

T.C.
ÖZYEĞİN ÜNİVERSİTESİ SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
HUKUK FAKÜLTESİ / ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

ESTETİK CERRAHİDE HEKİMİN HUKUKİ
SORUMLULUKLARI VE BU SORUMLULUKLARIN ESER
SÖZLEŞMESİ KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

PROF. DR. R. ATILLA ARINCI
YÜKSEK LİSANS TEZİ

TEZ DANIŞMANI: YRD. DOÇ. DR. SEVGİ USTA

İSTANBUL 2015

İÇİNDEKİLER

1.Kısaltmalar

2.Giriş

3.Birinci Bölüm: Tıbbi Müdahale Kavramı, Unsurları, Tıbbi Müdahale Türleri ve Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahale Kavramı

- Tıbbi Müdahale Kavramı ve Hukuki Niteliği
- Türk Hukuku Yönünden Müdahalenin Unsurları
- Tıbbi Müdahale Türleri ve Estetik Cerrahi

4.İkinci Bölüm: Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hasta ile Hekim Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği

- Genel Bakış
- Estetik Amaçlı Tedavi Sözleşmesinin Kuruluşu, Hükümleri
ve Sona Ermesi
- Vekaletsiz İş Görme Sözleşmesi

5.Üçüncü Bölüm: Estetik Cerrah'ın Hukuki Sorumluluğu

- Sözleşme İlişkisinden Doğan Sorumluluk
- Zarar
- Tıbbi Kusur ile Zarar Arasındaki İlliyet Bağı

- Vekaletsiz İş Görmeden Doğan Sorumluluk
- Haksız Fiil Sözleşmesinden Doğan Sorumluluk
- Hekimin Hukuki Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Nedenler
- Hekimin Sorumluluğunu Etkileyen Özel Haller
- Zamanaşımı Sorunu

6. Sonuç ve Öneriler

7. Kaynakça

KISALTMALAR

AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AY	1982 Anayasası
BK	Borçlar Kanunu
C	Cümle
E	Esas
EBK	Eski Borçlar Kanunu
MK	743 Sayılı Medeni Kanun (Önceki Medeni Kanun)
HD	Hukuk Dairesi
HGK	Hukuk Genel Kurulu
İÜHFD	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İÜHFM	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K	Karar
MK	Türk Medeni Kanunu
MHAUM	Mukayeseli Hukuk Araştırma ve Uygulama Merkezi

M	Madde
N	Kenar numarası
Nr.	Numara
para.	Paragraf
RG	Resmi Gazete
S	Sayfa
T	Tarih
TBK	Türk Borçlar Kanunu
TCK	Türk Ceza Kanunu
TDN	Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi
vd.	ve diğer
Y	Yargıtay
YHGK	Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
yy.	Yüzyıl

ESTETİK CERRAHİDE HEKİMİN HUKUKİ SORUMLULUKLARI VE BU SORUMLULUKLARIN ESER SÖZLEŞMESİ KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

GİRİŞ

Estetik, Plastik ve Rekonstrüktif cerrahi müdahale, temel insan haklarından biri olan sağlık hakkının gerçekleştirilmesinin araçlarından biridir. Dünya Sağlık Örgütü'ne göre sağlık; sadece hastalık ve hastalığın olmaması değil, fiziksel, ruhsal ve sosyal yönden de tam bir iyilik halidir. Sağlığın fiziksel olması yanında, ruhsal ve toplumsal boyutu da dikkate alınmıştır. Sağlığın sözlük tanımı; bireyin fiziksel, duygusal, zihinsel ve toplumsal açıdan çevreyle uyum içinde işlev görebilme yeteneğidir.¹

224 Sayılı Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanun (SHSHK) Dünya Sağlık Örgütü'nün tanımını benimsemiştir, kanun'a göre; sağlık, yalnız hastalık ve maluliyetin yokluğu olmayıp beden, ruhen ve sosyal bakımından tam bir iyilik halidir². Sağlıklı olmak, hastalığa ilişkin semptomlardan uzak kalma, bir hastalığa ya da özre sahip olmama, fiziksel olarak zinde olma, psikolojik ve toplumsal yönden iyilik hali olarak tanımlanabilir. Sağlık, sadece hastalık ve sakatlığın bulunmayışını değil, bedence, ruhça ve toplumsal yönden iyi olmayı da ifade etmektedir.³ Bu yönden sağlık hakkı, hasta olmadan önceki süreçte de sağlıklarının korunması ve tedaviye ulaşabilme imkanına kavuşturulmasını gerektirir⁴. Yaşamın ayrılmaz parçası olan sağlık, uzun zamandan beri, hem uluslararası belgelerde yer almış⁵, hem de anayasalarda temel haklar arasında sayılmıştır. 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun 9. maddesinin (c) bendine ve 181 sayılı Sağlık Bakanlığı'nın Teşkilat ve

¹ Ana Britannica Genel Kültür Ansiklopedisi, Cilt 18, İstanbul 1987, s.595.

² RG.12.01.1961-10705.

³BOZKURT, Enver, “İnsan Hakkı Olarak Sağlık Hakkı”, Sağlık Hukuku Kurultayı, Kasım 2007, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2008, s.1.

⁴BULUT, Nihat, Sanayi Devriminden Küreselleşmeye Sosyal Haklar, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2009, s.203.

⁵ Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi m.25/I; Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi m.12; Avrupa Sosyal Şartı m.11; Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı m.35 sağlık hakkını ayrıntılı olarak düzenleyen önemli uluslararası belgelerdir. Belgelerin yürürlüğe giriş tarihleri ve resmi metinleri için bakınız: http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/mevzuat_TIHB.htm ; Ayrıca bu konuda bakınız, BULUT, age, s.203.

Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 43 üncü maddesine dayanılarak hazırlanan Hasta Hakları Yönetmeliği'nde de "bedeni, ruhi ve sosyal yönden tam bir iyilik hali içinde yaşama hakkının temel insan hakkı olduğu" ifade edilmiştir (m.5 bent a.)

İyi yaşam sürmek, hayatını en iyi şekilde devam ettirip öylece sona erdirmek, insan için temel amaçtır. Sağlık hakkı bu amacı gerçekleştiren en önemli araçlardan biridir. Kişi ancak bu hakkı sayesinde insan onuruna uygun biçimde hayat sürebilir. Sağlık hizmetlerinin herkes için erişilebilir olması aynı zamanda toplumsal dışlanmayı önleyen araçlardan biri olarak görülür.⁶ Sağlık hakkı, bir insanın insan onuruna yaraşan asgari bir yaşam düzeyi içinde yaşayabilmesi için gerekli bir haktır.⁷ Temel ve evrensel insan hakkı olarak kabul edilen sağlık hakkı olmadan diğer hakların gerçekleşme ve kullanılma şansı yoktur.⁸ Sağlık hakkı, kişinin devletten, sağlığının korunmasını, gerektiğinde tedavi edilmesini, iyileştirilmesini isteyebilmesi ve toplumun sağladığı imkanlardan faydalanabilmesini ifade eder⁹. Sağlık hakkı, 1982 Anayasası'nda sosyal haklar kapsamında yer almıştır (m.56). 1982 Anayasası'nın değiştirilemeyecek ve değiştirilmesi teklif konusu dahi yapılamayacak olan maddelerinden 2. maddede "Sosyal Devlet" ilkesi ile güvence altına alınmıştır. Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanun'da Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler (m.2). Anayasal olarak da, bu ilke gereği Devlet, hasta haklarının temini ve korunması için gerekli çalışmaları, eylem ve işlemleri yapmak durumundadır.

Anayasa'nın 17. maddesinde herkesin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu, tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamayacağı temel hak ve özgürlükler arasında düzenlenmiştir.

Sağlık hakkının konusu, temelde dokunulmaz olarak kabul edilen insan vücududur. İnsan vücudu; kişinin maddi, bedeni varlığını ve özel kişilik hakkını oluşturur. Bu haklar kişiye hayatının, sağlığının, vücut bütünlüğünün her türlü saldırılardan dokunulmaz kalmasını istemek hakkını verir. Kişiler, yaşama hakkından hiçbir surette vazgeçemezler, hayatlarını,

⁶ BULUT, age,s.204-205.

⁷ GÖZLER, Kemal, Türk Anayasası Hukuku Dersleri, İkinci Basım Yayın, İstanbul 2012, s.85- 86.

⁸ Bu konuda bakınız BULUT, age, s.202 vd.

⁹ ER, Ünal, Sağlık Hukuku, Savaş Yayınları, Ankara 2008, s.31-32.

sağlıklarını, beden (vücut) bütünlüklerini çiğneyecek, cismani varlıklarını veya onun esaslı unsurlarını tahrip edecek (bozacak) surette sözleşmeler yapamazlar.¹⁰ Bu kuralın istisnaları arasında kişinin yaşam hakkı ve vücut bütünlüğüne müdahale teşkil eden tıbbi müdahaleler bulunmaktadır. Müdahalede bulunulacak olan kişinin bizzat kendisinin veya bir başkasının hayatının kurtarılmasına veya sağlığına kavuşturulmasına yönelik olan müdahaleler, hukuka uygun müdahale olarak, vücut bütünlüğüne ihlal teşkil etmemektedir.

Tıbbi müdahale kavramı, hem tıp biliminin, hem hukuk'un hem de etiğin konusunu oluşturan disiplinlerarası bir kavramdır. Tıbbın amacı, insan sağlığı ve yaşamıdır. Aynı şekilde hukuk da insanın yaşamı ve sağlığını esas alır. Çünkü, yaşamak ve sağlıklı olmak insanın en temel hakkıdır. Bu nedenle konu, önce temel hak ve özgürlükler ve sonra da Medeni Kanun'da yer alan, mutlak, vazgeçilemez ve devredilemez kişilik hakları ile yakından ilgilidir.

Her tıbbi müdahalenin kural olarak hukuka aykırı olması ve hekimin sorumluluğunu gerektirmesi, tıbbi müdahale kavramını hukukun konusu haline getirmiştir. Hekim hasta ilişkisi tıbbi uygulama hatalarının esasını oluşturmaktadır; çünkü, hekimin hastayı ilk görmesinden başlayan anamnez, tanı, tedavi ve takip aşamaları süresince hekimin hastayla kurduğu ilişki tıbbi uygulamalarda temel yapıyı oluşturmaktadır. Bu nedenle de hekimlik mesleği diğer mesleklerden farklı ve ağır risk taşıyan bir meslektir. Zira hekimin en ufak bir dikkatsizlik ya da tedbirsizliği insan hayatını, sağlığını, bir başka deyişle yaşam hakkını ve sağlık hakkını tehlike altına sokabilmektedir.

Çalışmamızın konusunu teşkil eden, Estetik Cerrahi; tıpta son yıllarda gelişen ve ilgi çeken dallar arasında yer almaktadır. Estetik Cerrahi eski çağlardan beri uygulanmakta olmasına karşın, özellikle birinci ve ikinci dünya savaşlarında yaralananların vücut bozukluklarını düzeltmek, doku ve organ kayıplarını onarmak için yapılan ameliyatlara sayesinde büyük bir gelişim göstermiştir. Bu şekilde başlayan çalışmalar, doğuştan mevcut şekil bozukluklarının düzeltilmesinin ve daha sonra da tıbbi zorunluluk olmadığı halde, kişilerin vücutlarında isteklerine bağlı çeşitli değişiklikler yaptırabilmelerinin de yolunu açmıştır¹¹. Estetik Cerrahi, tüm dünyada olduğu gibi, ülkemizde de son yıllarda büyük bir ilerleme kaydetmiş ve estetik ameliyat olanların sayısı gözle görülür oranda artmıştır. Bu durumda, modern hayat ve

¹⁰ G.AKİPEK, Jale / AKINTÜRK, Turgut / ATEŞ KARAMAN, Derya, Türk Medeni Hukuku, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku,9.Bası, Birinci Cilt, Beta Yayınevi, İstanbul, 2012, s.360.

¹¹ BAYRAKTAR, Köksal: Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezaî Sorumluluğu, İstanbul 1972, s.165.

değişen değerler sistemiyle birlikte toplumların estetik anlayışlarının değişmesinin, daha güzel veya yakışıklı olmak, kendini daha iyi hissetmek, kendine güven duygusunu kazanmak veya geliştirmek, hayatta daha aktif rol almak duygularının önem kazanmasının, insanların gelir seviyelerinin yükselmesinin ve dolayısıyla dış görünüşlerini esaslı bir şekilde değiştirecek ölçüde kendilerine para ayırabilmelerinin etkisi olduğu gibi, tıptaki ve özellikle estetik cerrahideki sınır tanımaz gelişmelerin ve sayısız seçeneklerin de katkısı olmuştur. Bu şekilde, herkese ve her keseye yönelik estetik ameliyat türleri doğmuştur. Önceleri, estetik ameliyat denilince film yıldızları, şarkıcılar ya da zenginler akla gelirken, estetik cerrah sayısının artması ve teknikteki gelişmelere bağlı olarak ameliyatların çok daha ucuza yapılabilmesi sonucu, artık çok daha fazla sayıda insan estetik ameliyat olabilmektedir¹².

Ancak, estetik cerrahi müdahalelerde hedeflenen estetik sonucun, yani güzelliğin kişiden kişiye, toplumdan topluma ve dönemden döneme değişen göreceli bir kavram olması dolayısı ile bu tip operasyonlardan sonra, tıbbın diğer dallarından farklı bazı hukuki sorunlar ortaya çıkmaktadır. Günümüzde bu konuda düzenlenen hukuki toplantılar ve sağlık hukuku eğitim toplantılarının hemen hemen hepsinde tıbbın diğer dallarından farklı olarak "Estetik Cerrahide Hukuki Sorumluluklar " başlığı altında ayrı bir bölüme yer verilmesi de bu konunun önemini ortaya koymaktadır.

Bu gelişmeler yaşanırken, ortaya çıkacak hukuki uyumsuzlukların çözümü üzerinde fazla durulmamış, estetik cerrahların sorumluluğu da, diğer hekimlerin sorumluluğu gibi kanunlarımızda düzenlenmediğinden, bu konudaki boşluk, genel nitelikteki Borçlar Kanunu hükümleriyle doldurulmaya çalışılmıştır¹³. Aynı zamanda, hukuki sorunların ortaya çıkmasındaki en büyük neden, estetik cerrahi operasyona karar veren bazı bireylerin yüksek ve bazen de ulaşılmaması mümkün olmayan estetik sonuç beklentileri içinde olmaları ve toplumun estetik cerrah ve estetik cerrahi kavramını algılamasındaki farklılıklardır. Bu farklılıkların ve bazen de yanlış anlaşılmanın ortaya çıkmasında estetik cerrahların ve hastaların sorumluluğu kadar, Türk hukukunda, özellikle de sağlık hukukunu ilgilendiren uyumsuzluklarda, bu konulara yönelik özel yasa ve kanuni düzenlemelerin olmamasının yanı sıra, hasta-hekim arasındaki bu tip uyumsuzluklar konusunda özel bilgi ve deneyime sahip

¹² PETEK, Hasan "Güzelleştirme Amaçlı Estetik Ameliyatlardan Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 8, Sayı: 1, 2006, s.177.

¹³ PETEK, age, s.178.

ihtisaslaşmış mahkemelerin ve yargı mensuplarının bulunmamasının da etkisinin olduğu kanısındayım.

Bilindiği üzere; genel olarak, tedavi amaçlı ve güzelleştirme amaçlı olmak üzere iki tür estetik ameliyattan söz edilir; bazen de bu iki amaç birlikte bulunur.¹⁴ Hemen belirtelim ki, çalışmamızın ana konusunu, tedavi ve güzelleştirme amaçlı estetik ameliyatlara kapsamaktadır. Bunun dışında, cinsiyet değişikliği kapsamında yapılan ve estetik amaçlı olmayan cerrahi müdahaleler ile başka kişilerden organ ve doku aktarma (örneğin; yüz nakli) yoluyla gerçekleştirilen estetik müdahaleler, inceleme konumuza dahil değildir. Ancak, güzelleştirme amaçlı olarak kişinin vücudunun bir bölgesindeki dokuların yine kendisine aktarılarak yapılan estetik müdahaleler (örneğin; kişinin yüzündeki yara izini kapatmak için bacağından alınan dokunun aynı kişiye nakledilmesi) 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkındaki Kanun kapsamına girmediğinden, diğer estetik ameliyatlara gibi tezimiz kapsamındadır. Bu çalışmada yapılan açıklamalar, estetik ameliyat kapsamına girmemeleri ile birlikte, cilt lekelerini, çilleri, dövmelemleri veya sivilceleri yok etmeye yönelik ya da kalıcı epilasyon gibi güzelleştirme amacını güden diğer müdahaleleri de kapsamaktadır. Estetik amaçlı cerrahi müdahaleler, Plastik ve Rekonstrüktif Cerrahi disiplini içinde incelenen bir dalın kapsamı içinde olması hasebiyle, bu ana dala ait cerrahi müdahaleler ile anılmakla birlikte, estetik amaçlı tıbbi müdahalelerin yüksek yargı kararlarında eser sözleşmesi, diğer plastik cerrahi müdahalelerin ise vekalet sözleşmesi kapsamında değerlendirildiği göz önüne alındığında, tezimiz ve bu konudaki savunmalarımızın estetik amaçlı tıbbi müdahaleler ile sınırlı olduğu açıktır.

Tezimiz, estetik amaçlı tıbbi operasyonların, tıbbi müdahaleler arasındaki özel yeri, hukuki niteliği ve uygulamada bu konudaki tıbbi ve hukuki sorunlar alanında boşluğun doldurulmasına katkı amacı taşımaktadır. Günümüzde, plastik cerrahi denilince ilk olarak estetik ameliyatlara akla gelmekte ise de, plastik cerrahinin konuları arasında estetik ameliyatlara, ancak bir bölümü oluşturmaktadır. Tezimizin konusu estetik amaçlı cerrahi ve tıbbi müdahaleler olduğundan bu konularda detaya girilmeyecek, bu konulara kısaca değinilerek Plastik ve Rekonstrüktif cerrahi operasyonlar içinde estetik amaçlı olarak gerçekleştirilen müdahalelerden bahsedilecektir.

¹⁴ PETEK, age. s.178.

Bu çalışmada; Otuz yıllık Plastik, Rekonstrüktif ve Estetik Cerrahi bilgi ve deneyimlerimin ışığında, estetik cerrahide hukuki sorumluklar ve hekim ile hasta arasındaki hukuki ilişkiyi ifade eden eser sözleşmesi kavramlarına, bizzat bu müdahaleleri gerçekleştiren bir cerrahın bakış açısı ve yaklaşımıyla tıbbi ve hukuki açıdan yeni bir yorum getirmek amaçlanmaktadır. Ayrıca tıbbın diğer branşlarından farklı bir uygulama alanı olan estetik cerrahi konularında ve estetik amaç güdülen cerrahi ve tıbbi müdahalelerde, bu farklı yaklaşım çerçevesinde, hem hastaların hem de hekimlerin hakları gözetilerek, mevcut ve ileride doğabilecek sorunlar için, yeni çözüm önerileri sunulacaktır.

Birinci Bölüm'de bu konudaki kavramlara yer verilecektir. Öncelikle, tıbbi müdahale kavramının hukuki ve tıbbi boyutları üzerinde durularak, tıbbi müdahalenin unsurlarına yer verilecek, tıbbi müdahalenin türleri ile estetik amaçlı cerrahi ve tıbbi müdahaleler ile özellikleri üzerinde durulacaktır.

İkinci Bölüm'de, tıbbi müdahalede hasta ile hekim arasında kurulan sözleşme üzerinde durulacaktır. Genel olarak hekimlik (tedavi) sözleşmesine yer verildikten sonra, sözleşmenin niteliği konusunda; sui generis bir sözleşme, hizmet sözleşmesi, eser sözleşmesi, vekalet sözleşmesi, vekaletsiz iş görme ilişkisi ve haksız fiil ilişkisi olduğu yönde doktrindeki görüşlere ve sözleşmenin kuruluşu, hükümleri ve sona ermesi konularına yer verilecektir.

Üçüncü Bölüm'de ise, İkinci Bölüm'de yer alan hekim ile hasta arasındaki hukuki ilişki nitelikleri esas alınarak, hekimlerin hukuki sorumluluğu üzerinde durulacaktır. Bu bölümde sözleşme ilişkisinden doğan yükümlülükler ve bunların yerine getirilmemesinden doğan sorumluluk, vekaletsiz iş görmeden doğan sorumluluk, haksız fiil ilişkisinden doğan sorumluluk ve sorumsuzluk anlaşmasına yer verilecektir.

Son Bölümde de, Sonuç ve Öneriler ile Kaynakça yer alacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

TIBBİ MÜDAHALE KAVRAMI, UNSURLARI, TIBBİ MÜDAHALE TÜRLERİ VE ESTETİK AMAÇLI TIBBİ MÜDAHALE KAVRAMI

§ 1.TIBBİ MÜDAHALE KAVRAMI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

Tıbbi müdahale; tıbbi ve hukuki niteliğe sahip bir kavramdır. Tıbbi açıdan tıbbi müdahale kişinin bedensel, fiziksel ve ruhsal yönden oluşan bir eksikliğini gidermeye yönelik teşhis, tedavi ve bakım sürecini kapsayan, hekim tarafından ve tıp bilimi kurallarına göre yapılan her türlü fikri faaliyet ve fiziki müdahaledir¹⁵.

Bir başka tanım, tıbbi müdahaleyi; "tıp mesleğini icraya yetkili bir kişi (hekim) tarafından, doğrudan ya da dolaylı tedavi amacına yönelik olarak gerçekleştirilen her türlü faaliyeti ifade eder." şeklinde tanımlamakta olup bu süreç, en basit teşhis ve tedavi yöntemlerinden en kapsamlı ve ağır cerrahî ameliyatlara kadar uzanmaktadır¹⁶.

Doktrinde yapılan daha genel ve geniş bir tanıma göre; tıbbi müdahale; kişilerin bedensel fiziksel ya da ruhsal (psikolojik) bir hastalığını, noksanlığını teşhis ve tedavi etmek, bu mümkün olmadığı takdirde hastalığı hafifletmek, acılarını dindirmek ya da onları böyle bir rahatsızlıktan korumak veya nüfus planlaması amacı için, tıp mesleğini icraya kanunen yetkili kimseler tarafından tıp bilimine genel kabul görmüş kural ve esaslara uygun olarak gerçekleştirilen, en basit teşhis ve tedavi yöntemlerinden başlayan ve en ağır tıbbi müdahalelere (cerrahi operasyonlar) kadar uzanan her çeşit faaliyet olarak tanımlanabilir¹⁷.

¹⁵ KICALIOĞLU, Mustafa : Doktorların ve Hastanelerin Tıbbi Müdahaleden kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, s.5.

¹⁶ AYAN, Mehmet: Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara 1991, s.5; YAVUZ İPEKYÜZ, Filiz, Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, İstanbul: 2006, s.22; Şenocak, Zarife: "Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası", AÜHFD 2001/4, s.66; YENERER -ÇAKMUT, Özlem, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, İstanbul 2003, s.24; OZANOĞLU, Hasan Seçkin: "Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü", AÜHFD 2003/3, s.58-59; ÖZAY, Merter: Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2006, s.20.

¹⁷ YENERER ÇAKMUT, age, s.24; ÖZPINAR, Berna, Tıbbi Müdahalede Kötü Uygulamadan Doğan Hukuki Sorumluluğun Sebepleri ve Sonuçları, Ankara Barosu Dergisi, Yıl:66, Sayı:3, Ankara 2006, s.17-18; KAYA, Mine, Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğünden Kaynaklanan Tazminat Sorumluluğu, Türk Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 100, Ankara 2012, s.47.

Tıbbi müdahale veya tıbbi girişim olarak da kullanılan tıbbi uygulama kavramı, tedavi kavramıyla yakından ilgilidir. Hastalıklardan korunma tedbirlerini, hastalığı belirlemeye yönelik teşhisi, hastalıktan sonraki bakımı da içine alan “tedavi” kavramı, esas itibarıyla hastalığın iyileştirilmesi, hafifletilmesi veya ortadan kaldırılması olarak belirlenmektedir. Geniş olarak bu tanıma göre; tedaviye yönelik olarak kişiye aşı yapılması, hastalığın teşhisi için gerekli tahlil ve klinik muayenelerin gerçekleştirilmesi, cerrahi müdahalelerde bulunulması, hastanın gözetim altında tutulması ve ruhsal hayatının düzenlenmesi, tıbbi müdahale olarak adlandırılmaktadır¹⁸.

Yargıtay verdiği bir kararda tıbbi uygulama kavramına değinmiştir. Bu kararda; “*Hekim, tababeti yerine getirirken, tıbbi uygularken, kişinin yaşamasını düzenlemek ve sağlığını koruyabilmek amacıyla çeşitli faaliyetlerde bulunmaktadır. Bu faaliyetler; hastalığın teşhisi, gerekli ilaçların verilmesi, cerrahi müdahalelerin yapılması, hastalığın devamlı olarak gözetilmesi, gerektiğinde yan etkili tedavi yollarına, yeni usullere başvurması gibi çeşitli konuları kapsamaktadır*” denilmektedir¹⁹.

Cerrahi müdahale ise, doğrudan doğruya organ veya dokular üzerinde fiziksel değişiklikler meydana getirmek üzere yapılan, organlardaki ve dolayısıyla organizmadaki bozuklukları gidermeye yönelik tıbbi girişimdir²⁰.

Estetik amaçlı cerrahi müdahaleler ise, kişinin doğuştan mevcut veya sonradan bir etken sonucu ya da kendiliğinden meydana gelmiş görünüm bozukluklarını düzeltmek veya böyle bir şekil bozukluğu olmamasına rağmen kişinin daha güzel görünmesini sağlamak amacıyla yönelik tıbbi müdahalelerdir²¹.

¹⁸ BAYRAKTAR, age, s:5, 231.

¹⁹ 4.Hukuk Dairesi, 7.3.77, 6297/2541 Yargıtay Kararları Dergisi, Haziran 1978, s.906

²⁰ GÜRELLİ, age, s.271; YAVUZ İPEKYÜZ, age, s.30.

²¹ BELGESAY, Mustafa Reşit: Tıbbî Mesuliyet, İstanbul 1953, s.75; AYAN, age., s.34. BAYRAKTAR, age,s.165; Aşçıoğlu, Çetin: Doktorların Hukukî ve Cezaî Sorumluluğu, Ankara 1982, s.52; AŞÇIOĞLU, Tıbbî Yardım ve El Atmadan Doğan Sorumluluklar, Ankara 1993, s.51. ZEVKLİLER, Aydın: “Tedavi Amaçlı Müdahalelerle Kişilik Hakkına Saldırının Sonuçları”, DÜHFD 1983/1, s.28; ZEVKLİLER, Aydın/ACABEY, M. Beşir/GÖKYAYLA, K. Emre , Medenî Hukuk, Giriş-Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku-Aile Hukuku, 6.Baskı, Ankara 1999, s.499; YAVUZ İPEKYÜZ, s.31; ERMAN, Barış: Ceza Hukukunda Tıbbî Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Ankara 2003 (Kısaltma: Barış), s.200- 201; ÇAKMUT, age, s.180; SARIAL, M. Enis: Sağlararası Organ Nakillerinden Doğan Hukuksal İlişkiler, İstanbul 1986, s.77; ARI, Elçin: “Estetik Cerrahin Hukuki Sorumluluğu”, İzmir Barosu Dergisi, 2002/1, s.13; ÖZAY, age, s.23.; EROL, Hatırnaz, Gülterez, Özel Hastanelerin Hukuki Sorumlulukları ve Hasta Hakları, Seçkin Kitabevi, İstanbul, 2013.

Tıbbi müdahale; Giriş Bölümü'nde de ifade edildiği üzere, vücut bütünlüğüne yapılan bir müdahaledir. Kural olarak bir kimse, kendi bütünlüğüne saldırı niteliğinde görülebilecek müdahalelere rıza gösteremez. Bu kuralın istisnalarından biri tıbbi müdahalelerdir²². Tıbbi müdahaleler, kişilik haklarındandır. Bu hak, Anayasa'nın 17. maddesine dayanarak düzenlenen Medeni Kanun'un 23 ve 24. maddelerinde düzenlenen, kişiliğin korunması hakları arasında yer almaktadır. 23. madde, kimsenin özgürlüklerinden vazgeçemeyeceğini veya onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlayamayacağını ve bu konuda yapacağı sözleşmelerin geçersizliğini düzenler. 24. maddede, hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hakimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir. Aynı maddede hukuka aykırılığı ortadan kaldıran haller düzenlenmiştir. Bu hükme göre, kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır.

Müdahalede bulunulacak olan kişinin bizzat kendisinin veya bir başkasının hayatının kurtarılmasına veya sağlığına kavuşturulmasına yönelik olan müdahalelerde üstün amaç şartının varlığı kabul edilmektedir²³. Tıbbi müdahalelerde ameliyatlar, beden bütünlüğünü belli ölçüde örseledikleri için, esas olarak hukuka aykırı bir saldırı niteliği taşırlar. Fakat müdahalenin bizzat hastanın rızasına dayanması ve özellikle hastanın hayatını ve sağlığını koruma amacına yönelik olması, müdahalenin hukuka aykırılığını ortadan kaldırır. Yeter ki müdahale tıp biliminin koymuş olduğu kural ve esaslara uygun biçimde gerçekleşmiş olsun. Bu şarta uymayan müdahaleler hukuka aykırı sayılırlar. Müdahalede bulunacak olan hekimin müdahaleye hangi sebeple girişileceği ve müdahalenin sonucunda ortaya çıkması olası sıkıntılı durumlar hakkında hastayı bilgilendirmesi gerektiği gibi, rızasını bildirecek olan kişinin de rızasını hiçbir etki altında kalmadan serbest iradesiyle açıklaması şarttır (Aydınlatılmış Onam).²⁴

²² Ayrıntılı bilgi için bakınız, AYAN, age.s.70.

²³ ARPACI, Abdülkadir, Kişiler Hukuku, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2005, s.105-106.

²⁴ Bakınız, ARPACI, a.g.e.,s.107; DURAL, Mustafa / ÖĞÜZ, Tufan, Kişiler Hukuku 15. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, Ekim 2014, s.141; 4.HD, 7.3.77, 6297/2541 Yargıtay Kararları Dergisi, 1978, s. 906.

§ 2. TÜRK HUKUKU YÖNÜNDEN MÜDAHALENİN UNSURLARI

Bir müdahalenin hukuka uygun olabilmesi ve “tıbbi” olarak değerlendirilebilmesi için taşınması gereken dört temel unsur bulunmaktadır²⁵. Bunlar; tıbbi müdahale için tıbbi bir zorunluluk bulunmalı (endikasyon şartı), tıbbi müdahale yasaya uygun yapılmalı, tıbbi müdahale tıp mesleğini uygulamaya yetkili olan kişilerce yapılmalı ve yapılacak tıbbi müdahaleye hastanın rızası olmalıdır. Bu unsurları taşımayan tıbbi müdahaleler kural olarak hukuka aykırıdır.

I.Tıbbi Müdahalenin, Tıp Mesleğini Uygulamaya Kanunen Yetkili Kişiler Tarafından Gerçekleştirilmesi

Tıp mesleğini uygulamaya kanunen yetkili olan kişinin sahip olması gereken özellikler 11.04.1928 tarih ve 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San’atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun ve 23.01.1953 tarih ve 6023 sayılı Türk Tabipler Birliği Kanunu’nda düzenlenmiştir²⁶. Buna göre bu kişilerin taşınması gereken özellikler şunlardır;

A.Tıp Fakültesinden Mezun Olmak ve Tıp Fakültesi Diplomasına Sahip Olmak

Tababet ve Şuabatı San’atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun’u gereğince, tıp sanatını uygulayan hekim, yalnız tıp eğitimi görmüş olan, tıp fakültesi diplomasına sahip, pratisyen veya uzman, insan sağlığı ile uğraşan ve hastalıkları tanımayı ve iyileştirmeyi kendisine uğraş edinmiş olan kişidir²⁷. Hekim; fiziksel, bedensel, ruhsal veya sosyal yönden tam bir iyilik hali sağlarken, iyilik hali bozulmuş olanlarında acısını azaltmak, ömrünü uzatmak, durumunu düzeltmek amacını güden kişidir²⁸. Bu anlamda hekim kavramının içine “diş doktorları” da

²⁵Örneğin, doktrinde Özey’a göre; AYAN, Mehmet Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluk, İstanbul 1994.Bir müdahalenin hukuka uygun sayılmasında tedavi amacının ön şart teşkil etmeyeceği görüşündedir. Çünkü fiziksel ve ruhsal tedavi ona göre bir bütün teşkil eder. Üstelik hasta olmayan kişilere de tedavi amacı dışında müdahalelerin uygulanabilmesi mümkündür. ÖZAY, Mert, Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006, s.20; ERMAN, Barış, Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Ankara, 2003, s.76.

²⁶ RG.31.01.1953 , s. 8323.

²⁷ KICALIOĞLU, a.g.e., s.4.

²⁸ KICALIOĞLU, a.g.e., s.4.

girmektedir²⁹. Eczacı, psikolog, pedagog, ebe, sağlık memuru gibi yardımcı sağlık personeli, dar anlamda hekim kavramı içine girmezler. Ancak, bu kişilerin hekim gözetiminde tıbbi müdahalede bulunma yetkisi olmakla birlikte, kural olarak tıbbi müdahalede bulunma yetkisi tıp eğitimi görmüş hekime aittir³⁰. Büyük ve önemli cerrahi müdahaleler ise, ancak cerrahi dalında uzmanlık belgesi almış hekimler tarafından yapılabilecektir. Bu tür müdahaleler için tıp fakültesi diploması yanında uzmanlık belgesi de aranmaktadır. Bu durumdan küçük cerrahi müdahalelerin tıp fakültesi diploması olan hekimler tarafından da yapılabileceği anlaşılmaktadır³¹. Ancak, hangi tür müdahalelerin büyük, hangi tür müdahalelerin de küçük olarak nitelendirileceği ile ilgili olarak kanunda bir tanımlama yapılmamıştır.

Kanunlarda genel uzmanlığın çalışma alanı sınırlandırılmadığından, genel uzmanlığı bulunan bir hekim, özel uzmanlık bulunan alanlarda çalışma yaptığında, hukuka aykırılık söz konusu olmamaktadır. Estetik Cerrahi uygulamada Plastik ve Rekonstrüktif Cerrahi disiplini içinde yer almakla birlikte, bir genel cerrah, estetik ameliyat yapmaya kalkarsa, bunun hukuka aykırılığından söz edilemez. Ancak, genel cerrahın, kusurundan ve bu konudaki bilgi ve beceri eksikliğinden kaynaklanan zararlardan sorumluluğu bulunur³². Yargıtay'ın bu yöndeki kararına göre; 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 denilmektedir.

Ancak, kendi içinde özel uzmanlık dallarına ayrılmış alanda tıbbi müdahalede bulunurken, doktorun bu özel uzmanlık dalının gereği olan bilgi ve beceri ile bu konudaki araç ve gereçlere sahip olması gerekir. Bunlara sahip olmadan yapılacak tıbbi müdahaleden doğan zararlar, hukuka aykırı bir hale gelebilir ve doktor kusuru nedeniyle sorumlu olur³³.

Var olan bu hukuki görüşlere rağmen, estetik operasyonlar gibi özel bilgi ve beceri gerektirmenin yanısıra estetik ve güzellik konusunda mevcut güncel konseptlere tam olarak hakim olmayı gerektiren operasyonların, bu konuda detaylı eğitim almış Estetik, Plastik ve Rekonstrüktif Cerrahi uzmanının dışında bir uzman tarafından gerçekleştirilmesinin tıbbi

²⁹ AŞÇIOĞLU, (Tıbbi Yardım) s.1; Diş hekimleri için bir diş hekimliği fakültesinden alınmış diploma gerekir, AYAN, age, s.7, dipn. 7.

³⁰ KICALIOĞLU, a.g.e., s.12.

³¹ ÇAKMUT, s.28.

³² PETEK, s.178; AŞÇIOĞLU (Tıbbi Yardım), s.45; HANCI. Hamit: Malpraktis, Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu, Ankara 2005, s.110; ARI, age, s.13.

³³ 4.HD., 6.5.1991,E.1990/5104, K.1991/429 (AŞÇIOĞLU (Tıbbi Yardım), s.45-46).

olarak zararlı ve yanlış bir uygulama olacağı ve bu konuda hukuki sorumlulukların ortaya çıkacağı konusunun hiçbir şüpheye yer vermeyecek şekilde açık olduğu kanısındayım.

B. Hekimlik Mesleğinin İcrası Açısından Geçici veya Sürekli Bir Engelin Bulunmaması

6023 sayılı Türk Tabipler Birliği Kanunu gereğince bu kanunun kendisine yüklediği görevleri yerine getirmeyen hekimin, 15 günden 6 aya kadar geçici olarak meslekten men edilebileceği, bir bölgede 3 defa mesleğini icradan men edilmiş olan hekimin aynı bölgede çalışmasının yasaklanabileceği açıkça belirtilmiştir. Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 28. maddesi uyarınca ağır hapis veya beş yıldan fazla hapis veya müebbet hapis cezası nedeniyle kamu hizmetinden yasaklanan veya hizmet ve sanatı suistimal suretiyle işlenmiş bir fiilden dolayı iki defa mahkeme tarafından meslek ve sanatın tatili cezasıyla mahkum olunan veya sanatı icra etmesine mani olacak derecede ve iyileşemeyecek bir akıl hastalığı olduğu bilinen hekimler, Sağlık Bakanlığının teklifi ve Yüksek Haysiyet Divanı kararıyla sanatı icra etmekten men olunur ve diplomaları geri alınabilir.

C. Bağımsız Çalışan Hekimlerin Tabip Odasına Kayıt Olma Zorunluluğu

1953 tarih ve 6023 Sayılı Türk Tabipleri Birliği Kanunu'nun 7. maddesine göre³⁴, bağımsız olarak çalışan hekimlerin çalıştıkları ilin Tabip Odası'na kayıt yaptırma zorunluluğu bulunmaktadır. Maddeye göre, bir tabip odası sınırları içinde sanatını serbest olarak icra eden tabipler bir ay içinde o il veya bölge tabip odasına üye olmak ve üyelik görevlerini yerine getirmekle yükümlüdürler. Mesleklerini serbest olarak icra etmeksizin kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüslerinde asil ve sürekli görevlerde çalışanlar ile herhangi bir sebeple mesleğini icra etmeyenler de tabip odalarına üye olabilirler.

Özel kanunlarında üye olamayacaklarına dair hüküm bulunanlardan mesleklerini serbest olarak icra edenler de dahil olmak üzere tüm hekimler mesleki hak, yetki, disiplin ve sorumluluk bakımından bu kanun hükümlerine tabidirler.

³⁴ RG, 31.01.1953 - s.8323.

D.Vatandaşlık Koşulunun Aranmaması

Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'da yer alan hekimin Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olma şartı kaldırılmıştır. 1/10/2011 tarihli ve 663 Sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile yapılan değişiklikle, Kanun'un 1. maddesi, "Türkiye Cumhuriyeti dahilinde tababet icra etmek ve her hangi surette olursa olsun hasta tedavi edebilmek için tıp fakültesinden diploma sahibi olmak şarttır" biçiminde değiştirilerek, yabancı uyruklu hekimlere de çalışma izni getirilmiştir³⁵.

II. Tıbbi Müdahale, Doğrudan ya da Dolaylı Olarak Tedavi Amacına Yönelik Olarak Gerçekleşen Bir Faaliyet Olmalıdır (Tıbbi Zorunluluk-Endikasyon Şartı)

Hasta ile karşı karşıya kalan doktor, öncelikle hastayı dinler, ondan hastalığın öyküsü ile ilgili bilgileri alır, hastanın vücudunu elle veya özel aletlerle muayene ettikten sonra gerekli gördüğü laboratuvar ve radyolojik tetkiklerin yapılmasını ister. Bu işlemlerden sonra, elde ettiği bulguları değerlendirerek hastalığın ne olduğunun tespitini yapması işlemine teşhis denir. Doktorun hastaya doğru teşhis koyabilmesi için, tıp biliminin kabul ettiği bütün yöntem ve araçlardan yararlanması gerekmektedir³⁶.

Hastalık teşhis edildikten sonra tedaviye geçilir. Tedavi; kişinin bedensel ve ruhsal yapısındaki hastalıkları tanımak, yarattığı acıları ortadan kaldırmak, iyileştirmek ya da hastalıkları önlemek amacıyla geliştirilen tıbbi müdahalelerin tümüdür³⁷.

Doktrinde, estetik amaçlı tıbbi müdahaleler ve diş tedavileri arasında sayılan ve özellikle estetik kaygı ile yapılan Rhinoplasty (burun estetiği), Rhytidectomy (yüz germe), Liposuction (yağ alma), Abdominoplasty (karın germe), Bleaching (diş beyazlatma), gülüş estetiği için yapılan diş çekimleri ve implant gibi uygulamalar tıbbi müdahale olarak kabul edilse dahi bunların uygulandığı kişilerin hasta olarak kabul edilip edilemeyeceği tartışmalıdır³⁸.

³⁵ RG. 2.11.2011-28103 Mükerrer.

³⁶AYAN, s.9; KICALIOĞLU, a.g.e., s.4; ÇİLİNGİROĞLU, Cüneyt Tıbbi Müdahaleye Rıza, Filiz Kitapevi, İstanbul, 1993, s.18.

³⁷BAYRAKTAR, age, s.149; ÇİLİNGİROĞLU, a.g.e., s.18; KICALIOĞLU, a.g.e., s.5.

³⁸ GÜNDAY,Rezzan, Tıbbi Müdahale ve Tedavide Malpraktisten Doğan Hukuki Sorumluluk, s.3, Ankara, 2012.

III.Tıbbi Müdahalenin Kanunda Öngörülen Amaçlara ve Tıp Bilimince Genel Kabul Görmüş İlke ve Kurallara Uygun Olarak Yapılması Gerekmektedir

Tedavi aşamasında hekim uygulayacağı tedavi yöntemini serbestçe seçme hakkına sahip olmakla birlikte tıp biliminin gerektirdiği şekilde hareket etme yükümlülüğü altındadır. Tıbben kabul edilmeyen ya da yeteri kadar denenip faydalı olduğu konusunda tam bir kanaat uyandırmamış yöntemlerin hastalar üzerinde uygulanması doğru değildir³⁹. Hekim açısından geçerli olan, yerleşmiş ve gerçekliği kabul edilmiş tıbbi yöntemlerin uygulanmasıdır⁴⁰.

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinin 13. maddesine göre hekim ve dış hekimi, ileri yöntemlere uygun olarak teşhis koyar ve gereken tedaviyi tatbik eder. Hekim, bu faaliyetin mutlak olarak tedavi ile sonuçlanmamasından dolayı, deontoloji bakımından muaheze edilemez. Tababet prensip ve kaidelerine aykırı veya aldatıcı mahiyette teşhis ve tedavi yasaktır. Hekim ve dış hekimi teşhis tedavi veya koruma amacı olmaksızın hastanın arzusuna uyararak veya diğer sebeplerle, akıl veya beden mukavemetini azaltacak bir tıbbi müdahalede bulunamaz.

Buna göre tıbbi müdahalenin teşhis, tedavi, hastalıktan korumak veya nüfus planlaması amacıyla yapılması gerekmektedir.

Teşhis, bir kişide var olduğu sanılan fiziksel veya psikolojik bir hastalığı aramak, bulmak ve eğer böyle bir hastalık varsa ne olduğunu belirlemek, yoksa, yok olduğunu tespit etmek amacıyla tıp bilimine uygun olarak yapılan faaliyettir⁴¹.

Tedavi ise, kendisine bedensel veya psikolojik bir rahatsızlığı bulunduğu teşhisi konulan kişiyi iyileştirmek, hastalıktan kurtarmak veya bu mümkün değilse hastalığı hafifletmek, yani ilerlemesini engelleyerek, ilk veya daha az zararlı safhalarına döndürmek ya da acılarını dindirmek amacıyla yapılan tıbbi işlemlerin bütünüdür⁴².

³⁹ YENERER- ÇAKMUT, s.38.

⁴⁰ ZEVKLİLER, age, s.23.

⁴¹ ÇAKMUT,age., s.35.

⁴² ÇAKMUT, age., s.36.

Hastalıktan koruma; henüz hasta olmayan, ancak, vücut tamlığına ve sağlığına veya yaşamına yönelmiş ileride ortaya çıkabilecek olası bir rahatsızlıktan kişiyi uzak tutmak, korumak amacıyla yapılan faaliyettir⁴³.

Nüfus planlaması, çocuk sahibi olmak istemeyen erkek ya da kadına yapılan sterilizasyon müdahaleleri ile kadının gebeliğinin sona erdirilmesi faaliyetidir⁴⁴.

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinin 11. maddesi uyarınca tecrübe amacıyla insan üzerinde hiçbir cerrahi müdahale yapılamayacağı gibi aynı amaçla kimyevi, fiziki veya biyolojik herhangi bir tedavi de tatbik edilemez. Klasik metodların bir hastaya fayda vermeyeceği klinik veya laboratuvar muayeneleri neticesinde sabit olduğu takdirde, daha önceden tecrübe hayvanları üzerinde yeterli derecede denenmek suretiyle yararlı neticeler göstermiş olan bir tedavi yöntemi uygulanabilir. Ancak, bu tedavinin uygulanabilmesi için yararlı olacağı ve başarılı olunamaması halinde ise mutad tedavi usullerinden daha elverişsiz bir sonuç elde edilemeyeceğinin muhtemel olması gerekmektedir. Önceden denenmemiş olmakla birlikte, zarar vermesine ihtimal bulunmayan ve hastayı kurtarması kesin gözükten bir tıbbi müdahale uygulanabilir.

IV. Hastanın Yapılan Tıbbi Müdahaleye Rıza Göstermesi Gerekmemektedir

Aksi Takdirde, Yapılan Tıbbi Müdahale Hukuka Aykırı Olacaktır

Genel tıp kurallarına göre; hekimler tıbbi bilgilerini hastalarının yararına kullanmalı, amacına ulaşmak için hukuk kuralları kapsamında sorumluluk bilinci ile hareket etmelidir. Sorumluluk bilinci, hem hekim hem de hasta için güçlü bir güvence oluşturur. Bu güvencenin sonucu olarak da ortaya “rıza” ilişkisi çıkar. Rıza ile hastanın yararına, hastanın iradesine uygun olarak bir iş görülür ve risk üstlenilmiş olur. Hekim ile hastası arasında bir uyuşmazlık ortaya çıktığında, hastanın iradesi, hasta dosyası (hasta ile ilgili tutulmuş olan kayıtlar) incelenerek belirlenir. Başka bir anlatımla, hastanın yararının doktor tarafından gereği gibi gözetilip gözetilmediği ortaya çıkarılmış olur⁴⁵.

⁴³ YILMAZ, Battal Açıklamalı- İctihatlı Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007, s.5.

⁴⁴ YILMAZ, a.g.e., s.5.

⁴⁵ KICALIOĞLU, a.g.e., s.13.

§ 3. TIBBİ MÜDAHALE TÜRLERİ VE ESTETİK CERRAHİ

Tıbbi müdahale türleri müdahalenin özelliğine göre ayrılmıştır. Tıbbi müdahaleler genel itibari ile teşhis ve tedavi amacıyla yapılan müdahaleler olarak ortaya çıkmışken, tıp bilimindeki gelişim ve değişim yeni müdahale türlerini ortaya çıkarmıştır. Genel başlıkları ile; cerrahi müdahale sonrası kontrol amacıyla yapılan müdahaleler, ilaç ile tedavi faaliyetleri, 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun ile düzenlenen organ ve doku nakline ilişkin müdahaleler, kısırlaştırma, hadımlaştırma ve gebeliği sonlandırmaya ilişkin cinsel sağlığa ilişkin müdahaleler, ilaçlarla yapılan çeşitli klinik çalışmaları ifade eden bilimsel amaçlı tıbbi müdahaleler, cinsiyet değişikliğine ilişkin müdahaleler, yapay döllemeler, psikolojik tedavi amacı taşıyan müdahaleler, ötenazi, işkence, eziyet ve açlık grevleri başlıkları şeklinde doktrinde gruplandırılmıştır. Bu müdahaleler arasında yer alan "estetik amaç taşıyan tıbbi müdahaleler" cerrahi müdahaleler içinde yer alan, plastik ve rekonstrüktif cerrahi disiplini içinde yer almaktadır.

Bu tür müdahaleler, kişilerin daha değişik bir dış görünüş kazanma, ya da bedenlerindeki bir şekil bozukluğunun giderilmesi isteği üzerine yapılır. Bu müdahaleleri iki gruba ayırmak mümkündür. Kişinin bedeni üzerinde doğuştan veya sonradan meydana gelen bozuklukları gidermeyi amaçlayan müdahaleler “onarıcı” müdahalelerdir⁴⁶. Plastik ve Rekonstrüktif cerrahi olarak isimlendirilen bu tıbbi müdahaleler doğumsal veya sonradan edinilmiş anomalilerin, şekil ve fonksiyon bozukluklarının giderilmesine ve vücut imajının düzeltilmesine çalışan cerrahi dalının alanına girmektedir. Plastik, Yunanca "plasticos" tan gelen bir sözcüktür ve "şekillendirmek", "bir kalıba uydurmak" anlamlarına gelir. Rekonstrüktif ise latin kökenli bir sözcüktür ve "yeniden yapmak" anlamına gelir.

Güzelleştirme deyimiyle; bir kişinin doğuştan sahip olduğu veya sonradan bir kaza sonucu ya da kendiliğinden oluşan ve kişinin dış görünüşünde istenmeyen şekilde değişiklik meydana getiren kılların, benlerin, sarkmış derilerin, deforme ve yapısı bozulmuş kemiklerin, kırıkdağların, hemangiom tabir edilen damar toplanmalarının ve derideki yağ birikimlerinin yok edilmesi, bedendeki ve yüzdeki eksiklik ve deformasyonların ve yaraların düzeltilmesi için yapılan işlemler anlaşılır.

⁴⁶ ER, age., s.118.

Estetik (veya kozmetik) cerrahi vücut imajının daha güzele ve mükemmele ulaştırılmasını sağlamak için yapılan operasyon ve girişimlerle uğraşır. Burada tıbbi bir problemden çok estetik problemler vardır. Medyada, plastik cerrahinin estetik yönüne ait haberler daha fazla yer almakta ve belki de bu nedenle toplum, plastik cerrahları sadece estetik cerrahi yapan kişiler olarak algılamaktadırlar. Oysa plastik cerrahlar, kliniklerde daha büyük oranda onarım cerrahisi (rekonstrüktif cerrahi) ile uğraşmaktadırlar. Tüm plastik cerrahlar uzmanlık eğitimleri sırasında aynı zamanda estetik cerrahi eğitimi görürler ve bu operasyonları yapmakta tek yetkili cerrahlardır. Estetik cerrahi uzun bir eğitim ve deneyim gerektirir. Bu tür operasyonlar hem cerrahi hem de artistik yetenek gerektirir. Estetik cerrahide her zaman estetik değil, bazen de tıbbi problemler çözülür. Örneğin; aşırı şişman bir gövdenin veya dev boyutlarda büyümüş memelerin (gigantomasti) cerrahi olarak düzeltilmesi hem tıbbi hem de estetik problemleri birlikte çözmektedir. Bir organın estetik düzeltilmesi yanında fonksiyonu da son derece önemlidir. Örneğin: estetik burun cerrahisinde (rinoplasti) şekil ve nefes alma problemleri birlikte düzeltilmelidir. Ülkemizde, meme estetik cerrahisi (büyütme-küçültme-dikleştirme, kanser sonrası rekonstrüksiyon), burun estetik cerrahisi (rinoplasti), vücut kontur cerrahisi (liposakşın, lipektomi, abdominoplasti), yüz germe cerrahisi (face lift), göz kapağı cerrahisi (blefaroplasti), kepçe kulak düzeltilmesi cerrahisi, sıklıkla ve başarı ile yapılan estetik operasyonlar arasındadır ⁴⁷.

Geniş burun kanatlarını daraltma ve buruna ait diğer deformitelerin ortadan kaldırılması, kırışan yüz dokularının cerrahi müdahaleler ile düzeltilmesi ya da yüze bu amaçla bazı maddelerin ve yağ dokuların transferi, vücudun çeşitli bölgelerinden vakumla yağ aspirasyonu (liposakşın), dize ve bacaklara yönelik estetik cerrahi işlemler, yüze yönelik deri germe ve endoskopik müdahaleler şeklindeki yaşlanan yüzün korreksiyonu işlemleri, dudaklara yönelik estetik müdahaleler, silikon protezler kullanarak meme büyütme veya doku çıkarılarak yapılan meme küçültme, meme dikleştirme, kulak küçültme veya kepçe kulak düzeltilmesi müdahaleleri, estetik karın germe (abdominoplasti), yağ enjeksiyonu, kaş kaldırma, göz kapağı estetiği (blefaroplasti), çene operasyonları, botoks gibi tıbbi müdahalelerin bazılarında tedavi amacı, bazılarında ise güzelleştirme amacı güdülmekte bazılarında ise, her iki amacı da birlikte gerçekleştirmek hedeflenmektedir.

Doktrininde; estetik amaçlı tıbbi müdahaleleri, a) Bedensel rahatsızlığı giderme amaçlı estetik müdahaleler, b) Bedensel olmaktan ziyade ruhsal nitelikli rahatsızlıkları gidermeye yönelik

⁴⁷AKYILDIZ, Sunay, Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hukuki Sorumluluk, IV.Sağlık Hakkı ve Sağlık Hukuku Sempozyumu, 7-8 Mayıs 2012, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s.65 vd.

estetik müdahaleler, c) Salt güzelleştirme amaçlı estetik müdahaleler olarak üçe ayırmaktadır. Salt güzelleştirme amaçlı estetik müdahalelerde de ruhsal bazı rahatsızlıkları giderme amacı bulunduğundan (örneğin; sosyal anlamda iyi bir yer edinmemesini veya gelirinin az olmasını görünüşündeki çirkinliğe bağlayarak ruhsal açıdan bunalıma giren kişi, güzelleştirme amaçlı estetik ameliyat yaptırarak amacına ulaştığı gibi ruhsal açıdan da iyileştiğinden), kanaatimizce bedensel tedavi amaçlı ve ruhsal tedavi amaçlı estetik müdahale şeklinde bir ayırım yapılması ve ruhsal tedavi amaçlı müdahalelere de “güzelleştirme amaçlı estetik müdahale” denilmesi daha isabetlidir⁴⁸.

Tedavi veya güzelleşme amacıyla değil de, sansasyon yaratma, şöhret kazanma gibi amaçlarla yaptırılan tıbbi müdahaleler (örneğin; dilini ortadan kestirerek çatal dil yaptırma) estetik müdahale olarak sayılmamalıdır. Estetik cerrahinin, "bozuk olan doku ve organların şeklinin hastanın beğenisi ve mümkün olan ideal anatomik ölçüler doğrultusunda değiştirilmesi" şeklinde de tanımlanması mümkündür⁴⁹. Genel olarak estetik cerrahinin kapsama alanına botoks enjeksiyonları, yüz gençleştirme cerrahisi, endoskopik cerrahi, cilt yenilenmesi (mekanik soyma, kimyasal soyma, lazer cerrahisi), dolgu maddeleri uygulamaları (yağ, silikon, teflon, fasya vb.), göz çevresi cerrahisi, burun estetiği, meme estetikleri (meme büyütme (silikon protez ile), meme küçültme veya dikleştirme, meme rekonstrüksiyonu (yeni meme yapılması), vücut şekillendirme cerrahisi ve karın germe, yağ alma (liposuction, liposhaping, lipofilling), jinekomasti (erkeklerde meme büyüklüğü), cinsel organ estetikleri, saç restorasyonu cerrahisi vb. girmektedir⁵⁰.

Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanun'da ve Hasta Hakları Yönetmeliği'nde sağlık; bedeni, ruhi ve sosyal yönden tam bir iyilik hali olarak tanımlandığından, kişilerin güzelleştirme amaçlı estetik ameliyat yaptırarak bedeni, ruhi ve sosyal bir iyilik hali içerisine girmeleri de sağlık hakkı kapsamındadır. Ancak, günümüz uygulamalarında genelde bu durumun tamamen tersi ile karşılaşılmakta, gerek Sosyal

⁴⁸ ÖZAY, age.,s.25-26.

⁴⁹ ÖZEN, Çağlar Türk Hukukunda Plastik Cerrah ile Hasta Arasındaki Hukuki İlişkinin Niteliği, Ankara Barosu, II: Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara, 7-8 Kasım 2008, s.242; FİDAN, Nurten, “Hekimin Tıbbi Müdahaleleri Nedeniyle Sorumluluğu”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C. 1, Yıl 1, S. 3 (20 Ekim 2010), s. 356 ; AŞÇIOĞLU(Tıbbi Yardım), s.51-52; YILMAZ, a.g.e., s.51-52; ÇİLİNGİROĞLU, a.g.e. , s.20; GÜRELLİ, s.271.

⁵⁰ Bu konuda bakınız; PETEK, age., s.180 ; BELGESAY, age, s.75; AYAN, age, s.34; BAYRAKTAR, s.165; AŞÇIOĞLU,(Sorumluluk), s.52; AŞÇIOĞLU, (Tıbbî Yardım), s.51; ZEVLİLİLER, a.g.e., s.28; ZEVLİLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, a.g.e., s.499; YAVUZ İPEKYÜZ , a.g.e., s.31; ERMAN, s. 200-201; YENERER-ÇAKMUT, a.g.e., s.180; SARIAL, a.g.e., s.77; ARI, a.g.e., s.13; ÖZAY, a.g.e., s.23.

Güvenlik Kurumu gerekse de özel sağlık sigortaları hastaların ruhi ve fiziksel bir gereksinimleri olarak tanımlanabilecek estetik operasyonların ücretlerini ödememekte ve bu tedavilerin maliyetleri hastalar tarafından karşılanmaktadır. Ancak, son dönemlerde bu konuda atılmış bazı adımların da var olduğu göze çarpmaktadır. Sosyal Güvenlik Kurumu kapsamındaki hastalar, büyük göğüslerden kaynaklanan sırt ve bel ağrıları olduğunu Fizik Tedavi ve Rehabilitasyon uzmanlarından oluşacak bir kurul raporu ile ortaya koydukları takdirde sosyal güvenlik kuruluşu bu tip bir meme küçültme operasyonunun ücretini karşılamaktadır. Kadınlarda meme kanseri sonrası ortaya çıkan meme yokluğunun yarattığı psikolojik bozukluğu psikiyatri raporu ile ortaya koyan hastalarda da meme rekonstrüksiyonu olarak adlandırılan yeniden meme yapılması operasyonları, sosyal güvenlik kurumu şemsiyesi altına alınarak gerekli ödemeler Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından yapılmaktadır. Son dönemlerde bazı özel sigorta şirketlerinin estetik operasyonlara yönelik özel sigorta poliçesi uygulamalarını işleme koyarak, biraz daha yüksek bir primle dahi olsa bu tip operasyonları da sigorta kapsamına dahil ettikleri gözlemlenmektedir. Gelecekte bu ve benzeri uygulamaların hızla yaygınlaşacağı kanısındayım.

Estetik operasyonların genel hukuki niteliğine bir göz atacak olursak; doktrinde bu tip operasyonlarla ilgili görüşler farklıdır. Doktrinde; estetik amaçlı operasyonların, tedavi amaçlı olmadığı ve dolayısıyla hukuka uygun bulunmadığı yönünde görüşler öne sürülmüştür. Tıbbi müdahalelerin tedavi ve hayat kurtarma amacıyla yapılması gereği karşısında “estetik ameliyatlara” durumunun düşündürücü olduğu ileri sürülmüştür⁵¹. Bazı yazarlara göre, insan bedenine bu şekilde yapılacak tıbbi müdahalelerin bir sakatlığın düzeltilmesine veya azaltılmasına yönelik bir tedavi olduğu söylenebilirse, sırf güzelleşmek için örneğin meme büyütme, meme küçültme, meme dikleştirme, karın sarkıklıklarının giderilmesi, karın germe, kalça sarkıklıklarının giderilmesi gibi ameliyatlarda salt tedavi amacı güdüldüğü söylenemeyecektir⁵². Bazı yazarlara göre estetik cerrahide ne tedavi, ne koruma ne de acı dindirme amacı vardır.⁵³

Bu konudaki karşıt görüş ise, bu tür ameliyatlardan bir kısmının kişinin (hastanın) ruh sağlığı için belli ölçüde önemli sayılabileceğinden, tedavi amacına yönelik ameliyatlara kabul

⁵¹ Bakınız ARPACI, a.g.e., s.112; Akipek/ Akıntürk/ Ateş Karaman, a.g.e., s.366;

⁵² YILMAZ, a.g.e., s.52.

⁵³ GÜRELLİ, a.g.e.,s.271.

edilebileceği yönündedir⁵⁴.Estetik ameliyatların bir kısmında sadece tedavi amacı, bazılarında ise güzelleşme amacı yanında tedavi amacı güdülmektedir. Bu sebeple, her türlü estetik ameliyatın “sırf güzel görüntü sağlamak için yapılan cerrahi müdahale” kapsamında değerlendirilmesi isabetli değildir. Kaldı ki, tıbbi müdahalenin tanımında sözü geçen “doğrudan ya da dolaylı tedavi amacı”nın bulunması unsurunun gerek bedensel gerekse ruhsal tedaviyi kapsadığı kabul edilirse; ister tedavi amaçlı, ister güzelleştirme amaçlı, isterse de her iki amacı da birlikte güden estetik ameliyatlarda bu unsur (dolaylı tedavi amacı) mevcuttur⁵⁵.

Birçok yazar ve görüşe göre güzelleştirme amaçlı estetik ameliyatların, doğrudan bedensel tedavi amacından çok, ruhsal tedavi amacı bulunduğu kabul edilmektedir. Bu tür estetik müdahalelerde, fiziksel yapıdaki mevcut anomalinin ruhsal yapıda meydana getirdiği bozuklukların tamiri, kişinin içinde bulunduğu ruhsal çöküntüye son verecek şekilde, kişiye kaybettiği moralini tekrar kazandırmak ve ruhsal kişiliğini onarmak amacı güdülmektedir. Ameliyat sonunda kişi, daha çok ruhi bir tatmin ve rahatlama elde eder. Genel sağlığın, beden ve ruh sağlığının birleşmesinden oluşan bir bütün olarak değerlendirilmesi gerektiği dikkate alındığında da, estetik amaçlı müdahalelerin bir tür tıbbi müdahale olduğu sonucuna varılmalıdır⁵⁶.

Bir kimsenin, tüm tehlikeleri ve meydana gelebilecek olumsuz sonuçları da göze alarak ameliyata razı olması durumunda, bu halin; düzeltilmesini veya onarılmasını istediği problemi sebebiyle ciddi bir olumsuz psikolojik durum içinde bulunduğunun işareti olarak kabul edilmesi gerektiği göz ardı edilmemelidir. Başka bir ifadeyle, ameliyat olmayı kabul eden bir kişinin, kendisinin içinde bulunduğu durumda başkaları da bulunmasına rağmen, bu durumdan diğer insanlara göre psikolojik olarak daha fazla olumsuz etkilendiği kabul edilmelidir⁵⁷.

⁵⁴ Bakınız ER, a.g.e., s.118; ARPACI, a.g.e., s.112.

⁵⁵ PETEK, a.g.e., s. 183; AYAN, age, s.9, 34; ŞENOCAK, a.g.e., s.66; YAVUZ İPEKYÜZ, a.g.e., e, s.24, 31), estetik ameliyatlarda “dolaylı tedavi amacı”nın (psikolojik sağlığın korunması ve kazandırılması) bulunduğu hareketle, estetik ameliyatları tıbbi müdahale kapsamında değerlendirmektedir. Aşçıoğlu da (Sorumluluk, s.42, 52; Tıbbi Yardım, s.36, 51), güzellik (estetik) ameliyatlarını, sağlık kazandırma amaçları sebebiyle tıbbi müdahale olarak saymaktadır.

⁵⁶ AYAN, a.g.e., s.34; ZEVKLİLER, a.g.e., s.28-29; ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, a.g.e., s.499; SARIAL, a.g.e., s.77; YENERER-ÇAKMUT age, s.181; ARI, a.g.e., s.13-14.

⁵⁷ ARI, a.g.e., s.14.

Bu sebeple, kanaatimizce, kişiyi içinde bulunduğu bu olumsuz durumdan kurtarmak amacıyla yapılan estetik ameliyatlarda, ruhsal tedavi amacı güdüldüğünden, güzelleştirme amaçlı estetik ameliyatlarda da tıbbi bir müdahale sayılmalıdır.

Ancak, bazı yazarlara göre estetik operasyonların diğer tıbbi müdahale türlerine göre bazı farklı özellikleri olduğu da gözden kaçırılmamalıdır. Örneğin; güzelleştirme amaçlı estetik müdahalelerde, tedavi özelliği, dolaylı bir nitelik taşıdığından ve insan hayatının devamı bakımından zorunlu olmadığı kabul edildiğinden, tehlikesinin arttığı oranda bu müdahalelere izin verilmemesi gerektiği belirtilmektedir. Zira sırf güzelleşmek için yaptırılan bazı ameliyatlarda, ölüme kadar uzanan tehlikeli sonuçlar doğabilmektedir. Bu sebeple, dolaylı da olsa tedaviyi amaçlamayan, örneğin sırf ünlü olmak için yaptırılan estetik ameliyatların hukuka aykırı sayılması gerekir. Beklenen sonuçlarına göre ortaya çıkması muhtemel tehlikenin daha ağır olduğu ameliyatların, örneğin; önemli vücut sakatlıklarına sebep olacak bir estetik ameliyatın, kamu düzenine aykırı sayılması gerektiği görüşü hakimdir⁵⁸.

Bunun gibi, estetik amaçlı müdahale tehlikeli sonuçlar doğurmaya elverişli hale gelmişse, salt güzelleştirme amacının güdülmesinden vazgeçilmesi ve ameliyatın hastaya zarar vermeyecek şekilde sona erdirilmesi gerekir⁵⁹.

Görüldüğü üzere, güzelleştirme amaçlı estetik ameliyatlarda, gerek diğer tıbbi müdahale türlerinden ve gerekse tedavi amaçlı estetik ameliyatlardan daha sıkı şartlara tabi olduğu gibi, ortaya çıkacak sorumluluk da daha ağırdır⁶⁰.

Yukarıda detayları ile işlenen ve genellikle hukukçu kişilerce hukuki normlar çerçevesinde değerlendirilen bu görüşlere karşısında bir estetik cerrah olarak görüşüm; Estetik amaçlı olarak yapılan tıbbi müdahalelerin kişilerin gerek tıbbi, gerekse de ruhi ihtiyaçlarını karşılaması açısından tıbbin diğer branşlarından farklı bir operasyon tipi olarak algılanmaması, var olan fiziki eksikliğin kişilerde ruhi bir bozukluğa yol açmaması açısından hassasiyetle takip edilerek, ihtiyaç halinde Sosyal Güvenlik Kurumları ve özel sigortalar tarafından kapsama alanı içine alınarak gerekli ödemelerin yapılması ve bu tip operasyonların

⁵⁸ BAYRAKTAR, a.g.e., s.168-169; AYAN, a.g.e., s.34-35; YAVUZ İPEKYÜZ, a.g.e., s.32; SARIAL, a.g.e., s.77; YENERER -ÇAKMUT, a.g.e., s.182; ARI, a.g.e., s.15; ZEVKLİLER, a.g.e., s.29; ZEVKLİLER ACABEY/GÖKYAYLA, a.g.e., s.500. BELGESAY, a.g.e., s.68-69.

⁵⁹ ZEVKLİLER, age, s.29; ZEVKLİLER, age, s.500; AŞÇIOĞLU (Sorumluluk), age, s.53; AŞÇIOĞLU (Tıbbi Yardım) s.52, ARI, age, s.15.

⁶⁰ PETEK, age,s.184-185.

hukuki çerçevede de diğer tip operasyonların tabi olduğu vekalet sözleşmesi kapsamında işlem görmesi şeklindedir. Toplumun örf ve adetlerine uymayan, genel ahlak ilkeleri ile ve var olan hukuki düzenlemeler ile bağdaşmayan estetik amaçlı tıbbi müdahalelerin yapılıp yapılmayacağı konusundaki kanaatim; hipokrat yemini etmiş tıp mensuplarının, konunun hukuki yaptırımlarını da göz önüne alarak bu tip operasyonları yapıp yapmayacaklarını kendi hukuki ve cezai sorumlulukları çerçevesinde değerlendirmeleri şeklinde olmakla birlikte, ben kendim adına bu tip operasyonları gerçekleştirmeyi etik ve doğru bulmadığımı ifade ediyorum.

İKİNCİ BÖLÜM

ESTETİK AMAÇLI TIBBİ MÜDAHALELERDE HASTA İLE HEKİM ARASINDAKİ İLİŞKİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

§ 4. GENEL BAKIŞ

Hekim ile hasta arasında kurulan hukuki ilişki bir sözleşme ilişkisidir, tarafların karşılıklı hak ve borçları bu sözleşmeye dayanır. Sağlık hizmetine ilişkin bu sözleşme; "hekimlik sözleşmesi", "tedavi sözleşmesi", "sağaltım sözleşmesi", "sağlık hizmeti sözleşmesi" veya "sağlık sözleşmesi" olarak da isimlendirilmiştir⁶¹. Hasta ile hekim arasındaki ilişki basit bir sözleşme ilişkisinden daha fazlasını içermektedir. Bu ilişki, öncelikli olarak bir güven ilişkisidir ve bu ilişkiyi kişilik hakları, mesleki ve mesleki etik kuralları biçimlendirmektedir.⁶²

Yaygın kullanımı dikkate alınarak, tedavi (hekimlik) sözleşmesi deyimini ile yeğlenen sözleşmenin hukuki niteliği önem taşımaktadır. Hekim ile hasta arasında kurulan bu sözleşme; kanunda düzenlenmemiş atipik bir sözleşmedir, sözleşmenin niteliğinin belirlenmesi sözleşmeye uygulanacak hükümlerin belirlenmesi açısından önem taşımaktadır. Hekim ile hasta arasındaki ilişkinin amaçları, beklentileri ve neticeleri sözleşmenin niteliğini değiştirecektir⁶³.

Sözleşme ile, hekim, hastanın sağlığına kavuşması amacıyla tıbbi müdahalelerde bulunmak, hasta da bunun karşılığında ücret ödeme yükümlülüğü altına girmektedir⁶⁴. Sözleşmenin unsurları dikkate alındığı bu tanım, sözleşmenin hukuki niteliğinin belirlenmesi açısından gerekli unsurları içermektedir⁶⁵. Sözleşmenin konusu ve hekimin borcu olan tedavi, esas unsurdur. Bu nedenle öncelikli olarak tedavi tanımı üzerinde durulacaktır. Tedavinin en geniş

⁶¹ DURDU, Hüseyin; Sağlık Mesleğinde Hukuki Sorumluluk, Cilt I, Adalet Yayınları, İzmir, 1986, s.76; AYAN, a.g.e., s.49; ŞENOCAK, Zariife, Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Ankara, 1998 s.74; ER, a.g.e., s.37.

⁶² ZEYTİN, Zafer, Vekalet ve Eser Sözleşmeleri, Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahaleleri Konu Edinen Sözleşme İlişkilerinin Nitelendirilmesi, Tıp Hukuku Dergisi, Cilt:3, Sayı:6, Yıl:2014, Legal Yayıncılık, İstanbul 2014, s.110.

⁶³ GÜNDAY, a.g.e., s.7.

⁶⁴ YAVUZ İPEKYÜZ, a.g.e., s.16.

⁶⁵ ER, a.g.e., s. 37.

tanımı, hastalığın giderilmesi ve hastanın sağlığına kavuşturulmasıdır. Bu tanım, hastalıklardan korunma önlemlerini hastalığı belirlemeye yönelik tanıyı, klasik anlamdaki tedaviyi ve hastalıktan sonraki bakım ve takip hizmetlerini de kapsamaktadır. Bu amaca dönük olarak yapılacak her türlü çalışma tedavi ile ilgilidir ve bu eylemlerden her birine “tıbbi müdahale” denilmektedir⁶⁶.

Tıbbi teşhis ve tedavi amacı taşıyan hekimlik sözleşmesinin hukuki niteliği ile ilgili olarak doktrinde değişik görüşler ileri sürülmüştür. Sözleşmenin içeriğinin hizmet olduğu dikkate alındığında, hukukumuzdaki hizmet içerikli sözleşmeler ve özellikleri incelenmelidir⁶⁷. Bu tür sözleşmeler İş Hukuku ve Borçlar Hukuku konuları içinde yer almaktadır. Konusu “hizmet”, “iş görme”, “iş yapma” olan sözleşmeler içinde hizmet (iş) sözleşmesi⁶⁸, eser sözleşmesi ve vekillik sözleşmesi tedavi sözleşmesi ile uygunluk göstermektedir. Ayrıca, vekaletsiz iş görme, haksız fiil sorumluluk sebepleri de bu ilişki kapsamında gündeme gelmektedir. Ancak, bunun dışında bu sözleşmenin; hizmet sözleşmesi, karma sözleşme veya kendine özgü (sui generis) bir sözleşme olduğu görüşünü savunan yazarlar da bulunmaktadır⁶⁹.

⁶⁶ ER, a.g.e., s.38; BAYRAKTAR, a.g.e., s.5 ; Diğer tanımlar için bakınız; GÜRELLİ, a.g.e. s.271.

⁶⁷ ER, a.g.e., s.38.

⁶⁸Hizmet sözleşmesi Borçlar Kanunu ve İş Kanunu’nda yer almaktadır. 2003-4857 Sayılı İş Kanunu’ndaki tanıma göre; iş sözleşmesi, bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir. (m.8/I c.1). Borçlar Kanunu’ndaki tanıma göre, “hizmet sözleşmesi, işçinin işveren bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süre ile iş görmeyi ve işverenin de ona zamana ve yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.” denilmektedir (TBK m. 393). Bu tanımda eski Borçlar Kanununun 313. maddesinden farklı olarak sadece işveren tarafından yapılacak ödemenin zamana ve yapılan işe bağlı olduğu vurgusu yapılmaktadır. Her iki tanımda da hizmet(iş) ve ücret unsurlarına yer verilmiştir, İş Kanunu’nda yer alan bağımlılık unsuru, Borçlar Kanunu’ndaki tanımda yer almaz, bağımlılık unsuru, hizmet(iş) sözleşmesini, aynı konudaki diğer sözleşmelerden ayıran en önemli unsurdur. Bu konuda Yargıtay Kararı için bakınız Y.10.HD. 27.02.1984, E.1132, K.1166 (ER, Sağlık Hukuku, s.40, dipnot. 12 den naklen). İş Kanunu’ndaki tanımda bir bağımlılık ilişkisi bulunmaktadır. İşçi belirli veya belirsiz bir süre için işverenin emri altında olup, onun talimatıyla bağlıdır. Oysa hekimin hastanın emri altında olması ve onun vereceği talimata göre tıbbi tedavide bulunması düşünülemez. Hekim mesleğini uygularken hiç kimseden emir ve talimat almayıp mesleki bilgi ve vicdani kanaatlerine göre hareket eder. Bu yüzden hekim ile hasta arasındaki ilişkiyi hizmet sözleşmesi olarak kabul etme olanağı yoktur. KICALIOĞLU, a.g.e., s.172-173; FİDAN, a.g.e., s.353. Hizmet sözleşmesinde sonuç taahhüt edilmez. İşçi, iyi niyet kurallarına göre o iş için gereken özeni göstermişse, sonuç olumlu da olsa olumsuz da olsa işçi, borcunu yerine getirmiş sayılır. TANDOĞAN, Haluk , Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, s.375, YILMAZ, a.g.e., s.16. Buna rağmen hekimlik sözleşmesinin, hizmet sözleşmesi niteliği taşıdığı görüşü de ileri sürülmüştür. Hekim ile hasta arasındaki ilişki belli bir iş için değil de, belli bir süre devam ediyorsa, -örneğin aile hekimliğinde olduğu gibi- bir hizmet akdi söz konusu olacaktır. REİSOĞLU; Seza, Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu: Hukuki Sorumluluk Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu; Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Mukayeseli Hukuk Araştırma ve Uygulama Merkezi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul, 1983, s.12; Alman Hukukunda da, ücret unsuru nedeniyle, hekimlik sözleşmesi “iş sözleşmesi” hükümlerine tabi tutulmuştur. AYAN, a.g.e., s.52. Hekimle hasta arasındaki iş hukukuna özgü bağımlılık ilişkisi (işverenin emir ve talimatı altında çalışma) bulunmadığı, hekimin tıp meslek ve sanatını yürütürken hiçbir etki ve nüfuz altında kalmadan, hiçbir yerden emir ve talimat almadan vicdani ve mesleki kanaatine göre hareket etme ve uygulayacağı tedaviyi serbestçe belirleme yetkisi bulunduğundan, Türk hukuku açısından hekimlik sözleşmesini hizmet sözleşmesi olarak belirleme olanağı yoktur.

Estetik cerrah ile hastanın ayrıntılı bir şekilde görüşmesi için doğası gereği olduğundan aralarında bir sözleşme ilişkisi kurulmaktadır⁷⁰. Doktrinde; hekim ile hasta arasında kurulan sözleşmenin hukuki niteliği hakkında birçok görüş bulunmakla birlikte⁷¹ bu sözleşmenin hukuki niteliği konusunda doktrinde ve uygulamadaki görüşler, bu sözleşmenin vekalet veya eser sözleşmesi olduğu noktasında toplanmaktadır⁷². Ayrıca, vekaletsiz iş görme ve haksız fiil sorumluluk sebepleri de bu ilişki kapsamında da ortaya çıkabilmektedir.

Aşağıda anlatılacağı üzere; kural olarak tıbbi müdahaleler için, hekim ile hasta arasında vekalet sözleşmesi bulunduğu kabul edilmesine rağmen, estetik ameliyatlara söz konusu olduğunda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Görüşler, farklı gerekçelere dayansa da, bu görüşler, estetik amaçlı müdahalelerin eser sözleşmesi veya vekalet sözleşmesi olduğu yönünde ikiye ayrılmaktadır.

I. Eser (İstisna) Sözleşmesi Açısından Estetik Amaçlı Tedavi Sözleşmesi

Türk Borçlar Kanunu madde 470'e göre; "eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir". Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere, eser sözleşmesinin en önemli unsurları, bir eserin meydana getirilmesi ve bunun karşılığında ücret ödenmesidir. Ücret, eser sözleşmesinin zorunlu unsuru olup, taraflar aralarında belirli bir ücret kararlaştırmamış olsalar bile ücrete hak kazanılır⁷³. Bir eserin tamamlanıp teslim edilmesi yani sonuç garantisi eser sözleşmelerini diğer sözleşmelerden ayıran en önemli özelliğidir⁷⁴. Tedavi sözleşmesi ile hekimin hastayı mutlaka iyileştirmeyi garanti etmesi, bu konuda kesin bir vaatte bulunması, tıbbın bütün gerekleri yerine getirilse dahi, her zaman mümkün olamayacağı için, eser sözleşmesindeki "üstlenilen

⁶⁹ TANDOĞAN, Haluk, Türk Mesuliyet Hukuku, Akit Dışı ve Akdi Mesuliyet, Vedat Yayıncılık, İstanbul, 2010.

⁷⁰ Estetik cerrah ile hasta arasındaki sözleşme herhangi bir şekilde bağlı olmadığından, açık veya zımni, yazılı veya sözlü olabilir (Şenocak, Sorumluluk, s.9); ARI, a.g.e., s.23.

⁷¹ Bu görüşler için bkz. AYAN, s.51 vd.; ŞENOCAK, Sorumluluk, s.18 vd.; YAVUZ İPEKYÜZ, a.g.e., s.56 vd.; ÖZDEMİR, Hayrünisa: Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi, Ankara 2004, s.74 vd.; ÖZAY, a.g.e., s.30 vd.

⁷² ŞENOCAK, Sorumluluk, s.18 vd.; YAVUZ İPEKTÜRK, a.g.e., s. 65 vd.; DEMİR, Mehmet, Hekimin Hukuksal Sorumluluğunun Kaynakları ve Özel Hastane-Kamu Hastanesi Ayırımı, Prof. Dr. Ali Naim İnan'a Armağan, Seçkin, Ankara, 2009, s.263 vd, s.265 vd.; AYAN, a.g.e., s.53 vd. ÖZDEMİR, a.g.e., s.74 vd.; ÖZAY, a.g.e., s.30 vd.

⁷³ TANDOĞAN, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, Vedat Yayınevi, İstanbul, 2010, s.48, YILMAZ, a.g.e., s.16.

⁷⁴ GÜNDAY, a.g.e., s.14.

işin kesin olarak olumlu sonuçlanması” unsurunun tedavi sözleşmesi için söz konusu olmadığı, ağırlıklı bir görüş olarak ileri sürülmüştür.⁷⁵

Estetik amaçlı müdahalelerin eser sözleşmesi olduğu yönündeki görüşler ve dayandıkları gerekçeler de şöyledir: Hekimin belirli bir sonucu ve tedaviyi taahhüt ederek eser sözleşmesi yapabileceği, estetik ameliyatlarda da hekimin sonucu taahhüt ettiği belirtilerek, estetik ameliyatların eser sözleşmesine konu oluşturabileceği⁷⁶, cerrahın, tedavi amaçlı değil de güzellik amacıyla insan vücudu üzerindeki tıbbi müdahalesinin eser sözleşmesini oluşturduğu⁷⁷ tüm tıbbi müdahale yöntem amaç ve çeşitlerinin Borçlar Kanununda düzenlenmiş tek bir sözleşme tipine dahil edilmesinin mümkün olmadığı, tıbbi müdahale türü estetik ameliyatlarda olduğu gibi, bir eser meydana getirilmesine veya bir sonucun taahhüt edilmesine uygunsa, bu müdahalenin eser sözleşmesi sayılması gerektiği ifade edilmektedir. Tıp biliminin ve uygulamada yararlanılan teknik araçların gelişmesinin, hekimin bazı müdahalelerde sonucu taahhüt edebilmesine de imkan sağladığı için bu tür müdahalelerde eser sözleşmesine dayanmanın, hastanın haklarını daha kolay koruyabileceği ve ayıba karşı tekeffül hükümlerinin uygulanmasını sağlayacağı, böylece, hastanın tazminat talebinden başka, onarım, sözleşmeden dönme ve bedelin indirilmesi gibi seçimlik haklarının da doğacağı ileri sürülmüştür⁷⁸. Bu konuda dikkate değer bir görüş; estetik cerrahın, eser sözleşmesindeki gibi, ortaya bir sonuç koyması gerektiği, bu sonuç tıp bilimi ve estetik cerrahi kuralları çerçevesinde başarılı bir sonuç olarak kabul edilebiliyorsa, hastanın bu sonuçtan tatmin olup olmadığı önem taşımaksızın, eser olarak kabul edileceği, estetik cerrahın mesleki tecrübesi ve başarısı dışındaki sebeplerle, ameliyat sonucunda ortaya bir eser çıkmaması durumunda ise, estetik cerrahın bir sonuç ortaya koyma niyetiyle ameliyata giriştiğinden hareket edilerek, ilişkinin yine eser sözleşmesi olduğu sonucuna varılması gereği yönündedir⁷⁹.

Yargıtay, hasta ile hekim arasındaki ilişkiyi Türk Borçlar Kanunu’nda düzenlenmiş olan sözleşme tiplerine göre nitelendirmektedir. Estetik cerrahi alanına giren, özellikle güzelleştirme amacıyla yapılan girişimler eskiden beri eser sözleşmesi hükümleri kapsamında

⁷⁵ ER, Sağlık Hukuku, s.41;

⁷⁶ BELGESAY, a.g.e., s.76-77; AKINCI, Şahin: Türk Özel Hukukunda İnsan Kökenli Biyolojik Madde (OrganDoku) Nakli Kavramı ve Bundan Doğan Hukukî Sonuçlar, Ankara 1996, s.85; Sarial, a.g.e., s.4 3; ERMAN, Hasan, “Hekimin Hukukî Sorumluluğu”, Bülent DAVRAN’a Armağan, İstanbul 1998, s.144.

⁷⁷ YAVUZ İPEKYÜZ, a.g.e., s.61, 64.

⁷⁸ ÖZAY, a.g.e., s.47-48

⁷⁹ PETEK, a.g.e., s.192.

değerlendirilmektedir. Yargıtay kararlarına göre; estetik amaçlı tıbbi müdahaleler, hukuka aykırı olmamakla birlikte, eğer sırf estetik kaygılarla yapılmış ve tedavi amacı yoksa, eser sözleşmesi olarak kabul edilir ve dolayısıyla tedavi amaçlı tıbbi müdahalelerin aksine, bu müdahalelerde sonucun garanti edildiği belirtilmektedir⁸⁰. Bu nedenle hekim, güzelleştirme ameliyatlarında gereğinden daha fazla özen göstermek zorundadır⁸¹.

Bu konudaki bazı yargıtay kararlarına göre;

“Estetik ameliyatlarda, ameliyatı yapan doktor, estetik görünüm konusunda belli bir teminat vermişse, taraflar arasındaki bu sözleşme, eser sözleşmesidir. Eser sözleşmesinde de, vekalet akdinde olduğu gibi yüklenici, işi sadakat ve özenle yapmakla borçlu olup davalı doktor, mesleki bilgisinin tüm icaplarını yerine getirdiğini ispatla zorunludur... Davada dayanılan maddî olgu, burnun estetik ameliyat yapılmak suretiyle istenilen ve kararlaştırılan biçim ve şekle uygun güzel bir görünüm kazandırılmasıdır. Bu olgudan hareket edildiğinde, böyle bir sözleşmede sonucun ortaya çıkması yönünden teminat verilerek borç altına girildiği, diğer bir anlatımla belli bir sonucun elde edilmesinin kararlaştırıldığı kuşku ve duraksamaya yer olmayacak şekilde açıktır. O nedenle, bu tip sözleşmenin eser sözleşmesi olarak kabul edilmesi hâlin icaplarına ve tarafların iradesine uygun düşeceğinin kabul edilmesi gerekir. Gerçekte de bu sözleşmedeki yükümlülük vekâlet sözleşmesinin konusunu oluşturan bir iş görme niteliğinde değildir. Çünkü, burada vekâlet akdindeki unsurların aksine çalışma sonunda; istenilen belli bir sonucun mutlaka elde edilmesi amacı güdülmektedir ” Y.13.HD. 5.4.1993, 1993/131 E. 1993/2741 K⁸².

“Eser (istisna) sözleşmelerinde, sadece bir hizmette bulunmak değil, aynı zamanda “eser” denilen olumlu-olumsuz bir sonucun taahhüdü söz konusudur. Sonuç gerçekleşmezse zarardan yüklenici sorumlu olur. Dövmeyi estetik amaçla silmek için müdahalede bulunan doktor eser sözleşmesinin niteliği itibarıyla izi tamamen yok etmeyi taahhüt etmiş sayılır. Bir hasta ile onu tedavi eden doktor ve bir avukat ile onun müvekkili arasındaki ilişki, vekalet sözleşmesinin konusunu oluşturur. Doktor, hastasına tıbbî yardımda ve avukat da hukukî yardımda bulunmayı taahhüt ederler; ancak, hastayı iyileştirme ve davayı kazanma gibi bir sonucun taahhüdü, vekâlet sözleşmesinde söz konusu olamaz. Hasta ölse veya dava kaybedilse dahi tıbbî yardımda bulunan doktor ile hukukî yardımda bulunan avukat yaptıkları yardımın karşılığı olan ücret hak kazanırlar ve kusurları dışında sorumlu olamazlar. Eser (istisna) sözleşmelerinde ise, sadece bir hizmette bulunmak değil, aynı zamanda eser denilen olumlu-olumsuz bir sonucun taahhüdü söz konusudur. Sonuç gerçekleşmezse, meydana gelen zarardan yüklenici sorumlu olur. Bir diş doktorunun, kanal tedavisi değil de, takma diş yapması (protez) işi ve bir cerrahın tedavi değil de güzellik amacıyla insan vücudu üzerindeki tıbbî müdahalesi (olayımızda olduğu gibi) işi, BK.nın 355 ve devamı maddelerinde düzenlenmiş bulunan istisna (eser) sözleşmesinin konusunu oluşturur. Eser sözleşmesi uyarınca davalı doktorun tedavi niteliği olmayan tıbbî müdahalede bulunması ifa yönünden, yeterli değildir. Yaptığı işin, hangi yöntemi kullanırsa kullansın ayıpsız (kusursuz) olarak ortaya çıkması da gerekir. Davacının kolundaki dövmeyi estetik amaçla silmek için

⁸⁰ ER, Sağlık Hukuku, s.41; YILMAZ, a.g.e., s.52; FİDAN, s.353.FİDAN’a göre, Yargıtay estetik amaçlı hekimlik sözleşmelerinde sonucun garantilenmesi unsuru ağır bastığından bu müdahaleler nedeniyle oluşan hukuki ilişkinin eser sözleşmesi olarak kabul edilmektedir.

⁸¹YILMAZ, a.g.e., s.53.

⁸²Yargıtay Kararları Dergisi, 1994/1, s.79-80.

*müdahalede bulunan doktor, aynı zamanda, izi tamamen yok etmeyi de, eser sözleşmesinin niteliği itibariyle taahhüt etmiş sayılır. Oysa, dosya kapsamına ve fotoğraflara göre, davacının kolunda eski durumu aratırcasına sağlıklı ve çirkin görünümlü yeni bir iz, cerrahi müdahalenin izi olarak ortaya çıkmıştır. Yapılan iş BK.nun 360. maddesi gereğince, kabule icbar edilemeyecek derecede ayıplı bir iştir”*15.HD. 3.11.1999, 4007 E./ 3868 K. ⁸³.

“Davada dayanılan maddi olgu, burnun estetik ameliyat yapılmak suretiyle istenilen ve kararlaştırılan biçim ve şekle uygun güzel bir görünüm kazandırılmasıdır. Bu olgudan hareket edildiğinde, böyle bir sözleşmede sonucun ortaya çıkması yönünden teminat verilerek borç altına girildiği, diğer bir anlatımla belli bir sonucun elde edilmesinin kararlaştırıldığı kuşku ve duraksamaya yer olmayacak şekilde açıktır. O nedenle, bu tip sözleşmenin eser sözleşmesi olarak kabul edilmesi halin icaplarına ve tarafların iradesine uygun düşeceğinin kabul edilmesi gerekir. Gerçekte de bu sözleşmedeki yükümlülük vekalet sözleşmesinin konusunu oluşturan bir iş görme niteliğinde değildir. Çünkü, burada vekalet akdindeki unsurların aksine çalışma sonunda; istenilen belli bir sonucun mutlaka elde edilmesi amacı güdülmektedir. Eser sözleşmesinde yüklenici eseri meydana getirmekle ve onu teslim etmekle yükümlüdür” Y.13. HD. E.131, K.2741. T. 05.04.1993 ⁸⁴.

“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. Y.15. HD. E.4007, K.3868, 03.11.1999 ⁸⁵.

“Yanlar arasında davacının memelerinin küçültülmesi yanında, estetik bir görünüm kazandırılmasının da amaçlandığı, dolayısıyla, ameliyatı da plastik ve rekonstrüktif cerrahi uzmanı davalı doktorun gerçekleştirdiği, böylece taraflar arasında eser sözleşmesi kurulduğu anlaşılmaktadır. Y.3.HD, 2012/131 E. ⁸⁶.

II. Vekalet Sözleşmesi Açısından Estetik Amaçlı Tedavi Sözleşmesi

Türk hukuk sisteminde, hekim ile hasta arasındaki sözleşmenin hukuki niteliği, gerek doktrindeki baskın görüşe gerekse Yargıtay kararlarına göre, vekalet sözleşmesi olarak kabul edilmektedir⁸⁷. Bunun nedeni, hekimin çoğu zaman, elinde olmayan faktörler nedeniyle sonuç

⁸³ Yargıtay Kararları Dergisi, 2000/5, s.723-724.

⁸⁴ <http://www.tiphukuku.org.tr/icerik.php?gid=22&cat=18>.

⁸⁵ <http://www.tiphukuku.org.tr/icerik.php?gid=24&cat=18>.

⁸⁶ <http://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?f=47&t=12521>.

⁸⁷ YAVUZ, Cevdet/ACAR, Faruk/ÖZEN, Burak, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 9.Baskı Beta Yayınevi, İstanbul 2014, s.1144; , ;GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, s.253; BELGESAY, a.g.e., s.76; AYAN, a.g.e., s.54; TANDOĞAN (Borçlar Hukuku), s.360. AŞÇIOĞLU, Sorumluluk, s.31; AŞÇIOĞLU, Tıbbî Yardım, s.15; ŞENOCAK, Sorumluluk, s.29, 33, AKINCI, a.g.e., s.86-87; YAVUZ İPEKYÜZ, a.g.e., s.68; ÖZDEMİR, a.g.e., s.81; KANETİ, Selim, “Hekimin

taahhüt edebilmesinin mümkün olmamasıdır. Bu sözleşmeye “tedavi sözleşmesi”, “hekimlik sözleşmesi” veya “sağaltım sözleşmesi” denilmektedir.

Borçlar Kanunu’nun 502. maddesine göre, vekalet sözleşmesi; vekilin, vekalet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlendiği sözleşmedir. Kanundaki tanımdan da anlaşılacağı üzere, vekalet sözleşmesi, taraflara karşılıklı borç yükleyen iş görme sözleşmelerindedir. Doktrinde ise vekalet sözleşmesi, diğer iş görme sözleşmelerinden ayırıcı özelliklerini ortaya koymak amacıyla şöyle tanımlanmıştır. Vekalet sözleşmesi; vekile, müvekkilin menfaatine ve iradesine uygun bir sonuca yönelen bir iş görmeyi, başarılı sonuç elde edilememesi ona ait olmak üzere, nispeten bağımsız olarak iş yapma borcu yükleyen bir sözleşmedir⁸⁸.

A. Vekalet Sözleşmesinin Unsurları

Bir iş veya hizmetin görülmesi borcu, iş ve hizmet görmenin bağımsızlığı, başkası menfaatine ve hesabına hareket, güven ilişkisi ve her zaman geri alma ve fesih hakkı ile, vekalet sözleşmesinin zorunlu olmayan unsuru olarak ücret, sözleşmenin yapısal unsurlarıdır.

Hukuksal Sorumluluğunda Kusur ve İspat Yüğü”, (içinde: Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Türk Hukukunda Hekimin Hukukî ve Cezaî Sorumluluğu, İstanbul 1983, MHAUM, Fakülteler Matbaası, İstanbul, s.61; ÖZSUNAY, Ergun: “Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları”, (içinde: Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Türk Hukukunda Hekimin Hukukî ve Cezaî Sorumluluğu, İstanbul 1983), MHAUM, Fakülteler Matbaası, İstanbul, s.37; KÖPRÜLÜ, Ömer: “Hekimin Hukukî Sorumluluğu”, İstanbul Barosu Dergisi, 1984/10-11-12, s.599-600; REİSOĞLU, Seza: “Hekimlerin Hukukî Sorumluluğu”, (içinde: Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Türk Hukukunda Hekimin Hukukî ve Cezaî Sorumluluğu, İstanbul 1983), MHAUM, Fakülteler Matbaası, İstanbul, s.12; ERMAN, Hasan, age., s.143; ARI, s.17-18; ŞENOCAK, Özel Hukukta, s.69; OZANOĞLU, age., s.55; ÖZTÜRKLER Cemal: Hukuk Uygulamasında Tıbbî Sorumluluk, Teşhis, Tedavi ve Tıbbî Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları, 2. Baskı, Ankara 2006, s.59. Doktrinde bir görüş, sağaltım sözleşmesinin teknik anlamda vekâlet sözleşmesinden farklı özellikler taşıdığını belirtmesine rağmen, Borçlar Kanununun 386. maddesinin ikinci fıkrasından hareketle (“Diğer aktitler hakkındaki kanunî hükümlere tâbi işlerde dahi vekâlet hükümleri cari olur.”), hekim ile hasta arasındaki sözleşmeyi vekâlet olarak nitelendirmektedir (DURDU, a.g.e., s.76-77; SERT, Gürkan: Hasta Hakları, Uluslararası Bildirgeler ve Tıp Etiği Çerçevesinde, İstanbul 2004, s.184; ONARAN, Bilge: “Hasta Hakları”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2005/I-2, s.298.

⁸⁸ TANDOĞAN, a.g.e., s.356; ZEVKLİLER, Özel Borç İlişkileri, s. 356; ÖZTÜRKLER, a.g.e., s.55; YILMAZ, a.g.e., s.17.

1. Vekalet Sözleşmesi Bir İş Görme Sözleşmesidir

Hekimlik sözleşmesi de maddi fiile dayanan bir iş görme sözleşmesidir⁸⁹. Bu kapsamda hekimin göreceği iş, hastasını muayene etmek ve hastasının hastalığını teşhis ederek, en uygun tedavi yöntemini hastasına uygulamaktır⁹⁰.

2. Vekalet Sözleşmesi Zaman Kaydına Bağlı Değildir

Hekimlik sözleşmesinden hekim hastasını tedavi ederken zamanla ilgili sınırlama koyması mümkün değildir⁹¹. Ancak, tedavi süresini saptaması mümkündür. Örneğin; hekimin hastasına vermiş olduğu ilaçları 5 gün veya 10 gün kullanmasını söylemesi veya kanser tedavisinde 6 ay süre ile kür tedavisi önermesi mümkündür.

3. Vekalet Sözleşmesinde İş Görmenin, Vekil Tarafından Bağımsız Olarak Yerine Getirilmesi Söz Konusudur

Hekim ile hasta arasındaki ilişki devam ettiği sürece bağımsızdır⁹². Ancak, bu bağımsızlık dikkat ve özen sorumluluğu ile sınırlandırılmıştır⁹³.

4. Vekalet Sözleşmesinde İş Görme, Sonucun Elde Edilmesi Garantisi Olmaksızın Belli Bir Yönde Yapılmalıdır

Hekim, mesleki bilgi ve becerisini kullanarak, hastanın iyileşeceğini garanti etmeksizin, söz konusu hasta için gerekli ve tıp biliminin kurallarına uygun bir şekilde teşhis ve tedavi yükümlülüğünü yerine getirir⁹⁴. Hekim hastasına tedavi süresince azami dikkat ve özeni göstermekle yükümlüdür. Azami dikkat ve özen gösterilmesine rağmen oluşabilecek hasar hastaya aittir⁹⁵. Ancak, Yargıtay kararları uyarınca her ne kadar Borçlar Kanunu kapsamında

⁸⁹ GÜNDAY, a.g.e., s.8.

⁹⁰ YILMAZ, a.g.e., s.17.

⁹¹ FİDAN, a.g.e.,s.353.

⁹² ATEŞ, Turan Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumlulukları, İstanbul, 2007.

⁹³ GÜNDAY, a.g.e., s.8.

⁹⁴ YILMAZ, a.g.e., s.17; FİDAN, s.353-354.

⁹⁵ GÜNDAY, a.g.e., s.9.

riskin müvekkile ait olması gerekirse de tıbbi malpraktis konulu davalarda hekimin özeninin daha öncelikli olduğunu söylemek mümkündür⁹⁶.

Doktrindeki bir kısım yazarlara göre⁹⁷; "estetik amaçlı tıbbi müdahalelerde genel olarak hekim belli bir sonucu garanti etmektedir" denilmektedir. Oysa, estetik cerrahi açısından bu tespit her zaman geçerli olmayıp, bir taahhüt'ün varlığı veya yokluğu hastadan alınan aydınlatılmış onam belgesi ile ortaya konulmaktadır.

5. Vekalet Sözleşmesinde Ücret Zorunlu Değildir

TBK 'nın 502. maddesinin 3. fıkrası uyarınca ancak taraflar arasında bir sözleşme veya teamül varsa vekil ücrete hak kazanır. Hekimler açısından ise teamülün varlığı kabul edilmektedir.

TBK' na göre vekilin sorumluluğu, genel olarak işçinin sorumluluğuna ilişkin kurallara bağlıdır. Vekil, işçi gibi özenli davranmak zorunda olup, en hafif kusurundan bile sorumludur⁹⁸. Yeni TBK 506. madde bu konuda daha farklı bir yaklaşım ortaya koymaktadır.

TBK'nın 504. maddesi uyarınca, vekalet verenin, vekile verdiği yetkinin kapsamı sözleşmede açıkça gösterilmemişse, sözleşmenin kapsamı, görülecek işin niteliği gözetilerek yorumlanır. Hekimlik sözleşmesi açısından genellikle yapılan bir tıbbi müdahalenin hukuka uygun olabilmesi için hastanın aydınlatılıp rıza gösterdiği alanlara ilişkin olması gerekmektedir. Bu alanlar dışında kalan hallerde sadece acil ve yaşamsal öneme sahip tıbbi müdahaleler, ancak hastanın yaşamsal fonksiyonları istikrarlı hale getirilecek kadar uygulanmalıdır⁹⁹.

TBK'nın 512. maddesine göre; vekalet veren veya vekil her zaman sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirebilirler. Ancak, uygun olmayan zamanda sözleşmeyi sona erdiren taraf, diğerinin bundan doğan zararlarını gidermekle yükümlüdür. Böylece vekalet sözleşmesinden dönme, uygun zamanda ve diğer tarafa zarar vermeden gerçekleşmelidir.

Bu konuda Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinin 19. maddesinde, "Tabip ve dış tabibi, mesleki ve şahsi sebeplerle tedaviyi bitirmeden hastasını bırakabilir. Ancak, bu gibi hallerde, diğer bir

⁹⁶ GÜNDAY, a.g.e.,s.9.

⁹⁷ YILMAZ, a.g.e, s.17.

⁹⁸ KICALIOĞLU, a.g.e., s.174.

⁹⁹ KICALIOĞLU, a.g.e., s.174.

meslektaşın tedavi ve müdahalesine imkan verecek zamanı evvelden hesaplayarak hastayı vaktinde haberdar etmesi şarttır. Hastanın bırakılması halinde, hayatının tehlikeye düşmesi veya sıhhatinin zarara uğraması muhtemel ise diğer bir meslektaş temin edilmedikçe hastayı terkedemez. Hastayı bu surette terk eden tabip veya dış tabibi, lüzum gördüğü veya hasta tarafından talep edildiği takdirde, tedavi zamanına ait müşahade notlarını ve epikriz belgesini verir.” denilerek hekim açısından sözleşmeden cayma hakkının şartları belirlenmiştir.

III.Vekalet Sözleşmesinin Eser ve Hizmet Sözleşmesi İle Karşılaştırılması

Vekalet sözleşmesi, iş görme sözleşmelerinden olan hizmet sözleşmesi ve eser sözleşmesinden farklıdır. Hizmet sözleşmesinde işçi, işverenin emir ve talimatıyla bağlı olarak işini görürken, vekalet sözleşmesinde vekilin vekalet verenin açık talimatlarına uyma yükümlülüğü söz konusu olmakla birlikte vekalet verenden izin alma imkanı bulunmadığında vekil talimattan ayrılabilir. Yani, hizmet sözleşmesine bağımlılık unsuru ağır basıyorken, vekalet sözleşmesinde bağımlılık unsuru en az miktarda kendisini gösterir. Buna göre, hekimin hastasının emri altına girmesi söz konusu değildir. Hekim, hasta ile olan ilişkisinde sadece tıp biliminin kuralları ile bağlıdır¹⁰⁰. Hekimin verdiği hizmette süre unsuru önemli olmayıp tedavi sonucuna yönelmiştir¹⁰¹.Vekalet sözleşmesinde hekimin hastasına bağımlılığı en az iken, hizmet sözleşmesinde bağımlılık ağır basmaktadır¹⁰².

Vekalet sözleşmesi açısından da bir eserin meydana getirilmesi söz konusu olmayıp, hastanın sağlığına kavuşması için (tedavi amacıyla) özenle ve tıbbın kabul görmüş kuralları uyarınca yapılan bir çalışma esastır¹⁰³. Bu nedenle hekim hastayı tedavi edemese dahi kusurlu bir hareketi olmadıkça doğan zararlardan sorumlu tutulamaz. Vekalet sözleşmesinde asıl amaç bir sonucun meydana getirilmesi değil, belli bir yönde yapılan bir çalışma söz konusudur¹⁰⁴. Eser sözleşmesinde asıl amaç, önceden üstlenilmiş bir sonucun meydana getirilmesi ve bunun ayıpsız olarak teslim edilmesidir. Yukarıda da bahsedildiği üzere doktrinde bir kısım yazarlar¹⁰⁵ ve Yargıtay tarafından sonuç taahhüt edilebilmesi mümkün gözüken estetik amaçlı tıbbi müdahalelerde hasta ile hekim arasındaki sözleşmenin eser sözleşmesi olacağı kabul

¹⁰⁰ YILMAZ, a.g.e, s.24.

¹⁰¹ YILMAZ, a.g.e., s.24.

¹⁰² YILMAZ, a.g.e., s.24.

¹⁰³ YILMAZ, a.g.e., s.21.

¹⁰⁴ YILMAZ, a.g.e., s.21.

¹⁰⁵ KICALIOĞLU, a.g.e., s.172; YILMAZ, a.g.e, s.21-22.

edilmektedir¹⁰⁶. Eser sözleşmesinde ücret, sözleşmenin esas unsurlarından birisini oluştururken, vekalet sözleşmesinde ücret esas unsur değildir.

IV. Estetik Amaçlı Tedavi Sözleşmesinin Hukuki Niteliğinin Değerlendirilmesi

Estetik amaçlı tıbbi müdahalelerin vekalet sözleşmesinin konusunu oluşturduğunu iddia eden yazarlar şu gerekçelere dayanmaktadırlar:

Cerrahi müdahaleler her zaman başarıyla sonuçlanmaya ve niteliği bakımından objektif olarak taahhüt edilmeye elverişli değildir ve eser sözleşmesinin eserin teslimi ile muayenesine ilişkin hükümlerinin uygulanmasına olanak tanımamaktadırlar¹⁰⁷. Güzelleştirme amaçlı estetik ameliyatları Borçlar Kanunu anlamında bir eser olarak nitelendirilemeyecektir¹⁰⁸.

Güzelleştirme ameliyatlarında estetik cerrahın sonucu yüklenmiş olduğu kabul edilmekle birlikte, özel durumlarda sonucun yüklenilmiş olması sözleşme tipinin değişik nitelendirilmesini gerektirmeyecektir¹⁰⁹.

Bu konuda bir diğer görüşe göre de; her şeyden önce, maddi olmayan bir sonuç, ancak mahiyeti bakımından bir çalışma sonucu olarak vaad edilmeye elverişli olduğu takdirde bir istisna sözleşmesinin konusunu oluşturabilir. Bir öğreti, dava veya tedavide belli başarılı bir sonuca erişilmesi, bu hususun mahiyeti gereği tartılamayan ve yükümlülük altına girenin gücü dışında kalan faktörlere bağlı olduğundan, gerçekleştirileceğinin önceden yükümlenilebilmesine elverişli (versprechbar) değildir. Bu yüzden özel bir öğretim sözleşmesi, dişlerin veya bir hastalığın tedavisine, cerrahi bir ameliyata, hatta vücudun sağlığa kavuşturulması ile ilgili olmayan bir estetik ameliyata ilişkin sözleşmeler eser sözleşmesi olarak nitelendirilemezler. Estetik ameliyat sınırda kalan bir hal olmakla birlikte, onda da cerrahi müdahalenin yüksek kişisel karakteri ve taraflar arasındaki belirgin güven ilişkisi dolayısıyla vekalet hükümleri uygulanmalıdır¹¹⁰.

¹⁰⁶ YILMAZ, a.g.e., s.21-22.

¹⁰⁷ ŞENOCAK, Sorumluluk, s.24; ŞENOCAK ,Özel Hukukta, s.69; ÖZDEMİR, a.g.e.,s.80; ONARAN, a.g.e.,s.299.

¹⁰⁸ AYAN, a.g.e.,s.53, 56.

¹⁰⁹ AŞÇIOĞLU, Sorumluluk, s.33, 37; ŞENOCAK ,Tıbbî Yardım, s.16, 20.

¹¹⁰ TANDOĞAN, a.g.e.,s.21.

Bu yönde dikkate değer diğer bir görüşe göre; estetik müdahalelerde, müdahalenin biyolojik ve fizyolojik organizma üzerindeki etkisi sadece hekimin müdahalesine bağlı değildir, kişinin özellikleri ile operasyon sonrası hastanın davranışları da bu konuda etkindir. Estetik ve güzellik sektöründeki reklamlar ve ilişkinin ekonomik boyutu, bu ilişkilerde sonucun garanti edildiğinin kabul edilmesi için yeterli olmamalıdır. Tıbbi zorunluluk veya herhangi bir deformasyon veya fizyolojik bir bozukluğun giderilmesi dışında gerçekleşen, sadece estetik amaçlı operasyonlar da vekalet sözleşmesi kapsamında olmalıdır.¹¹¹

Görüşlerimize göre de, estetik amaçlı tedavi sözleşmesi, vekalet sözleşmesi olarak nitelendirilmeye daha uygundur. 2012 yılında yürürlüğe giren Türk Borçlar Kanunu'nda estetik cerrahi uzmanlarının hukuki sorumluluğunu etkileyen bazı değişiklikler yapılmıştır. TBK'nın eser sözleşmesinde yüklenicinin sorumluluğunu düzenleyen 471. maddesine, önceki hükümden farklı olarak **"Yüklenicinin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alandaki işleri üstlenen basiretli bir yüklenicinin göstermesi gereken mesleki ve teknik kurallara uygun davranışı esas alınır"** fıkrası eklenmiştir¹¹². Kanunun gerekçesinde, böylelikle yükleniciden beklenen özen yükümlülüğünün tespit edilmesine objektif bir kriter getirilmesinin amaçlandığı belirtilmiştir.

Bu değişikliğin sonucunda, hasta memnuniyetsizliği olduğu durumlarda hekimin sorumluluğunun kapsamı belirlenirken, benzer bir alanda hizmet vermekte olan başka hekimlerin mesleki ve teknik kurallara uygun davranışı dikkate alınarak hukukilik denetimi yapılacaktır. Bu yönde bir ibarenin kanun'da açıkça düzenlenmesi, hekimin sorumluluğunun mesleki ve teknik dayanakları içerecek şekilde daha objektif bir şekilde değerlendirilip, belirlenmesine katkı yapabilir. Ancak, bu değişiklik estetik uzmanı hekimlerin hukuki sorumluluğunun doğru tespit edilmesi açısından yeterli midir ?

Estetik cerrahi alanına giren tıbbi girişimlerde kusur tespiti yapılırken mesleki ve teknik ölçütlere göre karar verilmesi yönünde açık bir hükmün TBK'na eklenmesi sorumluluğun tespitinde pozitif katkı sağlayabilecektir. Ancak, getirilen bu yeni düzenlemenin, uygulamada karşılaşılan sorunları ortadan kaldırmak için yeterli olmadığı düşüncesindeyim.

¹¹¹ ZEYTİN, Vekalet ve Eser Sözleşmeleri, a.g.e.,s.111-112.

¹¹² Gerekçe metni için bakınız; <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss321.pdf>

Nitekim, doktrinde de tedavi sonucunun garanti edilememesi, hekimin mesleki bağımsızlığı içerisinde tedaviyi sürdürmesi, muayene yükümlülüğünün uygulanamayacak olması gerekçeleriyle hasta ile hekim arasındaki hukuki ilişkinin eser sözleşmesi olarak nitelendirilemeyeceği ifade edilmektedir.

Yargıtay'ın da bu yönde kararları bulunmaktadır;

Yargıtay 13.HD.18.09.2008 gün ve 4519/10750 sayılı ilamında; *"Davacı, yüzündeki kırışıkların giderilmesi için davalı doktorun yaptığı müdahalenin özensiz ve kusurlu olması nedeniyle kalıcı zararlara yol açtığı iddiası ile manevi tazminat istemişlerdir. Davanın temeli vekillik sözleşmesi olup, özen borcuna aykırılığa dayandırılmıştır. (BK. 386-390) Vekil, vekalet görevine konu işi görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden sorumlu değil ise de, bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabanın, yaptığı işlemlerin, eylemlerin ve davranışların özenli olmayışından doğan zararlardan dolayı sorumludur. Vekilin sorumluluğu, genel olarak işçinin sorumluluğuna ilişkin kurallara bağlıdır. Vekil işçi gibi özenle davranmak zorunda olup, en hafif kusurundan bile sorumludur. (BK.321/1 md.) O nedenle davacının tedavisini üstlenen hastane ve doktorların meslek alanı içinde olan bütün kusurları, hafif de olsa, sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir. Doktor ve hastane, hastasının zarar görmemesi için, mesleki tüm şartları yerine getirmek, hastanın durumunu tıbbi açıdan zamanında ve gecikmeksizin saptayıp, somut durumun gerektirdiği önlemleri eksiksiz biçimde almak, uygun tedaviyi de yine gecikmeden belirleyip uygulamak zorundadır. Asgari düzeyde dahi olsa, bir tereddüt doğuran durumlar da, bu tereddüdünü ortadan kaldıracak araştırmalar yapmak ve bu arada da, koruyucu tedbirleri almakla yükümlüdür. Çeşitli tedavi yöntemleri arasında bir seçim yapılırken, hastanın ve hastalığın özellikleri göz önünde tutulmak, onu risk altına sokacak tutum ve davranışlardan kaçınılması ve en emin yol seçilmelidir. Gerçekten de müvekkil (hasta), mesleki bir iş gören vekilden, tedavinin bütün aşamalarında titiz bir ihtimam ve dikkat göstermesini beklemek hakkına sahiptir. Gereken özeni göstermeyen vekil, BK. nun 394/1.maddesi hükmü uyarınca, vekaleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır"* şeklinde görüş bildirmektedir ¹¹³.

Estetik cerrahi uzmanları tarafından yapılan tıbbi uygulamaların birçoğu güzelleştirmeye yönelik uygulamalar olmakla birlikte, bu tip girişimler de birer tıbbi müdahaledir ve diğer

¹¹³ KAYA, a.g.e., dipnot 50, s.60 dan naklen.

tıbbi müdahalelerde görülen komplikasyonların risklerini taşımaktadır. Hekimin canlı bir doku üzerinde çalışması, tedaviye hastanın kusuru ve diğer sağlık sorunları gibi bir dizi etmenin dahil olması tıbbi girişimden beklenen yararın elde edilememesine neden olabilmektedir.

Öte yandan estetik cerrahi uzmanlarınca uygulanan tıbbi işlemler yalnızca güzelleştirme amaçlı da değildir. Aynı zamanda şekil bozuklukları gibi işlevsel sorunların giderilmesi de söz konusudur. Bu bağlamda güzelleştirme ile ruhsal sağlığın yanı sıra hastaların fiziki sağlığına ilişkin olarak da tıbbi müdahalede bulunmaktadır.

Bu nedenle, bu girişimlerin yapılmasına ilişkin sözleşmelerin de vekalet sözleşmesi kapsamında değerlendirilmesi ve bu hükümlere tabi olması hem işin niteliği, hem de hekim sorumluluğunun belirlenmesi açısından daha isabetli olacaktır. Beklentimiz, ileriki dönemlerde yapılan düzenlemelerin ve oluşturulan Yargıtay içtihatlarının bu yönde gelişmesi yönündedir.

Yeni yasal düzenlemede, güzelleştirme amaçlı olmayan tıbbi müdahalelere ilişkin sorumluluk esaslarında da bir değişiklik vardır ;

Güzelleştirme amaçlı müdahaleler dışında kalan tıbbi girişimler öteden beri Vekalet Sözleşmesi hükümleri kapsamında değerlendirilmektedir. Vekalet Sözleşmesine ilişkin hükme de eser sözleşmesine paralel bir hüküm eklenmiştir. Buna göre, "**vekilin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranış esas alınır**" (TBK, m 506). Kanun gerekçesinde, eser sözleşmesine benzer bir şekilde vekilin sorumluluğunun belirlenmesine objektif bir ölçüt getirmenin amaçlandığı açıklanmıştır. Eser sözleşmesi hükümlerinden farklı olarak, eklenen bu fıkrada mesleki ve teknik kurallara yer verilmemiştir.

Ancak, amaçsal olarak bu hüküm hekim sorumluluğunun belirlenmesi açısından tıp kurallarının ışığında hareket edilmesi gerektiği yönünde yorumlanmalıdır. Buna göre, özen yükümlülüğünü ihlal ettiği iddia edilen hekimin sorumluluk derecesi belirlenirken, eser sözleşmesinde olduğu gibi vekalet ilişkilerinde de mesleki ve teknik kurallar ışığında bir tespit yapılacaktır.

§ 5. ESTETİK AMAÇLI TEDAVİ SÖZLEŞMESİNİN KURULUŞU, HÜKÜMLERİ VE SONA ERMESİ

Sözleşme;¹¹⁴, belirli bir hukuki sonucu doğurmaya yönelik, karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarından oluşan hukuki bir işlemdir¹¹⁵. Sözleşme açısından önemli olan, taraf iradelerinin yöneldiği hukuki sonuçtur. Tarafların kullandıkları anlatım ve kavramlardan çok amaçların ne olduğuna ve kurmak istedikleri hukuksal sonuçlara bakılmalıdır¹¹⁶.

Daha önceden, estetik amaçlı tedavi sözleşmesinin hukuki niteliğinin vekalet sözleşmesi olduğu yönünde görüş belirtmiştik. Bu görüşümüzü esas alarak estetik amaçlı tedavi sözleşmesinin kuruluşu, hükümleri ve sona ermesini vekalet sözleşmesinin ilişkin hükümleri esas olarak açıklayacağız.

Taraflar sözleşme serbestisi gereğince aralarında kurdukları sözleşmenin konusunu özgürce belirleyebilme hakkına sahiptirler. Hekim ile hasta arasındaki sözleşmenin konusunu hekimin dolayısıyla hekimlik sözleşmesinin konusunu bir işi görme borcu oluşturmaktadır. Hekimin sözleşmeden doğan hukuki sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için hekim ile hasta arasında tıbbi müdahaleden önce kurulmuş olan bir iş görme sözleşmesi bulunmalıdır¹¹⁷.

Hekim ile hasta arasındaki sözleşme açık olarak kurulabileceği gibi zımni olarak da kurulabilir. Hekimin hastanın muayenesine başlamasıyla sözleşme kurulmuş olur. Gerek hekim gerekse de hastanın birbirlerini sözleşmenin tarafı olarak kabul etmeme hakları da bulunmaktadır. Ne var ki hekim hastayı kabul etmek istemiyorsa, bunu derhal ve açık biçimde hastaya söylemelidir. Hastanın muayene ve tedavi olma başvurusu hekim tarafından derhal reddedilmemişse, yani hekim sessiz kalır ve cevap vermezse sözleşme zımnen kurulmuş olur. Zira, hekimin bu davranışı bir karine olarak kabul edilir. Söz konusu karine, “işin görülmesi resmi sıfatı veya mesleği icabı olanlar” hakkında öngörülmüştür (TBK m.502). Bu tür meslek sahiplerinin karşı tarafça yapılan icabı derhal reddetmedikçe sözleşmeyi kabul etmiş sayılmaları, hizmetlerini kamuya arz etmelerinin ve ruhsatları dolayısıyla faaliyet

¹¹⁴ Öğreti ve uygulamada sözleşme yerine, “akit”, “mukavele” ya da “bağır” sözcükleri de kullanılmakta olup, hepsi birbiriyle eş anlamlıdır, KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip Borçlar Hukuku Dersleri, Birinci Medeni Hukuk Dersleri, Giriş/Kaynaklar/Temel Kavramlar, 6.Bası, İstanbul, 1990, s.112.

¹¹⁵ EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015/3, s.185; OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümleri, Cilt I, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2014, s.41.

¹¹⁶ KILIÇOĞLU, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, Ekim 2014, s.38.

¹¹⁷ KICALIOĞLU, a.g.e., s.185.

gösterdikleri alanda bir çeşit tekel hakkı sahibi olmalarının sonucudur¹¹⁸. Hekimler de tıbbi müdahale ve tedavi hizmetlerini devletten aldıkları ruhsata dayanarak, hekimlik sözleşmesine göre yaptıklarından, zımni kabulü düzenleyen yasa hükmü hekim açısından da geçerli olur. Hekim, hastanın tıbbi müdahale için yaptığı başvuruyu derhal reddetmediği takdirde taraflar arasındaki hekimlik sözleşmesi zımnen kurulmuş sayılır¹¹⁹.

Hastanın muayene ve tedavi olmak için hekime başvurması, hekimin de hastayı muayene ve tedavi için kabul etmesiyle hasta ile hekim arasında, özel hukuk ilişkisi niteliğinde olan vekalet sözleşmesi kurulmuş olur¹²⁰.

Taraflar açık olarak anlaşabilecekleri gibi zımni olarak da anlaşabilirler. Zira TBK 503. madde de “kendisine bir işin görülmesi önerilen kişi, bu işi görme konusunda resmi sığata sahipse veya işin yapılması mesleğinin gereği ya da bu gibi işleri kabul edeceğini duyurmuşsa, bu öneri onun tarafından hemen reddedilmedikçe, vekalet sözleşmesi kurulmuş sayılır.” denilmektedir. Bu halde, hekim muayenehanesine gelen hastayı, haklı bir gerekçe göstererek muayene edemeyeceğini hemen açıklamadıkça ve hastanın şikayetini anlatmaya başlamasıyla hekim ile hasta arasında vekalet sözleşmesi kurulmuş sayılır¹²¹. Yine sözleşme serbestisi gereğince, kanunda hekim ile hasta arasındaki hekimlik sözleşmesinin geçerliliği için bir şekil şartı öngörülmediğinden, hekimlik sözleşmesinin geçerliliği herhangi bir şekil şartına bağılı değildir. Tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının açıklanmasıyla hekimlik sözleşmesi kurulmuş sayılır. Hastanın başvurusu ile hekimin kabulünün belirli bir şekle uygun olması koşulu aranmaz. Uygulamada hastanın hekime başvurması, hekimin de tıbbi müdahaleye başlamasıyla hekimlik sözleşmesi zımnen kurulmuş olmaktadır¹²².

A. Estetik Amaçlı Tedavi Sözleşmesinin Kuruluşu

Estetik amaçlı tedavi sözleşmesi; tam ve iki taraflı borç ilişkisi yükleyen bir sözleşmedir ve her iki taraf da birbirine karşı asli bir edim yüklenmektedir. Edimler arasında tam olarak

¹¹⁸ TANDOĞAN, Borçlar Özel, s. 389.

¹¹⁹ KICALIOĞLU, a.g.e., s.184; YILMAZ, a.g.e., s.28.

¹²⁰ KICALIOĞLU, a.g.e., s.31.

¹²¹ KICALIOĞLU, a.g.e., s.174.

¹²² KICALIOĞLU, a.g.e., s.184.

karşılıklı ilişki vardır. Hekim, hastanın iyileşmesi için kendi üzerine düşen yükümlülüğü yerine getirir, sağlık hizmeti talep eden hasta da daha önce kararlaştırılmış olan ücreti öder. Estetik cerrah ile hasta arasındaki sözleşme herhangi bir şekle bağlı olmadığından, açık veya zımni, yazılı veya sözlü olabilir¹²³. Sözleşme rızai bir sözleşme olup, tarafların birbirine uygun karşılıklı (açık veya örtülü) irade beyanı ile kurulur. Geçerliliği, kural olarak belirli bir şekle uyulmasına bağlı değildir.

B. Estetik Amaçlı Tedavi Sözleşmesinin Hükümleri

Estetik ameliyatlarda, hastanın arzu ettiği veya estetik cerrahi kurallarına uygun bir sonucun cerrah tarafından ortaya konulması hekimin yükümlülüğüdür, bunun karşısında hasta sıfatıyla vekalet veren, harcanan emek karşılığında bir ücret ödeme borcu altına girmektedir.

Estetik cerrah için, hasta ile arasındaki sözleşmeden doğan en önemli (asıl) borç, hastanın arzu ettiği veya estetik cerrahi kurallarına uygun bir sonucun ortaya konmasıdır. Tedavi sözleşmesinin özelliği gereği, asıl borcun yerine getirilmesine hizmet eden, “teşhis (tanı) koyma ve en uygun tedaviyi seçip uygulama”, “tıbbi müdahaleyi bizzat yapma”, “ hastayı aydınlatma”, “sadakat ve özen gösterme”, “kayda geçirme (arşivleme)” ve “sır saklama” gibi yan yükümlülükler de vardır. Sözleşmeye uygun bir tedaviden söz edilebilmesi için, cerrahın bu yan yükümlülüklere de uyması gerekir¹²⁴.

Bu yan yükümlülükler; Borçlar Kanunu’nun vekalet sözleşmesiyle ilgili hükümlerinde düzenlenen yükümlülüklerle, tıbbi müdahalelere ilişkin yasal düzenlemelerin estetik cerrah ile hasta arasındaki sözleşmeye uygun şekilde yorumlanmasından çıkartılmaktadır. Sözleşmenin iki ana borcundan kaynaklanan bu borçların akde uygun şekilde ifasını sağlayan diğer birtakım yan borçların da BK.da açıkça yer aldığı veya işin mahiyetinden çıkarıldığı açıkça görülmektedir. Bazı yan yükümlülükler ise, Anayasa’nın 90. maddesi gereği Avrupa Biyotip Sözleşmesi¹²⁵, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi, Hasta Hakları Yönetmeliği veya Hekimlik Meslek Etiği Kuralları gibi düzenlemelerde yer alan ve her hastanın sahip olduğu hakların ya da her hekimin uyması gereken yükümlülüklerin, estetik cerrah ile hasta arasındaki ilişkiye de uyarlanmasından çıkartılmaktadır. Bu arada, Hekimlik Meslek Etiği

¹²³ ŞENOCAK, Sorumluluk, s.9; ARI, a.g.e.,s.23.

¹²⁴ AYAN, s.40.

¹²⁵ RG 9.12.2003-25311.

Kurallarından da söz edilmelidir. 1961 tarihli Tıbbî Deontoloji Tüzüğü'nün, günün koşullarına uygun hale getirilmesi amacıyla, 1998 yılı başlarında Türk Tabipler Birliği tarafından başlatılan çalışmaya, 1998 yılının Ekim ayında Ankara'da toplanan TTB 47. Olağanüstü Genel Kurulu'nda son şekli verilmiş, söz konusu etik kurallar TTB'nin Tıp Dünyası isimli gazetesinin 1 Ocak 1999 tarihli nüshasında yayınlanmıştır. Hekimlik Meslek Etiği Kurallarının 47. maddesine göre, Bu kurallar bütünü Türk Tabipleri Birliği Büyük Kongresi'nde kabul edilip, Türk Tabipleri Birliği yayın organlarından birinde yayımlandıktan bir ay sonra yürürlüğe girer ve Türk Tabipleri Birliği Merkez Konseyi ve tabip odaları tarafından yürütülür. Tıbbi Deontoloji Tüzüğü de halen yürürlüktedir.¹²⁶

1. Teşhis Koyma ve En Uygun Tedaviyi Seçip Uygulama Borcu

Estetik cerrah, hastanın istediği estetik ameliyatı sözleşmedeki şartlara uygun olarak yapıp, hastanın istediği ve tıbbın imkanlarının elverdiği ölçüde sonucu yaratma borcu altındadır. Estetik cerrah ile hasta kanuna, kamu düzenine, ahlaka ve emredici hükümlere aykırı olmayan, kişilik hakkını ihlal etmeyen her türlü sonucun yaratılmasını kararlaştırabilirler ve cerrah, hastanın istediği ve tıbben mümkün olacak şekilde müdahale ile bu borcundan kurtulur. Hasta Hakları Yönetmeliğinin 11. maddesinde de, “Tıbbi gereklere uygun teşhis, tedavi ve bakım” başlığı altında; “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 aldatıcı mahiyette teşhis ve tedavi yapılamaz.” hükmü yer almıştır. Doğru tanı koyma doğru tedavi yöntemini seçmenin ön şartıdır. Estetik ameliyatlarda tanı koyma, hastanın müdahale istediği bölgedeki sorunun tespit edilmesi ve hastanın şikayetinin belirlenmesidir. Tanı koyma çıplak gözle görülebildiği gibi, ayrıntılı tetkikler yapılmasını da gerektirebilir.¹²⁷ Hasta muayene edildikten ve somut olayın özelliklerine göre gerekli araştırmalar yapıldıktan sonra estetik cerrah, kişisel tecrübesinden de yararlanarak sorunun ne olduğunu belirler.¹²⁸ Estetik cerrahın hastayı gerek tanı, gerekse tedavi aşamasında yararlanabileceği diğer tanı araçlarından ve uzman görüşlerinden kasten mahrum bırakmaması gerekir¹²⁹. Bedensel tedaviden çok ruhsal tedavi amacı güden güzelleştirme amaçlı estetik ameliyatlarında, estetik cerrahın öncelikle

¹²⁶ Bu konuda bakınız Yargıtay 13.HD., 5.4.1993, 131/2741 (YKD., 1994/1)

¹²⁷ PETEK, a.g.e., s.196; AYAN, a.g.e.,s.65; YAVUZ İPEKYÜZ, a.g.e.,s.75.

¹²⁸ PETEK, a.g.e.,s.196.

¹²⁹ PETEK, a.g.e.,s.196.

hastanın ruhsal yapısına dikkat etmesi, gerek ameliyat öncesinde ve gerekse sonrasında psikiyatri dalında uzman hekimlerin görüşlerinden de yararlanması gerekir¹³⁰.

Estetik cerrah, hastasına teşhisini koyduktan sonra, bu sorunun hastasının istediği şekilde giderilebilmesi için en uygun yöntemi seçmek zorundadır. Eşdeğer sayılabilecek birden fazla tedavi yöntemi varsa cerrah, bunlardan somut olayın özelliklerine en uygun düştüğüne inandığı yöntemi seçip uygulamalıdır.¹³¹ Her tıbbi müdahalenin normal sapma ve riskleri bulunmakla birlikte, en uygun yöntem, “tedavi için en az riskli fakat başarı ihtimali en fazla olan yöntem”dir¹³². Her hasta diğerlerinden çok farklı fiziksel ve psikolojik özelliklere sahip olduğundan, hastanın durumunu yakından bilen cerrah en uygun tedavi yöntemini serbestçe takdir etmelidir (TDN.m.6). Hastanın estetik ameliyatında, daha riskli olmasına rağmen başarı ihtimali de o oranda yüksek olan yeni bir tedavi yöntemi uygulamak isteyen cerrah, hastayı aydınlatmak şartıyla bu yeni yöntemi de seçebilmelidir (TDN.m.10).

Hasta Hakları Yönetmeliğinin “alınmış olmayan tedavi usullerinin uygulanması” başlıklı 27. maddesine göre; Klinik veya laboratuvar muayeneleri sonucunda, bilinen klasik tedavi metodlarının hastaya fayda vermeyeceğinin sabit olması ve daha evvel deney hayvanları üzerinde kafi derecede tecrübe edilmek suretiyle faydalı tesirlerinin anlaşılması ve hastanın rızasının bulunması şartları birlikte mevcut olduğunda, bilinen klasik tedavi metodları yerine başka bir tedavi usulü uygulanabilir. Ayrıca, bilinen klasik tedavi metodu dışındaki bir metodun uygulanabilmesi için, hastaya faydalı olacağı ve bu tedavinin bilinen klasik tedavi usullerinden daha elverişsiz sonuç vermeyeceğinin muhtemel olması da şarttır. Evvelce tecrübe edilmemiş bir tıbbi tedavi ve müdahale usulü, ancak zarar vermeyeceğinin ve hastayı kurtaracağı mutlak olarak öngörülmesi halinde yapılabilir¹³³.

Hastası üzerinde teşhisini koyup en uygun tedavi yöntemini seçen estetik cerrah, bunu tıp bilimi ve uygulamasında genel olarak tanınmış kabul edilmiş esasların zorunlu kıldığı özeni göstererek ve hastanın zarara uğramasını önleyecek her türlü tedbiri alarak uygulamalıdır¹³⁴.

¹³⁰ ÖZAY, a.g.e.,s.28.

¹³¹ PETEK, a.g.e., s.197.

¹³² AYAN, a.g.e.,s.66; ŞENOCAK, Sorumluluk, s.62; DURDU, a.g.e.,s.82; YAVUZ İPEKYÜZ, a.g.e.,s.92; ERTAŞ, Şeref: “Alman Hukukunda Hekimin Mesleki Kusurdan Sorumluluğu”, EÜHFD 1980/1, s.190; AKINCI, a.g.e.,s.228; SARIAL, a.g.e.,s.82; ÖZDEMİR, a.g.e.,s.90; ARI, a.g.e.,s.25; ÖZAY, a.g.e.,s.52-53.

¹³³ PETEK, a.g.e.,s.197.

¹³⁴ AYAN, a.g.e.,s.67; DURDU, a.g.e.,s.81-82; YAVUZ İPEKYÜZ, a.g.e.,s.94; ARI, a.g.e.,s.25, ÖZAY, a.g.e.,s.54.

Estetik cerrahın uygulayacağı tedavi yöntemine, ameliyattan sonra kullanılacak ilaçlar veya diğer ek iyileşme yöntemleri de dahildir. Dolayısıyla estetik cerrahın hastanın iyileşme dönemini, istenilen sonuca ulaşılmasına azami fayda sağlayacak ve hızlı geçirecek şekilde düzenlemesi gerekmektedir.

2. Tıbbi Müdahaleyi Bizzat Yapma Borcu

Vekalet sözleşmesinde, "vekil, vekalet borcunu bizzat ifa etmekle yükümlüdür" (TBK m.506/I) hükmüne dayanılarak, estetik cerrahın kişisel yetenekleri büyük önem taşıdığı ve hastayla arasında güven ilişkisi kurulduğu için, seçilen tedavi yönteminin ve ameliyatın bizzat estetik cerrah tarafından yapılması gerekmektedir¹³⁵. Ancak, yine vekalet sözleşmesinde, "vekile yetki verildiği veya durumun zorunlu ya da teamülün mümkün kıldığı hallerde vekil, işi başkasına yaptırabilir" (TBK m.1/I). hükmüne göre, estetik cerrahın ameliyatla ilgili her işi tek başına yapması beklenilemeyeceğinden, tanı ve tedavi aşamalarında başka kişilerin yardımından yararlanabilir¹³⁶. Bununla birlikte, estetik ameliyatın yapılmasında yardımcı kişi kullanan cerrah yardımcı kişinin seçiminde, ona talimat verilmesinde, onun gözetim ve denetiminde özen göstermekle yükümlüdür. Bazı işleri kendi yönetimi altındaki yardımcı kişilere yaptırmış olsa da, işi cerrahın kendisi yapmış sayılmakta ve sorumluluğu söz konusu olmaktadır, Borçlar Kanununun 100. maddesi anlamında yardımcı şahıs; borçlunun kendi rızasıyla, sözleşmesel yükümlülüklerinin ifasında kullandığı kişidir¹³⁷.

3. Hastanın Rızasının Alınması ve Hastanın Aydınlatılması Borcu

3.1.Hastanın Rızasının Alınması

1982 Anayasasının 17. maddesinin 2. fıkrasına göre, "tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz, rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz." denilmektedir. Buna göre, anayasa vücut bütünlüğüne

¹³⁵ ARI, a.g.e.,s.25; ÖZDEMİR, a.g.e.,s.90; HANCI, a.g.e.,s.158; ÖZAY, a.g.e., s.91.

¹³⁶ Estetik cerrah, hastaya iğne yapılması, kan ve serum verilmesi, hastadan kan alınması, hastanın ameliyata hazırlanması, röntgeninin çekilmesi, tansiyonunun ölçülmesi, ameliyathaneye ilişkin temizlik ve sterilizasyon faaliyetlerinin gerçekleştirilmesi gibi, Borçlar Kanununun 67. maddesi gereğince bizzat yerine getirmeye mecbur olmadığı, yardımcı kişilere bırakılmaya elverişli edimlerde yardım alabilir (Ayan, a.g.e.,s.67-68); HANCI, a.g.e.,s.158-159; ÖZDEMİR, a.g.e.,s.91; YAVUZ İPEKYÜZ, a.g.e.,s.95; ÖZAY, a.g.e.,s.55.

¹³⁷ BELGESAY, a.g.e.,s.139; ARI, a.g.e., s.26 ; ŞENOCAK, Sorumluluk, s.97; HANCI, a.g.e.,s.159; YAVUZ İPEKYÜZ, a.g.e.,s.95; ÖZDEMİR, a.g.e.,s.91; ARI, a.g.e.,s.26.

dokunulamayacağı temel ilkesine ancak tıbbi zorunluluk ve kanunda yazılı hallerde izin vermektedir.

Hastanın rızası, hasta bakımından beden ve ruh bütünlüğün sağlanması ve kendi geleceğini belirleme hakkının kullanımında bir araç olarak karşımıza çıkarken, hekim yönünden, uygulanan müdahalenin hukuka uygunluğunun bir şartı ve hekimin yetkisinin sınırını oluşturmaktadır¹³⁸. Rızanın geçerliliği ise, hasta ile hekim arasındaki hukuki ilişkinin ve müdahalenin hukuka uygunluğunun ve hekimin sorumluluğunun tespiti bakımından önemlidir¹³⁹.

Tıbbi müdahalelerde ameliyatlara beden bütünlüğünü belli ölçüde örselendikleri için, esas olarak hukuka aykırı bir saldırı niteliği taşırlar. Fakat müdahalenin bizzat hastanın rızasına dayanması ve özellikle hastanın hayatını ve sağlığını koruma amacına yönelik olması, müdahalenin hukuka aykırılığını ortadan kaldırır. Yeter ki müdahale tıp biliminin koymuş olduğu kural ve esaslara uygun biçimde gerçekleşmiş olsun. Bu şarta uymayan müdahaleler hukuka aykırı sayılırlar. Müdahalede bulunacak olan hekimin müdahaleye hangi sebeple girişileceği ve müdahalenin sonucunda ortaya çıkması olası sıkıntılı durumlar hakkında hastayı bilgilendirmesi gerektiği gibi, rızasını bildirecek olan kişinin de rızasını hiçbir etki altında kalmadan serbest iradesiyle açıklaması şarttır¹⁴⁰.

Üstün amaç şartının bulunması, yapılan saldırının hukuka aykırılığın kaldırmaktadır. Hatta vücut bütünlüğüne vaki bazı müdahaleler, eğer sağlık veya başka üstün bir amaç söz konusu ise, istisnaen rıza olmadan da hukuka uygun sayılabilmektedir. Müdahalede bulunulacak olan hastanın rızasını açıklamasının fiilen mümkün olmadığı hallerde, artık onun rızasının aranmayacağı fiilen kabul edilmektedir.

Nitekim, Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun, ameliyat edilecek kimsenin veya yasal temsilcisinin rızasının ifadeye muktedir olmaması durumunda rızanın aranmayacağını öngörmektedir (m.70). Aynı sonuç Hasta Hakları Yönetmeliği'nde de

¹³⁸ BAYRAKTAR, a.g.e.,s.123.

¹³⁹ ÖZPINAR, a.g.e.,s.23.

¹⁴⁰ Bu konuda bakınız ARPACI, a.g.e, s.107, DURAL, a.g.e.,s.121 ; BORAN; Bedia , Aydınlatılmış Rıza, Ankara Barosu Ankara Hukuk Fakültesi Sağlık Hukuku Kurultayı, 1-3 Kasım Ankara, Ankara Barosu Yayını, Ankara, 2008, s.85-104.

bulunmaktadır (m.5,24)¹⁴¹. Hasta Hakları Yönetmeliğinin 24. maddesine göre de, tıbbi müdahalelerde hastanın rızasının aranması gerektiği vurgulanmıştır.

Tüm bu kanun maddelerinden de anlaşılacağı üzere, tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğunun ön koşulu hastanın rızasıdır. Hekimin hastaya yapacağı her türlü müdahale ile müdahale sonrası meydana gelebilecek komplikasyonlar konusunda hastanın rızasını alması gerekmektedir¹⁴². Hastanın rızasının alınmaması veya aydınlatılmadan alınması ya da kapsamının aşılması durumunda hekimin eylemi hukuka aykırı olur ve hekimin maddi ve manevi tazminat sorumluluğu ortaya çıkar¹⁴³.

3.1.1.Rızanın Konusu ve Kapsamı

Hastanın rızası hangi tıbbi müdahaleye ilişkin ise hekimin müdahalesinin de, rızasının sınırları çerçevesinde kalması gerekmektedir. Ancak, alınan rızaya dayanılarak gerçekleştirilen bir tıbbi müdahale esnasında öngörülemeyen bir durumla karşılaşılır ve hastanın da yeniden rızasını almak mümkün olmazsa hekimin hastaya rızasının kapsamını aşan hukuka uygun bir tıbbi müdahalede bulunabilmesi için somut olayda şu kriterlerin aranması gerekmektedir;

- Öngörülmeyen durumunun gerektirdiği tıbbi müdahale, hastanın bir organının kaybına veya fonksiyonunu yerine getirememesine yol açacak ise ve gecikilmesi durumunda hastanın hayatını kaybetme tehlikesi yoksa yapılacak yeni tıbbi müdahale ertelenmeli ve hastanın rızası alınarak gerçekleştirilmelidir.
- Öngörülemeyen durum hastanın hayatını tehdit ediyorsa yeniden rızanın alınmasını beklemek gerekmez, hekim hastaya müdahale etmelidir.
- Öngörülemeyen durum nedeniyle yapılacak tıbbi müdahale hasta açısından az riskli olmasına karşın yararlı ise hekim hastanın rızasını almadan müdahalede bulunabilir¹⁴⁴.

Doktrindeki bir görüşe göre; kişinin sağlığı ve beden bütünlüğü üzerindeki hakkı mutlak ve sınırsız değildir. Kişinin rızasına dayansa dahi kişilik hakkından tümüyle vazgeçme veya başkasına devretme ya da aşırı sınırlandırma sonucu doğuracak işlemler yapılması durumunda

¹⁴¹ RG. 01.08.1998- 23420.

¹⁴² YILMAZ, a.g.e., s.30; HANCI, a.g.e.,s.48.

¹⁴³ YILMAZ, a.g.e, s.42-43.

¹⁴⁴ YILMAZ, a.g.e., s. 39-40;

bu işlemler hukuka aykırı olur (MK 23)¹⁴⁵. Aynı şekilde hastanın rıza gösterdiği tıbbi müdahalenin konusunun da kanuna, genel ahlak ve adaba ve kamu düzenine aykırı olmaması gerekir¹⁴⁶.

3.1.2. Rızaya Ehliyet

1219 sayılı kanunun 70. maddesine göre, hekimler yapacakları her türlü müdahale için hastanın, hasta küçük veya kısıtlı ise veli veya vasisinin öncelikle rızasını alırlar. Eğer hastanın veli ya da vasisi yoksa veya rıza beyanında bulunması mümkün değilse, rıza şartı aranmadan tıbbi müdahale uygulanabilir. Maddeden de anlaşılacağı gibi her ne kadar Medeni Kanun'da tıbbi müdahaleye rıza göstermeye ehliyetle ilişkin özel bir düzenleme olmasa da MK'daki genel kurala paralel bir biçimde tıbbi müdahalelere rıza beyanında bulunabilmek için fiil ehliyeti aranmakta, sınırlı ehliyetsizler için de kanuni temsilcilerin muvaffakati istenmektedir¹⁴⁷.

2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanunun 6 maddesine göre, organ ve doku alınacak kimsenin 18 yaşını doldurmuş ve mümeyyiz olması şartı aranmaktadır. Kanunun 5. maddesinde “ 18 yaşını doldurmamış ve mümeyyiz olmayan kişilerden organ ve doku alınması yasaktır” denilerek bu husus vurgulanmıştır. Bu hüküm, küçük ve kısıtlıdan kanuni temsilcisinin izni ile dahi organ ve doku alınmasının mümkün olmayacağı şekilde yorumlanmaktadır. Bu yorumu destekleyecek şekilde aynı kanunun 7. maddesinin c bendine göre, akli ve ruhi durumu itibarıyla kendiliğinden karar verebilecek durumda olmayan kişilerin organ ve doku bağış talepleri hekim tarafından reddedilmelidir¹⁴⁸.

Kanunun evli vericiler hakkındaki 7. maddesinin d bendinde, “vericinin evli olması halinde birlikte yaşadığı eşinin, vericinin organ ve doku verme kararından haberi olup olmadığını araştırıp öğrenmek ve öğrendiğini bir tutanakla tespit etmek” işlemi hekime bir görev ve yükümlülük olarak verilmiştir. Ancak, bu düzenleme vericinin rızası şartı yanında ek bir şart değil, sadece eşin durumdan bilgi sahibi olması amacıyla sınırlı olarak yorumlanmış ve eşin

¹⁴⁵ YILMAZ, a.g.e., s.38-39.

¹⁴⁶ YILMAZ, a.g.e, s.39.

¹⁴⁷ DERYAL, Yahya, İnsan Sağlığına ve Vücut Bütünlüğüne Yönelik Tıbbi Müdahalelerde Hastanın Rızası, www.İstabip.org.tr.

¹⁴⁸ DERYAL, age. s.1

bilgisi olduğu sürece tıbbi müdahaleye muvafakat etmemesi, organ ve doku naklinin yapılması açısından bir engel olarak görülmemiştir¹⁴⁹.

2238 Sayılı kanunun 7. maddesinin c bendine göre, tam ehliyete sahip olmakla birlikte, akli ve ruhi durumu itibariyle kendiliğinden karar verebilecek durumda olmayan kişiler fiili durum açısından ehliyetsiz durumdadırlar ve tıbbi müdahale için muvafakat açıklamaya ehil sayılmamışlardır¹⁵⁰.

Son olarak belirtmek gerekir ki, kanuni temsilcinin kötü niyetle rıza göstermemesi halinde, onun rızasından vazgeçilebilir. Böyle bir durumda hastaya bir kayyum tayin edilmesi, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise zaman kaybetmeden müdahalede bulunulması yerinde olur¹⁵¹.

3.1.3. Rızanın Zamanı

Hastanın rızasının, hekim tarafından aydınlatıldıktan sonra fakat tıbbi müdahaleden önce alınması gerekmektedir¹⁵².

Bazı yazarlara göre; müdahale anında verilen rıza da geçerli kabul edilmektedir¹⁵³. Bazı yazarlara göre de müdahaleden sonra verilen rıza icazet olarak kabul edilmelidir¹⁵⁴.

Hekim, hastaya uygulanacak tıbbi müdahale konusunda hastayı aydınlattıktan sonra hastanın düşünüp sağlıklı bir karar vermesi için hastaya makul bir süre tanımalıdır. Bu süre cerrahi müdahaleler için 24 saatten az olmamalıdır¹⁵⁵.

Herhangi bir tıbbi müdahale hakkında verilen rızanın tıbbi müdahaleden önce veya tıbbi müdahale esnasında geri alınması mümkündür¹⁵⁶. Ancak, belirtmek gerekir ki, Hasta hakları Yönetmeliğinin 24. Maddesinin son fıkrası uyarınca rızanın müdahale başladıktan sonra geri alınması, tıbbi yönden sakınca bulunmaması şartına bağlanmıştır.

¹⁴⁹ DERYAL, age.s.10.

¹⁵⁰ DERYAL, age.s.10.

¹⁵¹ DERYAL, age.s.10.

¹⁵² ERMAN, s.122; YILMAZ, a.g.e., s. 40.

¹⁵³ YILMAZ, a.g.e., s.40; ERMAN, a.g.e., s.122.

¹⁵⁴ YILMAZ, a.g.e., s.40.

¹⁵⁵ YILMAZ, a.g.e., s.40.

¹⁵⁶ YILMAZ, a.g.e., s.40.

3.1.4. Rızanın Şekli

1219 sayılı yasanın 70. Maddesinde, büyük cerrahi operasyonlarda rızanın yazılı olarak alınması kabul edilmiştir. Ancak, 1219 sayılı kanundaki bu düzenleme hekimin cezai sorumluluğu açısından geçerlidir. Çünkü sözleşmeler hukuku açısından, kanunda aksine bir düzenleme bulunmadıkça sözleşme serbestisi gereğince sözleşmeler herhangi bir şekil şartına bağlı olmadan gerçekleştirilebilir. Hekimin hasta ile olan ilişkisinin vekalet veya eser sözleşmesi olarak değerlendirilebileceği göz önüne alındığında, bu sözleşmeler açısından Türk Borçlar Kanunda herhangi bir şekil şartı öngörülmüş değildir. O halde, özel hukuk açısından, rızanın, kural olarak yazılı olması şart değildir. Rıza yazılı olabileceği gibi sözlü de olabilir. Somut koşullar ve tarafların karşılıklı davranışları değerlendirildiğinde rızanın bulunduğu anlaşılıyorsa rıza var sayılacaktır¹⁵⁷.

Bununla birlikte 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkındaki Kanunun 5. Maddesinde, rızanın yazılı olarak alınması gerektiği düzenleme altına alınmıştır¹⁵⁸.

3.2. Hastanın Aydınlatılması

Yapılan bir müdahalenin, hukuka uygun bir tıbbi müdahale olarak kabul edilebilmesi için aranan şartlardan belki en önemlisi, kendisine müdahalede bulunulacak kişinin yani hastanın yapılacak müdahaleye rızasının (onamının) alınmasıdır¹⁵⁹.

Hastanın rızası, hasta bakımından beden ve ruh bütünlüğün sağlanması ve kendi geleceğini belirleme hakkının kullanımında bir araç olarak karşımıza çıkarken, hekim yönünden, uygulanan müdahalenin hukuka uygunluğunun bir şartı ve hekimin yetkisinin sınırını oluşturmaktadır¹⁶⁰. Rızanın geçerliliği ise, hasta ile hekim arasındaki hukuki ilişkinin,

¹⁵⁷ YILMAZ, a.g.e., s.29-30; ERMAN, a.g.e.,s.124.

¹⁵⁸ YILMAZ, a.g.e., s.30; AŞÇIOĞLU, a.g.e., s.25.

¹⁵⁹ Bu konuda bakınız; TACİR, Hamide, Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı, XII Levha Yayınevi, İstanbul, 2011, s.107 vd.; AYAN, a.g.e., s.11; HAKERİ, a.g.e., s.98; İPEKYÜZ., a.g.e., s.27; Aydınlatma yükümlülüğü konusunda geniş bilgi için bakınız; KAYA, , a.g.e., s.45 vd.; KÖPRÜLÜ, a.g.e., s. 594; DOĞAN, Cahid, “Hastanın Aydınlatılması ve Rızasının Alınması”, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Girne- Amerikan Üniversitesi Sağlık Hukuku Sempozyum , 2-3 Mart Girne, Ankara-2010, s.125; AYAN, a.g.e., s.71. ÖZDEMİR, a.g.e., s.97; BORAN, age, s.97; ÇİLİNGİROĞLU, a.g.e., s.59; KAYA, Mine, Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü ve Kişilik Hakkı İlişkisi, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl 1, Cilt 1, Sayı 8, 2012.

¹⁶⁰ BAYRAKTAR, a.g.e., s.123.

müdahalenin hukuka uygunluğunun ve hekimin sorumluluğunun tespiti bakımından önemlidir ¹⁶¹. Aydınlatma yükümlülüğünün nihai hedefi hastanın müdahaleye rızasının alınmasıdır ¹⁶².

Aydınlatma yükümlülüğü, tıp biliminin konusu olarak müdahalenin başlaması ve yönlendirilmesinde etkin olduğu gibi, hukukun konusu olarak hekimin tıbbi müdahalesinin hukuka uygunluğu ve hekimin sorumluluğunun sınırını belirlemektedir. Aydınlatma yükümlülüğü ayrıca tıp etiğinin de konusu olup hekim hasta arasındaki ilişkide, hastalığı nedeniyle bedensel veya ruhsal yapısında bozulma olan hastaların her durumda gözetilmesi gereken haklarını, hekime sorumluluklar yükleyerek güvence altına alan tıp etiği 41. madde bakımından, hekimin mutlak yol göstericisidir¹⁶³. Tıbbi müdahaleye rıza gösteren hastanın hekim tarafından aydınlatılması rızanın geçerlilik şartıdır. Bu husus 1219 sayılı kanunun 70. maddesinde düzenlenmektedir.

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinin 14. maddesinin 2. fıkrasına göre, hekim ve dış hekimi, hastasına ümit vererek teselli eder. Hastanın maneviyatı üzerinde kötü etki yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimali bulunmadığı takdirde, teşhise göre alınması gereken tedbirlerin hastaya açıkça söylenmesi gerekmektedir. Ancak, hastalığın, vahim görülen akıbet ve seyirinin saklanması uygundur. Bu hüküm aydınlatma yükümlülüğünün gerekliliğini ve şartlarını vurgulamaktadır¹⁶⁴.

Hekimin, hastayı teşhis ve tedavi ile ilgili konularda aydınlatması gerekmektedir. Bu durumda hastanın genel durumu, konulan teşhis, hekim tarafından önerilen tedavi yöntemi, hekimin gerçekleştirmeyi düşündüğü tedavinin süresi, başarı şansı, riskleri, vereceği ilaçların kullanım şekli, yan etkileri, tedavinin reddedilmesi halinde ortaya çıkabilecek muhtemel tehlikelerin hastaya bildirilmesi gerekmektedir¹⁶⁵.

Amerika’da hasta hakları bakımından “bilgilendirilmiş onay doktrini” önemli bir bilgilendirme unsurudur. Bu doktrin, hastanın herhangi bir tedavi yöntemini kabul etmeden

¹⁶¹ ÖZPINAR, a.g.e., s.23.

¹⁶² KAYA, a.g.e., s 5.

¹⁶³ Aydınlatma yükümlülüğü ile ilgilenen bir başka dal ise iletişimdir. Torrey, aydınlatma yükümlülüğüne etik ve hasta hekim arasındaki iletişimdeki rolü perspektifinden bakar ve hasta ile hekim arasında etkin bir iletişimin kurulmasında aydınlatma yükümlülüğünün önemli bir yere sahip olduğunu belirtir. TORREY, Trishia, ”Effective Patient-Doctor communications-[http:// patients.about.com/ od/therightdoctorforyou / a/docpatientcomm.htm](http://patients.about.com/od/therightdoctorforyou/a/docpatientcomm.htm),s. 1 (09.04.2011) KAYA, a.g.e., s.56 dipnot 42’den naklen.

¹⁶⁴ YILMAZ, a.g.e., s.31.

¹⁶⁵ YILMAZ, a.g.e., s.31-32.

önce hekim tarafından açıkça ve tam olarak bilgilendirilmesini zorunlu kılmaktadır. Bilgilendirilmiş onay doktrini özellikle cerrahi müdahaleler, ağır ilaç tedavileri, risk taşıyan diagnostik prosedürler açısından önemlidir. Buradaki amaç, hastanın kendi tedavi sürecine katılmasını sağlamak ve “danışman hekim” modelini yaymaktır¹⁶⁶.

Aydınlatma yükümlülüğü hukukumuzda, Yargıtay kararlarında da irdelenmiştir. Bunlardan bilinen en eski ve kapsamlı karar, Yargıtay 4. HD.’nin 07.03.1977 gün, 6297/2541 sayılı kararıdır¹⁶⁷.

3.2.1. Aydınlatma Yükümlülüğünün Kapsamı

Aydınlatma yükümlülüğünün kapsamının belirlenmesinde bazı özel kanunlar istisna olmak üzere genel kurallar bulunmamaktadır. Somut olaya göre aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı genişleyip daralmaktadır¹⁶⁸.

2238 sayılı Kanununun 7. maddesinin a bendi, organ ve doku alacak hekimlerin vericiye organ ve doku alınmasının doğuracağı tehlikeler ile bunun tıbbi, psikolojik, sosyal ve ailevi sonuçları hakkında uygun bir biçimde ve ayrıntılı olarak bilgi vermeleri gerektiğini belirtmektedir. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinin 14. maddesinin 2. fıkrası da bu yönde bir düzenleme içermektedir. Belirtmek gerekir ki her ne kadar bu hükümde “teşhise göre alınması gereken tedbirlerin açıkça söylenmesi” hekime yüklenen görevler arasında sayılsa da bunu hastalığın tedavisi ve teşhisi ile ilgili tüm bilgilerin açıklanması olarak anlamak gerekmektedir¹⁶⁹.

Hekimin, hastalığın teşhis ve tedavisini nasıl yapacağı, hangi tedavi yöntemini neden uygulayacağı, müdahale esnasından ve sonrasında ortaya çıkabilecek komplikasyonların neler olabileceği ile müdahalenin yarar ve zararları hakkında hastasını sağlıklı karar verebilecek ölçüde aydınlatması gerekmektedir¹⁷⁰.

¹⁶⁶ GÜNDAY, a.g.e., s.29.

¹⁶⁷ Anılan kararda, davacının davalı hekimin muayenesi sırasında kızlığını bozması üzerine manevi tazminat davası açması ve yerel mahkemece davanın reddi üzerine, aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirildiğini ispat yükünün hekime ait olduğu ve tıp bilimine uygun olarak tüm veri ve sonuçların hastaya anlayacağı biçimde anlatılmasının gerekli olduğuna vurgu yapılmıştır.

¹⁶⁸ YILMAZ, a.g.e., s.34; ERMAN, s.110.

¹⁶⁹ YILMAZ, a.g.e., s.34.

¹⁷⁰ YILMAZ, a.g.e., s.34.

Hastanın herhangi bir saikle aydınlatılma teklifini reddetmesi durumunda, Alman Federal Mahkemesinin kararına göre, hastanın feragat iradesini açıkça belirtmiş olması ve tüm karar sürecini hekimine bırakmış olduğunun kesin bir şekilde ispatlanması aranmaktadır¹⁷¹. Yılmaz'a göre, aydınlatmayı reddedip sözleşmenin devam etmemesi konusunda herhangi bir girişimde bulunmayan hasta, hekimin yapacağı tedaviyi kabul etmiş sayılmalıdır¹⁷².

Estetik amaçlı tıbbi müdahalelerde genel anlamıyla tıbbi bir zorunluluk olmadığından tıbbi müdahalenin taşıdığı tehlike ile söz konusu tıbbi müdahale neticesinde alınacak sonuç, hekim tarafından iyice araştırılıp, hasta, bu konuda detaylı bir biçimde bilgilendirilmelidir¹⁷³.

3.2.2. Aydınlatma Yükümlülüğünün İstisnaları

3.2.2.1. Hastanın İstememesi

Hastanın, hekimden hastalığı ve tedavisi hakkında aydınlatma istememesi halinde, hekimin aydınlatma yükümlülüğü ortadan kalkar¹⁷⁴. Ancak, aydınlatılmaktan vazgeçme iradesi açıkça ve duraksamaya yer vermeyecek şekilde ortaya konulmalıdır. Hastanın aydınlatılmadan vazgeçmesi bir sorumsuzluk anlaşması olarak yorumlanamaz. Vazgeçmenin haklı ve inandırıcı nedenlere dayanması gerekmektedir.¹⁷⁵

3.2.2.2. Tehlike Olasılığının Ender Olarak Gerçekleşmesi

Tehlikenin ender olarak gerçekleşmesi ve somut olaydaki tıbbi müdahale bakımından meydana gelme olasılığının düşük olması ya da tıp biliminde henüz ispat edilememiş veya tıbbi müdahale öncesinde öngörülme olanağı bulunmayan tehlikeler ile tehlikenin aynı durumda anlayışlı, akli başında bir hastanın vereceği karara etkili olmaması ve tehlikenin normal ve önemsiz bulunması durumunda aydınlatma yükümlülüğü bulunmamaktadır¹⁷⁶.

¹⁷¹ YILMAZ, a.g.e., s.34.

¹⁷² YILMAZ, a.g.e., s.34.

¹⁷³ GÜNDAY, a.g.e., s.15.

¹⁷⁴ ÇİLİNGİROĞLU, age.,s.67.

¹⁷⁵ YILMAZ, a.g.e., s.35; AŞÇIOĞLU, age.s.34.

¹⁷⁶ YILMAZ, a.g.e., s.35; AŞÇIOĞLU, age.s.34.

3.2.2.3. Hastanın Bilgisinin Bulunması

Yapılacak tıbbi müdahalenin hastanın uzmanlık alanı olması veya hastanın daha önceden başka bir hekim tarafından aydınlatıldığı durumlarda hekimin aydınlatma görevi olmamalıdır. Ancak, hastayla ilgili özel bir durumun varlığı halinde hekimin aydınlatma yükümlülüğünün olduğu kabul edilmektedir.¹⁷⁷

3.2.2.4. Hastanın Aydınlatılması ile Sağlığının ve Yaşamının Ciddi Bir Tehlikeye Düşmesi Hali

Hastanın zorunlu olan tedaviden vazgeçeceği ya da korkuya kapılık tedaviyi olumsuz olarak etkileyeceği durumlarda, hekimin aydınlatma yükümlülüğünün bulunmaması gerekir.¹⁷⁸

3.2.2.5. Zorunluluk

Hastanın tıbbi müdahale esnasında kendisine yapılacak açıklamaları anlayamayacak veya değerlendiremeyecek olması durumunda hekimin aydınlatma yükümlülüğünün kalktığı kabul edilmektedir. Bu hallerde hastanın rızasını almak da mümkün olmadığından tıbbi müdahale; hastanın rızası olmaksızın ancak, onun hayati tehlikeyi atlmasına yarayacak ve akabinde sağlıklı olarak rıza beyanında bulunabilmesini sağlayacak bir sürece kadar gerçekleştirilmelidir.¹⁷⁹

Bu gibi tıbbi zorunluluk bulunduğu hallerde hekim, hastanın yararına ve onun muhtemel rızasına uygun davrandığından, yapılacak tıbbi müdahale vekaletsiz iş görme hükümleri çerçevesinde hukuka uygun sayılmalıdır.¹⁸⁰

Tıbbi zorunluluğun gerektirdiği müdahaleler iki şekilde ortaya çıkabilir. Birincisinde, hekimin hastaya müdahale bulunması “zaruret hali” sebebiyle ortaya çıkabilir. Bu halde genellikle bilinç kaybına uğramış, hayati tehlikesi bulunan ve derhal tıbbi müdahalede bulunulması gereken bir hasta bulunmaktadır. Buradaki acil durum, mevcut fiili durumdan

¹⁷⁷ YILMAZ, a.g.e., s.35; AŞÇIOĞLU, age.s.34.

¹⁷⁸ YILMAZ, a.g.e., s.35; AŞÇIOĞLU, age.s.34.

¹⁷⁹ YILMAZ, a.g.e., s.36; ÇİLİNGİROĞLU, age., s.68.

¹⁸⁰ YILMAZ, a.g.e., s.36.

kaynaklanmaktadır. İkincisi, ameliyatın genişletilmesi zorunluluğunun ortaya çıkmasıdır. Hastanın anestezi altına alınması ve ameliyata başlanmasından sonra ameliyatın genişletilmesi ya da hasta ile kararlaştırıldan tamamen farklı bir ameliyat şeklinin uygulanması, tıbbi bir zorunluluk olarak ortaya çıkabilir¹⁸¹.

Kural olarak, ameliyatın genişletilmesi veya değiştirilmesi için de hastanın rızasının alınması gerekmektedir. Ancak, ameliyat esnasında anestezi nedeniyle hastanın bilinci yerinde olmadığından, hastanın aydınlatılması ve rızasının alınması mümkün değildir. Bu hallerde tıbbi zorunluluk nedeniyle tıbbi müdahalenin genişletilme veya değiştirilmesi hukuka uygun kabul edilmektedir. Ancak, tıbbi zorunluluk nedeniyle yapılan müdahalenin hukuka uygun sayılabilmesi için iki şartın varlığı aranmaktadır.

Bunlar;

- Hastadan veya kanuni temsilcisinden tıbbi müdahaleye ilişkin bir rıza açıklamasının alınması fiilen mümkün olmamalıdır. Ameliyatın genişletilmesi halinde, önceden tahmin edilebilir bir genişleme söz konusu olduğu hallerde hastanın bu konudaki rızası ameliyata girmeden önce alınmış olmalıdır. Bunun yanı sıra, genişletilmenin önceden tahmin edilmesi mümkün olmamakla birlikte uygulanmaması hayati bir tehlike teşkil etmiyor ve üstelik beraberinde önemli bir tehlike getiriyorsa, ameliyatın durdurulması ve hastanın rızasının alınması gerekmektedir¹⁸².

- Somut olayda, kişiye tıbbi müdahalede bulunulmadığı takdirde hasta açısından daha sonra telafisi güç zararların ortaya çıkabilecek olmasıdır¹⁸³.

Bu iki şartın varlığı halinde hastanın rızasının var olduğu kabul edilerek tıbbi müdahale gerçekleştirilir. Zira bu halde hasta ile hekim arasındaki ilişkide hukuki nitelik açısından “vekaletsiz iş görme” hükümlerinin uygulanacağını kabul etmek mümkündür.

Sonuç olarak; bu hallerde, ölçü olarak rızanın açıklanmasını beklemek üzere müdahalenin geciktirilmesi ya da kesilmesi halinde hastanın geri dönüşümü olmayan ağır bir zarar görme riski ile karşı karşıya kalacak durumda olması gerekmektedir. Bu nedenle, tıbbi müdahalenin geciktirilmesi veya kesilmesi hallerinde hasta için hayati öneme sahip bir zararın doğmasının

¹⁸¹ YILMAZ, a.g.e., s.36.

¹⁸² YILMAZ, a.g.e., s.37.

¹⁸³ YILMAZ, a.g.e., s.37.

söz konusu olmamasına rağmen rıza olmaksızın tıbbi müdahaleye girişilmesi ya da devam edilmesi hukuka aykırı nitelik taşımaktadır. Hukuka aykırı tıbbi müdahalede bulunulması ise kişilik haklarına saldırı niteliği taşıdığından, uğranılan zarardan hekim sorumlu olacaktır (MK 23)¹⁸⁴. Gerçekten başkasının işini görmek amacıyla hareket edip, o kişinin yararına veya muhtemel iradesine uygun davranışta bulunmak amacıyla vekaleti olmaksızın başkası adına iş gören kişinin fiili de hukuka uygunluk nedenlerinden bir sayılır. Zira, hastanın onayını almanın mümkün olmadığı tıbbi zorunluluk durumlarında, hekimin tıbbi müdahalede bulunma nedeni, hastanın hayati tehlikeyi atlattırması ve sağlığına kavuşması, yani hastanın menfaatlerine uygun davranılmasıdır¹⁸⁵.

3.2.2.6. Tıbbi ve İnsani Nedenlerle Hastanın Aydınlatılmadığı Durumlar

Hastanın yaşam ve sağlığının ciddi tehlike altında olmasıdır¹⁸⁶.

3.3. Aydınlatma ile Yükümlü Olanlar

Hastanın rızasının hukuka uygun olarak alınmış sayılması için hastayı aydınlatması gereken kimse, tıbbi müdahalede bulunacak olan hekimdir. Tıbbi müdahalede bulunacak olan hekim bu yükümlülüğü başka bir hekime bırakamaz¹⁸⁷. Ekip halinde yapılacak tıbbi müdahalelerde hastayı aydınlatma yükümlülüğü sorumlu hekimindir¹⁸⁸. Hastanın iş bölümü içerisinde birden çok hekimle ilişkisi bulunması durumunda, hekimlerden her biri hastayı aydınlatmakla yükümlüdür¹⁸⁹.

3.3.1. Aydınlatılacak Kişi

Aydınlatılacak kişi, kural olarak, hastanın kendisidir. Ancak, ağır ve tehlikeli sonuçların söz konusu olduğu durumlarda hastanın yakınlarına da bilgi verilmelidir¹⁹⁰. Zorunlu nedenlerle

¹⁸⁴ YILMAZ, a.g.e., s.37-38; ÇEKER, Mustafa Tıbbi Müdahalede Hukuka Uygunluk Sorunu, Hukukçular Rehberi, www.adalet.org

¹⁸⁵ YILMAZ, a.g.e., s.38.

¹⁸⁶ YILMAZ, a.g.e., s.38.

¹⁸⁷ YILMAZ, a.g.e.,s 40.

¹⁸⁸ YILMAZ, a.g.e., s.40-41.

¹⁸⁹ YILMAZ, a.g.e., s.41; AŞÇIOĞLU, s.39.

¹⁹⁰ AŞÇIOĞLU, a.g.e.,s.40; YILMAZ, a.g.e., s.41.

hastanın aydınlatılmadığı veya az aydınlatıldığı durumlarda hasta yakınlarına yapılacak aydınlatma kapsamlı olmalıdır¹⁹¹.

Küçükler üzerinde yapılacak tıbbi müdahalelerde kural olarak veli aydınlatılmalıdır. Ancak, ayırt etme gücüne sahip küçüğün de aydınlatılması gerekmektedir¹⁹².

Akıl zayıflığı dışında vesayet altında alınan kişiler kendilerine uygulanacak tıbbi müdahaleye rıza gösterebileceklerinden aydınlatma kendilerine yapılmalıdır¹⁹³.

3.3.2. Aydınlatmanın İspatı

Somut olaydan kendi lehine haklar çıkaran taraf, bu iddiasının dayanağını oluşturan vakayı ispat etmekle yükümlüdür. Ancak, hasta ile hekim ilişkisinde güçsüz olan tarafın hasta olduğu göz önüne alınacak olursa ispatın hekime yüklenmesi çoğu kez mümkün görülmektedir.

Bu nedenle hekimin, her ne kadar yasal bir şekilde şartı öngörülmemiş ise de, önce hastasını yazılı olarak aydınlatması ve hemen ardından da yine yazılı bir biçimde rızasını alması sorumluluktan kurtulması açısından önemlidir.

Tıbbın tüm branşlarında olduğu gibi Estetik Cerrahi operasyonlarda da operasyon öncesinde alınması gereken ve yapılacak müdahalenin "olmazsa olmaz" olan Aydınlatılmış Onam Belgesinin önemi son derece büyüktür.

3.4. Tıp Hukuku ve Estetik Cerrahi Bakış Açısı ile Aydınlatılmış Onam Kavramı

Genel olarak aydınlatılmış onam formunda; ortaya çıkabilecek her durum tüm ayrıntıları ile akılda herhangi bir şüpheye yer bırakmayacak şekilde anlatılarak hasta aydınlatılmalı ve bu konuda onam yani rıza alınmalıdır¹⁹⁴.

Aydınlatmanın genel özelliklerine bakacak olursak; aydınlatma kişisel olmalıdır (custom made informed form) bu nedenle matbu aydınlatmadan kaçınmak gerekir. Endikasyon bulunmasına, hastanın aydınlatılması ve rızasının alınmasına, müdahalenin hekim tarafından yapılmasına rağmen, müdahale; özensiz, dikkatsiz ve tıp biliminin gereklerine aykırı olarak

¹⁹¹ AŞÇIOĞLU, a.g.e.,s.40; YILMAZ, a.g.e., s.41.

¹⁹² AŞÇIOĞLU, a.g.e.,s.40; YILMAZ, a.g.e., s.41.

¹⁹³ AŞÇIOĞLU, a.g.e.,s.40; YILMAZ, a.g.e., s.41.

¹⁹⁵ AŞÇIOĞLU a.g.e. s.40; YILMAZ. a.g.e. s.41.

yapılmışsa, hekimin faaliyeti hukuka aykırı olacak ve gerek tazminat hukuku gerekse de ceza hukuku açısından sorumluluk ortaya çıkacaktır.

Aydınlatma bizzat hekim tarafından yapılmalıdır. Zira, hasta aklına takılan her soruyu ameliyatını yapacak hekime bizzat sorabilmelidir. Hemşirenin aydınlatma yükümlülüğü yoktur.

Her ne kadar aydınlatma ve rızanın yazılı olma koşulu bulunmamaktaysa da, aydınlatma ve rızanın yazılı olması, ispata ilişkin nedenlerden dolayı hekime tavsiye edilmektedir.

Kişi neye rıza gösterdiğini bilmeli, sonra onay vermelidir. Aydınlatma hastanın sosyal ve eğitim düzeyi de dikkate alınarak, kişinin anlayabileceği bir şekilde yapılmalıdır.

Aydınlatılmış onam veya rıza, hukukumuzdaki eser sözleşmeleri ile ilgili Yargıtay içtihatlarında da önemle vurgulanan bir kavramdır.

Yargıtay bir kararında; *"davalı doktorun (Estetik Cerrah'in) yükümlülükleri BK'nın 356 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir."* *Davalının en önemli yükümlülüğü davacıların istedikleri şekilde estetik ameliyatları gerçekleştirmesidir. Davacıların (Hastaların) istedikleri şekilde estetik ameliyatlarının gerçekleştirilmesi mümkün değilse, davalı doktorun (Estetik Cerrah'in) bu konuda öncelikle davacıları uyarma yükümlülüğü bulunmaktadır. Gerekli uyarının yapıldığının davalı (Estetik Cerrah) tarafından ispatlanamadığı"* şeklinde karar vermiştir¹⁹⁵. Görüldüğü üzere bu uyuşmazlıklarda Yargıtay, kurulan hükmü bozarken aydınlatmanın yapılmadığı ve bu konunun dava sürecinde savunulmadığına dikkat çekmiştir.

Kural olarak: Tek başına aydınlatma ve rıza hekimi sorumluluktan kurtarmaz, aydınlatma, rıza, doğru teşhis, tedavi ve takip birlikte olmalıdır. Aydınlatılmış onam, tabanca ruhsatına benzer silah taşıma hakkı gibi sadece hastaya el sürme hakkı verir. Tabanca ruhsatınız var diye istediğiniz yerde silah çekip ateş edemediğiniz gibi, aydınlatılmış onam formunuz var diye de şartlara, duruma ve tıba uygun olmayan bir müdahaleyi yapma hakkı elde edemezsiniz.

Estetik cerrahi operasyonlardan sonra ortaya çıkan uyuşmazlıklarda hekimin ispat külfeti açısından aydınlatılmış onam formunun mevcudiyeti son derece önemli olup, bu formun yazılı olması da hekime tavsiye edilmektedir.

¹⁹⁵ Y.15.HD. Esas no: 2008 / 969 Karar no: 2008 / 6813 (Kazancı Bilgi Bankası-www.kazanci.com).

4. Hekimin Sadakat ve Özen Borcu

BK m.506 /II ye göre; Vekil üstlendiği iş ve hizmetleri, vekalet verenin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle yürütmekle yükümlüdür¹⁹⁶. Hekimin özen yükümlülüğü objektif özen yükümlülüğü ve şahsi özen yükümlülüğü olarak ikiye ayrılmaktadır. Objektif özen yükümlülüğünde hekim, kişisel olarak becerilerinden değil hekimlik mesleğinin standartlarına göre değerlendirilecektir. Hekim, ortalama standartlara uygun olarak davranmakla yükümlüdür. Ortalama standart ise, daha önceden belirlenmiş ülkesel standart ve çağdaş tanı ve tedavi yöntemlerinin uygulanmasıdır. Ancak, bu husus değerlendirilirken hekimin görev aldığı hastane ve bulunduğu coğrafi bölgenin özelliklerinin de göz önüne alınması gerekmektedir; aksi halde yapılan değerlendirme hakkaniyete aykırı olur¹⁹⁷. Nitekim Amerika'da yapılan çalışmalar her hastaneye ayrı standart getirmek şeklindedir. Sağlanması gereken standart ise hastanenin standardı ile ülke genelindeki standardın oranlanması ile bulunur¹⁹⁸.

Şahsi özen de ise makul davranış oranı belirlenir, hekimin daha önceki tedavilerdeki başarı grafiği göz önüne alınır. Buna göre hekim daha önceki tedavilerde yüksek başarı grafiği elde etmiş ise artık özen borcu da artmış olmaktadır¹⁹⁹.

Tıptaki hızlı gelişmelere paralel olarak tedavi yöntem ve metodları da değişmektedir. Hekimin bu metodlardan hangisini uygulayacağına tam olarak karar vermesi her zaman mümkün değildir. Ancak, hekim hastasının yararına olanı seçmek zorundadır. Tedavi yönteminin risk veya sonuçları hekim tarafından tamamen bilinmeli ve hastaya bunlar anlatılmalıdır²⁰⁰.

¹⁹⁶ Kazancı bilgi bankası-www.kazanci.com

¹⁹⁷ GÜNDAY, a.g.e., s.112.

¹⁹⁸ WEILER. Paul C./ HITATT, HOWARD H. //NEWHOUSE, Joseph P./ JOHNSON. William. G./ BRENNAN. Troyen A./ LEAPE, Lucion, L. , Measure of Malpractice, Harvard University, London 1993.

¹⁹⁹ GÜNDAY, a.g.e., s.112.

²⁰⁰ HAKERİ, Hakan Tıp Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2012, s.189.

5. Hekimin Kayda Geçirme (Arşivleme) Borcu

Her hekim gibi, estetik cerrahın da, tedavisini üstlendiği hastaya ilişkin bilgileri düzenli bir şekilde kayda geçirme ve bu kayıtlarla birlikte diğer belgeleri saklama yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu, sözleşmesel olduğu kadar, mesleki de bir yükümlülüktür²⁰¹. Bu kayıtlar tutulurken, hastalığın tam bir geçmişi, teşhis, tedavinin seçimi, icrası ve iyileşme süreci, hastanın bireysel özellikleri, taburcu olma durumu ve ilgili diğer bilgiler yazılmalıdır.

Hekim, aynı zamanda, tedavi faaliyeti süresince tuttuğu veya kendisine hasta tarafından verilen belge ve kayıtları özenle saklamakla yükümlüdür. Bu borcun yerine getirilmesinde üzerinde durulması gereken ikinci önemli konu, tedavi sözleşmesi ortadan kalktıktan sonra bu kayıt ve belgelerin ne olacağıdır. Bu durum, İsviçre Hukukunda vekilin hesap verme yükümlülüğü başlığı altında incelenmektedir.²⁰² Borçlar Kanunu'nun 508/I madde hükmüne göre; vekil vekalet verenin istemi üzerine yürüttüğü işin hesabını vermek ve vekaletle ilişkili olarak aldıklarını vekalet verene vermekle yükümlüdür.

Doktrinde; bu konudaki belgelerin hasta veya hekimin mülkiyetinde bulunmalarına göre ikili bir ayırım yapılmakta, hastanın mülkiyetindeki belgelerin özenle saklanıp geri verilmesi gerektiği, hekimin mülkiyetindeki belgelerin ise hekime ait olduğu ileri sürülmektedir²⁰³. Hastanın hekime ait kayıtları görme hakkı veya devrini talep etme hakkı olup olmadığı ise doktrinde tartışmalıdır. Sadece, estetik cerrahın çıkarının bulunduğu kayıt ve belgelerin, hastaya gösterilmesi veya geri verilmesi zorunlu olmadığı ağırlıklı görüştür²⁰⁴.

6. Hekimin Sır Saklama Borcu

Sır saklama borcu, Borçlar Kanunu'nda vekalet sözleşmesine ilişkin hükümler arasında açık olarak düzenlenmemiş olup, sadakat borcuna dayanarak hekim için sır saklama borcunun

²⁰¹ AYAN, a.g.e.,s.95. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bakınız; AYAN, a.g.e.,s.95 vd; ÖZDEMİR, a.g.e.,s.132 vd.; PETEK, a.g.e.,s.212 vd;

²⁰² AYAN, a.g.e.,s.96.

²⁰³ AYAN, a.g.e.,s.96; ÖZDEMİR, a.g.e.,s.134; PETEK, a.g.e.,s.200..

²⁰⁴ AYAN, a.g.e.,s.95, 97; HANCI, a.g.e.,s.160; YAVUZ İPEKYÜZ, a.g.e.,s.111-112; ÖZDEMİR, a.g.e.,s.135; ARI, a.g.e.,s.32; ONARAN, a.g.e.,s.288-289; ÖZTÜRKLER, a.g.e.,s.97. PETEK, a.g.e.,s.213

varlığı kabul edilmektedir. Aynı zamanda, tıbbi müdahaleye ilişkin düzenlemelerde bu yükümlülük yer almaktadır. Hekim, tedavi faaliyeti sırasında öğrendiği hastaya ait sırları gizli tutup, üçüncü kişilere açıklamamakla yükümlüdür. Buna hekimin sır saklama borcu denmektedir²⁰⁵. Bu borcun dayanağı, kişilik hakkının korunma amacına yönelik, Anayasa'nın 17. maddesi ve Medeni Kanun'un 24. maddesinin bir sonucu olduğu gibi, aynı zamanda, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi, Hasta Hakları Yönetmeliği, Hekimlik Meslek Etiği Kuralları ve Türk Ceza Kanunu gereğidir.

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nde yer alan, "Tabip ve dış tabibi, meslek ve sanatının icrası vesilesiyle muttali olduğu sırları, kanuni mecburiyet olmadıkça, ifşa edemez" hükmü ile hekimin sır saklama borcu açık olarak düzenlenmiştir (m.4/I).

Hasta Hakları Yönetmeliğinin "Mahremiyete saygı gösterilmesi" başlığını taşıyan 21. maddesine göre hastanın mahremiyetine saygı gösterilmesi esastır. Hasta, mahremiyetinin korunmasını açıkça talep de edebilir. Bu maddede her türlü tıbbi müdahalenin, hastanın mahremiyetine saygı gösterilmek suretiyle icra edileceği düzenlenmiştir. Aynı yönetmeliğin "bilgilerin gizli tutulması" başlığını taşıyan 23. maddesinde sır tutma yükümlülüğü ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Bu hükme göre; sağlık hizmetinin verilmesi sebebiyle edinilen bilgiler, kanun ile müsaade edilen haller dışında, hiçbir şekilde açıklanamaz. Kişinin rızasına dayansa bile, kişilik haklarından bütünüyle vazgeçilmesi, bu hakların başkalarına devri veya aşırı şekilde sınırlandırılması neticesini doğuran hallerde bilginin açıklanması bunları açıklayanın hukuki sorumluluğunu kaldırmaz. Hukuki ve ahlaki yönden geçerli ve haklı bir sebebe dayanmaksızın hastaya zarar verme ihtimali bulunan bilginin ifşa edilmesi, personelin ve diğer kimselerin hukuki ve cezai sorumluluğunu da gerektirir. Araştırma ve eğitim amacı ile yapılan faaliyetlerde de hastanın kimlik bilgileri, rızası olmaksızın açıklanamaz.

Türk Tabipler Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kurallarında da "Sır saklama yükümlülüğü" ve sınırları düzenlenmiştir. 9.kurala göre; Hekim, hastasından mesleğini uygularken öğrendiği sırları açıklayamaz. Hastanın ölmesi ya da o hekimle ilişkisinin sona ermesi, hekimin bu yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz. Hastanın onam vermesi ya da sırrın saklanması hasta ya da öteki insanların yaşamını tehlikeye sokması durumunda, hastanın kişilik haklarının zedelenmemesi koşuluyla, hekim bu sırrı saklamakla yükümlü değildir. Yasal zorunluluk

²⁰⁵ AYAN, a.g.e.,s.97.

durumlarında hekimin rapor düzenlemesi de, meslek sırrının açıklanması anlamına gelmez. Hekim tanık ya da bilirkişi olarak mahkemeye çağrıldığında olayın meslek sırrı olduğunu ileri sürerek bu görevlerinden çekilebilir²⁰⁶.

Türk Ceza Kanunu bu hükmün ihlalini suç olarak düzenleyerek teminat altına almıştır. Ceza Kanunu'nun 239. madde hükmüne göre; Sıfat veya görevi, meslek veya sanatı gereği vakıf olduğu müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgeleri yetkisiz kişilere veren veya ifşa eden kişi, şikayet üzerine, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Bu bilgi veya belgelerin, hukuka aykırı yolla elde eden kişiler tarafından yetkisiz kişilere verilmesi veya ifşa edilmesi halinde de bu fıkraya göre cezaya hüküm olunur. Bu hükme göre, estetik cerrah da, sıfatı veya görevi, meslek veya sanatı gereği müşteri sırrına vakıf olan kişilerdendir ve bu hükümler gereği hastasına ait sırları gizli tutup açıklamamak yükümlülüğü altındadır²⁰⁷.

Tedaviden beklenen amaca ulaşılabilmesi için gerekli olan, hasta ile hekim arasındaki zorunlu güven ilişkisi hastaya ait sırların saklanması gerektirir. Sır saklama borcu anlamında sır, açıklanmamasında hastanın menfaati bulunan her şeydir ve kural olarak bütün üçüncü kişilere karşı geçerlidir²⁰⁸. Hekimin aleyhine hastalar tarafından açılmış davalarda ve kendini savunmak gibi haklılık taşıyan durumlarda veya hastanın rızası hallerinde istisnai olarak sır saklama yükümlülüğü ortadan kalkabilir²⁰⁹. Sır saklama borcu, tedavi sözleşmesinin ortadan kalkmasından, hatta hastanın ölümünden sonra da devam eder²¹⁰.

7. Sözleşmenin Sona Ermesi

Estetik cerrah ile hasta arasındaki sözleşmenin sona ermesinde vekalet sözleşmesinin sona erme hükümleri esas alınır. Sözleşmenin sona ermesinde beklenen hal, her iki tarafın da, borçlarını sözleşmeye uygun olarak ifa etmesi; yani, estetik cerrahın sözleşmeye uygun olarak estetik ameliyatı gerçekleştirilmesi ve hastanın da bunun karşılığında ücreti ödemesidir.

Estetik cerrahın ölmesi veya tedaviyi yapılacak ameliyatı yürütemeyecek duruma gelmesi halinde tedavi ve yapılacak ameliyat estetik cerrahın özel becerisini gerektirdiğinden ve

²⁰⁶ http://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com_content&task=view&id=65&Itemid=31.

²⁰⁷ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bakınız DONAY, Meslek Sırrı, a.g.e.,s.93; AYAN, a.g.e.,s.97 vd; ÖZDEMİR, a.g.e.,s.136 vd.

²⁰⁸ Ayrıntılı bilgi için bakınız AYAN, a.g.e.,s.98.

²⁰⁹ Örnekler için bakınız AYAN, a.g.e.,s.99 ;

²¹⁰ DONAY, a.g.e.,s.410.

sözleşme onun kişiliğine bağlı olarak yapıldığından, sözleşme ifa imkansızlığı nedeniyle kendiliğinden sona erer (BK.m.513).

Sözleşme, estetik cerrahinin, hastaya bağlı olarak gerçekleştirilen bir cerrahi müdahale şekli olması sıfatıyla, hastanın ölümü veya hasta açısından ortaya çıkan nedenlerle ameliyatın yapılmasının olanaksız hale gelmesinde sona erer.

Bu haller dışında, "vekalet veren ve vekil, her zaman sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirebilir" hükmüne göre, sözleşmenin cerrah veya hasta tarafından tek taraflı olarak sona erdirilmesi mümkündür. Ancak, uygun olmayan zamanda sözleşmeyi sona erdiren taraf, diğerinin bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür (TBK m.512).

Bunlar dışında, iki taraftan birinin borcunu yerine getirmekte gecikmesi durumunda da, Borçlar Kanunu'ndaki kurallara uyararak (BK.m.106-108) öteki tarafın sözleşmeyi haklı sebeple feshetmesi mümkündür²¹¹.

§ 6.VEKALETSİZ İŞ GÖRME SÖZLEŞMESİ

Vekaletsiz iş görme ilişkisi, bir kimsenin başkasına ait bir işi o işi yapmaya yetkili olmadığı halde, kendi ya da iş sahibinin yararına yapmak üzere, başkasının işini görme iradesiyle hareket etmesidir²¹².

Hasta ile hekim arasında bir sözleşme ilişkisi kurulmamış ya da haksız eylemden doğan sorumluluğun koşulları gerçekleşmemiş olsa bile, hekimin hastaya tıbbi müdahalede bulunması durumunda, vekaletsiz iş görmeden kaynaklanan hukuksal sorumluluğu ortaya çıkabilir²¹³. Yine var olan bir sözleşmenin şartlarının hekim tarafından zorunluluk nedeniyle genişletilmesi de hekimin vekaletsiz iş görme kapsamında sorumluluğunun doğmasına neden olmaktadır²¹⁴. Özellikle, zaruret hali içinde bulunan bir hastanın hayatını kurtarmak veya ağır bir zarara uğramasını engellemek için tıbbi müdahalede bulunan hekimin hukuki sorumluluğu ya da hastanın açık veya zımni iznini alma olanağının bulunmadığı bir ameliyat esnasında

²¹¹ Sona erme sebepleri hakkında bakınız. TANDOĞAN, age.,s.316 vd.; DURDU, age.,s.86-87; ARI, age.,s.37; DEUTCH, Erwin: Arztrecht und Arzneimittelrecht, 2. Auflage, Berlin 1991, s.39-40.

²¹² TANDOĞAN, Borçlar Özel, s.675; KICALIOĞLU, a.g.e., s.183.

²¹³ KICALIOĞLU, a.g.e., s.154.

²¹⁴ ÖZTÜRKLER, age., s.191; GÜNDAY, a.g.e, s.10.

cerrahi müdahalenin genişletilmesi zorunluluğunun ortaya çıktığı sırada hekimin hukuki sorumluluğu, vekaletsiz iş görme hükümlerine dayanmaktadır²¹⁵.

Estetik Cerrahi alanında, acil durumlarda tıbbi müdahalede bulunan hekimin vekaletsiz iş görme kapsamında hukuki sorumluluğunun doğması pek karşılaşılan bir durum değildir.

Hekim ile hasta arasında bir hukuki ilişki kapsamında uygulanan tıbbi müdahale esnasında hekim, tıp mesleğinin standartlarında önceden tahmin edilemeyen yeni bir tıbbi müdahale uygulanmasını veya uygulanan tıbbi müdahalenin genişletilmesini gerekli görür ve bu tıbbi müdahale için hastanın rızasının alınması mümkün olmazsa (hastanın anestezi altında olması veya hastanın şuurunun kapalı olması halleri) hekimin bu tıbbi müdahaleyi uygulamasının hukuka uygun olması için gereken şartlar şunlardır²¹⁶;

- Zorunlu olarak genişletilen tıbbi müdahalenin, hastanın aslında rıza göstermiş olduğu tıbbi müdahalenin risklerinden daha önemli ve büyük riskler taşımaması gerekmektedir,
- Gecikmenin doğuracağı tehlikeler nedeniyle, hastanın rızasının alınmasının mümkün olmaması gerekir,
- Önemli organların genişletilmiş müdahale ile alınması caiz değildir, ancak, böyle bir müdahalenin uygulanmaması bir ölüm tehlikesi ile zorunlu olmamalıdır.

Bu şartların varlığı halinde hekim, hastanın birinci tıbbi müdahale için göstermiş olduğu rızanın ikinci tıbbi müdahaleyi de kapsadığını da farz ederek ikinci tıbbi müdahale açısından vekaletsiz iş gören sıfatı ile sorumlu olacaktır²¹⁷.

²¹⁵ ŞENOCAK, a.g.e., s.105; YILMAZ, a.g.e., s.112; KICALIOĞLU, a.g.e., s.154.

²¹⁶ YILMAZ, a.g.e., s.112; GÜNDAY, a.g.e., s.13.

²¹⁷ GÜNDAY, , a.g.e., s.13; YILMAZ, , a.g.e., s.112.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ESTETİK CERRAHIN HUKUKİ SORUMLULUĞU

§ 7. SÖZLEŞME İLİŞKİSİNDEN DOĞAN SORUMLULUK

Cerrahın, sözleşme ilişkisinden doğan veya sözleşmeye dayanan sorumluluğunun ortaya çıkmasının şartları; 1.Sözleşme ilişkisinin varlığı ve geçerliliği, II. Sözleşmesel yükümün ihlali, III. Tıbbi kusurlu eylem, IV. Zarar, V. Tıbbi kusur ile zarar arasında nedensellik bağı olmak üzere beş tanedir²¹⁸. Bu unsurlar estetik cerrah ile hasta arasında kurulmuş olan sözleşme ve özellikleri dikkate alınarak incelenecektir.

I. SÖZLEŞME İLİŞKİSİNİN VARLIĞI VE GEÇERLİLİĞİ

Hekimin sözleşmeye dayanan sorumluluğunda, öncelikli olarak hekim ve hasta arasında geçerli şekilde kurulmuş bir tedavi sözleşmesi mevcut olmalıdır. Bu sözleşme hukuki niteliği itibariyle vekalet sözleşmesidir.

Hekim tarafından uygulanan tedavi yüzünden zarar gören hastaya karşı hekimin sorumluluğu, esas olarak, aralarında geçerli olarak yapılmış olan bu sözleşmeye dayanır. Sözleşmenin varlığını ispat yükü hastanın üzerindedir.²¹⁹ Hekimin sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerinden en az biri ihlal edilmiş olmalıdır ve ihlali hasta ispatlamak zorundadır²²⁰.

²¹⁸ AYAN, , a.g.e., s.63.

²¹⁹ AYAN, , a.g.e., dipnot 97 den naklen., s.63.; YILMAZ, Battal: Açıklamalı-İçtihatlı Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007; KARAGÖZ, Havva, Sağlık Çalışanlarının Özel Hukuk Sorumluluğu II, 21 Aralık 2013, Özyeğin Üniversitesi Sağlık Hukuku Sertifika Programı, İstanbul 2013.

²²⁰ AYAN, , a.g.e., dipnot 98 den naklen., s.63; ÜNVER, Yener, Tıbbi Uygulama Hataları, Komplikasyon ve Sağlık Mensuplarının Sorumluluğu, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2008; SAVAŞ, Halide, Tıbbi Müdahale Hataları, Seçkin Yayınevi, İstanbul,2013.

II. SÖZLEŞMESEL YÜKÜMÜN İHLALİ

Hekimin sözleşmeye dayanan sorumluluğunun ortaya çıkabilmesi için gerekli ikinci şart, sözleşmenin ihlalidir. İhlal, genel olarak, sözleşmeden doğan yükümlülükleri ifa edilmemesi veya gereği gibi ifa edilmemesi şeklinde ortaya çıkar. Doktrinde; tedavi sözleşmesinin ihlali bakımından kusurlu imkansızlık veya temerrütten çok “kötü ifa (malpraktis)” nın önem taşıdığı, meydana gelen zararın genellikle, tedavi sözleşmesinin ifası amacına yönelik faaliyetlerden kaynaklandığı, bu nedenle hekimin sözleşmesel sorumluluk bakımından, müspet ihlal kavramının önem taşıdığı ve sözleşmenin müspet ihlal bakımından ise asıl borç ile yan yükümlülükler arasında fark olmadığı ileri sürülmektedir²²¹.

Estetik cerrahın, en önemli ya da asıl borcu, hasta ile aralarındaki sözleşme amacına uygun olarak hastalığın teşhis ve tedavisidir. Bu borcun yanında ikinci bölümde de açıklandığı üzere, hastayı aydınlatma borcu, sadakat ve özen gösterme borcu, kayda geçirme (arşivleme) borcu ve sır saklama borcu da sözleşmeden doğan yan borçlardır, hatta hekimin tıbbi müdahalelerde sorumluluğunun genelde bu yan yükümlülüklerden kaynaklandığı da ifade edilmektedir²²².

Estetik cerrahın sözleşmeden kaynaklanan borçlarının ihlali, “hastalığın teşhisi ve tedavisi”, “hastayı aydınlatma borcu”, “sadakat ve özen gösterme borcu”, “kayda geçirme (arşivleme) borcu” ve “sır saklama borcu” başlıkları altında ele alınacaktır.

A. Teşhis Koyma ve En Uygun Tedaviyi Uygulama Borcunun İhlali

Tıptaki hızlı gelişmelere paralel olarak tedavi yöntem ve metodları da değişmektedir. Hekimin bu metodlardan hangisini uygulayacağına tam olarak karar vermesi her zaman mümkün değildir. Ancak, hekim hastasının yararına olanı seçmek zorundadır. Tedavi yönteminin risk veya sonuçları hekim tarafından tamamen bilinmeli ve hastaya bunlar anlatılmalıdır²²³. Teşhis Koyma ve En Uygun Tedaviyi Uygulama Borcunun ihlalinin ortaya çıktığı haller; "Teşhis Koyma Borcu ve En Uygun Tedaviyi Uygulama Borcu " başlıkları

²²¹ AYAN, , a.g.e., s.63 dipnot 99 da anılan yazarlar.; ALTUN, Gürçan / YORULMAZ, Abdullah Coşkun , Yasal Değişiklikler Sonrası Hekim Sorumluluğu ve Malpraktis, Trakya Üniversitesi Tıp Fak Dergisi, 2010;27 s.7-12.

²²² AYAN, , a.g.e., s.64.

²²³ HAKERİ, , a.g.e., s.189.

altında gruplandırılarak incelenecektir. Bu başlık altında ayrıca, konunun önemi ve güncelliği nedeniyle; "Hatalı Meme Protezleri Nedeniyle Hekimin Hukuki Sorumluluğu" na da kısa bir başlık halinde yer verilecektir.

1. Teşhis Koyma Borcunun İhlali

Teşhis Koyma Borcunun İhlaline; cerrahın teşhis koyma aşamaları dikkate alınarak sıralanan, " Hasta Kabulde Tıbbi Kusur, Tanı Koymada Tıbbi Kusur, Hasta Hikayesini (Anamnez) Almada Tıbbi Kusur, Tanı Yöntemlerinde Tıbbi Kusur, Tanı Yöntemlerinin Sonuçlarının Değerlendirilmesinde Tıbbi Kusur " başlıkları altında yer verilecektir.

1.1. Hasta Kabulde Tıbbi Kusur

Hasta, tedavi amacıyla hekime müracaat ettiğinde hekimin tedaviye geç başlamasından doğan zararda, hekimin sorumluluğu tartışmalıdır. Bu durumu hastanın hekim seçme hakkına karşılık hekimin de hastayı kabul etmeme hakkına dayandırmak mümkündür. Zira hekim hakları uyarınca hekimin kendisine güvenmeyen hastayı reddetme hakkı mevcuttur. Ancak, burada da ülkemizdeki coğrafi şartların ve maddi imkanların göz önünde bulundurulması gerekir²²⁴.

Bunun yanı sıra uzmanlık dalı haricindeki hastaları daha üst seviyelere yöneltmek, hasta kabuldeki tıbbi kusurun esaslı unsurlarındandır²²⁵. Tedaviye başlayan hekimin hastasını daha az bilgi ve becerisi olan bir hekime veya hastaneye sevk etmesi de hasta kabulünde tıbbi kusurdur²²⁶.

1.2. Tanı Koymada Tıbbi Kusur

Tanı; en doğru tedavi yönteminin bulunmasını sağlayan bir tıbbi müdahaledir²²⁷.

Hastaya özenle tıbbi müdahalede bulunmayı yüklenmiş olan hekimin hastanın hastalığı hakkında doğru tanı koymakla da yükümlü olduğu kabul edilmelidir. Ancak, tanı koyma işleminin ne denli karmaşık ve zorlu evrelerden geçtiği ve değişik kaynaklardan alınan verilerin hata paylarının bulunduğu dikkate alındığında, kesin ve doğru tanının dahi

²²⁴ GÜNDAY, a.g.e., s.45.

²²⁵ GÜNDAY, a.g.e., s.51.

²²⁶ FREMGEN F.B., Medical Law and Ethics, New Jersey, 2006, s.118; GÜNDAY, , a.g.e., s.51.

²²⁷ KICALIOĞLU, a.g.e, s.50.

sınırlarının olacağı kabul edilmelidir. Hekimin bilgisi, deneyimi, muhakeme gücü ve sezgi yeteneği kendisini tanı hatalarından her zaman koruyamaz. Bu nedenle hekimin tanı hatalarından sorumlu olmayacağı kabul edilmelidir²²⁸.

Ancak, bu kuralın da iki istisnası bulunmaktadır. Bunlar;

- Hekim, tanı koymada zorunlu olarak kullanacağı tüm yöntem ve araçları tüketmek zorundadır. Bunların eksik yapılması kusur olarak kabul edilmektedir. Buradaki kusur, tanı koymak için tıp biliminin kuralları uyarınca gerekli olan fizik-biyolojik işlemler ve kimyasal tahlillerin veya diğer pozitif tanı verilerinin eksik yapılmasından veya hiç yapılmamasından kaynaklanmaktadır²²⁹.

- Hastalığın tanısı için gerekli olan objektif, biyolojik, kimyasal ve fiziki araçlardan yararlanarak buradan elde edilen bilgilerden sonuca varma işlemi bir nitelendirme işlemidir. Hekim, nitelendirme yaparken bilgisi, deneyimi, muhakeme gücü ve sezgi yeteneği ile mantıksal bir işlem yapacağından, nitelendirme kusuru kabul edilmemektedir. Ancak, yapılan araştırmalar bir hastalığın karakteristik özelliklerini açık olarak ortaya koymuş ise buna rağmen yapılan hatalı tanı, kusur kabul edilmeli ve sorumluluğun diğer unsurlarının oluşup oluşmadığı araştırılmalıdır²³⁰.

- Hekimin yapılan tetkikleri kontrol etmemesinden kaynaklanan sorumluluğu söz konusudur (EBK 51)²³¹.

Ayrıca, yukarıda da belirtildiği üzere hekimin teşhis koyma zorunluluğu da bulunmamaktadır. Ancak, hekim bu durumu hastaya bildirmekle yükümlüdür.

Tüm bu açıklamalardan yola çıkarak teşhisin her bir basamağı açısından hekimin kusuru ayrı ayrı incelenmelidir.

1.3. Hasta Hikayesini (Anamnez) Almada Tıbbi Kusur

Hasta Hikayesi (Anamnez) hastanın ve hastalığın geçmişinin hekim tarafından öğrenilebilmesi açısından önemlidir. Hekim, hastanın anamnezini alırken gerekli dikkat ve özeni göstermekle yükümlüdür.

²²⁸ AŞÇIOĞLU, s.79; YILMAZ, a.g.e., s.115; GÜNDAY, a.g.e., s.51.

²²⁹ AŞÇIOĞLU, s.80; YILMAZ, a.g.e., s.115; ÖZTÜRKLER, a.g.e., s.90; GÜNDAY, s.55.

²³⁰ YILMAZ, a.g.e., s.116; ÖZTÜRKLER, a.g.e., s.90; GÜNDAY, s.55.

²³¹ ÖZTÜRKLER, a.g.e., s.90; GÜNDAY, a.g.e., s.55.

Anamnezin düzgün alınıp alınmadığını dava aşamasında ispat etmeye yarayan en önemli belge, anamnez alma esnasında hekim tarafından tutulan kayıttır. Bu kayıt, hekim açısından, hekimin hareketinin hukuka uygunluğunu veya vekalet sözleşmesine aykırı davranıp davranmadığını gösterecek, hasta açısından ise belirtmediği hususun (geçirdiği hastalık, kullandığı ilaçlar gibi) tespiti halinde mütefarik kusurunun doğmasına neden olacaktır²³².

Amerika'da, hastanelerin öncelikle kendilerini, sonra da beraber çalıştıkları hekimleri korumak adına raporlama zorunluluğu bulunmaktadır. Sigorta şirketleri de raporlama ve dokümantasyonlara aşırı itibar etmektedir²³³. Bu konuyu en iyi açıklayan deyim; ABD ve İngiltere'de sıklıkla kullanılan "if it is not recorded, it never happened (kaydedilmediyse asla olmamıştır)" ifadesidir.

1.4. Tanı Yöntemlerinde Tıbbi Kusur

5013 sayılı Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi "mesleki standartlar" başlıklı 4. maddesi uyarınca, sağlık alanında herhangi bir müdahalenin, ilgili mesleki yükümlülükler ve standartlara uygun olarak yapılması gerekir. Buna göre, hekimin daha önceden bilip kullandığı bir tanı yöntemini kullanmamaktan dolayı sorumluluğu mevcuttur. Aynı şekilde hekimin terkedilmiş ya da henüz tıbbi faydası ispatlanmamış bir tanı yöntemini kullanması da hekim sorumluluğunu doğurur²³⁴. Yapılmasına hiç gerek olmadığı tıbbi standartlar ile belirgin olan bir tanı yönteminin hastaya uygulanması halinde de, hekimin ihmal ya da özensizlikten sorumlu tutulması mümkün olacaktır.

1.5. Tanı Yöntemlerinin Sonuçlarının Değerlendirilmesinde Tıbbi Kusur

Hekim, tanı yöntemlerinin kullanılmasından elde edilen sonuçları mesleki beceriyle birleştirip, bilgi ve deneyimleri çerçevesinde değerlendirmelidir. Hekimin, tanı yöntemi sonucu elde edilen neticeyi değerlendirmede mesleki beceriksizliği söz konusu olursa ve bu nedenler riskli, gereksiz ileri tetkikler ve hepsinden önemlisi yanlış tedavi veya gecikmiş tedavi durumları olarak ortaya çıkarsa, hekimin tıbbi kusuru söz konusu olmaktadır. Zira,

²³² GÜNDAY, a.g.e, s.52.

²³³ WALSTON- DUNHAM, Beth, Medical Malpractice Law and Litigation,, West Legal Studies, Newyork, 2005, s.151.

²³⁴ GÜNDAY, a.g.e, s.52-53.

hekimin tanı koymada zorluk çektiği komplike durumlarda, diğer hekimlerle fikir alışverişinde bulunması gereklidir²³⁵.

Hekimin her tanı hatası hukuki sorumluluk doğurmaz. Hekimin hatalı tanı koymasından dolayı sorumluluğunun doğabilmesi için hastanın bir zararının olması ve zararla hatalı tanı arasında bir illiyet bağı bulunması gerekmektedir²³⁶.

Günümüzde tanı konulmasında artık “Kanıta dayalı tıp” uygulaması önerilmektedir²³⁷. Kanıta dayalı tıp, genel olarak hasta ile ilgili kararlarda eldeki en iyi kanıtın, açık, özenli ve mantıklı bir şekilde kullanılması şeklinde tanımlanmaktadır. Kanıta dayalı tıp, hekimin sorumlulukları arasındadır. Tanıda tıbbi kusur, bir sonraki adım olan tedavide tıbbi kusura neden olur. Ancak, yanlış tanıya rağmen hastaya doğru tıbbi tedavi uygulanırsa hekimin özensizliğinden veya kusurundan bahsetmek mümkün olmaz²³⁸.

Hekimin, koyduğu tanıyı yazılı olarak bildirme yükümlülüğü bulunmaktadır. Teşhis koyamadığı veya hastayı başka bir hekime yönlendirdiği hallerde dahi bunu yazılı yapması gerekir²³⁹. Hekimin tıp biliminin kabul ettiği, genelleşmiş tıp kurallarını uygulamaması, bir iradi davranış eksikliği olup, kusur oluşturur²⁴⁰.

2. Tedavide Tıbbi Kusur (Malpraktis)

Tıbbi malpraktisin tespitinde üç ana başlığın varlığının incelenmesi mümkündür.

Bunlar²⁴¹;

1. Nesnel olarak görünenler; Burada görülebilir bir hekim hatası mevcuttur.
2. Maddi kayıplar; Bu kayıplar direkt olduğu gibi ikinci derece kayıpları da içerir.
3. Ağrı, acı ve diğer subjektif nedenler; Burada gözle görülemeyen fakat hata sonucu oluşan ve hastaya rahatsızlık veren durumların oluşmasıdır.

Tedavi, esas olarak hastayı ruhsal veya fiziksel olarak iyileştirmek amacıyla gerçekleştirilir.

Tedavi; hekimin hastaya karşı asli sorumluluğudur. Tedavi, sadece hastalık oluştuğunda değil,

²³⁵ GÜNDAY, a.g.e, s.53.

²³⁶ GÜNDAY, a.g.e, s.54.

²³⁷ Öztürkler, a.g.e., s.84; GÜNDAY, a.g.e, s.54.

²³⁸ GÜNDAY, a.g.e., s.54.

²³⁹ GÜNDAY, a.g.e, s.55.

²⁴⁰ YILMAZ, a.g.e, s.123.

²⁴¹ GÜNDAY, a.g.e, s.36.

oluşmadan önceki profilaktik tedbirleri de içerir. Örneğin; aşılama ve karantina bu tip tedbirlerdendir²⁴².

Hekim “hekimin tedavi özgürlüğü ilkesi”nden hareketle, kural olarak tanı ve tedavide kullanacağı araç ve metodları seçmekte serbesttir. Ancak, hekim “kanıta dayalı tıp” ilkesi gereğince tıp biliminin kabul ettiği çeşitli tanı ve tedavi araç ve yöntemleri arasında seçim yaparken, hastanın özelliklerini göz önünde tutmalı ve seçimini objektif nedenlere dayandırabilmelidir²⁴³.

2.1.Tedavinin Hiç Yapılmaması Durumunda Kusur

Tıbbi Hizmetlerin Kötü Uygulanmasından Doğan Sorumluluk Kanun Tasarısı'nın 3. maddesinde tıbbi kötü uygulama; “Sağlık personelinin, kasıt veya kusur ya da ihmal ile standart uygulamayı yapmaması, bilgi veya beceri eksikliği ile yanlış veya eksik teşhiste bulunması, yanlış tedavi uygulaması veya hastaya tedavi vermemesi ile oluşan ve zarar meydana getiren fiil ve durumlar” olarak tanımlanmıştır. Buna göre, hastaya tedavi vermeme de tıbbi malpraktis kavramı içinde yer almaktadır. Zira, tedavinin uygulanmaması hekimin, ihmali hareketinden dolayı kusurlu olmasına neden olmaktadır²⁴⁴.

Yargıtay kararlarına göre; hekimin hastaya hiç tedavi uygulamaması onu sorumluluktan kurtarmamakta, aksine, hekim hastayı gördüğü anda sorumluluğu başlamakta ve tedavi uygulamaması sorumluluğunu gerektirmektedir²⁴⁵. Amerika'da gerçekleşen bir tıbbi malpraktis davasından hekim, tıbbi müdahale için hastaneye gelen hasta ile herhangi bir tıbbi müdahale için irtibat kurmadığından dolayı, hasta ile arasında sözleşme kurulmadığını ve bu nedenle tıbbi müdahale uygulanmamasından kusurlu olamayacağı şeklinde savunma yapmıştır. Ancak mahkeme, hastanın hastaneye geldiği andan itibaren hasta ile arasında örtülü bir sözleşme kurulduğu ve hekimin müdahaleyi haklı bir şekilde reddetmesinin de haklı bir dayanağı olmadığından hekimin kusurlu olduğu kanaatine varmıştır²⁴⁶.

²⁴² ŞENOCAK, a.g.e, s.63; GÜNDAY, a.g.e, s.65.

²⁴³ AŞÇIOĞLU, a.g.e, s.82; YILMAZ, a.g.e., s.118; GÜNDAY, a.g.e, s.59.

²⁴⁴ HAKERİ, a.g.e, s.350; GÜNDAY, a.g.e, s.60.

²⁴⁵ GÜNDAY, a.g.e, s.60.

²⁴⁶ WALSTON- DUNHAM, a.g.e, s.78.

Hekim, tedaviye başladıktan sonra veya başlamadan evvel hastayı sevk etmeye karar verirse bu durumu açıkça hastaya bildirmek zorundadır. Aksi halde yine hekimin sorumluluğu söz konusu olur²⁴⁷.

2.2.Tedavi Yönteminin Seçiminde Kusur

Tedavi yöntemini belirlemek hekim hakları kapsamında sayılmaktadır. Bununla beraber Hasta Hakları Yönetmeliği madde 11 uyarınca; “hasta, modern tıbbi bilgi ve teknolojinin gereklerine uygun olarak teşhisinin konulmasını, tedavisinin yapılmasını ve bakımını istemek hakkına sahiptir”. Aynı şekilde sözleşmesel sorumluluk açısından da hekim tıbbi tedaviyi uygularken özenli davranmakla yükümlü olduğundan tedavinin seçilmesinde de aynı özen yükümlülüğü devam etmektedir²⁴⁸.

Hekim, tedavi yöntemini belirlerken hastası açısından en az zarar ve acı veren yöntemi seçmelidir²⁴⁹. Hekimin tedavi için riskli bir yöntemle daha güvenli bir yöntem arasında seçim yapması söz konusu olabilir. Objektif bir neden olmaksızın tehlikeli yöntemin seçilmesi kusurluluğa yol açar²⁵⁰. Ancak, yöntemler arasında herhangi bir tanesinin kesinlikle üstünlüğünün kabul edilmediği ve somut olayda yöntemlerden hangisinin daha fazla başarılı olduğunun belirlenmediği hallerde, hekimin kusurundan söz edilmemelidir²⁵¹.

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinin 13. maddesinde; hekimin tıp ilke ve kurallarına uygun hareket etmesi vurgulanmıştır. Hekim, tıbben kabul edilmemiş ve yeteri kadar denenip standart tedavi yöntemleri arasına girmemiş tedavi yöntemlerini kullanamaz²⁵².

Doktrindeki bir görüşe göre; hekimin tüm dünyadaki gelişmeleri ve yenilikleri izlemesi ve bu konudaki sınırsız sorumluluğunu kabul etmek mümkün değildir²⁵³. Ancak, bu görüşe karşı olarak, günümüzdeki teknolojik gelişmeler hekimlerin bilgiye ulaşmalarının ve değişimleri günü gününe takip etmelerinin mümkün olduğunu ve bu nedenle hekimler ve tüm sağlık

²⁴⁷ GÜNDAY, a.g.e., s.61.

²⁴⁸ GÜNDAY, a.g.e., s.63.

²⁴⁹ GÜNDAY, a.g.e., s.63.

²⁵⁰ AŞÇIOĞLU, a.g.e., s.82; YILMAZ, a.g.e., s.118.

²⁵¹ AŞÇIOĞLU, a.g.e., s.82; YILMAZ, a.g.e., s.118.

²⁵² YENERER- ÇAKMUT, a.g.e., s.38; GÜNDAY, a.g.e., s.63.

²⁵³ BAYRAKTAR, a.g.e., s.148.

mensuplarının bu değişiklikleri takip etme zorunluluklarının olduğunu ifade etmektedir²⁵⁴. Bir başka görüş ise, hekimin değişen ve gelişen tıbbi yöntemleri öğrenip uygulamasının yanı sıra yardımcılarının dahi yetiştirilmesinden sorumlu olacağı fikrini savunmaktadır²⁵⁵.

Yargıtay kararları, hekimin tıp biliminin kabul ettiği çeşitli tanı tedavi araç ve yöntemleri arasında seçim yaparken hastanın özelliklerini de göz önünde tutmasını işaret etmektedir.

2.3. Tedavinin Uygulanmasında Kusur

Profilaktik önlem alınmaması sonucu yanlış tedavi uygulanması veya oluşabilecek hasarların göz ardı edilmesi, kusurlu bir davranıştır. Bunun yanı sıra, tedavi çok seçenekli bir uygulamadır. Profilaktik önlemlere ilave olarak gözlem altında tutma, ilaçla tedavi, psikolojik yardım ve cerrahi müdahale diğer tedavi yöntemleridir²⁵⁶.

Cerrahi müdahale ile tedavi; vücut bütünlüğünün hukuka uygun nedenlerle ihlal edilmesidir. Bu ihlal neticesinde hastanın yaralanması, ölmesi ya da başka bir hastalığa yakalanması iyatrojenik hastalığa neden olmaktadır²⁵⁷.

Cerrahi müdahaleler de en önemli sorun müdahalenin genişletilmesidir. Cerrahi müdahale için hastadan alınan aydınlatılmış onamın sınırları bellidir. Eğer, ameliyat öncesinde tahmin edilen bir durum varsa ve bu durumla ilgili olarak da hastadan rıza alınmadıysa, hastanın rızasının alınması için ameliyatın durdurulması gerekir. Ancak, beklenmedik bir durum oluştuysa ya da müdahale yapmamak veya bekletmek hasta açısından hayati tehlike oluşturuyorsa yapılan müdahale hukuka uygun sayılacaktır²⁵⁸.

2.4. İlaçla Tedavide Kusur

İlaç üreticisi ile hasta arasında hukukta bilirkişi olarak tanımlanan hekim girmektedir. Hekimin söz konusu “aracı bilirkişi” rolüne dayanarak, ilaç üreticisi firmanın sadece ürettiği ve sattığı ilaçların belirtildiği şekilde kullanıldığı takdirde güvenli olacağını tüketiciye garanti

²⁵⁴ SAGE, M.W., / KERSH, R., Medical Malpractice and the United States Health Care System, Cambridge, 2006. s.117; GÜNDAY, a.g.e., s.64.

²⁵⁵ HANCI, a.g.e., s.103.

²⁵⁶ GÜNDAY, a.g.e., s.65.

²⁵⁷ GÜNDAY, a.g.e., s.66.

²⁵⁸ GÜNDAY, a.g.e., s.67.

etme sorumluluğu vardır. Aksi halde müteselsil sorumluluğu söz konusu olur. Oysa gerçekte hekimin sorumluluğu ya bizzat bilgilendirilmiş ilaç firması çalışanı aracılığı ile ya da ilaç kutuları içinde yer alan prospektüsler vasıtası ile verilen bilgilerle sınırlandırılmıştır. Ancak, bu görüşün karşıtı olarak günümüzde hekimin teknolojik ve bilimsel gelişmeleri takip etme yükümlülüğünden dolayı sorumluluğunun sınırlarının genişlediğini savunanlar da bulunmaktadır²⁵⁹.

Hekim, ilaçla ilgili tüm bilgilerini hastaya aktarmakla sorumludur. Bu bilgilerin kapsamına, ilacın kullanım süresi, yan etkileri, kontrendikasyonları, dozajlama, ilacı kullanılırken yapılması gerekenler ve yapılmaması gerekenler girmektedir²⁶⁰. Örneğin; Almanya'da bir davada hekimin, ilacın alındıktan sonra araba kullanılmaması uyarısında bulunmaması nedeniyle sorumluluğuna gidilmiştir²⁶¹.

Hekimin ilaç sorumluluğunda temel unsur, hekim tarafından hastaya yazılan reçetedir. Reçete, ilacın ismini, dozunu, kullanım şeklini içerir ve bu unsurların eksik ya da yanlış olmasından kaynaklanan sorumluluk hekime aittir. Aynı şekilde hekim hastasına önerdiği ilacın zararlarını biliyor veya bilmesi zorunlu ise ve buna rağmen ilacı önerdiyse bizzat sorumluluğu söz konusu olur. Ancak, ilaç prospektüsünde yer almayan zararlar mevcut ve hekim de bu zararları bilmesine rağmen ilacı öneriyorsa ilaç üretici ile hekimin müteselsil sorumluluğu söz konusu olur²⁶².

Sonuç olarak, hekimin ilaç nedeniyle sorumluluğu genellikle uyarı yükümlülüğünü yerine getirmemesinden kaynaklanmaktadır²⁶³.

2.5. Malzeme Sağlamada Kusur

Estetik amaçlı tıbbi müdahaleleri konu alan sözleşmeler; eser sözleşmesi olarak kabul edildiği takdirde hekimin bizzat malzemeyi tedarik etme yükümlülüğü söz konusu olacağından, hekim cerrahi işlem esnasından kullanılacak malzemenin tamlığından ve hazır olarak bulundurulmasından ve hatta niteliğinden dolayı sorumluluk altındadır. Ancak, söz konusu müdahaleleri konu alan sözleşmelerin vekalet sözleşmesi olarak kabul edilmesi durumunda

²⁵⁹ GÜNDAY, a.g.e., s.68.

²⁶⁰ GÜNDAY, a.g.e., s.68.

²⁶¹ HANCI, a.g.e., s.113.

²⁶² GÜNDAY, a.g.e., s.69-70.

²⁶³ PETEK, Hasan İlaç Üreticisinin Sorumluluğu, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s.280.

hekim sonuca giden işlemlerde tüm ihtimam ve özeni göstermekle yükümlü olduğundan sadece malzemelerin tamlığı ve kullanıma hazır olarak bulundurulmasından dolayı hekim sorumluluğu doğabilir. Ancak, yanlış ve eksik malzemelerden dolayı hastanenin hizmet kusuru söz konusudur²⁶⁴.

2.6. İatrojenik Tıbbi Kusur

İatrojenik durum, hekimin tedavi esnasında hastada bir başka hastalığa neden olması durumudur. Bu durum ; izin verilen risk içerisinde kabul edildiğinde hekimin sorumluluğu söz konusu olmayacakken, izin verilen risk içerisinde değerlendirilmediğinde hekimin kusuru söz konusu olacaktır.

İatrojenik malpraktis; hastanın kendisinde daha önce var olmayan bir hastalığa, hekimin malpraktisi sonrasında yakalanması olarak tanımlanabilir²⁶⁵.

2.7. Hekimin Komplikasyonlardan Sorumluluğu

Tıbbi anlamda komplikasyon; hastanın ya da hekimin neden olmadığı ancak, olması tıbbi standartlara göre muhtemel, beklenen ve istenmeyen bir sonuç²⁶⁶ ve hastalığın devamı esnasında vuku bulan patolojik olgulardır²⁶⁷. Bir hekimin bir hastaya yönelik tüm işlemleri belirli bir risk taşımaktadır. Hekim, meslek mensubu olarak göstermesi gereken yüksek özen ve ihtimamı gösterse dahi önlenemeyen ve istenmeyen sonuca engel olamaz ise komplikasyon söz konusu olur²⁶⁸.

Komplikasyona “izin verilen risk” de denilmektedir. Hekim, hastada tedavi neticesinde bir zarar oluşturmuşsa bu durumun komplikasyon sayılabilmesi için; bu zararın önceden biliniyor, sonucun istenmemiş olması ve olmaması için gereken dikkat ve özenin gösterilmiş olması gerekmektedir. Burada tedavinin uygulanmasında fayda/zarar oranı mevcuttur. Hekimin olası bu durumu göz önüne alarak tedaviye başlaması, ancak zararın büyüklüğü oranında umulan faydanın daha yüksek olması halinde geçerlidir²⁶⁹. Örneği;, emboli, bazı ameliyatlarda kabul gören standart risklerdendir. Liposuction (yağ alma) operasyonunda ya da

²⁶⁴ GÜNDAY, a.g.e., s.91.

²⁶⁵ GÜNDAY, a.g.e., s.96.

²⁶⁶ GÜNDAY, a.g.e., s.116.

²⁶⁷ ÖZDEMİR, s.174; YILMAZ, a.g.e., s.114.

²⁶⁸ GÜNDAY, a.g.e., s.116.

²⁶⁹ GÜNDAY, a.g.e., s.117.

Abdominoplasti (karın germe) operasyonlarında belirli bir oranda emboli (damar tıkanması) riski mevcuttur²⁷⁰.

Komplikasyon, vakaya göre değişiklik gösteren durumlardır. Bir olayda, doğan bir zarar komplikasyon olarak değerlendirilirken, başka bir olayda aynı zarar kusur olarak değerlendirilebilir.

Tüm bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere nelerin komplikasyon olduğunun tespit edilmesi, tıp biliminin kuralları içinde yine hekimlerin değerlendirebileceği bir husustur.

3. Hatalı Meme Protezleri Nedeniyle Hekimin Hukuki Sorumluluğu

Kanımızca, protez kullanılan operasyonlar da eser sözleşmesi değil, vekalet sözleşmesi kapsamında değerlendirilmelidir. Zira protez bir sonuç değil ameliyat sırasında kullanılan bir malzemedir ve eğer bu protez hekim tarafından temin edilerek hastaya kullanılıyor ise bu protezden dolayı ortaya çıkabilecek zararlarda hekim sorumlu olur. Hekim, bu hatalı protez nedeniyle ödeyeceği tazminatları protezi üreten ya da protezi Türkiye'ye ithal eden firmaya rücu edebilir. Eğer ameliyat sırasında kullanılan protez malzemesi hasta tarafından temin ediliyor ise bununla ilgili sorumluluk hastaya ait olur ve hasta, bu protezi imal eden veya Türkiye'ye resmi yollarla ithal eden firmadan mevcut zararı tazmin etmesini isteyebilir.

B. Hastanın Aydınlatılmış Onamının Alınma Borcunun İhlali

İkinci Bölümde de ayrıntılı olarak anlatıldığı üzere, aydınlatılmış onam; hastanın, tedavinin tüm risklerini, alternatiflerini ve alternatif tedavinin de tüm risk ve faydalarını anlaşılabilir şekilde hekim tarafından kendisine anlatıldığı ve kendisinin de gönüllü olarak tedaviyi kabul ettiğinin açıklanmasıdır²⁷¹.

İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin 5. maddesi gereğince, “sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde muvafakat etmesinden sonra yapılabilir. Bu kişiye önceden, müdahalenin amacı ve niteliği ile sonuçları ve tehlikeleri hakkında uygun bilgiler verilecektir. İlgili kişi, muvafakatini her zaman,

²⁷⁰ YAVUZ, Fatih, “Malpraktis-Komplikasyon Ayırımı”, A’dan Z’ye Sağlık Hukuku Notları, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2007, 97 vd., s.102.

²⁷¹ HAKERİ, age., s.103.

serbestçe geri alabilir". Sözleşmenin 6, 8, ve 9. maddelerinde aydınlatılmış onam alınamayacak durumlar belirtilmiştir.

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 14. maddesi de; "teşhise göre alınması gereken tedbirlerin hastaya açıkça söylenmesi lazımdır" diyerek konuyu ele almaktadır.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 15. maddesine göre; "hasta; sağlık durumu, kendisine uygulanacak tıbbi işlemler, bunların faydaları ve muhtemel sakıncaları, alternatif tıbbi müdahale usulleri, tedavinin kabul edilmemesi halinde ortaya çıkabilecek muhtemel sonuçları ve hastalığın seyri ve neticeleri konusunda sözlü ya da yazılı olarak bilgi isteme hakkına sahiptir".

Aydınlatılmış onam; "Tıbbi Müdahalelerde Bilgilendirilmiş Rıza Alınması Yönetmeliği" taslağı'nda bilgilendirme başlığı ile ; "bireyin; sağlık durumu, kendisine uygulanacak vücut bütünlüğüne müdahale gerektiren tanı ve tedavi yöntemleri, tedavinin kabul edilmemesi halinde ortaya çıkabilecek muhtemel sonuçların ve hastalığın seyri, neticeleri ve öngörülemeyen acil durumlarda önerilen tedavinin dışına çıkma konularında ayrıntılı ve yazılı olarak bilgilendirilmesi" şeklinde tanımlanmaktadır. Burada önemli olan husus, aydınlatılmış onamın yazılı şekilde alınmasının yasal bir zorunluluğa bağlanmasıdır. Ancak, hastanın şuurunun kapalı olması ve acil haller istisnadır.

Müdahaleyi yapacak hekim tarafından, müdahale yapılmadan evvel hastaya uygun ve anlaşılabilir şekilde diğer tedavi yöntemleri, riskleri ve faydaları ile anlatılmalıdır.

Müdahale gerçekleşmeden tüm bunların anlatılması, hastaya müdahaleden cayma için hak ve süre tanınması önemlidir. Burada aydınlatmanın bizzat tedaviyi yapan hekim tarafından yapılmasının nedeni; hekim ile hasta arasındaki güven ilişkisinin bir sonucudur²⁷². Aynı şekilde, aydınlatmanın anlaşılabilir ve uygun bir şekilde yapılması ise hastanın korkup tedaviden kaçmasına neden olmamak içindir²⁷³.

²⁷² GÜNDAY, age., s.97.

²⁷³ ÇETİN, Gürsel "Hasta Hakkı Olarak Aydınlatılmış Onamın Önemi", II. Ulusal Sağlık Hukuku Sempozyumu, A'dan Z'ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2007 II. Ulusal Sağlık Sempozyumu Notları, İstanbul, 2007, s.180.

Aydınlatmada örtülü kabul geçersizdir. Çünkü hasta hem tıbbi bilgi yönünden yetersizliği hem de hasta olmanın verdiği algılama eksikliği ya da ruhsal çöküntü nedeniyle örtülü açıklamaları anlamakta zorluk çekebilir²⁷⁴.

Amerika Birleşik Devletlerinde verilen bir karara göre, hekim, tanı, uygulanacak prosedür, içerdiği riskler, başarı ihtimali, devam eden riskler, uygulanacak tedavinin varsa alternatifleri ve bu alternatif tedavinin başarıları ya da riskleri konusunda hastaya bilgi verme ve açık onay almak zorundadır²⁷⁵.

Aydınlatılmış Onam hakkındaki tartışmalı hususlardan birisi de acil tedavi öncesinde hasta tarafından hazırlanmış olabilecek belgelere itibar edilip edilmeyeceğidir. İntihar belgesi niteliğinde olan “tedavi istemiyorum” ibaresini taşıyan belgelerin hastanın psikolojik durumunun düşünülmesi ve ayrıca yazının kişiye ait olup olmadığının tespiti de gerektiğinden tedavinin reddinin geçerliliği şeklindeki belgeler olarak nitelendirilmesi mümkün değildir²⁷⁶.

Aydınlatılmış onam, oldukça ayrıntılı bir belge olarak düzenlenmelidir. Önerilen tedavi veya tanı yönteminin uygulanmaması durumunda dahi oluşabilecek ihtimallerin anlatılmaması aydınlatılmış onam eksikliği nedeniyle hekimin sorumluluğuna neden olabilir²⁷⁷. Aydınlatma yükümlülüğünün en fazla irdelendiği ve yargı kararlarında tartışıldığı 51 ülkeden birisi Amerika Birleşik Devletleri’dir²⁷⁸. Amerika’da California Yüksek Mahkemesi 1980 yılında verdiği bir karara göre; hekimin tedaviyi reddetmesi sonucunda oluşabilecek riskler konusunda hastayı uymayı ihmal ettiği için meydana gelebilecek zararlardan sorumlu tutulabileceğini belirtmiştir. Hekimin aydınlatmadaki sorumluluk kapsamı hastanın aydınlatılmış bir şekilde karar verebilmesi için gerekli olan bilginin yeterli ölçüde beyan edilip edilmediğine ilişkindir. Kararına etki edebilecek her bilgi hastaya verilmelidir. Verilen bilginin prosedürün uygulanıp uygulanmamasına ilişkin riskler ile doğrudan ilişkili olması önemli değildir. Makul bir hasta, verilen bilgiyi değerli bulduğu müddetçe bilgi açıkça ifşa edilmelidir²⁷⁹.

²⁷⁴ GÜNDAY, age., s.98-99.

²⁷⁵ FURROW, Greane/ JOHNSON, Jost/ SCHWATZS, Health Law, New York, 2005, s.49.

²⁷⁶ GÜNDAY, age., s.100.

²⁷⁷ GÜNDAY, age., s.100.

²⁷⁸ Bu davaların sayısının çok olması, hastanın aydınlatılmış rızanın alınmasının ihlal edildiği savunmasında bulunulması halinde, davanın juri tarafından görülmesinin garanti olmasıdır. (BOLAND, Gary.L., The Doctrine of Lack of Consent and Lack of Informed Consent in Medical Procedure in Louisiana”, Louisiana Law Review-September-1984(Westlaw.com-10.04.2011). KAYA, age., s.51 dn.51 den naklen.

²⁷⁹ FURROW JOHNSON/ SCHWATZS, age.,s.46.

Hekimin hastaya ait aydınlatılmış onam formunu hasta dosyasında muhafaza etmesi gerekmektedir. Ancak, Hasta hakları Yönetmeliği 16. madde uyarınca hasta isterse onamın bir örneğini alabilir. Hekim, aydınlatılmış onamı almaması, eksik ya da baskı altında alması veya kaybetmesi halinde sözleşmeye aykırılık ile farklı bir sorumluluk altında kalacaktır²⁸⁰.

Yargıtay kararları da, aydınlatılmış onam alınmamasının bozma nedeni olacağı yönündedir.

Bu konudaki bir karara göre;

*"Dosya içerisinde bulunan raporlarda davacının yüzünde oluşan hasarın nedeni, yabancı cisim reaksiyonu olarak bildirilmiştir. 22.12.2006 tarihli Adli Tıp Raporunda, enjeksiyon işleminin ve daha sonra gelişen deri altı yabancı cisim reaksiyonu sonrası uygulanan kortikosteroid tedavisi işleminin günümüz tıp kurallarına ve kozmetik cerrahisi tekniğine uygun bir işlem olduğu, daha sonra yüz bölgesinde gelişen lezyonların, bu işlem sonrası nadir gelişen komplikasyonlardan olduğu bildirilmiş ise de davalının bu işlemi yapmadan önce davacıya işlemin muhtemel komplikasyonları hakkında bilgi verip vermediği, riskleri anlatıp anlatmadığı, özetle aydınlatılmış rıza alınıp alınmadığı konusunda bir inceleme yapılmamıştır. Davalı doktor, davacının şikayeti üzerine Onur Kurulunda verdiği 23.9.2005 tarihli ifadesinde davacıya yapılacak işlemin ayrıntılarını anlattığını, dolgu malzemesinin doğal bir madde olduğunu söylediğini, ancak her maddenin alerji yapma riski bulunduğunu, nadir de olsa bir komplikasyon olursa tedavi edilebileceğini anlattığını, ancak bu hususları kayıt altına almadığını, o zamanlar onama belgesi alınmadığını bildirmiştir. Davalı, davacıyı müdahalenin komplikasyonları konusunda aydınlattığını yazılı belge ile ispat edemediği gibi beyanında geçen komplikasyon oluştuğu halde tedavisinin de mümkün olmadığı anlaşılmaktadır. Hükme esas alınan bilirkişi raporlarında davalı doktorun, davacıyı aydınlatma borcunu yerine getirip getirmediği tartışılmamıştır"*²⁸¹.

Yargıtay 13. HD. bir diğer ilamında;

Yüzündeki kırışıklıkları gidermek için dolgu malzemesi enjekte ettiren ve fakat bunun sonrasında yüzünde giderilmesi mümkün olmayan hasar oluşan davacının hekim aleyhine

²⁸⁰ GÜNDAY, age., s.107.

²⁸¹ KAYA, age., dipnot 50, s.60 dan naklen.

açtığı davada davalı hekimin onama belgesi almadığına yönelik savunmasını da esas alarak, hastasını müdahalenin komplikasyonları konusunda yazılı belge ile aydınlattığını ispat edemediği kanaatine varmıştır. 13.HD.18.09.2008, 4519 / 10750²⁸².

Yargıtay 15. HD. 25.02.2011 gün ve 589/263 sayılı kararında, “24.09.2001 tarihli ve “Ameliyat ve Diğer Müdahaleler için Muvaffakatname” başlıklı ve davacı tarafından imzalanan belge kapsamı incelendiğinde; doğuştan rahatsız ve daha önce üç aylıkken dudak, 1,5 yaşındayken damak ve 19 yaşındayken de burun ameliyatı olmuş olan davacıya; mahkemenin kabulünün aksine, mevcut durumun mümkün olduğu kadar ameliyatla düzeltilebileceğinin ve bu kapsamda ileride de gerek görüldüğü takdirde ilave ve farklı şekilde müdahalelerin yapılabileceğinin doktor tarafından anlatıldığı ve bu koşullarla ameliyat yapılmasına davacının rıza gösterdiği anlaşılmaktadır. Nitekim dosya kapsamındaki hasta muayene belgelerinden 09.07.2001, 26.03.2003, 27.08.2003 tarihli olanlarda açıklandığı üzere; davalı tarafça davacıya ilave müdahaleler yapılmış ve yapılacak yeni müdahaleler de davacıya bildirilmiştir. Bu nedenlerle, davacının, sağlık durumunu, yapılacak müdahaleyi ve etkileri ile sonuçlarını bütün ayrıntılarıyla bildiğinin, bu konuda yeteri kadar aydınlatıldığının ve ameliyata onay vermesinin hukuka uygun şekilde yapılan irade bildirimini olduğunun kabulü gerekmektedir” demiştir²⁸³.

Yargıtay, “davalı, davacıya verilen ilaçlar arasında bulunan " E... tablet" adlı ilacın mide hassasiyeti olan hastalarda yan etkisinin olabileceğini ancak, davacıya sorulmasına rağmen böyle bir hassasiyeti olduğunu bildirilmediğini savunmuştur. Davacı, davalı tarafından bu ilaçla ilgili olarak kendisinin uyarılmadığını ve mide şikayeti ile ilgili soru sorulmadığını bildirmiştir. Diğer yandan hükme esas alınan Üroloji Uzmanı operatör tarafından hazırlanan bilirkişi raporunda; "ağrı kesici etkisi yönüyle kullanıldığı anlaşılan E... tablet türü ilaçların mide bağırsak sisteminde rahatsızlığı bulunan hastalarda dikkatli kullanılması, mümkünse kullanımından kaçınılması, mide kanamasının bu tür ilaçların beklenebilecek yan etkisi olduğundan, kullanılması zorunluluk arz ediyorsa mide koruyucu bir ilaçla birlikte kullanılmasının uygun olacağı şeklinde görüş bildirilmesine rağmen; hekimin beyanı gözetilerek hastanın önceden uyarılmış olduğunun kabulü ile ortaya çıkan komplikasyonların tamamen ilacın yan etkisi olup, davalıların kusurlarının olmadığı kanaatine varılmıştır. Davalı tarafından davacının bu konuda bilgilendirildiğine ve gerekli önlemlerin alındığına

²⁸² KAYA,age.,dipnot 88, s. 67 den naklen.

²⁸³ KAYA,age.,dipnot 89, s. 67 den naklen.

ilişkin davalı doktorun mücerret beyanı dışında dosyada herhangi bir bulgu ve belge yoktur. Ayrıca, tedavi öncesi, mide şikayeti olan davacının bu konuda uyarılmasına ve soru sorulmasına rağmen, kendi sağlığını riske atacak şekilde bu durumu bildirmeyerek ve ısrarla bu ilacı 9 gün kullanarak mide kanaması geçirmesine sebebiyet vermesi de hayatın olağan akışına uygun düşmemektedir. Öyle olunca rapor dosya içeriği ile uyuşmamaktadır“ demek suretiyle kararı bozmuştur. 13.HD. 19.10. 2006, 10057 E. / 13842 K.²⁸⁴.

C. Sadakat ve Özen Borcunun İhlali

Vekalet sözleşmesinden kaynaklanan sadakat ve özen borcunun ihmal ya da beceriksizlik nedeni ile yerine getirilememesi, hekimin hukuki açıdan sorumluluğunu doğurur²⁸⁵. Burada asıl zor olan, hukuki açıdan bu mesleki beceriksizliğin tespiti²⁸⁶. Amerika’da Nebraska Yüksek Mahkemesi 2002 tarihli bir kararıyla hekimin göstermesi gereken özen ve ihtimamı tıbbi standartlara oturtmuştur. Bu standartlar saptanırken ülke genelinde emsal bir olaydaki başarı ya da başarısızlık oranı ve hekimin genel olarak hastalar üzerindeki başarısı göz önünde bulundurulmuştur²⁸⁷.

Hekimlerin tedavi kusurları sadece norm haline gelmiş tıp kurallarıyla sınırlı değildir, tedavi nedeniyle hastanın zarar görmemesi için durum ve koşulları gerektirdiği özen yükümlülüklerine uyma zorunlulukları da vardır²⁸⁸. Hekim, riskli ve tehlikeli sonuçları önlemek amacıyla hastasını, hastalığın gelişimini yakından izlemek ve gerekli önlemlerini almak zorundadır. Aksi davranış kusur kabul edilir²⁸⁹.

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinin 2. maddesinde; hekimin hastasını tedavi ederken azami dikkat ve özeni göstermesi gerektiği belirtilmektedir. Tüzükte ifade edilen bu dikkat ve özenin kapsamına, ilacın önerilmesi ve kullanımının anlatılması da girmektedir. Tıbbi Deontoloji Tüzüğü’nün 6. maddesi uyarınca, hekim hastası için tıp biliminin çağdaş kurallarına göre, hastanın ve hastalığının gerektirdiği en uygun ilacı seçmekle yükümlüdür. Hekim, mesleğini yürütürken hiçbir tesir ve nüfuza kapılmaksızın vicdani ve mesleki kanaatine göre hareket eder. Ancak, ilacı belirlemekte serbest olan hekim, yazdığı ilacın

²⁸⁴ KAYA, a.g.e., dipnot 90, s.68 den naklen.

²⁸⁵ ARAL, Borçlar Hukuku Özel Borç ilişkileri, Ankara, 1997, s.417; GÜNDAY, a.g.e., s.35.

²⁸⁶ GÜNDAY, a.g.e., s.35.

²⁸⁷ WALSTON- DUNHAM, a.g.e., s.74.

²⁸⁸ AŞÇIOĞLU, a.g.e., s.83; YILMAZ, a.g.e., s.123.

²⁸⁹ AŞÇIOĞLU, a.g.e., s.86; YILMAZ, a.g.e., s.126.

endikasyonlarını, kontrendikasyonlarını, yan etkilerini ve dozajını iyi bilmelidir. Yazdığı ilacın özelliklerini tam olarak bilmeden vermesi durumunda, meydana gelecek zarardan hekim, bizzat sorumludur²⁹⁰.

Tıbbi müdahale sırasında öngörülmesi olanağı olan riskli durumları önleyecek araç ve gereçlerin bulundurulmaması ve gerektiğinde başka bir uzman hekimin, hastanenin yardımının istenmemesi de kusurlu bir davranıştır. Hekim, tıbbi müdahalenin yapılmasına karar vermede, kontrendikasyonları araştırmak için hastanın muayenesinde, komplikasyon meydana geldiği takdirde gerekli önlemler almakta ve tıbbi müdahaleye yeterli hazırlığı olmadığı halde bir ameliyatı yapmakta özensiz davranması halinde kusurlu sayılmalıdır²⁹¹.

Hekimin tıp biliminin kabul ettiği, genelleşmiş tıp kurallarını uygulamaması bir iradi davranış eksikliği olup, kusur oluşturur²⁹². Hekimlerin tedavi kusurları sadece norm haline gelmiş tıp kurallarıyla sınırlı değildir. Tedavi nedeniyle hastanın zarar görmemesi için durum ve koşulların gerektirdiği özen yükümlülüklerine uyma zorunlulukları da vardır²⁹³.

D. Hekimin Kayda Geçirme (Arşivleme) Borcunun İhlali

Borçlar Kanunu'nun 508/I madde hükmüne göre; vekil vekalet verenin istemi üzerine yürüttüğü işin hesabını vermek ve vekaletle ilişkili olarak aldıklarını vekalet verene vermekle yükümlüdür. Kayıtların tutulması, hem hekimin teşhis ve seçilecek tedavi yöntemi üzerinde sağlıklı karar vermesini sağlamakta ve tedavi süresince bu kararların kontrolüne hizmet etmekte hem de ileride çıkabilecek bir anlaşmazlıkta ispat kolaylığı sağlamaktadır²⁹⁴. Hekim bu yükümlülüğü yerine getirmede takdirde meydana gelecek her türlü zararı tazmin etmek zorundadır.²⁹⁵

²⁹⁰ GÖÇMEN, Erkin/ GÖÇMEN, Ali, İlaç Kullanımından Doğan Zararlardan Hekimin, Eczacının ve İlaç Üreticisinin Sorumluluğu;www.idealhukuk.com; YILMAZ, a.g.e., s.127-128.

²⁹¹ AŞÇIOĞLU, s.89; YILMAZ, a.g.e., s.130.

²⁹² YILMAZ, a.g.e, s.123.

²⁹³ AŞÇIOĞLU, a.g.e., s.83; YILMAZ, a.g.e., s.123.

²⁹⁴ YILMAZ, a.g.e. s.123

²⁹⁵ Bu konuda bakınız AYAN, a.g.e., s.95.

E. Hekimin Sır Saklama Borcunun İhlali

İkinci bölümde açıklandığı üzere, hekimin sır saklama yükümlülüğü hem mesleki hem de sözleşmesel bir yükümlülüktür. Hukuki ve ahlaki yönden geçerli ve haklı bir sebebe dayanmaksızın hastaya zarar verme ihtimali bulunan bilginin ifşa edilmesi, personelin ve diğer kimselerin hukuki ve cezai sorumluluğunu gerektirir. Araştırma ve eğitim amacı ile yapılan faaliyetlerde de hastanın kimlik bilgileri, rızası olmaksızın açıklanamaz²⁹⁶.

I. TIBBİ KUSURLU EYLEM (MALPRAKTİS)

Kusur kavramı, borçlar kanununda tanımlanmış değildir. Öğretide; hukuk düzenince kınanan, benimsenmeyen davranış biçimi olarak tanımlanmıştır. Sözleşmeden doğan sorumlulukta kusur ise, mensup olduğu sosyal ve mesleki çevrede yaşayan bir kişi, ortalama davranış biçimini göstermeyen icraatıyla borçlu ve kusurlu davranmış sayılır²⁹⁷.

Kusur; kast ve ihmal (özensizlik, tedbirsizlik ve dikkatsizlik) olmak üzere iki şekilde karşımıza çıkar. Hukuka aykırı sonucu tasavvur etmek ve bu sonucu istemek kast, bu sonucu istememiş olmakla beraber hukuka aykırı davranıştan kaçınmak için iradesini yeterli derecede kullanmamak, hal ve şartların gerektirdiği dikkat ve özeni göstermemek ise ihmaldir²⁹⁸.

A. Hekim Kusuru

Hekimin sorumluluğu ister sözleşmeden ister haksız eylemden kaynaklansın kusur, kurucu unsurdur. Kusurla hukuka aykırılık unsurunun çoğu kez iç içe bulunması sorumluluğun belirlenmesinde kusurun önemini daha da artırmaktadır²⁹⁹.

²⁹⁶ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bakınız ZAFER, Karlıkaya, Esin/Hot, İnci, “Sağlıkla İlgili Ulusal Ve Uluslararası Belgeler Işığında “Hekim Sır ve Gizlilik” Kavramları”, Sağlık Hakkı, 2 (Haziran 2007), 10-15; YOKUŞ SEVÜK, Handan, “Tıp Ceza Hukukunda Kişisel Verilerin Açıklanması”, V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu 28 Şubat-1 Mart 2008 Ankara, Tebliğ Metni.

²⁹⁷ EREN, age., s.1050; YILMAZ, a.g.e., s.83; KICALIOĞLU, a.g.e., s.190.

²⁹⁸ YILMAZ, a.g.e., 84.

²⁹⁹ AŞÇIOĞLU, a.g.e, s.72; YILMAZ, a.g.e., s.84.

Günümüzde hekim-hasta ilişkisindeki güven unsurunun gittikçe yok olmaya başlamasıyla tıbbi kusur (tıbbi malpraktis) tartışılan bir konu haline gelmiştir. Dünya Tabipler Birliği (World Medical Association) 1992 yılındaki “tıpta hatalı uygulama” konulu duyurusunda tıbbi uygulama hatalarını, “hekimin tedavi sırasında standart uygulamayı yapmaması, beceri eksikliği veya hastaya tedavi verememesi ile oluşan zarar” olarak tanımlamıştır³⁰⁰.

Hekimlik sözleşmesi kapsamında kusur ise; hekimin, tıbbi müdahale sırasında hekimlik sözleşmesiyle kabul etmiş olduğu yükümlülüklere uymayarak hastanın zararına neden olması şeklinde kabul edilmektedir³⁰¹. Hekimlik sözleşmesi açısından kusur, farklı özellikler taşımaktadır. Öncelikle, her türlü tıbbi müdahale bir risk taşıdığından hekimin her türlü kusurundan sorumlu tutulması defansif tıp uygulamalarına yol açacak, hekimleri mesleklerini yaparken çekingen hale getirecektir³⁰².

Malpraktis ise kelime anlamıyla meslekte acemilik ya da mesleki bilgilerin tam olarak kullanılmaması yani mesleki kusur olarak tanımlanmaktadır. Hekim açısından baktığımızda ise tıbbi kusur (tıbbi malpraktis-tıbbi uygulama hatası) hekimin aldığı tıp eğitimi ile göstermek zorunda olduğu mesleki becerilerini özensizlik veya ihmal sonucu gösterememesidir³⁰³. Buna göre hekim, yapmak veya yapmamak şeklinde hastayı tedavi etme amacına aykırı davranış sergilediğinde mesleki kusur işlemiştir³⁰⁴.

1. Hekim Kusurunun Unsurları

1.1.Eylem

Hekimin eylemleri tıbbi müdahale esnasındaki teşhis ve tedavi gibi eylemleriyle olabileceği gibi genel davranışları şeklinde bir eylem de olabilir³⁰⁵. Diğer taraftan hekimin eylemi, eylem yapma biçiminde olabileceği gibi kaçınma biçiminde de olabilir³⁰⁶.

³⁰⁰ GÜNDAY, a.g.e., s.29.

³⁰¹ KICALIOĞLU, s.190.

³⁰² YILMAZ, a.g.e., s.84.

³⁰³ AYAN, a.g.e., s.105.

³⁰⁴ AYAN, a.g.e., s.105.

³⁰⁵ AŞÇIOĞLU, a.g.e., s.73; YILMAZ, a.g.e., s.91.

³⁰⁶ AŞÇIOĞLU, a.g.e., s.173; YILMAZ, a.g.e., s.92.

1.2.Tehlikeli Sonucun Öngörülebilir ve Önlenebilir Olması

Önceden öngörülmesi ve bilinmesi mümkün olmayan hususlarda kusur aranması düşünülemez. Kusur, önceden öngörülebilecek ve bilinebilecek konularda tartışma konusu olabilir. Ancak, tıbbi müdahaleler bu konuda bir istisna teşkil etmektedir. Zira çoğu kez hastaya uygulanan tıbbi müdahalenin zararlı sonuç doğurabileceği öngörüldüğü veya bilindiği halde hekim söz konusu tıbbi müdahalede bulunmaktadır. Bu halde hekim tarafından uygulanan tıbbi müdahaleler tıp biliminin kurallarına uygun olarak gerçekleştirilmeli, tıbbi müdahalenin neden olacağı yarar ve zarar hastanın yararına olacak şekilde değerlendirilmelidir.³⁰⁷ Kusurun varlığı için zararlı sonucun bilinebilir olması tek başına yeterli değildir. Ayrıca, zararlı sonucun önlenebilir olması da gerekmektedir. Hekimi önlenebilir olmayan bir zarardan sorumlu tutma olanağı yoktur³⁰⁸.

Hekimin kusurunun değerlendirilmesi konusunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre; “hekimler ancak ağır ve vahim ve de hiçbir şekilde mazur görülemeyecek kusurlarından sorumlu olmalıdır”. Özellikle, Fransız Tıp Akademisi verdiği bir kararında, hekimlerin ihmal ile değil sadece, kasten verdikleri zarardan sorumlu tutulabileceklerini savunmuştur. Ancak, Fransız Mahkemeleri bu görüşe katılmamışlardır³⁰⁹.

Hekimin vazifeleri İsviçre Federal Mahkemesinin bir kararında şu şekilde belirlenmiştir³¹⁰;

- Hastayı bilimin kesin olarak kabul ettiği verim ve yöntemlere uygun olarak dikkatle muayene,
- Böyle bir muayenenin neticesine göre vicdanen kanaat getirilen teşhisi koyma,
- Bilimin verilerine göre en çok başarı sağladığına kanaat getirdiği vasıtalarla özenli tedavi,
- Hastaya hastalığının seyrinin ağırlaşmaması için yapması gereken durumlar hakkında tavsiyelerde bulunmak,
- Hekimin kontrolünde bulunan hastanın bilincinin kapalı olduğu süreçte kendisine zarar vermemesi için gereken tedbirleri almak.

³⁰⁷ YILMAZ, a.g.e., s.92.

³⁰⁸ AŞÇIOĞLU, a.g.e., s.73; YILMAZ, a.g.e., s.92.

³⁰⁹ YILMAZ, a.g.e., s.85.

³¹⁰ YILMAZ, a.g.e., s.85.

Federal Mahkemeye göre hekimin, hasta tarafından tedaviyi idareye memur bir vekil olması itibariyle, vazifesinin ifası sırasındaki her türlü kusurundan sorumlu olması kuraldır³¹¹.

Hekimin kusuruna ilişkin doktrindeki bir diğer görüşe göre; hekimlerin kusurlarının ispatının çok zor olması nedeniyle kusur aranmaksızın sorumlu tutulmaları gerektiği sonucu ortaya çıkmakta, yani hekimlerin sorumluluğunun da bir tür kusursuz sorumluluk hali olarak düzenlenmesi gerektiği savunulmaktadır³¹².

Kusursuz sorumluluğa, tıbbi müdahale açısından baktığımızda, hekimin sorumluluğunu TBK 64 (EBK 54) gereğince hakkaniyet sorumluluğuna dayandırmak mümkündür. TBK'nın 64. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, tarafların ekonomik durumları göz önüne tutulduğunda hakkaniyetin gerektirdiği şekilde hakime takdir hakkı tanınmıştır. Buna göre hekimlik sözleşmesinin zayıf tarafı kabul edilen hastanın zarar görmesi durumunda oluşan zarar hakkında hakim, ekonomik durumu yerinde olan hasta için farklı, ekonomik durumu yerinde olmayan hasta için farklı tazminat miktarına karar verebilecektir³¹³.

Kural olarak hekimlik sözleşmesinde borçlu durumda olan hekim her türlü kusurdan sorumludur. Zira TBK madde 112 (EBK 96) uyarınca, borcunu gereği gibi yerine getirmeyen borçlunun, kusurlu olduğu kabul edilir³¹⁴. Kusurlu olmadığını ve borcu gereği gibi yerine getirdiğini hekim kanıtlamak zorundadır. Yargıtay kararları uyarınca, hekim hafif dahi olsa bütün kusurlarından sorumludur. Hekim, hastasının zarar görmemesi için mesleki tüm şartları yerine getirmek, hastanın durumunu tıbbi açıdan zamanında saptayıp somut durumun gerektirdiği önlemleri eksiksiz almak ve uygun tedavi yöntemlerini uygulamak zorundadır.

2. Hekim Kusurunun Belirlenmesinde Ölçüt

Kusurun belirlenmesi için, zararlı sonucu önleme olanağı olan davranışın bir irade eksikliği sonucu yapılmayarak somut olaydaki gibi davranılmış olması gerekir.

³¹¹ YILMAZ, a.g.e., s.85.

³¹² YILMAZ, a.g.e., s.86.

³¹³ GÜNDAY, a.g.e., s.114.

³¹⁴ KICALIOĞLU, a.g.e., s.190; YILMAZ, a.g.e., s.83.

3. Hekim Kusurunun Derecesi

Hekimin kusuru, sorumluluk hukukunun geneline olduğu gibi “kast” ve “ihmal” olarak ikiye ayrılmaktadır. Ancak, bu ayrım sorumluluk hukukunda borçlu her türlü kusurundan sorumlu olduğundan önem teşkil etmemektedir. Burada kusurun ağırlığı sadece ödenecek tazminatın miktarının belirlenmesinde dikkate alınır³¹⁵.

3.1. Kast'a Dayalı Hekim Kusuru

Kast; zarar doğuran hukuka aykırı eylemin bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir. Tıbbi müdahalelerde kast şeklinde kusur oldukça nadirdir. Hekimin yüksek bir tedavi ücreti almak için tedavi sürecini bilerek uzatması bu duruma örnek gösterilebilir³¹⁶.

3.2. İhmale Dayalı Hekim Kusuru

İhmal; borçlunun hukuka aykırı sonucu istememekle birlikte böyle bir sonucun meydana gelmemesi için gerekli olan özeni göstermemesidir. Başka bir tanıma göre ihmal; aynı şartlar altında aynı türdeki kişilerin iş hayatında gösterdikleri gerekli özeni göstermemeleri, kısaca özen eksikliğidir. Bu dikkatsizlik, alınması gereken tedbirleri almama şeklinde ortaya çıkabilir. Yargıtay her türlü kusurundan hekimin sorumlu olduğunu kabul etmekte, somut durumun gerektirdiği önlemlerin eksiksiz biçimde alınması gerektiğini belirtmektedir³¹⁷.

İhmalin belirlenmesindeki ölçü, hekimin mensup olduğu uzmanlık alanı içinde yer alan ortalama bir hekimin aynı hal ve şartlarda göstereceği davranış biçimidir. Hekimin ihmalinin ölçüsü objektiftir³¹⁸.

3.3. Hekimin Hafif ya da Ağır Kusuru

Sorumluluk hukukunda ihmal; derecesine göre ağır ve hafif ihmal olmak üzere ikiye ayrılır. Ağır ihmal; aynı şartlar altında bulunan makul her insanın alması gerekli en basit tedbirlerin

³¹⁵ ÖZDEMİR, a.g.e.,s.160; YILMAZ, a.g.e., s.96.

³¹⁶ YILMAZ, a.g.e, s.96.

³¹⁷ YILMAZ, a.g.e., s.97.

³¹⁸ YILMAZ, a.g.e., s.97.

alınmamış olmasıdır. Hafif ihmal ise, ancak dikkatli kişilerin gösterebileceği özenin gösterilmemesidir³¹⁹.

3.4. Meslek Hataları

Hukukumuzda meslek hatası olarak yasal bir tanımlama yapılmamıştır. Doktrinde farklı görüşler varsa da kabul edilen görüş ilk olarak 1879 yılında Rudolf Virchow tarafından yapılan tanımlamadır. Buna göre, meslek kusuru, tıp ilminin genel olarak tanınan kurallarının kusurlu bir ihlalini ifade eder³²⁰.

Bu görüşe göre, tıp biliminde henüz tanımlanmamış sayılan ve hekimlerce kullanılmaz nitelik taşıyan bütün yöntemler, meslek kusuru açısından da tıp bilimi tarafından tanınmamış kural sayılır³²¹.

Meslek kusurunun varlığından söz edilebilmesi için, hekimin tıp biliminin genel olarak tanınıp kabul edilmiş bir kuralını çiğnemesi ve kusurlu olması şarttır. Bunun için en azından uygulanacak tedavi seçiminde bir ihmalin ve tıbbi özen yükümlülüğüne aykırılığın varlığı aranmaktadır³²².

2.4.1. Meslek Hatalarının İspat Edilmesi

Meslek kusurunun tanımından yola çıkıldığında hem objektif hem de subjektif unsur bulunduğu görülecektir. Bu unsurlarla birlikte tanımlandığında mesleki kusur; tıp biliminin ve uygulamalarının kabul edilmiş prensiplerine dayanan tıbbi ihtimam yükümlülüğünün hekim tarafından kusurlu olarak ihlalidir³²³.

Aşçıoğlu'na göre; kusurun kanıtlanmasının hastaya ait olduğu kural olarak kabul edilmekle birlikte, özel durumlarda kusur karinesi kabul edilerek kusursuzluğun kanıtlanması hekim ve hastaneye yüklenmiştir³²⁴.

Mahkemelerce kusurun tespiti açısından bilirkişilerin görüşüne başvurulmaktadır. Bu konuda, Adli Tıp Kurumu, Üniversite Hastanelerinin ilgili Ana Bilim Dalları ve Yüksek Sağlık

³¹⁹ ÖZDEMİR, a.g.e., s.160; YILMAZ, a.g.e., s.98.

³²⁰ ÖZDEMİR, a.g.e., s.163; YILMAZ, a.g.e., s.101.

³²¹ YILMAZ, a.g.e., s.101.

³²² YILMAZ, a.g.e., s.101.

³²³ ÖZDEMİR, s.167; YILMAZ, a.g.e., s.162.

³²⁴ YILMAZ, a.g.e., s.102.

Şurasından rapor alınabilmekte olup, hukuk davaları açısından Yüksek Sağlık Şurasından rapor alma zorunluluğu bulunmamaktadır³²⁵.

§ 8. ZARAR

Hukuki sorumluluğun şartlarından biri de, borca aykırı davranılması veya haksız fiil nedeniyle ortaya bir zararın çıkmasıdır. Zarar, sözleşmenin ihlali nedeniyle alacaklının hukukça korunan değerlerinde iradesi dışında meydana gelen azalma nedeniyle doğan bir durumdur³²⁶. Bir başka deyişle zarar, hukukça korunan maddi ve manevi değerlerin bir el atma ve saldırıdan önceki ve sonraki durumları arasındaki eksilme olarak tanımlanmaktadır³²⁷.

Estetik amaçlı tıbbi müdahaleden doğan maddi zarar, tıbbi müdahalenin tıp biliminin kurallarına uygun bir şekilde özen ve sadakat borcuna uygun yapılmaması sonucu hastanın ortaya çıkan sağlık durumu ile hekimin yükümlülüğüne uygun bir tıbbi müdahale gerçekleştirmesi halinde hastanın kavuşacağı sağlık durumu arasındaki parayla ölçülebilen farktır³²⁸. Hasta, hatalı tıbbi tedavi nedeniyle yeni bir takım tedavi giderleri yapmak zorunda kalabileceği gibi belli bir süre sonra sağlığına kavuşamadığı ve çalışmadığından dolayı da bir gelir elde edemeyeceği için zarara uğrayacaktır³²⁹.

Estetik amaçlı tıbbi müdahaleden doğan manevi zarar ise, hastaya hukuka aykırı olarak tıbbi müdahalede bulunulması ya da tedavinin hatalı olması nedeniyle hastanın duyduğu bedensel ve manevi acıyı ve bu acının yaşamına yansımalarını ifade eder³³⁰.

Hekimin sorumluluğunun doğabilmesi için zorunlu olan şartlardan biri de zararın meydana gelmesidir. Yapılan müdahale hukuka aykırı olmasına rağmen ortaya bir zarar çıkmadığı sürece kişinin hukuki sorumluluğu doğmayacaktır³³¹.

³²⁵ YILMAZ, a.g.e., s.102.

³²⁶ EREN, a.g.e., s. 1042.

³²⁷ YILMAZ, a.g.e., s.65.

³²⁸ KICALIOĞLU, a.g.e., s.156; YILMAZ, a.g.e, s.65.

³²⁹ KICALIOĞLU, a.g.e, s.221; YILMAZ, a.g.e, 65-66.

³³⁰ KICALIOĞLU, a.g.e. ,s.221; YILMAZ, a.g.e., s.65.

³³¹ YILMAZ, a.g.e., s.65.

A. Maddi Zarar

Maddi zarar kişinin malvarlığında meydana gelen eksilmedir. Bu halde, hastanın vücut bütünlüğüne ve canına verilen zarar öne çıkmaktadır. Bu da, hastanın beden bütünlüğüne bir zarar verilmesi ya da ölümüne neden olunması biçiminde ortaya çıkmaktadır³³².

Maddi zarar iki şekilde ortaya çıkabilir;

- Fiili Zarar: Malvarlığının fiilen azalmasıdır. Örneğin; hatalı yapılan bir ameliyatın hastayı ikinci kez ameliyat olmak zoruna bırakması ve bunun beraberinde getirdiği maddi kayıplar gibi³³³.
- Yoksun Kalınan Kar (kazanç kaybı): Malvarlığında azalma olmamakla birlikte artışın sağlanamaması durumudur. Yapılan estetik amaçlı bir tıbbi müdahale sonucunda yüzünde sabit bir iz kalan sahne sanatçısının yeni iş sözleşmeleri yapma şansını kaybetmesi nedeniyle uğradığı zarar, yoksun kalınan kar'a örnek gösterilebilir. Bu halde sağlığı zarar gören hasta, kısmen veya tamamen çalışamamaktan ve ileride ekonomik olarak doğacak yoksullularından doğan zararlarını ve bu nedenle yaptığı tüm giderleri isteyebilir³³⁴.

Ölüm halinde, hakim EBK 45. maddeye göre, beden gücünün azalması halinde ise EBK 46. maddeye göre ve EBK 43. maddeyi de göz önünde tutarak zararın miktar ve genişliğini tespit edecek ve EBK 44. madde uyarınca hakkaniyet ölçülerine göre sonucu takdir edecektir³³⁵.

1. Tedavi Giderleri

Hekimin kusurlu eylemi neticesinde hastaya verdiği zarar nedeniyle yapılan tanı, tedavi, ameliyat, ilaç ve yurtdışındaki giderler bu kapsamdadır³³⁶.

2. Çalışma Gücü Kaybı Zararları

Kişinin beden bütünlüğünün estetik amaçlı tıbbi müdahale sonucunda bozulması ve bunun neticesinde çalışma gücünde meydana gelen kayıptır. Çalışma gücünden anlaşılması gereken kişinin bedensel, ruhsal ve de zihinsel yeteneklerine bağlı olan ekonomik verimliliğidir³³⁷.

³³² KICALIOĞLU, a.g.e., s.221.

³³³ YILMAZ, a.g.e., s.66.

³³⁴ YILMAZ, a.g.e., s.66.

³³⁵ ÖZTÜRKLER, a.g.e., s.323; YILMAZ, a.g.e., s.66.

³³⁶ AŞÇIOĞLU, a.g.e., s.100-101; YILMAZ, a.g.e., s.66.

Çalışma gücündeki kaybın geçici veya sürekli nitelikte olması ya da işin niteliği, sadece tazminatın miktarı açısından önemlidir, yoksa tazminatın ortaya çıkmasını etkilememektedir³³⁸.

3. Destekten Yoksun Kalma Zararı

Estetik amaçlı tıbbi müdahalelerde çok yaygın görülememekle birlikte tıbbi müdahale sonrası zarara uğrayan kimse eğer ölürse ölenin yardımından yoksun kalanların da tazminat isteme hakkı doğar. Burada sadece akrabalar değil ölenin bakımından yararlanan ve bu durumu ispat eden kişilerin de destekten yoksun kalma tazminatı isteme hakkı bulunmaktadır³³⁹.

4. Ölüm Nedeniyle Diğer Maddi Zararlar

Ölüm nedeniyle yapılan gömme giderlerinin tazmini de istenebilir³⁴⁰. Yargıtay'ın kararları da bu yöndedir.

B. Manevi Zarar

Manevi zarar, hastanın yapılan hukuka aykırı tıbbi müdahale sonucu manevi değerlerinde ve kişilik haklarında iradesi dışında meydana gelen azalmayı ve bu nedenle hastanın duyduğu bedensel ve manevi ıstırapı ifade etmektedir³⁴¹.

Manevi zararı talep etme hakkı kural olarak hukuka aykırı tıbbi müdahale gören kişininse de ölen kişinin yakınları da manevi zararlarının giderilmesini isteyebilirler.

Manevi zararın talep edilebilmesi için bu zararın kalıcı veya geçici olması önemli değildir. Ancak, bu durum tazminat miktarının belirlenmesinde etkilidir.

³³⁷ AŞÇIOĞLU, a.g.e., s.100-101; YILMAZ, a.g.e., s.67.

³³⁸ YILMAZ, a.g.e., s.67.

³³⁹ YILMAZ, a.g.e., s.67.

³⁴⁰ AŞÇIOĞLU, a.g.e., s.101; YILMAZ, a.g.e., s.67.

³⁴¹ TANDOĞAN, s.330; YILMAZ, a.g.e., s.68.

§ 9. TIBBİ KUSUR İLE ZARAR ARASINDA İLLİYET BAĞI

İlliyet bağı, iki olay ya da olgu arasındaki sebep-sonuç ilişkisidir. Bir olay diğer bir olayın ortaya çıkmasına neden olmuşsa, o olayın nedeni sayılır³⁴².

Hukukta ise, gerçekleşen zararlar sorumluluğun bağlandığı olay veya davranış arasındaki sebep-sonuç ilişkisine genel anlamda illiyet bağı denir³⁴³.

Hekimin hukuki sorumluluğunun doğması için, yaptığı kusurlu tıbbi müdahale ile hastanın ortaya çıkan zararları arasında uygun bir illiyet bağı bulunmalıdır. Bir başka deyişle hastanın zararına, hekim tarafından uygulanan kusurlu tıbbi müdahalenin sebep olması gerekmektedir. Ancak bu halde hekimin eylemi ile hastanın zararı arasında uygun illiyet bağının varlığı kabul edilir. Hekimin tıbbi müdahalesi, hastanın zararının uygunluk sebebi olarak gösterilemiyorsa, hekimin eylemi ile hastanın zararı arasında uygun illiyet bağı yok sayılır. Ancak, bu bağın ispatı her zaman kolay değildir. Hekimin tedavisi sonucunda hastanın bir zarara uğraması halinde, doğan zararın mutlaka hekimin fiili sonucu ortaya çıktığını söylemek olanağı yoktur. Çünkü yapılan her ameliyatın kendine özgü belirli riskleri bulunmaktadır.

Yargıtay'ın illiyet bağı kriterine göre; “bir olay hayattaki genel davranışlara ve olayların tabii akışına göre diğer bir olayı meydana getirmeye elverişli bulunuyorsa, ilk olay uygun sebep ve sonuç ölçüsüne göre ikincisinin nedeni sayılır”. Buna göre, hekimin tıbbi müdahalesindeki kusurlu tutumu hayattaki genel davranışlara ve olayın tabii akışına göre hastadaki zararı meydana getirmeye elverişli değilse, hekimin sorumluluğundan söz edilemez³⁴⁴.

İlliyet bağı üç şekilde kesilir;

- Mücbir Sebep: Hekimin egemenlik alanı dışındaki bir olay, hekimin tıbbi müdahalesi ile hastanın zararı arasındaki illiyet bağını kesmekte ve zarara tek başına yol açmaktadır³⁴⁵.
- Üçüncü Kişinin Kusuru: Üçüncü kişinin davranışının zarara ve sonucun oluşmasına olan etkisinin, zararlı sonucun uygun sebebi sayılmasına yetecek kadar etkili olması durumudur³⁴⁶.

³⁴² KICALIOĞLU, a.g.e., s.233.

³⁴³ TANDOĞAN, Borçlar Özel, C. II, s.71, KICALIOĞLU, a.g.e., s.233; YILMAZ, a.g.e., s.70.

³⁴⁴ AYAN, a.g.e., s.111; YILMAZ, a.g.e., s.71.

³⁴⁵ YILMAZ, a.g.e., s.72.

³⁴⁶ YILMAZ, a.g.e., s.72.

- Hastanın Kusuru: Ortaya çıkan zarara hastanın kendi eylemi sebep oluyorsa bu durumda da hekimin tıbbi müdahalesi ile zarar arasındaki illiyet bağı kesilir. Ancak, bunun için hastanın tam kusurlu olması gerekmektedir. Aksi halde hastanın kusuru ancak tazminatın indirilmesinde göz önünde tutulur³⁴⁷.

Uygulamada, hekimin çalıştırdığı personelinin kusuru ile zarar arasında da illiyet bağı aranmaktadır³⁴⁸.

§ 10. VEKALETSİZ İŞ GÖRMEYEN DOĞAN SORUMLULUK

Estetik Cerrahi alanında acil durumlarda tıbbi müdahalede bulunan hekimin vekaletsiz iş görme kapsamında hukuki sorumluluğunun doğması pek karşılaşılan bir durum değildir.

Hekim ile hasta arasında bir hukuki ilişki kapsamında uygulanan tıbbi müdahale esnasında hekim, tıp mesleğinin standartlarında önceden tahmin edilemeyen yeni bir tıbbi müdahale uygulanmasını veya uygulanan tıbbi müdahalenin genişletilmesini gerekli görür ve bu tıbbi müdahale için hastanın rızasını da alması mümkün olmazsa (hastanın anestezi altında olması veya hastanın şuurunun kapalı olması halleri) bu tıbbi müdahaleyi uygulamasının hukuka uygun olması için gereken şartlar şunlardır³⁴⁹;

- Zorunlu olarak genişletilen tıbbi müdahalenin hastanın aslında rıza göstermiş olduğu tıbbi müdahalenin risklerinden daha önemli ve büyük riskler taşımaması gerekmektedir,

- Gecikmenin doğuracağı tehlikeler nedeniyle hastanın rızasının alınmasının mümkün olmaması gerekir,

- Önemli organların genişletilmiş müdahale ile alınması caiz değildir. Ancak böyle bir müdahalenin uygulanmaması bir ölüm tehlikesi ile zorunlu olmamalıdır.

Bu şartların varlığı halinde hekim, hastanın birinci tıbbi müdahale için göstermiş olduğu rızanın ikinci tıbbi müdahaleyi de kapsadığını da farz ederek ikinci tıbbi müdahale açısından vekaletsiz iş gören sıfatı ile sorumlu olacaktır³⁵⁰.

³⁴⁷ YILMAZ, a.g.e., s.72.

³⁴⁸ YILMAZ, a.g.e., s.81.

³⁴⁹ YILMAZ, a.g.e., s.112; GÜNDAY, a.g.e., s.13.; Vekaletsiz iş görme sözleşmeleri hakkında geniş bilgi için bakınız; GÜMÜŞ, a.g.e., s.435 vd.; KIRCA, İsmail, Vekaletsiz İş Görmenin Temsil Hukukunda Uygulama Alanı Bulduğu Haller, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 44, Sayı:1, Ankara 1995, s.443 vd.

³⁵⁰ GÜNDAY, a.g.e., s.13; YILMAZ, a.g.e., s.112.

Vekaletsiz iş görme sözleşmelerinde iş görenin sorumluluğu TBK 527'de (EBK 411) düzenlenmiştir. Buna göre; vekaletsiz iş gören her türlü ihmalden sorumludur. Böylece sözleşmeye dayanmayan tıbbi müdahalede hekimin özen borcunun sözleşmesel ilişkiden daha az olmadığı vurgulanmaktadır³⁵¹.

Vekaletsiz iş gören açısından tam sorumluluk geçerliiyken bu sorumluluğun bazı hallerde yumuşatılması veya ağırlaştırılması öngörülmüştür. Sorumluluğun yumuşatılması TBK 527/1'de (EBK 411/1) düzenlenmiştir³⁵². Buna göre; hastanın ağır bir zarara uğramasını önlemek ya da ölümüne engel olabilecek davranış sergilemek amacıyla yapılan tıbbi müdahalelerde hekimin sorumluluğu yumuşatılmaktadır. Ancak, doktrindeki bir diğer görüşe göre, hekimlik sözleşmelerinde TBK 527/1 hükmünü uygulamak ve hekimin özen borcunu hafifletmek uygun değildir. Hekim bir kimseyi daha ağır bir zarardan korumak amacıyla bile müdahalede bulunuyorsa, halin özelliklerine göre ortalama bir hekimin aynı hal ve şartlar altında göstereceği özeni göstermekle yükümlüdür³⁵³.

Sorumluluğun ağırlaştırıldığı hal ise TBK 527/2 (EBK 411/3)'de gerçek olmayan vekaletsiz iş görme olarak düzenlenmektedir. Buna göre, hekim işin başkasına ait olduğunu bildiği veya bilmediği durumda, hastanın yararına hizmet amacıyla değil de hastanın geçerli ve bağlayıcı yasaklamasına aykırı olarak işi kendi yararına görürse, kural olarak hekim, ortada hekimlik sözleşmesi varmış gibi, azami ölçüde ortalama bir hekim tipinden beklenen somut tıbbi dikkat ve özeni göstermekle yükümlü olup, her ihmalden doğan zararı tazmin etmekle yükümlü olur³⁵⁴. Bir başka deyişle, hasta daha önce tedaviyi reddetmişse ve hekimin bu durumu somut olayın özelliklerin göre bilmesi gerekiyorsa, yani yapılan tıbbi müdahale hastanın rızasına aykırı olarak gerçekleştirilmişse, hekimin vekaletsiz iş görmeden kaynaklanan sorumluluğu ağırlaştırılacaktır³⁵⁵. Bu halde hekim artık meydana gelen bütün zararlardan ve bu arada ortaya çıkan tıbbi kazalardan dahi sorumlu olacaktır. Bu durumda tedaviye ve girişime rızası olmayan hastanın reddinin makul olmadığı, tedavinin objektif olarak yararlı olduğu hekim tarafından ileri sürülemez ve hekim doğacak zararlardan sorumlu olur³⁵⁶.

³⁵¹ YILMAZ, a.g.e., s.113.

³⁵² Türk Borçlar Kanunu madde 157/1'e göre; "Vekaletsiz iş gören, her türlü ihmalden sorumludur. Ancak, iş gören bu işi, iş sahibinin karşılaştığı zararı veya zarar tehlikesini gidermek üzere yapmışsa, sorumluluğu daha hafif olarak değerlendirilir".

³⁵³ YILMAZ, a.g.e., s.113.

³⁵⁴ ŞENOCAK, a.g.e., s.105; AYAN, a.g.e., s.69; DEMİR, a.g.e., s.270; KICALIOĞLU, a.g.e., s.183.

³⁵⁵ GÜNDAY, a.g.e., s.14; YILMAZ, s.113.

³⁵⁶ Öztürk, s.174; YILMAZ, a.g.e., s.114.

Estetik amaçlı tıbbi müdahaleler açısından baktığımızda ise, bu tip müdahalelere ilişkin hekimlik sözleşmelerini eser sözleşmesi olarak kabul eden doktrindeki bir kısım yazarlara göre; hastanın rızasının alınmaması estetik amaçlı tıbbi müdahaleler de müdahalenin hukuka aykırı olmasına neden olacaktır³⁵⁷. Bu halde, estetik amaçlı tıbbi müdahalelerde müdahalenin genişletilmesini hukuka uygun hale getirmek mümkün değildir. Ancak, yaşamsal önem taşıdığını ileri sürmek söz konusu olabilir ki bu halde dahi vekalet sözleşmesine nazaran daha ağır bir sorumluluk hali söz konusu olmaktadır³⁵⁸.

§ 11. HAKSIZ FİİL SÖZLEŞMESİNDEN DOĞAN SORUMLULUK

Sözleşmeye aykırılık ve vekaletsiz iş görme hükümleri uygulanarak hekimin sorumluluğuna gidilemediği nadir durumlarda veya sözleşmesel ilişki var olsa bile tercih edilmemesi durumunda hekimin sorumluluğuna haksız fiil'e ilişkin hükümlere dayanılarak gidilebilir³⁵⁹. Bunun yanı sıra hekimin hasta üzerinde uyguladığı tıbbi müdahale hastanın beden bütünlüğüne yönelik olduğu için, hekimin sözleşmeye aykırı zarar verici her türlü davranışı aynı zamanda haksız fiil teşkil eder. Dolayısıyla böyle durumlarda sözleşmesel sorumluluk ve haksız fiil sorumluluğu yarışır. Yani, hasta, açacağı davada hekimin sorumluluğunu hem haksız fiil hem de sözleşmesel sorumluluğa dayandırabilir³⁶⁰.

Hasta, haksız fiil'den doğan sorumluluğa dayandığında, sözleşmesel sorumluluktan farklı olarak haksız fiil sorumluluğunun unsularını oluşturan hukuka aykırılık, kusur, zarar ve illiyet bağıını ispat etmekle yükümlüdür.

³⁵⁷ ÇAKMUT, a.g.e., s.187; GÜNDAY, a.g.e., s.14.

³⁵⁸ GÜNDAY, a.g.e., s.15.

³⁵⁹ YILMAZ, a.g.e., 105.

³⁶⁰ YILMAZ, a.g.e., s.105.

§ 12. HEKİMİN HUKUKİ SORUMLULUĞUNU KALDIRAN VE AZALTAN NEDENLER

I. Zaruret (Çaresizlik) Hali

Zaruret (çaresizlik, zorunluluk) hali, eylemi hukuka uygun hale getirir³⁶¹. TDN (tıbbi deontoloji nizamnamesi) madde 3'e göre, hekim, acil durumlarda hastaya gerekli müdahaleyi yapmakla yükümlüdür. Bu halde, hastanın yaşamının kaçınılmaz tehlike altında olması ve az da olsa tedavi ihtimalinin bulunması nedeniyle zorunlu olarak tıbbi müdahaleye başvurulması halinde, ortada çaresizlik halinin bulunduğu kabul edilir³⁶². Ne var ki, somut olaydaki çaresizlik durumu, kusuru kaldıran bir özellik göstermelidir. Örneğin; hastanın durumu uzman bir doktorun müdahalesini gerektirmesine karşın, uzman doktor yokluğu ve ulaşılabileceği bulunmadığında, zorunluluk nedeniyle pratisyen hekimin hastaya müdahale etmek zorunda kalması, onun eylemini hukuka uygun hale getirmektedir³⁶³.

Belirtmek gerekir ki, buradaki sorumsuzluk BK 52'den kaynaklanmamaktadır. Ancak, BK 52'nin kıyas yoluyla uygulanması hatalı yorum sayılmaz³⁶⁴.

II. Üçüncü Kişinin Ağır Kusuru

BK 67 gereğince, borcun bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinden alacaklının menfaatinin olmadığı hallerde, borçlu borcunu şahsen ifaya mecbur değildir. Bu halde hekim yardımcı şahıslardan da yararlanabilir. Örneğin; hekimin bir ameliyat esnasında asistan hekimlerden yararlanması gibi. Ancak, hekim bu kişilerin verdikleri zararlardan BK 100 gereğince kendisi sorumludur³⁶⁵.

Yardımcı personelin (hemşire, hastabakıcı, laborant, gibi), hastaya verdiği zararlardan hekimin sorumluluğu; sözleşmesel sorumlulukta BK 100 çerçevesinde, eğer arada bir sözleşme ilişkisi yoksa ve yardımcı personelin zarar verici davranışı haksız fiil teşkil ediyorsa

³⁶¹ YILMAZ, a.g.e., s.170.

³⁶² KICALIOĞLU, a.g.e., s.437-438; YILMAZ, a.g.e., s.170.

³⁶³ KICALIOĞLU, a.g.e., s.438.

³⁶⁴ AŞÇIOĞLU, a.g.e., s.128; YILMAZ, a.g.e., s.170.

³⁶⁵ YILMAZ, a.g.e., s.111.

BK 55 çerçevesinde değerlendirilir ve bu şekilde hekimin sorumluluğuna gidilebilir. Bunun yanı sıra hasta ile hekim arasında sözleşmesel ilişki bulunsa bile, yardımcı personelin sözleşmeye aykırılığı aynı zamanda haksız fiil teşkil ediyorsa yine BK 55'e dayanılabilir. Bu halde hakların yarışması söz konusu olur³⁶⁶.

Ancak, BK 100 ile BK 55 arasında fark'a dikkat etmek gerekir. Buna göre, BK 55'e dayanarak hekim aleyhine dava açılabilmesi için³⁶⁷;

- Hekim ile zarar veren yardımcı personel arasında bir istihdam ilişkisi bulunması gerekmektedir. Genelde, hekim ile asistan hekimler, hemşireler ve hasta bakıcılar arasında böyle bir ilişkinin varlığı kabul edilir.
- Zarar, yardımcı personel tarafından verilen hizmetin ifası sırasında ve ifa ile ilgili olarak gerçekleştirilmelidir. Bu halde asistan hekimler, hemşireler ve hasta bakıcıların çalışmaları tedavi faaliyetine dahildir.
- Zarar, istihdam edilenlerin hukuka aykırı eylemlerinden doğmuş olmalıdır. Buna karşılık, istihdam edilenlerin kusurlu olmaları aranmaz.
- Son olarak hekim, durum ve koşulların gerektirdiği tüm dikkat ve özeni gösterdiğini veya göstermiş olsaydı bile aynı zararın yine de meydana geleceğini ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir. Bu halde hekim BK 55/2 uyarınca hastaya ödediği tazminatı kusuru oranında yardımcı personele rücu edebilir.

III. Mücbir (Zorlayıcı) Sebep

Hekimi tümüyle sorumluluktan kurtaran diğer bir neden mücbir sebeptir. Mücbir sebep; öngörülmesi ve karşı konulması olanağı bulunmayan, olağanüstü kaçınılmaz bir olaydır. Doktrinde; önceden görülemeyen, sorumlu kişinin faaliyeti dışında kalan ve karşı konulamayacak bir şiddette kendini gösteren olağanüstü bir olay olarak tanımlanmıştır³⁶⁸. Bilimsel ve teknik verilere göre alınabilecek her türlü önlem alınsa, her türlü özen gösterilse bile zararlı sonucun önlenemez bir özellik göstermesidir. Önlenmesi olanaksız dış etken (mücbir sebep) faaliyet alanı dışında kalan bir olaydır.

³⁶⁶ YILMAZ, a.g.e., s.106.

³⁶⁷ YILMAZ, a.g.e, s.106-107.

³⁶⁸ TANDOĞAN, Haluk, Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk, Ankara, 1981, s.247.

Önceden öngörülemeyen husus olayın kendisi değil, doğuracağı sonuçtur. Kaçınılmazlık (önleyememe), mücbir sebebin en önemli ögesidir. “karşı konulmazlık” ve “önlenemezlik” kavramlarını da kapsar. Bilim ve tekniğin verilerine göre bilinebilen her türlü önlem alınsa, her türlü özen gösterilse bile, zararlı sonucun hiç kimse ve hiçbir güç tarafından önlenememesidir.

Mücbir sebep; doğal (deprem, yıldırım düşmesi, şiddetli kasırga vb), sosyal (birden patlayan savaş, iç isyan, ihtilal, kriz vb.) ya da hukuksal (devletin yetkili organlarının bu alanda bir süre için durdurma ya da kısıtlama kararı alması, genel grev vb) bir olay biçiminde ortaya çıkabilir.

IV. Sorumsuzluk Antlaşması

BK 99 uyarınca, sözleşmesel sorumluluktan kurtulma şansı sadece hafif kusur için öngörülmüştür. Borçlunun hile ve ağır kusurundan doğacak sorumluluktan kurtulmasını sağlamak için önceden düzenlenen her sözleşme şartı batıldır³⁶⁹. Ancak, hekimlik sözleşmeleri açısından doktrinde ve Yargıtay kararlarında hekimin hafif kusurundan bile sorumluluğunun kısıtlanmaması gerektiği belirtilmektedir³⁷⁰. Zira hekim, vekil sıfatı ile hareket ettiğinden, işçi gibi hafif kusurundan dahi sorumlu olduğunun kabul edilmesi gerekmektedir (BK 223).

Doktrinde; hekime karşı tam bir güven duyarak teşhis ve tedaviyi kabul eden hastanın karşısında üstün durumda olan hekim ile sorumsuzluk anlaşması yapamayacağı, çünkü tam bir güven duygusu ile hareket eden hasta ile yapılacak sorumluluktan kurtulma anlaşmasının güven duygusunu ortadan kaldıracığı ifade edilmektedir³⁷¹.

³⁶⁹ YILMAZ, a.g.e., s.110.

³⁷⁰ ÖZTÜRKLER, a.g.e., s.164.

³⁷¹ YILMAZ, a.g.e., s.111.

§ 13. HEKİMİN SORUMLULUĞUNU ETKİLEYEN ÖZEL HALLER

I. Hekimin Kusursuz Sorumluluğu

Kusurun ispatlanmasının zorlaşması ve kusurun hiç bulunamaması veya sözleşmenin taraflarının eşit güçte olmaması, sosyal amaçlı sorumluluk ilkesinin kusursuz sorumluluğunun kabul edilmesine yol açmıştır³⁷².

Borçlar Kanununda; kusursuz sorumluluk halleri genellikle başkasının fiilinden doğan sorumluluk hallerinden kabul edilmiştir.

BK'nun 55. maddesinde, işçinin işveren ile aralarında sözleşme ilişkisi olmayan bir kişiye karşı, hizmetini ifa ederken verdiği zarardan dolayı iş sahibinin oluşan sorumluluğu düzenlenmiştir. BK madde 100'de ise, adam çalıştıran kimse ile üçüncü kişi arasında bir sözleşme ilişkisi varken yardımcı şahısların verdikleri zarardan çalıştıran kişinin sorumluluğu düzenlenmiştir. BK madde 55'den kaynaklanan sorumluluk kusura dayanmamaktadır. Zira BK 55. maddesinde "kusur ile meydana gelen zarardan" bahsedilmediğinden adam çalıştıranın, çalışan kişinin kusuru olsun veya olmasın, işini gördüğü sırada meydana gelen zarardan sorumlu tutulacağı anlaşılmaktadır. Buna göre, adam çalıştıran kimsenin tazminata mahkum edilebilmesi için kendisinin kusurunun bulunması gerekmediği gibi çalışanın kişinin dahi kusurunun bulunmasına gerek olmadığı şeklinde görüşler mevcuttur³⁷³.

Hekimin yanında çalıştırdığı kişilerin üçüncü kişiye verdikleri zararlardan dolayı ne hekimin ne de yanında çalıştırdığı kişinin sorumluluğu aranmayacaktır. Burada, zarar verenle hekim arasında bir çalıştırma ilişkisinin bulunması gerekir³⁷⁴. Yani yardımcı personelin hukuki olarak sorumluluğuna gidilebilmesi için hekimin talimatı ile hareket ediyor ve onun gözetiminde görevini yerine getiriyor olması gerekir. Hekimle yardımcı personel arasında fiili

³⁷² YILMAZ, a.g.e., s.135.

³⁷³ YILMAZ, a.g.e., s.139.

³⁷⁴ YILMAZ, a.g.e., s.151.

bir bağıllık olması gerekir³⁷⁵. Bu halde hekim objektif özen gösterme görevinden dolayı sorumluluk altındadır.

Tüm bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere hekim ile zarar gören hasta arasında işin görülmesi sırasında bir sözleşme ilişkisi varsa BK 100. madde, bir sözleşme ilişkisi yoksa BK 55. madde uygulanacaktır.

II. Hastanın Tedaviyi Kabul Etmemesi

Hasta, hukuka aykırı olmadıkça tıbbi yardım ve müdahaleyi kabul etmeyerek reddedebilir. Hastanın tıbbi tedaviyi reddettiğini bildiği halde, hekimin tıbbi müdahalede bulunarak bir zarara ya da tehlikeye neden olması halinde sorumlu tutulacağı açıktır. Böyle bir durumda hekimin, hastanın tedaviyi reddetmesinin doğru olmadığını, tıbbi tedavi ve müdahalenin hasta için yararlı olacağını ileri sürerek sorumluluktan kurtulma olanağı yoktur.

III. Tıbbi Müdahale Nedeniyle Birlikte Sorumluluk

Teşhis ve tedavi amacına yönelik tıbbi müdahaleler, çoğu kez bir ekip tarafından gerçekleştirilmektedir. Böyle bir çalışma sırasında ortaya çıkan zararlardan dolayı sorumluluk, somut olayın özelliklerine göre belirlenmekle birlikte, kural olarak ekibin başından bulunan hekime aittir. Teşhis konulması, tetkiklerin yapılması, ameliyathanenin hazırlanması ve donanımın (araç-gereç, ilaç, narkoz vb.) sağlanmasından ekibin başında olan hekim sorumludur.

Tıbbi müdahale sırasında görev yapan asistan ve diğer yardımcı personelin hatalarından, gözetim ve denetim yükümlülüğü nedeniyle hekim sorumludur. Hekim, kendi seçtiği yardımcı kişilerin hastaya verdikleri zararlardan dolayı sorumludur. Zararın doğmasında yardımcı personelin ağır kusurunun bulunması halinde ise, yardımcı kişiler haksız fiil hükümlerine göre sorumlu tutulabilirler.

Tıbbi müdahaleden sonraki hasta bakım ve denetim eksikliği ve özensiz davranışlar nedeniyle ortaya çıkabilecek komplikasyonlardan, tıbbi müdahaleyi yapan hekim, nöbetçi hekim, hemşire ve diğer yardımcı personel görev tanımına göre ayrı ayrı sorumlu olurlar. Ameliyat

³⁷⁵ GÜNDAY, a.g.e., s.107-108.

sonrası hastanın verilen talimatlara uymaması nedeniyle ortaya çıkacak zararlardan dolayı hekim ve yardımcı personel sorumlu tutulamaz.

IV. Hekimin, Hastaya Verilen İlaç ve İlacın Kullanımı Nedeniyle Sorumluluğu

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinin 2. maddesi uyarınca hekim hastasını tedavi ederken azami dikkat ve özeni göstermekle yükümlüdür. Söz konusu hekimin dikkat ve özeninin kapsamına ilacın reçete edilmesi ve kullanımının tarif edilmesi aşamaları da girmektedir. Aynı nizamnamenin 6. maddesine göre hekim, ilacı seçmekte serbesttir. Hekim, hastası için, tıp biliminin ulaştığı düzeyi göz önüne alarak hastanın ve hastalığın durumuna en uygun düşen ilacı seçmekle yükümlüdür. Hekim, hastasına önerdiği ilacın endikasyonlarını, kontrendikasyonlarını, yan etkilerini ve dozajını çok iyi bilmelidir³⁷⁶.

Tedavi için hekim tarafından hastaya önerilen ilaçların kullanılması nedeniyle hastada fiziksel ve ruhsal bazı zararların ortaya çıkması halinde hekim sorumlu tutulabilir³⁷⁷.

Hekim, ilacın kullanımı ile ilgili tüm bilgileri eksiksiz olarak hastaya anlatmalı ve reçete üzerine gerekli açıklamaları hastanın anlayabileceği bir şekilde yazmalıdır³⁷⁸. İlacın yan etkileri ve kullanım şekli ile ilgili bilgileri vermede özen yükümlülüğüne aykırı davranılması, hekimin sorumluluğunu doğuracaktır. Hastanın ilacın prospektüsünü okumamış olması hekimin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Hekimin önerisine aykırı ilaç kullanan hasta, bu nedenden doğan zararlardan kendisi sorumlu olur.

Son olarak belirtmek gerekir ki; ilacın hatalı ve bozuk üretilmesinden, reçetede yazılı ilacın temini sırasında eczacının yaptığı hatalardan ve ilacın uygulamasını (hastaya verilmesini) yapan yardımcı sağlık personelinin hatalarından dolayı hekim sorumlu tutulamaz.

³⁷⁶ YILMAZ, a.g.e., s.155.

³⁷⁷ KICALIOĞLU, a.g.e., s.444.

³⁷⁸ Ayrıntılı bilgi için bakınız; BİLGİN, Mahmut, Özel Hukukta Zamanaşımı, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s.3 vd; YILMAZ, a.g.e., s.154; KICALIOĞLU, a.g.e., s.444.

§ 14. ZAMANAŞIMI SORUNU

Zamanaşımı; kanunda öngörülen ve belirli koşullar altında geçmekle bir hakkın kazanılması, kaybedilmesi veya bir yükümlülükten kurtulmayı sağlayan süre anlamında kullanılmaktadır³⁷⁹. Buna göre zamanaşımı; bir borcu doğuran, değiştiren, ortadan kaldıran bir olgu olmayıp, doğmuş ve var olan bir hakkın istenmesini ortadan kaldıran savunma aracıdır.

Vekalet sözleşmesiyle kurulan bir borç ilişkisinde zamanaşımı süresi; 818 sayılı kanunda BK 126 ya göre 5 yıl, 6098 sayılı kanunda TBK 147/5 uyarınca da aynı şekilde 5 yıl olarak kabul edilmiştir. Haksız fiil ilişkisinde ise zamanaşımı süresi, zarar ve fiil ile bu zararın doğumundan sorumlu tutulan şahsın öğrenilmesinden itibaren BK'da 1 yıl, TBK da ise 2 yıl olarak kabul edilmiştir. Ancak, maddi ve manevi tazminat davasına neden olan fiil aynı zamanda suç teşkil ediyorsa ve ceza zamanaşımı daha uzun bir süre ise, haksız fiil ile ilgili olarak tazminat davası bu süre içinde açılabilir³⁸⁰. Yeni 6098 sayılı TBK madde 478'e göre eser sözleşmesi olarak nitelendirilen hukuki uyumsuzluklarda dava zamanaşımı süresi; teslim tarihinden başlayarak, taşınmaz yapılar dışındaki eserlerde 2 yıl, taşınmaz yapılarda 5 yıl, ancak, yüklenicinin ağır kusuru varsa, ayıplı eserin niteliğine bakılmaksızın 20 yıl olarak belirlenmiştir. Bu durumda, estetik bir operasyondan kaynaklanan ayıp nedeniyle açılan davalarda söz konusu tıbbi müdahale eser sözleşmesi kapsamında değerlendirildiğinde, eski kanundaki (818 sayılı BK) 1 yıllık dava zaman aşımı süresinin 6098 sayılı TBK ile 2 yıla çıkarıldığı ve uzun dava zaman aşımı süresinin de eserin ağır kusurlu olması durumunda eski kanundaki 10 yıla karşın, yeni kanunda 20 yıl olarak belirlendiği görülmektedir³⁸¹.

³⁷⁹ Çelik A.,Ç. a.g.e. Tazminat ve alacaklarda sorumluluk ve zamanaşımı, bilge yayınevi, Ankara.

³⁸⁰ YILMAZ, a.g.e. s. 80.

³⁸⁰ BİLGİN, a.g.e., s.501 vd.

³⁸¹ Bu konuda bakınız; BİLGİN, a.g.e., s.1211, 1275.

SONUÇ VE ÖNERİLER

Bilirkişi sıfatı ile incelemiş olduğum çok sayıdaki mahkeme dosyasındaki, gerek yerel mahkeme gerekse de yüksek yargı kararlarında, estetik amaçlı operasyonlarda hastadan alınan aydınlatılmış onam formu, tıbbın diğer branşlarına göre daha bir ön plana çıkarılmış ve estetik operasyonların özelliği nedeniyle bu evrakların daha detaylı ve içerik açısından daha zengin olması gerektiği vurgulanarak, bazı dosyalarda buna göre hüküm kurulmuştur. Oysa, "Aydınlatılmış Onam Formu" tıbbın tüm branşlarında ön plana çıkarılması gereken bir belge olup, bu önemli evrak sadece estetik amaçlı operasyonlar için değil, her türlü tıbbi tedavi için "olmazsa olmaz " bir belge kapsamında değerlendirilmelidir.

Yaygın Yargıtay içtihatlarına göre, estetik amaçlı operasyonların eser sözleşmesi kapsamında değerlendirildiği görülmekte ve bilinmektedir. Son dönemlerde özellikle basında çıkan bazı haberlerde eser sözleşmesi kapsamında değerlendirilen tıbbi itilaf davalarında hekimin hastaya, hastanın istediği şekilde bir estetik operasyon yapma yükümlülüğü olduğu ve bunu gerçekleştiremeyen hekim aleyhinde hüküm kurulabileceği şeklinde, yanlış ve evrensel hukuk kuralları ile bağdaşmayan bir algı oluştuğu görülmektedir. Mülga 818 sayılı BK'nın eser sözleşmesi ile ilgili 355 ve devamı maddeleri incelendiğinde de yasanın sanki böyle bir emrediciliği olduğu yanlışlığı ile karşılaşılmaktadır. Bilindiği üzere; eser sözleşmesi kapsamındaki ihtilafların uzun bir dönem Yargıtay 13. Hukuk dairesince incelendiği daha sonra da bu incelemelerin Yargıtay 15. Hukuk dairesi görev alanına alındığı görülmektedir. Bugün için ise bu inceleme mercii değişmiş ve eser sözleşmesi kapsamındaki estetik operasyonlar ile ilgili olarak temyiz görevi Yargıtay 3. Hukuk dairesine verilmiş olup, estetik operasyonlar dışındaki eser sözleşmesi kapsamındaki diğer ihtilaflara da Yargıtay 15. Hukuk dairesi bakmaktadır. Tezimin hazırlanması aşamasında bu daireler ait çok sayıda Yargıtay içtihadı üzerinde yapmış olduğum detaylı incelemelerde bugüne kadar, sadece hastanın beğeneceği şekilde bir estetik operasyon yapmadığı için hekim aleyhinde hüküm kurulan tek bir tazminat davası dosyasına rastlayamadım. Hekim hakkında tazminata hükmedilen tüm dosyalarda, gerekçeli kararda bahsedilen hususun, hekimin bilirkişi raporlarına göre ya da mahkeme tarafından dosya üzerinde yapılan inceleme sonucunda ortaya çıkan özen borcuna aykırı davranışları ya da aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi durumları olduğu

görülmektedir. Yüksek yargı, içtihatlarında eser sözleşmesini tanımlarken " hekim yapılacak estetik operasyonun sonuçları hakkında bir taahhütte bulunmuşsa bu sözleşme eser sözleşmesi olarak değerlendirilmelidir " şeklinde bir ifade görülmektedir. Bu ifadeden de anlaşılacağı üzere, eğer hekim yapacağı operasyon ile ilgili olarak bir taahhütte bulunmamış ise ki bu durumun en önemli ispat vasıtası ameliyat öncesinde alınan Aydınlatılmış Onam belgesidir, bu durumda hekim aleyhine eser sözleşmesi kapsamında bir hüküm kurulması beklenmemelidir. Bir dönem yazılı basında uzun süre yer alan "Yargıtay estetik operasyonlarda son noktayı koydu, estetik operasyon eser, hekim ise müteahhitdir, Yargıtay hastanın istediği ameliyatı gerçekleştirilmeyen hekimi kusurlu buldu" şeklindeki haberlere neden olan davalara ait tıbbi dosyalar, tarafımdan detaylı olarak incelendiğinde; Yargıtay'ın tazminat hükmünü, dosyanın eser sözleşmesi kapsamında değerlendirilip hastanın isteklerine uyulmamış olması nedeniyle değil, yapılan operasyonlar ile ilgili üsülüne uygun alınmış aydınlatılmış onam belgesinin dosyada mevcut olmaması nedeniyle kurduğu açıkça görülmektedir. Bu konunun gündemde olduğu dönemde Türk Estetik, Plastik ve Rekonstrüktif Cerrahi Derneği olarak Yargıtay ile ortaklaşa " Estetik, Plastik ve Rekonstrüktif Cerrahide Hukuki Sorunlar" adı altında iki günlük bir seminer organize edilmiş idi. Bu konu, toplantıya katılan çok sayıdaki hukukçu ve Yargıtay üyesi tarafından da tartışılarak, güzellik ve beğenme kavramları kişiden kişiye değişen izafi bir durum olarak nitelendirilmiş ve "Yapılan operasyonun hasta tarafından subjektif olarak beğenilmemesi durumunda, hekim aleyhine tazminat hükmü kurulabileceği" şeklindeki düşünce ve algılamının, evrensel hukuk kuralları ile de bağdaşmayan yanlış bir hukuksal görüş olduğu benimsenmişti. Nitekim, 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı TBK'nın eser sözleşmesinden bahseden 470 ve devamı maddelerinde, bugüne kadar pratikte pek kabul görmeyen ancak, hastalar ve bazı hukukçular tarafından yanlış bir şekilde algılanan eski kanundaki ifadelere bir düzenleme getirilerek, eser sözleşmesi kapsamında dahi hekimin yükümlülüğünün " basiretli bir hekimin o konuda göstermesi gereken özeni göstermesi" ile sınırlı olacağı ortaya konulmuştur. Bu durumda aklımıza "basiretli hekim" kimdir, gösterilmesi gereken özenin sınırları nereye kadardır ve bu özen neye göre belirlenecektir gibi sorular gelebilir. Bu soruların cevabı, tüm hukuk davalarında önemle başvurulacak bilirkişilik müessesesi içinde yer almaktadır. Bilirkişilik sırasında bu değerlendirilmelerin yapılabilmesini kolaylaştıracak objektif kriterlerin sağlık hukuku ile ilgili yasalarımızda yer almamasının ve bilirkişi raporlarının bilirkişinin subjektif görüşlerini yansıtabilen ve bazen de aynı dosya üzerinde birbiri ile neredeyse taban tabana zıtlık gösterebilen çelişkili raporlar

olarak karşımıza çıkmasının, davalarda doğru ve adaletli sonuca ulaşmayı önleyen önemli unsurlar olduğu kanaatindeyim.

Eser ve vekalet sözleşmeleri arasındaki önemli ve farklı diğer bir husus da, bir dosyanın eser sözleşmesi kapsamında değerlendirilmesi için itilafçılar arasında mutlak bir ücret ilişkisinin söz konusu olması gerekliliğidir, yani ücretsiz yapılan bir estetik operasyon sonrasında ortaya çıkan bir hukuki itilafta, dosyanın eser sözleşmesi kapsamında değerlendirilmesinin, yasaya göre mümkün olmayacağı kanaatindeyim. Bu dosyalar, ücretin esas unsur olmadığı bir sözleşme şekli olan vekalet sözleşmesi kapsamında değerlendirilmelidir.

Ayrıca, kamu hastanelerinde yapılan estetik operasyonlar sonrasında ortaya çıkan uyuşmazlıklarda da bu dosyalar, ilgili kurum aleyhine idari yargıda açılacak tam yargı davaları olarak işlem görmektedir.

Eser sözleşmesi ile vekalet sözleşmesi arasında mevcut bir diğer fark da, bu davalarla ilgili dava zaman aşımı süreleri ile ilgilidir. Bilindiği üzere 818 sayılı mülga BK'da vekalet sözleşmeleri için dava zaman aşımı süresi 5 yıl, eser sözleşmeleri için ise, taşınmazlar dışındaki eserlerde 1 yıl, taşınmazlarda ise 5 yıl olup, her iki sözleşme şekli için uzamış dava zaman aşımı süresi ise en fazla 10 yıl olarak belirlenmiştir. Oysa 6098 sayılı TBK'da bu sürelerle ilgili bazı değişiklikler ortaya konmuştur. Kanun koyucu yeni kanunda, dava zaman aşımı süresini, vekalet sözleşmelerinde (hekim hasta arasındaki ilişkilerde) 5 yıl, eser sözleşmelerinde ise, taşınmazlar dışındaki eserlerde (Estetik operasyonlar taşınmaz dışı eserler olarak nitelendirilmelidir) 2 yıl, taşınmazlarda ise 5 yıl olarak ifade etmiş, ağır kusur durumunda da ayıplı eserin niteliğine bakılmaksızın her iki sözleşme şekli için de uzamış dava zaman aşımı süresini 20 yıl olarak belirlemiştir.

Gerek 818 sayılı gerekse de 6098 sayılı kanunların her ikisinde de, vekalet ve eser sözleşmeleri arasındaki önemli farkın, eser sözleşmesinde elde edilecek sonucun önceden taahhüt edilmesi olduğu belirtilmektedir. Ortaya konulacak eser bir yapı, bir mobilya veya buna benzer cismani şeyler olduğu zaman, bunun belli bir özellikte ve evsafa gerçekleştirilmesi taahhüt edilebilir ve gerekli özen ve çaba gösterilerek bu sonuca ulaşılabilir. Ancak, söz konusu ve üzerinde çalışılan unsur insan olduğu zaman bu taahhüt nereye kadar gerçekleştirilebilir. Üzerinde çalışılan insan vücudunun ve tıp biliminin diğer nesnelere göre farklılıklar göstermesi ve hukukçular tarafından "cevaz verilen risk" olarak nitelendirilen komplikasyonun, cismani eserlerin meydana getirilmesi sırasında

karşılaşılmayan bir durum olması hasebiyle, komplikasyon kavramı, eser sözleşmesi kapsamında değerlendirilen operasyonlarda "taahhüt" sözcüğüne farklı bir yaklaşım getirmektedir. Nitekim, Yüksek yargı bu konudaki yaygın içtihatlarında bu önemli farka bir yorum getirmiş ve tıbbi uygulamalarda aydınlatılmış onam belgesi ile neyin ne dereceye kadar taahhüt edildiği veya edilmediği konularına önemli vurgulamalar yapmıştır. İtilaf konusu tıbbi dosya ister vekalet isterse de eser sözleşmesi kapsamında değerlendirilsin, her iki sözleşme şeklinde de esas olan, hekimin özen borcu yükümlülüğüne uyup uymadığı konusu olacaktır. Bu durumda hekimin, hastasını yeterince aydınlatıp sonrasında gerekli onamını alması şeklindeki "Aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmesi" hususu anlam kazanacak ve Aydınlatılmış onam formu, önem arzeden bir belge olarak karşımıza çıkacaktır. Ancak, Aydınlatma konusu ile ilgili olarak da bazı kavramlara dikkat çekilmesi gerektiği kanaatindeyim. Hastanın bilgilendirilmesi, hastanın en doğal hakkı ve "hukuki" bir gereklilik olsa dahi, bilgilendirmenin "aydınlatma" gibi çok geniş ve sınırları tanımlanamayan bir düzeyde olmasının beklenmesi gerçekçilikten uzaktır. Hastalıkların, kullanılan ilaçların, tetkiklerin, tedavinin olası yarar ve zararlarının her hastaya en ince noktasına kadar anlatılması ve hastadan bunların hepsini tam olarak anlamasının beklenmesi, uygulanabilir bir durum değildir. Hastalığı ile ilgili olarak kişiye tamamen bilgisiz olma hakkının verilmesi ve bu bilgisiz kişiyi "aydınlatmak" gibi sınırları belli olmayan bir yükümlülüğün sağlık çalışanına yüklenmesi, adil olmayan ve hakkaniyet ilkesi ile bağdaşmayan bir uygulamadır. Hastanın bilgilendirilmesini sadece hekimin yükümlülüğü saymayan ve hasta ile idareye de bu konuda sorumluluk getiren daha gerçekçi uygulamalar biran önce başlatılmalıdır.

6098 sayılı yeni TBK'nun yürürlük tarihinin 1 Temmuz 2012 olması hasebiyle bu tarihten önceki, hasta-hekim arası itilaflarda 818 sayılı mülga BK'na göre, bu tarihten sonraki itilaflarda da 6098 sayılı TBK'na göre işlem yapılacak olması da, bu tip davaların açılması ve değerlendirilmesi aşamasında karşılaşılabilecek bir diğer durumdur.

Her iki sözleşme tipi arasında, görünürde pratik bir değeri olmadığı düşünülen bir diğer durum da, bugün için vekalet sözleşmesi kapsamındaki tıbbi dosyaların temyiz işleminin Yargıtay 13. Hukuk dairesi, estetik operasyonlara ait eser sözleşmesi kapsamındaki tıbbi dosyaların temyiz işleminin ise Yargıtay 3. Hukuk dairesi tarafından gerçekleştirilmesi şeklindeki görevlendirme mercii farkıdır. Estetik operasyonlar haricindeki diğer eser sözleşmesi davaları ile ilgili temyiz işlemlerine de eskiden olduğu gibi Yargıtay 15. Hukuk dairesi bakmaktadır. Ancak, bu konular uzman seviyesinde bilgi ve tecrübe sahibi olunmasını

gerektiren hassas bir durum arz etmektedirler. Bu sebeple, estetik amaçlı operasyonlarla ilgili temyiz işlemlerinin incelendiği Yargıtay hukuk dairesinin, var olan ve sonradan ortaya çıkacak yeni içtihatların tek elden toplanıp objektif olarak değerlendirilebilmesi ve aynı zamanda, mevcut karar örneklerine de daha kolay ulaşılabilmesi için, devamlılık arzeden bir şekilde görev yapması ve değişmemesi önemlidir. Ayrıca, bu dosyaların, süregelen çalışmaları dolayısı ile, alanlarında uzmanlaşmış ve bu konularda tecrübe sahibi tetkik hakimlerince incelenerek, yine aynı şekilde konuya detaylarıyla hakim uzman üyelerden müteşekkil bir kurulca müzakere edilmesinin, yapılacak temyiz incelemelerinde en doğru sonuca ulaşılabilmesini sağlayacak isabetli ve doğru bir uygulama olacağı kanaatindeyim.

Eski BK ve yeni TBK'da açıklık getirilmeyen bir diğer önemli durum da; aynı hastada estetik amaçlı bir operasyonun yanı sıra estetik amaçlı olmayan bir fonksiyonel operasyonun birlikte gerçekleştirildiği durumlarda (estetik cerrah ile birlikte farklı bir branştan doktorun katılımıyla yapılan kombine müdahaleler) ortaya çıkabilecek bir hukuki uyumsuzluk halinde mevcut hukuki sözleşmenin ne şekilde değerlendirileceği konusudur. Bu durumda davaya esas teşkil eden ameliyat hangisi ise ona uygun bir sözleşme şeklinin savunulması, eğer kombine ameliyatların tamamı ile ilgili bir dava söz konusu ise, buradaki sözleşme şeklinin "vekalet sözleşmesi" olarak kabul edilmesi gerektiği görüşündeyim.

Son söz olarak da, şu görüşümü özellikle vurgulamak isterim. Daha önceden bu konuda tıp ve hukuk mensupları tarafından birlikte yayınlanan bilimsel makalelerde de önemle değinildiği üzere: estetik operasyonlar, tüm diğer cerrahi müdahaleler gibi vücudun ve doğanın izin verdiği sınırlarda, daha iyiye ve daha güzele ulaşmak amacıyla yapılır. Ancak, sonuçta her bir operasyonun iyileşme dönemlerinin birbirinden farklı bünyelerde aynı süreç içerisinde farklı boyutlarda gerçekleştiği görülmektedir. Dünya Sağlık Örgütü sağlığı ve sağlıklı olmayı, yalnızca hastalık veya sakatlığın yokluğu değil, fiziksel, ruhsal ve sosyal olarak tam bir iyilik hali olma şeklinde tanımlamaktadır. Bu nedenle estetik olarak kötü görünüşe sahip bir kişiye uygulanan operasyonun sadece estetik amaçlı değil, onu içinde bulunduğu sağlıksız ruh halinden çıkarmak amaçlı yani tedavi amaçlı olduğu da açıktır. Bu nedenle estetik operasyonlar eser sözleşmesi değil, vekalet sözleşmesi niteliğine haizdirler. Var olan haliyle, Estetik, Plastik ve Rekonstrüktif Cerrahi uzmanları aleyhine son derece haksız bir uygulama içeren bu durumun, Yüksek yargı tarafından, mevcut yeni kriterler ışığında tekrardan değerlendirilerek, konuya yeni ve farklı bir yaklaşım getirilmesinin uygun olacağı kanaatindeyim.

Temelde tıp eğitimi almış ve sonrasında Tıp Hukuk'u konusunda yüksek lisans çalışmaları yapmış bir Estetik Cerrah olarak, Tıp Hukuku'nun önemli konuları arasında yer alan "Estetik Cerrahide Hukuki Sorumluluklar" konusuna kısıtlı da olsa bir katkıda bulunmayı amaçladığım bu kısa tez çalışmamın gerek hekimler gerekse de hukukçular için faydalı olabilmesi bu konudaki tek amacım olacaktır. Bunun yansısıra, bu konularda yapılacak yeni çalışmalar en büyük beklentim ve özlemimdir.

KAYNAKÇA

AKINCI, Şahin	Türk Özel Hukukunda İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ Doku) Nakli Kavramı ve Bundan Doğan Hukuki Sonuçlar, Ankara 1996.
AKİPEK, Jale / AKINTÜRK, Turgut / ATEŞ KARAMAN, Derya	Türk Medeni Hukuku-Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, 6098 Sayılı Yeni Borçlar Kanunu ve Yeni Yasal Düzenlemelere Uyarlanmış, I.Cilt, 8.Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2011.
AKYILDIZ, Sunay	Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hukuki Sorumluluk, IV.Sağlık Hakkı ve Sağlık Hukuku Sempozyumu, 7-8 Mayıs 2012, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s.65 vd.
ALTUN, Gürcan YORULMAZ, Abdullah Coşkun	Yasal Değişiklikler Sonrası Hekim Sorumluluğu ve Malpraktis, Trakya Üniversitesi Tıp Fak. Dergisi, 2010;27 s.7-12.
ARI, Elçin	“Estetik Cerrah'in Hukuki Sorumluluğu”, İzmir Barosu Dergisi, İzmir, 2002/1, s.12-43.
ARPACI, Abdülkadir	Kişiler Hukuku, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2005.
AŞÇIOĞLU, Çetin	Doktorların Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Ankara 1982 (Kısaltma: Sorumluluk).
AŞÇIOĞLU, Çetin	Tıbbi Yardım ve El Atmadan Doğan Sorumluluklar, Ankara 1993(Kısaltma: Tıbbi Yardım).
ATEŞ, Turan	Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumlulukları, İstanbul, 2007.
AYAN, Mehmet	Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara, 1991.

BAYRAKTAR, Köksal	Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul 1972.
BELGESAY, Mustafa Reşit	Tıbbi Mesuliyet, İstanbul 1953.
BİLGEN, Mahmut	Özel Hukukta Zamanaşımı, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2.Baskı Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.
BOLAND, Gary.L	The Doctrine of Lack of Consent and Lack of Informed Consent in Medical Procedure in Louisiana”, Louisiana Law Review-September-1984 (Westlaw.com-10.04.2011).
BORAN, Bedia	BORAN; Bedia, Aydınlatılmış Rıza, Ankara Barosu Ankara Hukuk Fakültesi Sağlık Hukuku Kurultayı, 1-3 Kasım Ankara, Ankara Barosu Yayını Ankara 2008, s.85-104.
BOZKURT, Enver	“İnsan Hakkı Olarak Sağlık Hakkı”, Sağlık Hukuku Kurultayı, Kasım 2007, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2008.
BULUT, Nihat	Sanayi Devriminden Küreselleşmeye Sosyal Haklar, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2009.
ÇEKER, Mustafa	Tıbbi Müdahalede Hukuka Uygunluk Sorunu, Hukukçular Rehberi, www.adalet.org
ÇETİN, Gürsel	“Hasta Hakkı Olarak Aydınlatılmış Onamın Önemi”, II. Ulusal Sağlık Hukuku Sempozyumu, A’dan Z’ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2007 II. Ulusal Sağlık Sempozyumu
ÇİLİNGİROĞLU, Cüneyt	Tıbbi Müdahaleye Rıza, Filiz Kitapevi, İstanbul, 1993.
DEMİR, Mehmet	Hekimin Hukuksal Sorumluluğunun Kaynakları ve Özel Hastane-Kamu Hastanesi Ayırımı, Prof. Dr. Ali Naim İnan’a Armağan, Seçkin Yayınevi Ankara, 2009.
DERYAL, Yahya	İnsan Sağlığına ve Vücut Bütünlüğüne Yönelik Tıbbi Müdahalelerde Hastanın Rızası, www.İstabip.org.tr

DEUTCH, Erwin	Arztrecht und Arzneimittelrecht, 2. Auflage, Berlin 1991.
DOĞAN, Cahit	“Hastanın Aydınlatılması ve Rızasının Alınması”, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Girne- Amerikan Üniversitesi , Sağlık Hukuku Sempozyumu 2-3 Mart Girne, 2010.
DURAL, Mustafa ÖĞÜZ, Tufan	Kişiler Hukuku 15. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, Ekim 2014.
DURDU, Hüseyin	Sağlık Mesleğinde Hukuki Sorumluluk, Cilt I, Adalet Yayınları, İzmir, 1986.
ER, Ünal	Sağlık Hukuku, Savaş Yayınları, Ankara 2008.
EREN, Fikret	Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015.
ERMAN, Barış	Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Ankara, 2003 (Kısaltma: Barış).
ERMAN, Hasan	“Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, Bülent DAVRAN’a Armağan, İstanbul 1998, s.143-153.
EROL HATIRNAZ, Gülterez	Özel Hastanelerin Hukuki Sorumlulukları ve Hasta Hakları, Seçkin Kitabevi, İstanbul, 2013.
ERTAŞ, Şeref	“Alman Hukukunda Hekimin Mesleki Kusurdan Sorumluluğu”, EÜHFD 1980/1, s.173-204.
FİDAN, Nurten	“Hekimin Tıbbi Müdahaleleri Nedeniyle Sorumluluğu”, TAAD, C. 1, Yıl 1, S. 3, 20 Ekim 2010.
FREMGEN, F.B.	Medical Law and Ethics, New Jersey, 2006.

FURROW, G., JOHNSON, J.	Health Law, New York, 2005.
GÖÇMEN, Erkin/ GÖÇMEN, Ali	İlaç Kullanımından Doğan Zararlardan Hekimin, Eczacının ve İlaç Üreticisinin Sorumluluğu; www.idealhukuk.com (21 Mart 2015).
GÖZLER, Kemal	Türk Anayasası Hukuku Dersleri, Ekinci Basım Yayın, İstanbul 2012.
GÜMÜŞ, Mustafa Alper	Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010.
GÜNDAY, Rezzan	Tıbbi Müdahale ve Tedavide Malpraktisten Doğan Hukuki Sorumluluk, Adalet Yayınevi, Ankara, Mart 2012.
GÜRELLİ, Nevzat	“Hukuk Açısından Cerrahi Müdahalenin Sınırları”, İÜHFİM 1979-1980-1981/1-4.
HAKERİ, Hakan	Tıp Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2012.
HANCI, Hamit	Malpraktis, Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu, Ankara 2005.
KANETİ, Selim	“Hekimin Hukuksal Sorumluluğunda Kusur ve İspat Yüğü”, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, MHAUM, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1983.
KARAGÖZ, Havva	Sağlık Çalışanlarının Özel Hukuk Sorumluluğu , Özyeğin Üniversitesi II. Sağlık Hukuku Sertifika Programı, İstanbul 2013.
KAYA, Mine	Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğünden Kaynaklanan Tazminat Sorumluluğu, Türk Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 100, Ankara, 2012.
KAYA, Mine	Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü ve Kişilik Hakkı İlişkisi, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl 1, Cilt 1, Sayı 8, 2012.

KICALIOĞLU, Mustafa	Doktorların ve Hastanelerin Tıbbi Müdahaleden kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011.
KIRCA, İsmail	Vekaletsiz İş Görmenin Temsil Hukukunda Uygulama Alanı Bulduğu Haller, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 44, Sayı:1 Ankara 1995, s.443.
KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip	Borçlar Hukuku Dersleri, Birinci Medeni Hukuk Dersleri, Giriş/Kaynaklar/Temel Kavramlar, 6.Baskı, İstanbul, 1990.
KÖPRÜLÜ, Ömer	“Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, İstanbul Barosu Dergisi, 1984/10-11-12 s.599-600.
KURUL	Ana Britannica Genel Kültür Ansiklopedisi, Cilt 18, İstanbul 1987.
OĞUZMAN, Kemal ÖZ, Turgut	Borçlar Hukuku Genel Hükümleri, Cilt I, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2014.
ONARAN, Bilge	“Hasta Hakları”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2005/I-2, s.298.
OZANOĞLU, Hasan Seçkin	“Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ankara, 2003/3.
ÖZAY, Merter	Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2006.
ÖZDEMİR, Hayrünnisa	Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi, Ankara 2004.
ÖZEN, Çağlar	Türk Hukukunda Plastik Cerrah ile Hasta Arasındaki Hukuki İlişkinin Niteliği, Ankara Barosu, II. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara, 7-8 Kasım 2008.
ÖZPINAR, Berna	Tıbbi Müdahalede Kötü Uygulamadan Doğan Hukuki Sorumluluğun

	Sebepleri ve Sonuçları, Ankara Barosu Dergisi, Yıl:66, S:3 Ankara, 2008.
ÖZPINAR, Berna	Tıbbi Müdahalede Kötü Uygulamanın Hukuki Sonuçları, Ankara Barosu Yayınları, 2007.
ÖZSUNAY, Ergun	“Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları”, (içinde: Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, MHAUM, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1983.
ÖZTÜRKLER, Cemal	Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis, Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları, 2. Baskı, Ankara 2006.
PETEK, Hasan	“Güzelleştirme Amaçlı Estetik Ameliyatlardan Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 8, Sayı: 1, 2006.
PETEK, Hasan	İlaç Üreticisinin Sorumluluğu, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.
REİSOĞLU, Seza	“Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu”, (içinde: Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, İstanbul 1983), MHAUM, Fakülteler Matbaası, İstanbul.
SAGE, M.W., / KERSH, R	Medical Malpractice and the United States Health Care System, Cambridge, 2006.
SARIAL, M. Enis	Sağlararası Organ Nakillerinden Doğan Hukuksal İlişkiler, İstanbul 1986.
SAVAŞ, Halide	Tıbbi Müdahale Hataları, Seçkin Yayınevi, İstanbul, 2013.
SERT, Gürkan	Hasta Hakları, Uluslararası Bildirgeler ve Tıp Etiği Çerçevesinde, İstanbul 2004.
ŞENOCAK, Zarife	Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Ankara, 1998.

ŞENOCAK, Zarife	“Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası”, AÜHFD 2001/4, s.66.
TACİR, Hamide	Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı, XII Levha Yayınevi, İstanbul, 2011.
TANDOĞAN, Haluk	Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, Vedat Yayınevi, İstanbul, 2010.
TANDOĞAN, Haluk	Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk, Ankara, 1981.
TANDOĞAN, Haluk	Türk Mesuliyet Hukuku, Akit Dışı ve Akdi Mesuliyet, Vedat Yayıncılık, İstanbul, 2010.
TORREY, Trishia	”Effective Patient-Doctor communications-http:// patients.about.com/od/therightdoctorforyou / a/docpatientcomm.htm,s. 1 (09.04.2011) .
WALSTON- DUNHAM, Beth	Medical Malpractice Law and Litigation,, West Legal Studies, Newyork, 2005, s.151.
WEILER. Paul C./ HITATT, HOWARD H. / NEWHOUSE, Joseph P./ JOHNSON. William. G./ BRENNAN. Troyen A./ LEAPE, Lucion, L. ,	Measure of Malpractise, Harvard University, United States, 1993.
YAVUZ, Cevdet / ACAR, Faruk / ÖZEN, Burak	Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 9. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2014.
YAVUZ, Fatih	“Malpraktis-Komplikasyon Ayırımı”, A’dan Z’ye Sağlık Hukuku Notları, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2007.
YAVUZ İPEKYÜZ, Filiz	Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, İstanbul, 2006.
ÜNAL, Esin	Yüksek Lisans Tez notları, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2014.

ÜNVER, Yener	Tıbbi Uygulama Hataları, Komplikasyon ve Sağlık Mensuplarının Sorumluluğu, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2008.
YENERER ÇAKMUT, Özlem	Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, Seçkin yayınları, İstanbul 2003.
YILMAZ, Battal	Açıklamalı-İçtihatlı Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007.
ÇINARLI, Serkan AVCIOĞLU, Ezgi KIZILKAYA, Ali	Plastik ve Rekonstrüktif Cerrahinin İçerisinde Yer Alan Estetik Operasyonların Hukuki Olarak Nitelendirilmesi ve İdari Yargı Sürecine Etkileri, Mevlana Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 1, Sayı 1, 2013.
YOKUŞ SEVÜK, Handan	“Tıp Ceza Hukukunda Kişisel Verilerin Açıklanması”, V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu , 28 Şubat-1 Mart 2008 Ankara.
ZAFER, Karlıkaya ve ark.	Sağlıkla İlgili Ulusal ve Uluslararası Belgeler Işığında “Hekim Sırrı ve Gizlilik Kavramları”, Sağlık Hakkı, (Haziran 2007), 10-15.
ZEVKLİLER, Aydın	“Tedavi Amaçlı Müdahalelerle Kişilik Hakkına Saldırının Sonuçları”, DÜHFD 1983/1, s.28; (Kısaltma:Tedavi).
ZEVKLİLER, Aydın ACABEY, M. Beşir	Medeni Hukuk Giriş-Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, 6.Baskı, Ankara 1999.
ZEYTİN, Zafer	Vekalet ve Eser Sözleşmeleri, Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahaleleri Konu Edinen Sözleşme İlişkilerinin Nitelendirilmesi, Tıp Hukuku Dergisi Cilt:3, Sayı:6, Legal Yayıncılık, İstanbul 2014.