

TC

İSTANBUL MEDENİYET ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLERİ ENSTİTÜSÜ

TIP HUKUKU ANABİLİM DALI

TEZLİ YÜKSEK LİSANS

TIP HUKUKUNDA ESER SÖZLEŞMESİ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

MERVE GÜRCAN

TEMMUZ 2019

TC

İSTANBUL MEDENİYET ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLERİ ENSTİTÜSÜ

TIP HUKUKU ANABİLİM DALI

TEZLİ YÜKSEK LİSANS

TIP HUKUKUNDA ESER SÖZLEŞMESİ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

AV.MERVE GÜRCAN

DANIŞMAN
PROF. DR. DR. HAKAN HAKERİ

“BİLDİRİM¹

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

Merve Gürcan

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

“Prof.Dr. Dr.Hakan Hakeri”

¹ <https://enstitu.medeniyet.edu.tr/tr/dokumanlar/tez-yazim-kilavuzu>

“İMZA SAYFASI²

Merve Gürcan tarafından hazırlanan TIP HUKUKUNDA ESER SÖZLEŞMESİ başlıklı bu yüksek lisans tezi, Tıp Hukuku Anabilim Dalında hazırlanmış ve jürimiz tarafından kabul edilmiştir.”

Tez Danışmanı:

Prof.Dr. Dr.Hakan Hakeri

Tc İstanbul Medeniyet Üniversitesi

Üyeler:

Prof.Dr.Ümit Gezder

Tc İstanbul Medeniyet Üniversitesi

Üyeler:

Prof.Dr.Atilla Arıncı

İstanbul Üniversitesi İstanbul Tıp Fakültesi

Tez Savunma Tarihi: 02.07.2019”

² <https://enstiti.medeniyet.edu.tr/tr/dokumanlar/tez-yazim-kilavuzu>

Öğrencinin,	
Öğrenci No	14340801009
Adı ve Soyadı	NERVE GÜRCAN
Anabilim Dalı	TIP HUKUKU
Programı	TIP HUKUKU TEZLİ 4L
Öğretim Yılı ve Yarıyılı	2018-2019 BAHAR
Tez Başlığı	TIP HUKUKUNDA ESER SÖZLEŞMESİ
Danışmanı	Prof. Dr. HAKAN HAKERİ

LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE


Yukarıda bilgileri belirtilen Yüksek Lisans öğrencisinin tez savunma sınavı, 27.02.2019 tarihinde, Hakan Enstitüsünde/Fakültesinde salonunda, saat 14.00 başladı ve saat 15.00'da tamamlandı.

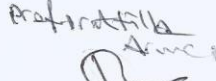
Öğrencinin tez çalışması hakkında jüri üyeleri tarafından **OYBİRLİĞİ / OYÇOKLUĞU** ile aşağıdaki karar verildi.


Kabul

Ret

Düzeltme


Prof. Dr. Hakan Hakeri
Jüri Başkanı


Prof. Dr. Ümit Gencer
Jüri Üyesi


Prof. Dr. Ümit Gencer
Jüri Üyesi

İMÜ LİSANSÜSTÜ EĞİTİM-ÖĞRETİM YÖNETMELİĞİ

MADDE 27 - (5) Yüksek lisans tez jürisi, tezin kendilerine teslim tarihinden itibaren en geç bir ay içinde hazırladıkları kişisel raporlarla birlikte toplanarak öğrenciyi tez sınavına alır. Tez sınavı, tez çalışmasının sunulması ve bunu izleyen soru-cevap bölümünden oluşur. Jüri üyeleri, aralarından birini başkan seçer. Tez sınavı 45-90 dakikadır ve dinleyicilere açıktır.

(6) Tez sınavının tamamlanmasından sonra jüri, dinleyicilere kapalı olarak tez hakkında salt çoğunlukla kabul, ret veya düzeltme kararı verir. Bu karar, jüri başkanı tarafından, jüri raporları ve sınav tutanağı ile birlikte tez sınavını izleyen üç gün içinde enstitüye bildirilir.

Enstitü Yönetim Kurulu Kararı Tarih:/...../20 Karar No:

ÖNSÖZ

Bu çalışma Medeniyet Üniversitesi Tıp Hukuku Tezli Yüksek Lisans Programı'nda Merve Gürcan tarafından bitirme tezi olarak hazırlanmıştır.

Çalışmamızda Tıp Hukuku'nda Eser Sözleşmesi incelenmiştir.

Hekimin hastaya karşı sorumluluğu genel olarak vekâlet ilişkisinden kaynaklanmaktaysa da hekimin özellikle hastaya bir sonucu taahhüt ettiği estetik cerrahi, estetik diş hekimliği gibi alanlarda sorumluluğu eser sözleşmesinden kaynaklanmaktadır. Eser sözleşmesinden doğan sorumluluk; aydınlatma ve rızanın kapsamı, sorumluluğun vekâlet ilişkisine göre daha fazla olması gibi nedenlerle özellik arz etmekte olduğundan bu çalışma ile bu konuyu bir nebze olsun inceleme ve katkıda bulunma isteği konu seçiminde etkili olmuştur.

Çalışmanın kapsamı estetik tıbbi müdahaleler ağırlık alınarak ve hekimin özel hukuk sorumluluğu ile sınırlı olarak daraltılmış olup ceza hukuku ve idare hukuku alanlarına çok kısaca değinilmekle yetinilmiştir.

Tezimizin hazırlanmasında engin hukuk bilgisi ile akademik desteğini sunan, noktasından, virgülüne kadar yönlendiren, kaynaklara ulaşmam konusundaki desteğini tüm tevazusu ve samimiyetiyle veren değerli danışmanım Prof. Dr. Dr. Hakan Hakeri'ye (TC İstanbul Medeniyet Üniversitesi),

Tıp Hukuku alanında uzmanlaşmamı tavsiye ederek bu yola çıkmama neden olan sevgili halam Uzm. Dr. Perihan Özren'e (İstanbul Amerikan Hastanesi, şeref üyesi),

Beni tüm hayatım boyunca koşulsuz olarak destekleyen, yüreklendiren sevgili annem Nilüfer, babam Mümtaz, abim Emre ve dedem Besim Muzaffer Gürcan'a (emekli Sayıştay üyesi) sonsuz saygı, sevgi ve teşekkürlerimle.

Tezimin tıp hukuku ve eser sözleşmesi ile ilgilenen meslektaşlarıma, akademisyenlere ve hekimlere katkı sağlamasını dilerim.

Av.Merve Gürcan

ÖZET

Çalışmamızda genel anlamda tıbbi müdahaleler öncelikle incelenmiş, ardından estetik amaçlı tıbbi müdahaleler değerlendirilmiş, hukuken eser sözleşmesi niteliğinde olduğundan eser sözleşmesi kavramı, hekimin hukuki sorumluluğu, ayıp kavramı, tıbbi malpraktis ve komplikasyon kavramları, bu konudaki hukuki düzenlemeler ve Yargıtay kararları doğrultusunda incelenmiştir.

Eser sözleşmesinde aydınlatmanın önemi ve kapsamı vekâlet sözleşmesine oranla çok daha geniş olduğundan bu konuya geniş yer ayrılmıştır.

Eser sözleşmesini diğer sözleşmelerden ayıran unsurlar karşılaştırılmakla yetinilmiş diğer sözleşmelerin geniş çaplı incelenmesine konuyu sınırlandırabilmek adına girilmemiştir.

İNCELEME PLANI VE KONUNUN SINIRLANDIRILMASI

İlk bölümde Tıp Hukukunda Eser Sözleşmesi konulu çalışmamızda sıkça yer alan kavram ve terimler ile estetik cerrahinin faaliyet alanları incelenmiştir.

2. bölümde tıp hukukunda eser sözleşmesi

3. bölümde estetik müdahaleler, estetik müdahalelerin hukuki niteliği, eser sözleşmesinde hekimin sözleşme ilişkisinden doğan hukuki sorumluluğunun unsurları,

4. bölümde malpraktis ve komplikasyon,

5. bölümde eser sözleşmesinden kaynaklanan tıbbi müdahalelerde doktorların hukuki sorumluluklarının sonuçları, sorumluluğun sona ermesi ve sınırlandırılması, tazminat,

6. bölümde özel hastanenin hukuki sorumluluğu,

7. bölümde 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da eser sözleşmesi,

8. ve son bölümde şikâyet, idarenin sorumluluğu ve sigorta konuları incelenmiştir.

Eser sözleşmesinde, özellikle estetik tıbbi müdahalelerde, ilgili mevzuat ve Yargıtay kararları ışığı altında hekimin özel hukuk sorumluluğu ile sınırlı olarak konu ele alınmış olup ceza hukuku ve idare hukuku alanlarına çok kısaca değinilmekle yetinilmiştir.

ABSTRACT

CONTRACTOR AGREEMENT IN MEDICAL LAW

In Turkish Legal system there aren't any special legal regulations about the legal responsibilities of aesthetic surgeons. Yargıtay; the supreme court in Turkey is defining the legal relationship between the aesthetic surgeon and his patients as a contractor agreement. The principles of general medical interventions are also accepted for aesthetic operations.


In this study contractor agreement is researched within the scopes of medical law.

The legal responsibilities and obligations of aesthetic surgeons, rights of patients, defect concept, medical malpractice, complications and legal regulations are researched. All the subjects are explained both regarding Turkish law and the decisions of Yargıtay.

Since the importance of informed consents in contractor agreements has a much more greater volume than employment contracts, this subject has taken a broad interpretation.

We have content ourselves with comparing the differences of contractor agreement from other agreements but chose not to attempt analyzing the other agreements broadly.

The results and legal solutions of medical malpractice is researched under the light of Supreme Court decisions.



Sevgili annem Nilüfer,
babam Mümtaz ve
ağabeyim Emre Gürcan'a...

İÇİNDEKİLER	SAYFA NO:
Önsöz	V
Özet	VI
İngilizce Özet (Abstract)	VII
Kısaltmalar	XVII
1.Giriş ve Tarihçe	1
1.1.Mecelle'de İstisna (Eser) Sözleşmesi	7
1.2.Mülga 818 S.Borçlar Kanunu'nda İstisna Akdi	7
1.3.6098 S. Türk Borçlar Kanunu'nda Eser Sözleşmesi	7
2.Tıbbi Malpraktisin Tarihi Gelişimi	8
BÖLÜM I:	13
TIP HUKUKUNDA ESER SÖZLEŞMESİ VE İLGİLİ TERİM VE KAVRAMLAR	
1.Hekim	13
2.Hasta	14
3. Hastane	15
4.Sağlık	15
5.Tıbbi Tedavi	15
6.Tıbbi Müdahale Kavramı	16
7.Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahale	18
8.Estetik cerrahinin faaliyet alanları	21
BÖLÜM II	
ESER SÖZLEŞMESİ	22

1.Eser Sözleşmesinde Hekimin Borçları	24
1.1.Eseri Yaratma Borcu	24
1.2. Eseri Bizzat Yapma Borcu	25
1.3. Teşhis Koyma, En Uygun Tedaviyi Seçerek Uygulama Borcu	26
1.4.Eseri Sadakat Ve Özenle Yaratma Borcu	27
1.5. Hastayı Aydınlatma Borcu	28
1.6.Araç Ve Malzemeyi Sağlama Borcu	29
1.7.Kayda Geçirme/Arşivleme Borcu	31
1.8. Sır Saklama Borcu	32
1.9.Bildirim (İhbar) Borcu	34
1.10. İşe Süresinde Başlayarak Bitirme Borcu	35
2. Ayıptan Sorumluluk	36

BÖLÜM III

ESTETİK MÜDAHALELER	38
A-Estetik Müdahalelerin Hukuki Niteliği	38
1.Estetik Müdahalelerin Hukuki Niteliği Konusunda Görüşler	38
1.1.Hizmet Sözleşmesi Görüşü	38
1.2. Vekâlet Sözleşmesi Görüşü	39
1.3. Eser Sözleşmesi Görüşü	40
1.4.Sui Generis Sözleşme Görüşü	40
1.5. Hukuki Görüşüm	41
2.Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalenin Hukuki Niteliği	43

3. Sorumluluk	46
3.1. Hekimin Haksız Fiilden Kaynaklanan Sorumluluğu	47
3.2.Hekimin Vekâletsiz İş Görmeden Kaynaklanan Sorumluluğu	49
B-Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu	51
1.Tıbbi Müdahaleyi Yapanın Hekim Ya Da Tıp Mesleğini İcra Etmeye Kanunen Yetkili Kişilerden Olması	51
1.1. Uzmanlık Şartı	53
1.2. Estetik Ameliyatlar Nerede Yapılabilir	55
2.Endikasyon, Tıp Bilimi Verilerince Zorunluluk	55
3.Tıbbi Müdahale Öncesi Hastanın Aydınlatılması	58
3.1. Aydınlatma Çeşitleri	61
1.Teşhis Aydınlatması	61
2. Süreç Aydınlatması	61
3. Riziko Aydınlatması	62
4.Komplikasyon Aydınlatması	63
5. Malzeme ve Fiyat Konusunda Aydınlatma	64
6.Genel Hususlarda Aydınlatma	65
3.2. Aydınlatma Yükümlüsü	67
3.3.Aydınlatılacak Kişi	67
3.4.Aydınlatmadan Vazgeçme	68
3.5.Aydınlatma Yükümlülüğünün Ortadan Kalkması	68
3.6. Aydınlatma Zamanı	69
3.7.Aydınlatmanın Kapsamı	69

3.8. Hastanın Çocuk Veya Vesayet Altında Olması	
Halinde Aydınlatma	72
3.9.Aydınlatmanın Şekli	72
3.10.Aydınlatmanın İspatı	73
4.Tıbbi Müdahale Öncesi Hastanın Rızasının Alınması	73
4.1.Rızanın Açıklanması	77
4.2.Rızanın Sakatlanması	78
4.3.Rızanın Şekli	78
4.4.Rıza Formunun İçeriği	80
4.5.Rıza Ehliyeti	81
5.Tıp Biliminin Verilerine, Tıbbi Standartlara Uygun, Özenli	
Tıbbi Müdahale	86
6.Tıbbi Standart	87

BÖLÜM IV

MALPRAKTİS VE KOMPLİKASYON

1.Tıbbi Uygulama Hatası (Tıbbi Malpraktis)	93
1.1.Malpraktis; Hekimin Özen Yükümlülüğünü İhlali	94
1.2.Hastanın Tedavisinde Hata	95
1.3.Hastanın Aydınlatılması Ve Rızasının Alınmasında Hata	96
1.4.Hastane Organizasyonunda Hata	96
2.Komplikasyon (İzin Verilen Risk)	98
3.Komplikasyon Yönetimi	101
4.Malpraktisin ve Komplikasyonun Belirlenmesi	101

4.1.Bilirkişilik	101
4.2.Türkiye’de Resmi Bilirkişilik Kurumları	102
4.3. Bilirkişi Raporunda Asgari Olarak Yer Alması	
Gerekenler	103
5.Tıbbi Uygulama Hatası Nedeniyle Sorumluluk	105
BÖLÜM V	
Eser Sözleşmesinden Kaynaklanan Tıbbi Müdahalelerde Doktorların Hukuki Sorumluluklarının Sonuçları, Sorumluluğun Sona Ermesi ve Sınırlandırılması	107
1. Eser Sözleşmesinde Hekimin Sözleşme İlişkisinde Doğan Hukuki Sorumluluğunun Unsurları, Tazminat Sorumluluğu Şartları	108
1.1.Sözleşme İlişkisi	108
1.2.Yükümlülüğün İhlali	108
1.3.Kusur	109
Kusurun Çeşitleri	112
1.4.Zarar	112
1.4.1.Maddi Zarar	114
1.4.2.Manevi Zarar	114
1.5.İllyet (Nedensellik) Bağı	115
İllyet Bağının Kesildiği Haller	116
2.Maddi Tazminat	117
2.1.Tedavi Giderleri	119
2.2.Tedavi Masraf Türleri	120

2.3.Tedavi Giderlerinin Kanıtlanması	121
2.4.Destekten Yoksun Kalma Tazminatı	122
2.5.Tazminat Hesabına Esas Kazançların Belirlenmesi	122
2.6.Destek Süreleri	123
2.7.Kalıcı Sakatlıklar	124
2.8.Güç (Efor) Kaybı Tazminatı	124
3.Manevi Tazminat	125
3.1.Manevi Tazminat Davası Açılabilmesi İçin Şartlar	126
3.2.Manevi Tazminatın Ölçüsü	127
3.3.Manevi Tazminat Tayini İçin Kriterler	128
3.4.Tazminat Miktarının Belirlenmesi	128
3.5.Zararın Kapsamı	131
3.6.Tazminattan İndirim	132
4.Tazminat Davasının Tarafları	133
5.Faiz Talebi	134
6.Ceza Kararının Tazminata Etkisi	135
BÖLÜM VI	
Özel Hastanenin Hukuki Sorumluluğu	137
1.Sözleşmesel İlişki	137
2.Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu	138
3.Özel Hastane İle Hasta Arasındaki Vekâletsiz İşgörme İlişkisi	142

4.Haksız Fiil İlişkisi	143
BÖLÜM VII	
6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da Eser Sözleşmesi	144
1.Kavramlar	144
2.Hastaya Verilen Tedavi Hizmetinin Ayıplı Olması	145
3.Tüketicinin Seçimlik Hakları	146
3.1.Hizmetin Yeniden Görülmesini İsteme Hakkı	150
3.2.Eserin Ücretsiz Onarımını İsteme Hakkı	150
3.3.Bedelden İndirim	151
3.4.Sözleşmeden Dönme	152
4.Tazminat İsteme Hakkı	152
5.Ayıbın İhbarı	153
6.Görevli Mahkeme	155
7.Yetkili Mahkeme	155
8.Tüketici Hakem Heyeti	156
9.Arabuluculuk	157
10.Yargılama ve İnceleme	158
11.Tahkim	158
12.Sorumsuzluk Anlaşmaları	158
13.Zamanaşımı	160
BÖLÜM VIII	
İDARE HUKUKU VE SİGORTA	
1.Hasta İletişim Birimleri Ve Hasta Hakları Kurulları	164

2.Serbest Çalışan Hekimler Hakkında Disiplin Takibatı	165
3.Kamu Hastanelerinin Sorumluluğu	165
4.Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası	168
4.1.Teminat Dışında Kalan Haller	169
4.2.Rizikonun Gerçekleşmesi	169
4.3.Rizikoya İlişkin Olarak Sigorta Ettirenin Ve Sigortalının Yükümlülükleri	170
4.4.Tazminat Ve Sigorta Tarafından Ödenmesi	170
Sonuç Ve Öneriler	171
Kaynakça	173
İlgili Mevzuat	182
Özgeçmiş	184

KISALTMALAR

ATVTYÖSKHY: Ayakta Teşhis Ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik

C:cilt

CMBMGİVKTHK:Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler Ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik

D. S.Ö. : Dünya Sağlık Örgütü

E: Esas

F: Fıkra

HD: Hukuk Dairesi

HGK: Hukuk Genel Kurulu

HHY: Hasta Hakları Yönetmeliği

HHYDYDY: Hasta Hakları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

HMK: 6100 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu

K: Karar

KHK: Kanun Hükmünde Kararname

Md: Madde

NPHK: 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun

ODNK: Organ Ve Doku Alınması, Saklanması Ve Nakli Hakkında Kanun

SMMİSHÇDMMİVGTDY: Sağlık Meslek Mensupları İle Sağlık Hizmetlerinde Çalışan Diğer Meslek Mensuplarının İş Ve Görev Tanımlarına Dair Yönetmelik-2014

S:sayı

s.:sayılı

T.li: tarihli

TBK: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu

TCK: 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu

T.D.H.B.K.:Türk Diş Hekimleri Birliği Kanunu

TDN: Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi

TıpHD:Tıp Hukuku Dergisi

TMK: 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu

TŞSTİDK: 1219 Sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun

TTB: Türk Tabipler Birliği

TTBK.: 6023 s. Türk Tabipleri Birliği Kanunu

UHK: 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıha Kanunu

Vb: ve benzeri

Vd: ve devamı

YKD: Yargıtay Kararları Dergisi

“Benim gibi büyük burunlu, kalın dudaklı ve küçük gri gözleri olan birinin mutlu olamayacağını düşünürdüm... Bir insanın gelişiminde görünümü ve çehresinin çekici veya itici olduğunu düşünmesi kadar etkili hiçbir şey olamaz.” Lev Nikolayeviç.

1.GİRİŞ VE TARİHÇE

Güzellik ve estetik göreceli kavramlardır. Osmanlı döneminde yapılan resimlere baktığımızda kadınların oldukça kilolu oldukları, hatta bir dirhem et bin ayıp örter şeklinde atasözleri ile kilolu olmanın övüldüğü görülmektedir. 1929'da ilk kez hayata geçen Temel Reis (Popeye) çizgi filminde Safinaz (Olive Oil) isimli karakter ise inceliğiyle dikkat çekmektedir. 1960'larda Twiggy (incecik) lakaplı fotomodelin öncülüğünde zayıflık moda olmuştur. Günümüzde de zayıflık özendirilmeye devam etmektedir. İnsanlar zayıf olmayı erdem kabul etmeye başladıklarından mide küçültme, kelepçe, liposuction gibi yöntemlerle zayıflamaya çalışmaktadır.

Moda akımlarının da estetik ameliyatları şekillendirdiği görülmektedir. 1960'larda yapılan burun estetiği ameliyatlarında burnun küçük olması önemliken giderek daha doğal görünümlü burunlar yapılmaya başlanmıştır. Gelişen teknoloji ve tıbbi imkânlar, tıbbi müdahalelerin ucuzlaması estetiğe ilgiyi arttırmaktadır.

Hatta instagram gibi sosyal mecralarda insanların cep telefonları ile çektikleri selfielerin yaygınlaşması, photoshop ve makyaj programları ile kusurlarını sanal ortamda örtmeye başlamaları ve elbette sosyal medya fenomen ve ünlülerine özenmeleri ve onlara benzeme istekleri gibi nedenlerle doğal hallerini beğenmemeye başlamaları da gencecik insanların, aslında hiç de ihtiyaçları olmayan botoks, silikon ve sair yöntemlerle dolgular yaptırmalarına neden olmaktadır.

Sosyal medyada ünlülerin lokal anestezi altında ipe yüz gerdirme operasyonunu dahi canlı yayında paylaşması gibi gizli reklamlar, özendirici olup talebi arttırmaktadır. Güzelleşmek uğruna yapılan kalıcı epilasyon, dövme sildirme, sivilce ve lekeleri yok ettirme, cilt soyma işlemleri, yaptıranlar ve hatta bunları güzellik

merkezlerinde uygulayan güzellik uzmanları tarafından farkında olunmasalar bile birer tıbbi müdahaledir.

Temeli M.. 5.-6. yüzyıllara kadar uzanan rinoplasti adı verilen estetik ameliyatının tarihte ilk rnekleri Hindistan'da görülüyor. Hırsızlık yapan kişilerin ve esirlerin burunları kesilmek suretiyle cezalandırılmaktaydı.³ Toplumdan dışlanan kesik burunlu hırsızlar burunlarına estetik ameliyatı yaptırmaya başlamıştı. Hintlilerin önemli sağlık metinlerinden Sushruta Samhita isimli eserde "rinoplasti" ameliyatı anlatılır. Burnun üstüne kullanılacak deri, göğüsten ve insanların alnından alınmaktaydı. Bu deri, önce yaprak biğiminde hazırlanan metal kalıp üzerine yerleştirilir ve bu metal paręa burnun üzerine bitkisel yapıştırıcılar ile tutturulurdu.

Burun deliklerini yeniden oluşturmak için de bitki gövdelerinden yararlanılmaktaydı.⁴

İngilizler Hindistan'ı işgal edince burun tamirine yönelik tıbbi müdahaleler dünyaca tanınmaya ve uygulanmaya başlamıştır.

Burun estetiğinin tarihi Mısır'da M.. 3000 yılına kadar uzanır.⁵

M.. 2000'lerde savaşçı Amazon kadınlarının yayı iyi ęekebilmek için tek memelerini kestikleri bilinmektedir. Tıbbın babası Hipokrat bunu; "Bakırı ısıtıp, genę kızların daha meme büyümesi olmadan, meme başlarının altını dağlıyorlar" şeklinde anlatmıştır. Amazia, memesiz demektir ve bir ulusa adını verecek kadar önemli bir eylem olarak görülmüştür. Amazonlar oku atarken, memeye ęarpmasını engellerlerse oku daha rahat atabileceklerini keşfediyorlar ęnk bir şeyi sürekli zorlarsanız, meme içinde yumrular oluşur bu da kansere neden olabilir. Amazonlar bunu fark etmiş ve belki de bilinen ilk estetik meme ameliyatını geręekleřtirmiřlerdir. Zira savaşçı bir kadın için güçlü olmak güzellikten ęok daha önemliydi.⁶

³ Sabah Gazetesi, "Milattan nce Estetik Cerrahi", <https://www.sabah.com.tr/galeri/aktuel/milattan-once-estetik-cerrahi/5>, (Erişim tarihi: 13.04.2019).

⁴ Yunus Arslan, "Her şeyin Tarihi", <http://www.lacivertdergi.com/gundem/makaleler/2018/01/15/her-seyin-tarihi-2->, (Erişim tarihi: 04.04.2019).

⁵ Defne Erkara, "Burun Estetiği", <https://www.defneerkara.com/burun-estetigi.html>, (Erişim tarihi: 04.04.2019).

⁶ Figen Yanık, "Prof. Dr. Ahmet Karacalar ile yapılan röportaj", (Sabah Gazetesi: 21.11.2009). https://www.sabah.com.tr/cumartesi/guncel/2009/11/21/tarih_amazonlari_sansurluyor, (Erişim tarihi: 22.04.2019).

“Estetik, plastik ve rekonstrüktif cerrahi, I. ve II. Dünya Savaşları’nda meydana gelen çok sayıda yaralanma, doku ve organ kayıplarının onarılması çabalarının geliştirdiği bir tıp dalıdır.”⁷

Türkaslan’a göre burun estetiği ameliyatlarının savaş yıllarındaki işlevi ise çok farklıydı. Çağdaş anlamda fasiyal plastik cerrahinin kurucusu kabul edilen Dr. J. Joseph Museviler’in etnik burun yapısını estetik operasyonla değiştirmek suretiyle pek çok Musevi’yi Naziler’den kurtarmıştır.⁸

Kitab-ül Mudavat Türk dilinde yazılmış cerrahi alanındaki ilk kitap olup Abdülmecid Tabib tarafından yazılmıştır. Ancak ülkemizde plastik cerrahiye ait ilk uygulamalar Cerrahiyetü’l-Haniye isimli kitabıyla dünyaca tanınan Şerafettin Sabuncuoğlu (d.1385-ö.1468) ile başlamıştır. İslam âleminde ilk kez 140 adet resim içeren 2 ciltlik bu kitapta plastik cerrahiyle ilgili olarak; dudak yarıkları, ptozis, ektropiyon, yüz felci, epikantus, jinekomasti, burun-dudak tümörleri, el kırıkları ile alt çene çıkık ve kırıklarının tedavilerinden bahsedilmektedir.⁹

Çağdaş anlamda Türk plastik cerrahisini başlatanlardan Dr. H.Z.Konuralp 1952 yılında Plastik Cerrahi’de Temel Prensipler isimli ilk kitabını yazmıştır.¹⁰

“Türkiye’de güzelleştirme amaçlı ilk estetik ameliyat 1964-65 yıllarında Prof. Dr. Ali Uras, Anestezist Prof. Dr. Faruk Or ve ekip arkadaşları tarafından ünlü sinema sanatçısı Fatma Girik’e yapılmıştır.”¹¹

Estetik tıbbi müdahalelerin bir kısmı hastanın sağlığını etkileyen bir durum olmamasına rağmen salt güzelleştirme amacıyla yapılmaktadır. Bu durum da gerek hukuki gerekse etik açıdan diğer tıbbi müdahalelerden farklılık arz etmektedir.

Elbette ki örneğin bir yangın sonucu yüzü yandığı için yüzü yeniden yapılandırılmak zorunda kalan, burun kemiğinin eğriliği nedeniyle nefes almakta güçlük çeken hastaların tedavi amacıyla ameliyat edilmesi ile tıbbi açıdan hastanın sağlığını etkileyen hiçbir durum olmamasına rağmen sırf küçük olduklarını düşündüğü için

⁷ Köksal Bayraktar, *Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezaî Sorumluluğu*, (İstanbul: İstanbul Üniversitesi, 1972), 165.

⁸ Tülay Karabağ, “Doç. Dr. Tayfun Türkaslan 07.05.2013 tarihli röportajı”, <https://www.ntv.com.tr/saglik/ilk-estetik-ameliyat-nazilere-karsi-yapildi,Y6TsWSS0JEOkvud7Jd1LOQ>, (Erişim tarihi: 13.04.2019).

⁹ Kutlu Sevin, “*Estetik Plastik Cerrahi Tarihçesi*”, <http://www.estetiks.com/tarihce.html> (Erişim tarihi: 04.04.2019).

¹⁰ SEVİN.

¹¹ Oğuz Bora Or, “*İlk Estetik Ameliyat Ne Zaman Yapıldı*”, <https://www.medimagazin.com.tr/guncel/genel/tr-ilk-estetik-ameliyat-ne-zaman-yapildi-11-681-51338.html>, (Erişim tarihi: 21.04.2019).

göğüslerine silikon taktıran veya büyük olduğunu düşündüğü burnunu küçülttüren hastaların durumunu ayrı değerlendirmek gerekecektir.

Çalışmamızda bu ikinci grupta saydığımız salt güzellik amacıyla yapılan, tıbbi endikasyondan çok psikolojik ve sosyal endikasyonun mevcut olduğu estetik tıbbi müdahaleler incelenecektir.

Türk hukukunda estetik tıbbi müdahalelerin eser sözleşmesine konu olduğu kabul edilmiş ve gerek Tüketici Kanunu gerekse Türk Borçlar Kanunu ile eser sözleşmesi düzenlenmiştir.

Bu nedenle öncelikle eser sözleşmesinin tarihi gelişimi incelenmiş, tıbbi müdahale, estetik tıbbi müdahale kavramları, hukuka uygunluk koşulları, tıp hukukunda eser sözleşmesi, tıbbi malpraktis ve son olarak da hekimin eser sözleşmesinden kaynaklanan hukuki sorumluluğu üzerinde durulmuştur.

Eser; *“emek sonucu ortaya konan ürün, yapıt”*¹² anlamına gelmektedir.

İlkel dönemlerde hastalıkların tabiatüstü bir güç ya da şeytandan kaynaklandığı düşünülüyordu. Tedavi de din adamları ya da büyücülerce yapılıyordu.¹³

Sümerler’de hekimin sorumluluğu konusunda bir kaynak yoksa da bir hekime ait mühür bulunduğundan hekimliğin bir meslek olduğu, ciddi ve resmi çalışmalar yapıldığı anlaşılmaktadır.¹⁴

Babiller’de M.Ö. 1792-1750 yılları arasında Mezopotamya’da hüküm süren Hammurabi kendi adını taşıyan ve tarihte ilk olma özelliğini taşıyan kapsamlı bir yasa metni hazırlamıştır. Bu kanunda Asu adı verilen hekimin ücretiyle ilgili haklar ve sorumluluklar düzenlenmiştir. Buna göre; hekimin sorumluluğu tıbbi müdahalenin sonucuna bağlıydı.

Tarihte ilk kez yazılı tıp kuralları bir kitap halinde M.Ö. 3300’lerde Mısır’da din adamlarınca oluşturulmuştu. *“Hekim, kitapta yazılı kurallara uymaz ya da hasta iyileşmezse hekim ölüm cezası ile cezalandırılmaktaydı.”*¹⁵

¹² TDK Sözlük,

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5cc926dbd04258.26474312, (Erişim tarihi: 06.04.2019).

¹³ Zafer Adem Gencer, *Ceza Hukuku Kapsamında Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu*, (İstanbul: Bilge Yayınevi, 2014), 18.

¹⁴ GENCER, 19.

Hint Tıbbi ayurveda öğretilerine dayanmaktaydı. Manu ve Zoraestre kanunlarına hekimin sorumluluğu düzenlenmiştir. Manu kanunlarında hekimliği kötü şekilde icra eden cerrah veya hekim para cezası almaktaydı. Zoraestre kanunlarında, yeterli olmadığı daha önceki olaylarda anlaşılan hekimin mesleğini ifa etmeye devam etmesi durumunda parçalanarak öldürüleceği kanunlaştırılmıştı.¹⁶

Eser Sözleşmesi Roma Hukuku'nda locatio conductio operis olarak adlandırılmaktaydı.

“Bu sözleşmeyle conductor¹⁷, alacağı ücret karşılığında locator¹⁸’a bir sonuç, bir eser (opus) meydana getirmeği üstlenmekteydi.”¹⁹

Roma Hukuku'nda vekâlet sözleşmesinin ise ücretsiz olması zorunluydu.²⁰

Eser akdi çeşitli konulara ilişkin olabilirdi; gümüş veya altından kolye, yüzük yapmak, terzinin elbise dikmesi, bir ev inşa etmek, heykel yapmak gibi.

Eser sözleşmesinde belli bir çalışma sonunda elde edilecek netice de borçlanılmaktaydı. Eser sözleşmesi bu noktada hizmet sözleşmesinden ayrılmaktaydı. Eser sözleşmesinde işi üstlenmiş olan taraf işi başarıyla sonuçlandıramadığı takdirde borcunu yerine getirmiş olmazdı.

Bir kimse başkasının arazisinde kuyu açarak su çıkarmayı üstlenmiş ise, kuyuyu kazması yeterli değildi, su çıkmadığı takdirde edimini yerine getirememiş olacağından ücrete hak kazanmazdı. Buna karşılık bir bahçenin maliki bir kimse ile 10 gün süre ile kuyu kazdırmak için anlaşma yaparsa bu hizmet akdi olup, kuyudan su çıkıp çıkmamasına bakılmaksızın işgören ücrete hak kazanırdı.

“İki akit arasındaki diğer bir fark da hizmet akdinde işçinin işverene bağımlı olarak çalışması, işi onun emir ve talimatlarına uygun olarak yapması; eser sözleşmesinde ise neticeyi de taahhüt eden işi üstlenenin kural olarak bunu bağımsız olarak gerçekleştirmesiydi.”²¹

¹⁵ GENCER, 19-20.

¹⁶ GENCER, 20-21.

¹⁷ (hususî hukukta) belli bir ücret karşılığı bir şahsa iş görmeyi kabul eden şahıs, müteahhit.

¹⁸ Locator: eseri ismarlayan, eser sahibi.

¹⁹ Belgin Erdoğan, *Roma Borçlar Hukuku Dersleri*, (İstanbul: Der Yayınları, 2012), 102 vd.

²⁰ Yusuf Büyükkay, *Eser Sözleşmesi*, 2. Baskı, (Ankara: Yetkin Kitabevi, 2014), 49- Bülent Tahiroğlu, *Roma Borçlar Hukuku*, (İstanbul: Der Yayınları, 2010), 241.

²¹ ERDOĞMUŞ, 103 vd.

Hizmet akdi gibi eser akdi de tam iki tarafa borç yükleyen akitti.

Conductor tüm kusurlarından; yapılacak iş konusundaki bilgisizlik ve beceriksizliğinden sorumluydu. Örneğin bir elbiseyi tamir için alan kimse bunu iyi yapamazsa sorumlu olurdu çünkü o işin ustası olarak işi üzerine almaktaydı. Yine aynı şekilde elbiseyi farelerin kemirmesi veya elbisenin yanlışlıkla başka birine teslim edilmesinden de sorumluydu. Yapılacak iş tamamlanmadan önce hasara uğrarsa işi üstlenen neticeyi taahhüt etmiş olduğundan ücret talep edemezdi. Buna karşılık malzeme ismarlayan tarafından verilir ve bu ayıplı olursa veya inşaat halindeki evin deprem nedeniyle yıkılması gibi bir mücbir sebep sözkonusu olursa ismarlayan ücreti ödemek zorundaydı.²²

Eserin yapılmasında şahıs önemli değilse işi üstlenen yardımcı şahıs kullanarak işi yapabilir ancak bu kişilerin fiillerinden de sorumlu olurdu.

Roma Hukuku'nda hekim olan kölesi veya azatlısı²³ aracılığıyla hasta ile locatio conductio operis (eser sözleşmesi) yapılarak bir tedavinin üstlenilmesi halinde oluşan zarardan sorumluluk subjektif bir sorumluluktur. Meydana gelen zararda imperitia (deneyimsizlik, beceriksizlik, bilgisizlik) olgusu culpa (kusur) olarak değerlendirilirdi, conductor'un (hekimin) custodia²⁴dan doğan sorumluluğu çok tedbirli ve dikkatli bir aile babasından beklenen özeni içeren, beklenmeyen halleri kapsayan ancak mücbir sebepleri dışarıda bırakan bir sorumluluktur.²⁵

Eski Türkler'de şamanizm hâkim olduğundan falcılık ve sihirli ilaçlarla hastayı iyileştirmeye çalışan şamanlar vardı. Hasta iyileşmez veya sağlığı zarar görürse şamanlar cezalandırılmaktaydı.

Osmanlı'da hekimbaşı hekimleri denetleme ve yeterliliklerini ölçmek için sınav yapmakla yükümlüydü. Tıbbi müdahaleye ilişkin sorumluluk islam hukukuna göre belirlenmekteydi. Hekimin tıbbi müdahalesini hukuka uygun hale getiren şartlar günümüzdeki şartlarla benzerdi. Hekimin müdahalesinin hukuka uygun olması için;

²² ÖZSUNAR, 139 vd.

²³ Erdal Özsunar, *Roma Hukuku'nda Hekim ve Hekimin Sorumluluğu*, (Adana: Karahan Yayınevi,2014), 139. Roma'nın ilk hekimleri Yunanlı kölelerdi. Köle ve azatlıların hekimlik yaptığı bu dönemde özgür Romalılar hekimlik mesleğinden uzak durdular.

²⁴ Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, <http://deuhukuk.blogspot.com/2017/02/roma-hukuku-metin-ve-kavram-sorular-2.html>, (Erişim tarihi: 04.04.2019). Sözleşme hukukunda custodia sorumluluğu kusursuz sorumluluğun ölçütlerinden biriydi. Gözetim sorumluluğu anlamına gelir. Kusursuz sorumluluğun ağırlaştırılmış halidir.

²⁵ ÖZSUNAR, 139 vd.

hekim mesleğinde bilgili ve ehliyetli olmalı, dönemin standartlarına uygun tedavi yapılmalı ve hastanın rızası alınmalıydı.²⁶

Osmanlı döneminde de ameliyatlara rızanın önemli olduğu, kadı huzurunda ve yazılı bir sözleşme şeklinde, hastanın ameliyat veya kullandığı ilaç nedeniyle ölümü halinde hekimin sorumlu olmayacağına ilişkin verildiği görülmektedir.²⁷

1.1.MECELLE'DE İSTİSNA (ESER) SÖZLEŞMESİ

Satış sözleşmesi, “mutlak satış”, “trampa”, “selem”, “istisna” ve “sarf” şeklinde kendi içerisinde türlere ayrılmaktaydı. Mecelle’de istisna ve selem, satış akdinin çeşitleriydi.

“İstisna; bir kişinin ücret karşılığında nitelikleri önceden belirlenmiş bir eseri imal etmesi için yapılan sözleşme anlamındaki fıkıh terimidir. İstisna sözleşmesinde henüz mevcut olmayan bir şey sözleşmeye konu edilmektedir.”²⁸

1.2.MÜLGA 818 S.BORÇLAR KANUNU'NDA İSTİSNA AKDI

Mülga 818 s. Borçlar Kanunu’nda eser sözleşmesinin adı istisna akdi idi.

“İstisna, bir akittir ki onunla bir taraf (müteahhit), diğer tarafın (iş sahibi) vermeği taahhüt eylediği semen mukabilinde bir şey imalini iltizam eder.”²⁹

İstisna; Bir şey yapmak üzere sanat ehliinden biriyle anlaşma anlamına gelir.

1.3.6098 S. TÜRK BORÇLAR KANUNU'NDA ESER SÖZLEŞMESİ

6098 s. Türk Borçlar Kanunu’nda ise istisna akdi yerine eser sözleşmesi getirilmiştir.

“Eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, işsahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir” şeklinde tanımlanmıştır.³⁰

Eski kanundaki semen terimi genelde satış sözleşmelerinde ödenecek karşılık anlamına geldiğinden yeni kanunda bedel terimi, imal yerine de meydana getirme

²⁶ GENCER, 23-24.

²⁷ Ahmet Ekşi, *İslam Hukukunda Hekim ile Hasta Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği*. (TıpHD sayı 2, 27-46, İstanbul: Legal kitabevi, Eylül 2012), 29.

²⁸ İrfan Yazman, *Mecelle Hukukunda Selem Akdi*, (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, c.21, s.1, Ankara: 1964), 282.

²⁹ Madde 355.

³⁰ TBK madde 470.

terimi kullanılmıştır. Sözcüklerdeki değişiklik dışında her iki kanun arasında bir değişiklik bulunmamaktadır.³¹

2.TIBBİ MALPRAKTİSİN TARİHİ GELİŞİMİ³²

Malpraktis; uygulama hatası anlamına gelmektedir.

Bir meslek sahibinin (doktor, muhasebeci, avukat gibi) mesleğini uygularken, mesleğinin gerektirdiği ortalama özen ve dikkati ile uygulaması gereken bilgi ve becerilerini saygın bir meslek sahibi olarak her koşul altında göstermemesi sonucu hizmet alan kişiye zarar vermesidir. Tıbbi malpraktis ise tıbbi müdahalelerde bulunan hekim ve yardımcı sağlık personelinin mesleğin gerektirdiği dikkat ve özeni göstermemesi sonucu yapılan hatadır.³³

Yanlış tedavi; bilgisizlik, ihmal, kasıt sonucu hekim tedavisinin sakatlık ya da ölümle sonuçlanması, anlamına gelir.³⁴

Latince Mala Praxis kelimelerinden türemiştir.

Mal terimi; kusurlu, hastalık, kötü, bozuk; malpraktis ise hastanın sağlık personeli tarafından zarar göreceği şekilde hatalı ya da yanlış tedavisi anlamına gelmektedir.³⁵

Malpraktis Dünya Tabipler Birliği'nce "Hekimin tedavi sırasında standart, güncel uygulamayı yapmaması, beceri eksikliği veya hastaya tedavisini vermemesiyle oluşan hasar" olarak tanımlanmıştır.³⁶

Tıbbi Yanlış Uygulama kanun taslağında malpraktis; "Sağlık personelinin, kasıt veya kusur veya ihmal ile standart uygulamayı yapmaması, bilgi veya beceri eksikliği ile yanlış veya eksik teşhiste bulunması veya yanlış tedavi uygulaması veya hastaya

³¹ Yaşar Engin Selimoğlu, *Eser Sözleşmesi*. 2.baskı. (Ankara: Adalet Yayınevi, 2015), 1.

³² Ali Osman Özdelek. "Tıpta Yanlış Uygulama (Malpraktis) Sebebiyle Hekimin Hukuki Sorumluluğu", http://www.turkhukuksitesi.com/makale_300.htm, (Erişim tarihi: 04.05.2019).

³³ Oğuz Polat, *Tıbbi Uygulama Hataları*, 2. Baskı, (Ankara, Seçkin Yayınevi, 2015), 46.

³⁴ <http://www.zargan.com/tr/q/malpractice-ceviri-nedir>, (Erişim Tarihi: 03.05.2019).

³⁵ Hakan Hakeri, *Tıbbi Uygulama Hataları (Malpraktis) Komplikasyon ve Sağlık Mensuplarının Sorumluluğu*, (İstanbul: Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2008), 53.

³⁶ <http://hastahukuku.com/malpraktis-nedir.php>, (Erişim Tarihi: 03.05.2019).

tedavi vermemesi ile oluşan ve zarar meydana getiren fiil ve durumu ifade eder” şeklinde tanımlanmıştır.³⁷

Malpraktisin Hamurrabi Kanunları’nda da düzenlendiği görülmektedir.³⁸

Hindistan’da; Zoroastra ve Manu Kanunları’nda, hekimin sorumluluğu jürinin belirlediği kusura dayandırılmaktaydı.

Hekim, Eski Mısır tapınaklarında yapılan uygulama ve deneyler sonucu ortaya çıkan tıbbi bilgileri içeren bir kitaptaki kurallara göre hareket ettiği takdirde hasta iyileşemese ve hatta ölse dahi sorumlu olmuyordu. Kurallara uymaması kusur kabul edilmekteydi. Ortaya çıkan istenmeyen durumlarda kusuru varsa sorumluydu.

Eski Yunan’da Hipocrate kuralları ile doktorun sorumluluğunun ilk temeli atılmıştır. Doktorun sorumluluğu kusura dayalıydı ve tıp kurallarına uymaması kusur sayılmaktaydı. Sorumluluğun cezai niteliği zararın giderilmesinden daha önemliydi.

Hipokrat döneminden günümüze hekimliğin en temel ilkesi “önce zarar verme”³⁹ olmuştur.⁴⁰⁻⁴¹

³⁷ Dokuz Eylül Üniversitesi, “Tıbbi Hizmetlerin Kötü Uygulanmasından Doğan Sorumluluk Kanunu Tasarısı”, <http://web.deu.edu.tr/radyolojiabd/malpraktis.html>, (Erişim tarihi: 10.02.2019).

³⁸ “Şayet hekim birine bronz neşter ile tehlikeli bir yara açarak onu öldürürse veya onun gözünü harab ederse iki eli kesilir. (m.219); “Şayet hekim bir esire bronz neşter ile tehlikeli bir yara açarak onu öldürürse onun yerine bir esir verecektir (m.219); “Şayet onun göz perdesini bronz bir neşter ile açıp harab etmiş ise, esirin bedelinin yarısını verecektir (m.211)”

³⁹ Primum non nocere.

⁴⁰ Antik çağda Hipokrat veya bir öğrencisi tarafından yazıldığı düşünülen bu yemin ile hekimler tarih boyunca mesleklerini onurla uygulayacaklarına ant içmişlerdir.

⁴¹ Hipokrat Yemini:

“Hekim Apollon, Asklepius, Higiya, Panacea üzerine ve bütün Tanrı ve Tanrıçaların huzurunda yemin ederim ki, yeteneğim ve gücüm elverdiğince bu and ve sözleri tutacağım: Bu sanatta hocamı, babam gibi tanıyacağım, rızkımı onunla paylaşacağım, ihtiyacı olursa kesemi onunla bölüşeceğim, çocuklarına kardeşim gibi bakacağım ve öğrenmek isterlerse bu sanatı ücretsiz öğreteceğim; ilaç reçetelerini, şifai bilgileri ve diğer bilgileri sadece ve sadece kendi evlatlarıma, hocamın çocuklarına ve hekimlik kurallarına uygun sözleşmeyle bağlı ve and içmişlere öğreteceğim. Yeteneğim ve hâkimiyetim ölçüsünde hastalarımın iyiliği için tedaviler önereceğim ve ASLA KİMSEYE ZARAR VERMEYECEĞİM.

İsteyen hiç kimseye öldürücü bir eczayı ne vereceğim ne de bunu tavsiye edeceğim; benzer şekilde, bir gebe kadına çocuk düşürmesi için ilaç vermeyeceğim. Hayatımın ve sanatımın saflığını koruyacağım. İç organlarındaki taşı keserek almayı, hastalığı çok açık olan hastalarda bile, işin ehli olan[cerrah]lara bırakacağım. Hangi eve girersem gireyim, bütün kasıtlı kötülük ve suistimallerden ve özellikle de ister hür ister köle olsun erkek ve kadınların vücudunu kötüye kullanmaktan kaçınarak, sadece hastaya yardım için gireceğim. Gerek sanatımın icrası sırasında gerekse insanlarla gündelik ilişkideyken edindiğim bilgileri ortalığa saçmayacağım, bir sır olarak saklayacağım ve kimseye açmayacağım. Bu yemine sadık

Roma Hukuku'nda "Lex Aquia ve Lexcornela De sicariis et veneficiis" kanunları ile hukuki ve cezai sorumluluk ayrılmıştır. Bunun uzantısı olarak bugün de kusur, hekimin sorumluluğunda belirleyici olmaya devam etmektedir.⁴²

"İncil ve Kuran'da hekimin sorumluluğuna ilişkin kurallar mevcut değildir. Hristiyan ruhani meclislerinde hekimin bilgisizlik ve ihmalinin sorumluluğuna yol açacağına ilişkin kararlar alınmıştır."⁴³

"Hadis kaynaklarında, "her kim tabib olmadığı ve tıp ilmini bilmediği halde tababeti icra eder de, verdiği ilacın tesiriyle bir zarar meydana gelirse, o cahil tabibe tazmin ettirilir" denilerek, hekimin sorumluluğunun kusura dayalı olduğu belirtilmiştir."⁴⁴

Türk Hukuku'nda tıbbi malpraktisin tanımı TTB Hekimlik Meslek Etiği Kuralları madde 13'te yapılmıştır. "*Bilgisizlik, deneyimsizlik ya da ilgisizlik nedeniyle bir hastanın zarar görmesi "hekimliğin kötü uygulaması" anlamına gelir."*

Tıbbi malpraktis hekimin tedavide standart uygulamadan sapması, beceri eksikliği ya da tedavi uygulamaması sonucu zarar oluşması halidir.⁴⁵

Hekim komplikasyonlardan-komplikasyonu yönetememesi hali dışında- genel olarak (izin verilen risk) sorumlu değildir.

Hekim, mesleki faaliyeti ile ilgili bilmek zorunda olduğu bir konuyu bilmemesi ya da zararı önlemek için tıp biliminin gerektirdiği tedbirleri almaktaki ihmali nedeniyle verdiği zararlardan sorumludur.⁴⁶

Kesin olmayan, tartışmalı bilim kurallarına uymaması halinde sorumlu olmaz.

Vekâlet sözleşmesi gereği doktorun yaptığı ameliyat hedeflenen iyi neticeye ulaşamamış olsa bile tıp bilimine uygun müdahale yapılmışsa hekim kusurlu olmayacağından zarardan sorumlu olmayacaktır. Tıbbi müdahalede hekimin tedbirsizlik ve ihmali konusunda ölçü, orta seviyede bir doktorun aynı durum ve

kalırsam hayatımı ve mesleki uygulamalarımı insanların tümünden ve her zaman saygı göyerek mutlulukla sürdüreyim, ama ona ihanet eder ya da çignersen tam tersini yaşayayım" "*Hipokrat Yemini Nedir? Hipokrat Yemini Tam Metni*", (Bilgitor: 2018), <https://www.bilgitor.com/hipokrat-yemini-nedir-hipokrat-yemini-tam-metni/>, (Erişim tarihi: 24.05.2019).

⁴² ÖZDİLEK, (Aşçioğlu, s.3 – 4).

⁴³ ÖZDİLEK, (Aşçioğlu, s.3 – 4).

⁴⁴ ÖZDİLEK, (Bayraktar, s.51).

⁴⁵ HAKERİ, TIBBİ UYGULAMA HATALARI, 337.

⁴⁶ 13 HD 14.10.1974, 2637/2492. HAKERİ, TIP HUKUKU.

şartlarda göstereceği alışılmış özendir. Hatalı tıbbi müdahaleyi yapan hekimin subjektif özelliklerine bakılmaz.⁴⁷

Bir diğer görüşe göre de hekimin sorumluluğu açısından ölçü; tecrübeli bir uzman hekimin standardı olmalıdır.⁴⁸

Hekim sübjektif olarak kendi yeteneği ve mesleki bilgisine, objektif olarak da olayların normal gelişimine göre hastanın sağlığına zarar gelmesini önceden görebilmelidir.⁴⁹

Bu konu Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nde de düzenlenmiştir. *"Tabip ve dış tabibi, ilmi icaplara uygun olarak teşhis koyar ve gereken tedaviyi tatbik eder. Bu faaliyetlerinin mutlak surette şifa ile neticelenmemesinden dolayı, deontoloji bakımından muaheze edilemez."*⁵⁰

Doktorların özen yükümlülüğünü ihlali nedeniyle kusurlu olduğu durumlar taksir olarak nitelendirilmektedir.

Bu hallerde Türk Ceza Kanunu'na göre hekimin sorumluluğu sözkonusu olabilmektedir. Ayrıca hekimin tazminat sorumluluğu da doğabilecektir. Hekim komplikasyon nedeniyle sorumlu olmayıp, sadece hatası olması halinde sorumlu kabul edilecektir.⁵¹

Taksirli her davranış ceza hukuku bakımından sorumluluğa yol açmaz. Hekimin taksirli davranışı zarara yol açmamışsa hem tipik netice ihlal edilmediği hem de taksirli suça teşebbüsten sorumluluk olmayacağından ceza sözkonusu olmayacaktır.⁵²

⁴⁷Mine Kaya, "Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğünden Kaynaklanan Tazminat Sorumluluğu" (13.HD. 14.10.1974, 2637/2492, Naklen, YKD. C.2 (1976). s.1, s.79-80). <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2012-100-1181>, 52, (Erişim tarihi: 19.04.2019).

⁴⁸Filiz Berberoğlu Yenipınar, *Tıbbi Sorumluluk*, (İstanbul: Onikilevha Yayıncılık), 43, (Samet Bayrak, Filiz Yenipınar, *Hekimin Hukuki ve Tıbbi Sorumluluğu*, Ankara: Akademisyen Kitabevi, 2016).

⁴⁹YENİPİNAR, 43.

⁵⁰TDN md. 13.

⁵¹Hakan Hakeri, *Tıp Hukukunda Malpraktis Komplikasyon Ayrımı*. (Toraks Cerrahisi Bülteni, C. 5, Tıp Etiği Tıp Hukuku, 2014), 23 vd.

⁵²HAKERİ, TIBBİ UYGULAMA HATALARI, 56.

Birden fazla kişinin hareketinin sonucu meydana getirdiği hallerde her birinin kusuru ayrı değerlendirilmelidir. Taksirli suçlarda iştirak sۆz konusu olmaz, sorumluluk herkesin kendi kusuruna gۆre belirlenir.⁵³

Eser Sۆzleşmesi'nde ise hekim sonucu taahhüt ettiğinden, ۆzen borcunun ve dolayısıyla sorumluluğunun kapsamı vekālet akdine oranla daha geniş olup ameliyatta kullandığı malzemedен dahi satıcı gibi sorumludur.



⁵³ HAKERİ, TIBBİ UYGULAMA HATALARI, 75.

BÖLÜM I:

TIP HUKUKUNDA ESER SÖZLEŞMESİ VE İLGİLİ TERİM VE KAVRAMLAR

Sağlık hukukunun alt dallarından biri olan Tıp Hukuku, hasta hakları, tıbbın uygulanması nedeniyle hekim ve diğer sağlık personellerinin hak, yükümlülük ve sorumlulukları, ilaç hukuku gibi konuları inceler. Kapsamı gereği Ceza Hukuku, Medeni Hukuk, Anayasa Hukuku, İdare Hukuku gibi pek çok alanı içine almaktadır.⁵⁴

“ESER SÖZLEŞMESİ; yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.” (TBK 470)

1.HEKİM

TDK sözlüğünde “insanlardaki hastalıkları teşhis ve onları ilaçlarla veya bazı araçlarla tedavi eden kimse, doktor, tabip olarak” tanımlanmıştır.⁵⁵

Kelimenin kökeni Arapça hkm kökünden gelen hakīm; "hikmet sahibi, bilge, filozof, tabip" “akıllı, becerikli”⁵⁶ sözcüğüne dayanmaktadır.⁵⁷ Alah’ın 99 isminden biri olan Hâkim Türkçe’de hikmet ehli anlamında kullanılırken hâkim, tabip anlamındayken hekim şeklinde telaffuz edilir.⁵⁸

Tabip hekim ile eş anlamlı olup Arapça kökenlidir. Tıbbi uygulayan kişilere verilen isimdir.

⁵⁴ Hakan Hakeri, *Tıp Hukuku*, 13. Baskı. (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2018), 45.

⁵⁵ Türk Dil Kurumu Sözlüğü

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&kelime=HEK%C4%B0M, (Erişim tarihi: 14.04.2019).

⁵⁶ Ali Türkmen, *Hasta ve Hekim Hukuku*, 2. Baskı, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2013), 36.

⁵⁷ Etimoloji Türkçe Sözlük, “<https://www.etimolojiturkce.com/kelime/hekim>”, (Erişim tarihi: 04.05.2019).

⁵⁸ TÜRKMEN, 36.

Doktor kelimesi Latince kökenli olup akademik eğitim veren kurumlarda öğreten kişi anlamına gelen bir akademik ünvandır.⁵⁹

Tıp doktoru kişilere sağlık alanında eğitim veren kişi anlamındadır. Türkiye’de tıp eğitimi 6 yıl olup tıp fakültesinden mezun olanlara doktor ünvanı verilmektedir.⁶⁰

Eski zamanlarda Türkler’de bu anlama gelmek üzere şifacı anlamına gelen Atasagun kelimesi kullanılmaktaydı.⁶¹

Hukuk sisteminde tıbbi müdahalede bulunma ve tıp mesleğini icra yetkisi verilmiş, tıp fakültesi mezunu, insan sağlığıyla uğraşan, hastalıkları tanımayı ve ilaçlarla ve bazı araçlarla iyileştirmeyi, kendine uğraş edinen kişilerdir.⁶²

“Hekim; hastalara doğrudan ve bazen de dolaylı şekilde tıp alanında hizmet sunma amacıyla Türkiye’deki veya yurt dışındaki tıp veya diş hekimliği fakültelerinden mezun olup diploması Bakanlıkça onaylanmış ve mesleği icra etmesine izin verilmiş kişidir.”⁶³

“Diş Hekimi; diş, diş eti, ağız ve çene sağlığının korunması, hastalık ve düzensizliklerine tanı konulması, tedavi edilmesi ve rehabilitasyonuna ilişkin her tür mesleki faaliyeti icraya yetkili kişidir.”⁶⁴

2.HASTA

Tarihte hasta kelimesinin yer aldığı en eski kaynak 1300 yılına dayanmaktadır. Sağlığı bozuk anlamında kullanılmıştır.⁶⁵

Kelime kökeni Farsça *ḫaste* “yaralı” sözcüğüne dayanmaktadır. *ḫastan* “yaralamak, yaralanmak” fiilinden türetilmiştir.⁶⁶

TDK sözlüğüne göre; “Hastalık, kaza veya yaralanma dolayısıyla fizik veya ruh sağlığı bozulmuş ve tedavi edilmesi gereken kimse, rahatsız.”⁶⁷

⁵⁹ ÖZGENÇ.

⁶⁰ ÖZGENÇ.

⁶¹ Ali Özgenç, “*Doktor, Tabip, Hekim, İatro, Atasagun*” (20.07.2016), <http://hekimsel.com/dil-bilgileri/doktor-tabip-hekim-iatro-atasagun/>, (Erişim tarihi: 08.04.2019).

⁶² HAKERİ, TIP HUKUKU, 45, (Ayan, 5).

⁶³ (web-1)

⁶⁴ Türk Diş Hekimleri Birliği, “*Diş Hekimliği Mesleği*”, 05.03.2015, http://www.tdb.org.tr/menu_goster.php?Id=6, (Erişim tarihi: 04.04.2019).

⁶⁵ (WEB-2)

⁶⁶ Etimoloji Türkçe Sözlük, <https://www.etimolojiturkce.com/kelime/hasta>, (Erişim tarihi: 20.03.2019). (WEB-2)

Hasta; “sağlık hizmetlerinden faydalanma ihtiyacı bulunan kimsedir.” (HHY md 4/b)

Farsça yorgun anlamına gelmekte olup bir tedavi işlemine, tıbbi müdahaleye rıza veren, müdahalede pasif olan taraftır⁶⁸

Hasta; tıbbi hizmete ihtiyaç duyan kişidir.⁶⁹

3.HASTANE

Hastaya teşhis, ayakta veya yatarak tedavi, bakım gibi hizmetlerin doktor veya ilgili sağlık personeline sunulduğu sağlık kuruluşudur.⁷⁰

Hastane; hastanın yatırılmak suretiyle tedavisinin yapıldığı sağlık kuruluşudur.⁷¹

4.SAĞLIK

TDK sözlüğüne göre “Bireyin fiziksel, sosyal ve ruhsal yönden tam bir iyilik durumunda olması, vücut esenliği, esenlik, sıhhat, afiyet”⁷² olarak tanımlanmıştır.

D.S.Ö.Anayasası’na⁷³ göre: “Sağlık sadece hastalık ve sakatlığın olmayışı değil, bedence, ruhça ve sosyal yönden tam iyilik halidir.”⁷⁴

“Sağlık, yalnız hastalık ve malûliyetin yokluğu olmayıp beden, ruhen ve sosyal bakımdan tam bir iyilik halidir.”⁷⁵

5.TIBBİ TEDAVİ

“Çeşitli yöntemlerle hastalığı iyi etme, iyileştirme, sağaltım, sağaltma, terapi.”⁷⁶

⁶⁷ TDK Sözlük,

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5ccbf3a2265703.07318360, (Erişim tarihi: 02.03.2019).

⁶⁸ HAKERİ, TIP HUKUKU, 45, (Hatemi, Özel Hasta Grupları, 42).

⁶⁹ (web-1).

⁷⁰ <http://sozluk.gov.tr/>, (Erişim tarihi: 26.05.2019).

⁷¹ Mehmet Demir, Tıbbi Organizasyon Kusuru Açısından Hastanelerin Hukuksal Sorumluluğu, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2010), 17.

⁷² http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5ccbf39b3e34d7.46997295, (Erişim tarihi: 09.05.2019).

⁷³ “Dünya Sağlık Örgütü”

⁷⁴ Nusret Fişek, “Prof. Dr. Nusret Fişek’in Kitaplaşmamış Yazıları – I. Sağlık Yönetimi.”

(Modern Yönetim Semineri, Türk-İş Yayınları No:144, 1982) Türk Tabipler Birliği.

http://www.ttb.org.tr/n_fisek/kitap_1/33.html, (Erişim tarihi: 08.01.2019).

⁷⁵ 224 S. Kanun md 2.

⁷⁶

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5cddc1e9b93880.12671424, (Erişim tarihi: 07.01.2019).

Arapça iyileştirme, ilaç, derman anlamına gelen deva kökünden türetilmiş olup iyileştirme amacıyla bakma ve bakım yapma anlamını taşımaktadır.⁷⁷

Tedavi bir hastalığa tıbbi yöntemlerle teşhis koyduktan sonra iyileşmesi için iyi niyetle ve tıp biliminde benimsenen yöntemlerle tıbbi uygulamalar yapmak, ilaç vermek, tıbbi tavsiyelerde bulunmaktır. Bu tanımdan yola çıkıldığında organ ticareti için sağlıklı kişinin böbreğini almak ya da satmak, hamile kadına düşük yaptırmak için ilaç vermek, bilimsel olmayan yöntemlerle bitkisel iyileştirme girişimleri yapmak tıbbi anlamda tedavi değildir.⁷⁸

6.TIBBİ MÜDAHALE KAVRAMI

Doktrinde tıbbi müdahalenin pek çok farklı tanımı yapılmıştır.

Tıbbi Müdahale: Hekimin hasta üzerinde teşhis, tedavi veya sair amaçlarla yürüttüğü fiziki ve fikri faaliyettir.⁷⁹

Tıbbi girişimin tıbbi müdahale sayılması için; hekim tarafından tedavi amacıyla yapılması gerekir.⁸⁰

Hakeri Yargıtay'ın da kararında benimsediği üzere; "insan üzerinde tıp biliminin uygulanması ile bağlantılı olarak yapılan her türlü müdahaleyi" tıbbi müdahale kabul etmektedir.⁸¹

Tıbbi müdahale; "*Hastalıkları iyileştirmek, hafifletmek veya önlemek amacıyla yapılan teknik ve bilimsel çalışmalar yoluyla vücut bütünlüğüne el atma, araya girmedir.*"⁸² Aşı, doğum kontrol yöntemleri, ilaç verilmesi, terapi yapılması örneklerinde olduğu gibi hastanın vücut bütünlüğünü dolaylı veya doğrudan etkileyen, yetkili kişilerce bilimsel ve tıbbi yöntemlerle yapılan her türlü faaliyettir.

"Tıbbi müdahale: Tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından uygulanan, sağlığı koruma, hastalıkların teşhis ve tedavisi için ilgili meslekî yükümlülükler ve

⁷⁷ TÜRKMEN, 39, (Bayraktar, age sh 42).

⁷⁸ TÜRKMEN, 39.

⁷⁹ Merter Özay, *Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Sorumluluğu*, (Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2006), 20.

⁸⁰ TÜRKMEN, 40.

⁸¹ HAKERİ, TIP HUKUKU, 47, (2.HD 14.04.2014 149/8841).

⁸² Halide Savaş, *Sağlık Çalışanlarının Ve Sağlık Kurumlarının Tıbbi Müdahaleden Doğan Sorumlulukları*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2007), 51.

standartlara uygun olarak tıbbın sınırları içinde gerçekleştirilen fizikî ve ruhî girişimi ifade eder.”⁸³ , ⁸⁴

“Müdahale: Tabip veya diğer sağlık personeli tarafından tanı, tedavi, rehabilitasyon veya önlem amacıyla yapılan muayene, tedavi veya diğer tıbbî işlemleri,

Cerrahî müdahale: Tıbbî aletler yardımıyla vücutta yapılan tanı ya da tedaviye yönelik operasyonları ifade eder.”⁸⁵

Cerrahi Müdahale; doku ve organlar üzerinde fiziksel olarak değişim oluşturma, organ ve organizma bozukluklarını giderme maksadıyla yapılan tıbbi müdahaledir.⁸⁶

Doktorun hastasını sağlığına kavuşturma amacıyla gerçekleştirdiği girişimler hukuken, etiksel ve ahlaksal bakımdan tıbbi müdahaledir.⁸⁷

“Kişilerin bedensel, fiziksel veya psikolojik bir hastalığını, noksanlığını teşhis ve tedavi etmek, bu mümkün olmadığında hastalığı hafifletmek veya acılarını dindirmek veyahut ta rahatsızlıktan korumak ya da nüfus planlaması amaçlarıyla tıp mesleğini icraya yasal olarak yetkili kimseler tarafından, tıp bilimince genel kabul görmüş kural ve esaslara uygun olarak gerçekleştirilen, en basit teşhis ve tedavi yöntemlerinden başlayarak en ağır cerrahi müdahalelere kadar uzanan her çeşit faaliyettir.”⁸⁸

Tıbbi müdahale; hastalığa tanı konulabilmesi amacıyla gereken tetkiklerin, muayene ve tahlillerin yapılması, tıbbi ve cerrahi girişimlerde bulunulması, hastanın ruhsal hayatının düzenlenmesi, gözetim altında tutulması gibi şekillerde ortaya çıkabilir.⁸⁹

Doğrudan doğruya veya dolaylı tedavi amacıyla, tıp mesleğini icra etmeye yetkili hekim tarafından gerçekleştirilen faaliyetlerin tümü tıbbi müdahaledir.⁹⁰

“Bireyin yaşam hakkının korunması ve kaliteli şekilde kullanılmasına ilişkin faaliyetlere tıbbi müdahale denir.”⁹¹

⁸³ Hasta Hakları Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik, 2014, madde 2/g.

⁸⁴ Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 4. Maddesine Hasta Hakları Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik ile tıbbi müdahalenin tanımı eklenmiştir.

⁸⁵ C.M.B. M.G. İ.V.F.K.T.H.Y. madde 3.

⁸⁶ Atilla Arıncı, “*Estetik Cerrahide Hekimin Hukuki Sorumlulukları Ve Bu Sorumlulukların Eser Sözleşmesi Kapsamında Değerlendirilmesi*”, (Yüksek Lisans Tezi, Özyeğin Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2015) (GÜRELLİ, age, s.271; YAVUZ İPEKYÜZ, age, s.30.) 13.

⁸⁷ Gültezer Hatırnaz Erol, *Diş Hekimlerinin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2017), 29 vd.

⁸⁸ Özlem Çakmut, *Aydınlatma ve Rıza*. (İstanbul: Özyeğin Üniversitesi Sağlık Hukuku Sempozyumu, 2011).

⁸⁹ HAKERİ, TIP HUKUKU, 45, (Gürelli, 271).

⁹⁰ HAKERİ, TIP HUKUKU, 46, (Ayan, 5).

“Tıp mesleğini icraya yetkili kişilerce teşhis, tedavi ya da hukuka uygun amaçlarla uygulanan kişinin müdahaleden beklediği menfaate uygun, tıbbın sınırları içinde kalan fiziki ve ruhi girişimlerdir.”⁹²

Kanaatimce insan üzerinde tıp mesleğini icraya yetkili hekim, dişhekimisi veya sağlık mesleği mensubu (hemşire, eczacı, ebe ve diğer) kişilerce, tıp biliminin uygulanması ile bağlantılı olarak, acil haller ve kanuni zorunluluklar dışında kişinin iradesine uygun olarak fiziksel ve ruhsal sağlığının korunması veya iyileştirilmesi, mümkün değilse hastalığının etkilerinin azaltılması, acılarının dindirilmesi amacıyla yapılan her türlü müdahale tıbbi müdahaledir.

7.ESTETİK AMAÇLI TIBBİ MÜDAHALE

(Plastik cerrahi, estetik cerrahi, güzellik ameliyatı)

“ESTETİK (sözlük anlamı): Güzellik duygusu ile ilgili, güzellik duygusuna uygun olan.”⁹³

“Estetik, Yunanca aisthesis kelimesinden türemiştir ve duyuların bilimi anlamına gelmektedir. Bugün de gençlik, güzellik, beden sağlığı gibi fiziksel ve ruhsal yeterliliğin biçimsel ölçütü sayılmaktadır.”⁹⁴

Tıbbi terim olarak estetik; “kusurlu bir organı düzeltmek veya güzelleştirmek amacı ile uygulanan yöntemler; estetik cerrahi anlamında kullanılmaktadır.”⁹⁵

“PLASTİK, Yunanca “plasticos” kelimesinden gelir ve “şekillendirmek”, “bir kalıba uydurmak” anlamına gelmektedir.

REKONSTRÜKTİF, Latin kökenli bir kelime olup “yeniden yapmak” anlamına gelmektedir.”⁹⁶

⁹¹ HAKERİ, TIP HUKUKU, 47, (Kök, 118).

⁹² HAKERİ, TIP HUKUKU, 47, (Özpinar, Tıbbi, 270).

⁹³

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.545e37f404fe14.86917475 (Erişim tarihi: 14.04.2019).

⁹⁴ BULUT, 30.

⁹⁵ Türk Dil Kurumu Sözlüğü, <http://sozluk.gov.tr/> (Erişim tarihi: 11.04.2019).

⁹⁶ Türk Plastik Rekonstrüktif ve Estetik Cerrahi Derneği, <http://www.tpcd.org.tr/Estetik-Ameliyatlar.36.0.html>, (Erişim tarihi: 16.04.2019).

ESTETİK MÜDAHALE, Estetik cerrahi, plastik cerrahi, güzellik ameliyatı olarak da adlandırılmaktadır.⁹⁷

“Kişinin doğuştan sahip olduğu ya da sonradan bir etken sonucu veya kendiliğinden oluşan, dış görünümünü bozan veya bozduğu düşünülen ben, kıl, sarkık, farklı renkteki deri, derideki yağ kümesi, sivilce, kırmızı damar ucu, bedendeki ve yüzdeki sakatlık, olağandan farklı şekil, deformasyon, yara, yara izi, asimetrik ortalamanın üzerindeki veya altındaki ebatta uzuvların düzeltilmesi veya kapatılması amacıyla yürütülen müdahalelerdir.”⁹⁸

Doğuştan mevcut veya sonradan gelişen görünüş bozukluğunu gidermek veya mevcut bir şekil bozukluğu bulunmasa bile kişinin daha estetik görünmesini sağlama maksadıyla yapılan tıbbi girişimlerdir.⁹⁹

Estetik müdahale; “hekim tarafından güzellik amacıyla bedene uygulanan ve şekil değişikliği ile sonuçlanan tıbbi müdahale olarak da tanımlanmaktadır.”¹⁰⁰

Estetik müdahale;

-tedavi amaçlı

-psikolojik ve sosyal etmenlere dayalı salt güzellik, estetik amaçlı olabilir.

“Temel amaç, hastanın estetik ve psikolojik ihtiyaçlarının karşılanmasıdır.”¹⁰¹

Dövme, piercing, saç kesimi gibi müdahaleler estetik de olsa tıbbi müdahale niteliğinde değildir. Buna karşılık saç ekimi estetik bir müdahaledir.¹⁰²

Dudaklara silikon enjekte edilmesi, kırışıklıkların giderilmesi için botoks yapılması gibi cerrahi müdahale olmaksızın (neşter kullanmadan) da yapılabilir.¹⁰³

“Estetik (Kozmetik) Cerrahi; plastik cerrahinin bir dalı olan estetik cerrahi vücut görüntüsünün daha güzele ulaştırılmasını, hastanın daha estetik ve orantılı bir vücuda kavuşmasını sağlama amacıyla yapılan ameliyat ve girişimlerle uğraşır. Hastada tıbbi bir sorundan çok estetik sorunlar vardır. Vücudun ilgili bölümü; meme,

⁹⁷ HAKERİ, TIP HUKUKU, 533.

⁹⁸ ÖZAY, 23.

⁹⁹ ARINCI, 13.

¹⁰⁰ HAKERİ, TIP HUKUKU, 533, (Temel, 228).

¹⁰¹ HAKERİ, TIP HUKUKU, 533.

¹⁰² HAKERİ, TIP HUKUKU, 533.

¹⁰³ HAKERİ, TIP HUKUKU, 533.

burun gibi estetik ve anatomik ölçülere uygun olarak daha mükemmel ve çevre konturlarla uyumlu hale getirilir. Estetik cerrahide yağ enjeksiyonları ve çeşitli implantlar kullanılabilir.”¹⁰⁴

“Şekil ya da ölçüsü bozuk organ ve dokuların hastanın istek ve beğenileri ile ideal anatomik ölçülere göre değiştirilmesini amaçlar. Şekil düzeltme cerrahisidir.” Küçük göğüslerin protez ile büyütülmesi örneğinde olduğu gibi.¹⁰⁵

“Tedavi amaçlı, tıbben zorunlu, rekonstrüktif¹⁰⁶ cerrahi; doğuştan eksik ya da kusurlu olan veya yanık, tümör ameliyatı, kaza gibi sebeplerle sonradan yok olan ya da şekli bozulan organların yeniden oluşturulmasını amaçlar. Onarım cerrahisidir. Kanser nedeniyle alınan memenin yeniden oluşturulması gibi.”¹⁰⁷

Yargıtay kararlarında rekonstrüktif cerrahinin vekâlet sözleşmesine, estetik cerrahinin ise eser sözleşmesi kapsamına girdiği kabul edilmektedir.¹⁰⁸

“Plastik cerrahlar uzmanlık eğitimlerini alırken estetik cerrahi eğitimi de alırlar ve bu ameliyatları yapmaya yetkilidirler. Estetik cerrahi uzun eğitim, deneyim, cerrahi ve artistik yetenek gerektirir. Estetik cerrah adeta bir sanatçı gibi el becerisi ve yeteneği ile bir eser yaratmaktadır. Estetik cerrahide bazen tıbbi bir sorun da çözülebilir. Örneğin aşırı şişman bir gövdenin veya dev boyutlarda büyümüş memelerin (gigantomasti) ameliyatla düzeltilmesi, tıbbi olduğu kadar estetik sorunları da çözümlenmektedir. Bir organ estetik bakımdan düzeltilirken fonksiyonu da önemlidir. Burun estetiği ameliyatlarında (rinoplasti) şekli sorunların yanı sıra nefes alma sorunları da düzeltilmelidir.”¹⁰⁹

Estetik tıbbi müdahalelerde, kişinin kusurlu olan veya kusurlu olduğunu düşündüğü görüntüsü, tıp kurallarına uygun şekilde düzeltilerek hasta tarafından da kabul edilecek estetik bir görünüm kazandırılması amaçlanır. Hekimin deneyim ve bilgisinin yanı sıra bir sanatçı gibi eser meydana getirdiği estetik tıbbi müdahalelerde el becerisi önem kazanmakta, dikkat ve özen yükümlülüğü artmaktadır. Sırf güzellik

¹⁰⁴ <http://www.tpcd.org.tr/Estetik-Ameliyatlar.36.0.html>, (Erişim tarihi: 25.05.2019).

¹⁰⁵ ÇOKNEŞELİ, Baki, “Estetik, Plastik Ve Rekonstrüktif Cerrahi”, <http://www.estetik-cerrahi.com/estetikcerrahi.html>

¹⁰⁶ Onarım.

¹⁰⁷ HAKERİ, TIP HUKUKU, 533, ÇOKNEŞELİ.

¹⁰⁸ ARINCI, 10.

¹⁰⁹ <http://hastane.sdu.edu.tr/sayfa/5617/plastik-rekonstruktif-ve-estetik-cerrahisi-ad>, (Erişim tarihi: 25.05.2019).

amaçlı tıbbi müdahaleler endikasyon, aydınlatma, rıza ve hekimin sorumluluğun sonuçları bakımından diğer tıbbi müdahalelerden farklılık göstermektedir.

8.ESTETİK CERRAHİNİN FAALİYET ALANLARI

İnsanın ayak parmağından saçının teline kadar uzanan geniş bir yelpazede müdahalelerde bulunan estetik cerrahinin faaliyet alanları oldukça çeşitlidir.

Güzelleştirme amacıyla; “burun düzeltme (rinoplasti), yüz yenileştirme (germe, kırışıklık tedavisi), endoskopik yüz-alın germe, kaş kaldırma, göz kapağı estetiği (blefaroplasti), kepçe kulağın düzeltilmesi, çene büyütme ve küçültme operasyonları (mentoplasti), deride skar (yara izi) ve düzensizliklerin giderilmesi, saç ekimi, lazer uygulamaları (yüz soyma, leke ve damar malformasyonlarının giderilmesi), estetik meme büyütme, küçültme ve dikleştirme ameliyatları, aşırı yağ dokusunun azaltılmasına yönelik operasyonlar (liposuction- lipektomi), karın germe (abdominoplasti), bacak kontur düzeltme, implantlarla kontur düzeltmeleri, cilt bakım ve girişimleri gibi ameliyatların yanı sıra botoks uygulamaları, dudak kalınlaştırma için yağ ve çeşitli dolgu maddeleri enjeksiyonu gibi yardımcı yöntemler uygulanmaktadır.”¹¹⁰

Terim olarak “Plastik”, ilk kez Desavit tarafından 1798 yılında kullanılmıştır.¹¹¹

“Plastik ve Rekonstrüktif Cerrahi; tüm vücut yüzeyinde oluşan travmatik veya edinsel kaynaklı vücudun şekil ve fonksiyonlarını bozan her türlü cerrahi problemle ilgilenir. Örneğin; yarık damak, yanık, trafik kazasına bağlı organ kopmaları, deri ve yumuşak doku tümörleri plastik cerrahi uğraşı alanı içindedir. Klasik cerrahi yöntemlerinin yanı sıra endoskopi, lazer uygulamaları, mikrocerrahi ve çeşitli kimyasal ajan ve ilaçlardan yararlanabilir.”¹¹²

Diş hekimi de ağız ve diş bölgesinde tedavi amaçlı veya estetik amaçlı tıbbi müdahalelerde bulunabilmektedir. Örneğin dişlerde sağlık problemi olmamasına rağmen dişlerini kestirerek yeni diş yaptırmak salt estetik amaçlı tedavilerdir.¹¹³

¹¹⁰ <http://www.tpcd.org.tr/Estetik-Ameliyatlar.36.0.html>, (Erişim tarihi: 25.05.2019).

¹¹¹ SEVİN.

¹¹² Atay Atabey, “Estetik Ve Plastik Cerrahi Nedir?” <https://makale.doktorsitesi.com/estetik-ve-plastik-cerrahi-nedir>, (Erişim Tarihi: 27.03.2019).

¹¹³ EROL, DIŞ HEKİMLERİNİN, 35.

BÖLÜM II

ESER SÖZLEŞMESİ

Estetik ameliyatlarda ameliyatı yapan doktor ameliyat sonucunda elde edilecek estetik görünüme ilişkin olarak belirli bir teminat verdiği takdirde taraflar arasındaki sözleşme eser sözleşmesidir.¹¹⁴

“İşin doğası gereği salt güzelleştirme amaçlı estetik ameliyattan önce, hekim ile hasta ayrıntılı bir şekilde görüşür ve aralarında bir sözleşme ilişkisi kurulur, estetik cerrah ile hasta arasındaki sözleşme herhangi bir şekil şartına bağlı olmayıp açık veya zımnî irade beyanıyla, yazılı ya da sözlü kurulabilir.”¹¹⁵

6100 sayılı HMK'nun 200. maddesi gereği 2019 yılı için 3.660 TL'nin¹¹⁶ üzerindeki uyuşmazlıklar karşı tarafın açık muvafakati veya yazılı delil başlangıcı olmadığı takdirde tanıkla ispatlanamaz, senetle ispatlanmalıdır. Dolayısıyla davalı taraf sözlü sözleşme olduğunu inkâr ettiği takdirde davacı iddiasını yazılı delille veya yemin teklifiyle ispatlayabilir.

Eser sözleşmesinin kurulabilmesi için ehliyet, irade, içerikte anlaşma, -şekle bağlı olanlarda- şekil koşullarının birarada gerçekleşmesi gerekir.¹¹⁷

Bir müdahalenin eser niteliğinde olabilmesi için; insan emeği ürünü olma, ekonomik değeri olma, hukuki bütünlük arz etme ve objektif kriterlerle belirlenebilme unsurlarının olması gerekir.

Bedel önceden belirlenmemişse yapıldığı zaman ve yerde eserin değeri ve yüklenicinin gideri dikkate alınarak hâkim tarafından belirlenebilir.¹¹⁸

¹¹⁴ HAKERİ, TIP HUKUKU, 535. (13.HD 05.04.1993, 131/2741).

¹¹⁵ PETEK, 187.

¹¹⁶ Legalbank HMK ve İİK'da yer alan pararsal sınırlar <https://legalbank.net/belge/hmk-ve-ikda-yer-alan-parasal-sinirlar-2019-yili/3009245/>, (Erişim tarihi: 04.04.2019)

¹¹⁷ MEMİŞ, 177.

Eser sözleşmelerinden doğan hukuki uyuşmazlıkların çözümünde öncelikle taraflar arasındaki sözleşme hükümleri, daha sonra Tüketici Kanunu, burada düzenleme olmaması halinde Borçlar Kanunu, (470-486. Maddeleri ile genel hükümleri), Biyotıp Sözleşmesi, Hekimlik Meslek Etiği Kuralları, TDN ve Hasta Hakları Yönetmeliği sırasıyla uygulanır.

Tüketici Kanunu eser sözleşmesini tanımlamamış ancak 3. maddesinde eser sözleşmesinin bir tüketici işlemi olduğunu ve Tüketici Kanunu'na tabi olduğunu belirtmiştir.

Tüketici Kanunu bağımsız muayenehanesi olan hekimler ile özel hastaneler açısından uygulanacak, kamuda çalışan hekimlerle kamu hastanelerine uygulanmayacaktır.¹¹⁹

Tüketici Mahkemesi'nde Tüketici Kanunu'nun 73/2. maddesi uyarınca "tüeticiler tarafından açılan davalar 492 sayılı Harçlar Kanunu'nda düzenlenen harçlardan muaftır."

Borçlar Kanunu 478.maddesinde "eser sözleşmesini; yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir" şeklinde tanımlamıştır.

"Eser sözleşmesinin konusunu insan emeği oluşturur, yüklenici iş sahibinin ödemeyi taahhüt ettiği ücret karşılığında bir şey imal etmeyi; belirli bir emek sonucunda bir şeyi meydana getirmeyi yüklenmektedir. Eser sözleşmesinin vekâlet sözleşmesinden farkı; çalışmanın yapılmış olmasından çok, meydana getirilen ve objektif olarak gözlemlenebilen sonucun önemli olmasıdır."¹²⁰

Estetik amaçlı tedavi sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olup edimler arasında karşılıklılık vardır. Hekim hastanın talep ettiği ve tıp kurallarına uygun bir sonucu gerçekleştirmeyi üstlenirken hasta da ücret ödemeyi üstlenmektedir. Asli edimin yanı sıra hekimin teşhis koyma, uygun tedaviyi seçip uygulama, sadakat ve özen gösterme, tıbbi müdahaleyi şahsen ifa, aydınlatma, kayda geçirme, sır saklama ve arşiv tutma gibi yan edimleri de vardır.¹²¹

¹¹⁸ MEMİŞ, 177.

¹¹⁹ HAKERİ, TIP HUKUKU, 738.

¹²⁰ BULUT, 78.

¹²¹ ARINCI, 44.

1.ESER SÖZLEŞMESİNDE HEKİMİN BORÇLARI

1.1.ESERİ YARATMA BORCU

Eser sözleşmesinde asıl borç, “eseri yapmak”tır. Hekimin edim yükümlülüğü bir sonucun; eserin borçlanmasıdır.

Hekimin eser sözleşmesindeki şartlara uygun şekilde, hastanın talep ettiği eseri (sonucu) yaratma borcu bulunmaktadır.

“Eser, hastanın vücudu üzerinde ortaya konulduğundan, eseri teslim etme borcu estetik tıbbi müdahalelerde söz konusu değildir.”¹²²

Cerrah yasaya, emredici hükümlere, kamu düzenine, etik değerlere aykırı olmamak, kişilik haklarını ihlal etmemek koşuluyla hastanın talep ettiği şekilde kararlaştırdıkları eseri meydana getirerek yaratma borcundan kurtulur.

Hastanın uyumsuzluk halinde estetik cerrahtan yaratmasını istediği eseri somut olarak ispatlaması gerekir. Aksi takdirde eseri yaratma borcunun ifa edilip edilmediği objektif değerlendirmelere göre tespit edilir. Örneğin ünlü bir sanatçının burnunun yapılmasını isteyen hasta, bu talebini somut olarak sözleşmeye yazdırmamışsa, meydana gelen eserin ünlünün burnuna benzememesi durumunda herhangi bir talepte bulunamayacaktır.

Yargıtay eser sözleşmesi niteliğindeki burun ameliyatında işin sözleşmeye uygun olarak teslim edildiğinin hekim tarafından ispatlanması gerektiğine işaret etmektedir. Burnun, hastanın talep ettiği ve taraflarca önceden kararlaştırılan şekle uygun güzel bir görünüm kazandığını ispat yükü hekime aittir.¹²³

Objektif değerlendirme sonucu hastanın burnu eskisinden güzelse, hekim eseri yapma borcunu ifa etmiş kabul edilir.¹²⁴

Örneğin bir saç ekim işleminde, hastanın istediğinden daha az sayıda saç kökü ekildiği iddia ediliyorsa öncelikle sözleşmede ekilecek saç köklerinin sayısının belirlenip belirlenmediğine bakılacak, belirlenmemişse hekimin eseri yaratma

¹²² PETEK, 194.

¹²³ MEMİŞ, 200, (3HD 11.12.2013 2013/14704E, 2013/17733 K).

¹²⁴ PETEK, 195-196.

borcunu yerine getirip getirmediği objektif değerlendirmelere göre tespit edilecektir.¹²⁵

“İsviçre Federal Mahkemesi hekimin borçlarını bir kararında şöyle tanımlanmıştır:

1. Hastayı bilimin kesin kabul ettiği veri ve usullere uygun şekilde dikkatle muayene etmek,
2. Bu muayenenin sonucuna göre vicdanen kanaat getirdiği teşhisi koymak,
3. Bilimin verilerine göre en çok başarı sağlayacağını düşündüğü vasıtalarla özenli tedaviyi uygulamak,
4. Hastaya durumunun ağırlaşmaması için uygulaması gereken hareket tarzı hakkında tavsiyelerde bulunmak,
5. Sorumluluğu altındaki hasta kendini bilmez halde olduğu sürede (mesela narkozun tesirindeyken), kendine zarar vermemesi için gerekli tedbirleri almak.¹²⁶

1.2. ESERİ BİZZAT YAPMA BORCU

Hekimin şahsen ifa/ kişisel edim yükümlülüğü; hekim eseri bizzat yapmak veya kendi idaresi altında yaptırmak zorundadır.

Estetik cerrah teşhis ve tedavi aşamasında diğer sağlık personelinin yardımından yararlanabilirse de estetik ameliyatlarda hekimin kişisel yetenekleri önemli olduğundan ve hastayla hekim arasında güven ilişkisi kurulduğundan, hekimin ameliyatı bizzat ifa etmesi gerekir.¹²⁷

Bunun istisnası zorunluluk hali, hastanın rızası ve örfün cerraha tanıdığı yetkidir.

Estetik cerrah, yardımcı kişi gibi hareket etmiş olsaydı, bu hareket tarzının kendisi için bile kusurlu sayılmayacağını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir.¹²⁸

“Hekim, eserin yaratılmasında kişisel özelliklerin önemli olmadığını iddia ederse bunu ispat etmek zorundadır.”¹²⁹

¹²⁵ PETEK, 196.

¹²⁶ ÖZDİLEK, “14 Haziran tarih ve 1938 JDT. 1938 567 sayılı İsviçre Federal Mahkemesi kararı”.

¹²⁷ PETEK, 200.

¹²⁸ PETEK, 200.

¹²⁹ OKTAY.

Hekimin eseri bizzat ifa borcu, eseri yaratırken yardımcı kişilerden destek almasına engel teşkil etmez. Hatta günümüz ekonomik ve teknik koşullarına göre işbölümünün zorunlu olduğu da söylenebilir.

Hekimin işin tamamını ya da bir bölümü başkasına yaptırma yetkisi, sözleşmeden, iş sahibinin rızasından veya işin niteliğinden kaynaklanabilir.¹³⁰

Örneğin ameliyatı yapacak estetik cerrah hastalandığı takdirde hastanın da rızası ile ameliyatı özenle seçeceği başka bir cerraha yaptırabilir. Burada gözetim ve denetim yükümlülüğü yoktur.¹³¹

TBK 471'e göre; "Yüklenici, meydana getirilecek eseri doğrudan doğruya kendisi yapmak veya kendi yönetimi altında yaptırmakla yükümlüdür. Ancak, eserin meydana getirilmesinde yüklenicinin kişisel özellikleri önem taşıyorsa, işi başkasına da yaptırabilir."

Maddeye göre hastanın yapılan tıbbi müdahaleden memnun kalmaması durumunda hekimin sorumluluğu; benzer alanda hizmet veren diğer hekimlerin teknik ve mesleki kurallara uygun olarak gösterecekleri davranış şekli kıstas kabul edilerek belirlenecektir.¹³²

Hekim yardımcı kişilerin seçimi, onlara verilen talimatlar, gözetim ve denetimlerinde özenli olmak zorundadır. Yardımcı kişilerin verdikleri zarardan hekim sorumludur.

Danıştay; "Diş protez teknisyeninin faaliyeti imalat niteliğinde olup ticari bir faaliyettir. Diş teknisyeni hasta ile doğrudan mesleki ilişkiye giremez, imal edilen ürünün alıcısı diş hekimidir" şeklinde karar vermiştir.¹³³

şeklinde karar vermiştir.

1.3. TEŞHİS KOYMA, EN UYGUN TEDAVİYİ SEÇEREK UYGULAMA BORCU

Doğru tanı koyabilmek için estetik cerrahın, mesleki ilkeleri bilmesi, anamnez almak, fizikî muayene, görüntüleme yöntemleri, tahlil ve gerekli sair teşhis araçlarını kullanmak suretiyle beklenen azami özeni göstermesi gerekir.

¹³⁰ OKTAY.

¹³¹ PETEK, 200, (Ayan, s.70; Bayraktar, s.125; Senocak, Sorumluluk, s.101; İpekyüz, s.98; Sarıal, s.51; Özdemir, s.93; Arı, s.27; Özay, s.57).

¹³² ARINCI KONGRE, 788.

¹³³ 4.HD 26.11.1990 tarihli, 3149/3365 sayılı kararı, HAKERİ, TIP HUKUKU.

“Muayene etme borcu; teşhis muayenesi, önleyici nitelikli ve erken tanı amaçlı muayene ile kontrol muayenelerini kapsar.”¹³⁴ Örneğin anamnezinde ailede kanser geçmişi olan hastaya kanserle ilgili tetkiklerin yapılması erken tanı amaçlı muayenedir.

Ameliyat sonrası hastanın rehabilitasyon sürecinde kontrollerinin yapılması, hekim tarafından gerekli bakım ve tedavinin yapılması kontrol muayenesi kapsamındadır. Kontrol muayenesi tıbbi bir sakınca olmadığı takdirde ameliyatı yapan hekim yerine başka bir hekimce de yapılabilir. Ancak hiç ya da gereği gibi yapılmaması hekimin sorumluluğunu doğuracaktır.¹³⁵

Hekimin hastaya ilaç vermek üzere eczaneye yazdığı reçete, ceza hukuku açısından da evrak niteliğinde olup T.D.N¹³⁶'nin 16. maddesine göre bizzat yapacağı muayene sonucuna göre düzenlemek zorundadır. Bu anlamda hekimin hastayı görmeden, hasta yakınlarının başvurusu üzerine reçete yazması suç teşkil edecektir. Hekim hastaya ilaç tedavisi yaparken yan etkilerini de öngörmek ve sonuçları konusunda da hastayı aydınlatmakla yükümlüdür.

Özenli şekilde gerekli tüm araştırmaları yapmasına rağmen yanlış tanı koyması halinde sorumlu değildir. Ancak gerekli araştırmaları yapmamış ya da mesleki eksikliği nedeniyle yanlış tanı koymuşsa sorumlu olacaktır.

1.4.ESERİ SADAKAT VE ÖZENLE YARATMA BORCU

Eseri sadakat ve özenle yaratma borcu TBK 471. maddesinde “Yüklenici, üstlendiği edimleri iş sahibinin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle ifa etmek zorundadır. Yüklenicinin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alandaki işleri üstlenen basiretli bir yüklenicinin göstermesi gereken meslekî ve teknik kurallara uygun davranışı esas alınır” şeklinde düzenlenmiştir.

“Sadakat borcu hekimin hastanın yararına olacak şeyleri yapması ve ona zarar verecek her türlü hareketten kaçınması borcudur.”¹³⁷ Örneğin tedavi ücretini arttırmak amacıyla yanlış bilgilendirme yapılması veya tedavinin aynı nedenle uzatılması sadakat borcuna aykırılık oluşturur.

¹³⁴ Fulya Çankaya, Estetik Diş Hekimliği ve Estetik Plastik ve Rekonstrüktif Cerrahide Hekimin Hukuki Sorumluluğu, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2019), 149 vd.

¹³⁵ ÇANKAYA, 151, (Ayan s 35).

¹³⁶ Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi.

¹³⁷ PETEK, 190, (13.HD 05.04.1993, 131/2741 sayılı kararı).

Hekimin özen yükümlülüğünü ihlali bir müdahaleyi gerekli şekilde yapmaması veya hiç yapmaması şeklinde olabilir.¹³⁸

Hekimlik Meslek Etiği Kuralları madde 30'da; "Gereksiz Harcama Yaptırma Yasağı"nı düzenlemektedir. "Hekim, hastasının parasal durumu ne olursa olsun, kesin zorunluluk olmadıkça pahalı ilaçlar ve yöntemler öneremez, hastaya gereksiz harcamalar yaptıramaz ve yararı olmayacağını bildiği bir tedaviyi veremez."

TDN madde 2; "Tabip ve diş tabibi; hastanın cinsiyeti, ırkı, milliyeti, dini ve mezhebi, ahlaki düşünceleri, karakter ve şahsiyeti, içtimai seviyesi, mevkii ve siyasi kanaatı ne olursa olsun, muayene ve tedavi hususunda azami dikkat ve ihtimamı göstermekle mükelleftir."

Yargıtay; "özen borcu eser sözleşmesinin kurulması aşamasında başlar, eserin iş sahibine teslim edildiği ana kadar devam eder. Özen yükümlülüğüne aykırılık nedeniyle müteahhidin sorumluluğu, eser teslim edilmiş olsa dahi, sonuç sorumluluğu, başka bir anlatımla, ayıba karşı tekeffül sorumluluğu olarak ortaya çıkar" demek suretiyle özen yükümlülüğünün işin tesliminden sonra ayıba karşı tekeffül sorumluluğuna dönüşeceğini belirtmiştir.¹³⁹

Estetik cerrahın özen borcu da objektif özen kıstasına göre belirlenir ve hafif kusurundan dahi sorumludur.

1.5. HASTAYI AYDINLATMA BORCU

Yargıtay estetik amaçlı tıbbi müdahalede aydınlatma yükümlülüğünü yüklenicinin (hekimin) eser sözleşmesinden kaynaklanan ihbar yükümlülüğü kapsamında değerlendirmektedir. Hekim ameliyat sonucu meydana gelecek eserin zamanında veya gereği gibi ifasına engel olabilecek her hali hastaya bildirmekle yükümlüdür. Ameliyatın sonuç ve komplikasyonları konusunda hastayı aydınlatmak zorundadır. Örneğin karın yağlarının alınmasına ilişkin ameliyatta karın örtüsünde oluşan apsenin 2. bir ameliyatla alınması gerekmesi nedeniyle açılan davada aydınlatmanın hekimin genel ihbar zorunluluğu kapsamında olduğuna karar verilmiştir.¹⁴⁰

Örneğin memeye estetik ameliyatı yapan cerrahın ilk ameliyattan sonra memede yara ayrışmasının olabileceği, 2. bir ameliyat gerekebileceği, memede his kaybının

¹³⁸ HAKERİ, TIP HUKUKUNDA MALPRAKTİS, sf.25.

¹³⁹ OKTAY, (15. HD 1998/3238 E. ve 1998/3801 K.sayılı, 12.10.1998 tarihli kararı).

¹⁴⁰ MEMİŞ, 176, (Kaya, Mine age 26, 13. HD 21.05.2012, 2012/11359-12808).

olabileceği, ameliyata ilişkin izlerin tamamen yok olmayacağı, göğüsler arasında asimetri olabileceği gibi konularda hastayı aydınlatma yükümlülüğü vardır. Sözkonusu komplikasyonlar hakkında ameliyattan önce bilgilendirme yapılmaması hekimin özen ve sadakat borcunu ihlal etmesi anlamına gelecek olup zarardan sorumlu olacaktır.¹⁴¹

Eser sözleşmesinin ifasından sonra oluşabilecek komplikasyonlar konusunda hastasını yeterince bilgilendirmeyen hekim özen yükümlülüğünü ihlal etmektedir. Hasta lehine maddi tazminat olarak, hekimin kusurlu davranışı nedeniyle arzu ettiği sonucu elde edememesine rağmen ödemek zorunda kaldığı tedavi ücreti ile vücudunda meydana gelen komplikasyonların giderilmesi için gerekli tedavi giderine ve çektiği ızdırıp nedeniyle manevi tazminata hükmedilmesi gerekir.¹⁴²

Hastanın rızası hekim tarafından detaylı bilgilendirilmesi sonucu serbest iradesi ile vereceği karara dayanmadığı takdirde geçerli olmayacaktır. Hastanın kendi geleceğini bizzat belirleme hakkı kaynağını Anayasa'nın 17. ve Medeni Kanun'un 24. maddelerinden almaktadır.

Hekimlik Meslek Etiği Kuralları madde 26 da hekimin aydınlatma borcunu düzenlemiştir.

H.H.Y. madde 31'e göre; "Rıza alınırken hastanın veya kanuni temsilcisinin tıbbi müdahalenin konusu ve sonuçları hakkında bilgilendirilip aydınlatılması esastır."

1.6.ARAÇ VE MALZEMEYİ SAĞLAMA BORCU

Eser sözleşmesinde hekimin ameliyatta kullanılacak araç ve malzemeleri sağlama borcu vardır. TBK'nun 471. maddesine göre; "Aksine âdet veya anlaşma olmadıkça yüklenici, eserin meydana getirilmesi için kullanılacak olan araç ve gereçleri kendisi sağlamak zorundadır." TBK 472. maddesinde de hekimin sağladığı malzemedan satıcı gibi sorumlu olacağı, özenle kullanması gerektiği, ayıplı ise bildirim yükümlülüğü olduğu düzenlenmiştir.

Bununla beraber zapta karşı tekeffül hükümleri tıbbi müdahale ile bağdaşmayacağı için uygulanamaz.

¹⁴¹ MEMİŞ, 179, (3.HD 24.12.2014, 2014/7809-17157).

¹⁴² MEMİŞ, 180, (13. HD 23.01.2014, 2013/16671E-2014/815K).

“Hasta, tıbbi bilgi ve uzmanlık sahibi olmadığından, cerrahın ameliyatta kullanacağı araç ve malzemeleri hastanın tedarik etmesi mümkün değildir.”¹⁴³

Bununla birlikte hekim tarafından bilgilendirilmek suretiyle farklı markalar arasında özellikle kendine uygun fiyatlı ürünü tercih etme hakkı olduğu kanaatindeyim.

Kullanılacak malzemenin; örneğin meme protezinin marka ve diğer özellikleri sözleşmede belirlenmiş ise, hekim belirlenmiş olan protezi hastaya uygulamak zorundadır.¹⁴⁴

Hekim hastasını, kullanılacak malzemenin tıbbi müdahaleye etkileri, müdahalenin kapsamı, olası komplikasyon ve sonuçları gibi konularda uzmanlığı kapsamında aydınlatmalıdır.

Hekimin protezin nitelikleri konusunda tıbbi uzmanlığını aşacak derecede bilgi sahibi olması beklenemez. Hasta ve hekimin sözleşme ile kullanılacak protezin marka ve diğer niteliklerini kararlaştırmamış olmaları halinde hekim, özen yükümlülüğüne uygun olarak malzemeyi en iyi cinsten temin etmelidir. Malzemenin en iyi cinsten olması; eserin sözleşmeye uygun şekilde meydana getirilmesine elverişli, hastanın beklentisini karşılamaya uygun, tıbbi standartlara uygun, dürüstlük kurallarına göre gereken tüm nitelikleri haiz ve insan sağlığına uygunluğu kanıtlanmış, Sağlık Bakanlığı'nca onaylanmış veya en azından kullanımı yasaklanmamış olması anlamına gelmektedir.¹⁴⁵

Kullanılan malzemenin Bakanlık onayı olmasına rağmen hastanın zarara uğraması halinde hekim bu nedenle sorumlu tutulmamalıdır.¹⁴⁶

Malzeme seçiminde özen yükümlülüğüne aykırı davranan hekim zarar meydana gelmesi halinde hastaya karşı sorumlu olacaktır.

Yanı sıra hekim hastanın tedavisinde kullanması gereken teknik araç ve gereçler hakkında da gerekli temel bilgi ve donanıma sahip olmalıdır. Ekonomik nedenlerle hekimin kullanamadığı ancak başka hastanelerde mevcut alternatif ekipmanlar

¹⁴³ OKTAY.

¹⁴⁴ Gözde Egemen, “Hatalı Meme Protezleri Nedeniyle Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, (Medimagazin, 10.01.2012), <http://www.medimagazin.com.tr/ana-sayfa/guncel/tr-hatali-meme-protezleri-nedeniyle-hekimin-hukuki-sorumlulugu-1-11-40090.html>, (Erişim tarihi: 04.04.2018)

¹⁴⁵ EGEMEN.

¹⁴⁶ EGEMEN.

konusunda da hastayı bilgilendirmeli, aradaki fark nedeniyle doğabilecek riskler konusunda hastayı aydınlatarak seçim yapmasını sağlamalıdır.¹⁴⁷

1.7.KAYDA GEÇİRME/ARŞİVLEME BORCU

Hekimin ve hastanenin hastayla ilgili bilgileri kayıt altına alma ve belgeleri saklama yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu yükümlülük; TŞSTİDK madde 72, Aile Hekimliği Kanunu madde 5/3, Özel Hastaneler Tüzüğü madde 29, Özel Hastaneler Yönetmeliği madde 48-49, Aile Hekimliği Uygulama Yönetmeliği madde 4/3-ı, 3153 sayılı Kanun, ATVTYÖSKHY madde 27, Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği madde 12 ile düzenlenmiştir.¹⁴⁸

HHY 16. maddesinde hastanın veya vekilinin kayıtları incelemesi hususu düzenlenmiştir.¹⁴⁹

Hekimlik Meslek Etiği Kuralları da 31. maddesinde hastaya ilişkin bilgilerin hastaya verilmesi ve kullanımını düzenlemiştir.¹⁵⁰

Hastanın hekime ait kayıtları görme veya kendisine devredilmesini isteme hakkı bulunup bulunmadığı doktrinde tartışmalıdır. Ağırlık kazanan görüşe göre yalnızca hekimin yararına olan kayıt ve belgelerin, hastaya gösterilmesi veya iadesi zorunlu değildir.¹⁵¹

Özel sağlık kuruluşlarında çalışan hekimlerin tedavisini üstlendiği hastaya dair bilgileri muntazam ve doğru bir şekilde kayda geçirmek ve bu bilgileri saklamak zorundadırlar.

Hekimin yanı sıra hastanelerin de kayıt tutma ve arşivleme yükümlülüğü vardır. TBK'nun 508. maddesi hükmünce vekilin müvekkile hesap verme yükümlülüğü kapsamında hastane kayıtlarının düzenli bir şekilde tutulması gerekmektedir.

¹⁴⁷ HAKERİ, TIP HUKUKU, 679.

¹⁴⁸ ÇANKAYA, 158 vd.

¹⁴⁹ "Hasta, sağlık durumu ile ilgili bilgiler bulunan dosyayı ve kayıtları, doğrudan veya vekili veya kanuni temsilcisi vasıtası ile inceleyebilir ve bir suretini alabilir. Bu kayıtlar, sadece hastanın tedavisi ile doğrudan ilgili olanlar tarafından görülebilir."

¹⁵⁰ "Madde 31-Hasta dosyalarındaki bilgilerin geniş bir özeti ile bilgi ve belgelerin örnekleri, isteği durumunda hastaya verilir. Hekim, yasal zorunluluk olmadıkça, bu bilgileri başkasına veremez. Hekim, hastanın kimlik bilgilerini saklı tutmak koşuluyla, bu bilgileri dosya üzerinden yapacağı araştırmalarda kullanabilir."

¹⁵¹ ARINCI, 62.

Özel Hastaneler Yönetmeliği tıbbî kayıt ve arşiv, faturalandırma ve hastaya verilecek belgeleri düzenlemiştir;¹⁵²

“Hasta dosyası içerisinde, asgarî olarak aşağıdaki belgelerin bulunması şarttır:

- a) Hasta kabul kâğıdı,
- b) Tıbbî müşahade ve muayene kâğıdı,
- c) Hasta tabelası,
- ç) Hemşire gözlem kâğıdı,
- d) Röntgen ve laboratuvar istek kâğıdı ve tetkik raporları,
- e) Ameliyat kâğıdı,
- f) Hastanın muayene istek formu,
- g) Çıkış özeti,
- ğ) Uygulanacak tedavinin kabul edildiğine dair rızayı gösteren muvafakat formu¹⁵³ .”

1.8. SIR SAKLAMA BORCU

Hekim, tedavi nedeniyle öğrenmiş olduğu hastaya ilişkin sırları hastanın rızası dışında üçüncü kişilere açıklamaktan kaçınmalıdır, buna hasta yakınları da dâhildir. Bu sırlar hastanın ölümünden sonra dahi açıklanamaz. Bunun istisnası hastanın rıza göstermesi hali ile hastanın hekime karşı açtığı davalarda hekimin kendini savunması halidir.

TDN madde 4; “Tabip ve diğ tabibi, meslek ve sanatının icrası vesilesiyle muttali olduğu sırları, kanuni mecburiyet olmadıkça, ifşa edemez.”

¹⁵² “Madde 48- Özel hastanelerin acil servis, poliklinik, klinik, röntgen, laboratuvar ve ameliyathane gibi tıbbî hizmet ünitelerinde, sayfa ve sıra numarası verilmiş ve her sayfası müdürlükçe mühürlenmiş protokol defterlerinin tutulması zorunludur.

Özel hastanelere başvuran her hasta için hasta dosyası düzenlenir. Hasta dosyasına hastanın tedavisiyle ilgili bütün müşahadeler ve yapılan muayene, tahlil ve tetkik sonuçları ile tedavi ve günlük değişiklikler yazılır.”

¹⁵³ “01.08.1998 tarihli ve 23420 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Hasta Hakları Yönetmeliğinin ilgili maddesi uyarınca alınmış olmalıdır.”

Tıbbi toplantılarda sunulan ya da yayınlara konu olan vakalarda, hastaların kimlik bilgileri açıklanamaz. Bilimsel çalışmalarda da hastanın anonimliğini koruyarak kullanabilecektir.

Bunun dışında hekimin mahkemeye tanık sıfatıyla çağırılması halinde tanıklıktan kaçınma hakkı vardır ve hastanın rızası olmadığı takdirde sır saklama yükümlülüğünü ihlal sebebiyle sorumluluğu doğabilecektir.

CMK 46/b maddesi¹⁵⁴ ile HMK 249. maddesine göre hekim tanıklıktan çekinebilir ancak hastanın rızası varsa tanıklık yapmak zorundadır.¹⁵⁵

Hekimlik Meslek Etiği Kurallarının Sır Saklama Yükümlülüğü başlıklı 9. maddesinde bu husus düzenlenmiştir.¹⁵⁶

H.H.Y.'nin "Mahremiyete Saygı Gösterilmesi" başlığını taşıyan 21. maddesine göre;

"Madde 21- Hastanın, mahremiyetine saygı gösterilmesi esastır. Hasta mahremiyetinin korunmasını açıkça talep de edebilir. Her türlü tıbbi müdahale, hastanın mahremiyetine saygı gösterilmek suretiyle icra edilir.

Mahremiyete saygı gösterilmesi ve bunu istemek hakkı;

a) Hastanın, sağlık durumu ile ilgili tıbbi değerlendirmelerin gizlilik içerisinde yürütülmesini,

b) Muayenenin, teşhisin, tedavinin ve hasta ile doğrudan teması gerektiren diğer işlemlerin makul bir gizlilik ortamında gerçekleştirilmesini,

¹⁵⁴ "Hekimler, diş hekimleri, eczacılar, ebeler ve bunların yardımcıları ve diğer bütün tıp meslek veya sanatları mensuplarının, bu sıfatları dolayısıyla hastaları ve bunların yakınları hakkında öğrendikleri bilgiler konusunda tanıklıktan çekinebileceklerini ancak hastanın rızasının varsa, tanıklıktan çekinemeyeceğini düzenlemiştir."

¹⁵⁵ "Sır nedeniyle tanıklıktan çekinme; kanun gereği sır olarak korunması gereken bilgiler hakkında tanıklığına başvurulacak kimseler, bu hususlar hakkında tanıklıktan çekinebilirler. Ancak, sır sahibi tarafından sırrın açıklanmasına izin verildiği takdirde, bu kimseler tanıklıktan çekinemezler."

¹⁵⁶ "Madde 9-Hekim, hastasından mesleğini uygularken öğrendiği sırları açıklayamaz. Hastanın ölmesi ya da o hekimle ilişkisinin sona ermesi, hekimin bu yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz.

Hastanın rıza 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 durumlarında hekimin rapor düzenlemesi de, meslek sırrının açıklanması anlamına gelmez. Hekim, tanık ya da bilirkişi olarak mahkemeye çağırıldığında olayın meslek sırrı olduğunu ileri sürerek bu görevlerinden çekilebilir."

- c) Tıbben sakınca olmayan hallerde yanında bir yakınının bulunmasına izin verilmesini,
- d) Tedavisi ile doğrudan ilgili olmayan kimselerin, tıbbi müdahale sırasında bulunmamasını,
- e) Hastalığın mahiyeti gerektirmedikçe hastanın şahsi ve ailevi hayatına müdahale edilmemesini,
- f) Sağlık harcamalarının kaynağının gizli tutulmasını kapsar.

Ölüm olayı, mahremiyetin bozulması hakkını vermez.

Eğitim verilen sağlık kurum ve kuruluşlarında, hastanın tedavisi ile doğrudan ilgili olmayanların tıbbi müdahale sırasında bulunması gerekli ise; önceden veya tedavi sırasında bunun için hastanın ayrıca rızası alınır.”

H.H.Y.’nin “Bilgilerin Gizli Tutulması” başlıklı 23. maddesine¹⁵⁷ göre de “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.”

HHY 16. maddesinden tıbbi kayıtların sır saklama yükümlülüğü kapsamında oldukları ve doğrudan ilgisi olmayanlar ile paylaşılmaması gerektiği anlaşılmaktadır.

Sır saklama borcuna aykırı davranıldığını iddia eden hasta ispatlamalıdır.

1.9.BİLDİRİM (İHBAR) BORCU

Hekimin ihbar borcu teşhis ve muayene borcunu kapsamaktadır.

¹⁵⁷ “Madde 23- 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 sınırlanması 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.”

Hekim tedavinin yapıldığı sırada işin gerektiği gibi ilerlemesine engel olan bir durumun ortaya çıkması halinde hastasına bunu bildirmelidir. Aksi takdirde bildirmeme nedeniyle doğacak zararlardan TBK'nun 472. maddesine göre sorumlu olacaktır.¹⁵⁸

Tıbbi müdahalenin tehlikeli veya riskli olduğu, olası neticenin hastaya psikolojik veya fiziksel olarak zarar verme olasılığının bulunduğu durumlarda, hekim tıbbi müdahale yapmaktan kaçınmalıdır. Aksi davranış özen borcuna aykırılık nedeniyle hekimin sorumluluğunu doğuracaktır.

Bildirimi zamanında yapılırsa hasta hekimin zararını ödeyerek sözleşmeden dönebileceği gibi işe devam etmesini istediği takdirde oluşabilecek zararı hasta karşılayacaktır. Örneğin protez yapılmadan önce diş eti tedavisi yapılmasının gerekmesi hali.

1.10. İŞE SÜRESİNDE BAŞLAYARAK BİTİRME BORCU

TBK 473. madde kapsamında hasta ameliyatın süresinde yapılmaması halinde sözleşmeden dönebilir.¹⁵⁹ Örneğin Almanya'daki işyerinden izin alarak ameliyat için Türkiye'ye gelen hasta ameliyatın ertelenmesi nedeniyle sözleşmeden dönebilir.

İşe başlamak için gereken makul süre her olayın özelliklerine göre belirlenir.

Eser sözleşmesin kapsamındaki tıbbi müdahalelerde acil durum sözkonusu olmadığından işin derhal yapılması gerektiği söylenebilir de işin niteliği gereği süre doğabilir. Örneğin önceki ameliyattan sonra ikinci ameliyatı yapmak için makul süre beklenilmesi veya yeni doğum yaptığı için bebeğini emziren annenin emzirmesinin bitmesinin beklenmesi gibi.

¹⁵⁸ "Eser meydana getirilirken, işsahibinin sağladığı malzemenin veya eserin yapılması için gösterdiği yerin ayıplı olduğu anlaşılır veya eserin gereği gibi ya da zamanında meydana getirilmesini tehlikeye düşürecek başka bir durum ortaya çıkarsa, yüklenici bu durumu hemen işsahibine bildirmek zorundadır; bildirmezse bundan doğacak sonuçlardan sorumlu olur."

¹⁵⁹ "Yüklenicinin işe zamanında başlamaması veya sözleşme hükümlerine aykırı olarak işi geciktirmesi ya da işsahibine yüklenemeyecek bir sebeple ortaya çıkan gecikme yüzünden bütün tahminlere göre yüklenicinin işi kararlaştırılan zamanda bitiremeyeceği açıkça anlaşılırsa, işsahibi teslim için belirlenen günü beklemek zorunda olmaksızın sözleşmeden dönebilir."

2.AYIPTAN SORUMLULUK

Estetik tıbbi müdahaleyi yapan hekimin eseri ayıpsız olarak ortaya çıkarması gerekmektedir. Sözleşmeye aykırılık ve ayıplı ifa hallerinde TBK 474 vd ile 219. maddelerine göre ayıba karşı tekeffül hükümlerine göre sorumlu olacaktır.¹⁶⁰

Hekimin ayıba karşı tekeffül yükümlülüğünün şartları;

1) Estetik cerrahın tıbbi müdahaleye ilişkin eylem ve işlemlerini sona erdirip hastayı taburcu etmesi veya tedavinin sona erdiğini beyan etmesi ile ayıba karşı tekeffül yükümlülüğü başlar.

2) Eserin sözleşmeye aykırı olması veya eserde gerekli niteliklerin bulunmaması

3) Eserdeki ayıbın hekimden kaynaklanması

“Eserdeki ayıbın hekimin açık bildirimine rağmen hastanın verdiği talimattan kaynaklanması ya da herhangi bir nedenle hastaya yüklenebilir olması durumunda hekimin ayıptan sorumluluğundan bahsedilemez.”¹⁶¹

4) Hastanın muayene ve ihbar külfeti

Hasta ayıbı öğrenince makul süre içinde hekime bildirmelidir. Ancak bilirkişiye muayene ettirme yükümlülüğü yoktur.

Estetik amaçlı tıbbi müdahalelerde hekim ile hasta arasındaki ilişki Yargıtay’a göre eser sözleşmesidir.

Yargıtay’a göre hekimin yaptığı eseri (silikon uygulanan göğüs ve/veya estetik operasyon yapılan burnu) hastaya beğendirmesi gerekir.¹⁶²

Ancak Yargıtay estetik amaçlı göğüs küçültme ameliyatında hekimin hiçbir kusur veya ihmalinin bulunmaması, yapılan ameliyatların riskli ameliyatlardan olması ve her zaman beklenen iyi sonucu vermeyeceğinin dikkate alınması gerektiğine işaret ederek, 2 kez revizyon ameliyatı olmasına karşılık istenilen sonucu elde edemeyen

¹⁶⁰ “Satıcı, alıcıya karşı herhangi bir surette bildirdiği niteliklerin satılarda bulunmaması sebebiyle sorumlu olduğu gibi, nitelik veya niteliği etkileyen niceliğine aykırı olan, kullanım amacı bakımından değerini ve alıcının ondan beklediği faydaları ortadan kaldıran veya önemli ölçüde azaltan maddi, hukuki ya da ekonomik ayıpların bulunmasından da sorumlu olur. Satıcı, bu ayıpların varlığını bilmeseyse bile onlardan sorumludur.”

¹⁶¹ OKTAY.

¹⁶² <https://www.medimagazin.com.tr/eczacii/tr-yargitaydan-plastik-cerrahlara-sok-karar-4-17-23482.html>, (Erişim Tarihi: 27.03.2019).

hastaya maddi ve manevi tazminat ödenmesine ilişkin talebin reddini haklı bularak onamıştır.¹⁶³

Yargıtay bir kararında; “estetik cerrahın en önemli yükümlülüğünün hastanın istediği şekilde estetik ameliyatı gerçekleştirilmesi olduğunu belirtmiştir. Hastanın istediği şekilde estetik ameliyatının gerçekleştirilmesi mümkün olmadığı takdirde estetik cerrahın bu konuda öncelikle hastayı uyarma yükümlülüğü bulunmaktadır. Gerekli uyarının yapıldığını da yine estetik cerrah ispatlamalıdır” şeklinde karar vermiştir.¹⁶⁴

Estetik ameliyatlarda estetik görünüm konusunda belli bir teminat verilmediğini ispat yükü hekime aittir.¹⁶⁵

Ancak hekim tıbbın gereklerini uygulamış, ameliyatı hatasız şekilde yapmışsa ve hayatın olağan akışına göre kabulü mümkün olan ayıpsız bir eser meydana getirmişse tazminat sorumluluğu olmayacaktır. Bu husus bilirkişice tespit edilmelidir.¹⁶⁶

Karın bölgesindeki deformasyonun giderilmesi eser sözleşmesi kapsamında olup hekim ameliyat sonucu ortaya çıkan eserin ayıplı ve eksik olması halinde ayıba karşı tekeffül hükümlerince sorumlu olur.¹⁶⁷

¹⁶³ MEMİŞ, 206, (3HD 08.03.2016, 2015/10971 E., 2016/3343 K.).

¹⁶⁴ ARINCI, 60.

¹⁶⁵ Atilla Arıncı, Estetik Cerrahide Hukuki Sorumluluklar ve Eser Sözleşmesi, (Hakan Hakeri, Cahid Doğan, Atilla Arıncı, Uluslararası Katılımlı Ulusal Tıp Hukuku Kongresi, İstanbul: Legal Kitabevi, 2016), 792.

¹⁶⁶ ARINCI KONGRE, 793.

¹⁶⁷ HAKERİ, 535.

BÖLÜM III

ESTETİK MÜDAHALELER

A-ESTETİK MÜDAHALELERİN HUKUKİ NİTELİĞİ

1.ESTETİK MÜDAHALELERİN HUKUKİ NİTELİĞİ KONUSUNDA GÖRÜŞLER

Hukuki ilişkinin niteliği, kusurun ispat yükü (TBK 49, 112), zamanaşımının belirlenmesi (TBK 98, 146, 147) ve yardımcı kişilerin eylemlerinden sorumluluk konularının belirlenmesi açısından önemlidir.¹⁶⁸

Estetik müdahalelerin hukuki niteliği konusunda da doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Hizmet, vekâlet, eser ve sui generis nitelikte olduğunu savunan görüşler vardır.

1.1.HİZMET SÖZLEŞMESİ GÖRÜŞÜ

Hizmet sözleşmesinde sonuç taahhüdü ve bağımsızlık sözkonusu değildir. Belirli süre ücret karşılığı çalışma ve işverene bağımlılık sözkonusudur. Hizmet sözleşmesinde işçi özenle hareket etmişse sonucun ortaya çıkmamasından sorumlu değildir.

Estetik tıbbi müdahalelerde hekim hastadan emir ve talimat almaz, bağımlılık sözkonusu değildir. Belirli süreli bir çalışma da sözkonusu değildir. Hekim sonucu taahhüt etmektedir.

Yargıtay da bir kararında; eser sözleşmesinde taraflar arasındaki ilişkinin işçi işveren ilişkisinden, yüklenicinin iş sahibine bağımlı olmayarak ondan talimat

¹⁶⁸ HAKERİ, TIP HUKUKU, 737.

almaması açısından farklı olduğunu, kararlaştırılan sürede eseri bitirmekle yükümlü olduğunu belirtmiştir.¹⁶⁹

Hizmet sözleşmesinde ekonomik riskten işveren (hasta) sorumlu iken eser sözleşmesinde ekonomik risk de yüklenici konumundaki hekime aittir.¹⁷⁰

1.2.VEKÂLET SÖZLEŞMESİ GÖRÜŞÜ

Genel olarak hasta ile hekim arasındaki sözleşmenin hukukî niteliğinin, Yargıtay kararları ve doktrinde ağırlık kazanan görüşe göre vekâlet sözleşmesi olduğu kabul edilmektedir. Hasta ile hekim arasındaki sözleşmeye tedavi, sağaltım veya hekimlik sözleşmesi isimleri de verilmektedir.¹⁷¹

Vekalet ile eser sözleşmeleri arasındaki en temel fark sonucun taahhüt edilip edilmemesidir.

“Estetik müdahalelerin de vekâlet sözleşmesi olduğunu savunan görüş doktrinde mevcuttur. Buna göre tedavi kavramının sınırları içinde kalındığı sürece hasta ile hekim arasındaki ilişki vekâlet ilişkisidir. Estetik cerrah insan üzerinde çalışmaktadır ve bu canlı organizmanın müdahale sürecinde ya da müdahaleden sonra göstereceği değişim müdahaleden önce tahmin edilemez. Bu nedenle estetik cerrahın estetik ameliyatlarda da sonucu objektif olarak taahhüt etmesi genellikle mümkün olmadığından ve eser sözleşmesinin eserin teslimi ile muayenesine ilişkin hükümlerinin uygulanmasına olanak tanınmadığından estetik ameliyatların eser sözleşmesine tabi olmayacağı, vekâlet sözleşmesi kabul edilmesi gerektiği savunulmaktadır.”¹⁷²

Vekâlet sözleşmesinde eser sözleşmesinin aksine ücret de esaslı unsurlardan biri değildir. Bu açıdan somut olayda estetik cerrahın ücret almadan örneğin yoksul bir hastaya yardım amacıyla estetik müdahale yapmış olması halinde aradaki ilişkinin vekalet sözleşmesi olduğu kabul edilebilecektir.

¹⁶⁹ GÜNEŞ, 53, (15. HD 14.03.1997, 460 E.1360K sayılı kararı).

¹⁷⁰ BÜYÜKAY, 48, (9.HD. 09.02.1999, 1998/18888E. 1999/1810K).

¹⁷¹ PETEK, 188.

¹⁷² Atilla Arıncı, Sevgi Usta, Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumlulukları ve Eser Sözleşmesi, (Turkish Journal of Plastic Surgery- 2016), 89 <https://pdfs.semanticscholar.org/3687/a4688f8a429116d1fd6af7ad79871636acb0.pdf>, (Erişim Tarihi: 24.02.2019).

1.3. ESER SÖZLEŞMESİ GÖRÜŞÜ

Genel görüşe göre estetik cerrah, kişinin arzu ettiği estetik bir sonuca ulaşacağını, açıkça garanti etmişse aradaki hukuki ilişki eser sözleşmesidir.

Yargıtay da estetik ameliyatlarda hekim ile hasta arasındaki ilişkinin eser sözleşmesi olduğu yönünde karar vermektedir.

Hakeri estetik ameliyatların eser sözleşmesi olduğunun baştan kabul edilmemesi gerektiğini, somut olayın niteliklerine ve estetik cerrahın taahhütlerine göre değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktadır.¹⁷³

“Eser sözleşmesi olarak nitelendirilmesi halinde ayıba karşı tekeffül hükümleri, hastanın fotoğraf ve grafileri ile estetik ameliyat öncesi ve sonrasındaki hali karşılaştırılmak suretiyle veya yaratılan eserin tıp biliminin genel kabul görmüş veri ve ölçülerine aykırı olması halinde uygulanabilecektir.”¹⁷⁴

“Estetik ameliyatlarda, ameliyatı yapan doktor, estetik görünüm konusunda belli bir teminat vermişse, taraflar arasındaki bu sözleşme, eser sözleşmesidir. Eser sözleşmesinde de, vekâlet 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.”¹⁷⁵

1.4.SUİ GENERİS SÖZLEŞME GÖRÜŞÜ

Sui Generis sözleşmeler kanunda düzenlenmemektedir. Kanunda düzenlenen sözleşmelere ilişkin özelliklerinden bir bölümünü içermediklerinden kendilerine özgü öğelerden oluşan sözleşmelerdir.¹⁷⁶

¹⁷³ HAKERİ, 538.

¹⁷⁴ PETEK, 190, (13.HD 05.04.1993 tarihli, 131/2741 no.lu kararı).

¹⁷⁵ PETEK, 191. (13 HD 05.04.1993 tarihli, 131/2741 no.lu karar, Y.K.D.,1994/1, 79-80).

¹⁷⁶ ÖZAY, 46.

Bu görüŖe göre estetik tıbbi müdahalelerde her iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden farklı olarak zayıf ve bilgisiz hastanın karşısında uzman bir hekimin olması, hekime güven duyulması ve sözleşmenin konusunun insan olması gibi nedenlerle mevcut sözleşmelere ilişkin hükümlerin uygulanamayacağı, sözleşmenin sui generis nitelikte olduğu savunulmaktadır.¹⁷⁷

Ayan gibi yazarlar kira ve hizmet akitlerinde de sözleşmenin eşit taraflar arasında akdedilmediğini, sözleşmenin konusunun insan olmasının da niteliği bakımından önemli olmadığını gerekçe göstererek bu görüşe karşı çıkmaktadır.¹⁷⁸

1.5. HUKUKİ GÖRÜŖÜM

Estetik müdahalelerde hastanın isteği doğrultusunda müdahale yapılmasına rağmen hekimin meslek özerkliği varlığını sürdürdüğünden ve cerrah ile hekim arasında talimat alma ve bağımlılık ilişkisine dayalı sürekli bir sözleşme mevcut olmadığından hizmet sözleşmesi niteliğinde değildir.

Vekalet ilişkisinin sonuç taahhüdü içermemesi nedeniyle salt estetik amaçlı tıbbi müdahalelerin vekalet sözleşmesi niteliğinde olduğunun kabulü de mümkün değildir.

Sui generis sözleşmelerde niteliklerine uygun olduğu ölçüde benzer sözleşme hükümleri uygulanmakta, boşluklar iyiniyet kuralları ve teamüllere göre tamamlanmaktadır.¹⁷⁹ Bu da uygulamada güçlük yaratacağından uygulanabilir olmadığı kanaatindeyim.

Sonuç olarak somut olayın niteliklerine, tedavi amacının mı salt güzelleştirme amacının mı ön planda tutulduğuna ve hekimin sonuç taahhüdünde bulunup bulunmadığına göre değerlendirme yapılmalıdır. Örneğin hastanın göğüslerinin çok iri olması kamburunun çıkması gibi farklı bir soruna neden olduğu için göğüslerinin küçültülmesi halinde estetik ameliyatın tedavi amaçlı olması nedeniyle eser değil vekâlet sözleşmesi olduğunun kabulü gerekir.

Annenin ya da bebeğin yaşamsal fonksiyonlarının bozulması nedeniyle yapılan kürtaj vekâlet sözleşmesi niteliğindeyken, tıbbi endikasyon olmaksızın sadece

¹⁷⁷ ÇANKAYA, 132.

¹⁷⁸ ÇANKAYA, 132.

¹⁷⁹ ÇANKAYA 131.

kişinin talebi üzerine gebeliğin ilk 10 haftası içinde sonlandırılması eser sözleşmesi kapsamında kabul edilmektedir.¹⁸⁰

Kürtaj sözleşmesinde hekimden beklenen hamileliğin sona erdirilmesidir, bu sonuç olmaksızın tek başına gerekli özenin gösterilmesi yeterli değildir. Bu nedenle eser sözleşmesi niteliğindedir.¹⁸¹

Doktrinde hamilelik öncesi ve sonrasında gen analizi, prenatal dönemde hamilelikle ilgili gelişmelerin takibi amacıyla embriyonun görüntülenmesi ve analiz edilmesi için hastayla hekim arasında yapılan sözleşmeler eser sözleşmesi niteliğinde kabul edilmektedir.¹⁸²

Saç ekimi, kök hücre ile yüz gençleştirme, cilt yenileme, yüz estetiği gibi tıbbi müdahaleler eser sözleşmesi kapsamında iken kompozit doku, saçlı deri ve yüz nakli vekâlet sözleşmesi kapsamındadır.

Salt güzelleştirme amacıyla otolog transplantasyonla, kişinin kendi vücudunun bir bölgesindeki dokuların yine kendisine nakledilmesi suretiyle yapılan estetik tıbbi müdahaleler (hastanın yüzündeki yara izini kapatmak için bacağından alınan dokunun aynı kişiye nakledilmesi gibi), ODNK kapsamına girmeyip genel hükümlere tabidir.

Yüz nakli ölü bir bağışçıdan kısmen veya tamamen alınan yüz, kas, mukoza ve derisi ile anastomoz ve motor sinirlerinin yaşayan kişiye nakli işlemidir. Yüz naklinde derinin yanı sıra kasların da nakli sözkonusu olup dokular bütünü nakli sözkonusu olacağından 2238 sayılı kanun kapsamında değerlendirilmesi gerektiği dolayısıyla vekâlet sözleşmesi hükümlerine tabi olacağı belirtilmektedir.¹⁸³

Nitekim Türkiye'deki ilk yüz naklini gerçekleştiren Akdeniz Üniversitesi¹⁸⁴ de yüz nakli yapma kriterleri arasında "yapılacak yüz nakli ile ağız, burun ve göz kapağı bölgelerinin en az birinde fonksiyonel bir kazanım sağlanması"nın saymakla bunun

¹⁸⁰ İsteğe bağlı gebelik sonlandırmalarında, teşhis ve tedavi amacı olmamakla birlikte NPHK hükmü gereği kanuni endikasyon mevcut olup hukuka uygun kabul edilmektedir.

¹⁸¹ Öztürk Aydın, *Üremeye Yardımcı Tedavi Yöntemlerinden Doğan Hukuki Sorumluluk*, (İstanbul: Legal Kitabevi, 2014) , 74, (Büyükcay, Embriyo Nakli, 139).

¹⁸² Hakeri, *Tıp Hukuku*, 562; Aydın, 72, (Büyükcay, Embriyo Nakli 141, Erol age 147).

¹⁸³ Murat Aydın, *Yüz Nakline Hukuksal Bir Bakış*, (TıpHD. sayı 1, cilt 1, İstanbul: Legal kitabevi, 2012), 106.

¹⁸⁴ Akdeniz Üniversitesi, "*Kompozit Doku Nakli*", <https://www.akdenizorgannakli.net/index.php/akdeniz-organ-nakli-merkezi-organ-nakilleri/akdeniz-organ-nakli-merkezi-kompozit-doku-nakli>, (Erişim tarihi: 04.04.2019).

salt estetik amaçlı yapılmadığını açıkça belirtmektedir. Bu tedavi yöntemi ile deri, sinirler, kemik ve kas bir vericiden hastadaki gereken alana nakledilmektedir.

Bu haliyle ölü vericiden hastaya yapılan yüz nakli salt estetik amaçlı bir ameliyat olmadığından eser sözleşmesi niteliğinde değildir.

Estetik tıbbi müdahalelerde somut olayın özelliklerine göre değerlendirme yapmakta yarar vardır. Hastanın sadece dış görünüşünün değil, burun ve dudak gibi fonksiyonlarını kullanmasının da değişikliğe uğraması sonucunu doğuracak müdahalelerin vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirilmesi, buna karşılık salt estetik amaçlı yapılan estetik müdahalelerin eser sözleşmesi kapsamında kabul edilmesi gerekmektedir.

2.ESTETİK AMAÇLI TIBBİ MÜDAHALENİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Türk Hukuku'nda estetik cerrahın sorumluluğuna ilişkin özel bir düzenleme mevcut değildir. Yargıtay kararları doğrultusunda ve doktrindeki genel kabule göre hukuki niteliği eser sözleşmesidir. Ancak Hakeri'nin de belirttiği gibi "baştan her estetik müdahaleyi eser sözleşmesi kabul etmek yerine somut olaya ve hekimin bu konudaki taahhütlerine göre sözleşmenin niteliğinin belirlenmesi daha uygun olacaktır."¹⁸⁵

Eser sözleşmesi olduğunun kabul edilmesi halinde hastanın estetik müdahaleden önceki ve sonraki durumlarının karşılaştırılması ile ayıba karşı tekeffül hükümleri uygulanabilecektir.

Eser sözleşmesi doktrinde, iş sahibinin (hastanın) bedel ödemeyi taahhüt etmesi karşılığında müteahhidin (hekimin) bir eser meydana getirerek teslim etmeyi üstlendiği, her iki taraf için de hak doğurup borç yükleyici nitelikte olan bir sözleşme olarak tanımlanmaktadır. Unsurları; bedel ödeme, eser meydana getirme ve tarafların anlaşmasıdır.¹⁸⁶

Eser sözleşmesinin konusu insan emeğidir.¹⁸⁷

¹⁸⁵ HAKERİ, 538.

¹⁸⁶ BÜYÜKAY, 31.

¹⁸⁷ TANERİ, 58.

Bir bütünlük arz eden ve insan emeğinin ürünü olan, ekonomik değeri olan ürünler, maddi nitelikte olup olmadığına bakılmaksızın eser kabul edilir. Yargıtay ücret karşılığında ses sanatçılarının konser organizasyonlarını yapan kişinin bu faaliyetinin eser niteliğinde olduğuna karar vermiştir.¹⁸⁸

Buna karşılık eğitim, devamlı olarak bir şirkete muhasebe hizmeti verilmesi gibi faaliyetler bütünlük arz eden sonuçlar doğurmadığı ve tek bir görüntü olarak ortaya çıkmadıkları için eser niteliğinde değildir.¹⁸⁹

Eser sözleşmesi şekle bağlı olmayan, rızai, ani ve sürekli edim borçları içeren tam 2 tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Doktorun gösterdiği çabadan çok, tıbbi faaliyeti sonucunda meydana getirdiği sonuç önemlidir.

Yargıtay eseri; “yüklenicinin sanat ve beceriyi gerektiren, bir emek sarfı ile gerçekleştirilen sonuç” olarak tanımlamaktadır. Hekimin eseri, hastanın yararına olacak biçimde ve ona herhangi bir zarar vermeksizin ortaya çıkarması, hekimin sadakat ve özen borcunu kapsar. Eser sözleşmesinin amacı belirli bir sonucun meydana getirilmesi, örneğin memenin küçültülerek dikleştirilmesi, fazla yağların alınmasıdır. Ortaya çıkan eserin hastanın beklentisini karşılamaması durumunda sözleşmenin yarar dengesi hasta aleyhine bozulur. Eser tıp kurallarına uygun ve hastanın beklentilerini karşılar nitelikte olmadığı takdirde ayıplı kabul edilir. Ayıpsız eser meydana getirmekle yükümlü olan hekim, ortaya çıkardığı ayıp ve eksiklerden ayıba karşı tekeffül borcu nedeniyle sorumlu olur.”¹⁹⁰

Ayıba karşı tekeffülde hastanın sözleşmeden dönme, ücretten indirim talep etme ve ayıbın giderilmesini ve tazminat talep etme hakları mevcuttur. Tazminat haricindeki taleplerde hekimin kusurlu olması aranmazken tazminat talep edebilmek için hekimin kusurlu olması gerekir.¹⁹¹

Hekim hangi tıbbi yöntemi seçerse seçsin ortaya çıkan eserin ayıpsız olması gereklidir.¹⁹²

¹⁸⁸ Bahu Kılıç Güneş, Hekimin Hukuki Sorumluluğu, (İstanbul: Legal Kitabevi, 2016), 54, (9. Ceza Dairesi 05.03.1981,725 E., 889 K. sayılı kararı).

¹⁸⁹ GÜNEŞ, 54, (Tandoğan, 6).

¹⁹⁰ E. Ahşen Oktay, “Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Yükümlülüklerinin Hekimlik Sözleşmesine Uyarlanması”, http://www.turkhukuksitesi.com/makale_1211.htm, (Erişim tarihi: 09.04.2019), (15. H.D. 08.06.2006 Tarih, 2005/7988 E. ve 2006/3417 K.sayılı kararı), http://www.turkhukuksitesi.com/makale_1211.htm, (Erişim Tarihi:09.04.2019).

¹⁹¹ MEMİŞ, 178, (Altaş Hüseyin age).

¹⁹² 3. HD, 15.03.2012, 177/6939.

“Eser sözleşmesinin konusu, yeni bir eser meydana getirme şeklinde olmak zorunda değildir. Hali hazırda var olan bir şeyin onarılması ya da şeklinin değiştirilmesi de eser sayılır. Bununla beraber meydana getirilen sonuç fark edilebilir olmalı, bağımsız bir hukukî varlık olarak bir bütün oluşturmalıdır.”¹⁹³

Estetik cerrahın tıbbi müdahalesi ile ortaya koyduğu sonucun;

-(örneğin burun kemerini düzeltmesi), tıp bilimi ve estetik cerrahî kurallarına göre başarılı olması halinde de

-estetik cerrahın meslekî tecrübesi ve yeteneği dışında -örneğin öngörülemeyen bir sebepten hastanın bünyesinin istenilen sonucun ortaya çıkmasına engel olması nedeniyle ameliyatın sonucunda ortaya bir eser çıkmaması ya da

-hastanın ortaya çıkan sonuçtan memnun olmaması hallerinde de taraflar arasındaki ilişki eser sözleşmesidir.¹⁹⁴

Tedavi amacına yönelik tıbbi faaliyetlerden biri de yapay kol, bacak, diş ve göz gibi yapay maddelerden yapılan bazı organların vücuda takılmasıdır. Bu da bir tıbbi müdahaledir.¹⁹⁵

Yargıtay diş tedavisinde hasta ile doktoru arasındaki hukuki ilişkiyi genel olarak vekâlet sözleşmesi kabul etmiştir.¹⁹⁶

T.D.T.’nün 13. maddesinde doktor ve diş hekiminin, tıbbi gereklere uygun şekilde koyduğu teşhisle gereken tedaviyi tatbik ettiği takdirde tedavi sonucunda hastanın iyileşmemesinden sorumlu olmayacağı belirtilmiştir.

Şifa garantisi verilmemesinin istisnası diş hekiminin hastasına uyguladığı, tedaviyi amaçlamayan, salt estetik görünümün sağlanması amacı taşıyan müdahalelerdir. Protetik¹⁹⁷, estetik restorasyonlar TBK 470 ve devamı maddelerinde düzenlenmiş bulunan eser sözleşmesi kapsamındadır.

¹⁹³ PETEK, 192, (Tandoğan, 23; Senocak, Sorumluluk, 22; Hancı, 150; İpekyüz, 60; Arı, 22; Özay, 40, 85.)

¹⁹⁴ PETEK, 192.

¹⁹⁵ TÜRKMEN, 48, (Zevkliler age sh 34-35).

¹⁹⁶ (TBK 502 vd).

¹⁹⁷ Protetik Diş Tedavisi, eksik veya kaybedilmiş dişlerin yerine yapay olarak yenilerinin getirilmesi anlamına gelmektedir.

Diş hekiminin protez ya da kron köprü yapımını üstlenmesi durumunda protezin yapılması eser sözleşmesine, protezin hastaya uydurulması dişleri iyileştirmeyi de amaçladığından vekalet sözleşmesine tabi olacaktır.¹⁹⁸

Yargıtay; “yanlar arasındaki akdi ilişki alt ve üst çene protezlerinin ve tedavilerinin tümünü kapsamaktadır. Temel hukuki ilişki eser sözleşmesidir.”¹⁹⁹

Diş hekiminin eser sözleşmesi kapsamında yaptığı işleri hangi yöntemi kullanırsa kullansın ayıpsız (kusursuz) ifa etmesi gereklidir.²⁰⁰

Eser sözleşmesinin ana unsurlarından biri de eserin meydana getirilmesi karşılığında bir bedel ödenmesidir.

Taraflar ücreti kararlaştırmamış olsa dahi eser sözleşmesinde, yaratılacak eser için hekimin harcadığı emeğe karşılık, hasta da ücret ödemelidir. Ücretin para şeklinde belirlenmesi şarttır, bono benzeri ödeme şekillerinin seçilmesi sözleşmenin eser niteliğini değiştirmez.²⁰¹

Hekimin ücretini alamaması halinde teslimden itibaren 5 yıl içinde talep ve dava etme hakkı vardır.²⁰²

3.SORUMLULUK

Borçlu hekimin alacaklı konumundaki hastaya karşı yapmayı üstlendiği edim, borcun konusunu teşkil eder. Sorumluluk ise borcun yaptırımıdır. Borçlu alacaklıya karşı kural olarak tüm malvarlığıyla sorumludur. Sorumluluk; hekimin tıbbın genel kural ve uygulamalarına veya yüklendiği borca aykırı davranışı ile verdiği zararı tazmin etme yükümlülüğüdür.

Sorumluluğun konusu; zarar veren hekimin, zarar gören hastanın uğradığı zararı gidermesidir. Sorumluluk hukukuna tazminat hukuku adı da verilmektedir.²⁰³

Tıbbi müdahalede bulunan hekim, hukuka aykırı davranışıyla hastaya verdiği zararlardan sorumludur.

¹⁹⁸ EROL, DİŞ HEKİMLERİNİN, 48.

¹⁹⁹ 15.HD. 14.02.2005 tarihli 2004/3331E- 2005/698K sayılı kararı.

²⁰⁰ PETEK, 191.

²⁰¹ BÜYÜKAY, 36.

²⁰² MEMİŞ, 178, (15 HD 06.02.2012, 2012/2956-2012/604).

²⁰³ İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 2017/5 Esas Sayılı Ve 06.07.2018 Günlü Kararına Karşı Karşı Oy.

Kusur sorumluluğunun doğumu için zarar, uygun illiyet bağı, hukuka aykırılık ve hekimin zarar veren eyleminin kusurlu olması gerekir. Hekim ile hasta arasında ilişki sözleşmesel veya haksız fiil nedeniyle sözleşme dışı olabilir. Hekimin sorumluluğu kusur sorumluluğudur.²⁰⁴

Kusursuz sorumluluğu doğuran olayla zarar arasında neden sonuç ilişkisi aranır, kusur kurucu unsur değildir, zarara sebep olmaya dayanır.²⁰⁵

Eser sözleşmesi bakımından kusursuz sorumluluk; TBK 66. maddedeki adam çalıştırmanın sorumluluğu kapsamında sözkonusu olmaktadır.

3.1. HEKİMİN HAKSIZ FİİLDEN KAYNAKLANAN SORUMLULUĞU

Estetik tıbbi müdahaleler nedeniyle hekimin sorumluluğu genel olarak sözleşmeden kaynaklanır.

Hekimin tıbbi müdahalesi hastanın vücut bütünlüğüne yönelik olduğundan, sözleşmeye aykırı olan zarar verici nitelikteki davranışları aynı zamanda haksız fiil teşkil etmektedir.²⁰⁶

Hastanın doğrudan estetik cerraha değil de hizmet sözleşmesiyle çalışmakta olduğu özel hastaneye başvurması halinde hasta ile estetik cerrah arasında bir sözleşme bulunmadığından, hastane hastaneye kabul sözleşmesi nedeniyle sorumlu olurken estetik cerrah haksız fiil hükümlerine göre sorumlu olacaktır.²⁰⁷

Hekim ile hasta arasındaki sözleşme, sözleşmenin ifasının imkânsız hale gelmesi, hukuka aykırılık nedenleriyle geçersiz olduğu takdirde, dava haksız fiil hükümlerine göre açılmalıdır.²⁰⁸

Estetik cerrah ile hasta arasında geçerli bir sözleşme olsa bile hasta öldüğü takdirde mirasçıların açacağı dava sözleşmeye taraf olmamaları nedeniyle haksız fiile dayanacaktır.²⁰⁹

²⁰⁴ Güray Türker, Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası, (Ankara; Adalet Yayınevi, 2017), 73.

²⁰⁵ TÜRKER, 5 vd.

²⁰⁶ PETEK, 222.

²⁰⁷ PETEK, 223.

²⁰⁸ PETEK, 223.

²⁰⁹ PETEK, 223.

Haksız fiil sorumluluğu için “hukuka aykırılık, kusur, zarar ve illiyet bağı bulunmalıdır. Haksız fiil sorumluluğu örneğin ameliyat esnasında gelişen zorunlu genişletme - vekâletsiz iş görme- hâlinde söz konusu olabilir.”²¹⁰

Hekim dışındaki sağlık personeli -acil durumlar ve ilk yardım halleri dışında- ancak hekimden aldığı emir ve talimatlar doğrultusunda hastaya tıbbi müdahalede bulunabilir, doğrudan teşhis, tedavi yapamaz, reçete yazamaz.

Yardımcı personelin (asistan hekim, hemşire ve hastabakıcı gibi) zarar verici davranışı sonucu haksız fiil oluşmuşsa, estetik cerrahın, adam çalıştıran sıfatıyla sorumluluğu sözkonusu olabilecektir. Bunun için yardımcı personelin kusurlu olması aranmaz.²¹¹

Estetik cerrahın sorumluluktan kurtulabilmesi için, zararı önleme amacıyla yardımcı şahsın seçimi, talimat verilmesi ve denetlenmesinde her türlü objektif dikkat ve özeni gösterdiğini ya da gösterseydi bile zararın yine de ortaya çıkacağını ispatlaması gerekir. Hekim, ödediği tazminatı kusuru oranında yardımcı personele rücu edebilir.²¹²

Estetik cerrah, ameliyatı gerçekleştiren anestezi uzmanının hatalı davranışının tehlikesini fark etmesi halinde duruma müdahale etmezse sorumlu olacaktır.²¹³

Hastaya verilecek anestezi uygulamasında tedavinin sorumluluğu anestezi uzmanına aittir. Anestezi teknikeri ise yardımcı sağlık personelidir. Anestezi uzmanının bulunmadığı ve hastaya anesteziyi anestezi teknikeri uyguladığı takdirde, sorumluluk cerrahi işlemi gerçekleştirecek cerraha aittir.²¹⁴

Hekimin haksız fiili nedeniyle sorumluluğunda ispat yükü hastaya aittir.

Estetik hekimin sözleşmeden kaynaklanan sorumluluğunda hastanın hekimin kusurunu ispat yükünün bulunmaması, hekimin yardımcı personelin eylemlerinden sorumluluğunda kurtuluş kanıtı getirememesi ve zamanaşımının da daha uzun

²¹⁰ PETEK, 224.

²¹¹ PETEK, 224.

²¹² PETEK, 224.

²¹³ PETEK, 224.

²¹⁴ Ali Günerli, “Anestezi Uzmanlarının Mesleki ve Hukuki Sorumlulukları, Yasal Hükümler, İlgili Yasa ve Yönetmelikler”, (Türk Anest Rean Der Dergisi, 2009; 37(6) sf:333-349), 336. <http://webb.deu.edu.tr/anestezi/images/dosya-yukle/20096001.pdf>, (Erişim Tarihi: 07.06.2019).

olması nedenleriyle sözleşmeye dayalı sorumluluğa ilişkin talepte bulunmak hasta açısından daha elverişlidir, haksız fiile dayanılması tercih edilmemektedir.²¹⁵

3.2.HEKİMİN VEKÂLETSİZ İŞ GÖRMEDEN KAYNAKLANAN SORUMLULUĞU

Vekâletsiz işgörme T.B.K. 526 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Vekâletsiz işgören, işi sahibinin menfaatine ve varsayılan iradesine uygun olarak görmekle yükümlüdür.

Vekâletsiz işgörme hekimin acil durumlarda müdahalesinde veya sözleşme ilişkisi olmakla birlikte zorunluluk hali nedeniyle müdahalenin kapsamının genişletilmesi halinde sözkonusu olabilir.

Ameliyat anında öngörülemeyen durumların ortaya çıkması ve bu nedenle ameliyatın zorunlu olarak genişletilmesi hâlinde vekâletsiz iş görmeden kaynaklanan sorumluluk söz konusu olur. Burada özellikle belirtmek gerekir ki kural olarak estetik amaçlı ameliyatın genişletilmesi mümkün değildir. Ancak genişletilmediği takdirde tafisi mümkün olmayan bir tehlike ortaya çıkacağı takdirde ve/veya hastanın böyle bir işleme muhalefet etmeyeceğinden kesin olarak emin olunması durumunda genişletmek mümkün olabilir, aksi takdirde hastanın bu konuda aydınlatılması ve rızasının alınması için ameliyata son verilmelidir.²¹⁶

Zira hastanın rızası aydınlatmaya dayanması halinde geçerli olduğundan ve önceden öngörülmeyen durum için aydınlatma mevcut olmayacağından verilen rıza genişletmeyi kapsamayacaktır.

Amerikan Hukuku'nda 1905 yılında hekimin aydınlatma yükümlülüğünün gündeme geldiği ilk dava olan Mohr-Williams davasında, hekim hastanın sağ kulağında yapacağı cerrahi müdahale için rızasını almasına rağmen ameliyat esnasında sol kulağın daha çok tedaviye muhtaç olduğu düşüncesi ile sol kulağa müdahalede bulunmuştur. Ameliyat başarılı olmasına rağmen verilen rızanın dışında yapılan işlemi mahkeme kişilik hakkı ihlali saymıştır.²¹⁷

²¹⁵ PETEK, 223.

²¹⁶ PETEK, 206.

²¹⁷ KAYA, AMERİKAN, 139.

Pizzalato –Wilson davasında ise hukuken geçerli bir rızanın hastanın anlayabileceği dilde gerçek rızasını yansıtabilecek şekilde alınması gerektiğine işaret edilerek somut olayda rızanın geçerli şekilde alınmadığına karar verilmiştir.²¹⁸

Estetik cerrah, hastanın genişletmeye önceden rıza vermediğini bilmesine rağmen genişletme yaptığı takdirde ortaya çıkan tüm zarardan sorumlu olacaktır.²¹⁹

Hastanın anestezi altında olması veya hastanın şuurunun kapalı olması gibi durumlarda estetik cerrahın bu tıbbi müdahaleyi genişleterek uygulamasının hukuka uygun olması için;

- Zorunluluk nedeniyle genişletilen ameliyatın, hastanın gerçekte rıza gösterdiği müdahaleden daha önemli ve büyük riskler taşıması ve
- Hastanın rızasının alınmasını beklemenin sebep olacağı tehlikeler nedeniyle, hastanın rızasının alınmasını beklemenin mümkün olmaması gerekir.
- Ölüm tehlikesi dışında önemli organların genişletilmiş müdahale ile alınması mümkün değildir.²²⁰

Bu şartların varlığı durumunda hekim, hastanın ilk tıbbi müdahale için verdiği rızanın ikinci tıbbi müdahaleyi de kapsadığı varsayılarak hekim ikinci tıbbi müdahale açısından vekâletsiz iş gören sıfatı ile sorumlu olur.²²¹

T.B.K.'nin 527. maddesine göre; vekâletsiz iş gören, her türlü ihmalden sorumludur. Ameliyatı yapan cerrah bu işi, hastanın karşılaştığı zararı veya zarar tehlikesini gidermek üzere yapmışsa, sorumluluğu daha hafif olarak değerlendirilir.

Hekim ancak müdahaleyi genişletmemiş olsaydı bile, sözkonusu zararın beklenmedik hâl nedeniyle meydana geleceğini ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir.

²¹⁸ KAYA, AMERİKAN, 139.

²¹⁹ PETEK, 225.

²²⁰ ARINCI, 95.

²²¹ ARINCI, 66.

B-TIBBİ MÜDAHALENİN HUKUKA UYGUNLUĞU

Tıbbi bir müdahalenin hukuka uygun sayılması 4 temel şartın birlikte mevcut olmasına bağlıdır.

1.1.tıbbi müdahaleyi yapanın hekim ya da tıp mesleğini icra etmeye kanunen yetkili kişilerden olması,

1.2.endikasyon, tıp bilimi verilerince zorunluluk bulunması,

1.3.tıbbi müdahale öncesi hastanın aydınlatılması ve rızasının alınması,

1.4.tıp biliminin verilerine, tıbbi standartlara uygun, özenli tıbbi müdahalede bulunulması gereklidir.

Bunlardan birinin mevcut olmaması halinde kasten yaralama veya neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış yaralama sözkonusu olabilecektir.

1.TIBBİ MÜDAHALEYİ YAPANIN HEKİM YA DA TIP MESLEĞİNİ İCRA ETMEYE KANUNEN YETKİLİ KİŞİLERDEN OLMASI

1219 s. TŞSTİDK'a göre tıbbi müdahalede bulunabilecek sağlık meslek mensupları; hekim, diş hekimi, ebeler, sağlık memuru, hastabakıcı hemşire ve diş protez teknisyenleridir.

“Sağlık mesleği mensubu: Tabip, diş tabibi, eczacı, ebe, hemşire ve sağlık hizmeti veren diğer kişileri” ifade eder.²²²

*“Tabip harici sağlık çalışanı, ilk yardım ve acil tıbbi müdahaleler hariç olmak üzere, tabip kararı ve talimatı olmaksızın hangi surette olursa olsun hastalara doğrudan tıbbi hizmet sunamaz. Tabip harici sağlık çalışanının, bu kurala aykırı olarak sunduğu hizmetlerden doğan neticelerden kendisi ile birlikte, mesul müdür ve işleten sorumludur.”*²²³

*“Türkiye Cumhuriyeti dâhilinde tababet icra ve herhangi surette olursa olsun hasta tedavi edebilmek için tıp fakültesinden diploma sahibi olmak şarttır.”*²²⁴

Dişhekimleri açısından ise diş hekimliği fakültesinden alınmış diploma sahibi olmak zorunludur.²²⁵

²²² CMBMGİVFKTHY madde 3.

²²³ ATVTYÖSKHY madde 31/ğ.

²²⁴ 1219 s. TŞSTİDK. madde 1.

Diş hekimi veya hekim diplomasını yabancı bir ülkeden aldığı takdirde diplomanın denkliğinin Yurtdışı Yükseköğretim Diplomaları Denklik Yönetmeliği uyarınca Yüksek Öğretim Kurulu'nca kabulü ve lisans denklik belgesinin de Sağlık Bakanlığı'nca tescili gerekmektedir.

Yargıtay diş hekimliği diploması ve diş çekme yetkisi olmayan sanığın hastanın dişini çekmesi eyleminin taksirle yaralama değil 1219 s. Kanun'un 41.maddesi kapsamında değerlendirileceğine hükmetmiştir²²⁶.

Buna göre;“*Kişisel çıkar amacı olmasa bile diplomasız olarak diş hekimliği mesleğine ilişkin herhangi bir muayene veya müdahale yapan, diş hekimliği klinik hizmetleri ile ilgili işyeri açanların meslek icraları durdurulur. Bu kimseler hakkında üç yıldan beş yıla kadar hapis ve bin güne kadar adlî para cezasına hükmolunur.*”

Ceza hukuku bakımından yetkisi olmadan herhangi bir tıbbi müdahalede bulunan kimse 1219 s. Kanun'un 41.maddesi kapsamında cezalandırılabilir.

Kanunen yetkili olmayan kişiye bilerek başvuran hasta açısından da rızası hukuka uygunluğu sağlamaya yeterli olmadığından Türk Borçlar Kanunu'nun 52. maddesinde belirtilen müterafik kusur hükümleri uygulanır.²²⁷ Tazminatta indirim²²⁸ uygulanır veya tazmin yükümlülüğü tamamen kaldırılabilir.

2011 yılında 663 Sayılı KHK ile 1219 sayılı kanunda yer alan, hekimlerin Türk Vatandaşı olmaları zorunluluğu kaldırılmıştır. Dolayısıyla yabancı ülkede eğitim görmüş bir hekimin de Türkiye'de hekimlik yapma yetkisi bulunmasa bile eylemleri hukuka uygundur. Eylemin hukuka uygun olması 1219 s. Kanun'un 26. md.sinde belirtilen idari para cezası uygulanmasına ilişkin cezanın uygulanmasını ortadan kaldıran bir neden değildir. Yine aynı şekilde 1219 sayılı kanunun 2. maddesine göre hekimin mezun olması yeterli olup mecburi hizmetini henüz tamamlamamış olması halinde de yaptığı faaliyetler hukuka uygundur.²²⁹

İntörn hekimler ve diş hekimliği öğrencileri henüz öğrenci olduklarından özel hukuk açısından sorumlulukları yardımcı şahıs sorumluluğuna tabi olacaktır. Ceza hukuku açısından yetkili hekimin gözetimi altında yaptıkları tıbbi girişimlerden sorumlu

²²⁵ Anayasa md. 135, 6023 s. TTBK md. 7. ve T.D.H.B.K. md. 17 gereği serbest çalışan hekimlerin Tabipler Odası'na, diş hekimlerinin ise Türk Diş Hekimleri Birliği'ne kayıtlı olmaları zorunludur.

²²⁶ BULUT, 11.

²²⁷ BULUT, 11.

²²⁸ TÜRKMEN, 195, (Yargıtay 4HD 30.04.1984 t. ve 1984/3198E 1984/3471K).

²²⁹ HAKERİ, TIP HUKUKU, 224.

olmayacaklardır. İntörnlerin hekim gözetimi olmadan hekim adına haftasonu veya gece saatlerinde nöbet tutarak hastalara tıbbi müdahalede bulunmaları hukuka aykırı olup suç teşkil eder.²³⁰

Yargıtay'a göre anestezi teknisyeni anestezi uzmanı olmadan kadın doğum uzmanının gözetimi altında ameliyata katılabilir.²³¹

Hekim ve dişhekimlerinin mesleklerini yapmasında disiplin cezaları veya mesleğini yerine getirmesine engel akıl hastalığına yakalanmış olması gibi geçici veya sürekli bir engelin de bulunmaması gereklidir. Bu gibi durumlarda hekimin yapacağı müdahaleler hekim olmayanlarla aynı sonucu doğuracaktır.

1.1.UZMANLIK ŞARTI

Estetik ameliyat yapmak için uzmanlık şartı aranmaktadır.

1219 sayılı kanun md. 3'e göre cerrahi işlemler için uzman olmak zorunludur.²³²

TŞSTİDK md. 23 uyarınca genel ve lokal anesteziyi gerektiren büyük ameliyatların en az biri uzman olan iki hekimce gerçekleştirilmesi zorunludur.²³³

Cerrahi müdahaleleri ancak uzman hekim ve diş hekimleri yapabilir, istisnası kapsamı ilgili yönetmeliklerce belirlenen çerçevede küçük sıhhiye memurları, ebeler ve hastabakıcı hemşireler gibi sağlık görevlilerince ve sınırlı olarak sayılan küçük ameliyelerdir.

1219 s.k.'nin 30. maddesine göre de dişhekimlerinin uzmanlaşabilmeleri ve uzmanlıklarına ilişkin ünvanı kullanabilmeleri için diş hekimliği fakültesinden veya Sağlık Bakanlığı'na bağlı eğitim kurumlarından uzmanlık belgesi almaları zorunludur.²³⁴

²³⁰ HAKERİ, TIP HUKUKU, 225.

²³¹ HAKERİ, TIP HUKUKU, 225.

²³² "Yukarıki maddelerde zikredilen tabip diplomasını ve fenni, cerrahi veya şubatında ihtisas sahibi olduğuna dair işbu kanunun tarifleri dairesinde vesaiki lazimeyi haiz olmıyan hiç bir kimse hiç bir ameliyei cerrahiye icra edemez. Cerrahi sağıreye ait ameliyat ile sünneti her tabip yapabilir."

²³³ "Madde 23 – Umumi veya mevzii iptali his ile yapılan büyük ameliyeler behemehal ihtisas vesikasını hamil olan bir mütehassıs ile beraber diğeri bir tabip tarafından yapılmak lazımdır. Mütehassıs bulunması veya celbi mümkün olmıyan mahallerde yapılması zaruri görülen ameliyeler ile ahvali müstacele ve fevkalade bu hükümden müstesnadır."

²³⁴ http://www.tdb.org.tr/menu_goster.php?id=6, (Erişim Tarihi: 06.03.2019).

Radiyoloji, Radyom Ve Elektrikle Tedavi Ve Diğer Fizyoterapi Müesseseleri Hakkında Kanun da md.2'de²³⁵ bu müesseselerin yalnızca uzmanlık belgesi almış hekimlerce açılabilceğini ifade etmektedir.

“1219 Sayılı Kanun'un 8 inci ve 10 uncu maddeleri uyarınca tabipler, tıp diplomalarının veya uzmanlık belgelerinin onlara verdiği yetkiler haricinde mesleklerini yürütemez. Sertifika, yüksek lisans veya doktora belgesine dayanılarak, bir başka tıp dalının görev alanına giren işlerin uzmanı olunduğu ilan edilerek meslek yürütülemez ve bu tür belgeler mesleğin icrasında uzmanlık belgesi olarak kullanılamaz.”²³⁶

Uzmanlık alanında bazen tereddütler olabilmektedir, bunun nedeni de uzmanlık alanlarında kesişmeler olmasıdır. Örneğin estetik ameliyatları temel olarak estetik cerrahlar yapmakla birlikte kulak burun boğaz uzmanının eğitimi burun konusunda çekirdek eğitim müfredatı içerdiğinden burun estetiğini yapabilmektedir.

Nitekim Yargıtay da hastanın burnunda et bulunması ve şekil bozukluğu nedeniyle estetik ameliyat yapılmasına ilişkin davada kulak burun boğaz ve estetik cerrahi uzmanlarından rapor alınması gerektiğini belirterek bunu dolaylı olarak kabul etmiştir.²³⁷

Bir hekimin uzmanı olmadığı bir alanda tıbbi müdahalede bulunması özen borcunun ihlalini teşkil edecektir.²³⁸

Tıpta Uzmanlık Tüzüğü ile uzmanlık yetkisinin kullanılması sınırlandırılmıştır. Yönetmelik hükümlerine göre uzmanlık belgesi almayanlar, hiçbir yerde ve şekilde uzmanlık unvan ve yetkisini kullanamazlar.

Örneğin Yargıtay'ın tüzükten önceki bir kararında genel cerrahın varis ameliyatı yapmasının hukuka uygun olduğuna karar verilmişse de tüzüğün yürürlüğe girdiği tarihten sonra bir hekimin uzmanlığı olmayan bir alanda faaliyette bulunması mümkün değildir.²³⁹

²³⁵ “Madde 2 – Birinci maddede adı geçen müesseseler yalnız ihtisas vesikası almış tabipler tarafından açılabilir.”

²³⁶ ATVTYÖSKHY madde 31/1-g.

²³⁷ Yahya Deryal, *Sağlık Hukuku Rehberi*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2014), 66, (13HD 04.07.2000 4427/6584).

²³⁸ Barış Erman, *Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2003), 94.

²³⁹ 4.H.D. 06.05.1991 tarihli, 1990/5104 E., 1991/429K. kararı.

Alman Hukuku'nda uzmanlık öğrencisi asistan hekimin, hiç yapmadığı bir ameliyatı tecrübeli bir cerrahın gözetimi olmaksızın yapması ağır kusur sayılmıştır.²⁴⁰

Uzmanlığı olmayan konuda tıbbi müdahalede bulunan hekim TŞSTİDK'un 25, 26, 41, 42, 54, 61 ve 67. maddelerinde belirtilen cezalarla cezalandırılabilir.

1.2.ESTETİK AMELİYATLAR NEREDE YAPILABİLİR

“Yaşamsal organ ameliyatları kadar risk içermeseler dahi, estetik ameliyatlarda da bazı önlemlerin alınması gerekir. Bu önlemler ancak tam teşekküllü hastanelerin teknik donanımı ile sağlanabileceğinden cerrahi müdahalelerin hastane yerine poliklinik, muayenehane ve benzeri yerlerde gerçekleştirilmesi hukuka aykırı ve sakıncalıdır.”²⁴¹

2.ENDİKASYON, TIP BİLİMİ VERİLERİNCE ZORUNLULUK

Endikasyon: Tıbbi gereklilik, tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk koşullarından biridir.

Tıp sözlüğünde “bir hastalık durumunda teşhis veya tedavi sürecinin uygulanabilmesi için gerekli neden” olarak tanımlanmıştır.²⁴²

Kontrendikasyon: yapılmaması gereken sakıncalı durumları belirtir.

Örneğin ileri derece kalp ya da böbrek rahatsızlığı olan hasta üzerinde, ters etki yapabilecek, bu hastalıkları daha da tetikleyecek bazı antidepresan ilaçların kullanılması gibi.²⁴³

Tıbbi endikasyonun bulunmaması veya kontrendikasyonun bulunması hallerinde tıbbi müdahalenin yapılmasında bir hata olmasa dahi tıbbi uygulama hatası olduğu kabul edilir.²⁴⁴

Tek amacın kişinin görüntüsünün güzelleştirilmesi veya değiştirilmesi olduğu hallerde her ne kadar sosyal ve psikolojik endikasyon mevcutsa da tedavi amacından bahsetmek mümkün değildir.

²⁴⁰ DERYAL, 117, (Hakeri, Tıp H 2012(5) s. 585).

²⁴¹ ÇOKNEŞELİ, Baki, “Estetik, Plastik Ve Rekonstrüktif Cerrahi”, <http://www.estetik-cerrahi.com/estetikcerrahi.html>

²⁴² HAKERİ ATÖLYE, 61.

²⁴³ <https://www.sagliknet.gen.tr/p/348-kontrendikasyon-nedir/>, (Erişim Tarihi: 13.03.2019)

²⁴⁴ HAKERİ ATÖLYE, 65.

Salt güzelleştirme amaçlı estetik ameliyatlar, doğrudan bedensel tedavi amacından çok, “fiziksel yapıdaki mevcut anormalliğin ruhsal yapıda meydana getirdiği bozuklukların tedavisini, kişinin içinde bulunduğu ruhsal çöküntüye son vererek kişiliğini onarmayı” amaçlamaktadır. Sağlık, beden ve ruh sağlığının bütününden oluştuğundan estetik amaçlı müdahaleler de tıbbî müdahaledir.²⁴⁵

Estetik tıbbi müdahale tıbbi endikasyon olmaksızın yapılmasına karşın hastanın rızası varsa hekimin genel adap ve etiğe uygun tedbirler alması da hukuka uygun olacaktır.²⁴⁶

H.H.Y.’nin 12.²⁴⁷ ve T.D.N.’nin 13/3.²⁴⁸ maddelerinde öngörülen tıbbi gereklilikler; teşhis, tedavi, korunma amaçlarıdır.

Ancak tıbbi gereklilikler dar anlamda yorumlanmamalı, psikolojik ve sosyal endikasyon da hukuka uygun kabul edilmelidir. Hakeri estetik tıbbi müdahalelerde dolaylı tedavi amacı bulunduğunu belirtmektedir.²⁴⁹

Tıbbi endikasyonun bulunmadığı durumlarda hastanın rızası ve hekimin faaliyetinin etiğe uygun olması halinde yine hukuka uygunluk olduğu öğretilerde kabul edilmektedir. Ancak tıbbi endikasyon olmasa dahi sosyal veya psikolojik endikasyon olmalıdır.

Sadece para kazanabilmek için gerekmediği halde ameliyat yapılması veya hastanın gereksiz testlere tabi tutulması halinde endikasyonun bulunmadığı kabul edilmelidir.²⁵⁰

²⁴⁵ Hasan Petek, *Güzelleştirme Amaçlı Estetik Ameliyatlardan Kaynaklanan Hukukî Sorumluluk*, (İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 8, Sayı: 1, 2006), 183, (Ayan s.9, 34, Şenocak AÜHFD, s.66 ve İpekyüz s.24, 31), 184, (Ayan, s.34; Zevkliler, s.28-29; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s.499; Sarial, s.77; Çakmut, s.181; Arı, s.13-14.).

²⁴⁶ Hakan Hakeri, *Tıp Hukuku Atölyesi 1, Akyıldız, Hakeri, Çelik, Somer*, 61-75, (Ankara, Seçkin Kitabevi, 2014), 69.

²⁴⁷ “Tıbbi Gereklilikler Dışında Müdahale Yasağı; madde 12- Teşhis, tedavi veya korunma maksadı olmaksızın, ölüme veya hayati tehlikeye yol açabilecek veya vücut bütünlüğünü ihlal edebilecek veya akli veya bedeni mukavemeti azaltabilecek hiçbir şey yapılamaz ve talep de edilemez.”

²⁴⁸ “Tabip ve diş tabibi; teşhis, tedavi veya korunmak gayesi olmaksızın, hastanın arzusuna uyarak veya diğer sebeplerle, akli veya bedeni mukavemetini azaltacak her hangi bir şey yapamaz.”

²⁴⁹ HAKERİ, TIP HUKUKU, 453 vd, (Ayan, 9).

²⁵⁰ Sunay Akyıldız, *Tıbbın Uygulanmasından Doğan Tazminat Davaları ve Temel Unsurları*. (TıpHD cilt 1, sayı 1, 2012, İstanbul: Legal Kitabevi, 2012), 206.

Aydınlatma olsa bile endikasyon olmaksızın kalıcı zararlar doğuracak şekilde parmağın kesilmesi, gözün alınması gibi tıbbi müdahaleler rızaya rağmen hukuka aykırıdır.²⁵¹

Bir kişinin yüzünü timsaha benzetmek için estetik ameliyat olmak istemesi gibi durumlarda tek başına rıza hukuka uygunluk bakımından yeterli olmayacaktır.

Firari bir mahkûmun yakalanmamak için estetik cerrahi ile yüzünü değiştirmek istemesi örneğinde olduğu gibi hukuka aykırı amaçlarla gerçekleştirilen estetik müdahaleler de rıza olmasına rağmen hukuka uygun hale gelmez.²⁵²

Almanya'da mahkeme genç bir kadının beşi tamamen sağlam, 22 dişini çeken hekimi, hastanın rızası olsa dahi adap ve etiğe aykırı davrandığı gerekçesi ile tazminata mahkûm etmiştir. Zira hastayı iyileştirme amacı mevcut değildir.²⁵³

Sadece sansasyon yaratmak için tedavi veya güzelleşme amacı bulunmaksızın dilini kestirerek yılan görünümü elde etme veya aşırı büyük göğüs yaptırma da hukuka aykırıdır.²⁵⁴

Tedavinin amacı ve müdahalenin niteliği, estetik tıbbi müdahalelerin eser sözleşmesi niteliğinde olup olmadığının belirlenmesinde önem taşımaktadır.

Örneğin normalden büyük memeye sahip hastanın memelerinin küçültüldüğü ameliyatta, salt güzelleştirme amacı ve psikolojik endikasyon değil, sırt ağrısı ve acının giderilmesi, kamburluk ve duruş bozukluğu gibi problemlerin tedavisi amaçlanmakta olup tıbbi endikasyon mevcuttur. Bu durumda vekâlet sözleşmesi olduğunun kabulü gerekir.

Cinsiyet değişikliği kapsamlı ve çok sayıda ameliyatın yapıldığı uzun bir tedavi sürecidir. Bu ameliyatların bir kısmı cinsiyet organının oluşturulması gibi rekonstrüktif nitelikte, bir kısmı da göğüslerin alınması ya da silikon takılması gibi estetik niteliklidir. Türk Medeni Kanunu cinsiyet değişikliğini 40. maddesinde²⁵⁵ özel

²⁵¹ HAKERİ, TIP HUKUKU, 415.

²⁵² HAKERİ, TIP HUKUKU, 415.

²⁵³ HAKERİ, TIP HUKUKU, 175.

²⁵⁴ PETEK, 181.

²⁵⁵ "Madde 40- Cinsiyetini değiştirmek isteyen kimse, şahsen başvuruda bulunarak mahkemece cinsiyet değişikliğine izin verilmesini isteyebilir. Ancak, iznin verilebilmesi için, istem sahibinin onsekiz yaşını doldurmuş bulunması ve evli olmaması; ayrıca transseksüel yapıda olup, cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunluluğunu (...) (2) bir eğitim ve araştırma hastanesinden alınacak resmî sağlık kurulu raporuyla belgelemesi şarttır."

olarak düzenlemiştir. Burada da psikolojik endikasyonun yanı sıra kanuni endikasyon mevcuttur. İlgili madde de psikolojik endikasyon olması gerektiğini, eğitim-araştırma hastanesince düzenlenecek resmi sağlık kurulu raporu ile belgelenmesini zorunlu şart olarak sayarak kabul etmiştir.

Tanık Koruma Kanunu kapsamında yapılan estetik müdahaleler de tıbbi endikasyonu bulunmamakla birlikte kanuni endikasyonu bulunan hukuka uygun müdahalelerdir.²⁵⁶

Sonuç olarak tıbbi müdahalenin hukuka uygun kabul edilebilmesi için teşhis, tedavi, korunma amaçları gibi tıbbin genel kurallarına uygun bir endikasyonu mevcut olmalı, ancak estetik tıbbi müdahaleler bakımından endikasyon geniş bir şekilde yorumlanarak psikolojik ve sosyal endikasyon da hukuka uygun kabul edilmelidir.

Burada dikkat edilmesi gereken husus; estetik müdahale sonucu oluşabilecek zararın meydana getirilecek eserin faydasından fazla olmaması gereğidir.²⁵⁷

Hekim önce zarar verme ilkesi gereği olarak hastanın rızası bulunsa dahi yüksek risk içeren müdahaleleri yapmaktan kaçınmalıdır.

3.TIBBİ MÜDAHALE ÖNCESİ HASTANIN AYDINLATILMASI

Tıbbi müdahaleler teknik bilgi gerektirmekle birlikte hasta üzerinde kalıcı ve büyük sonuçları olabilecek eylemler olduğundan tıbbi müdahaleden önce hastanın müdahalenin şekli ve sonuçları konusunda kapsamlı olarak aydınlatılması, sonrasında hastanın tıbbi müdahaleye rıza vermesi gerekir.

Hasta vücut bütünlüğünün ihlali niteliğinde kendisine yapılacak tıbbi müdahaleyi ve sonuçlarını bilme, bunun sonucunda serbest iradesiyle kendi geleceğini belirleme ve yapılacak işleme karar verme hakkına sahiptir. *“Kimse, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez. Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlayamaz.”*²⁵⁸

Bedensel bütünlüğünün korunmasına yönelik kişilik hakkına müdahale edilen kişinin rızası hukuka uygunluk nedenidir. Kişinin geçerli şekilde rıza verebilmesinin ana

²⁵⁶ HAKERİ, TIP HUKUKU, 457.

²⁵⁷ ÇANKAYA, 38-39.

²⁵⁸ Medeni Kanun 23.

koşulu da müdahale öncesinde aydınlatılmasıdır. *“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.”*²⁵⁹

Biyo-tıp etiğinde 4 temel ilke vardır. Bunlar; özerkliğe saygı ilkesi, yararlılık, zarar vermeme ve adalet ilkeleridir.²⁶⁰

“Özerkliğe /otonomiye saygı ilkesi öteki bireylerin, bireyin özerkliğini ortaya koyan eylemlerine saygı göstermesi ve bireyin de bu saygıyı bekleme hakkıdır. Klinik uygulamada bu, mahremiyete saygı ve aydınlatılmış rıza olarak karşımıza çıkmaktadır.

Tıbbi müdahale, hukuka uygunluğunu sağlayan yasal şartlar olmadığı sürece beden bütünlüğüne yapılan haksız bir müdahale olacaktır. Hukuka uygunluğun en önemli unsuru rıza olup hekimin rıza alabilmek için öncelikle hastayı bilgilendirmesi gerekmektedir.”²⁶¹

Aydınlatma; hekimin verdiği bilgilerle hastanın uygulanacak tedavi üzerinde serbestçe karar verebilecek hale getirilmesidir.²⁶²

Kişinin salt dış görüntüsünün güzelleştirilmesi veya değiştirilmesi amacının bulunduğu hallerde doğrudan tedavi amacı söz konusu olmadığından müdahalenin hukuka uygun olması için özel risk aydınlatması yapılmalıdır.

Estetik cerrahiye yönelik işlemlerde aydınlatma mutlaka işlemi yapacak cerrah tarafından yapılmalıdır. Asistan veya hemşire tarafından yapılan aydınlatmalar etik ve usulüne uygun değildir. Hekim -varsa- hastasına olası müdahale seçenekleri açısından seçim imkânı vermelidir.

Estetik cerrahın, estetik ameliyatı yapmadan önce, hastayı ameliyattan sonra ortaya çıkabilecek komplikasyonlar konusunda, yazılı olarak bilgilendirmesi gerekir²⁶³

²⁵⁹ Medeni Kanun 24.

²⁶⁰ METİN, 125 vd.

²⁶¹ Sevtap Metin, Biyotıp Etiği Ve Hukuk, (İstanbul: 12 Levha Yayınevi, 2010), 125 vd.

²⁶² Sunay Akyıldız, Tıp Hukuku Atölyesi 1, Akyıldız, Hakeri, Çelik, Somer, 9-58, (Ankara, Seçkin Kitabevi, 2014), 10.

²⁶³ 3.HD 14.10.2014, 8623/13220, “Dava; estetik amaçlı lazer uygulamasından meydana geldiği iddia olunan zararın tazmini için açılan manevi tazminat istemine ilişkindir.

Yargıtay hastanın yüzüne estetik müdahale yapan doktorun, anesteziye karşı hastada gelişen alerji komplikasyon olarak kabul edilse dahi, ameliyat öncesinde bu konuda aydınlatma yapıldığını ispatlaması gerektiğini ve eser sözleşmesinde hekimin ayıba karşı tekeffül hükümleri nedeniyle sorumlu olacağını belirtmiştir.²⁶⁴

H.H.Y. madde 15'te de hastanın sağlık durumu ile ilgili bilgi alma hakkı düzenlenmiştir.²⁶⁵

Tarafların açıklamaları ile dosyadaki bilgi ve belgeler birlikte değerlendirildiğinde; taraflar arasındaki akdi ilişkinin, TBK'nın 470 (TBK. m. 355) ve devamı maddelerinde düzenlenen eser sözleşmesinden kaynaklandığı açıktır.

Davacı taraf iş-eser sahibi; davalı taraf ise yüklenicidir.

Eser sözleşmesinde, işin uzmanı sayılan yüklenici, yapımını yüklediği işi, özen borcu gereği olarak fen ve sanat kurallarına, sözleşme hükümlerine, kendisine duyulan güvene ve beklenen amaca uygun şekilde yapmakla ödevlidir.

Eser sözleşmesini diğer iş görme sözleşmelerinden ayıran önemli özelliklerinden birisi sonuç sorumluluğu, yani tarafların iradeleri doğrultusunda yüklenici tarafından bir sonucun meydana getirilmesi taahhüdüdür. Zira; eser sözleşmesinde bir eserin yaratılıp teslim edilmesi borcu altına girilmektedir. Bu borcun altına giren taraf yani yüklenici, işin mahiyeti gereği işi sadakat ve özenle yerine getirmek zorundadır. Sadakat borcu, yüklenicinin iş sahibinin yararına olacak şeyleri yapması ve ona zarar verecek her türlü eylemden kaçınmasıdır.

Eserin, sözleşmede kararlaştırılan niteliklerine, ya da iş sahibinin beklediği amaca uygun olmaması veya lüzumlu bazı vasıflardan bir ya da bir kaçının bulunmaması halinde ayıplı ifa edildiğinin kabulü gerekir.

Eser sözleşmesinde, yüklenici belli bir sonucu (eser) taahhüt ettiğinden sonuç gerçekleşirse, yüklenici borcunu ifa etmiş sayılır. Buna göre davalı yüklenici, davacı iş sahibinin zarar görmemesi için mesleki tüm şartları yerine getirmişse; somut durumun gerektirdiği tedbirleri noksatsız biçimde almışsa, uygun tedaviyi belirleyip uygulamışsa, uygulanan tedavide nadir de olsa görülebilecek olumsuz sonuçlara dair davacıyı aydınlatıp uyarılmış ve davacının bu hususta rızasını almışsa, eserini iş sahibi davacının ondan beklediği amaca uygun olarak tamamlayarak teslim etmişse ücrete hak kazanır.

Eğer eserin iş sahibinin istediği şekilde gerçekleştirilmesi mümkün değilse, davalı yüklenicinin bu konuda öncelikle iş sahibini uyarma yükümlülüğü bulunmaktadır. Uyarının yapıldığı davalı iş sahibi tarafından ispatlanmalıdır.

Bu bağlamda davalı yüklenicinin uygulama öncesi muhtemelen hasıl olabilecek sonuç ve komplikasyonlar hakkında iş sahibini bilgilendirmesi bir zorunluluktur.

Bu durumda temyize konu uyuşmazlığın çözümü için öncelikle davalı yüklenicinin, eser sözleşmesini ifa etmeden önce, davacı iş sahibini ifadan sonra ortaya çıkan komplikasyonlar konusunda, yazılı olarak bilgilendirip, bilgilendirmediği hususunun araştırılıp, açıklığa kavuşturulması gerekir.”

²⁶⁴ Gökhan Taneri, *Hasta Hakları*, (Ankara: Bilge Yayınevi, 2014), 65, (3.HD 26.11.2013 2013/16398E 2013/16634K).

²⁶⁵ “Hastaya;

- a) Hastalığın muhtemel sebepleri ve nasıl seyredeceği,
- b) Tıbbi müdahalenin kim tarafından nerede, ne şekilde ve nasıl yapılacağı ile tahmini süresi,
- c) Diğer tanı ve tedavi seçenekleri ve bu seçeneklerin getireceği fayda ve riskler ile hastanın sağlığı üzerindeki muhtemel etkileri,
- ç) Muhtemel komplikasyonları,
- d) Reddetme durumunda ortaya çıkabilecek muhtemel fayda ve riskleri,
- e) Kullanılacak ilaçların önemli özellikleri,
- f) Sağlığı için kritik olan yaşam tarzı önerileri,
- g) Gerektiğinde aynı konuda tıbbî yardıma nasıl ulaşabileceği, hususlarında bilgi verilir.”

Estetik ameliyatlarda acil bir durum mevcut olmadığından aydınlatmanın olabilecek en geniş ve en küçük riskleri dahi içerecek şekilde yapılması gerekir. Hastanın kişisel özellikleri de aydınlatmanın kapsamını belirlemede önemlidir, örneğin yüzünün güzelliği ile para kazanan bir oyuncu açısından estetik ameliyat sonrası yüzünde oluşabilecek izler konusunda anlayabileceği şekilde bilgilendirilmesi son derece önemlidir.

Aydınlatma kişisel olmalı, hastaya ve yapılacak ameliyata özel aydınlatma yapılmalı, hekim aydınlatmayı bizzat yapmalı, ispat açısından aydınlatma ve rızanın yazılı olması önemli olup matbu aydınlatmadan da kaçınılmalıdır.

3.1.AYDINLATMA ÇEŞİTLERİ

1.TEŞHİS AYDINLATMASI; hastanın muayene sonuçları ve elde edilen bulgular konusunda bilgilendirilmesidir.

2.SÜREÇ AYDINLATMASI; hastanın önerilen tıbbî müdahalenin türü, uygulama şekli, kapsamı, süresi gibi konularda bilgilendirilmesidir.

Yargıtay, dudak damak yarığı ile doğan hastanın imzaladığı ameliyat ve diğer müdahaleler için muvafakatname başlıklı belge ile hastaya mevcut durumun “*mümkün olduğunca*” ameliyatla düzeltileceğinin ve ilerleyen zamanlarda da gerekli olması halinde *ek olarak ve farklı şekilde müdahalelerin yapılabileceğinin* hekim tarafından anlatıldığını ve bu şartlarla yapılacak ameliyata hastanın rıza gösterdiğini belirterek hastanın yeteri kadar aydınlatıldığına ve onayının hukuka uygun olduğuna karar vermiştir.²⁶⁶

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 24. maddesi gereği; yatarak tedavisi tamamlanıp taburcu edilecek hastaya, genel sağlık durumu, kullanacağı ilaçlar, kontrole gelmesi gereken tarihler, varsa uygulayacağı diyet ve sonrasında yapması gerekenler gibi bilgiler hekim tarafından sözlü olarak anlatılır, hastaya bu planlamayı içeren epikrizin²⁶⁷ bir sureti verilir.

²⁶⁶ Yusuf Memiş, *Estetik Ameliyatlardan Doğan Hukuki Sorumluluk*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2016, Terazi Hukuk Dergisi, cilt. 11, s.119, 174-222), 215, (15. HD. 25.01.2011 gün ve 589/263 sayılı kararı).

²⁶⁷ Epikriz; Hastalığın tedavisinin bitiminde, hastalığın durumu ve uygulanan sağaltım konusunda hekim tarafından yazılan özet bilgi, hastalık özeti.

Yargıtay penis protezi takılan hastada ameliyat sonrası gelişen enfeksiyon ve nekroz nedeniyle organı kangren olan hastanın henüz iyileşmeden Almanya'ya dönmesinin etkili olduğu olayda hekimce tedavi aydınlatmasının yerine getirilmediğine karar vermiştir.²⁶⁸

3.RİZİKO AYDINLATMASI

Önerilen tıbbî müdahalenin olası tehlikeleri, içerdiği riskler, uygulanmaması durumunda meydana gelebilecek olumsuz sonuçlar hakkında hastanın bilgilendirilmesidir.

Yargıtay kullandığı ağrı kesici ilacın yan etkisi nedeniyle mide kanaması geçiren hastaya ilaç verilmeden önce mide şikâyeti olup olmadığının sorulmamasını bilgilendirme eksikliği ve ilaçla birlikte mide koruyucu ilaç verilmemesini de önlem alma eksikliği kabul etmiş, hekim bu konuda bilgilendirme yaptığını yazılı olarak ispatlayamadığından kusurlu olup olmadığının bilirkişi raporu ile tespitine karar vermiştir.²⁶⁹

Yargıtay kızlık zarının muayene sonucunda bozulmasına ilişkin uyuşmazlıkta hastaya muayenenin böyle bir sonucu olduğuna ilişkin aydınlatma yapıldığı ispatlanamadığından hekimi zarardan sorumlu tutmuştur.²⁷⁰

Estetik ameliyatlarda hekim tıbbi müdahalenin yol açabileceği bütün riskleri ayrıntılı bir biçimde açıklamak zorundadır.

Estetik ameliyatın neden olabileceği riskler, hastanın genel sağlık sorunlarından doğabilecek ve tüm cerrahi müdahalelerde olabilecek risklerdir. Estetik ameliyat yaşamsal doku ve organlara yönelik bir müdahale değildir. Kişinin yaşamı veya sağlığı risk altında değildir.²⁷¹

Burada hastanın anamnezi de alınmak ve gerekli sağlık kontrolleri yapılmak suretiyle olası riskler konusunda aydınlatılması yapılmalıdır.

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_hemsirelik&view=hemsirelik&kategori1=yazima_y&kelimesec=3689, (Erişim tarihi: 04.01.2019).

²⁶⁸ Mine Kaya, Türk ve Amerikan Hukukunda Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğünün Kapsamı, (TıpHD, sayı 1, cilt 1, İstanbul: Legal kitabevi, 2012), 146, (13. HD. 2007 tarih, 12837E/13884K.)

²⁶⁹ 13. HD 2006/10057 E. 2006/13842 K. 19.10.2006 t.li kararı.

²⁷⁰ 4 HD 1977 tarih ve 1977/6297 E 1977/12541 K sayılı kararı. HAKERİ, TIP HUKUKU.

²⁷¹ ÇOKNEŞELİ, Baki, "Estetik, Plastik Ve Rekonstrüktif Cerrahi", <http://www.estetik-cerrahi.com/estetikcerrahi.html>

Tedavi amaçlı olmayan salt güzellik amaçlı estetik ameliyatlarda risk aydınlatmasının daha geniş kapsamlı yapılması ve bu bağlamda ameliyata bağlı ölüm oranları ve gelişebilecek komplikasyonlar konusunda hastanın riske özgü aydınlatılması gerekmektedir.

4.KOMPLİKASYON AYDINLATMASI

Estetik amaçlı tıbbi müdahalelerde sonuç taahhüt edildiğinden elde edilecek sonucun kişinin müdahaleden önceki halinden daha kötü olmaması amaçlanmaktadır. Bu nedenle hastanın oluşabilecek komplikasyonlar konusunda çok daha geniş Şekilde aydınlatılması zorunludur. G r lme sıklığı son derece düşük olan komplikasyonlar konusunda dahi hastanın aydınlatılması gereklidir.

Yargıtay hekimin ameliyat sırasında kırılan iğne ucunu bulamayarak burunda bırakan ancak ameliyat sonrası bunu hastasına bildirmeyen hekim aleyhine manevi tazminata hükmetmiştir.²⁷² Hekimin bu davranışı aynı zamanda TCK 88'de düzenlenen ihmali davranışla kasten yaralama suçunu oluşturur.²⁷³

13. HD davacının önceden geçirdiği kolesistektomi operasyonunun gerçekleştirildiği alan itibariyle karın germe operasyonunda yaranın iyileşmesine olumsuz etkisi sık görülen bir komplikasyon olduğundan bu hususların hekimin genel ihbar yükümlülüğü kapsamında olduğunu ve hastanın bu konuda ameliyattan önce aydınlatma yapmasının gerektiğini belirtmiştir.²⁷⁴

Yargıtay kararına konu olayda; "yüzündeki kırışıklıkların giderilmesini isteyen hastaya fill-new dolgu malzemesi enjekte edilmiş, hastanın yüzünde giderilmesi mümkün olmayan hasar oluşmuştur. Doktor müdahaleden önce hastaya yaptığı dolgunun zararsız olduğunu, alerjiye yol açması durumunda bunun tedavi edilebileceğini söylediğini iddia etmiş ancak bunu yazılı olarak ispatlayamamıştır. Nitekim tedavi de mümkün olmamıştır" demek suretiyle aydınlatmanın olası komplikasyonları da içermesi gerektiğini belirtmiştir.²⁷⁵

²⁷² Yargıtay 13. H.D. 2000 tarih 8590/9569K sayılı kararı.

²⁷³ HAKERİ, TIP HUKUKU, 969.

²⁷⁴ DERYAL, 224, (13HD 21.05.2012, 2011/11359-12808).

²⁷⁵ Yargıtay 13. H.D. 2008 tarihli 4519E ve 10750K sayılı kararı.

5. MALZEME VE FİYAT KONUSUNDA AYDINLATMA

Estetik ameliyatlarda endikasyonun sosyal ve psikolojik olması hastanın risk ve komplikasyonlar hakkında çok daha geniş şekilde bilgilendirilmesini gerektirir. Ameliyatta kullanılacak tıbbi malzemelerin niteliği, kalitesi ve boyutları, varsa alternatiflerinin risk ve avantajları ve bunların hastaya yükleyeceği maliyetler konusunda ameliyattan önce aydınlatma yapılmalı ve taraflar kullanılacak malzeme konusunda mutabakata varmış olmalıdır.

TBK 472’de hekimin eser sözleşmesi kapsamında kullandığı malzemedan hastaya karşı satıcı gibi sorumlu olduğu düzenlenmiştir.²⁷⁶

Hekim malzemeyi de sağlamışsa örneğin hastaya silikon takılması ameliyatında silikonun ayıplı olması halinde hastaya karşı satıcı gibi sorumlu olacaktır. Malzemeyi hastanın sağlayacağı sözleşmeyle kararlaştırılabilir, bu durumda da malzemenin ayıplı olduğunu fark eden hekimin hastaya bunu bildirmesi gerekir, bildirmemesi halinde de sorumlu olacaktır.²⁷⁷

Yargıtay hastanın önceki ameliyatlarının yapılacak yeni ameliyatın sonucunu etkileyecek nitelikte olduğu konusunda hastanın ameliyattan önce aydınlatılması gerektiğine aksi takdirde hekimin bundan sorumlu olacağına karar vermiştir.²⁷⁸ Ameliyatta yanlış ve eksik malzeme kullanıldığı takdirde hastanenin hizmet kusuru söz konusu olur.²⁷⁹

Hastaya tedavi veya ameliyat nedeniyle ödemesi gereken ücret, hastane ve ilaç giderleri, varsa kullanılacak malzemelerin bedelleri konusunda da aydınlatma yapılması gerekir. Örneğin bazı sigortalar dış hekimleri tarafından uygulanan bazı tıbbi müdahaleleri karşılamadığından tedavinin ne kadarının sigorta ne kadarının

²⁷⁶ “MADDE 472- Malzeme yüklenici tarafından sağlanmışsa yüklenici, bu malzemenin ayıplı olması yüzünden iş sahibine karşı, satıcı gibi sorumludur.

Malzeme iş sahibi tarafından sağlanmışsa yüklenici, onları gereken özeni göstererek kullanmakla ve bundan dolayı hesap ve artanı geri vermekle yükümlüdür.

Eser meydana getirilirken, iş sahibinin sağladığı malzemenin veya eserin yapılması için gösterdiği yerin ayıplı olduğu anlaşılır veya eserin gereği gibi ya da zamanında meydana getirilmesini tehlikeye düşürecek başka bir durum ortaya çıkarsa, yüklenici bu durumu hemen iş sahibine bildirmek zorundadır; bildirmezse bundan doğacak sonuçlardan sorumlu olur.”

²⁷⁷ AKYILDIZ ATÖLYE, 38 vd.

²⁷⁸ 13. HD 21.05.2012, 1359/2808. HAKERİ, TIP HUKUKU.

²⁷⁹ ARINCI, 77, (Günday, a.g.e. s.9).

hasta tarafından karşılanması gerektiği konusunda da aydınlatma yapılmalıdır. İmplant yapılacaksa implantın garanti süresi konusunda aydınlatma yapılmalıdır.²⁸⁰

6.GENEL HUSUSLARDA AYDINLATMA; hasta tedavi seçenekleri, maliyetleri ve olası sonuçları, ameliyat öncesi ve sonrasında kullanması gerekli olacak ilaçlar gibi konularda da somut olayın ve tarafların durumuna göre aydınlatılmalıdır.

Hekim gerekli olması halinde hastasını kendi kişisel durumu hakkında da aydınlatmalıdır. Amerika'da 1991'de görülen Behringer –Medical Center at Princeton davasında az da olsa bulaşma riski olduğundan hekimin aidsli olduğu konusunda hastasını aydınlatma yükümlülüğü olduğuna karar verilmiştir.²⁸¹

Salt güzellik amaçlı estetik müdahalelerde bir sonuç taahhüt edildiğinden bu sonuç konusunda hasta ile hekimin önceden mutabık kalmaları son derece önemlidir. Zira güzellik görecelidir ve hekim açısından güzel olan bir sonuç hasta açısından kabul edilemez olabilir. Hasta ameliyattan önceki halinden daha da mutsuz olabilir. Bu nedenle beklentilerin örtüşmesi zorunludur. Bu da ancak hekim tarafından hastaya müdahalenin en ufak ayrıntısına kadar bilgilendirme yapılması ile sözkonusu olabilir.

Ameliyatın sonunda iz kalabileceği konusunda da hasta aydınlatılmalıdır.

Zira yaygın kanının aksine estetik ameliyat hiç iz bırakmayan bir ameliyat değildir. Özel iplikler ve uygun ameliyat malzemeleri kullanılsa bile küçük de olsa, bir iz mutlaka kalır. Bu izler estetik ameliyatlarda mümkün olduğunca gizlenir. Örnek olarak; alt göz kapağı estetiği ameliyatında göz kapağı içine, burun estetiği ameliyatında burun deliklerinin içine gizlenebilir. Örneğin meme küçültme gibi bazı ameliyatlarda ise izlerin tamamen gizlenebilmesi mümkün olmamaktadır.²⁸²

Yanık ve yara izleri de tamamen yok edilememekte sadece hafifletilebilmekte veya küçültülebilmektedir. Estetik müdahale sonucunda meydana gelecek yeni görünümün başarı oranı yanık ve yara izinin vücuttaki yeri, ebatları, derinliği ve eskiliğine, hastanın yaşı ve cilt yapısına göre değişiklik gösterecektir.²⁸³ Bu nedenle aydınlatma da kişinin bu özellikleri dikkate alınarak yapılmalı ve hiçbir surette herhangi bir iz kalmayacağı yönünde %100 başarı garantisi verilmemelidir.

²⁸⁰ EROL, DIŞ HEKİMLERİNİN, 98.

²⁸¹ KAYA, AMERİKAN, 148.

²⁸² ÇOKNEŞELİ, Baki, "Estetik, Plastik Ve Rekonstrüktif Cerrahi", <http://www.estetik-cerrahi.com/estetikcerrahi.html>

²⁸³ ÇOKNEŞELİ.

Hasta ameliyattan sonra ne kadar sürede iyileşeceği konusunda da aydınlatılmalıdır.

Estetik ameliyattan sonra aynı gün eve gitmek mümkün olmakla beraber genel olarak bir gün hastanede kalmak ameliyat sonrası takip açısından yararlı olmaktadır. Nadiren hastanede iki üç gün kalmak gerekebilir. İyileşme süreci, dikiş ve alçıkların vücuttan uzaklaştırılması ortalama bir hafta, müdahale sonucu oluşacak yeni görüntünün son şeklini alması ise birkaç ayda tamamlanır.²⁸⁴ Hasta kendisine yapılan ameliyata göre süreç konusunda önceden aydınlatılmalıdır.

Komplikasyonlar sonrası süreç için aydınlatma da yapılmalıdır. Yargıtay ameliyat sonrası meydana gelen kanama komplikasyon niteliğinde olsa bile hastanın sözkonusu komplikasyonun oluşmasından sonra yaşayacağı süreç konusunda detaylı şekilde bilgilendirilmesi halinde ancak hekimin komplikasyon nedeniyle sorumluluğunun bulunmayacağını kabul etmektedir.²⁸⁵

Tıbbi müdahalenin ve kullanılacak malzemenin alternatifleri konusunda da aydınlatma yapılmalıdır.

Estetik ameliyat sonucu oluşturulacak şekil konusunda aydınlatma yapılmalıdır.

Örneğin burun estetiğinde veya meme estetiği ameliyatlarında oluşacak nihai şekil konusunda hasta ile hekimin mutabık kalmaları son derece önemlidir. Hasta estetik ameliyat geçiren kişilerin fotoğraflarından muhtemel görünümü, varsa dikiş izlerini görebilir, bilgisayar ekranında kendi görüntüsünün rötuşlanması ile olası sonuçları, bunların kendisine uyup uymadığını görebilir. Estetik cerrahla beraber karar vererek olası yanlış anlama ve hayal kırıklıkları önlenir. Salt güzelleşme amaçlı estetik ameliyat tıbbi gereklilik sonucu değil, hastanın talebine göre gerçekleştirildiğinden meydana getirilecek yeni görünüme karar verilirken hastanın müdahil olması son derece önemlidir.²⁸⁶ Ancak burada da her halükarda hastaya %100 sonuç garantisi verilemeyeceği, hastanın cilt tipi, genetik özellikleri gibi sebeplerle sonucun değişiklikler gösterebileceği konusunda aydınlatma yapılmalıdır.

²⁸⁴ ÇOKNEŞELİ, Baki, "Estetik, Plastik Ve Rekonstrüktif Cerrahi", <http://www.estetik-cerrahi.com/estetikcerrahi.html>

²⁸⁵ 13. HD, 18.04.2016, 6125/10662. HAKERİ, TIP HUKUKU.

²⁸⁶ ÇOKNEŞELİ.

Ameliyatın yan etkileri konusunda aydınlatma yapılmalıdır. Örneğin süt kanallarının meme küçültme ameliyatında zarar görmesi nedeniyle, ameliyat sonrası bebek sahibi olup emzirmek isteyenlere önerilmemektedir.²⁸⁷

3.2.AYDINLATMA YÜKÜMLÜSÜ

Aydınlatma yükümlüsü tıbbi müdahaleyi yapacak olan hekimdir. Aydınlatan kişi ile müdahaleyi yapacak olan kişi farklı ise bu hususun da kayıt altına alınması gerekir. Birden fazla kişinin müdahale yapacağı durumlarda, cerrahların uzmanlık alanlarının farklı olması halinde, her cerrah kendi uzmanlık alanına göre ayrı aydınlatma yapmalıdır.²⁸⁸

Estetik ameliyatı yapacak olan hekim dışında anesteziistin de ameliyattan önce olası anestezi yöntem ve riskleri, uygulanması gereken sıvı ve gıda diyetleri, nikotin tüketimi, premedikasyon, hastanın talep, soru ve korkularına göre ameliyat sonrası tedavi ve bakım konularında aydınlatması gereklidir.

3.3.AYDINLATILACAK KİŞİ

Hasta kural olarak bizzat aydınlatılmalıdır.

Bunun tıbbi müdahaleler bakımından istisnası hastanın velayet ya da vesayet altında olması ile bilincinin kapalı olduğu acil durumlardır. Bu gibi durumlarda veli, vasi veya o an yanında olan yakını aydınlatılmalıdır. Ancak yaşlı hastanın “ben anlamam, kızıma anlat” demesi gibi hallerde hastanın başkasının aydınlatılmasını istemesi de mümkündür.²⁸⁹

Eser sözleşmesi kapsamındaki estetik cerrahi müdahalelerde ise hasta bizzat aydınlatılmalı, veli veya vasi gibi bir kanuni temsilcisinin bulunması halinde temsilcisinin de hasta ile birlikte aydınlatılması zorunludur.

Hastanın bizzat aydınlatılması gerekirken eşine veya kızına yapılan aydınlatma usul ve yasaya aykırıdır.²⁹⁰

²⁸⁷ PETEK, 182, (Arı 14).

²⁸⁸ PETEK, 206.

²⁸⁹ HAKERİ, TIP HUKUKU, 309.

²⁹⁰ 13. HD, 23.12.2013, 3720/32218- 3.HD 15.03.2012, 177/6939. HAKERİ, TIP HUKUKU.

3.4.AYDINLATMADAN VAZGEÇME

Hasta aydınlatılma hakkından vazgeçebilir.²⁹¹ Ancak hayati tehlike bulunan durumlarda, denemelerde vazgeçme kabul edilemez. Acil durumlarda hastanın hayati tehlikesi varsa ve kalıcı ya da ağır bir zarar doğacaksa bir an önce acil müdahalede bulunmak hastanın aydınlatılmasından daha önemli olacağından aydınlatmadan vazgeçilebilir.

Hasta aydınlatmayı reddedebilirse de bunun kendi geleceğini belirleme hakkını ortadan kaldırmaması gerekir.

Burada hasta ile hekim arasındaki güven ilişkisi belirleyici olacaktır.

Örneğin daha önce botoks uygulaması yaptırmış hastanın aynı doktora yeniden botoks yaptırmak için başvurduğu durumda aydınlatmadan vazgeçmesi mümkün olabilecektir.

3.5.AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN ORTADAN KALKMASI

Hekimin teşhis hatası ya da kusuru olmaksızın müdahalenin genişlemesi halinde hastanın bilincinin müdahale nedeniyle yerinde olmadığı bu halde ortaya çıkan riskli duruma müdahale edilmesi zorunlu ise ve aydınlatma yapılsaydı makul bir hastanın rıza göstereceği varsayılıyorsa önceden verilen rızanın kapsamı aşılabilecektir. Örneğin böbrek taşının alınması için rıza veren hastanın böbreğinin iltihaplı olduğunun görülerek alınması halinde Yargıtay hukuka aykırılık görmemiş, manevi tazminat talebini reddetmiştir.²⁹²

Kanaatimce eser sözleşmesi bakımından önceden yapılmış bir aydınlatmaya dayalı rıza olmadığı takdirde ameliyat sırasında yapılacak aydınlatma ile ameliyatın genişletilmesi mümkün değildir. Estetik ameliyat sırasında genişletme gerektiren bir durumun ortaya çıkması halinde ameliyata son verilmesi ve hasta narkoz etkisi altından çıktıktan sonra yeniden aydınlatma yapılması gerekmektedir.

Ancak örneğin göğüslerine silikon taktırmak isteyen hasta ameliyat sırasında kist tespit edilmesi halinde bunların da temizlenmesi yönünde önceden aydınlatılarak rızasını vermişse ameliyatın genişletilmesi mümkün olabilecektir.

²⁹¹ H.H.Y. madde 20.

²⁹² KAYA, AMERİKAN, 158, (4. HD. 1971 tarih ve 1053/2096 K sayılı kararı).

3.6.AYDINLATMA ZAMANI

Aydınlatmanın zamanına ilişkin bir düzenleme yoksa da ameliyattan en az 24 saat önce yapılması ve hastaya karar verebilmesi için yeterli zamanın tanınması gerektiği kabul edilmektedir.

Nitekim Yargıtay da ameliyat sırasında sözlü olarak kişiye ameliyatın genişletileceğinin açıklandığı ve rıza alındığının iddia edildiği olayda “anestezik madde etkisi altında olan kişinin rıza verebilecek düzeyde değerlendirme yapamayabileceği, hasta müşahade evrakında genişletilen ameliyat ile ilgili mevcut ve kayıtlı muayene ve grafi bulunmadığından yapılan işlemin endikasyonu konusunda görüş bildirilemeyeceğine” hükmetmiştir.²⁹³

Kanaatimce aydınlatmanın hastanın sağlıklı şekilde düşünerek karar vermesine engel olacak kadar geç yapılmış olması halinde rıza da sakatlanmış olacağından tıbbi müdahale hukuka aykırı olacaktır.

3.7.AYDINLATMANIN KAPSAMI

Aydınlatmanın kapsamı; tıbbi müdahalenin aciliyeti, önlenmeye çalışılan tehlikenin büyüklüğü, komplikasyonların yoğunluğu, tipik risklerin varlığı gibi durumlara göre değişkenlik gösterebilir.²⁹⁴ Yapılacak tıbbi müdahale acil ve zorunlu değilse kapsamı genişler. Yine müdahalenin riski yüksekse, oluşabilecek zarar kalıcı ise, organ nakli ya da kısırlaştırma gibi geri dönülemez sonuçları olacaksa, estetik ameliyatlara gibi doğrudan tedavi amacı güdülmeyen bir müdahale söz konusu ise kapsam genişleyecektir.²⁹⁵

Estetik müdahalelerde az rastlanılan komplikasyonlar konusunda dahi hastanın aydınlatılması gerekir. Hastanın rızası olsa dahi muayenenin muhtemel sonuçlarının, nadiren gelişecek olsa da risklerinin hastaya bildirilmesi gerektiğini Yargıtay kararlarında belirtmektedir.²⁹⁶

Estetik ameliyatın hastanın talep ettiği biçimde gerçekleştirilmesi mümkün olmadığı takdirde hekimin hastayı bu hususta uarması zorunludur. Uyarının yapıldığı da hekim tarafından ispatlanmalıdır. Örneğin göğüs estetiği ameliyatında fibro kistlerin

²⁹³ 13. HD, 24.09.2013, 25915/22618. HAKERİ, TIP HUKUKU.

²⁹⁴ ERMAN, 237.

²⁹⁵ KAYA, AMERİKAN, 154.

²⁹⁶ Yahya Deryal. *Sağlık Hukuku Problemleri*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2012), sf 48, (4.H.D. 07.03.1977 6297/2541).

çıkartılması sonucu ameliyatın beklenir sonuçlarından olan göğüsler arası hacim eşitsizliği oluştuğundan bu durumun revizyon ameliyatı ile düzeltilmesi gerekeceği konusunda hekim tarafından hastaya önceden uyarı yapılmadığından hekim kusurlu kabul edilmiştir.²⁹⁷

T.D.N.'nin 14. maddesinde “...*Hastanın maneviyatı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimali bulunmadığı takdirde, teşhise göre alınması gereken tedbirlerin hastaya açıkca söylenmesi lazımdır...*” denilmek suretiyle aydınlatmanın kapsamı belirtilmiştir. Tanının hastaya bildirilmesinde tedavinin gereği olarak aydınlatma sınırlandırılabilir.

Hastanın doktor veya hemşire olması, uygulanacak tedavinin daha önce hastaya uygulanmış olması gibi hallerde ve müdahalenin ivediliği ve zorunluluğunun arttığı hallerde aydınlatma yükümlülüğünün daralması da sözkonusu olabilir.²⁹⁸

Ancak kanaatimce bu da çok geniş yorumlanmamalıdır. Hasta doktor da olsa farklı bir uzmanlığı olması nedeniyle yapılacak tıbbi müdahale hakkında detaylı bilgisi bulunmayabilir.

Yargıtay da hastanın tıbbi malzemelerle ilgili bir şirketin müdürü olmasının lazer göz ameliyatının komplikasyonlarını bilmesini gerektirmeyeceğine, aydınlatılması gerektiğine karar vermiştir.²⁹⁹

Aydınlatma;

- önerilen tedavinin içeriğini
- amacı ve başarılı olma şansını
- avantaj ve risklerini, komplikasyonlarını
- varsa alternatiflerini
- potansiyel sonuçlarını
- çekilecek acıyı
- red edilmesi sonucunda ortaya çıkabilecek risk ve yararlarını

²⁹⁷ TANERİ, 59 vd., (3HD 01.10.2013, 2013/11743E 2013/13688K).

²⁹⁸ KAYA, AMERİKAN, 155.

²⁹⁹ 13. H.D 2008 tarih 4219/10660 sayılı kararı.

-müdahaleden sonra olabilecek büyük problemler ile hastanın günlük faaliyetlerine ve normal hayatına dönmesi için gereken süreyi

-kullanacağı ilaçların kullanım şekli, özellikleri, ne kadar süre kullanacağı, yan etkileri ve ilaç etkileşimlerini

-tedaviden sonra sağlığı için varsa uyması gereken hayat tarzı değişiklikleri ile evde nasıl bir bakım uygulanması gerektiği

-gerekli olması halinde geçirdiği ameliyata ilişkin tıbbi yardıma yeniden ne şekilde ulaşacağını

-tedaviyi uygulayacak hekimin kimlik bilgileri ile mesleki deneyimlerini içermelidir.³⁰⁰

Tıbbi müdahale sonucunda oluşacak komplikasyonlar konusunda hasta bilgilendirilmiş ve rıza usulüne uygun olarak alınmışsa zararlı sonucun oluşmasında kusuru olmadığı takdirde hekim sorumlu olmayacaktır.³⁰¹

Hastanın aydınlatılarak rızasının alındığı konusunda ispat külfeti hastane ya da hekimdedir. Büyük ameliyatlarda rızanın yazılı olması gerektiği halde, diğer müdahalelerin ispatı genel hükümlere göre yapılmalıdır.

Tıbbi müdahalenin tıbbi sonuçlarının ve muhtemel komplikasyonlarının hastaya anlatılmış olduğunun ve hastanın bu müdahaleye rıza gösterdiğinin bilgilendirme ve rıza formunda yazılı olması yeterli değildir, rızanın aydınlatmaya dayanması gerekir. Rızaya ilişkin belgede önerilen tedavi şeklinin süresi ve başarı olasılığı, bu yöntemin riskleri, muhtemel komplikasyonları ve tıbbi sonuçları hakkında açıklama yer almalıdır. Soyut ifadelerle düzenlenmiş genel bir rıza yeterli değildir, hastaya yapılacak tıbbi müdahaleye özel detaylar da yer almalıdır. Örneğin ameliyat sonucunda nefes almada güçlük oluşabileceği, kemiğin çökebileceği gibi istenmeyen sonuçların doğabileceği açıklanmalıdır.

Aksi takdirde hekimin kusuru olmasa da hastayı aydınlatmadığı olumsuz sonuçlardan sorumluluğu sözkonusu olacaktır.³⁰²

³⁰⁰ Ali Rıza Tümer, *Cerrahi Branşlar Açısından Hukuki Sorumluluklar Ve Malpraktis*, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013), 56.

³⁰¹ Fehim Üçışık, *Sağlık Hukuku*, 4. Baskı. (İstanbul: Ötüken Neşriyat, 2017), 174, (dipnot; Hatırnaz Erol s.340 ve H.Savaş Tıbbi Malpraktis ve Komplikasyondan doğan sorumluluklar, İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Makaleler Kitabı- 1, 2012-2013 s.278).

³⁰² 13. HD 11.04.2016, 9077/5505. HAKERİ, TIP HUKUKU.

3.8.HASTANIN ÇOCUK VEYA VESAYET ALTINDA OLMASI HALİNDE AYDINLATMA

Ayırt etme gücüne sahip küçükler öncelikle aydınlatılmalı, ameliyata ilişkin rıza, kanuni temsilci tarafından açıklandığından kanuni temsilcisine de bilgi verilmelidir.

“Kanuni temsilcinin rızasının yeterli olduğu hallerde dahi, anlatılanları anlayabilecekleri ölçüde, küçük veya kısıtlı olan hastanın dinlenmesi suretiyle mümkün olduğu kadar bilgilendirme sürecine ve tedavisi ile ilgili alınacak kararlara katılımı sağlanır.”³⁰³

Aydınlatma kural olarak hastanın kendisine yapılır. Hasta kısıtlı veya küçükse aydınlatma veli veya vasisine yapılmalı ancak hastaya da anlayacağı şekilde basit açıklamalarda bulunulmalıdır.

Hastanın kooperasyonu tedavi açısından önemlidir. Örneğin pedodonti kapsamındaki müdahalelerde çocuklara tedavinin şekli konusunda bilgilendirme yapmak gereklidir.

“Vesayet altındaki kişi görüşlerini oluşturma ve açıklama yeteneğine sahipse, vasi önemli işlerde karar vermeden önce olanak ölçüsünde, onun görüşünü almakla yükümlüdür. Vesayet altındaki kişinin işi uygun bulmuş olması vasiyi sorumluluktan kurtarmaz.”³⁰⁴

Sonuç olarak hasta küçük ya da vesayet altında olsa bile anlayabileceği şekilde bilgilendirilmesi gerekmektedir.

3.9.AYDINLATMANIN ŞEKLİ

“Büyük cerrahi müdahaleler için muvafakatin yazılı olması gerekir”³⁰⁵ denilmekteyse de aydınlatma açısından bir şekil şartı getirilmemiştir. Ancak rızanın geçerli olabilmesi bilgilendirilmiş olma koşuluna bağlı olduğundan rızanın yazılı olması gereken durumlarda aydınlatmanın da yazılı olması ispat kolaylığı sağlayacaktır.

³⁰³ H.H.Y. madde 24.

³⁰⁴ T.M.K. madde 450.

³⁰⁵ T.V.Ş.S.T.İ.D.K madde 70.

Hastanın “bana bir sürü evrak imzalattırdılar, neyi imzaladığımı bilmiyorum” şeklindeki itirazı aydınlatmanın sözlü yapılması, şekil şartının bulunmaması nedeniyle geçerli değildir.³⁰⁶

3.10.AYDINLATMANIN İSPATI

Kural olarak iddia eden iddiasını ispatlamak zorundaysa da Yargıtay, aydınlatmayı ispat yükünün hekim üzerinde olduğuna hükmetmektedir. Yani hasta aydınlatılmadığını değil, hekim aydınlattığını ispatlamalıdır.

Yargıtay katarakt ve göziçi mercek takılmasına ilişkin ameliyatta kullanılacak olan lens konusunda aydınlatma yapılmış olduğunun hekim tarafından kanıtlanamaması nedeniyle lensin görme kaybı oluşmasına yol açarak hastaya verdiği zararı hekimin tazmin etmesi gerektiğine hükmetmiştir.³⁰⁷

Hastaya ve yapılacak tıbbi müdahaleye özgülenmiş bir aydınlatma yapılmadan, sadece delil teşkil etmek üzere rıza formunun imzalatılmış olması yeterli değildir.

4.TIBBİ MÜDAHALE ÖNCESİ HASTANIN RIZASININ ALINMASI

Rıza; razı olma, isteme, istek.^{308 -309}

Türk Hukuku'nda estetik cerrahin tıbbi müdahalesini hukuka uygun hale getiren asıl unsur rızadır, aydınlatma ise rızanın geçerli olmasının ön şartıdır.³¹⁰

1972 tarihinde Amerikan Hastane Birliği tarafından yayınlanan Hasta Hakları Bildirgesi'nde; “hastanın hastalığının tanısına, tedavisine ve prognozuna ilişkin doğru, eksiksiz ve anlayabileceği dilde bilgi almaya ve akla uygun bir karar verebilmesine olanak sağlanmasını beklemeye hakkı vardır” denilmek suretiyle rıza kavramı ortaya çıkmıştır.³¹¹

³⁰⁶ HAKERİ, TIP HUKUKU, 300.

³⁰⁷ ÜÇİŞİK, 173, (13. HD 15.05.2007 tarih 2942/6736 K sayılı kararı).

³⁰⁸ <http://sozluk.gov.tr/>, (Erişim tarihi: 03.01.2019).

³⁰⁹ Onam; bir işi doğru ve uygun bulma, onaylama anlamına gelmektedir.

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_hemsirelik&view=hemsirelik&kategori1=yazima_y&kelimesec=6152, (Erişim tarihi: 03.01.2019).

Uluslararası bazı bildirelerin Türkçe'ye tercümesi aşamasında ve tıp mesleği mensuplarınca hazırlanan bazı metinlerde onam terimi kullanılmışsa da Türk Hukuku'nda rıza terimi kullanılmaktadır. Çalışmamızda onam kelimesine yer verilen bazı metinleri paylaşmakla yetinilecek ancak terimsel dilbirliği açısından rıza terimi tercih edilecektir.

³¹⁰ HAKERİ, TIP HUKUKU, 324.

³¹¹ POLAT, 31.

Daha sonra 1981 Lizbon Hasta Hakları Bildirgesi'nde hastanın yeterli bilgileri aldıktan sonra önerilen tedaviyi kabul veya red etme hakkının bulunduğu belirtilmiştir.³¹²

1994 Amsterdam Bildirgesi'nde, 1995 Bali Bildirgesi'nde ve 2002 Avrupa Statüsü Temel Dokümanı'nda da hastanın aydınlatılarak rızasının alınması gerektiği belirtilmiştir.³¹³

Türk Hukuku'nda hasta haklarına ilişkin yasal düzenlemeler ise 1928 tarihli 1219 sayılı TŞSTİDK, 1930 tarihli 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu, 1960 tarihli Tıbbi Deontoloji Tüzüğü, 224 sayılı Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkındaki Kanun, 1979 tarihli 2238 sayılı ODNK, 1982 tarihli Anayasa, 1983 tarihli Nüfus Planlaması Hakkında Kanun, 1998 tarihli Hasta Hakları Yönetmeliği'nde yer almaktadır.³¹⁴

Aydınlatma ile ilgili olarak Türk Tabipleri Birliği Kanunu'nun 59/g maddesine göre çıkartılan Hekim Etiği Yönetmeliği madde 26'da aydınlatma ve rıza düzenlenmiştir.³¹⁵

Bilgilendirilmiş (Aydınlatılmış) rıza; yapılacak tanı, tedavi, koruyucu işlem veya araştırma koşullarına ilişkin, yeterli, geçerli, anlamlı bilgi aktarılmasından sonra bireyin bunları kendi özgür istenciyle gönüllü olarak kabul etmesidir.³¹⁶

³¹² POLAT, 33.

³¹³ POLAT, 33.

³¹⁴ POLAT, 35 vd.

³¹⁵ "Madde 26-Hekim hastasını, hastanın sağlık durumu ve konulan tanı, önerilen tedavi yönteminin türü, başarı şansı ve süresi, tedavi yönteminin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler, verilen ilaçların kullanılışı ve olası yan etkileri, hastanın önerilen tedaviyi kabul etmemesi durumunda hastalığın yaratacağı sonuçlar, olası tedavi seçenekleri ve riskleri konularında aydınlatır. Yapılacak aydınlatma hastanın kültürel, toplumsal ve ruhsal durumuna özen gösteren bir uygunlukta olmalıdır. Bilgiler hasta tarafından anlaşılabilir biçimde verilmelidir. Hastanın dışında bilgilendirilecek kişileri, hasta kendisi belirler. Sağlıkla ilgili her türlü girişim, kişinin özgür ve aydınlatılmış onamı ile yapılabilir. Alınan onam, baskı, tehdit, eksik aydınlatma ya da kandırma yoluyla alındıysa geçersizdir. Acil durumlar ile hastanın reşit olmaması veya bilincinin kapalı olduğu ya da karar veremeyeceği durumlarda yasal temsilcisinin izni alınır. Hekim temsilcisinin izin vermemesinin kötü niyete dayandığını düşünüyor ve bu durum hastanın yaşamını tehdit ediyorsa, durum adli mercilere bildirilerek izin alınmalıdır. Bunun mümkün olmaması durumunda, hekim başka bir meslektaşına danışmaya çalışır ya da yalnızca yaşamı kurtarmaya yönelik girişimlerde bulunur. Acil durumlarda müdahale etmek hekimin takdirindedir. Tedavisi yasalarla zorunlu kılınan hastalıklar toplum sağlığını tehdit ettiği için hasta veya yasal temsilcisinin aydınlatılmış onamı alınmasa da gerekli tedavi yapılır. Hasta vermiş olduğu aydınlatılmış onamı dilediği zaman geri alabilir."

Tıbbi Hizmetlerin Kötü Uygulanmasından Doğan Sorumluluk Kanunu Tasarısı'nda *"Bilgilendirerek izin alma: Hekimin, hastanın sağlık durumu ve konulan teşhis, önerilen tedavi yönteminin ve müdahalenin türü, başarı şansı ve süresi, tedavi yönteminin riskleri, verilen ilaçların kullanışı ve muhtemel yan etki ve advers tepkileri, tedaviyi kabul etmeme durumunda hastalığın meydana getireceği sonuçlar, varsa tedavi seçenekleri ve riskleri konularında bilgilendirip, hastanın tereddüdü olan konulardaki sorunlarını anlayacağı bir dille cevapladıktan sonra hastadan alınan sözlü veya yazılı izni ifade eder"* şeklinde tanımlanmıştır.

Yararlılık ilkesi gereği hekim hastaya en üst düzeyde yararlı olmak ister ancak hasta bu yararı üstün kabul etmezse hastanın özerkliğine saygı duyulmalı, rıza vermediği müdahale hiçbir surette yapılmamalıdır. Örneğin kanseri önlemek için hekimin mastektomi önermesi durumunda hasta bunu kadınlık kimliğinin yıkılması sayarak kabul etmeyebilir.³¹⁷

Herkesin vücut bütünlüğünün korunmasını ve rızası dışında dokunulmamasını talep etme hakkı vardır. *"Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz."*³¹⁸

Yapılacak her tür tıbbi müdahale için öncelikle hastanın rızası alınmalıdır. *"Tabipler, diğ tabipleri ve diğçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evvelemerde muvafakatını alırlar. Büyük ameliyei cerrahiyeler için bu muvafakatin tahriri olması lazımdır. (Veli veya vasisi olmadığı veya bulunmadığı veya üzerinde ameliye yapılacak şahıs ifadeye muktedir olmadığı takdirde muvafakat şart değildir.)"*³¹⁹

Yasaların yasakladığı girişimlerle ilgili rıza geçersizdir.

Rızanın geçerli olabilmesi için hastanın aydınlatılarak alınmış olması şarttır.

Avrupa Biyotıp Sözleşmesi 04.04.1997 tarihinde imzalanmış ve Türkiye'de 09.12.2003 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

³¹⁶

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_hemsirelik&view=hemsirelik&kategori1=yazima_y&kelimesec=1210, (Erişim tarihi: 11.01.2019).

³¹⁷ METİN, 132 vd.

³¹⁸ Anayasa madde 17.

³¹⁹ 1219 sayılı Kanun madde 70.

Sözleşmenin amacı 1. maddede açıklanmıştır. *“Bu sözleşmenin tarafları tüm insanların hayatını ve kimliğini koruyacak ve biyoloji ve tıbbın uygulanmasında, ayırım yapmadan herkesin, bütünlüğüne ve diğer hak ve özgürlüklerine saygı gösterilmesini güvence altına almakla yükümlüdürler.”*

Sözleşmenin 5. maddesinde muvafakat (rıza) düzenlenmiştir;

“(1) Sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde muvafakat etmesinden sonra yapılabilir.

(2)Bu kişiye, önceden, müdahalenin amacı ve niteliği ile sonuçları ve tehlikeleri hakkında uygun bilgiler verilecektir.

(3)İlgili kişi, muvafakatini her zaman serbestçe geri alabilir.”

Bilgilendirmenin kapsamı her somut olayın koşullarına uygun olmalı ve hastanın bu tedaviden kaçınmasını sağlayacak nitelikte olmamalı, gerekli, yeterli ve anlaşılır olmalıdır.

H.H.Y.'nin 24-31. maddeleri ile Hekim Etiği Yönetmeliği'nin 26. maddesinde ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiş, tedavinin ön koşulu olarak rıza şartı benimsemiştir.

Rıza fiilen yürütülen tedaviye ilişkin olmalı ve tedavi sırasında oluşan değişiklikler konusunda da hasta bilgilendirilmeli ve hekim hastanın önceden açıkladığı rızası dışına, yeniden rıza almaksızın çıkmamalıdır.³²⁰

Rızanın ve aydınlatmanın ispatı konusu genel hükümlere göre çözümlenmelidir. Aydınlatmanın yapıldığını ve rızanın alındığını hekimin kanıtlaması gerekmektedir.

Yargıtay bir kararında sezaryen ve doğum için hasta yakınından rıza alınan bir olayda doktorun vakum yapılması konusundaki önerisini hastanın kabul etmediğini hekimin ispatlaması gerektiğine karar vermiştir.³²¹

H.H.Y.'nin 24. maddesi ile 1219 sayılı Kanun'un 70. maddesinde *“hasta küçük veya kısıtlı ise veli ya da vasisinin rızasının alınacağı”* düzenlenmiştir.

B.M. Çocuk Haklarına Dair Sözleşmesi madde 12'de ayırt etme gücüne sahip çocuğun görüşlerinin alınması gereği vurgulanmıştır.³²² Çocuğun üstün yararının

³²⁰ AKYILDIZ ATÖLYE, 11.

³²¹ 13 HD 2007 tarih ve 2007/16180E 2007/1248K sayılı kararı. HAKERİ, TIP HUKUKU.

korunması ilkesi kapsamında sağlıkla ilgili karar alma s¼recine çocuğun da katılması ¼nemlidir.

¼zellikle tıbben zorunlu olmayan estetik m¼dahaleler açısından çocuğun da rızasının bulunması aranmalıdır. ¼rneđin velisi 17 yaşındaki hastaya burun estetiği yapılmasına izin veriyor ancak ocuk bunu açıkça istemiyorsa hekim b¼yle bir operasyonu yapmamalıdır.

4.1.RIZANIN AÇIKLANMASI

Rıza m¼dahaleye başlanmadan ¼nce açıklanmalıdır. Rıza her zaman geri alınabilirse de yapılmakta olan akut bir m¼dahalede hastanın yaşamını veya sağlığını tehlikeye sokacak şekilde geri alınamaz³²³

Kural olarak bilinci yerinde olmadığı için rıza g¼steremeyen hastanın varsayılan rızasına dayalı olarak yapılan tıbbi m¼dahale de hukuka uygun olacaktır.

M¼dahaleye maruz kalan kişi bilseydi objektif ¼l¼lere g¼re rıza g¼stereceđi kabul ediliyorsa varsayılan rıza m¼dahaleyi hukuka uygun kılar.³²⁴

Bunun için hastanın objektif iyiliğinin amaçlanması, hastanın ¼nceden beyan ettiği bağlayıcı nitelikte irade açıklaması bulunmaması, hastanın iradesine m¼dahale için gerekli s¼rede ulaşılamıyor olması ve m¼dahalenin hasta tarafından rıza g¼sterilmesine uygun nitelikte olması gereklidir.³²⁵

Ancak acil m¼dahalelerde kabul edilebilecek bu durum estetik amaçlı tıbbi m¼dahalelerde kabul edilemez. Salt g¼zelleřtirme amaçlı tıbbi m¼dahalelerde hastanın rızası dışına çıkılmamalıdır.

Hasta kendi geleceğini belirleme hakkı kapsamında tedaviyi reddedebilir. Bunun istisnası genel sağlığın korunması halleri ile ceza yargılaması ve ceza sistemindeki zorla m¼dahale halleridir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de belirli koşulların varlığı halinde tutuklu ve h¼k¼ml¼lere zorla tıbbi m¼dahalede bulunulmasını insan

³²² "Taraf Devletler, g¼r¼řlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğun kendini ilgilendiren her konuda g¼r¼řlerini serbestçe ifade etme hakkını bu g¼r¼řlere çocuğun yaşı ve olgunluk derecesine uygun olarak, gereken ¼zen g¼sterilmek suretiyle tanırlar"

³²³ ERMAN, 237.

³²⁴ Ecem Kirkit, *Tıbbi M¼dahalenin Hukuka Uygunluğu*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2016), 138.

³²⁵ ERMAN, 238.

haklarına aykırılık olarak kabul etmemiştir.³²⁶ Ancak bu düzenleme de hükümlüye zorla estetik müdahale yapılabileceği şeklinde yorulanamaz.

Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'un 4. maddesinde; *"Sterilizasyon ameliyatı, tıbbi sakınca olmadığı takdirde reşit kişinin isteği üzerine yapılır. Bir ameliyatın seyri sırasında tıbbi zaruret nedeniyle bir hastalığın tedavisi için kastrasyonu gerektiren hallerde, kişinin rızasına bakılmaksızın kastrasyon ameliyesi yapılabilir"* denilmek suretiyle rızaya istisna getirmiştir.

4.2.RIZANIN SAKATLANMASI

Hastanın rızaya ilişkin beyanının tehdit, hata veya hile ile sakatlanmamış olması gereklidir.

Her türlü tıbbi müdahale, kişinin özgür ve aydınlatılmış rızasına dayalı olmalıdır, eksik aydınlatma veya kandırma, tehdit, baskı yoluyla alınan rıza geçersizdir.³²⁷

Örneğin; Hastada bulunmayan belirtileri önemli bir hastalığın göstergesi olduğuna inandırıp hastayı ameliyat etmek veya deneysel çalışmalara tabi tutmak³²⁸ gibi durumlarda açıklanan rıza geçerli olmayacağından hekimin sorumluluğu doğacaktır.

4.3.RIZANIN ŞEKLİ

Mevzuatta açıkça belirtilmediği sürece rıza şekle tabi olmamakla birlikte yazılı olması ispat bakımından önemlidir.

1219 Sayılı Kanun'un 70. maddesinde büyük ameliyatlar için rızanın yazılı olması gerektiği düzenlenmiştir.

TMK'un 23. maddesinde de rızanın yazılı olması özel olarak düzenlenmiştir; *"Yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve nakli mümkündür."*

Rıza ceza hukuku bakımından da şekle bağlı değildir.³²⁹

ODNK'un muvafakat başlıklı 6. maddesinde de rızanın yazılı olması öngörülmüştür.³³⁰

³²⁶ ERMAN, 239.

³²⁷ 13. HD 13.12.2013, 27946/31316. HAKERİ, TIP HUKUKU.

³²⁸ DERYAL, PROBLEM, 44.

³²⁹ ERMAN, 237.

Genel olarak tıbbi müdahaleler açısından rıza açık veya örtülü olarak verilebilir. Örneğin kan tahlili istenen kişinin kolunu uzatması örtülü rızasının olduğunu gösterir.³³¹

Ancak estetik cerrahi ameliyatları açısından rızanın örtülü şekilde verildiğinin iddia edilmesi sorun teşkil edecektir. 1219 sayılı kanun gereği genel veya lokal anestezi ile yapılan büyük ameliyatlar için rızanın yazılı olması gerekmektedir.

Büyük cerrahi müdahaleler dışında örneğin hastanın dudağına dolgu enjekte edilmesi gibi küçük olarak nitelendirilebilecek bir tıbbi müdahaleye verilecek rızanın yazılı olması zorunlu değilse de ispat açısından aydınlatma ve rızanın yazılı olarak yapılmasında yarar olduğu kanaatindeyim.

Doktor hastasına uygun tedaviyi tavsiye etmeli, gerekli her türlü tedbirleri önceden düşünmeli ve almalıdır. Tıbbi müdahale süresince ameliyat tekniğinin, halin icaplarının gerektirdiği bütün tedbirleri almalı, bu tip sonuçlar nadir görülebilecek nitelikte olsa bile hastayı aydınlatıp uyarmalı ve onun yazılı rızasını almalıdır. Ameliyatın rizikoları; muhtemel hâsıl olacak sonuç ve komplikasyonlar hakkında yeterli derecede hastanın aydınlatıldığı ve buna rağmen ameliyata bilinçli olarak rıza gösterdiği hekim tarafından kanıtlanmalıdır.³³²

Hasta okuryazar olmasa dahi imzası geçerlidir. Nitekim Yargıtay bonodaki keşideci imzasına okuryazar olmama nedeniyle yapılan itirazın dahi reddine karar vermiştir. Borçlunun başka belgelerde parmak izi kullanması bonodaki imzanın geçersizliğine karine teşkil etmez demiştir.³³³

³³⁰ “Madde 6 – Onsekiz yaşını doldurmuş ve mümeyyiz olan bir kişiden organ ve doku alınabilmesi için vericinin en az iki tanık huzurunda açık, bilinçli ve tesirden uzak olarak önceden verilmiş yazılı ve imzalı veya en az iki tanık önünde sözlü olarak beyan edip imzaladığı tutanağın bir hekim tarafından onaylanması zorunludur.”

³³¹ Hakan Hakeri, “Hastanın Rızası (Onay)”, <https://www.medimagazin.com.tr/authors/hakan-hakeri/tr-hastanin-rizasyonay-72-64-1640.html>, (Erişim Tarihi: 29.03.2019).

³³² Özgür Sunay, *Estetik Cerrahin Hukuki Sorumluluğu*, (Türk Plastik Rekonstr. Est.Cer. Dergisi cilt. 13, sayı 1, 2005), 37, (13. HD, 05.04.1993, 131/2741).

³³³ HAKERİ, TIP HUKUKU, 303.

H.H.Y.'nin "rıza formu" başlıklı 26. maddesi ile rıza formu doldurulup arşivde saklanma mecburiyeti getirilmiştir.³³⁴

4.4.RIZA FORMUNUN İÇERİĞİ

Geçerli bir rıza formunda asgari olarak yer alması gerekenler HHY 26. maddesinin atfı ile bilgilendirmenin kapsamı başlıklı 15. maddede belirtilmiştir. Buna göre rıza formunda maddede belirtilen bilgilerin yer alması gereklidir.³³⁵

Hakeri ispat açısından iyi bir rıza formunda olması gerekenleri listelemiştir.³³⁶

Buna göre;

1-Hastanın adı, soyadı, TC no.su,

2-Rızanın verildiği gün ve saat,

3-Hastanın mevcut sağlık durumu,

4-Planlanan tıbbi müdahalenin türü ve hedefi,

5-Aydınlatmayı yapan ve rızayı alan hekimin adı,

6-Yapılacak tıbbi müdahalenin olası bedensel riskleri,

7-Müdahale edilmemesinin sonuçları ve yapılacak tıbbi müdahalenin -varsa- alternatifleri,

8-Alternatif yöntemlerin prognoz³³⁷ ve riskleri,

9-Müdahalenin başarısına yönelik bir taahhüt veya garanti bulunmadığı,

³³⁴ "Madde 26- "Mevzuatta öngörülen durumlar ile uyumsuzluğa mahal vermesi tıbben muhtemel görülen tıbbi müdahaleler için sağlık kurum ve kuruluşunca 15 inci maddedeki bilgileri içeren rıza formu hazırlanır. Rıza formunda yer alan bilgiler; sözlü olarak hastaya aktarılarak rıza formu hastaya veya kanuni temsilcisine imzalatılır. Rıza formu iki nüsha olarak imza altına alınır ve bir nüshası hastanın dosyasına konulur, diğeri ise hastaya veya kanuni temsilcisine verilir. Acil durumlarda tıbbi müdahalenin hasta tarafından kabul edilmemesi durumunda, bu beyan imzalı olarak alınır, imzadan imtina etmesi halinde durum tutanak altına alınır. Rıza formu bilgilendirmeyi yapan ve tıbbi müdahaleyi gerçekleştirecek sağlık meslek mensubu tarafından imzalanır. Verilen bilgilerin doğruluğundan ilgili sağlık meslek mensubu sorumludur. Rıza formları arşiv mevzuatına uygun olarak muhafaza edilir."

³³⁵ "Hastaya;

a) Hastalığın muhtemel sebepleri ve nasıl seyredeceği,

b) Tıbbi müdahalenin kim tarafından nerede, ne şekilde ve nasıl yapılacağı ile tahmini süresi,

c) Diğer tanı ve tedavi seçenekleri ve bu seçeneklerin getireceği fayda ve riskler ile hastanın sağlığı üzerindeki muhtemel etkileri,

ç) Muhtemel komplikasyonları,

d) Reddetme durumunda ortaya çıkabilecek muhtemel fayda ve riskleri,

e) Kullanılacak ilaçların önemli özellikleri,

f) Sağlığı için kritik olan yaşam tarzı önerileri,

g) Gerektiğinde aynı konuda tıbbî yardıma nasıl ulaşabileceği hususlarında bilgi verilir."

³³⁶ HAKERİ, TIP HUKUKU, 440 vd.

³³⁷ "Prognoz: önceden bilme, öngörü, bir hastalığın seyri hakkında tahmini ve iyileşme şansı olup olmadığı anlamında kullanılan tıbbi bir terimdir." <https://www.turkcebilgi.com/prognoz>
Erişim tarihi: 08.03.2019

- 10-Müdahaleyi yapan hekimin ismi (rızaı alan farklı ise),
- 11-Hastanın tıbbi müdahaleye rızası,
- 12-Tıbbi müdahale sırasında daha önce öngörülemeyen durumların gerçekleşmesi halinde hekime yapılacak müdahaleyi değiştirebilmesi için izin verilip verilmediği, sınırlama varsa nelerden ibaret olduğu,
- 13-Varsa hastanın soruları ve bunlara cevaplar,
- 14-Hastanın vücudundan alınacak organ veya dokuların imhası dâhil olmak üzere akıbetine ilişkin rıza,
- 15-Hastanın yahut yasal temsilcisinin yanı sıra bir tanığın imzaları rıza formunda yer almalıdır.

Hastanın rıza göstermemesi veya imzadan imtina etmesi durumunda da bu hususların tutanağa bağlanması gereklidir.³³⁸

Elbette ki hastanın rıza göstermemesi durumunda salt estetik amaçlı bir tıbbi müdahale yapılmamalıdır.

Aydınlatmayı bizzat hekim yapmalıdır, diğer sağlık personelinin yaptığı aydınlatma sonucu alınan rıza geçerli değildir.

Aydınlatma kişiye özel olmalı, tıbbi terimlerden öte hastanın anlayabileceği sade bir şekilde bilgi verilmelidir. Bunun sonucunda rıza formunun da yine hastanın anlayabileceği, teknik olmayan bir dille düzenlenmesi önemlidir.

Yargıtay tetanoz aşısının yapılmamasının hastanın talebi doğrultusunda olduğunun ispatı için hastane protokol defterini yeterli görmemiş, hastanın imzasını içeren yazılı belge aramıştır.³³⁹

4.5.RIZA EHLİYETİ

Hastanın uygulanacak tıbbi müdahale ve tedaviyi anlayıp değerlendirmesi ve vücuduna bunların uygulanmasını talep etmesi rızaya ehliyet olarak tanımlanmaktadır.³⁴⁰

Yaş, akıl hastalığı veya zayıflığı sebebiyle müdahalenin önemini kavrayamayan, sonuç ve risklerini öngöremeyen veya sahip olduğu diğer seçenekleri kavrayamayan kişilerin rızaya ehliyeti yoktur.³⁴¹

³³⁸ Aynı yönde; YENİPİNAR, 53

³³⁹ HAKERİ, TIP HUKUKU, 441.

³⁴⁰ BAYRAKTAR, 130.

³⁴¹ ERMAN, 80.

Rıza şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğundan tıbbi müdahale kimin vücudu üzerinde uygulanacaksa kural olarak rızanın onun tarafından verilmesi gerekir.³⁴²

Biyotıp Sözleşmesi'nin 6. maddesinde muvafakat verme yeteneği olmayan kişilerin korunması düzenlenmiştir. Sadece onun yararına olan işlemler için kanuni temsilcisinin rızası ile işlem yapılabileceği ve ilgilinin de mümkün olduğunca sürece dâhil edilmesi gerektiği belirtilmiştir.³⁴³

“Estetik ameliyatlar bedensel ve ruhsal bakımdan sağlıklı olan herkese yapılabilir. Bununla beraber bazı estetik cerrahi müdahalelerde o müdahalenin yapılabileceği ideal bir yaş veya yaş sınırlamaları bulunur. Damak yarığı (kurtağzı) 1,5 yaşında, kepçe kulak 6 yaşında, sırf güzelleştirme amaçlı burun estetiği ve meme büyütme 17 yaşının üzerindekiilere, yüz gerdirme operasyonları ise 40 yaş üzerindekiilere yapılmalıdır.”³⁴⁴

Tıbbi endikasyon nedeniyle mecburen 18 yaşın altında gerçekleştirilen estetik tıbbi müdahalelerde sonuç taahhüdü olmadığı, hastanın mevcut durumunun “mümkün olduğunca” ameliyatla düzeltileceği konusunda aydınlatılması gerektiği belirtilerek bu müdahalelerin eser sözleşmesi niteliğinde olmadığı Yargıtayca da kabul edilmiştir.³⁴⁵

Burun da gelişimini 18 yaşında tamamlamaktadır. Burun ve meme estetiği ameliyatları 18 yaşından itibaren yapılabilir.

³⁴² Emine Dede, *Tıp Hukukunda Çocuk Hastaların Hakları*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017), 88.

³⁴³ “1. Muvafakat verme yeteneğine sahip olmayan bir kimse üzerinde tıbbî müdahale, aşağıdaki 17 ve 20'nci maddelere uygun olarak, sadece onun doğrudan yararı için yapılabilir. 2. Yasal olarak bir müdahaleye muvafakat verme yeteneği bulunmayan bir küçüğe, sadece temsilcisinin veya kanun tarafından belirlenen yetkili makam, kişi veya kurumun izni ile müdahalede bulunulabilir.

Küçüğün fikri, yaşı ve olgunluk derecesiyle orantılı bir şekilde artan belirleyici bir etken olarak dikkate alınmalıdır.

3. Bir yetişkin, yasal olarak akıl hastalığı, bir hastalık veya benzer nedenlerden dolayı müdahaleye muvafakat etme yeteneğine sahip değilse, ancak temsilcisinin veya kanun tarafından belirlenen yetkili makam, kişi veya kurumun izni ile müdahalede bulunulabilir. İlgili kişi, mümkün olduğu kadar izin verme sürecine katılmalıdır.

4. Madde 5'de belirtilen bilgiler, benzer koşullarda yukarıda 2'nci ve 3'üncü paragraflarda belirtilen temsilci, yetkili makam, kişi veya kuruma da verilmelidir.

5. Yukarıda 2'nci ve 3'üncü paragraflarda belirtilen izin, ilgili kişinin menfaatine daha uygun olursa her zaman geri çekilebilir.”

³⁴⁴ Baki Çokneşeli, “Estetik, Plastik Ve Rekonstrüktif Cerrahi”, <http://www.estetik-cerrahi.com/estetikcerrahi.html>, (Erişim tarihi: 04.04.2019).

³⁴⁵ MEMİŞ, 215.

İleri düzeyde meme büyümesi sorunu yaşayan erkek hastaya 18 yaşından itibaren ameliyat yapılabilir ancak burada hastanın buna ruhsal olarak hazır olması önemli olup psikiyatri uzmanından destek almak gerekebilir.

“Salt güzelleştirme amacıyla değil, tıbbi zorunluluklar sebebiyle küçüklere uygulanan estetik ameliyatlarda, tıbbi zorunluluk ön planda olup gelişimleri ve ruh sağlıklarının korunması için önemlidir. Anomaliler, elde altı parmak bulunması, bazı yanık izleri de estetik müdahale yapılmasını zorunlu kılabilir.

Ergenlik döneminde, akne sorunu için dermatolog gözetiminde ilaç tedavisi veya estetik amaçlı işlemler uygulanabilir.

18 yaşından önce yapılacak ameliyatlarda anne ve babanın yazılı izni gerekir.”³⁴⁶

18 Yaşından önce estetik ameliyat yapılmasının tercih edilmemesinin nedenleri; küçüklerin henüz ruhsal açıdan olgunluğa ulaşmamış olmaları ve fiziksel gelişimlerini tamamlamamış olmaları nedeniyle yapılacak müdahale ile istenilen sonuca ulaşmanın zor olmasıdır.

Ayırt etme gücüne sahip olmayan bir kişiye salt güzelleştirme amaçlı estetik ameliyat yapılamaz. Buna karşın doğumsal bozukluğun giderilmesinin küçüklerin ayırt etme gücüne henüz sahip olmadıkları yaşlarda mümkün olması halinde kanunî temsilcilerinin bilgilendirilmesi ve rızası ile estetik ameliyat olabilir.

Ancak rıza kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğundan temyiz kudretine sahip küçüklerin ve kısıtlıların da rıza gösterebilmeleri gerekir. Bu husus Hasta Hakları Yönetmeliği'nde düzenlenmiştir. Küçüğün öncelikle bilgilendirilmesi ve kendisi ile ilgili kararlara katılımının sağlanmasına öncelik verilmiştir.

H.H.Y.'nin “hastanın rızası ve izin” başlıklı 24. maddesine göre; “*Tıbbi müdahalelerde hastanın rızası gerekir. Hasta küçük veya mahcur ise velisinden veya vasisinden izin alınır. Hastanın, velisinin veya vasisinin olmadığı veya hazır bulunmadığı veya hastanın ifade gücünün olmadığı hallerde, bu şart aranmaz.*”

Türkiye'deki uygulamada rıza için belirli bir yaş sınırı mevcut değildir. Ancak genel görüş Ceza Kanunu'ndaki kusur yeteneğine ilişkin yaş sınırlarının rıza için de kabul edilebileceği yönündedir. Yani 12 yaşından küçüklerin rıza verme yeteneğinin

³⁴⁶ <https://www.acibadem.com.tr/Hayat/BilgiGalerisi/hangi-yasta-hangi-estetik>, (Erişim tarihi: 03.03.2014).

bulunmadığı, 15 yaşından itibaren de çok önemli olmayan tıbbi müdahalelere rıza gösterebileceği görüşü mevcuttur. Bununla birlikte somut olayın özellikleri dikkate alınmalıdır. Gerek çocuğun gelişim ve kişilik özellikleri gerekse yapılacak müdahalenin türü ve sonuçları dikkate alınmalıdır.

Çocuğun somut olayda yapılacak tıbbi müdahalenin anlamını, esasını, aciliyetini sonuç ve etkilerini, risklerini ana hatlarıyla anlayıp değerlendirebilecek durumda olması gerekir. Çocuğun müdahaleye karar verildiği andaki yaşı, eğitim ve yetenekleri, tutum ve davranışlarına göre rıza ehliyetine sahip olup olmadığı değerlendirilmelidir.³⁴⁷

Medeni Kanun ayırt etme gücünü 13. maddesinde tanımlamıştır.³⁴⁸ Buna göre; “ayırt etme gücü kişinin eylem ve işlemlerinin amaç, sonuç, kapsam ve etkilerini seçebilme ve buna uygun hareket edebilme yeteneğidir.”

Ayırt etme gücü nispi olup her somut olaya göre ayrı değerlendirilmesi gerekir. Çocuk kendisine yapılacak aşı konusunda ayırt etme gücüne sahipken cerrahi müdahale konusunda ayırt etme gücüne sahip olmayabilir.³⁴⁹

Estetik tıbbi müdahalelerde 15 yaşından küçüklerde sadece tıbbi endikasyonu olan estetik müdahalelerin yapılması uygundur, kanuni temsilcinin rızası yeterli olup ayrıca çocuğun rızası aranmayacaktır.

15-18 yaş arasında ise küçüğün rızası aranacaktır. Herhalükarda çocuğun kişilik özellikleri ve gelişimine uygun olarak aydınlatılması gerekir.

Bir tıbbi müdahaleye kanuni temsilcisinin rıza vermesine rağmen küçüğün rıza göstermemesi halinde temyiz kudretinin olup olmadığı araştırılmalıdır.³⁵⁰

TMK'un “ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar” başlıklı 16. maddesine göre;

“Ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlıların kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanmaları halinde yasal temsilcilerinin rızası gerekli değildir.”

³⁴⁷ DEDE, 89, (Hakeri 357-360).

³⁴⁸ “Yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkes, bu Kanun’a göre ayırt etme gücüne sahiptir.”

³⁴⁹ DEDE, 90.

³⁵⁰ GENCER, 85.

Örneğin 17 yaşındaki bir erkek çocuğun meme büyümesi nedeniyle yapılmak istenen estetik müdahaleye rızası yoksa bu müdahalenin yapılmaması gerektiği kanaatindeyim.

Velilerin tıbbi endikasyonu bulunan bir tıbbi müdahaleye rıza göstermesi hak olduğu kadar sağlıklı gelişmesini sağlamak açısından da bir yükümlülüktür. Uyuşmazlık halinde çocuğun yararı esas alınmalıdır.

Velayet hakkına sahip ebeveynlerin rıza verme konusunda müşterek bir karar alması gerekir. Çocuğa yapılacak tıbbi müdahale konusunda ebeveynler arasında fikir ayrılığı çıktığı takdirde hâkimin müdahalesi gerekir.

Eşler boşandığı takdirde rıza yetkisi velayet sahibi tarafa aittir.

Rızanın yasal temsilci tarafından verilmesi ancak tıbbi endikasyonu olan tıbbi müdahaleler açısından mümkündür, salt estetik amaçlı ameliyatlar ile küçüğün verici olacağı organ ve doku nakli ameliyatları veya tıbbi deneyler için rızanın kabulü daha sıkı şartlara bağlı olmalıdır. Örneğin kardeşini kurtarmak için dünyaya getirilen bebekten ilik alınmasında olduğu gibi zorunluluk hallerinde rıza geçerli kabul edilecektir.

Medeni Kanun'un 339. maddesinde velâyetin kapsamı düzenlenmiştir.³⁵¹

TMK 346 uyarınca; *“çocuğun menfaati ve gelişmesi tehlikeye düştüğü takdirde, ana ve baba duruma çare bulamaz veya buna güçleri yetmezse hâkim, çocuğun korunması için uygun önlemleri alır.”*

Vesayet hakkının kötüye kullanılması halinde de TMK'un 487. maddesi gereği *“vasinin rıza vermekten kaçınmasının vesayet altındaki zararına olduğu durumlarda vesayet makamı gerekli tedbirleri alacak, mahkeme kararı ile gerekli tıbbi müdahale yapılacaktır.”*³⁵²

³⁵¹ “Ana ve baba, çocuğun bakım ve eğitimi konusunda onun menfaatini göz önünde tutarak gerekli kararları alır ve uygularlar. Çocuk, ana ve babasının sözünü dinlemekle yükümlüdür. Ana ve baba, olgunluğu ölçüsünde çocuğa hayatını düzenleme olanağı tanır; önemli konularda olabildiğince onun düşüncesini göz önünde tutarlar.”

³⁵² “md. 487- Vesayet makamı, görevden alma ve uyarıda bulunmanın yanı sıra, vesayet altındaki kişinin korunması için gerekli diğer önlemleri de almakla yükümlüdür.”

Vasinin gerekli rızayı vermekten imtina etmesi halinde hekim de mahkemeye başvurarak şikâyetle bulunabilir.³⁵³

Ancak elbette ki rıza vermekten açıkça kaçınılma durumunda mahkemeye başvurmak için de yeterli süre bulunmaması, küçüğün veya kısıtlının yaşamı ve sağlığı üzerinde ciddi bir tehlikenin bulunması halinde küçüğün korunmasına yönelik amaç hukuka uygunluk nedeni sayılmalıdır.

HHY madde 24 de rızanın aranmadığı durumları düzenlemektedir.³⁵⁴ Ancak maddede sayılan durumların hiçbiri eser sözleşmesi kapsamında değildir.

Kanaatimizce kepçe kulak düzeltme ya da meme büyümesi yaşayan erkek çocuğun meme küçültme ameliyatının yapılması gibi durumlarda çocuğun ayırtım gücü ve ruhsal sağlığı dikkate alınarak 18 yaşından önce de (16-18 yaş aralığında) salt estetik amaçlı ameliyat olmasına izin verilebilir. Ancak somut olayın nitelikleri göz önünde bulundurularak salt estetik amaçlı tıbbi müdahaleler bakımından temyiz kudretine sahip, 16-18 yaş aralığındaki küçük ile kanuni temsilcinin rızası birlikte aranmalıdır. Küçüğün rızası olmasına karşın kanuni temsilcisinin rıza vermediği durumlarda hâkimin müdahalesi istenmelidir.

5.TIP BİLİMİNİN VERİLERİNE, TIBBİ STANDARTLARA UYGUN, ÖZENLİ TIBBİ MÜDAHALE

Tıp biliminin gereklerine uygun müdahaleden bahsedebilmek için;

- 1) endikasyon (tıp bilimine göre zorunlu; gerekli) olmalı,
- 2) tıbbi müdahale tıp biliminin verilerine ve tıbbi standartlara uygun, özenli şekilde yapılmalıdır.

Özenli yapma; hekimin hastanın yararına olan şeyleri yapması ve zarar verecek şeyleri yapmaktan kaçınması anlamına gelmektedir. Aksi davranış tazminat ve taksir nedeniyle cezai sorumluluğa yol açabilecektir.

³⁵³ TMK 461 uyarınca; “ayırt etme gücüne sahip olan vesayet altındaki kişi ve her ilgili, vasinin eylem ve işlemlerine karşı vesayet makamına şikâyetle bulunabilir.”

³⁵⁴ “1)Hastanın hayati tehlikesinin bulunduğu durumlar,
2)bilincinin kapalı olduğu acil durumlar
3)organ kaybına veya fonksiyonunu ifa edemez hale gelmesine yol açacak durumlar”da rıza aranmaz.”

Hekim anamnez alma, teşhis, aydınlatma, tedavi gibi tıbbi müdahalenin her aşamasında özen göstermekle yükümlüdür.

Davalı hekim mesleki bilgisinin tüm gereklerini ifa ettiğini, kusurunun bulunmadığını ispat etmek zorundadır.³⁵⁵

Yargıtay da “estetik ameliyatı yapan hekim, estetik görünüm elde edileceğine ilişkin belirli bir teminat verdiği takdirde sözleşmenin eser sözleşmesi olduğunu ve doktorun mesleki bilgisinin gereklerini tümüyle yerine getirdiğini ispat etmesi gerektiğine karar vermiştir. Ameliyat öncesi ve sonrası fotoğraflardaki aleyhe yöndeki açık fark halinde gerekirse hastayı da muayene etmek üzere Adli Tıp Kurumu’nca inceleme yapılması gerektiğini” belirtmiştir.³⁵⁶

TBK’nun 112. maddesi gereği; *“Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür.”*³⁵⁷

6.TIBBİ STANDART

Tıbbi standart; tıp ilminin genel kabul görmüş meslek kurallarıdır.

Tarihte ilk kez yazılı tıp kuralları bir kitap halinde M.Ö. 3300’lerde Mısır’da din adamlarınca oluşturulmuştu.

Bugün tıbbi standart olarak adlandırılan terimin o günkü yansıması olarak adlandırabileceğimiz bu kitap iyileşen hastaların conope veya memphis isimli tapınaklara gidip, hastalıkları ve tedavi süreci ile ilgili bilgileri paylaşmaları sonucunda buradaki din adamlarının oluşturduğu bir kitaptı.³⁵⁸

Bu kitapta yazılı kuralları uygulayan hekimin hastanın ölmesi ya da iyileşmemesi halinde bir sorumluluğu yoktu. Ancak hekim kitapta yazılı kurallara uymaz ya da hasta iyileşmezse hekim ölüm cezası ile cezalandırılmaktaydı.³⁵⁹

Aristo ise tıp kurallarına aykırı davranarak hastasının ölümüne neden olan hekimin ölümle cezalandırılması gerektiğini ileri sürmekteydi³⁶⁰

³⁵⁵ HAKERİ, TIP HUKUKU, 461.

³⁵⁶ DERYAL, 116.

³⁵⁷ 13.H.D. 05.04.1993, 131/2741.

³⁵⁸ GENCER, 19-20.

³⁵⁹ GENCER, 19-20.

Tıbbi standart; “hekimin tedavi amacına ulaşması için gerekli ve denenmiş, hekim tecrübesi ve bilimin o ülkede ve o andaki düzeyidir.”³⁶¹

“Standart tıbbi uygulama; bilimsel açıdan kabul görmüş tıbbi uygulama kurallarına uygun şekilde yapılan işlemlerdir.”³⁶²

Biyotıp Sözleşmesi 4. maddede; *“araştırma dâhil, sağlık alanında herhangi bir müdahalenin ilgili mesleki yükümlülükler ve standartlara uygun olarak yapılması gerekir”* düzenlemesi mevcuttur. Sözleşmeye göre; uygulamanın tedavi veya hayat kalitesinin yükseltilmesi amacına yönelik yapılması zorunlu olup, yazılı olan ve olmayan meslek kurallarına; tıbbi standartlara uygun olması gerekmektedir.

Hekimin standardın dışına çıkması Yargıtay’a göre kusur kabul edilip hekim zarardan sorumlu tutulmaktadır.

*“Araştırma dâhil, sağlık alanında herhangi bir müdahalenin, ilgili mesleki yükümlülükler ve standartlara uygun olarak yapılması gerekir.”*³⁶³

*“Tabip ve diş tabibi, ilmi icaplara uygun olarak teşhis koyar ve gereken tedaviyi tatbik eder... Tababet prensip ve kaidelerine aykırı veya aldattıcı mahiyette teşhis ve tedavi yasaktır”*³⁶⁴

“Hasta, modern tıbbi bilgi ve teknolojinin gereklerine uygun olarak teşhisinin konulmasını, tedavisinin yapılmasını ve bakımını istemek hakkına sahiptir.”³⁶⁵

“Hekimin mesleki özerkliği tıbbi standart içindeki yöntemlerden birini seçmekle sınırlıdır. Hekimin genel kabul gören uygulamayı tercih etmemesi tıbbi malpraktis teşkil eder ve hastanın rızası bunu değiştirmez.”³⁶⁶

Hastanın hekime örneğin Angelina Jolie burnu istiyorum demesi veya şu marka silikonun kullanılmasını istiyorum demesi karşısında hekimin özerkliğinin estetik müdahalelerde sınırlandığı da düşünülmelidir. Hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı bu anlamda genişlemektedir. Ancak bu durumda dahi hastanın talebinin

³⁶⁰ GENCER, 21-22.

³⁶¹ KAYA, 52, (Hakeri, 270; Savaş, Halide, Tıbbi Müdahale Hataları, Ankara-2009, 41).

³⁶² (web-1)

³⁶³ Biyotıp Sözleşmesi madde 4.

³⁶⁴ Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi madde 13.

³⁶⁵ H.H.Y. madde 11.

³⁶⁶ HAKERİ, TIP HUKUKU, 167.

yerine getirilmesi tıbben mümkün değilse hasta bu konuda öncelikle aydınlatılmalı ve tıbbi standarda aykırı estetik müdahale hastanın rızası olsa dahi yapılmamalıdır.

Danıştay'a göre tıbbi standart ihlali teşhis, tedavi; endikasyon eksikliği, yanlış tedavi yöntemi seçimi ve müdahale sonrası bakım yönetimi gibi değişik şekillerde gerçekleşebilir.

Hekimin tedavi özgürlüğü tanı ve tedavide kullanacağı araç ve metodları seçmekte özgür olduğu anlamına gelmekle birlikte kanıta dayalı tıp ilkesi uyarınca tıp biliminin kabul ettiği çeşitli tanı ve tedavi araç ve yöntemleri arasından hastanın özelliklerini göz önünde tutarak objektif nedenlere dayandırabildiği bir seçim yapılmalıdır.³⁶⁷

“Tabip ve dış tabibi, sanat ve mesleğini icra ederken, hiç bir tesir ve nüfuza kapılmaksızın, vicdanî ve meslekî kanaatine göre hareket eder. Tabip ve dış tabibi, tatbik edeceği tedaviyi tâyinde serbesttir.”³⁶⁸

Ancak hekimin mesleki özerkliğinin sınırı tıbbi standarttır.

Tedaviyi seçme hakkı kural olarak hekimindir. Hekim bu seçimi yaparken hastanın özelliklerini de göz önünde tutmalı ve onu aydınlatmalıdır.³⁶⁹

Bu husus elbette ki hekimin yeni bir yöntemi hiç denememesi olarak yorumlanamaz, aksi takdirde tıpta ilerleme sağlanamayacaktır. Ancak bu durumda aydınlatmanın kapsamı daha da genişlemektedir. Hekimin seçeceği yöntemin daha az riskli, daha başarılı bir tedavi yöntemi sunması ve önemli itirazlar bulunmaması gerekmektedir. Bu husus T.D.N. de 6. ve 10.maddelerinde düzenlemiştir.³⁷⁰

³⁶⁷ ARINCI, 73, (Aşçıoğlu, a.g.e, 82; Yılmaz, a.g.e. 118; Günday, a.g.e, 59).

³⁶⁸ T.D.N. madde 6.

³⁶⁹ TÜRKMEN, 193, (HGK 07.03.1977 t. ve 1976/6297 E. 1977/2541 K.).

³⁷⁰ “Madde 6 – Tabip ve dış tabibi, sanat ve mesleğini icra ederken, hiç bir tesir ve nüfuza kapılmaksızın, vicdani ve mesleki kanaatine göre hareket eder.

“Madde 10 – Araştırma yapmakta olan tabip ve dış tabibi, bulduğu teşhis ve tedavi usulünü, yeter derecede tecrübe ederek faydalı olduğuna veya zararlı neticeler tevhit etmeyeceğine kanaat getirmediğiçe, tatbik veya tavsiye edemez. Ancak, yeter derecede tecrübe edilmemiş olan yeni bir keşfin tatbikatı sırasında alınacak tedbirler hakkında ilgililerin dikkatini celbetmek ve henüz tecrübe safhasında olduğunu ilave etmek şartı ile bu keşfi tavsiye edebilir. Bir keşif hakkında yanlış kanaat uyandıracak ifadeler kullanılması yasaktır.”

H.H.Y.'nin "alışılmış olmayan tedavi usullerinin uygulanması" başlıklı 27. maddesi hekime belirli kurallar dahilinde tıbbi standardın dışına çıkarak yeni yöntemleri uygulama şansı vermektedir.³⁷¹

Yeterince denenmemiş yöntemlerin uygulanabilmesi için klasik yöntemlerin yeterli olmaması gerekir.

Elbette alışılmış olmayan tedavi usullerinin uygulanması halinde hasta bu konuda çok daha detaylı şekilde aydınlatılmalı ve alternatif tedaviler, başarı şansları, komplikasyonlar konusunda bilgilendirilmelidir.

Danıştay da kararlarında hekimin mesleki özerkliğini kabul etmiştir. SGK'nın 9 hafta süre ile sınırladığı bir ilacın kullanımını hekimin hastası için 52 hafta olarak uygun görmesini hukuka uygun görmüş ve "hekimin yetkisinin kullanılacak ilaç miktarını ve süresini belirlemeyi de kapsadığı" gerekçesi ile İlaç ve Eczacılık Genel Müdürlüğü'nün işlemini iptal etmiştir.³⁷²

Hekimlik Meslek Etiği Kuralları madde 5 hekimin tıptaki yenilikleri izlemesi gereğini belirtmiştir.³⁷³ Hekimin yükümlülüğü yerleşmiş ve standartlaşmış kuralları uygulamaktır yoksa her yeni yöntemi hemen uygulamak zorunda değildir. Ancak uygulamasa da yenilikleri takip etmesi gerekmektedir.

Standartın belirlenmesinde "ex-ante bakış açısı" yani hekimin müdahalesinin yapıldığı zaman dikkate alınır. Daha sonra ortaya çıkan olay ve bilimsel gelişmeler dikkate alınamaz. Türkiye'de tıbbi standart nihai ve kesin olmamakla beraber ilgili bilim dallarınca yayınlanan kılavuzlara göre belirlenebilir.

Hekimin tıbbi standartı uygulamaması taksirine yol açar.

³⁷¹ "Klinik veya laboratuvar muayeneleri sonucunda bilinen klasik tedavi metodlarının hastaya fayda vermeyeceğinin sabit olması ve daha evvel deney hayvanları üzerinde kâfi derecede tecrübe edilmek suretiyle faydalı tesirlerinin anlaşılması ve hastanın rızasının bulunması şartları birlikte mevcut olduğunda, bilinen klasik tedavi 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 yapılabilir."

³⁷² HAKERİ, TIP HUKUKU, 166. (15.Hukuk Dairesi'nin 20.01.2016 tarihli 2677/69 sayılı kararı)

³⁷³ "Hekimin öncelikli görevi, hastalıkları önlemeye ve bilimsel gerekleri yerine getirerek hastaları iyileştirmeye çalışarak insanın yaşamını ve sağlığını korumaktır... Hekim, bu yükümlülüklerini yerine getirebilmek için, gelişmeleri yakından izler."

Tıbbi standart ihlali;

-teşhis konusunda açık hata

-tedavi; endikasyon eksikliği, yanlış yöntem seçimi, yöntemin hatalı uygulanması

-müdahale sonrası bakım alanlarında ortaya çıkabilir.

Hekimin ihlalinin sınırları belirlenirken somut durumda en bilgili, özenli, becerikli meslektaşının göstereceği davranış şekli değil, aynı uzmanlık alanına ve ortalama bilgi düzeyine sahip bir hekimin aynı koşullarda göstereceği davranış şekli aranmaktadır.³⁷⁴

Yargıtay *“Bir meslek veya sanat erbabı, meslek veya sanatını icra ederken muhakkak surette bilmesi gereken bir konuyu bilmemesi veya zararın önüne geçmek için bilimin lüzum gösterdiği tedbirleri ihmal etmesi yüzünden zarara sebebiyet verirse sorumlu olur. Ancak muhakkak olmayan tartışılan ve genellikle kabul olunmayan bilim kurallarına riayetsizlik sorumluluğu gerektiren bir kusur sayılmaz. Doktorlar tarafından yapılan ameliyatlar beklenen iyi sonucu vermemiş olsa dahi tıp biliminin bütün kurallarına uygun bir müdahale yapılmış ise, artık doktora kusur izafe edilemediğinden sonuçtan sorumlu tutulamaz.”*³⁷⁵

Yine küçük bir hastanenin ya da köydeki sağlık ocağının standartları ile üniversite hastanesinin standartları farklı değerlendirilir. Hekimin uzman olup olmadığı, ülkedeki tıbbın genel düzeyi de standarda uygunluğun belirlenmesinde etkilidir.

Ancak hekim, sağlık personeli ve teknik donanım açısından gereken tıbbi standarda sahip olmadığı takdirde sevk yükümlülüğü vardır. Hastanın uzman bir hekimin standardını talep etme hakkı vardır. Konsültasyonlarla da gerektiğinde tıbbi standart sağlanmalıdır.

“Federal mahkemeye göre hekim, hasta tarafından tedaviyi idareye memur bir vekil olması dolayısıyla görevini ifa ederken doğacak her kusurundan kural olarak sorumludur. Ancak hâkim hekimin eyleminin kusurlu olup olmadığını belirlerken bilimin kesin sınırları olmadığını, doktorun her şeye rağmen aldanabileceğini unutmamalıdır.”³⁷⁶

³⁷⁴ Haluk Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç ilişkileri*, (İstanbul: Vedat Yayınevi, 2008) 421.

³⁷⁵ ÖZDİLEK. (13. HD 2637/2492 sayılı, 14.10.1974 tarihli kararı).

³⁷⁶ ÖZDİLEK, “14 Haziran tarih ve 1938 JDT. 1938 567 sayılı İsviçre Federal Mahkemesi kararı”.

Cerrahın kendine aşırı güveni sonucu gösterdiği cüret nedeniyle tıp biliminde tanınmış kabul edilmiş esaslara uymaması mesleki acemiliktir ve zarardan sorumlu olacaktır.³⁷⁷

Hekimin tedavi şeklini belirlemede özgür olduğu da unutulmamalı, standarttan sapma hali somut olaya göre değerlendirilmelidir. Hastalık yoktur, hasta vardır sözü gereği her hastanın durumu ayrı değerlendirilmeli, genelleme yapmaktan kaçınılmalıdır.

Tıbbi standartları hâkim bilirkişi aracılığı ile tespit etmeli, standarda aykırılığı da mevcut olduğunu iddia eden hasta ispatlamalıdır.



³⁷⁷ PETEK, 197.

BÖLÜM IV

MALPRAKTİS VE KOMPLİKASYON

1.TIBBİ UYGULAMA HATASI (TIBBİ MALPRAKTİS)

Yargıtay tıbbi uygulamayı “*Hekimin, tababeti yerine getirirken, tıbbi uygularken, kişinin yaşamasını düzenlemek ve sağlığını koruyabilmek amacıyla yaptığı; hastalığın teşhisi, gerekli ilaçların verilmesi, cerrahi müdahalelerin yapılması, hastalığın devamlı olarak gözetilmesi, gerektiğinde yan etkili tedavi yollarına, yeni usullere başvurması gibi çeşitli konulardaki faaliyetleri*” olarak tanımlamıştır.³⁷⁸

Hekimin, “bilgisizliği, deneyimsizliği veya ilgisizliği sebebiyle hastanın zarar görmesi tıbbi uygulama hatasıdır.”

“Dünya Tabipler Birliği’nin 44. Genel Kurulu sonuç bildirgesine göre tıbbi kötü uygulama; hekimin tedavi sırasında standart uygulamayı yapmaması, beceri eksikliği veya hastaya tedavi vermemesi ile oluşan zarar olarak tanımlanmıştır”³⁷⁹

“Hekim veya yardımcı sağlık personelinin gereken özeni gösterip göstermediği konusundaki ölçü aynı hal ve koşullar altında, benzer statüde ve ortalama düzeydeki hekim ve yardımcı sağlık personelinin göstereceği özendir.”³⁸⁰

Yargıtay’a göre “*doktor tıp biliminin verilerini yanlış ya da eksik uygulamışsa, mesleğinin gerektirdiği özel koşullara gereği ve yeteri kadar uymamışsa, mesleki kusurunun varlığı kabul edilmelidir.*”³⁸¹

³⁷⁸ ARINCI, 13.(4.HD 07.03.1977 tarihli, 6297/2541kararı).

³⁷⁹ Oğuz Polat, Işıl Pakiş. *Tıbbi Uygulama Hatalarında Hekim Sorumluluğu*. (Acıbadem Üniversitesi Sağlık Bilimleri Dergisi Cilt: 2, Sayı: 3, Temmuz 2011), 119.
http://acibadem.dergisi.org/uploads/pdf/pdf_AUD_83.pdf, (Erişim Tarihi: 18.04.2019)

³⁸⁰ Mustafa Kıcalıoğlu, *Doktorların ve Hastanelerin Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumlulukları*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2011), 48, (dipnot-Ersoy).

³⁸¹ 13.HD, 05.04.1993, 131/2741; 4.HD. 7.3.1977, E.1976/6297, K.1977/2541. HAKERİ, TIP HUKUKU.

Tıbbi hata örnekleri; sağlıklı 3 dişin çekilmesi, diş çekilirken çenenin kırılması, hekimin tıbbi standartlara uymaması sayılabilir. Yargıtay'a göre sağlıklı dişin çekilmesi taksirle yaralama suçunu oluşturur.³⁸²

1.1.MALPRAKTİS; HEKİMİN ÖZEN YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜ İHLALİ

Hekimlik uygulamalarında yapılan hatalar genel olarak;

1. Yargı hatası; bilgi eksikliği, kasıt ve ihmalden doğan hata,
2. Teknik hata; tıbbi tekniği uygulama sırasında meydana gelen hata,
3. Mekanik hata; ekipmandan kaynaklanan hata,
4. Beklenti hatası; bilgilendirme aşamasında olmaları saptırmak veya saklamak suretiyle yanlış beklentiye neden olmadan kaynaklanan hatalar,
5. Sistem hatası; hekim kaynaklı olmayıp kurumdan kaynaklı veya uygulama şekli nedeniyle ortaya çıkan hatalar şeklinde ortaya çıkabilir.³⁸³

Bir diğer sınıflandırmaya göre de hatalar;

1. Teşhis hatası
2. Teknik hata ve girişim hatası
3. Kayıt ve iletişim eksikliğinden kaynaklanan hata,
4. Aydınlatma ve rıza hatası,
5. Karar hatası,
6. Konsültasyon veya yetki sınırlarının aşılmasından kaynaklanan hata,
7. Özen eksikliği ve terk etme nedenleriyle meydana gelebilir.³⁸⁴

Danıştay'a göre malpraktis; hekimin özen yükümlülüğünün ihlali 3 alanda yoğunluk göstermektedir. Bunlar;

- 1)Uygulama kusuru (tedavide hata); endikasyon, tanı, tıbbi tedbirin seçimi, uygulanması, tedaviden sonra bakım,

³⁸² HAKERİ, TIP HUKUKU, 1034, (4.CD 12.11.2003, 28399/11352).

³⁸³ POLAT, 27.

³⁸⁴ POLAT, 24.

2) Aydınlatma kusuru; aydınlatma ve anamnez alınması,

3) Organizasyon kusuru; klinik organizasyonu; personelin niteliği, sayısı, hekimlerin işbirliği (konsültasyon) hatalarıdır.³⁸⁵

1.2.HASTANIN TEDAVİSİNDE HATA

Hastanın tedavisinde hata hekimin icrai veya ihmali bir davranışı ile özen yükümlülüğüne aykırı olarak yaptığı tanı, tıbbi endikasyon hatası, standartlara uymama, tedavi hatası, ameliyat sonrası bakım hatası gibi çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir.

Tanı/teşhis; insandaki hastalığın bulgularına bakarak ne olduğunu tespit edip nitelemektir.³⁸⁶

Tanı; hastaya en uygun tedavi yönteminin seçilmesini sağlayan bir tıbbi müdahaledir.³⁸⁷

Hekimin hasta öyküsüne ilişkin tuttuğu kayıt ispat açısından önemlidir. Hastanın anamnez alınırken hekime beyan etmediği hastalık veya ilaçlarının olması müterafik kusuruna yol açar.

Bazı durumlarda klinik belirtiler yanıltıcı olabildiğinden tanı koymak güç olabilir, tanı ve endikasyon hatası sözkonusu olabilir. Hekim, tanı koymada zorunlu olarak kullanması gereken her türlü yöntem ve araçları, işlem ve tahlilleri tüketmek, anamnezi doğru almak zorundadır. Bunların eksik yapılması ya da sonuçlarının yanlış değerlendirilmesi gibi açık hatası varsa hekim kusurlu sayılmaktadır.³⁸⁸

Hekim, koyduğu tanıyı yazılı olarak hastaya bildirmelidir.³⁸⁹

Hekimin mesleki standartlara uymaması, genel kabul görmüş tıbbi standartlara aykırı davranması da tıbbi hataya yol açabilir. Standardın üstüne çıkma ya da altında kalmak şekillerinde olabilir.

³⁸⁵ Battal Yılmaz, *Hekimin Hukuki Sorumluluğu*, 3. Baskı, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2017) 407, (Danıştay 15. Daire 22.01.2015 tarihli, 2013/6732E-2015/179K).

³⁸⁶ TÜRKMEN, 36.

³⁸⁷ ARINCI, 69,(Kıcıoğlu, a.g.e, s.50).

³⁸⁸ Faik Çelik, "Cerrahin Yasal Sorumlulukları", www.medimagazin.com.tr/guncel/kategorisiz/tr-cerrahin-yasal-sorumluluklari-11-666-7204.html, (Erişim tarihi: 08.03.2019).

³⁸⁹ ARINCI, 72, (Günday, a.g.e, s.55).

Endikasyonun bulunmaması ya da yanlış yorumlanması da tıbbi hataya yol açabilir.

Tıbbi tedbirin seçimi ve uygulanmasında ve ameliyat sonrası bakımda hata sözkonusu olabilir. Hastanın kontrollerinin hiç ya da gereği gibi yapılmaması gibi.

1.3.HASTANIN AYDINLATILMASI VE RIZASININ ALINMASINDA HATA

Yapılan tıbbi müdahalenin hukuka uygun olmasının ön koşulu rızaya dayalı olmasıdır, rızanın geçerli olması da öncesinde doğru şekilde aydınlatmanın yapılmış olmasına bağlıdır. Bu nedenle muayene aşamasında hastanın yanlış bilgilendirilmesi aydınlatmada hata olup rızanın geçersiz olmasına neden olabilir.

Tıbbi müdahale sırasında yapılan bir hatayı hastaya bildirmemek de aydınlatma hatası olarak karşımıza çıkabilir.

1.4.HASTANE ORGANİZASYONUNDA HATA

Tıbbi hata hastanenin organizasyonundaki eksiklik ve kusurlardan da kaynaklanabilir. Örneğin;

1-hastanede yeterli sayı ve nitelikte personel bulundurulmaması,

2-aletlerin, teknik donanımın kurallara uygun olmaması,

3-hekimlerin birbiriyle ve yardımcı sağlık personeli ile işbirliği (tıbbi işbölümü)nden kaynaklanan hatalar,

Örneğin ameliyatı yapan hekim ile röntgeni çeken hekim arasındaki işbirliğinin organizasyonunu yapmak hastanenin görevi olup işbirliğinin sağlanamaması nedeniyle hata oluşabilir.

4- hizmet kalitesinden kaynaklanan hatalar,

5-aydınlatma organizasyonundan kaynaklanan hatalar;

Öncelikle hastanın hastane hizmet kalitesi hakkında aydınlatılması, tedavi ve bakım süreçlerine ilişkin bilgilerin hiç ya da gereği gibi verilmemesi şeklinde olabilir.

6-hasta ve hastane güvenliği,

7-hastane enfeksiyon ve hijyeni,

8- eczane ve ilaç hizmetleri,

9- yoğun bakım, ameliyat, ameliyathane hizmetleri,

10-acil tıp hizmetleri,

11- bilişim hizmetleri ve tıbbi dokümantasyon gibi kusurlardan³⁹⁰ kaynaklanabilir.

Hekimin kusuru, kişisel yetenek ve bilgisine göre mümkün olan özeni göstermemesi halinde mevcuttur. Buradaki durum sübjektif olup profesör ile asistan hekimin yetenek ve bilgileri farklı olacağından değerlendirme de bu hususlar gözönüne alınarak yapılmalıdır.

Yine örneğin başka bir hekimin başlattığı cerrahi müdahaleye hekimin operasyon sırasında kalp krizi geçirmesi nedeniyle devam etmek zorunda kalan cerrahın hasta ve hastalık hakkında önceden yeterli bilgiye sahip olmaması nedeniyle özen yükümlülüğünün ihlali ile sorumlu tutulması mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla özen yükümlülüğü her olayda ayrı şekilde değerlendirilmelidir.

Hekimin kusurunun bulunup bulunmadığı ortaya çıkan sonuca göre değil tıbbi müdahaleden önceki şartların değerlendirilmesi ile yapılmaktadır.

Üst düzeyde uzmanlık gerektiren, riskli ya da tekel niteliğinde olan tıbbi müdahalelerde üst düzeyde özen beklenir. Yine hastanın hekimin hatalarını denetleyecek tıbbi bilgisi bulunmaması da özen yükümlülüğünün standartlarını yükseltmektedir.

Hekimden özenin beklenmeyeceği hallerde kusurdan bahsedilemez. Örneğin 20 saat aralıksız nöbet sonunda aşırı yorgunluk nedeniyle hekimin hata yapması halinde sorumlu olmayacağına karar verilmiştir. Elbette burada hastanenin kusursuz sorumluluğu sözkonusu olabilecektir.

Hekimin bütün riskleri önleme yükümlülüğü bulunmamakta, yerine göre risk ve faydaları tartarak riski de üstlenmek zorundadır.

³⁹⁰ DEMİR, 261 vd.

Acil durumlarda da özellikle hastane dışında yapılan müdahalelerde zaman baskısı ve elde mevcut teknik ve ekipmanlar hekimin sorumluluğunu sınırlandırmaktadır. Ancak hastanelerin acil servislerindeki özen kriteri kural olarak yumuşatılamaz.

Nitekim Yargıtay da bir kararında; “ameliyatın acil olması, pazar günü yapılması ve elde mevcut olanak ve araçlarla yetinilmesi fen kurallarını uygulayan doktorun mazereti olamaz. Sağlığı kendisine emanet edilen hastanın ameliyatında bu kadar ağır bir savsama, uzmanlığın gerektirmediği bir sonuçtur. Müdahalenin acilliği, ameliyatın yapılma günü sonuca etkili olmadığı gibi işin ağırlığının kusurun ağırlık derecesini bertaraf etmesi olanağı yoktur. Unutma ise hoş görülecek tarafı olmayan çok ağır bir savsamadır” şeklinde karar vermiştir.

2.KOMPLİKASYON (İZİN VERİLEN RİSK)

“Komplikasyon; yapılan bir tıbbi uygulama neticesinde meydana gelen olumsuzluk, klasik tıp bilgilerinde, uluslararası kitap ve yayınlarda komplikasyon olarak nitelendiriliyorsa ve müdahale tıbbın kabul ettiği normal risk ve sapmalar çerçevesinde yapılmışsa kötü sonuçlar meydana gelse bile hekime sorumluluk yükletilemeyen olumsuzluklardır.”³⁹¹

“Örneğin; bir cerrahi girişim sonrasında yarada oluşan hematoma (kan birikimi) veya ciltte oluşan parestezi (duyu kaybı) basit komplikasyonlardır. Emboli (pıhtı atması), büyük damar yaralanmaları ciddi komplikasyonlardır.”³⁹²

Komplikasyon izin verilen risk olup, öngörülebilir ancak istenmeyen, tıbbi müdahale sonucunda hastayı zarara uğratan sonuçtur.

“Tıbbi tedavi veya cerrahi girişim sonucunda ortaya çıkan ve hastayı etkileyen hoş gitmeyen durum” veya “hastalığın tedavisi sırasında beklentilerin dışında ortaya çıkan gelişme”dir.

“Safra kesesi ameliyatından sonra cilt altında enfeksiyon oluşması kabul edilebilecek risk iken, ana safra yolunun kesilmesi ciddi bir komplikasyondur.”³⁹³

Danıştay’a göre komplikasyon; “Tıbbi girişim sırasında öngörülme, öngörülebilir bile önlenemeyen, bilgi ve beceri eksikliği sonucu olmayan, hekimin tıbben kabul

³⁹¹ HAKERİ, TIP HUKUKUNDA MALPRAKTİS, 25.

³⁹² HAKERİ, TIP HUKUKUNDA MALPRAKTİS, 25.

³⁹³ HAKERİ, TIP HUKUKUNDA MALPRAKTİS, 25.

edilen risk ve sapmalar çerçevesinde davranarak gerekli dikkat ve özeni göstermesine rağmen ortaya çıkan durum, istenmeyen sonuçtur. Hasta bu konuda önceden aydınlatılmış ve rıza vermişse ve meydana gelen komplikasyon sonrası süreçte uygulanan teşhis ve tedavi de tıp kurallarına uygunsa hekim bu sonuçlardan sorumlu olmayacaktır.³⁹⁴

“Tıbbi standartlara uygun tıbbi müdahalede bulunulmasına rağmen meydana gelebileceği tıp çevrelerince kabul görmüş ve her türlü tedbirin alınmasına rağmen kaçınılmaz olarak meydana gelen zararlara komplikasyon adı verilmektedir.”³⁹⁵

Neyin komplikasyon olarak kabul edileceği yere ve zamana göre değişebilir. Tıptaki ve teknolojideki gelişmeler sonucunda bazı ameliyatlarda daha önceleri kesin sonuç kabul edilen etkiler bugün komplikasyon sayılmaktadır.³⁹⁶

TDN madde 13'e göre hekim tıp ilminin gereklerine uygun teşhis ve tedavi yaptığı takdirde faaliyeti sonucunda hasta iyileşmese dahi sorumlu olmaz.

Tıbbın birçok belirsizliklere sahip olması ve insan vücudunun kişiden kişiye değişiklik göstermesi, hastalıkların farklı bireylerde farklı gelişim gösterebilmesi, cerrahi müdahalelerin hemen hepsinde bir riskin bulunması gibi nedenlerle tıbbi müdahaleler tıbbi gereklilik ve kurallara uygun olarak yapılmak koşuluyla hekimin ve/veya hastanenin sorumluluğunu doğurmayacaktır.³⁹⁷

Kimsenin öngöremeyeceği bir durumdan hekim de sorumlu tutulamaz.³⁹⁸

Hekimin müdahalesinin tıbbi standarda uygun olmadığı hallerde dahi netice öngörülebilir değilse hekim sorumlu tutulamaz.³⁹⁹

Kısaca gerekli özen ve dikkat gösterilmişse meydana gelecek olumsuz sonuçlar tıbbi müdahalenin normal riski içinde değerlendirilir, hekim ve hastane sorumlu tutulamaz.⁴⁰⁰

³⁹⁴ YILMAZ, 407, (Danıştay 15. Daire 22.01.2015 tarihli, 2013/6732E-2015/179K)

³⁹⁵ HAKERİ, TIP HUKUKUNDA MALPRAKTİS, 24.

³⁹⁶ TÜMER, sf. 125.

³⁹⁷ HAKERİ, TIP HUKUKUNDA MALPRAKTİS, 23.

³⁹⁸ HAKERİ, TIP HUKUKUNDA MALPRAKTİS, 24.

³⁹⁹ HAKERİ, TIP HUKUKUNDA MALPRAKTİS, 24.

⁴⁰⁰ HAKERİ, TIP HUKUKUNDA MALPRAKTİS, 25.

“Yapılan ameliyat beklenen iyi sonucu vermemiş olsa dahi tıp ilminin kabul edilen kurallarına uygun bir müdahale yapılmış ise doktora kusur izafe edilemeyeceğinden meydana gelen sonuçtan dolayı sorumluluğu yoluna gidilemez.”⁴⁰¹

Hekim ancak hatası nedeniyle sorumlu tutulabilir. Danıştay da kararlarında idarenin tıbbi hizmetlerden dolayı kusursuz sorumluluğunun bulunmadığı görüşündedir.⁴⁰²

Yargıtay da *“hekim tedavisini ya da ameliyatını deruhte ettiği hastayı yüzde yüz iyileştirme yükümlülüğü altında değildir. Bütün sorun hekimin tıp kural ve gereklerine uygun davranıp davranmadığı yönünü tespit etmektir. Eğer bir hekim tıp ilminin öngördüğü ve yapılmasını gerekli kıldığı kurallara ve tıbbi tedavi yöntemlerine uygun hareket etmişse artık eylem ve davranışlarının hukuka aykırılığı iddia edilemeyeceğinden tedavi ve ameliyat sonucu hasta iyileşmemiş olsa dahi hekimin bundan sorumlu tutulması mümkün değildir”* şeklinde karar vermiştir.⁴⁰³

Hoşa gitmeyen her durum komplikasyon değildir.

Sekel; bir hastalıktan kalan işlev veya doku bozukluğudur.⁴⁰⁴

Yapılan tıbbi girişim sonunda oluşan sekel tedavinin doğasından kaynaklanır. Örneğin cerrahi bir müdahaleden sonra skar dokusunun oluşması, amputasyon sonucu kişinin yürüyememesi gibi.⁴⁰⁵

Daha geniş bir tanımla komplikasyon; günümüzde kabul edilebilir, cerrahi ile doğrudan ilişkili, hastayı etkileyen, sekel, yetersiz tedavi ve ihmal eylemleri dışında tıp literatüründe az beklenen, hasta tarafından bilinen ancak istenmeyen durumlardır.⁴⁰⁶

Hekim gerekli özeni göstermiş, uygun şekilde müdahale etmiş olmasına rağmen zararın doğumuna engel olamamışsa sorumlu olmayacaktır. Örneğin hastanın vücudunun nakledilen organı reddetmesi halinde ölümle sonuçlansa bile komplikasyon olarak nitelendirilecektir.

⁴⁰¹ HAKERİ, TIP HUKUKUNDA MALPRAKTİS, 24, (4.H.D. 29.06.1967 2876/5612).

⁴⁰² HAKERİ, TIP HUKUKUNDA MALPRAKTİS, 24.

⁴⁰³ HAKERİ, TIP HUKUKUNDA MALPRAKTİS, 24.

⁴⁰⁴ Wiktionary Sözlük, <https://tr.wiktionary.org/wiki/sekel>, (Erişim tarihi: 14.05.2019).

⁴⁰⁵ Ali Rıza Tümer, “Komplikasyon Ve Malpraktis Ayrımı”, <http://alirizatumer.com.tr/komplikasyon-ve-malpraktis-ayrimi/>, (Erişim tarihi: 23.04.2019).

⁴⁰⁶ TÜMER, sf. 129.

Tıbbın kural ve gereklerine uygun davranmasına rağmen netice değişmemişse hekim sorumlu tutulamaz.⁴⁰⁷

Örnek olayda Yargıtay; ölüm genel anestezinin mutad komplikasyonlarından kabul edilen anestezi şoku neticesinde gerçekleşmiştir. Hastanın bünyesinden kaynaklanan, ameliyat öncesinde hastada mevcut olmakla birlikte olaydan sonra meydana çıkan önceden öngörülemeyecek olağanüstü hal kapsamındaki narkoza dayanıksızlık neden sonuç ilişkisini kesmemekle birlikte zararı arttırmıştır. Bu nedenle hekimlerin zararın tümünden sorumlu tutulmaları kabul edilemez şekilde karar vermiştir.⁴⁰⁸

3.KOMPLİKASYON YÖNETİMİ

Komplikasyonun mevcudiyeti tek başına hekimi sorumluluktan kurtarmamakta, komplikasyonun nasıl yönetildiğinin de incelenmesi gerekmektedir. Tıp biliminin gereklerine ve özen yükümlülüğüne uygun davranılıp davranılmadığı araştırılmalıdır.

Komplikasyon zamanında fark edilmediği ya da fark edilmesine rağmen gerekli önlemler alınmadığı veyahut da alınan önlemler standart tıbbi girişim olmadığı takdirde malpraktis sözkonusu olur.⁴⁰⁹

Komplikasyon iyi yönetilemezse hekimin sorumluluğu sözkonusu olacaktır. Hasta açısından öngörülebilir komplikasyonlar için gerekli tedbirler alınmalıdır.

Örneğin Yargıtay ameliyat sonrası gelişen enfeksiyonu komplikasyon kabul etmiş ancak bu enfeksiyonun tedavisine başlanmamasını kusur saymıştır. Hastaneyi de hekimin seçiminde gerekli özeni göstermemesi sebebiyle kusurlu saymıştır.⁴¹⁰

4.MALPRAKTİSİN VE KOMPLİKASYONUN BELİRLENMESİ

4.1.BİLİRKİŞİLİK

Dava konusu yapılan bir olayda tıbbi uygulama hatası olup olmadığını tıp eğitimi almamış olan bir hâkimin tespit etmesi mümkün olmadığından uzman bilirkişi marifetiyle bu hususun tespit edilmesi zorunludur.

⁴⁰⁷ DERYAL, PROBLEM, sf.387, (13 HD 21.01.2002, 2001/10959,487).

⁴⁰⁸ DERYAL, PROBLEM, sf. 387, (4 HD 04.12.1984 8335/9043- İBD 1985/2, s.57).

⁴⁰⁹ HAKERİ, TIP HUKUKUNDA MALPRAKTİS, 25.

⁴¹⁰ 13 HD 2005 tarih ve 2005/3645E 2005/11796K sayılı kararı. HAKERİ, TIP HUKUKU.

6100 Sayılı Kanun'un 266. maddesi uyarınca; *“Mahkeme, çözümünü hukuk dışında, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde, taraflardan birinin talebi üzerine yahut kendiliğinden, bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verir.”*

4.2.TÜRKİYE'DE RESMİ BİLİRKİŞİLİK KURUMLARI

- 1) Adli Tıp Kurumu
- 2) Üniversiteler
- 3) Resmi bilirkişiler
- 4)Hakem hastaneler
- 5) Özel bölüm hastaneleri
- 6) Uzmanlık dernekleridir.⁴¹¹

Adli Tıp Kurumu resmi bilirkişi sayılmasına karşın, Yargıtay Adli Tıp Kurumu raporlarını yeterli görmediği takdirde bu raporlarla bağlı olmadığı görüşündedir. Nitekim bu yönde; *“Adli Tıp İhtisas Daireleri'nce verilen raporlar mahkemece bağlayıcı değildir. Doktorun özen borcunu gerektiği gibi yerine getirip getirmediği konusunda Adli Tıp raporunda gerekçeli ve aydınlatıcı bir açıklama olmaması karşısında mahkemece, konusunda uzman üniversite öğretim üyelerinden oluşturulacak bilirkişi kurulu aracılığı ile davacıya ait tüm raporlar incelenerek, davalının özen borcunu yerine getirip getirmediğinin, bir kusurunun olup olmadığının tespiti istenmeli ve sonucuna göre bir karar verilmelidir”* denilmiştir.⁴¹²

*“İçeriği yönünden inandırıcı ve tatminkâr olmayan Adli Tıp Kurumu raporuna dayanılarak hüküm kurulamaz. Bu nedenle, üniversiteden seçilecek uzmanların oluşturduğu bilirkişi kurulundan rapor alınmalıdır.”*⁴¹³

Mahkeme önündeki bir olayın tıbbi komplikasyon mu, malpraktis mi olduğu konusu tıbbi bilirkişi tarafından belirlenmelidir.

Bilirkişi raporu yeterli incelemeye dayalı, gerekli tüm sorular cevaplanmış ve eksiksiz, mantıksal bütünlük içinde ve inandırıcı olmalı ve dosya kapsamı, dilekçe,

⁴¹¹ Daha önceden resmi bilirkişiler arasında yer alan Yüksek Sağlık Şurası 02.07.2018 tarihinde 703 sayılı KHK'nın 25. maddesi ile kaldırılmıştır.

⁴¹² 13.HD. 16.03.2006, 6060-10174 sayılı kararı. HAKERİ, TIP HUKUKU.

⁴¹³ 13.HD. 06.03.2003, E.2002/13959 K.2003/2380 sayılı kararı. HAKERİ, TIP HUKUKU.

müzekkere cevapları, delil ve belgeler değerlendirilmiş olmalıdır. Hâkimin yetkisine giren hukuki tartışmalardan uzak olmalıdır.⁴¹⁴

Yargıtay tıbbi malpraktise ilişkin davalarda tıbbi hatanın mevcut olup olmadığını gerekçeli olarak açıklayan şekilde ve taraf denetimine elverişli, nedensellik bağının usulüne uygun olarak saptanmış olmasını aramaktadır. Bilirkişi raporunda hekim tarafından uygulanan tedavi yönteminin ülkedeki tıbbi standarda uygun olup olmadığı, orta seviyede tedbirli bir hekimin göstereceği dikkat, özen, bilgi, beceri ve tıpta vatandaşlık kazanmış meslek kuralları esas alınarak belirlenmelidir. Uzman olmayan bilirkişi raporuna dayalı veya bilirkişi raporunun alınmadığı kararları Yargıtay bozma nedeni kabul etmektedir.⁴¹⁵

4.3. BİLİRKİŞİ RAPORUNDA ASGARİ OLARAK YER ALMASI GEREKENLER

Mahkemenin kararına esas alacağı bir bilirkişi raporunda asgari olarak aşağıdaki hususların yer alması gerekmektedir;

1-hekimin hastanın öyküsünü (anamnezini) hastalığına uygun ve yeterli şekilde alıp almadığı,

2-hekimin hastanın şikâyetlerine uygun, gerekli fiziki muayeneyi yapıp yapmadığı,

3-gerekli testlerin yapılıp yapılmadığı,

4-hekimin muayene sonucunda koyduğu tanının doğru olup olmadığı,

5-olası komplikasyonlara karşı hastanın bilgilendirilip bilgilendirilmediği; aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilip getirilmediği⁴¹⁶

6-hastaya uygulanan tedavi ve ameliyatta gerekli özenin gösterilip gösterilmediği,

7-ameliyatta veya seçilen tedavide ya da uygulanma sürecinde tıbbi hata veya ihmal bulunup bulunmadığı

8-ortaya çıkan komplikasyonun önlenabilir nitelikte olup olmadığı,

9-bu tip komplikasyonlara hangi sıklıkta ve ne gibi durumlarda rastlanıldığı,

⁴¹⁴ YENİPİNAR, 8.

⁴¹⁵ HAKERİ, TIBBİ UYGULAMA HATALARI, 112 vd.

⁴¹⁶ 13. HD, 18.09.2008, 4519/10750. HAKERİ, TIP HUKUKU.

10-ortaya çıkan komplikasyona ilişkin tanının zamanında konulup konulmadığı ve doğruluğu,

11-komplikasyonun doğru yönetilip yönetilmediği, buna uygun tedavinin yapılıp yapılmadığı hususları cevaplanmalıdır.⁴¹⁷

Tıbbi malpraktisin tespiti tıp mesleği mensuplarınca yapılır. Malpraktis davalarında bilirkişi genellikle Adli Tıp Kurumu'dur. Üniversitelerin ilgili bölümlerinden öğretim üyeleri de bilirkişi olarak görevlendirilebilir.

Yargıtay da hekimin kusurlu bulunup bulunmadığının tespitinin uzman bilirkişilerce inceleme yapmak sureti ile yapılması gerektiğini, inceleme yapılmaksızın bilgi isteme şeklinde görüş alınarak karar verilemeyeceği görüşündedir.

Danıştay da ağır hizmet kusurunun belirlenmesi için Adli Tıp Kurumu'ndan rapor alınması gerektiği görüşündedir.

Bilirkişinin raporunda yapılması gereken tıbbi müdahale ile gerçekte yapılanın ne olduğu, tıp biliminin kural ve gereklerine göre olayda doktor hatası olup olmadığı yer almalıdır. Rapor gerekçeli ve taraflar, hâkim ve Yargıtay'ın denetimine elverişli olmalıdır. Aksi takdirde bilirkişi raporu yetersiz olacaktır.⁴¹⁸

Kural olarak hekimler malpraktis sebebiyle sorumlu olup komplikasyonlardan sorumlu olmayacakları kabul edilmektedir. Bu nedenle de komplikasyon- malpraktis ayrımı önem kazanmaktadır. Hekimlerin tıbbi müdahalenin öngörülebilir sonuçlarını da komplikasyon kabul etme eğiliminde olmalarına karşılık hukukçular istenmeyen sonuçların elde edilmesinde sağlık mesleği mensubuna yüklenebilecek bir kusur olup olmadığına göre ayırım yapmakta, kusur olduğu takdirde komplikasyon kabul etmemektedir.⁴¹⁹

Tıp hukukunda hekimlerin sorumluluğu kusura dayalı genel sorumluluk olup ancak uygulama hatasında kusuru varsa sözkonusudur ve hekim komplikasyon nedeniyle sorumlu tutulamaz.⁴²⁰

Yargıtay; hastanın ameliyattan sonra müşahade altındayken nefes darlığı çekmesi sonrası doktorun kendisi ile ilgilenmemesi nedeniyle başka bir hastaneye giderek

⁴¹⁷ POLAT, 36-37.

⁴¹⁸ 13. HD, 08.02.2001, 380/1303. HAKERİ, TIP HUKUKU.

⁴¹⁹ HAKERİ, TIP HUKUKUNDA MALPRAKTİS, 23.

⁴²⁰ HAKERİ, TIP HUKUKUNDA MALPRAKTİS, 23.

ameliyat olduğu olayda doktorun hastanın akciğer grafisini çekmemesi ve komplikasyonu teşhis edememesi nedeniyle hastaya müdahalenin geciktiğine ve hastanın maddi ve manevi tazminat talep etme hakkı bulunduğuna hükmetmiştir.⁴²¹

Malpraktis tıbbi standardın altında kalınması veya üstüne çıkılması (deneysel müdahaleler gibi) ile olabileceği gibi icrai ya da ihmali bir hareketle de meydana gelebilir.⁴²²

5.TIBBİ UYGULAMA HATASI NEDENİYLE SORUMLULUK⁴²³

Tıbbi hata, hastada zarar ve zarar ile tıbbi hata arasında neden sonuç ilişkisi varsa sorumluluk doğar.

Tıbbi hata olmasına rağmen hastada zarar yoksa, sorumluluk doğmaz.

Tıbbi hata bulunmamasına karşın hastada zarar varsa kural olarak bu komplikasyondur.

Bu durumda; komplikasyon iyi yönetilmişse sorumluluk olmayacak, iyi yönetilmemişse sorumluluk olacaktır.

Komplikasyonun iyi yönetilip yönetilmediği her somut olayın özelliklerine göre belirlenir.

O hasta için;

*öngörülemez veya öngörülmeyle birlikte önemi olmayan durumlarda

*öngörülmeyle birlikte göze alınan durumlarda

*öngörülmeyle birlikte önlemin alınmış olduğu durumlarda sorumluluk yoktur.

Örneğin, emboli (damar tıkanması), bazı ameliyatlarda kabul edilen standart risklerdendir. Liposuction (yağ alma) ameliyatında veya abdominoplasti (karın germe) ameliyatında belirli oranda emboli riski mevcuttur.⁴²⁴

⁴²¹ YENİPİNAR, 144. (13. HD'nin 2014/31178E ve 2015/18961K sayılı kararı).

⁴²² HAKERİ, TIP HUKUKUNDA MALPRAKTİS, 25.

⁴²³ Pervin Somer, *Tıp Hukuku Atölyesi 1, Akyıldız, Hakeri, Çelik, Somer, 105-129*, (Ankara, Seçkin Kitabevi, 2014), 112 vd.

⁴²⁴ ARINCI, 78.

Ancak bazen yapılan tıbbi müdahaledeki işlemler komplikasyon riskini arttırmaktadır. Örneğin estetik cerrahi açısından liposuction operasyonunda yağ rezeksiyonunun gereğinden fazla yapılması ya da kanüllerle bölgede fazla oynanması emboli riskini arttıran faktörlerdir. Bu örnekleri komplikasyon olarak değerlendirmemek gerekir. Zira riski arttırmayı gerektirecek herhangi bir zorunluluk sözkonusu değildir. Komplikasyonun gelişeceğini bile bile onu arttıracak riske girmenin sorumluluk açısından izahı mümkün değildir.

İzin verilmiş bir tıbbi müdahale olsa bile yapılmasında bir zorunluluk sözkonusu olmadığından müdahale sonucunda ortaya çıkacak zarar müdahale ile ulaşılmak istenen amacın değerinden daha büyükse hekimin müdahaleden kaçınması gerekir.⁴²⁵

⁴²⁵ KIRKİT, 181, (Özeks 455, Bayraktar s.168, Zevkliler Tedavi Amaçlı s. 29, Ayan s. 34, Yenerer Çakmut s. 182).

BÖLÜM V

ESER SÖZLEŞMESİNDEN KAYNAKLANAN TIBBİ MÜDAHALELERDE DOKTORLARIN HUKUKİ SORUMLULUKLARININ SONUÇLARI, SORUMLULUĞUN SONA ERMESİ VE SINIRLANDIRILMASI

Sözleşmenin sona ermesi;

1-ifa ile sona ermesi,

2-azil ve istifa ile sona ermesi;

Gerek hekim gerekse hasta sözleşmeyi her zaman tek tarafı olarak sonlandırabilirse de TBK 512. maddesi gereği uygun olmayan zamanda sözleşmeyi sona erdirmesi halinde, karşı tarafın bu sebeple uğrayacağı zararı gidermekle yükümlüdür.

3- taraflardan birinin borcunu yerine getirmekte gecikmesi durumunda da, diğer tarafın sözleşmeyi haklı sebeple feshetmesi,

4-ölüm, ehliyetsizlik, iflas ile sona ermesi;

estetik cerrahın ölmesi ya da ameliyatı yapamayacak hale gelmesi ile ifa imkânsız hale gelebilir. Aynı şekilde hastanın ölümü ya da ameliyatın hasta için imkânsız hale gelmesi ile de sona erebilir.⁴²⁶

⁴²⁶ PETEK, 193.

1.ESER SÖZLEŞMESİNDE HEKİMİN SÖZLEŞME İLİŞKİSİNDEN DOĞAN HUKUKİ SORUMLULUĞUNUN UNSURLARI, TAZMİNAT SORUMLULUĞU ŞARTLARI

SORUMLULUK; Kişinin başkasına verdiği zarardan dolayı sorumlu tutulması, giderim yükümlülüğüdür.⁴²⁷ Sorumluluk, hukuki, cezai ve idari şekilde ortaya çıkabilir.

Hekimin hukuki sorumluluğunun sözkonusu olabilmesi için;

1. Hekim ile hasta arasında geçerli bir sözleşme ilişkisi ya da haksız bir fiil mevcut olmalı,
2. Sözleşmeden doğan bir yükümlülük hekim tarafından ihlal edilmiş ya da hukuka aykırılık olmalı,
3. Hekimin tıbben kusurlu bir eylemi olmalı,
4. Zarar oluşmalı,
5. Tıbbi kusur ile zarar arasında illiyet bağı olmalıdır.⁴²⁸

Estetik cerrahın hukuki sorumluluğunun doğması için; sözleşmeye aykırı ve kusurlu bir eyleminin bulunması, bu eylem sonucunda hastanın zarara uğraması ve eylem ile zarar arasında uygun illiyet bağının mevcut olması gerekir.

1.1.SÖZLEŞME İLİŞKİSİ

TBK madde 1'e göre tarafların karşılıklı ve birbirine uygun olarak açık veya örtülü olarak açıkladıkları iradeleri ile ehliyet ve şekli unsurları bakımından geçerli olarak kurulmuş ve hükümlerini devam ettiren bir sözleşme mevcut olmalıdır.

1.2.YÜKÜMLÜLÜĞÜN İHLALI

Hekim tarafından sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülüğün icraî veya ihmalf bir hareketle ihlal edilmiş olması gerekir. Borcun hiç ya da olması gerektiği gibi ifa edilmemesi söz konusudur.

⁴²⁷ Harun Mirsad Günday, Psikiyatristin Hukuki Sorumluluğu, (Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2015), 27.

⁴²⁸ Çelik Ahmet Çelik, "Hekimlerin Ve Hastanelerin Sorumluluğu", <http://www.tazminathukuku.com/arastirma-yazilari/hekimlerin-ve-hastanelerin-sorumlulugu.htm>, (Erişim Tarihi: 08.05.2019)

1.3.KUSUR

Hekimin kusuru;

1-DİKKATSİZLİK; tıbbi müdahale esnasında hekimin yapmaması gereken bir şeyi yapması;

Örneğin; Alerjik olduğunu bilmesine rağmen ilacı kullanması, kan grubunu önceden kontrol etmeksizin kan transfüzyonu yapması.⁴²⁹

2-TEDBİRSİZLİK; önlenebilir bir tehlikeyi önleyememek, unutmak veya geç yapmak

Örneğin kirlı bir batına diren koymamak, kanama olasılığı olan hasta için hazırda kan bulundurmamak, profilaktik önlemleri almamak.⁴³⁰

3-MESLEKTE ACEMİLİK, yetersizlik; mesleğin en temel bilgilerini bilmemek, temel becerilerine sahip olmamak.

Örneğin; fitık ameliyatlarında femoral damar yaralanmasının onarılamaması.⁴³¹

4-ÖZEN EKSİKLİĞİ; evrensel tıp değerlerini uygulamamak; hastayı görmeden telefonla tedavi etmeye çalışmak, kanamalı hastayı bekletmek, eksik araştırma sonucu teşhis hatası yapmak, reçete ettiği ilaçla ilgili yan etki, dozaj, ilacı kullanırken yapılması ya da yapılmaması gerekenler konusunda hastayı bilgilendirmemek ve uyarmamak.⁴³²

Almanya'da ilacı kullandıktan sonra araba kullanmaması gerektiği konusunda hastasını uyarmayan bir hekimin sorumlu olduğuna karar verilmiştir.⁴³³

5-EMİR VE YÖNETMELİKLERE UYMAMAK

Hekimin uyması gerekli kanun ve ilgili mevzuat hükümlerine uymaması ile de kusur oluşabilir.

Örneğin acil hastaya bakmamak, icap nöbetine gelmemek, işkence yapmak ya da yapılmasına yardım etmek, bilimsel olmayan tedaviler uygulamak.⁴³⁴

⁴²⁹ F.ÇELİK.

⁴³⁰ F.ÇELİK.

⁴³¹ F.ÇELİK.

⁴³² F.ÇELİK.

⁴³³ ARINCI, 76, (Hancı, a.g.e. s.113.).

Hekimin hastaneye gelen hastayı haklı neden olmaksızın reddetmesi kusur sayılmaktadır. Hekim, tedaviye başlamadan önce veya sonra hastayı sevk etmek isterse bunu hastaya açıkça bildirmelidir. Aksi takdirde hekimin sorumluluğu söz konusu olur.⁴³⁵

Hekimin kusuru kasıt veya ihmâl şeklinde olabilirse de genellikle gerekli özenin gösterilmemesinden kaynaklanan ihmâl şeklindedir. Hekimin yapması gerekeni yapmaması veya gereği gibi yapmaması; tıbbi kötü uygulama (malpraktis) nedeniyle sözleşmenin ihlali sözkonusu olabilir.

Sözleşmenin varlığını ve sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerden birinin hekim tarafından ihlal edildiğini ispat yükü hastaya aittir.

Yargıtay kararına konu somut olayda, davacı hastaya saç ekimi yapılmış, hekimin saç ekim sertifikasının bulunduğu, operasyondan önce aydınlatmanın yapıldığı ve muvafakatnamenin alındığı sabit olduğundan tıp kurallarına uygun olarak yapılan işlem nedeniyle maddi ve manevi zarara uğradığını iddia eden hastanın bunu ispatlaması gerektiğine karar verilmiştir.⁴³⁶

Hekim gerek insandan kaynaklanan gerekse teknik ekipman ve cihazlardan kaynaklanan hata neticesinde hastaya zarar verdiği takdirde kusurlu sayılır, bu da sorumluluğunu doğurur. Kusur yoksa sorumluluk da yoktur.⁴³⁷

İhmâlin varlığının değerlendirilmesinde, ortalama seviyede bir estetik cerrahın, aynı hâl ve şartlarda sergileyeceği davranış şekli dikkate alınır.⁴³⁸

Yargıtay'a göre hekim; bilmesi gereken bir konuyu bilmemesi ve zararı önlemek için tıp biliminin gerektirdiği tedbirleri ihmâl etmesi nedeniyle doğacak zararlardan sorumludur. Tartışmalı veya genel kabul görmeyen bilim kurallarına uymaması kusur sayılmayacaktır.⁴³⁹

İhmâlin ağır ya da hafif olması sadece tazminatın miktarını belirlemede önem arz edecektir. Estetik cerrahın kusurlu olmadığını ispat etmesi gerekmektedir. Nitekim

⁴³⁴ F.ÇELİK.

⁴³⁵ ARINCI, 74

⁴³⁶ MEMİŞ, 192.

⁴³⁷ F.ÇELİK.

⁴³⁸ ÖZDİLEK, 13. HD. 06.11.2000, 8590/9569 sayılı kararı.

⁴³⁹ 13. HD 14.10.1974, 2637/2492 sayılı kararı. HAKERİ, TIP HUKUKU.

Yargıtay da “doktor mesleki bilgisinin tüm icaplarını yerine getirdiğini, kusur bulunmadığını ispatla zorunludur” şeklinde karar vermektedir.⁴⁴⁰

Yargıtay hastanın vücudunda ameliyat sırasında iki metre uzunluğunda gazlı bezin unutulmasını ağır bir ihmal olarak nitelendirmiş ve bilirkişi incelemesine dahi gerek görmemiştir.⁴⁴¹

Örneğin sadece tedavi ücreti elde edebilme amacıyla gerekmediği hâlde hastasını ameliyat yapan estetik cerrahın davranışı kasıt olarak değerlendirilir.⁴⁴²

Hekimin özen yükümlülüğünü ihlal ettiği, kusurlu olduğu hallere ceza hukukunda taksir⁴⁴³ adı verilmektedir.⁴⁴⁴

Taksirde hekim neticeyi öngörmekle beraber gerçekleşmesini istememekte ancak göstermesi beklenen özen yükümlülüğünün ihlali şeklinde bir kusuru sözkonusudur. Netice öngörülebilir değilse veya hekime yüklenebilecek bir kusur mevcut değilse neticeden sorumluluk da sözkonusu olmaz. Bu durumda komplikasyon sözkonusudur.⁴⁴⁵

Hekimin taksiri nedeniyle hastanın yaralanması veya ölmesi halinde TCK 85 veya 89 uygulanır ve hekimin tazminat sorumluluğu doğar.⁴⁴⁶

Kusur sorumluluğunda ölçüt; bir olay ya da etki karşısında kişilerden beklenebilecek, hayatın olağan akışına göre ortalama davranışa uygun hareket edilip edilmediğidir.⁴⁴⁷

⁴⁴⁰ 13.HD 05.04.1993, 131/2741 sayılı kararı. HAKERİ, TIP HUKUKU.

⁴⁴¹ 13. HD 14.03.1983, 1982/7237-1983/1783 sayılı kararı. HAKERİ, TIP HUKUKU.

⁴⁴² PETEK, 216.

⁴⁴³ Taksir; TCK MADDE 22.

(1) Taksirle işlenen fiiller, kanunun açıkça belirttiği hâllerde cezalandırılır.

(2) Taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanunî tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyerek gerçekleştirilmesidir.

(3) Kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi hâlinde bilinçli taksir vardır; bu hâlde taksirli suçta ilişkin ceza üçte birden yarısına kadar artırılır.

(4) Taksirle işlenen suçtan dolayı verilecek olan ceza failin kusuruna göre belirlenir.

(5) Birden fazla kişinin taksirle işlediği suçlarda, herkes kendi kusurundan dolayı sorumlu olur. Her failin cezası kusuruna göre ayrı ayrı belirlenir.

(6) Taksirli hareket sonucu neden olunan netice, münhasıran failin kişisel ve ailevî durumu bakımından, artık bir cezanın hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede mağdur olmasına yol açmışsa ceza verilmez; bilinçli taksir hâlinde verilecek ceza yarıdan altıda bire kadar indirilebilir.

⁴⁴⁴ HAKERİ, TIP HUKUKUNDA MALPRAKTİS, 23.

⁴⁴⁵ HAKERİ, TIP HUKUKUNDA MALPRAKTİS, 24.

⁴⁴⁶ HAKERİ, TIP HUKUKUNDA MALPRAKTİS, 24.

Örneğin el bileği kesilen kişinin tendon ve sinir muayenesini yapmadan primer suture uygulanması nedeniyle tendon hasarının geç fark edilmesi kusurdur.⁴⁴⁸

KUSURUN ÇEŞİTLERİ

a) kast; hekimin hukuka aykırı neticeyi bilinçli olarak istemesidir.

b) ihmal; hekimin hukuka aykırı neticeyi istememesine karşın bu sonucu engellemek için halin gerektirdiği özeni göstermemesidir.

Örneğin eli kesilen hastaya gerekli tedavi uygulandıktan sonra hastanın tetanoz açısından değerlendirilmemiş olması⁴⁴⁹

ba) ağır ihmal; kasta yakındır.

bb) hafif ihmal; kusur sorumluluğunda hekim en hafif kusurundan dahi sorumludur ancak kusurun derecesi tazminat miktarını etkilemektedir.

Meslekte acemilik; hekimin tıp sanatının icrası için gerekli bilgi ve teknik seviyeye sahip olmamasıdır. Örneğin hastadaki belirtileri yanlış yorumlayıp hatalı tanı ve tedavi yapmak meslekte acemiliktir.

Dikkatsizlik; yapılmaması gerekeni yapmak olarak tanımlanabilir. Örneğin yanlış kişinin veya yanlış bölgenin ameliyat edilmesi dikkatsizliktir.

Tedbirsizlik; önlenabilir bir tehlikenin önlenmesinde gösterilen kusurdur. Örneğin alerji gelişmesi sonucunda oluşan tıbbi durum için önlem alınmaması tedbirsizliktir.

Emir ve yönetmeliklere uymama; hekimin yaptığı işlemde hata olmasa bile gerekli kurallara uymaması hainde ortaya çıkar. Örneğin adli vakaların bildirilmemesi.⁴⁵⁰

1.4.ZARAR

Hastanın hukuken korunan maddi ve manevi değerlerinin tıbbi hata nedeniyle tıbbi müdahaleden önceki durumunda, müdahale sonrasında meydana gelen eksilmedir.

⁴⁴⁷ YENİPİNAR, 19.

⁴⁴⁸ TÜMER, 131.

⁴⁴⁹ TÜMER, 131.

⁴⁵⁰ TÜMER, 132.

Zarar, bir kişinin mal veya şahıs varlığında iradesi dışında oluşan eksilmedir. Maddî zarar, zarar gören hastanın zarar verici ameliyattan sonra gösterdiği durum ile bu olay meydana gelmeseydi göstereceği durum arasındaki farktır.⁴⁵¹

CİSMANİ ZARAR; kişinin sağlığı, hayatı veya vücut bütünlüğüne karşı yapılan saldırıdan kaynaklanan manevi ve maddi zararlardır.⁴⁵²

ÇALIŞMA GÜCÜ; kişinin zihni, bedeni ve ruhi yeteneklerine bağlı ekonomik verimliliğidir. Müdahale sonucunda geçici ya da sürekli kaybedilmiş olabilir.⁴⁵³

Maddî ve manevî zararı ispat yükü, hastanın üzerindedir.

Yapılan tıbbi müdahale hukuka aykırı olsa bile bir zarar doğmamışsa sorumluluk doğmaz.

Estetik tıbbi müdahale sonucu doğan zararların tazmini Tüketici Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu hükümlerine göre talep edilebilir.

Hekim ile hasta arasında geçerli bir sözleşme ilişkisi bulunmadığı takdirde TBK madde 49 uygulanır. *“Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür.”*

Aşağıdaki zararlar sebebiyle hekimlere karşı tazminat talebinde bulunulabilir;

1-Ölüm

2-Geçici ya da sürekli bedensel zararlar

3-Yanlış teşhis ve tedavi nedeniyle uğranılan zararlar

4-Gerekmediği halde yapılan tedavi ve ameliyatlardan dolayı uğranılan zararlar

5-Tedavinin gereksiz yere uzaması nedeniyle uğranılan zararlar

6-Aydınlatma ve rızanın eksik olması ya da hiç olmaması

7-Sır saklama yükümlülüğüne aykırılık

8-Acil durumlarda hekimin görevini ihmal etmesi

9-Gerekmeyen tedavi masrafları veya fahiş ücret alınması

10-Yapılan tedavinin başka bir hastalığa neden olması⁴⁵⁴

⁴⁵¹ İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu, 2017/5 E. 2018/7K. 06.07.2018 tarihli Kararı.

⁴⁵² YENİPİNAR, 37.

⁴⁵³ YENİPİNAR, 39.

⁴⁵⁴ EROL, DIŞ HEKİMLERİNİN, 154.

1.4.1.MADDİ ZARAR

Başarılı bir tedavi veya ameliyat yapılsaydı hastanın bulunacağı durum ile mevcut durum arasındaki para ile ölçülebilen zararlarını ifade eder.

Hastanın maddi beden bütünlüğüne ya da ölümüne neden olunarak canına verilen zararlar; fiili zarar ya da yoksun kalınan kar şeklinde ortaya çıkabilir. Örneğin, estetik ameliyatın hatalı yapılması sonucu hastanın ikinci bir ameliyat olmak zorunda kalmasının neden olduğu maddî kayıplar fiili zarar; hatalı yapılan estetik ameliyat sonucu yüzünde sabit yara izi kalan fotomodelin yeni işler yapma ihtimalini kaybetmesi sebebiyle uğradığı zararlar ise, yoksun kalınan kâr; kazanç kaybıdır.⁴⁵⁵

Yargıtay hatalı ameliyat sonucu oluşan çirkin görüntünün düzeltilmesine yönelik olarak yapılması gerekli estetik ya da benzeri ameliyatlara ilişkin zararları gerçekleşmiş zarar kabul etmekte, bu giderler fiilen yapılmamış olsalar dahi bilirkişi tarafından tespit edilebilir nitelikte olduklarından kabul edilmesi gerektiği görüşündedir.⁴⁵⁶

1.4.2.MANEVİ ZARAR

Doktrinde manevî zararın “hatalı tedavi sonucunda hastanın duyduğu bedensel ve manevî acı, hayat zevklerinde oluşan azalma” olarak tanımlanmıştır.⁴⁵⁷

Manevi zarar, kişinin kişilik haklarına yapılan tecavüz nedeniyle ortaya çıkan, malvarlıklarını etkilememesine karşın ruhi bunalıma, büyük acı ve üzüntüye sebep olan durumdur.⁴⁵⁸

Hastanın yaşadığı manevi tahribat, anksiyete veya duygusal bozuklukları kişinin manevi zararlarını oluşturur.⁴⁵⁹

Hastanın sağlığının zarar görmesi sebebiyle manevi tazminat talep etme hakkı kişiye aittir, mirasbırakan tarafından ileri sürülmedikçe mirasçılara geçmez. Buna karşılık, Yargıtay ağır ve kalıcı nitelikte yaralanmış kişinin ana, baba, eş, evlat gibi

⁴⁵⁵ PETEK, 219.

⁴⁵⁶ 4.HD 27.3.1979, 13013/4136. HAKERİ, TIP HUKUKU.

⁴⁵⁷ PETEK, 220.

⁴⁵⁸ ÖZDİLEK.

⁴⁵⁹ YENİPİNAR, 40.

yakınlarının Türk Borçlar Kanunu'nun 49. maddesine dayanarak haksız fiil hükümlerine göre tazminat isteyebileceğini kabul etmektedir.⁴⁶⁰

“Ölüm halinde haksız fiil hükümlerince manevi tazminat talep edebilecek kişiler ölen ile eylemli olarak aile ve sevgi bağları bulunan ana, baba, eş, çocuk ve kardeş gibi ölenin yakınlarıdır.”⁴⁶¹

Manevi zarar ayrıca, kişinin ruhsal bütünlüğü ve kişilik haklarına saldırı niteliğinde olan; sır kapsamındaki bilgilerin açıklanması, ölüden izin verilmeyen organın alınması, yeni doğmuş bebeklerin hastanede karıştırılması, gerçeğe aykırı teşhise dayalı raporla bireyin özgürlüğünün kısıtlanması gibi olaylar sonucu da oluşabilir.⁴⁶²

1.5.İLLİYET (NEDENSELLİK) BAĞI

Sorumluluktan bahsedebilmek için gerçekleşen zararın sorumluluğu doğuran ameliyatın veya davranışın sonucunda gerçekleşmiş olması aranır. Ortaya çıkan zarar yapılan estetik müdahalenin sonucunda gerçekleşmiş olmalıdır.

Tıp kuralları ve hayatın olağan akışına göre eylemin zararın doğumuna elverişli olması gerekir.

Hekimin zarardan sorumlu olması için hukuka aykırı eylem ile zarar arasında neden sonuç bağı bulunması gerekir.

Zarar ile kusurlu hastane edimi arasındaki uygun nedensellik bağına hasta ispatlamalıdır. Hastane işletmecisi ise (TBK 66 gereği kusursuz olarak sorumlu olduğu haller dışında) sözleşmesel borç ilişkisinden doğan edim yükümüne aykırı bir eylemde bulunmadığını veya somut olayda ifa engeli yaratan durumla ilgili kendisine kusur yüklenemeyeceğini ispat etmelidir.⁴⁶³

Yargıtay da bir kararında mahkemece hekimin eylemi ile doğan zararlı sonuç arasında bilimsel bir nedensellik bağı bulunup bulunmadığının, bu bağ varsa kusurunun saptanması gerektiğini belirtmiştir.⁴⁶⁴

⁴⁶⁰ ÖZDİLEK, (4 HD 18.02.1992 tarih, 12641/1813 sayılı kararı).

⁴⁶¹ TÜRKMEN, 193 (HGK 28.06.1978 tli. ve 1976/4-3539E 1978/696K).

⁴⁶² ÖZDİLEK.

⁴⁶³ DEMİR, 175.

⁴⁶⁴ SAVAŞ, YARGIYA, 169, (13 HD 2000/1146E.-2000/4438 K. 09.05.2000 tarihli kararı).

“...göz kapaklarından ameliyat edilen hasta doktor hatası nedeniyle hem estetik açıdan yüzünün çirkinleştiğini hem de gözünde kalıcı arazlar meydana geldiğini, gözü açık uyumak

İLLİYET BAĞININ KESİLDİĞİ HALLER⁴⁶⁵

İlliyet bağının kesildiği hallerde cerrahın sorumluluğundan söz edilemez.

- 1- Mücbir sebep: ameliyat sırasında deprem, yangın, sel gibi beklenmeyen bir durumun ortaya çıkması sonucu hastanın zarar görmesi.
- 2- Üçüncü kişinin kusuru: 3. kişinin zararın sebebi olacak kadar etkili bir kusurunun sözkonusu olması halinde hekim sorumlu olmayacaktır. Örneğin eczacının reçetedekinden farklı bir ilacı hastaya vermesi.
- 3- Hastanın kusuru: hastanın ameliyattan sonra yapmaması gereken davranışları yapması veya yapması gerekenleri yapmaması nedeniyle zarar doğmuşsa hekim sorumlu tutulamaz. Örneğin hastanın dikişleri tam iyileşmeden ağır sportif faaliyetlere başlaması sonucu dikişlerinin atması veya hekimin yazdığı ilaç yerine eczaneden başka bir ilacı alması gibi.

Hastanın kusuru illiyet bağına kesecek kadar ağır değilse Türk Borçlar Kanunu 52. maddesi gereği sadece tazminatta indirim sebebi olacaktır.

Hastanın kusuru ameliyat öncesinde mevcut hastalık veya geçirilen ameliyatlara, ailede kanser, şeker, kalp gibi genetik geçişli hastalık geçmişi bulunması, kan sulandırıcılar, sakinleştiriciler, hormon takviye eden ilaçlar gibi iyileşme sürecini etkileyebilecek ilaçların kullanımı, alkol ve sigara tüketimi gibi konularda hasta tarafından eksik veya hatalı bilgiler vermesinden kaynaklanabilir. Örneğin estetik ameliyattan önce hastanın sigara içmeyi bırakması ya da bu mümkün olmadığı

zorunda kaldığını, kurumalar oluştuğunu, okuyamaz olduğunu, depresyona girdiğini ileri sürmüştü.

Davalı doktor yaptığı cerrahi müdahalenin başarılı olduğunu ancak davacının uyarılara rağmen nekahat döneminde tedbirsiz davranması nedeniyle şişlik ve hematoma oluştuğunu, esasen davacının yüzünde daha önceki bir trafik kazasından kaynaklanan izler ve his kaybı olduğunu, zararın ileri sürülen miktarda olmadığını savunmuştur.

Sonuç: Mahkemece yapılması gereken iş; uygulanan cerrahi müdahalenin göze ilişkin olması ve estetik yönünün de bulunması nedeniyle üniversitelerin bu ana bilim dallarında görevli, konusunda uzmanlık sahibi başka bilirkişilerden oluşturulacak bir kurula inceleme yaptırılarak uyulması gereken tıbbi kurallar çerçevesinde olması gerekenlerle davalı hekimin yaptıkları arasında bir farklılık bulunup bulunmadığının, davalının eylemi ile doğan zararlı sonuç arasında bilimsel bir nedensellik bağı bulunup bulunmadığının, varsa kusurunun saptanması ve buna göre karar verilmesi gereklidir.”

⁴⁶⁵ PETEK, 221.

takdirde en azından ameliyattan önce 4 hafta, ameliyattan sonra da en az 2 hafta sigara içmemesi gerekir.⁴⁶⁶

Yargıtay da bir kararında estetik cerahın ameliyatta hastanın burnuna koyduğu tesbit alçısının hasta tarafından alınmasının zararın oluşmasında kesin ve tek neden olup olmadığının tıp bilimi kurallarına göre tespiti için dosyanın ve gerekirse hastanın Adli Tıp Kurumu'nca incelenmesi gerektiğine karar vermiştir.⁴⁶⁷

2.MADDİ TAZMİNAT

Estetik ameliyat nedeniyle doğan bedensel zararların tazmininde zarar gören TBK'nun 54. maddesine göre maddi tazminat olarak;

- “1. Tedavi giderleri,
2. Kazanç kaybı,
3. Çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar,
4. Ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplarını” talep edebilir.

Buna,

5. Destekten yoksun kalma ve ölüm nedeniyle doğan cenaze masrafı gibi diğer zararlar eklenebilir.

⁴⁶⁶ PETEK, 221.

⁴⁶⁷ SAVAŞ, YARGIYA, 167, (13. HD. 1993/131 E 1993/2741 K 05.04.1993 tarihli karar).

“Davacı, estetik bir görünüm kazandıracağını ikna ve taahhüt ederek davalı doktorun burnunu ameliyat ettiğini, fakat meslek hatası ve kusur sonucu burnunun çöktüğünü ve yüzünün tamamen değişip çirkinleştiğini öne sürerek tazminat talep etmiştir.

Davalı ameliyatta konan alçıyı davalının çıkarması sonucu burnun çöktüğünü o nedenle ikinci ameliyat ile buruna kemik koyduğunu davalının bundan da memnun olmaması üzerine ameliyat giderlerini yüklenerek başka uzmana davacıyı ameliyat ettirip burnuna kıkırdak koydurduğunu olayda ihmali ve kusuru bulunmadığını savunmuş.

Delil olarak konan ameliyat öncesi ve sonrası fotoğraflarda kıyaslanamayacak oranda fahiş ve çok açık farklılık ve çöküntünün hasıl olduğu adeta burnun yüz düzeyine dağılmış bir hale geldiği görülmektedir.

SONUÇ: Davada dayanılan maddi olgu burnun estetik ameliyat yapılmak suretiyle istenilen ve kararlaştırılan biçim ve şekle uygun güzel bir görünüm kazandırılmasıdır. Sözleşmede sonucun ortaya çıkması yönünden teminat verilerek borç altına girildiği, belli bir sonucun elde edilmesinin kararlaştırıldığı açıktır. Tarafların iradesi ve halin icaplarına göre eser sözleşmesi olarak kabulü gerekir. Burada çalışma sonunda istenilen belli bir sonucun mutlaka elde edilmesi amacı güdülmektedir.

Burada esas çözülmesi gereken sorun davalı doktorun ameliyatta davacı burnuna koyduğu tesbit alçısının davacı tarafından alınması olayının zararın meydana gelmesinde mutlak ve tek neden olup olmayacağının tıp bilimi kuralları altında aydınlığa kavuşturulmasıdır. Yüksek sağlık şurası kararında bu husus açıklanmamıştır. Dosyanın ve gerekirse davacının Adli Tıp Kurumu'nca incelenmesi gerektiğinden kararın bozulmasına karar verilmiştir.”

Tıbbi müdahale kaynaklı davalarda maluliyetin belirlenmesi Adli Tıp Maluliyet Baremi ölçüsüne göre yapılmaktadır.⁴⁶⁸

Zarar gören hasta zararını ispatlamalıdır. Uğranılan zararın miktarını ispat yükü, TBK 50. madde gereği hastanın üzerinde olmakla birlikte zararın miktarı tam olarak ispat edilemediği takdirde hâkim de somut olayın özelliklerine göre hakkaniyete uygun şekilde belirleyeceği tazminata hükmedebilir.

Tazminat hesaplamasında hastanın ameliyatın gerçekleştiği andaki gelir durumu esas alınır. Ancak bu gelire ileriki yıllarda ortalama bir kişinin elde edebileceği yükselme ve zamlar da eklenmelidir.⁴⁶⁹

Zarar gören açısından zarar tarihi ile mahkemece kararın verildiği an arasındaki süre bilinen devre olarak adlandırılmakta karardan sonraki dönem ise bilinmeyen devre olarak adlandırılan ve varsayımlara dayalı olarak hesaplanan devredir.⁴⁷⁰

Tazminat aynen veya nakden ödenebilir. Tıbbi müdahaleden doğan tedavi giderleri ve diğer masrafların ifasında aynen tazmin nakden tazminle birleşmektedir. Tazminat hukukunda asıl olan zararı aynen tazmin etmektir. Ancak cismani zararların aynen tazmini mümkün olmadığı takdirde belirli bir tutar üzerinden tazminat somutlaştırılır.⁴⁷¹

Zarar gören hastanın maddi zararını davadan önce bilmesi genellikle imkânsız olduğundan aktüel bilirkişi hesaplamasını gerektirmektedir. Bu nedenle maddi tazminatla ilgili talep ve isteklerin fazlaya ilişkin hakları saklı tutularak talep edilmesi mümkündür.⁴⁷²

Türk Borçlar Kanunu'nun "tazminat hükmünün değiştirilmesi" başlıklı 75. maddesine göre "Bedensel zararın kapsamı, karar verme sırasında tam olarak belirlenemiyorsa hâkim, kararın kesinleşmesinden başlayarak iki yıl içinde, tazminat hükmünü değiştirme yetkisini saklı tutabilir."

İbra alacağın tasfiyesini içeren tasarrufi bir işlemdir.

⁴⁶⁸ YENİPİNAR, 32.

⁴⁶⁹ YENİPİNAR, 32.

⁴⁷⁰ YENİPİNAR, 34.

⁴⁷¹ YENİPİNAR, 35.

⁴⁷² ÇELİK, Ödemelerin Yetersizliğinin Saptanmasına İlişkin Yargıtay Kararları, <http://www.tazminathukuku.com/yargitay-kararlari/yetersiz-odemelere-iliskin-yargitay-kararlari.htm>, (Erişim tarihi: 14.03.2019).

İbranamede ödenen miktar ile gerçek tutar arasında fahiş bir fark yoksa sulhün taviz unsuru içinde değerlendirilir.⁴⁷³

İbranamede ödenen miktar yazılı olmadığı ve araştırmalara rağmen ne miktar ödendiğinin belirlenememesi halinde ivazsız olduğu sonucuna varılarak tazminatın tümüne hükmedilmesi gerekir.⁴⁷⁴

İbraname ile talep edilen miktar arasında ciddi bir oransızlık varsa, belgenin üzerinde ibra kelimesi kullanılmış olsa dahi bu belgeyi ibraname değil, makbuz niteliğinde kabul etmek gerekir. Hatalı tıbbi müdahale yapan hekimi noter huzurunda ibra eden hasta da oransızlık durumunda tazminat talep edebilir.⁴⁷⁵

2.1.TEDAVİ GİDERLERİ

Tıbbi malpraktis halinde talep edilebilecek maddi tazminat kalemlerinden ilki tedavi giderleridir. Yargıtay'ın bu konuda farklı kararları mevcuttur. Bu nedenle hangi tedavi giderlerinin talep edilebileceğine somut olayın niteliklerine göre karar verilmelidir.

Tedavi giderleri olarak; zararın giderilmesi için yeniden yapılması gereken teşhis, tedavi, ameliyat, ilaç, hastane, yatak, ulaşım, dinlenme, yardımcı, hizmetçi masrafları sayılabilir.⁴⁷⁶

Tıbbi müdahalenin ayıplı olarak yapılması nedeniyle açılacak maddi tazminat davasında hastanın tedavi ücretinin iadesini talep edemeyeceği ancak ayıplı olarak yapılan müdahale sonucu oluşan zararın giderilmesi için daha sonra yapılan tedavi giderlerinin hekimden veya hastaneden talep edilebileceği Yargıtayca kabul edilmektedir.

Nitekim örnek Yargıtay kararında da; hastanın, tedavi için ödediği ücreti tazminat olarak talep edemeyeceğine, tedavisi için yapılması zorunlu giderleri başka sağlık merkezine başvurması halinde de yapacak olması nedeniyle bunların tazminini talep edemeyeceğine karar verilmiştir.⁴⁷⁷

“Ödenmesi talep edilen fatura, davacının burun ameliyatı ile ilgili ise, bu faturayı hastanın zaten ödemesi gerektiğinden davacı hasta bununla ilgili herhangi bir

⁴⁷³ ORHUNÖZ, 120.

⁴⁷⁴ Ergun Orhunöz, *Ölüm Ve Cismani Zararlarda Manevi Tazminat*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 1999), 119, (İyimaya age sh 168 dipnot 52/a).

⁴⁷⁵ 13. HD, 14.10.2005, 8333/15194. HAKERİ, TIP HUKUKU.

⁴⁷⁶ EROL, DİŞ HEKİMLERİNİN, 139.

⁴⁷⁷ 13. HD, 04.02.2003, 12276/1077. HAKERİ, TIP HUKUKU.

*talepte bulunamaz. Ancak bu fatura içeriğinin bir kısmı ameliyat sırasında meydana gelen yanığın tedavisi ile ilgili ise davacı, bu miktara ilişkin kısmı istemekte haklıdır. Mahkemece bu husus araştırılarak, sonucuna uygun karar verilmesi gerekir” şeklinde karar verilmiştir.*⁴⁷⁸

Yargıtay başka bir kararında somut olayda hekimin kusuru ile ayıplı eser meydana getirmesi durumunda eser için yapılan ödemelerin tespiti ile iadesine karar verilmesi gerektiğine hükmetmiştir. *“Davalı hekimin göğüs ve burun estetiğine ilişkin olarak yaptığı ameliyatta Adli Tıp Kurumu raporuna göre hekim kusurlu, yapılan operasyon da ayıplıdır. Yapılan işe, işin ayıplı olmasına, hekimin kusuruna ve yapılan ödemelere göre değerlendirilip, hastanın ameliyat bedeli olarak ödediği ücretin tespiti ile iadesine karar verilmesi gerekir.”*⁴⁷⁹

Yargıtay’ın vekâlet sözleşmesinden kaynaklanan bir olayda farklı şekilde karar verdiği görülmektedir.

*“Somut olayda kökünde kist bulunan dişinin çekilip yerine greft konularak implant yapılmasındaki uyuşmazlığın tedavi amaçlı tıbbi müdahaleden kaynaklandığına, taraflar arasında vekâlet ilişkisinin mevcut olduğu ve TBK’nın 502 vd. maddeleri uyarınca; vekil olan doktorun sadakat ve özen borcunun bulunduğu, hükme esas alınan bilirkişi raporuna göre, tedavinin tıbbi usüllere ve kurallara aykırı yapıldığı anlaşıldığından, doktorun tedavi ücreti ve iş bedeline hak kazanmadığı gibi, yaptığı müdahale sonucu ortaya çıkan zararın giderilmesi için, davacı yeniden tedavi masrafı yapmış olduğundan, davalılara ödediği tedavi bedelinin tamamı ile vekâlet görevinin tam olarak yerine getirilmemiş olması nedeniyle zararının giderilmesi için yapılması gereken tedavi masraflarını; yapıldığı yıl mahalli piyasa rayiçleri ile talep edebilir”*⁴⁸⁰ şeklinde karar vermiştir.

2.2.TEDAVİ MASRAF TÜRLERİ

Hastanın estetik cerrahattan talep edebileceği tedaviye ilişkin masraf kalemleri şunlardır;

1-Doğrudan tedavi giderleri;

⁴⁷⁸ 13. HD, 18.06.2002, 5619/7533. HAKERİ, TIP HUKUKU.

⁴⁷⁹ 3. HD, 16.9.2014 6966/11870. HAKERİ, TIP HUKUKU.

⁴⁸⁰ 15. HD 12.10.2017, 1711/3417. HAKERİ, TIP HUKUKU.

Doktor, hemşire, hastabakıcı, fizyoterapist, gibi kişilere ödenen ücretler; hastane, poliklinik gibi yerlere ödenen ücretler; ilaç, tahlil, röntgen, serum, ultrason, kan, tomografi giderleri; ambulans, ameliyat, yoğun bakım ve ilkyardım giderleri; protez bedelleri havalı yatak gibi kullanılması zorunlu araçlara ödenen bedeller sayılabilir.

2- Tedavi sırasında yapılan zorunlu harcamalar;

Refakatçi, bakıcı ve özel beslenme giderleri; hasta ve yakınlarının hastaneye, cerrahın muayenehanesine gidip gelme yol giderleri sayılabilir.

3- Tedaviden sonra yapılmak zorunda olan dolaylı harcamalar

Taburcu olduktan sonra evde bakım gerekiyorsa bakıcı veya yardımcı giderleri

4- Gelecekte yapılmak zorunda olan tedavi masrafları

Gelecekte yapılmak zorunda olan tedaviler ve henüz yapılmamış ameliyat masrafları, kullanılacak ilaç, protez için yapılacak giderler de bilirkişi tarafından hesaplanmalıdır.⁴⁸¹

2.3.TEDAVİ GİDERLERİNİN KANITLANMASI

a) Belgeyle ispatlanması zorunlu değildir.

b) Tedavi giderleri resmi tarifelerle sınırlı değildir.

c) Sigorta gibi resmi bir kurum tarafından bir kısmının ödenmesi ek zararın istenmesine engel değildir.

d) Gelecekte yapılacak tedavi giderlerinin bilirkişice hesaplanması istenebilir.

e) Hâkim, zararın kapsamını resen araştırmakla yükümlüdür.⁴⁸²

“Davacı, tedavi giderleri için belge ibraz etmese bile, uğradığı cismani zararın nitelik ve içeriğine göre tedavi giderleri araştırılıp saptanmalıdır.”⁴⁸³

⁴⁸¹ Çelik Ahmet Çelik, “Tedavi Giderlerinin Kapsamı Ve Kanıtlanması”, <http://www.tazminathukuku.com/arastirma-yazilari/tedavi-giderlerinin-kapsami-ve-kanitlanmasi-celik-ahmet-celik-i-tanim-ve-kapsam-haksiz-eylem-veya-kaza-sonucu-yaralanan-kisi-tumuyle-iyilesip-eski-sagligina-kavusuncaya-kadar-yaptigi-ve-ilerde-yapacagi-tum-masraflarin.htm>, (Erişim tarihi: 20.04.2019)

⁴⁸² ÇELİK, TEDAVİ.

⁴⁸³ 19.HD 11827 – 6752 K. No ve 18.10.1993 t.li kararı

“Tedavi giderleri için belge ibraz edilemeyen hallerde, yaraların tedavisi bakımından ne miktar bir gider yapılması gerektiği konusunda bilirkişi raporu alınmalı ve gerektiğinde TBK'nun 42.nci maddesi gözetilmelidir.”⁴⁸⁴

2.4.DESTEKTEK YOKSUN KALMA TAZMİNATI

Zarar gören ölmüşse ölenin desteğinden yoksun mirasçuları TBK'nun 53. maddesi gereği bu sebeple uğradıkları kayıpları talep edebilirler. Buna destekten yoksun kalma zararı denilmektedir. Uygulamada ölenin işsiz, ev hanımı, emekli olması halinde dahi asgari ücret tutarında bir zarara hükmedilmektedir.⁴⁸⁵

Yargıtay'a göre destekten yoksun kalanların ve ölenin (desteğin) muhtemel bakiye yaşam sürelerinin PMF 1931 Tablosu esas alınarak belirlenmesi gerekmektedir.⁴⁸⁶

Yargıda ve SGK'da halen PMF-1931 yaşam (mortalite) tabloları kullanılmaktadır.

Yargıtay 1993 yılında progressif rant isimli hesaplama yöntemini uygulamaya koymuştur.

2.5.TAZMİNAT HESABINA ESAS KAZANÇLARIN BELİRLENMESİ

Bedensel zarara uğrayan kişinin ya da ölüm halinde desteğin bir işi, mesleği, kazancı varsa, gerçek kazancının araştırılması gerekir. Gerçek kazanç, imzalı dahi olsa ücret bordrosundaki ya da vergi bildirimindeki kazanç değildir. Kesin olarak

⁴⁸⁴ Çelik Ahmet Çelik, “Yargıtay’ca Benimsenen İkelere Göre Tazminat Hesaplama Yöntemleri”, <http://www.tazminathukuku.com/arastirma-yazilari/tedavi-giderlerinin-kapsami-ve-kanitlanmasi-celik-ahmet-celik-i-tanim-ve-kapsam-haksiz-eylem-veya-kaza-sonucu-yaralanan-kisi-tumuyle-iyilesip-eski-sagligina-kavusuncaya-kadar-yaptigi-ve-ilerde-yapacagi-tum-masraflarin.htm>, (Erişim tarihi: 10.03.2019), (4.HD 4332 – 4798K. No.lu ve 30.5.1996 tli kararı).

⁴⁸⁵ Çelik Ahmet Çelik. “Destekten Yoksun Kalma Tazminatı”, <http://www.tazminathukuku.com/arastirma-yazilari/destekten-yoksun-kalma-tazminati.htm>, (Erişim tarihi: 24.04.2019).

⁴⁸⁶ ÇELİK, YARGITAYCA. Her ne kadar Hazine Müsteşarlığı'nın 2010/4 sayılı Genelgesi ile sigorta şirketlerince CSO 1980 Kadın ve Erkek Mortalite Tablolarının kullanılacağını belirtmişse de bu genelge yargıyı bağlamamaktadır. Yargıtay'ın mevcut uygulaması değişmedikçe, ilk derece mahkemelerinde görevlendirilen bilirkişiler, Yargıtayca benimsenen yöntem ve formüllere göre tazminat hesabı yapmalıdır, aksi halde yerel mahkeme kararları bozulacağından davalar gereksiz yere uzayacaktır.

Anayasa'nın 138. maddesi'nin “Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz” açık hükmü karşısında sözkonusu genelgenin mahkemeler açısından bir bağlayıcılığı sözkonusu olamaz.

saptanamadığı takdirde, ilgili meslek kuruluşlarından olay tarihi ile rapor (karar) tarihi arasındaki emsal kazanç sorularak hesaplama yapılmalıdır.⁴⁸⁷

Bir işi ya da kazancı olmayanların, evhanımlarının, küçük çocukların ya da emekli olan desteğin bedensel varlığıyla, yardım ve hizmet ederek yakınlarına destek sağlayacakları kabul edilerek, bu kişilerin desteğinden yoksun kalanların tazminatı yasal asgari ücrete göre hesaplanır.

2.6.DESTEK SÜRELERİ

Çalışma yaşının (aktif dönemin) somut olayda çalışma koşulları ve yapılan işin niteliği gereği desteğin eylemli olarak çalışabileceği sürenin tespit edilmesi gerekir.

Yaşlılık döneminde (pasif dönem) yaşlı kişinin yardım ve hizmet ederek yakınlarına destek olacağı kabul edildiğinden bu dönem de hesaplanmalıdır.

Destekten yoksunluk süresi bakımından kural olarak erkek çocuk 18 yaşına kadar, kız çocuk 22 yaşına kadar olmakla beraber, erkek çocuk orta öğretimde ise 20 yaşına, erkek veya kız yükseköğrenim görüyorsa 25 yaşına kadar destek göreceği kabul edilmektedir.

Eğer kız çocuk henüz evlenmemiş ve bir işi ve kazancı bulunmuyor ve ailesiyle birlikte yaşıyorsa bulunduğu yaşa kadar ve evlenme olasılığı da gözetilerek destek tazminatı hesaplanmalı, engelli ve bakıma muhtaç çocukların ise yaşam boyu hesaplanmalıdır.

Ancak gelecekteki düğün giderleri destek zararı değildir, tazminatta dikkate alınmaz.⁴⁸⁸

Ev hizmetlerinin yaşam boyu yapılacağı kabul edildiğinden, onun yaşam süresinin sonuna kadar ve elbette destekten yoksun kalanların yaşam veya destekten yoksunluk süreleriyle sınırlı olarak tazminat hesaplanır.

Yargıtay'a göre dul eşin yeniden evlenme olasılığı, olay tarihindeki değil, hüküm tarihindeki yaşına göre belirlenmelidir.

⁴⁸⁷ ÇELİK, KAZANÇ.

⁴⁸⁸ ÖZTÜRKLER, 105.

2.7.KALICI SAKATLIKLAR

Yargıtay'a göre;

a-Sakat kalan kişinin kazancında azalma olmasa dahi, aynı işi yaparken sakatlığı oranında daha fazla güç harcayacağı gözetilerek gerçek kazancı üzerinden güç kaybı tazminatı hesaplanmalıdır.

b- ev kadını, yaşlı, çocuk ya da bir işi ve kazancı olmayanlar sakat kaldığı takdirde, günlük yaşamını sürdürürken sakatlığı ölçüsünde zorlanacağından, güç kaybı tazminatı yasal asgari ücretler üzerinden hesaplanmalıdır.

c-kişinin pasif dönemde de fazla güç sarfı nedeniyle tazminat isteme hakkı bulunmaktadır.

d-çocuklar açısından güç kaybı tazminatı kaza geçirdiği tarihteki yaşından yaşam süresinin sonuna dek hesaplanmalıdır.

f- Yaşam boyu bakıma muhtaç olanların tazminatı

Bakım giderleri bulunduğu yaştan yaşam süresinin sonuna kadar hesaplanmalı ve indirim yapılmamalıdır.⁴⁸⁹

2.8.GÜÇ (EFOR) KAYBI TAZMİNATI

İŞGÜCÜ KAYBI; kişinin vücut bütünlüğünün, tıbbi müdahale sebebiyle bozulması nedeniyle çalışma gücünün sürekli veya geçici olarak kaybıdır.⁴⁹⁰

Hastanın kalıcı sakatlığı sebebiyle ortaya çıkan beden gücü kaybı, gelirinde ve mal varlığında eksilme meydana getirmemiş olsa bile, güç (efor) kaybı tazminatına hükmedilmesi gerekir.⁴⁹¹

4.HD 1979 tarihli kararında terzi olan kadının yüzündeki iz iş gücünde daimi azalma yaratmadığı halde ekonomik geleceğinin sarsılacağına karar vermiştir.⁴⁹²

⁴⁸⁹ ÇELİK, YARGITAYCA.

⁴⁹⁰ Çelik Ahmet Çelik. Bedensel Zararlarda Güç Kaybı Tazminatı <http://www.tazminathukuku.com/yargitay-kararlari/bedensel-zararlarda-guc-kaybi-tazminati.htm>, (Erişim tarihi: 03.01.2019).

⁴⁹¹ ÇELİK, GÜÇ.

⁴⁹² ÖRHUNÖZ, 83, (4HD 27.03.1979 1301E, 4136K).

Beden gücü kaybına uğrayan kişinin aynı işi zarardan önceki durumuna ve diğer kişilere göre daha fazla bir güç sarf ederek yapması nedeniyle zararının oluştuğu kabul edilmektedir.⁴⁹³

“Hukuka aykırı olarak gerçekleşen zararın, zarar görenin kendi imkânlarıyla giderilmesi, sorumluluğu ortadan kaldırmaz. Kişinin oluşan beden gücü kaybı sonucu meydana gelmesi kaçınılmaz zararı (gelir azalması), bizzat kendisinin “daha fazla bir güç” harcayarak gidermesi sorumluluktan kurtarma aracı olarak kullanılmamalıdır. Aksi görüş, zarar gören yerine, hukuka aykırı eylemle zarar veren kişinin korunmasını ortaya çıkarır ki, bu da hak ve adalet ölçülerine ters düşer.”⁴⁹⁴

Bedensel zararlar ve ölüm nedeniyle destekten yoksun kalma sebebiyle açılacak tazminat davalarını 6100 sayılı HMK'nun 107. maddesinde⁴⁹⁵ düzenlenen belirsiz alacak davası şeklinde açmak hastanın lehine olacaktır.⁴⁹⁶

Tıbbi hatanın mevcut olup olmadığı, hekim ya da hastanenin sorumluluğu konularında belirsizlik mevcutsa HMK 107/3'e göre tespit davası açılması uygun olacaktır.

Tedavi ücretleri konusunda uyuşmazlık varsa fazlaya ilişkin haklar saklı tutulmak kaydıyla kısmi dava açılmalıdır.⁴⁹⁷

3.MANEVİ TAZMİNAT

Manevi tazminat, haksız ve hukuka aykırı bir eylem veya işlem sonucu kişi varlığında meydana gelen incinme, üzülmeye, acı çekme, yıpranma nedeniyle uğranılan zararın ödetilmesidir.⁴⁹⁸

⁴⁹³ ÇELİK, GÜÇ.

⁴⁹⁴ ÇELİK, GÜÇ, (4.HD'nin 19.04.1982 tarih ve 1982/3059E. 1982/3938K sayılı kararı).

⁴⁹⁵ HMK 107'ye göre; “Belirsiz alacak ve tespit davası (1) Davanın açıldığı tarihte alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin kendisinden beklenemeyeceği veya bunun imkânsız olduğu hâllerde, alacaklı, hukuki ilişkiyi ve asgari bir miktar ya da değeri belirtmek suretiyle belirsiz alacak davası açabilir.

(2) Karşı tarafın verdiği bilgi veya tahkikat sonucu alacağın miktarı veya değerinin tam ve kesin olarak belirlenebilmesinin mümkün olduğu anda davacı, iddianın genişletilmesi yasağına tabi olmaksızın davanın başında belirtmiş olduğu talebini artırabilir.

(3) Ayrıca, kısmi eda davasının açılabilirdiği hâllerde, tespit davası da açılabilir ve bu durumda hukuki yararın var olduğu kabul edilir.”

⁴⁹⁶ Çelik Ahmet Çelik, “Belirsiz Alacak Ve Tespit Davası”,

<http://www.tazminathukuku.com/arastirma-yazilari/belirsiz-alacak-ve-tespit-davasi.htm>, (Erişim tarihi: 26.04.2019):

⁴⁹⁷ EROL, DIŞ HEKİMLERİNİN, 264.

TBK 56. maddesinde manevi tazminatı düzenlemiştir. “*Hâkim, bir kimsenin bedensel bütünlüğünün zedelenmesi durumunda, olayın özelliklerini göz önünde tutarak, zarar görene uygun bir miktar paranın manevi tazminat olarak ödenmesine karar verebilir. Ağır bedensel zarar veya ölüm hâlinde, zarar görenin veya ölenin yakınlarına da manevi tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verilebilir.*”

3.1.MANEVİ TAZMİNAT DAVASI AÇILABİLMESİ İÇİN ŞARTLAR

- 1)Hastanın kişisel değerlerine haksız bir saldırı olmalı
- 2)Hekimin kusuru olmalı
- 3)Tıbbi müdahale sonucu bir zarar doğmuş olmalı
- 4)Tıbbi müdahale ile doğan zarar arasında uygun bir illiyet bağı bulunmalı
- 5) Maddi tazminattan farklı olarak, zarar gören hasta, bedensel zarara uğramasa bile, kişilik değerleri etkilenmiş; hekimin fiili ya da ameliyat ruhsal sarsıntı ve sinir bozukluğu yaratmış olmalıdır.⁴⁹⁹

Manevi tazminatın miktarını tayin etme hâkimin takdirine bırakılmış bir konu olmakla beraber, hükmedilecek miktarın uğranılan zararlar orantılı, duyulan acıyı hafifletecek nitelikte olması gerekir. Takdir edilecek manevi tazminat hakkaniyete uygun olmalıdır. Manevi tazminat bir ceza olmadığı gibi mamelek hukukuna ilişkin zararı karşılması da amaç edinilmemiştir. Kusurlu olana yalnız hukukun ihlalinden dolayı yapılan bir kötülük de değildir. Aksine zarara uğrayanda bir huzur duygusu doğurmalıdır. Tazminatın sınırı onun amacına uygun olarak belirlenmelidir. Manevi tazminatın takdiri yapılırken tarafların sosyal ve ekonomik durumları gözetilmeli; manevi tazminatın miktarı bir taraf için zenginleşme aracı, diğer taraf için de yıkım olmamalıdır. Manevi tazminatın miktarının belirlenmesinde her olaya göre değişen özel hal ve şartlar gözetilmelidir.⁵⁰⁰ Zararın kalıcı ya da geçici nitelikte olması manevi tazminat miktarının belirlenmesinde etkilidir.

⁴⁹⁸ Çelik Ahmet Çelik, “*Can Zararlarında Manevi Tazminata Ölçü Arayışı*”, <http://www.tazminathukuku.com/arastirma-yazilari/can-zararlarinda-manevi-tazminata-olcu-arayisi-celik-ahmet-celik-i-konuya-giris-1-genel-olarak-tazminat-tazminat-haksiz-ve-hukuka-aykiri-bir-eylem-veya-islem-sonucu-ugranilan-zararin-odetilmesi-zarar-ise-genis-anla.htm>, (Erişim Tarihi: 25.04.2019)

⁴⁹⁹ ÇELİK, CAN.

⁵⁰⁰ 13. HD, 23.05.2003, 3392/6425. HAKERİ, TIP HUKUKU.

Mağdurun yaşı da tazminatın belirlenmesinde etkilidir. Örneğin 30 yaşında ölen kişinin yakınları 85 yaşında bir insanın yakınlarından daha fazla sarsılabilir.⁵⁰¹

3.2.MANEVİ TAZMİNATIN ÖLÇÜSÜ

Manevi zararın maddi zarar gibi kesin hesap unsurları bulunmamaktadır. Kişinin haksız ve hukuka aykırı eylemden etkilenme derecesini kişiden kişiye değiştiğinden saptamak neredeyse olanaksızdır. Bazı yazarlar manevi tazminatın hâkimin takdirinden çıkarılıp maddi tazminatta olduğu gibi somut bir takım ölçü ve formüllere bağlanmasının daha hakkaniyetli olacağını savunmaktadır.

- a) Maddi tazminatı tamamlayıcı ve zarar vereni caydırıcı nitelikte olmalı
- b) fiilin niteliği; kasıtlı veya taksirli oluşu, kusurun derecesi, işleniş şekli dikkate alınmalı
- c) Zarar gören hastanın ve zarar veren hekimin kişilikleri ile sosyoekonomik durumları dikkate alınmalıdır.
- d) tazminatın miktarı, zarar gören hastanın manevi eksikliğini giderecek düzeyde olmalı⁵⁰²

Manevî tazminat, zarar gören hastanın uğradığı zararı, acı ve üzüntüyü dindirecek veya en azından azaltacak bir tatmin sağlamayı amaçlar. Yargıtay mevcut dışlerin sökülerek protez uygulanması sırasında hastanın duyduğu acının tedavi gereği olduğuna ve manevi zarardan söz edilemeyeceğine karar vermiştir.⁵⁰³

Manevi tazminat miktarına ilişkin olarak fazlaya ilişkin haklar saklı tutulamaz.⁵⁰⁴

“Manevi tazminat, duyulan elem ve acıya karşılık takdir edilen bir para olup, zarara uğrayan bu nedenle uğradığı zararı bilebilecek ve takdir edebilecek durumdadır. Bu sebeple bölünmesi, bir bölümünün saklı tutulması mümkün değildir. Hasta, açtığı davada fazlaya ilişkin haklarını saklı tutarak, manevi tazminat için kısmi talepte bulunamaz, manevi tazminat olarak borçlu hekimden veya hastaneden bir miktar tahsil edip ibraname verdikten sonra yeniden talepte bulunamaz.”⁵⁰⁵

⁵⁰¹ ORHUNÖZ, 83.

⁵⁰² ÇELİK, CAN.

⁵⁰³ HAKERİ, TIP HUKUKU, 884, (15HD 13.10.2008, 5571/5961).

⁵⁰⁴ 13. HD, 14.10.2005, 8333/15194. HAKERİ, TIP HUKUKU.

⁵⁰⁵ 13. HD, 18.06.2002, 5619/7533. HAKERİ, TIP HUKUKU.

Ancak Çelik, belirsiz alacak dava dilekçesinde maddi tazminatla birlikte manevi tazminat da istenmişse, karar aşamasında davacının talep tutarını açıklayıp harcını yatırmasının mümkün olduğunu savunmaktadır.⁵⁰⁶

3.3.MANEVİ TAZMİNAT TAYİNİ İÇİN KRİTERLER

“Manevi tazminat zarargören hastaya huzur duygusu vermeli, ruhi ızdırabının dindirilmesini amaçlamalıdır. Manevi tazminatın tutarını etkileyecek özel hal ve şartlar olayın somut veri ve özellikleridir. Hâkim takdir hakkını kullanırken ona etkili olan sebepleri de kararında objektif ölçü ve delillere göre göstermek zorundadır.”⁵⁰⁷

Manevi zarar kişi varlığında bir eksilmedir. Belli kurallara göre, sınırlı şekilde hesaplanan kişilerin ekonomik düzeylerini temel ölçü alması nedeniyle kişiler arası eşitsizlik yaratan maddi tazminatın eksikliklerini telafi edici işlev üstlenmelidir. Belirsiz alacak davasının karar aşamasında tazminat hesap raporuna, davacıların haklılık, davalı hekim ve hastanenin sorumluluk derecelerine göre manevi tazminat belirlenmelidir. Elbette kıdem tazminatı hesabında olduğu gibi en yüksek devlet memurunun aylık ücreti baz alınarak (veya farklı bir yöntemle) manevi tazminata kesin bir ölçü getirilmesi daha uygun olacaktır.⁵⁰⁸

Zira tarafların sosyoekonomik durumuna göre farklı manevi tazminatlara hükmedilmesi benzer zararlar nedeniyle zengin ve fakir arasında farklı tazminat miktarlarına hükmedilmesi sonucunu doğuracağından eşitlik ilkesini zedeleyebilecektir.

3.4.TAZMİNAT MİKTARININ BELİRLENMESİ

Manevi tazminatın belirlenmesi maddi tazminatın belirlenmesine göre daha güçtür. Zira her insanın yaşam koşulları ve sosyoekonomik durumu, hatta hayattan beklentileri, hayata bakış açısı farklı olduğundan bir olay karşısında ne oranda üzüntü duyduğunun tespit edilebilmesi son derece zordur. Özellikle güzelleştirme amacıyla estetik ameliyat yaptıran bir kişinin eski halinden daha çirkin bir görüntüye maruz kalması onun için örneğin bir trafik kazası geçiren kişiden daha fazla üzüntü verici nitelikte olabilir. Bu nedenle hakkaniyete uygun bir tazminat miktarının belirlenmesi önemlidir.

⁵⁰⁶ Çelik Ahmet Çelik, 6100 Sayılı Hukuk Yargılama Yasası'na göre Tazminat ve Alacak Davaları, (Ankara: Bilge Yayınevi, 2012), 36.

⁵⁰⁷ 13. HD, 17.06.1996, 3880/6163. HAKERİ, TIP HUKUKU

⁵⁰⁸ ÇELİK, 6100, 41.

Buna karşılık mevzuatta manevi tazminatın belirlenmesi hususunda kesin bir ölçü bulunmamakta, Yargıtay'ın içtihatları ile çözüm üretilmeye çalışılmaktadır.

TBK'nun 51. maddesine göre; *“Hâkim, tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirler.”*

“%75 oranındaki kusur ağır kusur kabul edilmelidir.”⁵⁰⁹

Yargıtay hastanın karnında pens unutulmasını ağır kusur saymış ve bilirkişi incelemesi gerektirmediğine karar vermiştir.⁵¹⁰

TBK'nun 55.⁵¹¹ maddesine göre destekten yoksun kalma zararları ile vücut bütünlüğünün kısmen ya da tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı zararlar, Türk Borçlar Kanunu hükümleri ile sorumluluk hukuku ilkelerine göre hesaplanır.

Manevi tazminatın hesabında, ülkenin ekonomik durumu, paranın alım gücü, tarafların ekonomik durumları, zararverenin fiilinin niteliği, kusurun oranı, zarargörenin yaşadığı elem ve ıstırabın ağırlığı göz önünde bulundurulur.⁵¹²

Kusur oranı özel bilgi gerektirdiğinden hâkim doğrudan tayin edemez, bilirkişiye başvurması gerekmektedir.⁵¹³

Çelik, özel teknik ve bilgi sahibi, tazminat hesaplama uzmanı hukukçu bilirkişilerin de 266. maddedeki yasak kapsamına girmemesi gerektiğini haklı olarak savunmaktadır.⁵¹⁴ Örneğin hesaplamalarda tıp hukuku gibi hukukun çok özel dallarında özel bilgi sahibi hukukçulardan yararlanılması yargılamaya da büyük katkı sağlayacaktır.

⁵⁰⁹ TÜRKMEN, 194, (HGK 17.06.1972 tli. ve 1970/9-669E 1972/664K)

⁵¹⁰ HAKERİ, TIBBİ UYGULAMA HATALARI, 101.

⁵¹¹ “TBK 55.md: Destekten yoksun kalma zararları ile bedensel zararlar, bu Kanun hükümlerine ve sorumluluk hukuku ilkelerine göre hesaplanır. Kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile ifa amacını taşımayan ödemeler, bu tür zararların belirlenmesinde gözetilemez; zarar veya tazminattan indirilemez. Hesaplanan tazminat, miktar esas alınarak hakkaniyet düşüncesi ile artırılmaz veya azaltılmaz. Bu Kanun hükümleri, her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı zararlara ilişkin istem ve davalarda da uygulanır.”

⁵¹² EROL, DİŞ HEKİMLERİNİN, 153, (HGK, 23.06.2004, 13-291/370).

⁵¹³ TÜRKMEN, 193, (Yargıtay 9HD 23.01.1975 t ve 1974/2477E 1975/2839K).

⁵¹⁴ ÇELİK, 6100 Sayılı Hukuk Yargılama Yasası'na göre Tazminat ve Alacak Davaları, 200.

Hekimin kusurunun ağırlığı ile bu kusurun dışında kalan etken ve nedenler olup olmaması, hastanın oluşan zararın giderilmesi için daha sonra maruz kaldığı tedaviler, yaşadığı hayati tehlike, elem; acı ve ızdırabın büyüklüğü tazminat miktarının belirlenmesinde etkilidir.⁵¹⁵

Eğlence sektöründe oryantal olarak çalışan davacının kalçalarına silikon takılmasına yönelik estetik ameliyat sırasında enfeksiyon kapması nedeniyle silikonun çıkarılması için 2. bir ameliyat geçirmesi gereken olayda yerel mahkeme hastanın işlem ve sonrasındaki tedavi için ödediği bedelin yanı sıra hastanede tedavi gördüğü 10 gün zarfında uğradığı kazanç kaybının ve manevi tazminatın ödenmesine karar vermiş, Yargıtay olayın oluşum şekli, hastanın yatarak tedavi gördüğü süre, enfeksiyon sebebiyle 2. bir ameliyata maruz kalması, hastanın komplikasyon konusunda bilgilendirilmemiş olması davalıların kusur durumu ve manevi tazminata ilişkin ilkeler doğrultusunda yerel mahkemece belirlenen manevi tazminatın daha üst düzeyde takdir edilmesi gerektiğine karar vermiştir.⁵¹⁶

Sonuç olarak; yüzde veya vücutta hayat boyu sabit kalacak şekilde iz kalmışsa sabit izin niteliği, hangi mesafeden fark edilebildiği, derinliği, yüzün ya da vücudun hangi bölgesinde olduğu, estetik bir ameliyatla giderilmesinin mümkün olup olmadığı, hekimin bu estetik ameliyatı gerçekleştirip gerçekleştirmeyeceği veya 3. kişi tarafından gerçekleştirilmesi halinde masrafını ödeyip ödemeyeceği ve somut olayda mevcut kişiye özel diğer durumların varlığı, zararverenin eyleminin mahiyeti, kusurunun oranı, zarargörenin yaşadığı üzüntü ve acının büyüklüğü, tarafların sosyoekonomik durumları ve maddi tazminatın miktarı da dikkate alınarak manevi tazminat miktarı belirlenmelidir.

Her ne kadar tazminat bir zenginleştirme aracı değilse de uygulamada bazı durumlarda hükmedilen tazminatın yargılama giderleri ve vekâlet ücretinin altında ya da eşit miktarda tespit edildiği kararlar zarargörenin yaşadığı üzüntüyü gidermekten uzak olduğundan daha hakkaniyetli kararlar verilmesi gerektiği açıktır.

Bu amaçla maddi tazminatta olduğu gibi manevi tazminatın hesaplanması için de formüller geliştirilmeli ve zenginleştirmeme prensibi dar anlamda yorumlanmamalıdır.

⁵¹⁵ MEMİŞ, 211

⁵¹⁶ MEMİŞ, 211.

3.5.ZARARIN KAPSAMI

Zararın ve çalışma gücü kaybının belirlenmesinde olayın somut durumu ile zarar gören hastanın mesleği dikkate alınır. Mağdurun yaşadığı organ ya da vücut kısmı kaybı her mesleği farklı şekilde etkileyebilir. Örneğin bir bacağın kaybı masabaşında çalışan bir bilgisayar mühendisini fazlaca etkilemezken bir mankenin iş hayatına son verebilecek niteliktedir. Dolayısıyla sadece tıbbi sakatlık oranına göre karar verilmesi uygun olmayıp somut olaydaki verilerle birlikte değerlendirilmelidir.

Yargıtay zararın belgelendirilmesini aramamakta, bilirkişi marifetiyle hesaplanması gerektiğine karar vermektedir.⁵¹⁷

Hâkimin tarafların gerçek ekonomik durumunu tespit etmesi asıl olmakla birlikte tespit edilemediği takdirde Yargıtay kişinin çalışmadığı süredeki kazancının en az asgari ücret düzeyinde olduğunu benimsemektedir.⁵¹⁸

Manevi tazminat taleplerinde somut olayda estetik cerrah mesleki bilgisinin gereklerini yerine getirdiğini, kusurunun bulunmadığını ispat etmek zorundadır. Burada tıbbi müdahaleden önceki hali gösteren fotoğraflar ile müdahale sonrası düzenli aralıklarla çekilecek fotoğraflar ispat açısından önem taşımaktadır. Aydınlatmaya dayalı rızanın yazılı ve detaylı olması, hasta kayıtlarının düzenli tutulması da ispat açısından önemlidir. Hasta anemnezi, ameliyat öncesi yapılan testler, çekilen röntgen ve grafler de ispat açısından son derece önemlidir. Hastanın önceki ameliyatlarında yara izlerinin iyileşme şekli, alkol ve sigara gibi alışkanlıkları, kronik hastalıkları, düzenli olarak kullandığı ilaçlar ameliyat sonrası yaranın iyileşmesini etkileyebileceğinden hekim tarafından iyi değerlendirildiği, olası komplikasyonlar konusunda hastanın aydınlatıldığı ve hekim tarafından gerekli her tür önlemin alındığı ispatlanmalıdır.⁵¹⁹

⁵¹⁷ 4. HD, 12.05.2016, 3362/6615, Mahkemece yapılacak iş; davacının üniversite dış hekimliği fakültesinde görevli bilirkişi heyetinde muayenesini yaptırmak, davaya konu dış çekimi sebebiyle oluşan olumsuzluğun giderilmesi için yapılabilecek tedavilerin giderini hesaplatmak, yapılacak işlemin yenilenmesinin gerekmesi halinde yenileme giderlerini tespit ettirmek, davacının talebini de gözeterek bu miktara karar vermektir. Zararın belgelendirilmesinin istenmesi doğru değildir.

⁵¹⁸ Çelik Ahmet Çelik, Tazminat Hesaplarında Asgari Ücretlerin Uygulanması <http://www.tazminathukuku.com/arastirma-yazilari/tazminat-hesaplarinda-asgari-ucetlerin-uygulanmasi.htm>, (Erişim Tarihi: 27.05.2019).

⁵¹⁹ ÇELİK, CAN.

3.6.TAZMİNATTAN İNDİRİM

Hastanın yaptığı ya da yapmadığı bir hareket nedeniyle zarar doğmuş veya artmışsa tazminat indirilebileceği gibi tamamen de kaldırılabilir.

Hastanın da eser bedelini ödeme, bilgi ve belgelerini doğru olarak verme, hekimin talimatlarına uyma, teşhis amaçlı tetkiklere uyma ve katlanma, hizmet veren kurumların kurallarına uyma ve hekimle olumlu ve etkin diyalog kurma gibi borçları vardır. Hastanın bu borç ve yükümlülükler aykırı davranışı müterafik kusuruna neden olur ve tazminattan indirim yapılmasına ya da tamamen reddine yol açar.

HHY'nde değişiklik yapılmasına dair yönetmelik ile hastanın uyması gereken kurallar yönetmeliğe eklenmiştir.⁵²⁰

TBK'nun 52. maddesi tazminatın indirilmesini düzenlemektedir.⁵²¹

Hastanın aşırı hassas bünyesi de hekimin kusuru kadar zararın oluşumunda etken olmuşsa tazminat indirilebilir.⁵²²

Haksız fiil sonucu cismani zarara uğrayan kişi, bundan önce ödediği gelir vergisi gibi vergilerden kurtuluyorsa elde edilen bu yararların tazminattan indirilmesi gerekir.⁵²³

Ancak haksız fiil sonucu eş ve çocuklarına ödenen maaşlar tazminattan indirilemez.⁵²⁴

⁵²⁰ "Madde 42/A – Hasta sağlık hizmeti alırken aşağıdaki kurallara uyar:

- a) Başvurduğu sağlık kurum ve kuruluşunun kural ve uygulamalarına uygun davranır ve katılımcı bir yaklaşımla teşhis ve tedavi ekibinin bir parçası olduğu bilinciyle hareket eder.
- b) Yakınmalarını, daha önce geçirdiği hastalıkları, gördüğü tedavileri ve tıbbi müdahaleleri, eğer varsa halen kullandığı ilaçları ve sağlığıyla ilgili bilgileri mümkün olduğunca eksiksiz ve doğru olarak verir.
- c) Hekim tarafından belirlenen sürelerde kontrole gelmeli ve tedavisinin gidişatı hakkında geri bildirimlerde bulunur.
- ç) Randevu tarih ve saatine uyar ve değişiklikleri ilgili yere bildirir.
- d) İlgili mevzuata göre öncelik tanınan hastalar ile diğer hastaların ve personelin haklarına saygı gösterir.
- e) Personelle sözlü ve fiziki saldırıya yönelik davranışlarda bulunmaz.
- f) Haklarının ihlal edildiğini düşündüğünde veya sorun yaşadığında hasta iletişim birimine başvurur."

⁵²¹ TBK md. 52: "Zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hâkim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir. Zarara hafif kusuruyla sebep olan tazminat yükümlüsü, tazminatı ödediğinde yoksulluğa düşecek olur ve hakkaniyet de gerektirirse hâkim, tazminatı indirebilir."

⁵²² PETEK, 232.

⁵²³ TÜRKMEN, 194 (4. HD. 10.04.1980t ve 1980/2305E 1980/4710K).

Hastanın da zararın doğumunda veya artmasında kusurlu olduğu bilirkişi raporu ile tespit edilirse bu oranda indirim yapılabilir.”⁵²⁵

Hastanın ameliyata razı olmaması nedeniyle cismani zararın artması halinde hekim tazminattan indirim talep edemez. Zira her ameliyat belli bir miktar da olsa ölüm tehlikesi içerir ve hiçbir hukuk düzeni tazminat miktarını azaltmak maksadıyla mağduru ameliyat olmaya ve ölüm tehlikesi riskini almaya zorlayamaz.⁵²⁶

Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararında zarar gören hastanın müterafik kusuru varsa manevi zararın takdirinde dikkate alınması; tazminat miktarının azaltılması veya tamamen kaldırılması gerektiğine işaret etmiştir.⁵²⁷

Hak sahiplerine SGK'dan gelir bağlanmış olması, tazminatı arttırmaz, aksine SGK'dan bağlanan gelirlerin peşin değerleri üzerinden tazminattan indirim yapılır.⁵²⁸

4.TAZMİNAT DAVASININ TARAFLARI

1)hasta

2)hastanın yasal mirasçıları ve desteğinden yoksun kalanlar

Mirası reddetmiş olsalar dahi destekten yoksun kalma tazminatı talep edebilirler.⁵²⁹

3)tedavi hizmeti sunanlar

3a)hastane

3b)hekim, diş hekimi, fizyoterapist, klinik psikolog, hemşire, eczacı, diğer sağlık mesleği mensupları

Zarar gören hasta davasını, özel muayenede yapılan tıbbi müdahalelerde hekime karşı, hekim özel bir hastanede veya klinikte çalışıyor ise hem özel hastaneye hem de hekime karşı açabilir.

⁵²⁴ TÜRKMEN, 194 (4HD 09.05.1980 t ve 1980/3094E 1980/6086K).

⁵²⁵ 13. HD, 05.04.1993, 131/2741. “Gerekirse hasta da muayene ettirilerek hastanın davranışının (örneğin burun ameliyatında konulan tespit alçısının zamanından önce alınmasının), zararın meydana gelmesinde mutlak ve tek etken olup olmadığı veya bunun TBK'nın 52. maddesinin uygulanmasını gerekli kılan bir olgu olarak kabul edilip edilmeyeceği yönünden anılan Adli Tıp Kurumu'ndan gerekçeli ve dayanakları yazılmış görüş istenmeli, hâsıl olacak uygun sonuç çerçevesinde karar verilmelidir.”

⁵²⁶ ORHUNÖZ, 70.

⁵²⁷ YENİPİNAR, 31. (1966/7-7 sayılı, 22.06.1966 tarihli kararı).

⁵²⁸ Çelik Ahmet Çelik. “Manevi Tazminat Hakkında” <http://www.tazminathukuku.com/gorus-bildirimleri/manevi-tazminat-hakkinda.htm>, (Erişim tarihi: 07.04.2019).

⁵²⁹ Cemal Öztürkler, Ölüm ve Bedeni Zarar Hallerinde Maddi Tazminatın Hesaplanması Teknikleri, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2003) 102.

Kendisi cismani zarara uğramadığı halde cismani zarara uğrayan yakınının çektiği ızdırıp ve elem sebebiyle ana, baba, eşler, çocuk gibi çok yakınlarının da aynı davranış nedeniyle hukuken korunan ruhsal sağlık bütünlüğü ağır biçimde zarar gördüğü takdirde manevi tazminat talep edebilirler. HGK 1995 tarihli kararında çocuğun uzun süre hastanede tedavi olması nedeniyle (ölüm olmadan da) ana babasının kendi adlarına manevi tazminat isteyebileceğine karar vermiştir.⁵³⁰

Manevi tazminat talep edebilmek için kan veya sıhri hısımlık şart olmayıp nişanlısı, imam nikâhlı beraberliği olan kişi, evlatlığı ve diğer yakınları da talep edebilir.⁵³¹ Küçük ve mümeyyiz olmayan kardeşler⁵³², hatta sağ doğmak kaydıyla olay gününde ana rahmine düşmüş çocuk lehine dahi manevi tazminata hükmedilebilir.⁵³³

5.FAİZ TALEBİ

Tazminat taleplerinde dava dilekçesinde belirtilmek koşulu ile ameliyatın yapıldığı tarihten itibaren faiz talep edilebilir. Belirtilmediği takdirde dava tarihinden itibaren faiz hesaplanacaktır.

Anapara tahsil edilmediği ve zamanaşımına uğramadığı takdirde dava dilekçesinde istenmesi unutulmuş faizin ayrı bir dava ile talep edilebilmesi mümkündür. Eğer asıl alacağı konu tazminat koşulsuz şekilde tahsil edilmişse eklentisi niteliğinde olan faiz artık istenemez.

Tazminat dava dilekçesinde faiz istenmemişse ıslahla faiz istenemez, ayrı bir dava açılmalıdır.⁵³⁴

Asıl dava devam ederken faiz için ek dava açılırsa esas dosya ile birleştirilmesi talep edilir. Asıl dava dilekçesinde fazlaya ilişkin haklar saklı tutulmamış olsa bile, faiz talepli ayrı bir dava açma hakkı kaybedilmez. Dava konusu edilen “birikmiş faiz” kapitale dönüşmüş olmakla, mahkemece hüküm altına alınırken ayrıca faize hükmedilir. İlk davada istenmeyen işlemiş faiz harcı yatırılmak suretiyle kapitale dönüştüğünden faiz talebiyle açılan davada talep edilen miktara faiz yürütülmesi mümkündür.⁵³⁵

⁵³⁰ ORHUNÖZ, 46.

⁵³¹ TÜRKMEN, 191, (4. HD 02.01.1965 tarih ve 1965/8350E 1965/327 K sayılı kararı).

⁵³² TÜRKMEN, 191, (4. HD 05.03.1979 tarih ve 1979/9773E 19979/2900K sayılı kararı).

⁵³³ TÜRKMEN, 192 (4. HD 12.10.1983 t.li ve 1983/7784E 1983/8331K).

⁵³⁴ ÇELİK, HEKİMLERİN.

⁵³⁵ ÇELİK, HEKİMLERİN.

TBK'nun 152. maddesine göre; "Asıl alacak zamanaşımına uğrayınca, ona bağlı faiz ve diğer alacaklar da zamanaşımına uğramış olur."

Özel hastane işletmeciliği ticari nitelikte olduğundan hastane ve onun yardımcı kişisi durumundaki hekimin hatasından doğan ölüm ve bedensel zararlar nedeniyle açılacak davada ticari faiz (avans faizi) istenebilir.⁵³⁶

Haksız fiilden kaynaklanan tazminat taleplerinde dava dilekçesinde belirtilmek şartıyla faiz olay tarihinden itibaren işletilir.⁵³⁷

Sigorta şirketlerinden haksız eylem nedeniyle tazminat talep edilmesi halinde ise faiz olay tarihinden değil, temerrüt tarihinden itibaren işletilir. Zarar gören gerekli tüm belgelerle sigortacıya başvurduktan sonra sigorta şirketi, haklı bir neden olmaksızın kanuni sürede tazminatı ödemezse temerrüde düşmüş olur.⁵³⁸

Zarargören TTK 1478 ve genel şartların B.5. maddesi gereği uğradığı zararın sigorta bedeline kadar olan kısmını zamanaşımı (2 ve 10yıl) süresi içinde doğrudan sigortacıdan talep edebilir.⁵³⁹

6.CEZA KARARININ TAZMİNATA ETKİSİ

Türk Borçlar Kanunu 74. maddesinde tazminat davasında görevli hâkimin ceza davası ile bağlı olmadığı belirtilmiştir.⁵⁴⁰

Ancak Yargıtay uygulamada ceza davasının sonucunun beklenmesi gerektiği görüşündedir. Zira hukuk mahkemesinde hâkim tarafların iddia ve delilleri ile bağlı olmasına karşın ceza yargılamasında daha geniş kapsamlı bir inceleme mahkemece resen yapılabilmektedir. Örneğin hukuk mahkemesinde tanık bildirme süresini kaçıran taraf karşı tarafın muvafakati olmadığı takdirde tanık dinletme hakkından mahrum olmasına karşın ceza mahkemesinde bu tip süreler

⁵³⁶ ÇELİK, FAİZ.

⁵³⁷ ÇELİK, FAİZ.

⁵³⁸ ÇELİK, FAİZ.

⁵³⁹ TÜRKER, 176.

⁵⁴⁰ "MADDE 74- Hâkim, zarar verenin kusurunun olup olmadığı, ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığı hakkında karar verirken, ceza hukukunun sorumlulukla ilgili hükümleriyle bağlı olmadığı gibi, ceza hâkimi tarafından verilen beraat kararıyla da bağlı değildir. Aynı şekilde, ceza hâkiminin kusurun değerlendirilmesine ve zararın belirlenmesine ilişkin kararı da, hukuk hâkimini bağlamaz."

olmadığından tanık CMK 177. madde gereği mahkemece çağrılmamış olsa dahi duruşmada hazır edildiği takdirde mahkeme dinlemekle mükelleftir.

Yargıtay'a göre; "hukuk hâkimi ceza mahkemesinde verilen beraat kararı ile bağlı değilse de verilecek mahkûmiyet kararı ve tespit edilen maddi olguları ile bağlıdır. Bu durumda mahkemece hazırlık soruşturması sonucunun eğer dava açılmış ise ceza davasının sonucunun beklenerek, hâsıl olacak sonuca uygun bir karar verilmesi gerekir."⁵⁴¹

"Ceza mahkemesince verilen, beraat kararı, kusur ve derecesi, zarar tutarı, temyiz gücü ve yükletilme yeterliği, illiyet gibi esaslar hukuk hâkimini bağlamaz. Buna karşın öğretide ve Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatlarında, ceza hâkiminin tespit ettiği maddi olaylarla ve özellikle fiilin hukuka aykırılığı konusunda hukuk hâkiminin tamamen bağlı olacağı kabul edilmektedir. Ceza mahkemesinin yasak eylemlerin varlığını ve maddi olayları tespit eden kararı, taraflar yönünden kesin delil niteliğini taşır."⁵⁴²

⁵⁴¹ 13. HD, 07.10.2008, 11477/11825. HAKERİ, TIP HUKUKU.

⁵⁴² HGK 10.1.975 gün ve 1971/406 E., 1975/1 K.; H.G.K.'nun 23.1.1985 gün ve 1983/10-372 E., 1985/21 K.; H.G.K.'nun 27.4.2011 gün ve 2011/17-50 E., 2011/231 K. sayılı ilamları, Kazancı Hukuk Arama Motoru, <http://kazanci.com.tr/gunluk/hgk-2013-4-1008.htm>, (Erişim tarihi: 12.04.2019).

BÖLÜM VI

ÖZEL HASTANENİN HUKUKİ SORUMLULUĞU

Özel hastane ile hasta arasında da üç tür ilişki olabilir, bunlar; sözleşme (hastaneye kabul sözleşmesi), vekâletsiz işgörmeye ve haksız eylem ilişkisidir.

1.SÖZLEŞMESEL İLİŞKİ

Yatırılarak tedavi söz konusu olduğunda hastaneye kabul sözleşmesi; tedavi ile birlikte hasta bakım hizmetleri, konaklama, yeme içme ve can güvenliğini sağlama gibi çeşitli yan edimler de içerdiği takdirde hastaneye tam kabul sözleşmesi sözkonusu olacaktır. Sadece tıbbi tedavi sözkonusu ise hastaneye kısmi/bölünmüş kabul sözleşmesi sözkonusu olur. Şekil şartına tabi değildir.⁵⁴³

Burada amaç ve ana unsur tedavi olduğundan, vekâlet sözleşmesi niteliğinde olduğu kabul edilmelidir.⁵⁴⁴

HGK'nun 2009 tarihli kararına göre özel hastane işletmecisi tedavi yükümünü de üstlendiği takdirde tam hastaneye kabul sözleşmesi gereği hastane hastalığın teşhisi, tedavisi, hastane bakımının sağlanması gibi yükümlükler nedeniyle sorumlu olacaktır. Hastanenin tedavi yükümü altında olmadığı kısmi (bölünmüş) hastaneye kabul sözleşmelerinde ise tıbbi müdahale hataları nedeniyle açılacak dava hekime yöneltilmelidir.⁵⁴⁵ Nitekim Yargıtay da hekimin hastanede görev yapmayı bir geceliğine ücret karşılığı hastane odasını kullandığı olayda hastane açısından davanın reddine karar vermiştir.⁵⁴⁶

⁵⁴³ ÇELİK, HEKİMLERİN.

⁵⁴⁴ ÇELİK, HEKİMLERİN.

⁵⁴⁵ HAKERİ, TIP HUKUKU, 741, (HGK 21.10.2009 393/452).

⁵⁴⁶ HAKERİ, TIP HUKUKU, 741, (13.HD 13.04.2006 905/5549).

Ancak Yargıtay'a göre hekimin hastanede ameliyat yapması halinde hastane ile hasta arasında hastaneye kabul sözleşmesi kurulduğundan, hekimin kusurlu olması halinde hastane kusursuz olsa dahi zarardan sorumlu olacaktır.⁵⁴⁷

Özel hastane, bünyesinde çalışan hekimin yaptığı hatalı tıbbi müdahaleden Türk Borçlar Kanunu'nun 66. maddesi uyarınca sorumludur, gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse, sorumlu olmaz. Hastane tıbbi hata nedeniyle hastaya ödediği tazminat için, zarar veren hekime, ancak hekimin bizzat sorumlu olduğu ölçüde rücu hakkına sahiptir.

“Özel hastane işletenin öncelikle tacir sıfatıyla basiretli bir tacir gibi davranması gereği yanında, yaptığı hizmetin yaşama hakkını yakından ilgilendiren ve kamusal nitelik taşıyan sağlık hizmeti olması nedeniyle de hastanın ve özel durumlarda yakınlarının zarar görmemesi için gerekli olan sadakat ve özeni göstermek zorundadır. Bu özen, başta doktor ve diğer yardımcı personeli seçme ve denetleme açısından yüksek oranda gösterilmesi gerekmekte, diğer şartların hazırlanmasında da aynı ilke unutulmamalıdır.”⁵⁴⁸

Özel hastanenin sorumluluktan kaçmak için hekimle dışarıdan sözleşmeli olarak çalışması halinde; hekimin tüm mesaisini orada geçirmesi, sadece orada çalışması gibi hususlar ispatlanmak suretiyle hastanenin sorumluluğuna gidilebilir.⁵⁴⁹

2.ADAM ÇALIŞTIRANIN SORUMLULUĞU

Hekim ve/veya hastane işin görülmesi sırasında yardımcı sağlık personeli ve diğer görevlerdeki personelleri kullanabilir.

Hastaya enjeksiyon yapılması, serum verilmesi, hastadan kan alınması ya da verilmesi, hastanın ameliyata hazırlanması, röntgen ve grafilerinin çekilmesi, tansiyonunun ölçülmesi, ameliyathaneye ilişkin sterilizasyon işlemleri gibi yan edimleri cerrah bizzat yapmakla yükümlü olmayıp yardımcı kullanabilir.⁵⁵⁰

Laborant, teknisyen, asistan, hemşire gibi yardımcı kişilerin seçiminde, onlara talimat verilmesinde, gözetim ve denetimlerinde özen göstermekle yükümlü ve

⁵⁴⁷ HAKERİ, TIP HUKUKU, 741, (13.HD 26.09.2011 18193/13060).

⁵⁴⁸ ÇELİK, HEKİMLERİN, (HGK 23.06.2004 t.li ve2004/13-291E K.2004/370K sayılı kararı, HGK 23.06.2004 t.li ve2004/13-291E K.2004/370K sayılı kararı).

⁵⁴⁹ HAKERİ, TIP HUKUKU, 741.

⁵⁵⁰ PETEK, sf.199.

yaptıkları işten, yardımcı kişilerin kusurları olmasa dahi zarar ile illiyet bağı varsa sorumludur.⁵⁵¹

Hasta doğrudan özel hastaneye başvurmuş ise hastaneye kabul sözleşmesi bu ikisi arasında kurulmuş olup hekim ya da yardımcı personel, sözleşmenin tarafı değil, TBK 116 gereği ifa yardımcısı olacaktır.⁵⁵²

Hastane hekimin işi yürüttüğü sırada hastaya verdiği zararı gidermekle yükümlüdür. TBK 116'nın uygulanmasında TBK 66'dan farklı olarak yardımcı şahsın borçlunun emrinde çalışma zorunluluğu olmadığı gibi aralarında sürekli bir ilişkinin olması da gerekmemektedir.⁵⁵³

Hastane, ifasını yardımcı şahsa bıraktığı borca (tıbbi müdahalenin özenle yapılması) aykırı davranışla hastaya zarar verilmişse bundan sorumlu olacaktır.

Zarar borcun hiç ya da gereği gibi ifa edilmemiş olması veya borçtan doğan hakkın hukuka aykırı biçimde kullanılmasından kaynaklanmalıdır.⁵⁵⁴

Hastanenin sorumluluğu Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatlarına göre kusursuz sorumluluk, hekimin sorumluluğu ise haksız fiil sorumluluğudur.⁵⁵⁵

Hastane TBK 116'dan kaynaklanan sorumluluğunda zararın meydana gelmemesi için yardımcı şahıs seçim ve denetiminde gerekli özeni gösterdiğini veya gösterseydi dahi zararın oluşacağını ispatlayarak sorumluluktan kurtulamaz.⁵⁵⁶

Yardımcı kişilerin hastaya verdikleri zarardan hekimin ve/veya hastanenin sorumlulukları sözkonusu olacaktır. Bu sorumluluk Türk Borçlar Kanunu'nda 66 ve 116. maddelerde iki farklı şekilde düzenlenmiştir. 66. madde haksız fiilden kaynaklanan sorumluluğu, 116. madde ise sözleşmeden kaynaklanan sorumluluğu düzenlemektedir.

“TBK 66; Adam çalıştıran, çalışanın, kendisine verilen işin yapılması sırasında başkalarına verdiği zararı gidermekle yükümlüdür.

Adam çalıştıran, çalışanını seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse, sorumlu olmaz.

⁵⁵¹ PETEK, sf.199.

⁵⁵² HAKERİ, TIP HUKUKU, 740.

⁵⁵³ Gültezer Hatırmaz Erol. Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2009), 267.

⁵⁵⁴ EROL, ÖZEL, 267, (Şenocak s 98, Reisoğlu Borçlar Genel s 315).

⁵⁵⁵ HAKERİ, TIP HUKUKU, 740, (13. HD 17.06.1996 3880/6163).

⁵⁵⁶ EROL, ÖZEL, 268.

Bir işletmede adam çalıştıran, işletmenin çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu ispat etmedikçe, o işletmenin faaliyetleri dolayısıyla sebep olunan zararı gidermekle yükümlüdür.

Adam çalıştıran, ödediği tazminat için, zarar veren çalışana, ancak onun bizzat sorumlu olduğu ölçüde rücu hakkına sahiptir.”

Yargıtay'a göre; *“Hastane istihdam eden durumunda olup kendi hastanesinde çalışan doktorun kusurundan (mülga)BK. 55⁵⁵⁷ maddesine göre sorumludur.⁵⁵⁸ Bilirkişi raporunda davacı hastaya atfedilen kusur bulunmadığı sürece zararın tamamını davalı hastaneden isteyebilir. Bu nedenle kusur nedeniyle indirim yapılması usul ve yasaya aykırıdır. Davacı kusursuz olup davalı da istihdam eden sıfatıyla sorumlu olduğundan bilirkişi raporunda saptanan maddi tazminat miktarının tamamına hükmedilmesi gerekir”.*⁵⁵⁹

TBK 66. ve TBK 116. Maddeleri Arasındaki Farklar;

1)TBK 66'da hastane ile sözleşme ilişkisi olmayan bir şahsa, hekim ya da yardımcı sağlık personelinin hizmetin ifası sırasında haksız fiili ile verdiği zarar nedeniyle sorumluluk düzenlenmiştir. Haksız fiil sorumluluğu sözkonusudur.

TBK 116'da ise hekim ya da yardımcı sağlık personeli hastanenin tedavi borcuna aykırı davranarak hastaya zarar vermiştir. Sözleşme ilişkisi hastane ile hasta arasında mevcuttur. Sözleşmeden doğan sorumluluk sözkonusudur.

2)TBK 66'da hekim ile hastane arasında hizmet akdi, emre bağlı çalışma ilişkisi mevcut olmalıdır.

TBK 116 'daki sorumluluk açısından hekimin hastanede hizmet akdi ile çalışması zorunlu değildir.

3)TBK 66'da hastane çalışma düzenini zararın meydana gelmesini önleyecek hale getirdiğini ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir.

TBK 116'da hastanenin sorumluluğu kusursuz sorumluluk olup kurtuluş beyyinesinden yararlanamaz.

⁵⁵⁷ TBK. 66.

⁵⁵⁸ Karar eski tarihli olduğundan Yeni Türk Borçlar Kanunu'nun 66. Maddesine göre sorumlu olacaktır.

⁵⁵⁹ 13. HD, 04.02.2003, 12276/1077. HAKERİ, TIP HUKUKU.

4)TBK 66'ya göre açılacak davalarda zamanaşımı hastanın zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrenmesinden itibaren 2, fiilin işlendiği tarihten itibaren 10 yıldır.

TBK 116'ya göre sözleşmeye dayanarak açılacak davalarda TBK 146'daki 10 yıl ve TBK 147'deki 5 yıllık zamanaşımı süreleri uygulanacaktır.⁵⁶⁰

Estetik cerrah, yardımcı şahsın yaptığı işi bizzat yapmış olsaydı, yapılan işin kendisi bakımından da kusurlu sayılamayacağını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir.⁵⁶¹

Ameliyatı gerçekleştiren cerrah ve yardımcıları hastane personeli olmadığı takdirde, cerrah ameliyatın yapılacağı hastaneyi kendisi seçmişse, hastaya verilen zararlı sonuçtan hastanenin sorumlu olup olmayacağı konusunda Yargıtay'ın kararları arasında çelişki mevcuttur.

İlk kararda hasta ile hastane arasında hastaneye kabul sözleşmesi bulunmaması nedeniyle zarardan hastanenin sorumlu tutulamayacağı sonucuna varılmış:

Yargıtay, *“Ameliyatı yapan doktorların davalı hastanede çalışmadıkları, ancak anlaşma yaparak hastalarını anılan hastaneye yatırarak ameliyat ettikleri, böylece doktorlar ile hastane arasında (mülga) BK. m.55 anlamında bir ilişki bulunmadığının sabit olmasına göre, davalı şirketin, davalı doktorların kusurlu davranışlarından sorumlu tutulmalarına olanak bulunmamaktadır. (mülga) BK. 55 maddesine göre davalı şirketin istihdam eden sıfatıyla sorumlu tutulabilmesi için, emretme, talimat verme ve denetleme yetkisi bulunması gerekir. Oysa davalı şirket ile doktorlar arasında böyle bir ilişkinin varlığından söz edilemez”* denilmiştir.⁵⁶²

Olayda her ne kadar hekim hastanenin personeli değilse de, ameliyat için yer ve gerekli araç gereçleri hastane sağlamaktadır. Kısa süreli de olsa hekimleri “yardımcı kişi” gibi kullanmakta ve bundan kazanç elde etmektedir. Hasta da hekimlerin seçtiği hastanede ameliyat olmayı kabul etmekle, hekimler ile hastane arasındaki anlaşmanın güven ortamına girmektedir. Hastane yönünden kusursuz sorumluk söz konusudur. Yargıtay da bu doğrultuda sonraki kararında;

“Davalı şirket, ameliyatın tesisinde yapılmasını kabul etmekle aralarında tarafları bağlayıcı bir hukuki ilişki kurulmuş bulunmaktadır. Davacı, davalı doktorun önerdiği diğer davalı şirkete ait sağlık tesisinde ameliyat edilmeyi onaylamış; davalı şirket de

⁵⁶⁰ EROL, ÖZEL, 269.

⁵⁶¹ PETEK, 200.

⁵⁶² 13.HD 22.02.1999 tarih ve 384-1128K sayılı kararı.

tesislerinde ameliyat ve tedavinin yapılmasını kabul etmiştir. Şu durumda davacı ile davalı doktor arasında doğrudan doğruya ve sağlık tesisi ile de davalı doktorun aracılığıyla hukuki ilişki kurulmuştur. Burada davacı, davalı şirketin olanaklarını, bu bağlamda hizmet, sağlık aletleri gibi olguları gözeterek bu yeri seçmekle ve davalı şirket de tesisinde hastanın ameliyat edilmesini kabul etmekle, aralarında tarafları bağlayıcı bir hukuki ilişki kurulmuştur. Diğer bir anlatımla, davalı şirket, diğer davalının yapacağı doğum ve tedavinin istenen bir biçimde sonuçlanacağını, bu konudaki tüm olanakları sağlayacağını vekâleten kabul etmektedir. Şu durumda davalı doktorun tedavi hatasından da meydana gelse, zarardan davalı şirket doktorla birlikte sorumludur⁵⁶³ şeklinde karar vermiştir.

Kanaatimce ameliyatın hastane ortamında yapılması zorunlu olduğundan, ameliyat sırasında hastanenin alet ve ekipmanları kullanıldığından ve hastaneye de taraflarca bu kullandırma karşılığında ücret ödendiğinden taraflar ile hastane arasında da sözleşme ve buna bağlı olarak sorumluluğu mevcuttur. Kaldı ki ameliyatın hastanede yapılmasının ana nedeni herhangi bir sorun olduğunda hastanenin personeli olan acil servis, yoğun bakım ve ilgili diğer ekip ve ekipmanlarının da olaya müdahil olabilmelerinin sağlanmasıdır. Yine ameliyat öncesi test ve görüntüleme imkânları da kullanılmaktadır. Bu nedenle hastanenin sadece ameliyathanesini kullandığı kabul edilemez. Hekimle birlikte müteselsilen sorumlu olacaktır. Daha sonra varsa kusuru oranında ilgili hekime rücu edebilecektir.

3.ÖZEL HASTANE İLE HASTA ARASINDAKİ VEKÂLETSİZ İŞGÖRME İLİŞKİSİ

2219 sayılı HHK'nun 32. maddesi⁵⁶⁴ uyarınca trafik kazası, kalp krizi gibi acil durumlarda özel hastane hastayı kabul ve tedavi etmekle yükümlüdür.

Acil servise getirilen hastanın tedavisinin sürdürülmesi gerektiği ancak bir kamu hastanesine götürülmesinde hayati bir tehlike olduğu takdirde özel hastane hayati tehlike geçinceye kadar hastayı sevk edemez. Aksi takdirde TCK md. 98 uyarınca ilgililerin cezalandırılmaları gerekir.

⁵⁶³ ÇELİK, HEKİMLERİN, (4.HD 07.10.2003 tarihli ve 1529-11279K sayılı kararı).

⁵⁶⁴ "Ani bir arıza veya kaza neticesinde müstacelen tedaviye muhtaç olan şahısların hususi hastanelere müracaat veya nakillerinde hastanece derhal acele tedavilerini yapmak mecburidir. Bunlardan fakir olanların yatırılarak tedavileri lazımsa hastanenin parasız kısmına alınır. Parasız yatakları olmıyan hastaneler bu fakir hastaları nakilleri kabil hale gelinceye kadar yatırarak tedavi ederler. Bu suretle yatırılan fakir hastalara ait gündelik tedavi ve ilaç paraları o yerin belediyesince ödenir."

Eser sözleşmesi kapsamında hastane bakımından uygulama alanı bulunmamaktadır.

4.HAKSIZ FİİL İLİŞKİSİ

Tıbbi müdahale hastanın beden bütünlüğü üzerinde tasarruf niteliği taşıdığından, yasalara, sözleşmeye, tıp bilimine ve meslek kurallarına aykırı her zarar verici eylem, aynı zamanda Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen haksız eylem niteliğindedir. Bu nedenle hasta zararının giderilmesi için sözleşmeye dayalı talepte bulunabileceği gibi haksız fiil nedeniyle sorumluluğu düzenleyen maddelere de dayanabilir. Zamanaşımı, kusurun kanıtlanması, yardımcı kişilerden sorumluluk gibi konular her iki sorumluluk açısından farklı olduğundan somut olayın durumuna uygun olanı tercih edebilir.⁵⁶⁵

Haksız fiile dayalı tazminat davalarında zararın varlığını kanıtlama yükümlülüğü davacıya düşer.⁵⁶⁶

Hastanenin yüksek özen borcu ve Özel Hastaneler Tüzüğü'nde öngörülen her türlü koşulların sağlanması yükümlülükleri mevcuttur. Örneğin;

Araç ve gereçleri sürekli hazır ve çalışır durumda bulundurma, sağlık koşullarını denetleme, hastane enfeksiyonunun oluşmasına engel olma, jeneratör bulundurma, diyet yemeklerini özenle hazırlama ve nihayet personel seçiminde titiz davranma yükümlülükleri sayılabilir.⁵⁶⁷

En hafif ihmal ve kusurundan dahi tam sorumlu olan özel hastanenin zarardan sorumlu olduğu tespit edildiği takdirde hastanın uğradığı zararın tamamını, hekimler ve yardımcı kişilerle birlikte müteselsilen ödemekle yükümlüdür.⁵⁶⁸

Yardımcı personel ile hasta arasında sözleşmesel bir ilişki bulunmadığından, yardımcı personelin sorumluluğu ancak genel haksız fiil hükümlerine göre (TBK 49) olacaktır.⁵⁶⁹ Hastane adam çalıştıran sıfatıyla, personel ise haksız fiil hükümlerine zarardan sorumlu olacaktır.

⁵⁶⁵ ÇELİK, HEKİMLERİN.

⁵⁶⁶ TÜRKMEN, 195 (4 HD 04.06.1984 t ve 1984/4932E ve 1984/5361K).

⁵⁶⁷ ÇELİK, HEKİMLERİN.

⁵⁶⁸ ÇELİK, HEKİMLERİN.

⁵⁶⁹ PETEK, sf.200.

BÖLÜM VII

6502 SAYILI TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN'DA ESER SÖZLEŞMESİ

1.KAVRAMLAR

Tüketici Kanunu'na göre hasta tüketicidir. Tıbbi müdahale bir hizmet faaliyetidir. Eser sözleşmesi de bir tüketici işlemi olup 6502 sayılı kanun hükümlerine tabidir. Eser sözleşmesi Türk Borçlar Kanunu'nda tanımlanmış olup Tüketici Kanunu'nda ayrıca tanımlanmamıştır. Tüketici Kanunu'nda hüküm olmayan hallerde Türk Borçlar Kanunu hükümleri uygulanacaktır.

“HİZMET: Bir ücret veya menfaat karşılığında yapılan ya da yapılması taahhüt edilen mal sağlama dışındaki her türlü tüketici işleminin konusunu,”⁵⁷⁰

“SAĞLAYICI: Kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye hizmet sunan ya da hizmet sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi,”⁵⁷¹

“TÜKETİCİ: ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek kişiyi,”⁵⁷²

“TÜKETİCİ İŞLEMİ: hizmet piyasasında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, sigorta, vekâlet, sözleşmeleri ve her türlü hukuki işlemi ifade eder.”⁵⁷³

Tedaviye ilişkin hizmetten yararlanacak kişi gerçek kişi olabileceğinden tüzel kişilerin tıbbi müdahale açısından tüketici kabul edilmesi kural olarak mümkün görülmemektedir. Ancak bir derneğin toplu sünnet şöleni organize etmesi gibi bir

⁵⁷⁰ Madde 3/d.

⁵⁷¹ Madde 3/ı.

⁵⁷² Madde 3/k.

⁵⁷³ Madde 3/l.

durum sözkonusu olduğunda istisnai olarak tüzel kişiler de tüketici kabul edilebilecektir.⁵⁷⁴ Sünnet olan çocuğun zarar görmesi halinde de çocuk sözleşmenin tarafı olmasa dahi tüketici gibi kabul edilerek Tüketici Kanunu'ndan yararlanabilecektir.

Hasta ile hekim ya da hastane arasındaki tüketici sözleşmesi, tüketici niteliğinde olan hastanın tedavi amacıyla parasal bir bedel karşılığı tedavi hizmeti alımını amaçlayan, hastanın hizmetten yararlanan, hekim ya da hastanenin ise hizmeti sunan konumunda olduğu sözleşmelerdir.⁵⁷⁵

Bedel karşılığı hastanın tedavisini amaçlayan tıbbi müdahaleler Tüketici Kanunu anlamında hizmettir.

Tüketici sözleşmesinde bedel karşılığı hizmet sunumu amaçlandığından bedel alınmaksızın hizmet sunumu halinde tüketici kanunu değil, genel hükümler uygulanır.⁵⁷⁶

Örneğin bir hekimin yoksul komşusuna ücret karşılığı olmaksızın bir seferliğine iğne yapması tüketici işlemi olarak değerlendirilemez.

Tıbbi müdahaleyi yapan hekim ya da bağlı olarak çalıştığı hastane ve diğer sağlık kuruluşları Tüketici Kanunu anlamında hizmet sağlayıcısıdır.

2.HASTAYA VERİLEN TEDAVİ HİZMETİNİN AYIPLI OLMASI

Ayıp; kusur, eksiklik anlamına gelmektedir.⁵⁷⁷

Ayıp; hizmetin ifa edilmesine rağmen tüketicinin hizmetten gerektiği gibi veya tamamen yararlanmasına engel olan, tarafların kararlaştırdığı ya da olması gereken niteliklerdeki eksikliklerdir. Hizmetin süresi içinde başlamaması da ayıp kabul edilmektedir.

⁵⁷⁴ İsa Yardım, *Tüketici Olarak Hasta Hakları*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2016), 149; Aydın Zevkliler, *Medeni Hukuk*, (İzmir: Savaş Yayınları,1995), 50.

⁵⁷⁵ YARDIM, 151, (Petek- Tüketici s 982, Zevkliler s 40, Tiryaki 34, Deryal Tüketici s. 73-74, Kara s. 56, Özel s. 50, Gümüş- Tüketici s. 9-10).

⁵⁷⁶ YARDIM, 153.

⁵⁷⁷

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5cda97de7e0064.95811088, (Erişim tarihi: 14.04.2019).

Hizmet üç şekilde karşımıza çıkmaktadır; doğrudan mal ile ilgili hizmetler, doğrudan kişi ile ilgili hizmetler ve dolaylı mal veya kişi ile ilgili hizmetler. Hastanede bakım veya tedaviye yönelik hizmetler doğrudan kişi ile ilgili hizmet niteliğindedir.⁵⁷⁸

Eser sözleşmesi bakımından hekim ve hasta tarafından yapılması kararlaştırılan eserin sözleşmede belirlenen veya tıbbi standartlar gereği olması gereken niteliklere sahip olmaması ayıp kabul edilir. Sağlayıcı yani hekim veya hastane sağladığı hizmet hakkında belli özelliklerin varlığını açık veya zımnî olarak vaat etmişse bunların olmaması ayıplı hizmete yol açacaktır.⁵⁷⁹

Eser sözleşmesi niteliğindeki estetik cerrahi müdahalelerde yapılan tıbbi uygulama hataları 6502 sayılı kanun anlamında ayıplı hizmeti oluşturur.

Hizmet sağlayıcısı konumundaki hekim hizmeti sözleşmeye uygun olarak ifa etmelidir, estetik cerrahın (eseri) ayıplı olarak ifa etmesi halinde bundan sorumluluğu sözkonusu olacak ve zarar gören hasta kanunda belirtilen seçimlik haklardan birini talep edebilecektir.⁵⁸⁰

3.TÜKETİCİNİN SEÇİMLİK HAKLARI

Tüketici Kanunu'nun 15. maddesine⁵⁸¹ göre ayıplı hizmet nedeniyle hastanın sahip olduğu seçimlik haklar; hizmetin yeniden ifası, sözleşmeden dönme, eser

⁵⁷⁸ Gamze Gökçe Önder Dingil, (Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2017), *6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Satıcının Ayıplı Mal Ve Hizmetten Doğan Sorumluluğu*.
<http://acikerisim.selcuk.edu.tr:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/7503/471274.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, 35.

⁵⁷⁹ 6502 s.k. md.13 "(1) Ayıplı hizmet, sözleşmede belirlenen süre içinde başlamaması veya taraflarca kararlaştırılmış olan ve objektif olarak sahip olması gereken özellikleri taşımaması nedeniyle sözleşmeye aykırı olan hizmettir.
(2) Hizmet sağlayıcısı tarafından bildirilen, internet portalında veya reklam ve ilanlarında yer alan özellikleri taşımayan ya da yararlanma amacı bakımından değerini veya tüketicinin ondan makul olarak beklediği faydaları azaltan veya ortadan kaldıran maddi, hukuki veya ekonomik eksiklikler içeren hizmetler ayıplıdır."

⁵⁸⁰ 6502 s.k. md 14- "(1) Sağlayıcı, hizmeti sözleşmeye uygun olarak ifa etmekle yükümlüdür.

(2) Sağlayıcı, kendisinden kaynaklanmayan reklam yoluyla yapılan açıklamalardan haberdar olmadığını ve haberdar olmasının da kendisinden beklenemeyeceğini veya yapılan açıklamanın içeriğinin hizmet sözleşmesinin kurulduğu tarihte düzeltilmiş olduğunu veya hizmet sözleşmesinin kurulması kararının bu açıklama ile nedensellik bağı içermediğini ispatladığı takdirde açıklamanın içeriği ile bağılı olmaz."

⁵⁸¹ 6502 s.k. md 15 "(1) Hizmetin ayıplı ifa edildiği durumlarda tüketici, hizmetin yeniden görülmesi, hizmet sonucu ortaya çıkan eserin ücretsiz onarımı, ayıp oranında bedelden indirim veya sözleşmeden dönme haklarından birini sağlayıcıya karşı kullanmakta serbesttir. Sağlayıcı, tüketicinin tercih ettiği bu talebi yerine getirmekle yükümlüdür. Seçimlik hakların kullanılması nedeniyle ortaya çıkan tüm masraflar sağlayıcı tarafından karşılanır. Tüketici, bu

sözleşmesi sonucunda ortaya çıkan eserin ücretsiz onarımı ile ayıp oranında bedel indirimidir.

Tüketici kural olarak bu dört seçimlik hakkından istediğini seçme hakkına sahiptir. Hekim hastanın tercih ettiği hakkı kural olarak yerine getirmek zorundadır. Estetik cerrahi müdahalelerde seçimlik haklar somut olayın niteliklerine uygun düştüğü ölçüde kullanılabilir.

Hekimin veya hastanenin, ifa etmiş olduğu hizmetin kararlaştırılmış olan ve objektif olarak haiz olması gereken özelliklere sahip olmaması veya belirlenen sürede hizmetin ifasına başlanmaması nedeniyle sözleşmeye aykırı hizmeti, ayıplı hizmettir.

Eser sözleşmesi kapsamında estetik cerrahın ortaya çıkardığı eserin ayıpsız ve kusursuz olması gerekmektedir.

“Bir diş doktorunun, kanal tedavisi değil de, takma diş yapması işi ve bir cerrahın tedavi değil de güzellik amacıyla insan vücudu üzerindeki tıbbi müdahalesi işi eser sözleşmesinin konusunu oluşturur. Eser sözleşmesi uyarınca davalı doktorun tedavi niteliği olmayan tıbbi müdahalede bulunması ifa yönünden yeterli değildir. Yaptığı işin, hangi yöntemi kullanırsa kullansın ayıpsız, kusursuz olarak ortaya çıkması da gerekir. Davacının kolundaki dövmeyle estetik amaçla silmek için müdahalede bulunan doktor, aynı zamanda, izi tamamen yok etmeyi de, eser sözleşmesinin niteliği itibarıyla taahhüt etmiş sayılır. Oysa dosya kapsamına ve fotoğraflara göre, davacının kolundaki eski durumu aratırcasına, sağlıklı ve çirkin görünümlü yeni bir iz, cerrahi müdahalenin izi olarak ortaya çıkmıştır. Yapılan iş, (mülga) BK'nun 360.⁵⁸² maddesi gereğince, kabule icbar edilemeyecek derecede ayıplı bir iştir.”⁵⁸³

seçimlik haklarından biri ile birlikte Türk Borçlar Kanunu hükümleri uyarınca tazminat da talep edebilir.

(2) Ücretsiz onarım veya hizmetin yeniden görülmesinin sağlayıcı için orantısız güçlükleri beraberinde getirecek olması hâlinde tüketici bu hakları kullanamaz. Orantısızlığın tayininde hizmetin ayıpsız değeri, ayıbın önemi ve diğer seçimlik haklara başvurmanın tüketici açısından sorun teşkil edip etmeyeceği gibi hususlar dikkate alınır.

(3) Tüketicinin sözleşmeden dönme veya ayıp oranında bedelden indirim hakkını seçtiği durumlarda, ödemiş olduğu bedelin tümü veya bedelden indirim yapılan tutar derhâl tüketiciye iade edilir.

(4) Ücretsiz onarım veya hizmetin yeniden görülmesinin seçildiği hâllerde, hizmetin niteliği ve tüketicinin bu hizmetten yararlanma amacı dikkate alındığında, makul sayılabilecek bir süre içinde ve tüketici için ciddi sorunlar doğurmayacak şekilde bu talep sağlayıcı tarafından yerine getirilir. Her hâlükârda bu süre talebin sağlayıcıya yöneltilmesinden itibaren otuz iş gününü geçemez. Aksi takdirde tüketici diğer seçimlik haklarını kullanmakta serbesttir.”

⁵⁸² “MADDE 360; Yapılan şey iş sahibinin kullanamayacağı ve nisfet kaidesine göre kabule icbar edilemeyeceği derecede kusurlu veya mukavele şartlarına muhalif olursa, iş sahibi, o

Tüketici bir hizmet sözleşmesi kurarken hizmetin ayıplı olduğunu biliyorsa, ayıp sebebiyle sağlayıcının sorumluluğu yoluna başvurmak için 6502 sayılı kanun gereği ayıba karşı tekeffülden doğan seçimlik haklarından üstü örtülü bir şekilde feragat ettiği kabul edilir.⁵⁸⁴ Buna, aslında başkası için yapılmış olduğunu hastanın bildiği dış protezinin ucuz olsun diye takılması örnek olarak verilebilir.

Hasta seçimlik haklardan hangisini seçtiğini karşı tarafa tek taraflı irade beyanıyla bildirmekle seçme hakkını kullanmış olur, “aynı anda” birden çok seçeneği birlikte kullanamaz.⁵⁸⁵

Hasta olayın niteliği gereği seçeneklerden birisinden yararlandıktan sonra sonuç alamadığı takdirde daha sonra bir başka seçeneği de kullanabilecektir. Örneğin ayıplı ameliyattan sonra yapılan 2. ameliyatın da zararı gidermemesi halinde hasta diğer seçimlik haklarını kullanabilir.

Seçimlik hakkın kullanılması için açılan dava sonucunda verilecek karar tespit niteliğindedir.

Tüketici seçimlik hakkıyla birlikte genel hükümlere göre ayıplı hizmet nedeniyle uğradığı zararların tazminini de talep edebilir.⁵⁸⁶

Hizmetin niteliği gereği ifa edildikten sonra geri verilmesi mümkün değildir. Burada ancak eser sözleşmesi çerçevesinde örneğin dış protezi gibi bir eser inşa edilmiş ise onun iade edilmesi sözkonusu olabilir.

Ayıplı hizmet sebebiyle seçimlik hakların kullanılmasından kaynaklanan her türlü masraf sağlayıcı tarafından karşılanır.

Hasta uğradığı zarar nedeniyle ayıp oranında bedelden indirim hakkını seçtiği takdirde indirim miktarı derhal iade edilir.⁵⁸⁷

şeyi kabulden imtina edebilir; bu hususta mütaahhidin taksiri bulunursa zarar ve ziyan da isteyebilir.

İşin kusurlu olması veya mukaveleye muhalif bulunması yukarıki derecede ehemmiyeti haiz değil ise iş sahibi, işin kıymetinin noksanı nispetinde fiatı tenzil ve eğer o işin ıslahı büyük bir masrafı mucip değil ise mütaahhidi tamire mecbur edebilir. Bu hususta mütaahhidin taksiri varsa iş sahibi zarar ve ziyan da isteyebilir.

Yapılan şey iş sahibinin arsası üzerine yapılmış olup da mahiyeti itibariyle refi ve kal'ı fazla bir zararı mucip ise iş sahibi, ancak ikinci fıkra mucibince muamele yapar.”

⁵⁸³ DİNGİL, 51, (15. HD. 03.11.1999 tarih ve 1999/4007 E. 1999/3868 K.sayılı kararı).

⁵⁸⁴ DİNGİL, 60.

⁵⁸⁵ DİNGİL, 60.

⁵⁸⁶ DİNGİL, 60.

Burada sözleşme sona ermemekte sadece ayıp nedeniyle edimler arasında bir denkleştirme yapılmaktadır.⁵⁸⁸

Hasta seçimlik haklarına ek olarak uğradığı zararlar nedeniyle TBK hükümlerine göre tazminat da talep edebilir.⁵⁸⁹

Ayıpların aynen giderilmesini veya masraflarını talep etmek akdin aynen ifası niteliğinde olduğundan iş bedelinin iadesi talep edilemez. Zira iş bedelinin iadesi sözleşmenin feshi olup gerçekleşmiş olumsuz (menfi) zararlar talep edilebilir.⁵⁹⁰

Eser sözleşmesinde ödenen iş bedelinin ve yapılan giderlerin iadesi akdin feshi sonucunu doğurduğundan hasta aynı zamanda ayıbın giderilmesini talep edemez. Manevi tazminat talep edilebilir.⁵⁹¹

Ayıbın giderilmesi talep edildiği takdirde iş bedeli ve giderleri talep edilemez.⁵⁹²

MENFİ ZARAR; “Böyle bir sözleşmeyi kurma girişiminde hiç bulunmamış olmasındaki menfaati menfi sözleşme menfaatidir.” Menfi zarar, hastanın sözleşmeyi yapması nedeniyle uğramış olduğu fakat sözleşmeyi yapmamış olsaydı uğramayacağı zarardır.⁵⁹³

“Menfi zarar; uyulacağı ve yerine getirileceğine inanılan bir sözleşmenin hüküm ifade etmemesi ve yerine getirilmemesi yüzünden güvenin boşa çıkması dolayısıyla uğranılan zarardır.”⁵⁹⁴

“Menfi zarar fiili zarar ile yoksun kalınan kârdan oluşur, sözleşmenin kurulması için yapılan giderler, sözleşmenin geçerliliğine güvenilerek başkası ile sözleşme yapma fırsatının kaçırılması nedeniyle uğranılan zarar, sözleşmeden doğan borçların yerine getirilmesi için yapılan giderlerdir. Sözleşmenin getireceği kâr yoksunluğu miktarını

⁵⁸⁷ DİNGİL, 79.

⁵⁸⁸ DİNGİL, 79.

⁵⁸⁹ DİNGİL, 79.

⁵⁹⁰ EROL, DIŞ HEKİMLERİNİN, 73.

⁵⁹¹ TANERİ, 63, (15.HD 14.11.2008 2008/969E 2008/6813K).

⁵⁹² TANERİ, 60, (3HD 01.10.2013 2013/11743E 2013/13688K).

⁵⁹³ HGK, 1989/13-392E. 1990/1 K 17.01.1990tli kararı.

⁵⁹⁴ Türk Hukuk Sitesi, Müspet ve menfi zararlar nelerdir?

<http://www.turkhukuk sitesi.com/showthread.php?t=40148>, (Erişim tarihi: 07.01.2019) (HGK, 1989/13-392E. 1990/1 K. 17.01.1990 tli.kararı).

aşamaz. Borçlu kusursuzluğunu ispatlayarak bu tazminat sorumluluğundan kurtulabilir.”⁵⁹⁵

“MÜSBET ZARAR ise hekim ifayı gereği gibi ve vaktinde yerine getirseydi hastanın mameleki ne durumda olacak idiyse, bu durumla fiili durum arasındaki farktır. Sözleşmenin hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesinden doğan zarar olup yoksun kalınan karı da içerir.”⁵⁹⁶

Hasta eserin bedelini hiç ya da kısmen ödememişse ayıbın giderilmesi masraflarından eser bedeli veya ödenmeyen kısmı mahsup edilir.

3.1.HİZMETİN YENİDEN GÖRÜLMESİNİ İSTEME HAKKI

Hasta tıbbi müdahalenin ayıplı ifası sonrasında hekimden hizmetin yeniden yapılmasını talep edebilir. Bu takdirde hekim bunu 30 günlük süre içinde yerine getirmelidir. Aksi takdirde hasta diğer seçimlik haklarını kullanabilir.

“Hizmetin yeniden görülmesinin hekim için orantısız güçlükleri beraberinde getirecek olması hâlinde hasta bu hakları kullanamaz.

Orantısızlığın ölçüsü; hizmetin ayıpsız değeri, ayıbın önemi ve diğer seçimlik haklara başvurmanın hasta açısından sorun teşkil edip etmeyeceğidir.”⁵⁹⁷

3.2.ESERİN ÜCRETSİZ ONARIMINI İSTEME HAKKI

6502 s.k. 15 ve TBK'nun 475/3. maddeleri uyarınca; hasta aşırı bir masrafı gerektirmediği takdirde, bütün masrafları hekime ait olmak üzere onarılması objektif olarak mümkün olan bir eserin ücretsiz olarak onarılmasını isteme hakkını seçebilir.

Eser tamamen değil de kısmen onarılabildiği takdirde hasta onarılamayan kısım için indirim talep edebilir.

Eserdeki ayıbın giderilmesi eserin ücretini aşyorsa hekim onarım talebini reddedebilir. Bu durumda hasta sözleşmeden dönme veya ücretten indirim haklarını

⁵⁹⁵ Gülgün Anık, *Borçlunun Temerrüdünden Dolayı Sözleşmeden Dönme*.
<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2005-59-160> (Erişim tarihi: 04.02.2019) (13. HD 1994/7280 E. 1994/9464 K. 01.11.1994).

⁵⁹⁶ HGK, 1989/13-392E. 1990/1 K 17.01.1990tli kararı.

⁵⁹⁷ 6502 S.K. madde 15/2.

kullanabilir. Örneğin hastanın protezinin ya da dışındaki dolgusunun onarılması mümkündür.⁵⁹⁸

Hasta tıbbi müdahale sonucu ortaya çıkan ayıpların onarılmasını tek taraflı irade beyanıyla talep ettiği takdirde hekim masrafları kendisine ait olmak koşuluyla 30 günlük süre içinde bunu yapmak zorundadır. 30 gün içinde bu talebin yerine getirilmemesi veya yeniden bir ayıp oluşması halinde hastanın hizmetten yararlanamaması süreklilik oluşturacak ve diğer seçimlik haklarından birini kullanabilecektir.

Ancak örneğin burun ameliyatının 2. kez yapılmasının talep edilmesi halinde 30 gün içinde yapmak hastanın sağlığı açısından sakıncalı olacaksa bu süre ile bağlı kalınmayacaktır.

Bununla birlikte hasta hekime güvenini yitirmişse 2. ameliyatı başka bir hekimin yapmasını da talep edebilir. Bu durumda hasta yapacağı masrafları ilk hekimin karşılamasını talep edebilir.

Hasta onarım hakkıyla birlikte genel hükümlere göre tazminat da talep edebilecektir.

3.3.BEDEL DEN İNDİRİM

6502 S.K. 15/3 ve TBK 475. maddelerine göre eserdeki ayıp hastanın eseri kabulden kaçınmasını gerektirmeyecek kadar önemsizse hekimden ücreti indirmesini talep edebilir. Tek taraflı yenilik doğurucu bir haktır. Hekim indirim yaptığı tutarı hastaya derhâl iade etmelidir.

Ancak ayıbın derecesinin ve hastada neden olduğu zararın maddi değerinin tespitindeki güçlük nedeniyle bedelden indirimin uygulanma olasılığı düşüktür. Ancak örneğin lazer ile yapılan epilasyonda taahhüt edilen oranda tüy dökülmesi sağlanamadığı veya hekimin taahhüt ettiği orada saç ekimini gerçekleştirmediği vakalarda başarısızlık oranına göre indirim yapılması sözkonusu olabilecektir.⁵⁹⁹

TBK'nun 227. maddesinde de "Satılanın değerindeki eksiklik satış bedeline çok yakın ise alıcı, ancak sözleşmeden dönme veya satılanın ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesini isteme haklarından birini kullanabilir" denilmektedir.

⁵⁹⁸ EROL, DIŞ HEKİMLERİNİN, 71.

⁵⁹⁹ ÖZAY, 99.

3.4.SÖZLEŞMEDEN DÖNME

“Ani edimli borç ilişkilerindeki eski hale iadeyi sağlamaya yönelik tek yanlı işleme dönme denir.”⁶⁰⁰

6502 S.K. madde 15/3 gereği hastanın sözleşmeden dönme hakkını seçmesi halinde ödediği bedelin tümü hekim tarafından derhâl iade edilmelidir.

TBK'nun 475. maddesinde *“Eserdeki ayıp sebebiyle hekimin sorumlu olduğu hâllerde eser hastanın kullanamayacağı veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ölçüde ayıplı ya da sözleşme hükümlerine aynı ölçüde aykırı olursa hasta sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir.”*

Dönme hakkının tek taraflı irade beyanıyla kullanılması halinde sözleşme geçmişe dönük olarak ortadan kalkar. Somut olaya göre eserin kullanılmayacak derecede ayıplı olup olmadığı belirlenmelidir. Hekim ücretini almışsa faiziyle iade etmeli, hasta da eseri elde ettiği yarar ile iade etmelidir.

“Örneğin diş hekiminin yaptığı köprünün, implantın veya taktığı altın dişin, hasta tarafından kabul edilemez derecede ayıplı olması halinde sökülmesi ve müdahaleden önceki hale dönülmesi mümkün olduğu takdirde, hasta bu seçimlik hakkını kullanabilmelidir.”⁶⁰¹

TBK'nun 482. maddesine göre; tedaviden önce yaklaşık olarak belirlenen bedelin, hastanın kusuru olmaksızın aşırı ölçüde aşılacağı anlaşıldığı takdirde hasta, eser henüz tamamlanmadan veya tamamlandıktan sonra sözleşmeden dönebilir.

4.TAZMİNAT İSTEME HAKKI

Hasta seçimlik haklarından biri ile birlikte veya seçimlik haklarını kullanmadan Türk Borçlar Kanunu kapsamında tazminat talep edebilir. Ancak seçimlik hakların kullanılmasında hekimin kusurlu olması aranmazken tazminat talebinde hekimin kusurlu olması zorunlu olduğundan hekim kusursuz olduğunu ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir.

⁶⁰⁰ ANIK.

⁶⁰¹ ÖZAY, 98.

Dermatolojik olarak test edildiği ve tüm ciltlere uygun olduğu iddia edilen bir kremin alerjiye neden olması durumunda tedavi giderlerini Türk Borçlar Kanunu 229/2. maddesine göre talep edilebilir.⁶⁰²

Hasta sözleşmeden dönmeye ilişkin seçimlik hakkını kullandığı takdirde TBK 229.⁶⁰³ madde hükümlerine göre⁶⁰⁴, diğer seçimlik haklarından birini kullandığı takdirde ise Türk Borçlar Kanunu'nun 112.⁶⁰⁵ maddesine göre talepte bulunabilir.

Hastanın seçimlik hakları ile birlikte isteyebileceği tazminat, eserin kendisindeki ayıpların giderilmesinden kaynaklanan masraflar olmayıp hastanın "dolaylı" masraflarıdır. Zira onarımdan ya da yeniden ifadan kaynaklanan masraflar zaten hekime aittir.

Ancak hastanın bedel indirimi ile birlikte masrafları talep etmesi mümkün değildir.

Hasta Tüketici Kanunu'ndan kaynaklanan seçimlik hakkıyla birlikte veya bundan bağımsız olarak beden bütünlüğünün ihlali nedeniyle uğradığı maddi ve manevi (TBK 56) zararların tazminini Türk Borçlar Kanunu'na göre talep edebilir.

5.AYIBIN İHBARI

Türk Borçlar Kanunu'na göre eser sözleşmesinde hizmet konusu eserin ayıplı olması halinde, sözleşmenin diğer tarafına muayene ve ihbar yükümlülüğü yüklenmişse de Tüketici Kanunu'na göre tüketicinin muayene ve ihbar yükümlülüğü yoktur.⁶⁰⁶

TBK 474. maddesine göre *"İşsahibi, eserin tesliminden sonra, işlerin olağan akışına göre imkân bulur bulmaz eseri gözden geçirmek ve ayıpları varsa, bunu uygun bir*

⁶⁰² DİNGİL, 82.

⁶⁰³ "Dönmenin sonuçları, MADDE 229- Satış sözleşmesinden dönen alıcı, satılanı, ondan elde ettiği yararları ile birlikte satıcıya geri vermekle yükümlüdür. Buna karşılık alıcı da, satıcıdan aşağıdaki istemlerde bulunabilir:

1. Ödemiş olduğu satış bedelinin, faiziyle birlikte geri verilmesi.
2. Satılanın tamamen zaptında olduğu gibi, yargılama giderleri ile satılan için yapmış olduğu giderlerin ödenmesi.
3. Ayıplı maldan doğan doğrudan zararının giderilmesi.

Satıcı, kendisine hiçbir kusur yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alıcının diğer zararlarını da gidermekle yükümlüdür."

⁶⁰⁴ DİNGİL, 83, (EREN, s. 455; KILIÇOĞLU, s. 223-225; Mustafa Tiftik, *Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Tazminatın Kapsamı*, Ankara: Yetkin Yayıncılık, 1994) 37.

⁶⁰⁵ "MADDE 112- Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür."

⁶⁰⁶ DİNGİL, 82.

süre içinde yükleniciye bildirmek zorundadır. Taraflardan her biri, giderini karşılayarak, eserin bilirkişi tarafından gözden geçirilmesini ve sonucun bir raporla belirlenmesini isteyebilir.”

Hastanın ayıbı ihbar yükümlülüğü ancak ağrı, sancı, kanama gibi belirtilerin ortaya çıkması gibi açık ayıplarda sözkonusu olabilir. Hastadan ameliyattan sonra ücret ödeyip uzman raporu alması beklenemez.⁶⁰⁷

Zarargören hasta 2 yıllık zamanaşımı süresi içinde ayıbı tespit ettiği takdirde seçimlik haklarını kullanabilir. Ancak ayıbın daha önce tespit edilmesine rağmen tüketicinin hiçbir seçimlik hakkını kullanmaması Medeni Kanun'un 2. maddesinde belirtilen dürüstlük kuralına aykırılık itirazı ile karşılaşabilir.⁶⁰⁸

Hasta ayıp ihbarında bulunmadan doğrudan seçtiği hakkı talep ve dava edebilir.

Tüketici Kanunu'nda hüküm olmayan hallerde Türk Borçlar Kanunu uygulanacaktır. Türk Borçlar Kanunu'nun 219. maddesinde ayıptan sorumluluk düzenlenmiştir. Buna göre; *“Satıcı, alıcıya karşı herhangi bir surette bildirdiği niteliklerin satılarda bulunmaması sebebiyle sorumlu olduğu gibi, nitelik veya niteliği etkileyen niceliğine aykırı olan, kullanım amacı bakımından değerini ve alıcının ondan beklediği faydaları ortadan kaldıran veya önemli ölçüde azaltan maddi, hukuki ya da ekonomik ayıpların bulunmasından da sorumlu olur. Satıcı, bu ayıpların varlığını bilmese bile onlardan sorumludur.”*

Bu kapsamda örneğin hekim ameliyat öncesi hastaya vaat ettiği nitelikte bir eseri ifa edememişse, eser hastanın beklentisini karşılamaktan açıkça uzak ve ayıplı ise bundan sorumlu olacaktır.

Nitekim Yargıtay da *“hekim hangi yöntemi kullanırsa kullansın işin ayıpsız olarak ortaya çıkması gerekir. Doğumdan sonra karında oluşan çatlak ve deformasyonların giderilmesi işini üstlenen hekim, eser sözleşmesi gereği, bu işi hastanın beklentilerine ve fen ve sanat kaidelerine uygun şekilde yapmalıdır diyerek dosyadaki fotoğraflarla birlikte bilirkişinin rapor vermesi gerektiğine”* karar vermiştir.⁶⁰⁹

⁶⁰⁷ OKTAY.

⁶⁰⁸ DİNGİL, 82, (15. HD 08.06.2006 tarihli 2005/7988E, 2006/3417K. kararı).

⁶⁰⁹ DERYAL, 116.

6.GÖREVLİ MAHKEME

Özel sağlık kuruluşlarının ve muayenehanelerinde tıbbi hizmet veren doktorların yaptıkları müdahalelerden kaynaklanan uyuşmazlıklarla ilgili davalar kanunun yürürlük tarihi olan 28 Mayıs 2014 tarihinden itibaren Tüketici Mahkemeleri'nin görev alanına girmektedir.

Eser ve vekâlet sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların kanun kapsamına alınması ile artık kanun deyimiyle tüketici yani hastalar sağlık hizmeti sunumunda gördükleri zararlar sebebiyle sözleşme değerinin 8 bin 480 TL'yi (2019 yılı için) geçmesi halinde Tüketici Mahkemeleri'ne başvurabileceklerdir.

Esasen kanun lafzında kamu tüzel kişileri de zikredilmiş olmasına rağmen kamu kurum ve hastanelerinde çalışan hekim ve diğer sağlık personeline karşı Anayasa ve Devlet Memurları Kanunu gereği doğrudan dava açılmayıp ancak İdare aleyhine İdare Mahkemeleri'nde dava açılacağından devlet hastanelerinde meydana gelen zararlar bu kanun kapsamı dışındadır.

Kamu hastanelerinde meydana gelen hizmet kusuru ile ilgili tam yargı davalarında İdare Mahkemeleri görevlidir.

Hasta ya da sağlık hizmeti sunumu sonucunda zarara uğrayan tüketicinin tüketici mahkemeleri nezdinde açtığı davalar 492 sayılı Harçlar Kanunu'nda düzenlenen harçlardan muaftır. Ancak tüketici ya da hastanın Tüketici Mahkemesi'nde öne sürebileceği talepleri kanunla sınırlıdır.

7.YETKİLİ MAHKEME

“Taraflar, tüketici hakem heyeti kararlarına karşı tebliğden itibaren 15 gün içinde tüketici hakem heyetinin bulunduğu yerdeki tüketici mahkemesine itiraz edebilir. İtiraz, tüketici hakem heyeti kararının icrasını durdurmaz. Talep edilmesi şartıyla kararın icrası tedbir yoluyla durdurulabilir.” (Tüketici Kanunu md.70)

“Tüketici davaları, tüketicinin yerleşim yerinin bulunduğu yerdeki tüketici mahkemesinde de açılabilir.” (Tüketici Kanunu md. 73)

“Sözleşmeden doğan davalar sözleşmenin ifa edileceği yer mahkemesinde de açılabilir.” (6100 sayılı HMK md.10)

Burada seçimlik bir yetki sözkonusu olup zarar gören hasta tarafından hekime karşı açılacak tazminat davasında yetkili mahkeme sözleşmenin ifa edileceği yer veya hastanın yerleşim yeri mahkemesidir.

Yargıtay 6502 sayılı Kanun'un 73/5. maddesindeki yetki kuralının kesin olmadığına karar vermiştir.⁶¹⁰

“Haksız fiilden kaynaklanan davalarda, haksız fiilin işlendiği veya zararın meydana geldiği yahut gelme ihtimalinin bulunduğu yer ya da zarar görenin yerleşim yeri mahkemesi de yetkilidir.” (HMK md. 16)

Sigorta sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklar sebebiyle sigortacıya açılacak davalarda sigorta şirketinin merkezinin veya sigorta sözleşmesine aracılık yapan acentenin ikametgâhının bulunduğu yerdeki, sigortalı veya sigorta ettiren aleyhine açılacak davalarda ise davalının ikametgâhının bulunduğu yerdeki mahkeme yetkilidir.

8.TÜKETİCİ HAKEM HEYETİ

6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 68. ve Tüketici Hakem Heyetleri Yönetmeliği'nin 6. maddelerinde yer alan Parasal Sınırların Artırılmasına İlişkin Tebliğ'e göre;

Bağımsız çalışan hekimler ve özel hastanelerce ifa edilen, vekâlet ve eser sözleşmeleri kapsamındaki tıbbi müdahale, tedavi ve cerrahi girişimlerdeki uyuşmazlıklarda parasal sınırlar dâhilinde Tüketici Hakem Heyeti'ne başvurulabilir.⁶¹¹

“01.01.2019'dan itibaren büyükşehir belediyesi statüsünde olan illerde değeri 5 bin 650 Türk Lirası'nın altında bulunan uyuşmazlıklarda İlçe Tüketici Hakem Heyetleri, yine büyükşehir belediyesi statüsünde olan illerde değeri 5 bin 650 Türk Lirası ile 8 bin 480 Türk Lirası arasındaki uyuşmazlıklarda İl Tüketici Hakem Heyetleri ve büyükşehir belediyesi statüsünde olmayan illerin merkezlerinde ve bağlı ilçelerde değeri 8 bin 480 Türk Lirası'nın altında bulunan uyuşmazlıklarda İl Tüketici Hakem Heyetleri görevli olacaktır.”

⁶¹⁰ 15 HD, E: 2018/4968 K: 2018/4563 K.T. 20.11.2018. HAKERİ, TIP HUKUKU.

⁶¹¹ Parasal sınır her sene Ocak ayında Ticaret Bakanlığı Tüketicinin Korunması Ve Piyasa Gözetimi Genel Müdürlüğü'nce güncellenerek Resmi Gazete'de yayınlanmaktadır.

Parasal sınırın altındaki uyuşmazlıklarda Tüketici sorunları hakem heyetine başvurulması zorunludur. Hakem heyetinin verdiği karara karşı 15 gün içinde tüketici mahkemesi nezdinde itiraz edilebilir, tüketici mahkemesinin kararı kesindir. Uyuşmazlık hakem heyeti parasal sınırında olmasına rağmen heyete başvurmadan doğrudan tüketici mahkemesine dava açıldığı takdirde mahkeme görevsizlik kararı verir.

9.ARABULUCULUK

İhtiyari ve zorunlu arabuluculuk olarak ikiye ayırmak gerekir.

Taraflar tazminat taleplerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar için dava açmadan önce ihtiyari arabulucuya başvurarak çözüme ulaşmayı deneyebilirler. Ancak zaten Tüketici Hakem Heyeti düzenlendiğinden ihtiyari arabuluculuk bu alanda fiilen kullanılan bir yöntem değildir.

Rücu Davalarında Dava Şartı Olarak Arabuluculuk

Taraflardan birinin ticari veya mesleki olmayan amaçlarla yapmış olduğu sözleşmeler tüketici işlemi/sözleşmesi sayılır. Bir tarafın tüketici olduğu davalar nispi ticari davalar olmadığı için dava şartı arabuluculuk kapsamında değildir. Tüketici işlemlerinden kaynaklanan davalar tüketici mahkemesinde görülür.

Bununla birlikte hekimlerin Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortaları nedeniyle TTK 4. maddesine göre sigorta şirketlerinin işlemleri özel kanunlarla ticari iş sayıldığından “rücu davalarında” rakam sınırı olmaksızın dava açmadan önce arabulucuya başvurmak 01 Ocak 2019 tarihinden itibaren, dava şartı olup zorunludur. Dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin düzenleme Türk Ticaret Kanunu’nun 5.maddesine 5/A maddesi ile eklenmiştir.

Zorunlu arabuluculuk şartı ilamsız icra takibi başlatmaya engel değilse de takibe itiraz halinde ticaret mahkemesinde itirazın iptali davası açmadan önce arabulucuya başvurmak zorunludur.

Arabulucular, yapılan başvuruyu görevlendirildikleri tarihten itibaren altı hafta içinde sonuçlandırmak zorundadır. Bu süre zorunlu hallerde arabulucu tarafından en fazla iki hafta uzatılabilir.

Arabulucuda anlaşma sağlanamadığı takdirde dava açma süresi içinde arabuluculuk son tutanağının aslı ile dava açılabilir. Tutanak aslı dava dilekçesi ile birlikte sunulmadığı takdirde hâkim 1 hafta süre vererek sunulmasını talep ile sunulmaması halinde davanın reddedileceğini ihtar eder, süresi içinde sunulmadığı takdirde davanın dava şartı yokluğu nedeniyle reddine karar verilir.

Uzlaşma prosedürü ise yürürlükten kaldırılmıştır.⁶¹²

10.YARGILAMA VE İNCELEME

Ön inceleme aşamasında uzlaşma mümkündür. Uzlaşma olmadığı takdirde deliller toplanır, hasta dosyasının tamamı, sağlık kuruluşunun kayıt ve belgeleri getirilir, gerektiğinde tanık dinlenebilir, bilirkişi incelemesi yaptırılır. Raporu itiraz veya çelişki halinde Adli Tıp Kurumu ilgili ihtisas daire başkanlığı veya üniversitelerden oluşacak kuruldan rapor alınabilir. Medeni Kanun'un 2. maddesinde yer alan iyiniyet kuralları gereği dosya incelenir.⁶¹³

11.TAHKİM

Sağlık mesleklerinin icrasından kaynaklanan maddi ve manevi zararların giderilmesi için taraflar tahkim yoluna başvurabilir. HMK 407 vd maddelerinde düzenlenmiştir. Yazılı şekil şartına tabidir. Delil sözleşmesi niteliklidir. Hakem mahkemesi kararları kesin hüküm oluşturabilir, icra edilebilir. Bölge Adliye Mahkemesi'nin denetimine tabidir.

12.SORUMSUZLUK ANLAŞMALARI

Hekimin kendisinin veya yardımcılarının sözleşmenin ihlalden doğabilecek zararlardan zarar gerçekleşmeden önce örneğin aydınlatılmış rıza formuna hüküm konulmak suretiyle sorumlu olmayacağına ilişkin maddeler TBK 115 ve 116 uyarınca kesin olarak geçersizdir. Söz konusu maddelerin geçersiz olması sözleşmenin geri kalanının geçersiz olacağı anlamına gelmez.

⁶¹² 663 Sayılı Sağlık Bakanlığı Ve Bağılı Kuruluşlarının Teşkilat Ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin md. 24 ile düzenlenmiş olan uzlaşma prosedürü 02.01.2014 tarih ve 6514/2 md ile yürürlükten kaldırılmıştır.

⁶¹³ YENİPİNAR, 9.

Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik'in 5. maddesi⁶¹⁴ gereği sorumsuzluk sözleşmeleri haksız şart olacağından yönetmeliğin 7. maddesi⁶¹⁵ uyarınca yaptırımını kesin hükümsüzlük olarak belirtmiştir. Hekimlik ve hastaneye kabul sözleşmelerine ayıplı hizmetten sorumlu olunmayacağına dair konulacak şartlar kesin olarak geçersizdir.

“TBK md. 115: Borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür. Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.”

TBK'nun md. 221.'de ayıba karşı tekeffülde sorumsuzluk anlaşması düzenlenmiştir. *“Satıcı satılanı ayıplı olarak devretmekte ağır kusurlu ise, ayıptan sorumluluğunu kaldıran veya sınırlayan her anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.”*

Özel hastanenin veya hastanede hizmet veren hekimlerin hasta ile yapacakları sorumsuzluk anlaşmaları geçersizdir.⁶¹⁶

Sonuç olarak estetik tıbbi müdahalenin ifasından önce hasta ile hekim ve/veya hastane arasında yapılacak sorumsuzluk sözleşmeleri veya sözleşmelerdeki buna ilişkin kayıtlar kesin olarak hükümsüzdür.

Zarar gerçekleşikten sonra yapılacak anlaşmalar sorumsuzluk sözleşmesi değil ibra veya sulh sözleşmesi olacağından geçerlidir.

⁶¹⁴ “Sözleşmeyi düzenleyenin bir fiili veya ihmali nedeniyle, tüketicinin hayatını kaybetmesi, yaralanması veya maddi zarara uğraması halinde, sözleşmeyi düzenleyenin yasal sorumluluğunu kaldıran veya sınırlayan şartlar ile sözleşmeyi düzenleyenin, sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerinden herhangi birini tamamen veya kısmen ifa etmemesi veya ayıplı ifa etmesi halinde, tüketicinin herhangi bir alacağını sözleşmeyi düzenleyene karşı var olan bir borcuyla takas etme hakkı dahil, sözleşmeyi düzenleyene veya bir üçüncü şahsa yöneltebileceği yasal haklarını ortadan kaldıran ya da ölçüsüz şekilde sınırlayan şartlar haksız şarttır.

Tüketici ile kurulan sözleşmelerde yer alan bir şartın haksız şart olarak kabul edilebilmesi için; Tüketicikle müzakere edilmeden sözleşmeye dâhil edilmesi ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olması unsurlarının bir arada bulunması gerekir.”

⁶¹⁵ “MADDE 7 – (1) Tüketicikle kurulan sözleşmelerde yer alan haksız şartlar kesin olarak hükümsüzdür. Ancak sözleşmenin haksız şartlar dışındaki hükümleri geçerliliğini korur. Bu durumda sözleşmeyi düzenleyen, kesin olarak hükümsüz sayılan şartlar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez.”

⁶¹⁶ ÇELİK, HEKİMLERİN.

13.ZAMANAŞIMI

Tıbbi malpraktis davalarının tabi olduğu zamanaşımı sürelerinin tespiti için öncelikle dava konusu uyuşmazlığın hukuki niteliğini tespit etmek gerekir.

Tüketici Kanunu'nun 16. maddesine⁶¹⁷ göre ayıp daha sonra ortaya çıksa bile 2 yıllık zamanaşımının başlangıcı ameliyat tarihi olacaktır.

Ayıplı hizmetin ifasından sonra 2 yıl dava açılmaksızın geçirilmişse hasta Tüketici Kanunu'ndan yararlanamazsa da şartları varsa Türk Borçlar Kanunu hükümlerine dayanarak dava açabilir.⁶¹⁸

Türk Borçlar Kanunu'na göre genel zamanaşımı kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça 10 yıl olmasına karşın eser sözleşmesi için daha kısa bir zamanaşımı öngörülmüştür.

Türk Borçlar Kanunu eser sözleşmesinde zamanaşımını 147 ve 478. maddelerinde düzenlemiştir. Buna göre 5 yıllık ve ağır kusurun varlığı halinde 20 yıllık zamanaşımı süreleri sözkonusudur.

Hekimin yükümlülüklerini ağır kusuruyla hiç ya da gereği gibi ifa etmemesi dışında, eser sözleşmesinden doğan alacaklar 5 yıllık zamanaşımına tabidir. (TBK 147)

Zamanaşımının başlangıcı eserin sözleşmeye uygun şekilde teslim edildiği (estetik ameliyatın yapıldığı) veya yanların fesih iradelerinin birleştiği tarihtir.⁶¹⁹

“Hekim ayıplı bir ameliyat yapmışsa, bu sebeple açılacak davalar, ameliyat tarihinden başlayarak 2 yılın ve hekimin ağır kusuru varsa, ayıplı eserin niteliğine bakılmaksızın 20 yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar.”(TBK 478⁶²⁰)

⁶¹⁷ “Madde 16 – (1) Kanunlarda veya taraflar arasındaki sözleşmede daha uzun bir süre belirlenmediği takdirde, ayıplı hizmetten sorumluluk, ayıp daha sonra ortaya çıkmış olsa bile, hizmetin ifası tarihinden itibaren iki yıllık zamanaşımına tabidir.

(2) Ayıp, ağır kusur ya da hile ile gizlenmişse zamanaşımı hükümleri uygulanmaz.”

⁶¹⁸ HAKERİ, TIP HUKUKU, 739.

⁶¹⁹ MEMİŞ, 178, (15.H.D. 30.11.2011, 2011/6282-2011/7054, 17.02.2011, 2011/6755, 2012/923, 23 HD 29.03.2013, 2013/6711-2009).

⁶²⁰ “Madde 478; Yüklenici ayıplı bir eser meydana getirmişse, bu sebeple açılacak davalar, teslim tarihinden başlayarak, taşınmaz yapılar dışındaki eserlerde iki yılın; taşınmaz yapılarda ise beş yılın ve yüklenicinin ağır kusuru varsa, ayıplı eserin niteliğine bakılmaksızın yirmi yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar.”

Hekimin ayıbı bildiği halde sustuğu veya bilerek gizlediği hallerde hilesi vardır. Ayıbın varlığını bilmesinin gerekli olduğu halde de ihmali varsa ağır kusurlu kabul edilerek ve 2 yıllık zamanaşımı yerine hizmetin ifasından itibaren 20 yıllık genel zamanaşımı süresi içinde dava açılmalıdır.

Örneğin burun içinde kırılan ve çıkarılamayan iğne ucunun hastadan saklanması halinde hekimin hilesi sözkonusu olduğundan zamanaşımı 20 yıl olacaktır.

“Estetik ameliyatı gibi belirli bir sonucun hekim tarafından taahhüt edilmesi hallerinde aradaki sözleşme “Eser Sözleşmesi” olarak değerlendirilecek ve uygulanacak zamanaşımı süresi de Türk Borçlar Kanununun 147/6. Maddesine göre 5 yıl olacaktır.”⁶²¹

478. maddenin özel hüküm olduğu dikkate alındığında eser sözleşmesinde tazminat talepleri nedeniyle Türk Borçlar Kanunu'na yapılan atıf gereği uygulanması gereken maddenin estetik ameliyatlara için 2 yıllık zamanaşımını öngören 478. madde olduğu kanaatindeyim.

Vekâletsiz iş görme durumunda TBK md. 146. uyarınca genel zamanaşımı süresi olan 10 yıllık zamanaşımı süresi uygulanır. Örneğin ameliyatın önceden verilen rızanın kapsamı dışında genişletilmesi.

Haksız fiil sorumluluğunda hukuki sorumluluk açısından zamanaşımı TBK 72. maddeye göre öğrenmeden itibaren 2 yıl ve herhalde 10 yıldır.

Haksız fiilin ayrıca ceza kanununa göre suç oluşturması ve ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı süresi öngörmesi halinde tazminat davası süresi Türk Borçlar Kanunu 76. maddeye göre ceza davası zamanaşımı süresine tabidir, uzamış ceza zamanaşımı süresi uygulanacaktır. Bu süre TCK m.66'ya göre, ölüm halinde 15 yıl, bedensel zararlarda 8 yıldır.⁶²²

Kamu davası affa uğramış ise ceza değil hukuk zamanaşımı sözkonusu olur.⁶²³

Af ile ortadan kaldırmanın kesinleşme tarihi, hukuk zamanaşımının başlangıç tarihidir.⁶²⁴

⁶²¹ Öcal Hukuk, “Tıbbi Malpraktis Davalarında Zamanaşımı Süresi”, <http://www.ocalhukuk.com/tr/haberdetay/tibbi-malpraktis-davalarinda-zamanasimi-suresi>, (Erişim tarihi: 04.04.2019).

⁶²² ÇELİK, HEKİMLERİN.

⁶²³ 07.12.1955 tarih ve 17/26sayılı İBK.

Hekimin haksız eylemi TCK anlamında suç niteliğinde ise TCK 66'ya göre mahkemece hükmedilecek cezaya göre değil suçu düzenleyen maddedeki cezanın üst sınırı esas alınarak uzamış zamanaşımı belirlenir.⁶²⁵

Yargıtay'a⁶²⁶ göre ceza davasının sona ermesi, ceza zamanaşımının uygulanmasına engel değildir.

Yargıtay'a göre⁶²⁷“*Tazminat davasında uzamış (ceza) zamanaşımının uygulanabilmesi için mutlaka bir ceza davası açılmış olması veya mahkûmiyet kararının bulunması gerekmez.*”⁶²⁸

Hem hekime hem hastaneye dava açılması durumunda uzamış zamanaşımı sadece hekim açısından geçerli olacak, hastaneye uygulanamayacaktır.⁶²⁹

Zamanaşımı süreleri, sözleşmeyle değiştirilemez. (TBK148)

Zamanaşımı defli olup taraflarca ileri sürülmedikçe, hâkim bunu kendiliğinden göz önüne alamaz. (TBK 161)

Çelik'e göre, bedensel zararlarda zamanaşımı, sürekli sakatlığa ilişkin sağlık kurulu raporunun öğrenildiği tarihte başlar.⁶³⁰

Ancak Yargıtay 2004 tarihli kararında hatalı işlem veya eylem sonucu doğan zarar, ilk dava açıldığı andaki şekliyle varlığını sürdürüyorsa zarar görenin zararın varlığını öğrenmesi zamanaşımı süresinin başlaması için yeterli olacaktır, ayrıca zararın miktar ve kapsamının öğrenilmesi aranmaz demıştır. Zarar gören tarafından kısmi dava açıldıktan sonra açılan ikinci davada ilk dava ile aynı kapsamdaki zarara dayanılmışsa, zararda artış yoksa ikinci dava zamanaşımı nedeniyle reddedilebilecektir.⁶³¹

⁶²⁴ ORHUNÖZ, 137, (11.HD nin 07.03.1980 tarih ve 1509/1502 sayılı kararı).

⁶²⁵ EROL, ÖZEL, 354.

⁶²⁶ 4.HD 11.03.1985 tarih ve 1153E.-2006K sayılı kararı. HAKERİ, TIP HUKUKU.

⁶²⁷ 4.HD. 04.12.2008 tarih ve 2008/13761E - 2008/15023K. sayılı kararı. HAKERİ, TIP HUKUKU.

⁶²⁸ Çelik Ahmet Çelik, “*Uzamış Ceza Zamanaşımı Hakkında Yargıtay Kararları*”, <http://www.tazminathukuku.com/yargitay-kararlari/uzamis-ceza-zamanasimi-hakkinda-yargitay-kararlari.htm>, (Erişim tarihi: 14.03.2019).

⁶²⁹ HAKERİ, TIP HUKUKU, 724.

⁶³⁰ Çelik Ahmet Çelik, “*Hekimlerin Ve Hastane Personelinin Sorumluluğu Yanlış İğne Sonucu Sakat Kalma Görevli Mahkeme Ve Zamanaşımı*”, <http://www.tazminathukuku.com/gorus-bildirimleri/hekimlerin-ve-hastane-personelinin-sorumlulugu-yanlis-igne-sonucu-sakat-kalma-gorevli-mahkeme-ve-zamanasimi.htm>, (Erişim tarihi: 04.04.2019).

⁶³¹ YILMAZ, 334, (13 HD 2004/8721-1901 20.02.2004).

Yargıtay kararlarında zamanaşımının başlangıç süresini zararın öğrenildiği an kabul etmekte, örneğin çocuğun doğduğu anı veya hastanın hastaneden taburcu olduğu anı zamanaşımının başlangıcı kabul etmektedir.

Zamanaşımından önceden feragat edilmesi mümkün değildir.⁶³²

“Zorunlu Mesleki Sigorta sözleşmesinden doğan bütün talepler iki yılda zaman aşımına uğrar.”⁶³³

“Sigorta sözleşmesinden doğan bütün istemler, alacağın muaccel olduğu tarihten başlayarak iki yıl ve her hâlde rizikonun gerçekleştiği tarihten itibaren altı yıl geçmekle zamanaşımına uğrar.”⁶³⁴

⁶³² YENİPİNAR, 38.

⁶³³ Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları'nın Zaman aşımı başlıklı 9. maddesi.

⁶³⁴ TTK'nun sigorta ilişkilerinde zamanaşımını düzenleyen 1420. maddesi.

BÖLÜM VIII

İDARE HUKUKU VE SİGORTA

1.HASTA İLETİŞİM BİRİMLERİ VE HASTA HAKLARI KURULLARI

“Hastanın ve hasta ile ilgili bulunanların, hasta haklarının ihlali halinde, mevzuat çerçevesinde her türlü müracaat, şikâyet ve dava hakları vardır.” (HHY42)

“Hasta hakları uygulamalarının yürütülmesi amacıyla; İl sağlık müdürlüğü; üniversite hastaneleri, özel sağlık kurum ve kuruluşları, kamu hastaneleri, ağız diş sağlığı merkezleri, aile sağlığı merkezleri ve toplum sağlığı merkezlerinden gelen başvuruları değerlendirmek, karara bağlamak, öneri sunmak ve düzeltici işlemleri belirlemek üzere Hasta Hakları Kurulu oluşturur.” Kurul, başvurunun kurula ulaştığı tarihten itibaren 30 gün içerisinde başvuru hakkında karar verir”. (HHY42/b)

Ancak “Tıbbi hata iddialarına ilişkin başvurular kurul tarafından değerlendirilmez.”

“Hasta haklarının ihlali halinde, personeli istihdam eden kurum ve kuruluş aleyhine maddi veya manevi veyahut hem maddi ve hem de manevi tazminat davası açılabilir.

Ancak, aleyhine dava açılacak merciin kamu kurum ve kuruluşu olması halinde; 2577 sayılı İYUK'nun 12 nci maddesine göre; hakkın bir idari işlem dolayısı ile ihlal edilmesi halinde ilgililer, doğrudan doğruya tam yargı davası veya iptal ve tam yargı davalarını birlikte açabilecekleri gibi ilk önce iptal davası açarak bu davanın karara bağlanması üzerine dava açma süresi içerisinde tam yargı davası açabilirler.” (HHY43)

Sağlık Hizmetleri ile ilgili şikâyetlerde Sağlık Bakanlığı'nın (SABİM) ALO 184 hattı veya <http://sabim.saglik.gov.tr/> adresinden

Cumhurbaşkanlığı İletişim Merkezi'ne (CİMER), Alo 150 hattı veya <https://www.cimer.gov.tr/> adresinden,

Başbakanlık İletişim Merkezi'ne (BİMER) Alo 150 hattı veya <http://www.bimer.gov.tr/> adresinden başvurulabilir.

2.SERBEST ÇALIŞAN HEKİMLER HAKKINDA DİSİPLİN TAKİBATI

Hasta ya da hasta yakınları hekimin bağlı olduğu Tabip Odası Başkanlığı'na yazılı veya sözlü başvuru yoluyla disiplin takibatı yapılmasını talep edebilirler.

TTB Disiplin Yönetmeliği'ne göre inceleme yapılır. Uyarma, para, geçici olarak meslekten alıkoyma veya oda bölgesinde çalışmanın yasaklanması cezaları verilebilir. Kararlara karşı ilgililer Onur Kurulu'na, Oda Onur Kurulu kararına karşı da Yüksek Onur Kurulu'na başvurma hakkına sahiptir. Yüksek Onur Kurulu kararı kesindir.

TTB soruşturma zamanaşımı olarak 2 ve 5 yıllık zamanaşımı süreleri öngörülmüştür. (md 10).

3.KAMU HASTANELERİNİN SORUMLULUĞU

Kamu hastanesi (devletin resmi hastaneleri ile özel idareler ve belediyeler tarafından açılmış hastaneler, üniversite hastaneleri ve askeri hastaneler, Sigorta Hastaneleri, Eğitim ve Araştırma Hastaneleri) ile hasta arasında bir hastaneye kabul sözleşmesi bulunmadığından hastaya karşı sözleşmesel sorumluluğu yoktur. Türk Borçlar Kanunu anlamında sözleşme dışı sorumluluk da söz konusu olmaz.⁶³⁵

Kamu hastanesinde hasta, kamu hizmetinden yararlanan kişi olarak tedaviden zarar görürse, somut olayın özelliklerine göre devlete veya ilgili kamu tüzel kişisine karşı dava açabilir; doktora veya diğer sağlık personeline karşı husumet gösteremez.⁶³⁶

Kamu hastanesi (idare) aleyhine davalar idare mahkemesinde açılır.

"Anayasa'nın 129/5. maddesi ile 657 s. Kanun'un 13. maddesinin açık, net ve emredici hükmü karşısında; kamu hizmeti sırasında üçüncü kişilere zarar verilmesi hallerinde hizmetten kaynaklanan bir zarar verilmiş ise davanın mutlaka idareye karşı açılması, kamu görevlisi aleyhine adli yargıda açılacak davaların husumet yönünden reddine karar verilmesi gerekir. Ancak kamu görevlisinin hizmeti ile ilgisi olmayan hakaret, yaralama gibi kişisel kusuru ile zarar vermesi hallerinde kamu görevlisi aleyhine adli yargıda (Asliye Hukuk Mahkemesi'nde) açılacak davalar esastan incelenebilir."⁶³⁷

Bununla birlikte her davada olduğu gibi somut olayın nitelikleri husumet yönünden de önemlidir. Yargıtay gebeliği süresince özel muayenehanesinde hastanın takibini yapan doktorun, doğumu çalıştığı devlet hastanesinde gerçekleştirdiği olayda

⁶³⁵ ÇELİK, HEKİMLERİN.

⁶³⁶ ÇELİK, HEKİMLERİN.

⁶³⁷ HGK, 31.10.2007, 4-800/797.

bebeğin kalbindeki deliğin gebelik takibinde anlaşılabilir olacak hususlardan olması, arada vekâlet sözleşmesi olması nedeniyle en hafif kusurundan dahi sorumlu olacağı ve doğum nedeniyle hizmet kusuruna değil, doğum öncesi vekâlet akdine dayanarak adli yargıda dava açılabilirliğine karar vermiştir.⁶³⁸

Kamu hastanelerinde yapılan tıbbi müdahalelerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda idarenin hizmet kusuru varsa dava idare mahkemesinde, idare aleyhine açılır; zararı tazmin eden idare kusuru bulunan hekim ya da yardımcı personele rücu edebilir.

Kamu hastanesinde yapılan estetik ameliyat sebebiyle ilgili kurum aleyhine idari yargıda tam yargı davası açılabilir.⁶³⁹

Vakıf üniversitesi hastanelerindeki hatalı tıbbi uygulamalara karşı açılacak davalar idari yargıda açılmalıdır.⁶⁴⁰

Kamu hastanelerinde çalışan doktor, hemşire gibi personel, kamu personelidir.

“Kamu hastanesinde yapılan estetik ameliyat sonucunda zarar gören hasta, somut olayın özelliklerine göre devlet veya ilgili kamu tüzel kişiliği aleyhine, idare hukuku esasları çerçevesinde dava açmak zorundadır.”⁶⁴¹

Sorumluluk açısından hukuka aykırılık, kusur, zarar ve nedensellik bağı şartları aranır. Kusur hizmet kusuru ve görev kusuru olarak ikiye ayrılır.⁶⁴²

İdarenin hizmet kusuru hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi veya hiç işlememesi şeklinde ortaya çıkabilir. Bu durumda idare sorumludur.

Görev kusuru ise, kamu personelinin görevi sırasında sebebiyet verdiği zararlarda sözkonusu olur. Bu zararlarda idarenin personele kusuru oranında rücu hakkı mevcuttur.

İdare rücu hakkına ilişkin davayı genel mahkemede açar.

⁶³⁸ YILMAZ, 344.

⁶³⁹ H.H.Y. “Madde 43- Hasta haklarının ihlali halinde, personeli istihdam eden kurum ve kuruluş aleyhine maddi veya manevi veyahut hem maddi ve hem de manevi tazminat davası açılabilir.

Ancak, aleyhine dava açılacak merciin kamu kurum ve kuruluşu olması halinde;

a) 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 12 nci maddesine göre; hakkın bir idari işlem dolayısı ile ihlal edilmesi halinde ilgililer, doğrudan doğruya tam yargı davası veya iptal ve tam yargı davalarını birlikte açabilecekleri gibi ilk önce iptal davası açarak bu davanın karara bağlanması üzerine dava açma süresi içerisinde tam yargı davası açabilirler.

b) Aynı Kanun'un 13 üncü maddesi uyarınca, zarar verici eylemin öğrenildiği tarihten itibaren en geç bir yıl içinde maddi ve manevi tazminat olarak istenilen tazminat miktarı ayrı ayrı gösterilerek idareye müracaat edilmesi ve talebin açıkça veya zımnen reddi halinde kanuni süresi içinde idari yargı mercilerinde dava açılması gerekir.”

⁶⁴⁰ HGK, 30.01.2013, 4-729/163.

⁶⁴¹ PETEK, 229.

⁶⁴² M.Refik Korkusuz–M. Halit Korkusuz, Sağlık Elemanlarının Görevleri Nedeniyle Verdikleri Zararlara Karşı Kamu Kurumlarının Rücu Hakkı, (TıpHD cilt 4, sayı 8, İstanbul: Legal kitabevi, 2015), 22.

Sağlık Bakanlığı kendisine karşı açılan davayı ilgili sağlık personeline HMK 61 ve devamı maddeleri uyarınca ihbar eder. Bu da kişinin kendini savunmasına ve kusur oranının tespitine olanak sağlar.⁶⁴³

Türk Borçlar Kanunu'nun 73. maddesine göre "rücu istemi tazminatın tamamının ödendiği ve birlikte sorumlu kişinin öğrenildiği tarihten başlayarak iki yılın ve her hâlde tazminatın tamamının ödendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar.

Tazminatın ödenmesi kendisinden istenilen kişi, durumu birlikte sorumlu olduğu kişilere bildirmek zorundadır. Aksi takdirde zamanaşımı, bu bildirim dürüstlük kurallarına göre yapılabileceği tarihte işlemeye başlar."

Danıştay uygulamada Anayasa'nın 129/5. maddesine göre rücu edilmesini zorunlu kabul etmekte, idareye takdir hakkı vermemektedir.⁶⁴⁴

İdare rücu hakkını sulhe davet yoluyla da kullanabilir.⁶⁴⁵

İdari Yargılama Usulu Kanunu'nun 13. maddesine göre; "İdari eylemlerden hakları ihlal edilmiş olanların idari dava açmadan önce, bu eylemleri yazılı bildirim üzerine veya başka suretle öğrendikleri tarihten itibaren bir yıl ve herhalde eylem tarihinden itibaren beş yıl içinde ilgili idareye başvurarak haklarının yerine getirilmesini istemeleri gereklidir. Bu isteklerin kısmen veya tamamen reddi halinde, bu konudaki işlemin tebliğini izleyen günden itibaren veya istek hakkında altmış gün içinde cevap verilmediği takdirde bu sürenin bittiği tarihten itibaren, dava süresi içinde dava açılabilir."

659 sayılı KHK'ya göre bu da bir sulh başvurusudur ve 60 gün içinde sonuçlandırılmadığı takdirde reddedilmiş sayılır. Kısmi sulh de mümkündür.

Zararların tazmini için gerekli şartlar;⁶⁴⁶

"Memurların zararları tazmin mükellefiyetinin doğması için;

- a) Zararın mevcut olması,
- b) Zararın doğrudan doğruya memurun fiilinden doğması,

⁶⁴³ KORKUSUZ, 22.

⁶⁴⁴ KORKUSUZ, 22.

⁶⁴⁵ 659 Sayılı Genel Bütçe Kapsamındaki Kamu İdareleri Ve Özel Bütçeli İdarelerde Hukuk Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Kanun Hükmünde Kararname'nin 9. Maddesine göre "İdarelerin adli yargıda dava açmadan veya icra takibine başlamadan önce karşı tarafı sulhe davet etmesi esastır. İdareler, kendi aleyhlerine dava açılacağını veya icra takibine başlanılacağını öğrenmeleri durumunda da karşı tarafı sulhe davet edebilirler."

⁶⁴⁶ Devlete ve Kişilere Memurlarca Verilen Zararların Nevi Ve Miktarlarının Tespiti, Takibi, Amirlerinin Sorumlulukları, Yapılacak Diğer İşlemler Hakkında Yönetmelik'in 6. Maddesi'ne göre.

c) Zararın mücbir sebepten hâsıl olmaması şarttır.”

“Memurun kasıt, ihmal veya tedbirsizliği sonucu idarenin malca uğradığı zararın ilgili tarafından rayiç bedel üzerinden ödenmesi esastır.” (md7)

Devletin zararı 3 kişilik heyet tarafından tespit edilerek memurun maaşından (net maaşın 1/3'ünden fazla ve 1/4'ünden az olmamak koşuluyla kesinti yapılarak) tahsil edilir, memurun itirazı halinde dava yoluna başvurulur.⁶⁴⁷

İdarenin hizmet kusuru sebebiyle kamu hastanelerine karşı açılacak tıbbi malpraktis davaları İdari Yargılama Kanunu md. 13.'e göre, zarargörenin haksız ve hukuka aykırı eylemi öğrenmesinden itibaren 1 yıl ve herhalde eylem tarihinden itibaren 5 yıllık zamanaşımına tabidir. Kalıcı sakatlık mevcutsa, zamanaşımının başlangıcı kesin maluliyete ilişkin Sağlık Kurulu raporunun öğrenildiği tarih, ölüm halinde ise ölüm tarihi olacaktır. Burada dava açmadan önce idareye başvurmak ve 60 günlük cevap süresini beklemek, sonrasında da 60 gün içinde dava açmak gerektiği unutulmamalıdır. 60 günlük sürele uyulmadığı takdirde zamanaşımı süresi dolmasa dahi dava açılmadığı için dava açma hakkı yitirilebilir. Bazı hukukçular süre geçse dahi idareye tekrar başvurularak sürenin yeniden başlatılabileceği görüşündedir.⁶⁴⁸

4.TIBBİ KÖTÜ UYGULAMAYA İLİŞKİN ZORUNLU MALİ SORUMLULUK SİGORTASI

“Kamu ve özel sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışan ve mesleklerini serbest olarak icra eden tabip, diş tabibi ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar, tıbbi kötü uygulama nedeniyle kendilerinden talep edilebilecek zararlar ile kurumlarınca kendilerine yapılacak rüculara karşı sigorta yaptırmak zorundadır.” (TŞSTİDK ek madde 12)

Tıbbi kötü uygulamaya ilişkin zorunlu mali sorumluluk sigortası uygulanmasına ilişkin esaslar ilgili tarife ve talimatı ile sigorta genel şartları ile belirlenmiştir.

Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları'na göre sigortanın kapsamı;

⁶⁴⁷ KORKUSUZ, 28.

⁶⁴⁸ ÇELİK, HEKİMLERİN.

Teminat, hekimlerin poliçede belirtilen mesleki faaliyeti ifa ederken ve Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde gerçekleşen zararlara karşı belirlenen sigorta limitleri dâhilinde verilir.

Zararların teminat kapsamında kabul edilebilmesi için;

1-sözleşme süresi (genellikle 1 yıl) içinde gelişen bir olaydan kaynaklanmalı ve sözleşme süresi içinde ya da sona ermesinden itibaren 2 yıl içinde tazmini talep edilmiş olmalı veya

2-sözleşmeden önceki 1 yıl içinde meydana gelmiş bir olay nedeniyle sözleşme süresi içinde sigortalıya karşı talepte bulunulmuş olmalıdır.

Teminat zararları ve bunlara ilişkin yargılama giderlerini kapsar.

4.1-TEMİNAT DIŞINDA KALAN HALLER

Mesleki Sorumluluk Sigortası Genel Şartları'na göre aşağıdaki haller teminat kapsamı dışındadır;

- 1) Sigortalı hekimin mesleki faaliyeti dışındaki faaliyetleri,
- 2) Mesleki faaliyetin ifası sırasında kasti davranışıyla sebep olduğu zararlar,
- 3) Hekimin ya da yardımcılarının, mesleki faaliyeti ifa ederken kullandıkları alkol, uyuşturucu ya da narkotik maddelerin tesiri altındayken verdiği zararlar,
- 4) İdarî, adlî para cezaları ve her tür ceza ve cezai şartlar,
- 5)TC mahkemeleri dışında açılan davalar ile tahkim (aksine sözleşme hükmü olmadığı takdirde),
- 6) Sigorta bedelini aşan giderler.

4.2.RİZİKONUN GERÇEKLEŞMESİ

Mesleki Sorumluluk Sigortası Genel Şartları'na göre;

- 1) Sigortacının bilgisi ve yazılı muvafakatı dâhilinde sigortalı tarafından ödeme yapılması veya
- 2) Davanın veya hukuki takibin sigortalı hekime yapılan tebligat ile öğrenilmesiyle,

3) Mahkemece sigortalının sorumluluğundan kaynaklanan bir zararın meydana geldiğine karar verilmesi hallerinde riziko gerçekleşmiş olur.

4.3.RİZIKOYA İLİŞKİN OLARAK SİGORTA ETTİRENİN VE SİGORTALININ YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Mesleki Sorumluluk Sigortası Genel Şartları'na göre sigortalı hekim;

- 1) sorumluluğunu gerektirecek olayları 10 gün içinde sigortacıya bildirmek,
 - 2) rizikonun gerçekleştiğinden haberdar olduğu anda derhal sigortacıya ihbar etmek,
 - 3) Gereken önlemleri sigorta sözleşmesi yokmuş gibi almak ve sigortacı tarafından verilecek mesleki faaliyeti dışında sigortacılıkla ilgili makul talimatlara uymak,
 - 4) Sigortacının talebi üzerine bilgi ve belgeleri gecikmeksizin vermek,
 - 5) Sigortacının yazılı muvafakati bulunmadıkça tazminat taleplerini kısmen veya tamamen kabul etmemek, ödeme yapmamak;
- d) Zarardan dolayı, dava yolu ile veya başka yollarla bir tazminat talebi karşısında kaldığı veya aleyhine cezai kovuşturmayaya geçildiği hâllerde, durumdan sigortacıyı derhal haberdar etmek ve tazminat talebine ve cezai kovuşturmayaya ilişkin olarak almış olduğu ihbarname, davetiye ve benzeri tüm belgeleri gecikmeksizin sigortacıya vermek,
- e) Aynı kapsamda başka sigorta sözleşmesi varsa bunları sigortacıya bildirmek ile yükümlüdür.

4.4.TAZMİNAT VE SİGORTA TARAFINDAN ÖDENMESİ

Rizikonun gerçekleşmesi hâlinde, poliçe ekinde açık ve anlaşılır şekilde yer alan belgeler ile tespit tutanağı veya bilirkişi raporu sigortacıya eksiksiz olarak iletildiği tarihten itibaren 15 işgünü içinde gerekli incelemeleri tamamlayıp sözleşmeye aykırı olmayan zararlara ilişkin tazminat sigortacı tarafından ödenir.

SONUÇ VE ÖNERİLER

İnsanlar tarih boyunca güzelliğe önem vermiş ve bundan sonra da vermeye devam edecektir. Güzellik sadece ikili ilişkilerde değil, yapılan araştırmalara göre iş hayatında da önemlidir. Güzel insanların daha başarılı oldukları gözlemlenmektedir. Bu durum da insanların kendilerinde güzel olmadığını düşündükleri ve kusurlu buldukları bedensel özellikleri estetik cerrahi ve sair tıbbi müdahalelerle ile değiştirmek istemelerine neden olmaktadır.

Nitekim Dünya Sağlık Örgütü'ne göre de sağlık; sadece hastalık ve hastalığın olmaması değil, fiziksel, ruhsal ve sosyal yönden de tam bir iyilik halidir. Güzelleşmek uğruna narkoz alıp ameliyat olmaya rıza gösteren bir kişinin de öncelikle ruhsal yönden sağlığına kavuşmaya hakkı bulunmaktadır.

Ancak güzellik göreceli olduğundan hekimin bir kusuru olmasa dahi ameliyat sonucundan hasta memnun kalmayabilmektedir. İstisnai olarak 2009 yılında “yüklenici tarafından yapılan eserin işverene beğendirilmesi gerekir” şeklinde verdiği karar da mevcut olmakla birlikte Yargıtay kararlarında genel olarak sadece hastanın yapılan ameliyatı beğenmemesi nedeniyle tazminata hükmedilmediği görülmektedir. Tazminata hükmedilebilmesi için hekimin basiretli bir hekimin o konuda göstereceği özen yükümlülüğüne aykırı davrandığının ispatlanması veya aydınlatma yükümlülüğünün hiç ya da gereği gibi yerine getirilmemiş olması gerekmektedir. Örneğin estetik ameliyatlardan sonra hastada hiç iz kalmaması mümkün olmamasına rağmen hastada bu yönde bir önyargı mevcut olabilir. Bu nedenle ameliyat öncesi hekimin hastayı az da olsa bir iz kalacağı yönünde bilgilendirmesi son derece önemlidir.

Yanı sıra estetik ameliyatlarda genellikle sağlıklı bir organa salt güzelleştirilme amacıyla tıbbi müdahalede bulunmaktadır. Bu durumda da ameliyat sırasında hekimin kusuru ile istenmeyen bir zarara yol açması çok daha büyük sorunlara yol açmaktadır.

İnsanlar sağlıklı ama kendilerince şekli bozuk olan bir organın ameliyat sonucu sağlıklı hale gelmesi riski altında olduklarından estetik cerrahi her zaman tartışmalı sonuçlara gebe olacak ve tazminat davalarının açılmasına neden olacaktır.

Almanya'da 2013 yılında Hasta Hakları'nın iyileştirilmesi için kanun, kısaca hasta hakları kanunu çıkarılarak bütüncül bir kanuni düzenleme getirilmiştir.⁶⁴⁹

Türkiye'de de Tüketici Kanunu ve somut olayın özelliklerine uygun düştüğü ölçüde Türk Borçlar Kanunu ve genel hükümler uygulanmakta, yönetmelik ve benzeri düzenlemelerle çözüm aranmaya çalışılmaktadır ancak konunun hassasiyeti özel bir kanuni düzenlemeyi gerektirmektedir. Hasta ve hekim ile hastaneler arasındaki ilişkileri düzenleyen özel bir kanun ile bu konuda ihtisaslaşmış mahkemelere ihtiyaç vardır. Zira mevcut düzenlemede bir cep telefonunun tamiri ile bir insanın ameliyat olması arasında bir fark gözetilmemektedir. İnsan hayatı üstündür ve buna uygun düzenlemeleri hak etmektedir.

İnsan hayatının sözkonusu olduğu bu tip davalarda katı kurallar yerine hâkime de daha geniş bir takdir yetkisi tanınarak somut olayın özelliklerine göre taraflar arasında hakkaniyetli bir çözüme ulaşılması sağlanmalıdır.

⁶⁴⁹ Elif Irmak Kılıç, *Alman Hasta Hakları Kanununun Tıbbi Müdahaleler Nedeniyle Açılan Davalarda İspat ile ilgili Hükümlerinin incelenmesi*, (TıpHD sayı 7, cilt 4, İstanbul: Legal Kitabevi, 2015), 70.

KAYNAKÇA

- *AKYILDIZ, Sunay, *Tıbbın Uygulanmasından Doğan Tazminat Davaları ve Temel Unsurları*, (TıpHD cilt 1, sayı 1, 2012, İstanbul: Legal Kitabevi, 2012) (AKYILDIZ)
- *AKYILDIZ, Sunay, *Tıp Hukuku Atölyesi 1, Akyıldız, Hakeri, Çelik, Somer*, sf.9-58, (Ankara: Seçkin Kitabevi, 2014) (AKYILDIZ ATÖLYE)
- *ANIK, Gülgün, “*Borçlunun Temerrüdünden Dolayı Sözleşmeden Dönme*”, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2005-59-160> (ANIK)
- *ARINCI, Atilla, “*Estetik Cerrahide Hekimin Hukuki Sorumlulukları Ve Bu Sorumlulukların Eser Sözleşmesi Kapsamında Değerlendirilmesi*”, (Yüksek Lisans Tezi, Özyeğin Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2015) (ARINCI)
- *ARINCI Atilla- USTA, Sevgi, *Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumlulukları ve Eser Sözleşmesi*, (Turkish Journal of Plastic Surgery- 2016) <https://pdfs.semanticscholar.org/3687/a4688f8a429116d1fd6af7ad79871636acb0.pdf>
- *ARINCI, Atilla, *Estetik Cerrahide Hukuki Sorumluluklar ve Eser Sözleşmesi*, (Hakan Hakeri, Cahid Doğan, Atilla Arıncı, Uluslararası Katılımlı Ulusal Tıp Hukuku Kongresi, İstanbul: Legal Kitabevi, 2016) (ARINCI KONGRE)
- *ARSLAN, Yunus, “*Her Şeyin Tarihi*”, <http://www.lacivertdergi.com/gundem/makaleler/2018/01/15/her-seyin-tarihi-2->
- *ATABEY, Atay, “*Estetik Ve Plastik Cerrahi Nedir?*” <https://makale.doktorsitesi.com/estetik-ve-plastik-cerrahi-nedir>
- *AYDIN, Murat, *Yüz Nakline Hukuksal Bir Bakış*, (TıpHD. sayı 1, cilt 1, İstanbul: Legal kitabevi, 2012)
- *AYDIN, Öztürk, *Üremeye Yardımcı Tedavi Yöntemlerinden Doğan Hukuki Sorumluluk*, (İstanbul: Legal Kitabevi, 2014) (AYDIN)
- *BAYRAKTAR, Köksal, *Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezaî Sorumluluğu*, (İstanbul: İstanbul Üniversitesi, 1972) (BAYRAKTAR)

*BULUT, Gamze, *Diş Hekiminin Yasal Sorumluluğu*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2013) (BULUT)

*BÜYÜKAY, Yusuf, *Eser Sözleşmesi*, 2. Baskı, (Ankara: Yetkin Kitabevi, 2014) (BÜYÜKAY)

*ÇAKMUT, Özlem, *Aydınlatma ve Rıza*, (İstanbul: Özyeğin Üniversitesi Sağlık Hukuku Sempozyumu, 2011) (ÇAKMUT)

*ÇANKAYA, Fulya, *Estetik Diş Hekimliği ve Estetik Plastik ve Rekonstrüktif Cerrahide Hekimin Hukuki Sorumluluğu*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2019) (ÇANKAYA)

*ÇELİK, Ahmet Çelik, *6100 Sayılı Hukuk Yargılama Yasası'na göre Tazminat ve Alacak Davaları*, (Ankara: Bilge Yayınevi, 2012) (ÇELİK 6100)

* ÇELİK, Ahmet Çelik, “*Tazminat Hesaplarında Asgari Ücretlerin Uygulanması*”

<http://www.tazminathukuku.com/arastirma-yazilari/tazminat-hesaplarinda-asgari-ucrerlerin-uygulanmasi.htm>

*ÇELİK, Ahmet Çelik, “*Belirsiz Alacak Ve Tespit Davası*”,
<http://www.tazminathukuku.com/arastirma-yazilari/belirsiz-alacak-ve-tespit-davasi.htm> (ÇELİK, BELİRSİZ)

* ÇELİK, Ahmet Çelik, “*Can Zararlarında Manevi Tazminata Ölçü Arayışı*”,

<http://www.tazminathukuku.com/arastirma-yazilari/can-zararlarinda-manevi-tazminata-olcu-arayisi-celik-ahmet-celik-i-konuya-giris-1-genel-olarak-tazminat-tazminat-haksiz-ve-hukuka-aykiri-bir-eylem-veya-islem-sonucu-ugranilan-zararin-odetilmesidir-zarar-ise-genis-anla.htm> (ÇELİK, CAN)

*ÇELİK, Ahmet Çelik, “*Destekten Yoksun Kalma Tazminatı*”,
<http://www.tazminathukuku.com/arastirma-yazilari/destekten-yoksun-kalma-tazminati.htm> (ÇELİK, DESTEKTEN)

*ÇELİK, Ahmet Çelik, *Tazminat Ve Alacak Davalarında Faiz Uygulaması*,
<http://www.tazminathukuku.com/arastirma-yazilari/tazminat-ve-alacak-davalarinda-faiz-uygulanmasi.htm> (ÇELİK, FAİZ)

*ÇELİK, Ahmet Çelik, “*Bedensel Zararlarda Güç Kaybı Tazminatı*”
<http://www.tazminathukuku.com/yargitay-kararlari/bedensel-zararlarda-guc-kaybi-tazminati.htm> (ÇELİK, GÜÇ)

*ÇELİK, Ahmet Çelik, “*Hekimlerin Ve Hastanelerin Sorumluluğu*”,
<http://www.tazminathukuku.com/arastirma-yazilari/hekimlerin-ve-hastanelerin-sorumlulugu.htm> (ÇELİK, HEKİMLERİN)

*ÇELİK, Ahmet Çelik, “*Tazminat Davalarında Kazanç Araştırması*”
<http://www.tazminathukuku.com/arastirma-yazilari/tazminat-davalarinda-kazanc-arastirmasi.htm> (ÇELİK, KAZANÇ)

*ÇELİK, Ahmet Çelik. “*Manevi Tazminat Hakkında*”
<http://www.tazminathukuku.com/gorus-bildirimleri/manevi-tazminat-hakkinda.htm>
(ÇELİK, MANEVİ)

*ÇELİK, Ahmet Çelik, “*Tedavi Giderlerinin Kapsamı Ve Kanıtlanması*”,
<http://www.tazminathukuku.com/arastirma-yazilari/tedavi-giderlerinin-kapsami-ve-kanitlanmasi-celik-ahmet-celik-i-tanim-ve-kapsam-haksiz-eylem-veya-kaza-sonucu-yaralanan-kisi-tumuyle-iyilesip-eski-sagligina-kavusuncaya-kadar-yaptigi-ve-ilerde-yapacagi-tum-masraflarin.htm> (ÇELİK, TEDAVİ)

*ÇELİK, Ahmet Çelik. “*Uzamış Ceza Zamanasımı Hakkında Yargıtay Kararları*”,
<http://www.tazminathukuku.com/yargitay-kararlari/uzamis-ceza-zamanasimi-hakkinda-yargitay-kararlari.htm> (ÇELİK, UZAMIŞ)

*ÇELİK, Ahmet Çelik, “*Hekimlerin Ve Hastane Personelinin Sorumluluğu Yanlış İğne Sonucu Sakat Kalma Görevli Mahkeme Ve Zamanasımı*”,
<http://www.tazminathukuku.com/gorus-bildirimleri/hekimlerin-ve-hastane-personelinin-sorumlulugu-yanlis-igne-sonucu-sakat-kalma-gorevli-mahkeme-ve-zamanasimi.htm>, (ÇELİK, YANLIŞ)

*ÇELİK, Ahmet Çelik, “*Yargıtay’ca Benimsenen İkelere Göre Tazminat Hesaplama Yöntemleri*”,
<http://www.tazminathukuku.com/arastirma-yazilari/tedavi-giderlerinin-kapsami-ve-kanitlanmasi-celik-ahmet-celik-i-tanim-ve-kapsam-haksiz-eylem-veya-kaza-sonucu-yaralanan-kisi-tumuyle-iyilesip-eski-sagligina-kavusuncaya-kadar-yaptigi-ve-ilerde-yapacagi-tum-masraflarin.htm>, (ÇELİK, YARGITAYCA)

*ÇELİK, Faik, “Cerrahin Yasal Sorumlulukları”,
www.medimagazin.com.tr/guncel/kategorisiz/tr-cerrahin-yasal-sorumluluklari-11-
666-7204.html, (F.ÇELİK)

*ÇOKNEŞELİ, Baki, “Estetik, Plastik Ve Rekonstrüktif Cerrahi”,
http://www.estetik-cerrahi.com/estetikcerrahi.html (ÇOKNEŞELİ)

*DEDE, Emine, *Tıp Hukukunda Çocuk Hastaların Hakları*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017) (DEDE)

*DEMİR, Mehmet, *Tıbbi Organizasyon Kusuru Açısından Hastanelerin Hukuksal Sorumluluğu*, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2010) (DEMİR)

* DERYAL, Yahya, *Sağlık Hukuku Problemleri*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2012) (DERYAL, PROBLEM)

*DERYAL, Yahya, *Sağlık Hukuku Rehberi*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2014) (DERYAL)

*DİNGİL, Gamze Gökçe Önder, “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Satıcının Ayıplı Mal Ve Hizmetten Doğan Sorumluluğu”, (Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2017).

http://acikerisim.selcuk.edu.tr:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/7503/471274.pdf?sequence=1&isAllowed=y (DİNGİL)

*DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ, “Roma Hukuku Metin ve Kavram Soruları 2”, <http://deuhukuk.blogspot.com/2017/02/roma-hukuku-metin-ve-kavram-sorular-2.html>

*DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ, “Tıbbi Hizmetlerin Kötü Uygulanmasından Doğan Sorumluluk Kanunu Tasarısı”
<http://web.deu.edu.tr/radyolojiabd/malpraktis.html> (web-1)

*EGEMEN, Gözde, “Hatalı Meme Protezleri Nedeniyle Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, (Medimagazin, 10.01.2012), <http://www.medimagazin.com.tr/ana-sayfa/guncel/tr-hatali-meme-protezleri-nedeniyle-hekimin-hukuki-sorumlulugu-1-11-40090.html>

- *EKŞİ, Ahmet, *İslam Hukukunda Hekim ile Hasta Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği*, (TıpHD, sayı 2, sf. 27-46, İstanbul: Legal kitabevi, Eylül 2012) (EKŞİ)
- *ERDOĞMUŞ, Belgin, *Roma Borçlar Hukuku Dersleri*, (İstanbul: Der Yayınları, 2012) (ERDOĞMUŞ)
- *ERKARA, Defne, “*Burun Estetiği*”, <https://www.defneerkara.com/burun-estetigi.html>
- *ERMAN, Barış, *Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2003) (ERMAN)
- *EROL, Gültezer Hatırnaz, *Diş Hekimlerinin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2017) (EROL, DİŞ HEKİMLERİNİN)
- *EROL, Gültezer Hatırnaz, *Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2009) (EROL, ÖZEL)
- *FİŞEK, Nusret, “*Prof. Dr. Nusret Fişek’in Kitaplaşmamış Yazıları – I. Sağlık Yönetimi*” (Modern Yönetim Semineri, Türk-İş Yayınları No:144, 1982) http://www.ttb.org.tr/n_fisek/kitap_1/33.html (FİŞEK)
- * GENCER, Zafer Adem, *Ceza Hukuku Kapsamında Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu*, (İstanbul: Bilge Yayınevi, 2014) (GENCER)
- *GÜNDAY, Harun Mirsad, *Psikiyatristin Hukuki Sorumluluğu*, (Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2015)
- *GÜNERLİ, Ali, “*Anestezi Uzmanlarının Mesleki ve Hukuki Sorumlulukları, Yasal Hükümler, İlgili Yasa ve Yönetmelikler*”, (Türk Anest Rean Der Dergisi, 2009; 37(6) sf:333-349), <http://webb.deu.edu.tr/anestezi/images/dosya-yukle/20096001.pdf>
- *GÜNEŞ, Bahu Kılıç, *Hekimin Hukuki Sorumluluğu*, (İstanbul: Legal Kitabevi, 2016), (GÜNEŞ)
- *HAKERİ, Hakan, *Tıp Hukuku*, 13. Baskı. (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2018) (HAKERİ, TIP HUKUKU)
- *HAKERİ, Hakan, *Tıbbi Uygulama Hataları (Malpraktis) Komplikasyon ve Sağlık Mensuplarının Sorumluluğu*, (İstanbul: Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2008), (HAKERİ, TIBBİ UYGULAMA HATALARI)

*HAKERİ, Hakan, *Tıp Hukukunda Malpraktis Komplikasyon Ayrımı*, (Toraks Cerrahisi Bülteni, C. 5, Tıp Etiği Tıp Hukuku, 2014, sf. 23 vd.) (HAKERİ, TIP HUKUKUNDA MALPRAKTİS)

*HAKERİ, Hakan, *Tıp Hukuku Atölyesi 1, Akyıldız, Hakeri, Çelik, Somer*, sf.61-75, (Ankara, Seçkin Kitabevi, 2014) (HAKERİ ATÖLYE)

*HAKERİ, Hakan, *Hekim Hakları Ve Hak Arama Yolları*, (TıpHD cilt 1, sayı 2, İstanbul: Legal kitabevi, 2012)

*HAKERİ, Hakan, “*Hastanın Rızası (Onay)*”, <https://www.medimagazin.com.tr/authors/hakan-hakeri/tr-hastanin-rizasyonay-72-64-1640.html>

*KARABAĞ, Tülay, “*Doç. Dr. Tayfun Türkaslan 07.05.2013 tarihli röportajı*”, <https://www.ntv.com.tr/saglik/ilk-estetik-ameliyat-nazilere-karsi-yapildi,Y6TsWSS0JEOkvud7Jd1LOQ>

*KAYA, Mine, “*Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğünden Kaynaklanan Tazminat Sorumluluğu*”, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2012-100-1181> (KAYA)

*KAYA, Mine, *Türk ve Amerikan hukukunda Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğünün Kapsamı*, TıpHD, sayı 1, cilt 1, (İstanbul: Legal kitabevi, 2012) (KAYA, AMERİKAN)

*KICALIOĞLU, Mustafa, *Doktorların ve Hastanelerin Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumlulukları*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2011) (KICALIOĞLU)

*KILIÇ, Elif Irmak, *Alman Hasta Hakları Kanununun Tıbbi Müdahaleler Nedeniyle Açılan Davalarda İspat İle İlgili Hükümlerinin İncelenmesi*, (TıpHD sayı 7, cilt 4, İstanbul: Legal Kitabevi, 2015)

*KİRKİT, Ecem, *Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2016)

*KORKUSUZ, M. Refik– KORKUSUZ, M. Halit, *Sağlık Elemanlarının Görevleri Nedeniyle Verdikleri Zararlara Karşı Kamu Kurumlarının Rücu Hakkı*, (TıpHD cilt 4, sayı 8, İstanbul: Legal kitabevi, 2015) (KORKUSUZ)

- *MEMİŞ, Yusuf, *Estetik Ameliyatlardan Doğan Hukuki Sorumluluk*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2016, Terazi Hukuk Dergisi, cilt. 11, s.119, sf.174-222) (MEMİŞ)
- *METİN, Sevtap, *Biyotıp Etiği Ve Hukuk*, (İstanbul: 12 Levha Yayınevi, 2010) (METİN)
- *OKTAY, E. Aşen, “*Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Yükümlülüklerinin Hekimlik Sözleşmesine Uyarlanması*”, http://www.turkhukusitesi.com/makale_1211.htm (OKTAY)
- *OR, Oğuz Bora, “*İlk Estetik Ameliyat Ne Zaman Yapıldı*”, <https://www.medimagazin.com.tr/guncel/genel/tr-ilk-estetik-ameliyat-ne-zaman-yapildi-11-681-51338.html>
- * ORHUNÖZ, Ergun, *Ölüm Ve Cismani Zararlarda Manevi Tazminat*, (Ankara Seçkin Yayınevi,1999).
- *ÖCAL HUKUK, “*Tıbbi Malpraktis Davalarında Zamanasımı Süresi*”, <http://www.ocalhukuk.com/tr/haberdetay/tibbi-malpraktis-davalarinda-zamanasimi-suresi>
- *ÖZAY, Merter, *Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Sorumluluğu*, (Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2006) (ÖZAY)
- *ÖZDİLEK, Ali Osman “*Tıpta Yanlış Uygulama (Malpraktis) Sebebiyle Hekimin Hukuki Sorumluluğu*”, http://www.turkhukusitesi.com/makale_300.htm (ÖZDİLEK)
- *ÖZGENÇ, Ali, “*Doktor, Tabip, Hekim, İatro, Atasagun*” (20.07.2016), “<http://hekimsel.com/dil-bilgileri/doktor-tabip-hekim-iatro-atasagun/>”
- *ÖZSUNAR, Erdal, *Roma Hukuku'nda Hekim ve Hekimin Sorumluluğu*, (Adana: Karahan Yayınevi, 2014) (ÖZSUNAR)
- *ÖZTÜRKLER, Cemal, *Ölüm ve Bedeni Zarar Hallerinde Maddi Tazminatın Hesaplanması Teknikleri*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2003)
- *PETEK, Hasan, *Güzelleştirme Amaçlı Estetik Ameliyatlardan Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk*, (İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 8, Sayı: 1, 2006) (PETEK)

- *POLAT, Oğuz, *Tıbbi Uygulama Hataları*, 2. Baskı, (Ankara, Seçkin Yayınevi, 2015) (POLAT)
- *POLAT, Oğuz- Pakiş, Işıl, “*Tıbbi Uygulama Hatalarında Hekim Sorumluluğu*”, (Acıbadem Üniversitesi Sağlık Bilimleri Dergisi Cilt: 2, Sayı: 3, Temmuz 2011) http://acibadem.dergisi.org/uploads/pdf/pdf_AUD_83.pdf
- *Sabah Gazetesi, “*Milattan Önce Estetik Cerrahi*”, <https://www.sabah.com.tr/galeri/aktuel/milattan-once-estetik-cerrahi/5>
- *SAVAş, Halide, *Yargıya Yansıyan Tıbbi Müdahale Hataları*, 3. Baskı, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2013 (SAVAş, YARGIYA)
- *SAVAş, Halide, *Sağlık Çalışanlarının Ve Sağlık Kurumlarının Tıbbi Müdahaleden Doğan Sorumlulukları*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2007) (SAVAş)
- *SELİMOğLU, Yaşar Engin, *Eser Sözleşmesi*, 2.baskı, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2015) (SELİMOğLU)
- *SEVİN Kutlu, “*Estetik Plastik Cerrahi Tarihçesi*”, <http://www.estetiks.com/tarihce.html> (SEVİN)
- *SOMER, Pervin, *Tıp Hukuku Atölyesi 1, Akyıldız, Hakeri, Çelik, Somer*, sf.105-129, (Ankara, Seçkin Kitabevi, 2014) (SOMER ATÖLYE)
- *SUNAY, Özgür, *Estetik Cerrahın Hukuki Sorumluluğu*, (Türk Plastik Rekonstr. Est.Cer. Dergisi cilt. 13, sayı 1, 2005)
- *TAHİROğLU, Bülent, *Roma Borçlar Hukuku*, (İstanbul: Der Yayınları, 2010)
- *TANDOğAN, Haluk, *Borçlar Hukuku Özel Borç ilişkileri*, (İstanbul: Vedat Yayınevi, 2008)
- *TANERİ, Gökhan, *Hasta Hakları*, (Ankara: Bilge Yayınevi, 2014) (TANERİ)
- *TİFTİK, Mustafa, *Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Tazminatın Kapsamı*, (Ankara: Yetkin Yayıncılık, 1994)
- *TUNALI, Işıl Güney, *Hekimlerin Gebeliklerin Sonlandırılmasından Kaynaklanan Sorumluluğu*, (Ankara: Seçkin Kitabevi, 2015)

- * TÜMER, Ali Rıza, *Cerrahi Branşlar Açısından Hukuki Sorumluluklar Ve Malpraktis*, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013) (TÜMER)
- *TÜMER, Ali Rıza, “*Komplikasyon Ve Malpraktis Ayrımı*”, <http://alirizatumer.com.tr/komplikasyon-ve-malpraktis-ayrimi/>
- *TÜRKER, Güray, *Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2017) (TÜRKER)
- *TÜRKMEN, Ali, *Hasta ve Hekim Hukuku*, 2. Baskı, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2013) (TÜRKMEN)
- *ÜÇİŞİK, Fehim, *Sağlık Hukuku*, 4. Baskı, (İstanbul: Ötüken Neşriyat, 2017) (ÜÇİŞİK)
- *YANIK, Figen, “*Prof. Dr. Ahmet Karacalar ile yapılan röportaj*” (Sabah Gazetesi: 21.11.2009)
https://www.sabah.com.tr/cumartesi/guncel/2009/11/21/tarih_amazonlari_sansurluyor
- *YARDIM, İsa, *Tüketici Olarak Hasta Hakları*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2016) (YARDIM)
- *YAZMAN, İrfan, *Mecelle Hukukunda Selem Akdi*, (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.21, S.1, Ankara: 1964), (YAZMAN)
- *YENİPİNAR, Filiz Berberoğlu, *Tıbbi Sorumluluk*, (İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2017) (YENİPİNAR)
- *YILMAZ, Battal, *Hekimin Hukuki Sorumluluğu*, 3. Baskı, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2017) (YILMAZ)
- *ZEVKLİLER, Aydın, *Medeni Hukuk*, (İzmir: Savaş Yayınları,1995) (ZEVKLİLER)

İLGİLİ MEVZUAT

- 1) 1219 Sayılı Tababet Ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun
- 2) 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
- 3) 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu
- 4) 1982 Tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası
- 5) 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu
- 6) 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu
- 7) 6023 Sayılı Türk Tabipler Birliği Kanunu
- 8) 2219 Sayılı Hususi Hastaneler Kanunu
- 9) Hasta Hakları Yönetmeliği
- 10) Hasta Hakları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- 11) Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi
- 12) Hekimlik Meslek Etiği Kuralları
- 13) Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Tarife Ve Talimatı
- 14) Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasında Kurum Katkısına İlişkin Usul Ve Esaslara Dair Tebliğ (2010/1)
- 15) Biyoloji Ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları Ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları Ve Biyotıp Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 16) 3359 Sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu
- 17) Adli Tıp Kurumu Kanunu
- 18) 2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu
- 19) 224 Sayılı Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanun

20) Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler Ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik

21) Ayakta Teşhis Ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik



ÖZGEÇMİŞ VE İLETİŞİM BİLGİSİ

Av.Merve Gürcan

28.09.1978 Ankara doğumludur.

Eğitimi:

(Medeniyet Üniversitesi Tıp Hukuku Yüksek Lisans Programı 2019 yılı mezunu)

Önlisans: Anadolu Üniversitesi Halkla İlişkiler ve Tanıtım 2010 yılı mezunu

Lisans: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi 2000 yılı mezunu

Ortaöğretim ve Lise: İzmir 60.Yıl Anadolu Lisesi 1996 yılı mezunu

İlkokul: Mustafa Reşitpaşa İlkokulu 1989 yılı mezunu

Bildiği Yabancı Diller (Puan ve Yılı): İngilizce YDS:95

Almanca (başlangıç seviyesi) Goethe Institute

Aldığı Sertifika ve katılım belgeleri:

1)Tıbbi müdahalelerden kaynaklanan davalarda bilirkişi eğitici eğitimi programı-2014

2)İş Hukuku uyuşmazlıkları ve iş kazalarından kaynaklanan davalarda bilirkişi eğitici eğitimi programı -2014

3)CMK- Sanık Müdafiliği ve Mağdur Şikayetçi, Katılan Vekilliği -2013

4)Adli Jinekoloji ve Obstetrik 2012

5)Üreme Hakları- 2014

6)Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi eğitimi- 2008

7)Tüketici Hukuku -2012

- 8)Tıbbi uygulama hataları- 2011
- 9) Üreme Hakları-2 -2014
- 10)Kadın Hakları- adli yardım- 2011
- 11)Uzlaşma-2012
- 12) Sınırlar ve Sığınmacılar- 2013
- 13)İnsan Hakları ve mülteciler -2014
- 14)Özyeğin Üniversitesi Sağlık Hukuku Sertifika programı -2012
- 15)Sağlık Hukuku Sempozyumu- 2014
- 16)İletişim ve Davranış Geliştirme Kalite Kültürü- 2001
- 17)Avrupa Topluluğu Hukuku- 1999
- 18) Spor Hukuku 2012-2013
- 19) Milletlerarası Ticaret Odası Tahkimi- 2008
- 20)Sağlık Hukuku'nda Yüksek Lisans ve Doktora Öğrencilerinin Buluşması-2015
- 21)Mülteciler -2018

İletişim:

merve@mervegurcan.av.tr

Bağdat Caddesi no 62 k.3 d.15 Kızıltoprak Kadıköy İstanbul Türkiye

02165500664-05324762401