

T.C.
ÖZYEĞİN ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

PLASTİK REKONSTRÜKTİF ve ESTETİK CERRAHLARIN
HUKUKİ SORUMLULUĞU

Deniz Atar

Tez Danışmanı : Prof. Dr. Özlem Yenerer Çakmut

İstanbul, Mayıs 2019

İÇİNDEKİLER

GİRİŞ.....	1
------------	---

BİRİNCİ BÖLÜM

TEMEL KAVRAMLAR

I. KAVRAMLAR.....	3
1. Genel Olarak.....	Error! Bookmark not defined.
2. Tıbbi Müdahale	3
3. Hatalı Tıbbi Müdahale.....	3
4. Komplikasyon.....	5
5. Tıbbi Standart	7
6. Aydınlatma ve Rıza	9

İKİNCİ BÖLÜM

HEKİM İLE HASTA ARASINDAKİ HUKUKİ İLİŞKİNİN NİTELİĞİ

I. GENEL OLARAK

II. ESTETİK AMAÇLI MÜDAHALELERİN HUKUKA UYGUNLUK SORUNU.....	16
---	-----------

III. HEKİMİN HUKUKİ SORUMLULUĞUNUN NİTELİĞİ	21
--	-----------

1. Genel Olarak	21
2. Hizmet Sözleşmesi Görüşü	22
3. Vekalet Sözleşmesi Görüşü	24
4. Eser Sözleşmesi Görüşü.....	28
5. Sui Generis Sözleşme Görüşü.....	33
6. Görüşlerin Değerlendirilmesi.....	32

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

HEKİMİN SORUMLULUĞUNUN SEBEPLERİ VE SONUÇLARI

I. GENEL OLARAK	40
II. HEKİMİN SÖZLEŞMEYE AYKIRI DAVRANMASI	41
1. Genel Olarak	41

2. Teşhis Hataları	42
2.1. Anamnezin Alınması Ve Fiziki Muayene Sürecinde Hata	45
2.2. Gerekli Tetkiklerin Ve Testlerin Yapılmaması	46
3. Tedavi Hataları	47
3.1. Yanlış Tedavi Yöntemi	47
3.2. Hijyen Kurallarına Uymama.....	48
3.3. Vücutta Yabancı Madde Unutma	48
3.4. Taraf Seçiminde Yanılma	49
3.5. Yanlış İlaç Uygulama	49
3.6. Komplikasyonun Fark Edilmemesi	50
3.7. Hastanın Sevkinde Gecikme	51
4. Aydınlatma ve Rıza Hataları.....	51
5. Hastanın Yetersiz İzlenmesinden Kaynaklı Hatalar	52
III. HEKİMİN BORÇLARI.....	53
1. Eser Sözleşmesi Hükümleri Çerçevesinde Hekimin Borçları	53
1.1. Eser Meydana Getirme Borcu.....	53
1.2. Sadakat Ve Özen Borcu	54
1.2.1. Sadakat Borcu	54
1.2.2. Özen Borcu.....	55
1.3. Eseri Bizzat Yapma Borcu.....	57
1.4. Malzemeleri Temin Borcu Ve Bildirim Yükümlülüğü.....	58
1.5. Teslim Borcu.....	59
1.6. İşe Başlama Ve İş Yürütme Borcu	59
2. Vekalet Sözleşmesine İlişkin Hekimin Borçları	61
2.1. Talimata Uygun Davranma Borcu	61
2.2. Şahsen İfa Borcu.....	62
2.3. Sadakat Ve Özen Borcu	62
2.4. Hesap Verme Borcu.....	63
IV. HEKİMİN SORUMLULUĞUNUN UNSURLARI.....	63
1. Sözleşmeye Aykırı Davranma	63
2. Kusur	64

V. HEKİMİN SORUMLULUĞUNUN SONUÇLARI	68
1. Genel Olarak.....	68
2. Maddi Zarar	68
3. Manevi Zarar	70
4. Zamanaşımı.....	71
SONUÇ	72
KAYNAKÇA	75



KISALTMALAR

a.g.e.	: adı geçen eser
a.g.m.	: adı geçen makale
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBD	: Acıbadem Üniversitesi Sağlık bilimleri Dergisi
Biyotıp Sözleşmesi	: Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
Dpn.	: Dipnot
DEUHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
DÜHFD	: Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
DTD	: Dicle Tıp Dergisi
E.	: Esas
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
İÜHFD	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar
m.	: madde
RG	: Resmi Gazete
S.	: Sayı
s.	: sayfa
T.	: Tarih
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TDN	: Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi
TTBHMEK	: Türk Tabipler Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları

vd. : ve devamı
YİBGK : Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu
yy. : yüzyıl



ÖZET

Günümüzde tıp alanında meydana gelen gelişmeler, plastik rekonstrüktif ve estetik operasyonların daha basit bir şekilde gerçekleştirilmesini mümkün kılmış, bu operasyonların daha basit ve ulaşılabilir olması kişilerin bu alana yönelmesini yoğunlaştırmıştır. Artık plastik rekonstrüktif ve estetik operasyonlar, herkes tarafından kullanılan ve takip edilen bir tıp alanı halini almıştır. Estetik amaçlı talepler, yine bu alanı hekimler bakımından da rekabet alanına sokmuş, deyim yerinde ise bu alanda ciddi bir pazar oluşmuştur. Bu sebeple her ne kadar mevzuata aykırı olsa da, bu alanda görsel ve yazılı basın ile sosyal medya alanlarında ciddi reklamlar dahi verilmektedir.

Plastik rekonstrüktif ve estetik operasyonlarda sayısal olarak meydana gelen artış, aynı zamanda bu alanda meydana gelen tıbbi hataları da sayısal olarak artırmıştır. Bu hatalar sebebiyle kişilerin uğradığı zararların tazmini ise, hukuki olarak ayrı bir altyapı ve düzenlemeleri zorunlu kılmaktadır. Hal bu olmakla birlikte, mevcut mevzuatımızda doğrudan bu alana ilişkin normatif bir düzenleme bulunmamakta, bu alana uygun olduğu ölçüde Türk Borçlar Kanunu'nun hizmet, vekalet ve eser sözleşmesi özel hükümleri uygulanmaktadır.

Türk Borçlar Kanunu'nun özel hükümlerinin plastik rekonstrüktif ve estetik cerrahiden kaynaklanan uyuşmazlıklara uygulanmasına ilişkin olarak doktrin ve uygulamada farklı görüşler ortaya çıkmış olup, konu tam olarak netlik kazanmamıştır.

Çalışmamızda, plastik rekonstrüktif ve estetik cerrahlar ile hastalar arasındaki sözleşmelerin türü ve mahiyeti, hatalı tıbbi müdahaleler ve bu müdahaleler sebebiyle meydana gelen zararların tazmininde tarafların sorumluluğunun ne şekilde olacağı hususları, mevzuat, doktrin ve yüksek yargı uygulaması bakımından ele alınmıştır.

ABSTRACT

Nowadays, the developments in the field of medicine have made it possible to operate the plastic reconstructive and cosmetic surgeries much easier, and since these operations are now simpler and more accessible, people have applied to this field more excessively. Thus, the plastic reconstructive and cosmetic surgeries have become as a field of medicine that is used and followed by every person. Cosmetic purposes demands have induced medical doctors to compete each other in this field, and so to say that there has been a significant market in this field. Therefore, even it is contrary to the legislation, a serious number of advertisements have been making in visual and written media and social media.

On the other hand, the increase in the number of plastic reconstructive and cosmetic surgeries has increased also the number of medical errors and malpractices at the same time. In order to compensate the people suffering damages of such errors, special legal basis and regulations should be implemented. However, there is no normative regulation directly related to this field under existing legislation, and therefore, to the extent possible, the special provisions of service, agency and work agreements under the Turkish Law of Obligations have been applied to this field.

Different opinions have risen in doctrine and practice in connection with the applicability of the special provisions of the Turkish Law of Obligations to the disputes arising from the plastic reconstructive and cosmetic operations, and still, this subject is not clear.

In this study, the types and characteristics of the agreements between the patients and plastic reconstructive and cosmetic surgeons, and defective medical interventions and the indemnity liabilities of the parties in case of such medical interventions are examined with respect to the legislation, the doctrine and the applications of the higher jurisdiction.

GİRİŞ

Türk Borçlar Kanunu'nun özel hükümlerinin plastik rekonstrüktif ve estetik cerrahiden kaynaklanan uyuşmazlıklara uygulanmasına ilişkin olarak doktrin ve uygulamada farklı görüşler ortaya çıkmış olup, konu tam olarak netlik kazanmamıştır. Hekim ile hasta arasında kurulan ve hekimlik sözleşmesi olarak adlandırılan sözleşmenin türü, unsurları ve uygulaması doktrin ve uygulamada tartışmalıdır.

Hekim tarafından plastik rekonstrüktif ve estetik cerrahi alanı dışında yapılan her türlü tedavinin, hekim tarafından bir sonuç yükümlülüğü, yani eser meydana getirme borcu doğurmaması sebebiyle vekalet sözleşmesine ilişkin hükümlerin tatbikinde herhangi bir hata bulunmamakla birlikte, özellikle estetik operasyonlarda hastanın belirli bir neticeyi elde etme maksatlı olarak hekime başvurduğu hususu dikkate alındığında, estetik operasyonu gerçekleştiren hekim ve hasta arasındaki sözleşmeyi vekalet olarak adlandırmak doğru olmayacaktır. Bu sözleşmelerde hastanın amacı tedavi olma değil, estetik kaygılardır. Çalışmamızda, plastik rekonstrüktif ve estetik cerrahlar ile hastalar arasındaki sözleşmelerin türü ve mahiyeti, hatalı tıbbi müdahaleler ve bu müdahaleler sebebiyle meydana gelen zararların tazmininde tarafların sorumluluğunun ne şekilde olacağı hususları, mevzuat, doktrin ve yüksek yargı uygulaması bakımından ele alınmıştır.

Çalışmamızın birinci kısmında tıbbi uygulama hatalarına ilişkin kavramların tanımları açıklanmıştır.

İkinci kısımda, estetik amaçlı tıbbi müdahalenin hukuka uygun olup olmadığı, hasta ile hekim arasındaki sözleşmenin hukuki niteliği, hekimin sorumluluğunun hukuki sebepleri ve uygulamada sıklıkla karşılaşılan hekimin sözleşmeye aykırılık teşkil edebilecek davranışlarına ilişkin açıklamalara yer verilmiştir. Doktrinde, bir kısım yazarlarca salt güzelleşme maksatlı estetik amaçlı tıbbi müdahalelerin hukuka uygun olmadığı ileri sürülmekle birlikte, günümüzde estetik amaçlı müdahalelerin psikolojik bir ihtiyaç halini alması, hastanın sağlığını riske sokmayan, hukuka ve ahlaka aykırı olmayan ve rızaya dayanan müdahaleler olması sebebiyle kanaatimizce bu

operasyonları hukuka aykırı addetmek hatalı olacaktır. Hal bu olmakla birlikte, hasta ile hekim arasında kurulan sözleşme Kanunda tanımlanmadığından, bu tip uyuşmazlıklara Kanunda düzenlenen hangi hükümlerin uygulanacağı hususunda tartışma yaşanmaktadır. Çalışmamız kapsamında, Yargıtay uygulaması da nazara alınarak estetik amaçlı müdahaleler sebebiyle meydana gelen uyuşmazlıklarda, uyuşmazlığın türüne hangi hükümlerin uygulanacağına ilişkin açıklamalara yer verilmiştir. Görsel ve yazılı basında, hekimlerin hatalı tedavileri sebebiyle hastaların zarar gördüğüne ilişkin haberler yer almaktadır. Yine hekimlerin hatalı tedavileri sebebiyle aleyhlerine açılan dava sayıları da her geçen gün artmaktadır. Bu kapsamda çalışmamızda, hekimin sözleşmeye aykırılık teşkil eden eylemlerinin neler olabileceği hususunda tartışmalara yer verilmiştir.

Çalışmamızın üçüncü bölümünde ise, hekimin sözleşmeden doğan hukuki sorumluluğunun kapsamına ve sonuçlarına yer verilmiştir. Hekim ile hasta arasındaki ilişkinin mahiyeti, aralarındaki sözleşmenin türünü değiştireceğinden, uyuşmazlığa uygulanacak hükümler de bu sözleşmenin türüne göre değişiklik arz edecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

TEMEL KAVRAMLAR

I. TEMEL KAVRAMLAR

1. Tıbbi Müdahale

Tıp mesleğini etmeye yetkili kişi (hekim) tarafından doğrudan ya da dolaylı olarak hastanın vücut bütünlüğüne yönelik gerçekleştirilen her türlü faaliyete, tıbbi müdahale ya da tıbbi uygulama denilir¹. Kişinin doğuştan var olan veya sonradan bir etkiyle oluşan görünüm bozukluklarını düzeltmek veya vücudunda herhangi bir şekil bozukluğu olmamasına rağmen yalnızca güzel görünmenin sağlanması maksadına yönelik tıbbi müdahaleler ise estetik amaçlı tıbbi müdahalelerdir².

2. Hatalı Tıbbi Müdahale

Hatalı tıbbi müdahale, 1992 yılında gerçekleştirilen 44. Dünya Tabipler Birliği Genel Kurulu'nda; *"Hekimin tedavi sırasında standart uygulamayı yapmaması, beceri eksikliği veya hastaya tedavi vermemesi ile oluşan zarar"* şeklinde tanımlanmış olup, malpraktis olarak da ifade edilmektedir³. Kişinin bedensel, ruhsal ve fiziksel sorunlarının teşhisinde ve tedavisinde tıp bilimi kurallarına aykırı olarak gerçekleştirilen müdahaleler tıbbi müdahale hataları olarak adlandırılabilir.

Kötü uygulama anlamına gelen malpraktis, hekimin görevini hiç yapmaması, eksik ya da kötü ifa etmesi olarak tanımlanır. Hastanın hekime başvurup tedaviye başlamasından tedavinin sonlanmasına kadar ortaya çıkabilen ve hastaya zararı dokunan tıbbi kusur veya hatalardır⁴.

¹ Ayan, M., Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Kazancı, 1. Baskı, Ankara 1991, s.5.

² Petek, H., Güzelleştirme Amaçlı Estetik Ameliyatlardan Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk, DEUHFD, C. 8, S. 1, 2006, s.180.

³ Polat, M.O. / Pakiş, I., Tıbbi Uygulama Hatalarında Hekim Sorumluluğu, AÜSBD, C. 2, S. 3, 2011, s. 119 v.d.

⁴ Polat, M.O., Tıbbi Uygulama Hataları, Seçkin, 2. Baskı, Ankara 2015, s. 90.

Tıbbi uygulama hataları, sağlık meslek mensupları ve sağlık hizmetlerinde çalışan meslek mensuplarının hastaya önerileri ve/veya uygulamaları sonucu, hastalığın iyileşmesinin gecikmesinden hastanın ölümüne kadar geniş bir kapsamda değerlendirilir⁵.

01.02.1999 Yayın tarihli Türk Tabipler Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları (TTBHMEK) m.13'te⁶, malpraktis, "*bilgisizlik, deneyimsizlik ya da ilgisizlik nedeniyle bir hastanın zarar görmesi*" olarak ifade edilmiş, m.5'te ise, hekimin öncelik görevinin, hastalıkları önlemeye ve bilimsel gerekleri yerine getirerek hastaları iyileştirmeye çalışarak insanın yaşamını ve sağlığını korumak olduğu ve bu yükümlülüklerini yerine getirebilmek için gelişmeleri izlemesi gerektiği ifade edilmiştir. Bu metinden de anlaşıldığı üzere, tıbbi uygulamayı gerçekleştiren hekimin hastayı ihmal etmesi neticesinde hastanın zarar görmesi durumunda tıbbi uygulama hatası meydana gelmiş kabul edilir. Tıbbi uygulamayı gerçekleştiren hekimin, karşılaştığı olduğu tıbbi sorunla ilgili bilgisinin olmaması veya hekimin bilgi eksikliğinden dolayı kendisine güvenmemesi durumunda hiçbir şekilde tıbbi müdahalede bulunmaması, bilgisine güvendiği başkaca hekimden destek alması yahut tıbbi meselenin çözümü hususunda bilgisini arttıracak girişimlerde bulunması gerekir.

Tıbbi müdahale kavramının ulusalüstü ve ulusal düzenlemeler de çeşitli tanımları ve açıklamaları bulunmaktadır. Bu kapsamda; Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi (Biyotıp Sözleşmesi)⁷ m.4'de, "*Araştırma dahil, sağlık alanında herhangi bir müdahalenin, ilgili meslekî yükümlülükler ve standartlara uygun olarak yapılması gerekir.*"

2827 Sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun⁸ m.1'de, "*Bu Kanunun amacı, nüfus planlaması esaslarını gebeliğin sona erdirilmesi ve sterilizasyon ameliyelerini*

⁵Polat, M.O. / Pakiş, I., s. 119 v.d.

⁶http://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com_content&view=article&id=65:hekl-meslek-etkurallari&catid=4:t&Itemid=31 (e.t. 12.08.2018).

⁷RG, 09.12.2003 T. ve 25311 S.

⁸RG, 27.05.1983 T. ve 18059 S.

acil müdahale halleri ile gebeliği önleyici ilaç ve araçların temin, imal ve saptanmasına ilişkin hususları düzenlemektedir.”

21.01.2017 tarih ve 6771 sayılı Kanun m.16/E. hükmü gereğince yürürlükten kaldırılan Tıbbi Dentoloji Nizamnamesi m.13’de, *“Tabip ve diş tabibi, ilmi icaplara uygun olarak teşhis koyar ve gereken tedaviyi tatbik eder. Bu faaliyetlerinin mutlak surette şifa ile neticelenmemesinden dolayı, deontoloji bakımından muahaze edilemez. Tababet prensip ve kaidelerine aykırı veya aldattıcı mahiyette teşhis ve tedavi yasaktır. Tabip ve diş tabibi; teşhis, tedavi veya korunmak gayesi olmaksızın, hastanın arzusuna uyararak veya diğer sebeplerle, akli veya bedeni mukavemetini azaltacak her hangi bir şey yapamaz.”*

Hasta Hakları Yönetmeliği (HHY) md.11’de⁹, *“Hasta, modern tıbbi bilgi ve teknolojinin gereklerine uygun olarak teşhisinin konulmasını, tedavisinin yapılmasını ve bakımını istemek hakkına sahiptir. Tababetin ilkelerine ve tababet ile ilgili mevzuat hükümlerine aykırı veya aldattıcı mahiyette teşhis ve tedavi yapılamaz.”*, denilerek, tıp personeli tarafından yerine getirilecek tıbbi uygulamaların, mesleki yükümlülük ve standartlara uygun yapılması gerektiği belirtilmiştir.

Uluslararası ve ulusal mevzuatta da yer verildiği üzere, hekimin teknolojik ve güncel gelişmeleri takip etmeksizin, tıp bilimi kurallarına uymadan veya beceriksizce teşhis ve tedavide bulunması ve bunun neticesinde hastanın zarar görmesi durumunda tıbbi uygulama hatası meydana gelir. Bir uzman olarak hastaya müdahale eden ve hastaya müdahale etme hak ve yetkisi kendisinde bulunan hekimin, tıbbi uygulamaları bakımından kusur durumuna göre hukuki ve/veya cezai sorumluluğu bulunmaktadır.

3. Komplikasyon

Komplikasyon, tıbbi müdahale esnasında öngörülme, öngörülse dahi önlemeyen durum, istenmeyen sonuç olarak adlandırılmaktadır. Literatürde, komplikasyon yerine izin verilen risk kavramına da yer verildiği görülmektedir.

⁹ RG, 01.08.1998 T. ve 23420 S.

Hastalığın tedavisinde hastanın zarar görmesi, komplikasyon yahut tıbbi uygulama hatası neticesinde gelişebilir.¹⁰. Zararın komplikasyon olup olmadığı belirlenirken, müdahaleyi gerçekleştiren hekimin tıp bilimi kurallarına riayet edip etmediği, hastasını yeterince aydınlatıp aydınlatmadığı, daha önce kullanılan yöntemlerin uygulanıp uygulanmadığı ve gelişen teknolojiyi takip edip etmediği gibi kriterler göz önünde bulundurulur. Tıbbi uygulamayı gerçekleştiren, kendisi ile aynı yetkinlikte başka bir hekim tarafından gösterilmesi gereken özeni gösterildiği halde hasta zarar görmüş ise, meydana gelen bu zarar tıbbi uygulamanın bir sonucu olarak kabul edilir ve bu zarar sebebiyle hekimin sorumluluğuna gidilemez.

Hekimin uygulamış olduğu tıbbi müdahalede komplikasyonu bilmesi veya tedavinin ilerleyen aşamalarında komplikasyonun ortaya çıkması durumunda hemen önlem alması gerekir. Komplikasyonu fark edilememesi, fark edilmesine rağmen aktif bir harekette bulunulmayarak seyirci kalınması veya alınan önlemin tıp bilimi kuralları çerçevesinde değerlendirilecek türde olmaması durumunda hekimin tıbbi müdahale hatası gerçekleştirildiği kabul edilir¹¹.

Komplikasyon ve hata meydana gelen zararın öngörülüp öngörülememesi noktasında birbirinden ayrılmaktadır. Hekim, zararın meydana gelebileceğini öngörmesine rağmen bu zarar önlenemez türden ise komplikasyondan, önlenemez olmasına rağmen hekimden kaynaklı sebeplerle önlenmiyorsa hatadan bahsedilir. Diğer bir ifadeyle, komplikasyonda hekim zararın oluşabileceğini bilmekte, ancak hastanın iyileşmesi için göstermiş olduğu yüksek çabaya rağmen zararı önleyememektedir. Tıbbi müdahaleyi gerçekleştiren hekimin, tıp bilimi kurallarına uygun davranarak hareket edip teşhis ve tedavide güncel ve tıp dünyası tarafından kabul edilen usulleri uygulamasına rağmen hasta yine de zarar görürse, hekimin gereken dikkat ve özeni göstermiş olması sebebiyle meydana gelen zarar hukuken kabul edilebilir olduğundan, bu zarar nedeniyle hekimin de sorumluluğu söz konusu

¹⁰ Polat, Pakiş, s. 120.

¹¹ Hakeri, H., Tıp Hukukunda Komplikasyon Malpraktis Ayrımı, Toraks Cerrahisi Bülteni, Cilt 5, 2014,s. 23-28.

olmayacaktır¹². Yargıtay 2. CD., 20.11.1991 tarihli 10834 E., 11895 K¹³. sayılı kararında da bu husus açıkça vurgulanmıştır.

Önemle belirtmek gerekir ki, ortaya çıkan zararın komplikasyon olup olmadığının değerlendirilmesi yapılırken, tıbbi işlem uygulandıktan sonra tıp biliminin kabul etmiş olduğu başarı şansı ele alınmaktadır. Tıp bilimi kuralları çerçevesinde uygulanan işlem daha önce nadir olarak denenmiş ise, ortaya çıkan zararın komplikasyon olarak değerlendirilmesi mümkün olmayacaktır. Ancak, uygulanan işlem daha önce denenmiş ve yüksek oranda başarı elde edilmiş ise, uygulamayı yapan tıp personelinin beceriksizlik, ihmal vb. şekilde davranmaması kaydıyla ortaya çıkan zararın komplikasyon kapsamında değerlendirilmesi mümkündür. Bu noktada uygulanan tıbbi işlemin komplikasyon olarak değerlendirilebilmesi için önemli olan husus, tıbbi işlemi uygulayan hekim tarafından tüm risklerin hasta ve/veya yakınlarına ayrıntılı olarak izah edilerek usulüne uygun bir şekilde alınan aydınlatılmış onam alınmasıdır. Hastanın aydınlatılmış onamının alınması, yani kendisine gerçekleştirilecek tedavinin süreci ve olası tüm sonuçları hakkında bilgi verilmemiş olması halinde bir komplikasyonun varlığından bahsedilemez.

Hastada meydana gelen zarar neticesinde hasta tarafından hekim aleyhine dava açıldığında meydana gelen zararın hata mı yoksa komplikasyon mu olduğunun saptanması için hekim ile aynı yetkinlikte başkaca bir hekim bilirkişiden görüş alınmalı ve bu çerçevede karara varılmalıdır¹⁴.

4. Tıbbi Standart

1982 Anayasası m. 17/2’de, “*Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulamaz.*” denilerek, tıbbi zorunluluklar dışında kişilerin vücut bütünlüğüne müdahale edilemeyeceği açıkça vurgulanmıştır. Kişinin yaşamını,

¹² Yenerer Çakmut, Ö, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, Legal, 1. Baskı, İstanbul 2003, s. 248 vd.

¹³ www.kazanci.com (e.t. 12.06.2019)

¹⁴ Polat, s. 19.

sağlığını, vücut bütünlüğünü tehdit eden fiziksel veya ruhsal anomalilerin teşhisi, tedavisi, önlenmesi tıbbi zorunluluk kapsamında değerlendirilmektedir¹⁵.

Tıbbi standart, hekimin hedeflemiş olduğu tedavi amacına ulaşması için gerekli olan ve daha önce denenip ispatlanmış bulunan, hekim tecrübesi ve doğa bilimlerinin o anki ulaştığı düzeyi ifade etmektedir. Tıbbi Standart kavramı ile anlatılmak istenen, tıp biliminin genel olarak tanınip kabul edilmiş kuralları, başka bir ifadeyle denenmiş ve bilinen temel meslek kurallarıdır. Hekimlerin büyük çoğunluğunun aynı veya benzer vakalarda uygulamış olduğu metot, o uygulamanın tıp bilimince genel olarak bilinen ve tanınan bir kural olduğunu ortaya koyar¹⁶.

Hekimin, hatalı tıbbi müdahaleye mahal vermemesi için, öncelikle tedavide uygulayacağı yöntemi, tıp biliminin genel olarak tanınip kabul edilmiş, denenmiş ve bilinen temel meslek kurallarını esas olarak uygulaması gerekir. Hekimin hatalı tıbbi uygulamaya yol açmadan tedavi amacına ulaşması için denenerek ispatlanmış ve bilim kurallarına uygun tıbbi standardı yakalaması gerekir¹⁷. Hekimden beklenen, tedavi uygularken hastaları için en güncel ve tıp camiasında kabul gören müdahale yolunu seçmektir. Hekim, gerek tıbbi uygulama esnasında gerekse de uygulama sonrasında tıbben kabul görmüş metotları uygulamakla yükümlüdür. Hekim, tıbben kabul görmeyen ve/veya tıbbi deney aşamasında olan, diğer bir ifadeyle uygulanabilirliği genel kabul görmemiş olan bir yol izlerse, bu durumda cüretkar davranmış sayılacak ve tıbbi uygulama hatası yapmış kabul edilecektir.

Günümüzde tıp biliminin gelişmesi, tıbbi tedavilerin daha basit ve acısız bir şekilde gerçekleştirilmesinin mümkün olması, psikolojik ve sosyal nedenlerle tıbbi zorunluluk kavramının geniş yorumlanması gerekmektedir. Kanuna ve ahlaka aykırı nitelikte olmayan estetik müdahalelerde amaç hastanın yararına olacağından tıbbi zorunluluk şartının bu tür müdahalelerde varlığının kabulü gerekir.

¹⁵ Ayan, s. 9.

¹⁶ Ahşen Oktay, E., Serbest Olarak Ya da Özel Sağlık Kuruluşlarında Çalışan Hekimler Açısından Tıbbi Malpraktis ve Sonuçları, s.4.

http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_1183.htm (e.t. 25.08.2018).

¹⁷ Hakeri, H., Tıp Hukuku, Seçkin, 5. Baskı, Ankara, 2018, s. 545.

Hastalığın teşhisi, tedavisi ve tüm diğer tüm tıbbi işlemler tıbbi standarda uygun yapılmış, ancak yine de hastada zarar meydana gelmiş ise hekim uygulamış olduğu tıbbi uygulamadan sorumlu tutulamaz. Hekimin tıbbi standarda uygun davranıp davranmadığı, tıbbin uzmanlık alanları tarafından kurulan ulusal ve uluslararası kuruluş ve derneklerce kabul edilen kriterler dikkate alınarak uzman bilirkişiler tarafından ortaya konulabilecektir.

5. Aydınlatma ve Rıza

Tıbbi müdahale, hastalığın teşhis ve tedavi olmak üzere tüm sürecine ilişkin aydınlatılmasından sonra gerçekleştirilebilir¹⁸. Hekim tarafından gerçekleştirilen tıbbi müdahalenin hukuka uygun olması için, hastanın ve/veya belirli durumlarda yakınlarının açık bir şekilde rızalarının olması zaruri olup, bu müdahalenin hukuka uygun kabul edilebilmesi için de ilk koşuldur. Anayasa ile koruma altına alınan kişinin maddi ve manevi bütünlüğü ve rıza yakından ilgilidir. Rıza olmaksızın, bir kişinin vücut bütünlüğüne müdahale edilemez. Kişinin salt insan olması sebebiyle, yaşam hakkı ve maddi ve manevi bütünlüğüne ilişkin hakları vazgeçilemez, devredilemez ve sınırlanamaz haklardandır. Anayasa m.17 gereğince, tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz. Ancak, hastanın ve kamunun üstün yararının bulunduğu durumlarda hastanın rızası ile kişinin vücut bütünlüğüne dokunabilir. Hastanın rızasının hukuk düzeninde karşılık bulması için, gerçekleştirilmesi istenilen tıbbi müdahalenin sağlık kazandırma, tedavi, kişinin bozulan sağlığını korumayı veya iyileştirmeyi amaçlaması, diğer bir ifadeyle kişinin menfaatine olması gerekmektedir¹⁹. Bu noktada belirtmek gerekir ki, estetik amaçlı müdahale kişinin faydasına değil, zararına olacaksa bu tip müdahaleler hukuka aykırı kabul edilecektir²⁰.

Aydınlatılmış rıza, tıp etiğinin temel ilkelerinden olan özerklik ilkesine dayanmaktadır. Özerklik, bir kişi ya da topluluğun kendisine ilişkin konularda, kendi değerlerine dayanarak kararlar vermek ve bunları uygulamak üzere eylemlerde bulunma

¹⁸ Özsunay, E., Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları, s.32.

¹⁹ Yenerer Çakmut, s. 34.

²⁰ Oğuzman, M. K./ Seliçi, Ö./ Oktay Özdemir, S., Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler) Filiz Kitabevi, 2018, s. 178.

olanağı olarak tanımlanmaktadır. Bunun bir uzantısı olarak özerk kişinin, kendi sağlığına ilişkin tüm kararlara katılmasının koşulları sağlanmalıdır²¹.

Biyotıp Sözleşmesi m.5’de, herhangi bir tıbbi müdahalenin; hastanın müdahalenin amacı, niteliği, sonucu ve olası tehlikeler hakkında bilgilendirildikten sonra özgür iradesiyle muvafakatinden sonra gerçekleştirilebileceği belirtilmiştir.

HMEK m. 26’da, konulan tanı, önerilen tedavinin türü, süresi, başarı ihtimali ve risklerinin hastanın toplumsal, kültürel ve ruhsal durumuna da özen gösterilerek hastaya anlayabileceği bir dilde anlatılmasından sonra alınacak rızanın hukuka uygun olduğu düzenlenmiştir.

Gerek Biyotıp Sözleşmesi ve gerekse de HMEK düzenlemelerinde, teşhisin niteliği, önerilen tedavi yöntemleri, tedavi yöntemlerinin başarı şansı ve süresi, uygulanacak yöntemin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler, tıbbi sonuçları ve olası komplikasyonlar hususunda hastanın hekim tarafından aydınlatılması gerektiği belirtilmiştir. Tüm bu hususlar, hekimin aydınlatma yükümlülüğünün sınırlarını çizmektedir.

Rızanın geçerli olabilmesi için, tıbbi müdahale öncesinde hastanın vücut bütünlüğüne ne gibi müdahalelerde bulunulacağı ve hastanın bu müdahalenin sonuçları konusunda aydınlatılması gerekmektedir. Tıbbi müdahaleye hastanın rıza göstermesi, kişinin kendi geleceğini belirleme hakkından kaynaklanmaktadır²². Hekim tarafından gerçekleştirilecek tıbbi müdahaleye rıza kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olup, kural olarak rızanın hastadan alınması gerekir²³. Ancak, anlama ve isteme yeteneğine sahip olmayan kişilerin verdiği rıza hukuk düzenince geçerli kabul edilemeyeceğinden, bu kişilerin yerine kanuni temsilcilerinin rıza açıklamasında bulunmasıyla gerçekleştirilecek tıbbi müdahale hukuka uygun olacaktır²⁴.

²¹ http://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com_content&view=article&id=983:anam&catid=26:etik&Itemid=65 (e.t. 11.11.2018).

²² Tacir, H., Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011, s.118.

²³ Arpacı, A., “Özel Hukuk Açısından Tıbbi Müdahaleye Rıza Beyanı, Buna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Yolları”, YÜHFD C. VI S. 2 Y. 2009, s. 9.

²⁴ Yenerer Çakmut, s. 206.

HHY m.24 hükmünde, hastanın küçük veya kısıtlı olması durumunda velisinden veya vasisinden izin alınması, küçük veya kısıtlı hastanın velisinin veya vasisinin olmadığı veya bu kişilerin hazır bulunmadığı veya hastanın ifade gücünün olmadığı durumlarda ise rıza şartının aranmayacağı, ancak kısıtlı veya küçük hastanın mutlak suretle bilgilendirme sürecine katılımlarının sağlanması gerektiği ifade edilmiştir. Bu noktada amaç, küçüğün veya kısıtlının yararına hareket etmektir. Velinin veya vasisinin tıbbi müdahaleye izin vermemesi durumunda, çocuğun menfaati ve gelişmesi göz önüne alınarak hakim kararıyla tıbbi müdahale gerçekleştirilebilir (HHY m.24).

Rızanın geçerli olabilmesi için tıbbi müdahale öncesinde veya en geç tıbbi müdahale esnasında alınması gerekmektedir. Tıbbi müdahale sona erdikten sonra alınan rıza geçersiz olacaktır²⁵.

1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun²⁶ (TŞSTİDK) m.70 hükmünde rızanın şekli hususunda herhangi bir ayrıntıya yer verilmemiştir. HHY ve 2238 Sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun²⁷ bazı özel durumlarda rızanın mutlak suretle yazılı olması ve birtakım unsurları içermesi gerektiği ifade edilmiştir.

Doğabilecek olumsuz sonuçların sorumluluğu hastaya ait olmak üzere Kanunen zorunlu haller dışında hastanın tedaviyi durdurma ve reddetme hakkı bulunmaktadır. Bu hakkın kullanılması için öncelikle hekimin meydana gelebilecek sonuçları hastaya veya kanuni temsilcisine yahut hasta yakınına anlatması, buna rağmen tedavinin durdurulması veya reddinin istenilmesi halinde yazılı bir rıza beyanı alınması gerekmektedir (HHY m.25). Yine, mevzuatta öngörülen durumlar ile uyumsuzluğa mahal vermesi tibben muhtemel görülen tıbbi müdahaleler için rıza yazılı olarak alınır (HHY m.26).

2238 S. Kanun m.5 gereğince kendisinden organ ve doku alınacak kişinin en az 18 yaşını doldurmuş ve mümeyyiz olması, m.6 gereğince, iki tanık huzurunda açık, bilinçli ve etkiden uzak olarak önceden vermiş olduğu yazılı ve imzalı bir belgenin

²⁵ Yenerer Çakmut, s. 208 vd.

²⁶ RG. 14.04.1928 T. ve 863 S.

²⁷ RG. 03.06.1979 T. ve 16655 S.

yahut yine en az iki tanık huzurunda sözlü olarak ifade edip imzaladığı belgenin hekim tarafından onaylanması gerekmektedir²⁸. Aynı Kanun m.14 hükmünde ölüden organ ve doku naklinin şartları düzenlenmiştir. Buna göre, ölen kişi ölmeden önce resmi veya el yazılı bir vasiyetname yahut en az iki tanık huzurunda vücudunun tamamı, organ veya dokularının alınmasına yönünde rıza göstermişse nakil gerçekleştirilebilir. Görüldüğü üzere, bu durumda da mutlak suretle rızanın yazılı olması gerektiği belirtilmiştir. Kişi sağken herhangi bir şekilde beyanda bulunmamış ise, sırasıyla ölüm esnasında yanında bulunan eşi, reşit çocukları, ana veya babası veya kardeşlerinden birisinin, bu kişilerden hiç birisinin olmaması halinde ise herhangi bir yakının rızasıyla ölüden organ veya doku alınabilecektir.

Yukarıda da ifade edildiği, özellik arz eden tıbbi müdahaleler dışında rıza şekle bağlanmamıştır. Ancak, rızanın yazılı olarak yapılması ispat bakımından önem arz etmekte olup, yazılı olarak alınması malpraktis konulu dava ile karşı karşıya kalan hekimin, hastayı, tüm süreçlerle ilgili aydınlattığının güçlü bir kanıtı olacaktır. Uygulamada, hekimlerin alanlarıyla ilgili kurulan derneklerce yayınlamış matbu formlarını kullanarak hastalardan onam formu aldığı görülmektedir²⁹. Ülkemizde hekim başına düşen hasta sayısının çok olması, hekimlerin hasta başına ayırdıkları sürenin kısa olması nedenleriyle aydınlatma yükümlülüğü yeterince yerine getirilememektedir³⁰. Kanaatimizce, önceden hazırlanmış matbu formların imzalatılması suretiyle onam alınması, hekimin hastayı yeterince aydınlattığı hususunda güçlü bir kanıt olarak görülemez; zira, hasta ameliyata alındıktan sonra matbu formlarda yazan hususların dışında, matbu onam formlarını düzenleyen kişilerin öngöremediği birtakım başkaca yan etki veya nedenlerin gerçekleşmesi muhtemeldir. Bu nedenle, hekimin kendisine başvuran hastaya matbu onam formlarında yazmayan hususlar dışında bilgi vermesi durumunda, bu bilgilerin de ayrıntılı olarak onam formlarına ilave edilmesi, hekimlerin de menfaatine olacaktır.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 4.7.2018 T., 2016/25663 E. ve 2018/7615 K. sayılı kararında, ameliyat edilen hastanın hastalığın olası riskleri konusunda

²⁸ Yenerer Çakmut, s. 161.

²⁹ Y13. HD, 4.7.2018-2016/25663-2018/7615 ve Y13.HD, 15.9.2014-2013/26330-2014/27050

³⁰ Ozanoğlu, H.S., Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü, AÜHFD, C. 52, S. 3, 2003 s. 57.

aydınlatılmaması durumunda ameliyata ilişkin vermiş olduğu rızanın hekimi sorumluluktan kurtarmayacağı, yapılan müdahalenin hukuka aykırı olacağı ifade edilmiştir.

Her ne kadar, 1219 sayılı TŞSTİDK'da rızanın herhangi bir şekilde bağlı olmadığı belirtilmiş ise de, HHY m.26 hükmünde, uyuşmazlığa yola açması olası görünen tıbbi müdahalelerde rızanın yazılı bir şekilde alınması gerektiği belirtilmiştir. Bu Yönetmelikle, uygulamada yaşanan problemleri ortadan kaldırmak için bu şekilde bir düzenleme yoluna gidildiğini düşünmekteyiz. Hastanın olası zarar görmesi durumunda müdahalenin tıp kuralları çerçevesinde ve hukuka uygun olarak gerçekleştirildiğini ispat yükü üzerinde olan hekimlerin, aydınlatma yükümlülükleri yerine getirirken konulan tanı, önerilen tedavinin türü, süresi, başarı ihtimali ve riskleri hususunda hastaya ayrıntılı bilgi verdiğine ilişkin yazılı onam formu alması yerinde olacaktır.

Mesleki deneyim ve bilgisini de kullanarak kendisine güven duyan hastanın bozulan sağlığını düzeltmek için elinden gelen maksimum gayreti göstererek hastasını iyileştirmek için uğraş veren hekimin, kendi vücudu üzerinde gerçekleştirilecek müdahaleye olumlu ya da olumsuz karar verme yetkisine sahip hastasına, hastalığın teşhis ve tedavisi dahil tüm süreçle ilgili anlayabileceği bir dilde söyleme yükümlülüğü vardır³¹. Aydınlatmanın temel amacı, hastanın bilgi eksikliğini gidermektir. Kural olarak, hekim, tıbbi müdahaleye rıza gösterip göstermeme hususunda hastasının kararını etkileyebilecek tedavi süreci ve tedavi sonucuna ilişkin hususları hastasına bildirmelidir³². Hekimin hastayı aydınlatması neticesinde kendi vücudu üzerinde tasarruf hakkı bulunan hasta, vücuduna müdahale edilip edilmeyeceği noktasında karar verebilecek duruma gelecektir. Hekim tarafından gerekli aydınlatma yapılmaz ya da eksik yapılırsa, bilgi eksikliği bulunan hastanın hekime güveni azalacak, karar vermesi güçleşecek ve belki de vücudunda istenmeyen sonuçlar meydana gelmesi kaçınılmaz olacaktır. Bu şekilde bir zararın doğmaması için, hekim tarafından, tıp terminolojisi hakkında bilgisi olması beklenmeyen hastaya, anlayabileceği dilde, hastalığı teşhisi ve tedavisi ile ilgili bütün süreçler anlayabileceği bir dilde

³¹ Yenerer Çakmut, s. 224; Polat, O., Klinik Adli Tıp, Tıbbi Uygulama Hataları, Seçkin, 3.Bası, Ankara 2007, s. 223.

³² Oral, T., Ankara Barosu Dergisi, S. 2, 2011, s. 192.

anlatılmalıdır. Hekim, uygulayacağı müdahalenin amacını, niteliğini, sonuçlarını, tehlikelerini, olası komplikasyonlarını hastaya anlayabileceği dil ve şekilde ayrıntılı olarak anlatmaz, yani hastayı aydınlatmaz ise, hekimin tıbbi müdahalenin başarılı olup olmaması veya hekimin tıbbi müdahale hatası yapıp yapmamasından bağımsız olarak hekim hastaya karşı sorumlu olur³³.

Yargıtay 4. HD. 07.03.1977 T., 1976/6297 E. ve 1977/2541 K. sayılı kararında³⁴, karnındaki rahatsızlık sebebiyle hekime başvuran hastayı muayene eden hekimin baş parmağı ile hastanın kızlık zarının yırtılmasına sebep olduğu olayda, hastanın muayenenin muhtemel sonuçları hakkında bilgilendirilmemesi nedeniyle hekimin tazminat sorumluluğuna gidilebileceği belirtilmiştir.

³³ OEHLER, W. /Ünver, Y., Doktorun Sorumluluğu Bağlamında Hastanın Doktor Tarafından Aydınlatılması ve Bunun Hastanın Rızasıyla İlişkisi Hakkında Düşüncel, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 6, S. 2, 2009, s. 22.

³⁴ Savaş, H. Sağlık Çalışanlarının ve Sağlık Kurumlarının Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumlulukları, Seçkin, 1. Baskı, Ankara 2007, s. 365 vd.

İKİNCİ BÖLÜM

HEKİM İLE HASTA ARASINDAKİ HUKUKİ İLİŞKİNİN NİTELİĞİ

I. GENEL OLARAK

Hasta, yüzünün yanması, doğuştan bir bacağına kısa olması vb. gibi dış etkenler sebebiyle vücudunda meydana gelen görünüş bozuklukları düzeltirmek için hekime başvurmuş olabileceği gibi, burnunun büyük olması, kemerli olması, memesinin küçük olması gibi vücut bütünlüğü bakımından hiçbir şekil bozukluğu olmamasına rağmen sadece güzel görünme kaygısı ile hareket ederek kendisini çevresindeki insanlara yahut partnerine beğendirme maksadıyla vücudunda çirkinlik yarattığını düşündüğü görünüş kusurunu düzeltirmek için plastik rekonstrüktif ve estetik cerraha başvurabilir. Kamuoyunda, estetik amaçlı tıbbi müdahalelerin estetik kaygı ile yapıldığına yönelik çok yanlış bir anlayış mevcuttur. Bu noktada, çalışmamızda sıklıkla kullandığımız plastik rekonstrüktif ve estetik cerrahinin de kavramsal olarak izahının yapılması önem arz etmektedir. Estetik cerrahi, vücut yapısı itibarıyla normal olan ancak kişinin beğenmediği bir bölgesini yeniden şekillendirerek kişinin görünümünün değiştirilmesinde³⁵, , Rekonstrüktif cerrahi ise doğumsal ya da sonradan ortaya çıkan nedenlerle oluşmuş normal olmayan vücut yapıları üzerinde uygulanır³⁶. Estetik ve rekonstrüktif cerrahinin uğraş alanları, vücudun normal olup olmadığı kriterine göre belirlenir. Rekonstrüktif cerrahi ve estetik cerrahi uğraş alanı olarak farklı olsa da, bilim dalı plastik rekonstrüktif ve estetik cerrahi olarak adlandırılır ve farklı branşlar değildir. Diğer bir ifadeyle, zorunlu bir kusurun giderilmesi veya kusur olmaksızın düzeltme amaçlı gerçekleştirilecek tıbbi müdahalelerde, hastanın başvuracağı alan plastik rekonstrüktif ve estetik cerrahidir.

Görünüm itibarıyla kendisini rahatsız eden hastaların plastik rekonstrüktif ve estetik cerraha başvuru sebepleri, herkes tarafından görünen bölgeleri olabileceği gibi, yalnızca kendisini veya partnerinin görebileceği özel bölgeleri de olabilir. Bu noktada, estetik

³⁵ Belgesay, M.R., Tıbbi Mesuliyet, İstanbul 1954, s.75;

³⁶ Gökcan, H., Etik ve Hukuk İlişkisi Bağlamında Estetik Tıbbi Müdahaleler ve Cezai Sorumluluk, Terazi Hukuk Dergisi, C. 9, S. 93, 2014, s.121.

kaygıdan salt burun, dudak gibi bölgelerin rahatsızlığı anlaşılmalıdır. Bu sebeple, dış görünüş kaygısını nitelendirirken, hastanın vücudunda mahrem olarak nitelendirdiği bölgeler olabileceği de unutulmamalıdır. Nitekim vajinaya ve penise yapılan estetik müdahalelerin sayısı da oldukça fazladır. Esas anlamda, estetik kaygısı olan hasta, vücudunda kusur olarak gördüğü bölgelerini düzelttirerek toplum nezdinde itibar görme, sosyal çevresiyle barışmak veya kendini ruhsal açıdan rahat hissetmek istemektedir. Kendine bakışın iyi yönde değişmesi kişinin sadece toplum içinde değil, yalnız başına olduğunda da daha fazla kendi ile barışık, mutlu ve özgüvenli olmasını sağlar. Kendine bakışından memnun olan kişiler işlerinde daha verimli olur, ilişkilerinde kendilerini güvenli ve değerli hissederek diğer kişilere daha olumlu yaklaşır. Sonuç olarak, kişinin kendisi, çevresi ve hayatla olan ilişkisi daha sağlıklı ve verimli olacaktır. Hastanın kendisini ruhsal açıdan iyi hissetmesi altında yatan amaç, arkadaş ortamında daha güzel görünme, toplum nazarında kabul görme, kendisiyle barışık olma arzusu olabileceği gibi, ünlü olma veya ünlü ve tanınmış birine benzeme amaçlı da olabilmektedir.

Belirtmek gerekir ki, kişinin rahatsızlığı, aynı anda yaşadığı şekil ve işlev bozukluğu da olabilir. Bu durumdaki kişilere hem onarım hem düzeltme cerrahisi uygulanır. Kişinin hangi maksatla hekime başvurduğu, hekimin hukuki sorumluluğunun belirlenmesinde önem arz etmektedir.

II. ESTETİK AMAÇLI MÜDAHALELERİN HUKUKA UYGUNLUK SORUNU

Doktrinde estetik amaçlı tıbbi müdahalelerin nitelendirilmesinde bir görüş birliği bulunmamaktadır. Bu müdahaleler doktrinde, estetik amaçlı tıbbi müdahaleler, bedensel rahatsızlığı giderme amaçlı estetik müdahaleler, bedensel olmaktan ziyade ruhsal nitelikli rahatsızlıkları gidermeye yönelik estetik müdahaleler, salt güzelleştirme amaçlı estetik müdahaleler olarak üçe ayrılmaktadır.³⁷ Salt güzelleştirme amaçlı müdahalelerin hukuka uygun olup olmadığı yönünde görüş ayrılıkları bulunmaktadır.

³⁷ Arıncı, A., Estetik Cerrahide Hekimin Hukuki Sorumlulukları ve Bu Sorumlulukların Eser Sözleşmesi Kapsamında Değerlendirilmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2015, s. 22.

Doktrindeki baskın görüş³⁸, hangi sebeple olursa olsun estetik amaçlı müdahalelerin tıbbi müdahale kapsamında kaldığından hukuka uygun olduğu yönündedir. Ancak, salt estetik amaçlı tıbbi müdahalelerin tedavi amacı taşıması sebebiyle hukuka aykırı nitelik taşıdığını savunan görüşler de bulunmaktadır.

Çakmut'a göre; dış görünüm itibariyle herhangi bir sorunu bulunmayan kişi sırf zevki veya gelirini artırmak düşüncesiyle estetik operasyon yoluna başvuruyor ise, tedavi amacından bahsedilemeyeceğinden bu müdahale hukuka aykırıdır³⁹.

Sarial'a göre; estetik müdahaleler ve doku nakilleri tedavi amacı taşımadığından hukuka aykırı olacaktır⁴⁰.

Gürelli'ye göre; estetik cerrahide tedavi, acı dindirme ve koruma amacı bulunmadığından, bu tip müdahalelerin hukuka uygun olarak kabul edilmesi mümkün değildir⁴¹.

Petek'e göre; dolaylı da olsa tedaviyi amaçlamayan estetik ameliyatların hukuka aykırı sayılması gerekir⁴².

Vücut bütünlüğü, kişinin hem fiziki hem de ruhi değerlerinden oluşur⁴³. Kişi kendisini ruhsal yönden rahatsız hissediyorsa, ruh sağlığında yaşadığı problemlerin başkaca rahatsızlıklara da sebebiyet vermemesi için estetik maksatlı müdahale talep edebilir⁴⁴. Ruhsal ve fiziksel unsurlarda oluşan vücut bütünlüğünün korunması asıl olduğundan, kişinin ruh sağlığının mevcudiyeti için yaptırmış olduğu estetik müdahalelerin de hukuka uygun olduğunu söylemek yerinde olacaktır. Salt güzelleşme maksadıyla da olsa, hastanın sağlığını riske sokmayan, hukuka ve ahlaka aykırı olmayan

³⁸ Ozsunay, E., Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu, Sulhi Garan Matbaası, 1. Baskı, 1977, İstanbul, s. 100, Ayan, s. 34, Aşçıoğlu, Ç., Doktorların Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Olgaç Matbaası, 1. Baskı, Ankara, 1982, s. 42, Zevkliler, A., Tedavi Amaçlı Müdahalelerle Kişilik Hakkına Saldırının Sonuçları, S. 1, DÜHFD, 1983, s. 28-29.

³⁹ Yenerer Çakmut, s. 182.

⁴⁰ Sarial, E., Sağlık Arası Organ Nakillerinden Doğan Hukuksal İlişkiler, Kazancı Hukuk Yayınları, 1986, İstanbul, s. 75.

⁴¹ Gürelli, N. Hukuk Açısından Cerrahi Müdahalelerin Sınırları, <http://dergipark.gov.tr/iuhfm/issue/9084/113402> (e.t. 13.03.2019).

⁴² Petek, s. 185.

⁴³ Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s.176.

⁴⁴ Yenerer Çakmut, s. 181.

ve rızaya dayanan bu tip müdahalelerin hukuka uygun olduğunu belirtmek gerekir⁴⁵. Belirtmek gerekir ki, gerçekleştirilmek istenilen estetik müdahale, hiçbir şekilde Anayasa m.17 hükmüne aykırı olacak şekilde, kişinin vücut bütünlüğünü ve sağlığını bozacak mahiyette olmamalı, hastanın rızası bulunsa dahi, hekim önüne gelen her türlü estetik müdahale talebine olumlu karşılık vermemelidir⁴⁶. Bu tür durumlarda, hastanın rızası olsa dahi, gerçekleştirilen müdahale hukuka uygun olmayacağından, hekim estetik müdahaleden kaçınmalıdır.

Ayakta Teşhis Ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik'e⁴⁷ eklenen ek m.14 hükümlerinde, tıp merkezleri bünyesinde estetik amaçlı birimlerin kurulacağı ve bunlara faaliyet izin belgesinin verileceğinin belirtilmiş olması ve bu noktada kişinin hangi amaçla bu birime başvuracağına öneminin olmaması karşısında da, hangi sebeple olursa olsun, estetik amaçlı müdahalelerin tıbbi müdahale kapsamında değerlendirilebileceğini söylemek yerinde olacaktır.

Yargıtay kararlarında, estetik amaçlı müdahalelerin tıbbi müdahale kapsamında sayılacağı⁴⁸, bazı ayrıcalıklar dışında hekimlik mesleğinin uzmanlık nedeniyle sınırlandırılmasının söz konusu olamayacağı, bu sebeple genel cerrah tarafından gerçekleştirilen varis operasyonunun hukuka uygun olduğu yönünde içtihatlar bulunmakla birlikte⁴⁹, daha sonra Yargıtay 15. Hukuk Dairesi tarafından, estetik amaçlı müdahale gerçekleştiren hekimin tıp fakültesi mezunu ve hekimlik diplomasına sahip olmasının yeterli olmayacağı, burun estetiği ameliyatının genel cerrahi uzmanının

⁴⁵ Gökcan, s. 122.

⁴⁶ Gökcan, H.T., Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, Seçkin, 3. Bası, Ankara, 2017, s. 475.

⁴⁷ RG, 21.03.2014 T., 28948 S.

48 Y13. HD. 21.5.2012-2011/11359-2012/12808; Y15. HD. 14.1.2019-2018/5312-2019/139; Y15. HD. 19.11.2018-2018/4953-2018/4525 (www.kazanci.com e.t. 15.06.2019)

⁴⁹ Y4. HD, 06.05.1991-1991/5104-1991/429 (www.kazanci.com e.t. 15.06.2019) (Kural olarak ve bazı özel ayrıcalıklar dışında doktorluk mesleğinin “uzmanlık nedeniyle sınırlandırılması” söz konusu değildir. Bu nedenle genel cerrah olan davalının varis ameliyatı yapması hukuka aykırı değildir. Ancak kendi içinde özel uzmanlık dallarına ayrılmış alanda tıbbi müdahalede bulunurken, doktorun bu özel uzmanlık dalının gereği olan bilgiler ile araç ve gereçlere sahip olması gerekir. Bunlara sahip olmadan yapılacak tıbbî müdahaleden doğan zararlar hukuka aykırı bir hale gelebilir ve doktor kusuru nedeniyle sorumlu olur....)

alanına girmeyeceğinden bahisle, gerçekleştirilen tıbbi müdahalenin hukuka aykırı olacağı yönünde karar verilmiştir⁵⁰.

Günümüzde, özel uzmanlık alanına sahip olan plastik rekonstrüktif ve estetik cerrahların, estetik amaçlı müdahalelerin kendi görev alanına girdiklerini, diğer uzmanlık dallarında görev yapan hekimlerin estetik amaçlı tıbbi müdahale yapamayacağı hususunda görüş bildirmekte, diğer uzmanlık dallarında görev yapan hekimlerce de bu görüşlere karşı çıkmaktadır. Kulak burun boğaz dalında uzman bir hekimin gözle alakalı bir ameliyat yapamayacağı herkesçe bilinen bir durumdur. Uyuşmazlık, benzer görev alanlarına sahip cerrahların estetik amaçlı operasyon yapıp yapamayacağı noktasında toplanmaktadır⁵¹.

Hekimler alanında bu tip görüş ayrılıklarının yaşanmasının sebebi, estetik amaçlı operasyonların Devlet tarafından karşılanmaması ve estetik kaygı ile hareket eden kişilerce ödemenin kolaylıkla yapılması nedeniyle maddi kazancın artırılmasıdır. Hangi hekimin hangi operasyonu yapıp yapamayacağı konusunda herhangi bir yasal düzenleme bulunmadığından, bu tip tartışmaların devam edeceği kuşkusuzdur. Nitekim, Yargıtay 15. H.D. tarafından verilen, genel cerrahın burun estetiği yapamayacağı konusundaki kararı da bu tartışmayı daha da güçlendirecektir.

Sağlık Meslek Mensupları İle Sağlık Hizmetlerinde Çalışan Diğer Meslek Mensuplarının İş ve Görev Tanımlarına Dair Yönetmelik⁵² ile sağlık meslek mensupları ile sağlık hizmetlerinde çalışan diğer meslek mensuplarının iş ve görev tanımları düzenlenmiştir. Yönetmelik m.5/h hükmünde, “Yetkili kişilerce acil sağlık hizmeti ulaşana kadar almış olduğu eğitim doğrultusunda ilk yardım gereklerini yerine getirir.” denilerek, sağlık meslek mensuplarının yetkili kişilerce acil sağlık hizmeti ulaşana kadar almış olduğu eğitim doğrultusunda ilk yardım gereklerini yerine getireceği, yetkisine girmemesi durumunda ilkyardım dışında herhangi bir müdahale gerçekleştirilemeyeceği, tabip ve uzman tabiplerin, gerekli gördüğü durumlarda diğer tabiplerden konsültasyon isteyeceği ifade edilmiştir.

⁵⁰ Y15. HD, 7.1.2019-2018/5219-2019/46 (www.kazanci.com. e.t. 15.06.2019)

⁵¹ <https://www.ntv.com.tr/turkiye/yargitaydan-genel-cerrah-estetik-ameliyati-yapamaz-karari,8hXtMAxxq0u1Gm7NFuKmlQ> (e.t. 10.06.2019)

⁵² RG, 22.05.2014 T., 29007 S.

Yargıtay 15. H.D. tarafından verilen kararda genel geçer ifadelerle genel cerrahların burun estetiği yapamayacağı belirtilmiş, bu görüş bilimsel temellere dayandırılmamış, hangi hallerin bu kapsam dışında kalacağına ve/veya kalması gerektiğine ilişkin bir kriter belirlenmemiştir. Yargıtay tarafından herhangi bir kriter belirlenmediğinden ve davaya konu olayla ilgili bir karar verildiğinden, Yargıtay'ın bu kararını “plastik rekonstrüktif ve estetik cerrahlar dışında hiçbir cerrah estetik amaçlı operasyon yapamaz” olarak algılamak, yanlış bir değerlendirme olacaktır. Bu durumda, genel cerrahlar, acil müdahalede bulunulmasının gerektiği kaza sonrası meydana gelen uzuv kayıplarında veya kanser cerrahisinde görev almaktan kaçınabilir ki, bu durum hastanın menfaatine aykırı olur. Alanında uzmanlaşmış ve gerekli eğitimi almış olan uzmanların, sadece kendi görev alanına giren organla ilgili gerekli özeni gösterdikten sonra düzeltme dışında estetik operasyon yapmasında hukuken bir sakınca yoktur. Nitekim, Sağlık Bakanlığı Tıpta Uzmanlık Kurulu tarafından yayınlanan müfredatta⁵³, genel cerrahi ve plastik rekonstrüktif ve estetik cerrahi eğitiminde bası yaraları, meme cerrahisi sonrası rekonstrüktif cerrahi derslerinin verildiği görülmektedir. Bu durumda, her ki cerrah da aynı eğitimi almasına karşın, sırf Yargıtay kararından hareketle, genel cerrahın almış olduğu eğitime yönelik operasyonu gerçekleştiremeyeceğini söylemek eşitlik ilkesine aykırı olacaktır.

Yine, belirtmek gerekir ki, Yargıtay 15. HD. başkaca kararında⁵⁴; sağ üst kapağında hafif düşüklük olduğu yönünde şikayeti bulunan ve estetik cerrah tarafından ameliyat edilen hastanın şikayetinin giderilmemesi nedeniyle uğramış olduğu zararın tazmini talepli açmış olduğu davada, hastaya yapılan ameliyatın ayıplı olup olmadığı ve estetik cerrahın kusurlu olup olmadığı yönünden göz doktoru bir bilirkişiden, meme küçültme ameliyatında estetik cerrahın kusurlu olup olmadığına tespiti yönünden genel cerrah bir bilirkişiden rapor istenilmesine karar verilmiştir. Yargıtay tarafından, estetik ameliyatta göz doktorundan rapor istenilmesi gerektiği yönünde karar verilmesi, esas itibarıyla, her uyuşmazlığın kendine özgü olduğunu ortaya koymaktadır. Bu sebeple, yukarıda değinilen karardan yanlış sonuç çıkartılmamalı, plastik rekonstrüktif ve estetik

⁵³ <https://tuk.saglik.gov.tr> (e.t. 16.03.2019),

⁵⁴ Y15.HD, 10.04.2018-2018/472-2018/1457, Y15.HD, 21.06.2018-2018/2524-2018/2644. (www.kazanci.com e.t. 16.03.2019)

cerrah tarafından gerçekleştirilmese de, bazı tip estetik operasyonların alanında uzman diğer hekimlerce gerçekleştirilmesinin hukuka aykırı olmayacağını belirtmek isteriz.

Sonuç olarak, görüş ayrılığı yaşayan hekimlerin, birbirlerinden ayrılmaları yerine, hastanın üstün menfaatini düşünerek birlikte çalışmalarında, birbirlerinden konsültasyon istemelerinde fayda vardır.

III. HEKİMİN HUKUKİ SORUMLULUĞUNUN NİTELİĞİ

1. Genel Olarak

Hekimin hukuki sorumluluğunu doğuran sebepler, sözleşme öncesi görüşmelerden doğan sorumluluk (Culpa in Contrahendo), haksız fiil, vekaletsiz iş görme ve sözleşmelerdir⁵⁵. Çalışmamızda, yalnızca hekimin sözleşme sorumluluğuna değinilecektir.

Hekimlik sözleşmesi, serbest çalışan bir hekim ile bizzat hasta ya da onun temsilcisi arasında kurulan ve hekimi kendisine ödenecek bir bedel karşılığında tıbbi teşhis ve tedavi edimini yerine getirme yükümlülüğü altına sokan⁵⁶, açık veya örtülü irade beyanlarının açıklanmasıyla kurulan, edimin ifasıyla son bulan, tam iki tarafa borç yükleyen⁵⁷ rızai bir sözleşme türüdür⁵⁸. Bu sözleşme türü Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmemiş olup, kurulması herhangi bir şekil şartına bağlı değildir. Tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme türü olması hasebiyle, hekimin borcu, sözleşmenin diğer tarafı olan hastasının hastalığını tıp bilimi kurallarına uygun bir şekilde teşhis etmek, hastasının menfaatine en uygun olacak şekilde özenle davranarak tedavi etmek⁵⁹, hastanın borcu ise, bunun karşılığında belirli bir bedeli ödemektir.

⁵⁵ Özdemir, H., Hekimin Hukuki Sorumluluğu, EÜHFD, C. 11, S. 1, 2016, s. 33., Kıcalıoğlu, M., Yargı Kararları Işığında Doktorun (Hekimin) Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluğu, Terazi Hukuk Dergisi, , C. 1, S. 4, 2006, s. 25.

⁵⁶ Demir, M., Hekimin Sözleşmeden Doğan Hukuki Sorumluluğu, AÜHFD, C.57, S. 3, 2008, s. 226.

⁵⁷ Oğuzman M.K./ Öz, T., Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, s. 42.

⁵⁸ Özyay, s. 29.

⁵⁹ Bayraktar, K., Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul 1972, s. 33., Gözpınar Karan, G., Hastaya Sunulan Ayıplı Hizmetten Sorumluluk, Terazi Hukuk Dergisi, C. 13, S. 143, 2018, s.117.

Hekimlik sözleşmesi Kanun'da ayrıca düzenlenmediğinden, doktrinde, hizmet, vekalet, eser sözleşme türlerinden birine ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiğini savunan görüşler mevcut olduğu gibi, bu sözleşmenin sui generis bir sözleşme olduğu yönünde görüşler de mevcuttur. Aşağıda, doktrinde mevcut görüşlere ayrıntıları ile yer verilerek hekim sözleşmesinin kapsamı irdelenecektir.

2. Hizmet Sözleşmesi Görüşü

Hizmet sözleşmesi, TBK m. 393 hükmünde, işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle iş görmeyi, işverenin de işçiye zaman veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşme türü olarak tanımlanmıştır. Bu tanımdan hareketle, bir sözleşmenin hizmet sözleşmesi olması için, işverenin ücret ödeme yükümlülüğü, işçinin iş görme yükümlülüğünü ve bağımlılık unsurlarının bir arada olması gerekmektedir. Daha önceki Borçlar Kanunu'ndaki tanımda⁶⁰, her ne kadar bağımlılık unsuruna yer verilmemiş ise de, Yargıtay uygulaması⁶¹ ve doktrinde hizmet sözleşmesinin bağımlılık unsurunun bulunduğu belirtilmiş ve nitekim TBK'da da hizmet sözleşmesi tanımlanırken bağımlılık unsuruna yer verilmiştir. Hizmet sözleşmesinde, işçinin işverene bağımlı olarak çalışması olmazsa olmaz bir koşuldur⁶². Buradaki bağımlılık, işverenin emir ve talimatları dışında işçinin başkaca bir iş yapamayacağı şeklindedir. İşçi, emeğini işverenin emrine hazır bulundurur ve yaptığı faaliyetin neticesinde ücret alır.

Doktrinde bazı yazar⁶³, belirli durumlarda hekimlik sözleşmesinin hizmet sözleşmesi olarak görülmesi gerektiğini ifade etmektedirler. Bu yazarlara göre, hekim ile hasta arasındaki ilişki, belirli bir işin yapılması maksadıyla değil, belirli bir süreyle devam ediyorsa -aile hekimliği gibi-hekimlik sözleşmesi hizmet sözleşmesi olarak

⁶⁰ RG, 04.02.2011 T., ve 27836 S.

⁶¹ Y10. HD, 10.12.2001-201/8512-2001/8732 kararında, "...Hizmet akdinin ayırıcı özelliği "zaman" ve "bağımlılık" unsurlarıdır..." denilerek, hizmet sözleşmesinin olmazsa olmaz şartının bağımlılık unsuru olduğu vurgulanmıştır.

⁶² YHGK, 27.9.1978-1977/10-196-1978/772, aynı yönde Y7. HD., 5.3.2013-2013/3976-2013/2194.

⁶³ Reisoğlu, S., Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1983, s. 12, Donay, S., Doktorların Hukuki Sorumluluğu, İktisadi ve Ticari İlimler Dergisi, S.10, 1968, s.45, Hasan Erman, Hekimin Hukukî Sorumluluğu, (Hukukî Sorumluluk), Bülent Davran' a Armağan, İstanbul, 1998, s. 143-144

nitelendirilir. Aile hekiminin belirli bir vakitle sınırlı olmak üzere hastasına hizmet vermesi de eşyanın tabiatına aykırıdır⁶⁴. Bu noktada belirtmek gerekir ki, hekim hastasına karşı değil, çalışmış olduğu Kurum ve kuruluşa karşı belirli bir süre ile hizmette bulunma zorunluluğundadır. Bu nedenle, hekim ile hasta arasında değil, ancak hekim ile çalışmış olduğu kurum ve kuruluş arasında hizmet sözleşmesinin varlığından bahsetmek mümkün olabilecektir⁶⁵. Belirtildiği üzere, hizmet sözleşmesinin olmazsa olmaz koşulu bağımlılık unsurudur. Hekimlik sözleşmesinde, hekim ile hasta arasında bağımlılık anlamında bir ilişki sözkonusu değildir. Hekim hastasını teşhis ve tedaviye ilişkin bilgilendirip varsa hastasının rızasını aldıktan sonra tıbbi müdahaleyi gerçekleştirir. Hekim, tıbbi müdahaleyi gerçekleştirirken hastanın emir ve direktifleri doğrultusunda hareket etmez, tümüyle tıp bilimi kuralları çerçevesinde uzmanlığını gösterir. Bazı istisnai haller dışında, hasta tarafından tıbbi müdahaleye açık bir şekilde rıza gösterilmez ise, sözleşme kurulmaz. Görüldüğü üzere, hekim, hastanın emir ve direktifleriyle hareket etmemekte, hastaya bağlı olarak görevini yerine getirmemektedir. Bu sebeple, hekimlik sözleşmesinin hizmet sözleşmesi olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. TDT m.6⁶⁶ hükmünde de, hekimin hiçbir etki olmaksızın serbest bir şekilde görevini ifa edeceği açık bir şekilde belirtilmiştir. Hekimin hastanın çıkarına hareket etmesi ve hastanın yararına olacak tıbbi işlemleri gerçekleştirmek zorunda olması, bağımsızlık unsurunun sonucudur. Hekimlik sözleşmesinin hukuki niteliğinin hizmet sözleşmesi olarak değerlendirilemeyeceğine savunan yazarların bir diğer gerekçesi de, hizmet sözleşmesinde süre unsurunun olduğunu, ancak, hekimlik sözleşmesinde sürenin önemli olmadığını, hekimin amacının tedaviyi gerçekleştirmek olduğunu, tedavinin de süresinin belirlenemeyeceğini ifade etmektedirler⁶⁷.

Plastik rekonstrüktif ve estetik cerrah, kendisine başvuran hastadan anamnez aldıktan sonra, vücudunda doğuştan veya sonradan meydana gelen eksikliğin nasıl giderileceğini, vücudunun daha iyi bir görünüm kazanması için hangi tip operasyonu gerçekleştireceğine karar verir ve bunu hastasına izah eder. Hasta, cerraha yalnızca

⁶⁴ Seçer, Ö “Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 1, İstanbul 2013, s. 112

⁶⁵ Özyay, s. 33.

⁶⁶ Tabip ve diş tabibi, sanat ve mesleğini icra ederken, hiç bir tesir ve nüfuza kapılmaksızın, vicdani ve mesleki kanaatine göre hareket eder. Tabip ve diş tabibi, tatbik edeceği tedaviyi tayinde serbesttir.

⁶⁷ Olgaç, S., Hukuk Davalarında Hizmet Akdi, Olgaç Matbaası, 1. Baskı, Ankara, 1977, s. 1 vd., Ayan, s. 54.

isteklerini bildirir, tedavinin nasıl gerçekleştirileceği hususunda emir ve talimat veremez; zira herhangi bir tıp bilgisine sahip olmayan hastanın cerraha emir ve talimat vermesi de halin icabına uygun değildir⁶⁸. Hekim bu noktada tedavinin ne zaman sonlandıracağı konusunda zamanla bağlı değildir.

Kanaatimizce hekimlik sözleşmesini, hizmet sözleşmesi olarak mütalaa etme imkanı bulunmamaktadır. Bir hekim, belirli bir süre için veya sürekli olarak yalnızca bir hastaya ve bu hastanın direktifleri uyarınca hizmet vermek için görev yapmadıkça aradaki ilişkinin hizmet sözleşmesi olamayacaktır⁶⁹.

3. Vekalet Sözleşmesi Görüşü

Vekalet Sözleşmesi 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m.502 ila m.514 arasında düzenlenmiş, sürekli borç ilişkisini içeren rızai bir sözleşmedir. Vekalet sözleşmesi vekilin, vekalet verenin bir işini görmeyi veya işlemi yapmayı üstlendiği sözleşmedir⁷⁰. Vekilin amacı sonuç elde etmek olsa da, vekil, işin sonucunda belirli bir sonuç yaratmak zorunluluğunda değildir⁷¹. Vekilin, işin sonuçlanmasından doğrudan sorumluluğu, yani sonucun elde edilmemesi nedeniyle rizikosu bulunmamaktadır⁷².

Vekalet sözleşmesine vekilin borçları genel itibariyle müvekkilinin talimatlarına uygun olarak iş görme, işi şahsen görme, sadakat ve özen gösterme, hesap verme, edinilen hakları müvekkile teslim olarak sayılabilir. Müvekkilin borçları ise, kararlaştırılmış ise ücret ödeme⁷³, vekilin masraflarını ödeme şeklindedir. Vekil, ancak sözleşme ve teamül varsa ücrete hak kazanır⁷⁴. Müvekkil yani hasta ile vekil (hekim) arasında ücret kararlaştırılmamış ise, hakim, yapılan işin önemi, harcanan emek ve benzer işlerde kararlaştırılabilecek ücretin ne olacağı kıstaslarını nazara alarak uygun bir ücrete hükmeder⁷⁵. Vekilin asıl borcu müvekkilin talimatlarına uygun olacak şekilde iş

⁶⁸ Özay, s. 32.

⁶⁹ Reisoğlu, s.12

⁷⁰ Gümüş, M.A., Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. II, 3. Baskı, İstanbul, 2014 s.122; Yavuz, C./Acar, F./Özen, B., Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 13. baskı, İstanbul, 2014, s. 631.

⁷¹ Zevkliler, s. 310, Tandoğan s.39.

⁷² Yavuz/Acar/Özen, s. 637; Tandoğan, s. 364.

⁷³ Gümüş, s. 129

⁷⁴ TBK m. 502/3 : “Sözleşme veya teamül varsa vekil, ücrete hak kazanır.

⁷⁵ Tandoğan, H., Özel Borç İlişkileri, C. 2, İstanbul, 1989, s.367

görmedir. Vekil, ancak müvekkilden izin alma imkanı bulunmayan hallerde ve durumun bilinmesi halinde müvekkilin de izin vereceğinin açık olduğu durumlarda talimata aykırı olarak iş görebilir. Bunun haricinde iş görülmüş olsa bile doğan zarar karşılanmadıkça vekalet borcunu ifa etmiş olmaz.

Vekil, işin görülmesi sırasında sadakat ve özen göstermekle yükümlüdür⁷⁶. Vekilin özen borcunun mahiyeti belirlenirken, benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranışlar dayanak alınır. Sözleşmede aksi kararlaştırmadıkça veya ifa yardımcısı kullanabileceği hususunda anlaşılmadıkça vekil, işi bizzat görmek zorundadır. Vekilin işi başkasına tevkil etmesi halinde, alt vekili seçmede ve talimat vermede gerekli özeni göstermesi gerekir. Vekil, gerçekleştirdiği işin hesabını vekil edene vermek zorundadır.

Doktrinde, hekimlik sözleşmesine vekalet sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği yönünde ağırlıklı görüş bulunmaktadır⁷⁷. Hekimlik sözleşmesine vekalet sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiğine ilişkin bu görüşün gerekçeleri, hekimin hastanın tedavi edilmesi işini üstlendiği, bu durumun vekalet sözleşmesinin unsuru olan iş görme ile aynı olduğu⁷⁸, tedavi sürecinin süreye tabi olmaması, hekimin sonuç taahhüt etmesinin mümkün olmaması, hekimin sadakat ve özen yükümlülüğünün olması ve tedaviyi gerçekleştirirken hastanın talimatı ile kısmen bağlı olması⁷⁹, netice itibariyle, hekimlik sözleşmesinin tüm özelliklerinin vekalet sözleşmesinin yapısına uygun olduğudur⁸⁰.

Gerçekten de, hekime başvuran hasta, mevcut hastalığının tedavisi için genel bir talimat vermekte, hekim ise bu talimatın genel sınırları içerisinde sağlık alanındaki güncel gelişmeleri de takip ederek, tıp bilimi kuralları çerçevesinde, hastanın faydasına hareket ederek tedaviyi gerçekleştirmektedir. Hekimin, hastalığı kesin tedavi edeceği yönünde bir garanti vermesi şeklinde bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. Hekim, tıbbi gereklilikler çerçevesinde hastaya gerekli olan her türlü tedaviyi uygulamakla

⁷⁶ Gümüş, s. 131; Tandoğan, s. 364.

⁷⁷ Tandoğan, s.359., Reisoğlu, s. 13, Zevkliler, s. 361, İpekyüz Yavuz, F., Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, Vedat Kitapçılık, 1. Baskı, İstanbul, 2006, s. 68.

⁷⁸ İpekyüz, a.g.e. s. 69.

⁷⁹ Yavuz/Acar/Özen, s. 641;

⁸⁰ Köprülü, Ö., Hekimin Hukuki sorumluluğu, İstanbul Barosu Dergisi, C. 58, s.10 vd.

yükümlüdür. Bu görevini yerine getirirken, hem basiretli bir hekim gibi işini görmek, hem de kendisinden beklenen özeni göstermek zorundadır.

TŞSTİDK uyarınca hekim tarafından verilen genel hekimlik hizmeti esas itibariyle vekalet sözleşmesi kapsamında olmakla birlikte, plastik rekonstrüktif ve estetik cerrahların gerçekleştirdikleri işlemler, genel itibariyle bu kapsamda değildir. Estetik cerrahi işlemini gerçekleştiren hekim, hastasına belirli bir sonucu meydana getireceği yönünde taahhütte bulunması sebebiyle borç bir iş görme borcu değil, aksine bir sonuç meydana getirme borcudur ve kanaatimizce bu yönü ile vekalet ilişkisinden ayrılmaktadır. Nitekim, salt güzelleşme amaçlı estetik müdahalelerde, hekim vekil gibi hareket etmemekte ve ücret talebinde bulunmakta, diğer bir ifadeyle ücret olmaksızın işlem yapmamaktadır. Esas itibariyle, estetik amaçlı müdahalelerde ücretin de “zorunlu” olduğunu söylemek olasıdır. Bu sebeple, “hekimlik sözleşmesine her halükarda vekalet sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanması gerekir” görüşünü savunan yazarların⁸¹ görüşlerine katılmadığımızı ifade etmek isteriz.

Y13. HD. 26.5.2016-2015/19241-2016/13610 K. Sayılı kararında⁸²,

“...Dava, davalı hastanede yapılan ameliyat sonrası uygulanan enjeksiyon sebebiyle bacakta sakatlık olduğu iddiasıyla istenilen maddi manevi tazminata ilişkindir. Taraflar arasındaki ilişki vekalet sözleşmesidir... Davacının memelerde küçüklük şikayetiyle davalı hastaneye başvurduğu, davalı hekim tarafından bilateral göğüs estetiği ameliyatı yapıldığı, postop dönemde davacının genel durumunun iyi, vital bulgularının stabil seyrettiği, takipleri devam ederken hekimin orderinde mevcut olan Dikloron amp. ilacının davalı hemşire tarafından hastanın sol kalçasına intramuskuler olarak uygulandığı... Raporda, yaşanan sakatlığın yapılan enjeksiyona bağlı olduğunun kabul edildiği anlaşılmalı, hastanenin sorumluluğu yönünden açıklama bulunmadığı görülmektedir...bu yön göz ardı edilerek, eksik incelemeye dayanılarak, yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.” meme küçültme ameliyatı ile hekime başvuran hastanın meme küçültme ameliyatından sonra

⁸¹ Sarıal, s. 43. , Tandoğan, s. 448, Şenocak, s.24.

⁸² www.kazanci.com (e.t. 10.06.2019).

enjeksiyon ile uygulanan ağrı kesici neticesinde hastanın sakat kaldığı bir olayda, vekalet sözleşmesine ilişkin hükümlerin tatbik edilmesi gerektiğini belirtmektedir.

Y15. HD. 03.10.2007-2006/48002007/5945 Sayılı kararında⁸³,

“...Protez işinin yapımı sırasında, hastadan kaynaklanan bir durum, özellikle diş eti hastalığının varlığı anlaşılırsa ve bu hastalık proteze engel ise öncelikle doktorun bu durumu hastasına bildirmesi ve hastanın kabulü hâlinde de önce diş eti tedavisi yapması gerekirdi. Bu bildirim doktor tarafından yapıp yapılmadığı ve hastadaki mevcut hastalığın o hali ile proteze uygun olup olmadığı anlaşılmalıdır. Doktor, ancak bu bildirimden sonra sorumluluktan kurtulur (BK.md.357 /son). Diş tedavisinde, doktorun yükümlülüğü, tıp dünyasında kabul edilen yöntemi uygulayarak, hastasını tedavi etmektir. Dolayısıyla, vekâlet sözleşmesinde, sonucun taahhüdü yoktur. Başka bir anlatımla tüm tedaviye rağmen hasta iyileşmese dahi, doktor yükümlülüğünü yerine getirmiş olur ve ücrete hak kazanır...” denilerek de, uyuşmazlığın çözüme kavuşturulması için tıbbi müdahalenin niteliğinin önem arzettiği belirtilmiştir.

Yargıtay kararında⁸⁴, kepçe kulak diye tabir edilen kulağın görünümündeki normal dışı büyüklüğün giderilip kulak ve yüze güzel bir görünüm kazandırılması işlemi estetik bir işlem olduğundan ve sonuç olarak tedavi değil güzelleşme amaçlandığından, eser sözleşmesine ilişkin hükümlerin tatbik edileceği belirtilmektedir. Kararın mefhumu muhalifinden, amacın tedavi olması halinde, vekalet sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanacağı sonucu çıkmaktadır

Gerçekten de, ameliyat her ne kadar güzelleşme amaçlı olsa da, ameliyat esnasında veya sonrasında başkaca bir sebepten hastanın rahatsızlanması halinde hekimlik sözleşmesine vekalet sözleşmesine ilişkin hükümlerin tatbik edilmesi gerekmektedir. Bu noktada, hastanın şikayetinin nelerden ibaret olduğu değerlendirmeli sonucuna göre karar verilmelidir.

⁸³ www.kazanci.com (e.t. 10.06.2019)

⁸⁴ Y15. HD. 7.11.2017-2017/2286-2017/3487 (www.kazanci.com e.t. 14.06.2019).

Yargıtay, estetik amacı bulunmayan ve tedavi amacı bulunan tıbbi müdahalelerle ilgili uyumsuzluklara vekalet sözleşmesi hükümlerinin uygulanması gerektiği yönünde içtihat oluşturmuştur. Y13. HD. 03.02.1986 tarihli, 1985/7835 E., 1986/500 K⁸⁵. sayılı kararında, tedavi amaçlı hekim ile hasta arasındaki sözleşmeye vekalet sözleşmesine ilişkin hükümlerin tatbik edilmesi gerektiği ifade edilmiş olup, içtihatlar halen aynı yöndedir.

4. Eser Sözleşmesi Görüşü

Eser sözleşmesi, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 470 vd. hükümlerinde düzenlenmiştir. Eser sözleşmesi, iş sahibinin eser yaptırma karşılığında bedel ödemeyi taahhüt etmesi, yüklenicinin de eseri noksansız bir şekilde teslim etmeyi taahhüt etmesi şeklindeki icap ve kabul beyanları ile kurulabilen, tam iki tarafa borç yükleyen, ani edimli, rızai bir sözleşme türüdür⁸⁶. Eser sözleşmesinde, yüklenici eseri meydana getirmek, iş sahibi de kararlaştırılan bedeli ödeme yükümlülüğü altındadır⁸⁷. Bu sebeple, eser sözleşmesi, iki tarafa borç yükleyen sözleşme kapsamında değerlendirilmektedir⁸⁸.

Her ne kadar sözleşmenin kurulması kolay olsa da, sözleşme akdedilirken, iş sahibi ve yüklenicinin birçok borcu bulunduğundan, sözleşme öncesinde tarafların tüm şart ve isteklerini sözleşmede belirtmeleri, ileride doğacak ihtilafların kolay bir şekilde çözümlenmesi için faydalı olacaktır.

Yüklenici işin uzmanı olduğundan, iş sahibi işi yerine getirilirken yükleniciye emir ve talimat veremez⁸⁹. Yine, iş sahibi açısından önemli olan eserin nasıl meydana getirildiği değil, meydana getirilip getirilmediğidir. Bu kapsamda belirtmek gerekir ki,

⁸⁵ www.kazanci.com (e.t. 10.06.2019) benzer yönde Y13. HD., 04.03.1994-1994/8557-1994/2138, Y13. HD., 6.05.1997-1997/1949-1997/3990, YHGK, 11.12.2002-2002/13-1011-2001/1047, Y13 HD., 02.07.2014/2013/23012-2014/22564.

⁸⁶ Yavuz, Cevdet, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 6. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2007, s. 452., Gümüşsoy Karakurt, G., Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Borca Aykırılığının Önceden Belli Olması, Oniki Levha, 1. Baskı, İstanbul, 2017, s.11 vd.

⁸⁷ Söğüt, Y., Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Ücret Ödeme Borcu, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 1, 2015, s. 272, Dayınlı, K., İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü, 2. Bası, Ankara, 1993, s. 14.

⁸⁸ Hatemi, Hüseyin/ Serozan, Rona/ Arpacı, Abdülkadir: Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, İstanbul, 1992, s. 354.

⁸⁹ Reisoğlu, Hizmet Akdi, s. 57.,

eser sözleşmesinde, hizmet sözleşmesinde olduğu gibi bağımlılık unsuru bulunmamaktadır.

Eser sözleşmesini diğer sözleşme türlerinden ayıran en önemli özelliklerden biri, yüklenicinin mutlak suretle eseri meydana getirmek zorunda olmasıdır⁹⁰. Hizmet sözleşmesinde ve vekalet sözleşmesinde işçinin veya vekilin sonuç garantisi aranmaz iken, eser sözleşmesinde sonuç garantisi vardır⁹¹. Diğer sözleşme türlerinde, sonuç yerine getirilmemiş olsa dahi, işçi veya vekil ücrete hak kazanır iken, bu sözleşme türünde eser meydana getirilmemiş ise, iş sahibi tarafından yükleniciye herhangi bir bedel ödenmesi de söz konusu olmaz. .

Plastik rekonstrüktif ve estetik cerrahi işlemlerinin temel olarak vekalet sözleşmesi olduğunu savunan yazarlar⁹², hekimlik faaliyetinin sonuç taahhüdünde bulunmaya elverişli olmaması, olumlu netice alınamasa dahi hastanın ücret ödemekle yükümlü olması, hekimin sonucu öngörmesi halinde bile canlı dokular üzerinde girişimde bulunması nedeniyle bunlara bağlı reaksiyonları hiçbir zaman göremeyeceğinden sonuç taahhüt edemeyecek olması, hekim ile hasta arasında bulunan yüksek güven duygusunun olması, insan vücudundaki herhangi bir organın, cansız varlıklar gibi eser olarak nitelendirilmesinin mümkün olmaması ve netice olarak asıl amaç tedavi olduğundan sonuç garantisi verilmesinin mümkün olmaması hususlarını gerekçe göstererek, tıbbi müdahalenin türüne bakılmaksızın hekimlik sözleşmesine vekalet sözleşmesi hükümlerinin uygulanacağını dile getirmektedirler.

Hekimlik sözleşmesine kural olarak vekalet sözleşmesine ilişkin hükümlerin tatbik edileceğini savunan bazı yazarlar⁹³, diş hekiminin tedavi amacı olmaksızın yapmış olduğu dolgu veya takma diş, ortopedistin protez bacak takma, estetik cerrahın burun güzelleştirici operasyonu başarıyla sonuçlandırmayı garanti etmesi hallerinde,

⁹⁰ Olgaç, s. 3,

⁹¹ Yavuz, s. 450.

⁹² Aşçıoğlu, s. 20, Tandoğan, s. 21, Şenocak, s. 24, Olgaç, a.g.e. s. 3, Yavuz İpekyüz, s. 68 vd.

⁹³ Ayan, s. 55 vd., Belgesay, s.76.

ancak istisnai bazı durumlarda, hekimlik sözleşmesine eser sözleşmesi hükümlerinin tatbik edilmesi gerektiğini belirtmektedirler⁹⁴.

Uygulamada, vücudunda herhangi bir işlevsel bozukluk bulunmayan, ancak tümüyle görünüş açısında kendisini mutlu hissetmeyen kişilerin vücudunda çirkin olarak gördükleri bozuklukları gidermek ve/veya kendilerine rol model olarak belirledikleri kişilerin görünümüne kavuşmak için plastik rekonstrüktif ve estetik cerrahlara danıştığı bilinmektedir. Hatta günümüzde bu uygulamalar deyim yerindeyse sıradanlaşmış, herkes tarafından başvurulur hale gelmiştir. Kendilerini ruhsal yönden eksik hisseden veya salt güzelleşme maksadıyla hareket eden hastaların, belirli bir sonuca erişmek için plastik rekonstrüktif ve estetik cerrahlara başvurduğu sonucuna ulaşmak mümkündür. Başka bir anlatımla, hasta, sonuç garantisi almak için plastik rekonstrüktif ve estetik cerrahlara başvurmakta ve plastik rekonstrüktif ve estetik cerrahlardan sonuç garantisini vermesini istemekte, sonuç garantisi alamadığı durumda, operasyon yoluna başvurmamaktadır. Bu durum karşısında, estetik görünüm açısından plastik rekonstrüktif ve estetik cerrahlara başvuran hastaların sonuç garantisi almak istediğini, operasyonu kabul eden plastik rekonstrüktif ve estetik cerrahların ise sonuç garantisi verdiğini söylemek mümkündür. Her ne kadar Yasaya uygun olmasa da plastik rekonstrüktif ve estetik cerrahlar tarafından reklam mahiyetinde birçok yayım ve yayın yapılmakta, bu yayım ve yayımlarda belirli bir ünlünün burnuna, yüzüne, göğüslerine, beline, kalçasına, dişine veya akla gelebilecek herhangi başka bir uzvuna benzeyecek şekilde iş yapıldığı fotoğraflar ile ortaya konulmakta ve hatta garanti edilmektedir. Bu tür bir garanti, ancak, başarısızlık riski oldukça düşük olan yüz gerdirme, burun düzeltme, göğüslere silikon takılması, kepçe kulak gibi estetik müdahaleler bakımından söz konusu olabilir.⁹⁵ Bu plastik rekonstrüktif ve estetik cerrahlara başvuran hastaların amacı da elbette reklamlarda kendisine sunulan sonuçlara ulaşma yönündedir. Günümüzde, estetik amaçlı operasyonların gelişen teknoloji ile birlikte daha kolay yapılabilmesi, hekimin sonuç taahhüdü vermesini de mümkün kılmaktadır.

⁹⁴ Reyhani, Y.S., Hekimlik Sözleşmelerinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi, Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi, C.10, S.23, 2018, s.73.

⁹⁵ Hakeri, H., Tıp Hukuku, Seçkin, 15. Baskı, Ankara, 2019, s. 275.

Örnek olarak, rinoplasti olarak adlandırılan burun estetiği operasyonunda hastanın talepleri, burunun küçültülüp ya da büyülterek yeniden şekillendirilmesi, kemerin alınması veya burun deliklerinin daraltılarak şekillendirilmesi şeklindedir. Hekim, hastanın bu talepler, karşısında, burnun küçültülebileceğini, büyütülebileceğini veya kemerinin alınmasının mümkün olup olmadığı hususunda hastasına bilgi verecektir. Bu husus nazara alındığında, hekimin sonuç garantisi verdiğini söyleyebiliriz. Bu durumda, hekimin hastasına sonuç taahhüdü vermesini mümkün kılan operasyonlarda eser sözleşmesine ilişkin hükümlerin tatbik edilmesinin mümkün olduğu söylenebilir.

Ancak, nazara alınması gereken diğer bir husus, kişinin burnundan rahat nefes alamaması sebebiyle operasyon geçirmek istemesi ve bu operasyonla birlikte aynı zamanda rinoplasti operasyonu da olmak istemesi durumunda, hekimin sorumluluğunun hukuki niteliğinin nasıl belirleneceğidir. Kanaatimizce, hekim, hastanın nefes alamaması şikayetinde, burnun düzeltilmesi ve estetik görünüm kavuşturma gibi sonuç garantisi veremez. Bu noktada, hekim özenle davranarak hastasının iyileşmesi için çaba sarf eder, ancak sonuç garantisi vermez. Her iki ameliyatın birlikte gerçekleşmesi ve hastanın ileride hekimi dava yoluna gittiği durumda, hastanın şikayetinin ve rahatsızlığının nedeni ortaya konulmalı, eğer düzeltmenin amacına uygun olup, ancak nefes alamadığı şikayetinin yeterince giderilmediğini belirtmesi durumunda, hekimlik sözleşmesine vekalet sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanması, nefes alamama şikayetinin giderilip, burnun istenilen görünüme kavuşulmadığı iddiası durumunda ise, uyuşmazlık eser sözleşmesi kapsamında değerlendirilmelidir.

Y15.HD., 3.11.1999-1999/4007-1999/3868 K. Sayılı kararında⁹⁶;

“...Bir hasta ile onu tedavi eden doktor ve bir avukat ile onun müvekkili arasındaki ilişki, vekalet sözleşmesinin konusunu oluşturur... Bir diş doktorunun, kanal tedavisi değil de, takma diş yapması (protez) işi ve bir cerrahın tedavi değil de güzellik amacıyla insan vücudu üzerindeki tıbbi müdahalesi (olayımızda olduğu gibi) işi, BK.nun 355 ve devamı maddelerinde düzenlenmiş bulunan istisna (eser) sözleşmesinin konusunu oluşturur...” ifadeleriyle niteliği itibariyle tedavi amaçlı olan

⁹⁶ www.kazanci.com (e.t. 01.02.2019)

tıbbi müdahalelerde hastanın acısının giderilmesi amaçlandığından bu tip tıbbi müdahalelerle ilgili uyuşmazlıklara vekalet sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği, salt güzelleşme kaygısı ile gerçekleştirilen tıbbi müdahalelerle ilgili uyuşmazlıklara ise eser sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği belirtilmiştir.

Yargıtay 13. HD., 18.9.2008-2008/4519-2008/10750 K. Sayılı kararında ise, her ne kadar güzellik amaçlı müdahale şeklinde başlasa da, sonucun meydana gelmemesi neticesinde hastanın kötüleşmesi üzerine, hekimin devam eden süreçte iyileştirme vaadi ile devam ettiği müdahalelere ilişkin uyuşmazlıklara vekalet sözleşmesine ilişkin hükümlerin tatbik edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Estetik amaçlı gerçekleştirilen operasyon neticesinde istenilmeyen sonuç alınamaz ve hasta artık iyileşmek maksadıyla yeniden tıbbi müdahalelerde bulunulmasını talep eder ise, bu noktada hastanın farklı zamanda farklı iki talepte bulunduğu kabul edilmeli ve uyuşmazlık her bir talep yönünden farklı olarak ele alınmalı, hekim ile hasta arasında iki farklı sözleşme kurulduğu kabul edilmelidir. Hasta, ilk kurulan sözleşmeye istinaden istenilen sonucun meydana getirilmemesi sebebiyle uğramış olduğu zararları eser sözleşmesi hükümlerince ikinci sözleşmeye istinaden ise iyileştirme vaadinin yerine getirilmediği sebebiyle uğramış olduğu zararları vekalet sözleşmesi hükümleri gereğince talep edebilir. İkinci sözleşmede, artık hekim tarafından bir sonuç garantisi verilmediğinden, vekalet sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanması yerinde olacaktır.

Var olan bir eserin tamiri veya değiştirilmesi neticesinde meydana gelen şey, eskisinde farklı bir özellik taşıyorsa, bu durumda da eser meydana getirilmiş sayılır⁹⁷. İşte bu noktada, estetik ameliyatlar, yeni bir şeyin meydana getirilmesi değil, eskiye nisbetle farklı bir şeyin ortaya konulması kapsamında değerlendirildiğinden, hekimlik sözleşmesi olan estetik amaçlı müdahaleye ilişkin sözleşmeye eser sözleşmesine ilişkin hükümler tatbik edilmelidir.

Yine, belirtmek gerekir ki, hasta, güzelleşme arzu ile değil, vücudunda doğuştan meydana gelen veya sonradan ortaya çıkan rahatsızlıkların giderilmesi için de hekime

⁹⁷ Akıntürk, T., Borçlar Hukuku, Beta, 11. Bası, İstanbul, 2015, s. 273., Tandoğan, s. 23-24., Yavuz., s. 437., Eren, F., Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2017, s. 588.

başvurabilir. Bu noktada da, hekimin sonuç taahhüdü vermesinin mümkün olduğu hallerde⁹⁸ eser sözleşmesine ilişkin hükümlerin, kişinin vücudunda bulunan bir yarının kapatılması yahut yara sebebiyle kişinin yaşamış olduğu ağrının giderilmesi veya en aza indirilmesi gibi operasyonlara ilişkin uyuşmazlıklarda ise, hekimin sonuç garantisi vermesi mümkün olmadığından vekalet sözleşmesine ilişkin hükümlerin tatbik edilmesi gerekir.

Yargıtay 13. HD., 05.04.1993-1993/131-1993/2741 K. Sayılı kararında⁹⁹, amacın estetik görünüm olması ve ameliyatı gerçekleştiren hekimin estetik görünüm konusunda teminat vermesi halinde eser sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanacağı vurgulanmıştır.

5. Sui Generis Sözleşme Görüşü

Sui generis sözleşme, Kanunda düzenlenmemiş, yeni yaratılmış sözleşme tiplerinden kısmen veya tamamen alınmış öğelerden oluşan sözleşme tipidir¹⁰⁰.

Plastik rekonstrüktif ve estetik cerrahlar tarafından gerçekleştirilen operasyonlarda hasta ile hekim arasındaki ilişkinin Türk Borçlar Kanunu veya diğer kanunlarda düzenlenmiş herhangi bir sözleşme türüne uymadığı, bu sözleşmenin kendine özgü şartları olan sui generis, yani nevi şahsına münhasır bir sözleşme olduğu yönünde bir görüş bulunmaktadır¹⁰¹. İnsan bedeni üzerinde gerçekleştirilecek bir cerrahi işleme ilişkin olarak eşyaya uygulanan kurallarının uygulanmasının işin mahiyetine uygun düşmeyeceği, bu sebeple plastik rekonstrüktif ve estetik cerrahi işlemlerin hizmet, vekalet ya da eser sözleşmesi olarak nitelendirilmesinin maslahata uygun olmayacağı yönünde görüşlerin temel dayanağı, sözleşmenin konusunun insan bedeninde gerçekleştirilen bir cerrahi işleme dayanmasıdır. Yine cerrahi işlemlerin

⁹⁸ Erman, H., Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Bülent Davran'a Armağan, İstanbul 1998, s.144, Olgaç, İstisna Akdi, s.3.

⁹⁹ benzer yönde, Y15. HD., 08.06.2006-2005/7988-2006/3417 www.kazanci.com (e.t. 01.02.2019).

¹⁰⁰ Oktay, S., İsimli Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşluklarının Tamamlanması, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LV, 1996, s. 264.

¹⁰¹ Atabek, R. / Merih, S., Hekimin Mesuliyeti, İstanbul Barosu Dergisi, C. 28, 1954 , s. 144., Donay, s. 144.

mutlak surette hekim tarafından gerçekleştirilmesi zorunluluğu da bu başlık altında değerlendirilmektedir.

Gerçekten de yukarıda açıklandığı üzere Plastik rekonstrüktif ve estetik cerrahlar tarafından gerçekleştirilen operasyonlar, hem işi yapan hekimin özel vasıfları ve hem de işin mahiyeti gereği farklılık arz etmektedir.

Yukarıda açıklandığı üzere Türkiye’de tıbbi uygulamalar Tababet ve Şuabati Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun uyarınca yalnızca tıp fakültesi mezunu hekimler tarafından gerçekleştirilebilir. Bu sebeple operasyonu gerçekleştiren kişilerin hekim olması zorunludur.

Plastik rekonstrüktif ve estetik cerrahi işlemleri, canlı doku üzerinde gerçekleştirilen operasyonlarda dokunun kendi kendine oluşturduğu tepkimeler ve farklı iyileşmeler, yahut hatalı sonuçlar olabilir. Yine bu cerrahi işlemlerde doğrudan hekimin kontrolü dışında gelişmeler olabilmektedir. Ayrıca cerrahi işlemler sonrasında gerçekleşebilecek komplikasyonlar sebebiyle istenilen sonucun gerçekleşmemesi ihtimali bulunmaktadır. Ancak bu sayılanların tümü, gerçekleştirilen cerrahi işlemlerin süreci ve sonuçları ile ilgilidir.

Kanaatimizce yapılan işlemlerin özellikli işlemler olması, yine cerrahi işlemleri gerçekleştiren kişilerin hekim sıfatı bulunması, yapılan işin Borçlar Hukuku bakımından değerlendirilmesinde yeni bir sözleşmenin gerekli olacağı anlamı taşımayacaktır. Burada önemli olan husus, hekim ve hasta arasında kurulan akdi ilişkinin varlığı, kapsamı ve mahiyetidir. Plastik rekonstrüktif ve estetik cerrahi işlemlere ilişkin hasta ve hekim arasında yapılan görüşmeler ve anlaşmanın türü sözleşmenin mahiyetini belirleyecektir. Sözleşmenin mahiyetinin belirlenmesinde temel alınacak husus “icap” ve “kabul” yönündeki hukuki işlemlerinin mahiyetidir. Bu icap ve kabul, eğer Türk Borçlar Kanunu’nda düzenlenmiş bir sözleşmenin şartlarını taşıyor ise, elbette o sözleşmenin hükümleri oluşabilecek bir uyumsuzluğun hallinde tatbik edilecektir.

6. Görüşlerin Değerlendirilmesi

Hastanın estetik kaygısını gidermek için gerçekleştirilen tıbbi müdahalelerde, hekimin hastasına güzel görünme hususunda vermiş olduğu belirli teminatın olması, tıbbi müdahalenin eser meydana getirmeye uygun nitelikte olması halinde hekim ile hasta arasındaki sözleşmenin eser sözleşmesi olarak kabul edileceği belirtilmiştir¹⁰².

Plastik rekonstrüktif ve estetik cerrah dışındaki hekimlerin hukuki sorumluluğunun vekalet sözleşmesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği hemen hemen bütün yazarlar tarafından kabul edilmiş iken, plastik rekonstrüktif ve estetik cerrahın sorumluluğunun hizmet, eser, vekalet sözleşmesi, sui generis sözleşme olmak üzere üç farklı kapsamda değerlendirilmesi gerektiği yönünde doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Kanaatimizce, plastik rekonstrüktif ve estetik cerrahın hukuki sorumluluğunun mahiyetinin belirlenmesi için, hastanın hangi maksatla hareket ettiğine, yani hasta ve hekim arasındaki icap ve kabul işlemlerine bakılması gerekmektedir. Sözleşme görüşmeleri sırasında hekim tarafından yapılan taahhüt sözleşmenin mahiyetini belirleyecektir. Bu noktada Türk Borçlar Kanunu'nun özel hükümlerine doğrudan bakmadan önce genel hükümlerin de değerlendirilmesi gerekmektedir.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 1. maddesine göre; “*Sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur. İrade açıklaması, açık veya örtülü olabilir*”. Bir sözleşmenin kurulmasındaki temel esas, tarafların irade açıklamalarının karşılıklı ve birbirine uygun olarak uyuşmasıdır¹⁰³. Hasta ve hekim arasındaki hekimlik sözleşmesinde de elbette bu temel kaide geçerlidir. Hasta ile hekim karşı karşıya hazır bulunmakta ise, sözleşme hekimin kabul beyanı ile, hazır bulunmuyorlarsa, kabul beyanının ulaşmasıyla, sözleşme kurulmuş olur¹⁰⁴. Türk Borçlar Kanunu m.12 uyarınca kural olarak sözleşmeler herhangi bir şekle tabi değildir. Şekil şartı, ancak Kanunda belirli bir şekle tabi sözleşmeler için söz konusu olacaktır.

¹⁰² Erman, s.144.

¹⁰³ Oğuzman, Öz, s. 42-50.

¹⁰⁴ Reisoğlu, S., Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta, 23. Baskı, İstanbul, s.70.

Kanunda plastik rekonstrüktif ve estetik cerrahlar ile hastalar arasında yapılan sözleşmeler herhangi bir şekil şartına bağlanmamış olup¹⁰⁵, bu sebeple sözlü, yazılı veya resmi şekilde yapılmasında herhangi bir engel bulunmamaktadır. Hal bu olmakla birlikte, plastik rekonstrüktif ve estetik cerrah ile hastalar arasında akdedilen sözleşmenin mahiyetinin belirlenmesinde yazılı olarak yapılmış olması ispat hukuku bakımından büyük kolaylık sağlayacaktır. Hasta ve hekim arasında yapılan sözleşmede, gerçekleştirilecek tedavi ve düzeltmelerin mahiyeti, olası riskler ve taahhütler tam olarak açıklanmış ise, çıkabilecek olası uyuşmazlıklarda hakim tarafından bu sözleşme hükümlerine göre değerlendirme yapılacaktır ve sözleşmenin incelenmesi ile uygulanacak olan kanun hükümleri de yine sözleşmeye göre belirlenecektir.

Taraflar arasında yazılı bir sözleşme bulunmaması halinde ise taraflar arasındaki ilişki hakim tarafından yorumlanacaktır. Türk Borçlar Kanunu m.19'da "*Bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınır.*" hükmüne yer verilmiştir. Bu düzenleme her ne kadar yazılı olarak akdedilmiş sözleşmeler için cari imiş gibi görülse de, sözleşmenin akdedilmesinde temel kaidenin karşılıklı ve birbirine uygun gerçek irade olması sebebiyle ortak irade ve amaç değerlendirilecektir. Hakim, sözleşmenin türünü belirlerken taraflar arasındaki irade uyuşmasının ne şekilde olduğunu ortaya koyacaktır¹⁰⁶.

Hakim tarafından yapılacak değerlendirmede kanaatimizce en önemli dayanak hasta dosyası olacaktır. Aydınlatılmış onam ve anamnezin alınması süreçlerinde hastaya açıklanan hususlar, hastaya verilen ve hastadan alınan bilgiler sözleşmenin türünün ve mahiyetinin tespitinde temel delilleri teşkil edecektir. Cerrahi işlemler öncesinde hekim ve hasta arasında görüşme yapılmış, bu görüşmeye istinaden hasta üzerinde işlemler gerçekleştirilmiştir. Yine hekim tarafından gerçekleştirilen işlemler de sözleşmenin yorumunda kullanılabilir.

¹⁰⁵ Dayınlarlı, Müteahhidin ve İş sahibinin Temerrüdü, s. 9

¹⁰⁶ Oğuzman, Öz, s. 197 vd.

Yine hekim tarafından umuma açık şekilde yapılan reklam mahiyetindeki çalışmalar da sözleşmenin türünün tespitinde dikkate alınacaktır. Eğer hasta hekim tarafından yapılan reklamlara istinaden hekime başvurmuş ise, bu reklamlarda yer alan görseller, sosyal medya hesaplarında paylaşılan hastalara ilişkin görüntüler ve açıklamalar da sözleşmenin türünün tespitinde dikkate alınacaktır. Yapılacak yorumda, hastanın iradesinin bu imajlar ile etkilendiği hususu her zaman gözönünde bulundurulmalıdır. Ayrıca plastik rekonstrüktif ve estetik cerrah, alanının uzmanı olan hekimdir ve mevzuat uyarınca bilgilendirme yükümlülüğü bulunmaktadır. Hekimin bilgilendirme yükümlüsü olduğu dikkate alındığında, bu bilgilendirmenin nasıl yapıldığı, bilgilendirme sırasında hastanın iradesini fesada uğratabilecek herhangi bir durumun olup olmadığı hususları da değerlendirilmelidir. Yalnızca maddi sebeplerle, gerçekleştirilmesi güç bir işlemin taahhüt edilmesi durumunda Türk Borçlar Kanunu'nun hata ve hileye ilişkin hükümleri de gündeme gelebilecektir. Bu bilgilendirmenin eksik olması halinde yine culpa in contrahendo sorumluluğu da her zaman gözönünde bulundurulmak zorundadır.

Plastik rekonstrüktif ve estetik cerrah ile hasta arasında sözleşme kurulması sırasında yapılan görüşmelerin içeriği, yani hekim tarafından yapılan reklamlar, anamnezin alınması ve aydınlatılmış onam süreci esas itibariyle sözleşmenin türünü belirleyecektir. Kanaatimizce burada temel kriter hekimin bir sonuç garantisi verip vermemesi ile alakalıdır¹⁰⁷. Eğer hekim, taraflar arasında imzalanan sözleşmede veya sözleşme öncesi süreçte bir sonuç garantisi veriyorsa, yani belirlenen bir model ile aynı sonucu gerçekleştireceğini vaat etmişse kurulan sözleşme eser sözleşmesi olacaktır. Ancak hekim tarafından belirli bir modele ilişkin taahhüt verilmemişse, sadece düzeltme yapılacağı veya belirli bir modele benzetilmeye çalışılacağı ifade edilmiş ise bu durumda taraflar arasındaki sözleşme vekalet sözleşmesi olacaktır¹⁰⁸.

Kanaatimizce plastik rekonstrüktif ve estetik cerrahi arasındaki fark da sözleşmenin türü bakımından önemlidir. Plastik rekonstrüktif operasyonlarında genel itibariyle hastada belirli bir doku veya organda eksiklik yahut hastalık bulunmaktadır. Dolayısıyla bu tür operasyonlarda hasta genel olarak bu eksiklik veya hastalığın

¹⁰⁷ Ayan, s.55, Çetin, s.32.

¹⁰⁸ Sarıal, s. 43.

giderilmesi için hekime başvurmaktadır. Yine doku ve organlardaki eksikliklerin giderilmesi imkanı bulunup bulunmaması meselesi de sözleşme bakımından önemlidir. Plastik rekonstrüktif operasyonlarında hekim tarafından belirli bir eksikliğin giderilmesi için çaba sarf edildiğinden temel olarak hekimin faaliyeti, bu eksikliğin giderilmesi yönünde çaba sarf etme şeklindedir ve taraflar arasındaki sözleşme vekalet sözleşmesi mahiyetindedir¹⁰⁹. Ancak hekim tarafından operasyona kusurun tümü ile giderileceği taahhüt edilmiş ise, eser sözleşmesi sözkonusu olacak ve eser sözleşmesi hükümleri uygulanacaktır¹¹⁰.

Estetik cerrahilerde ise hastalar fizyolojik olarak herhangi bir eksiklik bulunmamasına rağmen yalnızca estetik kaygılarla hekime başvurmakta ve belirli bir sonuca yönelik olarak operasyon talep etmektedir. Bu kapsamda hasta tarafından bir sonuç talep edilmesi ve hekim tarafından da bu sonucun gerçekleştirileceğinin taahhüt edilmesi sebebiyle taraflar arasındaki sözleşme eser sözleşmesidir.

Nitekim, Yargıtay.13. Hukuk Dairesi'nin 05.04.1993 T., 1993/131 E. ve 1993/2741 K. sayılı kararında¹¹¹, hastanın estetik kaygısını gidermek için gerçekleştirilen tıbbi müdahalelerde, hekimin hastasına güzel görünme hususunda vermiş olduğu belirli teminatın olması halinde hekim ile hasta arasındaki sözleşmenin eser sözleşmesi olarak kabul edileceği belirtilmiştir. İşbu kararda dile getirilen ifadelerin mefhumu muhalifinden, hastanın dış etkenler veya doğuştan meydana gelen görünüş bozuklukları düzeltirme acının dindirilmesi, yani iyileşme için hekime başvurması halinde, somut olayda vekalet sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanacağı dile getirilmiştir.

İnsan bedeni ile ilgili bir işlemde eşyalara ilişkin kuralların tatbikinin maslahata uygunsuzluğu, hekimin özel bir kişi olması, canlı dokular üzerinde işlem yapılması sebebiyle plastik rekonstrüktif ve estetik cerrahlar ile hastalar arasındaki sözleşmelerin Türk Borçlar Kanunu'ndaki sözleşmelere uygun olmayacağı yönünde yukarıda bahsedilen sui generis sözleşme görüşü kanaatimizce gerekli bir ayırım değildir.

¹⁰⁹ Aral, Fahrettin, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 5. Bası, Ankara 2003, s.330, Tunçomağ, s.842, Donay s.47.

¹¹⁰ Özay, s.48, Tandoğan s.23.

¹¹¹ www.kazanci.com (e.t. 12.06.2019)

Öncelikle hekim, tıpkı bir müteahhit, mühendis, avukat veya marangozun yaptığı gibi uzmanı olduğu işi yapmakta, sanat ve becerisini ortaya koymaktadır. Hekimin yalnızca uzman olduğu hekimlik mesleğini gerçekleştirmesi, gerçekleştirdiği işin ve akdettiği sözleşmenin ayrı bir sözleşme olarak mütalaa edilmesinin gerekli olduğu anlamına gelmez. Aksine hekime başvuru yapan hastanın bu hekime başvurma amacı zaten alanında uzman olmasıdır. Bu durumun boşanma, miras veya ceza hukuku alanında uzmanlaşmış bir avukata, yahut yüksek yapılarda uzmanlığı olan bir mimar ya da mühendise başvurulmasından kanaatimizce bir farkı bulunmamaktadır. Hasta tarafından plastik rekonstrüktif ve estetik cerrahi alanında uzman olan hekim, zaten bu uzmanlığı sebebiyle tercih edilmektedir. Yine sözleşmenin konusunun insan bedeni olmasının sui generis sözleşmeye dayanak olarak gösterilmesi de kanaatimizce isabetli değildir. Sözleşmelerde asıl mesele tarafların hak ve yükümlülükleridir ve Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen sözleşme tiplerinde tarafların hak ve yükümlülükleri düzenlenmektedir. Elbette yapılan işe ilişkin tarafların hak ve yükümlülükleri tipik bir sözleşmeye uyuyor ise bu sözleşmenin hükümleri uygulanacaktır. Bu sebeple sözleşmenin sui generis bir sözleşme olduğu yönündeki görüşe iştirak etmemekteyiz.

Kanaatimizce hekimlik sözleşmesini, hizmet sözleşmesi olarak mütalaa etme imkanı bulunmamaktadır. Bir hekim, belirli bir süre için veya sürekli olarak yalnızca bir hastaya ve bu hastanın direktifleri uyarınca hizmet vermek için görev yapmadıkça aradaki ilişkinin hizmet sözleşmesi olamayacaktır. Ancak hekim, yalnızca bir hasta için belirli bir dönem hizmet ilişkisi içerisinde bulunur ve başka hasta kabul etmez ise bu durumda hizmet sözleşmesi sözkonusu olabilir.

Plastik rekonstrüktif ve estetik cerrahlar ile hastalar arasındaki sözleşmenin türü tedavi amacının ağır bastığı operasyonlarda plastik rekonstrüktif operasyonlarında vekalet, estetik operasyonlarda ise salt güzelleşme amaçlı ise eser sözleşmesi şeklindedir¹¹².

¹¹² Petek, s.188, Özay, s.47 vd.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

HEKİMİN SORUMLULUĞUNUN SEBEPLERİ VE SONUÇLARI

I. GENEL OLARAK

Estetik amaçlı müdahalelerde, hekimin sorumluluğunun hukuki niteliği, tıbbi müdahalenin niteliğine göre eser sözleşmesi ve vekalet sözleşmesi olarak karşımıza çıkmaktadır. Hekimin sorumluluğunun gündeme gelebilmesi için, öncelikle hekim ile hasta arasında bir sözleşme ilişkisinin bulunması gerekmektedir. Sözleşme, hukuki niteliği itibariyle iki taraflı bir hukuki işlem olup, ancak iki tarafın karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla kurulabilir¹¹³. Yani sözleşme deyimi, tarafların karşılıklı birbirine uygun irade beyanları ile oluşan hukuki işlemdir¹¹⁴.

İşbu çalışmamızda, estetik amaçlı müdahalelere yer verildiğinden ve estetik amaçlı müdahalelerde hekim ile hasta arasında bir sözleşme kurulduğundan, yalnızca hekimin sözleşmeden doğan sorumluluğu ele alınacak, sözleşme dışı sorumluluk olan haksız fiil ve vekaletsiz iş görme sorumluluğuna değinilmeyecektir.

II. HEKİMİN SÖZLEŞMEYE AYKIRI DAVRANMASI

1. Genel Olarak

Doğrudan insanın vücut bütünlüğü ve sağlığına müdahalede bulunulması gereken bir meslek ve sanat olması sebebiyle hekimlik sıkı kural ve kaidelere bağlanmış bir mesleki faaliyettir¹¹⁵. Temel düzenlemelerine 1219 Sayılı TŞSTİDK'da yer verilen hekimlik mesleği, yani tabiplik yapabilme ve hangi surette olursa olsun hasta iyileştirme yetkisine sahip olabilmek için tıp fakültesi diplomasına sahip olmak zorunludur¹¹⁶.

Kanuni bu zorunluluğun hem hekimler tarafından ve hem de toplum bakımından bir zorunluluk olduğu hususu tartışmasızdır. Anayasanın "Kişinin dokunulmazlığı, maddi

¹¹³ Akıntürk, s. 23.

¹¹⁴ Oğuzman, M. K. / Öz, T., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, 11. Bası, 2013, s. 43.

¹¹⁵ Y 3. HD., 13.3.2017-2015/17955-2017/2959 (www.kazanci.com e.t. 17.06.2019).

¹¹⁶ Y11. CD. 09.03.2009-2006/5937-2009-2246 (www.kazanci.com e.t. 17.06.2019).

ve manevi varlığı” başlıklı 17. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları uyarınca Anayasal bir hak olan kişi dokunulmazlığı hakkının gereğini yerine getirmekle, yani bu hakkı korumak, gözetmek ve geliştirmekle görevli olan devlet, kişinin maddi bütünlüğüne dokunan bu alanda zorunlu olarak sıkı kurallar ve şartlar belirlemek zorundadır ve bu zorunluluğun gereği olarak hastaya müdahale edebilme hakkı ve yetkisi tıp fakültesi diplomasına sahip hekimlere aittir¹¹⁷.

Bir hak ve yetki, aynı zamanda sorumlulukları da vücuda getirdiğinden hekimlik yapabilme hak ve yetkisinin karşılığında hekimlerin, yine pozitif hukuka dayalı sorumluluklarının bulunması da zaruridir. Bir hakkın kullanılması, elbette bu hakkı kullanan için belirli sorumlulukları ve özen yükümlülüklerini de beraberinde getirecektir. Türk Hukuk Sisteminde bu sorumluluklar somut ve tek bir yasal altyapıya sahip olmamakla birlikte, yönetmelik ve tüzük gibi genel düzenleyici kaidelerde birçok düzenleme bulunmaktadır.

Yürürlükten kaldırılan Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi ile hekimlerin ve dış hekimlerinin üzerine düşen yükümlülükler düzenlenmiştir. Nizamnamenin 2. maddesi uyarınca hekimlerin başta gelen vazifesi insan sağlığına, hayatına ve şahsiyetine ihtimam ve hürmet göstermektir. Hekimler, hastanın cinsiyeti, ırkı,, milliyeti, dini ve mezhebi, ahlaki düşünceleri, karakter ve şahsiyeti, siyasi kanaati ne olursa olsun muayene ve tedavi hususunda azami dikkat ve ihtimamı göstermekle mükelleftir. Yine Nizamnamenin 14. maddesi uyarınca hekim ve dış hekimi, hastanın durumunun gerektirdiği sıhhi özeni göstermekle mükelleftir.

Türk Borçlar Hukuku’na göre sorumluluğun esası kusur sorumluluğu olup, kişiler kendi kusurlu hareketleri ile üçüncü kişilere verdikleri zararların her türlü sonuçlarından sorumludur¹¹⁸. Temel kaide bu olmakla birlikte, kanunda düzenlenen bazı hallerde kişilere objektif özen yükümlülüğü yükleyen sorumluluk alanları da bulunmaktadır. Kanaatimizce Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi ve diğer Tıp Hukuku Mevzuatında yer

¹¹⁷ Özek, Çetin, Tıbbi Müdahalelerden doğan Sorumlulukla İlgili Genel Prensipler, İÜTFM, C.29, S.1, s.162.

¹¹⁸ Oğuzman, Öz, C.2, s. 11 vd.

alan kaideler de hekimlere Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen genel/kusura dayalı sorumluluktan farklı olarak objektif özen yükümlülüğü yüklemekte, yani sorumluluğun kapsamını genişletmektedir¹¹⁹. İşte bu sorumluluğun temelinde tıbbi uygulama hataları yer almaktadır.

Aşağıda hekimlerin bu mükellefiyetlerinin hukuki sorumluluğuna ve hukuki sorumluluğun dayanaklarına ilişkin açıklamalara yer verilmiş olmakla birlikte, çalışmamızın bu kısmında hekimin özen/ihtimam gösterme zorunluluğuna uygun davranmaması sebebiyle meydana gelebilecek olası tıbbi hatalara ilişkin açıklamalara yer verilmiştir.

Tıbbi hata, bir hastalığın tedavi sürecinde veya hastalık sözkonusu olmasa bile bir hekimin müdahalede bulunduğu her durumda hekim tarafından objektif özen yükümlülüğüne aykırı davranılması sebebiyle meydana gelen her türlü zarara sonuç verebilecek iş ve işlem olarak tanımlanabilir. Bu hatalar, hekim tarafından gerçekleştirilecek işlemin mahiyetinin ve sebebinin teşhisi aşamasında meydana gelebileceği gibi, işlemlerin icrası veya sonuçlanması sonrasında da vuku bulabilir. Hekimlerin meydana gelen hata sebebiyle sorumlu olup olmadıklarının ve sorumluluklarının mahiyetinin tespiti bakımından hatanın türünün iyi belirlenmesi önemlidir. Bu bakımdan tıbbi uygulama hatalarını teşhis hataları, aydınlatma ve rıza hataları, tedavi hataları, iletişim eksikliğinden kaynaklanan hatalar ve ekip hataları olarak sınıflandırabiliriz.

2. Teşhis Hataları

Bir hekime başvuran hasta ile ilgili olarak izlenecek tıbbi sürecin tayini, hastalığın teşhisine göre yönlenecek, tedavi ve sair süreçler konulacak teşhise göre şekillenecektir. Dolayısıyla teşhiste yapılacak hata tüm tedavi sürecini değiştireceğinden, bu tür hatalar son derece tehlikeli sonuçlara yol açabilecek hatalardır. Hastanın hastalığı ile ilgili teşhisin konmasında sorumluluk hekime aittir. Hekimin teşhis koyma yükümlülüğünü

¹¹⁹ Yenipınar Berberoğlu, F., Tıbbi Sorumluluk, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s.142.

nasıl gerçekleştireceğine dair herhangi bir hukuksal düzenleme bulunmamakta olup, hekim hasta için gerekli olan tetkikleri yapmak ve elde ettiği sonuçlara göre yorumda bulunmak durumundadır¹²⁰. Dolayısıyla teşhis aşaması tümü ile hekimin deneyimine bağlıdır.

Özellikle benzer şikayetler meydana getirebilen farklı hastalıklarda teşhis hataları tehlikeli sonuçlara yol açabilecektir. Bu kapsamda teşhis sürecinde yapılacak tetkikler de son derece önemlidir. Karın ve sırtta ağrı ile doktora başvuran bir hastada böbrek taşı tanısı konulması ve bu tanıya istinaden tedaviye devam edilmesi halinde hastada aynı zamanda benzer şekilde ağrıya sebebiyet verebilecek safra kesesi taşı kaynaklı rahatsızlık da bulunabilir. Hatta hastada bu rahatsızlıkların her ikisi de birlikte ağrıya sebep olması da mümkündür. Böbrek taşı tanısı ile birlikte yalnızca bu rahatsızlıktan tedaviye devam edilmesi halinde, (hastada batında kontrol yapılmaması) safra kesesi taşı varlığından haberdar olunmaması sebebiyle hastada sarılık ve hatta karaciğer ile ilgili daha ciddi ileri düzey rahatsızlıklar meydana gelebilecektir. Bu bakımdan hekim, mesleki tecrübesine göre her durumu değerlendirmekle yükümlüdür. Hekim, teşhis için gerekli tüm müdahaleleri gerçekleştirmeli, tüm tetkikleri yapmalı, sonucunu değerlendirmeli, değerlendiremediği durumda başkaca hekimden destek istemeli ve sonucu tıp bilimi kurallarına uygun bir biçimde yorumlamalıdır¹²¹. Aksi halde hatalı tanı koyabilecektir. Bu hatalı tanı sebebiyle doğacak her türlü zarardan da sorumlu olacaktır.

Teşhisle ilgili hataları temel olarak anamnezin alınması ve fiziki muayene sürecinde hata ve gerekli tetkik ve testlerin yapılmamasından kaynaklanan hatalar olarak ayırmamız mümkündür. Rino plasti ve burun küçültme ameliyatı olacak bir kişinin, burun kemik yapısının bu tip operasyonlara uygun olup olmadığı hekimce değerlendirilmez yahut hatalı değerlendirilirse, işte bu noktada hekimin teşhis hatasının varlığından bahsetmek mümkündür.

¹²⁰ Hakeri, s.536.

¹²¹ Hatırmaz Erol, G., Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları, Seçkin, 3. Baskı, Ankara 2013, s.283.

Teşhis konulurken, ultrason, MR gibi tetkiklere başvurulmalı, kişinin vücut yapısının estetik ameliyata uygun olup olmadığı değerlendirilmelidir. ¹²². Bu tetkikler, hekimin doğru teşhis koymasında fayda sağlayacak ve hastanın yararına olacaktır. Gelişen teknolojik koşulların değerlendirilmesi bu bakımdan önem arz etmektedir.

Danıştay 15. D. 24.10.2011 T., 2013/4526 E. ve 2016/3551 K. sayılı kararında¹²³,

“... Dava; davacılarından Şengül Aydoğdu'nun 11/02/2007 tarihinde Isparta Gülkent Devlet Hastanesinde gerçekleşen doğumu sırasında hatalı tıbbi tedavi uygulandığından bahisle çocukları Elif Gül Aydoğdu'nun %98 oranında engelli olarak dünyaya gelmesi nedeniyle bebek, anne ve baba için uğranıldığı ileri sürülen maddi ve manevi zararın tazmini istemiyle yapılan başvurunun reddine ilişkin işlemin iptali ile uğranıldığı ileri sürülen 270.000-TL maddi ve 90.000-TL manevi zararın yasal faiziyle birlikte tazmini istemiyle açılmıştır. Isparta İdare Mahkemesi'nce; aynı olayla ilgili olarak görülen Isparta 3. Asliye Ceza Mahkemesinin E.2007/525 sayılı dosyasında yaptırılan inceleme sonucu sunulan rapor hükme esas alınarak, sunulan sağlık hizmetinin tıp kurallarına uygun işletildiği dolayısıyla davalının tazmin sorumluluğunun bulunmadığı gerekçesiyle, dava konusu işlemin iptali isteminin incelenmeksizin reddi, tazminat isteminin reddine karar verilmiştir.

Doktor F.A.'nın hastanın icap nöbeti gereği ilk muayenesini yapması gerektiği halde yapmadığı, doktorun hastayı görmeden ebe tarafından yapılan muayene bulgu ve NST değerlendirmesine göre spontan travay takibi endikasyonu koyması hatadır. Ebe Senem Bayrak için ise varılan kanaat; doktor tarafından değerlendirilmesi gereken NST test sonucunun yetkisi olmadığı halde değerlendirmesi ve yanlış okuması hatadır. Yine Sancısı fazla ÇKS'si bozuk olan hastaya, görevi olmadığı halde indüksiyon takmak suretiyle çocuğun asfiksisinin artmasına sebep olduğu gibi, müdahaleleli doğumu doktora zamanında haber vermemiştir... Durum böyle olunca; yukarıda yer verilen açıklamalar, taraf iddiaları da değerlendirilmek suretiyle Adli Tıp Kurumu Genel Kurulu'ndan açıklamalı ve gerekçeli yeni bir rapor alınarak (sorulara yeterli düzeyde yanıt verilmemiş olması halinde yargılamanın gereksiz yere uzayacağı ve adil yargılanma hakkını ihlal edici boyut kazanabileceği hususu dikkate alınmalıdır) olayda

¹²² Erol, a.g.e. s.283.

¹²³ www.kazanci.com.tr (e.t. 12.12.2018).

hizmet kusurunun bulunup bulunmadığı yeniden irdelenmelidir...” ifadeleriyle, hekimin hastayı yeterince muayene etmeden teşhis koyması, tıbbi müdahale hatası olarak değerlendirilmiştir.

Yargıtay başkaca bir kararında¹²⁴, kaza sonrası hastaneye başvuran hastanın femur kemiği kırık olması rağmen, doku zedelenmesi teşhisi ile taburcu edilmesi olayında hekimin teşhis hatasında bulunduğunu belirtmiştir.

2.1. Anamnezin Alınması ve Fiziki Muayene Sürecinde Hata

Anamnez, hastanın, hastalığı ve çevresi hakkında verdiği bilgi, anamnezi olarak tanımlanmaktadır¹²⁵. Bir hekimin, karşısına gelen hastaya sorduğu ilk soru, “şikayetiniz nedir?” sorusudur. Bu temel olarak teşhis aşamasının başladığı süreçtir. Bu süreçte yaşanan hastalık ile ilgili olarak hasta tarafından hekime bilgi verilmektedir. Anamnezin alınması sürecinde hekim tarafından etkili bir dinleme yapılmalı, hasta ile etkili iletişime geçilmeli, hastalığın olası ihtimallerine göre alternatif sorular sorularak, fakat hatalı bir yönlendirme yapılmaksızın hastanın tüm şikayetleri ayrıntılı olarak dinlenilmelidir. Hekimin olası tanılara göre hastaya sorular sorması elbette gereklidir.

Anamnezin alınması sürecinde hastalığın etkisinde olan hastanın bir kısım belirtileri fark etmemesi veya eksik bilgi vermesi her zaman mümkündür. Yine hastanın bilincinin kapalı olduğu durumlarda bu bilginin hiç alınamaması ihtimali de bulunmaktadır. Bu durumda hekim tarafından yalnızca hastadan değil, hasta yakınlarından veya hastayı hekime getiren kişilerden bilgi alması da elbette mümkündür.

Anamnezin alınması sürecindeki hataların temelinde hastanın yeterli dinlenmemesi, hasta ile etkili iletişime geçilememesi, hastanın rahatsızlığını tam olarak ifade edememesi, yeterli muayene yapılmaması, hastanın bilincinin kapalı olması, dikkat dağınıklığı, süreçte sorulması gereken soruların sorulmaması gibi durumlar yer almaktadır. Yine hastanın hekimin dilini konuşamaması gibi durumlar da hatalara yol açabilmektedir. Bunun önüne geçilebilmesi için, hekimin günlük dilde hastanın anlayabileceği şekilde sorular sorarak anamnezi öğrenmeye çalışması gerekmektedir.

¹²⁴ Y13. HD., 5.11.2014-2014/10929-2014/34504 (www.kazanci.com e.t. 15.05.2019).

¹²⁵ www.tdk.gov.tr, (e.t. 12.12.2018).

Yine, hastanın hastalık geçmişinin tam olarak irdelenmemesi de tıbbi hatalara yol açabileceğinden, hastalık geçmişinin irdelenmesi, imkan dahilinde ise kayıtlardan da bunun kontrolü gerekmektedir. Belirli bir rahatsızlığı bulunan hastanın tanısı yapılırken, önceki rahatsızlıkları da irdelenmeli, bağlantılı bir rahatsızlığı bulunup bulunmadığı hususu da değerlendirilmelidir.

2.2.Gerekli Tetkiklerin ve Testlerin Yapılmaması

Hasta anamnezinin alınması sonrasında hekim tüm bu süreci kendi mesleki tecrübesine göre değerlendirecek, gerekli muayeneleri yapacak, olası teşhisler arasında değerlendirme yapacak ve gerekli görmesi halinde tetkikler yapacak veya yaptıracaktır. Hastanın fiziki muayenesinin yapılması da tetkikler kapsamında değerlendirilmelidir. Bu kapsamda hastanın tansiyonun ve ateşinin ölçülmesi, hasta vücudunun stetoskop ile dinlenmesi, hastanın ağrılı bölgelerinin elle muayenesi ve tespiti de hekim tarafından gerçekleştirilmelidir.

Hastanın beden muayenesinin yapılması sonrasında ayrıntılı diğer teknikler de uygulanacaktır. Bu kapsamda hekim tarafından laboratuvar tetkikleri, röntgen, bilgisayarlı tomografi, manyetik rezonans ve benzeri farklı tetkik süreçleri izlenecek, bu tetkikler ile hasta anamnezi değerlendirilerek teşhise gidilecektir. Gerekli görülen tetkik ve testlerin istenmemesi nedeniyle hastada mevcut hastalıkların tespit edilememesi halinde hekim sorumlu tutulabilir¹²⁶.

Tıp alanının çok geniş olduğu dikkate alındığında, farklı rahatsızlıkların bulunması ihtimali değerlendirilmeli, gerekli görülmesi halinde uzman hekimlerden konsültasyon alınmalıdır.

Yargıtay 13. HD. 06.03.2008 T., 2007/13653 E., 2008/3801 K. sayılı kararında¹²⁷, karın ağrısı şikayetiyle dahili uzmanına başvuran hastaya gerekli tetkikler yapılmaması

¹²⁶ Hakeri, s. 542.

¹²⁷ Kıcalıoğlu, M., Doktorların ve Hastanelerin Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumlulukları, Adalet, Ankara 2011, s. 177.

sonucu hamile olduğunun anlaşılmasının tıbbi müdahale hatası olarak kabul edildiği belirtilmiştir.

3. Tedavi Hataları

Hekimin tıbben gerekli olan bir tedaviyi yapmaması yahut tıbben gerekli olmayan tedavi yapması tedavi hatası olarak nitelendirilmektedir¹²⁸. Duymuş olduğu güven duygusu sebebiyle kendini hekime emanet eden hasta, hekimden en uygun tedavi yöntemini belirlemesini bekler. Hekim, hastaya tedavi uygulanmasına karar verirse, öncelikle tedavide uygulayacağı yöntemi ve tedavi planını tıp biliminin genel olarak tanınmış ve kabul edilmiş, denenmiş ve bilinen temel meslek kurallarını esas alarak belirlemelidir. Tedavi planının uygulama safhasında, hekimin tıp bilimi kuralları çerçevesinde hareket etmemesi neticesinde hastanın uğrayacağı her türlü zarar, tedavi hatası kapsamında değerlendirilecektir.

Hekim, tedavisinde zorlandığı bazı durumlarda tedaviden kaçınabilmektedir. Uygulamada defansif tıp olarak isimlendirilen hekimin bu davranışı, hekimlerin kendilerini davada taraf olmaktan uzaklaştırma çabaları olarak tanımlanmaktadır¹²⁹. Bu durumda hekim, gerekli tedavileri yapmaktan kaçınmış olduğundan, kaçınma durumunun zorunlu hallerden kaynaklandığı yine hekim tarafından ispatlanamadıkça, hekimin tedavi hatası gerçekleştirmiş olduğu kabul edilecektir. TŞSTİDK uyarınca hastaya müdahale etme zorunluluğu bulunan hekimin, hastaya müdahale etmemesi durumu da sorumluluğunu gündeme getirecektir.

3.1. Yanlış Tedavi Yöntemi

Hekim, hastanın iyileşebilmesi için en uygun tedavi yöntemini belirlemekle yükümlüdür. Hekimin belirlediği tedavi yöntemi, tıp bilimi kurallarına ve hastalığın gereklerine uygun, hasta için en az riskli ve en az acı verici olmalıdır. Hastaya uygulanacak tedavi yöntemi belirlenirken, hastanın öyküsü ayrıntılı olarak alınmalı,

¹²⁸ Hakeri, s. 545.

¹²⁹ Aynacı, Y., Hekimlerde Defansif (Çekinik) Tıp Uygulamalarının Araştırılması, Konya, 2008, s. 12.

kronik rahatsızlığı olup olmadığı, zararlı alışkanlıkları olup olmadığı açıklığa kavuşturulmalı ve tüm bu hususlar ortaya konulduktan sonra tedavi yöntemi belirlenmelidir.

3.2. Hijyen Kurallarına Uymama

Sağlık dağıtan ve hastaların iyileşmesi için var olan sağlık kuruluşları, her daim temiz ve steril olması gereken ortamların başında gelmektedir. Hastane enfeksiyonları, sağlık hizmeti sunumu esnasında hastada gelişen ve birkaç gün içerisinde ortaya çıkan enfeksiyonlardır. Sağlık kuruluşlarındaki enfeksiyonların, diğer enfeksiyon türlerinden daha dirençli olduğu, özellikle yoğun bakım ünitelerinde enfeksiyon meydana geldiğinde ciddi ölüm riskinin meydana ortaya çıkabilmektedir.

Hastane enfeksiyonlarının önlenmesi ve sağlıklı bir hastaya bulaşmaması için hekim ve ilgililerce gerekli tedbirlerin alınması, bulaşıcı hastalığı olan bir hastayla, başka bir hastanın aynı ortamda bulundurulmaması gerekmektedir. Bu kurala uymayan hekim kusurlu addedilir ki, hukuki sorumluluğu gündeme gelir¹³⁰. Netice itibariyle, hastane servislerinde ve yoğun bakımlarda bulaşıcı hastalığı olan hastaların izole edilmesi gerekmektedir. Sağlık çalışanlarının hastayla birebir temas halinde olması sebebiyle, diğer hastalara bulaşıcı hastalığı taşımaması için gerekli olan özen ve dikkat gösterilmelidir.

3.3. Vücutta Yabancı Madde Unutma

Hastasını ameliyat eden hekimin ameliyat esnasında kullanmış olduğu malzemeleri hatayla hastasının vücudunda unutması ihtimal dahilindedir. Ülkemizde konu ile ilgili ulusal basına dahi yansımış bu şekilde birçok vakıa bulunmaktadır. İşte, hekimin, hastasının vücudunda yabancı madde unutması, tedavide hata olarak değerlendirilir ve hekimin hukuki sorumluluğuna gidilir.

¹³⁰ Hakeri, s. 558.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 13.04.2011, 2010/13-717 2011/129 K. sayılı kararında¹³¹, “...davacının karnında pamuk elyafının tespit edildiği, davacı tarafın şikayetlerinin davalı doktor tarafından yapılan ameliyat sonrasında ortaya çıktığı, ameliyat yapıldığı dönemde hastanede kullanılan gazlı bezlerin sıvı çektiğinde lime lime oldukları, apseye sebep olan yabancı cismin gazlı bez kalitesindeki düşüklüğe veya imalat hatasına bağlı olduğu hususları belirlendiğine göre, tek başına kalitesiz malzeme kullanılması dahi davalı yanın kusurlu olduğunu göstereceğinden; mahkemece burada artık bilirkişi incelemesi yaptırılmasına gerek bulunmamaktadır...”denilerek, hastanın vücudunda yabancı madde unutulması tedavi hatası olarak kabul edilmiş ve hekimin tazminat sorumluluğuna gidilmesi gerektiği ifade edilmiştir.

3.4. Taraf Seçiminde Yanılma

Hekim, bir tür tedavi olarak ameliyat yoluna başvurabilir. Ameliyatı gerçekleştirecek hekimin, öncelikle hasta dosyasını doğru ve açık bir şekilde tutması, işlem yapacağı bölgeleri ayrıntıları ile belirtmesi ve işaretlemesi gerekmektedir. Taraf seçiminde yanılma şeklindeki hata, genellikle, vücutta çift sayıda bulunan organların ameliyatı esnasında ortaya çıkmaktadır. Örnek olarak, sağ kola işlem yapılması gerekir iken, sol kola işlem yapılması açık bir şekilde taraf seçiminde yanılma şeklindeki tedavi hatasıdır.

Bu hatanın önlenmesi için, hasta vücudunda işlem gerçekleştirecek olan hekimin daha dikkatli olması, hasta dosyasını savsaklamadan okuması ve gerekirse ameliyat öncesi yeniden hastasıyla iletişime geçerek son kez onayını alması yerinde olacaktır.

3.5. Yanlış İlaç Uygulama

İlaç hatası; ABD’de İlaç Hatalarını Rapor Etme ve Önleme Koordinasyon Konseyi (NCC MERP) tarafından “*ilacın sağlık çalışanının, hastanın veya üreticinin*

¹³¹<https://www.istanbulbarosu.org.tr/HaberDetay.aspx?ID=6675> (e.t. 14.01.2019)

kontrolünde olmasına rağmen, hastanın ilaçtan zarar görmesine ya da uygun olmayan ilacı almasına sebep olan önlenemez bir olay'' olarak tanımlanmıştır¹³². İlaç uygulama sürecinde yapılan hatalar, hastanın zarar görmesine sebebiyet vermektedir¹³³. Acil servislerde iş yükünün, hasta sayısının ve giriş çıkış yoğunluğunun fazla olması, hızlı karar verme ve uygulama zorunluluğunun bulunması ve hasta ile çalışanlar arasındaki iletişimin kısa süreli olması, ilaç hatalarını kolaylaştıran faktörlerdir¹³⁴.

İlaç uygulaması, hastanın muayenesi neticesinde hekim tarafından belirlenen ilacın yardımcı sağlık personelleri, hastanın kendisi veyahut yakınları tarafından uygulanması ile sona ermektedir. Önemle belirtilmelidir ki, ilaç, gerekli teşhis ve tetkik neticesinde hekim tarafından doğru zamanda ve doğru bir şekilde verilmelidir. Doğru ilacın verilmemesi yahut doğru ilacın doğru zamanda verilmemesi, yanlış ilaç uygulaması olarak nitelendirilir. Yine, ilacın verilmesinin unutulması, yanlış dozda ilaç verilmesi, reçete edilmemiş ilacın uygulanması de yanlış ilaç uygulaması kapsamındadır. Yanlış ilaç uygulaması tedavi hataları arasında olup, bu sebeple hekimin hukuki sorumluluğu bulunmaktadır.

Hekim, reçete ettiği ilacın niteliği ve kullanımıyla ilgili tüm bilgileri hastasına anlatmakla yükümlüdür.

3.6.Komplikasyonun Fark Edilmemesi

Komplikasyon, tıbbi girişim sırasında öngörülme, öngörülse dahi önlemeyen durum, istenmeyen sonuçtur¹³⁵. Hastaya uygulanacak işlemlere ilişkin komplikasyonların hastaya bildirilmesi halinde, hekim komplikasyonlar sebebiyle sorumlu tutulamaz. Ancak, hekim, bildirmediği ve meydana geldiğinde önleyemediği komplikasyonlar sebebiyle hukuken sorumlu tutulur. Yine, hekim, komplikasyonu

¹³² Aygın, D. / Cengiz, H., İlaç Uygulama Hataları ve Hemşirelerin Sorumluluğu, Şişli Etfal Hastanesi Tıp Bülteni, C. 45, S. 3, 2011, s. 110.

¹³³ Bişkin, S./ Cebeci, F., Acil Servislerde İlaç Uygulama Hataları, Gümüşhane Üniversitesi Sağlık Bilimleri Dergisi, C. 6 S. 4, 2017, s. 181.

¹³⁴ Bişkin, Cebeci, a.g.e. s.181.

¹³⁵ Polat, Pakiç, s. 120.

zamanında fark etmez veya fark etmesine rağmen gerekli önlemleri zamanında almazsa, tıbbi uygulama hatasının varlığı gündeme gelir.

Nitekim, Y13. HD., 20.11.2007 T., 2007/12837 E. ve 2007/13884 K. sayılı kararında,¹³⁶, hastanın genel ifadelerle yan etki ve komplikasyonlardan haberdar edilmesinin yeterli sayılmayacağı, mutlak suretle bu tür ameliyatın ne tür komplikasyonlar olduğunun izah edilmesi gerektiği, gerçekleştirilen ameliyatta ne tür komplikasyonlar olabileceğini ayrıntılı olarak izah edilmemesi nedeniyle tedavi hatası gerçekleştiren hekimin tazminat sorumluluğunun olduğu kabul edilmiştir.

3.7.Hastanın Sevkinde Gecikme

Kritik durumdaki hastanın bulunduğu ortamdaki tedavi ve bakım olanaklarının teknolojik ya da uzman açısından yetersiz olması veya gereksinim duyulan başka bir tedavi yönteminin sağlanabilmesi için kurum içinde bir tanılama bölümüne, ameliyathaneye, yoğun bakım ünitesine ya da diğer bir kuruma transferi gerekebilir¹³⁷. Hekim, bu durumda, gecikmeksizin hastanın kötüleşmesini önlemek için hastayı gerekli yere sevk etmekle yükümlüdür. Hekimin, uygulanması gereken müdahale için sevkte geç kalması yahut hastayı ilgili yerlere hiç sevk etmemesi neticesinde hatada meydana gelecek zarardan sorumlu olacağı kuşkusuzdur.

4. Aydınlatma ve Rıza Hataları

İyileşmeyi arzulayan hasta, rıza yoluyla hekime bedeni üzerinde bazı uygulamaları yapma yetkisi tanımaktadır¹³⁸. Rıza almaksızın hiç kimsenin vücuduna dokunulamaz ve vücut bütünlüğü ihlal edilemez. Yargıtay kararlarında, tıbbi müdahale hastanın kişilik haklarını ilgilendirdiğinden, tıbbi müdahaleyi gerçekleştirme yetkisinin

¹³⁶Hatırnaz Erol, s. 304.

¹³⁷ Uysal, H., Kritik Durumdaki Hastanın Transferi, Türk Kardiyoloji Derneği Kardiyovasküler Hemşirelik Dergisi, s. 8.

¹³⁸ Turla, A. / Karaaslan B. / Kocakaya M. / Pekşen, Y., Hastalara Yeterince Aydınlatma Yapılıp Yapılmadığı ve Onam Alınması Durumunun Saptanması, Türkiye Klinikleri J Foren Med 2005, S. 2, s. 33. <https://www.turkiyeklinikleri.com/article/en-hastalara-yeterince-aydinlatma-yapilip-yapilmadigi-ve-onam-alinmasi-durumunun-saptanmasi-41381.html> (e.t. 02.02.2019).

müdahaleye maruz kalacak hasta olduğunu belirterek, hastanın rızasının alınması gerektiğini vurgulamıştır¹³⁹.

Yargıtay kararlarında¹⁴⁰, rızanın hukuk düzeninde geçerli olabilmesi için;

- Uygulanacak tıbbi müdahale, etki ve sonuçları ve olası komplikasyonların ayrıntılı olarak hastaya anlatılması,
- Aydınlatmanın, hiçbir tereddütte mahal vermeyecek şekilde hastanın anlayabileceği bir dilde gerçekleştirilmiş olması,
- Baskı, tehdit, hile gibi hastanın iradesini sakatlayıcı bir davranış sergilenmeden alınması,

şartlarını taşıması gerektiği ifade edilmiştir.

Genel ve soyut ibarelerle düzenlenmiş bir matbu rıza formu geçersizdir. Önemle belirtilmelidir ki, yapılacak müdahale bütün ayrıntıları ile anlatılmaksızın hastadan alınan rıza geçersiz olacak ve hekim bu noktada tedavi hatası kusurunu işlemiş olacaktır ki, bu durumda hekimin sorumluluğuna gidilebilecektir.

5. Hastanın Yetersiz İzlenmesinden Kaynaklı Hatalar

Hekim, vücut bütünlüğünü kendisine emanet eden ve iyileşme arzusunda olan hastasının kendisine ilk müracaatından tedavinin sonuçlanması aşamasına kadar hastasının durumunu takip etmekle yükümlüdür. Bu kapsamda, hekim, hastası için yapmış olduğu tüm işlemleri eksiksiz bir şekilde kayıt altına almalıdır¹⁴¹. Bazı işlemlerin kayıt altına alınmaması, bir sonraki işlemin hatalı olmasına neden olacağından bu durum hasta açısından telafisi güç zararların doğmasına sebebiyet verebilecektir. Yine, bazı durumlarda, hastanın tedavisi için birden fazla hekimin tıbbi girişimde bulunması söz konusu olabilecektir. Bu sebeple, her bir hekimin uygulamış

¹³⁹ Y13. HD., 15.3.2017-2015/15331-2017/3251, Y4. HD. 07.3.1977-1977/6296-1977/548 (www.kazanci.com e.t. 10.06.2019).

¹⁴⁰ Y13. HD., 15.9.2014-2013/26330-2014/27050 (www.kazanci.com e.t. 10.10.2018).

¹⁴¹ Aştı, T., / Acaroğlu, R., Hemşirelikte Sık Karşılaşılan Uygulamalar, Cumhuriyet Üniversitesi Hemşirelik Yüksekokulu Dergisi, C. 4 S. 2, s. 25.

olduğu işlemleri kayıt altına alması, hangi işlemin yapıldığı hususunda bilgisi olmayan diğer hekimin de işini kolaylaştıracak ve hastanın zarar görmesi engellenecektir.

Bu noktada, hastanın izlenmesi, hastanın tedaviye yanıtının değerlendirilmesi, ortaya çıkabilecek komplikasyonlara erken müdahalede bulunmasını sağlayacaktır.

III. HEKİMİN BORÇLARI

1. Eser Sözleşmesi Hükümleri Çerçevesinde Hekimin Borçları

TBK anlamında yüklenici, eseri noksansız bir şekilde meydana getirmeyi ve iş sahibine teslim etmeyi taahhüt edendir. TBK m.471 gereğince, eser sözleşmesinde yüklenicinin yükümlülükleri;

- Eser meydana getirmek,
- Eseri meydana getirirken iş sahibinin haklı menfaatlerini gözetmek, borcunu sadakat ve özenle yerine getirmek,
- Eseri bizzat yapmak
- Kullanılacak malzemeleri temin etmek,
- Ayıba karşı tekeffül,
- Genel ihbar yükümlülüğü borcu

Şeklindedir.

1.1. Eser Meydana Getirme Borcu

Eser sözleşmesinin konusunu, maddi veya maddi olmayan bir eserin meydana getirilmesi oluşturabilecektir¹⁴². Estetik amaçlı tedavi gerçekleştiren hekimin asli görevi, hastasının vücudundaki şekil bozukluğunun giderilerek, güzelleşmenin sağlanmasıdır. Bu güzelleşme, burnun küçültülmesi, büyütülmesi, yağ emme olarak da adlandırılan liposuction, sarkan görüşlerin dikleştirilmesi, yüzün gerilmesi ve

¹⁴² Yavuz, C. / Acar, F. / Özen, B., Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, Beta, 11. Baskı, İstanbul, 2012, s.436, Eren, F., Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2017, s. 608.

gençleştirilmesi gibi birçok şekilde gerçekleştirilebilmektedir. Hasta, burnunun küçültülmesi talebini estetik cerraha iletir, estetik cerrah tarafından da burnun küçültüleceği hastaya bildirilirse sözleşme ilişkisi kurulmuş olur ve hekim burnun küçültülmesi, diğer bir deyimle eser meydana getirme borcu altına girer. Kişinin fiziki özellikleri incelenerek olumlu neticesi taahhüt edilen bir estetik müdahale türü olan saç ekiminde de hekim eser meydana getirme borcu altına girer¹⁴³.

1.2.Sadakat Ve Özen Borcu

Hekim, sadakat ve özenle borcunu ifa etmek durumundadır. Hekimin özen borcunun kapsamı belirlenirken, alanında uzman ve tecrübeli bir yüklenicinin o işi yaparken nasıl hareket ettiği ve eseri nasıl meydana getirdiği ve/veya getirebileceği kriterleri gözününde bulundurulur¹⁴⁴. Yine eser sözleşmesinde yüklenen özen borcunun yanında hekime Tababet ve Şubatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun ile yüklenen sıhhi özen yükümlülüğü de bulunmaktadır. Bu yükümlülük sadece eser sözleşmesi ile ilgili olmayıp, hekimlik mesleğinin icra edildiği tüm vakıalar bakımından geçerlidir.

1.2.1. Sadakat Borcu

Sadakat borcu, en geniş anlamıyla, hekimin sözleşme kapsamında hareket etmesi dışında, hastanın her alandaki çıkarlarını gözetme ve sözleşmeyle elde ettiği pozisyonu kendi çıkarına kullanmama yükümlerini içerir¹⁴⁵. Hekimin gerek sözleşme ve gerekse mevzuat ve meslek kuralları gereğince sadakate hareket etmesi gerekir¹⁴⁶. Sadakat borcu, TMK m.2 gereğince, dürüstlük kuralının sonucudur. Hekim, hastasının yararını kendi yararından üstün tutmak mükellefiyetinde olup, izlediği bütün aşamalarda hastasının yararına olacak şekilde hareket etmekle yükümlüdür; zira hasta ile hekim arasında kuvvetli bir güven duygusu mevcuttur. Sadakat borcu, özen borcundan daha geniş olup, hekimin sadakat borcuna aykırı davranması durumunda, güzelleşme, yani

¹⁴³ Özay, a.g.e. s. 85.

¹⁴⁴ Eren, Özel s.624 vd.

¹⁴⁵ Öz, T., İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, Vedat, İstanbul, 2012, s. 121.

¹⁴⁶ İpekyüz, s. 102.

sonuç gerçekleşmiş olsa bile, sadakat borcuna aykırılıktan doğan her türlü zararı hastanın istemesi durumunda hekimin ödemesi gerekir¹⁴⁷. Belirtmek gerekir ki, hasta tarafından talep edilen, ancak güzelleşmenin, yani eserin meydana getirilmesi için elverişli olmayan talimatları karşısında, bu talebin bilim kurallarına aykırı olduğunu veya bu talep karşısında eserin amaca uygun nitelikte olmayacağı hususunda hekimin sorumluluğu bulunmakta olup, bu sorumluluk sadakat borcunun da bir uzantısıdır. Estetik amaçlı müdahalelerde, her ne kadar hastanın güzellik beklentisi olsa da hekim, kendi güzellik kaygısı ile değil, hastasının kendisine belirtmiş olduğu güzellik modelinin oluşturulması için çaba sarf etmelidir. Hekim, hastasının yararına olacak şekilde, hastaya hiçbir zarar vermeksizin sonucu meydana getirmekle yükümlüdür¹⁴⁸. Hekim, hastayı operasyonun sonucu ortaya çıkabilecek komplikasyonlar hakkında hastayı bilgilendirmezse, yani aydınlatma yükümlülüğünü tam ve gereği gibi yerine getirmezse, sadakat borcuna aykırılıktan dolayı sorumlu olur¹⁴⁹. Kabul etmek gerekir ki, hekimin sadakat borcu, sözleşme öncesi, ifası ve sonrası durumunda da sözkonusudur¹⁵⁰.

1.2.2. Özen Borcu

Özen¹⁵¹, bir işin elden geldiğince iyi olmasına çabalama olarak tanımlanmaktadır. Hekimin özen yükümlülüğünün konusu, hekimin hastasını tedavi etmek için gerekli davranışlarda bulunması, doğru yöntemleri kullanması ve hastasının menfaatlerini gözetmesidir¹⁵². Nitekim, hekimin uğraş alanının insan olması, özen borcunun diğer meslek gruplarından daha fazla olmasını gerektirir¹⁵³. Hekim, teşhis ve tedavi noktasında hastasına ayrıntılı bir şekilde, hastanın anlayacağı dilde bilgi vermeli, hastasını aydınlatmalıdır. Hekim, hastanın danışmanı ve refakatçisi olarak ona yol göstermek, onu desteklemek ve sağlık bakımından eğitmek ve aydınlatılmış hastayı da

¹⁴⁷ Tandoğan, s. 50, Yavuz, N., Ayıplı İfa, Seçkin Yayınları, 4. Baskı, Ankara, s. 659.

¹⁴⁸ Y13. HD., 24.4.2006- 2006/169982006/6398.

¹⁴⁹ Y3HD., 11.4.2016-2015/9077-2016/5505 .

¹⁵⁰ Avcı, A., Türk Borçlar Kanununda Yüklenicinin Sadakat ve Özen Borcu, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C. 28, S. 119, 2015, s. 374.

¹⁵¹ www.tdk.gov.tr (e.t. 12.02.2019).

¹⁵² Akbaş, Y., Hekimin Özen Yükümlülüğü, Fatih Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 2, 2014 s. 113.

¹⁵³ İpekyüz, s.107

ciddiye almak zorundadır¹⁵⁴. Estetik amaçlı müdahalelerde, hekim, diğer tip operasyonlardan ayrı olarak sonuç verme taahhüdünde bulunduğundan, daha özenle davranmak zorundadır. Diğer bir ifadeyle, estetik cerrah, sonucu meydana getiremezse her türlü sorumlu olacağından, salt şekil bozukluklarını gidermekle yetinmemeli, aynı zamanda düzeltilen şeklin estetik açıdan da olumlu olması için çaba sarf etmeli, sanat ve becerisini titizlikle uygulamalıdır.

Estetik cerrah, değişen teknolojik gelişmeleri takip etmeli, tıp biliminde kabul edilen yöntemleri uygulayarak hastasının daha estetik görünmesi için uğraş vermeli, gerçekleştirmiş olduğu operasyondan sonra hastasına neleri yapıp yapmayacağı, bunlara aykırı davranılması halinde ne gibi sonuçlar meydana geleceği hususunda bilgi vermelidir. Burun küçültme ameliyatı için estetik cerraha başvuran hasta, ameliyattan sonra sargılarının açıldığında burnunun daha estetik bir görünüme kavuştuğunu düşünebilir. Bu durumda, estetik cerrah taahhüdünü yerine getirmiş olur ve estetik cerrah sonuç sorumluluğundan kurtulmuş olur. Ancak, estetik cerrahın, hastanın dikkat etmesi gereken hususlar -örneğin, bir süre burnun darbelerden korunması ve güneşten kaçınılması, buruna temas etmeyen gözlüklerin kullanılması gibi- hakkında hastaya bilgi vermez ve bu hususları bilmeyen hastanın bunlara dikkat etmemesi neticesinde burunda şekil bozuklukları meydana gelmesi muhtemeldir. İşte, her ne kadar hekim sonucu yerine getirmiş ise de hastasına gerekli bilgileri vermemesi sebebiyle özen borcu sorumluluğu doğacaktır¹⁵⁵.

Tıp bilimi kurallarına uyulmadan veya değişen teknolojiler takip edilmeden hekimin tedavi gerçekleştirmesi halinde, hekimin özen borcuna aykırı davrandığından bahsedilecektir ki, bu durumda da hekimin özen borcuna aykırılıktan sorumluluğu doğacaktır. Özen borcunun kapsamının belirlenmesinde, öncelikle sözleşme hükümleri daha sonra da kanuni düzenlemelerin gözönünde tutulması gerekir¹⁵⁶. Özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alandaki işleri üstlenen estetik cerrahın göstermesi gereken mesleki ve teknik kurallara uygun davranışı esas alınacaktır. Buna göre, hekimin gerçekleştirmiş olduğu operasyon sayısı, akademik unvana sahip olup

¹⁵⁴ Hakeri, s. 318.

¹⁵⁵ Özay, s. 87.

¹⁵⁶ Yavuz s. 444

olmaması somut olayın her aşamasında gösterilmesi gerekli dikkat ve özenin derecesinin belirlenmesinde birer objektif ölçüt olarak göz önünde bulundurulacaktır¹⁵⁷. Bu durum, hakim tarafından tayin edilemeyeceğinden, hakim, önüne gelen uyuşmazlıkta mutlak suretle estetik cerrahın özen borcunu yerine getirip getirmediği noktasında başka bir estetik cerrahtan bilirkişi raporu istemeli ve sonuca göre karar vermelidir.

1.2.3. Eseri Bizzat Yapma Borcu

Estetik cerrah, hastasını güzelleştirmek için gerçekleştireceği operasyonu mutlak suretle kendisi yapmalıdır¹⁵⁸. TBK m.471/3 hükmünde, yüklenicinin kendi yönetiminde olmak koşuluyla işi başkasına da yaptırabileceği belirtilmektedir. Bu bakımdan TBK m.471 hükmü emredici nitelikte değildir. Eserin meydana getirilmesinde her ne kadar estetik cerrahın kişisel özellikleri önem arz ediyor olsa da, üçüncü bir kişi tarafından da ifanın gerçekleştirilebileceği kararlaştırılabilir¹⁵⁹. İşin yardımcı kişiye yaptırılıp yaptırılmayacağı hususunda taraflar açık bir şekilde anlaşmış olabilirler. Uygulamada, klinik sayısının ve klinikte çalışan hekim sayısının artmasıyla, bazı hastaları için estetik cerrahın şahsı değil, kliniğin kimliği önem arz etmektedir. Eğer, hasta ile estetik cerrah ve/veya klinik sahibi arasında işin başkaca estetik cerrah tarafından da yapılabileceği açık bir şekilde kararlaştırılmışsa, bu durumda şahsen ifa borcu gündeme gelmeyecek, TBK m.471/3 hükmü somut olayda tatbik edilebilecektir. Ancak, bu şekilde açık bir anlaşma yok ise, bu hükmün estetik müdahalelerde uygulanma imkanı bulunmayacaktır. Yukarıda da değinildiği üzere, hasta, hekime duymuş olduğu güven duygusu sebebiyle kendisini hekime emanet etmektedir. Hasta, estetik cerrahların sayıca fazla olduğu da nazara alındığında estetik cerrahı ayrıntılı araştırma neticesinde seçmekte¹⁶⁰, sanatını ve becerisini bildiği ya da güvendiği estetik cerrah tarafından vücudunda beğenmediği bölgeyi düzelttirmek istemektedir¹⁶¹.

¹⁵⁷ Demir, s.243.

¹⁵⁸ Petek, s 199.

¹⁵⁹ Gümüşsoy Karakurt, s. 24

¹⁶⁰ Kocayusufoğlu, N./Hatemi, H./ Serozan, R./Arpacı, A., Borçlar Hukuku Genel Bölüm C.3, Filiz Kitabevi, Gözden Geçirilmiş 7. Bası, İstanbul, 2016, s.400.

¹⁶¹ Özay, s. 91.

Estetik ameliyatlarda hekim, eseri meydana getirme borcunu ifa ederken yardımcı şahıslardan faydalanmakta ve bu yardımcı şahıslar genelde anestesizt ve hemşire olmaktadır¹⁶². Hekimin, yardımcı şahısları denetleme sorumluluğu bulunmaktadır¹⁶³. Yardımcı şahısların eylemleri ile hastanın uğradığı zarar arasında illiyet bağı var ise, hekim, yardımcı şahısların eylemlerinden TBK m.116164 çerçevesinde sorumlu olacaktır. Hekim, yardımcı şahsa talimat verirken tüm özeni gösterdiğini kanıtlamadıkça sorumluluktan kurtulamaz.

1.2.4. İşin Yapılması İçin Gereken Malzemeleri Temin Borcu Ve Bildirim Yükümlülüğü

TBK m. 471/4 hükmünde, aksine adet veya anlaşma olmadıkça eserin meydana getirilmesi için kullanılacak olan araç ve gereçleri yüklenicinin temin etmesi gerektiği belirtilmiştir¹⁶⁵. Bu kural, estetik amaçlı müdahaleler için de geçerlidir. Operasyon safhasında kullanılacak malzemelerin hasta tarafından temin edilmesi halin icabına uygun değildir; zira sonucun meydana gelmesi için hastanın vücudunda kullanılacak malzemeleri veya operasyon esnasında kullanılacak araç ve gereçleri uzmanlık eğitimi almamış olan hastanın bilmesi pek mümkün olmadığı gibi, bunların temini, hasta açısından ciddi külfet doğuracaktır. Estetik cerrah, kullanacağı malzemeleri dikkat ve özenle seçmeli, kullanacağı malzemelerin ayıplı olmamasına veya estetik müdahale sonucu istenilmeyen sonuçlar meydana gelmesine sebebiyet vermeyecek nitelikte olmasına önem vermelidir. Eğer, hekim tarafından temin edilen malzemenin kusurlu olması sebebiyle estetik müdahalede sonucu istenilen sonuca ulaşılamazsa, estetik cerrah eser sözleşmesi hükümleri çerçevesinde sorumlu olacaktır¹⁶⁶. Her ne kadar TBK m.472/1 hükmünde, malzemenin ayıplı olması halinde yüklenicinin satıcı gibi sorumlu olacağına ilişkin hükme yer verilmiş ise de, bu hükmün hekimlik sözleşmelerinde

¹⁶² Özay, s.55. Yavuz İpekyüz, s.95.

¹⁶³ Taneri, G., Hasta Hakları, Bilge Yayınevi. Ankara, 2014, s.259.

¹⁶⁴ 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.”

¹⁶⁶ Tunçomağ s.998.

uygulama alanı bulmayacağı muhakkaktır; zira satım sözleşmesi, hekim hasta ilişkisi ile bağdaştırılmayacak bir çok hükmü barındırmaktadır¹⁶⁷.

Bazı istisnai durumlarda, hasta tıp eğitimi almış bir kişi olabilir ve estetik cerrahla ameliyatta kullanılacak malzemenin kendisi tarafından temin edileceği yönünde anlaşılabilir. Örneğin, tıp eğitimi almış hasta, meme büyütme ameliyatında kullanılacak silikonu kendisi temin eder ve estetik cerrah, hasta tarafından temin edilen silikonunun kullanılması durumunda estetik müdahaleyle beklenen sonuca ulaşamayacağını hastaya bildirirse¹⁶⁸, memenin hastanın istediği gibi meydana gelmemesi durumunda estetik cerrahın sorumluluğuna gidilemez.

1.2.5. Teslim Borcu

Hekim, müdahaleyi gerçekleştirip, hastanın vücudundaki kısmı hastanın arzuladığı şekilde düzeltmesiyle teslim borcunu da yerine getirmiş kabul edilir; zira meydana getirilen şeyin hastanın vücudundan ayrılması mümkün değildir. Diğer yandan, estetik cerrah, kolu olmayan bir hastaya protez kol da takabilir. Bu durumda, teslim borcu, protez kolun hastanın vücuduna yerleştirilmesiyle ve protez kolun işlevinin olduğu anlaşılması halinde teslim borcu yerine getirilmiş olur.

1.2.6. İşe Başlama Ve İş Yürütme Borcu

Estetik cerrah ile hasta arasında hekimlik sözleşmesi akdedildikten sonra hastaya uygulanacak müdahaleler ve müdahalelerin uygulanacağı zaman kararlaştırılabilir. Birçok estetik müdahale tek bir işlemde neticelenmeyebilir, sonuca ulaşmak için birkaç seans gerekebilir. Bu durumda estetik cerrah, bu zaman çizelgesine uygun hareket etmek durumundadır. Eğer, estetik cerrah belirlenen sürede gerekli işlemlere başlamaz,

¹⁶⁷ Özay, s. 93.

¹⁶⁸ TBK m.472/3 Eser meydana getirilirken, iş sahibinin sağladığı malzemenin veya 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 hemen iş sahibine bildirmek zorundadır; bildirmezse bundan doğacak sonuçlardan sorumlu olur.

süresinde başlamasına rağmen sonucun meydana gelmesini geciktirir veya sonucu hiç meydana getiremeyeceği anlaşılırsa, hastanın, estetik cerrahın sonuca ulaşmasını beklemeden sözleşmeden dönme, ayıbın giderilmesini isteme ve masraflar estetik cerraha ait olmak üzere ifanın üçüncü kişilere yaptırma şeklinde seçimlik hakları vardır.

Sözleşmeden dönme halinde hasta, sözleşmenin ortadan kalkması nedeniyle uğradığı menfi zararı estetik cerrahtan talep edebilir¹⁶⁹. İfanın üçüncü kişilere yaptırılması hakkını kullanması durumunda ise¹⁷⁰, üçüncü kişi olan estetik cerrah ile anlaşma yaparak estetik müdahaleye devam edilmesini isteyebilir ki, bu durumda tüm masraflar işi geciktiren estetik cerraha yükletilir. Bu seçimlik hakların yenilik doğuran hak mahiyetinde olması sebebiyle, seçimlerden yalnızca birisi kullanılabilir ve seçilmeyen diğer hakların bir daha ileri sürülmesi mümkün değildir. Bu noktada, hastanın seçimlik hakkını kullanırken dikkatli olması ve kendi menfaatine uygun olacak hakkı seçmesi önem arz etmektedir. Belirtmek gerekir ki, hastanın belirtilen seçimlik hakları kullanabilmesi için, eseri muayene ve bildirme yükümlülüğünü yerine getirmiş olması şarttır. Başka bir anlatımla hasta, eserin sözleşmeye uygun hale getirilmediğini, kullanılamaz halde olduğunu veya büyük oranda ayıplı olduğunu makul süre içinde muayene etmez veyahut muayene etmesine rağmen makul süre içerisinde yükleniciye bildirmez ise, Kanunun kendisine tanıdığı seçimlik haklardan yararlanamaz ve yükleniciden tazminat isteminde bulunamaz. Hastanın muayene yükümlülüğünü kendi kendine yerine getirmesi halin icabına uygun değildir. Bu sebeple, hasta, alanında uzman başka bir estetik cerrahtan, gerçekleştirilen operasyonunun tıp bilimine uygun olup olmadığı, ayıplı olup olmadığı noktasında bilgi isteyebilir. Diğer bir yandan, estetik cerrahın ayıbı kasten gizlemesi durumunda, artık ayıba karşı tekeffül hükümlerine göre değil, genel hükümlere göre tazminat istemek sözkonusu olur¹⁷¹. Bu durumda, gizli ayıp sözkonusu olacağından Kanun, hastayı estetik cerraha karşı korumuştur.

¹⁶⁹ Aydın, Ö., Yüklenicinin İşe Başlama ve Devam Borcunun Hukuki Niteliği ve Sonuçları, Fatih Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 2, 2014, s. 82.

¹⁷⁰ Tandoğan, s. 119.

¹⁷¹ Yavuz s. 668.

2. Vekalet Sözleşmesine İlişkin Hekimin Borçları

2.1.Talimata Uygun Davranma Borcu

Vekalet sözleşmesinde vekilin borçlarından biri de vekalet veren tarafından kendisine verilen talimata uygun davranma borcudur. Talimat, özelliğine göre emredici, ihtiyari ve yol gösterici şeklinde ayrılabilir¹⁷². Hastanın hekime talimat vermesi halin icabına uygun değildir¹⁷³. Bu hususta “eser sözleşmesi görüşü” kısmında ayrıntılı izahatta bulunulmuş idi. Hasta, tedavisiyle ilgili hekime yol göstermek adına birtakım bilgiler verip, hekimin izleyeceği yol hakkında beklentilerini ve isteklerini dile getirebilir. Hekim hastanın menfaatini gözetmek kaydıyla bu genel talimat içinde en geniş şekilde hareket edebilir. Hekime verilen talimatlar, hekime bir hareket serbestisi bırakır ve gördürülen iş hekimin tek başına hareket etmesini gerektirir veya hekim hastanın arzularını göz önünde tutarak karar verirse, talimatın ihtiyari, diğer bir ifadeyle yol gösterici olduğu söylenebilir¹⁷⁴. Hekimlik mesleğinin tıp bilgisini gerektirmesi, hastanın izlenecek yol konusunda bilgisiz olacağının varsayılması, hekimin tedaviyi gerçekleştirirken geniş serbesti alanının olması hususları nazara alınarak vekalet sözleşmesi kapsamında hastanın hekime vereceği talimatın, yol gösterici nitelikte olduğunu belirtmek yerinde olur.

Hekim, tedavi amacıyla kendisine müracaat eden hastanın tedavisini tıp bilimi kuralları çerçevesinde gerçekleştirmiş ise talimata uygun davranmama nedeniyle sorumluluğuna gidilemez.

¹⁷² Yavuz, s.551

¹⁷³ Tandoğan, s. 438 “...ancak istisnai hallerde müvekkil de vekil kadar uzman olup ona ayrıntılı ve olumlu yönde bir takım talimatlar verebilir. Tanınmış bir cerrahı diğer cerrahın ameliyat etmesi halinde olduğu gibi...”

¹⁷⁴ Donay, S., Vekilin Talimata Uyuma ve Dürüstlikle Hareket Etme Borcu, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 5, S. 4, 1970, s. 731.

2.2. Şahsen İfa Borcu

TBK m. 506/1 hükmünde, kural olarak vekilin vekalet görevini bizzat yerine getireceği, ancak açık bir şekilde yetki verildiği veya durumun zorunlu olması halinde vekilin işi başkasına da yaptırabileceği belirtilmiştir.

Hasta, hekime duyduğu aşırı güven duygusu sayesinde kendisini rahat bir şekilde hekime emanet etmekte ve hekimin kendisini iyileştireceğini arzu etmektedir. Hasta ile hekim arasındaki bu güven ilişkisi nedeniyle, hekimin, tedavisini üstlendiği hastayı bizzat tedavi etme borcu vardır. Plastik rekonstrüktif ve estetik cerrahın hastanın tedavisini gerçekleştirirken, anestezi uzmanı, hemşire gibi yardımcı şahıs kullanması zorunlu bir durumdur. Hekim bu yardımcı şahısların kusurlu eylemlerinden dolayı, TBK m.66 çerçevesinde, kendisinin emir ve talimat vermesinde veya diğer işlerde kusuru olmasa dahi sorumlu olacaktır¹⁷⁵.

2.3. Sadakat Ve Özen Borcu

Eser sözleşmesine ilişkin kısımda, hekimin özen ve sadakat borcuna ilişkin yapmış olduğumuz açıklamalar bu kısım için de geçerlidir. Tekrardan kaçınmak adına, yeniden açıklama yapılmayacaktır.

Netice olarak, hekim, vekalet görevini ifa ederken, sonuca ulaşmak için kendisi gibi görev yapan meslektaşlarından beklenen çabayı göstermeli, olası riskler manasında hastasını aydınlatmalı, bilim ve teknolojik gelişmeleri takip ederek tedaviyi gerçekleştirmeli, hastanın zarar görmemesi için gerekli önlemleri zamanında almalı, kişisel hırslarını bir tarafa bırakarak, yeri geldiğinde başkaca meslektaşından konsültasyon istemeli, hastayı risk altına sokacak davranışlardan kaçınmalı ve tedavi için bazı giderlerin olabileceği hususunda hastasına bilgi vermelidir¹⁷⁶. Tüm bu belirtilenler, hekimin sadakat ve özen borcunun kapsamını oluşturmaktadır.

¹⁷⁵ Oğuzman/Öz, s.140 vd.

¹⁷⁶ Yıldırım, F., Hekimin, Vekalet Sözleşmesi Çerçevesinde Sorumluluğu Hakkında, İsviçre Federal Mahkemesi Kararı İncelemesi, İstanbul Barosu Dergisi, C. 85, S. 2, 2011, s. 192-193.

2.4.Hesap Verme Borcu

Hekim, gerçekleştirmiş olduğu tedavi ve sonuçlarıyla ilgili hastasına hesap vermek zorunluluğundadır. Hekimin hesap verme borcu, hekimin bütün kayıtların düzenli bir şekilde tutulmasının ve bunlar hakkında hastaya kontrol imkanının sağlanmasının sonucudur¹⁷⁷. Hasta, kendi vücuduna ne tür müdahalelerde bulunduğunu, müdahalelerin doğru olup olmadığını, tedavinin nasıl yerine getirildiğini, kendisi açısından risk taşıyıp taşımadığını bilme hakkına sahiptir. Hekim, hesap verme borcunu özenli bir şekilde yerine getirmeli, yaptığı işin haklılığını ve doğruluğunu kanıtlayıcı tüm belgeleri eksiksiz bir şekilde hastasına vermelidir. Hastanın ileride yaşayacağı benzer rahatsızlıklarda ani müdahale gerekebileceğinden, tıbbi belgelerin ayrıntılı bir şekilde oluşturulması, uygulanan her şeyin kayda geçirilmesi yerinde olacaktır.

IV. HEKİMİN SORUMLULUĞUNUN UNSURLARI

1. Sözleşmeye Aykırı Davranma

Plastik rekonstrüktif ve estetik cerrah ile hasta arasında sonuç garantisi verilen bir işlem veya hastalığın teşhisi veya rahatsızlığın tedavisine ilişkin kurulan sözleşme hekimlik sözleşmedir. Plastik rekonstrüktif ve estetik cerrahın sözleşme ile kararlaştırılan veya mevzuatın kendisine yüklemiş olduğu yükümlülüklere uymaması halinde sözleşmeye aykırılıktan bahsedilir. Plastik rekonstrüktif ve estetik cerrahın sözleşmeye aykırılık içeren davranışları hukuka da aykırılık teşkil eder¹⁷⁸. Hekimin, borçlarını hiç ifa etmemesi veya gereği gibi ifa etmemesi durumunda sözleşmeye aykırı davranma sözkonusu olur.

Hekimlik sözleşmesine uygulanacak TBK'da düzenlenen sözleşme hükümlerine hekimin borçları da farklılık göstermektedir. Çalışmamızın yukarıdaki kısımlarında da ayrıntıları ile değinildiği üzere, plastik rekonstrüktif ve estetik cerrahın genel itibarıyla borçları, hastalığın teşhisi ve tedavisi, şahsen ifa, talimata uyma, hesap verme, aydınlatma, sadakat ve özen gösterme, tıbbi kayıtları eksiksiz tutma, araç gereç ve

¹⁷⁷ İpekyüz, s.116.

¹⁷⁸ İpekyüz, s.130.

malzeme sağlama, ihbar ve belirli durumlarda eseri teslim şeklindedir. Hekim, belirtilen borçlarını yerine getirmemesi halinde sözleşmeye aykırı davranmış olur ve belirli şartların varlığı halinde sorumluluğu gündeme gelir.

Plastik rekonstrüktif ve estetik cerrah, güzelleşme maksadıyla kendisine başvuran hastasına bir takım fotoğraflar göstermek suretiyle, operasyon neticesinde burnunun fotoğraftaki şekilde olabileceğini taahhüt eder ve hastanın da rızasıyla gerçekleştirdiği operasyon sonrasında, taahhüt etmiş olduğu şekilde bir sonuç meydana gelmez ise sözleşmeye aykırı davranmış olur.

2. Kusur

Kural olarak hekimin hukuki sorumluluğu kusur sorumluluğuna dayanır¹⁷⁹. Kusur, hukuk düzenince korunmayan, benimsenmeyen, hoş görülme, kabul edilmeyen davranış biçimleri olarak tanımlanabilir. Hekim, sözleşme ile üstlendiği yükümlülükleri yerine getirmez ise kusurlu sayılacaktır.

Hekimin en önemli ve esasen tıbbi müdahale gerçekleştirirken kusurlu davranıp davranmadığını gösterecek kriter, hekimin tıp bilimi kurallarına uygun yöntemleri kullanıp kullanmadığıdır. Hekim, hastasına tıbbi müdahalede bulunurken, tıp biliminin izin verdiği yöntemleri kullanmak zorundadır¹⁸⁰. Aksi halde, hekimin kusurlu olduğu kabul edilir.

Hekimin kusuru, hukuk düzeninde kast ve ihmal şeklinde olabilir. Hekimin kasten hastası aleyhine hareket etmesi, uygulamada nadir rastlanılan bir durumdur. Esas amacı hastasını iyileştirmek veya hastasının estetik görünümüne kavuşması olan hekimin, kasten hastasına zarar vermesi düşünülemez ve bu durum hayatın olağan akışına da aykırıdır. Bu sebeple, genel olarak hekimin kusuru ihmal olarak karşımıza çıkar. Kast; bilerek ve istenerek zarar verme, ihmal ise, zarar vermek istenmemesine rağmen bazı yükümlülüklerin ihlali sebebiyle hastada zarar meydana gelmesi olarak ifade edilebilir.

¹⁷⁹ Ayan, s.100, Özay, s.127, Aşçıoğlu, s.65, İpekyüz s. 131.

¹⁸⁰ Yenerer Çakmut, s. 183.

Ancak, belirtmek gerekir ki, eser sözleşmesi hükümlerinin uygulanmasının mümkün olabileceği estetik müdahalelerde hekim, gerçekleştirmiş olduğu hekimlik faaliyetlerinde kusurlu olmasa dahi, sonuç garantisi vermiş olduğundan istenilen sonucun meydana gelmemesi hasebiyle sorumlu olacaktır.

Bu noktada, hekimin müdahalelerin tıp bilimi çerçevesinde olup olmadığı tartışması bir kenara bırakılarak, sonucun meydana getirilip getirilmediği hususuna bakılmalıdır. Gerçekten de, güzellik kaygısı ile hareket eden hastaların yegane arzusu güzelleşmek, istenilen şekle bürünmektedir. Estetik cerrahın yükümlülüğü salt hekim olarak tıp bilimi kurallarının uygulanmasından ibaret değil, aynı zamanda da hastanın rahatsız olduğu ve düzelttirmek istediği bölgesinin istenilen şekle büründürmektedir. İşte hekim tüm tıp bilimi kurallarına uygun davranır, ancak hastasının arzularını yerine getiremez, becerisini konuşturamaz, yahut sanatını o hasta üzerinde uygulayamaz ise sonuç meydana getirmediğinden sorumlu olur.

Bu safahatta, hekimin ihmal düzeyindeki sorumluluğuna da değinmek gerekir. Hekimin hukuka aykırı davranıştan kaçınmak için gereken dikkati göstermemesi neticesinde hastanın zarar görmesi durumunda, hekimin ihmalden bahsedilir. Hekimin ihmalinin belirlenmesinde, ortalama bir estetik cerrahın aynı halde ve şartlarda göstereceği davranış biçimi esas alınır¹⁸¹. Hekim, genel itibarıyla hastasının iyileşmesi, acısını azaltma ya da dindirme, estetik kaygı ile hareket ederek onu güzelleştirmek için çaba sarf eder. Günümüzde bir kısım estetik cerrahlar, estetik müdahalelerin maddi getirisinin yüksek olması, hasta sayısının fazla olması sebebiyle etik ilkeleri bir tarafa bırakmış olabilir. Bu fikri savunmak pek mümkün olmasa da, bilinen ve görünen durum budur.

Hekimin ihmal sebebiyle kusuru, sadakat ve özen yükümlülüğüne aykırı hareketi olabilir. Hekim taahhüt etmiş olduğu güzelleştirmeyi gerçekleştirmiş olsa dahi, hastasına bildirmediği bir husustan dolayı birkaç ay sonra hastasında yarattığı eserde zarar meydana gelir ise ne olacaktır? İşte burada hekimin özen borcu devreye girmektedir. Hekim, hastasını aydınlatmalı, bilgilendirmeli, operasyon sonrasında da

¹⁸¹ Memiş, Y., Yargıtay Kararları Işığında Estetik Ameliyatlardan Doğan Hukuki Sorumluluk, Terazi Hukuk Dergisi, C. 11, S. 119, , 2016, s.182.

nasıl hareket etmesi gerektiğini, nelerden kaçınması gerektiğini açıklamalıdır. Örneğin, vajina estetiği olan bir hastaya birkaç hafta cinsel birleşme yaşaması gerektiğini söylemeyen hekim ihmal düzeyinde sorumlu olacaktır; zira tıp bilgisine haiz olmayan hastanın bunu bilmemesi olasıdır. İşte, yukarıda da ayrıntıları ile ifade edildiği üzere hekim, hastasına ayrıntılı bilgilendirmeyi yapmalıdır. Aksi halde istenilen sonuç meydana gelmiş olsa dahi sorumluluğu gündeme gelebilecektir.

Doktrinde, hekimin sorumluluğunun meslek kusuru olarak tanımlanması gerektiği yönünde görüşler dile getirilmiştir. Nitekim, henüz yürürlüğe girmeyen ve tasarı aşamasında olan Tıbbi Hizmetlerin Kötü Uygulanmasından Doğan Sorumluluk Kanun Tasarısı¹⁸² m.1’de Kanunun amacı, sağlık personelinin koruyucu, teşhis, tedavi ve rehabilite edici standart tıbbi uygulamayı yapmaması, mesleki bilgi ve beceri eksikliği veya hastaya tedavi vermemesi ile oluşan zararlar ile ilgili sorumluluğa ilişkin usul ve esasların belirlenmesi olarak ifade edilerek, meslek kusurunun tanımına yer verilmiştir.

2.3. Nedensellik Bağı

Hekimin sorumluluğunun doğabilmesi için, hekimin kusurlu hareketi neticesinde hastanın zarar görmesi gereklidir. Diğer bir ifadeyle, meydana gelen zarar ile sorumluluğa neden olan gerçek durum arasında hukuken uygun bir illiyet bağı olmalıdır¹⁸³. Önemli olan hekimin sonucu öngörebilmesi değil, objektif olarak fiilin o zararı meydana getirebileceğinin olayların normal akışına göre kabul edilmesidir¹⁸⁴.

Sözleşmenin ihlali normal hayat tecrübelerine göre zararı doğurmaya elverişli değilse, artık hekim sorumlu tutulamaz¹⁸⁵. Hekim, tüm yükümlülüklerini yerine getirmiş olmasına rağmen, hastanın kendinden kaynaklı sebeplerle amaca ulaşamamış ise, hekimin sorumlu olduğundan bahsedilemeyecektir. Rinoplasti operasyonundan sonra, estetik cerrah hastaya bir süre güneşten kaçınmasını belirtmiş, ancak buna rağmen hasta

¹⁸² www.ttb.org.tr (e.t. 14.05.2019)

¹⁸³ İpekyüz, s. 137.

¹⁸⁴ Oğuzman, Öz, s.45.

¹⁸⁵ Özay, s. 126.

güneşe çıkmış ve bu sebeple amaca ulaşamamış ise, artık estetik cerrahın sorumluluğuna gidilmesi mümkün olmayacaktır. Yine, kanser ameliyatı olan bir hastaya sigara içilmemesi yönünde verilen bilgiye rağmen hastanın sigara içmeye devam etmesi neticesinde kanserli hücrelerin artması halinde, hekim gerekli aydınlatmayı yaptığı için, kusurundan bahsedilemeyecek ve meydana gelen zararlar hekimin davranışı arasında bir nedensellik ilişkisi kurulamayacaktır. Nedensellik ilişkisi ortaya konulurken titiz davranılmalı ve objektif değerlendirme yapılmalıdır.

2.4. Zarar

Malvarlığının zarar verici fiil olmasa idi bulunacağı durumla fiil sonucu aldığı durum arasındaki fark, zararı oluşturur¹⁸⁶. Zarar, yalnızca malvarlığına ilişkin maddi zarar şeklinde değil, kişinin ruhsal bütünlüğünün sarsılması, kişinin elem ve üzüntü duyması şeklinde de olabilir. İşte bu durumda manevi zarardan bahsedilir.

Maddi zarar; fiili zarar ve mahrum kalınan kar şeklinde gündeme gelebilir. Yüz gerdirme ameliyatı olan bir hastanın, operasyon neticesinde istenilen sonucun alınamaması ve başkaca bir estetik cerrah tarafından yeniden ameliyat edilmesi halinde, ikinci operasyon için ödemek zorunda kaldığı bedel fiili zarardır; zira bu hastanın malvarlığından bir azalma meydana gelmiştir.

Manken olan bir kişi bacağındaki yağları aldırma için ameliyat olmuş, ancak ameliyat başarılı olmadığı gibi hastanın bacağına da iz kalması halinde, idamesini mankenlikten sağlayan hasta bir daha mankenlik yapamaz ya da bu kusurundan dolayı işleri azalır, bu durumda da zararın varlığı kabul edilir, buradaki zarar mahrum kalınan kar şeklinde karşımıza çıkar.

Meme küçültme ameliyatı olan bir hastanın, memelerinin istenilen şekle getirilmediği varsayımında, bu hasta artık karşı cins tarafından ilgi çekici bulunmaz ve bundan dolayı ruhsal çöküntü yaşarsa, artık manevi bir zararın varlığından bahsedilir.

¹⁸⁶ Oğuzman, Öz, s.38, Eren, s.84.

Estetik amaçlı müdahalelerde, istenilen sonucun meydana gelmemesi, diğer bir ifadeyle taahhüdün yerine getirilmemesi durumunda, hasta açısından zarar meydana gelir. Bu durumda, hasta, bu sebeple uğramış olduğu zararlarını estetik cerrahı talep edebilir.

V. HEKİMİN SORUMLULUĞUNUN SONUÇLARI

1. Genel Olarak

Çalışmamız kapsamında, hekimin sözleşmesel sorumluluğu ele alınmış olup, estetik cerrah ile hasta arasında akdedilen sözleşme hükümlerine aykırı davranılması halinde zarar gören hasta estetik cerrahı uğramış olduğu zararları tazmin hakkına sahiptir. Bu, estetik cerrahın sözleşme sorumluluğudur. Estetik cerrahın sorumluluğu genel olarak belirli bir tazminat ödemek şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Estetik cerrahın kusurlu bir eylemi neticesinde hastanın zarar görmesi halinde, uğranılan zararlardan dolayı hekim tazminat sorumluluğu kapsamında sorumlu olacaktır. Estetik cerrah aleyhine hükmedilecek tazminat, maddi tazminat olabileceği gibi manevi tazminat şeklinde de olabilir. Estetik amaçlı tıbbi müdahale ise, bu tür hekimlik sözleşmesine eser sözleşmesine ilişkin hükümler, estetik amaçlı değilse vekalet sözleşmesine ilişkin hükümler tatbik edileceğinden hastanın maddi zararının tayini ve tazmini, gerçekleştirilen müdahalenin niteliğine göre değişkenlik gösterecektir.

2. Maddi Zarar

Maddi zarar, kişinin malvarlığında meydana gelen eksilmedir. Bu fiili zarar olarak gündeme gelebileceği gibi, mahrum kalınan kar olarak da gündeme gelebilir.

Fiili zararda, ya malvarlığının aktifinde fiili bir azalma veya malvarlığının pasifinde bir çoğalma söz konusudur¹⁸⁷. Kar mahrumiyeti ise, elde edilmesi muhtemel bir gelirden yoksun kalma hali, malvarlığında artışın sağlanmaması olarak adlandırılabilir.

¹⁸⁷ Oğuzman, Öz, s. 40.

Hekimlik sözleşmesine eser sözleşmesine ilişkin hükümlerin tatbik edilmesi halinde, zarara uğrayan hastanın tazminat talebinden başka, onarım, sözleşmeden dönme ve bedelin indirilmesi gibi seçimlik hakları da vardır. Hasta, bu seçimlik haklarını kullanmak suretiyle de zararının tazminini isteyebilir.

Eser sözleşmesinin taraf olan iş sahibinin, çalışmamız kapsamında hastanın sözleşmeden dönme hakkı bulunduğu TBK m.473/1 ve m.475 hükmünde açıkça belirtilmiştir. Sözleşmeden dönmenin koşulu, estetik cerrahın işe zamanında başlamaması, sözleşme hükümlerine göre işi geciktirmesi, yahut hastaya yüklenmeyecek bir nedenle işin kararlaştırılan zamanda bitiremeyeceğinin açıkça anlaşılması ve eserin kabule zorlanamayacak derecede ayıplı olması halinde gündeme gelebilir. Doktrin ve Yargıtay uygulamasında, sözleşmeden dönme hakkının kullanılabilmesinin dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmemesi gerektiği ifade edilmiştir. Sözleşmeden dönen hasta, ancak menfi zararlarını estetik cerrahtan talep edebilir¹⁸⁸. Menfi zarar, sözleşme hükümlerinin yerine getirileceğine inanan hastanın uğradığı zararlardır. Bu zararlar, sözleşmenin yapılmasına ilişkin giderler, olarak belirtilebilir. Karın germe estetik ameliyatı olan bir hastanın, estetik cerrahın muayenehanesine giderken ödemiş olduğu taksi ücreti, operasyon ücreti, başkaca bir estetik cerrah tarafından daha önce 10.000,00-TL teklif edilmiş iken, aynı estetik cerrah tarafından bu defa 15.000,00-TL talep edilmesi halinde aradaki fark menfi zarar olarak karşımıza çıkar.

Yine, hastanın başkaca seçimlik hakları bedelin indirilmesi ve onarım istemedir. Rinoplasti ameliyatı olan hasta ameliyat sonrasında burnunun sözleşme hükümlerine göre belirlendiği şekilde gerçekleştirmediğini dile getirir, estetik cerrah tarafından bu husus kabul edilirse, hasta, başta kararlaştırılan ücretin indirilmesini yahut düzelme imkanı varsa ameliyatın yeniden gerçekleştirilmesini de isteyebilir.

Gerek sözleşmeden dönme ve gerekse de bedel indirimi yahut onarım isteme hakkının kullanılması halinde, hastanın genel hükümlere, TBK m.49 vd. hükümlerine göre estetik cerrahtan tazminat isteme hakkı saklıdır. Yani, hasta, ameliyatın ayıplı

¹⁸⁸ Y15. HD., 30.12.1997-1997/5169-19997/5743 (www.kazanci.com e.t. 12.04.2019).

olması sebebiyle her ne kadar bedel indiriminde bulunmuş ise de, hekimin kusurlu olması sebebiyle uğramış olduğu genel hükümlere göre hekimden talep edebilir. Hastanın talep edebileceği zarar kalemleri, tedavi giderleri, kazanç kaybı, çalışma gücünün azalması ve yitirilmesinden doğan kayıplar, ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar olup, uyuşmazlığın türüne göre talep edilebilecek kalem farklılık gösterecektir. Diğer yandan, hastanın ölmesi halinde de, mirasçıları veya desteklediği kişiler durumun özelliğine göre, cenaze giderleri, ölüm hemen gerçekleşmemişse tedavi giderleri ile çalışma gücünün azalması ya da yitirilmesinden doğan kayıplar ile ölen hastanın değerinden yoksun kalan kişilerin uğramış olduğu kayıpları estetik cerrahtan talep edebilir. Hakim tarafından hastanın maddi tazminat talebinin tayininde, durumun gereği ve kusurun ağırlığı dikkate alınır. Plastik rekonstrüktif ve estetik cerrah tarafından gerçekleştirilen kanserli hücrelerin alınması operasyonundan sonra ortaya çıkan zararda hem hekimin kusuru hem de hastanın kusuru var ise, hakim durumun özelliğini nazara alarak tazminat tayin edecektir. Bu noktada, amaca ulaşılmamasında hastanın da kusurunun varlığından bahsedilir ki, hem hastanın hem de hekimin kusurunun olması hali, müterafik kusur olarak adlandırılır. Yine belirtmek gerekir ki, hakim kusurun varlığını ve tazminatın miktarı konusunda bilirkişilerden de görüş alabilir. Bu tür uyuşmazlıklarda, hakim bilirkişiden mutlak suretle bilirkişilerden görüş alması daha yararlı olacaktır.

3. Manevi Zarar

Manevi zarar, kişilik hakkına hukuka aykırı tecavülden doğan acı, elem ve ızdırap olarak ifade edilmektedir¹⁸⁹. Tıbbi sorumlulukta manevi zarar, kusurlu bir tıbbi müdahale sonucu olarak hastanın duyduğu bedensel veya manevi acıyı, hayat zevklerinde meydana gelen azalmayı ifade eder¹⁹⁰.

Manevi tazminat talep edilebilmesi için, hastanın kişilik hakkına bir saldırının bulunması, manevi zararı husule gelmeli, nedensellik bağının bulunması ve hastanın bu aykırılık neticesinde acı, elem, ızdırap duyması gerekmektedir.

¹⁸⁹ Oğuzman, Öz, s. 253.

¹⁹⁰ Özay, s.133.

Öncelikle manevi zararın gündeme gelebilmesi için hastanın, uğramış olduğu sözleşmeye aykırılıktan dolayı acı veya üzüntü duyması gerekir. Yüz germe ameliyatı neticesinde yüzünde iz kalan bir hasta, her gün bu izle karşı karşıya kalacağı için, manevi yönden zarara uğradığı kabul edilir.

Hakim manevi tazminata hükmederken, manevi tazminatın bir ceza unsuru olmadığını dikkate almalı, hükmedilen meblağ hasta açısından zenginleşme aracı olmamalı, hekimin de ekonomik mahvına sebebiyet vermemelidir. Manevi tazminatın, gerçek anlamda bir tazminat ya da ceza niteliği taşımadığı, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu 22.6.1966 T., 1966/7 E. ve 1966/7 K. sayılı kararında¹⁹¹ da ayrıntılı bir şekilde ifade edilmiştir.

Yargıtay, son kararlarında tazminat miktarlığının azlığı sebebiyle Yerel Mahkeme kararlarını bozmaktadır¹⁹²

4. Zamanaşımı

Kanunen öngörülen belirli bir sürede, hak sahibinin hareketsiz kalması sebebiyle alacağın dava edilmesinin engellenmesine zamanaşımı denir. Zamanaşımı, borçlu tarafından varlığı dahi bilinmeyen bir talebe veya alacaklı tarafından ileri sürülemeyeceği konusundaki haklı beklentiye karşı borçluyu korumak amacına sahiptir¹⁹³. Kanunda öngörülen bir takım alacakların Kanunda belirlenen süre içerisinde dava edilmemesi halinde, borçlu ifadan kaçınabilir.

Estetik amaçlı müdahalelerin niteliğine uygun düştüğü ölçüde eser sözleşmesi, diğer durumlarda vekalet sözleşmesi hükümleri çerçevesinde değerlendirileceğini belirtmiş idik. Eser sözleşmesine ilişkin uyuşmazlıklarda alacağın dava edilmesi için öngörülen süreler, TBK m.478 hükmünde düzenlenmiştir. Estetik cerrah, taahhüt etmiş olduğu sonucu ayıplı bir şekilde meydana getirmiş ise, operasyonun bitim, diğer bir deyim eserin teslim tarihinden itibaren iki yıl, ağır kusur var ise yirmi yıl geçmesiyle, hasta

¹⁹¹ www.kazanci.com. (e.t. 20.05.2019)

¹⁹² Erol, s. 340.

¹⁹³ Erdem, M., Özel Hukukta Zamanaşımı, Onki Levha, 1. Baskı, İstanbul, 2012, s.9.

estetik cerrah aleyhine dava açmalıdır¹⁹⁴. Bu sürelerden sonra dava açılması ve davalı konumundaki estetik cerrahın da zamanaşımı itirazında bulunması durumunda, hasta alacağını alma hakkını kaybeder.

Estetik amaçlı müdahalelerle ilgili hekimlik sözleşmesine vekalet sözleşmesine ilişkin hükümlerin tatbik edilmesi halinde, öngörülen zamanaşımı süresi TBK m. 147/5 gereğince 5 yıldır. Hekimin fiili suç oluşturuyor ise, Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen ceza zamanaşımı içerisinde davanın açılması gerekmektedir.

SONUÇ

Çalışmamızda, estetik amaçlı müdahalelerin hukuka uygun olup olmadığı, hukuka uygun olduğunun kabulü halinde, estetik amaçlı müdahalelerden kaynaklanan uyuşmazlıklara Türk Borçlar Kanunu'nun hangi hükümlerinin uygulanacağı ve hekimin hukuki sorumluluğunun sonuçları hususlarında doktrinde ileri sürülen görüşler ve Yargıtay kararları incelenmiştir. Yargıtay tarafından verilen kararlarda, estetik amaçlı tıbbi müdahaleler sebebiyle ortaya çıkan uyuşmazlıklara, tıbbi müdahalenin eser sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği ifade edilmektedir. Kanaatimizce, estetik amaçlı tıbbi müdahalelerle ilgili uyuşmazlık meydana gelmesi durumunda hakim, hekimin sonuç garantisi verdiği dair sözleşme hükmü mevcut ise, tıbbi müdahalenin niteliğine bakılmaksızın eser sözleşmesine ilişkin hükümleri uygulamalıdır. Hekim ve hasta arasında yazılı bir sözleşme mevcut değilse, somut olayın şartlarını incelemeli, sonuç garantisi verilmesi mümkün tıbbi müdahalelere ilişkin uyuşmazlıklarda eser sözleşmesine ilişkin hükümlerin, sonuç garantisinin verilmesinin mümkün olmadığı tıbbi müdahalelere ilişkin uyuşmazlıklarda ise vekalet sözleşmesine ilişkin hükümlerin tatbik edilmesi gerekir.

Çalışmamız sürecinde tarafımızca incelenen kararlara konu uyuşmazlıklarda sıklıkla hekimin aydınlatılmış onam formu almadığı, aydınlatılmış onam formlarının olduğu durumlarda ise bu formların matbu nitelikte formalardan ibaret olduğu görülmüştür. Matbu aydınlatılmış onam formları kanaatimizce hastanın tam aydınlatıldığına kanıtı olamaz. Hekim tarafından hasta ayrıntılı bir şekilde anlayabileceği dille aydınlatılmalı,

¹⁹⁴ Erdem, a.g.e., s. 104.

bu aydınlatmanın içeriği ve kapsamı, her hasta için ayrı ayrı oluşturulacak formlarla kayıt altına alınmalıdır.

Estetik operasyonlarda genel itibarıyla hekimler tarafından yüksek ücretler talep edilmesi ve estetik müdahale taleplerinin genel olarak zorunlu talepler olmaması hususları birlikte nazara alındığında, estetik cerrahların özel ve devlet hastanelerinde çalışan hekimler kadar fazla sayıda hasta kabul etmediği ve her bir hastası ile uzun görüşme imkanı bulduğu sonucuna varmak hatalı olmayacaktır. Estetik cerrahın her bir hasta için ayrı bir dosya tutması, tıbbi müdahale öncesinde konuşulan ve mutabakata varılan bütün hususların ayrıntılı bir şekilde hazırlayarak yazıya dökmesi ve belgenin taraflarca imza altına alınması, olası bir uyuşmazlık ortaya çıktığında hekim ve hasta açısından uyuşmazlığın çerçevesini çizecek önemli bir delil teşkil edecek, hekim tıbbi müdahaleyi tıp bilimi kuralları çerçevesinde yerine getirmiş olmak şartı ile sorumluluktan kurtulacaktır. Bazı dosyalarda hekimin istenilen sonucu meydana getirmiş olmasına ve hastayı aydınlatmasına rağmen bunu kayıt altına almaması ve ispat yükünün de üzerinde olması sebebiyle sırf hastanın yeterli olarak aydınlatılmamış olması sebebiyle hekimin sorumluluğuna gidildiği görülmektedir. İşte bu noktada, hekimin her bir hastası için ayrı dosya tutup, tüm hususları kayıt altına alması kendi menfaatine olacaktır.

Estetik operasyonların maddi olarak yüksek bedellerle gerçekleştirilmesi sebebiyle estetik cerrahlar tarafından, diğer branşlardaki hekimlerin estetik operasyon yapmaması için çalışmalar yürütülmekte, Yargıtay tarafından verilen kararlar farklı yorumlayarak alanla ilgili olarak deyim yerinde ise estetik cerrahlar lehine tekel oluşturulmaya çalışılmaktadır. Uygulamada görülen bu durum, hekimlik mesleğinin onuruna yakışmamaktadır. Yine salt ekonomik kaygı sebebiyle bu şekilde tartışma yaşanması etik kurallarla da bağdaşmamaktadır. Kanaatimizce, gerekli eğitimi alan diğer branştaki hekimlerin de ilgi alanına giren estetik ameliyatları yapmaları mümkündür. Kanser ameliyatlarında, genellikle estetik cerrah ve ilgili branştaki hekim ameliyata birlikte girerek, hastanın mağduriyetinin giderilmesi için çaba sarf etmektedirler. Bu uygulama doğru bir uygulama olup, hastanın menfaati açısından da son derece önemlidir. Hekimler, birbirlerinden konsültasyon istemeli, bazı tip ameliyatlarda birlikte görev almalıdırlar.

Hangi tıbbi müdahalelere hangi tip sözleşme hükümlerinin uygulanacağını kesin bir şekilde belli olmaması, bunun ancak yorum suretiyle ortaya konulması, uygulamada hakimlerin veya Yargıtay'ın farklı dairelerinin farklı kararlar vermesine sebebiyet verecek, bu durumda hukuk siteminde istikrar sağlanması mümkün olmayacaktır. Uygulamada yaşanan bu problemin çözümü için, Kanunkoyucu tarafından yeni bir düzenleme yapılmalı veya mevcut düzenlemelere ek hükümler konulmalıdır. Kanuni düzenlemeler gerçekleştirilirken mutlak suretle ilgili meslek kuruluşlarından görüş alınmalı ve mümkün olması halinde yasa teklif veya tasarısının hazırlanması ilgili kuruluşlara yaptırılmalıdır.

KAYNAKÇA

Abdülkadir Arpacı, Özel Hukuk Açısından Tıbbi Müdahaleye Rıza Beyanı, Buna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Yolları, YÜHFD, C. VI S. 2.

Ahmet Turla, Ahmet, Bekir Karaaslan, Mehmet Kocakaya, Yıldız Pekşen, Hastalara Yeterince Aydınlatma Yapılıp Yapılmadığı ve Onam Alınması Durumunun Saptanması, Türkiye Klinikleri J Foren Med, 2005.

Ahşen Oktay, Serbest Olarak Ya da Özel Sağlık Kuruluşlarında Çalışan Hekimler Açısından Tıbbi Malpraktis ve Sonuçları, İstanbul, 2010.

Ali Avcı, Türk Borçlar Kanununda Yüklenicinin Sadakat ve Özen Borcu, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C. 28, Ankara 2015.

Atila Arıncı, Estetik Cerrahide Hekimin Hukuki Sorumlulukları ve Bu Sorumlulukların Eser Sözleşmesi Kapsamında Değerlendirilmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2015.

Aydın Zevkliler, Tedavi Amaçlı Müdahalelerle Kikilik Hakkına Saldırının Sonuçları, DÜHFD, 1983.

Cevdet Yavuz / Faruk Acar/ Burak Özen, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Beta, 9. Baskı, İstanbul 2014.

Cevdet Yavuz, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 6. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2007.

Çetin Aşçıoğlu, Doktorların Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Olgaç Matbaası, Ankara 1982.

Dilek Aygın/Hande Cengiz, İlaç Uygulama Hataları ve Hemşirelerin Sorumluluğu, Şişli Etfal Hastanesi Tıp Bülteni, C. 45, S. 3, 2011.

Enis Sarıal, Sağlar Arası Organ Nakillerinden Doğan Hukuksal İlişkiler, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1986.

Ergun Özsunay, Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1977.

Fahrettin, Aral, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 5. Bası, Ankara, 2003.

Ferhat Yıldırım, Hekimin, Vekalet Sözleşmesi Çerçevesinde Sorumluluğu Hakkında, İsviçre Federal Mahkemesi Kararı İncelemesi, İstanbul Barosu Dergisi, C. 85, S. 2, 2011.

Fikret, Eren, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2017.

Filiz Yenipınar Berberoğlu, Tıbbi Sorumluluk, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.

Filiz Yavuz İpekyüz, Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, Vedat, İstanbul 2006.

Gökhan Taneri, Hasta Hakları, Bilge Yayınevi, Ankara, 2014.

Gül Hatırnaz Erol, Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları, Seçkin, 3. Baskı, Ankara 2013.

Gülşah Gözpınar Karan, Hastaya Sunulan Ayıplı Hizmetten Sorumluluk, Terazi Hukuk Dergisi, C. 13, S. 143, 2018.

Hakan Hakeri, Tıp Hukuku, Seçkin, 15. Baskı, Ankara 2019.

Hakan Hakeri, Tıp Hukuku, Seçkin, 5. Baskı, Ankara 2018.

Hakan Hakeri, Tıp Hukukunda Komplikasyon Malpraktis Ayrımı, Toraks Cerrahisi Bülteni, C. 5, S. 1, 2014.

Hakan Petek, Güzelleştirme Amaçlı Estetik Ameliyatlardan Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk, DEUHF, C. 8 S. 1, 2006.

Hamide Tacir, Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011.

Halide Savaş, Sağlık Çalışanlarının ve Sağlık Kurumlarının Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumlulukları, Seçkin, 1. Baskı, Ankara 2007.

Haluk Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, C. 2., İstanbul, 1989.

Hamide Tacir, Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011.

Hasan Seçkin Ozanoğlu, Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü, AÜHF, C. 52, S. 3, 2003.

Hasan Erman, Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Bülent Davran'a Armağan, Vedat, İstanbul 1998.

Hasan Tahsin Gökcan, Etik ve Hukuk İlişkisi Bağlamında Estetik Tıbbi Müdahaleler ve Cezai Sorumluluk, Terazi Hukuk Dergisi, C. 9, S. 93, 2014.

Hasan Tahsin Gökcan, Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, Seçkin, 3. Bası, Ankara 2017.

Hayrinisa Özdemir, Hekimin Hukuki Sorumluluğu, EÜHF, C. 11, S. 1, 2016.

Hilal Uysal, Kritik Durumdaki Hastanın Transferi, Türk Kardiyoloji Derneği Kardiyovasküler Hemşirelik Dergisi, C. 1, S. 1., 2010.

Kenan Tunçomağ, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 2. Bası, İstanbul, 1974.

Köksal Bayraktar, Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul, 1972.

M. Alper Gümüş, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. II, 3. Baskı, İstanbul, 2014.

- M. Kemal Oğuzman, /Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Vedat, C. 1, 11 Bası, İstanbul 2013.
- M. Kemal Oğuzman, /Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Vedat, C. 2, 11 Bası, İstanbul 2013.
- M. Kemal Oğuzman/ Öer Seliçi/ Saibe Oktay Özdemir, Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler) Filiz Kitabevi, 2018.
- M. Oğuz Polat, Klinik Adli Tıp, Tıbbi Uygulama Hataları, Seçkin, 3.Bası, Ankara 2007.
- M. Oğuz Polat, Tıbbi Uygulama Hataları, Seçkin, 2. Baskı, Ankara 2015.
- M. Oğuz Polat/Işıl Pakiş, Tıbbi Uygulama Hatalarında Hekim Sorumluluğu, Acıbadem Üniversitesi Sağlık Bilimleri Dergisi, C. 2, S.. 13, 2011.
- Mehmet Ayan, Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Kazancı, Ankara 1991.
- Mehmet Demir, Hekimin Sözleşmeden Doğan Hukuki Sorumluluğu, AÜHFD, Ankara 2008.
- Mehmet Erdem, Özel Hukukta Zamanaşımı, Onki Levha, 1. Baskı, İstanbul, 2012.
- Merter Özay, Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Sorumluluğu, Yetkin Yayınları, Ankara 2006.
- Mine Kaya, Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğünden Kaynaklanan Tazminat Sorumluluğu, TBB Dergisi, S. 100, 2012.
- Mustafa Kıcalıoğlu, Doktorların ve Hastanelerin Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumlulukları, Adalet, Ankara 2011.
- Mustafa Kıcalıoğlu, Yargı Kararları Işığında Doktorun (Hekimin) Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluğu, Terazi Hukuk Dergisi, C. 1, S. 4, 2006.
- Mustafa Reşit Belgesay, Tıbbi Mesuliyet, İstanbul 1954.

Necip Kocapaşaoğlu, Hüseyin Hatemi / Rona Serozan, / Abdülkadir Arpacı, Borçlar Hukuku Genel Bölüm C. 3, Filiz Kitabevi, Gözden Geçirilmiş 7. Bası, İstanbul, 2016.

Nevzat Gürelli, Hukuk Açısından Cerrahi Müdahalelerin Sınırları, <http://dergipark.gov.tr/iuhfm/issue/9084/113402>.

Nihat Yavuz, Ayıplı İfa, Seçkin Yayınları, 4. Baskı, Ankara 2014.

Ömer Köprülü, Hekimin Hukuki sorumluluğu, İstanbul Barosu Dergisi, C. 58, S. 10, 1984.

Öz Seçer, Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, S. 1, İstanbul 2013.

Özlem Özer /Kenan Taştan /Turan Set /Yasemin Çayır /Mustafa Talip Şener, Tıbbi Hatalı, Dicle Tıp Dergisi C. 42, S. 3, 2015.

Özlem Yenerer Çakmut, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, Legal, 1. Baskı, İstanbul 2003.

Öztürk, Aydın, Yüklenicinin İşe Başlama ve Devam Borcunun Hukuki Niteliği ve Sonuçları, Fatih Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 2, 2014.

Reşat Atabek / Merih Sezen, Hekimin Mesuliyeti, İstanbul Barosu Dergisi, C. 28, İstanbul 1954.

Saibe Oktay, İsimli Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşluklarının Tamamlanması, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 55, 1996.

Sera Reyhani Yüksel, Hekimlik Sözleşmelerinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi, Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi, C. 10, S.23, 2018.

Senai Olgaç, Hukuk Davalarında Hizmet Akdi, Olgaç Matbaası, Ankara 1977.

Seza Reisoğlu, Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1983.

Songül Bişkin /Fatma Cebeci, Acil Servislerde İlaç Uygulama Hataları, Gümüşhane Üniversitesi Sağlık Bilimleri Dergisi, C. 6 S. 4, 2017.

Süheyl Donay, Doktorların Hukuki Sorumluluğu, İktisadi ve Ticari İlimler Dergisi, 1968.

Süheyl Donay, Vekilin Talimata Uyma ve Dürüstlikle Hareket Etme Borcu, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 5, S. 4, Ankara 1970.

Turgut Akıntürk, , Borçlar Hukuku, Beta, 11. Bası, İstanbul 2015.

Turgut Öz, İnşaat Sözleşmesi ve ilgili Mevzuat, Vedat, İstanbul 2012.

Wolfgang Oehler/Yener Ünver, Doktorun Sorumluluğu Bağlamında Hastanın Doktor Tarafından Aydınlatılması ve Bunun Hastanın Rızasıyla İlişkisi Hakkında Düşüncel, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 6, S. 2, 2009.

Yasemin Akbaş, Hekimin Özen Yükümlülüğü, Fatih Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, Sy. 2, 2014.

Yudum Söğüt, Eser Sözleşmesinde İş sahibinin Ücret Ödeme Borcu, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 1, 2015.

Yusuf Memiş, Yargıtay Kararları Işığında Estetik Ameliyatlardan Doğan Hukukî Sorumluluk, Terazi Hukuk Dergisi, C. 11, S.. 119, 2016.

Zarife Şenocak, Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, Ankara, 1998.

