret tahakkuk edince doktorun hastalığından bahsetmesine rızası tabîi görülür.

b) Suçların ihbarı üzerinde durulacak bir meseledir. Burada iki menfaat çarpışır. Biri hastanın sırrının saklanmasında-

ki menfaati ve sırrın açıklanması ile uğrıyacağı feci akıbet, diğeri de sosyetenin menfaati. Selim bir düşünüş hastanın menfaatinin üstünlüğünü kabul eder. Çünkü, takip tehdidi altında bulunan hastanın tedaviden vazgeçmesi ihtimali çoktur. Bu halde ise sosyete zaten suçu öğrenemez. Fransada doktorun vazifelerini ifa münasebeti ile öğrendiği suçları ihbar etmesi caiz addolunmamıştır. Meselâ, adam öldüren kimsenin boğuşma sırasında aldığı yarayı tedavi eden doktor bu yaradan ve onun katil olduğundan bahsetmiyerek sırrı saklaması mecburî addedilmiştir.

Ancak, doktor tedavi ettiği hastanın kurbanı olduğunu muayeneden anladığı suçu ihbara kanunen mecburdur. Meselâ zehirlenmiş bir kimseyi yahut tecavüze uğramış bir çocuğu tedavi eden doktor vaka'yı ihbar ile mükelleftir. Çünkü, bu halde sır hastanın değil, mütecavizindir. Şu var ki, doktora müracaat eden meselâ, baba olmak gibi bir sebeple mütecavizini affederek, onun gizli kalmasını söylemişse, yine suçlu ifşa edilemez. Bizzat suçlu da pişman olarak kurbanını tedavi için doktor çağırmissa suçun sır olarak saklanması gerektir. Çünkü, ihbar korkusu peşiman olan suçlunun kurbanını tedavi için doktora müracaat etmesine bir engel olur.

Türk Ceza Kanunu 530 uncu maddesinde «hekim, cerrah, ebe veyahut sair sıhhiye memurları şahıslar aleyhine işlenmiş bir cürmün âsarını gösteren ahvalde san'atlarının icap ettirdiği yardımı ifadan sonra keyfiyeti Adliye'ye veya zabıtaya bildirmezler, veyahut ihbar hususunda teahhur gösterirlerse bu ihbar kendisine yardım ettikleri kimseyi takibata maruz tutacak ahval müstesna olmak üzere 30 liraya kadar hafif cezayı naktiye mahkûm olurlar». Binaenaleyh, anlattığımız gibi, hekim, takibata maruz bulunması itibarile tedavi ettiği suçluyu ihbar edemez. Hekim hastasına tecavüz edilmiş ise ihbara mecburdur.

c) Doktorun hastası hakkında başkalarına rapor verebilmesi de nazik bir meseledir.

Mahkeme tarafından bir meselede eksper tayin edilen doktor pek tabii olarak hastanın kendisine vaki bütün beyanlarını, bütün müşahedelerini ve hissiyatını mahkemeye bildirebilir. Fakat, mahkemeden başka yerde raporundan katiyen bahsedemez.

Nişanlılar birlikte doktora müracaatla rapor istemişlerse doktor her iki tarafa da birbirlerinin hastalığı hakkında rapor verebilir. Böyle bir rapor istiyen hastalar arasında hastalıkları sır değildir; hastalar sırlarının birbirine ifşasına peşinden razı olmuşlardır.

Diğer birine rapor verilmek üzere doktora kendini muayene ettiren hasta da buna razıdır, hastanın rapor verilmesine muvaffakat ettiği kimseye karşı sır yoktur. Bilâkis, hekim muayene ettiği kimsenin sarîh veya zımnî muvafakati olmadan, ehemmiyetsiz de olsa hastalığı hakkında kimseye rapor veremez. Meselâ, bir kimsenin müdavi doktoru evlenmesine mâni bir hastalığı bulunduğu hakkında nişanlısına rapor veremez, meğer ki, yukarıda dediğimiz gibi muayeneye her iki nişanlı beraber gelmiş olsunlar, veyahut muayene nişanlıya rapor vermek gayesini istihdaf etmiş olsun.

b) Doğuma çağırılan hekim veya ebenin doğumu ihbar etmesi de naziktir.

Doğum meşru ise esasen sır yoktur. Fakat, doğum meşru değilse, meselâ, bir genç kız bir doğum evinde doğurmuşsa hekim için ihbar mükellefiyeti mesele olur. Nüfus kanunu doktorları hastahane dışındaki doğumları ihbar ile mükellef tutmamışsa da hastahane ve hapishanedeki doğumları ihbar ile mükellef tutmuştur. Fransız Medenî Kanunu da böyle bir mecburiyeti kabul eder. Fransız müellifleri bu hükmün doktorların sır saklamak mükellefiyetini kaldırmadığı mülâhazasıyla, onur yalnız doğumu haber verip, hastanın kim olduğu noktasında sükût etmesi gerektiğini mütalâa ederler. Türk nüfus kanununa göre, doktor «keyfiyeti tevellüd» ü bildirir. Bu terimden doğumun gün ve saati ve doğum için müracaat edilen vasıta, çocuğun normal terimde doğup doğmadığı gibi hususlar anlaşılmak lâzımdır. Yoksa, hastanın hüviyetini ifşa mecburiyeti kabul olunamaz. Zaten hastane doktoru ananın, hüviyetini tahkik ile mükellef olmadığından, bu hususa dair şahsî bilgisini ifşaya mezun sayılamaz. Sulh yargıcı çocuğun doğumunu haber alınca icabediyorsa, babalığın hükmen tayini için bir kayyım tayin eder.

Fransız mahkemeleri doğum evlerine yatan kadınların bir listesi bu evler tarafından tutulmasını mecburî sayan Hükûmetçe neşredilmiş talimatı kanuna mugayir addederek tatbik etmemişlerdir. (Garçon m. 278, No. 127).

e) Vizitasını alamıyan doktorun ücretini dava edip edemiyeceği de mesele olmuştur. Hastalık sır değilse dava açılabilirliği tabiidir. Fakat, vizitası ihtilâfa mahal vermiş olan doktorun mahiyeten gizli bir hastalığı mahkemede ifşa etmesi düşüncülecek bir meseledir. Gerek hasta, gerek doktor ücret miktarında büyük bir hüsnüniyetle ihtilâfa düşebilirler. Doktor vizitaları makutu değildir. Ücret, yapılacak ameliyatın güçlüğüne, arzettiği tehlike-

ye, yapıldığı yere, nihayet hasta ile doktor arasındaki hususî münasebete, hastanın malî durumuna geniş bir derecede bağlıdır. Bir hasta aradaki hususiyete veya hastahaneye gitmek üzere iken doktorun kendisine arkadaşça söylediği söze güvenerek ufak bir hediye mukabilinde doktora tehlikesi pek az olan bir operasyon yaptıracağını umar, doktor da bu fırsatla en tehlikeli ameliyatlar için ve zenginler hakkında tatbik ettiği tarife mucibince ondan ücret isterse arada zarurî olarak mahkemenin müdahalesini gerektiren bir ihtilâf çıkar. Şimdi doktor bu operasyonu ve hastanın komplikasyona sebebiyet vermiş olan diğer bir hastalığını açığa vurarak ona göre vizite isteyebilecek midir?

Fransız müellifleri bu halde bile hastalığın ifşa edilemeyeceği ve ancak doktor yaptığı vizitelerin sayısını söyleyebileceği fikrindedirler. Bu gibi nazik hallerde doktorun ücretini ya peşin alması veya bir senet istemesi lâzımdır. Hasta bir senet vermişse gereğinde sırrının ifşasına muvafakat etmiş sayılır.

f) M ü d a f a a, daima meşru, herhalde hastanın menfaatinden üstün bir haktır. Binaenaleyh, yaptığı hatalı bir operasyon sebebiyle takip olunan doktor kendini müdafaa için hastanın bütün hususiyetlerini ifşa edebilir.

g) A i l e m u h i t i n d e i f ş a a t. Ahlâkî bakımdan bir doktor hastanın ailesine, tedavi bakımından lüzum olmadıkça ümit vermemeli, hakikati apaçık söylememelidir, fakat açıkça kötü âkibetin söylenmesi bir suç olamaz. Daha doğrusu, aile muhitinde tedavi edilen kimsenin hastalığı sır değildir. Hastanın bu bildirime rızası tabîi addolunur. Fakat, gayrimeşru bir doğum gibi mahiyeten aile muhitinde dahi saklanabilecek hastalıklar vardır. Müellifler yalnız küçük çocukların işledikleri kabohatler veli veya vasilerine karşı sır olamayacağı mülâhazasındadırlar.

h) Ş a h a d e t. Mahkemede şahadetle sırrın ifşası da önemli bir meseledir.

Müelliflerin büyük bir kısmı hekimin şahadet yolu ile de sırrı ifşa edemeyeceği ve sırra şahadetin, hükme esas tutamayacağı fikrindedirler. Bir Fransız mahkemesinde şu mesele mevzuubahs oldu. Bir sigortacı hayatını sigorta ettiği kimsede bir fistül olduğunu ve bunu saklaması sebebiyle mukavelenin feshini iddia ederek müdavi doktoru şahit getirdi. Mahkeme bu şahidi sırra şahadet ettiğini nazarı dikkate almadan kabul ve sigortayı iptal etti. Fakat, bu karar tenkit edildi ve içtihatlar değişti. Gene Fransada bir kadının doğurduğu ço-

cuğu öldürdüğü iddia edilmişti. Olayın tek şahidi kadını muayene ile gebe olduğunu anlıyan bir ebe idi. Mahkeme bu şahadeti göz önünde tutarak kadını mahkûm etti. Fakat yükseği olan İstinaf Mahkemesi hekimin yasak olan sırrı ifşa ettiğini nazarı dikkate alarak şahadetini yok farzetmiş kararı bozmuştur.

Türk hukukunda mesele daha naziktir. Bir doktorun şahadet suretile sırrı ifşa etmesi cezayi müstelzim olup olmadığını münakaşa etmeden evvel doktorun sırra şahadete mecbur olup olmadığını tetkik etmek lâzımdır.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu 245 inci maddesinin 4 numaralı fıkrasına göre, «memuriyet ve san'at ve meslekleri itibarile bir kimsenin sırrını bilenler» bu sırra şahadetten kaçınabilirler. Fakat, kanun sır sahibi muvafakat ettiği takdirde şahide öğrendiği sırra şahadetten imtina salâhiyetini vermemiştir. Şu halde sır sahibi muvafakat ederse hekim muayene ettiği hastanın durumunu mahkemede açıklamak mecburiyetinde bulunacaktır. Fakat, davanın taraflarından biri hasmına kendini muayene etmiş olan doktorun şahadetine muvafakat edip etmediğini sormak salâhiyetini haiz olamaz. Başka bir deyimle, hastanın hekimin şahadetine muvafakati kendiliğinden olmalıdır.

Kanun Devlet memurlarının, mensup oldukları Bakanlığın izni olmadıkça, mahkemede Devlet sırrına şahadet etmelerini yasak etmektedir. Devlet adına bir hastahaneyi idare eden hekimlerin hastaların sırlarını saklamalarında genel menfaatler ilgili bulunması itibariyle bu hekimlerin mensup oldukları Bakanlığın ve hastanın muvafakati birleşmedikçe şahadet etmeleri caiz olamayacaktır.

Kanundan anlaşılan, memur olmıyan bir doktor hastanın sırrına muvaffakati olmadan şahadet ederse şahadeti dinlenir. Kanun sırrı öğrenen meslek adamının mahkemede şahadet etmesinin menetmiyor ona, şahadet etmemek hakkını veriyor. Demek, şahadeti dinlenebilecektir. Kanun ekinisırrı ifşaya mecbur tutarak müşterilerini kaçırtmak istememiştir.

Maamafih, biz Teorik ve pratik adliye hukuku kitabımızda bu dar zihniyeti tavsiye etmiyerek menfaatler prensipini göz önüne aldık ve vaziyetin tartılması gerektiğini müdafaa ettik. Kaide olarak, bir sır hekime zarurî vaziyette tevdi edildiği için ifşası ahlâkî bakımdan asla caiz olamaz. Binaenaleyh, hekim şahadet yolu ile de bu sırrı ifşa ederse ceza görür; Mahkeme şahidin sakla-

makla mükellef olduğu bir sırra şahadet ettiğini anladığı dakikada onu susturur ve şahadetini hükme esas tutmaz.

Şu var ki, hal ve vaziyeti iyice tarttıktan sonra, mahkeme sır denen hususun gerçekte sır olmadığı ve ifşasına mümanaat gerçek manasında hakkın suiistimalini teşkil ettiği veyahut, pek açık üstün bir menfaat bu ifşayı zarurî kıldığı kanaatine varırsa hekimin şahadet etmesine karar verebilir. Ancak bu haldedir ki, hekim şahadetten imtina hakkını ileri sürmiyerek şahadet edebilir.

VI. Hekimin saklamakla yükümlü olduğu sırlar. Hekim, san'atı sebebiyle öğrendiği sırları saklayacaktır. Fakat, o, ifa ettiği ödevle irtibatı olmayan bir hareketi, bir hususiyeti ifşa edebilir bu noktaya şahadete zorlanabilir. Meselâ, koma halinde bulunan bir hastayı tedaviye çağırılan doktor hastanın yanibaşında bulunan mirasçılarının onun vasiyetnamesini münakaşadan sonra yırttıklarını görürse —ki bu mirastan mahrumiyeti mucip bir sebeptir—, bu hususu söyleyebilir. Bu ifşaat lehine vasiyet edilen kimsenin dolayısıyla hastanın, menfaatlerine uygundur. Kezalik, doktor tedavi sırasında bir hizmetçinin eşyaları çaldığını görürse buna şahadet edebilir.

VII. Eczacılar. Eczacılar da kotorlar gibi sır saklamakla mükelleftirler. Binaenaleyh, yaptıkları reçete münasebetile bir kimsenin hastalığını öğrenmişlerse bunu ifşadan memnurdurlar.

VIII. Kast. Ceza Kanununa göre, bir hareket tarzı suç mahiyetini alabilmek için failin kastı bulunması gerektir. Kastın neden ibaret olduğunu anlatmak yazımızın mevzuuna girmez. Sırrın ifşası suçunda müelliflerin çoğu hekimin müşterisine zarar vermek maksadını aramazlar. Hekim müşterisinin zararını istemese, hattâ, ona iyilik yapmak gayesini gütsse bile ifşası maddî veya manevî bir zararı icap edebileceğini tahmin ettiği veyahut edebildiği bir hususiyetini bilerek başkasının öğrenmesine imkân sağlarsa suç kasta bulunur. Majno İtalyan ceza kanunu şerhi tercümesi (s. 149). Çünkü, kanun sırrın saklanması ödevine riayet etmiyenleri cezalandırmaktadır.

Mustafa Reşit Belgesay