

T.C.
İSTANBUL MEDENİYET ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİMDALI

**PLASTİK CERRAHİN ESTETİK MÜDAHALEDEN
KAYNAKLANAN HUKUKİ SORUMLULUĞUNUN
SÖZLEŞMESEL BAĞLAMDA İNCELENMESİ**

Yüksek Lisans Tezi

ZEYNEP ALTUN

HAZİRAN 2019

T.C.
İSTANBUL MEDENİYET ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİMDALI

**PLASTİK CERRAHİN ESTETİK MÜDAHALEDEN
KAYNAKLANAN HUKUKİ SORUMLULUĞUNUN
SÖZLEŞMESEL BAĞLAMDA İNCELENMESİ**

Yüksek Lisans Tezi

ZEYNEP ALTUN

DANIŞMAN

PROF.DR. ÜMİT GEZDER

HAZİRAN 2019

BİLDİRİM

Hazırladığım tezin tamamen kendi çalışmam olduğunu, akademik ve etik kuralları gözeterek çalıştığımı ve her alıntıya kaynak gösterdiğimi taahhüt ederim.

İmza

ZEYNEP ALTUN

Danışmanlığını yaptığım işbu tezin tamamen öğrencinin çalışması olduğunu, akademik ve etik kuralları gözeterek çalıştığını taahhüt ederim.

PROF. DR. ÜMİT GEZDER

İMZA SAYFASI

ZEYNEP ALTUN tarafından hazırlanan '**PLASTİK CERRAHİN HUKUKİ SORUMLULUĞUNUN SÖZLEŞMESEL BAĞLAMDA İNCELENMESİ**' başlıklı bu yüksek lisans tezi, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Özel Hukuk Anabilim Dalında hazırlanmış ve jürimiz tarafından kabul edilmiştir.

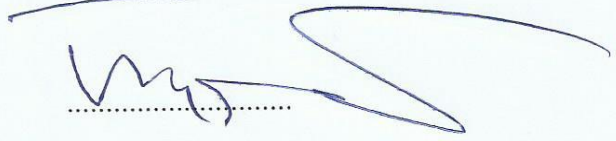
JÜRİ ÜYELERİ

Tez Danışmanı:

Prof. Dr. Ümit GEZDER

Kurumu: İstanbul Medeniyet Üniversitesi

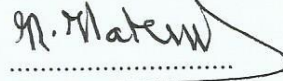
İMZA



Üyeler:

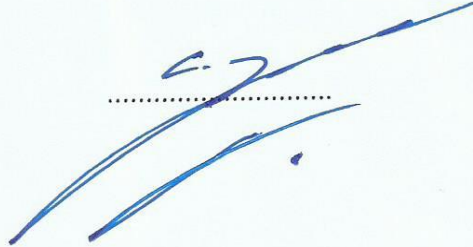
Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ

Kurumu: İstanbul Ticaret Üniversitesi



Prof. Dr. Cevdet YAVUZ

Kurumu: İstanbul Medipol Üniversitesi



Tez Savunma Tarihi: 13/06/ 2019

ÖNSÖZ

İstanbul Medeniyet Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Türkçe Yüksek Lisans Programı'nda yüksek lisans tezi olarak hazırlanan bu çalışmanın meydana gelmesinde büyük emeği olan, tezin her aşamasında bilgi ve tecrübesiyle bana yol gösteren danışman hocam Prof. Dr. Ümit Gezder'e saygılarımı ve teşekkürlerimi sunarım.

Yoğun iş tempomuza rağmen tez çalışmalarım boyunca desteğini benden esirgemeyen ve iş yükünü yüklenen iş arkadaşım ve dostum Av. Gizem Karaman'a ve çalışmalarım boyunca manevi desteğiyle hep yanımda olan Emir Uzun'a teşekkürü bir borç bilirim.

Son olarak, hayatımın her anında yanımda ve arkamda olan anneme, babama ve ablama her zaman bana inandıkları için sonsuz teşekkür ederim.

Zeynep ALTUN

İstanbul, 2019

ÖZET

Altun, Zeynep

PLASTİK CERRAHIN ESTETİK MÜDAHALEDEN KAYNAKLANAN HUKUKİ SORUMLULUĞUNUN SÖZLEŞMESEL BAĞLAMDA İNCELENMESİ

Yüksek Lisans Tezi, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Türkçe Tezli Özel Hukuk Programı

Danışman: Prof. Dr. Ümit Gezder

Nisan, 2019. 138 Sayfa.

Hekim, tıbbi müdahalede bulunurken gerekli özeni göstermek ve üzerine düşen borçlarını yerine getirmekle yükümlüdür. Aksi halde hekim bu davranışından sorumlu olacaktır. Hekimin bu sorumluluğu cezai, hukuki veya idari olarak karşımıza çıkabilir. Hekimin hukuki sorumluluğu sözleşmeden veya sözleşme dışı bir işlemde kaynaklanabilir. Hekim ile hasta arasındaki ilişkiye vekâlet sözleşmesi hükümlerinin uygulanması gerektiği kabul edilmektedir. Hekim ile hasta arasındaki ilişkinin hangi sözleşme hükümlerine dayandığına ilişkin tartışmalar genel olarak son bulmuşsa da, estetik müdahaleler açısından bu hukuki ilişkinin nasıl nitelendirileceği hala bir tartışma konusudur. Estetik müdahalelerin hukuki niteliğini konusunda iki görüş mevcuttur. Bunlar eser sözleşmesi ve vekâlet sözleşmesi görüşüdür. Estetik müdahalelerin hukuki niteliğinin belirlenmesi plastik cerrahın sorumluluğunun sonuçları açısından önem taşımaktadır. Bu çalışmada estetik müdahalelerin hukuki niteliğinin ne olduğu açıklanacak ve plastik cerrah hekimin estetik müdahalelerden kaynaklanan sorumluluğunun sonuçları ortaya konulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Plastik Cerrah, Estetik Cerrahi, Vekâlet Sözleşmesi, Eser Sözleşmesi, Hukuki Sorumluluk.

ABSTRACT

Altun, Zeynep

ANALAYSIS OF PLASTIC SURGEON’S LIABILITY IN THE CONTRACTUAL CONTEXT DUE TO PLASTIC SURGERY

Master's Thesis, Department of Private Law, Turkish Private Law Program with Thesis

Advisor: Prof. Dr. Ümit Gezder

April, 2019. 138 Pages.

A physician is liable to exercise due diligence during a medical intervention or she/he would be held to account for their action. This could be a criminal, legal or administrative liability. Physician’s legal liability may be contractual or non-contractual. It is generally accepted that the legal relationship between patient and doctor is based on the provisions of an attorney agreement. Even though arguments about which provisions the relationship between a doctor and a patient are based on have generally come to an end, in terms of cosmetic interventions, it is still a question of debate. There are two different views on the legal characteristic of cosmetic interventions. These are the contract of construction and attorney agreement. It is important to define the legal characteristics of a cosmetic intervention to see the results of a plastic surgeon’s liability. In this postgraduate thesis, legal characteristics of cosmetic interventions and results of a plastic surgeon's liability stemming from cosmetic intervention are explained.

Keywords: Plastic Surgeon, Cosmetic Surgery, Attorney Agreement, Contract of Construction, Legal Liability.

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ.....	i
ÖZET.....	ii
ABSTRACT	iii
İÇİNDEKİLER.....	iv
KISALTMALAR.....	xi

GİRİŞ

1. SUNUŞ.....	1
2. TARİHSEL GELİŞİM	1
3. YASAL ÇERÇEVE	2
4. KONUNUN SINIRLANDIRILMASI	3

BİRİNCİ BÖLÜM

HUKUKİ İLİŞKİNİN TARAFLARI VE TIBBİ MÜDAHALE

1.HUKUKİ İLİŞKİNİN TARAFLARI.....	5
1.1. Hekim ve Cerrah	5
1.2. Hasta.....	8
2.TIBBİ MÜDAHALE.....	9
2.1.Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluk Şartları.....	10
2.1.1. Yetkili Sağlık Personeli Tarafından Gerçekleştirilmiş Olma.....	11

2.1.2. Hastanın Rızasının Alınmış Olması	12
2.1.3. Müdahalenin Tıp Bilimine ve Mesleğine Uygun Olması	17
3. ESTETİK AMAÇLI TIBBİ MÜDAHALELER.....	18
3.1. Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahale Çeşitleri.....	20
3.1.1. Bedensel Rahatsızlığı Giderme Amacıyla Yapılan Müdahaleler.....	20
3.1.2. Ruhsal Nitelikli Rahatsızlıkları Giderme Amacıyla Yapılan Müdahaleler.....	20
3.1.3. Salt Güzelleştirme Amacıyla Yapılan Müdahaleler	21
3.2. Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu	22
3.2.1. Yetkili Sağlık Personeli Tarafından Gerçekleştirilmiş Olma.....	22
3.2.2. Hastanın Rızasının Alınmış Olması	23
3.2.3. Müdahalenin Tıp Bilimine ve Mesleğine Uygun Olması	24
4. DEĞERLENDİRME	25

İKİNCİ BÖLÜM

ESTETİK MÜDAHALELERDE HEKİM İLE HASTA ARASINDAKİ İLİŞKİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ VE HEKİMİN BORÇLARI

1. GENEL OLARAK HEKİM İLE HASTA ARASINDAKİ SÖZLEŞMESEL İLİŞKİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ	27
1.1. Hizmet Sözleşmesi Görüşü	29
1.2. Vekâlet Sözleşmesi Görüşü	30
1.3. Eser Sözleşmesi Görüşü.....	32
1.4. Sui Generis Sözleşme Görüşü.....	33

1.5. Değerlendirme.....	34
2. ESTETİK MÜDAHALELERİN HUKUKİ NİTELİĞİ.....	35
3. GENEL OLARAK HEKİMİN BORÇLARI.....	38
3.1. Teşhis Koyma Borcu.....	38
3.2. Aydınlatma Borcu	39
3.3. Tedavi Borcu.....	40
3.3.1. Tedavi Yöntemini Seçme Borcu.....	40
3.3.2. Seçilen Tedavi Yöntemini Uygulama Borcu.....	41
3.3.2.1. Yardımcı şahıs kullanma	42
3.3.2.2. Hekimin Kendisi Yerine Başkasını Koyması.....	43
3.4. Sadakat ve Özen Borcu	45
3.4.1. Sadakat Borcu.....	45
3.4.2. Özen Borcu	46
3.5. Kayda Geçirme ve Sır Saklama Borcu	48
3.5.1. Kayda Geçirme Borcu	48
3.5.2. Sır Saklama Borcu	51
4. HEKİMİN SÖZLEŞME İLİŞKİSİNDEN DOĞAN BORÇLARI	54
4.1. Estetik Müdahalenin Vekâlet Sözleşmesi Niteliği Taşıdığı Halde Hekimin Borçları	54
4.1.1. Vekâletin Sınırları İçinde İş Görme Borcu	54
4.1.2. Vekâlet Veren Talimatlarına Uyma Borcu.....	55
4.1.3. Hesap Verme Borcu	56

4.1.4. Aldıklarını Geri Verme Borcu.....	56
4.2. Estetik Müdahalenin Eser Sözleşmesi Niteliği Taşıdığı Halde Hekimin Borçları	57
4.2.1. Eser Meydana Getirme Borcu	57
4.2.2. Eseri Teslim Borcu	58
4.2.3. Araç, Gereç ve Malzeme Sağlama Borcu.....	59
4.2.4. İşe Zamanında Başlama, Devam Etme Borcu	60
4.2.5. Genel İhbar Borcu	60

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

HEKİMİN SÖZLEŞME SORUMLULUĞU

1. GENEL OLARAK SORUMLULUK.....	62
2. HEKİMİN HUKUKİ SORUMLULUK KAYNAKLARI.....	64
3. HEKİMİN ESER SÖZLEŞMESİNDEN KAYNAKLANAN SORUMLULUĞU.....	65
3.1. Genel Olarak	65
3.2. Sözleşmenin Kurulması	66
3.3. Sözleşmenin Konusu.....	67
3.4. Sözleşmesel Yükümlülüklerin İhlalinden Kaynaklanan Sorumluluk	68
3.4.1. Eser Meydana Getirme Borcunun İhlali	68
3.4.2. Eseri Şahsen İfa Borcunun İhlali	69
3.4.3. Sadakat ve Özen Borcunun İhlali	70
3.4.4. Araç, Gereç ve Malzeme Sağlama Borcunun İhlali	70

3.5. Hekimin Ayıptan Sorumluluğu.....	71
3.6. Kusur.....	72
3.6.1. Kusurun Çeşitleri.....	72
3.6.2. Meslek Kusuru.....	73
3.7. Zarar.....	74
3.8. İlliyet bağı.....	75
3.9. İspat yükü.....	77
4. HEKİMİN VEKÂLET SÖZLEŞMESİNDEN KAYNAKLANAN SORUMLULUĞU.....	77
4.1. Sözleşmenin Konusu.....	77
4.2. Sözleşmesel Yükümlülüklerin İhlalinden Kaynaklanan Sorumluluk.....	78
4.2.1. Şahsen İfa Borcunun İhlali.....	78
4.2.2. Vekâletin Sınırları İçinde İş Görme Borcunun İhlali.....	79
4.2.3. Özen ve Sadakat Borcunun İhlali.....	80
4.2.4. Vekâlet Veren Talimatlarına Uyma Borcunun İhlali.....	80
4.2.5. Hesap Verme Borcuna Aykırılık.....	81
4.3. Kusur, Zarar, İlliyet Bağı ve İspat Yükü.....	81
5. HEKİMİN DİĞER HUKUKİ SORUMLULUK KAYNAKLARI....	82
5.1. Hekimin vekâletsiz iş görme sorumluluğu.....	82
5.1.1. Genel Olarak.....	82
5.1.2. Vekâletsiz İş Görmede Sorumluluk.....	84
5.1.3. Estetik Müdahalelerde Vekâletsiz İş Görme Sorumluluğu.....	85

5.2. Hekimin Haksız Fiil Sorumluluğu	86
5.2.1. Sorumluluğun Unsurları	87
5.2.1.1. Hukuka Aykırı Fiil.....	87
5.2.1.2. Kusur	89
5.2.1.3. Zarar.....	89
5.2.1.4. İlliyet Bağı	90
5.2.1.5. İspat Yüğü.....	91
5.3. Hekimin Culpa İn Contrahendo Sorumluluğu	92

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

SÖZLEŞMESEL SORUMLULUĞUN KAPSAMI, SINIRLANDIRILMASI, SORUMLULUĞUN YARIŞMASI VE SONA ERMESİ

1. SORUMLULUĞUN KAPSAMI.....	94
1.1. Maddi Tazminat	95
1.1.1. Bedensel Zararlar.....	95
1.1.1.1. Tedavi giderleri.....	96
1.1.1.2. Kazanç kaybı	96
1.1.1.3. Çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar	97
1.1.1.4. Ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar.....	97
1.1.2. Ölüm Halindeki Zararlar	98
1.1.2.1. Cenaze giderleri.....	98

1.1.2.2. Ölüm hemen gerçekleşmemişse tedavi giderleri, çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar.....	98
1.1.2.3. Destekten yoksun kalma	99
1.1.3. Maddi Tazminatın Belirlenmesi ve İndirilmesi.....	99
1.2. Manevi Tazminat	101
1.3. İspat Yükü	103
1.4. Zamanaşımı	103
2. SORUMLULUKLARIN YARIŞMASI	105
2.1. Sözleşmeden ve Haksız Fiilden Doğan Sorumlulukların Yarışması	105
3. SORUMLULUĞUN SINIRLANDIRILMASI VE SONA ERMESİ	107
3.1. Sorumsuzluk Anlaşması.....	107
3.1.1. Hekimin Kendi Kusuruna İlişkin Sorumsuzluk Anlaşması.....	107
3.1.2. Yardımcı Şahısların Kusuruna İlişkin Sorumsuzluk Anlaşması	108
3.2. Hastanın Rızası	108
3.3. Zorunluluk Hali.....	109
4. SONUÇ.....	110
KAYNAKÇA	112
ÖZGEÇMİŞ.....	119

KISALTMALAR

1219 Sayılı Kanun : Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun

a.g.e. : Adı geçen eser

AÜHF : Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

b. : bent

bkz. : bakınız

C. : cilt

Cic : Culpa in Contrahendo Sorumluluğu

Çev. : Çeviren

DÜHFD : Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

E. : Esas

Ed. : Editör

E.T. : Erişim tarihi

eBK : 818 sayılı Borçlar Kanunu

f. : fıkra

HHY : Hasta Hakları Yönetmeliği

HMEK : Hekimlik Meslek Etiği Kuralları

İÜHFM : İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası

K. : Karar

m. : madde

MÜHF-HAD : Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi

RG	: Resmi Gazete
S.	: Sayı
s.	: sayfa
T.	: Tarih
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TDK	: Türk Dil Kurumu
TDN	: Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TŞSTİDK	: Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun
TTBK	: Türk Tabipler Birliği Kanunu
vb.	: ve benzeri
Y.	: yıl

GİRİŞ

1. SUNUŞ

Çalışmamızın konusu “Plastik Cerrahin Hukuki Sorumluluğunun Sözleşmesel Bağlamda İncelenmesi”dir. Hekimin hukuki sorumluluğu konusunda yapılmış birçok çalışma olmasına rağmen plastik cerrahin hukuki sorumluluğuna ilişkin olarak yapılmış bir çalışmalar yetersizdir. Plastik cerrahinin oldukça geliştiği günümüzde bu işlemlere ilişkin olarak birçok uyumsuzluk yaşanmakta ve plastik cerrahin hukuki sorumluluğu gündeme gelmektedir. Bu sebeplerle bu konuyu ele alıp, yaşanan hukuki sorunları ortaya koyarak ayrıntılı olarak inceledik.

2. TARİHSEL GELİŞİM

Estetik ve güzellik kavramları tarihin ilk çağlarından beri insanoğlunun ilgisini çekmiş ve sanat, felsefe alanlarının vazgeçilmez konusu olan estetik kavramı zamanla tıp biliminin de konusu haline gelmiştir¹.

Plastik cerrahi tarihinin 4000 yıl önceye dayandığı düşünülmektedir². Plastik cerrahi ve estetik işlemlerine ilişkin bulunan en eski tıbbi belgeler Ebers Papirüsü³ ve Edwin Smith Papirüsü’dür⁴. Plastik cerrahinin tarihi 4000 yıl öncesine dayanmasına rağmen en fazla gelişme gösterdiği dönem 1. ve 2. Dünya Savaşı sonrasıdır. Savaşta yaralanan askerlerin tedavisi için geliştirilen ve uygulanan teknikler, estetik cerrahinin bugün olduğu noktaya gelmesine büyük katkı sağlamıştır⁵.

Yüzyıllar süren gelişimiyle beraber Plastik Rekonstrüktif ve Estetik Cerrahi dalı günümüzde, hem ülkemizde hem de dünyada en fazla ilgi duyulan ve gelişim gösteren alanlardan biridir. Uluslararası Estetik Plastik Cerrahlar Birliği’nin (ISAPS) 2016 yılındaki verilerine göre Türkiye

¹ Mine KAYA, Estetik Müdahalelerde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğünün Kapsamı, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt: 11, Sayı: 117 (Mayıs 2016), s.23.

² Oytun İDİL, Tarih Boyunca Plastik Cerrahi, http://www.kozmetikcerrahi.com/estetik_tarih.htm (E.T: 27.05.2019)

³ Eski Mısır’da zina yapanların burunları kesiliyordu. Bu sebeple burunları kesinlen insanları tedavi etmek amacıyla birtakım cerrahi işlemler yapıldığı bu papirüsten anlaşılmaktadır. (İDİL, http://www.kozmetikcerrahi.com/estetik_tarih.htm (E.T. 28.05.2019)

⁴ Bu papirüste burun ve dudak onarımına ilişkin işlemlerin yapıldığı yazılmaktadır. (İDİL, http://www.kozmetikcerrahi.com/estetik_tarih.htm (E.T. 28.05.2019)

⁵ İDİL, http://www.kozmetikcerrahi.com/estetik_tarih.htm (E.T. 28.05.2019)

estetik operasyonların en çok yapıldığı ülkeler arasında dünya sıralamasında 8. sırada yer almaktadır⁶. Avrupa’da ise İtalya’dan sonra ikinci sırada yer almaktadır. Plastik Rekonstrüktif ve Estetik cerrahi aynı zamanda ülkemizin sağlık turizminin neredeyse en önemli parçasını oluşturmaktadır⁷. Bu sebeplerle plastik cerrahın hukuki sorumluluğu, açıklanması gereken bir alan olarak karşımıza çıkmaktadır.

3. YASAL ÇERÇEVE

Tıp hukukuna ilişkin mevzuatımızın en temel kaynağı Anayasa’dır. Anayasa 17/1 ve 17/2 maddelerine göre, “ *Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulamaz.*” Bu maddeyle kişinin maddi ve manevi varlığı ve vücut bütünlüğü koruma altına alınmıştır.

Hekimin sorumluluğuna ilişkin esasları belirleyen ve hala günümüzde geçerliliğini koruyan en önemli kanun ise 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San’atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun’dur⁸. Bu kanun 1928 yılında kabul edilmiş ve o günden bu yana hala kullanılmaktadır. Günümüzde hala bu kadar eski tarihli bir kanunun kullanılması doğal olarak doktrinde eleştirilmiştir⁹.

Dünyada tıp hukukuna ve hekimin sorumluluğuna ilişkin mevzuat daha çok mahkeme kararlarından oluşmaktadır. Ülkemizde ise bu kadar eski tarihli bir kanunun varlığına karşın hala yeterli sayıda içtihatın oluşmadığı söylenebilir¹⁰.

Hekimleri ve diğer sağlık çalışanlarını ilgilendiren çok sayıda kanun, tüzük ve yönetmelik bulunmaktadır. Hekimler ve hekimlerin sorumluluğuna ilişkin hükümlere yer veren mevzuatı şu şekilde sıralayabiliriz:

⁶ Uluslararası Estetik Plastik Cerrahlar Birliği (ISAPS) , Estetik Operasyonların Dünyada Artışı 2016 yılı verileri, 2016, www.isaps.org (Erişim Tarihi:22.04.2019), s.1.

⁷ Hürriyet ÇİMEN, Türk Dünyasında Sağlık Turizmi, *Karadeniz Uluslararası Bilimsel Dergi*, 2018(40), s.104.

⁸ R.G: 14.4.1928 , 863.

⁹ Hakan HAKERİ, Türkiye’de Sağlık Hukuku- Tıp Hukuku, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 6, Sayı: 2, Aralık 2009, Sayfa: 119-133, s.121.

¹⁰ A.g.e, s.120.

- 3359 Sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu¹¹
- 1593 Sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanunu¹²
- 5624 Sayılı Kan ve Kan Ürünleri Kanunu¹³
- 2238 Sayılı Organ ve Doku Nakli Kanunu¹⁴
- 6023 Sayılı Türk Tabipler Birliği Kanunu¹⁵
- Aile Hekimliği Kanunu¹⁶
- Acil Sağlık Hizmetleri Yönetmeliği¹⁷
- Tıbbi Deontoloji Tüzüğü¹⁸
- Tıpta Uzmanlık Tüzüğü¹⁹

Bu kanunlar dışında çalışmamızda atıf yaptığımız ve konumuz itibariyle kullandığımız diğer düzenlemeler ise Hekimlik Meslek Etiği Kuralları²⁰ ve Türk Standartları Enstitüsü²¹ tarafından estetik müdahaleler için belirlenen standartlardır.

4. KONUNUN SINIRLANDIRILMASI

Çalışmamızın “Temel Kavramlar ve Tıbbi Müdahale” başlıklı birinci bölümünde öncelikle sürekli olarak kullandığımız temel kavramlar olan hekim, cerrah, hasta ve tıbbi müdahale kavramları açıklanmış ve tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk şartlarına yer verilmiştir. Daha sonra estetik amaçlı tıbbi müdahalelerin neler olduğu, bunların çeşitleri ve estetik amaçlı tıbbi müdahalelere ilişkin doktrinde yer alan tartışmalar ele alınmış ve son olarak estetik amaçlı tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğu incelenmiştir.

Çalışmamızın “Estetik Müdahalelerde Hekim ile Hasta Arasındaki Hukuki İlişkinin Niteliği ve Hekimin Borçları” başlıklı ikinci bölümde, hekim ile hasta arasındaki ilişkinin hukuki niteliğine ilişkin doktrinde mevcut olan görüşler açıklanmış ve estetik müdahalelerin hukuki niteliği

¹¹ R.G. 15.5.1987, 19461.

¹² R.G. 6.5.1930, 1489.

¹³ R.G. 2.5.2007, 26510.

¹⁴ R.G. 3.6.1979, 16655.

¹⁵ R.G. 31.1.1953, 8323.

¹⁶ R.G. 9.12.2004, 25665.

¹⁷ R.G. 11.5.2000, 24046.

¹⁸ R.G. 19.2.1960, 10436.

¹⁹ R.G. 19.6.2002, 24790.

²⁰ 01.02.1999 tarihinde Türk Tabipler Birliği Tarafından yayınlanmıştır.

²¹ TSEN, 16372, Estetik Cerrahi Hizmetleri.

incelenmiştir. Daha sonra hekimin meslek etiğinden kaynaklanan genel borçları ele alınmıştır. Hekimin genel borçlarından sonra vekâlet sözleşmesi ve eser sözleşmesi ilişkisinden doğan borçları açıklanmıştır.

“Hekimin Sözleşmeden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu” başlıklı üçüncü bölümde öncelikle sorumluluk kavramının ne olduğu ele alınmış daha sonra hekimin hukuki sorumluluk kaynaklarından olan sözleşmeden kaynaklanan sorumluluğu, vekâletsiz iş görme sorumluluğu, haksız fiil sorumluluğu ve culpa in contrahendo sorumluluğu incelenmiştir. Plastik cerrahın bu sorumluluklardan kaynaklanan borçları tek tek incelenmiş ve ihlali halinde ne gibi sonuçlar doğuracağı açıklanmıştır.

“Eser Sözleşmesinden Kaynaklanan Sorumluluğun Sonuçları, Sınırlandırılması, Sorumluluğun Yarışması ve Sona Ermesi” başlıklı dördüncü ve son bölümde ise plastik cerrahın eser sözleşmesinden kaynaklanan sorumluluğunun sonuçları olan maddi ve manevi tazminat kavramları açıklanmıştır. Daha sonra hekimin hukuki sorumluluğunun birden fazla sebebe dayanması halinde nasıl bir sonuç meydana geleceği ele alınmıştır. Son olarak hekimin hukuki sorumluluğunu sona erdiren haller ele alınmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

HUKUKİ İLİŞKİNİN TARAFLARI VE TIBBİ MÜDAHALE

1.HUKUKİ İLİŞKİNİN TARAFLARI

1.1. Hekim ve Cerrah

Hekim, en genel tanımıyla; tıbbi icra eden, insandaki hastalıkları teşhis eden ve onları tedavi eden kimsedir²². 1219 sayılı Kanun'un 2. maddesine (m.) göre ise hekim, tıp fakültesinden mezun olarak tıp diplomasına sahip olan kişileri ifade eder²³.

Uzman hekim ise tıp eğitimini tamamladıktan sonra uzmanlık eğitimi alan ve belli bir alanda uzmanlaşan hekimdir²⁴. Bu uzmanlık alanı Cerrahi Tıp Bilimleri olan hekim, cerrah olarak tıbbi müdahale gerçekleştirme yetkisine sahip olur ve operatör doktor unvanını alır. TŞSTİDK m. 3'te²⁵ hekimlik için belirtilen şartları taşıyan hekimin, cerrahi alanında uzmanlığını almadan

²² Mehmet AYAN, *Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk*, Ankara: Kazancı,1991, s.5; Ayça ÇAKAL, *Türk Özel Hukukunda Tıbbi Müdahalede Rıza*, Ankara: Seçkin, 2018, s.27; Türk Dil Kurumu (TDK), www.tdk.gov.tr (Erişim Tarihi: 26.12.2018)

²³ Sağlık Meslek Mensupları İle Sağlık Hizmetlerinde Çalışan Diğer Meslek Mensuplarının İş ve Görev Tanımlarına Dair Yönetmelik Ek-1 : “ Tabip ve uzman tabip; a) Tıp ve uzmanlık eğitimi sırasında kazanmış olduğu bilgi, beceri ve tutum çerçevesinde, tıbbi ilke ve yöntemleri uygulayarak birey ve toplumu sağlık sorunlarından, hastalıklardan ve yaralanmalardan koruyucu tedbirleri alır, tanı, tedavi ve rehabilitasyon uygulamaları yapar ve olası komplikasyonların önlenmesi için çalışır. Ortaya çıkan komplikasyonlarda uygun müdahaleyi yapar, gerektiğinde hastayı sevk eder. b) Tıp ve uzmanlık eğitimi sırasında kazandığı bilgi ve becerilere ilaveten, mesleği ile ilgili eğitim ve bilimsel faaliyetler yoluyla kazandığı bilgi ve beceriler çerçevesinde sanatlarını icra ederler.

c) Birlikte çalıştığı diğer sağlık meslek mensupları tarafından gerçekleştirilen tıbbi bakım ve uygulamaları planlar, izler ve denetler. ç) Adli vakalarda ilgili mevzuatlarda tanımlanan iş ve işlemleri yapar. d) Gerekli gördüğü durumlarda, diğer tabip, uzman tabip veya birimden konsültasyon ister. Konsültasyon istenen tabip veya uzman tabip bu isteğe icabet eder. e) Başka bir birime veya kuruma sevk gereken hastaların, tıbben gerekli şartlar sağlanarak sevk edildiği birime veya kuruma ulaşımı için gerekli tedbirleri alır.”

²⁴ Tıpta Ve Diş Hekimliğinde Uzmanlık Eğitimi Yönetmeliği m.21: “Uzmanlık eğitiminin tamamlanması için; a) Ana dal uzmanlık öğrencileri için tezin kabul edilmiş olması, b) Çizelgelerde belirtilen uzmanlık dalı ile ilgili uzmanlık eğitimi süresinin ve rotasyonların tamamlanmış bulunması, c) Uzmanlık eğitimi karnesinin çekirdek eğitim müfredatını belirleyen kısmının ilgili program yöneticisi tarafından onaylanmış bulunması, ç) Uzmanlık eğitiminin bitirme sınavında başarılı olunması, şarttır.”

²⁵ TŞSTİDK m.3 “ Yukarıdaki maddelerde zikredilen tabip diplomasını ve fenni, cerrahi veya şuaabatında ihtisas sahibi olduğuna dair işbu kanunun tarifleri dairesinde vesaiki lazımevi haiz olmayan hiç bir kimse hiç bir

önemli cerrahi girişimlerde bulunması yasaklanmıştır. Buna göre önemli cerrahi girişimler yalnızca bu dalda uzman olan hekimler tarafından gerçekleştirilebilir; basit ve olağan nitelikte olan cerrahi girişimler ise diğer hekimlerce de icra edilebilmektedir²⁶. Aynı kanun m. 23'te genel veya lokal anestezi ile yapılan ameliyatların uzman hekim tarafından gerçekleştirilmesi gerektiği hüküm altına alınmıştır²⁷.

Hekimin uzmanlığına ilişkin esaslar ise Tıpta ve Diş Hekimliğinde Uzmanlık Eğitimi Yönetmeliği'nde²⁸ düzenlenmiştir. Bu yönetmeliğe göre uzmanlık belgesi almayan hekimlerin uzmanlık yetkisini kullanmaları yasaklanmıştır²⁹. Bu yönetmelikte uzmanlık ve uzmanlık sınavına ilişkin şartlar düzenlenmiş olmakla beraber uzmanlık alanına ilişkin olarak tıbbi müdahalede tek yetkili olarak uzmanlar gösterilmemiştir³⁰. Sadece 1219 sayılı kanunun yukarıda açıklanan 3. maddesi ve 23. maddesinde ve başkaca birkaç kanunda tıbbi müdahale için uzmanlık şartı aranmıştır³¹. Bu sebeple uzmanlığın hekimlik için zorunlu bir şart olmadığı ileri sürülmüş ve kanunla yapılmayan bir kısıtlamanın yönetmelikle düzenlenmesi ve maddelerdeki çelişkiler eleştirilmiştir³².

Bununla beraber hekimin uzmanlık gerektiren bir konuda uzmanlığı olmamasına rağmen tıbbi müdahalede bulunması tıp bilimine uygun kabul edilemez³³. Günümüzde artık her bir tıp alanı çeşitli bölümlere ayrılmış ve her bir bölüm gelişmelerle birlikte ayrı birer bilim dalı haline

ameliyei cerrahiye icra edemez....”

²⁶ Hasan Tahsin GÖKCAN, *Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk*, 3. Baskı, Ankara: Seçkin, 2017, s.89.

²⁷ Hakan HAKERİ, *Tıp Hukuku*, 13. Baskı, Ankara: Seçkin, 2018, s.226.

²⁸ R.G. 04.2014, 28983.

²⁹ Tıpta ve Diş Hekimliğinde Uzmanlık Eğitimi Yönetmeliği madde 27: “Bu Yönetmelik hükümlerine göre uzmanlık belgesi almayanlar, hiçbir yerde ve şekilde uzmanlık unvan ve yetkisini kullanamazlar. Bu Yönetmelikten önceki mevzuata göre kazanılmış bulunan uzmanlık yetkisi ile ilgili haklar saklıdır.”

³⁰ Köksal BAYRAKTAR, *Hekimin Tedavi Nedeniyle Ceza Sorumluluğu*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1972, s.117.

³¹ “3591 Sayılı Radyoloji, Radyom ve Elektrikle Tedavi ve Diğer Fizyoterapi Müesseseleri Hakkında Şuabatı San’atların Tarzı İcrasına Dair Kanun” m.2: “*Birinci maddede adı geçen müesseseler yalnız ihtisas vesikası almış tabipler tarafından açılabilir...*”
992 Salı Seriri Taharriyat ve Tahlilat Yapılan ve Masli Teamüller Aranılan Umuma Mahsus Bakteriyoloji ve Kimya Laboratuvarları Kanunu m.1. “*Muayyen ücret mukabilinde veya meccanen (...) (1) sariri taharriyat ve tahlilat yapılan veya masli teamüller aranılan umuma mahsus bakteriyoloji ve kimya laboratuvarları, yapılacak tahlilat ve taharriyatın cinsine göre ihtisas vesikasına malik ve Türkiye’de icrayı sanata mezun tabip, baytar, eczacı veya kimyagerler tarafından Sıhhiye ve Muaveneti İçtimaiye Vekâletinin müsaadesi istihsal edilmek suretiyle açılır.*”

Konuya ilişkin ayrıntılı tartışmalar için bkz. HAKERİ, s.226-236; GÖKCAN, s.190-194.

³² HAKERİ, s.226; BAYRAKTAR, s.117; Çetin AŞÇIOĞLU, *Doktorların Hukuki ve Cezai Sorumluluğu*, Ankara, 1982, Yayın evi yok, s.48.

³³ BAYRAKTAR, s.117; ÇAKAL, s.27.

gelmiştir³⁴. Bu sebeple uzman olmayan hekimin uzmanlık gerektiren bir alanda teşhis, tedavi veya tıbbi müdahalede bulunması doğru olmayacaktır. Aynı şekilde uzman olan hekimin de kendi uzmanlık alanı dışında başka uzmanlık gerektiren bir hastalığa ilişkin teşhis, tedavi veya tıbbi müdahalede bulunma yetkisi olmayacaktır. Uzmanlık gerektiren bir konuda veya uzmanlık alanı dışında başka bir konuda teşhis ve tedavide bulunan hekim kusuru uyarınca sorumlu olacaktır³⁵.

Hekimlik mesleğini icra edebilmek için birtakım şartlar aranmaktadır. Mesleğin icrası için öncelikle tıp fakültesi diplomasına sahip olmak³⁶ şartı aranır. Bununla beraber TŞSTİDK m. 2’de hüküm altına alındığı üzere diplomanın Sağlık Bakanlığı’nca onaylanması ve sicile kaydedilmesi gerekir. Kural olarak diplomanın Türkiye’deki üniversitelerin tıp fakültelerinden alınması gerekmektedir³⁷.

Hekimliğin icrası için bir diğer koşul; hekimlik mesleğinin icrasına geçici veya sürekli engel bir halinin olmamasıdır. 6023 sayılı Türk Tabipler Birliği Kanunu (TTBK) m. 38’e göre: “Tabip Odası Haysiyet Divanı tarafından meslekten men cezası verilen ve bu cezası Yüksek Haysiyet Divanı tarafından onaylanan ve kesinleşen hekim, mesleğini geçici olarak yapamaz. Aynı bölgede üç defa meslekten men cezası alan hekim o bölgede çalışmaktan men edilir.” TTBK m. 49 uyarınca meslekten men cezası alan hekimler hiçbir surette mesleğini icra edemeyecekleri gibi hasta kabul ettikleri yerler de kapatılacaktır.

TTBK m.28’de ise hekimlik mesleğinin icrasına sürekli engel olan haller hüküm altına alınmıştır. Buna göre: “Türk Ceza Kanunu (TCK.) m. 53’te belirtilen süreler geçmiş olsa bile;

³⁴ BAYRAKTAR, s.117.

³⁵ HAKERİ, s.229.

³⁶ TŞSTİDK m. 2 : “Türkiye Cumhuriyeti dâhilinde tababet icra ve her hangi surette olursa olsun hasta tedavi edebilmek için tıp fakültesinden diploma sahibi olmak şarttır.”

³⁷ Kural bu olmakla beraber yabancı tıp fakültelerinden alınan diplomalar belli şartlarda geçerli olmaktadır. TŞSTİDK m. 4 : “Yabancı memleketlerin tıp fakültelerinden izinli hekimlerin Türkiye’de hekimlik edebilmeleri için Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığından ve Üniversite Tıp Fakültesi Profesörler Meclisinden seçilmiş bir jüri heyeti tarafından hüviyetlerine bakıldıktan sonra diplomalarının Türkiye Tıp Fakültesi ders programının ve öğrenim süresinin aynı veya benzeri bir fakülteden 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 iyeleri Tıp Fakültesi Profesörleri Meclisince seçilmiş bir jüri heyeti karşısında Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığından gönderilecek bir işyar da bulunduğu halde teori ve pratikten bir sınav geçirilir. Bu sınavın şekli Sağlık ve Sosyal Yardım ve Kültür Bakanlıkları tarafından beraberce kararlaştırılır. Ancak Türkiye Tıp Fakültesi öğretim süresine ve ders programlarına göre okumamış olanlar eksiklerini tamamlamak üzere Tıp Fakültesinde okuduktan ve staj gördükten sonra sınava girerler. Sınavları başaranların sanat yapmalarına usulüne göre izin verilir.” Yabancı hekimlerin çalıştırılmalarına ilişkin esaslar ayrıca “ Yabancı Sağlık Meslek Mensuplarının Türkiye’de Özel Sağlık Kuruluşlarında Çalışma Usul ve Esaslarına Dair Yönetmelik” ‘te belirlenmiştir.

kasten işlenen bir suçtan dolayı beş yıl veya daha fazla süreyle ya da devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık suçlarından hapis cezasına mahkûm olan ya da mesleği icra etmesine engel ve iyileşmesinin mümkün olmadığı tespit edilen hekimler Sağlık Bakanlığı'nın teklifi üzerine Yüksek Haysiyet Divanı kararıyla mesleğin icrasından sürekli olarak yasaklanır ve diplomaları geri alınır³⁸.

Mesleği icra için bir diğer şart Türk Tabipler Birliği'ne kaydolmaktır.³⁹ Bu şart yalnızca serbest çalışan hekimler açısından söz konusudur, kamuda çalışacak hekimler için oda kaydı zorunlu değil ihtiyari olarak düzenlenmiştir.

Önceleri hekimlik mesleğinin icrası için Türk vatandaşı olma şartı da aranıyordu. Fakat, 1219 sayılı Kanun'un 1. ve ilgili maddelerinin 11.10.2011 tarihinde, 663 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin⁴⁰ 58. maddesiyle getirilen değişikliklerle birlikte artık böyle bir şart aranmamaktadır. Bu değişiklikle birlikte yabancı uyruklu hekimlerin ülkemizde mesleklerini icra edebilmesi sağlanmıştır⁴¹.

1.2. Hasta

Hasta, çeşitli nedenlerden ötürü fizik ve/veya ruh sağlığı bozulmuş kişiyi ifade eder⁴². Sağlık hukuku açısından bakacak olursak hasta, hekimin tedavi amacıyla müdahalede bulunduğu kişidir. Hasta Hakları Yönetmeliği (HHY) m.4 fıkra (f.) b'de hasta; sağlık hizmetlerinden yararlanma ihtiyacı bulunan kimse olarak, Tıbbi Hizmetlerin Kötü Uygulanmasından Doğan

³⁸ Kural böyle olmakla beraber; 01.04.2017 tarih ve 30025 sayılı Resmi Gazete 'de (RG.) yayınlanan Yabancı Sağlık Meslek Mensuplarının Türkiye'de Özel Sağlık Kuruluşlarında Çalışma Usul ve Esaslarına Daire Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmeliğin Geçici 1. Maddesine göre: "Türkiye'de geçici koruma altına alınanlara hizmet vermek üzere, Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığı tarafından kurulan barınma merkezleri ile Sağlık Bakanlığınca koordine edilen ve Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığınca uygun görülen göçmen sağlığı merkezlerinde çalışmak isteyen Suriye uyruklu sağlık meslek mensupları mesleğini icraya yetkili olduğuna dair belge ibraz etmek kaydıyla 5 inci maddenin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentlerindeki şartlardan muaf tutulur. Bu bentler ise şu şekildedir:

a) Diploma ve/veya uzmanlık belgelerinin denkliği onaylanmış ve Bakanlıkça tescilleri yapılmış bulunmak.
b) Mesleğini icra etmesine kanunen engel hali bulunmamak."

³⁹ AYAN, s.8; AŞÇIOĞLU, s.47.

⁴⁰ R.G. 2/11/2011, 28103 mükerrer.

⁴¹ Yabancı hekimlere ve çalıştırılmalarına ilişkin esaslar "Yabancı Sağlık Meslek Mensuplarının Türkiye'de Özel Sağlık Kuruluşlarında Çalışma Usul ve Esaslarına Dair Yönetmelik" 'te belirlenmiştir.

⁴² TDK, www.tdk.gov.tr (E.T: 26.12.2018)

Sorumluluk Kanun Tasarısı'nın 3. maddesinde ise sağlık personelinin tıbbi hizmetine ihtiyaç duyan kişi olarak tanımlanmıştır.

Hasta, her zaman fiziksel veya ruhsal sağlığı bozuk kimse olarak düşünülse de hiçbir sağlık sorunu olmadığı halde çeşitli sebeplerle doktor ile hukuki ilişki kuran kişiler de hasta olarak adlandırılır. Daha sonra ayrıntılı olarak ele alınacak olan estetik müdahalelerin de bu şekilde hiçbir sağlık sorunu olmadığı halde tamamen estetik kaygılarla yapıldığı kimi yazarlarca iddia edilmektedir.⁴³ Buna rağmen bu işlemlerin tümüyle tedavi amacı taşımadığı iddia edilemez⁴⁴. Kişi estetik kaygılarla müdahaleye maruz kalsa dahi yine de hasta tanımının içinde kabul edilir. Aynı şekilde sünnet de sağlık sorunu olmadan dini düşüncelerle yapılan bir operasyon olup sünnet olan kişi de hasta olarak kabul edilir⁴⁵. Organ bağışında bulunan kişi de aynı şekilde fiziksel veya ruhsal bir rahatsızlığı olmasa da tıbbi müdahale süresince hasta olarak adlandırılır.

2.TIBBİ MÜDAHALE

Tıbbi müdahale; sağlık çalışanı tarafından; hastalıkların teşhisi, tedavisi, hastalığı hafifletme, ilerlemesini durdurma, acıları dindirme ve hastalıklardan koruma amaçlarıyla yapılan her türlü faaliyettir⁴⁶. HHY m. 4'ün f.1 g bendinde (b.) tıbbi müdahale; “Tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından uygulanan; sağlığı koruma ve hastalıkların teşhis ve tedavisi için ilgili meslekî yükümlülükler ve standartlara uygun olarak tıbbın sınırları içinde gerçekleştirilen fizikî ve ruhî girişim” şeklinde tanımlanmıştır. Biyotıp Araştırmalarına İlişkin İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesine Ek Protokol m. 2 f. 3'te de müdahale kavramının hem fiziksel hem de psikolojik anlamda gerçekleştirilebileceğini kabul edilmiştir⁴⁷.

⁴³ Nevzat GÜRELLİ, Hukuk Açısından Cerrahi Müdahalenin Sınırları, *İÜHFM Doğumunun 100. Yılında Atatürk'e Armağan*, C.XLV-XLVII, S.1-4, İstanbul (1982), s.271.

⁴⁴ Bkz. Bölüm:1, Başlık: 3.

⁴⁵ Selvi ÖZÇETİN, Murat BALABAN, *Sağlık Hukuku*, 2. Baskı, Ankara: Seçkin, 2015, s.14.

⁴⁶ ÖZÇETİN, BALABAN, s.43; Filiz YAVUZ İPEKYÜZ, *Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi*, İstanbul: Vedat, 2006, s.22; Mustafa KICALIOĞLU, *Doktorların ve Hastanelerin Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Sorumlulukları*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2011, s.4; AYAN, s.5; Özlem YENERER ÇAKMUT, *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi*, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2003, s24; ÇAKAL, s.23.

⁴⁷ Bu Sözleşme, Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından, “Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun” adıyla ve 5013 Kanun numarası ve 03.12.2003 tarihinde kabul edilmiştir. Bu sözleşme, 20 Nisan 2004 tarih ve 25439 sayılı Resmi Gazete’ de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. 10.3.2011 tarihli ve 6212 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunan ekli “Biyotıp Araştırmalarına İlişkin İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesine Ek Protokol”ün onaylanması; Dışişleri Bakanlığının 19.4.2011 tarihli ve HUMŞ.8727229 sayılı yazısı üzerine, 31.5.1963 tarihli ve 244 sayılı Kanunun 3 üncü maddesine göre, Bakanlar Kurulu’na 5.5.2011 tarihinde kararlaştırılmıştır.

Tıbbi müdahale, kişinin mevcut bir rahatsızlığını giderme olabileceği gibi hastalığın önlenmesi olarak da karşımıza çıkabilir. Hastalığın teşhisi, ilaçla tedavisi, diş ve protez yapımı ve psikiyatrik tedaviler de tıbbi müdahaledir⁴⁸. Estetik işlemler de tıbbi müdahalelerin bir türünü oluşturur.

Tıbbi müdahale tanımlarında genel olarak müdahalenin tedavi amacı taşımasından bahsedilse de bunun zorunlu bir unsur olduğu düşünülmemelidir⁴⁹. Tıbbi müdahale doğrudan ya da dolaylı tedavi amacına yönelik olabileceği gibi tedavi amacı olmasa bile söz konusu olabilir⁵⁰. Örneğin; organ bağışında bulunan bir kişiden bağışladığı organın alınması bir tıbbi müdahale olup, bağışçı açısından bu müdahale tedavi amacı taşımamaktadır. Anne veya bebekte herhangi bir sağlık sorunu olmadan gebeliğin sonlandırılmasına yönelik uygulanan bir tıbbi müdahalede de tedavi amacı yoktur. Keyfi olarak yaptırılan estetik müdahalelerde çoğu zaman bedenene bir tedaviden söz edilemese de psikolojik bir tedavi amacının öne çıktığı kabul edilir. Bu durum doktrinde dolaylı tedavi olarak adlandırılır⁵¹.

Hastalığı teşhis etmek amacıyla da tıbbi müdahale gerçekleştirilebilir. Örneğin; biyopsi teşhis amaçlı bir tıbbi müdahaledir⁵². Sonuç olarak tıbbi müdahaleler tedavi amacı taşıması bir zorunluluk olmadığı gibi bir başkasının hayatını kurtarma, nüfus planlaması, psikolojik sağlığın korunması ve benzeri başka amaçlar da taşıyabilmektedir⁵³.

2.1. Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluk Şartları

Tıbbi müdahalenin hukuki niteliğine bakacak olursak, özel hukuk ve ceza hukuku olarak ikili bir ayırım yapmamız gerekir. Tıbbi müdahale özel hukuk açısından bir haksız fiil, ceza hukuku açısından ise kasten yaralama niteliğindedir⁵⁴. Konumuz itibarıyla tıbbi müdahaleyi yalnızca özel hukuk açısından ele alacağız.

⁴⁸ GÖKCAN, s.45; Merter ÖZAY, *Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumluluğu*, Ankara: Yetkin, 2006, s.28; AYAN, s.5.

⁴⁹ Kürşat ERSÖZ, Tıbbi Müdahale Kavramı ve Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Şartları, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt: 5, Sayı: 45 (Mayıs 2010), s.106; Karşı görüş için bkz. Turan ATEŞ, *Hekimin Cezai ve Hukuki Sorumlulukları*, 3. Baskı, İstanbul: Nobel Tıp Kitabevleri, 2012, s.62.

⁵⁰ AYAN, s.5.

⁵¹ AYAN, s.34.

⁵² İPEKYÜZ, s.30.

⁵³ ÇAKMUT, s.35.

⁵⁴ Hakan HAKERİ, Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Şartları, *Tıp Hukuku Dergisi*, Cilt:3, Sayı:6 (2014), s.18.

Tıbbi müdahale, kişinin vücut bütünlüğünün ihlali sonucunu doğurmaktadır. Vücut bütünlüğü Anayasa'nın "Kişinin Dokunulmazlığı, Maddi ve Manevi Varlığı" başlıklı 17.maddesinde koruma altına alınmıştır. Maddede, tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamayacağı hüküm altına alınmıştır. Bu maddeden, tıbbi zorunluluğun varlığı halinde, vücut bütünlüğüne dokunmanın meşru olacağı anlaşılmakla birlikte meşruluğun devam etmesi için tıbbi müdahalenin de meşru olması gerekmektedir. Tıbbi müdahalenin meşruluğu ve dolayısıyla hekimin hukuki ve cezai sorumluluğunun doğmaması için birtakım şartlar aranmaktadır⁵⁵. Bunlar;

- Tıbbi müdahaleyi gerçekleştiren kişinin bir sağlık personeli olması,
- Tıbbi müdahalenin hastanın aydınlatılmış rızasına dayanması,
- Tıbbi müdahalenin tıp bilimi ve mesleğine uygun olarak gerçekleştirilmiş olmasıdır.

2.1.1. Yetkili Sağlık Personeli Tarafından Gerçekleştirilmiş Olma

Tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğundan söz edebilmek için öncelikle yetkili kişi tarafından gerçekleştirilmiş olma şartı aranır. Hiç şüphesiz ki hekimler tıbbi müdahalede bulunmaya ehil ve yetkilidirler. Hekimlik mesleğini icra etmenin şartlarını yukarıdaki bölümde ayrıntılı olarak izah etmiştik⁵⁶.

Tıbbi müdahale, yalnızca hekimler tarafından değil yetkili sağlık personeli tarafından da gerçekleştirilebilir. TŞSTİDK kapsamında sayılan sağlık görevlileri; küçük sıhhiye memurları, diş hekimleri, diş protez teknisyenleri, ebeler, sünnetçiler ve hastabakıcı hemşirelerdir.

Tıbbi müdahalenin sadece hekim ve yetkili sağlık personeli tarafından gerçekleştirilebilecek olması kural olmakla birlikte acil durumlar ve ilk yardım halleri bu durumun istisnasını oluşturmaktadır⁵⁷. TŞSTİDK m.3 f. 2'ye göre; "acil tıbbi yardım ve bakımla sınırlı kalmak üzere ve Sağlık Bakanlığı'nca çıkarılacak yönetmelikte belirtilmek üzere acil tıp teknikleri verilecek eğitimleri tamamlamış olmak kaydıyla hastaya müdahalede bulunmaya yetkilidirler." Sağlık Meslek Mensupları ile Sağlık Hizmetlerinde Çalışan Diğer Meslek Mensuplarının İş ve Görev Tanımlarına Dair Yönetmelik'te (m.5 f.1 b.h) sağlık meslek mensupları ile sağlık hizmetlerinde çalışan diğer meslek mensuplarının yetkili kişilerce acil sağlık hizmeti ulaşana

⁵⁵ HAKERİ, s.221; Barış ERMAN, *Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu*, Ankara: Seçkin, 2003, s.79.

⁵⁶ Bkz. Bölüm 1 Başlık 1.1.

⁵⁷ HAKERİ, s.223.

kadar, almış olduğu eğitim doğrultusunda ilk yardım yapabileceği hüküm altına alınmıştır. Bu kanunlar uyarınca sağlık personeli olmasa da sağlık hizmetlerinde çalışan diğer meslek mensubu kişiler acil durumlarda tıbbi müdahalede bulunmaya ve ilk yardım yapmaya yetkilidirler. Belirtmek gerekir ki her ne kadar yönetmelik böyle bir yükümlölük yüklemişse de bu kişiler ilk yardımı aşan müdahalelerinden sorumlu olacaklardır.

2.1.2. Hastanın Rızasının Alınmış Olması

Tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk şartlarından bir diğeri bilgilendirilmiş rıza veya başka bir deyişle aydınlatılmış onamdır⁵⁸. Kişinin vücut bütünlüğü Anayasa tarafından korunan bir hak olduğundan dolayı tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında kişinin rızası olmadan vücut bütünlüğüne dokunulamayacağından bahsetmiştik. Tıbbi müdahaleler aslında kişinin vücut bütünlüğüne karşı gerçekleştirilen bir eylemlerdir. Bu sebeple tıbbi müdahalenin hukuka uygun sayılabilmesi için rıza aranmaktadır⁵⁹. Hem özel hukuk hem de ceza hukuku açısından sorumluluğun oluşmaması için rıza şarttır⁶⁰.

Tıbbi müdahale vücut bütünlüğüne yönelik bir eylem olması sebebiyle aynı zamanda kişilik haklarına yapılan bir saldırı olarak da kabul edilir⁶¹. Türk Medeni Kanunu (TMK) m.24'te kişinin rızası olmadıkça kişilik haklarına yapılan saldırının hukuka aykırı olacağı hüküm altına alınmıştır.

Hukuken geçerli bir rızadan bahsedebilmek için öncelikle rıza gösteren kişinin rızayı gösterme ehliyeti olması gerekir⁶². Akıl hastalığı, akıl zayıflığı veya yaş küçüklüğü sebebiyle tıbbi müdahalenin önemini ve sonuçlarını anlamayacak durumda olan kişiler rıza göstermeye ehliyetsizdirler⁶³. Ergin ve ayırt etme gücüne sahip olan herkes tıbbi müdahaleye rıza gösterebilir⁶⁴. Küçükler bakımından rıza ehliyetinin olup olmadığı veya hangi yaştan itibaren başladığı doktrinde tartışmalı bir husustur. Doktrinde ağırlıklı olarak kabul edilen görüşe göre, rıza ehliyeti açısından somut olaya göre karar verilmelidir⁶⁵. Küçük, söz konusu müdahalenin

⁵⁸ AYAN, s.11.

⁵⁹ HAKERİ, s.248; Sunay AKYILDIZ, *Sağlık Hukuku Rehberi*, İstanbul: Seçkin, 2016, s.268; GÖKCAN, s.199.

⁶⁰ MUSTAFA REŞİT BELGESAY, *Tıbbi Mesuliyet*, İstanbul: İstanbul Üniversite Hukuk Faköltesi Yayınları, 1953, s.62.

⁶¹ ÇAKAL, s.24.

⁶² AYAN, s.11; GÖKCAN, s.204; Hayrunnisa ÖZDEMİR, *Tıbbi Müdahalede Küçüğün Rızası*, Hakan Hakeri ve Cahit Doğan(Ed.), *II. Uluslararası Tıp Hukuku Kongresi Bildirileri Kitabı (s.41-81)*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2018, s.53; ERMAN, s.80.

⁶³ ERMAN, s.80.; Cüneyt ÇİLİNGİROĞLU, *Tıbbi Müdahaleye Rıza*, İstanbul: Filiz, 1993, s.55.

⁶⁴ GÖKCAN, s.204.

⁶⁵ ERMAN, s.81.

önemini ve sonuçlarını anlayabilecek ve bu durumu özgürce değerlendirebilecek olgunluğa ulaşmış ise ergin olmasa bile rızaya ehliyetli kabul edilmelidir⁶⁶. Buna göre ayırt etme gücüne sahip ve olayın sonuçlarını kavrayabilecek olgunluğa erişmiş küçükler kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarına müdahale sayılan tıbbi müdahale için rıza gösterebileceklerdir. Ayırt etme gücüne sahip olmasına rağmen rıza bildirmeyen küçük için ise kanuni temsilcisinin rızasına başvurulması gerekir.

Akıl hastalığı ve yaş küçüklüğü sebebiyle tıbbi müdahaleye rıza gösteremeyecek durumda olan kişilerin ise yasal temsilcileri rıza göstermeye yetkilidir. Bu husus TŞSTİDK m.70’te düzenlenmiştir. Madde devamında söz konusu tıbbi müdahalenin büyük cerrahi bir operasyon olması halinde ise bu rızanın yazılı olması gerektiği hüküm altına alınmıştır.

TŞSSTİDK m.70’de hekimlerin ve diş hekimlerinin tıbbi müdahale için hastaların rızalarını almaları gerektiği hüküm altına alınmıştır. Önceleri tıbbi müdahale için sadece rızanın varlığı aranırken günümüzde mevzuatlar ve Yargıtay kararları sebebiyle bilgilendirilmiş rıza ya da diğer bir ifade ile aydınlatılmış onam aranmaktadır⁶⁷. Rızanın hukuken geçerli olabilmesi için ehliyetli bir kişi tarafından verilmiş olmasını ve istisnalarını yukarıda açıklamıştık. Bir diğer şart ise hekimin tıbbi müdahaleye ilişkin olarak yaptığı bilgilendirmenin kapsamının rıza için yeterli olmasıdır⁶⁸.

HHY m.31’de tıbbi müdahale öncesi hastanın bilgilendirilmiş rızasının aranacağı hüküm altına alınmıştır. Çeşitli kanunlarda düzenlenen bilgilendirilmiş rıza kavramına baktığımızda temel insan haklarından olan hastanın kendi geleceğini belirleme hakkının bir uzantısı olarak ortaya çıktığını söyleyebiliriz⁶⁹. Hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı gereği, tedaviyi ret veya kabul yönünde bir karar vermesi için hekim tarafından tıbbi müdahaleye ilişkin olarak aydınlatılmış olması gerekir.

⁶⁶ ERMAN, s.83; ÖZDEMİR, s.55; ÇİLİNGİROĞLU, s.55; ÇAKAL, s.75.

⁶⁷ Hamide TACİR, Tıbbi Müdahaleler Karşısında Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı, Aysun Altunkaş, İpek Sevdâ Söğüt (Ed.), *II. Ulusal Sağlık Hukuku “Tıbbi Müdahalenin Hukuki Yansımaları” Sempozyumu* (s.13-49), Ankara: Seçkin, 2015, s.16.; ÇAKAL, s.129; ÇİLİNGİROĞLU, s.57; Çetin AŞÇIOĞLU, *Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar*, Ankara: Yayın evi yok, 1993, s.27.

⁶⁸ TACİR., s.16.

⁶⁹ TACİR, s.13; Konuyla ilgili ayrıntılı inceleme için bkz. Hamide TACİR, Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı, İstanbul: Onikilevha, 2011; Ali GÜNERLİ, Esra ALAN, Aydınlatılmış Onam, *Fasikül Hukuk Dergisi*, Cilt:2, Sayı: 4 (Mart 2010), s.52-55.

Aydınlatmanın nasıl yapılacağına ilişkin kanunlarımızda çeşitli düzenlemeler mevcuttur. En ayrıntılı düzenleme HHY m.15'te yapılmıştır. Buna göre hastaya aşağıdaki hususlarda bilgi verilir;

- Hastalığın muhtemel sebepleri ve nasıl seyredeceği,
- Tıbbi müdahalenin kim tarafından nerede, ne şekilde ve nasıl yapılacağı ile tahmini süresi,
- Diğer tanı ve tedavi seçenekleri ve bu seçeneklerin getireceği fayda ve riskler ile hastanın sağlığı üzerindeki muhtemel etkileri,
- Muhtemel komplikasyonları,
- Reddetme durumunda ortaya çıkabilecek muhtemel fayda ve riskleri,
- Kullanılacak ilaçların önemli özellikleri,
- Sağlığı için kritik olan yaşam tarzı önerileri,
- Gerekğinde aynı konuda tıbbî yardıma nasıl ulaşabileceği

Geçerli bir aydınlatılmış onamdan bahsedebilmek için yukarıda açıklanan hususlar doğrultusunda hastanın bilgilendirilmiş olması gerekmektedir.

Aydınlatılmış onamın kapsamında nelerin yer alacağı uluslararası sözleşmelerde de düzenlenmiştir. Avrupa'da Hasta Haklarının Geliştirilmesi Bildirgesi (Amsterdam Bildirgesi)'nin bilgilendirme başlıklı 2.maddesinde hastaların, durumlarıyla ilgili tıbbi gerçekleri, önerilen tıbbi girişimleri ve her bir girişimin potansiyel risk veya yararlarını, önerilen girişimlerin alternatiflerini, tedavisiz kalmanın sonucunu, tanı, prognoz⁷⁰ ve tedavinin gidişi konularını içerecek şekilde sağlık durumları konusunda tam olarak bilgilendirme hakkına sahip olduğu hüküm altına alınmıştır⁷¹.

Dünya Tabipler Birliği tarafından Eylül 1995 tarihinde Endonezya'nın Bali kentinde yapılan toplantıda, Lizbon Hasta Hakları Bildirgesi'nin gözden geçirilerek hazırlanan Bali Bildirgesi kabul edilmiştir⁷². Bu bildirgenin hastanın kendi kaderini belirleme hakkı başlıklı m.3'te hastanın kendi kararını verebilmesi için gerekli şekilde bilgilendirilme hakkı olduğu ve hastanın kendisine uygulanacak test veya tedavinin amacının ne olduğu, sonuçlarının ne olabileceği ve

⁷⁰ Prognoz bir hastalığın seyri hakkında tahmini ve iyileşme şansı olup olmadığı anlamında kullanılan tıbbi bir terimdir.

⁷¹ Avrupa'da Hasta Haklarının Geliştirilmesi Bildirgesi (Amsterdam Bildirgesi), sözleşme metninin tamamı için bkz. <https://agriism.saglik.gov.tr/TR,69200/amsterdam-bildirgesi.html> (E.T: 14.12.2018)

⁷² Bali Bildirgesi, sözleşme metninin tamamı için bkz. <http://www.saglikhakki.orgf.bali1.htm> (E.T: 14.12.2018)

kabul bu tedaviyi kabul etmeme durumunda sonuçların ne olabileceği konusunda aydınlatılması gerektiği hüküm altına alınmıştır.

İlgili kanunlar ve uluslararası sözleşmelere baktığımızda aydınlatılmış onamın geçerliliği için hastanın aşağıdaki konularda bilgilendirilmesi gerektiği ortaya çıkmaktadır;

- Tıbbi müdahalenin yani tedavinin nerede ve ne şekilde yapılacağı,
- Tıbbi müdahalenin içeriği hakkında bilgilendirme yapılması,
- Tıbbi müdahalenin risklerinin neler olduğu, risklerin büyüklüğü, içeriği, gerçekleşme olasılığı ve zamanı,
- Hekimin uygulayacağı tıbbi müdahalenin seçenekleri mevcutsa bu seçenekler hakkında bilgilendirme yapılması,
- Tıbbi müdahalenin sonuçları ve yararları hakkında bilgilendirme yapılması,
- Tedavinin reddi halinde ne gibi sonuçların ortaya çıkabileceği,
- Hekim hakkında bilgilendirme (mesleki tecrübesi vb.),
- Tıbbi müdahale sonrası kullanılacak ilaçlar hakkında bilgilendirme yapılmalıdır.⁷³

Bilgilendirmenin içeriği dışında aydınlatmanın ne şekilde, ne zaman, kim tarafından yapılacağı da geçerliliği etkileyen konulardandır⁷⁴. HHY m.18’de hastanın, tıbbi müdahaleyi gerçekleştirecek sağlık personeli tarafından sözlü şekilde bilgilendirileceği hüküm altına almıştır. Aydınlatmanın, tıbbi müdahaleyi gerçekleştirecek hekim tarafından yapılması gerekmektedir⁷⁵. Tıbbi müdahalenin birden fazla hekim tarafından gerçekleştirilmesi söz konusu ise her bir hekim tarafından aydınlatmanın ayrı olarak yapılması gerekir. Tıbbi müdahale sırasında ayrıca anestezi hekimi bulunacak ise anesteziye ilişkin bilgilendirmede bulunması gerektiği kabul edilmektedir⁷⁶.

Aydınlatma yapılacak kişi kural olarak hastanın kendisidir⁷⁷. Hasta ayırt etme gücünü haiz ise kısıtlı ya da vesayet altında olup olmadığına bakılmaksızın bizzat kendisi aydınlatılmalıdır⁷⁸. Ancak küçükler bakımından TŞSSTİDK m.70 gereği hastanın kanuni temsilcisine de bilgi

⁷³ ERMAN, s.110-121; AÇŞİOĞLU, Tıbbi Yardım, s.27-29; ÇİLİNGİROĞLU, s.63-67; AYAN, s.71-78; TACİR, Hasta Hakkı, s.162-172; Özgür ARIKAN, Yakup ORUÇ, Melike YAMAN, Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, *Tıp Hukuku Dergisi*, Cilt:7, Sayı:14, 2018, s.224-236; Berfin IŞIK YILMAZ, Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Cilt: 24, Sayı: 98 (Ocak 2012), s.395.

⁷⁴ ÇİLİNGİROĞLU, s.15.

⁷⁵ TACİR, s.42; HAKERİ, s.291.

⁷⁶ TACİR, s.42; HAKERİ, s.291.

⁷⁷ ARIKAN, ORUÇ, YAMAN, s.238.

⁷⁸ AYAN, s.82.

verilmesi zorunludur⁷⁹. Ancak hastanın ayırt etme gücünü haiz olmadığı durumlarda, ayırt etme gücünün sürekli bir şekilde kaybı söz konusu ise hastanın kanuni temsilcisi aydınlatılmalıdır⁸⁰. Ayırt etme gücünün trafik kazası, uyuşturucu etkisi vb. sebeplerle geçici süre ile kaybı söz konusu ise bu durumda zorunluluk haline dayanılarak hasta aydınlatılmadan tıbbi müdahalede bulunulabilir⁸¹.

Hastanın aydınlatılması tıbbi müdahaleye rıza gösterilmeden önce yapılmalıdır⁸². Acil bir durum yok ise hastaya düşünmesi için makul bir süre verilmelidir⁸³. Makul süre somut olayın niteliğine göre değişiklik gösterebileceği için hastanın karar vermesi için kesin bir süre belirlemek mümkün değildir⁸⁴. Acil bir durum söz konusu ise ameliyattan hemen önce veya ameliyat masasında aydınlatma yapılabilir⁸⁵.

Aydınlatmanın ne şekilde olacağı somut olaya göre değişmekle birlikte hekimin, hastanın eğitim ve bilgi durumunu göz önünde bulundurarak bilgilendirme yapması gerektiği kabul edilmektedir⁸⁶. İsviçre Federal Mahkemesi de tarafların aydınlatma oranının ne olacağına ilişkin genel kurallarla değil somut olayın koşullarına bakılarak karar verilmesi gerektiğine karar vermiştir⁸⁷. Aydınlatılmış onam için özel bir şekil şartı aranmıyor olup, rıza açık veya örtülü olarak verilmiş olabilir⁸⁸. Rıza sözlü ya da yazılı olarak verilebilir. Ancak TŞSTİDK m.70’te büyük ameliyatlara için rızanın yazılı olması gerektiğine dikkat çekmektedir. Yine rahim tahliyesine ilişkin tıbbi müdahaleler için de rızanın yazılı olması koşulu aranmaktadır. İspat hukuku açısından da rızanın yazılı olarak alınması daha doğru olacaktır.

Sonuç olarak rızanın geçerliliği için hastanın yukarıda açıklanan konular hakkında aydınlatılmış olması gerekir. Rıza gösterme için ehil olan her kişi tıbbi müdahaleye rıza gösterebilir. Hasta tarafından verilen rıza sadece o tıbbi müdahale içindir. Hekim birden fazla tıbbi müdahale gerçekleştirecekse hepsi için ayrı ayrı rıza alması gerekmektedir. Genel bir rıza verilmesi hukuka aykırıdır⁸⁹.

⁷⁹ AYAN, s.82.

⁸⁰ AYAN, s.83.

⁸¹ AYAN, s.83; ARIKAN, ORUÇ, YAMAN, s.239.

⁸² IŞIK YILMAZ, s.405

⁸³ ARIKAN/ORUÇ/YAMAN, s.239; IŞIK YILMAZ, s.405.

⁸⁴ AYAN, s.83.

⁸⁵ A.g.e. s.83.

⁸⁶ İPEKYÜZ, s.79.

⁸⁷ Ümit GEZDER, Hekimin Yükümlülükleri, *Tıp Hukuku Dergisi*, Cilt:3 Sayı:6 (2014), s.130.

⁸⁸ AYAN, s.12.

⁸⁹ AYAN, s.12.

2.1.3. Müdahalenin Tıp Bilimine ve Mesleğine Uygun Olması

Tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunu sağlayan son şart müdahalenin tıp bilimine ve mesleğine uygun olarak gerçekleştirilmesidir⁹⁰. Tıp bilimine uygunluktan anlaşılması gereken tıbbi müdahalenin gerekliliği; yani endikasyonun varlığıdır. Tıp mesleğine uygunluk ise tıbbi müdahalenin tıp verilerine uygun olarak gerçekleştirilmesidir⁹¹.

Endikasyon, tıp bilimi açısından belli bir müdahale gerektiren bir durumu ifade eder⁹². Tıbbi müdahalede bulunmanın haklı sebebi olarak da açıklanabilir. Endikasyonun varlığı tıbbi müdahale için zorunludur ve bu zorunluluk mevzuatımızda da düzenlenmiştir. İlk olarak daha önce yukarıda da bahsettiğimiz Anayasa m.17 f.2 tıbbi zorunluluklar dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz denilmekle birlikte endikasyonun zorunlu bir şart olduğu ifade edilmiştir. HHY m.12 “Teşhis, tedavi veya koruma amacı olmaksızın ölüme veya hayati tehlikeye yol açabilecek veya vücut bütünlüğünü ihlal edebilecek veya akli veya bedeni mukavemeti azaltabilecek hiçbir şey yapılamaz ve talep de edilemez.” denilerek tıbbi endikasyonun varlığına işaret etmiştir.

Estetik amaçlı tıbbi müdahaleler bakımından endikasyon tartışmalı olan bir konudur. Bu konu aşağıda ayrıntılı olarak incelenecektir⁹³.

Endikasyon şartı sağlandıktan sonra gerçekleştirilecek tıbbi müdahale tıp biliminin gereklerine uygun olarak yapılmalıdır. Hekim tıbbi müdahale için uygulayacağı yöntemi seçmekte serbest olmakla birlikte tıp biliminin geçerliliği kanıtlanmış yöntemlerden yararlanmalıdır⁹⁴. Hekim tıp biliminin kabul edilmiş esasları bilmek ve buna göre hareket etmekle yükümlüdür⁹⁵. Hekimin özen yükümlülüğünün de bu kapsama girdiği kabul edilmektedir⁹⁶. Hekim tıp biliminin verilerini doğru şekilde ve gerekli özeni göstererek uygulamalıdır. Aksi halde vermiş olduğu zarardan sorumlu olacaktır.

⁹⁰ AYAN, s.12.

⁹¹ GÖKCAN, s.194.

⁹² Mehmet DEMİR, *Hekim ve Hastane Yönünden Tıbbi Sorumluluk Hukuku*, Ankara: Yetkin, 2018, s.79. ; Sunay AKYILDIZ ve diğerleri, *Tıp Hukuku Atölyesi - I*, Ankara: Seçkin, 2013, s.62; GÖKCAN, s.194.

⁹³ Bkz. Bölüm:1, Başlık: 3 vd.

⁹⁴ IŞIK YILMAZ, s.391.

⁹⁵ AYAN, s.12.

⁹⁶ GÖKCAN, s.194; HAKERİ, s.460.

Tıbbi müdahalenin, endikasyon şartı sağlanmadan, tıp mesleğinin gerekliliklerine uygun olmayan şekilde yapılması durumunda hekim hem haksız fiil hem de sözleşmeye aykırılıktan dolayı sorumlu olacaktır. Cezai anlamda ise bazı hallerde bu sorumluluk kasten yaralama hatta hastanın ölmesi halinde kastın aşılması suretiyle öldürme şeklinde ortaya çıkabilir⁹⁷.

3. ESTETİK AMAÇLI TIBBİ MÜDAHALELER

Tıbbi müdahaleleri icra ediliş tarzına göre beden bütünlüğüne yönelik müdahaleler ve beden bütünlüğüne dokunulmamakla birlikte bedeni veya ruhi sağlığa yönelik müdahaleler şeklinde ikiye ayırabiliriz⁹⁸. Beden bütünlüğüne yönelik tıbbi müdahaleleri de organ ve doku nakli amaçlı müdahaleler, cinsel faaliyete ilişkin müdahaleler ve estetik müdahaleler şeklinde üç gruba ayırabiliriz. Konumuz itibariyle sadece estetik amaçlı tıbbi müdahaleleri ayrıntılı şekilde ele alacağız.

Estetik amaçlı tıbbi müdahaleler, rahatsızlıkları gidermekten çok insan vücudunda doğuştan ya da sonradan ortaya çıkan bozuklukları düzeltme amacını taşıyan işlemlerdir⁹⁹. Estetik müdahalelerle ilgilenen estetik cerrahi; plastik cerrahi veya kozmetik cerrahi şeklinde dile getirilse de tıbbi anlamda tam adı Plastik, Rekonstrüktif ve Estetik Cerrahi'dir. Bu anabilim dalı Plastik ve Rekonstrüktif Cerrahi ile Estetik Cerrahi olmak üzere ikiye ayrılır. Yeniden yapım ve onarım olarak da adlandırılan plastik ve rekonstrüktif cerrahi, doğuştan ya da sonradan meydana gelen, vücut yüzeyindeki tüm şekilsel ve işlevsel bozuklukların düzeltildiği cerrahi dalıdır¹⁰⁰.

Plastik ve Rekonstrüktif cerrahiye giren tıbbi müdahaleleri şu şekilde sıralayabiliriz; yüz cerrahisi; yüzdeki yaralanmaları, yüzdeki kırıkları, yüzdeki şekil bozuklukları, yarık dudak, yarık damak ve diğer yüz yarıkları, baş ve yüz anomalileri, el cerrahisi, doğuştan kaynaklanan el anomalileri, yara ve yanık tedavisi, çene bozuklukları, burun kopmaları, meme yokluğu, parmak ucu yaralanmaları, tırnak yatağı yaralanmaları, el ve parmak amputasyonları, el ve parmak transplantasyonları, el sinir yaralanmaları, baş ve boyun tümörleri, genital organ

⁹⁷ HAKERİ, s.453.

⁹⁸ Tıbbi müdahale türlerine ilişkin sınıflandırmalarla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. AYAN, s.10-46; İPEKYÜZ, s.30-45.

⁹⁹ BAYRAKTAR, s.165.

¹⁰⁰ Atay ATABEY, Estetik ve Plastik Cerrahi Nedir?, 2015, <https://makale.doktorsitesi.com/estetik-ve-plastik-cerrahi-nedir> (E.T: 25.02.2019)

anomalileri, genital organ onarımı, deri ve yumuşak doku tümörleri ve benzeri operasyonlardır¹⁰¹.

Estetik cerrahi ise müdahale ettiği organın işlevini bozmadan, bozukluk var ise bu işlevi de düzelterek ilgili organın daha güzel olmasını sağlayan plastik cerrahi içindeki bir yan daldır.¹⁰² Kişinin dış görünüş, işlev ve mutlu olma halini iyileştirmek veya düzeltmek için yapılan işlemlerdir¹⁰³. Estetik cerrahi alanındaki tıbbi müdahaleler ise; yüz germe, kaş kaldırma, lazer uygulamaları, kimyasal peeling, botox enjeksiyonları, yumuşak doku dolguları (dudak, çene dolgusu), liposuction (yağ aldırma), yağ enjeksiyonu, saç transplantasyonu, göz kapağı estetiği, göz altı torbası estetiği, burun düzeltilmesi (rinoplasti, septorinoplasti), kepçe kulak, karın germe, meme, bacak, popo, çene implantları, meme büyütme, küçültme, dikleştirme operasyonları, genital estetik ve benzeri operasyonlardır¹⁰⁴.

Estetik amaçlı tıbbi müdahaleler¹⁰⁵, doğuştan var olan ya da sonradan oluşan, kişinin dış görünüşünü bozan durumu düzeltmeyi amaçlayan müdahalelerdir¹⁰⁶. Doktrinde estetik müdahaleler için doğrudan bir tedavi amacı kabul edilmemekle birlikte dolaylı bir tedavi amacı taşıdığı kabul edilmektedir¹⁰⁷. Kişi fiziki yapısındaki görünüşü bozan durumun düzeltilmesiyle ruhi bir tatmin elde edecektir. Bedensel sağlık ile psikolojik sağlığın bir bütün olduğu düşünüldüğünde tedavi niteliği taşıdığı kabul edilmesi gerekir¹⁰⁸.

¹⁰¹ Hasan PETEK, Güzelleştirme Amaçlı Estetik Ameliyatlardan Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:8, Sayı:1 (2006), s.181; Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Jeffrey E. JANIS, *Plastik Cerrahinin Temelleri*, Figen ÖZGÜR, Mert ÇALIŞ (çev.), Ankara, Pelikan Yayıncılık, 2016.

¹⁰² ATABEY, Estetik ve Plastik Cerrahi Nedir?, 2015, <https://makale.doktorsitesi.com/estetik-ve-plastik-cerrahi-nedir> (E.T: 25.02.2019)

¹⁰³ TSEN, 16372, Estetik Cerrahi Hizmetleri, Türk Standartları Enstitüsü, 2015, s.6.

¹⁰⁴ PETEK, s.181.

¹⁰⁵ Bundan böyle Plastik ve Rekonstrüktif cerrahi müdahaleleri de kapsayacak şekilde kısaca estetik müdahale olarak anılacaktır. Sonuçları daha sonra ayrı ayrı ele alınacaktır.

¹⁰⁶ ÖZAY, s.23; AYAN, s.34; İPEKYÜZ, s.31; ATEŞ, s.95; KAYA, s.24.

¹⁰⁷ AYAN, s.34; İPEKYÜZ, s.31; ATEŞ, s.96; aksi yöndeki görüş için bkz. GÜRELLİ, s.271-272 (Yazar sadece rekonstrüktif cerrahi açısından hukuka uygun kabul etmektedir)

¹⁰⁸ AYAN, s.34.

3.1. Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahale Çeşitleri

Estetik müdahaleler amacına göre üçlü bir ayrıma tabi tutulabilir. Bunlar;

3.1.1. Bedensel Rahatsızlığı Giderme Amacıyla Yapılan Müdahaleler

Bedensel bir rahatsızlığı veya bozukluğu giderme amacıyla yapılan estetik müdahaleler, kişinin vücudunda mevcut olan bir bozukluğu gidermeye yönelik olarak yapılan müdahalelerdir. Bu bozukluklar doğuştan var olabileceği gibi sonradan da meydana gelmiş olabilir. Yukarıda ayrıntılı olarak sayılmış olan plastik ve rekonstrüktif cerrahi alanına giren işlemler bedensel rahatsızlığı giderme amacıyla yapılan müdahalelerdir. Bu tür rahatsızlıklar kişiye ruhsal bir rahatsızlık vermesinin yanında fiziksel olarak da acı çekmesine sebep olabilir. Bu müdahaleler genelde deri, derialtı veya kemikleri etkileyen durumlarda söz konusu olur¹⁰⁹. En yaygın ve bilinen çeşitleri toplumda tavşan dudak adıyla bilinen dudak yarığı, şeker hastalığı sebebiyle ortaya çıkan yaralar ve kaza sonucu oluşan yanıklardır. Bunların tedavisi halinde yapılacak tıbbi müdahaleler bedensel rahatsızlığı giderme amacıyla yapılan estetik müdahaleler olarak adlandırılır.

Doktrindeki yazarlar bu tür tıbbi müdahalelerin tedavi amacı taşıdığı dolayısıyla da hukuka uygun olduğu konusunda hem fikirdir ¹¹⁰.

3.1.2. Ruhsal Nitelikli Rahatsızlıkları Giderme Amacıyla Yapılan Müdahaleler

Ruhsal nitelikli rahatsızlıkları giderme amacıyla yapılan müdahaleler, bedensel bir rahatsızlığı olmamasına karşın kişinin vücudunun herhangi bir yerini estetik bulmaması sebebiyle yapılan tıbbi müdahalelerdir. Estetik ve güzellik öznel nitelikli kavramlar olup kişiden kişiye göre değişmektedir. Bir kimse kendi burnunu estetik bulmazken başka bir kimse o kişinin burnunu estetik bulabilir. Bu sebeple örneğin tek yumurta ikizi olan iki kardeşten biri burnundan rahatsızlık duymazken diğeri rahatsızlık duyabilir.

¹⁰⁹ ATABEY, Estetik ve Plastik Cerrahi Nedir?, 2015, <https://f.f.makale.doktorsitesi.com/f.estetik-ve-plastik-cerrahi-nedir> (E.T: 25.02.2019)

¹¹⁰ AYAN, s.35; İPEKYÜZ, s.31; ATEŞ, s.97; GÜRELLİ, s.271; ÖZAY, s.25; BAYRAKTAR, s.168; ÇAKMUT, s.181; Zekâ KAYALI, Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Tıbbi Müdahaleler, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü, *Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, İstanbul 1996, s.47.

Vücudunda herhangi bir yerini çirkin bulan kişi için bu durum ciddi ruhsal bozukluklara sebep olabilir. Bu sebeple bu tür tıbbi müdahalede söz konusu ruhsal bozuklukların tedavi edildiği söylenebilir¹¹¹. Bundan dolayı da bu tür müdahalelerin hukuka uygun olduğu kabul edilmelidir.

Bu doğrultuda bedensel rahatsızlıkları giderme amacıyla yapılan estetik müdahalelerin aynı zamanda ruhsal rahatsızlığa da sebep olabileceğini söylemek doğru olacaktır. Bedensel rahatsızlığı gidermeye yönelik estetik müdahalelere verilen örnekler ruhsal rahatsızlığı giderme amacıyla yapılan estetik müdahalelere de örnek olarak verilebilir.

3.1.3. Salt Güzelleştirme Amacıyla Yapılan Müdahaleler

Kişinin herhangi bir fiziksel veya ruhsal bozukluğu olmamasına rağmen sadece daha güzel görünme amacıyla yaptırdığı müdahalelerdir.¹¹² Ruhsal nitelikli güzelleştirme ameliyatlarının dolaylı tedavi niteliği taşıması sebebiyle tıbbi müdahaleyi hukuka uygun sayan bazı yazarlar salt güzelleştirme amacıyla yapılan estetik müdahaleler açısından aynı görüşte değillerdir¹¹³.

Güzellik algısı günümüzde adeta kıyafet modası gibi değişmekte ve durum yapılan estetik müdahalelere yansımaktadır. Örneğin son günlerde dudak dolgusu ve kalça implantı en çok yapılan estetik müdahalelerdendir. Görsel, sosyal ve yazılı medyayla birlikte insanlarda büyük dudak ve büyük kalçanın güzel olduğu algısı yaratılmıştır. Bu sebeple de fiziksel veya ruhsal bir bozukluk olmamasına rağmen sırf güzel görünmek, modaya ayak uydurmak veya sosyal statü adına buna benzer estetik müdahaleler yapılmaktadır. Kişiler kimi zaman bu müdahaleleri mesleki açıdan daha başarılı olabilmek ve daha başarılı sayılabilmek adına yaptırmaktadır. Mankenlik mesleği için toplumda kabul edilen güzellik standartlarına uymak ve mesleki anlamda daha başarılı sayılabilmek için modeller bu tür estetik müdahaleler yaptırmaktadır. Dudak dolgusu, lazer işlemleri, karın germe ve benzeri işlemler bunlara örnek olarak verilebilir.

¹¹¹ AYAN, s.35; ATEŞ, s.97; Aydın ZEVLİLER, Tedavi Amaçlı Müdahalelerde Kişilik Hakkına Saldırının Sonuçları, *DÜHFD*, C.1, S.1 (1983), s.29; ÇİLİNGİROĞLU, s.21; AŞÇIOĞLU, Tıbbi Yardım, s.52; SARIAL, s.77; BAYRAKTAR, s.167-168.

¹¹² ÖZAY, s.26.

¹¹³ AYAN, s.35; ÇİLİNGİROĞLU, s.21; AŞÇIOĞLU, s.52; Aksi Yönde Görüş için bkz. KAYALI, s.47.

3.2. Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu

3.2.1. Yetkili Sağlık Personeli Tarafından Gerçekleştirilmiş Olma

Tıbbi müdahalenin hukuka uygun sayılabilmesi için yetkili sağlık personeli tarafından gerçekleştirilmesi gerektiğini yukarıda açıklamıştık¹¹⁴. Estetik amaçlı tıbbi müdahaleler açısından da bu durum aynı olup tıbbi müdahalelerin hekim tarafından gerçekleştirilmesi gerekir. Söz konusu tıbbi müdahaleler önemli tıbbi girişimler olması sebebiyle 1219 sayılı kanunun 3.maddesi uyarınca uzman hekim tarafından gerçekleştirilmelidir. Estetik müdahaleler açısından uzman hekim Plastik, Rekonstrüktif ve Estetik Cerrahi anabilim dalında uzmanlığını almış plastik cerrahlardır. Lazer operasyonları, kimyasal peeling gibi cerrahi olmayan operasyonlar cildiye uzmanı tarafından da yapılabilmektedir. Uygulamada burun estetiği ameliyatları Kulak Burun Boğaz uzmanı tarafından da yapılmaktadır. Yine aynı şekilde göz altı torbaları, göz kapağı germe gibi göz bölgesindeki estetik ameliyatlarda Göz Hastalıkları uzmanı hekim tarafından da yapılabilmektedir. Plastik cerrah dışında operasyon yapan uzman hekimlerin de söz konusu operasyon bölgesine ilişkin olarak bir uzmanlığının olması gerekmektedir.

Daha önceleri 15.02.2008 tarih ve 26788 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik ile yürürlükten kaldırılmış olan Güzellik ve Estetik Amaçlı Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik’te güzellik uzmanlarının da bazı estetik müdahalelerde bulunabileceği hüküm altına alınmıştı. Mülga yönetmelikte hekimin ve güzellik uzmanının yapabileceği işlemler tek tek sayılmıştı^{115 116}.

¹¹⁴ Bkz. Bölüm 1, Başlık 2.1.1.

¹¹⁵ Mülga yönetmeliğin 12. maddesinde hekimlerin uygulayacakları tıbbî işlemler şunlardır :” Sivilce tedavisi, lazer, krioterapi, koterizasyon, intradermal enjeksiyon metotları ile "siğil, skar dokusu gibi oluşumların cilt yüzeyinden eksizyonu", ciltteki damar genişlemeleri, pigmentasyon (lekeler ve çiller) ve kırışıklıkların azaltılmasına yönelik lazer uygulamaları, lazer cihazı, %35'lik oranın üzerindeki alfa hidroksi asitler ve türevlerinin kullanımı ile derin peeling işlemleri, cilt içerisine terapotik veya kozmetik amaçlı yapılan her türlü enjeksiyonlar, cilde yapılan uygulamalar ile ilgili oluşabilecek yan etkilere müdahaleler, saç ekimi (restorasyonu) uygulamaları, kişinin fazla kilolarını vermesi (zayıflama) için gerekli işlemlerin, tıbbî değerlendirmelerle birlikte planlanmasını ve uygulanmasını sağlamak.”

¹¹⁶ Mülga yönetmeliğin 13. maddesinde güzellik uzmanları tarafından yapılabilecek işlemler şunlardır: “Cilt (yüz ve boyun) Bakım Biriminde: Kozmetik preparatlarla ve cihazlarla yapılan her türlü cilt temizliği uygulaması, cildin her türlü bakımlarının yapılması, cilde çeşitli ürünleri yedirilmek suretiyle yapılan iontoforez uygulamaları, cildin bakımı ve desteklenmesine yönelik yüzeysel olarak %35'lik oranın altındaki alfa hidroksi asitler ve türevlerinin kullanımı suretiyle kimyasal veya bitkisel peeling uygulamaları, cildin bakımı ve desteklenmesine yönelik mekanik peeling (mikropeeling) uygulamaları, makyaj uygulamaları, kozmetik amaçlı çizimle yapılan kaş şekillendirmeleri uygulamaları, protez kirpik ile ilgili uygulamalar, cilt tipine uygun ürün önerilmesi, myo lifting ve pasif jimnastik uygulaması, vakum uygulamaları, reflexofizyolojik uygulamalar, sıcak ve soğuk uygulamaları, her türlü masaj uygulamaları. Epilasyon ve Depilasyon Biriminde: Lazer ve foto epilasyon uygulamaları haricinde diğer metotlar ile epilasyon ve depilasyon işlemleri, ağda uygulanması. El ve

Buna göre güzellik uzmanının mülga yönetmeliğinin 12.maddesinde sayılan işlemleri yapmaya yetkisi yoktur¹¹⁷. Hekim ise mülga yönetmeliğinin 13.maddesinde sayılan işlemleri güzellik merkezi statüsünde olan bir yerde ger ekleřtiremez¹¹⁸. Söz konusu işlemler ancak sağlık kuruluşu kabul edilen yerlerde gerçekleştirilebilir.

Bu yönetmelik 15.02.2008 tarihinde mülga olmuş olmasına rağmen hala güzellik salonlarında yetkili olmayan kişiler tarafından bu işlemler yapılmaktadır. Bu kişilerin yaptığı işlemler cezai anlamda bir kasten yaralama, hukuki anlamda ise haksız fiil teşkil ettiği unutulmamalıdır. Kusurları halinde sorumlu olacaklardır. şik yet halinde bu işlemleri gerçekleştiren yetkisiz kişiler için ayrıca ilgili mevzuat uyarında idari yaptırım da uygulanacaktır.

3.2.2. Hastanın Rızasının Alınmış Olması

Diğer tıbbi müdahalelerde olduğu gibi estetik amaçlı tıbbi müdahalelerin de hukuka uygunluğu için rızanın alınması gerekir¹¹⁹. Hekimin, hastayı ilgili estetik müdahaleyle ilgili gerekli bilgilendirmeyi yapıp sonrasında rızasını alması gerekir.

Estetik amaçlı tıbbi müdahaleler çoğu zaman dolaylı tedavi amacı sağladığı ve acil durum niteliği taşımadığından genelde hasta tarafından hekime başvurulup müdahale talebi dile getirilir¹²⁰. Kendisine böyle bir talep iletilen hekim hastayı muayene edip talebi tıp etiği ve hastanın ihtiya ı yönünden deėerlendirmelidir¹²¹. Hastanın talep ettiği estetik müdahalenin riski estetik girişimi gereksiz kılacak  l de y kseke hekim bu talebi reddetmelidir. Yine tıp etiği tarafından kabul edilmeyen estetik müdahaleler de hekim tarafından reddedilmelidir. Örneğin; kulak, el ve benzeri (vb.) uzvun kesilmesi talebi gibi. Bunlar gibi tıp etiğine aykırı müdahaleler rıza olsa dahi hukuka aykırıdır.

Estetik müdahaleler açısından hekimin sorumluluk sınırı daha geniş olduğundan dolayı aydınlatmanın kapsamı da daha geniş olduğu kabul edilir¹²². Hekim, hastaya tıbbi müdahale sonrasında meydana gelebilecek bütün riskleri açıklamalı ve hastayı her konuda

Ayak Bakım Biriminde: Kozmetik preparatlarla ve cihazlarla yapılan her türlü el ve ayak cilt temizliği uygulaması, el ve ayak cildinin her türlü bakımlarının yapılması, manikür, pedik r işlemleri, protez tırnak uygulamaları. Vücut Bakım (Sellülit) Biriminde: Vücutta çeşitli cihazlarla yapılan sellülit giderici uygulamalar, cilde uygulanan aletli ve/veya elle yapılan her türlü masaj, el ve alet ile lenf drenaj uygulaması, lifting uygulaması. Solaryum biriminde: Bronzlaştırıcı solaryum uygulamaları.”

¹¹⁷ Bkz. Dn.113.

¹¹⁸ Bkz. Dn.114.

¹¹⁹ BAKRAKTAR, s.168.

¹²⁰ BAYRAKTAR, s.168.

¹²¹ GÖKCAN, s.475.

¹²² HAKER , s.286.

aydınlatmalıdır¹²³. Komplikasyonlar hakkında da hastayı aydınlatmalıdır ve hastanın yazılı rızasını almalıdır.

Estetik müdahale gerektiren acil durumlarda hastanın bilinci açıksa hekimin yine hastanın rızasını alması gerekir. Bilinci açık değilse varsayılan rızaya göre hareket ederek tıbbi müdahalede bulunabilir. Acil durumlara el, ayak, parmak vb. uzuv kopmalarını ve yanıkları örnek gösterebiliriz.

3.2.3. Müdahalenin Tıp Bilimine ve Mesleğine Uygun Olması

Tıbbi müdahalenin tıp bilimine uygun olmasının tıbbi gereklilik, yani endikasyon anlamına geldiğini açıklamıştır. Estetik müdahaleler açısından bu tıbbi gereklilik durumu tartışmalıdır. Endikasyon, tıbbi müdahaleler için tedavi amacının var olup olmadığını ifade eder. Estetik müdahaleler için “tedavi amacı” konusu tartışmalıdır.

Yukarıda üç grupta incelediğimiz estetik müdahalelerin bazıları normal şartlarda güzelleştirme amacı taşısa da somut duruma göre tedavi amacı taşıması söz konusu olmaktadır. Örneğin; kişinin yüzündeki bir beni aldırması normal durumlarda salt güzelleştirme amaçlı bir işlemdir. Bazı hallerde ise vücudun herhangi bir yerinde bulunabilecek bu benler boyut, şekil ve renk değiştirmekte ve cilt kanserinin habercisi olmaktadır. Böyle bir durum gözlemlendiğinde benin alınması tedavi amaçlı estetik müdahale olacaktır. Yine aynı şekilde meme büyütme ve küçültme operasyonları salt güzelleştirme amacı taşıdığı düşünülür. Halbuki meme küçültme ameliyatı büyük meme sebebiyle kişilerin yaşadığı sırt ve benzeri ağrıları tedavi etmek amacıyla yapılır. Meme büyütme/meme implantı ameliyatı salt güzelleştirme amacıyla yapılabileceği gibi kanser sonrası memesini kaybetmiş bir kadına yapılan meme rekonstrüksiyonu şüphesiz ki psikolojik tedavi amacı taşımaktadır¹²⁴.

Bedensel ve ruhsal bir rahatsızlığı gidermek amacıyla yapılan estetik müdahalelerin hukuka uygunluğu konusunda doktrindeki çoğu yazar hem fikir¹²⁵ ise de salt güzelleştirme amacıyla yapılan tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğu çoğu yazar tarafından kabul edilmez¹²⁶. Hatta

¹²³ Yargıtay 13. HD. 2011/11359 E., 2012/12808 K. , 21.05.2012 T. ; Yargıtay 15. HD. 2010/4538 E. 2010/5692, K., 25.10.2010 T. (GÖKCAN, cd ekinden alınmıştır.)

¹²⁴ JANIS, s.582.

¹²⁵ BAYRAKTAR, s.168; ÖZAY, s.27; AYAN, s.34; ATEŞ, s.97; Enis SARIAL, *Sağlararası Organ Nakillerinden Doğan Hukuksal İlişkiler*, İstanbul: Kazancı, 1986, s.77.

¹²⁶ GÜRELLİ, s.272 (yazar sadece tedavi amacı taşıyan plastik ve rekonstrüktif cerrahi operasyonları hukuka uygun kabul etmektedir. Ruhsal nitelikli rahatsızlıkları gidermek amacıyla yapılan operasyonları da hukuka aykırı saymaktadır) ; ZEVLİLİLER, s.29 (yazar sadece salt güzelleştirme amacı taşıyan estetik müdahalelerin hukuka aykırı olduğu görüşündedir.)

bazı yazarlarca salt güzelleştirme amacı taşıyan tıbbi müdahalelerin endikasyon şartını yerine getirmediğinden dolayı hukuka aykırı olduğunu hatta yaralama suçunu oluşturacağı ileri sürülmüştür¹²⁷. Ruhsal nitelikli rahatsızlıkları gidermek amacıyla yapılan müdahalelerin de dolaylı tedavi amacını taşıması sebebiyle hukuka uygun olduğu kabul edilir. Bununla birlikte bazı yazarlar bu tür müdahalelerin ancak riskin ulaşılacak istenen sonuca göre daha fazla olmadığı hallerde hukuka uygun olduğunu ileri sürmektedir¹²⁸.

4. DEĞERLENDİRME

Estetik müdahalelerin, salt güzelleştirme amacı olan cerrahi girişimler hariç olmak üzere, dolaylı bir tedavi amacı olduğu doktrinde çoğu yazar tarafından kabul edilmektedir. Salt güzelleştirme amacıyla yaptırılan estetik müdahalelere baktığımızda, bu tür müdahalelerin de dolaylı yoldan psikolojik tedavi sağladığı bazı yazarlarca kabul edilmektedir¹²⁹. Beden ve ruh sağlığı birbirinden ayrılmayan bir bütün olduğundan dolaylı salt güzelleştirme amacıyla yapılan müdahalelerin de tedavi amacı taşıdığı kabul edilmesi gerekmektedir¹³⁰.

Güzellik algısı toplumdan topluma ve dönemden döneme değişen bir kavramdır. Doğrudan tedavi amaçlı estetik müdahaleler hariç diğer müdahaleler aslında toplumun kişilere dayattığı güzellik algısından kaynaklanmaktadır. Toplum tarafından dayatılan bu algı herkesi daha güzel olmak için çeşitli ürünler almaya, cerrahi işlemler yaptırmaya ya da küçük estetik müdahaleler yaptırmaya itmektedir. Salt güzelleştirme amaçlı estetik işlemlere mesleki sebeple mankenler tarafından yapılan estetikleri örnek vermiştik. Mankenlerin daha zayıf olması ya da küçük bir burna sahip olması gerektiği toplum tarafından kendilerine dayatılan düşüncelerdir. Bu açıdan bakıldığında salt estetik amaçlı tıbbi müdahaleler de kişinin toplum tarafından görmüş olduğu baskı sebebiyle psikolojisinin etkilenmesi durumunu ortaya çıkarabilir. Bu sebeptendir ki salt güzellik sebebiyle yapılan estetik müdahalelerin de dolaylı yoldan tedavi amacı taşıdığı görüşündeyiz.

Diğer taraftan kişinin ruh halinin bozuk olması fiziksel bozukluk gibi dışardan bakıldığında anlaşılabilen bir durum değildir. Salt güzelleştirme amaçlı estetik müdahale yaptırdığı

¹²⁷ ÇAKMUT, s.181.

¹²⁸ BAYRAKTAR, s.168; BELGESAY, s.75.

¹²⁹ ÇAKMUT, s.181; AYAN, s.34; BAYRAKTAR, s.167.

¹³⁰ ÇAKAL, s.38; BAYRAKTAR, s.167.

düşünülen bir kişinin iç dünyasında neler yaşadığının dışardan anlaşılması olanaklı değildir¹³¹. Dolayısıyla bu ameliyatların hukuka aykırı olduğu kabul edilse dahi bu durumun ispatına ilişkin sorunlar yaşanması pekâlâ mümkündür.

Artık günümüzde tıbbın ve estetik cerrahinin ulaştığı noktaları düşündüğümüzde estetik müdahalelerin hukuka uygunluğunu tartışmak anlamsız kalacaktır¹³². Aynı şekilde estetik müdahaleleri amaçlarına göre ayrımlara tabi tutup hukuka uygunluğuna farklı sonuçlar bağlamak ruh ve beden sağlığının ayrılmaz bir bütün olduğunu inkâr etmek anlamına gelecektir. Bu sebeplerle, kanaatimizce estetik müdahaleler amacına göre ayrıma tabi tutulmaksızın dolaylı da olsa bir tedavi amacı taşımaktadır. Bu sebeple de hukuka uygunluğunun kabul edilmesi gerekmektedir.

¹³¹ AŞÇIOĞLU, s.52.

¹³² BAYRAKTAR, s.167.

İKİNCİ BÖLÜM

ESTETİK MÜDAHALELERDE HEKİM İLE HASTA ARASINDAKİ İLİŞKİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ VE HEKİMİN BORÇLARI

1. GENEL OLARAK HEKİM İLE HASTA ARASINDAKİ SÖZLEŞMESEL İLİŞKİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Hekim ile hasta arasında, temelini sadakat ve güven ilişkisinin oluşturduğu¹³³, taraflara karşılıklı olarak hak ve borç yükleyen sözleşmesel bir ilişkinin varlığı kabul edilir¹³⁴. Bu sözleşmesel ilişki genel olarak hekimlik sözleşmesi olarak adlandırılır¹³⁵. Önceleri hasta kabul sözleşmesi olarak adlandırılan¹³⁶ hekimlik sözleşmesi, açık veya zımni irade beyanlarıyla kurulan, tam iki tarafa borç yükleyen, rızai bir sözleşmedir¹³⁷. Kanunda ayrıca düzenlenmediği için atipik bir sözleşmedir¹³⁸.

Hekimlik sözleşmesinde hekim, teşhis, tedavi ve gerekli hallerde tıbbi müdahalede bulunmakla yükümlüdür. Bu doğrultuda teşhis ve tedavi kavramlarını açıklamakta yarar vardır. Teşhis, en kısa tanımıyla hastalığın ne olduğunun tespitidir¹³⁹. Teşhis, hastaya ve ailesine soru sorulması, vücudunun muayene edilmesi ve laboratuvar incelemelerinin yapılması gibi birçok eylemi kapsar¹⁴⁰. Tedavi ise teşhis edilen bir hastalığın veya rahatsızlığın iyileştirilmesi veya hafifletilmesi için gerçekleştirilen eylemlerdir. Tedavinin niteliği ilaç kullandırma ve cerrahi nitelikteki fiiller olabileceği gibi psikolojik bir rahatsızlığı gidermek için yapılan fiiller de

¹³³ Zafer ZEYTİN, Vekâlet ve Eser Sözleşmeleri, Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahaleleri Konu Edinen Sözleşme İlişkilerinin Nitelendirilmesi, *Tıp Hukuku Dergisi*, Cilt:3, Sayı:6 (2014), s.110.

¹³⁴ İPEKYÜZ, s.1; GEZDER, s.123.

¹³⁵ AYAN, s.49-50.

¹³⁶ Çağrı Şükrü ULUSLU, Hekimlik Sözleşmesinin Hukuki Niteliği, *İstanbul Barosu Dergisi*, Cilt: 87, Sayı: 6 (Kasım 2013), s.273.

¹³⁷ ÖZAY, s.29; İPEKYÜZ, s.16; GEZDER, s.137.

¹³⁸ Cevdet YAVUZ, *Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler*, İstanbul: Beta, 2016, s.13; Hayrunnisa ÖZDEMİR, *Sağlık Hukuku Alanında Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi*, Ankara: Yetkin, 2017, s.83.

¹³⁹ ÖZDEMİR, s.37.

¹⁴⁰ BAYRAKTAR, s.230.

olabilmektedir¹⁴¹. Tedavi sözleşmesinde hastanın yükümlülüğü ise, hekimin teşhis ve tedavisine karşılık olarak ücret ödemektir.

Hekimlik sözleşmesi rızai bir sözleşme olduğundan karşılıklı irade beyanıyla kurulur¹⁴². Borçlar Hukuku'nun genel kurallarından olan sözleşme özgürlüğü gereği taraflar sözleşme yapacağı kişiyi seçmekte özgürdürler¹⁴³. Hekimlik sözleşmesi açısından da hasta tedavi hizmeti almak için istediği hekimi seçmekte serbesttir¹⁴⁴. Kural böyle olmakla beraber hastanın bilincinin kapalı olduğu acil durum halleri bunun istisnasını oluşturur. Hekimler acil durumlarda tıbbi müdahalede bulunmakla yükümlüdürler¹⁴⁵. Bu sebeple hekim, bilinci kapalı olan hastaya tıbbi müdahalede bulunmak zorunda kalacak fakat hastanın bilinci kapalı olduğundan dolayı hekimi serbestçe seçemeyecektir.

Hekimlik sözleşmesinin hukuki niteliği konusunda doktrinde çeşitli görüşler ortaya atılmıştır. Sözleşmenin hukuki niteliğinin saptanması sözleşmenin hangi hükümlere tabi olacağının belirlenmesi açısından önem taşımaktadır¹⁴⁶. Hekimlik sözleşmesinin hukuki niteliğine ilişkin görüşleri ikiye ayırabiliriz. Birinci görüş hekimlik sözleşmesini yasada düzenlenen sözleşmelerden birinin hükümlerine tabi olması gerektiğini, ikinci görüş ise hekimlik sözleşmesinin sui generis bir sözleşme olduğunu savunmaktadır.

Hekimlik sözleşmesini yasada özel olarak düzenlenen sözleşmelerden birinin hükümlerine tabi tutanlar sözleşmenin özelliklerine bakıldığında hekimin bir hizmeti ifa etmesi ve bir işi görmesi söz konusu olduğundan kanunda düzenlenen iş görme sözleşmelerinden birinin hükümlerine tabi tutulması gerektiğini ileri sürmüşlerdir¹⁴⁷. Buna göre hekimlik sözleşmesinin hukuki

¹⁴¹ ÖZDEMİR, Sağlık Hukuku, s.38; BAYRAKTAR, s.232.

¹⁴² YAVUZ, s.27.

¹⁴³ YAVUZ, s.7 ; Fikret EREN, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Ankara: Yetkin, 5. Baskı, Ekim 2017, s.19 ; Aydın ZEVLİLİLER, Emre GÖKYAYLA, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Ankara, Turhan Kitabevi, 17. Baskı, 2017, s.8.

¹⁴⁴ ATEŞ, s.13.

¹⁴⁵ Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi' nin 3. maddesi : “ Tabip, vazifesi ve ihtisası ne olursa olsun, gerekli bakımın sağlanamadığı acil vakalarda, mücbir sebep olmadıkça ilk yardımda bulunur.”

İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi madde 8: “Acil bir durum nedeniyle uygun muvafakat alınamadığında, ilgili kişinin sağlığı için gerekli olan herhangi bir tıbbi müdahale derhal yapılabilir.”

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 24. maddesinin 7. Fıkrasında : “ Hastanın rızasının alınamadığı hayati tehlikesinin bulunduğu ve bilincinin kapalı olduğu acil durumlar ile hastanın bir organının kaybına veya fonksiyonunu ifa edemez hale gelmesine yol açacak durumun varlığı halinde, hastaya tıbbi müdahalede bulunmak rızaya bağlı değildir....”

¹⁴⁶ Atilla ARINCI, *Estetik Cerrahide Hekimin Hukuki Sorumlulukları ve Bu Sorumlulukların Eser Sözleşmesi Kapsamında Değerlendirilmesi*, Özyeğin Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, *Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, İstanbul 2015, s.28.

¹⁴⁷ ÖZAY, s.30.

niteliği konusunda, kanunda düzenlenen iş görme sözleşmelerinden hizmet, vekâlet ve eser sözleşmesi görüşleri ortaya atılmıştır. Diğer bir görüş ise hekimlik sözleşmesinin kendine özgü sui generis bir sözleşme olduğu yönündedir¹⁴⁸.

1.1. Hizmet Sözleşmesi Görüşü

Hizmet sözleşmesi ,TBK m. 393'te: "İşçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle iş görmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşme" olarak tanımlanmıştır. Buna göre ; "hizmet görülmesi", "belirli veya belirsiz bir süre için iş görmenin üstlenilmiş olması", "ücret ödenmesi", "bağımlılık" ve " tarafların anlaşması" hizmet sözleşmesinin unsurlarındandır¹⁴⁹.

Bir hizmet sözleşmesinden söz edebilmek için işçi tarafından bir hizmetin görülmesi gerekir. Bu hizmet belirli bir süre için olabileceği gibi belirsiz süreli için de olabilmektedir. Söz konusu bu hizmet işverenin talimatları doğrultusunda, bağımlılık ilişkisi içinde görülmelidir. Görülen bu hizmetin ücret karşılığında olması gerekmektedir¹⁵⁰.

Hizmet sözleşmesini diğer iş görme sözleşmelerinden ayıran en önemli özellik bağımlılık unsurudur¹⁵¹. Diğer iş görme sözleşmelerinden farklı olarak hizmet görme belirli bir hiyerarşi içinde işverene bağlı olarak yapılır¹⁵².

Hekimlik sözleşmesinin hukuki niteliğinin hizmet sözleşmesi olamayacağı görüşünde olan yazarlar tarafından hekimin hastaya karşı bir bağımlılık yaratacak şekilde hareket etmediği gerekçe olarak sunulmaktadır¹⁵³ Hastanın işçi işveren ilişkisindeki gibi hekimden emir aldığı düşünülemeyeceğinden hekimlik sözleşmesinin hukuki niteliği hizmet sözleşmesi olamayacaktır¹⁵⁴.

Hizmet sözleşmesinde aynı zamanda süre unsuru mevcuttur. Hekimin tedavisinin belirli bir süreyle sınırlandırılması mümkün değildir. Hekimlik sözleşmesinde tedavi amacı ön planda

¹⁴⁸ AYAN, s.51 ; ÖZAY, s.30.

¹⁴⁹ ZEVKLİLER, GÖKYAYLA, s.426- 431; EREN, s.534-537; YAVUZ, s.471-474.

¹⁵⁰ ZEVKLİLER, GÖKYAYLA, s.426- 431; EREN, s.534-537; YAVUZ, s.471-474.

¹⁵¹ YAVUZ, s.471; EREN, s.535.

¹⁵² ULUSLU, s.283.

¹⁵³ Reşat ATABEK, Merih SEZEN, Hekimin Mesuliyeti, *İstanbul Barosu Dergisi*, Cilt:XXVIII, Sayı:2 (Şubat 1954), s.142.

¹⁵⁴ BAYRAKTAR, s.35, dpn.52; ATABEK, SEZEN, s.142.

olmakla süre unsuru önemli değildir¹⁵⁵. Hekim tedavi için kendisine başvuran hastayı herhangi bir süreye bağlı kalmadan serbestçe tedavi edebilmektedir¹⁵⁶. Bu sebeplerle hekimlik sözleşmesine hizmet sözleşmesi hükümleri uygulanması kabul edilemeyecektir.

1.2. Vekâlet Sözleşmesi Görüşü

Vekâlet sözleşmesi TBK. m. 502'e göre vekilin vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlendiği sözleşmedir. Vekâlet sözleşmesinin unsurları; “bir işin görülmesi, bir işlemin yapılması”, “işin vekâlet veren yararına görülmesi” ve “ tarafların anlaşması”dır. Vekâlet sözleşmesinde ücret zorunlu unsur olmayıp, teamül varsa vekil ücrete hak kazanır.(TBK m.502 f.3)

Bir işin görülmesi vekâlet sözleşmesinin unsurlarından biridir. Söz konusu iş görme maddi bir fiil olabileceği gibi hukuki işlem benzeri fiiller de olabilir¹⁵⁷. Hasta ile hekim ilişkisinde de bu durum mevcut olup hasta hekime başvurup tedavisi için talimat vermekte, hekim de hasta adına hareket ederek başkası adına bir işin görülmesi unsurunu yerine getirmektedir.

Vekâlet sözleşmesinde ücret zorunlu bir unsur değildir. Teamül varsa ücrete hak kazanılacağı kanunda düzenlenmiştir. Hekimin tedavi karşılığında ücret istemesi hekim haklarından biridir¹⁵⁸. Bu husus Hekimlik Meslek Etiği Kuralları (HMEK) m.29'da düzenlenmiştir¹⁵⁹. Türk Hukukuna göre vekâlet sözleşmesi ücretli olabileceğinden hekim ile hasta arasındaki bu ilişkiye uygun olacaktır¹⁶⁰. Doktrinde çoğu yazar, hekimin hastayı tedavi etmesi veya tıbbi müdahale bulunması eyleminin maddi fiil olduğunu ve vekâlet sözleşmesi hükümlerine tabi olduğu görüşündedir¹⁶¹.

¹⁵⁵ AŞÇIOĞLU, s.19.

¹⁵⁶ İPEKYÜZ, s.57.

¹⁵⁷ YAVUZ, s.86 ; EREN, s.709; ZEVLİLİER, GÖKYAYLA, s.605.

¹⁵⁸ AKYILDIZ, s.312; GÖKCAN, s.185.

¹⁵⁹ HMEK. m.29 “Hasta ücret konusunda önceden hekimden bilgi alabilir. Hekim, tüm muayene, tetkik, tıbbi ve cerrahi girişimlerde meslek örgütünün belirlediği taban ücretin altında bir ücret alamaz. Hekimin, meslektaşları ile meslektaşlarının eşleri ve bakmakla yükümlü olduklarından muayene ve tedavi için masraflar dışında ücret almaması uygundur.”

¹⁶⁰ AYAN, s.55.

¹⁶¹ YAVUZ, s.654; EREN, s.709; ZEVLİLİER, GÖKYAYLA, s.605; HAKERİ, s.735; ATEŞ, s.17; SARIAL, s.41; AYAN, s.29; AŞÇIOĞLU, s.20; BELGESAY, s.76.

Vekâlet sözleşmesinde süre zorunlu bir unsur olarak yer almaz. Zaman taahhüdünün olmaması vekâlet sözleşmesini hizmet sözleşmesinden ayıran temel unsurlardan biridir¹⁶². Hekimin tedavi veya tıbbi müdahale için süre belirlenmesi mümkün değildir¹⁶³. Her vaka kendi özelinde değerlendirilmesi gerektiğinden bir genelleme yapıp süre belirlemek mümkün olmayacaktır. Bu durumun istisnası ancak ilaçla tedavi durumunda söz konusudur. Hekim ancak hastalığın tedavisi kapsamında bir ilaç vermişse bunun ne süreyle kullanılacağına ilişkin bir sınırlama yapabilir.

Vekâlet sözleşmesinde vekilin müvekkile karşı bir bağımsızlığı bulunduğu kabul edilir¹⁶⁴. Bu bağımsız iş görme unsuru yine vekâlet sözleşmesini hizmet sözleşmesinden ayıran unsurlardan bir diğeridir¹⁶⁵. Bu bağımsızlığın sınırı ise sadakat ve özen yükümlülüğüdür. Gerçekten de hekim ile hasta arasında bir bağımlılık ilişkisi olmayıp, hekim bağımsızdır. Fakat her aşamada hekimin özen yükümlülüğü bakidir.

Hekimin hastaya tedavi sonucunu garanti edemez. Bu sebeple, özen yükümlülüğü hariç olmak üzere, tedavi veya tıbbi müdahalenin başarılı olmaması riski hekime ait değildir¹⁶⁶. Bu durum yine hizmet sözleşmesiyle vekâlet sözleşmesini ayıran bir husustur.

Hekimle hasta arasındaki ilişkinin vekâlet sözleşmesi olmadığını yönünde birtakım eleştiriler de mevcuttur¹⁶⁷. Vekâlet sözleşmesinde kural vekilin müvekkilin nam ve hesabına hareket etmesidir. Hekimle hasta arasında böyle bir durumun söz konusu olmadığı sebebiyle vekâlet sözleşmesi görüşü eleştirilmiştir¹⁶⁸. Oysaki hekim tıbbi müdahaleyi veya tedaviyi hastanın menfaatine ve onun nam hesabına yaptığı hususu açıktır¹⁶⁹. Bir diğer eleştiri hekimin bir hizmet ifa etmediği sadece hastayı muayene edip ilaç verdiği yönündedir¹⁷⁰. Oysaki yukarıda da açıklandığı üzere vekâlet sözleşmesinin konusunu sadece hukuki işlemler değil maddi fiiller de oluşturur. Hekimin yaptığı tedavi, muayene ve tıbbi müdahalenin de maddi fiil olduğu kabul edilmelidir¹⁷¹. Aynı şekilde vekâlet sözleşmesine yapılan bir diğer eleştiriye göre vekilin

¹⁶² Rezzan GÜNDAY, *Tıbbi Müdahale ve Tedavide Malpraktisten Doğan Hukuki Sorumluluk*, Ankara: Adalet, 2012, s.8; AŞÇIOĞLU, s.19.

¹⁶³ GÜNDAY, s.8.

¹⁶⁴ YAVUZ, s.638.

¹⁶⁵ AŞÇIOĞLU, s.19.

¹⁶⁶ İPEKYÜZ, s.69; GÜNDAY, s.9.

¹⁶⁷ Ayrıntılı açıklamalar için bkz. İPEKYÜZ, s.65.

¹⁶⁸ ATABEK, SEZEN, s.143.

¹⁶⁹ İPEKYÜZ, s.65; Doğa Ekrem DOĞANCI, *Vekâlet Sözleşmesinin Hukuki Niteliği ve Benzer Hukuki İlişkiler ile Karşılaştırılması*, *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 2, Sayı: 1 (Temmuz 2014), s.100.

¹⁷⁰ ATABEK, SEZEN, s.143.

¹⁷¹ İPEKYÜZ, s.65.

müvekkilin emirlerine kati suretle uymakla yükümlü olduğu fakat hekimin ile hasta arasındaki ilişkide hastanın hekime emir veremeyeceği yönündedir¹⁷². Hasta hekime emir veremese de hekim hastanın talimat ve istekleri doğrultusunda tedaviyi sürdürmeli veya tıbbi müdahalede bulunmalıdır. Bu durumu alt üst ilişkisi yaratacak şekilde emir olarak nitelendirmek doğru olmayacaktır.

1.3. Eser Sözleşmesi Görüşü

Hekim ile hasta arasındaki ilişkinin hukuki niteliğine ilişkin bir diğer görüş ise bu ilişkinin eser sözleşmesi niteliğinde olduğunu savunan görüştür. TBK m.470'e göre: "Eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de buna karşılık olarak bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir." Eser sözleşmesinin unsurları; "bir eser meydana getirme", "eser karşılığı bir ücret ödeme" ve " tarafların anlaşması"dır¹⁷³.

Sözleşmenin tarafları; yüklenici ve iş sahibidir. Eser sözleşmesinin konusu, bir eser meydana getirmektir. Hekimlik sözleşmesi açısından incelemek için öncelikle eserin ne anlama geldiği konusunu aydınlatmak gerekir. Eser; emek harcanarak bir yapıt yaratma ya da mevcut bir yapıtta değişiklik yapılması olabileceği gibi, nesnel olmayan fakat insan emeği olup bütün bir görünüm sergileyen, ekonomik değeri bulunan her varlık eser sayılır¹⁷⁴. Niteliği itibarıyla bir sonuç taahhüt edilemeyecek işlerin eser olmadığı kabul edilir¹⁷⁵.

Eser sözleşmesinde yüklenicinin eser meydana getirme borcu vardır. Hekimin tedavi sonucunu bir eser olarak kabul etmenin mümkün olmadığı düşünülmektedir¹⁷⁶. Hekimin, yüklenici gibi sonuç taahhüt etmek gibi bir borcu da söz konusu değildir. Kural bu olmakla beraber bazı işlemler eser sözleşmesi olarak kabul edilmektedir. Diş hekimi tarafından gerçekleştirilen diş protezi işlemi eser sözleşmesi niteliğindedir. Estetik operasyonların da eser sözleşmesi olduğuna dair görüşler doktrinde mevcuttur¹⁷⁷.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 05.04.1993 tarih (T.) 1993/131 Esas (E.) Ve 1993/2741 Karar (K.) Sayılı kararında burun estetiği ameliyatının sonuç taahhüt edilerek ve istenilen bir sonucu elde

¹⁷² ATABEK, SEZEN, s.144.

¹⁷³ YAVUZ, s.536

¹⁷⁴ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.465.

¹⁷⁵ A.g.e. s.467 (Sağlık faaliyetlerinin de sonuç taahhüt edilemeyecek işlerden olduğunu belirtmiştir.)

¹⁷⁶ AYAN, s.55.

¹⁷⁷ BELGESAY, s.76-77; SARIAL, s.43.

etmek amacıyla yapıldığı ve bu durumun vekâlet sözleşmesi hükümleriyle bağlaşmadığını bu sebeple de eser sözleşmesi niteliğinde olması gerektiği yönünde karar vermiştir.

Yargıtayın verdiği son tarihli kararlara baktığımızda¹⁷⁸ “eser sözleşmesi niteliğindeki estetik ameliyat” şeklinde bir ifade kullanarak estetik müdahalelerin eser sözleşmesi olarak değerlendirmektedir. Bu husus daha sonra açıklanacaktır.

1.4. Sui Generis Sözleşme Görüşü

Sui generis sözleşmeler kanunda düzenlenmeyen sözleşmeler olup, kanunda düzenlenen sözleşmelere ilişkin ögeleri tümüyle ya da bir bölümüyle içermeyen ve kendilerine özgü ögelerden oluşan sözleşmelerdir¹⁷⁹.

Hekimlik sözleşmesinin kendine özgü, sui generis bir sözleşme olduğu görüşünde olan yazarlara göre¹⁸⁰; hekim ile hasta arasında karşılıklı edim mübadelesi yerine, yardım, güven, anlayış, sevgi ve şefkat unsurları ağır basmaktadır¹⁸¹. Oysaki bu unsurlar hekimin yükümlülüklerini ifade etmemekle birlikte yalnızca edimini yerine getirirken uyması gereken davranışlardır¹⁸². Bu görüşe göre taraflardan biri, hekim, bir konuda uzman olup, güç ve otorite sahibi iken, diğer taraf, hasta, zayıf ve bilgisizdir. Bu sebeple arada eşitlik söz konusudur. Fakat tarafların eşit imkânlarla sahip olmamaları sözleşmenin sui generis olarak addedilmesi için yeterli bir sebep olarak görülmemiştir. Bu görüş doktrinde kabul görmeyerek eleştirilmiştir¹⁸³.

¹⁷⁸ Yargıtay 15. HD., 2018/3561 E., 2018/3581 K., 3.10.2018 T.; Yargıtay 15. HD., 2018/290 E., 2018/3529 K., 2.10.2018 T.; Yargıtay 15. HD., 2018/479 E., 2018/1458 K., 10.4.2018 T.; Yargıtay 15. HD., 2018/3043 E., 2018/2820 K., 3.7.2018 T.; Yargıtay 15. HD., 2010/589 E., 2011/263 K., 25.01.2011 T.

¹⁷⁹ ZEVKLİLER/ GÖKYAYLA, s.12.

¹⁸⁰ ATABEK/ SEZEN, s.144.

¹⁸¹ AYAN, s.54.

¹⁸² AYAN, s.54.

¹⁸³ AYAN, s.54; ÖZAY, s.46-47.

1.5. Değerlendirme

Hekim ile hasta arasındaki hukuki ilişkinin niteliğine ilişkin ortaya atılmış görüşlere baktığımızda vekalet sözleşmesi görüşünün ağır bastığını söyleyebiliriz.

Hekim ile hasta arasındaki ilişkide hekim tarafından gerçekleştirilen bir iş görme söz konusu olduğu için iş görme sözleşmelerinden birinin uygulanması gerektiği kabul edilmektedir. Hekim ile hasta arasında bir bağımlılık ilişkisi söz konusu olmadığı için hizmet sözleşmesi olarak nitelendirmek doğru olmayacaktır. Eser sözleşmesi görüşü ise estetik müdahaleler açısından geçerli olup hekim ile hasta arasındaki genel ilişkiye uygun düşmemektedir. Sui generis sözleşme görüşü ise yalnızca taraflar arasında eşitsizlik olması sebebiyle kabul edilmesi yeterli olmayacaktır.

Hekimin hastaya karşı bağımsız oluşu, tedavi gibi maddi bir fiili gerçekleştirmesi, süre ve sonuç taahhüdünün olmaması sebepleriyle bu hukuki ilişkiye vekalet sözleşmesinin uygulanması doğru olacaktır.

Yargıtay da hekimlik sözleşmesinin vekâlet sözleşmesi olduğu kanaatindedir. Verdiği kararlarda hekim ile hasta arasındaki sözleşmenin vekâlet ilişkisini oluşturduğunu vurgulamaktadır¹⁸⁴.

Bu sebeplerle hekimlik sözleşmesinin niteliğinin vekâlet sözleşmesi olduğu görüşü doktrinde ağırlık kazanmıştır. Biz de istisnaları aşağıda açıklayacak olmakla birlikte hekimle hasta arasındaki ilişkinin vekâlet sözleşmesi olduğu görüşündeyiz.

¹⁸⁴ Yargıtay 13.HD., 2005/15820 E., 2006/2367 K. 23.02.2006 T. ;Yargıtay 13.HD. 2005/14854 E. 2006/3416 K. 10.03.2006 T.; Yargıtay 13.HD., 1994/8557 E. 1994/2138 K. 04.03.1994 T. (Kararlar için bkz. Battal YILMAZ, Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Ankara, Adalet Yayınevi, 2017, s.34)

2. ESTETİK MÜDAHALELERİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Hekimlik sözleşmesinin hukuki niteliğine ilişkin ortaya atılmış olan görüşleri yukarıda açıklamıştık. Doktrine baktığımızda hekimle hasta arasındaki hukuki ilişkiye vekâlet sözleşmesi hükümlerinin uygulanması gerektiği görüşü ön plana çıkmıştır. Estetik müdahalelerin vekâlet sözleşmesi mi yoksa eser sözleşmesi mi olduğu konusu ise doktrinde tartışmalı olan konulardandır.

Doktrinde birtakım yazarlar diğer tüm tıbbi müdahaleler gibi estetik müdahalelerin de vekâlet sözleşmesi olarak kabul edilmesi gerektiği yönünde görüşe sahiptirler.¹⁸⁵ Bu yazarların gerekçelerini şu şekilde açıklayabiliriz:

Hekim ile hasta arasında kurulan ilişkiyle beraber hekimin teşhis ve tedavi borcu ortaya çıkar. Hekim hiçbir zaman sonuç taahhüdünde bulunamaz. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi 'nin (TDN) 13.maddesinde “*Tabip ve dış tabibi, ilmî icaplara uygun olarak teşhis koyar ve gereken tedaviyi tatbik eder. Bu faaliyetlerinin mutlak surette şifa ile neticelenmemesinden dolayı, deontoloji bakımından muaheze edilemez.*” denilerek bu durum hüküm altına alınmıştır. Hekim, kusuru ve kastı olmaksızın teşhis ve tedavisi sonrası iyileşme olmaması durumundan sorumlu değildir. Hekimin sözleşme dolayısıyla yüklendiği borç bir edim borcu olup sonuç borcu değildir¹⁸⁶.

Estetik müdahaleleri eser sözleşmesi olarak nitelendiren yazarların dayanağı estetik müdahalelerde sonuç taahhüt ediliyor olmasıdır. Aksi görüşteki yazarlara göre ise hekimlik sözleşmesinde hekimin asıl borcu hastayı tedavi etmektir buna göre hekim sonuç taahhüt edemez¹⁸⁷. Tedavinin sonucunda hekimin iyileştirme borcu söz konusu değildir. Hekimin sonuç taahhüt etmesi hem Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'ne hem de hayatın olağan akışına aykırıdır. Tıbbi müdahalelerde sonucun olumlu olması sadece hekimin beceri faktörüne değil hastanın fizyolojik ve biyolojik yapısına da bağlıdır. Bununla kalmamakla birlikte tıbbi müdahale sonrası hekim tarafından verilen talimatlara hasta tarafından uyulması da yine aynı şekilde olumlu sonucu yani iyileşmeyi etkileyen faktörlerdir. Bu hususlar aynı şekilde estetik amaçlı

¹⁸⁵ AYAN, s.55; ÖZDEMİR, Sağlık Hukuku, s.93; AŞÇIOĞLU, s.20.

¹⁸⁶ ZAFER, s.111; AKINCI, s.38.

¹⁸⁷ Hamit HANCI, *Malpraktis Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu*, Ankara: Seçkin, 2006, s.151.

tıbbi müdahaleler için de geçerlidir. Bu sebeple estetik amaçlı tıbbi müdahaleler de vekâlet sözleşmesi hükümlerine tabi olması gerektiği savunulmaktadır¹⁸⁸.

Daha önce açıkladığımız eser¹⁸⁹ kavramına göre hekimin tedavi sonucunun eser olarak kabul edilmesi mümkün değildir¹⁹⁰. Doktrindeki çoğu yazara göre sonuç taahhüt edilemeyen işler eser olarak nitelendirilemez¹⁹¹. Diğer taraftan ayıba karşı tekeffül, yani eserin teslim ve muayenesine ilişkin hükümlerin de hekimin faaliyetine uygulanamayacağı kabul edilir¹⁹². Bu sebeplerle estetik müdahaleler için de eser sözleşmesi görüşü eleştirilmiştir.

Doktrindeki tüm yazarlar tarafından eser sözleşmesi olarak kabul edilen tıbbi müdahale dış hekimleri tarafından gerçekleştirilen protez işlemleridir. Dış protezi niteliği bakımından eser sözleşmesi olarak kabul edilmiştir¹⁹³.

Estetik kavramının objektif nitelikli ve günden güne değişen bir kavram olması sebebiyle eser sözleşmesi görüşünün kabulü halinde ayıp kavramının nasıl belirleneceği bir sorun olarak karşımıza çıkacaktır. Estetik müdahaleler açısından da bir sonuç taahhüt edilemeyeceğine ilişkin görüşü açıklamıştık. Bu görüşe kısmen katılıyor olmakla beraber uygulamada çoğu hekim tarafından sonuç taahhüt edilmektedir. Günümüzde gelişen teknolojiyle birlikte özel programlar sayesinde hastanın ameliyat sonrası nasıl görüneceğine ilişkin olarak hekim tarafından birtakım tasarımlar oluşturulmaktadır. Hekim bilgi, birikim ve becerisine göre sonucun hastasına gösterdiği şekilde olacağını öngörmektedir. Hatta bazı hekimler tarafından taahhüt edilen sonuca ilişkin üç boyutlu maketler dahi yapılmaktadır. Bunu kabul eden ve hastasına bu şekilde bir sonuç vaat eden hekimin gerçekleştirmiş olduğu estetik amaçlı tıbbi müdahaleye eser sözleşmesi hükümleri uygulanması gerektiği görüşündeyiz¹⁹⁴. Böylece hastanın hakları tam olarak korunabilecek ve ayıba karşı tekeffül hükümleri uygulanabilecektir.

İnsan vücudunun maddi bir malla (eserle) bir tutulması tabii ki mümkün değildir. Fakat hekimin estetik müdahaleyi gerçekleştirmeden önce mesleki bilgi ve tecrübesine dayanarak hastanın vücudunun bu işlemi kaldırıp kaldıramayacağını, hastanın fizyolojik yapısının bu işleme nasıl

¹⁸⁸ AYAN, s.55-56; ZAFER, s.111-112; ÖZDEMİR, Sağlık Hukuku, s.93; AŞÇIOĞLU, s.18.

¹⁸⁹ Bkz. Bölüm 2 Başlık: 1.3.

¹⁹⁰ AYAN, s.55.

¹⁹¹ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.467; YAVUZ, s.574.

¹⁹² İPEKYÜZ, s.64; ÖZDEMİR, Sağlık Hukuku, s.93.

¹⁹³ AŞÇIOĞLU, s.18; BELGESAY, s.77; AYAN, s.55 (Yazar, protez işlemiyle birlikte tedavi amacı taşıyan bir işlemin birlikte yapıldığı durumlarda yine vekâlet sözleşmesi hükümlerinin uygulanması gerektiği görüşünü savunmaktadır.)

¹⁹⁴ PETEK, s.190; ÖZAY, s.48; GÖKCAN, s.476.

tepki vereceğini öngörüyor olması gerekir. Uygulamada tıbbi müdahale sonrası görüntüsünden memnun olmayan hasta genelde ilk olarak müdahaleyi gerçekleştiren hekime başvurmuştur. Hekim hastanın taleplerini haklı bulursa ikinci bir ameliyat yapmakta ve bundan ücret almamaktadır. Yine aynı şekilde başvuru sonrası hekim ikinci müdahale gerçekleştirmekten kaçınmakla birlikte hastaya para iadesi yapmaktadır. Burada “ayıp” olarak nitelendirilen hastanın “görüntüsünden, işleminden memnun olmaması” durumu soyut bir söylem olmakla birlikte dava aşamasında bilirkişi raporlarıyla desteklenmelidir. Hekimlerin, hastaların bu taleplerine karşı para iadesi yapması veya yeniden tıbbi müdahalede bulunarak “onarım” yapması da hukuki ilişkinin eser sözleşmesi niteliğinde olduğuna ilişkin sonucu ortaya çıkarmaktadır.

Estetik müdahaleler açısından hekim ile hasta arasında hekimlik sözleşmesine hangi hükümlerin uygulanacağına ilişkin sorunu çözmek için öncelikle estetik amaçlı tıbbi müdahalenin türüne bakmamız gerekir. Daha önce açıkladığımız plastik ve rekonstrüktif cerrahi işlemlerinde tedavi amacının varlığı doktrinde kabul edilmiştir¹⁹⁵. Tedavi amacı mevcut olduğundan bu tür işlemlere vekâlet sözleşmesi hükümlerinin uygulanması her iki görüşteki yazarlar tarafından da kabul edilmiştir. Bu türdeki müdahaleler bazı durumlarda hem tedavi hem de güzelleştirme amacı taşır. İki amacı da barındıran bu tür durumlarda somut olayda tedavi amacının mı yoksa güzelleştirme amacının mı ön planda olduğuna bakılmalıdır. Tedavi amacı ağır basıyor ise vekalet sözleşmesi hükümlerinin, güzelleştirme amacı ağır basıyor ise hukuki ilişkinin eser sözleşmesi hükümlerinin uygulanması gerektiği görüşündeyiz. Burada amacın hangisi olduğuna ilişkin tespitin hastanın talepleri doğrultusunda belirlenmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

Ruhsal anlamda tedavi niteliği taşıyan ve salt güzelleştirme amacı taşıyan işlemler içinse sonuç taahhüt ediliyor ise hukuki ilişkinin eser sözleşmesi olarak kabul edilmesi gerektiği görüşündeyiz. Hekimin hastaya ameliyat sonrası muhtemel görüntüsü hakkında fotoğraf göstermesi, maket yapması, tıbbi müdahaleye ilişkin başka hastasına ait ya da başkasına ait fotoğrafı göstermesi sonuç taahhüt ettiği anlamına gelmektedir¹⁹⁶. Hekim tarafından böyle bir taahhütte bulunulmadığı hallerde ise vekâlet sözleşmesi hükümlerinin uygulanması gerektiği görüşündeyiz.

¹⁹⁵ AYAN, s.55.

¹⁹⁶ Yargıtay 15. H.D., 25.10.2010, 4538/5692 (HAKERİ, s.287)

3. GENEL OLARAK HEKİMİN BORÇLARI

Hekimlik sözleşmesinin kurulmasıyla birlikte hekim, hastaya karşı sözleşmeden doğan birtakım borçları üstlenir¹⁹⁷. Söz konusu borçlar hekimlik sözleşmesinden doğan asli ve yan borçlar olduğu gibi meslek etiği kurallarından doğan borçları da içerir¹⁹⁸. Hekimlik sözleşmesinin niteliğinin vekâlet sözleşmesi ya da eser sözleşmesi olarak nitelendirilmesine göre hekimin borçları değişiklik gösterecektir. Fakat bazı durumlarda hekim ile hasta arasında sözleşmesel bir ilişki olmamaktadır. Örneğin; acil müdahale edilmesi gereken bilinci kapalı bir hasta ile hekim arasında sözleşmesel bir ilişki kurulamamaktadır. Buna rağmen bu gibi durumlarda da hekim, mesleğinden dolayı birtakım borçlar altına girmektedir. Bu sebeple sözleşmesel ilişkideki borçları incelemeyi önce genel olarak hekimin mesleki borçlarını incelemekte yarar görmekteyiz. Hekimin asli borçları; teşhis koyma ve tedavi sağlama, hastayı aydınlatma, sadakat ve özen borcu, kayda geçirme ve sır saklama borcudur. Bunların yanında birçok yan borçları mevcuttur. Bunlar; mesleki bilgisini geliştirme, mali sorumluluk sigortası yaptırmaya, etik ilkelere uygun davranma, reklam yasağına uyma borcu vb. gibi¹⁹⁹.

3.1. Teşhis Koyma Borcu

Hekimin, kendisine başvuran hastanın şikâyetlerine son verip en iyi tedavi yöntemini seçebilmesi için teşhisi doğru yapması şarttır²⁰⁰. Hiç şüphesiz yanlış teşhis sonucu yapılan tedavi olumsuz sonuçlar doğurabilecek ve hekimin sorumluluğuna yol açabilecektir.

Hekimin teşhis koyarken izlemesi gereken yol kesin kurallara bağlanmamıştır²⁰¹. Bununla birlikte hekim teşhiste bulunmadan önce ilk olarak hasta öyküsü (anamnez) almalıdır. Hastanın rahatsızlıklarının ne zaman başladığı, ne kadar süredir devam ettiği gibi bilgileri elde etmelidir²⁰². Hastanın mevcut şikâyetine ilişkin bütün verilerle birlikte geçmişteki rahatsızlıkları hakkında da bilgiler elde etmelidir²⁰³. Hekim teşhis koyarken hastanın daha önce

¹⁹⁷ İPEKYÜZ, s.74.

¹⁹⁸ Atiye UYGUR, Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu, Ankara Üniversitesi SBE Özel Hukuk ABD, *Yayımlanmamış Doktora Tezi*, Ankara 2009, s.134.

¹⁹⁹ Hekimin yükümlülüklerine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. AKYILDIZ, s.316-338; HAKERİ, s.629-720.

²⁰⁰ ÖZDEMİR, Sağlık Hukuku, s.102.

²⁰¹ İPEKYÜZ, s.75; ÖZDEMİR, Sağlık Hukuku, s.103.

²⁰² UYGUR, s.132.

²⁰³ ÖZDEMİR, Sağlık Hukuku, s.103; ÖZAY, s.52; İPEKYÜZ, s.75.

muayene olduğu hekimlerin çıkarımlarından da yararlanabilir²⁰⁴. Gerekli gördüğü hallerde hastanın yakınlarından da bilgi isteyebilir²⁰⁵. Kendini ifade edemeyecek durumda olan küçükler ve acil durumlardaki hastalar için bu durum söz konusu olacaktır.

Hasta öyküsünü aldıktan sonra hekim hastayı muayene ederek hastalığa ilişkin veriler elde etmeye devam etmelidir. Somut olayın özelliklerine göre hekim kan testi, MR ve röntgen çekilmesi vb. gibi gerekli tetkikleri istemekle yükümlüdür²⁰⁶.

Hekim, hastanın şikâyetine ilişkin anlattıklarından ve hasta öyküsünden elde ettiği pozitif tanı verileri ile çeşitli testler sonucu elde ettiği biyolojik tanı verilerini mesleki tecrübesi ile birleştirerek hastalığa ilişkin teşhiste bulunur²⁰⁷. Hekim mevcut tetkiklerle birlikte sonuca ulaşamıyorsa eğer başka tetkiklere tekrar başvurabileceği gibi aynı tetkiklerin tekrarlanmasını da isteyebilecektir.

Hasta öyküsünü almış ve gerekli tetkik ve araştırmaları yapmış olan hekim, sırf teşhisin yanlış çıkmasından dolayı sorumlu olmayacaktır. Buna karşın gerekli araştırmaları yapmaması sebebiyle veya hasta öyküsünü almaması sebebiyle yanlış teşhiste bulunmuşsa bundan sorumlu olacaktır²⁰⁸.

3.2. Aydınlatma Borcu

Hekim hastasını aydınlatmakla yükümlüdür²⁰⁹. Aydınlatma; hekimin vereceği bilgilerle hastanın kendisine uygulanacak tıbbi müdahaleye ilişkin serbestçe karar verebilecek duruma gelmesidir²¹⁰. Hekimin tedaviyi gerçekleştirmeden önce hastayı aydınlatmış olması tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu bakımından önem taşımaktadır. Önceleri tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu için sadece rıza yeterli görülüyorken günümüzde artık rızanın geçerliliği için hastanın aydınlatılmış olma şartı aranmaktadır.

Hekim hastayı hem teşhis hem de tedavi açısından aydınlatmalıdır. Hekim yapılan muayene sonucu yaptığı teşhisle ilgili hastayı bilgilendirilmelidir. Bu aydınlatmaya teşhis aydınlatması

²⁰⁴ ÖZDEMİR, Sağlık Hukuku, s.103; UYGUR, s.133; AYAN, s.65.

²⁰⁵ AYAN, s.65; İPEKYÜZ, s.75; UYGUR, s.133.

²⁰⁶ AYAN, s.65.

²⁰⁷ AŞÇIOĞLU, s.80; AYAN, s.65.

²⁰⁸ AŞÇIOĞLU, s.80; AYAN, s.66.

²⁰⁹ İPEKYÜZ, s.76; ÖZDEMİR, Sağlık Hukuku, s.110; UYGUR, s.142.

²¹⁰ AYAN, s.71.

adı verilmektedir²¹¹. Hekim, hastaya teşhis ettiği hastalığın mahiyetini, sebeplerini ve tedavi edilmezse doğabilecek olası sonuçları anlatmalıdır. Hekimin hastayı tedavi konusunda aydınlatmasına ise süreç aydınlatması adı verilmektedir²¹².

Hekim hastayı; hastanın mevcut sağlık durumu ve konulan tanı, önerilen tedavi yönteminin türü, amaçlanan tedavi yönteminin başarı şansı ve süresi, amaçlanan tedavi yönteminin taşıdığı riskler, verilen ilaçların kullanışı ve muhtemel yan etkileri, tedaviyi ret durumunda ortaya çıkabilecek sonuçlar konusunda aydınlatması gerekir^{213 214}.

3.3. Tedavi Borcu

3.3.1. Tedavi Yöntemini Seçme Borcu

Hekim, gerekli adımları uygulayıp teşhisi koyduktan sonra en uygun tedavi yöntemini seçip bunu uygulamakla yükümlüdür²¹⁵. En uygun tedavi yöntemi hastalığın tedavisi için en az risk ve en fazla fayda taşıyan yöntemdir²¹⁶.

TDN m. 6’da hekimin tedavi yöntemini seçerken serbest olduğu hüküm altına alınmıştır²¹⁷. Bir hastalık için birden fazla tedavi yöntemi mevcut ise hekim hastanın biyolojik ve fizyolojik özelliklerini dikkate alarak somut olaya en uygun tedavi yöntemini seçmelidir²¹⁸. Hekim tercih ettiği tedavi yöntemiyle birlikte tedavi için mümkün olan alternatif yöntemleri de hastaya açıklamalı ve buna ilişkin olarak da aydınlatmalıdır²¹⁹. Sadece kendi tercih ettiği tedavi yöntemini hastaya açıklaması durumunda aydınlatmadan bahsetmek mümkün olmayacaktır. Hasta sadece tedavi seçenekleri konusunda değil bu seçeneklerin içerikleri, riskleri ve yararları

²¹¹ AYAN, s.71.

²¹² A.g.e, s.71.

²¹³ HANCI, s.73.

²¹⁴ Yukarıda aydınlatmanın şekli, kapsamı ve kim tarafından yapılması gerektiğine ilişkin ayrıntılı olarak açıklama yapmıştık, bu konulara ilişkin o bölüme atıf yapmakla yetiniyoruz. (Bkz. 2.1.2. Hastanın Rızasının Alınması)

²¹⁵ AYAN, s.66.

²¹⁶ A.g.e., s.66.

²¹⁷ TDN m.6 : “Tabip ve diş tabibi, sanat ve mesleğini icra ederken, hiç bir tesir ve nüfuza kapılmaksızın, vicdanî ve meslekî kanaatine göre hareket eder. Tabip ve diş tabibi, tatbik edeceği tedaviye tâyinde serbesttir.”

²¹⁸ AYAN, s.66.

²¹⁹ Amsterdam Bildirgesi m.2: “ Hastalar, durumları ile ilgili tıbbi gerçekleri, önerilen tıbbi girişimleri ve her bir girişimin potansiyel risk veya yararlarını, önerilen girişimlerin **alternatiflerini**, tedavisiz kalmanın sonucunu, tanı, prognoz ve tedavinin gidişi konularını içerecek şekilde sağlık durumları konusunda tam olarak bilgilenme hakkına sahiptir.”

Hasta Hakları Yönetmeliği(HHY) m. 15f.1-c : “ Diğer tanı ve tedavi seçenekleri ve bu seçeneklerin getireceği fayda ve riskler ile hastanın sağlığı üzerindeki muhtemel etkileri,... hususlarında bilgi verilir.”

konusunda da ayrıca bilgilendirilmelidir²²⁰. Doktrinde tedavi hatalarının iki ana sebebinden ilkinin hekimin özen yükümlülüğüne aykırılık davranması sonucu ortaya çıktığı, ikincisinin hekimin takdir hakkının savunulamayacak şekilde aşılması olduğu savunulmaktadır²²¹.

Her ne kadar hekimin, tedavi yöntemi olarak en az riski ve en fazla faydayı sağlayan geleneksel bir yöntem seçmekle yükümlü olduğu kabul edilse de tıp biliminin sürekli gelişen yapısı gereği bu kurala istisnalar getirilebilir²²². Her gün yeni bir tedavi yöntemi veya yeni ilaçlar üretilmekte ve deneme amaçlı tedaviler uygulanmaktadır. Bugün için yeterince tanınmamış bir yöntem yarın geleneksel bir yöntem haline gelebilecektir. Aydınlatma kapsamında deneme amaçlı tedavi yöntemlerinin de hastaya açıklanması gerekip gerekmediği somut olaya göre değerlendirilmelidir²²³. Hastalığa ilişkin bütün tedavi yöntemlerinin denendiği ve sonuç elde edilemediği veya hastalığın tedavisinin var olmadığı durumlarda bu hastalığa ilişkin deneme amaçlı tedaviler veya ilaçlar mevcutsa hekim bu konuda hastayı bilgilendirmelidir^{224 225}. Fakat söz konusu yöntem henüz deneme amaçlı ise ve tedavi özelliği kanıtlanmamışsa hastaya bu durum açık ve ayrıntılı bir şekilde anlatılmalıdır²²⁶. Bu durumda hekimin aydınlatma borcunun daha geniş olduğu kabul edilmelidir.

3.3.2. Seçilen Tedavi Yöntemini Uygulama Borcu

Hekim, hastalığa ilişkin olarak en uygun tedavi yöntemini seçip hastayı bu konuda aydınlattıktan sonra hastalığın önlenmesi için her türlü tedbiri almakla ve tedaviyi uygulamakla yükümlüdür. Hekim gerekli tedbirleri alırken ve tedaviyi uygularken tıp biliminin verilerine

²²⁰ TACİR, s.29; ERMAN, s.114.

²²¹ Erwin DEUTSCH, Özellikle Deneysel Tıp Açısından Hekimin Sorumluluğu, İrfan Yazman (çev.), AÜHFD, C: XXXVI, (1979), s.174.

²²² AYAN, s.66.

²²³ TACİR, s.29.

²²⁴ A.g.e., s.29.

²²⁵ TDN. M.10: “ Araştırma yapmakta olan tabip ve dış tabibi, bulduğu teşhis ve tedavi usulünü, yeter derecede tecrübe ederek faydalı olduğuna veya zararlı neticeler tevhit etmeyeceğine kanaat getirmediğçe, tatbik veya tavsiye edemez. Ancak, yeter derecede tecrübe edilmemiş olan yeni bir keşfin tatbikatı sırasında alınacak tedbirler hakkında ilgililerin dikkatini celp etmek ve henüz tecrübe safhasında olduğunu ilâve etmek şartı ile, bu keşif tavsiye edebilir.”

HHY. M.27: “ Klinik veya laboratuvar muayeneleri sonucunda bilinen klasik tedavi metotlarının hastaya fayda vermeyeceğinin sabit olması ve daha evvel deney hayvanları üzerinde kâfi derecede tecrübe edilmek suretiyle faydalı tesirlerinin anlaşılması ve hastanın rızasının bulunması şartları birlikte mevcut olduğunda, bilinen klasik tedavi metotları yerine başka bir tedavi usulü uygulanabilir. Ayrıca, bilinen klasik tedavi metodu dışındaki bir metodun uygulanabilmesi için, hastaya faydalı olacağının ve bu tedavinin bilinen klasik tedavi usullerinden daha elverişsiz sonuç vermeyeceğinin muhtemel olması da şarttır.Evvelce tecrübe edilmemiş bir tıbbi tedavi ve müdahale usulü, ancak zarar vermeyeceğinin ve hastayı kurtaracağının mutlak olarak öngörülmesi halinde yapılabilir.”

²²⁶ TACİR, s.29.

uygun olarak hareket etmelidir. Hekim, her zaman olduğu gibi tedaviyi uygularken de özen yükümlülüğüne uygun hareket etmelidir²²⁷.

Hekimin uyguladığı tedavi sonucunun mutlak başarı elde etmesi zorunlu değildir. Somut olaya göre kendinden beklenen her türlü özeni gösteren, seçtiğı tedavi yöntemini tıp biliminin verilerine göre uygulayan hekim buna rağmen olumsuz olan sonuçtan dolayı sorumlu tutulamaz²²⁸.

Hekimlik sözleşmesinin bir parçası olan güven ilişkisi sebebiyle kural olarak hekim tedaviyi bizzat kendisi uygulamalıdır²²⁹. Ancak bazı durumlarda hekim yardımcı şahıs kullanabileceğı gibi tedavinin yürütülmesini bir başkasına da bırakabilecektir²³⁰.

3.3.2.1. Yardımcı şahıs kullanma

TBK m.83'te sözleşme ilişkisinde borcun şahsen yerine getirilmesi zorunluluğunun olmadığı düzenlenmiştir. Buna göre alacaklının menfaati olmadıkça borçlu, borcunu şahsen ifa etmekle yükümlü değildir. Genel kural bu olmakla beraber bazı sözleşmeler açısından şahsen ifa etme zorunluluğu söz konusudur. Borçlar Kanunu'nda düzenlenen iş görme sözleşmeleri bu niteliktedir²³¹. Bir iş görme sözleşmesi olan vekâlet sözleşmesinin kanun hükümlerinde bu kuralın istisnaları düzenlenmiştir. Vekil kural olarak vekâlet borcunu bizzat ifa etmekle yükümlü olsa da, vekile yetki verildiğı hallerde, teamül gereğince veya durumun zorunlu kıldığı hallerde işi başkasına yaptırabilir.

Hekim, hekimlik sözleşmesinden doğan borcunu yerine getirirken kural olarak tedaviyi bizzat kendisi yapmalıdır. Bununla beraber asli edim yükümlülükleri olan teşhis ve tedavi yöntemi seçmeyi bizzat kendisi yaparken tedaviye ilişkin birtakım işleri yardımcı şahıslara bırakabilir²³². Hastaya iğne yapılması, serum takılması, ameliyata hazırlanması, kan alınması, kan verilmesi, ameliyathanenin hazırlanması gibi işler hekim tarafından şahsen ifası zorunlu olmayan, yardımcı şahıslar tarafından yapılması uygun olan işlemlerdendir²³³. Hemşireler,

²²⁷ İPEKYÜZ, s.94.

²²⁸ AYAN, s.67.

²²⁹ SARIAL, s.50.

²³⁰ A.g.e., s.54.

²³¹ UYGUR, s.138.

²³² AYAN, s.67; UYGUR, s.139.

²³³ AYAN, s.67.

röntgen teknisyenleri, hasta bakıcılar, laborantlar vb. sağlık çalışanları bu işleri yapmakla yükümlü olan yardımcı şahıslardır.

Hekim tedavi faaliyetini yürütürken kullandığı yardımcı şahısların eylemlerinden TBK m.116 uyarınca sorumlu olacaktır. Sorumluluğun doğması için yardımcı şahsın kusurlu olması aranmamakla birlikte zararlar yardımcı şahsın eylemi arasında illiyet bağının olması gerekir.²³⁴ Hekim yardımcı şahsı seçmede, talimat vermede ve denetiminde hiçbir kusuru olmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulamayacaktır²³⁵. Hekim, ancak yardımcı şahsın eyleminin kendisi için dahi kusurlu sayılmayacağını ispatlarsa sorumluluktan kurtulabilir²³⁶. Bu durumda hasta, genel haksız fiil hükümlerine dayanarak uğradığı zararı yardımcı şahıstan talep edebilir.

Yardımcı şahsın sözleşmeye aykırı hareketi aynı zamanda bir haksız fiil teşkil ediyorsa TBK m.66 uyarınca da hekime sorumluluk yöneltilebilecektir²³⁷. Böyle bir durum söz konusu olduğunda TBK 116. ile 66. maddesi yarışacaktır²³⁸. Hekimin TBK. m.66 açısından sorumlu olabilmesi için öncelikle yardımcı şahısla aralarında istihdam ilişkisinin olması gerekir. Hekim ile hemşire ve hasta bakıcılar arasında böyle ilişkinin var olduğu kabul edilir²³⁹. İkinci olarak yardımcı şahsın vermiş olduğu zarar hizmetin ifası sırasında gerçekleşmiş olmalıdır. Hekimin TBK m.66 sorumluluğu için yardımcı kişinin kusurlu olması aranmaz. Hekim yardımcı kişinin seçimi ve denetimi konusunda gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse sorumluluktan kurtulur. Somut olayda birden çok sorumluluk sebebi mevcutsa TBK m.60 gereğince zarar gören hasta aksini talep etmedikçe zarar görene en iyi giderim imkânını sağlayan sorumluluk sebebine göre karar verilecektir.

3.3.2.2. Hekimin Kendisi Yerine Başkasını Koyması

Hekim bazı hallerde kendisi yerine bir başkasını koyar²⁴⁰. Hekim denetimi ve gözetimi altında olmaksızın sözleşmeden doğan tedavi borcunu bir başka hekime aktarır. Bu duruma ikame adı verilmektedir²⁴¹.

²³⁴ AYAN, s.68; BELGESAY, s.139.

²³⁵ AYAN, s.68; BELGESAY, s.78.

²³⁶ AYAN, s.68; İPEKYÜZ, s.96.

²³⁷ AYAN, s.68.

²³⁸ Ümit GEZDER, Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu Karşısında Hastane ve Hekimin Hukuki Durumu (TBK m.66), *Tıp Hukuku Dergisi*, Yıl : 5 Sayı: 9 (Nisan 2016) , s.58.

²³⁹ AYAN, s.68.

²⁴⁰ AYAN, s.69; İPEKYÜZ, s.97.

²⁴¹ AYAN, s.69.

Hekimin kendisi yerine başkasını koymasını iki şekilde karşımıza çıkar. Birincisi ikame hekimlik ikincisi ise alt hekimlik sözleşmesi (alt vekâlet) yapılmasıdır²⁴². İkame hekimlikte hasta ile birinci hekim yerine geçen hekim arasında yeni bir sözleşme kurulmuş olur. Aksi kararlaştırılmadıkça birinci hekim de hastaya karşı sorumlu olur²⁴³. Alt hekimlik sözleşmesinde ise asıl hekim ile alt hekim arasında bir sözleşme kurulmuş olur. Hasta bu sözleşmeye taraf değildir. Hasta ile asıl hekim arasındaki sözleşme devam eder²⁴⁴.

İkame hekimin sorumluluğu, ikamenin caiz olup olmamasına göre belirlenecektir. TBK m. 506'da vekilin yetkilendirildiği veya durumun zorunlu kıldığı ya da teamülün mümkün kıldığı hallerde vekil işi başkasına yaptırabilecektir. Buna göre öncelikle ikameye ilişkin olarak hasta hekime yetki vermişse caiz bir ikameden söz edilebilecektir. İkinci olarak durumun zorunlu kıldığı hallerde hekim yerine bir başkasını koyabilecektir. Hasta için tedavinin ertelenmesinin ciddi zarar doğuracağı durumlarda bu zorunluluk kabul edilir. Örneğin; ameliyat sırasında aniden rahatsızlanan hekim yerine bir başka hekimi ikame edebilecektir. Tedavi ertelenebilir bir halde ise ve hasta bundan zarar görmeyecekse o zaman caiz bir ikameden söz edilemeyecektir. Üçüncü hal ise teamülün hekimin yetkili kılmasıdır. Örneğin; dâhiliye uzmanının cerrahi müdahale gerektiren durumda bir cerraha başvurması, tatile giden hekimin yerine hastalar için başka bir hekimi bırakması gibi²⁴⁵. Bu hallerde asıl hekimin sorumluluğu yerine geçecek ikame hekimi seçme ve ona talimat vermede özenli hareket etmesiyle sınırlı olacaktır²⁴⁶.

İkamenin caiz olması için gereken bu üç şarttan biri mevcut değilse o zaman caiz olmayan ikameden söz edilecektir. Böyle bir durum söz konusu olduğunda hekim sanki o fiili kendisi yapmış gibi daha ağır bir şekilde sorumlu olacaktır²⁴⁷.

Caiz olan veya olmayan alt vekâlette ise hasta birinci hekime karşı ileri sürebileceği hakları ikinci hekime karşı da ileri sürebilecektir²⁴⁸.

²⁴² Mehmet DEMİR, Hekimin Sözleşmeden Doğan Hukuki Sorumluluğu, *AÜHFD*, C: 57 S:2,s.39.

²⁴³ AYAN, s.69.

²⁴⁴ DEMİR, Makale, s.239.

²⁴⁵ AYAN, s.70; SARIAL, s.53; YAVUZ, s.655.

²⁴⁶ DEMİR, Makale, s.240; SARIAL, s.52; AYAN, s.69.

²⁴⁷ DEMİR, Makale, s.240; AYAN, s.69.

²⁴⁸ AYAN, s.69.

3.4. Sadakat ve Özen Borcu

Hekimlik sözleşmesi vekâlet sözleşmesi niteliğinde bir iş görme sözleşmesi olduğundan hekim ile hasta arasındaki ilişki sadakat ve güven ilişkisi üzerine kurulmuştur²⁴⁹. Sadakat ve özen borcu kanunda düzenlenen bütün iş görme sözleşmelerinde var olan bir borçtur²⁵⁰. Hekim hastanın menfaatine ve iradesine uygun davranmakla yükümlüdür. Sözleşmenin niteliği gereği hekim hastanın menfaatini kendi menfaatinden üstün tutmalıdır²⁵¹. TBK m.506 f.2’de hekimin sadakat ve özen borcu düzenlenmiştir. Buna göre hekim işi yani tedaviyi ifa ederken hastanın menfaatini gözeterek işi sadakat ve özenle yürütmekle yükümlüdür. Hekim meslek etik kuralları gereğince de sadakat ve özen göstermekle yükümlüdür.

3.4.1. Sadakat Borcu

Sadakat borcu, vekilin, vekâletin icrası sırasında ve/veya vekâlet sona erdikten sonra, kendisine karşı duyulan güvene uygun olarak vekâlet verenin menfaatlerine uygun hareket etmesidir²⁵². Hekimin sadakat borcu hastayı sağlığına kavuşturmak için gerekli her şeyi yapmayı bununla birlikte ona zarar verecek davranışlardan da kaçınmayı ifade eder. Kısaca hastasının menfaatlerini kendi menfaatlerinden üstün tutmasıdır²⁵³.

Bu borç, başkası yerine iş gören kişinin yetkisini kötüye kullanmasını önleme amacı gütmektedir²⁵⁴. Bu sebeple hekim hasta aleyhine sonuç doğuracak her türlü işlemten uzak durmak zorundadır. Hekimin parasal çıkarları ön planda tutup, gerekli olmadığı halde tedaviyi uzatması veya hastaya yanlış bilgi vermesi sadakat borcunu ihlal anlamına gelecektir²⁵⁵. Hekimin sadakat borcu tedavi sona erse dahi devam eder. Vekâletin ücretli olup olmaması sadakat borcunun devamına etki etmez²⁵⁶.

Doktrinde bazı yazarlarsa hekimin bilgilendirme borcu ve sır saklama yükümlülüğünün sadakat borcunun kapsamında olduğunu kabul etmektedir²⁵⁷. Bilgilendirme borcunu aydınlatma borcu

²⁴⁹ ZEYTİN, s.110; İPEKYÜZ, s.101.

²⁵⁰ EREN, s.733.

²⁵¹ İPEKYÜZ, s.101.

²⁵² YAVUZ, s.660; EREN, s.733.

²⁵³ AYAN, s.87; İPEKYÜZ, s.102.

²⁵⁴ EREN, s.733.

²⁵⁵ ÖZAY, s.66; İPEKYÜZ, s.103; KICALIOĞLU, s.70.

²⁵⁶ YAVUZ, s.660.

²⁵⁷ AYAN, s.87; İPEKYÜZ, s.103.

kapsamında yukarıda ele almıştık. Sır saklama yükümlülüğünü ise ayrı bir başlıkta açıklayacağız.

Vekâlet sözleşmesi bağlamında sadakat borcu; vekilin vekâlet verenin menfaatlerini sözleşmenin amacı çerçevesinde koruyacağı ve vekâlet verenin menfaatine göre hareket edeceğini ifade eder.²⁵⁸ Vekâlet sözleşmesinin güven temeline dayanması sebebiyle vekil kendi kişisel menfaatlerini ön plana almamalıdır. Vekâlet sonucunu elde etmek için gerekli olan her şeyi yapmalı ve vekâlet vereni zarara uğratacak her şeyden kaçınmalıdır.²⁵⁹

Sadakat kelimesi bağlılık anlamına gelmesinden hareketle, vekilin vekâlet verenin yararına hareket etmesi de bu borç kapsamında değerlendirilebilir.²⁶⁰ Sadakat borcunun kapsamına bilgilendirme yükümlülüğünü de ekleyen görüşler mevcuttur.²⁶¹ Vekilin sır saklama yükümlülüğü de sadakat borcu kapsamında değerlendirilmektedir.

Sadakat borcu sözleşme görüşmeleriyle birlikte başlar ve vekâlet ilişkisi sona ermesinden sonra da devam eder.²⁶² Sadakat borcunun ihlali vekâlet veren açısından güven ilişkisini zedeleyici bir eylem olduğundan bunun sonucunda meydana gelen zararının tazminini isteyebilecektir.

Hekim sadakat borcu gereği, hastanın menfaatlerini dikkate alarak tıbbi müdahaleyi gerçekleştirmeli ve tedavi süresince öğrenmiş olduğu bütün bilgileri sır olarak saklamalıdır.

3.4.2. Özen Borcu

Özen borcu, hekimin edim sonucunu başarılı bir şekilde elde edebilmek için hayat tecrübesine ve işlerin normal akışına göre davranışlarda bulunarak ve bunun aksi davranışlardan kaçınmak anlamına gelmektedir.²⁶³ Vekil diğer borçlarını ifa ederken de özen borcuna uygun olarak davranmakla yükümlü olduğundan, özen borcu vekilin diğer borçlarından ayrı bir öneme sahiptir.²⁶⁴ Özen kavramı hem sözleşme ihlalinin hem de kusurun tespitinde önem taşır.²⁶⁵

²⁵⁸ GÜMÜŞ, s.147; YAVUZ, s.660 ; EREN, s.733 ; ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s.619.

²⁵⁹ GÜMÜŞ, s.147.

²⁶⁰ YAVUZ, s.660.

²⁶¹ YAVUZ, s.660; GÜMÜŞ, s.148.

²⁶² GÜMÜŞ, s.148.

²⁶³ Ahmet TOK, Sabiha GÜN TOK, Vekâlet Sözleşmesinde Vekilin Özen Borcu, *İstanbul Barosu Dergisi*, Cilt: 90, Sayı: 5 (Eylül 2016), s.24.

²⁶⁴ TOK, TOK, s.17.

²⁶⁵ GÜMÜŞ, s.152.

Hekim, hastasının tedavisini gerçekleştirirken özenli hareket etmekle yükümlüdür²⁶⁶. özen borcu, diğer borçları bakımından genel nitelik taşır. Hekim diğer borçlarını yerine getirirken de özenli hareket etmekle yükümlüdür²⁶⁷. Hekimin özen derecesinin ne olduğuna ilişkin açık bir düzenleme olmamakla birlikte TBK m.506 f.2 hükmünde hekimin özen borcunu ihlal edip etmediği belirlenirken benzer alanda faaliyet gösteren kişinin yani bir başka hekimin göstermesi gereken davranışın esas alınacağı hüküm altına alınmıştır²⁶⁸. Hekimin göstereceği özen önceki kanun döneminde (818 Sayılı eBK) objektif ve sübjektif kıstasa göre belirleniyordu²⁶⁹. TBK’da ise hekimin özen borcu benzer alanda iş veya hizmet üstlenen bir vekilin göstermesi gereken davranış esas alınarak belirlenecektir. Özen derecesi belirlenirken vekilin mesleki ve uzmanlık bilgisi ve deneyimleri göz önünde tutulacaktır²⁷⁰.

Özen borcu yalnızca mesleğin teknik kurallarıyla sınırlı olmayıp tıp sanatını uygun duruma getiren tüm hukuk ve deontoloji kurallarının uygulanmasını da kapsamaktadır²⁷¹. Hekimin kendi yeteneklerini aştığını düşündüğü bir tedavi için hastayı başka bir doktora yönlendirmesi gerekliliği özen borcunun bir sonucudur. Yargıtay, hekimin tedavi borcunu yerine getirirken en küçük ayrıntısına kadar dahi olsa özen borcunu da yerine getirmesi gerektiği görüşündedir²⁷².

Hekim bütün bilinen yöntemleri uygulayıp, somut olayın gerekli kıldığı bütün özeni göstermesine karşın tedavi sonucunu elde edememesinden dolayı sorumlu olmayacaktır²⁷³. Tıbbi müdahale esnasında hastanın karnında gazlı bez unutulması, acemice yapılan iğne sebebiyle felce sebep olmak, aşırı dozda ilaç verilmesi vb. işlemler hekimin özen borcuna aykırılığına verilebilecek örneklerdir²⁷⁴.

²⁶⁶ AYAN, s.88.

²⁶⁷ A.g.e., s.88.

²⁶⁸ 818 Sayılı Borçlar Kanunu’nda (eBK) vekilin sorumluluğunun sınırını belirleyecek TBK m.506/2 gibi açık bir hüküm yoktu. Vekilin sorumluluğu belirlenirken eBK m.309f.1 hükmüyle işçinin sorumluluk hükümlerine gidilmesi öngörülmüştü. Buna göre sorumluluk belirlenirken sübjektif ve objektif olmak üzere iki kıstas öngörülmüştü. Objektif kıstas; sözleşmeye uygun olarak görülecek işin çeşidini, güçlüğü, gerektirdiği öğrenim ve bilgi derecesini göz önünde tutarken sübjektif kıstas vekilin bilgi derecesini, yeteneklerini ve diğer niteliklerini hesaba katmaktadır.(Konuyla ilgili ayrıntılı açıklamalar için bkz. YAVUZ, s.652 ; AYAN, s.88-89 ; YILMAZ, s.78-79)

²⁶⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. YAVUZ, s.652-653.

²⁷⁰ EREN, s.731.

²⁷¹ AŞÇIOĞLU, s.48.

²⁷² Yargıtay 13. HD. 2005/3645 E. 2005/11796 K. 08.07.2005 T. ; Yargıtay 13. HD. 2003/6060 E. 2003/10174 K. 16.09.2003 T

²⁷³ ÖZAY, s.68.

²⁷⁴ A.g.e., s.68.

Hekimin sorumluluğu belirlenirken somut olayın şartları göz önünde bulundurulacaktır. Hekim sorumluluktan kurtulmak için başka bir hekimin de aynı durum ve şartlar altında aynı özeni göstereceğini ispatlamalıdır.

Hekim iş görürken sonucu elde edememesinden değil, bu sonucu elde edebilmek için yaptığı faaliyetin özenle görülmemesinden sorumludur.²⁷⁵ Vekilin özen borcunun ihlalden sorumlu olabilmesi için bu ihlalden bir zarar doğması ve zararlar ihlal arasında illiyet bağının bulunması gerekir.²⁷⁶ Vekâlet veren özen borcunun ihlal edildiğini, vekil ise kusursuz olduğunu ispat etmekle yükümlüdür.²⁷⁷

Hekim de hem meslek kuralları gereği hem de sözleşme gereği işini ifa ederken özen borcuna uygun hareket etmelidir.²⁷⁸ ²⁷⁹ Hekimin mesleği ifa ederken özenle davranması hastalık iyileşmeye dahi bu amaçla her türlü bilgiyi ve tekniği özenle uygulamaktan ibarettir. ²⁸⁰

3.5. Kayda Geçirme ve Sır Saklama Borcu

3.5.1. Kayda Geçirme Borcu

Hekim tedaviye ilişkin bilgileri kayda geçirmek ve bu kayıtları saklamakla yükümlüdür. Tıbbi kayıtlar; hekim ya da diğer sağlık personelinin bizzat veya hasta vasıtasıyla elde ettiği verilerin tümünü ifade eder²⁸¹. Bu kayıtlar; anamnez, teşhise ilişkin tetkik ve bulgular, rıza ve aydınlatma formları, tedavi seçimi, tedavi süreci, tıbbi müdahaleye ilişkin belgeler, ameliyat protokolü, hastanın şikâyetleri ve izlem raporları, tıbbi müdahale sonrası durum, ilaç tedavisinin içeriği ve dozu ve taburcu bilgilerinden oluşur²⁸². Bu kayıtların tutulması tedavi sürecinin sağlıklı

²⁷⁵ YAVUZ, s.653.

²⁷⁶ EREN, s.732.

²⁷⁷ EREN, s.732; YAVUZ, s.655.

²⁷⁸ Yargıtay 13. H.D. 2015/29603 E. 2016/11286K. 25.4.2016 T : “Doktorlar, hastalarının zarar görmemesi için yalnız mesleki değil, genel hayat tecrübelerine göre herkese yüklenebilecek dikkat ve özeni göstermek zorundadır. Doktor, tıbbi çalışmalarda bulunurken, bazı mesleki şartları yerine getirmek, hastanın durumuna değer vermek, tıp biliminin kurallarını gözetip uygulamak, tedaviyi her türlü tedbirlerini alarak yapmak zorundadır. Doktor, özen yükümlülüğü kapsamında en ufak bir tereddüt gösteren durumlarda, bu tereddütü ortadan kaldıracak araştırmalar yapmak ve bu arada koruyucu tedbirler almakla yükümlüdür. Çeşitli tedavi yöntemleri arasında seçim yaparken, hastanın ve hastalığın özellikleri göz önünde tutulmalı, onu risk altına sokacak tutum ve davranışlardan kaçınılmalı ve en emin yolu tercih etmelidir.”

²⁷⁹ Hekimin özen yükümlülüğünün ihlaline örnekler için bkz. GÜMÜŞ, s.161- 162.

²⁸⁰ Hamdi Tamer İNAL, Sağlık Hukukunda Vekâletin Gereği Gibi İfası, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt: 11, Sayı: 119, (Temmuz 2016), s.124.

²⁸¹ Zarife ŞENOCAK, Özel Hukukta Tıbbi Kayıtların Tutulmasından Sorumluluk (s.662-631), *Ankara Barosu III. Sağlık Hukuku Kurultayı*, Ankara: Ankara Barosu Yayınları, 2011, s.621.

²⁸² AYAN, s.95; İPEKYÜZ, s.108; ÖZDEMİR, Sağlık Hukuku, s.147; ŞENOCAK, s.624; KICALIOĞLI, s.123.

yürütülmesi açısından hekime yol gösterecek ve ileride ortaya çıkması muhtemel anlaşmazlıkları ispat konusunda hekime yardımcı olacaktır²⁸³. Aynı zamanda daha sonra hastada ortaya çıkabilecek benzer ya da farklı hastalıkların tedavisi için de kolaylık sağlayacaktır²⁸⁴.

Hekimin kayda geçirme borcunun hukuksal dayanağı TBK m.508 vekilin müvekkille hesap verme yükümlülüğünü düzenleyen maddedir. Bununla birlikte hekimin kayıt tutma yükümlülüğüne ilişkin birçok hüküm mevcuttur. Örneğin; TŞTİDK m.72'e göre; "Hekim Sağlık Bakanlığı tarafından düzenlenen, yerel sağlık yöneticilerince onanmış, hastaların ad ve kimliklerini kayıt için basılan bir protokol defteri tutmak zorundadırlar." Bunun dışında HHY 16. ve 17. maddelerde²⁸⁵, Özel Hastaneler Tüzüğü m.29'da²⁸⁶, Özel Hastaneler Yönetmeliği m.48'de²⁸⁷ kayıt tutma yükümlülüğü düzenlenmiştir.

Kayıt tutma yükümlülüğü hem mesleki hem de sözleşme kaynaklı bir yükümlülüktür. Hekim ister kamuda ister özel ya da tüzel nitelikli bir sağlık kurumunda çalışsın, her zaman kayıt tutma yükümlülüğüne sahiptir²⁸⁸. Serbest çalışan hekimin de sözleşmeden kaynaklı olarak kayıt tutma yükümlülüğü vardır²⁸⁹. Hekim tıbbi kayıtların saklanması için de gerekli önlemleri almalıdır. Hekimi çalıştıran kamu ya da özel kuruluşların da kayıt tutma yükümlülükleri mevcuttur. Bu kayıtların ne şekilde tutulacağına ilişkin mevzuatımızda çeşitli yönetmeliklerle

²⁸³ AYAN, s.95; ŞENOCAK, s.623.

²⁸⁴ Pervin SOMER, Tıbbi Kayıtlar (s.526-553) , *Ankara Barosu III. Sağlık Hukuku Kurultayı*, Ankara: Ankara Barosu Yayınları, 2011, s.527.

²⁸⁵ Kayıtları İnceleme madde 16- "Hasta, sağlık durumu ile ilgili bilgiler bulunan dosyayı ve kayıtları, doğrudan veya vekili veya kanuni temsilcisi vasıtası ile inceleyebilir ve bir suretini alabilir. Bu kayıtlar, sadece hastanın tedavisi ile doğrudan ilgili olanlar tarafından görülebilir."

Kayıtların Düzeltmesini İsteme madde 17- "Hasta; sağlık kurum ve kuruluşları nezdinde bulunan kayıtlarında eksik, belirsiz ve hatalı tıbbi ve şahsi bilgilerin tamamlanmasını, açıklanmasını, düzeltilmesini ve nihai sağlık durumu ve şahsi durumuna uygun hale getirilmesini isteyebilir. Bu hak, hastanın sağlık durumu ile ilgili raporlara itiraz ve aynı veya başka kurum ve kuruluşlarda sağlık durumu hakkında yeni rapor düzenlenmesini isteme haklarını da kapsar."

²⁸⁶ Hasta Dosyaları Ve İç Hizmet Yönergesi madde 29 – "Özel hastanelerde yatan hastaların kimliğini, doğum yerini, adresini, yattığı ve çıktığı tarih, hastalığının tanısını ve çıkıştaki durumunu yazmak için bir protokol defteri ile derece kağıdı, tabelası, filmleri, laboratuvar raporları vb. hastanın izlenmesi ile ilgili belgeleri içeren bir dosya tutulur..."

²⁸⁷ Tıbbî kayıt madde 48- "Özel hastanelere başvuran her hasta için hasta dosyası düzenlenir. Hasta dosyasına hastanın tedavisiyle ilgili bütün müşahadeler ve yapılan muayene, tahlil ve tetkik sonuçları ile tedavi ve günlük değişiklikler yazılır.(Değişik fıkra:RG-22/3/2017-30015) Hasta dosyası içerisinde, asgarî olarak aşağıdaki belgelerin bulunması şarttır:a) Hasta kabul kâğıdı, b) Tıbbî müşahade ve muayene kâğıdı, c) Hasta tabelası, ç) Hemşire gözlem kâğıdı, d) Röntgen ve laboratuvar istek kâğıdı ve tetkik raporları, e) Ameliyat kâğıdı, f) Hastanın muayene istek formu, g) Çıkış özeti, ğ) Uygulanacak tedavinin kabul edildiğine dair olan ve 1/8/1998 tarihli ve 23420 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Hasta Hakları Yönetmeliğinin ilgili maddesi uyarınca alınmış rızayı gösteren muvafakat formu."

²⁸⁸ SOMER, s.528.

²⁸⁹ UYGUR, s.242.

düzenlenmiştir²⁹⁰. Hastaneler, ilgili mevzuatlar uyarınca kayıt tutma ve kayıtların saklanması için gerekli önlemleri almakla yükümlüdürler. Serbest çalışan hekim de yine aynı şekilde tıbbi kayıtların saklanması için gerekli önlemleri almalıdır.

Tedavi faaliyeti süresince saklanan kayıtların tedavi bittikten sonra ne olacağı bir problem olarak karşımıza çıkmaktadır²⁹¹. Doktrinde bu belgelerin mülkiyetinin hastaya mı yoksa hekime mi ait olduğuna ilişkin tartışmalar mevcuttur. Hasta tarafından hekime verilen belgelerin mülkiyeti tedavi bittikten sonra da hastada kalmaya devam eder²⁹². Bu sebeple hekim kendisine hasta tarafından teslim edilen belgeleri tedavi sonrası iade etmekle yükümlüdür. Bu yükümlülük TBK m.508 f.1’de düzenlenen vekilin alınanları geri verme yükümlülüğünün bir sonucudur.

Tedavi faaliyeti sırasında hekim tarafından düzenlenmiş olan belgelerin mülkiyeti ise hekime aittir²⁹³. Hastanın bu belgeleri görme ve mülkiyetin devrini isteme hakkının olup olmadığı da tartışmalıdır. Bir görüşe göre hekim bu belgeleri hastaya vermekle yükümlü tutulmamalıdır. Çoğu zaman bu belgeler sübjektif nitelikli bilgi ve değerlendirmeler taşımaktadır. Bu sebeple hekim bu belgeleri hastaya göstermekten ve geri vermekten kaçınabilir²⁹⁴. İkinci görüş ise bütün belgelerin hastaya geri verilmesini savunmaktadır. Bu tam geri verme yükümlülüğünün hesap verme ve sır saklama yükümlülüğünün sonucu olduğu iddia edilmektedir²⁹⁵. Üçüncü görüşe göre hastanın çıkarının üstünlük taşıdığı belgeler (röntgen filmi gibi) hastaya geri verilmeli, hasta ve hekimin çıkarının eşit değerinde olduğu belgeler için ise hastaya sadece bir görme hakkı tanınmalıdır²⁹⁶. Doktrinde Türk Hukuku açısından üçüncü görüşün daha uygun olduğu savunulmuştur²⁹⁷. Hastaya sadece görme hakkının tanınacağı belgeler için hasta masrafı üstlenmek kaydıyla bu belgelerden örnek alabilecektir^{298 299}. Kaldı ki günümüzde röntgen, MR

²⁹⁰ Radyoloji, Radyom Ve Elektrikle Tedavi ve Diğer Fizyoterapi Müesseseleri Hakkında Nizamname m.5 ; “ Röntgen ve radyom ve elektrikle tedavi müesseselerinde buraya kabul edilen hastaları kayda mahsus ve Sıhhat ve İhtimai Muavenet Vekâletince hazırlanan örneklere uygun protokol defterleri tutulması mecburidir.”

Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanun m.10 f.1 : “Sağlık ocakları ve evleri her türlü koruyucu hekimlik hizmetleri, hastaların muayene ve tedavisi ile, sağlık ocağına kayıtlı şahısların sağlık sicillerini tutmakla mükelleftir.”

Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. SOMER, s.530-536.

²⁹¹ AYAN, s.95.

²⁹² ÖZDEMİR, Sağlık Hukuku, s.148.

²⁹³ AYAN, s.96; YILMAZ, s.90; ÖZAY, s.72.

²⁹⁴ AYAN, s.96.

²⁹⁵ A.g.e., s.96.

²⁹⁶ AYAN, s.96-97.

²⁹⁷ AYAN, s.97; ÖZDEMİR, Sağlık Hukuku, s.149.

²⁹⁸ ÖZAY, s.73.

²⁹⁹ Türk Tabipler Birliği Kanunu m.31: “Hasta dosyalarındaki bilgilerin geniş bir özeti ile bilgi ve belgelerin örnekleri, isteği durumunda hastaya verilir. Hekim, yasal zorunluluk olmadıkça, bu bilgileri başkasına veremez.

gibi görüntülemeler ve kan tahlilleri belgeleri çoğu zaman hastada kalmakta, gelişen teknolojiyle beraber kayıtların çoğu dijital ortamlarda tutulmakta ve buradan erişim sağlanmaktadır.

3.5.2. Sır Saklama Borcu

Hekim, tedavi süresince edindiği hastaya ait bilgileri ve sırları gizli tutarak üçüncü şahıslara açıklamamakla yükümlüdür³⁰⁰. Hekimin sır saklama borcu çok eskilerden beri kabul edilmiş, Hipokrat Yemini'nde de yer almıştır³⁰¹. Sır saklama borcu Borçlar Kanunu'nunda açık olarak düzenlenmemekle birlikte vekilin sadakat borcunun bir parçası olduğu kabul edilir³⁰². Aynı zamanda kişilik haklarının korunmasını amaçladığından Anayasa m.17 ve TMK m.24'ün doğal neticesidir³⁰³.

Hekimin sır saklama borcunu ihlali hem sözleşmeye aykırılıktan kaynaklanan sorumluluğunu, hem de haksız fiil ve cezai sorumluluğunu gerektirecektir. Sır saklama borcu hekimlik sözleşmesi uyarınca bir yükümlülük olduğundan, hekimin bu borcu ihlali sorumluluğunu doğuracaktır. Bu durumda zarar gören hasta uğradığı maddi ve manevi zararın tazminini talep edebilecektir³⁰⁴. Hastaya ait olan bilgilerin ve sırların açıklanması kişilik haklarına saldırı niteliği taşıdığından haksız fiil sorumluluğu da oluşabilecektir. Somut olayda birden çok sorumluluk sebebi mevcut olduğunda TBK m.60 gereğince zarar gören hasta aksini talep etmedikçe zarar görene en iyi giderim imkânını sağlayan sorumluluk sebebine göre karar verilecektir. Son olarak cezai anlamda TCK m.136'da verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçu düzenlenmiştir. Hastanın kişisel verilerini hukuka aykırı olarak bir başkasına veren, yayan veya ele geçiren hekim bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacaktır. Bu şekilde sır saklama yükümlülüğünü ihlal eden hekim bu madde uyarınca sorumlu olacaktır³⁰⁵.

TDN m.4'de, Hasta Hakları Yönetmeliği m.5'de ve m.20'de, Hekimlik Meslek Etiği Kuralları m.9'da vb. birçok düzenlemede hekimin mesleği sebebiyle öğrendiği sırları kanuni mecburiyet

Hekim, hastanın kimlik bilgilerini saklı tutmak koşuluyla, bu bilgileri dosya üzerinden yapacağı araştırmalarda kullanabilir.”

³⁰⁰ BELGESAY, s.116.

³⁰¹ BELGESAY, s.146; Zafer ZEYTİN, Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü (s.77-82) , *Türkiye Klinikleri J Med Ethics*, Sayı:14 (2006), s.77.

³⁰² AYAN, s.98.

³⁰³ AYAN, s.98; Yusuf BÜYÜKAY, Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü, *Atatürk Üniversitesi Erzinan Hukuk Fakültesi Dergisi*, S.1-2 (2004) , s.384.

³⁰⁴ BÜYÜKAY, s.383.

³⁰⁵ HAKERİ, s.1098.

olmadıkça ifşa edemeyeceği hüküm altına alınmış ve hekimin sır saklama yükümlülüğü vurgulanmıştır.

Sır saklama yükümlülüğü kapsamında nelerin sır olarak nitelendirildiği tartışmalı bir konudur. Genel anlamda sır; varlığı veya bazı yönleri açığa vurulmak istenmeyen, gizli tutulan şeydir³⁰⁶. Sır saklama yükümlülüğü anlamında sır; gizli tutulmasında hastanın menfaati bulunan her şeydir³⁰⁷. Bu menfaat maddi veya manevi bir zararın önlenmesi şeklinde ortaya çıkabilir³⁰⁸. Neyin sır olup neyin olmadığı belirlenirken somut olaya göre değerlendirme yapmak doğru olacaktır³⁰⁹. Bir şeyin açıklanmasında bir hastanın menfaati zarar görebilecekken diğer hastada bu söz konusu olmayabilir. Bu sebeple somut değerlendirme yapılması gerekir. Bir şeyin üçüncü bir kişi tarafından bilinmesi ya da tahmin edilmesi onun sır niteliğini ortadan kaldırmayacaktır. Ancak herkesçe bilinen ve herkes tarafından kolayca algılanabilecek bir olgu sır saklama borcu kapsamına girmeyecektir³¹⁰. Herkesçe bilinmesine karşın hekimden özellikle bunu saklaması istenmişse bunu saklamak hekimin yükümlülüğünde olacaktır³¹¹.

Hekim tedavi süresince birtakım yardımcı şahıslardan yardım almakta veya bilgisine danışmaktadır. Bu kişiler de işleri gereği hastalara ait kayıtları görmektedirler. Bu sebeple hekimle birlikte asistan hekimler, hemşireler, hasta bakıcılar, idari memurlar, bilgisine danışılan diğer hekimler de sır saklama yükümlülüğü altındadırlar³¹².

Hastaya ait sır kapsamındaki bilgilerin açıklanmasının hekimin sorumluluğunu doğurması için herkes tarafından öğrenilmesi zorunlu olmayıp, tek bir kişi tarafından dahi öğrenilmiş olması yeterlidir³¹³.

Hekimin sır saklama borcu kural olarak bütün üçüncü şahıslara karşı geçerlidir³¹⁴. Ancak zorunlu hallerde hasta yakınlarına bu hususlar açıklanabilir. Aynı şekilde hekim hastaya uyguladığı tedaviyi bilimsel amaçlı olarak yayınlaması gerekiyor ise hastaya ait kişisel bilgiler anonimleştirilmelidir. Aksi halde hekim sorumlu olacaktır.

³⁰⁶ TDK, www.tdk.gov.tr (E.T : 21.01.2019)

³⁰⁷ AYAN, s.98.

³⁰⁸ AYAN, s.98.

³⁰⁹ AYAN, s.98; BÜYÜKAY, s.387; Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR, Tıbbi Kayıtlarda Sır Saklama Yükümlülüğü (s.554- 75), *Ankara Barosu III. Sağlık Hukuku Kurultayı*, Ankara: Ankara Barosu Yayınları, 2011, s.565.

³¹⁰ AYAN, s.98; BÜYÜKAY, s.386.

³¹¹ BÜYÜKAY, s.386.

³¹² BELGESAY, s.145.

³¹³ AÇŞIOĞLU, s.47.

³¹⁴ AYAN, s.99.

Bazı durumlarda hekimin bu sırları ifşa etmesi hukuka aykırılık teşkil etmemektedir³¹⁵. Hekimler kendilerine başvuran hastaların suç işlediğine şahit olursa bunu yetkili kişilere bildirmekle yükümlüdür. Yine aynı şekilde kendisine başvuran hastanın bir suçtan dolayı kurban olduğunun farkına varırsa bunu da ihbar etmekle yükümlüdür³¹⁶.

Hekimin hastasını ilgilendiren bir olay için bilirkişi olarak kendisine başvurulduğu halde rapor yazarken hastasının sırlarını açıklamış olması sır saklama yükümlülüğüne aykırılık oluşturmaz³¹⁷. Diğer bir istisna bazı hastalıkların teşhisi halinde mevcuttur. 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu m.57 ve devamına dayanarak hekimlerin bazı bulaşıcı hastalıkları teşhis ettiklerinde 24 saat içinde yetkili kişilere ihbar etmeleri gerekir. Bu hastalıklar kolera, veba, karahumma, çiçek, kızıl, çocuk felci, frengi vb. gibi hastalıklardır. Bunların ihbarı hekimin sır saklama yükümlülüğünün ihlali anlamına gelmez.

Haklı sebeplerin bulunduğu bazı hallerde de sırların açıklanması yükümlülüğün ihlali anlamına gelmez. Örneğin; hekim kendisine dava açıldığı durumda kendini savunma amacıyla hastanın sırlarını açıklayabilir³¹⁸. Hastanın rızasının varlığı halinde de hekim hastaya ait sırları açıklayabilir. Bu rıza açık veya örtülü olarak verilebilir.

Hekim gerek ceza gerek hukuk davalarında tanıklıktan çekilebilir. Ceza Muhakemesi Kanunu m.46 ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu m.249 gereği tanıklıktan çekilebilecektir. Eğer tanıklıktan çekinmeyip tanıklık yaparsa sır saklama yükümlülüğünü ihlal etmiş olacaktır³¹⁹. Hasta hekimin tanıklık yapması konusunda muvafakat vermişse hekim tanıklık yapabilecektir³²⁰.

Hekimin ve yardımcı kişilerin sır saklama yükümlülükleri tedavi süresince olduğu gibi tedavi bittikten sonra da devam etmektedir. Hatta hastanın ölümünden sonra da bu yükümlülük devam eder³²¹.

³¹⁵ BÜYÜKAY, s.388.

³¹⁶ BELGESAY, s.148.

³¹⁷ BELGESAY, s.148; BÜYÜKAY, s.388.

³¹⁸ AYAN, s.99; BÜYÜKAY, s.390; BELGESAY, s.151.

³¹⁹ ZEYTİN, Yükümlülük, s.81; AŞÇIOĞLU, s.48.

³²⁰ BÜYÜKAY, s.394.

³²¹ AYAN, s.100.

4. HEKİMİN SÖZLEŞME İLİŞKİSİNDEN DOĞAN BORÇLARI

Hekim görevini ifa ederken her zaman mesleğinin ona yüklediği borç ve yükümlülükleri yerine getirmelidir. Yukarıda açıkladığımız mesleki borç ve yükümlülükler dışında hekime, hasta ile arasında kurulan sözleşmenin türüne göre başkaca borçlar da yüklenmektedir.

Hekim ile hasta arasındaki ilişkisinin niteliğine ilişkin doktrinde üç görüş ortaya atılan görüşleri önceki bölümlerde açıklamıştık³²². Bu görüşlerden hizmet sözleşmesi ve sui generis sözleşme görüşü doktrinde çok savunulmamıştır. Ayrıca konumuz olan estetik müdahaleler açısından hizmet sözleşmesi ve sui generis sözleşmesi görüşleri ilgili olmadığından dolayı bu görüşlere ilişkin olarak hekimin borçlarını açıklamayı gerek görmemekteyiz.

Estetik müdahaleler açısından durumun özelliklerine göre vekâlet ve eser sözleşmesi görüşleri yoğun olduğundan dolayı bu sözleşmeler açısından da hekimin borçlarını inceleyeceğiz. Hekimin genel borçlarıyla benzer nitelikte olan sözleşmeden kaynaklanan borçlarından şahsen ifa borcu, özen ve sadakat borcununa ilişkin ayrıca bir açıklama yapmamış olmakla birlikte genel borçlarda açıkladığımız hususlar sözleşmeden kaynaklanan aynı borçlar için de geçerlidir.

4.1. Estetik Müdahalenin Vekâlet Sözleşmesi Niteliği Taşıdığı Halde Hekimin Borçları

4.1.1. Vekâletin Sınırları İçinde İş Görme Borcu

TBK m.502 f.1’de düzenlediği üzere, vekilin asli borcu kendisine bırakılan iş veya hizmeti sözleşmeye uygun olarak görmektir³²³. Vekil üstlendiği işi müvekkilin haklı menfaatine ve sözleşmeye uygun olarak yerine getirmek ve bunu yaparken de müvekkilin talimatıyla bağlı kalmakla yükümlüdür³²⁴.

³²² Bölüm 2, başlık 1 ve başlık 2.

³²³ Mustafa Alper GÜMÜŞ, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt II.*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012, s.140.

³²⁴ EREN, s.721.

Vekâletin kapsamı TBK m.504 f.1 gereği sözleşmeye göre belirlenir. Sözleşmede açık bir hükmün olmadığı hallerde ise görülecek işin niteliğine göre vekâletin kapsamı belirlenecektir. Vekâletin kapsamı belirlenirken vekâlet verenin beklediği sonuç göz önünde tutulur³²⁵.

Hekim de aynı şekilde hastanın verdiği vekâlet kapsamında, özen ve sadakat yükümlülüklerine bağlı kalarak iş görme borcunu gerçekleştirmekle yükümlüdür³²⁶. Hekimin vekaletin sınırlarını aşması halinde vekaletsiz iş görme söz konusu olacaktır ve hekimin sorumluluğu bu hükümlere göre belirlenecektir³²⁷.

4.1.2. Vekâlet Veren Talimatlarına Uyma Borcu

TBK m.505'e göre vekil vekâlet verenin açık talimatlarına uymakla yükümlüdür. Talimat; vekâlet verenin vekile, üstlendiği işin nasıl ve ne şekilde yapılacağına ilişkin olarak verdiği tek taraflı bir irade beyanıdır³²⁸. Vekâlet veren ahlaka aykırı talimatlar veremez, verir ise vekil bu talimatları uygulamakla yükümlü değildir³²⁹.

Kural olarak vekil vekâlet verenin talimatlarına uymakla yükümlüdür. Vekil, vekâlet verene ulaşma imkânının olmadığı durumlarda, vekâlet veren bilseydi izin vereceği durumlar için talimatlardan ayrılabilir. Aynı şekilde vekil, vekâlet verenin hukuka ve ahlaka aykırı talimatlarına da uymakla yükümlü değildir. Bu haller dışında talimatta aykırı hareket eden vekil sebep olduğu zararı tazmin etmekle yükümlüdür.

Vekâlet verenin talimatına uyma borcu hekim hasta ilişkisi bakımından farklılık göstermektedir. Vekâlet sözleşmesindeki talimata uyma borcu hizmet sözleşmesindeki gibi ağır nitelikte değildir. Bununla beraber vekâlet sözleşmesinde vekâlet veren işin nasıl yürütüleceğine ilişkin olarak talimat vermek zorunda değildir³³⁰. Kaldı ki uzmanlık gerektiren bir vekillik için vekâlet verenin talimat verebileceği alan oldukça sınırlıdır³³¹. Hekim de tıbbi müdahaleyi gerçekleştirirken tıp biliminin verilerine ve tecrübelerine dayanarak hareket edecektir. Hekimin hastanın yönlendirmesi ve talimatlıyla teşhis ve tedavide bulunamaz. Hasta

³²⁵ EREN, s.271.

³²⁶ ÖZAY, s.78.

³²⁷ YAVUZ, s.647.

³²⁸ YAVUZ, s.657.

³²⁹ YAVUZ, s.657.

³³⁰ ÖZAY, s.82.

³³¹ YAVUZ, s.657.

ancak hekim tarafından kendisine sunulan tedavi seçeneklerinden birinin uygulanması veya uygulanmaması konusunda hekime talimat verebilir.

4.1.3. Hesap Verme Borcu

Vekil, vekâlet veren adına yürüttüğü işin hesabını vermekle yükümlüdür. Vekilin hesap verme borcu işi başkası adına görmesinin doğal sonucudur³³². Hesap verme borcunun geniş anlamıyla genel bilgi verme yükümlülüğü olduğu kabul edilir³³³. Vekâlet verenin işin başlayıp başlamadığını, hangi aşamada olduğu veya sonuçlandırılıp sonuçlandırılmadığını bilmeye ihtiyacı vardır³³⁴.

Hesap verme borcu vekâlet verenin talebiyle muacceliyet kazanır. Her ne kadar kanunda vekâlet verenin talebiyle denilmişse de vekil istediği zaman vekâlet vereni görülen işle ilgili bilgilendirebilir. Hesap verme borcu sadece hukuki işlemlere ilişkin olarak vekâletlerde söz konusu olduğu gibi maddi fiil vekâletinde de söz konusudur. Hekimlik sözleşmesi de maddi fiil niteliğinde olan vekâlet sözleşmesidir. Hekim gerçekleştirdiği tedaviye ilişkin olarak hangi aşamada olduğu, sonucun ne olduğu vb. durumlarla ilgili hastaya hesap vermekle yükümlüdür. Vekil hesap verme borcunu yerine getirdiğini ispat etmekle yükümlü olduğundan dolayı aynı zamanda yaptığı işlemlere ilişkin belgeleri saklama veya defter tutma yükümlülüğünü de haizdir³³⁵.

Hesap verme borcunun kaynağı özen gösterme borcudur. Asli borca ulaşmaya hizmet etmesi ve bağımsız bir dava ile asli borçtan ayrı olarak talep edilebilmesi sebebiyle bağımsız bir yan edim yükümlülüğüdür³³⁶.

4.1.4. Aldıklarını Geri Verme Borcu

TBK m.508 f.1 gereği vekâlet veren vekâletle ilgili olarak aldığı şeyleri vekâlet verene vermekle yükümlüdür. Verme borcu vekâlet sona erdikten sonra talep edilebileceği gibi vekâlet devam ederken de talep edilebilir niteliktedir.

Vekil sadece vekâlet ilişkisi kurulurken kendisine verilenleri iade etme yükümlülüğü altında olmayıp aynı zamanda vekâlet süresince üçüncü kişilerden elde ettiği şeyleri ve vekâlet veren

³³² YAVUZ, s.662; GÜMÜŞ, s.169.

³³³ YAVUZ, s.662.

³³⁴ ÖZAY, s.83.

³³⁵ GÜMÜŞ, s.169.

³³⁶ GÜMÜŞ, s. 169; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s.626.

tarafından meydana getirilen şeyleri de iade etmekle yükümlüdür³³⁷. Vekâletin görülmesi sırasında kullanılan, vekâlet veren tarafından verilen alet ve araçların da iadesi gerekir.

Hekim hasta tarafından kendisine verilen belgeleri tedavi sonra hastaya geri vermekle yükümlüdür. Tedavi süresince elde edilen belgelerin mülkiyetinin kime ait olduğu tartışmalı bir konudur. Buna ilişkin açıklamaları yukarıda yapmıştık³³⁸.

4.2. Estetik Müdahalenin Eser Sözleşmesi Niteliği Taşıdığı Halde Hekimin Borçları

4.2.1. Eser Meydana Getirme Borcu

Eser sözleşmesinde yüklenicinin ana borçlarından biri eser meydana getirme borcudur³³⁹. Yüklenicinin sadece eser meydana getirmiş olması onun bu borcunu ifa ettiği anlamına gelmez. Borcun ifasından söz edebilmek için eserin sözleşmede kararlaştırılan şekilde meydana getirilmesi gerekir³⁴⁰. TBK m.470'de eser meydana getirme borcu açıkça hüküm altına alınmıştır.

Eser kavramının kapsamına nelerin gireceği konusu doktrinde tartışmalıdır. Eser kavramının kapsamına maddi varlığı olan şeylerin girdiği konusunda doktrin hemfikirdir³⁴¹. Maddi varlığı olan eserlere; taşınır veya taşınmaz bir şeyin yapılması, bir binanın inşası, bir köprü yapımı, ayakkabı yapımı vb. örnek verilebilir. Bu maddi eserler insan eliyle meydana gelebileceği gibi makine yardımıyla da yapılabilir³⁴². Buna karşın, maddi varlığı olmayan iş görme sonuçlarının eser sayılıp sayılmayacağı hususu tartışmalıdır. Öğretideki hâkim görüşe göre hem maddi hem de maddi olmayan iş görme sonuçları eser kavramının kapsamını oluşturmaktadır³⁴³. Maddi olmayan iş görme sonuçlarına bilimsel eserler, sanatsal eserler, mimarlık projesi, film çekilmesi

³³⁷ GÜMÜŞ, s.167.

³³⁸ Bkz. Bölüm 2, Başlık 3.5.1. Kayda Geçirme Borcu.

³³⁹ Canan RUHİ, Ahmet Cemal RUHİ, *Eser Sözleşmesi ve Eser Sözleşmesinden Kaynaklanan Davalar*, Ankara: Seçkin, 2018, s.32.

³⁴⁰ Zarife ŞENOCAK, *Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı*, Ankara: Turhan Kitabevi, 2002, s.12.

³⁴¹ ŞENOCAK, *Eser Sözleşmesi*, s.13.

³⁴² EREN, s.589.

³⁴³ GÜMÜŞ, s.5; YAVUZ, s.534; ŞENOCAK, *Eser Sözleşmesi*, s.17.

vb. örnek gösterilebilir. Bu görüşe göre objektif olarak tespiti mümkün olan belirli bir maddi veya maddi olmayan eserin meydana getirilmesi eser sözleşmesinin konusunu oluşturacaktır³⁴⁴.

Meydana getirme kavramı sadece yeni bir eserin sıfırdan yaratılmasını değil mevcut bir eserin değiştirilmesini, onarımını, montajını, imha edilmesi ve bakımını da kapsamaktadır³⁴⁵. Örneğin; bir elbisenin tamiri³⁴⁶, bir binanın restorasyonu, arabanın modifiye edilmesi ve benzeri işler³⁴⁷.

İnsan vücudunun maddi bir mal olarak kabul edilmesi pek mümkün olmasa da estetik ameliyatlar sonuçlarının eser olduğu Yargıtay tarafından kabul edilmektedir³⁴⁸. Diş hekiminin yapmış olduğu protez işlemleri de aynı şekilde eser olarak kabul edilmektedir³⁴⁹. Bu sebeple estetik müdahaleler açısından hekimin eseri meydana getirme borcu söz konusudur.

4.2.2. Eseri Teslim Borcu

Eseri teslim borcu TBK’da açıkça düzenlenmemekle birlikte TBK m.473 f.1, m.474 f.1, m.478, m.479 f.1 ve m.483 f.1’de teslimden bahsedilmiştir. Bu sebeple bu borcun yasa koyucu tarafından örtülü olarak kabul edildiğini söyleyebiliriz³⁵⁰.

Eser sözleşmesinin amacı yüklenicinin eseri meydana getirmesinden çok, iş sahibinin meydana getirilen eser üzerinde hâkimiyet sağlamasıdır³⁵¹. Buradan hareketle yüklenicinin eseri teslim borcunun eseri meydana getirme borcunu tamamlayıcı nitelikte bir asli edim yükümü olduğu söylenebilir³⁵².

Teslim, tamamlanmış eserin iş sahibine ifa amacıyla fiilen sunulup, onun hâkimiyet alanına sokulmasını ifade eder³⁵³. Meydana getirilen eser taşınmaz ise teslimden önce tescil işlemi yapılması gerekir. Taşınır ise zilyetliğin devri ile teslim borcu yerine getirilmiş olur³⁵⁴.

³⁴⁴ YAVUZ, s.534; EREN, s.589.

³⁴⁵ ŞENOCAK, Eser Sözleşmesi, s.14; GÜMÜŞ, s.4.

³⁴⁶ YAVUZ, s.535.

³⁴⁷ GÜMÜŞ, s.4.

³⁴⁸ Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 05.04.1993 T. 1993/131 Esas E. 1993/2741 K.

³⁴⁹ Yargıtay 3. Hukuk Dairesi 2015/19891 E. 2016/13962 K. 6.12.2016, Yargıtay 15. Hukuk Dairesi 2006/4800 E. 2007/5945 K. 3.10.2007.

³⁵⁰ ZEVKLİLER/ GÖKYAYLA, s.486.

³⁵¹ ŞENOCAK, Eser Sözleşmesi, s.26.

³⁵² ŞENOCAK, Eser Sözleşmesi, s.26.

³⁵³ EREN, s.621; ZEVKLİLER, GÖKYAYLA, s.622.

³⁵⁴ EREN, s.623.

Hekim açısından teslim borcu söz konusu olamayacaktır. Estetik ameliyat açısından zaten işlem iş sahibinin vücudu üzerinde yapıldığı için ayrıca bir teslim ya da mülkiyetin geçirilmesi söz konusu olmayacaktır. Diş protezi açısından ise eğer söz konusu protez hastanın haricen kullanabileceği bir protez ise teslim borcundan söz edebiliriz. Fakat diş hekimi tarafından hastaya takılması gereken ve çıkarılamayacak nitelikte bir protez ise burada da teslim borcundan söz edilemeyecektir.

4.2.3. Araç, Gereç ve Malzeme Sağlama Borcu

TBK m.471 f.4 uyarınca aksi yönde bir adet veya anlaşma olmadıkça yüklenici, eserin meydana getirilmesi için kullanılacak araç ve gereçleri kendisi sağlamalıdır. Eserin meydana getirilmesinde kullanılacak araç ve gereçler, eseri oluşturmak için doğrudan ya da dolaylı olarak kullanılacak araç ve gereçleri ifade eder³⁵⁵. Araç ve gereçleri iş sahibi temin edecekse eğer yüklenicinin bunları özenle kullanması gerekir³⁵⁶. Araç ve gereç temin etme yükümlülüğü teamül ya da anlaşma gereği yüklenicinin üzerinde ise yüklenici işin yapılması için elverişli olan araç ve gereci seçmekle yükümlüdür³⁵⁷.

Malzeme ise eserin bütününe dahil olan ve sürekli olarak onun içinde kalacak maddeleri ifade eder³⁵⁸. Kanunda malzemeleri kimin temin edeceği açık bir şekilde hüküm altına alınmamıştır. Doktrinde buna ilişkin çeşitli yorumlar mevcuttur³⁵⁹. Hâkim görüşe göre iş sahibi malzemeyi sağlamakla yükümlüdür.

Malzemelerin iş sahibi tarafından sağlanması durumunda yüklenici malzemeleri özenle kullanmakla yükümlüdür. Eseri meydana getirdikten sonra artan malzemeleri iş sahibine vermekle yükümlüdür. Malzeme yüklenici tarafından sağlanıyorsa eğer yüklenici eserin kullanım amacına uygun malzeme seçme yükümlülüğü altındadır³⁶⁰.

Estetik müdahaleler açısından teamül gereği araç ve gereçler hekim tarafından sağlanır. Hekim tıbbi müdahalenin mahiyetine göre uygun araç ve gereci temin etmekle yükümlüdür. Estetik müdahalelerde malzeme temin yükümlülüğü de hekime aittir. Tüm bunların aksi kararlaştırılabilir.

³⁵⁵ ŞENOCAK, Eser Sözleşmesi, s.23; GÜMÜŞ, s.15; EREN, s.615.

³⁵⁶ EREN, s.615.

³⁵⁷ EREN, s.615.

³⁵⁸ ŞENOCAK, Eser Sözleşmesi, s.23.

³⁵⁹ GÜMÜŞ, s.16-20.

³⁶⁰ ŞENOCAK, Eser Sözleşmesi, s.24.

4.2.4. İşe Zamanında Başlama, Devam Etme Borcu

Yüklenici bir sonuç borcu altında olduğundan dolayı, eseri süresinde teslim edebilmesi için eseri meydana getirmeye yönelik işin görülmesine zamanında başlamış ve devam ediyor olması gerekir³⁶¹. Yüklenicinin buna aykırı davranması sonucu iş sahibi sözleşmeden dönebilir ya da işi başkasına yaptırabilir.

Yüklenici sözleşme gereği işe zamanında başlamaz veya iş sahibine yüklenemeyecek bir sebeple işe başlamakta gecikirse ve bu gecikme sebebiyle yüklenicinin işi zamanında bitiremeyeceği anlaşılırsa, iş sahibi teslim gününü beklemeksizin sözleşmeden dönebilir. (TBK m.473 f.1)

Eser meydana getirilirken yüklenicinin kusuru yüzünden eserin ayıplı veya sözleşmeye aykırı olacağı açıkça görülüyorsa iş sahibi, yükleniciye uygun gördüğü bir süre vererek ayıbın giderilmesini aksi halde hasar bedeli ve masrafları kendisine ait olmak üzere işi bir başkasına vereceği konusunda ihtarda bulunabilir. (TBK m.473 f.2)

Eser sözleşmesi niteliği taşıyan estetik müdahaleler genelde acil bir nitelik taşımadığından dolayı hekim ile hasta tarafından birlikte kararlaştırılan bir tarihte gerçekleştirilmektedir. Hekim bu tarihte taahhüt ettiği süre içinde tıbbi müdahaleyi bitirmekle yükümlüdür. Tıbbi müdahale sırasında hekimin hatası dışında tamamen hastanın fizyolojik ya da biyolojik yapısı gereği taahhüt edilen süre aşılsa hekim bu durumdan sorumlu olmayacaktır.

4.2.5. Genel İhbar Borcu

Yüklenici eseri meydana getirirken iş sahibinin sağladığı malzemenin ya da eserin yapılması için gösterdiği yerin ayıplı olduğu anlaşılır veya eserin gereği gibi ya da zamanında meydana getirilmesini tehlikeye düşürecek başka bir durum ortaya çıkarsa yüklenici bu durumu iş sahibine ihbar etmekle yükümlüdür. Aksi halde bundan sorumlu olacaktır. (TBK m.472 f.3) Yüklenicinin genel ihbar yükümlülüğü, sadakat yükümlülüğü kapsamındaki bilgilendirme borcunun bir benzeri olarak karşımıza çıkmaktadır.

Hekim estetik amaçlı tıbbi müdahale öncesinde hastaya yaptığı tahlil veya muayene sonucunda hastanın ameliyat için uygun olmadığını tespit ederse bunu hastaya bildirmekle yükümlüdür³⁶².

³⁶¹ GÜMÜŞ, s.20.

³⁶² ÖZAY, s.94.

Örneğin; hasta ameliyat için gerekli olan miktardaki narkozu almaya uygun olmaması durumunda hekim bunu hastaya bildirmekle yükümlüdür. Aynı şekilde, tıbbi müdahale esnasında eseri meydana getirmesini engelleyen bir durumla karşılaşması halinde müdahalede bulunmayı bırakıp hasta kendine geldikten sonra bunu bildirmelidir. Aksi halde sorumluluğu doğacaktır.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

HEKİMİN SÖZLEŞME SORUMLULUĞU

1. GENEL OLARAK SORUMLULUK

Sorumluluk, hukuka aykırı olarak meydana getirilen zararların üstlenilmesi zorunluluğudur³⁶³. Hukuki anlamda sorumluluk kavramı iki ayrı anlama gelecek şekilde kullanılmaktadır³⁶⁴. Genellikle sorumluluk kavramı borç kavramıyla değerlendirilmekle³⁶⁵ birlikte “..ile sorumluluk” ve “..den sorumluluk” şeklinde iki anlamda kullanılır³⁶⁶. Sorumluluğun bir anlamı borçlunun mal varlığının, borcunun teminatını teşkil ve borcunu ifa etmemesi halinde, borçlunun malvarlığına başvurularak alacağın zorla yerine getirilmesi imkânıdır³⁶⁷. Bu sorumluluğa “... ile sorumluluk” denilmektedir. Borçlunun “bir şeyi ile sorumluluğunu” konu edinir. Bu sorumluluk türü bir yüküm niteliğinde olmayıp alacaklının hakkına ulaşabilmesi için bir mal varlığına el koyabilmesi anlamına gelmektedir. Bu durumda borçlu kural olarak bütün malvarlığı ile sorumludur³⁶⁸.

Sorumluluğun bir diğer anlamı ise, genel davranış kurallarına veya yüklediği bir borca aykırı davranan şahsın, bu davranışı ile verdiği zararı tazmin etme yükümlülüğünü ifade eder³⁶⁹. Burada kişinin zararına karşı bir giderim yükümlülüğü söz konusudur³⁷⁰. Bu tür sorumluluğa “..den sorumluluk” denilmektedir³⁷¹. Bu anlamdaki sorumluluk tazminat borcunun kaynağını

³⁶³ İPEKYÜZ, s.119.

³⁶⁴ Kemal OĞUZMAN, Turgut ÖZ, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2018, s.16 ; Mustafa Reşit KARAHASAN, *Sorumluluk Hukuku: Kusura Dayanan Sözleşme Dışı Sorumluluk, Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk*, İstanbul: Beta Yayıncılık, s.59; Gökhan ANTALYA, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* (MÜHF-HAD) , Cilt: 14, Sayı: 4, (2008), s.63.

³⁶⁵ KICALIOĞLU, s.140.

³⁶⁶ Hakan YALÇIN, Afşin ŞAHİN, Sorumluluk Hukuku ve Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Mesleki Sorumluluk Sigortası: Türkiye Üzerine Bir Uygulama, *Çukurova Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, C.26, S:2, (2017), s.47.

³⁶⁷ OĞUZMAN/ÖZ, s.16; KARAHASAN, Sorumluluk Hukuku,s.60.

³⁶⁸ UYGUR, s.12 ; OĞUZMAN/ÖZ, s.16.

³⁶⁹ OĞUZMAN/ÖZ, s.17.

³⁷⁰ KARAHASAN, Sorumluluk Hukuku, s.59.

³⁷¹ KARAHASAN, Sorumluluk Hukuku, s.59; OĞUZMAN/ÖZ, s.17; UYGUR, s.12.

oluşturur³⁷². Genel davranış kurallarına aykırılık halinde haksız fiil sorumluluğu, borca aykırılık halinde borca aykırı davranıştan sorumluluk (sözleşmeye aykırılık) söz konusu olur³⁷³.

Sorumluluk, sözleşmeden kaynaklanan sorumluluk ve sözleşme dışı sorumluluk şeklinde ikiye ayrılır. Sözleşme dışı sorumluluk da kusur ve kusursuz (sebep sorumluluğu) sorumluluk olarak ikiye ayrılır. Borcun kaynaklarını ise üç gruba ayırabiliriz. Birincisi sözleşmeden doğan borçlar, ikincisi haksız fiilden doğan borçlar, üçüncüsü ise sebepsiz zenginleşmeden doğan borçlardır³⁷⁴.

Sözleşme, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile oluşan hukuki işlemdir³⁷⁵. Sözleşmeler borcun konusu olan hukuki ilişkiye göre isimlendirilir. Örneğin; hizmet sözleşmesi, vekâlet sözleşmesi, eser sözleşmesi gibi.

Sözleşmenin kurulmasıyla birlikte taraflara birtakım yükümlülükler yüklenir. Sözleşmeden kaynaklanan sorumluğun doğması bu yükümlülüklerin ihlali ile ortaya çıkmaktadır. Böyle bir durumda sorumluluktan söz edebilmek için borçlunun yükümlülüğünün kusurlu bir davranışla ihlal edilmesi ve bu ihlalinin bir zarara sebebiyet vermesi gerekir³⁷⁶. Borçlunun sözleşmeden kaynaklanan borcunu ihlali; kötü ifa, hiç ifa etmeme, geç ifa etme vb. sebeplerden kaynaklanabilir.

Sözleşme dışı sorumluluk; kusur sorumluluğu (haksız fiil sorumluluğu), hukuka uygun müdahaleden doğan sorumluluk ve sebep sorumluluğu olmak üzere üçe ayrılır³⁷⁷.

Haksız fiil sorumluluğu mevcut bir hukuki ilişkiyle bağlantısı olmaksızın, hukuka aykırı bir fiil veya davranışla bir kimseye verilen zararın giderilmesini düzenler³⁷⁸. Haksız fiil sorumluluğunda kusur, sorumluluğun temel unsuru olduğu için kusur sorumluluğu olarak adlandırılır³⁷⁹. Haksız fiil sorumluluğunda, sözleşme sorumluluğunda olduğu gibi önceden yüklenen bir borç söz konusu değildir. Kişi hukuka aykırı eylemi sonucu bir zarar ortaya

³⁷² Haluk TANDOĞAN, *Türk Mesuliyet Hukuku*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010, s.3.

³⁷³ OĞUZMAN/ÖZ, s.17.

³⁷⁴ OĞUZMAN/ÖZ, s.35.

³⁷⁵ OĞUZMAN/ÖZ, s.42; Turgut AKINTÜRK, Derya ATEŞ KARAMAN, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri*, 20. Baskı, İstanbul: Beta, 2013, s.21.

³⁷⁶ UYGUR, s.15.

³⁷⁷ Cevdet YAVUZ; Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na Göre "Kusursuz Sorumluluk" Halleri ve İlkeleri(s.29-61), *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (MÜHF-HAD)* Cilt: 14, Sayı:4 (2008), s.30 ; UYGUR, s.16.

³⁷⁸ Haluk NOMER, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 12. Baskı, İstanbul: Beta, 2012, s.108; KICALIOĞLU, s.142; YILMAZ, s.17.

³⁷⁹ UYGUR, s.16; KICALIOĞLU, s.142.

çıkarmışsa ve bu zarar ile kişinin eylemi arasında illiyet bağı kurulabiliyorsa, zarar veren kişi bu zararı tazmin etmekle yükümlüdür³⁸⁰.

Sebep sorumluluğu yani kusursuz sorumlulukta ise sorumluluğun doğması için kusur aranmamakla birlikte kanunun öngördüğü olgunun gerçekleşmiş olması aranır³⁸¹. Burada kişiye, kusur aranmaksızın, kanunen yüklenen gözetim ve objektif özen yükümlülüğünün ihlali veya tehlikeli bir işletmeye sahip olmanın sorumluluğu yüklenmiştir³⁸². Kusursuz sorumluluk hallerine, adam çalıştıranın sorumluluğu, bina ve yapı malikinin sorumluluğu, hayvan tutucusunun sorumluluğu örnek verilebilir³⁸³.

Bir diğer sözleşme dışı sorumluluk çeşidi olan hukuka uygun müdahaleden sorumlulukta (fedakârlığın denkleştirilmesi) sorumluluk sebebi hukuka aykırı davranış veya tehlikeli bir faaliyet değildir³⁸⁴. Bu sorumluluk türünde kanun koyucu çatışan iki hukuki değerden birine ayrıcalık tanımakta ve üstün değer uğruna diğer değeri feda etmektedir³⁸⁵. Zarara uğratan kişinin eylemi hukuka aykırı sayılmamakla birlikte zararı tazmin etmekle yükümlüdür.

2. HEKİMİN HUKUKİ SORUMLULUK KAYNAKLARI

Hekimin sorumluluğuna ilişkin kuralların tarihi çok eski olup ilk çağlara dayanmaktadır³⁸⁶. Eski zamanlardan beri hekimlik mesleği sorumluluğu da beraberinde getirmiştir. Hekim, mesleğini icra ederken kusuru sebebiyle oluşturduğu zararı tazmin etmekle yükümlüdür. Kusurlu davranışı tıbbi müdahale sırasında olabileceği gibi tanı veya tedavi sırasında da meydana gelmiş olabilir.

Hekimin tıbbi müdahalede bulunması hukuki anlamda kişilik haklarına saldırı niteliği taşıdığından kural olarak hukuka aykırıdır. Tıbbi müdahaleyi hukuka uygun kılan ilgilinin rızası ve hakkın kullanılmasıdır³⁸⁷. Tıbbi müdahale gerçekleştirilirken hekim ile hasta arasında bir

³⁸⁰ KICALIOĞLU, s.142.

³⁸¹ UYGUR, s.16.

³⁸² YILMAZ, s.18.

³⁸³ Çağlar ÖZEL, Türk Özel Hukukunda Sözleşme Dışı Sorumluluk Olgularına Genel Bakış, *Hacettepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, Cilt:18, Sayı:2 (2000), s.424.

³⁸⁴ YAVUZ, Kusursuz Sorumluluk, s.33.

³⁸⁵ YAVUZ, Kusursuz Sorumluluk, s.33; NOMER, s.108.

³⁸⁶ İPEKYÜZ, s.121.

³⁸⁷ Mustafa DURAL, Hekimin Sorumluluğu ve Mesleki Sorumluluk Sigortası, (*MÜHF-HAD*), Cilt: 14, Sayı: 4, (2008), s.153.

hukuki ilişki kurulur. Bu hukuki ilişkinin niteliği sözleşme kaynaklı olabileceği gibi sözleşme dışı işlem olarak kabul edilen vekâletsiz iş görmeden de kaynaklanabilmektedir. Rızanın hukuka uygunluk nedeni olarak var olduğu durumlarda hasta ile hekim arasındaki ilişki bir sözleşme ilişkisi olacaktır³⁸⁸. Rızanın var olmadığı hallerde ise vekâletsiz iş görmeden söz edilecektir. Bazı hallerde ise hekimin sorumluluğu haksız fiil sorumluluğunu oluşturur ve zarar tazmini buna göre sağlanır. Hekimin sorumlu olabileceği bir diğer sorumluluk türü ise culpa in contrahendo sorumluluğudur.

Hekim, hasta ile arasındaki ilişkinin hukuki niteliği ne olursa olsun, tıbbi müdahalede bulunurken gerekli özeni göstermekle yükümlüdür. Aksi halde sorumlu olacaktır. Hekim ile hasta arasındaki hukuki ilişkinin niteliği hekimin sorumluluğunun belirlenmesinde büyük önem taşımaktadır. Hekimin sorumluluğu yukarıda da açıklandığı üzere sözleşmeden veya sözleşme dışı sebeplerden kaynaklanabilir. Öncelikle hekimin sözleşmeden kaynaklanan sorumluluğu açıklanıp daha sonra diğer hukuki sorumluluk kaynaklarından olan vekâletsiz iş görme, haksız fiil sorumluluğu ve son olarak culpa in contrahendo sorumluluğu açıklanacaktır.

3. HEKİMİN ESER SÖZLEŞMESİNDEN KAYNAKLANAN SORUMLULUĞU

3.1. Genel Olarak

Hekim ile hasta arasında kurulan hekimlik sözleşmesinin kuruluş şartları genel hükümlere tabidir. Hekimlik sözleşmesinin hukuki niteliğinin genel olarak vekalet sözleşmesi olarak kabul edildiği estetik müdahaleler açısından ise eser sözleşmesi olarak kabul edildiğini açıklamıştık. Hekimin sözleşme sorumluluğu açıklanırken ilk önce eser sözleşmesinden kaynaklanan sorumluluğu açıklanacak daha sonra vekâlet sözleşmesinden kaynaklanan sorumluluğundan bahsedilecektir.

³⁸⁸ DURAL, s.153.

3.2. Sözleşmenin Kurulması

Hekimin sözleşmeden kaynaklanan sorumluluğundan söz edebilmek için öncelikle sözleşme ilişkisinin varlığı gerekir³⁸⁹. Sözleşme tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla kurulur. Sözleşmenin geçerli olarak kurulması için ehliyet, irade ve içerikte anlaşma gerekir³⁹⁰. Zorunlu şekil unsurları içeren sözleşmelerin kurulması için bu unsurların da var olması gerekir.

Ehliyet açısından genel kurallar uygulanır. Tam ve sınırlı ehliyetliler hekimlik sözleşmesini tek başlarına yapabilirler³⁹¹. Sınırlı ehliyetsizler açısından ise iki görüş vardır. Birinci görüşe göre bu sözleşmenin konusu kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olduğu için TMK m.16 f.2 gereğince hekimlik sözleşmesine taraf olabilirler³⁹². Diğer görüş ise TŞSTİDK m.70'de küçüklerin tıbbi müdahalesi için veli veya vasisinin izni gerektiğinden tek başlarına sözleşmeyi kurmaya ehil olmadıkları görüşündedirler. Tam ehliyetsizler tek başlarına herhangi bir hukuki işlem yapamayacaklarından dolayı kanuni temsilcileri tarafından sözleşmenin yapılması gerekecektir³⁹³.

Estetik müdahaleler açısından ehliyet bakacak olursak bedensel rahatsızlığı giderme amacıyla yapılan rekonstrüktif cerrahi işlemler için tedavi unsuru ön planda olduğu için küçüğün sözleşmeyi tek başına kurabileceğinin kabulü gerekir. Fakat yine de tıbbi müdahale öncesinde veli veya vasisinin yazılı rızasının alınması gerekir. Güzelleştirme amaçlı estetik müdahalelerde acil bir durum söz konusu olmadığı takdirde genellikle 18 yaşından küçük kişilere yapılmamaktadır. Zorunlu bir durum olduğu takdirde yine bu işlemler küçüğün veli veya vasisinin yazılı rızasıyla yapılabilir.

Sözleşme serbestisi kuralı hekimlik sözleşmesi için de geçerli olduğundan dolayı hasta istediği hekimi seçmekte serbest olduğu³⁹⁴ gibi hekim de hastanın tedavisini üstlenip üstlenmemekte serbesttir³⁹⁵. Sözleşme, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun açıkladıkları irade beyanlarıyla kurulur.³⁹⁶ İrade beyanı açık veya örtülü olabilir.³⁹⁷ Taraflar sözleşmenin içeriği serbestçe

³⁸⁹ DEMİR, s.231.

³⁹⁰ RUHİ, RUHİ, s.25.

³⁹¹ ÖZDEMİR, Sağlık Hukuku, s.78.

³⁹² A.g.e., s.78.

³⁹³ AYAN, s.58.

³⁹⁴ TDN m.5: “Sağlık müesseselerinde tatbik olunan usul ve kaideler mahfuz olmak üzere, hasta; tabibini ve dış tabibini serbestçe seçer.”

³⁹⁵ TDN m.18: “Tabip ve dış tabibi, acil yardım, resmi veya insani vazifenin ifası halleri hariç olmak üzere, mesleki veya şahsi sebeplerle hastaya bakmayı reddedebilir.”

³⁹⁶ Hüseyin Hatemi /Emre Gökyayla, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 4.Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017, s.31.

³⁹⁷ RUHİ, RUHİ, s.25.

belirleyebilirler. Belirledikleri içerik konusunda anlaşma sağlamaları gerekir. Estetik müdahaleler açısından hekim ile hasta, nereye müdahalenin uygulanacağı, ne şekilde uygulanacağı, nasıl bir görünüm sonucu oluşacağı ve ücret konusunda anlaşmaları gerekir. Estetik müdahaleler ister özel hastanede ister devlet hastanesinde yapılsın ücrete tabidir. Estetik müdahaleleri konu alan eser sözleşmesi herhangi bir şekle tabi değildir. Yazılı olarak yapılma zorunluluğu yoktur. İspat açısından yazılı yapılmasında fayda vardır.

3.3. Sözleşmenin Konusu

Eser sözleşmesi niteliği taşıyan hekimlik sözleşmesinin konusu estetik müdahalenin türüne göre değişiklik göstermektedir. Bedensel rahatsızlığı giderme amaçlı estetik müdahalelerin konusu söz konusu rahatsızlığın fizyolojik olarak giderilmesini ve bazı durumlarda aynı zamanda görünümün de estetik açıdan düzeltilmesidir. Örneğin, yarık dudak (tavşan dudak) rahatsızlığı olan bir hastanın hem bu rahatsızlığından kaynaklanan yemek yemekte zorlanmasını ortadan kaldırmak hem de dudağa hastanın yüz yapısına göre estetik bir görünüm sağlamaktır. Bu tür estetik müdahalelerde hem bedensel hem fiziksel rahatsızlığın düzeltilmesi söz konusu ise eser sözleşmesi niteliğinde olduğu kabul edilmelidir.

Ruhsal nitelikli rahatsızlıkları gidermek amacıyla yapılan estetik müdahaleler ve salt güzelleştirme amacıyla yapılan estetik müdahalelerin aslında aynı amacı taşıdığına yönelik görüşümüzü yukarıda açıklamıştık³⁹⁸. Bu tip estetik müdahaleler için sözleşmenin konusu ise müdahalenin yapılacağı bölgeye estetik açıdan daha güzel bir görüntü sağlamaktır. Hekim bu tip tıbbi müdahalelerde bulunurken hastanın estetik açıdan istekleriyle birlikte tıp biliminin verilerine göre hareket edecektir. Bu tür müdahalelerde hekim eğer bir sonuç taahhüt ediyorsa eser sözleşmesi hükümlerine tabi olacaktır.

³⁹⁸ Bölüm 1, başlık 4.

3.4. Sözleşmesel Yükümlülüklerin İhlalinden Kaynaklanan Sorumluluk

Hekimin sözleşmeden kaynaklanan sorumluluğunun ortaya çıkması için sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerinden birinin veya birkaçının ihlal edilmiş olması gerekir³⁹⁹. Genel anlamda sözleşmenin ihlali, borcu ifa etmeme ve gereği gibi ifa etmeme şeklinde ortaya çıkar⁴⁰⁰.

Eser sözleşmesinde yüklenicinin eser meydana getirme, eseri teslim borcu, eseri şahsen ifa borcu, sadakat ve özen borcu, araç gereç ve malzeme sağlama borcu, işe zamanında başlama ve genel ihbar borcu vardır. Yukarıda bu borçları açıklamıştık⁴⁰¹.

Eser sözleşmesi niteliği taşıyan estetik müdahalelerde hekim için ihlali söz konusu olabilecek borçlar; eseri meydana getirme borcu, eseri şahsen ifa borcu, sadakat ve özen borcu, araç, gereç ve malzeme sağlama borcudur. Eseri teslim borcu, işe zamanında başlama borcu ve genel ihbar borcunun ihlali tıbbi müdahaleler açısından mümkün olmayacaktır. Bu yükümlülüklerin neden estetik müdahaleler açısından uygulama alanı bulamadığını yukarıda açıklamıştık⁴⁰².

3.4.1. Eser Meydana Getirme Borcunun İhlali

Eser sözleşmesinde yüklenicinin eseri meydana getirme borcu asli edimlerindendir. Yüklenicinin sadece eser meydana getirmiş olması ifa için yeterli olmayıp, borcun ifası için eserin sözleşme taraflarınca kararlaştırılan şekilde meydana getirilmesi gerekir⁴⁰³.

Estetik müdahalelerin sonucu bir eser olarak kabul edilmektedir. Hekimin bu borcunu ihlali iki şekilde gerçekleşir. Birincisi hekimin eseri hiç meydana getirmemesi, ikincisi ise eseri sözleşmede kararlaştırılan şeklin dışında meydana getirmesi halidir.

Eseri hiç meydana getirmemesi estetik amaçlı tıbbi müdahaleler açısından pek mümkün olmasa da tek bir ihtimalde karşımıza çıkabilir. Hekim estetik amaçlı tıbbi müdahale sırasında hastanın sağlığına ilişkin bir sakınca görmesi sebebiyle estetik müdahalede bulunmaması yani bir eser meydana getirmemesi söz konusu olabilir. Burada sözleşmenin ihlali gerçekleşmiş olsa da

³⁹⁹ DEMİR, s.232.

⁴⁰⁰ AYAN, s.63.

⁴⁰¹ Başlık: 2.2 vd.

⁴⁰² Başlık: 2.2 vd.

⁴⁰³ ŞENOCAK, Eser Sözleşmesi, s.12.

hekimin sorumluluğu doğmayacaktır. Hekim özen yükümlülüğüne uygun davranarak sağlık açısından sakınca yaratacağı için hastaya müdahale etmemiştir. Burada ortaya çıkabilecek tek sorun hastanın müdahale için vermiş olduğu paraya ilişkindir. Hekiminin hak etmiş olduğu işlemler için parayı tutması fazla kısmını ise iade etmesi en doğrusu olacaktır.

Hekim eseri sözleşmede kararlaştırılan şekli dışında meydana getirmiş olabilir. Bu durumda ayıba karşı sorumluluk hükümleri uygulanacaktır. Bu konu aşağıda ayrıntılı olarak açıklanacaktır.

3.4.2. Eseri Şahsen İfa Borcunun İhlali

Hekim eser sözleşmesi niteliğindeki estetik müdahalelerde eseri şahsen ifa borcu altındadır. Hekimlik sözleşmesi dışında eser sözleşmeleri açısından eseri yapan kişinin kişisel özellikleri sonuç açısından önem taşııyorsa yüklenici eseri kendi gözetiminde bir başkasına yaptırabilecektir. Ancak estetik müdahaleler açısından bu söz konusu değildir. Hekim estetik müdahaleyi bizzat kendisi gerçekleştirmekle yükümlüdür. Estetik müdahaleler tıbbi birikimin yanında el becerisine dayanan ve her hekim tarafından farklı sonuçlar elde etmenin mümkün olduğu tıbbi müdahalelerdir.

Günümüzde plastik cerrahlar kendi internet sitelerinde veya muayene sırasında benzer işlemlerin sonuçlarını hastalarla paylaşmaktadırlar. Hastalar da çoğu zaman bu fotoğraflara bakarak hekimi seçmektedirler. Güzellik ve estetik göreceli bir kavram olduğundan dolayı hasta kendi güzellik ve estetik anlayışına en yakın hekimin seçmek için çabalar. Bu sebeple hasta tarafından estetik müdahaleyi yapmak için seçilen hekimin müdahaleyi bizzat kendisinin yapması gerekir. Hekim tıbbi açıdan çok güvendiği aynı sonuçları elde edebileceğini düşündüğü bir başka hekime veya asistanına dahi tıbbi müdahaleyi yaptırtamaz. Böyle bir durumda ilk hekim hem sözleşmeyi ihlalden hem de müdahaleyi yaptırdığı hekimin kusurundan sorumlu olacaktır. İkinci hekim ise hasta ile arasında bir hukuki ilişki olmadığından dolayı vekâletsiz iş görme hükümlerine göre sorumlu olacaktır.

3.4.3. Sadakat ve Özen Borcunun İhlali

Hekimin sözleşme gereği sadakat borcu vardır. Buna göre hekim estetik müdahale öncesinde, sırasında ve sonrasında hastanın kendisine verdiği belgeleri saklamak, sözleşme süresince öğrendiği sırları üçüncü kişilerle paylaşmamak ve hastanın talimatı onu zarara uğratacaksa onu uyarmakla yükümlüdür.⁴⁰⁴ Hekimin sadakat borcu estetik müdahale sonrasında da devam eder.

Hekim tıbbi müdahale için elde ettiği bilgileri saklamakla yükümlüdür. Hastanın fizyolojisi veya biyolojisi sebebiyle gerçekleşmeyecek estetik müdahale talepleri konusunda hastayı uyarmakla yükümlüdür. Örneğin; hastanın vücudunun kaldıramayacağı büyüklükte bir silikon istemesi halinde hekim onu uyarmakla yükümlüdür. Tıbbi müdahale sonrası gerekli bakım hakkında da hastayı bilgilendirmekle yükümlüdür. Aksi halde sorumlu olacaktır.

Eser sözleşmesinde yüklenici hem sonuç sorumluluğu hem de özen sorumluluğu altındadır. Yüklenici sonuçtan sorumluluğunun yanında işi gerçekleştirirken gerekli özeni göstermemesinden de sorumlu olacaktır⁴⁰⁵. Yüklenici diğer borçlarını yerine getirirken de özen borcuna uygun olarak davranmakla yükümlüdür. Özen borcu eser sözleşmesinin yapıldığı andan başlayıp işin eksiksiz ve ayıpsız tamamlanmasına kadar devam eder⁴⁰⁶. Özen borcunun derecesi belirlenirken TBK m.471 f.2 hükmü gereği benzer alanda iş üstlenen basiretli bir yüklenicinin göstermesi gereken mesleki ve teknik kurallar esas alınır.

3.4.4. Araç, Gereç ve Malzeme Sağlama Borcunun İhlali

Teamül gereği estetik amaçlı tıbbi müdahaleler de dâhil olmak üzere çoğu tıbbi müdahalede araç ve gereçler hekim tarafından sağlanmaktadır. Hekim tıbbi müdahalenin mahiyetine göre uygun araç ve gereci temin etmekle yükümlüdür. Hekim estetik müdahale için kullanılacak araç, gereç ve malzemeleri müdahalenin türüne göre seçmelidir. Malzeme seçiminde hastanın fizyolojik özellikleri de dikkate alınmalıdır. Estetik müdahalelerde genel tıbbi müdahalelerden farklı olarak kullanılabilen malzemeler protez, silikon ve dolgulardır. Bu malzemeler çeşitli türlere sahiptir. Hekim hastanın fizyolojik yapısına en uygun olacak malzemeyi seçmelidir. Seçilen malzemenin ayıplı olmasından dolayı ortaya çıkacak bir zarardan hekim sorumlu olacaktır.

⁴⁰⁴ AVCI, s.6.

⁴⁰⁵ İPEK, s.545.

⁴⁰⁶ RUHİ, RUHİ, s.34.

Silikon takılmasını içeren estetik müdahalelerde söz konusu silikonlar çeşitli özelliklere sahip olup şekil ve yapısal olarak farklılık gösterirler. Tıbbi müdahalede hangi silikonun, ne boyutta kullanılacağına ilişkin olarak hekim hastanın isteklerini dikkate almalıdır. Ancak malzeme seçiminde hekim aynı zamanda hastayı yönlendirmek ve bilgi vermekle yükümlüdür. Hastaya uygun olmayan bir malzeme seçimine ilişkin olarak hekimin hastayı uyarma yükümlülüğü sadakat ve özen borcunun bir gereğidir.

3.5. Hekimin Ayıptan Sorumluluğu

TBK m.474'te iş sahibine eserin tesliminden sonra eseri gözden geçirme ve ayıpları varsa bunu uygun sürede yükleniciye bildirme yükümlülüğü yüklenmiştir. İş sahibinin eserin tesliminde eseri gözden geçirme yükümlülüğü vardır. Bunu ihlal edip eseri kabul etmesi halinde yüklenici her türlü sorumluluktan kurtulur. Hekimlik sözleşmesi açısından eser olarak kabul edilen estetik müdahale sonucundan hastanın memnun kalmamasını eserin ayıplı olması şeklinde ifade etmek doğru olmayacaktır. Burada ancak hekimin kusurundan dolayı sonucun hatalı olduğundan söz edilebilir. Eser diye addedilen şey kişinin vücudunun bir parçası olduğundan tıbbi müdahale sonrası bunun teslimi mümkün olmadığı gibi gözden geçirme yükümlülüğü de mümkün olmayacaktır.

Eser sözleşmesinde yüklenicinin ayıptan sorumluluğunun sonucu olarak iş sahibine tanınan seçimlik haklar sözleşmeden dönme, eseri alıkoyup ayıp oranında indirim isteme ve eserin ücretsiz tamiridir. Eser sözleşmesi niteliğindeki estetik müdahalelerdeki eser kavramı insan bedeni üzerinde olduğu için bu seçimlik haklardan ancak eserin ücretsiz tamiri söz konusu olabilir. Hasta hekimin hatalı tıbbi müdahalesini ücret almadan, düzeltilmesi amacıyla tekrar yapmasını isteyebilir. Uygulamada genelde hastalar dava yoluna gitmeden önce hekime başvurmakta ve hekimler ücretsiz olarak ikinci ameliyatı gerçekleştirmektedirler. İkinci ameliyatı gerçekleştirmek istemeyen bazı hekimler ise ücret iadesi yapmaktadırlar.

3.6. Kusur

Sorumluluk hukuku bakımından kusur, hukuk düzenince hoş görülmeyen kınanan bir davranış biçimini ifade eder⁴⁰⁷. Başka bir ifade ile benzer durum ve şartlar altında bulunan kişilerden beklenen ortalama davranış biçimine uymayan, ondan sapan veya ayrılan davranış biçimi olarak ifade edilir⁴⁰⁸.

Ortalama davranış biçimi belirlenirken objektif ölçü dikkate alınır. Buna göre kusur belirlenirken, “zarar verenin kişisel durumu, bireysel yetenekleri, fizik gücü, mesleki becerileri yerine benzer şartlar altında aynı sosyal grup içinde yaşayan objektif (makul) bir insanın yeteneği, mesleki beceri, fizik ve fikir gücü” esas alınır⁴⁰⁹. Bu objektif kusur teorisidir. Sübjektif kusur teorisine göre ise kusur zarar verendeki irade zayıflığı ve irade eksikliğidir. Sübjektif teoride kusur değerlendirilirken objektif teoriden farklı olarak zarar verenin fiili gerçekleştirirken içinde bulunduğu psikolojik şartları, kişisel durumu, öğrenim durumu ve düzeyi göz önünde bulundurulur⁴¹⁰.

Hekimin sözleşmeden kaynaklanan sorumluluğunun ortaya çıkabilmesi için sözleşmenin ihlal edilmesiyle birlikte bu ihlalin hekimin kusuru sebebiyle oluşması gerekir.

3.6.1. Kusurun Çeşitleri

Sorumluluk hukukunda kusur; kast ve ihmâl olarak ikiye ayrılır. Hekimin sorumluluğu açısından kusurun kast mı yoksa ihmâl mi olduğunun belirlenmesi ceza hukukundaki kadar önem taşımamakla birlikte tazminat miktarının hesaplanması gerekli olacaktır⁴¹¹.

Kast, hukuka aykırı sonucun bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir⁴¹². Zarar veren, fiilin hukuka aykırı olduğu bilinciyle hareket eder⁴¹³. Kast, kusurun en ağır derecesidir. Kast doğrudan ve dolaylı (olası kast, ihmali kast) olmak üzere ikiye ayrılır. Doğrudan kastta zarar veren sonucu doğrudan doğruya ister ve kabul eder⁴¹⁴. Dolaylı kastta ise meydana gelen sonucu

⁴⁰⁷ AYAN, s.100.

⁴⁰⁸ TANDOĞAN, Mesuliyet, s.45; AYAN, s.101; Fikret EREN, *Borçlar Hukuk Genel Hükümler*, Yetkin Yayıncılık, 20. Baskı, Ankara 2016, s.592.

⁴⁰⁹ EREN, Genel Hükümler, s.593.

⁴¹⁰ EREN, Genel Hükümler, s.592.

⁴¹¹ AYAN, Sorumluluk, s.101.

⁴¹² TEKİNAY, s.665; Kemal OĞUZMAN, Turgut ÖZ, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt:2*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017, s.56 ; REİSOĞLU, s.172.

⁴¹³ EREN, Genel Hükümler, s.597.

⁴¹⁴ Mahmut KOCA, İlhan ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin, s.149, 2016; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt:2, s.56.

istememekle birlikte göze alma söz konusudur⁴¹⁵. Hekimin kusurunun kast derecesinde olduğu haller fazla görülmez. Hekimin daha fazla ücret alabilmek için yanlış tedavi uygulayarak tedavi süresini uzatması buna örnek olarak verilebilir⁴¹⁶.

İhmal, zarar verenin, hukuka aykırı sonucu istememesine rağmen böyle bir sonucun meydana gelmemesi için yeterli özeni göstermemesidir⁴¹⁷. Başka bir ifadeyle ihmal, aynı şartlar altındaki kişilerin iş hayatında gösterdikleri gerekli özeninin gösterilmemesi, kısacası özen eksiliğidir⁴¹⁸. Yapılması gereken işi dikkatsiz yapma veya işi yaparken alınması gereken tedbirleri almama şeklinde ortaya çıkabilir⁴¹⁹.

İhmalin derecesini belirlerken dikkate alınan ölçü objektiftir⁴²⁰. Orta seviyede, aklı başında, makul bir insanın somut olayın şartlarına göre göstermesi gereken özene göre değerlendirilir⁴²¹. Sübjektif özellikler göz önünde bulundurulmaz. Objektif ölçüt belirlenirken somut olayın şartları göz önünde bulundurulur. Hekimin ihmalden kaynaklanan sorumluluğu belirlenirken aynı uzmanlık dalında çalışan ortalama bir hekimin davranışlarıyla karşılaştırılır.

Sorumluluk hukukunda ihmal ağır veya hafif olmak üzere ikiye ayrılır. Hekimin ihmalinin ağır veya hafif olması arasında bir fark yoktur. Hekim ağır ihmalden de hafif ihmali de sorumludur. İhmalin ağır veya hafif olması sadece tazminat miktarı belirlenirken önem teşkil edecektir⁴²².

3.6.2. Meslek Kusuru

Meslek kusuru hekimin sorumluluğu konusunda üzerinde çokça durulan bir kavram olmasına karşın henüz yasal bir tanımı yapılmamıştır. Doktrinde meslek kusurunu ihmal ile bir tutanlar olduğu gibi yanlış tedavinin bir parçası sayanlar da vardır⁴²³.

Bir görüşe göre hekimin, tıbbın gerekliliklerine uygun olmayan ve zarar verici bütün davranışları meslek kusuru sayılır⁴²⁴. İkinci görüşe göre meslek kusuru, tıp biliminin bilgi

⁴¹⁵ KOCA/ÜZÜLMEZ, s.149 ; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt:2, s.57.

⁴¹⁶ AYAN, s.102.

⁴¹⁷ AYAN, s.102 ; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt:2, s.57; TEKİNAY, s.494; EREN, Genel Hükümler, s.598
REİSOĞLU, s.172.

⁴¹⁸ AYAN, s.102.

⁴¹⁹ A.g.e., s.102.

⁴²⁰ REİSOĞLU, s.172; EREN, Genel Hükümler, s.599.

⁴²¹ ATABEK/SEZEN, s.148.

⁴²² AYAN, s.103.

⁴²³ A.g.e, s.104.

⁴²⁴ A.g.e, s.104.

seviyesine göre gerekli özenin ihmal edilmesidir. Çoğunlukla kabul edilen bir başka görüşe göre meslek kusuru, tıp ilminin genel olarak tanınan kurallarının kusurlu bir ihlali ifade eder⁴²⁵.

Hukukumuzda meslek kusurunun ihmal kavramı içinde ele alınabileceği yönünde görüşler mevcuttur⁴²⁶. Özel olarak kanunlarımızda böyle bir kusur türü belirlenmemiştir. Hekimin tıp ilminin genel kurallarını kusurlu ihlali sonucu genel kurallar çerçevesinde sorumlu olacaktır.

3.7. Zarar

Hukuka aykırı kusurlu davranış sonucunda bir zarar meydana gelmediği sürece hekimin sorumluluğundan söz edilemeyecektir⁴²⁷. Zarar malvarlığının istenmeden azalması anlamına gelmektedir⁴²⁸. Mal varlığının zarar verici fiil olmasaydı bulunacağı durumla fiil sonrası aldığı durum arasındaki fark zararı oluşturur⁴²⁹. Doktrin ve uygulamada zarar, geniş anlamda ve dar anlamda olmak üzere iki şekilde yorumlanmaktadır⁴³⁰. Geniş anlamda zarar, kişinin mal varlığına ilişkin olan “maddi zarar” ile şahıs varlığına ilişkin olan “manevi zarar”ı ifade eder. Dar anlamda zarar ise sadece maddi zararı kapsamaktadır. Biz zararı geniş anlamıyla hem maddi hem manevi zarar için kullanacağız.

Maddi zarar, fiili zarar ve mahrum kalınan kar olarak ikiye ayrılır. Fiili zarar, malvarlığının zarar görenin iradesi dışında fiilen azalması anlamına gelir⁴³¹. Mahrum kalınan kar ise hayatın normal akışına göre malvarlığında meydana gelebilecek artışların zarar verici fiil sebebiyle kısmen veya tamamen elde edilememesini ifade eder⁴³². Hekimin kusurlu fiili ile hastaya ek tedavi masrafı çıkartması fiili zararı, estetik ameliyat sonucu mankenin yüzünde iz kalması sonucu işlerinde azalma olması mahrum kalınan karı ifade eder⁴³³.

⁴²⁵ A.g.e, s.105.

⁴²⁶ AYAN, s.107; ÖZDEMİR, Sağlık Hukuku, s.178.

⁴²⁷ İPEKYÜZ, s.136.

⁴²⁸ TANDOĞAN, Mesuliyet, s.63.

⁴²⁹ OĞUZMAN/ÖZ, Cilt:2, s.39; KARAHASAN, Sorumluluk, s.175; REİSOĞLU, s.170.

⁴³⁰ TANDOĞAN, Mesuliyet, s.63.

⁴³¹ ÖZDEMİR, Sağlık Hukuku, s.185.

⁴³² A.g.e, s.185.

⁴³³ ÖZAY, s.119.

Tedavi giderleri, çalışma gücünün kaybı, eşinin veya yakınının sağlığının bozulması veya ölmesi sebebiyle destekten yoksun kalma, ölüm nedeniyle meydana gelen giderler, cenaze masrafları maddi zararı oluşturur⁴³⁴.

Manevi zarar, kişinin ruh bütünlüğünü bozacak şekilde şahsiyet haklarına yapılan hukuka aykırı fiil sebebiyle elem ve ıstırap duymasıdır⁴³⁵. Manevi zarar, kişilik değerlerinde oluşan objektif eksilmeyi ifade eder. Duyulan acı, çekilen ıstırap manevi zarar olarak değil onun görüntüsü şeklinde ortaya çıkabilir⁴³⁶. Beden bütünlüğünün ihlali aynı zamanda ruh bütünlüğünün ihlaline de sebep olabilir. Özellikle estetik müdahaleler açısından bu oldukça kabul edilebilirdir. Hekimin hangi durumlarda manevi zararı tazminle yükümlü olduğu kesin sınırlar dâhilinde değildir. Bunun tespiti somut olaya göre hekimin ihlalinin derecesi, türü, sonuçları ve bunun hasta üzerindeki etkisi dikkate alınarak yapılmalıdır⁴³⁷.

3.8. İlliyet bağı

Hekimin sözleşmeden kaynaklanan sorumluluğu için gereken son şart, hekimin kusurlu davranışı ile zarar arasında uygun illiyet bağının bulunmasıdır⁴³⁸. Başka bir deyişle zararın sözleşmenin ihlalinden kaynaklanıyor olması gerekir. Zarar sözleşmenin ihlalinden kaynaklanmıyorsa o zaman hekimin sorumluluğundan bahsedilemeyecektir. Bu durumda uygun olmayan illiyet söz konusu olacaktır.

İlliyet bağının nasıl belirleneceğine ilişkin iki tane teori ortaya atılmıştır. Şart teorisine göre bir olayın varlığı zorunlu bir şekilde o olayı meydana getiren her şartın varlığına bağlıdır⁴³⁹. Başka bir deyişle zaman bakımından sonucun önünde olan her şart o sonucun sebebidir⁴⁴⁰. Bu teoriye göre şartlar arasında bir ayırım yapılmaz, her şart sonucun meydana gelmesi için zorunludur⁴⁴¹. Örneğin; hekim hastaya tıbbi müdahalede bulunuyor ve hasta taburcu sonrası hastaneden çıkarken trafik kazası geçiriyor. Şart teorisine göre hekim tıbbi müdahalede bulunmasaydı, hasta hastaneden çıkarken trafik kazası geçirmeyecekti. Bu teoriye göre olay döngüsünün içine

⁴³⁴ Filiz YAVUZ İPEKYÜZ, Hekimin Tazminat Sorumluluğu, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 20, Sayı: 33 (2015), s.35.

⁴³⁵ ÖZDEMİR, Sağlık Hukuku, s.189; AYAN, s.110; EREN, Genel Hükümler, s.553.

⁴³⁶ Yargıtay 4. HD., E. 2011/9032 K. 2012/3722 T. 08.03.2012 (Lexpera, E.T: 25.02.2019)

⁴³⁷ İPEKYÜZ, Tazminat, s.36.

⁴³⁸ AYAN, s.110.

⁴³⁹ EREN, İlliyet Bağı, s.22; KARAHASAN, Sorumluluk Hukuku, s.186.

⁴⁴⁰ AYAN, Borçlar Hukuku, s.219.

⁴⁴¹ EREN,İlliyet Bağı, s.22; KARAHASAN, Sorumluluk Hukuku, s.186; AYAN, Borçlar Hukuku, s.219.

dâhil olan herkes sorumlu tutulabilir. Şart teorisi sorumluluğu sınırsız olarak genişlettiğinden dolayı doktrinde eleştirilmiştir⁴⁴². Bu teorinin kabulü adil olmayan sonuçları doğuracağından bugün doktrinde ve mahkeme kararlarında bu görüş kabul edilmemektedir⁴⁴³.

Bir diğer teori uygun illiyet bağı teorisidir. Bugün doktrinde hâkim olan bu teoriye göre sadece olayların süregelen akışına ve genel hayat tecrübesine göre somut olayı gerçekleştirmeye elverişli şart ile sonuç arasında illiyet bağı vardır⁴⁴⁴. Böylelikle sorumluluğa bir sınır koyulması amaçlanmıştır⁴⁴⁵. Kişi ancak yaşamın olağan akışı içinde eylemin beklenen sonucu için sorumlu olabilir⁴⁴⁶. Burada önemli olan zarar verenin sonucu öngörebilmesi değil, objektif olarak zarar verenin eyleminin hayatın olağan akışına göre o sonucu meydana getirebilecek olmasıdır⁴⁴⁷.

Bazı olaylarda zarar birden fazla sebep sonucunda meydana gelir. Burada ya sebepler birleşerek zararlı sonucu bir meydana getirmiştir ya da her sebep tek başına zararlı sonucu gerçekleştirmeye yeterlidir.

Birden fazla sebebin zararlı sonucu gerçekleştirmeye elverişli olması halinde ortak illiyet söz konusu olur.⁴⁴⁸ Sebeplerden birinin yokluğu zararlı sonucun doğumunu engeller. Her sebebin tek başına zararlı sonucu gerçekleştirmeye elverişli olmasında yarışan illiyet ve seçimlik illiyet söz konusu olur. Yarışan illiyette sebeplerden her biri tek başına zararlı sonucu meydana getirmeye elverişlidir. Bu durumda failler arasında müteselsil sorumluluk olduğu kabul edilir. Seçimlik illiyette zararlı sonucu sebeplerden sadece biri meydana getirmiştir fakat hangisi olduğu belli değildir. Bu halde sorumluluk somut olaya göre belirlenmelidir.

Hekimin sözleşmeden doğan sorumluluğunun belirlenmesinde hekimin davranışı ile zarar arasındaki illiyet bağı uygun illiyet teorisine göre belirlenecektir. Hastanın zararı hekim ile hemşirenin ortak illiyeti sonucunda gerçekleşmişse eğer hekim sözleşme gereği kendi vermiş olduğu zarardan sorumlu olmasının yanında hemşirenin zararından da yardımcı şahsın sorumluluğu sebebiyle kusuru oranında sorumlu olacaktır.

⁴⁴² AYAN, Borçlar Hukuku, s.219.

⁴⁴³ OĞUZMAN/ÖZ, Cilt:2, s.45.

⁴⁴⁴ AYAN, Borçlar Hukuku, s.219; OĞUZMAN, ÖZ, Cilt:2, s.45.

⁴⁴⁵ KARAHASAN, Sorumluluk, s.187.

⁴⁴⁶ A.g.e., s.187.

⁴⁴⁷ OĞUZMAN/ÖZ, Cilt:2, s.46.

⁴⁴⁸ KARAHASAN, Sorumluluk, s.188; AYAN, Borçlar Hukuku, s.221; OĞUZMAN/ÖZ, s.52.

3.9. İspat yükü

Hasta, hekimin sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüğünün ya da özen yükümlülüğünün ihlali ile bir zarara uğradığını ispat etmekle yükümlüdür. Söz konusu zararın hekimin kusurlu fiili ile meydana geldiğini, yani zarar ile hekimin fiili arasında illiyet bağı olduğunu ispatlamakla yükümlüdür. Hekim ise sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini ihlal etmediğini ve bu yükümlülüklerini özenle yerine getirdiğini ispatlamalıdır. Aynı şekilde hekim kusurlu olmadığını ispat etmekle yükümlüdür. Sözleşme sorumluluğunda ispat yükü daha çok hekimin üzerindedir.

4. HEKİMİN VEKÂLET SÖZLEŞMESİNDEN KAYNAKLANAN SORUMLULUĞU

Hekimin sözleşmeden kaynaklanan sorumluluğunun oluşması için sözleşmenin varlığının gerekli olduğunu açıklamıştık. Hekimin vekâlet sözleşmesinden kaynaklanan bir sorumluluğunun doğması için yine aynı şekilde tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları gerekir. Bahsedilen taraflar yine hekim ve hastadır.

Vekâlet sözleşmesinin kurulması eser sözleşmesinden farklı bir özellik göstermez. Sözleşmenin kurulması için şekil ve ehliyet açısından yaptığımız açıklamalar vekâlet sözleşmesi için de geçerlidir⁴⁴⁹.

4.1. Sözleşmenin Konusu

Hekim ile hasta arasındaki ilişkinin genel anlamda vekâlet sözleşmesi olduğu doktrinde kabul edilmektedir⁴⁵⁰. Estetik amaçlı tıbbi müdahaleler açısından ise doktrinde tartışmalar mevcut olduğunu ve estetik müdahalelerin türlerine göre bir belirleme yapılması gerektiğini açıklamıştık. Buna göre vekâlet sözleşmesi niteliğinde olan estetik müdahalelere ilişkin olarak hekimlik sözleşmesinin konusu, bedensel rahatsızlığı giderme amacı taşıyan rekonstrüktif cerrahi işlemlerdir. Bu işlemler bazen hem bedensel rahatsızlığı giderme hem de güzelleştirme

⁴⁴⁹ Bölüm 3, başlık 3.1 ve 3.2.

⁴⁵⁰ GÜMÜŞ, s.116, s.124.; EREN, s.706.

amacı taşımaktadırlar. Her iki amaç birlikte var olduğunda tıbbi müdahalede hangi amacın ağırlıklı bastığına bakılıp uygulanacak sözleşme ona göre belirlenmelidir. Tek başına bedensel rahatsızlığı giderme yani doğrudan tedavi amacı var ise bu durumda vekâlet sözleşmesinin varlığından söz edilecektir. Örneğin; rekonstrüktif cerrahi işlemlerinden olan el sinir yaralanmaları, baş ve boyun tümörleri, deri ve yumuşak doku tümörleri ve benzeri operasyonlar sadece bedensel rahatsızlığı gidermek için tedavi amacıyla yapılmaktadır⁴⁵¹. Bu tür operasyonların varlığı halinde hekim ile hasta arasında vekâlet sözleşmesine dayanan bir ilişkinin varlığı gerekmektedir.

4.2. Sözleşmesel Yükümlülüklerin İhlalinden Kaynaklanan Sorumluluk

4.2.1. Şahsen İfa Borcunun İhlali

Hekim/vekil borcunu şahsen ifa etmekle yükümlüdür. Vekâlet sözleşmesinin kurulmasında vekilin kişisel özellikleri büyük önem taşır⁴⁵². Bu sebeple vekâlet ilişkisinin temeli güvene dayalı bir ilişki olduğundan vekilin işini şahsen ifa etmesi gerektiğini söyleyebiliriz⁴⁵³.

Kural bu olmakla birlikte hekim tabii ki asli nitelikte olmayan işler için hemşire, hastabakıcı gibi yardımcı şahıslardan faydalanabilir. Ancak asli nitelikteki işleri hekim bizzat kendisi yapmakla yükümlüdür. Aksi halde sorumlu olacaktır.

Hekimin işi şahsen ifa etmemesinden dolayı sorumlu olmaması üç durumda söz konusu olabilir. İlk olarak hekim hasta tarafından işi başkasına yaptırabilmesi için yetkili kılınmış olabilir. Örneğin; hasta tıbbi müdahalenin hekimin asistanı tarafından da yapılabileceğine ya da başka bir hekim tarafından da yapılabileceğine ilişkin açık rıza göstermiş olabilir. Bu durumda hekim tıbbi müdahaleyi asistanına ya da başka bir hekime yaptırabilecektir.

İkinci istisna ise hekimin vekâlet sözleşmesiyle üstlendiği işi bir başkasına yaptırmasının zorunlu olduğu hallerdir. Somut olayın şartları nedeniyle hekim üstlendiği işi bizzat yapması mümkün olmayabilir. Örneğin; tıbbi müdahale sırasında fenalaşan hekimin yerine başka bir hekimi koyması hukuka uygun olacaktır.

⁴⁵¹ PETEK, s.181.

⁴⁵² ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s.600; EREN, s.709.

⁴⁵³ ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s.601; EREN, s.709.

Üçüncü istisna ise hekimin bir başkasını yetkilendirmesinin teamül olduğu hallerdir. Hekimin tıbbi müdahale sırasında uzmanlığı olmayan bir müdahaleyle ilgili başka bir hekimi yetkilendirmesi buna örnek olarak verilebilir. Örneğin, anestezi işleminin anestezi hekimi tarafından yapılması durumu.

Bu durumlar haricinde hekim üstlenmiş olduğu işi bizzat yapmakla yükümlüdür. Vekâlet sözleşmesi niteliğindeki estetik müdahaleler uzmanlık ve el becerisi gerektiren her hekim tarafından yapılamayacak işlemlerdir. Bu sebeple vekâlet sözleşmesinin kurulması açısından hekimin şahsı büyük önem taşımaktadır. Hekim bu sebeple şahsen ifayla yükümlüdür. Hekimin bu yükümlülüğünü ihlal etmesi sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüğünü ihlal etmesi anlamına gelecek ve zararından sorumlu olacaktır. Asıl hekim, istisnai hallerde de tıbbi müdahaleyi gerçekleştiren hekimin veya asistanın hatasından veya zararından da sorumlu olacaktır.

4.2.2. Vekâletin Sınırları İçinde İş Görme Borcunun İhlali

Vekâlet sözleşmesinde hekim işi vekâletin sınırları içinde görmekle yükümlüdür. Vekâlet sözleşmesinin amacı vekilin kendisine verilen işi vekâletin sınırları içinde sözleşmeye uygun olarak görmesidir⁴⁵⁴.

Vekâletin sınırları TBK m.504/1 gereği taraflar arasındaki sözleşmeye göre belirlenir. Sözleşmede açık bir hükmün olmadığı hallerde ise görülecek işin niteliği göz önünde bulundurularak vekâletin kapsamı belirlenir⁴⁵⁵. Vekâletin kapsamı belirlenirken vekâlet verenin beklediği sonuç göz önünde tutulur⁴⁵⁶.

Vekil her zaman vekâletin sınırları doğrultusunda hareket etmekle yükümlüdür. Vekâlet veren herhalde, vekilden bunu talep etme hakkına sahiptir⁴⁵⁷. Hekim, estetik müdahalede bulunurken hastanın tıbbi müdahale için vermiş olduğu vekâletin sınırlarına bağlı kalarak hareket etmelidir. Aksi halde vekâletsiz iş görme söz konusu olacak ve hekim bundan dolayı sorumlu olacaktır.

⁴⁵⁴ GÜMÜŞ, s.140.

⁴⁵⁵ EREN, s.721.

⁴⁵⁶ EREN, s.721.

⁴⁵⁷ GÜMÜŞ, s.140.

4.2.3. Özen ve Sadakat Borcunun İhlali

TBK m. 506/2 doğrultusunda hekim üstlendiği iş ve hizmeti, vekâlet verenin menfaatleri doğrultusunda sadakat ve özenle yürütmekle yükümlüdür. Özen kavramı vekilin asli edimini kötü ifa etmeme anlamı taşır⁴⁵⁸. Özen derecesi belirlenirken benzer alanda aynı iş ve hizmetleri veren basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranışlar esas alınır⁴⁵⁹. Sadakat borcu, vekil ile vekâlet veren arasındaki güven ilişkisine dayanır. Vekil işini ifa ederken vekâlet verene bağlı olmakla onun menfaatlerini gözetmekle yükümlüdür⁴⁶⁰.

Sadakat ve özen borcu vekâlet sözleşmesinde vekilin hem özel hem de genel borcunu oluşturduğu için hekim aynı zamanda sözleşmeden kaynaklanan diğer borçlarını da sadakat ve özenle yerine getirmelidir. Hekimin hem genel hem de özel sadakat ve özen borcuna aykırı davranması sözleşmenin ihlali anlamına gelecektir⁴⁶¹. Bu borcuna aykırı davranmasından dolayı hasta bir zarar uğramışsa hekim hastanın uğradığı zararı tazmin etmekle yükümlü olacaktır. Hekimin sorumluluğundan söz edebilmek için zarar ile özen ve sadakat borcunun ihlali arasında illiyet bağı olması gerekir. Hekimin kusur derecesi belirlenirken kendisinden beklenen özen ve sadakati gösterip göstermediği göz önünde bulundurulacaktır. Bu doğrultuda belirlenen zararı tazmin etmekle yükümlü olacaktır. Örneğin, hekimin hastanın el sinirlerine ilişkin bir estetik müdahalede bulunurken gerekli özeni göstermediği için hastanın sinirlerinin zarar görmesi halinde hekim bu zararını tazmin etmekle yükümlü olacaktır.

4.2.4. Vekâlet Veren Talimatlarına Uyuma Borcunun İhlali

TBK m.505'e göre vekil vekâlet verenin talimatlarına uygun olarak işini ifa etmekle yükümlüdür. Vekâlet veren talimatlarını işin her aşamasında verebilir ve verdiği talimatları her zaman değiştirebilir⁴⁶². Fakat hekim hasta ilişkisi açısından vekâlet verenin bazı durumlarda verdiği talimatları değiştiremeyeceğini kabul etmek gerekir. Estetik amaçlı tıbbi müdahalenin yapılmasına ilişkin bir talimat verdikten ve hekimin bu talimatı yerine getirdikten sonra, hastanın bunu geri alması ya da değiştirmesi mümkün olmayacaktır. Bu durumda hekimin sorumluluğundan bahsetmek de mümkün olmayacaktır.

⁴⁵⁸ GÜMÜŞ, s.152.

⁴⁵⁹ EREN, s.731.

⁴⁶⁰ EREN, s.731.

⁴⁶¹ EREN, s.732.

⁴⁶² EREN, s.729.

Bu istisna hal dışında hasta tedavi süresince hekime yeni talimatlar verebilir veya verdiği talimatı düzeltebilir. Hekimin, hastanın talimatlarına uymaması, bunları ihlal etmesi sözleşmenin ihlali anlamına gelecektir. Sözleşmenin ihlalinden dolayı hastanın uğramış olduğu bir zarar var ise hekim bu zararı tazmin etmekle yükümlüdür.

4.2.5. Hesap Verme Borcuna Aykırılık

Vekil, vekâlet verenin talebiyle birlikte yürütmüş olduğu işe ilişkin hesap vermekle yükümlüdür. Her ne kadar hekimin hastaya hesap verme borcunun olması hekim ile hasta arasında hiyerarşik bir ilişki olduğunu bize düşündürse de bu söz konusu değildir. Hesap verme borcunun kapsamı vekilin gördüğü iş hakkında vekâlet vereni bilgilendirmesinden başka bir şey değildir⁴⁶³. Bu sebeple hekim açısından da hesap verme bir borçtur ve bu borca aykırılık hekimin sorumluluğunu doğuracaktır. Hekim, hastaya hesap vermekle yükümlüdür. Hastanın hekimin faaliyetleri konusunda bilgi sahibi olması ondan beklenemez. Bu sebeple hastalık veya tıbbi müdahale sürecini yönetebilmesi için hastanın hekim tarafından bilgilendirilmesi gerekmektedir. Hasta, hekimin bilgilendirmesi doğrultusunda yeni bir talimat verebilir ya da tedaviyi sonlandırabilir. Hekimin hesap verme borcuna aykırı davranması sonucu hasta bir zarara uğramışsa bunu tazmin etmekle yükümlüdür.

4.3. Kusur, Zarar, İlliyet Bağı ve İspat Yüğü

Kusur, zarar, illiyet bağı ve ispat yüküne ilişkin eser sözleşmesi kısmında yapmış olduğumuz açıklamalar vekâlet sözleşmesi açısından da doğru ve uygulanabilmelidir. Tekrar aynı açıklamaları yapmayıp eser sözleşmesine ilişkin açıklamalara atıf yapmakla yetiniyoruz⁴⁶⁴.

⁴⁶³ EREN, s.735.

⁴⁶⁴ Bölüm 4. Başlık 3.6., 3.7., 3.8., 3.9.

5. HEKİMİN DİĞER HUKUKİ SORUMLULUK KAYNAKLARI

5.1. Hekimin vekâletsiz iş görme sorumluluğu

5.1.1. Genel Olarak

Vekâletsiz iş görme, TBK madde 526-531 arasında “Vekâletsiz İş görme” başlığı altında düzenlenmiştir. Vekâletsiz iş görme, iş görenin vekâleti olmaksızın iş sahibi için veya kendisi için, iş sahibinin hukuk alanına müdahale etmesidir⁴⁶⁵.

TBK’ da vekâletsiz iş görme iki tür olarak düzenlenmiştir. Bunlar; “gerçek (caiz) vekâletsiz iş görme” ile “gerçek (caiz) olmayan vekâletsiz iş görme” dir. Gerçek vekâletsiz iş görmede, iş gören vekâleti olmaksızın iş sahibinin menfaatine uygun olarak ve geçerli bir yasaklamasına aykırı olmadan hareket eder⁴⁶⁶. Gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede ise; iş görenin, iş sahibinin menfaatine uygun olduğunu düşündüğü ama gerçekte uygun olmayan veya iş sahibinin yasakladığı veya iş görenin başkasına ait olduğunu bilerek ya da bilmeyerek kendi menfaati için yaptığı veya iş sahibi tarafından yetkili kılınmamış kişi tarafından kendisine verilmiş vekâletle iş görmesi söz konusudur⁴⁶⁷.

Hastanın bilincinin kapalı olduğu acil durumlarda ve ameliyatın genişletilmesi hallerinde hekimin tıbbi müdahalede bulunması vekâletsiz iş görme hükümlerine tabidir.

Acil durumlar, hastanın ölüm tehlikesi altında olduğu veya ciddi bir zarara uğrama ihtimalinin bulunduğu hallerdir⁴⁶⁸. Acil durumlarda çoğu zaman hastanın bilinci kapalı olmakta ve hastadan rıza alınması mümkün olmamaktadır. Hekim, TDN m.3 gereği acil durumlarda hastaya tıbbi yardım yapmakla yükümlüdür⁴⁶⁹. Aynı şekilde HHY m.24/7⁴⁷⁰ hükmünde hekime acil durumlarda hastanın rızası aranmaksızın tıbbi müdahalede bulunabileceğine ilişkin icazet verilmiştir. Acil durumlarda hastanın rıza göstermesi durum gereği mümkün olamayacağı için hekim ile hasta arasında bir sözleşme ilişkisi kurulması mümkün olmayacak ve vekâletsiz iş görme hali ortaya çıkacaktır. Söz konusu vekâletsiz iş görme gerçek vekâletsiz iş görmedir.

⁴⁶⁵ GÜMÜŞ, s.217.

⁴⁶⁶ GÜMÜŞ, s.217; TANDOĞAN, Borçlar Özel, s.676.

⁴⁶⁷ YAVUZ, s.726 ; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.641; TANDOĞAN, Borçlar Özel, s.677.

⁴⁶⁸ Zeynep ALTUN, Hekimin Vekâletsiz İş Görmeden Kaynaklanan Sorumluluğunun İncelenmesi, *Tıp Hukuku Dergisi*, Cilt:7, Sayı:14 (2018), s.300.

⁴⁶⁹ TDN m.3 : “ Tabip, vazifesi ve ihtisası ne olursa olsun, gerekli bakımın sağlanamadığı acil vakalarda, mücbir sebep olmadıkça ilk yardımda bulunur.”

⁴⁷⁰ HHY m.24 f.7 : “ Hastanın rızasının alınamadığı hayati tehlikesinin bulunduğu ve bilincinin kapalı olduğu acil durumlar ile hastanın bir organının kaybına veya fonksiyonunu ifa edemez hale gelmesine yol açacak durumun varlığı halinde, hastaya tıbbi müdahalede bulunmak rızaya bağlı değildir..... ”

Acil durumda hekimin yaptığı müdahalenin, iş sahibinin yani hastanın menfaatine olduğu kabul edilmelidir⁴⁷¹.

Hekimin sorumluluğu açısından acil durumlarda dikkat etmesi gereken husus mevcut durumun gerçekten acil olup olmadığının belirlenmesidir⁴⁷². Somut olaya göre uzman hekim durumun aciliyetiyle birlikte hastanın muhtemel rızasına ilişkin esasları özen yükümlülüğüne uygun olarak değerlendirip buna göre tıbbi müdahalede bulunmalıdır⁴⁷³. Şunu da belirtmek gerekir ki hastanın bilinci açıksa ve rıza vermeye ehilse acil hallerde de rızanın alınması gerekir⁴⁷⁴.

Bir diğer vekâletsiz iş görme hali ameliyatın genişletilmesinde karşımıza çıkar. Örneğin; hekimin mide ameliyatı yapmak için müdahalede bulunduğu sırada apandistin her an patlayıp risk taşıyabileceğini görerek bu duruma da müdahale etmesi tıbbi müdahalenin genişletilmesi kabul edilir⁴⁷⁵. Hasta ameliyata girmeden önce hekim ile bir ya da birden çok tıbbi müdahale için anlaşır. Kural hekimin olarak belirlenen tıbbi müdahaleler dışında başka bir tıbbi müdahalede bulunması hukuka aykırı olacaktır. Ancak bazı durumlarda hekim tıbbi müdahale sırasında başka bir müdahalede daha bulunması hukuka uygun kabul edilmektedir.

Yargıtay verdiği bir kararda ameliyatın genişletilmesinin hukuka uygun olması için gerekli şartları açıklamıştır⁴⁷⁶. Buna göre; zorunlu olarak genişletilmiş tıbbi müdahalenin hastanın ilk olarak rıza göstermiş olduğu müdahalenin risklerinden daha önemli ve büyük riskler taşımaması, tıbbi müdahalenin gecikmesinin doğuracağı tehlikeler sebebiyle hastanın rızasının alınmasının mümkün olmaması, ölüm tehlikesi olmadıkça hayati organların alınmaması şartlarıyla ameliyatın genişletilebilmesi mümkündür.

Ancak her halükarda hastanın genişletilen ameliyatın konusu olan tıbbi müdahale hekim ile arasında bir sözleşme kurulmadığından dolayı hekim vekâletsiz iş görmüş olacaktır. Ameliyatın genişletilmesi hasta için zaruri olduğu hallerde hastanın menfaatine olacaktır. Bu sebeple de gerçek vekâletsiz iş görme söz konusu olacaktır. Hastanın yarı anestezi halindeyken ameliyatın genişletilmesine ilişkin verdiği rıza da hukuken geçerli sayılmayacaktır⁴⁷⁷. Fakat hastanın bilinci yerindeyken genişletilen ameliyatın konusuna ilişkin olarak kesin bir yasaklama yapmış

⁴⁷¹ ALTUN, s.301.

⁴⁷² REYHANİ YÜKSEL, Sera, Hekimin Vekâletsiz İş Görmeden Doğan Sorumluluğu, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C.21, S.2, (2015), s. 799.

⁴⁷³ HAKERİ, Hakan, Tıbbi Müdahale, s.38.

⁴⁷⁴ HAKERİ, s.367.

⁴⁷⁵ ATEŞ, s.30.

⁴⁷⁶ Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 1970/10853E. , 1970/2096K. , 5.3.1971.

⁴⁷⁷ Yargıtay 13. HD., 26.03.2015, 2015/18592E. 2015/9714K. (HAKERİ,s.426-427)

olmasına rağmen hekim bu müdahaleyi yapmışsa gerçek olmayan vekâletsiz iş görme söz konusu olacaktır.

5.1.2. Vekâletsiz İş Görmede Sorumluluk

Vekâletsiz iş görmede, vekâletsiz iş görenin her türlü ihmal ve kusurundan sorumlu olacağı TBK m. 571’de hüküm altına alınmıştır. Madde metninde sadece ihmalden bahsedilse de vekâletsiz iş gören kastından da sorumlu olacaktır⁴⁷⁸. Vekâletsiz iş görenin sorumluluğunun ortaya çıkması için iş görenin asli veya yan yükümlülüklerini ihlal etmesi ya da bir ihmal veya bir zararın meydana gelmesi gerekmektedir⁴⁷⁹. Bu bakımdan iş görenin sorumluluğu TBK madde 112-116 arasında düzenlenen sözleşme sorumluluğuna benzer sonuçlar içermektedir⁴⁸⁰.

İş görenin sorumluluğu TBK’da üç halde düzenlenmiştir. Bunlar tam sorumluluk, yumuşatılmış sorumluluk ve ağırlaştırılmış sorumluluk halidir. Gerçek vekâletsiz iş görmede tam sorumluluk ve yumuşatılmış sorumluluk halleri söz konusu olacaktır. TBK m. 571 f.1’de vekâletsiz iş gören her türlü ihmalden sorumlu olduğu hüküm altına alınarak kuralın tam sorumluluk olduğu vurgulanmıştır. Buna göre hekim her türlü ihmal ve kusurundan sorumlu olacaktır. Bu sebeple hekim hasta ile arasında tıpkı bir vekâlet sözleşmesi varmış gibi tıbbi müdahalede gerekli özeni göstermekle yükümlüdür. Aksi halde her türlü ihmalden sorumlu olacaktır. Hekim tıbbi müdahalenin kendisi için yarar sağlamadığını ileri sürerek sorumluluğunun hafifletilmesini talep edemeyecektir⁴⁸¹.

TBK m.527 f.1’in ikinci cümlesinde sorumluluğun yumuşatılması kuralına yer verilmiştir. Buna göre iş gören vekâletsiz olarak gördüğü işi iş sahibinin karşılaştığı zarar veya zarar tehlikesini gidermek amacıyla yapmışsa sorumluluğun daha hafif olarak değerlendirilmesi söz konusu olacaktır. Bu durumda hekim yaptığı işin kendisine yarar sağlamadığını ileri sürüp, sorumluluğun hafiflemesini talep edemeyecek ancak bu işi iş sahibini zarar veya zarar tehlikesinden korumak için yaptığını ileri sürüp sorumluluğun hafiflemesini talep edebilecektir⁴⁸². Hekimin acil durumlarda yaptığı müdahalede hastayı zarar veya zarar tehlikesinden koruma amacı olduğu kabul edilmelidir.

⁴⁷⁸ EREN, s.904.

⁴⁷⁹ ŞENOL UZUN, Pınar, Vekâletsiz İş Görmede İş Görenin Hukuki Durumu, *FSM İlmî Araştırmalar İnsan ve Toplum Bilimleri Dergisi*, Sayı:3 ,(2014), s. 302-303; YAVUZ, s.724.

⁴⁸⁰ GÜMÜŞ, s.226 ; YAVUZ, s.724.

⁴⁸¹ TANDOĞAN, Borçlar Özel, s.682.

⁴⁸² ŞENOL UZUN, s.303; YAVUZ, s.724.

TBK m.527 f.2’ de gerçek olmayan vekâletsiz iş görme durumunda uygulanacak ağırlaştırılmış sorumluluk düzenlenmiştir. İş gören iş sahibinin açıkça veya örtülü olarak yaptığı hukuka uygun yasaklamasına karşın bir işi yapmışsa sorumluluğu ağırlaşacak ve beklenmedik halden de sorumlu olacaktır. İş gören ancak o işi yapmamış olsaydı dahi zararın meydana geleceğini ispat ederse sorumluluktan kurtulacaktır.

Hekim, hastanın önceden tedaviyi reddettiğini bilerek ya da bilmesi gerektiği halde tıbbi müdahalede bulunursa oluşan zarardan veya beklenmedik halden sorumlu olacaktır⁴⁸³. Bu durumda hastanın tedaviyi reddi hukuka veya ahlaka aykırı olmadıkça hekim tedaviyi reddin mantıksız olduğunu ileri sürerek sorumluluktan kurtulamayacaktır⁴⁸⁴. Hastanın tedaviyi reddi ahlaka ve hukuka aykırı olmadığı halde, hekimin tıbben yararlı gördüğü için müdahalede bulunması durumunda beklenmeyen halden sorumlu olacaktır⁴⁸⁵.

Hekimin bu ağırlaştırılmış sorumluluktan kurtulması için tıbbi müdahaleyle beklenmedik hal arasında illiyet bağı olmadığı ispat etmesi gerekir. Hekim vekâletsiz iş görerek tıbbi müdahalede bulunmasaydı dahi hastanın zararının ortaya çıkacağını ispatlarsa sorumluluktan kurtulacaktır.

Her üç sorumluluk halinde de ispat yükü hekimdedir. Hekim özen yükümlülüğüne uygun davrandığını, ihmali veya kusuru olmadığını ispat etmelidir. Ağırlaştırılmış sorumluluk halinde ise tıbbi müdahale ile beklenmedik hal arasında illiyet bağının olmadığı ispat etmesi gerekmektedir.

5.1.3. Estetik Müdahalelerde Vekâletsiz İş Görme Sorumluluğu

Hekimin estetik amaçlı tıbbi müdahalelerde vekâletsiz iş görmeden sorumluluğu birkaç şekilde karşımıza çıkar⁴⁸⁶.

Hekimin bir başka amaçla uyguladığı tıbbi müdahale sırasında hastanın öncesinde rızasının almasızın veya hastanın yasaklamasına karşın estetik müdahalede bulunması halinde hekim vekâletsiz iş görme hükümleri uyarınca sorumlu olacaktır. Bu duruma örnek olarak acil durumda bilinci kapalı şekilde gelen hastaya tıbbi müdahalede bulunan hekimin iz kalmaması

⁴⁸³ ÖZAY, s.108; YILMAZ, s.189.

⁴⁸⁴ YILMAZ, s.190.

⁴⁸⁵ YÜKSEL, s.802.

⁴⁸⁶ ÖZAY, s.109.

amacıyla estetik dikiş atması⁴⁸⁷. Estetik dikiş örneği açısından bu müdahalenin hastanın yararına olacağı şüphesiz olduğundan hekimin sorumluluğu buna göre değerlendirilecektir. Buna karşın acil tıbbi müdahale sırasında hastanın yaralanmasının burun eğriliğine ilişkin olmamasına rağmen burun estetiğine ilişkin tıbbi müdahalede bulunması halinde sorumluluğu daha ağır olacaktır.

İkinci olarak hekimin estetik amaçlı tıbbi müdahale sırasında hastanın rızasını aldığı müdahale haricinde başka bir estetik müdahalede bulunması halinde yine vekâletsiz iş görme hükümlerine göre sorumlu olacaktır. Örneğin, karın yağlarının alındığı liposakşın (liposuction) müdahalesi sırasında daha estetik görüneceği düşüncesiyle hastanın kalçasından da yağ alması durumu.

Son olarak hekimin estetik müdahalede bulunduğu esnada başka bir tedavi amacına yönelik müdahale gerçekleştirmesinde de vekâletsiz iş görme hükümleri uygulanacaktır. Örneğin, meme büyütme estetik müdahalesi sırasında hastanın memesinde kist görüp bunun hekim tarafından alınması⁴⁸⁸.

Şunu da belirtmek gerekir ki vekâletsiz iş gören hekimin eylemine hastanın icazet vermesi halinde bu ilişki vekâlet sözleşmesi hükümlerine göre değerlendirilecektir.

5.2. Hekimin Haksız Fiil Sorumluluğu

Hekim, tıbbi müdahalede bulunurken genellikle hasta ile arasında bir sözleşme ilişkisi mevcuttur⁴⁸⁹. Sözleşme ilişkisinin mevcut olmadığı hallerde sözleşme dışı hukuki bir ilişki kurulur. Hekimin sorumluluğunun sözleşmeye veya vekâletsiz iş görme hükümlerine dayandırılmadığı hallerde hekimin haksız fiil sorumluluğu gündeme gelecektir⁴⁹⁰. Hasta ile hekim arasında sözleşme var olmuş olsa dahi hekimin hastanın ruh ve beden bütünlüğüne yönelik her türlü müdahalesi haksız fiil teşkil edebilir⁴⁹¹. Hekimin sözleşme ilişkisine rağmen tıbbi müdahale sırasında gerekli özeni göstermemesi sonucu oluşan zararda hem haksız fiil sorumluluğu hem de sözleşmeden kaynaklanan sorumluluk söz konusu olacaktır⁴⁹².

⁴⁸⁷ ÖZAY, s.109, dn.246.

⁴⁸⁸ ÖZAY, s.100, dn.248.

⁴⁸⁹ ÖZAY, s.111.

⁴⁹⁰ Ece SİNDEL, Hekimin Haksız Fiil Sorumluluğu, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt: 11, Sayı: 119 (Temmuz 2016), s.245 ; İPEKYÜZ, Tazminat, s.24.

⁴⁹¹ UYGUR, s.24; ÖZAY, s.112; AYAN, s.117.

⁴⁹² Bkz. Bölüm Dört Kısım 3 vd.

Haksız fiil, hukuka aykırı olarak bir başkasının mal varlığı değerlerine zarar verilmesidir⁴⁹³. Haksız fiil taraflar arasında bir borç ilişkisinin kurulmuş olmasına gerek olmaksızın, hukuka aykırı bir fiilin varlığı halinde söz konusu olur⁴⁹⁴. TBK anlamında haksız fiil, fiilin hukuka aykırılığına ve failin kusuruna dayanır⁴⁹⁵. Hekimin tıbbi müdahaleden kaynaklanan sorumluluğu kusura dayanan sorumluluk halini oluşturur. Sorumluluktan söz edebilmek için kusur vazgeçilmez bir unsurdur⁴⁹⁶. Hekimin kusuru yoksa meydana gelen zarardan da sorumluluğu olmayacaktır.

5.2.1. Sorumluluğun Unsurları

Hekimin haksız fiil sorumluluğunun doğması için; hukuka aykırı fiil, kusur, zarar ve illiyet bağının olması gerekir⁴⁹⁷.

5.2.1.1. Hukuka Aykırı Fiil

Haksız fiil sorumluluğundan bahsedebilmek için öncelikle hukuka aykırı bir fiil işlenmiş olmalıdır⁴⁹⁸. Fiil, genel anlamıyla olumlu bir davranışı, bir şeyi yapmayı ifade etmesine karşın hukukta daha geniş anlamda kullanılıyor olup bir şey yapmamayı yani olumsuz bir durumu da kapsamaktadır⁴⁹⁹. Hukuki anlamda fiil, insanın bir şey yapma ya da yapmama şeklindeki iradi bir harekettir⁵⁰⁰.

Haksız fiiller genel olarak yapma şeklinde ortaya çıkarlar⁵⁰¹. Olumsuz davranışın (yapmama) bir haksız fiil teşkil etmesi ve sorumluluğa sebebiyet verebilmesi için kişinin o davranışta bulunması gerekirken hareketsiz kalmış olması gerekir⁵⁰².

Bir fiilin haksız fiil sayılabilmesi için hukuka aykırı nitelik taşıması şarttır. Hukuka aykırılık kavramı konusunda iki teori ortaya atılmıştır. Sübjektif teoriye göre; bir fiilin hukuka aykırı

⁴⁹³ Selahattin Sulhi TEKİNAY ve diğerleri, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1993, s.475; Mehmet AYAN, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 2016, s.24; AKINTÜRK/KARAMAN, s.87.

⁴⁹⁴ TEKİNAY, s.474.

⁴⁹⁵ OĞUZMAN/ÖZ, s.1.

⁴⁹⁶ AYAN, *Borçlar Hukuku*, s.248.

⁴⁹⁷ HATEMİ/GÖKYAYLA, s.116; AYAN, *Borçlar Hukuku*, s.250; TEKİNAY, s.475; OĞUZMAN, ÖZ, Cilt:2, s.12; AKINTÜRK, KARAMAN, s.88; Gökhan ANTALYA, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt.1*, İstanbul: Beta, 2012, s.412.

⁴⁹⁸ OĞUZMAN/ÖZ, Cilt:2, s.12; Safa REİSOĞLU, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul: Beta, 2012, s.164 ; EREN, *Genel Hükümler*, s.538.

⁴⁹⁹ OĞUZMAN/ÖZ, Cilt:2, s.13.

⁵⁰⁰ OĞUZMAN/ÖZ, Cilt:2, s.13; AYAN, *Borçlar Hukuku*, s.251.

⁵⁰¹ AYAN, *Borçlar Hukuku*, s.251; ANTALYA, *Borçlar Hukuku*, s.414.

⁵⁰² OĞUZMAN/ÖZ, Cilt:2, s.13; EREN, *Genel Hükümler*, s.540.

olup olmadığı belirlenirken failin zarar verici fiili işlemesine dayanak teşkil eden bir hakkının bulunup bulunmaması dikkate alınır⁵⁰³. Objektif teoriye göre ise; fiilin hukuka aykırılığı kişilerin mal ve şahıs varlıklarını doğrudan doğruya koruyan emredici hukuk kurallarının ihlali halinde söz konusu olur⁵⁰⁴. Doktrinde baskın görüş objektif teori olsa da pratik anlamda iki teori açısından bir fark yoktur.

Haksız fiil sorumluluğunda fiilin bir genel davranış kuralını ihlal etmesi fiilin hukuka aykırılığı anlamına gelmektedir⁵⁰⁵. Genel davranış kuralları toplumca belirlenmiş ve kişilerin yapmaları ve yapmamaları gereken davranışları belirleyen kurallar bütünüdür⁵⁰⁶. Genel davranış kurallarına aykırılığın haksız fiil niteliği taşıyabilmesi için ihlal edilen kuralın kişiyi zarardan koruma amacı da taşıyor olması gerekir⁵⁰⁷.

Bazı durumlarda fiil zarar verici nitelik taşısa bile hukuka aykırı sayılmaz⁵⁰⁸. Bu durumlar doktrinde hukuka uygunluk sebepleri olarak ifade edilir. Hukuka uygunluk sebepleri: “mağdurun rızası, kamu hukukuna dayanan bir yetkinin kullanılması, özel hukuka dayanan bir yetkinin kullanılması, meşru müdafaa, ıztırar(zorunluluk) hali, hakkını kendi gücüyle koruma, üstün kamu yararı ve üstün özel yarar”dır⁵⁰⁹. Hekimin estetik müdahale sırasında yapmış olduğu hukuka aykırı fiili hukuka uygun hale getirebilecek hukuka uygunluk sebepleri mağdurun rızası, ıztırar hali, üstün özel yarardır. Hekimin hukuka aykırı eylemi hastanın rızasıyla birlikte hukuka uygun hale gelecektir. Aynı şekilde hekimin hukuka aykırı tıbbi müdahalesi zorunluluk hali ve hastanın özel yararının söz konusu olduğu hallerde de hukuka uygun hale gelecektir.

⁵⁰³ AYAN, Borçlar Hukuku, s.251; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt:2, s.14.

⁵⁰⁴ AYAN, Borçlar Hukuku, s.251; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt:2, s.14 ; KARAHASAN, Sorumluluk Hukuku, s.106.

⁵⁰⁵ OĞUZMAN, ÖZ, Cilt:2, s.14.

⁵⁰⁶ TEKİNAY , s.15.

⁵⁰⁷ OĞUZMAN/ÖZ, Cilt:2, s.15; HATEMİ/GÖKYAYLA, s.116.

⁵⁰⁸ AYAN, Borçlar Hukuku, s.251; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt:2, s.21; KARAHASAN, Sorumluluk Hukuku, s.127; HATEMİ/GÖKYAYLA, s.122.

⁵⁰⁹ Hukuka uygunluk sebepleriyle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. OĞUZMAN/ÖZ, Cilt:2, s.21-38; HATEMİ/GÖKYAYLA, s.124-130.

5.2.1.2.Kusur

Kusura dayanan haksız fiil sorumluluğu için ikinci önemli unsur kusurdur⁵¹⁰. Kusur; hukuka aykırı bir sonucu istemek veya istemiş olmamakla birlikte hukuka aykırı davranıştan kaçınmak için yeteri derecede irade gösterememektir⁵¹¹. Kusur, kast ve ihmal olmak üzere iki şekilde meydana gelebilir⁵¹².

Kast hukuka aykırı sonucu bilerek ve isteyerek hareket etmektir⁵¹³. İhmal ise failin hukuka aykırı sonucu istememekle meydana gelmemesi için yeterli özeni göstermemesi anlamına gelir⁵¹⁴.

Estetik müdahalede bulunan hekim açısından tıbbi müdahalede yeteri özeni göstermemesi, gerekli önlemleri almaması sonucu hastanın zarara uğraması halinde ihmali bir kusuru olduğundan söz edilebilecektir. Hekimin kusur derecesinin kast olduğu davranışlar çok fazla görülmemekle birlikte kasti davranışı ile hastaya zarar veren hekimin sorumluluğu daha ağır olacaktır⁵¹⁵.

5.2.1.3.Zarar

Haksız fiilden söz edebilmek için hukuka aykırı fiil sonucunda bir zarar meydana gelmiş olmalıdır. Zarar yok ise haksız fiilden de söz edilemez. Zarar, kişinin isteği dışında mal varlığında meydana gelen eksilmedir⁵¹⁶. Mal varlığının zarar verici fiil olmasaydı bulunacağı durumla fiil sonrası aldığı durum arasındaki fark zararı oluşturur⁵¹⁷. Zarar, malvarlığının aktifinin azalması, pasifinin artması veya mahrum kalınan kardan kaynaklanabilir⁵¹⁸.

Genel anlamda zarar kavramı maddi zarara işaret eder. Maddi zarar; fiili zarar ve mahrum kalınan kar olarak ikiye ayrılır. Fiili zarar malvarlığının fiilen azalması anlamına gelir. Mahrum kalınan kar ise malvarlığının artması gerekirken sabit kalmasıdır. Hekimin kusurlu fiili ile

⁵¹⁰ AYAN, Borçlar Hukuku, s.250.

⁵¹¹ OĞUZMAN/ÖZ, Cilt:2, s.54; HATEMİ/GÖKYAYLA, s.146.

⁵¹² TANDOĞAN, Mesuliyet, s.46; AYAN, Borçlar Hukuku, s.272, OĞUZMAN/ÖZ, Cilt:2, s.56; HATEMİ/GÖKYAYLA, s.147.

⁵¹³ AYAN, Borçlar Hukuku, s.272; TANDOĞAN, Mesuliyet, s.46; HATEMİ/GÖKYAYLA, s.147.

⁵¹⁴ AYAN, Borçlar Hukuku, s.273; TANDOĞAN, Mesuliyet, s.48; HATEMİ/GÖKYAYLA, s.147.

⁵¹⁵ AYAN, s.102.

⁵¹⁶ KARAHASAN, Sorumluluk, s.175; TANDOĞAN, Mesuliyet, s.63; EREN, Genel Hükümler, s.543.

⁵¹⁷ OĞUZMAN/ÖZ, Cilt:2, s.39; KARAHASAN, Sorumluluk, s.175.

⁵¹⁸ OĞUZMAN/ÖZ, Cilt:2, s.40.

hastaya ek tedavi masrafı çıkartması fiili zararı, estetik ameliyat sonucu mankenin yüzünde iz kalması mahrum kalınan karı ifade eder⁵¹⁹.

Manevi zarar ise bir kimsenin kişilik değerlerine yapılan saldırı sonucu hissettiği üzüntüyü ifade eder. Hukuka aykırı fiili ile bir kimsenin kişilik değerlerine zarar verenler bunu tazmin etmekle yükümlüdür.

Hekimin tıbbi müdahalesi sonucu hastada maddi veya manevi bir zarar meydana gelmişse hekim bu zararları tanzim etmekle yükümlüdür⁵²⁰. Hekimin sebep olduğu maddi zararlar çoğu zaman ölüm sebebiyle destekten yoksun kalma tazminatı ve ek tedavi giderlerine ilişkin olmaktadır⁵²¹.

5.2.1.4.İlliyet Bağı

Sorumluluktan söz edebilmek için zarar ile zarara sebebiyet veren fiil arasında bir sebep sonuç ilişkisi bulunmalıdır⁵²². İlliyet bağı yok ise haksız fiil sorumluluğundan da söz edilemeyecektir.

İlliyet bağının nasıl belirleneceğine ilişkin iki tane teori olduğunu açıklamıştık. Şart teorisine göre bir olayın varlığı zorunlu bir şekilde o olayın meydana getiren her şartın varlığına bağlıdır⁵²³. Başka bir deyişle zaman bakımından sonucun önünde olan her şart o sonucun sebebidir⁵²⁴. Bu teoriye göre şartlar arasında bir ayrım yapılmaz, her şart sonucun meydana gelmesi için zorunludur⁵²⁵. Şart teorisi sorumluluğu sınırsız olarak genişlettiğinden dolayı doktrinde eleştirilmiştir⁵²⁶. Bir diğer teori uygun illiyet bağı teorisidir. Bugün doktrinde hâkim olan bu teoriye göre sadece olayların süregelen akışına ve genel hayat tecrübesine göre somut olayı gerçekleştirmeye elverişli şart ile sonuç arasında illiyet bağı vardır⁵²⁷. Böylelikle sorumluluğa bir sınır koyulması amaçlanmıştır⁵²⁸. Kişi ancak yaşamın olağan akışı içinde eylemin beklenen sonucu için sorumlu olabilir⁵²⁹.

⁵¹⁹ ÖZAY, s.119.

⁵²⁰ AYAN, Sorumluluk, s.118.

⁵²¹ ÖZAY, s.120.

⁵²² AYAN, Borçlar Hukuku, s.282; AYAN, s.118 ; Fikret EREN, Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No:361, Sevinç Matbaası, Ankara, 1975, s.1

⁵²³ EREN, İlliyet Bağı, s.22; KARAHASAN, Sorumluluk Hukuku, s.186; HATEMİ/GÖKYAYLA, s.138.

⁵²⁴ AYAN, Borçlar Hukuku, s.282.

⁵²⁵ EREN, İlliyet Bağı, s.22; KARAHASAN, Sorumluluk Hukuku, s.186; AYAN, Borçlar Hukuku, s.219.

⁵²⁶ AYAN, Borçlar Hukuku, s.282.

⁵²⁷ AYAN, Borçlar Hukuku, s.283; OĞUZMAN, ÖZ, Cilt:2, s.45; HATEMİ/GÖKYAYLA, s.138.

⁵²⁸ KARAHASAN, Sorumluluk, s.187.

⁵²⁹ A.g.e., s.187.

Bazı olaylarda zarar birden fazla sebep sonucunda meydana gelir. Burada ya sebepler birleşerek zararlı sonucu bir meydana getirmiştir ya da her sebep tek başına zararlı sonucu gerçekleştirmeye yeterlidir.

Birden fazla sebebin zararlı sonucu gerçekleştirmeye elverişli olması halinde ortak illiyet söz konusu olur⁵³⁰. Sebeplerden birinin yokluğu zararlı sonucun doğumunu engeller. Her sebebin tek başına zararlı sonucu gerçekleştirmeye elverişli olmasında; yarışan illiyet ve seçimlik illiyet söz konusu olur. Yarışan illiyette sebeplerden her biri tek başına zararlı sonucu meydana getirmeye elverişlidir. Bu durumda failler arasında müteselsil sorumluluk olduğu kabul edilir. Seçimlik illiyette zararlı sonucu sebeplerden sadece biri meydana getirmiştir fakat hangisi olduğu belli değildir. Bu halde sorumluluk somut olaya göre belirlenmelidir.

5.2.1.5.İspat Yükü

Haksız fiil sorumluluğunda ispat yükü hastanın üzerindedir. Hukuka aykırı bir fiil ile zarara uğradığını ispat yükü zarar görenin üzerindedir. TBK m.50’de zarar görenin zararını ve zarar verenin kusurunu ispatlaması gerektiği hüküm altına alınmıştır. Yani hasta zarara uğradığı eylemin hukuka aykırı olduğunu ispatlamalıdır⁵³¹. Hukuka aykırı eylemin zararı doğurmasında failin kusurlu olduğu zarar gören tarafından ispatlanmalıdır. Hasta hekimin kusurlu olduğunu ispat etmekle yükümlüdür⁵³². Zararın varlığını zarar gören ispatla yükümlüdür, bu durumda hasta zararını ispat etmelidir. Yine eylem ile zarar arasında uygun illiyet bağının olduğunun ispatı hastanın üzerindedir.

⁵³⁰ KARAHASAN, Sorumluluk, s.188; AYAN, Borçlar Hukuku, s.283 ; OĞUZMAN/ÖZ, s.48.

⁵³¹ AYAN, s.117.

⁵³² A.g.e, s.117.

5.3. Hekimin Culpa İn Contrahendo Sorumluluğu

Kanunumuzda özel olarak düzenlenmeyen culpa in contrahendo sorumluluğu, sözleşme görüşmeleri sırasındaki kusurdan kaynaklanan sorumluluk türü olarak temelde dürüst davranma ilkesine dayandırılmaktadır(TMK m.2)⁵³³. Culpa in contrahendo (cic), bir sözleşme öncesi borç ilişkisinden kaynaklanan yükümlülüğün kusurlu olarak ihlal edilmesi anlamına gelir⁵³⁴. Bu güven ilişkisini ihlal edip karşı tarafı zarar sokan her kimse bu zararını tazmin etmekle yükümlüdür⁵³⁵. Sözleşme öncesi görüşmeler hukuki ilişki⁵³⁶ olarak kabul edilse de bu aşamada henüz sözleşme kurulmamıştır. Bu görüşmeler taraflara birtakım özel yükümlülükler yükleyen özel bir güven ilişkisidir⁵³⁷. Taraflar görüşmeler süresince dürüstlük kurallarına göre davranmakla yükümlüdürler. Dürüstlük kurallarından, doğruluk, güven ve ahlaka uygun düşen davranışlar sonucunda oluşan ve toplumda herkes tarafından bilinip, benimsenen kurallar anlaşılır⁵³⁸.

Tarafların sözleşme kurma amacıyla görüşme ilişkisine girmiş olmaları ile aralarında bir borç ilişkisi de doğmuş olur. Bu görüşmeler sonrasında sözleşme kurulsun ya da kurulmasın, görüşmeler sürecinde, özen, uyarma, koruma, bilgilendirme veya aydınlatma yükümlülüklerinden birini veya birkaçı ihlal edip karşı tarafı zarara uğratan kişi görüşme kusuru nedeniyle sorumluluğu doğacaktır⁵³⁹. Zarar veren taraf bu zararını tazminle yükümlüdür.

Sözleşme öncesi görüşmelerden sorumlu olabilmek için birtakım şartların gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Zarar veren ile zarar görenin gelecekteki bir sözleşme için görüşme yapıyor olmaları, zarar verenin bu görüşmeler sırasında bir sözleşme öncesi yükümlülüğünü ihlal ediyor olması, görüşme tarafının bir zarara uğraması, zarar ile ihlal edilen yükümlülük arasında bir illiyet bağının olması, ihlal edilen yükümlülüğün zarar verenin kusuruna dayanıyor olması gerekir⁵⁴⁰.

Hekim ile hasta arasında sözleşme kurulmadan önce sözleşme görüşmeleri aşamasında, hekimin hastaya aydınlatıcı bilgi verememesi ya da gelecekte uğrayacağı bir zarar tehlikesine

⁵³³ DEMİR, s.221 .

⁵³⁴ Ümit GEZDER, Türk-İsviçre Hukukunda Culpa in Contrahendo Sorumluluğu, İstanbul: Beta, 2009, s.12.

⁵³⁵ İPEKYÜZ, s.128.

⁵³⁶ GEZDER, Culpa, s.30.

⁵³⁷ GEZDER, Culpa, s.40.

⁵³⁸ DEMİR, s.221.

⁵³⁹ DEMİR, s.222.

⁵⁴⁰ GEZDER, Culpa, s.113.

karşı onu uyarmadığı durumlarda hekimin cic sorumluluğu gündeme gelebilecektir⁵⁴¹. Örneğin; burun estetiği ameliyatından sonra hastanın bir hafta süreyle uçak yolculuğu yapması sakıncalı olmasına rağmen kinci burun estetiği operasyonu için bir plastik cerrahı arayan hastaya hekim ilk operasyonun ne zaman yapıldığı sormadan muayeneye davet etmiştir. Davetin ardından hastanın uçak yolculuğu sırasında fenalaşması sonucu burnunun daha kötü hale gelmesi durumunda hekimin cic sorumluluğundan söz edilebilir. Hasta sözleşmenin kurulacağına olan inanç ve güveniyle birlikte yola çıkmışken aydınlatılmaması sebebiyle zarara uğramıştır. Bu durumda hasta uçak yolcuğunda fenalaşması sonucu burnunun uğradığı zararı ve yolculuk masraflarını hekimden talep edebilecektir.

Sözleşme kurulduktan sonra meydana gelecek zarar için cic sorumluluğuna gidilemeyecektir. Sözleşmeden kaynaklanan sorumluluk söz konusu olacaktır.

⁵⁴¹ DEMİR, s.222; İPEKYÜZ, s.129.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

SÖZLEŞMESEL SORUMLULUĞUN KAPSAMI, SINIRLANDIRILMASI, SORUMLULUĞUN YARIŞMASI VE SONA ERMESİ

1. SORUMLULUĞUN KAPSAMI

Kusurlu hareketi sebebiyle zarara sebebiyet veren hekim zararını tazmin etmekle yükümlüdür. Söz konusu zarar maddi nitelikte olabileceği gibi manevi nitelikte de olabilir. Estetik amaçlı tıbbi müdahaleler açısından da bu geçerlidir. Hasta zararını maddi veya manevi tazminat davası açarak talep edebilecektir. Dilerse iki tazminat talebini de tek davayla ileri sürebilir.

Hekimin tazminat sorumluluğu sadece sözleşmeden kaynaklanan sorumluluğu için değil haksız fiil ve vekâletsiz iş görme sorumluluğu için de söz konusu olacaktır. Tazminat sorumluluğu sözleşmenin var olup olmaması bakımından değişiklik göstermez⁵⁴². Sözleşmeden kaynaklanan sorumluluk için yapacağımız açıklamalar haksız fiil ve vekâletsiz iş görme sorumluluğu sonucu tazminat gerektiren durumlar için de geçerli olacaktır. Kaldı ki TBK m.114’de haksız fiilden doğan sorumluluğa ilişkin hükümlerin kıyas yoluyla sözleşmeden doğan sorumluluğa uygulanacağı hüküm altına alınmıştır.

⁵⁴² ÖZAY, s.130.

1.1. Maddi Tazminat

Maddi tazminatın konusunu maddi zararlar oluşturur. Maddi zarar; şahsa verilen zarar, şeye verilen zarar ve diğer zararlar olmak üzere üçe ayrılır⁵⁴³. Hekimin sorumluluğu açısından şahsa verilen zarar söz konusu olabilir. Şahsa verilen zararlar kişinin öldürülmesi veya beden bütünlüğünün ihlali sonucunda malvarlığında meydana gelen eksilmeleri ifade eder⁵⁴⁴.

Tedavi giderleri, çalışma gücünün kaybı, eşinin veya yakınının sağlığının bozulması veya ölmesi sebebiyle destekten yoksun kalma, ölüm nedeniyle meydana gelen giderler, cenaze masrafları maddi zararı oluşturur⁵⁴⁵.

1.1.1. Bedensel Zararlar

Zarar görenin vücut bütünlüğünün maddi ve manevi bir zarar meydana getirecek şekilde bozulması vücut bütünlüğünün ihlali anlamına gelir⁵⁴⁶. Vücut bütünlüğünün ihlali beden veya ruh bütünlüğünün ihlali şeklinde ortaya çıkabilir. Hekimin kusurlu davranışı sonucu hastanın bedeni bütünlüğüne zarar vermesi sonucu ortaya çıkan ekonomik sonuçlar bedensel zararları ifade eder⁵⁴⁷.

Beden bütünlüğünün ihlali, mekanik bir gücün etkisi ile bir organın kırılması, bir yara açılması vb. tarzda gerçekleşebileceği gibi korkutma şeklinde psikik etki ile de gerçekleşebilir⁵⁴⁸. Kalıcı olarak takılmış ya da çıkarılabilen protez organlar da kişilik hakkı kapsamında korunduğundan dolayı bunlara verilecek zararlar da vücut bütünlüğünün ihlali olarak değerlendirilir⁵⁴⁹.

Zarar, bedensel bütünlüğün ihlali değil bu ihlal sonucunda meydana gelen ekonomik kayıpları, maddi ve manevi eksilmeleri ifade etmektedir⁵⁵⁰. Bedensel bütünlüğün ihlali zararın sebebini oluşturmaktadır⁵⁵¹. TBK m.54'te bedensel zararların; "tedavi giderleri, kazanç kaybı, çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar ve ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan zararlardan" oluştuğu hüküm altına alınmıştır.

⁵⁴³ TANDOĞAN, Mesuliyet, s.69.

⁵⁴⁴ ÖZDEMİR, Sağlık Hukuku, s.186.

⁵⁴⁵ İPEKYÜZ, Tazminat, s.35.

⁵⁴⁶ ÖZDEMİR, Sağlık Hukuku, s.186.

⁵⁴⁷ A.g.e. s.186.

⁵⁴⁸ TEKİNAY, s..603 ; EREN, Genel Hükümler, s.766.

⁵⁴⁹ OĞUZMAN/ÖZ, Cilt:2, s.95.

⁵⁵⁰ EREN, Genel Hükümler, s.767.

⁵⁵¹ EREN, Genel Hükümler, s.767.

1.1.1.1. Tedavi giderleri

Beden bütünlüğünün ihlali halinde, bunu eski hale getirmeye yönelik yapılan veya yapılacak masraflar da zarar kapsamına girer⁵⁵². Bunlar tedavi giderleri olarak adlandırılır. Ambulans, doktor, hastane, ilaç, ameliyat, protez, psikoterapi ve benzeri masraflar bu giderleri oluşturur⁵⁵³.

İhlal sonucu yeni bir tedavi için hastanın başka bir şehre veya ülkeye gitmesi gerekiyorsa bu masraflar da tedavi giderlerine dâhildir. Yine aynı şekilde tedavi için hastaneye gidiş geliş masrafları da bu giderlerin kapsamındadır. Hasta tedavi sürecinde ve sonrasında bakıma muhtaç ise bakıcısının masrafları veya fizik tedavi görmesi gerekiyorsa bunların masrafları da bu kapsam içerisindedir⁵⁵⁴.

Bu masrafların hekimden dava yoluyla tazmininde dava tarihi itibarıyla yapılmış olan masraflar ve tespiti mümkün olan gelecekte yapılacak masraflar dikkate alınacaktır. Gelecekte yapılacak ve tespiti mümkün olan masraflara ilaç masrafları ve fizik tedavi masrafları örnek olarak verilebilir. Hastanın talebine karşın hüküm verileceği zaman bu masrafların belirlenmesi mümkün değilse TBK m.74 uyarınca hâkim kararın kesinleşmesinden itibaren iki sene içinde tazminat hükmünü değiştirme yetkisini saklı tutabilir. Hasta gelecekte oluşacak masraflarını saklı tutmuş ise bunlar için ileride ayrı bir dava da açabilecektir⁵⁵⁵. Tedavi giderlerinin ispatlanması yükümlülüğü hastaya yani davacıya aittir. Bu giderlere ait belgeleri ve faturaları dava dosyasına ekleyerek ispat yükümlülüğünü yerine getirebilecektir.

1.1.1.2. Kazanç kaybı

Hekimin müdahalesiyle beden bütünlüğü ihlal edilen kişi, bu sebeple tamamen veya kısmen çalışmama durumuna düşmüşse, bundan doğan zararının tazminini de isteyebilecektir. Kazanç kaybının miktarı hastanın zararının olduğu günden dava veya talep tarihine kadar geçen sürede yoksun kaldığı kazanç dikkate alınacaktır⁵⁵⁶.

Kazanç kaybının yalnızca çalışmamaktan kaynaklanan maaş kaybı şeklinde olması gerekmemektedir⁵⁵⁷. Örneğin; ev kadını evin bütün işlerini yaparak aile bütçesine katkı sağlar ve aileyi temizlikçi/hizmetçi tutma masrafından kurtarır. Beden bütünlüğü zarar gören ev

⁵⁵² OĞUZMAN/ÖZ, Cilt:2, s.95.

⁵⁵³ OĞUZMAN/ÖZ, Cilt:2, s.95; TANDOĞAN, Mesuliyet, s.284; EREN, Genel Hükümler, s.767.

⁵⁵⁴ EREN, Genel Hükümler, s.768.

⁵⁵⁵ OĞUZMAN/ÖZ, s.96.

⁵⁵⁶ OĞUZMAN/ÖZ, s.96.

⁵⁵⁷ OĞUZMAN/ÖZ, s.97.

kadının bu işleri yapamaması ve bu sebeple uğranılan kayıplar da bu zararın kapsamında sayılabilir⁵⁵⁸. Kazanç kaybının miktarını ispatlama yükümlülüğü hastada yani davacıdadır.

1.1.1.3. Çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar

Çalışma gücünün tamamen kaybedilmesi veya azalmasının gelecekte yol açacağı kazanç yoksunluğu gelecekte meydana gelecek bir zarardır. Çalışma gücünün kaybı sürekli olabileceği gibi geçici de olabilir.

Çalışma gücünün geçici kaybında muhtemel kayıp süresi göz önüne alınarak hesaplama yapılır. Çalışma gücünün sürekli kaybında hesaplama mağdur kayba uğramasa idi çalışabileceği süre dikkate alınır. Yargıtay bu süreleri belirlerken Türkiye’deki kadın ve erkekler için düzenlenmiş ortalama yaşam süresi tablolarını ve emeklilik yaşını dikkate almaktadır⁵⁵⁹.

Çalışma gücünün geçici veya sürekli kaybında tazminat miktarı belirlenirken aynı zamanda kaybın oranı da hesaplanır. Bu, zarar görenin etkilenen organı, etkilenme derecesi, yaşı, cinsiyeti ve mesleğine göre belirlenir. Zarar gören yaş küçüklüğü veya öğrenci olması sebebiyle henüz çalışmıyorsa ilerideki kazanç ihtimaline göre hesaplanır. Kayıp oranı uzman bilirkişilerce belirlenecektir.

Zarar görenin bir tedavi veya tıbbi müdahale sonrasında güç kaybı azaltılabilecekse ve zarar veren bunun masraflarını peşin olarak ödemeyi kabul ediyorsa, bu tedavi veya tıbbi müdahalenin önemli bir risk taşımaması kaydıyla zarar görenin buna razı olması istenir⁵⁶⁰. Zarar gören buna razı olmaz ise tedavi çalışma kaybını ne derecede etkileyecekse tazminat miktarı belirlenirken bu husus dikkate alınır⁵⁶¹.

1.1.1.4. Ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar

Hastanın tıbbi müdahale sonrası oluşan zarardan dolayı ekonomik geleceği sarsılmış olabilir. Burada çalışma gücünün kaybindan doğan zararların dışında ekonomik geleceğin sarsılmasının meydana getireceği zararlar söz konusudur⁵⁶². Çalışma gücünde meydana gelen bir zarar

⁵⁵⁸ OĞUZMAN/ÖZ, Cilt:2, s.97.

⁵⁵⁹ Tuğçe ŞENÇELİKEL/Setenay ÖNER, Türkiye’de 2007-2014 Yılları arası Yaşam Ümidinin Farklı Yaşam Tablosu Hazırlama Yöntemleri ile Değerlendirilmesi, *Osmangazi Tıp Dergisi*, 2017, s.10.

⁵⁶⁰ OĞUZMAN/ÖZ, Cilt:2, s.99.

⁵⁶¹ EREN, Genel Hükümler, s.772.

⁵⁶² OĞUZMAN/ÖZ, Cilt:2, s.100.

olmamasına rağmen meydana gelen zararları kapsar. Ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar, çalışma gücü kaybının hesaplandığı şekilde hesaplanır.

Manken olan hastanın burun estetiği ameliyatı sonrası hekimin kusuru sebebiyle istenilen sonuç elde edilmemesinden sonra çalışma gücü kaybı olmamasına rağmen artık iş bulamaması durumunda ekonomik geleceğin sarsılmasından söz edilecektir.

1.1.2. Ölüm Halindeki Zararlar

Hekim kusurlu eylemiyle hastanın ölümüne sebebiyet vermiş olabilir. Ölüm halindeki zararların tazminini ölen kişinin mirasçıları talep edebilir. Ölüm halinde cenaze giderleri, ölüm hemen gerçekleşmemişse tedavi giderleri, çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar ve ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin bu sebeple uğradıkları zararlar zarar verenden talep edilebilir.

1.1.2.1. Cenaze giderleri

Zarar verici eylem sonucu zarar veren hemen ölmüşse, zarar veren ölüm dolayısıyla yapılan masrafları ödemekle yükümlüdür⁵⁶³. Kusurlu eylem sonrası zarar gören ölmüş ise mirasçıları cenaze giderlerini zarar verenden talep edebilecektir. Cenaze giderleri; naaşı taşınması, yıkanması, kefenlenmesi, gerekli ise otopsi yapılması, cenaze töreni, dua masrafları ve defin işlemlerini kapsar. Eğer naaş başka bir yere defnedilecekse bunun için yapılacak yol masrafları da cenaze giderlerine dâhildir.

1.1.2.2. Ölüm hemen gerçekleşmemişse tedavi giderleri, çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar

Zarar görenin ölümü hemen gerçekleşmemişse ölüme kadar geçen süredeki tedavi masrafları talep edilebilir. Ölüme kadar geçen sürede çalışamama yüzünden uğranılan kazanç kaybı da mirasçılar tarafından talep edilebilir. Ölüm gerçekleştikten sonra da zarar veren, cenaze giderlerini ve şartları varsa destekten yoksun kalma zararlarından da sorumlu olur⁵⁶⁴.

⁵⁶³ EREN, Genel Hükümler, s.774.

⁵⁶⁴ EREN, Genel Hükümler, s.775.

1.1.2.3. Destekten yoksun kalma

Zarar gören kişinin bakmakla yükümlü olduğu kimseler onun ölümü sonrasında bu desteği kaybettikleri için zarara uğrarlar⁵⁶⁵. Ölenin yardımından faydalananlar, bu yüzden yoksun kaldıkları faydanın zarar verenden tazminini isteyebilirler⁵⁶⁶. Bu tazminata destekten yoksun kalma tazminatı adı verilir⁵⁶⁷. Destekten yoksun kalanlar TBK m.53 f.3 gereği bu zararları zarar verenden talep edebileceklerdir.

Destek, bir kimseye fiilen sürekli ve düzenli bir şekilde bakan ve hayatın olağan akışı gereği ileride de bakması kuvvetle tahmin edilen kişidir⁵⁶⁸. Destek olunan kişinin aile bireyi veya mirasçı olması şart değildir.

Destekten yoksun kalma tazminatına hükmedilmesi için öncelikle zarar verici fiil sonucu ölen kişi ile destekten yoksun kalan kişi arasında geçerli bir destek ilişkisinin varlığı gerekir⁵⁶⁹. Diğer bir şart olarak zarar görenin ölümünden sonra davacının yaşam düzeyinin düşmüş olması gerekir. Zarar görenin ölümünden sonra destek görenin eski hayat kalitesini sürdüremeyecek olması zararın varlığı için yeterli olup muhtaç duruma düşmüş olması gerekmez.

Destekten yoksun kalma tazminatının miktarı belirlenirken ölen kişi yaşıyorsa ne kadar miktarda yardımını ne kadar sürede sağlayacağı göz önünde bulundurulur. Yargıtay'ın yerleşmiş görüşü gereği, ölen kişinin ve destekten yoksun kalan kişinin bakiye ömrü, ölen kişinin aktif ve pasif dönemi, net geliri ve tazminattan indirilmesi gereken kalemler dikkate alınarak destekten yoksun kalma tazminatı hesaplanır⁵⁷⁰.

1.1.3. Maddi Tazminatın Belirlenmesi ve İndirilmesi

Maddi tazminat, zarar görenin veya yakınlarının zararını karşılamak amacıyla ödenir. Bu sebeple tazminat miktarı zarar kadar olmalıdır. Zararı aşan bir tazminat miktarının söz konusu olması durumunda zarar görenin zenginleşmesi söz konusu olacaktır ki bu durum tazminatın amacına ters düşmektedir⁵⁷¹.

⁵⁶⁵ OĞUZMAN/ÖZ, Cilt:2, s.102.

⁵⁶⁶ Kemal Tahir GÜRSOY, Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 29, Sayı:1(Mart 1972), s.142.

⁵⁶⁷ EREN, Genel Hükümler, s.775.

⁵⁶⁸ GÜRSOY, s.147; EREN, Genel Hükümler, s.777.

⁵⁶⁹ EREN, Genel Hükümler, s.777.

⁵⁷⁰ Burak PITIRLI, Ayşe Nur ALADAĞLI, Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 12, Sayı: 155 (Temmuz 2017) ,s.122.

⁵⁷¹ İPEKYÜZ, Tazminat, s.46 ; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt:2, s.114.

Tazminatın miktarı, kapsamı, ödenme biçimi durumun gereği ve özellikleri dikkate alınarak hâkim tarafından belirlenecektir⁵⁷². (TBK m.51 f.1)

Zarar aynen ya da nakden tazmin edilebilir. Aynen tazminde zararın para ödenmesi dışında bir yolla tazmini, nakden tazminde para ödenerek tazmini söz konusudur⁵⁷³. Uygulamada genellikle talepler nakden tazmin yönünde olmakta ve hâkim buna yönelik karar vermektedir⁵⁷⁴. Hekimin sorumluluğu açısından da nakden tazmin söz konusu olmaktadır.

Tazminat miktarının belirlenmesine ve gerekli hallerde indirilmesine yol açan birtakım etkenler mevcuttur⁵⁷⁵. Bunlar; failin kusur derecesi, zarar görenin rızası, zarar görenin kusur, failin yoksulluğa düşecek olması, beklenmedik hal ve zarar görenin bünyesinden kaynaklanan etkenlerdir⁵⁷⁶.

Zarar veren hekimin kusurunun derecesi tazminat miktarını etkileyecektir. (TBK m.51 f.1) Hekimin kusur derecesinin kast veya ihmal olmasına göre tazminat miktarı belirlenecektir. Belirlenen tazminat miktarının kusur derecesine göre matematiksel bir oradan indirilmesi söz konusu olmamakla birlikte hâkim kusur oranını dikkate alıp ona göre miktarı tayin edecektir⁵⁷⁷.

Zarar görenin rızası tazminat miktarının indirilmesine sebep olabilir. Zarara sebep olan fiil zarar görenin hayat ve beden bütünlüğüne yönelik ise zarar görenin rızası fiili hukuka uygun hale getirmeyecektir⁵⁷⁸. Bu durumda zarar görenin rızası hukuka aykırı olsa da tazminatın indirilmesi hususunda dikkate alınabilecektir. Hastanın vermiş olduğu rızanın sınırı hekim tarafından aşılmışsa eğer aşmış olduğu kısım için oluşan zararından sorumlu olacaktır.

Zarar gören, makul bir kişiden beklenen davranışlara aykırı olarak davranıp zararın meydana gelmesinde veya artmasında etkili olmuşsa bu durum tazminat miktarı belirlenirken dikkate

⁵⁷² Yargıtay 4. HD., E. 2012/10712 K. 2013/9325 T. 22.5.2013 : “...Şu durumda, davacının iyileşme süresine ilişkin rapor alınarak ve bu sürede asgari ücret düzeyinde gelir elde edeceği de kabul edilerek geçici iş göremezlik zararı belirlenmeli, yine tedavi belgeleri getirtilerek bu kalem zararının tespiti için bilirkişi incelemesi yapılmalı, bu halde dahi bir sonuca ulaşılamaması durumunda ise, BK'nun 42. maddesi uyarınca zararın kapsamı tayin edilerek hüküm altına alınmalıdır...” (Lexpera, E.T: 25.02.2019)

Yargıtay 4. HD, 25.11.2004, 5153/13368, : “Ancak, olayın gelişimi ve sair olgular gözetildiğinde tazminattan indirim yapılarak kısmen hükmedilmesi gerekirken davanın tümünden reddi dosya kapsamı ile usul ve kanuna aykırı olup bozmayı gerektirmiştir.” (HAKERİ, cd eki.)

⁵⁷³ TANDOĞAN, Mesuliyet, s.253-254.

⁵⁷⁴ OĞUZMAN, ÖZ, Cilt:2, s.116.

⁵⁷⁵ EREN, Genel Hükümler, s.785.

⁵⁷⁶ OĞUZMAN/ÖZ, Cilt:2, s.119-129; İPEKYÜZ, Tazminat, s.46; EREN, Genel Hükümler, s.785.

⁵⁷⁷ OĞUZMAN/ÖZ, Cilt:2, s.120.

⁵⁷⁸ EREN, Genel Hükümler, s.787.

alınacaktır⁵⁷⁹. Hasta, estetik müdahale sonrası hekimin talimatlarına uymayıp zararın artmasına sebep olmuşsa tazminat miktarının indirilmesi gerekir. Hekimin kusuru olmaksızın hastanın hekimin talimatlarına uymayıp zararı oluşturması halinde hekim sorumlu olmayacaktır.

Tazminat miktarı belirlenirken dikkate alınacak bir diğer unsur zarar verenin yoksulluğa düşüp düşmeyeceği hususudur. Zarar verenin kusur hafif ise ve tazminat miktarı onu yoksulluğa düşürecekse indirim yapılabileceği TBK m.52 f.2’de hüküm altına alınmıştır. Buna göre kusuru hafif olarak tayin edilen hekim belirlenen tazminat miktarının ödenmesiyle yoksulluğa düşecekse tazminat miktarında indirim yapılabilecektir⁵⁸⁰. Zararın oluşumuna hekimin kusuruyla birlikte beklenmedik hal de etki etmişse bu durum tazminatın indirilmesine sebep olabilir⁵⁸¹. Beklenmedik halin zarar ile hareket arasındaki illiyet bağıını kesmesi halinde ise sorumluluk söz konusu olmayacaktır.

1.2. Manevi Tazminat

Kişilik hakkının ihlal edilmesinden zarar gören kişinin uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat adı altında bir miktar para ödenmesini talep edebileceği TBK m.58’de hüküm altına alınmıştır. Madde devamında hâkimin bu tazminat miktarının ödenmesi yerine diğer bir giderim biçimine karar verebileceği ifade edilmiştir.

Manevi tazminatın amacı kişilik hakkına hukuka aykırı tecavüzden doğan acı, elem ve ıstırapın giderilmesidir⁵⁸². Manevi tazminata hükmedilebilmesi için birtakım şartlar vardır. Bunlar;

- Bir kimsenin kişilik hakkına hukuka aykırı bir tecavüzün varlığı,
- Kişilik hakkı tecavüze uğrayanla zarar gören kişinin aynı kişi olması,
- Bir manevi zararın varlığı,
- Kişilik hakkına tecavüz ile manevi zarar arasında nedensellik bağının varlığı,
- Tazminat yükümlüsünün kusurlu davranışı.

⁵⁷⁹ EREN, Genel Hükümler, s.788.

⁵⁸⁰ EREN, Genel Hükümler, s.791.

⁵⁸¹ OĞUZMAN/ÖZ, Cilt:2, s.128.

⁵⁸² OĞUZMAN/ÖZ, Cilt:2, s.258; Mehmet ÜNAL, Manevi Tazminat ve Bu Tazminat Çeşidinde Kusurun Rolü, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 35, Sayı: 1 (Ocak 1978) , s.401.

Kişinin hayatı, sağlığı ve beden bütünlüğünün, özgürlüğünün, onur ve saygınlığının, özel hayatının gizliliğinin vb. haklarının tecavüze uğraması kişilik haklarını ihlal anlamına gelir⁵⁸³. Konumuz açısından bakacak olursak sağlık ve beden bütünlüğünün ihlali kişilik hakkının ihlali anlamına gelecektir. Hekimin sorumluluğu için hastanın sağlığına ve beden bütünlüğüne karşı yapılmış bir ihlalin olması gerekir.

Kişilik hakları ihlale uğrayan kişi ile zarar gören kişi aynı kişi olmalıdır. Örneğin; estetik müdahale sonucu yüzünde kötü bir iz kalan mankenin kişilik haklarının ihlali kabul edilebilirken bu mankenin annesi, babası veya eşinin kişilik haklarının ihlali kabul edilemez. Kişilik hakkı ihlal edilen kişinin yakınlarının da acı, keder ve ıstırap çektiği kabul edilebilir. Fakat onların haklarına karşı yapılmış bir ihlal söz konusu olmadığından manevi tazminata hak kazanacaklarını söylemek isabetli olmayacaktır. Ancak TBK m.56 f.2 hükmünde ağır bedensel zarar veya ölüm halinde zarar görenin yakınlarının da manevi tazminat talep edebileceği hüküm altına alınmıştır. Yakınların da manevi hak talebinde bulunabilmesi için zarar görenin bedensel zararı ağır nitelikte olmalıdır. Zarar görenin ölümü halinde bedensel zararın ağır olması halinde de manevi tazminata karar verilirken halin özelliğini manevi tazminatı gerektirmesi şartı aranır⁵⁸⁴. Örneğin, estetik müdahale sırasında hekimin kusurlu hareketi sonucu hayatını kaybeden kişinin yakınları manevi tazminat talebinde bulunabilecektir.

Manevi zararın oluşabilmesi için kişilik haklarına tecavüzün acı, elem ve ıstırap yaratmış olması gerekir. Her ihlal acı, elem ve ıstırap yaratmayacaktır. Estetik müdahaleler açısından özellikle yüz bölgesinde yapılan kusurlu operasyonların hastaya manevi anlamda acı, elem ve ıstırap yaratacağının kabulü gerekir. Burada hastanın manken olması veya yüzüyle para kazanmasının önemi yoktur. Manken olması veya yüzüyle para kazanması halinde manevi tazminat miktarının daha yüksek takdir edilmesi gerekecektir.

Manevi tazminat miktarı hâkim tarafından takdir edilecektir. Hukukumuz açısından tazminat bir zenginleşme aracı olmadığından dolayı, manevi tazminat miktar belirlenirken çekilen acı ve elemi hafifletecek olması dikkate alınmalıdır. Belirlenecek tutar zarar ile orantılı olmalıdır⁵⁸⁵.

⁵⁸³ ÜNAL, s.411; AYAN, Borçlar Hukuku, s.323 ; İPEKYÜZ, Tazminat, s.36.

⁵⁸⁴ OĞUZMAN/ÖZ, Cilt:2, s.288-289.

⁵⁸⁵ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 23.06.2004, 13-291/370 “...Manevi tazminatın miktarını tayin etme hâkimin takdirine bırakılmış bir konu olmakla beraber, hükmedilecek miktarın uğranılan zararlar orantılı, duyulan acıyı hafifletecek nitelikte olması gerekir. Takdir edilecek manevi tazminat hakkaniyete uygun olmalıdır. Manevi tazminat bir ceza olmadığı gibi mamelek hukukuna ilişkin zararı karşılaması da amaç edinmemiştir. Kusurlu olana yalnız hukukun ihlalden dolayı yapılan bir kötülük de değildir. Aksine zarara uğrayanda bir huzur duygusu doğurmalıdır. Tazminatın sınırı onun amacına uygun olarak belirlenmelidir. Manevi tazminatın takdiri yapılırken

Söz konusu acı, elem ve ıstırapın hekimin kusurlu hareketi sonrası meydana gelmiş olmalıdır. Zarar ile hareket arasında bir nedensellik bağı yoksa veya hekim kusurlu değilse sorumluluktan söz edilemeyecek dolayısıyla manevi tazminat söz konusu olmayacaktır.

1.3. İspat Yüğü

Maddi, manevi tazminat davalarında ispat bakımından genel kural olan iddia eden ispat eder kuralı geçerlidir. (TMK m.6) Hasta, maddi/manevi tazminat talebine dayanak teşkil eden bütün hususları ispatlamakla yükümlüdür. Hekimin fiilinin sözleşmeye/hukuka aykırı olduğunu, hekimin kusuru olduğunu, bundan kaynaklanan maddi ve manevi zararı olduğunu ve zararın hekimin hareketinden kaynaklandığı ispatlamakla yükümlüdür.

1.4. Zamanaşımı

Maddi ve manevi tazminat taleplerine ilişkin davalardaki zamanaşımı süreleri tazminat talebinin hangi ilişkiden kaynaklandığına göre değişiklik gösterecektir. Sözleşmeden kaynaklanan tazminat taleplerinde vekalet sözleşmesinden kaynaklanan bir tazminat talebi var ise beş yıllık zamanaşımı söz konusu olacaktır. Eser sözleşmesinden kaynaklanan tazminat talepleri için genel olarak beş yıllık zamanaşımı süresi uygulanacaktır. TBK m.147/6 ve m.478 uyarınca ayıplı eser sebebiyle açılacak davalarda taşınır eserler için iki yıl, taşınmazlar için beş yıl; yüklenicinin ağır kusuru halinde eserin niteliğine bakılmaksızın 20 yıllık zamanaşımı süresi öngörmektedir. Estetik müdahaleler ne taşınır ne taşınmaz eser olarak kabul edilmeyip ayrı bir yapıda olduğu için iki yıllık zamanaşımı süresi söz konusu olmayacaktır. Hekimin ağır kusuru halinde 20 yıl diğer hallerde ise 5 yıllık zamanaşımı süresi söz konusu olacaktır.

Vekaletsiz iş görmeden kaynaklanan tazminat talepleri TBK m.146 gereği genel zamanaşımı süresi olan 10 yıllık zamanaşımına tabidir. Cic sorumluluğu zamanaşımı içinse doktrinde ikili bir ayırım yapılmıştır. TBK’da açıkça düzenlenmiş cic sorumluluklarından kaynaklanan tazminat davalarında TBK m.146 gereği 10 yıllık zamanaşımı uygulanması gerektiği, TBK’da açıkça düzenlenmeyen veya başka kanunlarda düzenlenen cic sorumluluğundan kaynaklanan

tarafların sosyal ve ekonomik durumları gözetilmeli; manevi tazminatın miktarı bir taraf için zenginleşme aracı, diğer taraf için de yıkım olmamalıdır. Manevi tazminatın miktarının belirlenmesinde her olaya göre değişen özel hal ve şartlar gözetilmelidir... ” (HAKERİ, Tıp Hukuk CD Eki)

tazminat talepleri içinse haksız fiil sorumluluğu olan 2 yıllık zamanaşımı süresinin uygulanması gerektiği öne sürülmüştür.⁵⁸⁶ Bu görüş doğrultusunda hekimin cıc sorumluluğuna 2 yıllık zamanaşımı süresi uygulanacaktır.

Haksız fiilden kaynaklanan tazminat talepleri zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her halde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar⁵⁸⁷. Ancak, tazminat ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa bu zamanaşımı uygulanır.

Haksız fiilde 2 yıllık süre, zarar görenin zararı ve zarar vereni öğrendiği tarihten itibaren başlar⁵⁸⁸. Hastanın zararı öğrendiği tarih zamanaşımı için başlangıç olarak kabul edilecektir. Hastanın zararı tedavi sonrasında hekimin yaptığı muayenede ortaya çıkabileceği gibi sonradan da ortaya çıkabilir. Hasta estetik müdahalelerde hekimi özellikle kendisi seçtiği için zarar verenin öğrenilmesi açısından bir sorun yaşanmayacaktır. Bu durumda hasta açısından zamanaşımının başlaması için gerekli olan zararın öğrenilmesidir. Hastanın zararı hekim raporuyla ya da bilirkişi raporuyla belirlendikten sonra durumunda ağırlaşma olması halinde yeni bir zarar oluşursa yeni zarar için zamanaşımı süresi o tarihten itibaren başlar⁵⁸⁹.

Bedensel zararlar; tedavi giderleri, kazanç kaybı, çalışma gücünün azalmasından veya yitirilmesinden doğan kayıplar çeşitli kalemlerden oluşur⁵⁹⁰. Zarar görenin davayı açabilmesi bu kalemlerin tümünün öğrenilmesine bağlı olduğundan zamanaşımı süresi her bir kalem için ayrı ayrı değil en son zarar kaleminin öğrenilmesiyle toplam zararın belli olmasıyla başlar⁵⁹¹.

Haksız fiilde diğer bir süre on yıllık zamanaşımı süresidir. Hasta zararı daha geç öğrenmiş olsa da zararı gerçekleştiren fiilin olduğu tarihten itibaren on yıl geçmekle dava hakkı zamanaşımına uğrar. TBK m.72 f.1 son cümlesindeki ceza zamanaşımı süresinin uygulanabilmesi için ise hekimin sözleşmeyi ihlalinin aynı zamanda bir suç teşkil etmesi gerekmektedir. Bu hallerde TCK'da o suç için genel zamanaşımı süresinden daha uzun bir süre belirlenmişse o halde TCK'daki zamanaşımı süresi uygulanır⁵⁹².

⁵⁸⁶ GEZDER, Culpa, s.208.

⁵⁸⁷ EREN, Genel Hükümler, s.852.

⁵⁸⁸ REİSOĞLU, s.267; EREN, Genel Hükümler, s.852.

⁵⁸⁹ İPEKYÜZ, Tazminat, s.50.

⁵⁹⁰ İPEKYÜZ, Tazminat, s.50.

⁵⁹¹ EREN, Genel Hükümler, s.854.

⁵⁹² REİSOĞLU, s.269.

2. SORUMLULUKLARIN YARIŞMASI

Aynı olayın, hem sözleşmeden doğan hem de sözleşme dışı sorumluluk koşullarını sağladığı ve bununla beraber zararı birden çok kişinin gidermek zorunda kaldığı durumlar vardır⁵⁹³. Birden çok sorumluluk nedeninin tek bir olayda doğmasına sorumlulukların yarışması adı verilir⁵⁹⁴. Sorumlulukların yarışması hususu TBK m.60'ta düzenlenmiştir. Bir kişinin sorumluluğunun birden fazla sebebe dayanması halinde, zarar gören aksini istemiş olmadıkça hakim zarar görene en iyi giderim yolunu sağlayan sorumluluk sebebine göre karar verecektir.

Zarar verici olay çeşitli sorumlulukların doğması için gerekli koşulları sağlıyorsa, zarar gören istediği sorumluluk sebebine başvurarak zararını tazmin edebilecektir. Zarar görenin yani hastanın talebinin haksız fiile mi yoksa sözleşmeye mi dayandığının anlaşılamadığı hallerde iki sorumluluk koşulları da sağlanıyorsa sorumlulukların yarışması söz konusu olacaktır. Bu hususta sorumluluk sebebi TBK m.60 uyarınca hakimce belirlenecektir. Yarışan haklardan birinin kullanılmasıyla istem konusu elde edilmiş olur, böylelikle diğer hak ortadan kalkar⁵⁹⁵. Sözleşmeden ve haksız fiilden doğan hakların yarışması ve haksız fiilden ve sebepsiz zenginleşmeden doğan hakların yarışması söz konusu olabilir. Konumuz itibarıyla sadece sözleşmeden ve haksız fiilden doğan sorumlulukların yarışmasını inceleyeceğiz.

2.1. Sözleşmeden ve Haksız Fiilden Doğan Sorumlulukların Yarışması

Zararı meydana getiren olay hem sözleşmeden hem de haksız fiilden sorumluluğun şartlarını taşıyor olabilir. Bu durumda zarar gören iki sorumluluk türüne de başvurup zararını tazmin edebileceği için hakların yarışması söz konusu olacaktır⁵⁹⁶.

İki hakkın yarışmasından söz edebilmek için birtakım şartların mevcut olması gerekir. Öncelikle zarar veren ile zarar gören arasında bir sözleşme ilişkisinin varlığı şarttır. Bununla birlikte zarar verme ile sözleşme ilişkisinin yüklediği yükümlülüğün ihlali arasında bir bağ bulunmalı, zarar verici olay ve eylem sözleşmenin de ihlali sonucunu ortaya çıkarmalıdır⁵⁹⁷.

⁵⁹³ Mustafa Reşit KARAHASAN, *Sözleşmeden Doğan Sorumluluk*, İstanbul: Beta, 6. Baskı, 2003, s.65.

⁵⁹⁴ KARAHASAN, *Sözleşme*, s.65; Asım KAYA, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Sorumluluk Sebeplerinin Yarışması, *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 1, Sayı: 2 (Ekim 2016), s.207 ; Ömer Faruk KARACABEY, *Hakların Yarışması*, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı:6 (1980), s.667.

⁵⁹⁵ KARAHASAN, *Sözleşme*, s.67.

⁵⁹⁶ KARACABEY, s.673.

⁵⁹⁷ A.g.e, s.673.

Sözleşmeden doğan yükümlülüğün ihlali ile zararı meydana getiren olay aynı zamanda haksız fiil niteliği taşımaktadır. Sözleşmesel sorumluluk şartları ile haksız fiil sorumluluğu şartlarının aynı anda gerçekleşiyor olması gerekir. Örneğin, hekimin estetik müdahale sırasında sözleşmeye aykırılık sebebiyle hastaya vermiş olduğu zarar aynı zamanda hastanın beden bütünlüğüne yönelik olduğundan haksız fiil de teşkil edecektir. Bu durumda hekimin sözleşmeden doğan sorumluluğu ile haksız fiil sorumluluğu yarışacaktır.

Sorumlulukların yarıştığı bu noktada çözülmesi gereken birkaç sorun ortaya çıkacaktır. Hasta zararının tazmininde hem haksız fiile hem de sözleşmeye dayanabilir mi? (çifte tazminat) Sözleşme sorumluluğuna ilişkin hükümler özel nitelikte olduğu için önce ona mı başvurulması gerekir?⁵⁹⁸

Hasta aynı anda hem sözleşmeye hem de haksız fiile dayanarak çifte tazminat talep edemez. Tazminatın zararı geçmemesi ilkesi ve zenginleşme amacı taşımaması açısından doğru olmayacaktır⁵⁹⁹. Şartları gerçekleştiği takdirde hasta ister sözleşme sorumluluğuna ister haksız fiil sorumluluğuna başvurabilecektir. Hastanın hangi sorumluluk sonucuna başvurduğu anlaşılmıyorsa ya da bunun belirlenmesini hakim takdirine bırakmışsa TBK m.60 uyarınca sorumluluk sebebi hakim tarafından belirlenecektir.

Hastanın zararını tazmin etmesi bakımından sözleşme sorumluluğuna başvurması onun için daha avantajlı olacaktır. Sözleşme sorumluluğunda kusursuz olduğunu ispat yükü hekimin üzerindedir. Haksız fiilde hasta hekimin kusurlu olduğunu ispat etmelidir. Sözleşmeden kaynaklanan sorumlulukta zamanaşımı süresi 5 yıl, haksız fiilde ise zarar verenin öğrenilmesinden itibaren 2 yıl ve her halde 10 yıldır. Eser sözleşmesinden kaynaklanan sorumlulukta hekimin ağır kusuru var ise zamanaşımı süresi 20 yıl olacaktır. Yardımcı kişilerden sorumluluk anlamında haksız fiil sorumluluğu için TBK m.66 sözleşme sorumluluğu için TBK m.116 uygulanır. TBK m.116'da hekim yardımcı şahsın eyleminin kendisi için dahi kusurlu sayılamayacağını ispat ederse sorumluluktan kurtulacaktır. TBK m.66'da adam çalıştıran gerekli özeni gösterdiği ispat ederse sorumluluktan kurtulur. Tüm bunlar dikkate alındığında hastanın sözleşme sorumluluğuna başvurması onun yararına olacaktır.

⁵⁹⁸ A.g.e, s.675.

⁵⁹⁹ A.g.e, Sözleşme, s.71.

3. SORUMLULUĞUN SINIRLANDIRILMASI VE SONA ERMESİ

3.1. Sorumsuzluk Anlaşması

Sorumsuzluk anlaşması, tarafların karşılıklı irade beyanlarıyla kurulan, borçlunun sorumluluğunun sınırlandırılabilirdiği veya tamamen ortadan kaldırabilirdiği sözleşmedir⁶⁰⁰. Taraflar sözleşmeyi yaparken sorumsuzluk şartı ekleyebilecekleri gibi sonradan da bu konuda anlaşabilirler⁶⁰¹. Borcun doğumundan sonra yapılan bu yönde bir anlaşma sorumsuzluk anlaşması niteliği taşımayacak, bir sulh veya ibra sözleşmesi niteliğinde olacaktır⁶⁰². Sözleşme özgürlüğü ilkesinin gereği olarak taraflar sözleşmenin içeriğini serbestçe belirleyebilecekleri gibi sorumluluğa ilişkin hükümleri de belirleyebileceklerdir⁶⁰³. Akdi sorumluluk sorumsuzluk anlaşması ile ortadan kaldırılabilir olsa da haksız fiil sorumluluğu kamu düzenini koruyor olması sebebiyle sorumsuzluk anlaşması ile ortadan kaldırılamaz.

3.1.1. Hekimin Kendi Kusuruna İlişkin Sorumsuzluk Anlaşması

TBK m.115'te borçlunun kendi davranışından kaynaklanan sorumluluğuna ilişkin sorumsuzluk anlaşmalarını düzenlenmiştir. Buna göre borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına dair önceden yapılan anlaşma kesin hükümsüz olacaktır. (TBK m.115 f.1) Ağır kusur ifadesi şüphesiz ki borçlunun kastı ve ağır ihmali ifade etmektedir⁶⁰⁴. Ağır kusurda sadece sorumluluğu bertaraf eden değil, tazminat miktarını sınırlandıran anlaşmalar da hükümsüz olacaktır.

TBK m.115 f.2 gereğince taraflar arasında hizmet sözleşmesinden kaynaklanan bir borç ilişkisi söz konusu olduğunda sorumsuzluğa ilişkin yapılan anlaşmalar hükümsüz olacaktır.

Sorumluluk, kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülen bir hizmet, meslek veya sanat faaliyetinden doğuyorsa borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşmalar geçersiz sayılacaktır.(TBK m.115 f.3) Hekimlik mesleği izinle yürütülen ve yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülen bir meslek olduğundan dolayı bu madde

⁶⁰⁰ ÖZAY, s.136; Ömer Oğuzhan MERAL, Türk Borçlar Kanunu ve Türk Medeni Kanunu Kapsamında Sorumsuzluk Anlaşmalarının Geçerliliği, *DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan, C:19, (Özel Sayı-2017), s.1144; Numan TEKELİOĞLU, Sorumsuzluk Anlaşmalarına İlişkin Bir Yargıtay Kararı İncelemesi, *SDÜHFD*, Cilt:6, Sayı:1-2 (2016), s.4 ; EREN, Genel Hükümler, s.1108.

⁶⁰¹ OĞUZMAN/ÖZ, Cilt:2, s.410.

⁶⁰² OĞUZMAN/ÖZ, Cilt:2, s.410.

⁶⁰³ MERAL, s.1143 ; ÖZAY, s.136.

⁶⁰⁴ TEKELİOĞLU, s.12.

kapsamındadır⁶⁰⁵. Buna göre hekim hafif kusurundan kaynaklanan sorumluluğuna ilişkin sorumsuzluk anlaşması yapamayacaktır. TBK m.115 f.1 gereğince zaten ağır kusurundan dolayı da sorumsuzluk anlaşması yapılamıyordu. Bu sebeple hekimin kast, ağır ihmali ve hafif ihmeline ilişkin olarak yapılacak sorumsuzluk anlaşmaları geçersiz kabul edilecektir⁶⁰⁶.

3.1.2. Yardımcı Şahısların Kusuruna İlişkin Sorumsuzluk Anlaşması

TBK m.116'da yardımcı şahısların kusuruna ilişkin sorumsuzluk anlaşması düzenlenmiştir. Bu maddeye göre: “Borçlu, borcun ifasını veya bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasını, birlikte yaşadığı kişiler ya da yanında çalışanlar gibi yardımcılarına kanuna uygun surette bırakmış olsa bile, onların işi yürüttükleri sırada diğer tarafa verdikleri zararı gidermekle yükümlüdür.” Maddenin devamında yardımcı kişilerin fiilinden doğan sorumluluğun önceden yapılacak bir anlaşmayla tamamen veya kısmen ortadan kaldırılabileceği hüküm altına alınmıştır. Buna göre yardımcı kişilerin ağır kusurundan dahi sorumlu olmayacağına dair anlaşma yapılabilecektir⁶⁰⁷.

Madde devamında TBK m.115 f.3'te olduğu gibi yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülen uzmanlık gerektiren bir meslek veya hizmetin icrasını içeren borçlarda, borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olmayacağına ilişkin yapılacak anlaşma hükümsüz olacaktır. Buna göre hekimin tedavi ve tıbbi müdahale süresince kullandığı yardımcı kişilerin kusuru ile hastaya zarar vermesi sonucu hem yardımcı kişiler hem de hekim sorumlu olacaktır. Buna ilişkin yapılacak sorumsuzluk anlaşmaları hükümsüz olacaktır.

3.2. Hastanın Rızası

Hastanın rıza tıbbi müdahaleyi hukuka uygun kılan sebeplerden biridir. Rızanın hukuken geçerli sayılabilmesi için hastanın ilgili tıbbi müdahale konusunda yeteri kadar aydınlatılmış olması gerekir⁶⁰⁸.

Rıza, tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hale getiren bir sebep olmakla birlikte aynı zamanda sorumluluğu azaltacak veya ortadan kaldıracak bir sebeptir. Hastanın rızası hekimin

⁶⁰⁵ EREN, Genel Hükümler, s.1112.

⁶⁰⁶ DEMİR, s.247.

⁶⁰⁷ TEKELİOĞLU, s.16.

⁶⁰⁸ ÇAKMUT, s.224.

sorumluluğunun sınırı çizmektedir⁶⁰⁹. Hastanın rızasının olduğu müdahaleler açısından hekimin zararı söz konusu olsa dahi sorumluluğu olmayacaktır. Ancak hastanın rızasına rağmen söz konusu zarar bir suç teşkil ediyorsa bu durumda hastanın rızasının hekimin sorumluluğuna bir etkisi olmayacaktır. Hekim rızaya rağmen sorumlu olacaktır.

Estetik müdahale açısından bakacak olursak, hastanın uygun olmayan talebi doğrultusunda hekim hastanın burnunu olması gerekenden küçük yapmış ve hasta bundan dolayı nefes alamıyorsa burada hastanın rızası sorumluluğu azaltan bir etkiye sahip olacaktır. Çünkü hekim hastanın tıp bilimine uygun olmayan talebiyle böyle bir sonucun gerçekleşeceğini ön görmesi gerekiyordu. Buna rağmen tıbbi müdahalede bulunmasında sorumluluğu olacaktır fakat hastanın buna göstermiş olduğu rıza dikkate alınarak tazminat miktarından indirip yapılabilecektir.

3.3. Zorunluluk Hali

Hekim, bazı durumlarda hastanın zarara uğramasını önlemek için halin getirmiş olduğu durum sonucunda kusurlu davranışlarda bulunabilmektedir. Bu durum tıbbi müdahalenin yer ve zaman bakımından uygun olmaması, müdahalenin yeteri kadar steril olarak yapılmaması, özen yükümlülüğüne aykırılık olarak karşımıza çıkabilmektedir⁶¹⁰.

Hekimin bu zor durumlara rağmen hastasını iyileştirmeye çalışması sonucunda oluşabilecek zararlardan sorumlu olmayacaktır. Böyle bir durumda hekim sorumlu olsa dahi tazminat miktarı buna göre daha az takdir edilebilecektir. Örneğin, uçakta seyahat ettiği sırada fenalaşan bir yolcuya yardım eden hekim ortamın müsait olmaması sebebiyle hastaya müdahalede bulunurken hastanın enfeksiyon kapması durumunda sorumluluğu zorunluluk hali göz önüne alınarak tayin edilecektir.

Estetik müdahaleler açısından zorunluluk hali mümkün olamayacağı için, bu tür müdahaleler açısından sorumluluğun azaltılması veya kaldırılması söz konusu olmayacaktır.

⁶⁰⁹ BAYRAKTAR, s.123.

⁶¹⁰ ÖZAY, s.141.

4. SONUÇ

Plastik cerrah ile hasta arasındaki hukuki ilişkinin hangi sözleşmeye tabi olduğuna ilişkin doktrinde çeşitli görüşler ortaya atılmıştır. Böylesine önemli ve her zaman gündemde olan bir konunun çözümü için şüphesiz ki birtakım yargısal düzenlemelere ihtiyaç vardır. Fakat bu düzenlemeler gerçekleştirilinceye kadar doktrinde bu soruna ilişkin olarak ortaya atılmış görüşlerin birleştirilip ortak bir çözüm haline getirilmesi gerekliliği mevcuttur.

Öncelikle estetik müdahalelerin günümüzde gelmiş olduğu bu noktada artık bu tür müdahalelerin hukuka uygun olduğunun kabulü gerekir. Dünya Sağlık Örgütü sağlıklı kişinin ruhen ve bedenen iyi olma hali olarak tanımlamaktadır. Kişinin ruh ve beden sağlığı ayrılmaz bir bütündür. Bu sebeple kişinin ruhuna iyilik sağlayan her müdahale tedavi amacını gerçekleştirecektir. Bu doğrultuda estetik müdahalelerin hukuka uygunluğu açısından bu müdahaleleri türlerine ayırıp değerlendirmek yanlış olacaktır. Her tür estetik müdahale tedavi amacını taşıdığı ve bu sebeple de hukuka uygun olduğu görüşündeyiz.

Hekim ile hasta arasındaki hukuki ilişkinin genel anlamda bir vekâlet sözleşmesi olduğu görüşündeyiz. Ancak estetik müdahaleler açısından her durumda bunun doğru olmadığını düşünmekteyiz. Estetik amaçlı tıbbi müdahalelerde hekim ile hasta arasındaki hukuki ilişkinin belirlenmesinde somut olaya göre yani estetik müdahalenin türüne göre ayırım yapılması gerektiği kanaatindeyiz.

Bedensel rahatsızlıkları giderme amacı taşıyan plastik ve rekonstrüktif cerrahi işlemlerinde (yüz tümörleri, sinir yaralanmaları vb.) fiziksel rahatsızlığı giderme amacı ön planda olduğundan, hekim genellikle bir sonuç taahhüt etmediğinden dolayı vekâlet sözleşmesi hükümlerine tabi olduğu görüşündeyiz. Fakat plastik ve rekonstrüktif cerrahi işlemleri bazen hem fiziksel rahatsızlığı giderme hem de estetik bir görünüm verme amacı taşımaktadır. (tavşan dudak, yüz tümörleri vb.) Bu tür işlemlerin söz konusu olduğu durumlarda ise somut olaya göre değerlendirme yapılması gerektiğini düşünmekteyiz. Hem tedavi hem de dolaylı tedavi amacı taşıyan işlemlerin bir arada olduğu durumlarda somut olayda tedavi amacının mı yoksa güzelleştirme amacının mı ön planda olduğuna bakılmalıdır. Tedavi amacı ağır basıyor ise vekalet sözleşmesi hükümlerinin, güzelleştirme amacı ağır basıyor ise hukuki ilişkinin eser sözleşmesi kabul edilmesi gerektiği görüşündeyiz. Burada amacın hangisi olduğuna ilişkin tespitin hastanın talepleri doğrultusunda belirlenmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

Ruhsal rahatsızlıkları giderme amacı taşıyan ve salt güzelleştirme amacı taşıyan estetik müdahaleler açısından ise plastik cerrahlar bir sonuç taahhüt etmektedir. Bu sonuç taahhüdü illa ki sözlü olarak bir sonucun taahhüt edilmesi anlamına gelmemektedir. Bu taahhüt hekim tarafından hastaya ameliyat sonrası muhtemel fotoğrafları göstermek, daha önce yaptığı ameliyatlara ilişkin fotoğrafları göstermek, ameliyat sonrası meydana gelecek şeklin maketini yapmak, üç boyutlu olarak ameliyat sonrasını tasarlamak ve bunu hastaya göstermek şeklinde de olabilir. Bu sebeple bu tür taahhüt içeren işlemlere eser sözleşmesi hükümleri uygulanması gerektiği görüşündeyiz.

Bedensel rahatsızlığı giderme amacı taşıyan estetik müdahaleler ve ruhsal rahatsızlıkları giderme amacı taşıyan müdahaleler söz konusu olduğunda plastik cerrah tarafından hastaya karşı hiçbir taahhütte bulunulmuyor ise burada vekalet sözleşmesi hükümlerinin uygulanmasından söz edebiliriz. Ancak estetik cerrahinin günümüzde geldiği nokta sebebiyle pratikte bu durumun çok da mümkün olmayacağı görüşündeyiz. Ülkemizde plastik cerrahi çok fazla geliştiği için hekimler arasında daha fazla işlem yapmak ve haliyle daha fazla para kazanmak amacıyla rekabet söz konusudur. Bu sebeple de hekimler her geçen gün daha fazla hasta çekebilmek için yeni pazarlama yöntemleri geliştirmektedir. Üç boyutlu görsel oluşturma, maket hazırlama bunlardan biridir. Bütün bunlar sebebiyle herhangi bir yöntemle taahhütte bulunmayan hekim hayli gelişmiş olan bu plastik cerrahi dünyasında tutunamayacağının kabulü gerekir. Fakat yine de tüm bunlara rağmen hekim tarafından böyle bir taahhütte bulunulmuyorsa eğer vekalet sözleşmesi hükümlerinin uygulanması gerekir.

Bu açıklamalar doğrultusunda estetik müdahalelere uygulanan sözleşmenin hukuki niteliği ister eser ister vekâlet sözleşmesi olsun, sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getirmekle yükümlüdür. Hekim bu yükümlülüklerinin yanında hekimlik sözleşmesinden ve meslek kurallarından kaynaklanan yükümlülüklerini de yerine getirmekle yükümlüdür. Hekim ile hasta arasındaki hukuki ilişkinin sözleşme dışı işlemlerden birine dayanması halinde de hekim bu sözleşme dışı ilişkiye uygulanan kanunlar ve meslek kurallarına uymakla yükümlüdür. Hekim tüm bu yükümlülüklerini özenle yerine getirmelidir. Aksi halde duruma uygun sözleşme uyarınca veya sözleşme dışı işlem uyarınca sorumlu olacak ve hastaya vermiş olduğu zararı tazmin etmekle yükümlü olacaktır.

KAYNAKÇA

- AKINTÜRK, T., ATEŞ KARAMAN, D. (2013). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri*. İstanbul: Beta.
- AKYILDIZ, S. (2016). *Sağlık Hukuku Rehberi*. Ankara: Seçkin.
- AKYILDIZ, S ve diğerleri (2013) *Tıp Hukuku Atölyesi - I*, Ankara: Seçkin.
- ALTUN, Z. (2018). Hekimin Vekâletsiz İş Görmeden Kaynaklanan Sorumluluğunun İncelenmesi. *Tıp Hukuku Dergisi*. C.7. S.14.
- ANTALYA, G. (2012). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt.1*. İstanbul: Beta. (*Borçlar Hukuku*)
- ARIKAN, Ö., ORUÇ,Y., YAMAN,M.(2018) Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, *Tıp Hukuku Dergisi*, Cilt:7, Sayı:14.
- ARINCI, A. (2015). *Estetik Cerrahide Hekimin Hukuki Sorumlulukları ve Bu Sorumlulukların Eser Sözleşmesi Kapsamında Değerlendirilmesi*. (Yayımlanmamış yüksek lisans tezi). Özyeğin Üniversitesi/ Sosyal Bilimler Enstitüsü. İstanbul.
- AŞÇIOĞLU, Ç. (1982). *Doktorların Hukuki ve Cezai Sorumluluğu*. Ankara.
- AŞÇIOĞLU, Ç. (1993). *Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar*. Ankara. (*Tıbbi Yardım*)
- ATABEK, R., SEZEN, M. (1954). Hekimin Mesuliyeti. *İstanbul Barosu Dergisi*. C.XXVIII. S.2.
- ATABEY, A. (2015). Estetik ve Plastik Cerrahi Nedir?. <https:f.f.makale.doktorsitesi.comf.estetik-ve-plastik-cerrahi-nedir> adresinden erişilmiştir.
- ATEŞ, T. (2012). *Hekimin Cezai ve Hukuki Sorumlulukları*. İstanbul. Nobel Tıp Kitabevleri.
- AVCI, A. (2015). Türk Borçlar Kanununda Yüklenicinin Sadakat ve Özen Borcu. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*. S.119
- AVCI, M.Ö. (2016). Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Şahsen İfa Borcu. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*. C.22. S.3. s.303-322.
- AYAN, M. (2016). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Seçkin Yayıncılık. (*Borçlar Hukuku*)

- AYAN, M. (1991). *Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk*. Ankara: Kazancı.
- BAYRAKTAR, K. (1972). *Hekimin Tedavi Nedeniyle Ceza Sorumluluğu*. İstanbul.
- BELGESAY, M.R. (1953). *Tıbbi Mesuliyet*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.
- BÜYÜKAY, Y. (2004). Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü. *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*. S.1-2.
- ÇAKAL, A. (2018). *Türk Özel Hukukunda Tıbbi Müdahalede Rıza*. Ankara: Seçkin.
- ÇİLİNGİROĞLU, C. (1993). *Tıbbi Müdahaleye Rıza*. İstanbul: Filiz.
- ÇİMEN, H. (2018). Türk Dünyasında Sağlık Turizmi. *Karadeniz Uluslararası Bilimsel Dergi*.2018. S.40.
- DEMİR, M. (2008). Hekimin Sözleşmeden Doğan Hukuki Sorumluluğu. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. C: 57 S:3. s.225-252. (Makale)
- DEMİR, M. (2018). *Hekim ve Hastane Yönünden Tıbbi Sorumluluk Hukuku*. Ankara: Yetkin
- DEUTSCH, E. (1979). Özellikle Deneysel Tıp Açısından Hekimin Sorumluluğu. (Çev. İ. YAZMAN). *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. C.XXXVI.
- DOĞANCI, D.E. (2014). Vekâlet Sözleşmesinin Hukuki Niteliği ve Benzer Hukuki İlişkiler ile Karşılaştırılması. *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. C. 2. S.1. s.95-131.
- DURAL, M. (2008). Hekimin Sorumluluğu ve Mesleki Sorumluluk Sigortası. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*. C.14. S.4.
- EREN, F. (2017). *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Yetkin.
- EREN, F. (1975). *Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İliyet Bağı Teorisi*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları. (İliyet Bağı)
- EREN, F. (2016). *Borçlar Hukuk Genel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayıncılık. (Genel Hükümler)
- ERMAN, B. (2003). *Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu*. Ankara: Seçkin
- ERSÖZ, K. (2010). Tıbbi Müdahale Kavramı ve Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Şartları. *Terazi Hukuk Dergisi*. 5 (45)
- TSEN, 16372 (2015) Estetik Cerrahi Hizmetleri, Türk Standartları Enstitüsü. Ankara.
- GEZDER, Ü. (2009). *Türk-İsviçre Hukukunda Culpa in Contrahendo Sorumluluğu*. İstanbul: Beta. (Culpa)

- GEZDER, Ü. (2016). Adam Çalıştıranın Sorumluluğu Karşısında Hastane ve Hekimin Hukuki Durumu (TBK M.66). *Tıp Hukuku Dergisi*. C.5. S. 9. (Adam Çalıştıran)
- GEZDER, Ü. (2014). Hekimin Yükümlülükleri. *Tıp Hukuku Dergisi*. 3(6). s.122-145.
- GÖKCAN, H.T. (2017). *Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk*. Ankara: Seçkin.
- GÜMÜŞ, M.A. (2012). Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt II. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- GÜNDAY, R. (2012). *Tıbbi Müdahale ve Tedavide Malpraktisten Doğan Hukuki Sorumluluk*. Ankara: Adalet Yayınları.
- GÜNERLİ, A., ALAN, E. (2010). Aydınlatılmış Onam. *Fasikül Hukuk Dergisi*. 2(4).
- GÜRELLİ, N. (1982). Hukuk Açısından Cerrahi Müdahalenin Sınırları, *İÜHFM Doğumunun 100. Yılında Atatürk'e Armağan*, C.XLV-XLVII. s.1-4.
- GÜRSOY, K.T. (1972). Destekten Yoksun Kalma Tazminatı. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. C.29. S.1. s.143-197.
- HAKERİ, H. (2018). *Tıp Hukuku*. Ankara: Seçkin.
- HAKERİ, H. (2014). Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Şartları. *Tıp Hukuku Dergisi*. 3 (6). (Makale)
- HAKERİ, H. (2009). Türkiye’de Sağlık Hukuku - Tıp Hukuku, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 6, Sayı: 2, Sayfa: 119-133. (Tıp Hukuku)
- HANCI, H. (2006). *Malpraktis Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu*. Ankara: Seçkin.
- HATEMİ, H. , GÖKYAYLA, E. (2017). *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*. 4.Bası. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- IŞIK YILMAZ, B. (2012). Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*. 24(98). s.389-410.
- İDİL, O. Tarih Boyunca Plastik Cerrahi. http://www.kozmetikcerrahi.com/estetik_tarih.htm.
- İNAL, H.T. (2016). Sağlık Hukukunda Vekâletin Gereği Gibi İfası. *Terazi Hukuk Dergisi*. C.11. S.119.
- İPEK, E. (2002). Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Özen Borcu. *İstanbul Barosu Dergisi*. C:81. S:2.
- JANIS, J.(2016). *Plastik Cerrahinin Temelleri*. (Çev. F.ÖZGÜR, M.ÇALIŞ). Ankara: Pelikan
- KARACABEY, Ö.F. (1980). Hakların Yarışması. *Ankara Barosu Dergisi*. S.6.

- KARAHASAN, M.R. (2003). *Sorumluluk Hukuku: Kusura Dayanan Sözleşme Dışı Sorumluluk*. İstanbul: Beta Yayıncılık. (Sorumluluk Hukuku)
- KARAHASAN, M.R. (2003). *Sözleşmeden Doğan Sorumluluk*. İstanbul: Beta.
- KAYA, A. (2016). 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Sorumluluk Sebeplerinin Yarışması. *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. C.1. S.2. s.207-228.
- KAYA, M. (2016). Estetik Müdahalelerde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğünün Kapsamı. *Terazi Hukuk Dergisi*. 11(117).
- KAYALI, Z. (1996). *Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Tıbbi Müdahaleler*. İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü. (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi). İstanbul.
- KICALIOĞLU, M. (2011). *Doktorların ve Hastanelerin Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Sorumlulukları*. Ankara: Adalet.
- KOCA, M., ÜZÜLMEZ, İ. (2011). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin.
- KÜÇÜKGÜNGÖR, E. (2011). Tıbbi Kayıtlarda Sır Saklama Yükümlülüğü. *Ankara Barosu III. Sağlık Hukuku Kurultayı*. Ankara: Ankara Barosu Yayınları.
- MERAL, Ö.O. (2017). Türk Borçlar Kanunu ve Türk Medeni Kanunu Kapsamında Sorumsuzluk Anlaşmalarının Geçerliliği. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan*. C.19. S. Özel Sayı. s.1139-1206.
- NOMER, H. (2012). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Beta.
- OĞUZMAN, K., ÖZ, T. (2017). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt:2*. İstanbul: Vedat Kitapçılık. (Cilt 2)
- OĞUZMAN, K., ÖZ, T. (2018). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1*. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- ÖZAY, M. (2006). *Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumluluğu*. Ankara: Yetkin.
- ÖZÇETİN, S., BALABAN, M. (2015). *Sağlık Hukuku*. Ankara: Seçkin.
- ÖZDEMİR, H. (2017). *Sağlık Hukuku Alanında Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi*. Ankara: Yetkin. (Sağlık Hukuku)

- ÖZDEMİR, H. (2018). Tıbbi Müdahalede Küçüğün Rızası (s.41-81) , Hakan Hakeri, Cahit Doğan (ed.) II. Uluslararası Tıp Hukuku Kongresi Bildirileri Kitabı, Ankara, Adalet Yayınevi, Aralık 2018
- ÖZEL, Ç. (2000). Türk Özel Hukukunda Sözleşme Dışı Sorumluluk Olgularına Genel Bakış. *Hacettepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*. C.18. S.2.
- PETEK, H. (2006). Güzelleştirme Amaçlı Estetik Ameliyatlardan Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 8(1).
- PITIRLI, B., ALADAĞLI, A.N. (2017). Destekten Yoksun Kalma Tazminatı. *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. C:12. S.155. s.115-163.
- REİSOĞLU, S. (2012). Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler. İstanbul: Beta.
- REYHANİ YÜKSEL, S. (2015). Hekimin Vekâletsiz İş Görmeden Doğan Sorumluluğu. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*. C.21. S.2.
- RUHİ, C., RUHİ, A.C. (2018). *Eser Sözleşmesi ve Eser Sözleşmesinden Kaynaklanan Davalar*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- SARIAL, E. (1986). *Sağlararası Organ Nakillerinden Doğan Hukuksal İlişkiler*. İstanbul: Kazancı.
- SİNDEL, E. (2016). Hekimin Haksız Fiil Sorumluluğu. *Terazi Hukuk Dergisi*. C.11. S.119. s.243-255.
- SOMER, P. (2011). Tıbbi Kayıtlar. *Ankara Barosu III. Sağlık Hukuku Kurultayı*. Ankara: Ankara Barosu Yayınları. s.526-553.
- ŞENÇELİKEL, T., ÖNER, S. (2017). Türkiye’de 2007-2014 Yılları arası Yaşam Ümidinin Farklı Yaşam Tablosu Hazırlama Yöntemleri ile Değerlendirilmesi, *Osmangazi Tıp Dergisi*.
- ŞENOCAK, Z. (2002). *Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı*. Ankara: Turhan Kitabevi. (Eser Sözleşmesi)
- ŞENOCAK, Z. (2011). Özel Hukukta Tıbbi Kayıtların Tutulmasından Sorumluluk. *Ankara Barosu III. Sağlık Hukuku Kurultayı*. Ankara. Ankara Barosu Yayınları. s.662-631.
- ŞENOL UZUN, P. (2014). Vekâletsiz İş Görmede İş Görenin Hukuki Durumu. *FSM İlmi Araştırmalar İnsan ve Toplum Bilimleri Dergisi*. S.3. s. 302-303.

- TACİR, H. (2015). Tıbbi Müdahaleler Karşısında Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı, *II. Ulusal Sağlık Hukuku “Tıbbi Müdahalenin Hukuki Yansımaları” Sempozyumu*. A. Altunkaş ve İ.S. Söğüt (Ed.). s.13-49. Ankara: Seçkin.
- TACİR, H. (2011). *Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı*, İstanbul: On iki Levha. (Hasta Hakkı)
- TANDOĞAN, H. (2012). *Özel Borç İlişkileri Cilt:2*. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- TEKELİOĞLU, N. (2016). Sorumsuzluk Anlaşmalarına İlişkin Bir Yargıtay Kararı İncelemesi. *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi*. C.6. S.1-2.
- TEKİNAY, S.S., AKMAN, S., BURCUOĞLU, H. (1993). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Filiz Kitabevi.
- TOK, A., GÜN TOK, S. (2016). Vekâlet Sözleşmesinde Vekilin Özen Borcu. *İstanbul Barosu Dergisi*. C.90. S.5.
- Uluslararası Estetik Plastik Cerrahlar Birliği (ISAPS) (2016), Estetik Operasyonların Dünyada Artışı 2016 yılı verileri. (www.isaps.org).
- ULUSLU, Ç.Ş. (2013). Hekimlik Sözleşmesinin Hukuki Niteliği. *İstanbul Barosu Dergisi*. C.87. S. 6. s. 273-285.
- UYGUR, A. (2009). *Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu*. (Yayımlanmamış doktora tezi). Ankara Üniversitesi/Sosyal Bilimler Enstitüsü. Ankara.
- ÜNAL, M. (1978). Manevi Tazminat ve Bu Tazminat Çeşidinde Kusurun Rolü. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. C.35. S.1. s.397-437.
- YALÇIN, H., ŞAHİN, A. (2017). Sorumluluk Hukuku ve Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Mesleki Sorumluluk Sigortası: Türkiye Üzerine Bir Uygulama. *Çukurova Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*. C.26. S.2. s.45-56.
- YAVUZ İPEKYÜZ, F. (2006). *Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi*. İstanbul: Vedat.
- YAVUZ İPEKYÜZ, F. (2015). Hekimin Tazminat Sorumluluğu. *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. C.20. S.33. (Tazminat)
- YAVUZ, C. (2008). Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na Göre "Kusursuz Sorumluluk" Halleri ve İlkeleri. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*. C.14. S.4. s.29-61. (Sorumluluk)

YAVUZ, C. (2016). *Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler*. İstanbul: Beta. 14.

YENERER ÇAKMUT, Ö. (2003). *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi*. İstanbul: Legal Yayıncılık.

YILMAZ, B. (2017). *Hekimin Hukuki Sorumluluğu*. Ankara: Adalet Yayınevi.

ZEVKLİLER, A. (1983). Tedavi Amaçlı Müdahalelerde Kişilik Hakkına Saldırının Sonuçları. DÜHFD. C. 1. S.1.

ZEVKLİLER, A., GÖKYAYLA, E. (2017). *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*. Ankara: Turhan kitabevi.

ZEYTİN, Z. (2006). Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü. *Türkiye Klinikleri J Med Ethics*.S.14. s.77-82. (Yükümlülük)

ZEYTİN, Z. (2014). Vekâlet ve Eser Sözleşmeleri, Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahaleleri Konu Edinen Sözleşme ilişkilerinin Nitelendirilmesi. *Tıp Hukuku Dergisi*. C.3. S.6.

ÖZGEÇMİŞ

KİŞİSEL BİLGİLER

Adı Soyadı: Zeynep ALTUN

Uyruğu: T.C.

Doğum Tarihi ve Yeri: 25 Kasım 1993, Trabzon

Elektronik Posta: altunzynep@gmail.com

EĞİTİM

Derece	Kurum	Mezuniyet Yılı
Lisans	Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi	2015

İŞ TECRÜBESİ

Tarih	Kurum	Görev
2016-	ALKA Hukuk & Danışmanlık	Kurucu Avukat
2015-2016	Omsan Lojistik	Stajyer Avukat

YABANCI DİLLER

İyi derecede İngilizce, başlangıç seviyesinde Almanca ve Flemenkçe.

YAYINLAR

Zeynep ALTUN, (2018). Hekimin Vekâletsiz İş Görmeden Kaynaklanan Sorumluluğunun İncelenmesi. Tıp Hukuku Dergisi. C.7. S.14.

Zeynep ALTUN, Merve KESKİN ORHAN, Hekimin Vekâletsiz İş Görmeden Kaynaklanan Sorumluluğunun İncelenmesi Poster Sunumu, Sakarya Üniversitesi 1. Sağlık Hukuku Sempozyumu, 30 Kasım 2018.

HOBİLER

Keman çalmak, fotoğraf çekmek, bisiklete binmek.